(الجزء الخامس)

من شرح فتح القدير للعاجز الفقير

تأليف الشيخ الامام كمال الدين محمد بن عبد الواحد

ابن عبد الحميد بن مسعود السيواسى ثم السكندرى المعروف بابن الهمام

الحنفى المتوفى سنة ٨٦١ مع تكملته نتائج الافكار فى كشف الرموز والاسرار

للمولى شمس الدين أحمد المعروف بقاضى زاده المتوفى سنة ٩٨٨ مع

الكفاية لمولانا جلال الدين الخوارزمى الكرلانى على الهداية

شرح بداية المبتدى تأليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى

الحسن على بن عبد الجليل أبى بكر المرغينانى

الرشدانى المتوفى سنة ٥٩٣ فى

الفقه على مذهب الامام

الاعظم أبى حنيفة رحمهم

الله ونفعنا بهم

آمين

وبهامشه بقية شرح العناية على الهداية للامام أكمل الدين محمد بن محمود

البابرتى المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المفتى

الشهير بسعدى چلبى وبسعدى أفندى المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح

العناية المذكور وعلى الهداية

(تنبيه) قد جعلنا الهداية وفتح القدير والكفاية فى الصلب الاول فى صدر

الصحيفة ويليه الثانى مفصولا بينهما بجدول ثم الثالث مفصولا بينهما بجدول

وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى چلبى الاول فى صدر الهامش

ويليه الثانى والتعقيبة تابعة للهداية فليعلم

(قال فى كشف الظنون)

ان الهداية كالقرآن قد نسخت * ما صنفوا قبلها فى الشرع من كتب

فاحفظ قواعدها واسلك مسالكها * يسلم مقالك من زيغ ومن كذب

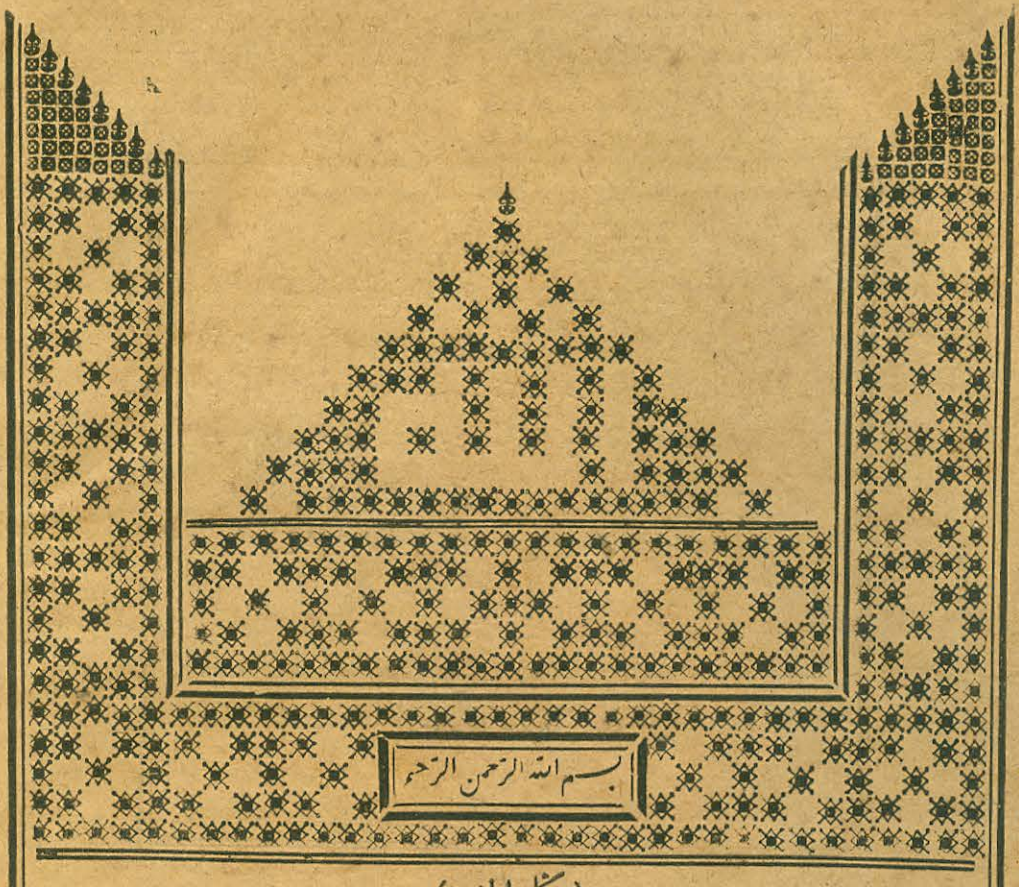
(وقال بعضهم)

برهان دين الله حارس شرعه * ام الكرامة معتدى علمائه

أعلى لواء العلم حتى أصبحت * علماء دين الله تحت لوائه

(طبع بالمطبعة الميمنية)

على نفقة أصحابها (مصطفى البابى الحلبى وأخويه) بمصر



(كتاب الحدود)

لما اشتملت الأيمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا مايعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ماعرف بخلاف كفارة الأيمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الأيمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي مايبعد بين الاخوات المتحدة في الجنس القريب ويوجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث ثم محاسن الحدود أظهر من أن تذكر ببيان وتكتب ببنان لان الفقيه وغيره يستوي في معرفة أنها للامتناع عن الافعال الموجبة للفساد ففي الزنا ضياع الذرية واماتتها معنى بسبب اشتباه النسب ولا يلزم بموت الولد مع مافيه من تهمة الناس البراء وغيره ولذا ندب عموم الناس الى حضور رجمه وفي باقي الحدود زوال العقل وافساد الاعراض وأخذ أموال الناس وقبح هذه الامور مركوز في العقول ولذا لم تبح الاموال والاعراض والزنا والسكر في ملة من الملل وان أبيح الشرب وحين كان فساد هذه الامور عاما كانت الحدود التي هي مانعة منها حقوق الله على الخلوص فان حقوقه تعالى على الخلوص أبدا تفيد مصالح عامة ولذا قال المصنف والمقصود من شرعيته الانزجار عما يتضرر به العباد والعبارة المشهورة في بيان حكمة شرعيتها الزجر الا أنه لما كان الزجر يراد للانزجار عدل المصنف الى قوله الانزجار الا أن قوله والطهارة ليست باصلية الى آخره أي الطهرة من ذنب بسبب الحد يفيد أنه مقصود أيضا من شرعيتها لكنه ليس مقصودا أصليا بل هو تبع لما هو الاصل من الانزجار وهو خلاف المذهب فان المذهب ان الحد لا يعمل في سقوط اثم

قال

(كتاب الحدود)

لما فرغ من ذكر الايمان وكفارتها الدائرة بين العبادة والعقوبة أورد عقيبها العقوبات المحضة ومحاسن الحدود كثيرة لما أنها ترفع الفساد الواقع في العالم وتحفظ النفوس والاعراض والاموال سالمة عن الابتذال وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما وأما تفسيره لغة وشريعة والمقصد الاصلي من شرعه وهو الحكم فقد ذكره في

(كتاب الحدود)

(قوله وأما سببها فسبب كل منها ما أضيف اليه مثل حد الزنا وحد القذف وغيرهما) أقول في العبارة نوع ركاكة

قال الحداغة هو المنع ومنه الحداد للبواب وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى حتى لا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد والطهارة ليست أصلية فيه بدليل شرعه فى حق الكافر

قبل سببه أصلا بل لم يشرع الا لتلك الحكمة (١) وأما ذلك فقول طائفة كثيرة من أهل العلم واستدلوا عليه بقوله صلى الله عليه وسلم فيما فى البخارى وغيره ان من أصاب من هذه المعاصى شيأ فعوقب به فى الدنيا فهو كفارة له ومن أصاب منها شيأ فستره الله فهو الى الله ان شاء عفا عنه وان شاء عاقبه واستدل الاصحاب بقوله تعالى فى قطاع الطريق ذلك أى التقتيل والصلب والنفى بان لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا فاخبر أن جزاء فعلهم عقوبة دنيوية وعقوبة أخروية الا من تاب فانها حينئذ تسقط عنه العقوبة الاخروية وبالاجماع للاجماع على ان التوبة لا تسقط الحد فى الدنيا ويجب أن يحمل الحديث على ما اذا تاب فى العقوبة لانه هو الظاهر لان الظاهر أن ضربه أو رجمه يكون معه توبة منه لذوقه مسبب فعله فيقيد به جمعا بين الادلة وتقييد الظنى عند معارضة القطعى له متعين بخلاف العكس وانما أراد المصنف أنه لم يشرع للطهرة فاداه بعبارة غير جيدة ولذا استدل عليه بشرعيته فى حق الكافر ولا طهرة فى حقه من الذنب بالحد يعنى أن عقوبة الذنب لم ترتفع بمجرد الحد بل بالتوبة معه ان وجد ولم تتحقق فى حقه لان التوبة عبادة وهو ليس من أهلها وأما من يقول ان الحد بمجرده يسقط اثم ذلك السبب الخاص الذى حد به فان قال ان الحد لا يسقط عن الكافر يحتاج الى دليل سمعى فى ذلك اذ السمع انما يوجب لزوم عقوبة الكفر فى حقه لا بتضاعف عذاب الكفر عليه فاذا فرض أن الله سبحانه جعل الحد مسقطا لعقوبة معصية صار الفاعل لها اذا حد بمنزلة ما اذا لم يفعلها فلا يضم الى عذاب الكفر عذاب تلك المعصية اذا حد بها الكافر الا أن يدل دليل سمعى على ذلك وأما الاستدلال على عدم كون الحد مسقطا بانه يقام عليه وهو كاره له فليس بشئ لجواز التكفير بما يصيب الانسان من المكاره والله أعلم ثم تحقيق العبارة ما قال بعض المشايخ انها موانع قبل الفعل زواجر بعده أى العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه (قوله الحداغة المنع) وعليه قول نابغة ذبيان

الا سليمان اذ قال الاله له * قم فى البرية فاحددها عن الفند

وهو الخطا فى القول والفعل وغير ذلك مما يلام صاحبه عليه كذا ذكره الاعلم فى شرح ديوانه وكل مانع شئ فهو حاد له وحدادا ذا صيغ للمبالغة ومنه قيل للبواب لمنعه من الدخول والسجان حداد لمنعه من الخروج بلا شك

(قوله وفى الشريعة هو العقوبة المقدرة حقا لله تعالى) احترز بالمقدرة عن التعزير وبقوله حقا لله تعالى عن القصاص قيل تقديرات الشرع على أربعة أنواع منها ما هو يمنع الزيادة والنقصان وهو الحدود ومنها ما يمنع الزيادة والنقصان كما قال الله تعالى وما تدرى نفس ماذا تكسب غدا فانه لا يعلم ماذا تكسب فى هذا اليوم فى الزمان الثانى ولا فى بعد غد وكذلك قوله تعالى من ان تأمنه بقنطار يؤده اليك ومنها ما هو يمنع الزيادة دون النقصان وهو خيار الشرط عند أبى حنيفة رحمه الله ومنها ما هو يمنع النقصان دون الزيادة كمدة السفر (قوله والمقصد الاصلى من شرعه الانزجار عما يتضرر به العباد) وهو اختلاط الانساب فانه تعالى شرع حد الزنا لصيانة فرش المسلمين عن الفساد وشرع حد القذف لصيانة أعراضهم وشرع حد الشرب لصيانة عقولهم وشرع حد السرقة لصيانة أموالهم (قوله والطهرة ليست أصلية) لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد اذ الحد يقام على كره منه فلا يكون محصلا للثواب فلا تحصل به الطهرة فان تاب كان الحد طهرة له والا لا يكون طهرة بل يكون خزيا ونكالا كما قال الله تعالى فى حد قطاع الطريق ذلك لهم خزى فى الدنيا ولهم فى الآخرة عذاب عظيم (قوله الزنا يمدو يقصر) فالقصر لاهل الحجاز قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا والمد لاهل نجد قال الفرزدق

أبا حاضر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

الخرطوم الخمر المسكر بفتح الكاف من التسكير المخمور يخاطب به الرجل المكنى بابى حاضر والنسبة الى

الكتاب وقوله (الانزجار عما يتضرر به العباد) يريد به افساد الفرش واضاعة الانساب واتلاف الاعراض والاموال وكلامه يشير الى أن الحدود تشتمل على مقصد أصلى يتحقق بالنسبة الى الناس كافة وهو الانزجار عما يتضرر به العباد وغير أصلى وهو الطهارة عن الذنوب وذلك يتحقق بالنسبة الى من يجوز زوال الذنوب عنه لا بالنسبة الى الناس كافة ولهذا شرع فى حق الكافر الذمى ولا يطهر عن ذنبه باجراء الحد عليه

(١) قول الكمال وأما ذلك أى كون الطهرة مقصودة من الحد قصدا تبعيا للزجر كذا جامش اه

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) الزنا يمد ويقصر فالقصر لغة أهل الحجاز والمد لاهل نجد قال الفرزدق أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا يخاطب رجلا (٤) يكنى أبا طاهر والخرطوم الخمر والمسكر بفتح الكاف المخمور وتفسيره في

قال (الزنا يثبت بالبينة والاقرار) والمراد ثبوته عند الامام لان البينة دليل ظاهر وكذا الاقرار لان الصدق فيه مرجح لاسيما فيما يتعلق بثبوته مضرة ومعرة والوصول الى العلم القطعي متعذر فيكتفى بالظاهر قال

وان كان البيت الذي استشهد به لا يفيد وهو قوله

يقول لي الحداد وهو يقودني * الى السجن لا تجزع فبابك من باس

فانه لا يلزم كون القائل الذي كان يقوده هو السجان لجواز أن يكون غيره ممن يوصله اليه فانه حداد له اذ يمنعه من الذهاب الى حال سبيله والخمار حداد لمنعه الخمر في قول الاعشى

فقمنا ولما يصح ديكنا * الى جونة عند حدادها

وسمي أهل الاصطلاح المعرف للماهية حدا لمنعه من الدخول والخروج وحدود الدار نهاياتها لمنعها عن دخول ملك الغير فيها وخروج بعضها اليه وفي الشرع قال المصنف هو العقوبة المقدرة حقا لله فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ما عليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعزل أذن وغيره على ما سيأتي ان شاء الله تعالى وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان ما يصح فيه العفو وما لا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه ابتنى عدم جواز الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده تجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده (قوله الزنا يثبت بالبينة والاقرار) ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله تعالى بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور في اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التي بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا وتمد في لغة نجد وعليها قال الفرزدق

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر قال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته في نفسه فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسي وسيذكر المصنف تعريف الزنا في باب الوطء الذي يوجب الحد وهناك نتكلم عليه وخص بالبينة والاقرار لنفي ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعي انه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذلم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة وقول المصنف لانها دليل ظاهر تعليل للواقع من النصوص الدالة على ثبوته بالبينة والاقرار فانها يثبت بها غير مفتقر الى هذا المعنى وحاصله لما تعذر القطع اكتفى بالظاهر وهو في البينة وفي الاقرار أظهر لان الاقرار بسبب الحد يستلحق مضرة في البدن ومعرة في العرض توجب نكاية في القلب فلم يكن الاقدام عليه الا مع الصدق دفعا للضرر الآخرة على القول بسقوطه بالحد ان لم يتب وقصدا الى تحقيق

المقصور زنوى والى الممدود زناوى كذا في الصحاح (قوله يثبت بالبينة والاقرار) أي عند الامام وعلم القاضي ليس بحجة في الحدود باجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان كان القياس يقتضي اعتباره لان عمله فوق

فالبينة

(قوله وتفسيره في الشرع الخ) أقول تفسير للزنا العام لما يوجب الحد ولما لا يوجبه (قوله وشبهتهما الخ) أقول ليعم الزنا الذي لا يوجب الحد (قوله وتمكين المرأة الخ) أقول تعريف الزنا المرأة (قوله اشارة) اقول وجه الاشارة مستور

(فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود على رجل أو امرأة بالزنا) لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال الله تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه السلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك ولان فى اشتراط الاربعة يتحقق معنى الستر وهو مندوب اليه والاشاعة ضده (واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) لان النبى عليه السلام استفسر ماعزا

لنكاية لنفسه اذ ورطته فى أسباب سخط الله تعالى لينال درجة أهل العزم (قوله فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ليس فيهم امرأة (على رجل أو امرأة بالزنا) ويجوز كون الزوج منهم عندنا خلافا للشافعى هو يقول هو منهم ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار وانما كانت الشهود أربعا لقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وأما الحديث الذى ذكره المصنف وهو قوله صلى الله عليه وسلم للذى قذف امرأته بالزنا يعنى هلال بن أمية ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد فى ظهرك فلم يحفظ على ما ذكر والذى فى البخارى انه عليه الصلاة والسلام قال البينة والا فحد فى ظهرك نعم أخرج أبو يعلى فى مسنده حدثنا مسلم بن أبى مسلم الجرمى حدثنا مخلد بن الحسين عن هشام عن ابن سيرين عن أنس بن مالك قال أول لعان كان فى الاسلام ان شريك بن سحماء قذفه هلال بن أمية بامرأته فرفعته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم أربعة شهود والا فحد فى ظهرك والمسئلة وهى اشتراط الاربعة قطعية تجمع عليها ثم ذكر أن حكمة اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر المندوب اليه واقتصر عليه لنفى قول من قال ان حكمته أن شهادة الزنا تتضمن الشهادة على اثنين وفعل كل واحد يحتاج الى اثنين فلزمت الاربعة أما ان فيه تحقيق معنى الستر فلان الشئ كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء وأما انه مندوب اليه فلما أخرج البخارى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم من نفس عن مسلم كربة من كرب الدنيا نفس الله عنه كربة من كرب الآخرة ومن ستر مسلما ستره الله فى الدنيا والآخرة والله فى عون العبد ما دام العبد فى عون أخيه وأخرج أبو داود والنسائى عن عقبة بن عامر عنه صلى الله عليه وسلم انه قال من رأى عورة فسترها كان كمن أحيا موؤدة واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل يعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين والزجر لهم فاذا ظهر حال الشره فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا مستترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وقوله عليه الصلاة والسلام لهزال فى ماعز لو كنت ستر ته بثوبك الحديث وسياتى كان فى مثل من ذكرنا والله سبحانه أعلم وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى واداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها ويحل منه ما يحل منها وأما ان المختار فى الحكمة ما ذكره المصنف فلان شهادة الاثنين كما تكون على فعل واحد تكون معتبرة على أفعال كثيرة كما لو شهدوا ان هؤلاء الجماعة قتلوا فلانا ونحوه فالمعول عليه ما ذكره المصنف (قوله واذا شهدوا بالزنا سالهم الحاكم) عن خمسة أشياء عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى ومتى زنى وبمن زنى) ثم استدل المصنف على وجوب هذه الاشياء بانه صلى

البينة والاقرار (قوله والاشاعة ضده) أى ضد الستر فيكون مذموما لقوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة (قوله فاذا شهدوا) يسالهم الامام عن الزنا ماهو ومن وكيف هو أما السؤال عن ماهية الزنا فللاحتراز عما لم يكن فعلهما على الذى ذكر الحد من تفسير الزنا فان

وقوله (فالبينة أن تشهد أربعة من الشهود) ظاهر وقوله (ولان فى اشتراط الاربعة تحقيق معنى الستر) احتراز عن قول من يقول انما اشترط الاربع لان الزنا لا يتم الا باثنين وفعل كل واحد لا يثبت الا بشهادة شاهدين فانه ضعيف لان فعل الواحد كما يثبت بشهادة شاهدين كذلك يثبت بها فعل الاثنين وانما الصواب أن الله تعالى أحب الستر على عباده وشرط زيادة العدد تحقيقا لمعنى الستر وقوله (وهو) أى الستر (مندوب اليه) قال صلى الله عليه وسلم من أصاب منكم من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله وقال من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة (والاشاعة ضده) أى اظهار الزنا ضد ستر الزنا فكان وصف الاشاعة على ضد وصف الستر لا محالة ثم لما كان الستر أمرا مندوبا اليه كانت الاشاعة أمرا مذموما (واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا ماهو) احترازا عن الغلط فى الماهية (وكيف هو) احترازا عن الغلط فى الكيفية (وأين زنى) احترازا عنه فى المكان (ومتى زنى) احترازا عنه فى الزمان

(قوله واذا شهدوا سالهم الامام عن الزنا) أقول أنت

عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط فى ذلك واجب لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه أو زنى فى دار الحرب أو فى المتقادم من الزمان أو كانت له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى

الله عليه وسلم استفسر ماعزا عن الكيفية وعن المزنية ولان الاحتياط المطلوب شرعا فى ذلك فهذا الوجه يعم الخمسة والسمعى مقتصر على اثنين منها فحاصله استدلاله على اثنين منها بدليلين وعلى الثلاثة الباقية بدليل واحد فان قيل الكلام فى استفسار الشهود فكيف يستدل عليه باستفسار المقر وهو ماعز فالجواب أن علة استفساره بعينها ثابتة فى الشهود كما تسمع فوجب استفسارهم أما انه استفسره عن الكيفية ففيما أخرج أبو داود والنسائى وعبد الرزاق فى مصنفه عن أبى هريرة رضى الله عنه قال جاء الاسلمى نبى الله صلى الله عليه وسلم فشهد على نفسه انه أصاب امرأة حراما أربع مرات كل ذلك يعرض عنه فاقبل فى الخامسة فقال أنكتها قال نعم قال حتى غاب ذلك منك فى ذلك منها قال نعم قال كما يغيب المرود فى المكحلة وكما يغيب الرشاء فى البئر قال نعم قال فهل تدرى ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما مثل ما يأتى الرجل من امرأته حلالا قال فما تريد بهذا القول قال أريد أن تطهرنى فامر به فرجم فسمع النبى صلى الله عليه وسلم رجلين من أصحابه يقول أحدهما لصاحبه انظر الى هذا الذى ستر الله عليه فلم تدعه نفسه حتى رجم رجم الكلب فسكت عنهما ثم سار ساعة حتى مر بجيفة حمار شائل برجله فقال أين فلان وفلان فقالا نحن ذا يا رسول الله فقال انزلا فكلا من جيفة هذا الحمار فقالا ومن يأكل من هذا يا رسول الله قال فما نلتما من عرض أخيكما آنفا أشد من الاكل منه والذى نفسى بيده انه الآن لفى أنهار الجنة ينغمس فيها وأما استفساره عن المزنية ففيما أخرجه أبو داود عن يزيد بن نعيم ابن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فاصاب جارية من الحى فقال له أبى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخبره بما صنعت لعله يستغفر لك قال فاتاه فقال يا رسول الله انى زنيت فاقم على كتاب الله فاعرض عنه فعاد حتى قالها أربع مرات فقال عليه الصلاة والسلام انك قد قلتها أربع مرات فبمن قال بفلانة قال هل ضاجعتها قال نعم قال هل باشرتها قال نعم قال هل جامعتها قال نعم فامر به أن يرجم فاخرج الى الحرة فلما وجد مس الحجارة خرج يشتد فلقيه عبد الله بن أنيس وقد عجز أصحابه فنزع بوظيف بعير فرماه به فقتله ثم أتى النبى صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال هلا تركتموه لعله أن يتوب فيتوب الله عليه ورواه عبد الرزاق فى مصنفه فقال فيه فامر به أن يرجم فرجم فلم يقتل حتى رماه عمر بن الخطاب بلحى بعير فاصاب رأسه فقتله وأما ان فى الاستفسار عن الامور الخمسة الاحتياط فما قال لانه عساه غير الفعل فى الفرج عناه بان ظن مماسة الفرجين حراما زنا أو كان يظن أن كل وطء محرم زنا يوجب الحد فيشهد بالزنا فلهذا الاحتمال ساله عن الزنا ماهو ولانه يحتمل كونه كان مكرها ويرى أن الاكراه على الزنا لا يتحقق فيكون مختارا فيه كما روى عن أبى حنيفة فيشهد به فلهذا ساله عن كيفيته وفى التحقيق هو حالة تتعلق بالزانى نفسه ثم يحتمل كون المشهود عليه زنى فى دار الحرب وليس فيه حد عندنا فلهذا ساله أين زنى ويحتمل كونه فى زمان متقادم ولا حد فيه اذا ثبت بالبينة أو فى زمن صباه فلهذا ساله متى زنى وحد التقادم سيأتى ثم يحتمل كون المزنى بها ممن لا يحد بزناها وهم لا يعلمون كجارية ابنه أو كانت جارية أو زوجته ولا يعلمها الشهود كما قال المغيرة حين شهد عليه كيف حل لهؤلاء أن ينظروا فى

(وعن المزنية) احترازا عنه فى المفعول به ويدل على وجوب السؤال عن هذه الاشياء النقل والعقل أما الاول فما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سال ماعزا الى أن ذكر الكاف والنون يعنى كلمة نكت ولكونه صريحا فى الباب والباقى كناية وأما العقل فلان الاحتياط فى ذلك اجب لانه قد كان الفعل فى غير الفرج عناه فلا يكون ماهية الزنا ولا كيفيته موجودة أو زنى فى دار الحرب وهو لا يوجب الحد أو فى المتقادم من الزمان وذلك يسقط الحد أو كان له فى المزنية شبهة لم يطلع عليها الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء

خبير بان سؤال الامام ليس للاحتراز عن الغلط فيما ذكره بل الغلط مطلوب لدرء الحد وانه لا معنى للغلط فى المكان والزمان هنا فتامل (قوله الى أن ذكر الكاف والنون) أقول يعنى الى أن ذكر لما عز الكاف والنون

من الناس يعتقد فى كل وطء أنه زنى ولان الشرع سمى الفعل فيما دون الفرج زنا قال العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى والفرج يصدق ذلك أو يكذب والحد لا يجب الا بالجماع فى الفرج وأما السؤال عن الكيفية فللاحتراز عن تماس الفرجين من غير ايلاج وقيل للاحتراز عن صورة الاكراه وأما السؤال عن المكان فللاحتراز عن فعل الزنا فى دار الحرب وأما السؤال عن الوقت فللاحتراز عن أن يكون العهد متقادما وحد الزنا لا يقام بعد تقادم العهد عندنا وأما السؤال عن المزنى بها فللاحتراز عن أن يكون له نكاح أو شبهة نكاح مع المفعول بها وذلك غير معلوم للشهود فاذا فسروا تبين ذلك للقاضى

فى ذلك احتيالا للدرء (فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة وسال القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم) ولم يكتف بظاهر العدالة فى الحدود احتيالا للدرء قال عليه السلام ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة وتعديل السر والعلانية تبينه فى الشهادات ان شاء الله تعالى قال فى الاصل

بيتى وكانت فى بيت أحدهم كوة يبدو منها للناظر ما فى بيت المغيرة فاجتمعوا عنده فشهدوا وقال المغيرة والله ما أتيت الا امرأتى ثم ان الله تعالى درأه عنه بعدم قول زياد وهو الرابع رأيته كالميل فى المكحلة فحد عمر رضى الله عنه الثلاثة ولم يحده لانه ما نسب اليه الزنا بل قال رأيت قدمين تخضوبتين وأنفاسا عالية ولحافا رتفع وينخفض وهو لا يوجب الحد وأخرج عبد الرزاق فى تفسيره بسنده عن عمر رضى الله عنه ثم سالهم أن يتوبوا فتاب اثنان فقبلت شهادتهما وأبى أبو بكرة أن يتوب فكانت شهادته لا تقبل حتى مات وعاد مثل العضو من العبادة اه فلهذا يسالهم عن المزنى بها من هى وقياسه فى الشهادة على زنا امرأة أن يسالهم عن الزانى بها من هو فان فيه أيضا الاحتمال المذكور وزيادة وهو جواز كونه صبيا أو مجنونا بان مكنت أحدهما فانه لا يجب عليها فى ذلك حد على قول أبى حنيفة ولو سالهم فلم يزيدوا على قولهم انهما زنيا لم يحد المشهود عليه ولا الشهود لانهم شهدوا بالزنا ولم يثبت قذفهم لانهم لم يذكروا ما ينفى كون ما ذكروه زنا لظهور قذفهم لغير الزانى بالزنا بخلاف ما لو وصفوه بغير صفته فانهم يحدون وصار كما لو شهد أربعة فساق بالزنا لا يقضى بشهادتهم ولا يحدون لانهم يأتون على شهادتهم غير أنهم لا يقبلون وعلى هذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على صدق مقالته يسقط به الحد عندنا بخلاف ما لو شهد ثلاثة وأبى الرابع فان الشهادة على الزنا قذف لكن عند تمام الحجة يخرج عن أن يكون قذفا فلما لم يتم بامتناعه بقى كلام الثلاثة قذفا فيحدون ولو شهدوا فسالهم فبين ثلاثة ولم يزد واحد على الزنا لا يحد وما وقع فى أصل المبسوط من أن الرابع لو قال انه زان فسئل عن صفته فلم يصفه انه يحد حمل على انه قاله للقاضى فى مجلس غير المجلس الذى شهد فيه الثلاثة (قوله واذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها كالميل فى المكحلة) وهى بضم الميم والحاء وهو حاصل جواب السؤال عن كيفية الزنا فى الحقيقة وسال القاضى عنهم فعدلوا فى السر بان يبعث ورقة فيها أسماؤهم وأسماء محلتهم على وجه يتميز كل منهم لمن يعرفه فيكتب تحت اسمه هو عدل مقبول الشهادة والعلانية بان يجمع بين المعدل والشاهد فيقول هذا هو الذى عدلته حكم بشهادتهم وهو الحكم بوجوب حده وهذا ما وعد المصنف بيانه فى الشهادات وبقى شرط آخر وهو أن يعلم ان الزنا حرام مع ذلك كله ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء ولم يكتف بظاهر العدالة وهو كونه مسلما لم يظهر عليه فسق كما اكتفى بها أبو حنيفة فى الاموال احتيالا للدرء ولما كان لزوم هذا على الحاكم موقوفا على ثبوت ايجاب الدرء ما أمكن استدل عليه بما رواه أبو يعلى فى مسنده من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود ما استطعتم ورواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها عنه عليه السلام قال ادرؤا الحدود عن المسلمين ما استطعتم فان كان لها مخرج فخلوا سبيله فان الامام ان يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة قال الترمذى لا نعرفه مرفوعا الا من حديث محمد بن ربيعة عن يزيد بن زياد بن يزيد ضعيف وأسند فى علله عن البخارى يزيد منكر الحديث ذاهب وصححه الحاكم وتعقبه الذهبى به قال البيهقى والموقوف أقرب الى الصواب ولا شك ان هذا الحكم وهو درء الحد مجمع عليه وهو أقوى وكان ذكر هذه ذكر المستند الاجماع واعلم ان القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل له من تعديل المزكى ولو لا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا فى اقامة الحد بالسمع الذى ذكرناه لكان يحده بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت فى تعديل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره (قوله قال فى الاصل) أى قال اذا وصف

(قوله وقالوا رأيناه وطئها) هذا جواب عما هو وقوله كالميل فى المكحلة جواب كيف هو ميل المكحلة

فاذا بينوا ذلك وقالوا رأيناه وطئها فى فرجها بيانا لماهيته والمزنى بها كالميل فى المكحلة بيان كيفيته وسال القاضى عنهم فعدلوا فى السر والعلانية حكم بشهادتهم ولم يكتف بظاهر العدالة احتيالا للدرء لان النبى صلى الله عليه وسلم أمر بذلك وقال ادرؤا الحدود ما استطعتم بخلاف سائر الحقوق عند أبى حنيفة حيث اكتفى فيه بظاهر العدالة وهو الاسلام وتعديل السر والعلانية يأتى فى الشهادات ان شاء الله تعالى قال فى الاصل (يحبسه حتى يسال عن الشهود) لانه لو خلى سبيله هرب فلا يظفر به بعد ذلك ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء فان قيل الاحتياط فى الحبس أظهر أجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير للاتهام بالجناية وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة والفرق بينه وبين المديون سيأتى ان شاء

(قوله أجيب بان حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير) أقول ولا يخفى عليك ان المستفاد من تعليل الحبس بقوله لانه لو خلى سبيله هرب هو ان يكون الحبس احتياطا لا تعزيرا فليتامل

يحبسه حتى يسأل عن الشهود للاتهام بالجناية وقد حبس رسول الله عليه السلام رجلا بالتهمة بخلاف الدين حيث لا يحبس فيها قبل ظهور العدالة وسيأتيك الفرق ان شاء الله تعالى قال (والاقرار أن يقر البالغ العاقل على نفسه بالزنا أربع مرات في أربعة مجالس من مجالس المقر) كما أقر رده القاضي فاشتراط البلوغ والعقل لان قول الصبي والمجنون غير معتبر أو غير موجب للحد واشتراط الاربع مذهبنا وعند الشافعي يكتفي بالاقرار مرة واحدة اعتبارا بسائر الحقوق وهذا لانه مظهر وتكرار الاقرار لا يفيد زيادة

الشهود الاشياء المذكورة يحبس القاضي المشهود عليه بالزنا الى أن يسأل عن عدالة الشهود لانه متهم وقد يهرب ولا وجه لاخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع احتياط وليس بمشروع فيما يندرئ بالشبهات فان قيل الاحتياط في الحبس أظهر منه في أخذ الكفيل أجاب بان حبسه ليس للاحتياط بل هو تعزير له لانه صار متهما بالفواحش بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز بخلاف ما اذا شهدوا بالدين لا يحبس المشهود عليه به قبل ظهور عدالة الشهود لان أقصى العقوبات بعد ثبوت العدالة والقضاء بموجب الشهادة الحبس فلا يجوز أن يفعله قبل ثبوت الحق بخلاف ما هنا فان بعد الثبوت عقوبته أغلظ وهذا هو الفرق الذي وعده المصنف بقوله وسيأتيك الفرق وأما قوله حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن أبيه عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة ثم خلى عنه حسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عمرو بن مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجنان من مياه المدينة وعندهما ناس من غطفان معهم ظهر لهم فاصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم واتهموا الغفاريين فاتوا بهم رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يلبث الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لاحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتلك في سبيله قال فقتل يوم اليمامة (قوله والاقرار أن يقر العاقل البالغ على نفسه بالزنا أربع مرات) قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور في القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعي شبهة كما لو شهدوا على مجنون انه زنى في حال افاقته بخلاف الاعمى صح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصي والعنين وكذا لو أقر فظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء وذلك بان تخبر النساء بانها رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارهن بالرتق يوجب شبهة في شهادة الشهود والشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو أقرت أنها زنت باخرس لا حد على واحد منهما واختلف في اشتراط تعدد الاقرار فنفاه الحسن وحماد بن أبي سليمان ومالك والشافعي وأبو ثور واستدلوا بحديث العسيف حيث قال فيه واغد يا أنيس على امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل أربع مرات ولان الغامدية لم تقر أربعا وانما رد ماعزا لانه شك في أمره فقال له أبك جنون وذهب كثير من العلماء الى اشتراط الاربع واختلفوا في اشتراط كونها في أربعة مجالس من مجالس المقر فقال به علماؤنا ونفاه ابن أبي ليلى وأحمد فيما ذكر عنه واكتفوا بالاربع في مجلس واحد وما في الصحيحين ظاهر فيه وهو ما عن أبي هريرة قال أتى رجل من المسلمين رسول الله

خشبتها التي يكتحل بها والمكحلة بضمتين وعاء الكحل والجمع مكاحل (قوله يحبسه حتى يسأل عن الشهود) فان قيل الحبس ينافي الاحتياط للدرء فينبغي أن لا يشرع كأخذ الكفيل منه قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فحبسه تعزيرا (قوله في أربعة مجالس من مجالس المقر) وقال ابن أبي ليلى يقام بالاقرار أربع مرات وان كان في مجلس واحد اعتبارا للاقرار بالشهادة بعلة انه أحد حجتي الزنا (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة

الله تعالى قال (والاقرار أن يقر العاقل البالغ) صورة المسألة ظاهرة على ما ذكره (قوله اعتبارا بسائر الحقوق) يعني في سائر الحقوق العدد معتبر في الشهادة دون الاقرار فكذلك ههنا

وقوله (بخلاف زيادة العدد في الشهادة) يعني أنها تفيد زيادة في طمانينة القلب وتكرار الكلام ليس كذلك ولنا حديث ماعز فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال زنيت فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الثالث وقال مثل ذلك فاعرض عنه فجاء الى الجانب الرابع وقال مثل ذلك فلما كان في المرة الرابعة قال النبي صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فيمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الا أن يقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفي رواية بعث الى أهله فقال هل تنكرون من عقله شيا فقالوا الافسال عن احصانه فاخبر أنه محصن فامر برجمه وعن أبي بريدة قال كنا نتحدث في أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد في بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه رسول الله صلى الله عليه وسلم فهذا يدل على أن هذا الحكم كان متعارفا فيما بينهم ووجه الاستدلال بحديث ماعز ما أشار اليه بقوله فانه أخر الاقامة وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر اقامة الحد الى أن تم الاقرار أربع مرات فلو كان الاقرار مرة واحدة كافيا لم يؤخر لان اقامة الحد عند ظهوره واجبة وتاخير الواجب لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم فان قال قائل اذا لم يثبت الحد باقراره مرة واحدة فقد اعترف بوطء لا بوجب الحد فيجب المهر واذا وجب المهر لا يجب الحد من بعد لان المهر والحد لا يجتمعان في وطء واحد أجيب بان الاقرار أربع مرات لما اعتبر حجة لاثبات الزنا لم يتعلق وجوب المهر بالاقرار مرة واحدة وانما الحكم موقوف فان تمت الحجة وجب الحد وان لم تتم وجب المهر فان قيل انما أعرض النبي صلى الله عليه وسلم لانه استراب في عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون الا أنه لما أصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال أبك خبل أبك جنون قلنا أما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال

الظهور بخلاف زيادة العدد في الشهادة ولنا حديث ماعز فانه عليه السلام أخر الاقامة الى أن تم الاقرار منه أربع مرات في أربعة مجالس فلو ظهر بما دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة اختصت فيه

صلى الله عليه وسلم وهو في المسجد فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه فتنحى تلقاء وجهه فقال يا رسول الله اني زنيت فاعرض عنه حتى بين ذلك أربع مرات فلما شهد على نفسه أربع شهادات دعاه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أبك جنون قال لا قال هل أحصنت قال نعم فقال صلى الله عليه وسلم اذهبوا به فارجموه فرجمناه بالمصلى فلما أذلقته الحجارة هرب فادركناه بالحرة فرجمناه فهذا ظاهر في انه كان في مجلس واحد قلنا نعم هو ظاهر فيه لكن أظهر منه في افادة انها في مجالس ما في صحيح مسلم عن أبي بريدة أن ماعزا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فرده ثم أتاه الثانية من الغد فرده ثم أرسل الى قومه فسالهم هل تعلمون بعقله باسا فقالوا ما نعلمه الا وفي العقل من صالحينا فاتاه الثالثة فارسل اليهم أيضا فسالهم فاخبروه أنه لا باس به ولا بعقله فلما كان الرابعة حفرله حفرة فرجمه وأخرج أحمد واسحق بن راهويه في مسنديهما وابن أبي شيبة في مصنفه قال حدثنا وكيع عن اسرائيل عن جابر عن عامر عن عبد الرحمن بن أبزى عن أبي بكر رضي الله عنه قال أتى ماعز ابن مالك النبي صلى الله عليه وسلم فاعترف وأنا عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده مرة فرده ثم جاء فاعترف عنده الثالثة فرده فقلت له ان اعترفت الرابعة رجمك قال فاعترف الرابعة فحبسه ثم سال عنه فقالوا لا نعلم الا خيرا فامر به فرجم فصرح بتعداد المجيء وهو يستلزم غيبته ونحن انما قلنا انه اذا تغيب ثم عاد فهو مجلس آخر وروى ابن حبان في صحيحه من حديث أبي هريرة قال جاء ماعز بن مالك الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الابعد زنى فقال له ويلك وما يدريك ما الزنا فامر به فطرد وأخرج ثم أتاه الثانية فقال مثل ذلك فامر به فطرد

دون الاقرار فكذلك ههنا (قوله بخلاف زيادة العدد في الشهادة) لان زيادة طمانينة القلب تحصل بزيادة العدد من الشهود ولا يحصل ذلك بتكرار الكلام من واحد (قوله ولنا حديث ماعز) فانه جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال فطهرني فاعرض عنه فجاء الى الجانب الآخر وقال مثل ذلك فلما قال في المرة الرابعة قال صلى الله عليه وسلم الآن أقررت أربعا فيمن زنيت قال بفلانة قال لعلك قبلتها لعلك باشرتها فابى الى أن أقر بصريح الزنا فقال أبك خبل أبك جنون وفي رواية بعث الى أهله هل تنكرون من عقله فقالوا الافسال عن احصانه فاخبر أنه محصن فامر برجمه كذا في المبسوط فان قيل انما أعرض النبي عليه السلام لانه استراب عقله فقد جاء أشعث أغبر متغير اللون الا أنه لما أصر على الاقرار ودام على نهج العقلاء قبله بعد ذلك ثم أزال الشبهة بالسؤال أبك خبل أبك جنون قلنا أما الحال فدليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال

أبك جنون أجيب أما تغير الحال فانه دليل التوبة والخوف من الله تعالى لا دليل الجنون وانما قال النبي صلى الله عليه وسلم أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك قبلت وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطء بشبهة فيسقط الحد عنه وكما قال للسارق أسرقت ما اخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضي الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا ان أقررت الرابعة رجمتك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم وقوله (ولان الشهادة) دليل معقول يتضمن الجواب عن اعتباره بسائر الحقوق وتقريره أن سائر الحقوق ليس نصاب الشهادة فيه أربعة ونصابها هناك ذلك فلما كانت احدى الحجتين مختصة بزيادة ليست في سائر الحقوق فكذلك في الحجة الاخرى اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

(قول فان قال قائل الم يثبت الحد باقراره الخ) أقول هذه معارضة

بزيادة العدد فكذا الاقرار اعظاما لامر الزنا وتحقيقا لمعنى الستر ولا بد من اختلاف المجالس

وأخرج ثم أتاه الثالثة فقال مثل ذلك فامر به فطرد وأخرج ثم أتاه الرابعة فقال مثل ذلك فقال أدخلت وأخرجت قال نعم فامر به أن يرجم فهذه وغيرها مما يطول ذكره ظاهر فى تعدد المجالس فوجب أن يحمل الحديث الاول عليها وان قوله فتنحى تلقاء وجهه معدود مع قوله الاول اقرارا واحدا لانه فى مجلس واحد وقوله حتى بين ذلك أربع مرات أى فى أربعة مجالس فانه لا ينافى ذلك وقد دلت الاحاديث على تعدد المجالس فيحمل عليه وأما الكلام مع المكتفين بمرة واحدة فاما كون الغامدية لم تقر الا مرة واحدة فممنوع بل أقرت أربعا يدل عليه ما عند أبى داود والنسائى قال كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يتحدثون أن الغامدية وماعز بن مالك لو رجعا بعد اعترافهما لم يطلبهما وانما رجمهما بعد الرابعة فهذا نص فى اقرارها أربعا غاية ما فى الباب انه لم ينقل تفاصيلها والرواة كثيرا ما يحذفون بعض صورة الواقعة على انه روى البزار فى مسنده عن زكريا ابن سليم حدثنا شيخ من قريش عن عبد الرحمن بن أبى بكر عن أبيه فذكره وفيه أنها أقرت أربع مرات وهو يردها ثم قال لها اذهبى حتى تلدى الحديث غير أن فيه مجهولا لتميز جهالته بما يشهد له من حديث أبى داود والنسائى وأما كونه ردما عزا أربع مرات كان لاسترابته فى عقله فان سلم لا يتوقف علم ذلك على الاربع والثلاثة موضوعة فى الشرع لابلاء الاعذار لخيار الشرط جعل ثلاثا لان عندها لا يعذر المغبون والمرتد يستحب أن يؤخر ثلاثا ليراجع نفسه فى شبهته فلو لم تكن الاربعة عددا معتبرا فى اعتبار اقراره لم يؤخر رجمه بعد الثالثة ومما يدل على ذلك ترتيبه صلى الله عليه وسلم الحكم عليها وهو مشعر بعليتها وكذا الصحابة فمن ذلك اقوله عليه السلام فى حديث هزال انك قد قلتها أربعا فبمن زنيت وهو حديث أخرجه أبو داود والنسائى والامام أحمد عن يزيد بن نعيم عن هزال عن أبيه قال كان ماعز بن مالك فى حجر أبى فاصاب جارية من الحى فقال له أبى ائت رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث المتقدم وزاد فيه أحمد قال هشام فحدثنى يزيد بن نعيم عن أبيه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال له حين رآه والله يا هزال لو كنت سترته بثوبك لكان خيرا لك مما صنعت به قال صاحب التنقيح اسناده صالح ويزيد بن نعيم روى له مسلم وذكره ابن حبان فى الثقات وأبوه نعيم ذكر فى الثقات أيضا وهو مختلف فى صحبته وقد روى ترتيبه صلى الله عليه وسلم على الاربع جماعة بالفاظ مختلفة فمنها ما ذكرنا ومنها فى لفظ لابى داود عن ابن عباس انك قد شهدت على نفسك أربع مرات وفى لفظ لابن أبى شيبة أليس أنك قد قلتها أربع مرات وتقدم فى مسند أحمد عن أبى بكر رضى الله عنه أنه قال له بحضرته صلى الله عليه وسلم ان اعترفت الرابعة رجمك الا أن فى اسناده جابرا الجعفى وكونه روى فى الصحيح أنه رده مرتين أو ثلاثا فمن اختصار الراوى والا فلا شك انه أقر أربعا وقوله فى ذلك اللفظ شهدت على نفسك يؤنس منه انه اعتبر الاقرار بالشهادة فحكم أوجب سبحانه فى الشهادة على الزنا أربعا على خلاف المعتاد فى غيره فكذا يعتبر فى اقراره أنزلا لكل اقرار منزلة شهادة واحد ولو لم يكن ذلك لكان النظر والقياس يقتضيه واذن فقوله فى حديث العسيف فان اعترفت فارجمها معناه الاعتراف المعهود فى الزنا بناء على أنه كان معلوما بين الصحابة خصوصا ممن كان قريبا من خاصة رسول الله صلى الله عليه وسلم وبين الصحابة هذا ونقل من حديث أبى هريرة فى استفسار

رسول الله عليه السلام أبك جنون تلقينا لما يدرأ به الحد كما قال لعلك وطئتها ليرجع عن الزنا الى الوطء فيسقط الحد به عنه وكما قال للسارق أسرقت وما اخاله سرق والدليل عليه ما روى أن أبا بكر رضى الله عنه قال لماعز لما أقر ثلاثا ان أقررت الرابعة رجمك فثبت أن هذا العدد كان ظاهرا عندهم ولانه لو كان لابلاء العذر لعلق الامر بثلاث لا بار بع كذا فى الاسرار واعتباره بسائر الحقوق باطل فقد ظهر فيه من التغليظ ما لم يظهر فى سائر الاشياء من ذلك أن النسبة الى هذا الفعل موجب للحد بخلاف سائر الافعال وشرط فى أحد الجنبين من العدد ما لم يشترط فى سائرها وكل ذلك للتغليظ فكذلك اعتبار الاقرار وكذا فى المبسوط (قوله ولا بد من اختلاف المجالس) لما رو ينا أراد به قوله الى أن يتم الاقرار منه أربع مرات فى أربع مجالس فعنده أى

لما روينا ولان لاتحاد المجلس أثرا في جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اختلاف مجلسه دون مجلس القاضي والاختلاف بان يرده القاضي كلما أقر فيذهب حيث لا يراه ثم يجيء فيقره والمروي عن أبي حنيفة لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة قال (فاذا تم اقراره أربع مرات سأله عن الزنا ماهو وكيف هو وأين زنى وبمن زنى فاذا بين ذلك لزمه الحد) لتمام الحجة ومعنى السؤال عن هذه الاشياء بيناه في الشهادة ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وقيل لو ساله جاز لجواز أنه زنى في صباه (فان رجع المقر عن اقراره

ماعزا انه رجمه بعد الخامسة وتاويله أنه عد آحاد الاقارير فان فيها اقرارين في مجلس واحد كما قدمنا في الجمع فكانت خمسا فان قيل يجوز كون رده ليرجع قلنا ينبغي أن يلقنه الرجوع ولكن في مجلس الاقرار الموجب ولو كان الاقرار الموجب هو الاول للقنه بعده لانه يطلقه مختارا في اطلاقه ليذهب وقد لا يرجع هكذا يوما بعد يوم وهذا لما علمت أن الاقامة تخاطب بها الامام بالنص اذا ثبت السبب عنده فيحرم عليه أن لا يفعله والا فات المقصود من الايجاب غير انه اذا رجع قبل رجوعه فايجاب السبب مقيد بعدم الرجوع قبل الاقامة وهذا لا يوجب جواز رده واخراجه ليذهب ويرجع وقد لا يرجع بل يذهب الى حال سبيله وهو مصر على الاقرار غير انه يقول في نفسه ان الاقرار بهذا الحق لا يوجب شيأ على الامام فيجلس في بيته مصرا على اقراره غير راجع عنه خصوصا في زمن لم تعرف فيه تفاصيل هذه الاحكام للناس بعد وأما ما روي أن الغامدية قالت له عليه الصلاة والسلام أتريد أن تردني كما رددت ماعزا والله اني لحبلى من الزنا فليس فيه دليل لاحد بل لما قالته قال أما لا فاذهبي حتى تلدي فلما ولدت أتته بصبي في خرقة فقالت هذا قد ولدته قال فاذهبي فارضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبي في يده كسرة خبز قالت هذا يا نبي الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبي الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس أن يرجموها فرجموها فنقل خالد بن الوليد بحجر فرمى رأسها فنضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبي صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا يا خالد فوالذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له وليس في هذا أنه اعتبر قولها فلم يردها غاية الامر أنه ردها وغياه الى ولادتها ثم ردها الى فطامها الاتفاق الحال بان تثبت مع ثبوت حكم الرد مطلقا سبب ظاهر في خصوص هذا الرد واعلها كما رجعت اليه يصدر منها ما هو اقرار اذ لا بد أن يقع في مجلسها شيء مما هي بصدده هذا لو لم يكن ما تقدم مما يفيد أن اقرارها كان أربعا غير انه لما كان المجلس جامعا للمتفرقات حتى يعد الواقع فيه واحدا وكان المقام مقام الاحتياط في الدرء اعتبر في الحكم بتعدد الاقارير بعدد مجالس المقر دون القاضي لانه الذي به يتحقق الاقرار وبه فارق الشهادة فان الاربع فيها اعتبرت في مجلس واحد حتى لو جاؤا في مجالس حدوا لانها كلام جماعة حقيقة فلا يمكن اعتبارها واحدا بخلاف اقرار المقر فانه من واحد فامكن فيه اعتبار الاتحاد في اتحاد المجالس فاعتبر كذلك عند الامكان تحقيقا للاحتياط وأما ما قيل ان اشتراط الاربع في الشهادة لان الشاهد يتهم بخلاف المقر فالتهمة بعد العدالة والصلاح ممنوعة بل لا شك في الصدق وأصل التعدد انما لزم حتى لزم الاثنان لامكان النسيان فيذكره الآخر لا للتهمة ورد قولها بالآخر ويشترط في النساء كذلك أيضا بالنص قال تعالى فتذكر احداهما الاخرى غير ان المرأة انما تخالط المرأة لا الرجل الاجنبي فلزمت الاخرى لتذكرها (قوله لانه عليه السلام طرد ماعزا في كل مرة حتى توارى بحيطان المدينة) لا يعرف بهذا اللفظ وأقرب الالفاظ اليه ما ذكرنا من حديث ابن حبان انه طرد وأخرج فارجع اليه (قوله فاذا بين ذلك) أي على وجه لا يتضمن دافعا للحد لزمه الحد ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول

فعند اتحاد المجلس (قوله فيعتبر اتحاد مجلسه دون القاضي) أي اتحاد مجلس المقر معتبر في عدم الوجوب دون اتحاد مجلس القاضي (قوله والاختلاف بان يرده القاضي كلما أقر) بان يقول أبك خبل أبك جنون كما مر من لفظ الحديث وفي الايضاح وينبغي للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهة له ويأمر بتنحيته

لما روينا من انه صلى الله عليه وسلم اخر الاقامة الى ان تم الاقرار منه اربع مرات في اربعة مجالس (ولان لاتحاد المجلس اثرا في جمع المتفرقات فعنده) اي عند الاتحاد (تتحقق شبهة الاتحاد في الاقرار) الا ترى الى ما جاء في حديث ماعز من اقراره خمس مرات وكان منها مرتان في جهة واحدة فلم تعتبر ذلك ولم يذهب اليه احد من المجتهدين (والاقرار قائم بالمقر فيعتبر اتحاد مجلسه) في دفع الحد وفي بعض النسخ فيعتبر اختلاف مجلسه اي في وجوب الحد وقيل يعتبر مجلس القاضي ورده المصنف بقوله دون مجلس القاضي وقوله (والاختلاف بان يرده القاضي) ظاهر وقوله (لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار) دليله ان التقادم في الشهادة مانع لتهمة الحقد وهي غير موجودة في الاقرار وسياتي بيان التقادم في باب الشهادة على الزنا

قال المصنف (ولان الشهادة الى قوله لامر الزنا) اقول ليس فيه اثبات للتقدير بالقياس بل اثبات الزيادة على الواحد بلا تعيين عدد اذ بذلك يتم نفي مذهب الشافعي فتامل قال المصنف (وقيل لو ساله جاز الخ) اقول قال الزيلعي والاصح انه يساله لاحتمال انه زنى في صباه

قبل اقامة الحد أو في وسطه قبل رجوعه وخلى سبيله) وقال الشافعي وهو قول ابن أبي ليلى يقيم عليه الحد لانه وجب الحد باقراره فلا يبطل برجوعه وانكاره كما اذا وجب بالشهادة وصار كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر محتمل للصدق كالاقرار وليس أحد يكذبه فيه فتحقق الشبهة في الاقرار بخلاف ما فيه حق العبد وهو القصاص وحد القذف لوجود من يكذبه ولا كذلك ما هو خالص حق الشرع (ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع فيقول له لعلك لمست أو قبلت) لقوله عليه السلام لماعز لعلك لمستها أو قبلتها قال في الاصل وينبغي أن يقول له الامام لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة وهذا قريب من الاول في المعنى

مني زنيت وذكره في الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن في السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار في ذلك سيذكره المصنف في باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال بمن زنيت لانه قد يزني من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها لان الانسان لا يجهل زوجته وأمته والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها يحد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا لحديث العسيف أنه حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز التاخير لهذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فانكر فلان تحدهي عندهما لا عنده (قوله وقال الشافعي يقيم عليه الحد) وهو قول ابن أبي ليلى والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان فاستغنينا عن تحرير دليل الشافعي وعلى تقديره نقوله كما اذا وجب بالشهادة تحرير الجامع فيه انه انكار بعد الثبوت كما لو فرض أنهم شهدوا عليه وهو ساكت فلما سالهم الحاكم الاسئلة الخمسة وتمت الحجة أنكر ولا يخفى أنه تكلف والحق أن الرجوع عن الاقرار بالزنا بعد الاقرار به محل وصحته شرعا حكم فيجب كون المحل الذي هو الاصل رجوعا عن اقرار بغيره وهو ليس بممتنع في الشهادة نعم في القصاص وحد القذف يعني لو أقر بهما ثم رجع لا يقبل فكذا لا يقبل في الزنا ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق وليس أحد يكذبه فيه فتحقق به الشبهة في الاقرار السابق عليه فيندرئ بالشبهة لانه أرجح من الاقرار السابق فافهم بخلاف ما فيه حق العبد من القصاص وحد القذف لان العبد يكذبه في اخباره الثاني فينعدم أثره في اخباره الاول بالكلية (قوله ويستحب للامام أن يلقن المقر الرجوع لقوله عليه الصلاة والسلام لماعز لعلك لمستها) روى في حديث ماعز لعلك مسستها لعلك قبلتها وعند البخاري لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت وقال في الاصل ينبغي أن يقول له لعلك تزوجتها أو وطئتها بشبهة والمقصود أن يلقنه ما يكون ذكره دارئا للحد ليذكره كائنا ما كان كما قال أيضا عليه الصلاة والسلام للسارق الذي جيء به اليه أسرقت وما اخاله سرق

لما روى عن النبي عليه السلام انه طرد ماعزا وعن عمر رضي الله عنه أنه قال اطردوا المعترفين يعني في الزنا (قوله كما اذا وجب بالشهادة) يعني أن الحد لا يبطل بانكار المشهود عليه بعد شهادة الشهود عليه فكذا لا يبطل بانكاره بعد الاقرار لانهما حجتان فيه فيعتبر أحدهما بالاخرى فصار كالقصاص وحد القذف لا يقبلان الرجوع بعد الثبوت بالاقرار وقوله (فتحقق الشبهة في الاقرار) يعني بالتعارض الواقع بين الخبرين المحتملين للصدق والكذب من غير مرجح لاحدهما وقوله (وهذا قريب من الاول في المعنى) أي قوله لعلك تزوجتها أو فوطئتها بشبهة قريب من قوله لعلك مسستها في المعنى من حيث ان كل واحد منهما تلقين للرجوع كما أنه لو قال في كل واحد منهما نعم سقط الحد

(فصل

(فصل) فى كيفية الحد واقامته (واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا رجمه بالحجارة حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا وقد أحصن وقال فى الحديث المعروف وزنا بعد احصان وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم قال

(فصل فى كيفية اقامة الحد) بعد ثبوت الحد تكون اقامته فذكر كيفيته (قوله واذا وجب الحد وكان الزانى محصنا) هذا من الاحرف التى جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن فى ألفاظ معدودة هى أسهب فهو مسهب اذا طال وأمعن فى الشئ ومنه قول المصنف فى خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين (قوله رجمه بالحجارة حتى يموت) عليه اجماع الصحابة ومن تقدم من علماء المسلمين وانكار الخوارج الرجم باطل لانهم ان أنكروا حجية اجماع الصحابة فجهل مركب بالدليل بل هو اجماع قطعى وان أنكروا وقوعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم لانكارهم حجية خبر الواحد فهو بعد بطلانه بالدليل ليس مما نحن فيه لان ثبوت الرجم عن رسول الله صلى الله عليه وسلم متواتر المعنى كشجاعة على وجود حاتم والآحاد فى تفاصيل صوره وخصوصياته أما أصل الرجم فلا شك فيه ولقد كوشف بهم عمر رضى الله عنه وكاشف بهم حيث قال خشيت أن يطول بالناس زمان حتى يقول قائل لانجد الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله ألا وان الرجم حق على من زنى وقد أحصن اذا قامت البينة أو كان الحبل أو الاعتراف رواه البخارى وروى أبو داود أنه خطب وقال ان الله تعالى بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده وانى خشيت أن يطول بالناس زمان فقول قائل لانجد الرجم الحديث وقال لولا أن يقال ان عمر زاد فى الكتاب لكتبتها على حاشية المصحف وفى الحديث المعروف أى المشهور المروى من حديث عثمان وعائشة وأبى هريرة وابن مسعود ففى الصحيحين من حديث ابن مسعود لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الثيب الزانى والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة وروى الترمذى عن عثمان أنه أشرف عليهم يوم الدار وقال أنشدكم بالله أتعلمون أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث زنا بعد احصان وارتداد بعد اسلام وقتل نفس بغير حق قالوا اللهم نعم قال فعلام تقتلوننى الحديث قال الترمذى حديث حسن ورواه الشافعى فى مسنده عن عثمان لا يحل دم امرئ مسلم الا من احدى ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير نفس ورواه البزار والحاكم وقال صحيح على شرط الشيخين والبيهقى وأبو داود والدارمى وأخرجه البخارى عن فعله صلى الله عليه وسلم من قول أبى قلابة حيث قال والله ما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم أحدا قط الا فى ثلاث خصال رجل قتل بجريرة نفسه فقتل ورجل زنى بعد احصان ورجل حارب الله ورسوله وارتد عن الاسلام ولا شك فى رجم عمر وعلى رضى الله عنهما ولا يخفى أن قول المخرج حسن أو صحيح فى هذا الحديث يراد به المتن من حيث هو واقع فى خصوص ذلك السند وذلك لا ينافى الشهرة وقطعية الثبوت بالتظافر والقبول والحاصل أن انكاره انكار دليل قطعى بالاتفاق فان الخوارج يوجبون العمل بالمتواتر معنى أو لفظا كسائر المسلمين الا أن انحرافهم عن الاختلاط بالصحابة والمسلمين وترك التردد الى علماء المسلمين والرواة أوقعهم فى جهالات كثيرة لخفاء السمع عنهم والشهرة ولذا حين عابوا على عمر بن عبد العزيز القول بالرجم لانه ليس فى

(فصل فى كيفية الحد واقامته) ذكر هذا الفصل عقيب ذكر وجوب الحد لان اقامة الحد بعد وجوبه وقوعا فاخره ذكرا وكلامه واضح وقوله (وعلى هذا اجماع الصحابة أى على وجوب الرجم اذا كان الزانى محصنا وذهب الخوارج الى أن الحد فى الزنا الجلد ليس الا لانهم لا يقبلون اخبار الآحاد وذلك خرق منهم للاجماع على أن حديث ماعز مشهور تلقته الامة فى الصدر

(قوله وعلى هذا الى قوله على أن حديث ماعز رضى الله عنه) أقول فى المبسوط أما الرجم فهو حد مشروع فى حق المحصن ثابت بالسنة الا على قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار اذا لم تمكن فى حيز التواتر اه فالشارح ان أراد بقوله على أن حديث ماعز الخ الرد على الخوارج كما هو الظاهر ففيه بحث لا يخفى

لما أن فى كل واحد منهما لو قال نعم يسقط الحد والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية الحد واقامته) (قوله فى الحديث المعروف) وهو قوله صلى الله عليه وسلم لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل نفس بغير حق وهو حديث معروف (قوله وعلى هذا اجماع الصحابة رضى الله تعالى عنهم) أى على وجوب الرجم اذا كان الزانى محصنا *الرجم

(ويخرجه الى أرض فضاء ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) كذا روى عن علي رضي الله تعالى عنه ولان الشاهد قد يتجاسر على الاداء ثم يستعظم المباشرة فيرجع فكان في بداءته احتمال للدرء وقال الشافعي رحمه الله لا تشترط بداءته اعتبارا بالجلد قلنا كل أحد لا يحسن الجلد فربما يقع مهلكا والاهلاك غير مستحق ولا كذلك الرجم لانه اتلاف

كتاب الله ألزمهم باعداد الركعات ومقادير الزكوات فقالوا ذلك لانه فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمون فقال لهم وهذا أيضا فعله هو والمسلمون (قوله ويخرجه الى أرض فضاء) لان في الحديث الصحيح قال فرجمناه يعني ماعزا بالمصلى وفي مسلم وأبي داود فانطلقنا به الى بقيع الغرقد لان المصلى كان به لان المراد مصلى الجنائز فيتفق الحديثان وأما ما في الترمذي من قوله فامر به في الرابعة فاخرج الى الحرة فرجم بالحجارة فان لم يتاول على انه اتبع حين هرب حتى أخرج الى الحرة والا فهو غلط لان الصحاح والحسان متظافرة على أنه انما صار اليها هاربا لا أنه ذهب به اليها ابتداء ليرجم بها ولان الرجم بين الجدران يوجب ضررا من بعض الناس لبعض للمضيق (قوله ويبتدئ الشهود برجمه ثم الامام ثم الناس) وهذا شرط حتى لو امتنع الشهود عن الابتداء سقط الحد عن المشهود عليه ولا يحدون هم لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال للاكل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في امتناع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط وقال الشافعي رحمه الله ليس شرطا اعتبارا بالجلد يعني اذا ثبت الحد بالشهادة على غير المحصن لا يشترط في اقامة الحد ابتداء الشهود وأجاب المصنف بالفرق بان الجلد لا يحسنه كل أحد فقد يقع لعدم الخبرة مهلكا وهو غير مستحق بخلاف الرجم فان المقصود منه الاهلاك فلا يلزم من عدم اشتراط ابتدائهم بالجلد عدمه في الرجم وهذا دفع لا لحاقه وأما اثبات المذهب فبقول علي رضي الله عنه بناء على وجود تقليد الصحابي فان قوله في ذلك ليس مما يدرك بالعقل معناه ليحمل على السماع لانه علله بان امتناعهم دلالة الرجوع فان الشاهد ربما يتساهل في الاداء فعند مباشرة القتل يتعاظم ذلك فيندفع الحد بتحقق هذه الدلالة وهذا هو قول المصنف لانه دلالة الرجوع وقول بعضهم انه شبهة الرجوع حقيقة والرجوع شبهة فاحتماله شبهة الشبهة وبها لا يندرئ الحد على ما عرف وسياتي انما يصح بناء على أن الامتناع من الابتداء ليس ظاهرا في الرجوع بل يحتمله احتمالا مرجوحا فان الغالب على الناس خور الطباع عن القتل حتى يمتنع كثير عن ذبح المباح كالاضحية والدجاجة فكيف بالاعلى فالامتناع عن قتله لا يكون ظاهرا في الرجوع بل ظاهر فيما هو الغالب وهو عدم قتل الانسان فكان في الامتناع شبهة الرجوع لا دلالته وهو غلط لانا لم نشترط الابتداء بقتله بل برميه حتى لو رماه بحصاة صغيرة حصل الشرط فامتناعه عن مثل ذلك دليل رجوعه لكنه دليل فيه شبهة فانه امارة لا يقطع بوجود المدلول معه فكان ثبوت الرجوع عند الامتناع فيه شبهة والرجوع الذي فيه شبهة رجوع بخلاف شبهة الرجوع واحتماله لا يقال احتمال الرجوع رجوع والرجوع شبهة لان الثابت شبهة في الشهادة لا شبهة الشبهة فيها وحين لزم كون الثابت بالامتناع رجوعا فيه شبهة كان الثابت قذفا فيه شبهة بخلاف صريح الرجوع فان به يظهر أن تلك الشهادة قذف بلا شبهة فيحد به هنالك ولا يحد بدلالة الرجوع اذ لم تكن دلالة قطعية يوجد معها المدلول قطعا لثبوت الشبهة في القذف على ما ذكرنا وأما ثبوت ذلك عن علي رضي الله عنه فما أخرج ابن أبي شيبة رحمه الله قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن يزيد عن عبد الرحمن بن أبي ليلى أن عليا كان اذا شهد عنده الشهود على الزنا أمر الشهود أن يرجموا ثم يرجم هو ثم يرجم الناس فاذا كان باقرار بدأ هو فرجم ثم رجم الناس بعده قال وحدثنا أبو خالد الاحمر عن الحجاج عن الحسن بن سعد عن عبد الرحمن بن

حد مشروع في حق المحصن ثابت بالسنة الاعلى قول الخوارج فانهم ينكرون الرجم لانهم لا يقبلون الاخبار

الاول بالقبول والزيادة على الكتاب بمثله جائزة

(قال المصنف ويبتدئ الشهود برجمه الخ) أقول في المبسوط لكنا نستدل بحديث علي كرم الله وجهه فانه لما أراد أن يرجم شراحة الهمدانية قال الرجم رجمان رجم سر ورجم علانية فرجم العلانية أن يشهد على المرأة ما في بطنها وتعترف بذلك فيبدأ به الامام ثم الناس ورجم السر أن يشهد أربعة على الرجل بالزنا فيبدأ الشهود ثم الامام ثم الناس اه وفي محيط السرخسي بعد هذا الكلام وقول الصحابي فيما لا يدرك بالقياس حجة بالاجماع اه

وقوله (فان امتنع الشهود) قال فى الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمى بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف فحد لم يرجم المشهود عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد واحدى الروايتين عن أبى يوسف وروى عنه انهم اذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وكذا فى الذخيرة أيضا فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية راجع الى امتناع الشهود عن الرجم بعد الحضور الخ وليس بمختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا واذا سقط بامتناع أحدهم هل تحد الشهود أو لا ذكر (١٥) فى المبسوط أنه لا يقام الحد على الشهود لانهم ثابتون على الشهادة وانما امتنع

(فان امتنع الشهود من الابتداء سقط الحد) لانه دلالة الرجوع وكذا اذا ماتوا أو غابوا فى ظاهر الرواية لفوات الشرط (وان كان مقرا ابتدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة وكانت قد اعترفت بالزنا

عبد الله بن مسعود عن على رضى الله عنه قال أيها الناس ان الزنا زنا آن زنا السر وزنا العلانية فزنا السر أن يشهد الشهود فيكون الشهود أول من يرمى ثم الامام ثم الناس وزنا العلانية أن يظهر الحبل أو الاعتراف فيكون الامام أول من يرمى قال وفى يده ثلاثة أحجار فرماها بحجر فاصاب صدغها فاستدارت ورمى الناس بعده وروى الامام أحمد فى مسنده عن الشعبى قال كان لشراحة زوج غائب بالشام وانها حبلت فجاءبها مولاها فقال ان هذه زنت فاعترفت فجلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وحفر لها الى السرة وأنا شاهد ثم قال ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمى الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فانا أول من رميها فرماها بحجر ثم رماها الناس وروا البيهقى عن الاجلح عن الشعبى عن على وفيه أنه قال لها لعله وقع عليك وأنت نائمة قالت لا قال فلعله استكرهك قالت لا قال فامر بها فحبست فلما وضعت ما فى بطنها أخرجها يوم الخميس فضربها مائة وحفر لها يوم الجمعة فى الرحبة وأحاط الناس بها الحديث وفيه أيضا أنه صفهم ثلاث صفوف ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صفا ثم صفا ثم صف وأورد أن اثبات اشتراط البداءة بهم ذا زيادة على النص بما هو دون خبر الواحد واصلاح الايراد أنه تقييد للقطعى المطلق فكان كتقييد مطلق الكتاب به والجواب أن الحكم القطعى هنا هو مجموع وجوب الرجم ودرئه بالشبهة فاذا دل دليل ظنى على ان البداءة شرط لزم أن عدمها شبهة فيندرئ به الحد بحكم القطع بوجوب درء هذا الحكم القطعى بالشبهة وموت الشهود مسقط أو أحدهم وكذا اذا غابوا أو غاب أحدهم فى ظاهر الرواية وهو احتراز عن رواية عن أبى يوسف أن بداءتهم مستحبة لا مستحقة فاذا امتنعوا أو غابوا أو ماتوا يقيم الحد وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف فحدا فرق فى ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء فى الحدود وهذا اذا كان محصنا وفى غير المحصن قال الحاكم فى الكافى يقام عليه الحد فى الموت والغيبة ولو كان أحدهم مقطوع اليدين أو مريضا لا يستطيع الرمى وحضر وا يرمى القاضى ولو قطعت بعد الشهادة امتنعت الاقامة وقد يقال اذا كان شرطا ففوات الشرط كيف كان يمنع المشروط وأيضا عجزهم بالضعف ليس فوق عجزهم بالموت الا أن شمس الائمة فرق بانهم اذا كانوا مقطوعى الايدى لم تستحق البداءة بهم وأما هنا فقد استحقت فاذا تعذر بالموت أو الغيبة صار كما لو امتنعوا وهذا تقييد لشرطيته بكون الشهود قادرين على الرجم ولا شك أن المعنى المسقط يجمعها ومما يبطل الشهادة ويسقط الحد أن يعترف المشهود عليه بالزنا قبل القضاء بالاتفاق ولو اعترف بعد القضاء بالحد عن البينة مرة يسقطه أبو يوسف لان سقوطه فى الوجه الاول كان لان شرط الشهادة عدم الاقرار وفات الشرط قبل العمل بها وقد علم أن الامضاء من القضاء فى الحدود فكان الاول وخالف محمد رحمه الله (قوله وان كان مقرا يبدأ الامام ثم الناس) كذا روى عن على رضى الله عنه وهو ما ذكرناه

(قوله واحدى الروايتين عن أبى يوسف) أقول ولم يذكر عن أبى يوسف رواية غير هذه (قوله فعلى هذا ما قيده بظاهر الرواية الخ) أقول فى المبسوط وعن أبى يوسف قال يؤمر الشهود بالبداية اذا كانوا حاضرين حتى اذا امتنعوا لا يقام الرجم فاذا ماتوا أو غابوا يقام الرجم هنا لانه قد تعذر البداية بهم بسبب لا يلحقهم فيه تهمة فلا يمتنع اقامة الرجم كما لو كانوا مقطوعى الايدى أو مرضى أو عاجزين عن الحضور بخلاف ما لو امتنعوا لانهم صاروا متهمين بذلك ولكنا نقول حين كانوا مقطوعى الايدى فى الابتداء لم يستحق البداية بهم للتعذر فاما هنا فقد استحق البداية بهم لتيسر ذلك عند الحكم فاذا تعذر ذلك بالموت أو الغيبة لا يقام الحد كما لو تعذر بامتناعهم اه ونحن نقول فعلى هذا التقييد بظاهر الرواية مختص بقوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا كما هو الظاهر المتبادر من كلامه اقتداء بما فى المبسوط (قوله واعلم أن ظاهر الرواية يفضى الى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتامل) أقول فى صورة الموت والغيبة احداهما شبهة الامتناع عن البداية والثانية كون الامتناع رجوعا فليتامل وفى محيط السرخسى وروى عن محمد لو كان الشهود مقطوعى الايدى أو مرضى لا يستطيعون الرمى فان الامام يرمى ثم الناس لان فوات البداية باعتبار عذر ظاهر لا يورث تهمة بخلاف الموت والغيبة لانه من الجائز أن لو كان حيا فعرض عليه الرمى يمتنع عن ذلك اه الا أن المفهوم من قول المصنف لفوات الشرط خلاف ما ذكره الشارح (قوله وفى حديثها الذى تابت توبة لو تابها صاحب مكس

اذا لم يكن فى حيز التواتر (قوله وكذا اذا ماتوا أو غابوا فى ظاهر الرواية) احترز به عما روى عن أبى يوسف

(ويغسل ويكفن ويصلى عليه) لقوله عليه السلام فى ماعز اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم ولانه قتل بحق

آنفا وقوله ورمى عليه الصلاة والسلام الغامدية بحصاة مثل الحمصة رواه أبو داود عن زكريا بن عمران قال سمعت شيخا يحدث عن أبى بكرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم رجم الغامدية فحفر لها الى السرة ثم ذكر اسنادا آخر وزاد ثم رماها بحصاة مثل الحمصة ثم قال ارموا واتقوا الوجه فلما طفت أخرجها وصلى عليها ورواه النسائى والطبرانى والبزار وفيه مجهول وأنت تعلم أنه لو تم أمر هذا الحديث بالصحة لم يكن فيه دليل على الاشتراط فالمعول عليه ماذكرنا من كلام على رضى الله عنه واعلم أن مقتضى هذا أنه لو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بان حقيقة مادل عليه قول على انه يجب على الامام ان يأمرهم بالابتداء اختبار الثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو فى الاقرار ليتكشف للناس انه لم يقصر فى أمر القضاء بان لم يتساهل فى بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت أمارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره فى القضاء وهى دارئة فكان البداءة فى معنى الشرط اذ لزم من عدمه العدم لا انه جعل شرطا بذاته وهذا فى حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ (واعلم) أن مقتضى ماذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثنى الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما قالوا ويستحب لكل من رجم أن يقصد قتله لانه المقصود ولانه تيسير عليه الا أن يكون ذا رحم محرم منه فلا يقصده ويكتفى بغيره فيه (قوله ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله صلى الله عليه وسلم فى ماعز اصنعوا به الحديث) وروى ابن أبى شيبة عن أبى معاوية عن أبى حنيفة عن علقمة بن مرثد عن أبى بريدة عن أبيه بريدة قال لما رجم ماعز قالوا يا رسول الله ما تصنع به قال اصنعوا به ما تصنعون بموتاكم من الغسل والكفن والحنوط والصلاة عليه وأما صلاته عليه الصلاة والسلام على الغامدية فاخرجه الستة الا البخارى من حديث عمران بن الحصين ان امرأة من جهينة أتت النبى صلى الله عليه وسلم وهى حبلى من الزنا فقالت يا نبى الله أصبت حدا فأقمه على الحديث بطوله الى أن قال فأمر بها فرجمت ثم صلى عليها فقال له عمر أتصلى عليها يا نبى الله وقد زنت فقال لقد تابت توبة لو قسمت على سبعين من أهل المدينة لوسعتهم وهل وجدت توبة أفضل من أنها جاءت بنفسها لله وفى صحيح البخارى من حديث جابر فى أمر ماعز قال ثم أمر به فرجم وقال له النبى صلى الله عليه وسلم خيرا وصلى عليه قال ابن القطان قيل للبخارى قوله وصلى عليه قاله غير معمر قال لا ورواه الترمذى وقال حسن صحيح ورواه غير واحد منهم أبو داود وصححوه وأما مارواه أبو داود من حديث أبى برزة الاسلمى أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على ماعز ولم ينه عن الصلاة عليه فغيه مجاهيل فان فيه عن أبى بشر أنه قال حدثنى نفر من أهل البصرة عن أبى برزة نعم حديث جابر فى الصحيحين فى ماعز وقال له خيرا ولم يصل عليه معارض صريح فى صلاته عليه لكن المثبت أولى من النافى لكن على أصول الحنفية وهو ان النفى اذا كان من جنس مايعرف بدليل يساوى الاثبات ويطلب الترجيح بغيره لا ينتهض لان هذا النفى وهو كونه لم يصل عليه من ذلك اذ لا شك أن الصحابى اذا شهد الصلاة بتمامها يعلم عدم صلاته عليه عليه الصلاة والسلام أو صلاته فيطلب الترجيح بغير ذلك وعن هذا ذهب مالك الى أنه يصلى عليه غير الامام والحاصل أن الصلاة عليه شرعا لا شك فيها فانه مسلم قتل بحق فيغسل ويصلى عليه كالمقتول قصاصا بخلاف الشهيد فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة وأما أنه عليه الصلاة والسلام صلى على ماعز ففى حيز التعارض والغامدية من بنى غامد حى من الازد قاله المبرد فى الكامل

بعضهم من مباشرة القتل وذلك لا يكون رجوعا عن الشهادة على الزنا ﴿ واعلم ان ظاهر الرواية يفضى الى اعتبار شبهة الشبهة وهى غير معتبرة فتامل والغامدية امرأة من غامض حى من الازد وفى حديثها لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له

لغفر له) أقول يعنى المكاس وهو العشار والمكس ما أخذ

رحمة الله تعالى عليه فانه ذكر فى الايضاح ولو امتنع الشهود أو بعضهم أو كانوا غيبا أو ماتوا أو مات بعضهم أو عمى بعضهم أو خرس أو جن أو ارتد أو قذف مسلما فضرب الحد لم يرجم المشهود عليه فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وأحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه وروى أنهم اذا امتنعوا أو غابوا رجم الامام

وقوله (الا أنه انتسخ فى حق المحصن) بيانه ان قوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا الآية عام فى المحصن وغيره الا أنه انتسخ فى حق المحصن بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقى حكمها روى ابن عباس أن عمر بن الخطاب رضى الله عنه خطب فقال ان الله بعث محمدا صلى الله عليه وسلم بالحق وأنزل عليه الكتاب فكان فيما أنزل عليه آية الرجم فقرأناها ووعيناها ورجم رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجمنا من بعده وانى خشيت ان طال بالناس الزمان أن يقول قائل ما نجد آية الرجم فى كتاب الله فيضلوا بترك فريضة أنزلها الله عز وجل فالرجم حق على من زنى من الرجال والنساء اذا كان محصنا اذا قامت البينة أو كان حبل أو اعتراف وأيم الله لولا أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها بيده الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم وكانت خطبته هذه بحضرة الصحابة ولم ينكر عليه أحد فكأن هذه الآية نسخت حكم عموم قوله تعالى فاجلدوا فى غير المحصن وانتسخت تلاوتها بصرفها عن القلوب لحكمة يعلمها الله وقوله (بسوط لا ثمرة له) قال فى الصحاح ثمر السياط عقد أطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعنى العقدة وقيل المراد بالثمرة

(قوله فكأن هذه الآية نسخت عموم قوله تعالى فاجلدوا فى غير المحصن) أقول فيه بحث والصواب فى المحصن فتامل

فلا يسقط الغسل كالمقتول قصاصا وصلى النبى عليه السلام على الغامدية بعد ما رجمت (وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة) لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة الا أنه انتسخ فى حق المحصن فبقى فى حق غيره معمولا به قال (يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) لان عليا

وفى كتاب أنساب العرب غامد بطن من خزاعة وقد سمعت فى حديث عمران بن الحصين أتت امرأة من جهينة (قوله وان لم يكن محصنا وكان حرا فحده مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة) وانما قدم الزانية مع ان العادة عكسه لانها هى الاصل اذ الداعية فيها أكثر ولولاتها لم يزن وهذا عام فى المحصن وغيره نسخ فى حق المحصن قطعا ويكفينا فى تعيين الناسخ القطع برجم النبى صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهو أولى من ادعاء كون الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما ألبتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم القطع بثبوت كونها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتى حجة مختلف فيه وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك ان الطريق فى ذلك الى عمر ظنى ولهذا والله أعلم قال على رضى الله عنه فيما ذكرناه عنه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه الى القرآن المنسوخ التلاوة وعرف من قوله ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه ان الرجم حكم زائد فى حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفى رواية أبى داود ورمى بالحجارة وسياتى الكلام عليه (قوله بسوط لا ثمرة له ضربا متوسطا) قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعارة من واحدة ثمر الشجر وفى الصحاح وغيره عقد اطرافه وريح المطرزى ارادة الاول هذا ما ذكر الطحاوى ان عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفى الايضاح ما يوافقه قال ينبغى أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفى الدراية لكن المشهور فى الكتب لا ثمرة له أى لا عقدة عليه وقول المصنف فى الاستدلال عليه لان عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول أصلا بل أحد الامرين اما العقدة واما تليين طرفه بالدق اذا كان يابسا وهو الظاهر وروى ابن أبى شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسى عن أنس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له فى زمن من كان هذا قال فى زمن عمر بن الخطاب والحاصل أن المراد أن لا يضرب به وفى طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان فيه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبى كثير أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله انى أصبت حدا فاقمه على فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فاتى بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فاتى بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فاتى بسوط بين سوطين فقال هذا فامر به فجلد ورواه ابن أبى شيبة عن زيد ابن أسلم أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بسوط فذكره وذكر مالك فى الموطا والحاصل أن يجتنب كل من الثمرة بمعنى العقدة ومعنى الغرع الذى يصير ذنبين تعميما للمشترك فى النفى لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة

ثم الناس كذا فى الذخيرة فاذا كان الشهود معا وعلى اليدين فى الاصل لا تمتنع الاقامة بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة وفى الايضاح ولا باس بكل من رمى أن يتعمد قتله لانه المقصد من الرجم الا أنه اذا كان ذا رحم محرم من المرجوم فانه لا يستحب أن يتعمد قتله وقد روى عن حنظلة بن أبى عامر رضى الله عنه أنه استاذن رسول الله عليه السلام فى قتل أبيه وكان هو كافرا فمنعه عن ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مامور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة الغامدية امرأة من غامد حى من الازد والجلد ضرب الجلد ومنه جلدة الجلاد (قوله بسوط لا ثمرة له) ثمرة السوط مستعارة من واحدة ثمرة الشجرة وهى عذبته وذنبه طرفه وفى المجمل والصحاح ثمرة السوط عقد أطرافها ومنه يأمر الامام بضربه بسوط لا ثمرة له يعنى العقدة والاول أصح

رضى الله عنه لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته والمتوسط بين المبرح وغير المؤلم لا فضاء الاول الى الهلاك وخلو الثاني عن المقصود وهو الانزجار (وتنزع عنه ثيابه) معناه دون الازار لان عليا رضى الله عنه كان يامر بالتجريد فى الحدود ولان التجريد أبلغ فى ايصال الالم اليه وهذا الحد مبناه على الشدة فى الضرب وفى نزع الازار كشف العورة فيتوقاه (ويفرق الضرب على أعضائه) لان الجمع فى عضو واحد قد يفضى الى التلف والحد زاجر لا متلف قال (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه السلام للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولان الفرج مقتل والرأس مجمع الحواس وكذا الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن فوات شئ منها بالضرب وذلك اهلاك معنى فلا يشرع حدا

ذنبه وطرفه لانه اذا كان له ذلك تصير الضربة ضربتين وهذا أصح لما روى أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية له ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين والاول هو المشهور فى الكتب والمبرح ماخوذ من برحاه الحمى وغيرها يقال برح به الامر تبريحا أى غلظ عليه واشتد والمذاكير جمع الذكر الذى هو العضو وهو جمع على خلاف القياس كانهم فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذى هو الفعل وبين الذكر الذى هو العضو وانما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع افراد قرينه وهو الوجه لانه أراد به ذلك العضو المعين وماحوله كقولهم شابت مفارق رأسه كذا فى الصحاح

(قوله وهذا أصح لما روى الخ) أقول فيه بحث اذ لا دلالة فيما ذكره على ما ادعاه أصلا كما لا يخفى

فيما يشاكل العقدة ليعم المجاز ماهو يابس الطرف على ماذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا (قوله بين الموجع وغير المؤلم) فيكون مؤلما غير موجع فلزم انه أراد بالموجع المبرح والالم يستقم ووجه هذا ظاهر ولو كان الرجل الذى وجب عليه الحد ضعيف الخلقة خفيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله (قوله وتنزع عنه ثيابه) الا الازار ليستر عورته وبه قال مالك وقال الشافعى وأحمد يترك عليه قميص أو قميصان لان الامر بالجلد لا يقتضى التجريد وقول المصنف لان عليا كان يامر بالتجريد فى الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح ان عليا كان يامر بالتجريد فى الحدود فابعد عما قال المخرج انه لم يعرف عن على بل روى عنه خلافه وروى عبد الرزاق بسنده عنه انه أتى برجل فى حد فضربه وعليه كساء قسطلانى قاعدا وأسند الى المغيرة بن شعبة فى المحدود أينزع عنه ثيابه قال لا الا أن يكون فروا أو محشوا وأسند عن ابن مسعود لا يحل فى هذه الامة تجريد ولا مد (قوله ويفرق الضرب على أعضائه) لان جمعه فى عضو واحد قد يفسده واستثنى الرأس والوجه والفرج وذكر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال للذى أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون مرفوعا بل موقوفا على على رضى الله عنه انه أتى برجل سكران أو فى حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتى برجل اضرب وأعط كل عضو حقه قال ورينا هذا القول عن على وابن مسعود والنخعى رضى الله عنهم ولا شك أن معنى ماذكره المصنف فى الصحيحين من حديث أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع ان فى حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجهه من يبارزه وهو فى مقابلته حالة الجملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الامن يضرب صبرا فى حد قتلا أو غير قتل وفى القتل صريح ما تقدم من رواية أبى داود من حديث أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام رجم امرأة فحفرلها الى الثندوة ثم قال ارموا واتقوا الوجه وحينئذ فلا شك أن قول عمر وعلى رضى الله عنهما أعط كل عضو حقه كما ذكره ابن المنذر هكذا مقتصرا عليه عام مخصوص لانهما لا يريدان قطعا ضرب الوجه والمذاكير ولما كان ذلك معلوما لم يحتج الى ذكر المخصوص على أنه ذكر فى رواية غيره عن على رضى الله عنه كما حكيناه آنفا وبما سمعته تعلم أن ما أورده المصنف دليل على بعض المطلوب والبعض الآخر وهو ضرب الرأس ملحق بالمعنى الذى ذكره وهو أنه مجمع الحواس الباطنة فربما تفسد وهو اهلاك معنى وهذا من

لما ذكر الطحاوى رحمه الله أن عليا رضى الله عنه جلد الوليد بسوط له طرفان وفى رواية له ذنبان أربعين جلدة وكانت الضربة ضربتين كذا فى المغرب وكذلك تعليل الايضاح دليل عليه حيث قال وينبغى للقاضى أن يامر الجلاد أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها يصير كل ضربة ضربتين والمشهور فى الكتب لا ثمرة له أى لا عقدة عليه (قوله بين المبرح) برحاه الحمى وغيرها شدة الاذى يقول برح به الامير تبريحا وضربه ضربا مبرحا كذا فى الصحاح (قوله ويفرق الضرب على أعضائه) ذكر فى المبسوط ويعطى كل عضو حظه من الضرب لانه قد نال اللذة فى كل عضو (قوله والمذاكير) هى جمع الذكر الذى هو العضو على خلاف القياس كانهم

وقال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا رجع اليه وانما يضرب سوطا لقول أبي بكر اضربوا الرأس فان فيه شيطانا قلنا تاويله أنه قال ذلك فيمن أبيح قتله ويقال انه ورد في حربي كان من دعاة الكفرة والاهلاك فيه مستحق (ويضرب في الحدود كلها قائما غير ممدود) لقول علي رضي الله عنه يضرب الرجال في الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى اقامة الحد على التشهير والقيام أبلغ فيه ثم قوله غير ممدود فقد قيل المد أن يلقى على الارض ويمد كما يفعل في زماننا وقيل ان يمد السوط فيرفعه الضارب فوق رأسه وقيل ان يمده بعد الضرب وذلك

المصنف ظاهر في القول بان العقل في الرأس الا أن يؤول وهي مختلفة بين الاصوليين وما قيل في المنظومة والكافي ان الشافعي رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا حد في ظهرك غير ثابت في كتبهم بل الذي فيها كقولنا وانما تلك رواية عن مالك انه خص الظهر وما يليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أي حد عليك بدليل ما ثبت عن كبار الصحابة عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وما استنبطناه من قوله صلى الله عليه وسلم اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وأنه في نحو الحد فما سواه داخل في الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع وعن محمد رحمه الله في التعزير يضرب الظهر وفي الحدود الاعضاء والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرق في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكور وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه باعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد (قوله وقال أبو يوسف يضرب الرأس ضربة واحدة رجع اليه) بعد أن كان أولا يقول لا يضرب كما هو المذهب لحديث أبي بكر الذي ذكره ورواه ابن أبي شيبة حدثنا وكيع عن المسعودي عن القاسم ان أبا بكر رضي الله عنه أتي برجل انتفى من أبيه فقال اضربوا الرأس فان فيه شيطانا والمسعودي مضعف ولكن روى الدارمي في مسنده عن سليمان بن يسار أن رجلا يقال له صبيغ قدم المدينة فجعل يسأل عن متشابه القرآن فارسل اليه عمر وأعد له عراجين النخل فقال له من أنت فقال أنا عبد الله صبيغ فاخذ عمر عرجونا من تلك العراجين فضربه على رأسه وقال أنا عبد الله عمر وجعل يضربه حتى دمي رأسه فقال يا أمير المؤمنين حسبك فقد ذهب الذي كنت أجده في رأسي وهذا ينافي جواب المصنف بان ذلك كان في مستحق القتل ولو قلنا ان واقعة أبي بكر رضي الله عنه كانت فيه فان ضرب عمر الرأس كان لرجل مسلم وكذا ضرب أبي بكر للذي انتفى من أبيه هذا واستثنى بعض المشايخ وهو رواية عن أبي يوسف أيضا الصدر والبطن وفيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عندا يسير لا يقتل في البطن فكيف بالصدر نعم اذا فعل بالعصا كما يفعل في زماننا في بيوت الظلمة ينبغي أن لا يضرب البطن (قوله ويضرب في الحدود كلها) وكذا التعزير (قائما غير ممدود لقول علي رضي الله عنه الخ) روى عبد الرزاق في مصنفه قال أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن يحيى بن الجزار عن علي رضي الله عنه قال يضرب الرجل قائما والمرأة قاعدة في الحدود (ولان مبنى الحد على التشهير) زجرا للعامة عن مثله (والقيام أبلغ فيه) والمرأة مبنى أمرها على الستر فيكتفى بتشهير الحد فقط بلا زيادة (وقوله غير ممدود قيل المد أن يلقى على الارض كما يفعل في زماننا وقيل أن يمد السوط بان يرفعه الضارب فوق رأسه وقيل أن يمده بعد وقوعه على جسد المضروب على الجسد) وفيه زيادة ألم وقد يفضي الى الجرح (وكل ذلك لا يفعل) فلفظ ممدود معمم في جميع معانيه لانه في النفي فجاز تعميمه وان امتنع الرجل ولم يقف ويصبر لا باس بربطه

فرقوا بذلك الجمع بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو ثم انما ذكر بلفظ الجمع ههنا مع أفراد قرينه وهو الوجه لانه أراد به ذلك العضو المعين وما حوله كقولهم لشابت مفارق رأسه كذا في الصحاح والمغرب وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى عليه في ضرب الحد يتقي الفرج والبطن والوجه والصدر ذكره في الذخيرة (قوله قال أبو يوسف رحمه الله يضرب الرأس أيضا) وفي الايضاح يضرب الرأس لان ضربه سوطا

وقوله (ومن دعاة الكفرة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض أى كان يدعو الناس اليهم وقوله (لانه زيادة على المستحق) قالوا الا أن يعجزهم عن الضرب قائما فلا باس حينئذ أن يشدوا بسارية ونحوها قال (وان كان عبدا) أو أمة (جلده) أى ان كان من زنى عبدا أو أمة جلده الامام (خمسين جلدة لقوله تعالى) فان أتين بفاحشة (فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) ودخل تحت حكمها العبيد وهو خلاف المعهود لان المعهود أن تدخل النساء تحت حكم الرجال بطريق التبعية وكأن هذا الاسلوب والله أعلم بناء على ان أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه غالبة كما فى تقديمهن فى قوله تعالى الزانية والزانى ثم العذاب المذكور فى الآية الجلد دون الرجم لانه لا يتنصف وقوله (لان الجناية عند توافر النعم أفحش) أصله قوله تعالى يانساء النبى من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين وقوله (لما روينا) يعنى من حديث على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا

كله لا يفعل لانه زيادة على المستحق (وان كان عبدا جلده خمسين جلدة) لقوله تعالى نعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء ولان الرق منقص للنعمة فيكون منقصا للعقوبة لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ (والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لان النصوص تشملهما (غير أن المرأة لا ينزع من ثيابها الا الفرو والحشو) لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى المضروب والستر حاصل بدونهما فينزعان (وتضرب جالسة) لما روينا ولانه أستر لها (وان حفر لها فى الرجم جاز) لانه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية الى ثندوتها وحفر على رضى الله تعالى عنه لشراحة الهمدانية وان ترك

على اسطوانة أو يمسك (قوله وان كان عبدا جلده خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب نزلت فى الاماء) وهو أيضا مما يعرف من أول الكلام ولا فرق بين الذكر والانثى بتنقيح المناط فيرجع به الى دلالة النص بناء على أنه لا يشترط فى الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفى فيه وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهى تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان فى تزوج الاماء بقوله تعالى فمن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم تمم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزانى فى الآية وهذا الشرط أعنى الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازى عن أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن لا يراد بدليل يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائى عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن ابن عباس وطاوس أن لا حد عليها حتى تحصن بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ اذا أحصن بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن وحين ألزم سبحانه نصف ما على المحصنات اذا أحصن لزم أن لا رجم على الرقيق لان الرجم لا يتنصف ولان الرق منصف للنعمة فتنقص العقوبة به لان الجناية عند توافر النعم أفحش فيكون أدعى الى التغليظ ألا ترى الى قوله سبحانه وتعالى يانساء النبى من يات منكن بفاحشة مبينة يضاعف لها العذاب ضعفين (قوله والرجل والمرأة فى ذلك سواء) لشمول النصوص اياهما فان كان كل منهما محصنا رجم والا فعلى كل الجلد أو أحدهما محصنا فعلى المحصن الرجم وعلى الآخر الجلد وكذلك فى ظهور الزنا عند القاضى بالبينة أو الاقرار يكون على ما شرط وقوله غير أن المرأة الخ استثناء من قوله سواء فلا ينزع عن المرأة ثيابها الا الحشو والفرو (ولان فى تجريدها كشف العورة) لان بدنها كله عورة الا ما عرف ووجهه ظاهر (وتضرب) المرأة (جالسة لما روينا) يعنى من كلام على (ولانه أستر لها) (قوله وان حفر لها فى الرجم جاز) لهذا ولذلك حفر عليه الصلاة والسلام للغامدية الى ثندوتها والثندوة بضم الثاء والهمزة مكان الواو وبفتحهما مع الواو مفتوحة والدال مضمومة فى الوجهين ثدى الرجل أو لحم الثديين وما قيل الثدى للمرأة والثندوة للرجل هو غير صحيح بحديث الذى وضع سيفه بين ثدييه (ولذا حفر على لشراحة الهمدانية) بسكون الميم وهى قبيلة كانت عيبة على وقد مدحهم وقال فى مديحها

فلو كنت بوابا على باب جنة * لقلت لهمدان ادخلى بسلام

وتقدم حديث شراحة وفيه من رواية أحمد عن الشعبى أنه حفر لها الى السرة ثم قال المصنف (وان ترك)

أو سوطين لا يخشى منه الفساد (قوله وان كان عبدا جلد خمسين لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب) والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف والآية نزلت فى الاماء والحكم فى العبيد كذلك بدلالة النص وانما خصص بالذكر لغلبة أسباب السفاح فيهن ودعوتهن اليه دون العبيد واليه الاشارة فى تقديم الزانية على الزانى بخلاف السارق والسارقة (قوله وتضرب جالسة لما روينا) أى من حديث على رضى الله عنه والنساء قعودا الثندوة بفتح الاول والواو أو الضم والهمزة مكان الواو والدال فى الحالين مضمومة ثدى

لا يضره لانه عليه الصلاة والسلام لم يامر بذلك وهى مستورة بثيابها والحفر أحسن لانه أستر و يحفر الى الصدر لما روينا (ولا يحفر للرجل) لانه عليه السلام ما حفر لماعز ولان مبنى الاقامة على التشهير فى الرجال والربط والامساك غير مشروع (ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعى له ان يقيمه لان له ولاية مطلقة عليه كالامام بل أولى لانه يملك من التصرف فيه ما لا يملكه الامام فصار كالتعزير ولنا قوله عليه السلام أربع الى الولاة وذكر منها الحدود ولان الحد حق الله تعالى لان المقصد منها خلاء العالم عن الفساد ولهذا لا يسقط باسقاط العبد فيستوفيه من هو نائب عن الشرع وهو الامام أو نائبه بخلاف التعزير لانه حق العبد ولهذا يعزر الصبى وحق الشرع موضوع عنه

الحفر (لم يضره لان النبى صلى الله عليه وسلم لم يامر بذلك) يعنى لم يوجبه بناء على أن حقيقة الامر هو الايجاب وقال انه عليه الصلاة والسلام حفر للغامدية ومعلوم ان ليس المراد الا أنه أمر بذلك فيكون مجازا عن أمره والا كانت مناقضة غريبة فان مثلها انما يقع عند بعد العهد أما معه فى سطر واحد فغريب وهو هنا كذلك والله الموفق (قوله ولا يحفر للرجل لانه عليه الصلاة والسلام لم يحفر لماعز) تقدم من رواية مسلم وتقدم من روايته أيضا من حديث بريدة الاسلمى أنه حفر له وهو منكر لمخالفته الروايات الصحيحة المشهورة والروايات الكثيرة المتظافرة (قوله ولان مبنى الحد على التشهير فى الرجل) لا حاجة الى التخصيص بل الحد مطلقا مبنى على التشهير غير أنه يزاد فى شهرته فى حق الرجل لانه لا يضره ذلك و يكتفى فى المرأة بالاخراج والاتيان بها الى مجتمع الامام والناس وخصوصا فى الرجم وأما فى الجلد فقد قال تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين أى الزانية والزانى فاستحب أن يامر الامام طائفة أى جماعة أن يحضروا اقامة الحد وقد اختلف فى هذه الطائفة فعن ابن عباس واحد وبه قال أحمد وقال عطاء واسحق اثنان وقال الزهرى ثلاثة وقال الحسن البصرى عشرة وعن الشافعى ومالك أربعة وأما قوله (والربط والامساك غير مشروع) فلما تقدم من قول ابن مسعود وليس فى هذه الامة تجريد ولا مد ولان ماعزا انتصب لهم قائما لم يمسك ولم يربط الا أن لا يصبر وأعياهم فحينئذ يمسك فيربط فاذا هرب فى الرجم فان كان مقرا لا يتبع وترك وان كان مشهودا عليه اتبع ورجم حتى يموت لان هربه رجوع ظاهرا ورجوعه يعمل فى اقراره لا فى رجوع الشهود وذكر الطحاوى صفة الرجم أن يصفوا ثلاثة صفوف كصفوف الصلاة كما مر جمه صف تنحوا ولم يذكره فى الاصل بل فى حديث على فى قصة شراحة على ما قدمناه من رواية البيهقى عن الاجلح عن الشعبى وفيه أحاط الناس بها وأخذوا الحجارة قال ليس هكذا الرجم اذن يصيب بعضكم بعضا صفوا كصف الصلاة صفا خلف صف الى أن قال ثم رجمها ثم أمرهم فرجم صف ثم صف ثم صف ولا يقام حد فى مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ما روى عن مالك أنه لا باس بالتاديب فى المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبى ليلى الحد فى المسجد فخطاه أبو حنيفة وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها فى جمعكم وصفوا على أبوابها المطاهر ولانه لا يؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب تنزيه عن المسجد (قوله ولا يقيم المولى الحد على عبده الا باذن الامام) وقال الشافعى ومالك

والثندوة بفتح الثاء والواو و بالضم والهمز مكان الواو والدال فى الحالتين مضمومة ثدى الرجل أو لحم الثديين والهمدانية بسكون الميم منسوبة الى همدان بسكون الميم حى من العرب وقوله (لما روينا) يعنى من حديث الغامدية حيث حفر لها الى الثندوة وقوله (والربط والامساك غير مشروع) يعنى الآن يعجزهم كما ذكرناه وقوله (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وذكر منها الحدود) رواه ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير والثلاثة الباقية الصدقات والجمعات والفىء وقوله (ولان الحدود حق الله تعالى) حق الله مشروع يتعلق به نفع العالم على الاطلاق والتنكير ليتناول مالنا وما علينا وقولى على الاطلاق لاخراج حق العبد فانه مشروع يتعلق به نفع العالم بالتخصيص لحرمة مال الغير مثلا فانها حق العبد لتعلق صيانة ماله بها فلهذا يباح باباحة المالك ولا يباح الزنا باباحة المرأة ولا باباحة أهلها وتمام التقرير فيه مذكور فى التقرير

(قوله حق الله مشروع) أقول حق الله مبتدأ وقوله مشروع خبره

الرجل أو لحم الثديين كذا فى المغرب * الهمدانية بسكون الميم (قوله ما حفر لماعز) رضى الله عنه ولا ربط ولا امساك بل كان مطلقا حتى هرب من أرض قليلة الحجارة الى أرض كثيرة الحجارة والربط والامساك غير مشروع الآن يعجزهم فحينئذ يربط و يشد (قوله وقال الشافعى رحمه الله له أن يقيمه) أى الحد الذى هو محض حق الله تعالى ان عاين سببه أو أقر بين يديه وان ثبت بالبينة فله قولان وفى حد القذف والقصاص له وجهان وهذا اذا كان المولى ممن يملك اقامة الحد بولاية الامامة ان كان اماما فان مكاتبا أو ذميا أو امرأة فليس له ولاية اقامة الحد على مملوكه لقوله عليه السلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم وقال اذا زنت أمة أحدكم فليجلدها وفى رواية فليحدها ولان له مطلقة عليه فيملك اقامة ما وجب عليه كالامام بل أولى

قال (واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا

وأحد يتيمه بلا اذن وعن مالك الا في الامة المزوجة واستثنى الشافعي من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجري ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا للسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووي الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر وفي التهذيب الاصح أن القتل والقطع الى الامام لهم ما في الصحيحين من حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم بيعوها ولو بضفير قال ابن شهاب لا أدري أبعد الثالثة أو الرابعة والضفير الحبل وفي السنن عنه عليه الصلاة والسلام أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم ولانه يملك تعزيره صيانة للملك عن الفساد فكذا الحد ولان له ولاية مطلقة عليه حتى ملك منه ما لا يملك الامام من التصرف فملكه للاقامة عليه أولى من الامام ولنا ما روى الاصحاب في كتبهم عن ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير موقوفا ومرفوعا أربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد خالص حق الله تعالى فلا يستوفيه الا نائبه وهو الامام وهذا الاستدلال يتوقف على صحة هذا الحديث وكونه حق الله فانما يستوفيه نائبه مسلم ولكن الاستنابة تعرف بالسمع وقد دل على أنه استناب في حقه المتوجه منه على الارقاء مواليهم بالحديث السابق ودلالته على الاقامة بنفسه ظاهرة وان كنا نعلم أنه ليس المراد الاقامة بنفسه فانه لو أمر به غيره كان ممتثلا فجاز كون المراد ذكره الامام ليأمر باقامته لكن ما لم يثبت المعارض المذكور ولا يجب الحمل على ذلك بل على الظاهر المتبادر من قول القائل أقام فلان الحد على فلان أو جلد فلان فلانا والمتبادر أنه باشره أو أمر به على أن المتبادر أحد دائرين فيهما لا في ثلاثة وهما هذان مع رفعه الى الحاكم أحدهما نعم من استقرأ عتقاده على أن اقامة الحدود الى الامام فالمتبادر اليه من ذلك اللفظ الاخير بخصوصه (قوله واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) قيد باحصان الرجم

لان ولايته عليه أقوى من ولاية الامام حتى ملك فيه تصرفات لا يملكها الامام ألا ترى أن المولى هو الذي يزوج دون الولي بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لا تزوج الابعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل أنها فوق ولاية السلطنة ولهذا يملك عليه التعزير كما يملك الامام والحد عقوبة زاجرة كالتعزير ولنا ما روى عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربع الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفيء ولان الحد حق الله تعالى اذ الغرض منه اخلاء العالم عن الفساد فتكون الولاية مستحقة بالنيابة عن الله تعالى والامام هو المتعين في نيابة الله تعالى أو نائبه فاما الولي فولايته بالملك فلا يصلح نائبا عن الله تعالى بخلاف التعزير لانه من حقوق الملك والمقصود به التثقيف والتاديب وذا سبب زيادة ماليته فيرجع نفعه اليه فكان حقا له فيكون بسبيل منه ألا ترى أنه يعزر من لا يخاطب بحقوق الشرع كالصبيان وهو كالرياضة والتاديب في الدواب فانه حقوق الملك ولهذا كان المولى مقدما على الامام وانما تثبت الولاية له بسبب الملك كالتزويج وللامام ولاية اقامة الحد شاء المولى أو أبى دل أنه لا تثبت له ولاية اقامته بسبب الملك وكيف تثبت به وهو غير مملوك له من ذلك الوجه لان الحدود انما تجب باعتبار معنى الآدمية دون المالية اذ الحد لا يجب على المال بحال والعبد باعتبار هامبقى على أصل الحرية حتى يصح اقراره بالحدود ولا يصح اقرار سيده عليه بها فكان سيده فيها كسائر الاجانب كما في طلاق زوجته وقوله أقيموا الحدود خطاب للائمة كقوله تعالى فاجلدوا فاقطعوا وفائدة تخصيص المماليك أن لا تحملهم الشفقة على ملكهم على الامتناع عن اقامة الحد عليهم أو المراد التسبيب والمرافعة الى الامام وقد يضاف الشيء الى المباشرة تارة والى السبب أخرى والظاهر هذا لانه خاطب كل الموالي بذلك وكل الموالي لا يملكون المباشرة بالاجماع (قوله واحصان الرجم) وانما قيد بالرجم احترازا عن احصان القذف فانه غير هذا على ما يجيء ان شاء الله تعالى احصان الرجم مشروط بسبع شرائط (أن يكون حرا بالغا عاقلا مسلما قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها وهما على صفة الاحصان) هذا على قول المتقدمين وأما المتأخرون فقد قالوا شرائط الاحصان على الخصوص منها شيآن الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله وهذا الشرط الثاني مركب من ثلاثة من ذلك وأما العقل والبلوغ فشرط لاهلية العقوبة لعدم الخطاب بدونهما وأما الحرية فشرط تكميل العقوبة بواسطة تكامل النعمة والمصنف وافق المتأخرين في جعل العقل والبلوغ شرطا لاهلية العقوبة وجعل الباقية شرطا لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة

(قوله احصان الرجم مشروط الخ) أقول فيه نوع مخالفة لما في الهداية (قوله بسبع شرائط أن يكون حرا الخ) أقول فيه مسامحة الأن يحمل على حذف الجار (قال المصنف واحصان الرجم أن يكون حرا عاقلا مسلما بالغا قد تزوج امرأة نكاحا صحيحا الخ) أقول وفي الجامع الرازي لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان كذا في الفتاوى للتمرتاشي

ودخل بها وهما على صفة الاحصان فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة اذ لا خطاب دونهما وما وراءهما يشترط لتكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة اذ كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وهذه الاشياء من جلائل النعم وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به

لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي والاحصان في اللغة المنع قال تعالى لتحصنكم من بأسكم وأطلق في استعمال الشارع بمعنى الاسلام وبمعنى العقل وبمعنى الحرية منه أن ينكح المحصنات وبمعنى التزويج وبمعنى الاصابة في النكاح وبمعنى العفة يقال أحصنت أي عفت وأحصنها زوجها قال في المبسوط المتقدمون يقولون ان شرائط الاحصان سبعة وعدما ذكرنا ثم قال فاما العقل والبلوغ فهما شرطا الاهلية للعقوبة والى ذلك أشار المصنف بقوله فالعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة والحرية شرط تكميل العقوبة لاشرط الاحصان على الخصوص وشرط الدخول ثبت بقوله صلى الله عليه وسلم الثيب بالثيب والثيابة لا تكون الا بالدخول اه واختلف في اثنين من هذه الاسلام وسيذكره المصنف وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة بحكم النكاح فهو شرط عندنا خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فاسلمت بعد ما دخل بها فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي أن يطأها اذا زنى لا يرجم وكذا لو أعتقت الامة التي هي زوجة الحر البالغ العاقل المسلم بعد ما دخل بها لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وعلى هذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما فاذا أسلما لا يعود احصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حال الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقيبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله *(واعلم)* أن الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي أن تكون بيانية أي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذي هو شرط الرجم هو الامور المذكورة فهي أجزاؤه وهو هيئة تكون باجتماعها فهي أجزاء علة وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره لا يقال كان الحد لا يثبت قياسا فكذا شروطه لانا نقول بل يجب أن تثبت شروطه قياسا لان عدم جواز نفس الحد اما لعدم المعقولية أو لانه لا يثبت بما زادت فيه شبهة واثبات الشرط احتيال للدرء لا يجابه بقي الشان في تحققه وقد أثبت المصنف شرط اتفاقهما في صفة الاحصان مع غيره بقوله (وهذه الاشياء من جلائل النعم) فان من النعم كون كل من الزوجين مكافئا للآخر في صفاته الشريفة ثم قال (وقد شرع الرجم بالزنا عند استجماعها فيناط به) أي باستجماعها واذا نيط بكلها يلزم أن ينتفي الحد بانتفاء كل منها ومن جملتها كون كل مثل الآخر فيلزم اشتراطه لظهور أثره وجود الشبهة في درء الحد وعدم تماثلهما شبهة في تصور الصارف فيندرئ به وبيانه ما ذكر في بيان كونها من جلائل النعم الصارفة عن الزنا بكمال اندفاع حاجته الى الوطء عندها فكونه بالغا لان الصغير لا تكمل فيه رغبة الكبيرة وبالعكس وكذا المجنونة لا يرغب فيها بل هي محل نفرة الطباع وكذا ينفر المسلم عن صحبة من يفارقه في دينه منه ومنها وكذا يرى الحر انحطاطا بتزوج الرقيق فلا تكمل الرغبة من الجانبين واذا ظهر تكامل الصارف وفيه تكامل النعمة كانت الجناية عندها أفحش فناسب

والنكاح الصحيح والدخول بالنكاح وأن يكون كل واحد من الزوجين مثل الآخر في صفة الاحصان والاسلام والاصح أن يقول شرط الاحصان على الخصوص اثنان الاسلام والدخول بالنكاح الصحيح بامرأة هي مثله فاما العقل والبلوغ فهما شرط الاهلية للعقوبة لا شرط الاحصان على الخصوص لان غير المخاطب لا يكون أهلا للالتزام شئ من العقوبات والحرية شرط تكميل العقوبة لا أن يكون شرط الاحصان على

على العراقيين وكذلك الدخول في النكاح بعد البلوغ لان به تقع العفة عن الزنا فاذا استجمعت الشرائط يصير محصنا اه

لان كفران النعمة يتغلظ عند تكثرها وتغلظه يستدعي أغلظ العقوبات (وهذه الاشياء من جلائل النعم) فكفرانها يكون سببا لأفحش العقوبات وهو الرجم بالحجارة الى الموت ليكون ثبوت الحكم بقدر سببه وانحصر الشرائط على هذا

(قال المصنف ودخل بها وهما على صفة الاحصان) أقول الجملة حال من الداخل والمدخول بها ونظيره لقيت زيدا راكبين وفي المحيط وأما طريق ثبوت الاحصان فشيآن الاقرار والبينة اه وقال الامام التمرتاشي في شرح الجامع الصغير ولو ارتد المحصنان بطل احصانهما فان أسلما لم يكونا محصنين الا بجماع جديد وكذا الكافر ان يسلمان والمملوكان يعتقان وقد كان جامعها قبل ذلك لم يكونا محصنين فان جامعها بعد العتق والاسلام يكونان محصنين لتحقق الشرط اه (قال المصنف والعقل والبلوغ شرط لاهلية العقوبة الخ) أقول قال مولانا علاء الدين الاسود في شرح الجامع الصغير قال الامام قاضيخان في الجامع الصغير وانما يصير داخلا في المحصن عن الزنا اذا توفرت عليه النعم الزواجر كالعقل فان مانع عن ارتكاب كل ماله عاقبة ذميمة وكذلك الدين والحرية لان الحر يمتنع عن ذهاب ماء الوجه والعبد لا يبالي به وكذا البلوغ لان الصغير لقلة عقله قلما يقف

العذد لان الرجم بالزنا قد شرع عند استجماعها فينا طبها والشرف والعلم والجمال والحسب وان كان من جلائل النعم أيضا الا

بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ووجب الشرع بالرأى متعذر ولان الحرية ممكنة من النكاح الصحيح والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال والاصابة تشبع بالحلال والاسلام يمكنه من نكاح المسلمة ويؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية بعد توفر الزواجر أغلظ والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية لهما ما روى أن النبي عليه السلام رجم يهوديين قد زنيا

كون العقوبة أغلظ فشرعت لذلك وهي الرجم عند استجماعها فنبه به أي بالاستجماع لها (بخلاف الشرف والعلم لان الشرع ما ورد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأى ممتنع) ووجه عدم اعتبارهما في تكميل العقوبة أنهما لا مدخل لهما في تكميل الصارف وان كانتا من جلائل النعم وذلك هو المعتبر وأورد كيف يتصور كون الزوج كافرا وهي مسلمة كما يفيده ما ذكر في نفرة المسلم وأجيب بان يكونا كافرين فتسلم هي فيطاها قبل عرض القاضي الاسلام عليه وابائه ومالم يفرق القاضي بينهما بابائه هما زوجان (قوله والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام) أي في الاحصان (وكذا أبو يوسف في رواية) وبه قال أحمد وقول مالك كقولنا فلو زنى الذمي الثيب الحر يجلد عندنا ويرجم عندهم لهم ما في الصحيحين من حديث عبد الله بن عمر أن اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكروا له أن امرأة منهم ورجلا قد زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شان الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فاتوا بالتوراة فنشروها فوضع أحدهم يده على آية الرجم فقرأ ما قبلها وما بعدها فقال له عبد الله ارفع يدك فرفع يده فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فامر بهما النبي صلى الله عليه وسلم فرجما والذي وضع يده على آية الرجم عبد الله بن صوريا وأجاب المصنف بانه انما رجمهما بحكم التوراة فانه سالهم عن ذلك أولا وان ذلك انما كان عند ما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة ثم نزلت آية حد الزنا وليس فيها اشتراط الاسلام في الرجم ثم نزل حكم الاسلام بالرجم باشتراطه للاحصان وان كان غير متلو وعلم ذلك من قوله صلى الله عليه وسلم من أشرك بالله فليس بمحصن رواه اسحق بن راهويه في مسنده أخبرنا عبد العزيز بن محمد حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أشرك بالله فليس بمحصن فقال اسحاق رفعه مرة فقال عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ووقفه مرة ومن طريقه رواه الدارقطني في سننه وقال لم يرفعه غير اسحق بن راهويه ويقال انه رجع عن ذلك والصواب أنه موقوف قال في العناية ولفظ اسحق كما تراه ليس فيه رجوع وانما ذكر عن الراوي انه مرة رفعه ومرة أخرجه مخرج الفتوى فلم يرفعه ولا شك أن مثله بعد صحة الطريق اليه محكوم برفعه على ما هو المختار في علم الحديث من أنه اذا تعارض الرفع والوقف حكم بالرفع وبعد ذلك اذا خرج من طرق فيها ضعف لم يضر وأما قوله صلى الله عليه وسلم لا يحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد فالله أعلم به ومعناه رواه الدارقطني وابن عدي من حديث أبي بكر بن أبي مريم عن علي بن أبي طلحة عن كعب ابن مالك انه أراد أن يتزوج بيهودية فقال له صلى الله عليه وسلم لا تتزوجها فانها لا تحصنك وضعف ابن أبي

الخصوص وأما الدخول فشرطه ثبت بقوله عليه السلام والثيب بالثيب والثيب لا يكون الا بالدخول وشرطنا أن يكون ذلك بالنكاح الصحيح لان الثيب على ما عليه أصل حال الآدمي من الحرية لا يتصور بسبب مشروع سوى النكاح الصحيح فكان المقصود به تغليظ الجريمة لان الرجم أفحش العقوبات فيستدعي أغلظ الجنايات والجناية في الاقدام على الزنا بعد اصابة الحلال تكون أغلظ ولهذا لا تشترط العفة عن الزنا في هذا الاحصان بخلاف أحصان القذف لان الزنا بعد الزنا أغلظ في الجريمة من الزنا بعد العفة (قوله بخلاف الشرف والعلم) متصل بقوله وهذه الاشياء من جلائل النعم لما ذكر أن تكامل الجناية بواسطة تكامل النعمة فوجب الرجم لذلك على من زنى بعد وجود هذه النعم الجليلة ورد عليه الشرف والعلم فانهما أيضا من أجل النعم ولم يشترطا فاجاب بان الشرع لم يرد به (قوله والاصابة تشبع بالوطء الحلال) يعني الاصابة بطريق الحلال يحصل

أن الشرع لم يرد باعتبارها (ونصب الشرع بالرأى متعذر) وقوله (ولان الحرية) دليل على الاقتصار على تلك الشرائط يتضمن أن لها مدخلا في الاستغناء عن الزنا دون غيرها من العلم والشرف وذلك لان الحرية (ممكنة من النكاح الصحيح) لان الحر يتولى أمور نفسه ليس تحت ولاية أحد (والنكاح الصحيح ممكن من الوطء الحلال) لامحالة (والدخول به تشبع بالحلال والاسلام ممكن من نكاح المسلمة ومؤكد اعتقاد الحرمة فيكون الكل مزجرة عن الزنا والجناية عند توافر الزواجر أغلظ) ولقائل أن يقول في العلم باحوال الآخرة وما يترتب على الزنا من الفساد عاجلا والعقوبة آجلا من الزواجر لامحالة والجمال في المنكوحة ممنع للزوج عن النظر الى غيرها والشرف يردع عن لحوق معرة الزنا وعقابه فكان الواجب أن يكون من شرائطه والجواب أن المسلم الناشئ قلما يخلو عن العلم بما ذكرت والجمال والشرف ليس لهما حد معلوم يضبطان به فلا تكون معتبرة وأما وجه اشتراط كونهما على صفة الاحصان عند الدخول فسنذكره (والشافعي يخالفنا في اشتراط الاسلام وكذا أبو يوسف في رواية) مستدلين بما روى مسندا الى ابن عمر رضي الله عنه أن اليهود جاؤا الى النبي صلى الله عليه

قلنا

(قال المصنف ولان الحرية ممكنة) أقول ينبغي أن يتامل في تعيين المعطوف عليه لقوله ولان الحرية ممكنة

وسلم قد كروا له أن رجلا منهم وامرأة زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الزنا فقالوا نفضحهم ويجلدون فقال عبد الله بن سلام كذبتم ان فيها الرجم فأتوا بالتوراة فنشروها فجعل أحدهم يده على آية الرجم ثم جعل يقرأ ما قبلها وما بعدها فقال عبد الله ابن سلام ارفع يدك فرفعها فاذا فيها آية الرجم فقال صدق يا محمد فيها آية الرجم فأمر بهما رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجما (قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بؤيده) ما روى أصحابنا في كتبهم عن ابن عمر (من أشرك بالله فليس بمحصن) وقوله (والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) لبيان ما يحصل به الاحصان من الجماع وفيه نظر لانه ينافي ما تقدم (٢٥) من قوله والاصابة شبع بالحلال فان الشبع انما يكون بالانزال دون الايلاج عرف ذلك في حديث رفاعة حيث قال صلى الله عليه وسلم لا حتى تذوقي من عسيلته ويذوق من عسيلتك بالتصغير وقوله (وشرط صفة الاحصان فيهما) ظاهر وقيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة وأجيب بان صورته أن يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام عليه لانه مالم يفرق القاضي بينهما بالاباء عند عرض الاسلام فهما زوجان وقدم (وأبو يوسف يخالفهما في الكافرة) في أن اسلام المنكوحة وقت الدخول بها شرط احصان الزاني فعنده ليس بشرط حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة يصير محصنا (والحجة عليه) أي على أبي يوسف (ماذكرناه) يعني من قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وقوله (وقوله عليه السلام) معطوف على قوله ماذكرناه (لا تحصن المسلم

قلنا كان ذلك بحكم التوراة ثم نسخ بؤيده قوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل وشرط صفة الاحصان فيهما عند الدخول حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة أو المملوكة أو المجنونة أو الصبية لا يكون محصنا وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات وهي حرة مسلمة عاقلة بالغة لان النعمة بذلك لا تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغبوا في الصبية لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وأبو يوسف رحمه الله يخالفهما في الكافرة والحجة عليه ماذكرناه وقوله عليه السلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد قال (ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) لانه عليه الصلاة والسلام

مريم وعلي بن أبي طلحة لم يدرك كعبا لكن رواه بقية بن الوليد عن عتبة بن تميم عن علي بن أبي طلحة عن كعب بن مالك وهو منقطع وأنت تعلم أن الانقطاع عندنا داخل في الارسال بعد عدالة الرواة وبقية قدمنا الكلام فيه أول هذا الشرح والله أعلم وعلى كل حال هو شاهد للحديث الاول فيحتج به ولا معنى لفصل المصنف بين هذا الحديث والحديث الاول بالفروع التي ذكرها وهما معا في غرض واحد وهو الاحتجاج على أبي يوسف ومن معه بل كان الوجه جعلهما ثم يقول هنا لما ذكرنا * (واعلم) * أن الاسهل مما ادعى أن يقال حين رجمهما كان الرجم ثبت مشروعيته في الاسلام وهو الظاهر من قوله صلى الله عليه وسلم ما تجدون في التوراة في شأن الرجم ثم الظاهر كون اشتراط الاسلام لم يكن ثابتا والا لم يرجمهم لانتساخ شريعتهم وانما يحكم بما أنزل الله اليه وانما سألهم عن الرجم في التوراة ليبكتهم بترك ما أنزل عليهم فحكم برجمهما بشرعهم الموافق لشرعهم واذا لزم كون الرجم كان ثابتا في شرعنا حال رجمهم بلا اشتراط الاسلام وقد ثبت الحديث المذكور المفيد لاشتراط الاسلام وليس تاريخ يعرف به تقدم اشتراط الاسلام على عدم اشتراطه أو تأخره فيكون رجمه اليهوديين وقوله المذكور متعارضين فيطلب الترجيح والقول يقدم على الفعل وفيه وجه آخر وهو أن تقديم هذا القول يوجب درء الحد وتقديم ذلك الفعل يوجب الاحتياط في ايجاب الحد والاولى في الحدود ترجيح الدافع عند التعارض ولا يخفى أن كل مرجح فهو محكوم بتأخره اجتهادا ولقد طاح بهذا دفع بعض المعترضين (قوله والمعتبر في الدخول) المحقق للاحصان (ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) وهو بغيبوبة الحشفة فقط أنزل أو لم ينزل وقوله حتى لو دخل بالمنكوحة الكافرة الخ تقدم بيانه (قوله ولا يجمع في المحصن بين الرجم والجلد) وهو قول مالك

الشبع (قوله وكذا اذا كان الزوج موصوفا باحدى هذه الصفات) وهي الكفر والمملوكية والجنون والصبا أي لا تكون المرأة محصنة وان كان النكاح والدخول موجودين كما لا يكون الرجل محصنا اذا كانت المرأة موصوفة باحدى هذه الصفات عند الدخول فان قيل كيف يتصور أن يكون الزوج كافرا والمرأة مسلمة قلنا صورته أن يكونا كافرين فاسلمت المرأة ودخل بها الزوج قبل عرض الاسلام على الزوج (قوله والحجة عليه ماذكرناه) اشارة الى قوله ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين

اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد) ذكره شمس الائمة السرخسي مرسلا في مبسوطه قال (ولا يجمع في المحصن بين الجلد والرجم) وفي رواية عن أحمد يجمع بينهما لما روى عبادة بن الصامت رضي الله

(قال المصنف والمعتبر في الدخول ايلاج في القبل على وجه يوجب الغسل) أقول ويجوز الشهادة بالدخول بالتسامع ولا تمس الحاجة الى المعاينة كما سيجيء في كتاب الشهادة (قوله فان الشبع انما يكون بالانزال) لا يمكن اثباته بشهود بخلاف الدخول فافهم سببه المفضي اليه أكثر يا مقامه فليتأمل (قال المصنف وفي المملوكة حذرا عن رق الولد) أقول هذا لا يجري فيما اذا كانت الزوجة حرة والزوج مملوكا اذ الولد يتبع الام في الحرية والرقية ولو قال وفي المملوكية لحقارتها ودناءتها لكان أعم التعميم كما لا يخفى (قوله والحجة عليه أي على أبي يوسف رحمه الله) أقول قال الاتقاني قوله والحجة عليه

عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا الصحابة بعده وحديث عبادة بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا وحديث ماعز بعده فيكون ناسخا وقوله (ولان الجلد يعرى) ظاهر وقوله (والشافعي يجمع بينهما حدا) أي في حد الزنا بنفي الرجل والمرأة جميعا (لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) ولان التغريب من تتمة الحد فكما أن الرجل والمرأة في حق الجلد سواء فكذلك في حق التغريب (ولان فيه) أي في التغريب (حسم مادة الزنا لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم و يعرفونه من الاحباء والحبيبات لما أن الزنا انما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لذلك (ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء) ورجوعا نصب على المصدر ومعناه أن الفاء للجزاء واذا ذكر الجزاء بعد الشرط بالفاء دل استقراء كلامهم أنه هو الجزاء ألا ترى أنه اذا قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق واحدة ليس جزاء الشرط الا ما هو المذكور بعد الفاء وقوله (والى كونه كل المذكور) أي رجوعا الى كونه كل المذكور ومعناه أنه ذكر الجلد دون النفي في موضع الحاجة الى البيان فكان ماذكره كل ما يحتاج اليه في البيان فلو بقي شئ يحتاج اليه ولم يبين لزم الاخلال في البيان في موضع الحاجة والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز وقوله (ولان في التغريب) ظاهر وقوله (ثم فيه) أي في التغريب (قطع مادة البقاء) يعني ما يحتاج اليه من المأكول والملبوس (فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا) لازدياد شهوة

لم يجمع ولان الجلد يعرى عن المقصود مع الرجم لان زجر غيره يحصل بالرجم اذ هو في العقوبة أقصاها وزجره لا يحصل بعده هلاكه قال (ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي) والشافعي يجمع بينهما حدا لقوله عليه السلام البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف ولنا قوله تعالى فاجلدوا جعل الجلد كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء والى كونه كل المذكور ولان في التغريب فتح باب الزنا لانعدام الاستحياء من العشيرة ثم فيه قطع مواد البقاء فربما تتخذ زناها مكسبة وهو من أقبح وجوه الزنا

والشافعي ورواية عن أحمد يجمع في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع للجمهور أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع وهذا على وجه القطع في ماعز والغامدية وصاحبة العسيف وقد تظافرت الطرق عنه عليه الصلاة والسلام أنه بعد سؤاله عن الاحصان وتلقينه الرجوع لم يزد على الامر بالرجم فقال اذهبوا به فارجموه وقال اغد يا أنيس الى امرأة هذا فان اعترفت فارجمها ولم يقل فاجلدها ثم ارجمها وقال في باقي الحديث فاعترفت فامر بها رسول الله صلى الله عليه وسلم فرجمت وكذا في الغامدية والجهنية ان كانت غيرها لم يزد على الامر برجمها وتكرر ولم يزد أحد على ذلك فقطعنا بانه لم يكن غير الرجم فقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة ورجم أو رمي بالحجارة يجب قطعا كونه منسوخا قال (ولان الجلد يعرى عن المقصود) وهو الانزجار أو قصد الانزجار لان القتل اذا كان لاحقا كان الجلد خلوا عن الفائدة الدنيوية التي شرع لها الحد والنسخ قد تحقق في حق الزنا فانه كان أولا الاذى باللسان على ما أمر به تعالى من قوله واللذان يأتيانها منكم فآذوهما ثم نسخ بالحبس في حقهن بقوله تعالى واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم الى قوله فامسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا فانه كان قبل سورة النور لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا والا لقال خذوا عن الله ولا يخفى أن ذلك غير لازم والصواب ما ذكرنا من القطع بانه لم يجمع بين الجلد والرجم فلزم نسخه وان لم يعلم خصوص الناسخ وأما جلد علي رضي الله عنه شراحة ثم رجمها فما لانه لم يثبت عنده احصانها الا بعد جلدها أو هو رأي لا يقاوم اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا ما ذكرنا من القطع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي والشافعي يجمع بينهما) وكذا أحمد والثوري والاوزاعي والحسن بن صالح وله في العبد أقوال يغرب سنة نصف سنة لا يغرب أصلا وأما تغريب المرأة فمع محرم وأجرته عليها في قول وفي بيت المال في قول ولو امتنع ففي قول يجبره الامام وفي قول لا ولو كانت الطريق آمنة ففي تغريبها بلا محرم قولان لقوله صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام) أخرجه مسلم وأبو داود والترمذي من رواية عبادة بن الصامت عنه صلى الله عليه وسلم خذوا عني الحديث وتقدم (ولان فيه حسم مادة الزنا لقلة المعارف) لانه هو الداعية الى ذلك ولذا قيل

(قوله لقلة المعارف) أي لقلة من يعرفهم و يعرفونه من الاحباء والحبيبات لما أن الزنا انما ينشأ من الصحبة والمؤانسة والتغريب قاطع لهذا (قوله رجوعا الى حرف الفاء) لانه يقتضي أن يكون جزاء والجزاء انما يكون كافيا لانه من جزأ بالهمز أي كفى أو الى كونه كل المذكور فيكون كل المراد اذا الموضع موضع الحاجة الى

ماذكرناه أي الحجة على أبي يوسف قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن اه وأنت خبير بفساده والصحيح ماذكره الشيخ أكمل الدين (قال المصنف ولان فيه حسم باب الزنا لقلة المعارف) أقول الحسم القطع والانسب سد باب الزنا (قوله والعمل بالحديث الذي رواه نسخ للكتاب وهو لا يجوز) أقول لانه خبر الواحد ولا ينسخ به الكتاب كما بين في موضعه وفيه نظر لما سيجيء من الاعتراف بنسخ ذلك الخبر بعينه قوله

وقوله (وهذه الجهة مرجحة لقول علي) نقل بفتح الجيم وكسرها فوجه الفتح أن هذه الجهة من العلة أقوى من علة الخصم بشهادة

وهذه الجهة مرجحة لقول علي رضي الله تعالى عنه كفى بالنفي فتنة والحديث منسوخ كشطره

لامرأة من العرب ما حملك على الزنا مع فضل عقلك قالت طول السواد وقرب الوساد والسواد المسارة من ساوده اذا ساره ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا شارعا في بيان حكم الزنا ما هو فكان المذكور تمام حكمه والا كان تجهيلا اذ يفهم أنه تمام الحكم وليس تمامه في الواقع فكان مع الشروع في البيان أبعد من ترك البيان لانه يوقع في الجهل المركب وذلك في البسيط ولانه هو المفهوم لانه جعل جزاء للشرط فيفيد أن الواقع هذا فقط فلو ثبت معه شيء آخر كان شهرة معارضة لا مثبتة لما سكت عنه في الكتاب وهو الزيادة الممنوعة وأما ما يفيده كلام بعضهم من أن الزيادة بخبر الواحد اثبات ما لم يوجبه القرآن وذلك لا يمتنع والا بطلت أكثر السنن وانها ليست نسخا وتسميتها نسخا مجرد اصطلاح ولذا زيد في عدة المتوفى عنها زوجها الاحداد على المأمور به في القرآن وهو التربص فهو يفيد عدم معرفة الاصطلاح وذلك أنه ليس المراد من الزيادة اثبات ما لم يثبته القرآن ولم ينفه لا يقول بهذا عاقل فضلا عن عالم بل تقييد مطلقه على ما عرف من أن الاطلاق مما يراد وقد دل عليه باللفظ المطلق وبالمعنى يفاد المعنى فافاد أن الاطلاق مراد وبالتقييد ينتفي حكمه عن بعض ما أثبته فيه اللفظ المطلق ثم لا شك أن هذا نسخ وبخبر الواحد لا يجوز نسخ الكتاب وظن المعترض أن الاحداد زيادة غلط لانه ليس تقييد التربص والا لو تربصت ولم تحد في تربصها حتى انقضت العدة لم تخرج عن العهدة وليس كذلك بل تكون عاصية بترك واجب في العدة فانما أثبت الحديث واجبا لا أنه قيد مطلق الكتاب نعم ورد عليه أن هذا الخبر مشهور تلقته الامة بالقبول فتجوز الزيادة به اتفاقا والمصنف رحمه الله عدل عن هذه الطريقة فلا يلزمه ذلك الى ادعاء نسخ هذا الخبر مستانسا له بنسخ شطره الثاني وهو الدال على الجمع بين الجلد والرجم فكذا نصفه الآخر وأنت تعلم أن هذا ليس بلازم بل يجوز أن تروى جل بعضها نسخ وبعضها الا ولو سلك الطريق الاول وادعى أنه آحاد لا مشهور وتلقي الامة بالقبول ان كان اجماعهم على العمل به فممنوع لظهور الخلاف وان كان اجماعهم على صحته بمعنى صحة سنده فكثير من أخبار الآحاد كذلك فلم تخرج بذلك عن كونها آحادا وقد خطئ من ظنه يصير قطعيا فادعى فيما رواه البخاري ذلك وغلط على ما يعرف في موضعه واذا كان آحادا وقد تطرق اليه احتمال النسخ بقرينة نسخ شطره فلا شك أنه ينزل عن الآحاد التي لم يتطرق ذلك اليها فاحرى أن لا ينسخ به ما أفاده الكتاب من أن جميع الموجب الجلد فانه يعارضه فيه لا أن الكتاب ساكت عن نفي التغريب فكيف وليس فيه ما يدل على أن الواجب من التغريب بطريق الحد فان أقصى ما فيه دلالة قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام وهو عطف واجب على واجب وهو لا يقتضيه بل ما في البخاري من قول أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فيمن زنى ولم يحصن بنفي عام واقامة الحد ظاهر في أن النفي ليس في الحد لعطفه عليه وكونه استعمل الحد في جزء مسماه وعطفه على الجزء الآخر بعيد ولا دليل يوجبه وما ذكر من الالفاظ لا يفيده فجاز كونه تغريبا لمصلحة وأما ما للشافعي رحمه الله فرأى أن الحديث ما دل الا على الرجل بقوله البكر بالبكر فلم تدخل المرأة ولا شك أنه كغيره من المواضع التي تثبت الاحكام في النساء بالنصوص المفيدة اياها للرجال بتنقيح المناط وأيضا فان نفس الحديث يجب أن يشملهن فانه قال خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر الحديث فنص على أن النفي والجلد سبيل لهن والبكر يقال على الانثى ألا ترى الى قوله البكر تستأذن ثم عارض ما ذكر الشافعي من المعنى بان في النفي فتح باب الفتنة لانفرادها عن

البيان فلو أوجبنا معه التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا ثم قوله فيه قطع مواد البقاء فانها اذا تباعدت عن الاهل والوطن أخرجها انقطاع مادة المعاش عنها الى التكسيب بالزنا وفيه قطع مادة البقاء بتضييع الماء وعلوق ولدا يقوم أحد بربيه وهذا أقوى مما قاله لان ما ينشأ من الصحبة والمؤانسة يكون مكتوما وما ينشأ من الوقاحة وخلاعة العذار يكون مشهورا وهو أفحش (قوله وهذه الجهة) من العلة أقوى من علة الخصم لشهادة قول علي رضي الله عنه بصحة ما قلنا (قوله الحديث منسوخ كشطره) وهو الجمع بين الجلد والرجم

قول علي لصحة ما قلناه ووجه الكسر أن الخصم ينكر صحة نقل قول علي فقال المصنف هذه الجهة من جهات العلل تؤيد صحة قول علي فكانت اللام للصلة داخلة على المفعول كما في قوله تعالى والذين هم للزكاة فاعلون وفي الوجه الاول كانت للتعليل فان قيل الاصل أن ما يصلح علة لا يصلح مرجحا وهذه الجهة علة فكيف صلحت مرجحة أجيب بان هذه الجهة ليست بمثبتة للحد بل هي نافية مع أن النفي ليس بحكم واجب في الحد فيصلح للترجيح ففي مثل هذا الموضع تذكر العلل موضحا بعضها بعضا وما أرى اختيار المصنف لفظ الجهة على لفظ العلة الا لهذا كذا في النهاية وقوله (والحديث) يعني قوله البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام (منسوخ كشطره

تعالى فامسكوهن في البيوت الآية يقال المراد أنه خبر غير متأخر عن تلك الآية فلا يجوز أن يكون ناسخا لما هو غير متأخر عنه (قوله ووجه الكسر أن الخصم الخ) أقول الخصم ينكر صحة النقل عنه وهذه الجهة لا تؤيدها فان طريق ثبوت النقل هو رواية العدول (قوله مع ان النفي ليس بحكم الخ) أقول لعل مراده نفي النفي (قوله ففي مثل هذا الموضع الخ) أقول لا بد من التأمل في هذا المقام

وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه) قيل يعني في طريقة الخلاف فان قيل هذا اثبات النسخ بالقياس أجيب بانه بيان لكون الحديث منسوخا بناسخ ولم يبين أن الناسخ ماهو وحاصل ذلك أن حكم الزنا في الابتداء كان امساك الزواني في البيوت حتى يتوفاهن الموت والايذاء باللسان فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني خذوا عني قد جعل الله لهن سبيلا ثم انتسخ هذا الحديث بقوله تعالى الزانية والزاني والدليل على أن الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني أن النبي صلى الله عليه وسلم قال خذوا عني ولو كان انتساخ امساك الزواني في البيوت بقوله الزانية والزاني لقال عليه الصلاة والسلام خذوا عن الله وهذه الدلالة التي هي دلالة التقدم ههنا مثل دلالة التقدم في حديث (٢٨) العرنيين واليه أشار بقوله في الكتاب وقد عرف طريقه في موضعه أي دل في

حديث العرنيين دال على انه مقدم على قوله صلى الله عليه وسلم استنزهوا البول وهو جواز المثلة فكذلك ههنا دال الدال على ان الحديث مقدم على قوله تعالى الزانية والزاني وهو ماذكرناه هذا ماذكره في النهاية وتبعه غيره من الشارحين وقوله (الا أن يرى ذلك مصلحة) استثناء من قوله ولا يجمع في البكر بين الجلد والنفي يعني اذا رأى الامام تغريب الزاني مصلحة لدعارته فعل ذلك على قدر ما يراه بطريق التعزير والسياسة (لانه قد يفيد في بعض الاحوال فيكون الرأي فيه الى الامام وعليه يحمل النفي المروي عن بعض الصحابة) روى أن أبا بكر رضي الله عنه جلد بكرين ونفاهما الى فدك وعمر رضي الله عنه سمع قائلة تقول

هل من سبيل الى خمر فاشربها
أو من سبيل الى نصر بن حجاج

وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وقد عرف طريقه في موضعه قال (الا أن يرى الامام في ذلك مصلحة فيغرب به على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لانه قد يفيد في بعض الاحوال

العشيرة وعن تستحيي منهم ان كان لها شهوة قوية فتفعله وقد تفعله لحامل آخر وهو حاجتها الى ما يقوم باودها ولاشك أن هذا المعنى في افضائه الى الفساد أرجح مما ذكره من افضاء ذلة المعارف الى عدم افساد خصوصا في مثل هذا الزمان لمن يشاهد أحوال النساء والرجال فيترجح عليه ويؤيده ماروى عبد الرزاق ومحمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال قال عبد الله ابن مسعود في البكر يزني بالبكر يجلدان مائة وينفيان سنة قال وقال علي بن أبي طالب رضي الله عنه حسبهما من الفتنة أن ينفيا وروى محمد بن الحسن أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبي سليمان عن ابراهيم النخعي قال كفى بالنفي فتنة وروى عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن ابن المسيب قال غرب عمر رضي الله عنه ربيعة بن أمية بن خلف في الشراب الى خيبر فلحق بهرقل فتنصر فقال عمر لا أغرب بعده مسلما نعم لو غلب على ظن الامام مصلحة في التغريب تعزيرا له أن يفعله وهو محمل التغريب الواقع للنبي صلى الله عليه وسلم وللصحابة من أبي بكر وعمر وعثمان ففي الترمذي حدثنا كريب ويحيى بن أكثم قالا حدثنا عبد الله بن ادريس عن

وليس هذا اثبات النسخ بالقياس فانه لا يجوز ولكن انتساخ أحد شطريه دليل بعدمه على آية الجلد فنسخ الحديث بشطريه بآية الجلد ثم انتسخت قضية الآية في حق المسلم المحصن بحديث ماعز فاستقرت الشريعة (قوله وقد عرف طريقه في موضعه) وهو ماذكر في حديث العرنيين فان قوله عليه السلام استنزهوا البول يعارضه أمره عليه الصلاة والسلام للعرنيين بشرب أبوال الابل رجعنا الى التاريخ وقلنا قد قام دليل سبق حديث العرنيين وهو أنه تعلق به شيئان المثلة واباحة شرب البول ثم المثلة ثبت أنها كانت في ابتداء الاسلام ثم نسخت فثبت أن اباحة الشرب صارت منسوخة بقوله استنزهوا البول لانها شطر حديث العرنيين فكذلك ههنا قد قام الدليل على تقدم الحديث على قوله تعالى الزانية والزاني الآية وذلك أن حكم الزنا كان في ابتداء الاسلام الحبس في البيوت والايذاء باللسان بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت وقوله تعالى فآذوهما ثم نسخ ذلك بالحديث وهو ما روي عن النبي عليه السلام أنه خرج يوما فقال قد جعل الله تعالى لهن سبيلا خذوا عني الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة والبكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام فلو كان قوله الزانية والزاني قد نزل قبل هذا الحديث لقال عليه السلام خذوا عن الله فلما قال خذوا عني علم أن قوله الزانية والزاني لم يكن نزل ثم نسخ بقوله الزانية والزاني الآية فاذا ثبت نسخ شطر الحديث وهو قوله عليه السلام الثيب بالثيب بقوله الزانية والزاني فكذلك الشطر الثاني (قوله فيغرب به على قدر ما يرى) وذلك تعزير وسياسة لاحد

(قوله قيل يعني في طريقة الخلاف) أقول صاحب القيل هو الاتقاني وقال الاتقاني في شرح قوله اذا زنى الصبي أو المجنون أو غيره (وأما طريقة الخلاف اسم كتاب للامام علاء الدين العالم (قوله وحاصل ذلك أن حكم الزنا الخ) أقول قال الامام فخر الدين الزيلعي حكم الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فامسكوهن في البيوت الآية اه ففيه نوع مخالفة لما في النهاية والعناية فليتامل (قوله فانتسخ ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول مخالف لما سلف من أن الحديث بيان لقوله تعالى أو يجعل الله لهن سبيلا ولا يخفى جوابه (قوله وهو جواز المثلة فكذلك ههنا الخ) أقول ههنا خفاء لا يخفى نعم نسخه في حق جواز المثلة لما روي من النهي عنها بعده لا كلام فيه وانما النزاع في نسخه في حق حل الانتفاع بابوال الابل ولا يظهر دال يدل عليه فليتامل

(واذا زنى المريض وحده الرجم رجم) لان الاتلاف مستحق فلا يمتنع بسبب المرض (وان كان حده الجلد لم يجلد حتى يبرأ) كيلا يفضي الى الهلاك ولهذا لا يقام القطع عند شدة الحر والبرد (وان زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) كيلا يؤدي الى هلاك الولد وهو نفس محترمة

عبيدالله عن نافع عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم ضرب وغرب وأن عمر ضرب وغرب الا أنه قال حديث غريب وكذا رواه غير واحد عن عبيدالله بن ادريس عن عبيدالله فرفعوه ورواه بعضهم عن ابن ادريس عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث وهكذا روى من غير رواية ابن ادريس عن عبيدالله بن عمر ومن رواية محمد بن اسحق عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر لم يقولوا فيه عن النبي صلى الله عليه وسلم اه وقال الدارقطني بعد أن ذكر رواية ابن نمير وأبي سعيد الاشج عن ابن ادريس عن عبيدالله عن نافع عن ابن عمر أن أبا بكر ضرب وغرب الحديث لم يقل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم هي الصواب لكن روى النسائي حدثنا محمد بن العلاء حدثنا عبدالله بن ادريس به مرفوعا ورواه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه وذكره ابن القطان من جهة النسائي وقال رجاله ليس فيهم من يسئل عنه لثقته وشهرته وقال أيضا عندي أن الحديث صحيح ولا يمتنع أن يكون عند ابن ادريس فيه عن عبيدالله جميع ماذكر والحاصل أن في ثبوته عنه صلى الله عليه وسلم اختلافا عن الحفاظ وأما عن أبي بكر وعمر فلا اختلاف فيه وقد أخرج ذلك عنهما أيضا في الموطا وأما روايته عن عثمان ففي مصنف ابن أبي شيبة حدثنا جرير عن مغيرة عن ابن يسار مولى لعثمان قال جلد عثمان امرأة في زنا ثم أرسل بها مولى له يقال له المهري الى خيبر نفاها اليه فهذا التغريب المروي عن ذكرنا كتغريب عمر رضي الله عنه نصر بن حجاج وغيره بسبب أنه لجمله افتتن به بعض النساء حتى سمع قول قائلة

هل من سبيل الى خمر فاشربها * أو من سبيل الى نصر بن حجاج
الى فتى ماجد الاعراق مقتبل * سهل المحيا كريم غير ملجاج

وذلك لا يوجب بغيا وعلى هذا كثير من مشايخ السلوك المحققين رضي الله عنهم ورضي عنا بهم وحشرنا معهم كانوا يغربون المريد اذا بدا منه قوة نفس ولجاج لتنكسر نفسه وتلين ومثل هذا المريد أو من هو قريب منه هو الذي ينبغي أن يقع عليه رأي القاضي في التغريب لان مثله في ندم وشدة وانما زل زلة لغلبة النفس أما من لم يستحي وله حال يشهد عليه بغلبة النفس فنفيه لا شك أنه يوسع طرق الفساد ويسهلها عليه (قوله واذا زنى المريض وحده الرجم) بان كان محصنا حد لان المستحق قتله ورجمه في هذه الحالة أقرب اليه (وان كان حده الجلد لا يجلد حتى يبرأ) لان جلده في هذه الحالة قد يؤدي الى هلاكه وهو غير المستحق عليه ولو كان المرض لا يرجى زواله كالسل أو كان خد لجا ضعيف الخلقة فعندنا وعند الشافعي يضرب بعثكال فيه مائة شمراخ فيضرب به دفعة وقد سمعت في كتاب الايمان أنه لا بد من وصول كل شمراخ الى بدنه وكذا قيل لا بد أن تكون حينئذ مبسوطة وخوف التلف لا يقام الحد في البرد الشديد والحر الشديد بل يؤخر الى اعتدال الزمان وهذا في البرد عند من يرى تجريد المحدود ظاهر لانه قد يمرض أما الحر فلا نعم لو كان ضرب الحد مبرحا صح ذلك لكنه شديد غير مبرح ولا جارح فلا يقتضي الحال تاخير حده للبرد والحر بخلاف القطع على ما ذكره المصنف فانه جرح عظيم يخاف منه السراية بسبب شدة الفصلين (قوله واذا زنت الحامل لم تحد حتى تضع حملها) ولو جلدا (كيلا يؤدي الى هلاك الولد لانه نفس محترمة) لانه مسلم لاجرية منه فلو ولدت أو كانت نفساء فحتى

فلا يختص بالزنا بل يجوز في كل جناية والرأي فيه الى الامام ألا ترى أن النبي عليه السلام نفى هيت المخنث ونفى عمر رضي الله تعالى عنه نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك للمصلحة فانه قال ماذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب على حيث لا أطهر دار الهجرة عنك وتغريب النبي عليه السلام والصحابة ما كان بطريق الحد بل بطريق السياسة ألا ترى أن عمر رضي

الى فتى ماجد الاعراق مقتبل سهل المحيا كريم غير ملجاج فطالب نصر اونفاه وذلك لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة ظهرت له فقال ماذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك وعثمان رضي الله عنه جلد زانيا ونفاه الى مصر وعلي رضي الله عنه جلد ونفى ثم قال كفى بالنفي فتنة كل ذلك محمول على السياسة والتعزير وقوله (واذا زنى والمريض الخ) ظاهر

وقوله (قال للغامدية) روى أن الغامدية لما أقرت بالزنا بين يدي رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت حاملا قال لها عليه السلام ارجعي حتى تضعي ما في بطنك فلما وضعت جاءت ثانيا وأقرت فقال لها ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها يا رسول الله فارجمها (٣٠) الله عليه وسلم برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

لما فرغ من بيان اقامة الحد شرع في بيان ما يوجب الحد وما لا يوجبه وقد ذكرنا تعريف الزنا في أول كتاب الحدود وذكره المصنف ههنا واعترض بانه غير منعكس

(وان كان حدها الجلد لم تجلد حتى تتعالى من نفاسها) أي ترتفع يريد به تخرج منه لان النفاس نوع مرض فيؤخر الى زمان البرء بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يؤخر الى أن يستغني ولدها عنها اذا لم يكن أحد يقوم بتربيته لان في التأخير صيانة الولد عن الضياع وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية بعدما وضعت ارجعي حتى يستغني ولدك ثم الحبلى تحبس الى أن تلد ان كان الحد ثابتا بالبينة كيلا تهرب بخلاف الاقرار لان الرجوع عنه عامل فلا يفيد الحبس

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

قال (الوطء الموجب للحد هو الزنا) وانه في عرف الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك لانه فعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعري عن الملك وشبهته يؤيد ذلك

تتعالى من نفاسها في الجلد ولو أطالت في التأخير وتقول لم أضع بعد وشهد على امرأة بالزنا فقالت أنا حبلى ترى للنساء ولا يقبل قولها فان قالن هي حامل أجلها حولين فان لم تلد رجمها (ثم الحبلى تحبس ان ثبت زناها بالبينة الى أن تلد) وان ثبت بالاقرار لا تحبس لعدم الفائدة لان لها الرجوع متى شاءت وعن أبي حنيفة اذا ولدت لا تحد حتى تفطم الولد اذا لم يكن له من يربيه وتقدم في حديث الغامدية أنه ردها حتى يستغني فرجعت ثم جاءت به وفي يده كسرة وقالت ها قد فطمته وفي حديث آخر قال اذهبي حتى تضعي ما في بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال قد وضعت الغامدية فقال اذا لا نرجمها ونذع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الي رضاعه قال فرجمها وهذا يقتضي أنه رجمها حين وضعت بخلاف الاول والطريقان في مسلم وهذا أصح طريقا لان في الاول بشير بن المهاجر وفيه مقال وقيل يحتمل أن تكون امرأتين ووقع في الحديث الاول نسبتها الى الازد وفي حديث عمران بن حصين جاءت امرأة من جهينة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه ورجمها بعد أن وضعت

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

لما كان الكتاب انما هو معقود لبيان الحدود كان الحد هو المقصود الاصلي فلزم الابتداء بتعريفه لغة وشرعا ففعل المصنف ذلك ثم أراد تقديم حد الزنا فقدمه وأعطى أحكامه لانها هي المقصودة وذلك بثبوت سببه وحاصل أحكامه كيفية ثبوته وشروطها وكيفية اقامته وشروطها فكان تصور حقيقة السبب الذي هو الزنا بالنسبة الى مقصود الكتاب ثانيا وان كان بالنسبة الى التحقق في الوجود أولا فاخر المصنف تعريفه الى أن فرغ من المقاصد الاصلية وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيدا وعرفه على هذا التقدير بانه (وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) وهذا لان في اللغة معنى الملك أصرنا ثابت

الله تعالى عنه ترك ذلك فانه نفى زانيا فارتد فلحق بالروم فحلف أن لا ينفي أحدا بعد ذلك فلو كان مشروعا لما حلف أن لا يقيمه (قوله وقد روي أنه عليه السلام قال للغامدية ارجعي حتى يستغني ولدك فقالت اني أخاف أن أموت قبل أن أحد فقال رجل أنا أقوم بتربية ولدها فامر رسول الله عليه السلام برجمها فدل أن الحكم هو التأخير عن هذا الزمان اذا لم يكن لولدها مرب كذا في مبسوط خواهر الاسلام رحمه الله والله أعلم بالصواب

(باب الوطء الذي يوجب الحد)

(قوله وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك) فان قبل المرأة تحد حد الزنا ولا يصدق الحد على

(باب الوطء الذي يوجب الحد والذي لا يوجبه)

(قال المصنف وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك الخ) أقول قوله في غير الملك لعله حال من المرأة أو القبل ثم أقول الاولى أن يقول المشتهاة احترازا عن وطء صبية لا يجامع مثلها فان وطأها لا يوجب الحد كما سيجيء الاشارة اليه ثم الاولى أن يقول عن طوع احترازا عن وطء المكره حيث لا يوجب وسيجيء وقد سبق من الشارح ما يتوهم كونه جوابا عن هذا في باب اليمين في الدخول والسكنى الا أن فيه أيضا كلاما مع أن المصنف أسند الى المكره الزنا فيما سيجيء قال في البدائع الزنا في عرف الشرع اسم للوطء الحرام في قبل المرأة الحية في حالة الاختيار في دار العدل ممن التزم أحكام الاسلام العاري عن حقيقة الملك وعن شبهته وعن حق الملك وعن حقيقة النكاح وشبهته وعن شبهة الاشتباه في موضع الاشتباه في الملك والنكاح

قبل

جميعا اه وفيه أيضا قوله وعن حق الملك احترازا عن وطء رجل من الغانمين جارية من المغنم قبل القسمة بعد الاحراز بدار الاسلام أو قبله فانه لا حد عليه وان علم أن وطأها عليه حرام لثبوت الحق له بالاستيلاء لانعقاد سبب الثبوت فان لم يثبت فلا أقل من ثبوت الحق فيورث شبهة ولو جاءت هذه الجارية بولد فادعاه لا يثبت نسبه منه لان ثبوت النسب يعتمد الملك في المحل اما من كل وجه أو من وجه ولم يوجد قبل القسمة بل الموجود

لان الزنا يصدق فى فعل المرأة هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا حد القذف وهذا التعريف وهو قوله وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهة الملك ليس بصادق عليه وأجيب بان هذا التعريف انما هو بالنسبة للاصل والمرأة تدخل فيه تبعا لما سيجىء بعد هذا أن كل موضع يجب

حق عام وانه يكفى لسقوط الحد ولا يكفى لثبوت النسب اه وقوله من التزم وقوله وشبهته فى قوله وعن حقيقة النكاح وشبهته احترازعن أمثال وطء المحارم بنكاح وسيجىء وقوله وعن شبهة الاشتباه فى موضع الاشتباه فى الملك والنكاح جميعا احتراز عن وطء المرقوقة الى غير زوجها ووطء الاعمى من اجانبه يظن أنها امرأته وسيجىء (قوله لان الزنا يصدق فى فعل المرأة) أقول أى يتحقق فان الصدق المعدى بفى يكون بمعنى التحقق كما تبين فى كتب الميزان (قوله هذا الفعل ولهذا لا يحد قاذفها بالزنا الخ) أقول لعل المشار اليه بقوله هذا فى قوله هذا الفعل هو الوطاة للرجل المفهوم من التعريف المذكور قال فى النهاية ألا ترى أنه يجب عليها حد الزنا ولو قذفها قاذف بالزنا يجب عليه حد القذف اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا اه وغير الشارح الى قوله ولهذا لا يحد الخ اذ المطلوب هو صدق الزنا على فعله وحده قاذفها بالزنا لا يدل عليه صريحا لاحتمال أن يقال الحد لقذفها بما لا يصدر منها ولا يتصور صدورها بخلاف ما ذكره الشارح فليتامل

قبل مجىء هذا الشرع وان كان هو فى نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى فى وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم عليه السلام أو من قبل بعثه بوحى يخصه أى يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا فى الوجود الدنيوى سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى فى الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك فى أنه تعريف للزنا فى اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد منه بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولذا قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد به فلولا قول المصنف الموجب للحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ لصح تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا فى قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التى لا تشتهى ووطء المجنون والمكره بخلاف الصبى فان الجنس وطء الرجل فالاولى فى تعريفه أنه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا فى القبل بلا شبهة ملك فى دار الاسلام فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره وبالصبية التى لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز ولكن يرد على عكسه زنا المرأة فانه زنا ولا يصدق عليه جنس التعريف وما أجيب به من أن زناها يدخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا ان كان معناه أن لها زنا حقيقة وأن ذلك التمكين هو مسمى زنا لغة وتسمى هى زانية حقيقة لغوية بالتمكين فلا شك فى أنه لا يشمله الجنس الذى هو وطء المكلف لانه ليس هو عين تمكين المرأة فساد الحد بحاله وكون فعلها تبعا لفعله انما هو فى الوجود الخارجى والكلام فى تناول اللفظ وان أريد أنها لا تسمى زانية حقيقة أصلا وأن تسميتها فى قوله تعالى الزانية والزانى بطريق المجاز فلا حاجة الى أنه تبع بل لا يجوز ادخاله فى التعريف وعلى هذا كلام السرخسى والمصنف وغيرهما فى مسئلة ما اذا مكنت البالغة العاقلة المسلمة مجنونا أو صبيا على قول أبى حنيفة لا يحد واحد منهما على ما سياتى وبما ذكرنا يظهر فساد ما أجاب به بعضهم بان فعل الوطء أمر مشترك بينهما فاذا وجد فعل الوطء بينهما يتصف كل منهما به وتسمى هى واطئة ولذا سماها سبحانه زانية وأعجب من هذا الجواب أنه قال فى الايراد المذكور على التعريف مغالطة والقطع بان وطأه ليس يصدق على تمكينها به وهو فاذا جعل الجنس وطء الرجل فكيف ينتظم اللفظ تمكين المرأة وكون الفعل الجزئى الخارجى اذا وجد من الرجل فى الخارج يستدعى فعلا آخر منها اذا كانت طائعة لا يقتضى أن اللفظ الخاص بفعله يشمله والله الموفق فالحق أنها ان كانت زانية حقيقة وأريد شمول التعريف لزناها فلا بد من زيادة قوله أو تمكينها لما يجب أن يقال ذلك بالنسبة الى كل منهما فيقال ادخال المكلف الطائع قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة أو تمكينه من ذلك أو تمكينها ليصدق على ما لو كان مستلقيا فقعدت على ذكره فتركها حتى أدخلته فانهما يحدان فى هذه الصورة وليس الموجود منه سوى التمكين وقوله لانه فعل الخ تعليل لاخذ عدم الملك وشبهته فى الزنا أى انما شرط ذلك لان الزنا محظور فلا بد فى تحققه من ذلك وقوله يؤيده الحديث أى يؤيد الامرين معا وذلك أنه لما أفاد عدم الحرمة المطلقة بسبب درء الحد بالشبهة أفاد عدمها ودرء الحد عند حقيقة الملك كما فى الجارية المشتركة بطريق أولى فهو بدلالته ثم الحديث المذكور قيل لم يحفظ مرفوعا وذكر أنه فى الخلافيات للبيهقى عن على رضى الله عنه وهو فى مسند أبى حنيفة عن مقسم عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات وأسند ابن أبى شيبة عن

فلها وأنه زنى بدليل اقامة الحد عليها وكذا يحد قاذفها قلنا ذلك داخل بطريق التبعية بسبب التمكين طوعا

ثم لا وجه لترك التعليل بوجوب حد الزنا عليها بل هو النافع فى هذا المقام فانا بصدد بيان ما يوجب الحد وزناها منه فلا بد من بيان ماهيته (قوله والمرأة تدخل فيه تبعا) أقول قوله والمرأة أى وزنا المرأة وقوله تدخل فيه تبعا أى بنفهم تعريفه التزاما (قوله لما سيجىء بعد هذا الخ) أقول لعله تعليل لاصالة الرجل المنفهم من التقرير

الحد فيه على الرجل يجب على المرأة وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة فان قلت قوله لانه فعل محظور تعليل واقع فى غير محله لانه فى التصورات قلت التعليل ليس لاثبات التعريف وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا وتقرير كلامه أن ما اعتبروا أن يكون فى غير شبهة الملك لانه فعل محظور (٣٢) يوجب الحد فيعتبر فيه الكمال لان الناقص ثابت من وجه دون وجه فلا يوجب عقوبة كاملة والكمال فى الحظر عند التعرى عن الملك وشبهته (ويؤيد ذلك قوله صلى الله عليه وسلم ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة) وهى ما يشبه الثابت وليس بثابت على ما قالوا (نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه) أى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت أنها تحرم على حد (وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية) وتسمى شبهة ملك أيضا فانها لا توجب الحد وان قال علمت أنها حرام

قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات ثم الشبهة نوعان شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية

ابراهيم هو النخعى قال قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لان أعطل الحدود بالشبهات أحب الى من أن أقيمها بالشبهات وأخرج عن معاذ وعبد الله بن مسعود وعقبة بن عامر رضى الله عنهم قالوا اذا اشتبه عليك الحد فادرأه ونقل ابن حزم عن أصحابهم الظاهرية أن الحد بعد ثبوته لا يحل أن يدرأ بشبهة وشنع بان الآثار المذكورة لاثبات الدرء بالشبهات ليس فيها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ بل عن بعض الصحابة من طرق لا خير فيها وأعل ما عن ابن مسعود مما رواه عبد الرزاق عنه بالارسال وهو غير رواية ابن أبى شيبة فانها معلولة باسحق بن أبى فروة وأما التمسك بما فى البخارى من قوله عليه الصلاة والسلام ومن اجترأ على ما يشك فيه من الاثم أو شك أن يواقع ما استبان والمعاصى حمى الله تعالى من يرتع حول الحمى يوشك أن يقع فيه فان معناه أن من جهل حرمة شئ وحله فالورع أن يمسك عنه ومن جهل وجوب أمر وعدمه فلا يوجبه ومن جهل أوجب الحد أم لا وجب أن يقيمه ونحن نقول ان الارسال لا يقدح وان الموقوف فى هذا له حكم المرفوع لان اسقاط الواجب بعد ثبوته بشبهة خلاف مقتضى العقل بل مقتضاه أن بعد تحقق الثبوت لا يرتفع بشبهة فحيث ذكره صحابى حمل على الرفع وأيضا فى اجماع فقهاء الامصار على أن الحدود تدرأ بالشبهات كفاية ولذا قال بعض الفقهاء هذا الحديث متفق عليه وأيضا تلقته الامة بالقبول وفى تتبع المروى عن النبى صلى الله عليه وسلم والصحابة ما يقطع فى المسئلة فقد علمنا أنه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت لعلك لمست لعلك غمزت كل ذلك يلقنه أن يقول نعم بعد اقراره بالزنا وليس لذلك فائدة الا كونه اذا قالها ترك والا فلا فائدة ولم يقل لمن اعترف عنده بدين لعله كان وديعة عندك فضاعت ونحوه وكذا قال للسارق الذى جىء به اليه أسرقت ما لك سرق ولا لغامدية نحو ذلك وكذا قال على رضى الله عنه لشراحة على ما أسقلناه لعله وقع عليك وأنت نائمة لعله استكرهك لعل مولاك زوجك منه وأنت تكتمينه وتتبع مثله عن كل واحد يوجب طولا فالحاصل من هذ كله كون الحد يحتال فى درئه بلا شك ومعلوم أن هذه الاستفسارات المفيدة لقصد الاحتيال للدرء كلها كانت بعد الثبوت لانه كان بعد صريح الاقرار وبه الثبوت وهذا هو الحاصل من هذه الآثار ومن قوله ادرؤا الحدود بالشبهات فكان هذا المعنى مقطوعا بثبوته من جهة الشرع فكان الشك فيه شكا فى ضرورى فلا يلتفت الى قائله ولا يعول عليه وانما يقع الاختلاف أحيانا فى بعض أهى شبهة صالحة للدرء أو لا بين الفقهاء اذا عرف هذا فنقول الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت وللفقهاء فى تقسيمها وتسميتها اصطلاحات فالشافعية قالوا الشبهة ثلاثة أقسام فى المحل والفاعل والجهة أما الشبهة فى المحل فوطء زوجته الحائض والصائمة والمحرمة وأمته قبل الاستبراء وجارية ولده ولا حد فيه ولو وطئ أمته المحرمة عليه برضاع أو نسب أو

فلما تحقق المحدود بتمكينها ثابت فى حقها أيضا فلهذا أضيف اليها ووجب الحد عليها أيضا تبعا للرجل دل عليه أنه اذا امتنع فى حق الرجل بان مكنت البالغة العاقلة صبيا أو مجنونا لا يجب عليها الحد أيضا عند علمائنا الثلاثة رحمهم الله لعدم التمكين من فعل هو زنا لان فعل الصبى والمجنون لا يوصف بالزنا فلم يتحقق الزنا بتمكينها فلم يجب عليها والبالغ العاقل اذا زنى بصبية أو مجنونة حد دونها لتحقق الزنا من الرجل ولا حد عليها وان مكنت من الزنا لانها غير مخاطبة (قوله وتسمى شبهة اشتباه) أى هى شبهة فى حق من اشتبه عليه وليست بشبهة فى حق من لم يشتبه عليه حتى لو قال علمت أنها على حرام حد (قوله وتسمى شبهة حكمية) أى ناشئة عن دليل

(قوله وكل موضع لا يجب فيه على الرجل لا يجب على المرأة) أقول سيجىء عن المصنف أن الزنا فعل الرجل حقيقة وتسمية المرأة زانية مجاز ثم سيجىء أن الحربى اذا زنى بذمية والمكره بمطاوعة تحد الذمية والمطاوعة دون الحربى والمكره عند أبى حنيفة وهذا الذى ذكره الشارح مخالف لما سيجىء وجوابه أنه موجب فيهما أيضا وانما السقوط لمانع كسقوط القصاص من الاب فلا مخالفة (قوله وانما هو لبيان اعتبارهم انتفاء الشبهة فى تحقيق الزنا) أقول الاولى أن يقول لبيان اعتبارهم انتفاء الملك وشبهته حتى يطابق كلام المصنف الآتى يقال المقصود بالبيان انتفاء الشبهة فالاولى وانتفاء الملك أمر ظاهر لا يحتاج الى البيان وايراد المصنف فى التعريف ليكون كالتمهيد لذكر الشبهة فليتأمل (قوله وتقرير كلامه الخ) أقول فيكون تعليلا للحكم الضمنى الذى يفهم من التعريف (قوله لانه فعل محظور يوجب الحد فيعتبر فيه) أقول أى يعتبر فى الحظر

على (فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما اذا ظن أن جارية امرأته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام واستخدام (الجارية يحل فكذا الوطء فيكون تحققها بالنسبة الى الظان" (والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) لكن لا يكون عاملا لمانع اتصل بها (و) هذه (لا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين) جميعا (لاطلاق الحديث) لكن فى الاولى عند الظن وفى الثانية على كل تقدير (والنسب يثبت فى الثانى) أى فى الوطء الثانى وقيل أى فى المذكور الثانى والاولى ان يقال فى النوع الثانى (اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض) أى خالص (زنا فى) الشبهة (الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه) أى الى الواطئ وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت فيها النسب لان هذا

وطء فى شبهة العقد فيكفى لاثبات النسب

فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا ولا بد من الظن ليتحقق الاشتباه والثانية تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته ولا تتوقف على ظن الجانى واعتقاده والحد يسقط بالنوعين لاطلاق الحديث والنسب يثبت فى الثانية اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاولى وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا فى الاولى وان سقط الحد لامر راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه ولم يتمحض فى الثانية فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع جارية أبيه وأمه وزوجته والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة وبائنا بالطلاق على مال

أو صهرية كأخته أو بنته منهما أو أمه من الرضاع أو موطوءة أبيه أو ابنه يجب الحد على الاظهر وأما الشبهة فى الفاعل فمثل أن يجد امرأة على فراشه فيطأها ظانا أنها امرأته فلا حد واذا ادعى أنه ظن ذلك صدق بيمينه وأما الشبهة فى الجهة قال الاصحاب كل جهة صححها بعض العلماء وأباح الوطء بها الاحد فيها وان كان الواطئ يعتقد التحريم كالوطء فى النكاح بلا ولى وبلا شهود وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة فى حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة فى المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بمحل المحل (قوله فالاولى تتحقق فى حق من اشتبه عليه الخ) أى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل فى السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن أن جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة فى نفس الامر فلو لم يكن ظنه الحل ثابتا لم تكن شبهة أصلا (والثانية) وهى الشبهة الحكمية (تتحقق بقيام الدليل النافى للحرمة فى ذاته) كقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك سواء ظن الحل أو علم الحرمة لان الشبهة بثبوت الدليل قائمة فى نفس الامر علمها أحد أو لم يعلمها (قوله والحد يسقط بكل منهما لاطلاق الحديث) يعنى قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله والنسب يثبت فى الثانى) أى فى شبهة المحل (اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول وان ادعاه لان الفعل تمحض زنا)

الشرع (قوله لان معناه أن يظن غير الدليل دليلا) كما اذا ظن أن جارية زوجته تحل له بناء على أن الوطء نوع استخدام والاستخدام يحل فكذا الوطء (قوله والثانية تتحقق) أى تكون شبهة فى حق الكل (قوله لاطلاق الحديث) وهو قوله عليه السلام ادرؤا الحدود بالشبهات (قوله جارية أبيه) وكذا جارية جده وان علا (قوله والمطلقة ثلاثا وهى فى العدة) لان بعض أحكام النكاح قائم بعد الطلاق الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب لو جاءت بولد الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أم لا فينبغى أن يصير ذلك شبهة فى اسقاط الحد قلنا هذا خلاف غير معتد به حتى لا يسع القاضى أن يقضى به ولو قضى لا ينفذ أرأيت لو وطئها بعد العدة أكنا نسقط الحد عنه بقول من يقول لا يقع (قوله وبائنا بالطلاق على مال) وانما قيد البينونة بالمال لان البينونة اذا حصلت بدون المال فوطئها فى العدة فلا حد عليه

وفى الايضاح المختلعة والمطلقة بعوض ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا وعد شبهة الفعل وهى فى ثمانية مواضع كما ذكر فاذا قال ظننت أنها تحل لى فلا حد لان الانسان ينتفع بمال هؤلاء حسب انتفاعه بمال نفسه فكان هذا ظنا فى موضع الاشتباه فيمتنع الحد وان قال الرجل علمت أنها حرام على وقالت الجارية ظننت أنه يحل لى لا يحد واحد منهما أما المرأة فلدعوى الشبهة وأما الرجل فلان الزنا يقوم بهما فاذا سقط الحد عن المرأة سقط عن الرجل لامكان الشركة على ما سيجىء

(قال المصنف والنسب يثبت فى الثانى اذا ادعى الولد ولا يثبت فى الاول) أقول فى الكافى اذا وطئ الجد أمة ولد ولده لا يحد لشبهة الملك فان حبلت فولدت لا يثبت نسبه عند قيام الاب ونقل صاحب النهاية عن خزانة الفقيه أبى الليث اذا زنى بجارية نافلته والاب فى الاحياء وقال

(٥ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب اه وفى معراج الدراية ذكر البزدوى وطئ جارية حافده والاب فى الاحياء لا يجب الحد باعتبار الولاد والشبهة نشأت من الابوة وهى قائمة ولهذا يعتق عليه لكن ليس له ولاية التملك حال قيام الاب الاقرب فلا يمكن تحقيق الفراش مع مساس الحاجة فبقى وطؤها فى غير الملك لكن فيه شبهة الملك فتكفى لدرء الحد ولا تكفى لاثبات النسب اه قال الاتقانى الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب فى الاحياء كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اه (قوله وقيل هذا ليس بمجرى على عمومه) أقول وهذا القول غير مقبول عند الشارح كما سيجىء فى الورق الآتى (قوله لان هذا وطء فى شبهة العقد) أقول فيه بحث

فان قيل ماوجه الاشتباه فى المطلقة الثلاث حتى لايحد اذا قال ظننت أنها تحل لى أجيب بان وجهه بقاء بعض الاحكام بعد الطلقات الثلاث من النفقة والسكنى وحرمة نكاح الاخت وثبوت النسب حتى لو جاءت بالولد يثبت النسب الى سنتين فان قيل بين الناس اختلاف فى أن من طلق امرأته ثلاثا هل يقع أولا فينبغى أن يكون ذلك شبهة فى اسقاط الحد أجيب بانه خلاف غير معتد به حتى لو قضى به القاضى لم ينفذ قضاؤه وانما قيد الطلاق البائن بالمال لانه اذا لم يكن على مال فوطئها فى العدة فلا حد عليه وان قال علمت أنها على حرام على ما يجىء وشبهة أم ولد أعتقها مولاها هى ما قلنا فى المطلقة ثلاثا وهى فى العدة من قيام أثر الفراش فكان الظن فى موضع الاشتباه وشبهة العبد فى جارية المولى انبساط يد العبد فى مال مولاه والجارية من ماله فجاز أن يظن (٣٤) حل الانبساط فيها بالوطء (والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب

وهى فى العدة وأم ولد أعتقها مولاها وهى فى العدة وجارية المولى فى حق العبد والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود ففى هذه المواضع لاحد عليه اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها على حرام وجب الحد * والشبهة

لغرض أن لا شبهة ملك الا أن الحد سقط لظنه فضلا من الله وهو أمر راجع اليه أى الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء وكذا لا تثبت به عدة لانه لا عدة من الزانى قيل هذا غير مجرى على عمومه فان المطلقة الثلاث يثبت النسب منها لانه وطء فى شبهة العقد فيكفى ذلك لاثبات النسب وفى الايضاح المطلقة بعوض والمختلعة ينبغى أن تكون كالمطلقة ثلاثا قال شارح بل هو على ظاهره وثبوت نسب المبتوتة من ثلاث أو خلع ليس باعتبار وطء فى العدة بل باعتبار علوق سابق على الطلاق ولذا ذكروا أن نسب ولدها يثبت الى أقل من سنتين ولا يثبت لتمام سنتين يعنى لانه اذا كان لاقل من سنتين أمكن اعتبار العلوق قبل الطلاق بخلاف ما اذا كان لتمامهما وأنت علمت فى باب ثبوت النسب أنها اذا جاءت به لتمام سنتين انما لا يثبت نسبه اذا لم يدعه أما اذا ادعاه فانه قد نص على انه يثبت ويحمل على وطء فى العدة بشبهة والكلام ههنا مطلق فى عدم ثبوت النسب معللا بانه زنا محض فلا بد من الجمع بحمل أحد النصين على ما هو الاولى فى النظر وذلك بما ذكرنا من شبهة لعقد بخلاف باقى محال شبهة الاشتباه كجارية أبيه وأمه ونحوهما فانه لا شبهة عقد فيهما فلا يثبت النسب بالدعوة * فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع أن لا يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جده وجدته وان عليا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فهى من الحكمية أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة فى رواية كتاب الحدود وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن (ففى هذه المواضع لاحد اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها حرام على وجب الحد) ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لاحد عليهما حتى يقر اجميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة * والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشترى والمجعولة مهرا اذا وطئها الزوج قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيهما لم يستقر للزوجة والمشترى والمالك كان مسلطا على وطئها بملك اليد مع الملك وملك اليد نابت والملك الزائل مزلزل والمشتركة بين الواطئ وغيره والمرهون اذا وطئها المرتهن فى رواية

وان قال علمت أنها على حرام (قوله والجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود) لان الثابت له يد الاستيفاء والاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من مالیتها فلم يصادف الوطء محل الاستيفاء فلم تثبت شبهة المحل قياسا على الاجارة فان عقد الاجارة لما لم يفد ملك المتعة بحال لم يورث قيام الاجارة فى المحل شبهة

الحدود) يعنى اذا قال المرتهن ظننت انها تحل لى لا يحد وعلى رواية كتاب الرهن لا يجب الحد سواء ادعى الظن أو لم يدع كما فى الجارية المشتركة لانه وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه عليه أو لم يشتبه قياسا على مالو وطئ جارية اشتراها على أن البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له فيها سبب الملك فى الحال ويحصل حقيقة الملك عند الهلاك ووجه ماذكره فى كتاب الحدود هو أن عقد الرهن عقد لا يفيد ملك المتعة بحال فقيامه لا يورث شبهة حكمية قياسا على الاجارة فانها لا تفيد ملك المتعة بحال فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية وعلى هذا كان يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستاجرة للخدمة الا انه لا يجب اذا اشتبه عليه لانه موضع اشتباه لان ملك المال فى الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن سببا فى الرهن وقد انعقد له سبب فى ملك فى حق المال فيشتبه انه هل يثبت له بهذا القدر ملك المتعة أو لا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولا يتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه مالا يشتبه بخلاف البيع بشرط الخيار لانه انما يفيد الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما علك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لا يفيد ملك المتعة فى حال من

(قوله فما أورث قيامها فى المحل شبهة حكمية) أقول لفظة ما فى قوله فما أورث نافية (قوله وان لم يكن سببا فى الرهن) أقول لانه انما علك مالية المرهون بعد الهلاك وذا لا يقبل ملك المتعة كما سنذكره

الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة ثم عد الشبهة في المحل وهي في ستة مواضع على ماذكرها (جارية ابنه) لقيام المقتضي للملك وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لابيك (والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات) لاختلاف الصحابة في كونها (٣٥) رجعية أو بائنة (والجارية المبيعة في

في المحل في ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم والمهورة في حق الزوج قبل القبض والمشتركة بينه وبين غيره والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن ففي هذه المواضع لايجب الحدوان قال علمت أنها على حرام ثم الشبهة عند أبي حنيفة رحمه الله تثبت بالعقد وان كان متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لاتثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على مايأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفناهذا (ومن طلق امرأته ثلاثا ثم وطئها في العدة وقال علمت أنها على

كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة (ففي هذه المواضع لايجب الحدوان قال علمت أنها على حرام) لان المانع هو الشبهة وهي ههنا قائمة في نفس الحكم أي الحرمة القائمة فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ماتقدم من قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ونحوه ولا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها وفي الايضاح في المرهونة اذا قال ظننت أنها تحل لي ذكر في كتاب الرهن أنه لايحد وفي كتاب الحدود يحد فلا يعتبر ظنه لانه لا استيفاء من عينها بل من معناها فلم يكن الوطء حاصلا في محل الاستيفاء أصلا فلا شبهة فعل وصار كالغريم اذا وطئ جارية الميت ووجه عامة الروايات أنه انعقد فيها سبب الملك في الحال ويصير مستوفيا وما لكا بالهلاك من وقت الرهن فصار كجارية اشتراها واالخيار للبائع ووجه رواية كتاب الحدود أن عقد الرهن لايفيد ملك المتعة بحال فهي كالمستاجرة للخدمة ومقتضاه أن يجب الحدوان اشتبه الا أن ملك العين في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن في الرهن سببا بخلاف الاجارة فان الثابت بها ملك المنفعة ولايمكن كونه سببا لملك المتعة وبخلاف البيع بالخيار فانه يفيد الملك حال قيام الجارية بخلاف المرهونة لايفيد الملك الامع هلاكها فلا يتصور كون ملكها سببا للاستمتاع بها فكان كملك المنفعة هذا وقد دخل في سبب الملك صور ومثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض في البيع الفاسد والتي فيها الخيار للمشتري وينبغي أن يزاد جاريته التي هي أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيد لغير ذلك أيضا كالزوجة التي حرمت بردتها أو بمطاوعتها الابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لافائدة فيه (قوله ثم الشبهة عند أبي حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لاتثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم) فصارت الشبهة على قول أبي حنيفة ثلاثة شبهة الفعل وشبهة المحل وشبهة العقد وكذا قسمها في المحيط وذكر في شبهة العقد أن يطأ التي تزوجها بغير شهود أو بغير اذن مولاها وهي أمة أو وطئ العبد من تزوجها بغير اذن مولاه قال ولو تزوج أمة على حرة أو مجوسية أو خمسا في عقد أو جمع بين أختين بوطء وقال علمت أنها حرام لاحد عليه

حكمية فعلى هذا كان ينبغي أن يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه كما في الجارية المستاجرة الا أنه لايجب عليه الحد اذا اشتبه عليه لانه اشتبه عليه مايشتبه لان ملك المال في الجملة سبب لملك المتعة وان لم يكن سببا في الرهن وقد انعقد له سبب الملك في حق المال فيشتبه عليه أنه هل يثبت بهذا القدر ملك المتعة بخلاف الاجارة لان الثابت بالاجارة ملك المنفعة ولايتصور أن يكون ذلك سبب ملك المتعة بحال فقد اشتبه عليه مالا يشتبه ووجه رواية كتاب الرهن أنه اذا وطئ جارية انعقد له فيها سبب الملك فلا يجب عليه الحد اشتبه أو لم يشتبه قياسا على مالو وطئ أمة اشتراها على أن البائع بالخيار وانما قلنا انعقد له فيها سبب الملك لانه بالهلاك يصير مستوفيا حقه من وقت الرهن واذا كان كذلك فقد انعقد له سبب الملك في الحال وباخذ حقيقة الملك وقت الهلاك والجواب عن هذا أن البيع بخيار الشرط انما يفيد له الملك حال قيام الجارية وملك المال حال قيام الجارية سبب لملك المتعة فقد انعقد له سبب ملك المتعة وههنا انما يملك مالية المرهون عند الهلاك وملك المال بعد الهلاك لايفيد له سبب ملك

حق البائع قبل التسليم) لان اليد التي كان بها متسلطا على الوطء باقية بعد فصارت شبهة في المحل (والمهورة في حق الزوج قبل القبض) لقيام ملك اليد (والمشتركة) لقيام الملك في النصف (والمرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن) وقد ذكرنا وجهه (ففي هذه المواضع لايحد) بكل تقدير وهذان النوعان من الشبهة هو ما كان راجعا الى الفاعل والقابل وثم شبهة أخرى وهي التي تثبت بالعقد فانها عند أبي حنيفة تثبت به سواء كان العقد حلالا أو حراما متفقا عليه أو مختلفا فيه وسواء كان الواطئ عالما بالحرمة أو جاهلا بها (وعند) العلماء (الباقين لاتثبت اذا علم بتحريمه ويظهر ذلك في نكاح المحارم على مايأتيك ان شاء الله تعالى اذا عرفناهذا) أي هذا الذي ذكرنا من بيان نوعي الشبهة سهل تخريج الفروع على ذلك وهو واضح

(قوله والمهورة في حق الزوج) أقول أي التي جعلت مهرا (قوله قبل القبض) أقول أي قبل قبض الزوجة (قوله هو ما كان راجعا الى الفاعل الخ) أقول كأنه يشير الى دفع اختلال الحصر بتقييد المقسم بما يكون راجعا الى أحدهما (قال المصنف ثم الشبهة عند أبي حنيفة حينئذ تثبت بالعقد) أقول أي الشبهة في المحل وعندهما تلك شبهة اشتباه فلا خلل في الحصر في نوعين كما لايخفى ولو سلم أنها مغايرة لهما فالمقسم هو الشبهة التي لا اختلاف فيها

حرام حد) لزوال الملك المحلل من كل وجه فتكون الشبهة منتفية وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل وعلى ذلك الاجماع ولا يعتبر قول المخالف فيه لانه خلاف لا اختلاف ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم فى حق النسب والحبس والنفقة فاعتبر ظنه فى اسقاط الحد وأم الولد اذا أعتقها مولاها والمختلعة والمطلقة على مال بمنزلة المطلقة الثلاث لثبوت الحرمة بالاجماع وقيام بعض الآثار فى العدة (ولو قال لها أنت خلية أو برية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها ثم وطئها فى العدة وقال علمت أنها على حرام لم يحد) لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فيه فمن مذهب عمر أنها تطليقة رجعية وكذا الجواب فى سائر الكنايات

عما ذكرناه وقوله (وقد نطق الكتاب) يعنى قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد وقوله (ولا يعتبر قول المخالف فيه) يريد به قول الزيدية والامامية فان الزيدية تقول اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية تقول انه لا يقع شئ أصلا لكونه خلاف السنة ويزعمون أنه قول على رضى الله عنه (لانه خلاف لا اختلاف) والفرق بينهما أن الاختلاف أن يكون الطريق مختلفا والمقصد واحدا والخلاف أن يكون كلاهما مختلفا وقوله (ولو قال ظننت أنها تحل لى) ظاهر وقوله (فى حق النسب) يعنى النسب باعتبار العلوق السابق على الطلاق لا النسب بهذا الوطء فانه

عند أبى حنيفة وعندهما يجب الحد (قوله وقد نطق الكتاب بانتفاء الحل) اذ قال تعالى فان طلقها يعنى الثالثة فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره (وعلى ذلك الاجماع فلا يعتبر قول المخالف فيه) أى فى الحل وهم الامامية والزيدية القائلون بان الطلاق الثلاث بكلمة لا يقع به الا واحدة فتكون حلالا لزوجها (لانه خلاف) بعد تقرر الاجماع فلا يعتبر (لا اختلاف) كائن بين الامة حال تردد الواقعة بينهم قبل تقرر الاجماع ليعتبر وهذا لما قدمناه فى أول كتاب الطلاق من أن اجماع الصحابة تقرر فى زمن عمر على ذلك وأن الاحاديث الواردة فى أنها تكون واحدة يجب كونها كانت مقيدة الى آخر ما يعلم فيما أسلفناه وصح عن على رضى الله عنه وقوع الثلاث خلاف ما نقلوا عنه ثم لا يخفى أن ترتيب المصنف بالفاء قوله فلا يعتبر انما هو على الاجماع لا على المجموع منه ومن قوله نطق الكتاب بانتفاء الحل لان محل انتفاء الحل فى الكتاب ما اذا أوقع الثالثة بعد تقدم ثنتين ولا خلاف لاحد فيها انما خلافهم فى الثلاث بمرة واحدة وليس هو متناول النص (قوله ولو قال ظننت أنها تحل لى لا يحد لان الظن فى موضعه لان أثر الملك قائم) بقيام العدة حتى يثبت النسب اذا ولدت وله حبسها عن الخروج وعليه نفقتها ولذا يحرم عندنا نكاح أختها وأربع سواها وتمتنع شهادة كل منهما لصاحبه فامكن أن نقيس حل الوطء على بعض هذه الاحكام فيجعل الاشتباه عليه عذرا فى سقوط الحد عنه بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لى أو جارية أجنبية على ما يأتى لانه فى غير موضعه (قوله وأم الولد اذا أعتقها مولاها) وهى فى العدة (والمختلعة والمطلقة على مال كالمطلقة ثلاثا لثبوت الحرمة بالاجماع) يريد حرمة أن يطأها فى العدة بخلاف الرجعية فانه لا اجماع فى حرمته وبخلاف ما اذا طلقها بالكناية كان (قال أنت خلية أو أمرك بيدك فاختارت نفسها) ونحوه (ثم وطئها فى العدة وقال علمت انها على حرام لا يحد لاختلاف الصحابة) فى الكناية (فمن مذهب عمر أنها) أى الكنايات (رجعية) وكذا عن ابن مسعود ففى مصنف عبد الرزاق حدثنا الثورى عن منصور حدثنى ابراهيم عن علقمة والاسود أن ابن مسعود جاءه اليه رجل فقال كان بينى وبين امرأتى كلام فقالت لو كان الذى بيدك من أمرى بيدى لعلمت كيف أصنع قال فقلت لها قد جعلت أمرك بيدك فقالت أنا طالق ثلاثا قال ابن مسعود أراها واحدة وأنت أحق بالرجعة وسألنا أمير المؤمنين عمر رضى الله عنه فقال ماذا قلت قال قلت أراها واحدة وهو أحق بها قال وأنا أرى ذلك وزاد من طريق آخر ولو رأيت غير ذلك لم تصب وأخرج ابن أبى شيبة عنهما فى مصنفه أنهما قالا فى البرية والخلية هى تطليقة واحدة وهو أملك برجعتها وأخرج محمد بن الحسن فى الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن أبى سليمان عن ابراهيم النخعى أن عمر بن الخطاب وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما كانا يقولان فى المرأة اذا خيرها زوجها فاختارته فهى امرأته وان اختارت نفسها فهى تطليقة وزوجها أملك بها ومن مذهب على فى خلية وبرية أنها ثلاث على ما أخرجه عنه ابن أبى شيبة الى غير ذلك مما عن غيرهم فيها أنها واحدة أو ثلاث

المتعة بحال من الاحوال فكان بمنزلة ملك المنفعة كذا فى الذخيرة وذكر فى الايضاح وأما المرهونة اذا وطئها المرتهن وقال ظننت أنها تحل لى فقد ذكر فى كتاب الرهن أنه لا يجب عليه الحد وذكر فى كتاب الحدود أنه يحد ولا يعتبر ظنه لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء فلم تثبت الشبهة للفعل وصار كالغريم اذا وطء جارية الميت (قوله ولا يعتبر قول المخالف فيه) وهو قول الروافض

وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده وان قال علمت أنها على حرام) لان الشبهة حكمية لانها نشأت عن دليل وهو قوله عليه السلام أنت ومالك لأبيك

وبهذا يعرف خطأ من بحث في المختلعة وقال ينبغي كونها من ذوات الشبهة الحكمية لاختلاف الصحابة في الخلع وهذا غلط لان اختلافهم فيه انما هو في كونه فسخا أو طلاقا وعلى كل حال الحرمة ثابتة فانه لم يقل أحد ان المختلعة على مال تقع فرقتها طلاقا رجعيا وكذا لو نوى ثلاثا بالكناية فوقعن فوطئها في العدة عن الطلاق الثلاث وقال علمت انها حرام لا يحد لتحقق الاختلاف واذا كان كذلك كان هذا من قبيل الشبهة الحكمية وعرف أن تحققها بقيام الدليل والثابت هنا قيام الخلاف ولم يعتبره أبو حنيفة حتى لم يخفف النجاسة به فوجهه أن قول المخالف عن دليل قائم البتة وان كان غير معمول به كما أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك غير معمول به في اثبات حقيقة تملك الاب لمال ابنه نفسه وهذه المسئلة يلغز بها فيقال مطلقة ثلاثا وطئت في العدة وقال علمت حرمتها لا يحد وهي ما وقوع الثلاث عليها بالكناية (قوله ولا حد على من وطئ جارية ولده أو ولد ولده) وان كان ولده حيا وان لم تكن له ولاية تملك مال ابن ابنه حال قيام ابنه وتقدمت هذه المسئلة في باب نكاح الرقيق ثم في الاستيلاد وهذا لان الشبهة حكمية لانها عن دليل هو ما رواه ابن ماجه عن جابر بسند صحيح نص عليه ابن القطان والمنذري عن جابر أن رجلا قال يا رسول الله ان لي مالا وولدا وأبي يريد أن يجتاح مالي فقال أنت ومالك لابيك وأخرج الطبراني في الاصغر والبيهقي في دلائل النبوة عن جابر جاء رجل اليه عليه الصلاة والسلام فقال يا رسول الله ان أبيه يريد أن يأخذ ماله فقال عليه الصلاة والسلام ادعه ليه فلما جاء قال له عليه الصلاة والسلام ان ابنك يزعم أنك تريد أن تأخذ ماله فقال سله هل هو الا عماته أو قراباته أو ما أنفقه على نفسي وعيالي قال فهبط جبريل عليه السلام فقال يا رسول الله ان الشيخ قال في نفسه شعرا لم تسمعه أذناه فقال له عليه الصلاة والسلام قلت في نفسك شعرا لم تسمعه أذناك فهاته فقال لا تزال يزيدنا انه بك بصيرة ويقينا ثم أنشا يقول

غذوتك مولودا ومنتك يافعا * تعل بما أجني عليك وتنهل
اذا ليلة ضافتك بالسقم لم أبت * لسقمك الا ساهر أتململ
تخاف الردى نفسي عليك وانها * لتعلم أن الموت حتم موكل
كأني أنا المطروق دونك بالذي * طرقت به دوني فعيني تهمل
فلما بلغت السن والغاية التي * اليك مرامافيك كنت أؤمل
جعلت جزائي غلظة وفظاظة * كأنك أنت المنعم المتفضل
فليتك اذ لم ترع حق أبوتي * فعلت كما الجار المجاور يفعل
فاوليتني حق الجوار ولم تكن * على بما لك دون مالك تبخل

قال فبكى صلى الله عليه وسلم ثم أخذ بتلبيب ابنه وقال اذهب أنت ومالك لابيك وروى حديث جابر الاول من طرق كثيرة وقول المصنف بعد هذا (ويثبت النسب) يقتضي باطلاقه أن يثبت نسب ولد الجارية من وطء والسيد هو جده وان كان ولده الذي هو سيد الامة حيا فانه قال في وضع المسئلة لا حد على من وطئ جارية

وعند الزيدية بايقاع الثلاث جملة تقع واحدة رجعية وعند الامامية لا يقع شئ ويزعمون أنه قول علي رضي الله عنه فينبغي أن يصير ذلك شبهة في المحل كقول عمر رضي الله عنه في الكنايات الا أنه قول مهجور ومخالف فقول الجمهور فلا يؤثر في ايراث الشبهة في المحل فقد صح عن علي رضي الله عنه أنه يقع الثلاث جملة فيكون ذلك خلافا لا اختلافا أي قولا بلا دليل لا اختلافا ناشئا عن دليل فلا يعتبر (قوله وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) فان مذهب عمر رضي الله عنه في ذلك أنه تقع واحدة رجعية أيضا وابن مسعود رضي الله عنه معه في قوله أمرك بيدك في أنه تقع واحدة رجعية اذا نوى ثلاثا (قوله وولد ولده) أي وان كان ولده حيا وفي خزانة الفقيه أبي الليث رحمه الله اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال علمت أنها على حرام لا

لا يثبت وقوله (وكذا اذا نوى ثلاثا لقيام الاختلاف مع ذلك) أي كذلك الحكم اذا نوى من ألفاظ الكناية ثلاثا ثم وطئها في العدة لا يحد وان قال علمت انها على حرام لان اختلاف الصحابة لا يرتفع بنية الثلاث فكانت الشبهة قائمة فلا يجب الحد وقوله (ولا حد على من وطئ جارية ولده وولد ولده) يعني وان كان ولده حيا وقد يشير الى ذلك تعليل الكتاب وهو قوله والابوة قائمة في حق الجد

والابوة قائمة فى حق الجد قال (ويثبت النسب منه وعليه قيمة الجارية) وقد ذكرناه (واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أوزوجته وقال ظننت أنها تحل لى فلا حد عليه ولا على قاذفه وان قال علمت أنها على حرام حد وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) لان بين هؤلاء انبساطا فى الانتفاع فظنه فى الاستمتاع فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه وكذا اذا قالت الجارية ظننت أنه يحل لى والفعل لم يدع فى الظاهر لان الفعل واحد

ولده وولد ولده ثم قال ويثبت النسب أى من واطئ جارية ولده وولد ولده لكنه انما أراد من واطئ جارية ولده فقط بدليل قوله وعليه قيمة الجارية وهو فرع تملكها والجد لا يتملكها حال حياة الاب وما وقع فى نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابى الليث اذا زنى بجارية ناقلته والاب فى الاحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبى الليث صرح فى شرح الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به فى الكافى وفى المبسوط ان من وطئ جارية ولده ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذا الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية الى نفسه وليس للجد ولاية ذلك فى حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وانه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ على الجد من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان فى حياة الاب وانه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق فى الدعوة صدقه ابن الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب فى الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد (قوله واذا وطئ جارية أبيه أو أمه أو زوجته وقال ظننت حلها لى فلا حد عليه ولا على قاذفه) وزفر يحده لقيام الوطء الخالى عن الملك وشبهته ولا عبرة بتاويله الفاسد كما لو وطئ جارية أخيه أو عمه على ظن الحل (وكذا العبد اذا وطئ جارية مولاه) فقال ظننت حلها لى لا يحد وان قال علمت حرمتها حد (لان بين هؤلاء) أى بين الانسان وبين أبيه وأمه وزوجته والعبد وأمة سيده (انبساطا فى الانتفاع فظن أن منه الاستمتاع) بخلاف ما بين الانسان وأخيه وعمه على ما يأتى (فكان شبهة اشتباه الا أنه زنا حقيقة فلا يحد قاذفه) وقوله (وكذا الجارية) أى اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو ابن مولاى أو مولاتى يحل لى أو زوج سيدتى وكذا فى الاخيرين (والفعل لم يدع) ذلك لا يحد (فى ظاهر الرواية لان الفعل واحد) وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يحد الفعل لان الشبهة انما تمكنت فى التبع وهى المرأة لانها تابعة فى الزنا فلا تكون متمكنة فى الاصل بخلاف ثبوتها فى جانب العبد اذا قال ظننت حلها لان الثبوت فى الاصل يستتبع التبع وأجيب بان الفعل لما كان واحدا له نسبة اليهما كان ما يثبت فيه ما يتعلق بكل من طرفيه وأورد عليه ما لو زنى البالغ بصبية يحد هو دونها أجيب بان سقوط الحد عن الصبية لا للشبهة فى الفعل فانه لم يثبت شبهة فوجب الحكم عليه وانما تعذر ايجابه عليها لانها ليست أهلا للعقوبة بخلاف ما نحن فيه فان الشبهة لما تحققت فى الفعل نفت الحد عن طرفيه واذا سقط الحد كان عليه العقر

وقوله (وقد ذكرناه) أى فى باب نكاح الرقيق قوله (وكذا اذا قالت الجارية) معطوف على قوله وقال ظننت انها تحل لى وقد قدمناه وقوله (فى الظاهر) يتعلق بقوله وكذا أى لا حد على العبد فى ظاهر الرواية (لان الفعل واحد) فورود الشبهة فى أحد الجانبين يكفى لاسقاط الحد عن الآخر فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع ان الفعل هناك أيضا واحد أجيب بان سقوط الحد فى جانب الصبية لم يكن باعتبار الشبهة بل باعتبار عدم الاهلية للعقوبات وكلامنا فيما اذا تمكنت فى فعل واحد من أحد الجانبين شبهة فان ذلك يؤثر فى الجانب الآخر

يحد ويثبت النسب (قوله والابوة قائمة فى حق الجد) فى الكافى والجد كالاب لان الشبهة تنشأ من جهة الابوة وهى قائمة لكن لا يثبت نسبه عند قيام الاب هذا يخالف ما ذكر فى الخزانة (قوله والفعل لم يدع فى الظاهر) أى فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أن الجارية ان ادعت الحل ولم يدع الفعل حد لان المرأة تابعة فى فعل الزنا فالشبهة المتمكنة فى جانب التبع لا تعتبر فى جانب الاصل بخلاف ما اذا ادعى الرجل الظن لانه أصل فى الفعل فان قيل يشكل هذا بما اذا زنى البالغ بصبية حيث يجب الحد على البالغ دون الصبية مع أن الفعل هناك أيضا واحد قلنا نعم كذلك الا أن سقوط الحد عن الصبية باعتبار عدم الاهلية للعقوبات لا باعتبار الشبهة فلذلك اختص عدم الوجوب هناك بالصبية وأما هنا عدم الوجوب على الجارية

(وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت انها تحل لي حد لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) يعني قوله لانبساط في المال فيما بينهما فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق مال أخيه أو أخته لا يقطع أجيب بان بعضهم

(وان وطئ جارية أخيه أو عمه وقال ظننت أنها تحل لي حد) لانه لا انبساط في المال فيما بينهما وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا (ومن زفت اليه غير امرأته وقالت النساء انها زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) قضى بذلك علي رضي الله عنه وبالعدة ولانه اعتمد دليلا وهو الاخبار في موضع الاشتباه اذ الانسان لا يميز بين امرأته وبين غيرها في أول الوهلة فصار كالمغرور ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لان

لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة انه ولده (قوله وان وطئ جارية أخيه أو عمه) ونحوهما من كل قرابة غير الولاد كالخال والخالة (وقال ظننت انها تحل لي حد) لانه لا شبهة في الملك ولا في الفعل لعدم انبساط كل في مال الآخر فدعوى ظنه الحل غير معتبرة ومعنى هذا أنه علم أن الزنا حرام لكنه ظن ان وطاء هذه ليس زنا محرما فلا يعارض ما في المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربي اذا دخل دار الاسلام فاسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام في جميع الاديان والملل لا تختلف في هذه المسئلة فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلي أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى ان شرط الحد في نفس الامر علمه بالحرمة في نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذي ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب في نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا في نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزاني أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه في نفس الامر بينه وبين الله تعالى التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام هذا وأورد أنه لو سرق من بيت أخيه وعمه ونحوهم لا يقطع فظهر أن بينهما انبساطا أجيب بان القطع منوط بالاخذ من الحرز ودخوله في بيت هؤلاء بلا حشمة واستئذان عادة ينفي معنى الحرز فانتفى القطع أما الحد فمنوط بعدم الحل وشبهته وهو ثابت هنا (قوله ومن زفت) أي بعثت (اليه غير امرأته وقال النساء هي زوجتك فوطئها لا حد عليه وعليه المهر) وهذه اجماعية لا يعلم فيها خلاف ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه انها شبهة دليل فان قول النساء هي زوجتك دليل شرعي مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول في المعاملات ولذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاي أرسلني اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح في الواقع أوجب الشبهة التي يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف) فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على أنه نكاح صحيح معتمدا دليلا ولذا يثبت النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا وأجيب بانه لما تبين خلاف الظاهر بقي الظاهر معتبرا

باعتبار الشبهة والشبهة اذا تمكنت في فعل واحد من أحد الجانبين تؤثر في الجانب الآخر لا محالة (قوله وكذا سائر المحارم سوى الولاد لما بينا) أي لانبساط في المال فلم يكن الظن مستندا الى دليل فان قيل لم يجعل هذا كالسرقة يعني اذا سرق من مال أخيه وأخته لا يقطع قلنا الان بعضهم هنالك يدخل بيت البعض من غير استئذان وحشمة فلم يتحقق هنالك الحرز والقطع دائر مع هتك الحرز وأما هنا فالحل دائر مع الملك أو العقد ولم يوجد الحل ولا شبهة فيجب الحد (قوله ومن زفت اليه غير امرأته) والمزفوفة وان كانت الشبهة فيها شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته الا أن الشارع أنزل الاخبار بالملك كالتحقق دفعا للضرر والغرور ولهذا قلنا بثبوت نسبه لمن اشترى جارية ووطئها ثم استحقت فانه يعتبر الملك كالثابت في المحل لدفع ضرر الغرور كذا هنا (قوله ولا يحد قاذفه الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله) فان احصانه لا يسقط عنده لانه بنى الحكم على الظاهر

(قوله هذا من باب الشبهة في المحل) أقول فيه بحث بل الظاهر أنه من باب شبهة الاشتباه كما صرح به الزيلعي والنسفي في الكافي وصاحب الايضاح ألا ترى أن الظاهر

انه ان علم انها ليست امرأته يحد وذلك يكون في شبهة الاشتباه ليس الا (قوله بناء على دليل أطلق الشرع الخ) أقول نعم الا أنه مع قيام دليل الحرمة والشبهة في المحل تكون مع قيام الدليل النافي للحرمة (قوله ولو كانت الشبهة في الفعل لما ثبت) قوله فيه أن القياس كان ذلك الا أنه ثبت على خلاف القياس دفعا لضرر الغرور كما اعترف به (قوله ووجه الظاهر الى قوله ولا يقام الحد على قاذفه) أقول فيه بحث

الملك منعدم حقيقة (ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) لانه لا اشتباه بعد طول الصحبة فلم يكن الظن مستندا الى دليل وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها وكذا اذا كان أعمى لانه يمكنه التمييز بالسؤال وغيره الا ان كان دعاها فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي عليه الحد اذا كان عالما بذلك لانه عقد لم يصادف محله فيلغو كما اذا أضيف الى الذكور

حقيقة فلم يبق الظاهر الا شبهة وبها يسقط الحد ولا يقام الحد على قاذفه وقوله (لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم التي في بيتها) يعني فلا يصلح مجرد النوم على فراشها دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد وانما قال (وقالت أنا زوجتك) لانها اذا أجابت بالفعل ولم تقل ذلك فواقعها وجب عليه الحد كذا في الايضاح (ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها فوطئها لا يجب عليه الحد عند أبي حنيفة ولكن يوجع عقوبة اذا كان علم بذلك وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي يجب عليه الحد اذا كان علم بذلك لان هذا عقد لم يصادف محله) وكل عقد لم يصادف محله يلغو (كما اذا أضيف الى الذكور)

(١) وكان يجب الخ هذا انما يتمشى على نسخة وقالا والشافعي بعطف الظاهر على الضمير كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البحراوي

في ابراث الشبهة و بالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان في شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب واطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعلي بكذب النساء لا يحد ويحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر في شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لا بيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعني عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهر عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين (قوله ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد) خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة ههنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه (وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة) من حلائلها الزائرات لها وقرابتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كما لو ظن المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد قال (وكذا اذا كان أعمى) لان الوجود على الفراش كما ذكرنا ليس صالحا لاستناد الظن اليه (وغيره) مثل ما يحصل بالنغمة والحركات الملوفة فيحد أيضا (الا اذا دعاها فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك فواقعها لان الاخبار دليل) وجاز تشابه النغمة خصوصا لو لم تطل الصحبة وقيد بقوله وقالت أنا زوجتك لانها لو لم تقله بل اقتصرت على الجواب بنعم ونحوه فوطئها يحد لانه يمكن التمييز باكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا في اطمئنان النفس الى أنها هي (قوله ومن تزوج امرأة لا يحل له نكاحها) بان كانت من ذوي محارمه بنسب كامه أو ابنته (فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبي حنيفة) وسفيان الثوري وزفر وان قال علمت انها علي حرام ولكن يجب عليه بذلك المهر و يعاقب عقوبة هي أشد مما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك واذا لم يكن عالما لا حد ولا عقوبة تعزير (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي) وكذا مالك وأحمد (يجب الحد اذا كان عالما بذلك) (١) وكان يجب أن يوسط الضمير المنفصل فيقول وقالا هما والشافعي لما عرف أن العطف على ضمير الرفع المتصل لا يجوز الا أن يفصل بضمير منفصل عن غيره والا فشاذ ضعيف وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففي الكافي للحاكم الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا فيه كالنكاح بلا ولي و بلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا

فقد كان هذا الوطء حلالا له في الظاهر فلا يسقط احصانه ولكنا نقول لما تبين الامر بخلاف الظاهر انما بقي اعتبار الظاهر في ابراث الشبهة و بالشبهة يسقط الحد ولكن لا يقام الحد كذا في المبسوط (قوله وهذا لانه قد ينام على فراشها غيرها من المحارم) أي لا يصلح مجرد النوم على فراشه دليلا شرعيا فكان مقصرا فيجب الحد (قوله فاجابته أجنبية وقالت أنا زوجتك) ولو لم تقل أنا زوجتك لكن أجابته بالفعل يحد كذا في الايضاح (قوله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله عليه الحد اذا كان عالما بذلك) أي عالما بالحرمة وان قال

وهذا لان محل التصرف مايكون محلا لحكمه وحكمه الحل وهى من المحرمات ولابى حنيفة رحمه الله ان العقد صادف محله لان محل التصرف مايقبل مقصوده والانثى من بنات آدم قابلة للتوالد وهو المقصود وكان ينبغى أن ينعقد فى جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت لا نفس الثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر

عندهما لان الشبهة انما تنتفى عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التابيد وفى بعض الشروح أراد بنكاح من لايحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومنكوحة الغير ومعتدة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة فى عدتها والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد أو الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففى كل هذا لايجب الحد عند أبى حنيفة وان قال علمت أنها على حرام وعندهم يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التابيد لايجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل فى الكافى الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ماسمعت ثم لايخفى مافى عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين فى الكافى فى تعليل سقوط الحد فى تزوج المجوسية ومامعها لان الشبهة انما تنتفى عندهما يعنى حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التابيد يقتضى حينئذ أن لايحد عندهما فى تزوج منكوحة الغير ومامعها لانها ليست محرمة على التابيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وأنه لايحد عندهما الا فى المحارم فقط وهذا هو الذى يغلب على ظنى والذين يعتمد على نقلهم وتحريرهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد فى ذات المحرم ولايحد فى غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافى للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لايحل له نكاحها فدخل بها قال لاحد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا وبه نأخذ وبه جمع عقوبة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ان علم بذلك فعليه الحد فى ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم فى المرأة التى لاتحل له فى سقوط الحد على قول أبى حنيفة ثم خص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر فى ذلك على ماعرف فى الروايات وفى مسئلة المحارم رواية عن جابر رضى الله عنه أنه يضرب عنقه ونقل عن أحمد واسحق وأهل الظاهر وقصر ابن حزم قتله على ماذا كانت امرأة أبيه قصر اللحديث الآتى على مورده وفى رواية أخرى عن أحمد تضرب عنقه ويؤخذ ماله لبيت المال وذلك لحديث البراء قال لقيت خالى ومعه راية فقلت له أين تريد قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى رجل نكح امرأة أبيه أن أضرب عنقه وآخذ ماله وهذا الحديث رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وروى ابن ماجه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وقع على ذات محرم منه فاقتلوه وأجيب بان معناه أنه عقد مستحلا فارتد بذلك وهذا لان الحد ليس ضرب العنق وأخذ المال بل ذلك لازم للكفر وفى بعض طرقه عن معاوية بن قرة عن أبيه أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث جده معاوية الى رجل عرس بامرأة أبيه أن يضرب عنقه ويخمس ماله وهذا يدل على أنه استحل ذلك فارتد به ويدل على ذلك أنه ذكر فى الحديث أنه عرس بها وتعريسه بها لايستلزم وطأه اياها وغير الوطء لايحد به فضلا عن القتل فحيث كان القتل كان للردة وهذا لايخلو عن نظر فان الحكم لما كان عدم الحد والقتل بغير الوطء كان قتله جائزا كونه لوطئه وكونه لردته فلا يتعين كونه للردة ويجاب بانه أيضا لايتعين كونه للوطء فلا دليل فيه على أحدهما بعينه وذلك يكفينا وقالوا اجازفيه أحد الامرين أنه للاستحلال أو أمر بذلك سياسة وتعزيزا وجه القائل بالحد أنه وطء فى فرج مجمع على تحريمه من غير ملك ولا شبهة ملك والواطئ أهل للحد عالم بالتحريم فيجب الحد كما لو لم يوجد العقد وليس العقد شبهة لانه نفسه جناية هنا توجب العقوبة انضمت الى الزنا فلم تكن

ظننت أنها تحل لى لايحد عندهما أيضا

(قوله وهذا لان محل التصرف) بيان لقوله عقد لم يصادف محله لان محل التصرف (مايكون محلا لحكمه) وهذا المحل ليس محلا لحكمه (لان حكمه الحل وهى من المحرمات ولابى حنيفة أن العقد صادف محله لان محل التصرف مايكون قابلا لمقصوده) وهو التوالد ههنا (وبنات آدم قابلة لذلك) قوله وهذا المحل ليس محلا لحكمه قلنا ليس محلا لحكمه أصلا أو فى وقت دون وقت والاول ممنوع لانه كان محلا له فى شريعة من قبلنا والثانى مسلم ولكن كونه محلا فى الجملة لم لايجوز أن يكون شبهة فى درء الحد فان الفعل لم يقع زنا لا لغة ولا عرفا فان أهل اللغة لايفصلون بين الزنا وغيره الا بالعقد والغرض وجوده وأولاد أهل الذمة من محارمهم لاتنسب الى الزنا فى العرف وهم يقرون على نكاح المحارم ولايقرون على الزنا بل يحدون عليه (و) اذا ثبت أن العقد صادف محله (كان ينبغى أن ينعقد فى حق جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة حقيقة الحل) بتحريم الشرع فى ديننا (فيورث الشبهة لان الشبهة مايشبه الثابت وليس بثابت الا أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر فيعزر)

(ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج يعزر) لانه منكر ليس فيه شئ مقدر

شبهة كما لو أكرهها وعاقبها ثم زنى بها ومدار الخلاف أن هذا العقد يوجب شبهة أم لا فعندهم لا كما ذكر وعند أبي حنيفة وسفيان وزفر نعم ومدار كونه يوجب شبهة على أنه ورد على ما هو محله أولا فعندهم لا لان محل العقد ما يقبل حكمه وحكمه الحل وهذه من المحرمات في سائر الحالات فكان الثابت صورة العقد لا انعقاده لانه لا انعقاد في غير المحل كما لو عقد على ذكر وعنده نعم لان المحلية ليست لقبول الحل بل لقبول المقاصد من العقد وهو ثابت ولذا صح من غيره عليها وبتامل يسير يظهر أنهم لم يتواردوا على محل واحد في المحلية فهم حيث نفوا محليتها أرادوا بالنسبة الى خصوص هذا العاقد أي ليست محلا لعقد هذا العاقد ولذا علموه بعدم حلها ولا شك في حلها لغيره بعقد النكاح لا محليتها للعقد من حيث هو العقد وهو حيث أثبت محليتها أراد محليتها لنفس العقد لا بالنظر الى خصوص عاقد ولذا علل بقبولها مقاصده فان قلت فقد أطلق الكل من الحنفية في الفقه والاصول عدم محلية المحارم لنكاح المحرم ففي الاصول حيث قالوا ان النهي عن المضامين والملاقيح ونكاح المحارم مجاز عن النفي لعدم محله وفي الفقه كثير ومنه قولهم محل النكاح أنثى من بنات آدم ليست من المحرمات فالجواب أن المراد نفي المحلية لعقد الناكح الخاص وأنت علمت ان أبا حنيفة انما أثبت محليتها للنكاح في الجملة لا بالنظر الى خصوص ناكح ولا شك في ذلك بقي النظر في أن أي الاعتبارين في ثبوت المحلية أولى كونه قابلا للمقاصد أو كونه حلالا ان نظرنا الى المعنى وهو أن الاصل أن يتبع الحل قيام الحاجة لتدفع به وهو المقصود ترجح قوله أو الى السمع أعني محل الاجماع وهو قول الكل ان الميتة ليست محلا للبيع مع أنهم انما نفوا بها عدم الحل ترجحوا وقد رجح قول أبي حنيفة بقوله صلى الله عليه وسلم أيما امرأة نكحت بغير اذن وليها فنكاحها باطل فنكاحها باطل فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها حكم بالبطلان وأوجب المهر وهو مسقط للحد بالاتفاق وكونه لا يعتقده على ظاهره لا يضر لانه مؤول بتاويلين أحدهما أنه آيل الى البطلان باعتراض الولي بان كان غير كفء والآخر تخصيصه بما اذا لم يكن للمرأة ولاية على نفسها كالامة والصبية وعلى هذا فهو باطل على ظاهره وهو أقرب لتاويلين لندرة فسخ ولي بسبب عدم كفاءة من زوجت المرأة نفسها منه وقد حكم فيه بالمهر ان دخل لكن في الخلاصة قال الفقيه على قولهما ولعل وجهه أن تحقق الشبهة يقتضي تحقق الحل من وجه لان الشبهة لا محالة شبهة الحل لكن حلها ليس ثابتا من وجه والا وجبت العدة وثبت النسب ودفع بان من المشايخ من التزم ذلك وعلى التسليم فثبوت النسب والعدة أقل ما يبتنى عليه وجود الحل من وجه وهو منتف في المحارم وشبهة الحل ليس ثبوت الحل من وجه فان الشبهة ما يشبه الثابت وليس بثابت فلا ثبوت لما له شبهة الثبوت بوجه من الوجوه ألا ترى أن أبا حنيفة ألزم عقوبته باشد ما يكون وانما لم يثبت عقوبة هي الحد فعرف أنه زنا محض عنده الا أن فيه شبهة فلا يثبت نسبه ومن شبهة العقد ما اذا استاجرها ليزني بها ففعل لا حد عليه ويعزر وقالاهما والشافعي ومالك وأحمد يحدان لان عقد الاجارة لا يستباح به البضع فصار كما لو استاجرها للطبخ ونحوه من الاعمال ثم زنى بها فانه يحد اتفاقا وله أن المستوفى بالزنا المنفعة وهي المعقود عليه في الاجارة لكنه في حكم العين فبالنظر الى الحقيقة تكون محلا لعقد الاجارة فاورث شبهة بخلاف الاستئجار للطبخ ونحوه لان العقد لم يضف الى المستوفى بالوطء والعقد المضاف الى محل يورث الشبهة فيه لا في محل آخر وفي الكافي لو قال أمهرتك كذا لا زنى بك لم يجب الحد وهكذا لو قال استاجرتك أو خذي هذه الدراهم لا طالك والحق في هذا كله وجوب الحد اذ المذكور معنى يعارضه كتاب الله قال الله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا فالمعنى الذي يفيد أن فعل الزنا مع قوله أزنى بك لا يجلد معه لفظة المهر معارض له (قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) بان أولج في مغابن بطنها ونحوه وليس المراد ما يعم الدبر وهي المسئلة الآتية (يعزر لانه منكر) محرم (ليس فيه تقدير) ففيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك (قوله

قوله (ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) أي في غير السبيلين كالتفخيذ والتبطين (يعزر لانه فعل منكر ليس فيه شئ مقدر)

(قوله ومن وطئ أجنبية فيما دون الفرج) كالتفخيذ والتبطين

(ومن

قوله (ومن أتى امرأة) قيل يريد أجنبية لانه اذا أتى امرأته أو مملوكته (فى الموضع المكروه) أى الدبر لا يحد حد الزنا عندهما أيضا وان كان محرما عليه وبه صرح فى الزيادات لان من الناس من يستحله بقوله تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم من غير فصل بين محل ومحل (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبى حنيفة و يعزر وزاد فى الجامع الصغير و يودع فى السجن وقالا هو كالزنا فيحد) وهو أحد قولى الشافعى وقال فى قول يقتلان بكل حال لقوله عليه السلام اقتلوا الفاعل والمفعول و يروى فارجموا الاعلى والاسفل ولهما أنه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما لقصد سفح الماء وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه من الاحراق بالنار وهدم الجدار والتنكيس من مكان مرتفع باتباع الاحجار وغير ذلك ولانه فى معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب وكذا هو أندر وقوعا لانعدام الداعى من أحد الجانبين) يعنى على ما هو الجبلة السليمة (والداعى الى الزنا من الجانبين) واذا لم يكن فى معناه لا يلحق به دلالة فبقى القياس والقياس فى مثله يا طل

(ومن أتى امرأة) أى أجنبية (فى الموضع المكروه) أى دبرها (أو عمل عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبى حنيفة ولكنه يعزر) و يسجن حتى يموت أو يتوب ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكمه وقالا هو كالزنا وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه حكم الزنا فيحد جلدا ان لم يكن أحصن ورجما ان أحصن وذكر فى الروضة أن الخلاف فى الغلام أما لو وطئ امرأة فى دبرها حد بلا خلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو زوجته بنكاح صحيح أو فاسد لا يحد اجماعا كذا فى الكافى نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعى فى عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة فى الجنة أى هل يجوز كونها فيها قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان كان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها (وقال) الشافعى (فى قول يقتلان) فى وجه بالسيف (بكل حال) أى بكرين كانا أو ثيبين وفى قول يرجمان بكل حال وبه قال مالك وأحد وفى قول آخر وهو المصحح من مذهبه يحد جلدا وتغريبا ان كان بكرا ورجما ان أحصن وجه القتل ما روى أبو داود والترمذى وابن ماجه عن عبد العزيز بن محمد الدراوردى عن عمرو بن أبى عمرو عن عكرمة من حديث ابن عباس رضى الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به قال الترمذى انما يعرف هذا من حديث ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من هذا الوجه ورواه محمد بن اسحاق عن عمرو بن أبى عمرو فقال ملعون من عمل عمل قوم لوط ولم يذكر فيه القتل وروى عن عاصم بن عمر عن سهيل بن أبى صالح عن أبيه عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اقتلوا الفاعل والمفعول به وفى اسناده مقال ولا يعلم أحد رواه عن سهيل بن أبى صالح غير عاصم بن عمر العمرى وهو يضعف فى الحديث من قبل حفظه و بسند السنن رواه أحمد فى مسنده والحاكم وقال صحيح الاسناد وقال البخارى عمرو بن أبى عمرو صدوق لكنه روى عن عكرمة مناكير وقال النسائى ليس بالقوى وقال ابن معين ثقة ينكر عليه حديث عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا الفاعل والمفعول به وقد أخرج له الجماعة وأخرجه الحاكم بطريق آخر وسكت عنه وتعقبه الذهبى بان عبد الرحمن العمرى ساقط واذا كان الحديث بهذه المثابة من التردد فى أمره لم يجز أن يقدم به على القتل

(قوله ومن أتى امرأة فى الموضع المكروه فلا حد عليه عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه) وفى روضة الامام الزندويسى رحمه الله الخلاف فى الغلام أما لو وطئ امرأة فى الموضع المكروه منها يحد بلا خلاف والاصح أن الكل على الخلاف نص عليه فى الزيادات ولو فعل هذا بعبده أو أمته أو منكوحته لا يحد بلا خلاف (قوله وقالا هو كالزنا فيحد) أى يرجمان ان كانا محصنين و يجلدان ان كانا غير محصنين (قوله لهما أنه فى معنى الزنا) أى فى المعنى الذى تعلق به الحد من كل وجه فيحد دلالة وهذا لان الحد انما وجب ثمة لانه قضاء الشهوة بسفح الماء فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما وهى مثله فى هذا بل أزيد فسفح الماء هنا بلغ

ليس بزنا ولا هو فى معنى الزنا لانه ليس فيه اضاعة الولد واشتباه الانساب) بخلاف الزنا (وكذا هو أندر وقوعا) من الزنا (لانعدام الداعى فى أحد الجانبين) يعنى على ما هو الجبلة السليمة (والداعى الى الزنا من الجانبين) واذا لم يكن فى معناه لا يلحق به دلالة فبقى القياس والقياس فى مثله يا طل

الجانبين والداعى الى الزنا من الجانبين

مستمرا على أنه حد ولو سلم حمل على قتله سياسة ولهما أنه فى معنى الزنا لانه قضاء الشهوة فى محل مشتهى على وجه الكمال لمجرد قصد صفح الماء بل أبلغ حرمة وتضييعا للماء لان الحرمة قد تنكشف فى الزنا بالعقد وقد يتوهم الولد فيه بخلاف اللواطة فيهما فيثبت حكم الزنا له بدلالة نص حد الزنا لا بالقياس ولابى حنيفة أنه ليس بزنا ولا معناه فلا يثبت فيه حد وذلك لان الصحابة اختلفوا فى موجبه فمنهم من أوجب فيه التحريق بالنار ومنهم من قال يهدم عليه الجدار ومنهم من يلقيه من مكان مرتفع مع اتباع الاحجار فلو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على أنه ليس من مسمى لفظ الزنا لغة ولا معناه وأما الاستدلال بقول القائل

من كف ذات حرفى زى ذى ذكر * لها محبان لوطى وزناء

فلعدم معرفة من ينسب اليه البيت وقول من قال حيث قال قائلهم وذكر البيت غلط وذلك أنه ليس بعربى بل هو من شعر أبى نواس من قصيدته التى أولها

دع عنك لومى فان اللوم اغراء * وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع أنه ينبغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله وأيضا لا يثبت دلالة لان المعنى المحرم فى الزنا ليس اضاعة الماء من حيث هو اضاعته لجواز اضاعته بالعزل بل افضاؤه الى اضاعة الولد الذى هو اهلاك معنى فان ولد الزنا ليس له أب يربيه والام بمفردها عاجزة عنه فيشب على أسوأ الاحوال ولانه قد يدعيه بعض السفهاء وان لم يثبت نسبه شرعا يختص به وينفعه ويشتبه على من هو له فيقع التقاتل والفتنة وليس شئ من ذلك فى اللواط (وكذا هو أندر وقوعا من الزنا لانعدام الداعى من الجانبين) على الاستمرار بخلاف الزنا لتحققه من الجانبين فيه على وجه الاستمرار لندرة وقوع الزنا بصبية لا تشتهى أصلا اذ قلما يكون ذلك ولا عبرة بأوكدية الحرمة فى ثبوت عين موجب الآخر ولذا لا يحد بشرب البول المجمع على نجاسته ويحد بشرب الخمر فيلزم من هذا أن لا يثبت الحد بطريق الدلالة الا اذا كان فى المساوى من كل وجه دون الاعلى بل ذلك قد يكون له زاجر قوى وقد لا الا بعاد عقاب الآخرة ۞ وأما تخريج ما عن الصحابة فروى البيهقى فى شعب الايمان من طريق ابن أبى الدنيا حدثنا عبد الله بن عمر حدثنا عبد العزيز بن أبى حازم عن داود بن بكر عن محمد بن المنكدر أن خالد بن الوليد كتب الى أبى بكر انه وجد رجلا فى بعض نواحى العرب ينكح كما تنكح المرأة فجمع أبو بكر الصحابة فسألهم فكان من أشدهم فى ذلك قولا على رضى الله عنه قال هذا ذنب لم يعص به الا أمة واحدة صنع الله بها ما علمتم نرى أن تحرقه بالنار فاجمع رأى الصحابة على ذلك قال ورواه الواقدى فى كتاب الردة فى آخر ردة بنى سليم وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا غسان بن مضر عن سعيد بن يزيد عن أبى نضرة قال سئل ابن عباس ما حد اللواطة قال ينظر الى أعلى بناء فى القرية فيرمى منه منكسا ثم يتبع بالحجارة ورواه البيهقى أيضا من طريق ابن أبى الدنيا وكأن ماخذ هذا أن قوم لوط أهلكوا بذلك حيث حملت قراهم ونكست بهم ولا شك فى اتباع الهديم بهم وهم نازلون وذكر مشايخنا عن ابن الزبير يحبسان فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وأما استدلالهم بتسميتها فاحشة فى قوله تعالى أتأتون الفاحشة ما سبقكم بها من أحد من العالمين فمدفوع بان الفاحشة لا تخص لغة الزنا قال تعالى ولا تقربوا الفواحش

(ومار واه) من قتلهما أو رجمهما (محمول على السياسة أو على المستحل) للكفر بذلك (الا أنه يعزر وعنده) أى عند أبى حنيفة (لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيه حد مقدر قال فى الزيادات والرأى فيه الى الامام ان شاء قتله ان اعتاد ذلك وان شاء ضربه وحبسه فقوله الا أنه استثناء من قوله ولا هو فى معنى الزنا

لانه يتوهم أن يكون ذلك حرثا للولد يعبد به ولا يتوهم ههنا فكان تضييع الماء هنا أبين والمحل انما يصير مشتهى طبعا بالحرارة واللين وأنه مثل القبل فى هذا وتمحض الحرمة هنا أبين لان تلك الحرمة تنكشف بكاشف كالنكاح والشراء ولا كذلك هنا وله أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه فعن الصديق رضى الله عنه يحرقان بالنار وعن على رضى الله عنه يجلدان ان كانا غير محصنين ويرجمان ان كانا محصنين وعن ابن عباس رضى الله عنه ينكسان من أعلى المواضع ويتبعان بالحجارة وعن ابن الزبير رضى الله

ومارواه محمول على السياسة أو على المستحل الا أنه يعزر عنده لما بيناه (ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية وفى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه والحامل عليه نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لايجب ستره الا أنه يعزر لما بيناه والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع التحدث به

ماظهر منها وما بطن وقول المصنف (الا أنه يعزر لما بينا) أى من أنه منكر ليس فيه شئ مقدر (قوله ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه) وكذا اذا زنى بميتة لانه للزجر وانما يحتاج الى الزجر فيما طريق وجوده منفتح سالك وهذا ليس كذلك لانه لا يرغب فيه العقلاء ولا السفهاء وان اتفق لبعضهم ذلك لغلبة الشبق فلا يفتقر الى الزاجر لزجر الطبع عنه (ولهذا لايجب ستره فى البهيمة الا أنه يعزر لما بينا) من أنه منكر ليس فيه تقدير شرعى ففيه التعزير (والذى يروى أنه تذبح البهيمة وتحرق فذلك لقطع) امتداد (التحدث به) كما مر وئيت فيتاذى الفاعل به وليس بواجب واذا ذبحت وهى مما لاتؤكل ضمن قيمتها ان كان مالكها غيره لانها ذبحت لاجله وان كانت مما تؤكل أكلت وضمن عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف لاتؤكل والمراد بالمروى ماروى أصحاب السنن الاربعة عن عكرمة عن ابن عباس عنه عليه الصلاة والسلام من أتى بهيمة فاقتلوه واقتلوها قلت له ماشان البهيمة قال ماأراه قال ذلك الا أنه كره أن يؤكل لحمها أو ينتفع بها وقد عمل بها ماعمل ولعل قول ابن عباس هذا هو المتمسك لابى يوسف فى عدم أكلها الا أن المعنى الذى عينه الاصحاب من قطع التعيير أقرب الى النفس رواه ابن ماجه عن ابراهيم بن اسمعيل عن داود بن الحصين عن عكرمة والباقون عن عمرو بن أبى عمرو وتقدم الكلام على عمرو هذا وأما ابراهيم بن اسمعيل بن أبى حنيفة فقال أحمد ثقة وقال البخارى منكر الحديث وضعفه غير واحد من الحفاظ وضعف أبو داود هذا الحديث بطريق آخر وهو أنه روى عن عاصم بن أبى النجود عن أبى رزين عن ابن عباس موقوفا عليه ليس على الذى يأتى البهيمة حد وهو الذى روى عنه الرفع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلهما وتاويله المذكور آنفا ومحال أن يروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم القتل ثم

عنه يحبسان فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وعن بعضهم يهدم عليهما الجدار ولا يظن بهم الاجتهاد فى موضع النص فكان هذا اتفاقا على أنهما ليست برتا ولا يمكن ايجاب حد الزنا بغير الزنا ولا يمكن الحاقها بالزنا بالدلالة لانها قصرت عنه فى المعانى الداعية الى شرع الحد فلا يوجب الحد وهذا لان الحدود شرعت للزجر فلا بد من وجود الداعى طبعا يبعثه على الفعل فيشرع الحد زجرا ألا ترى أن الحد شرع فى شرب الخمر دون البول وان استويا حرمة لتباينهما داعيا فالرغبة فى الزنا من الجانبين فيكثر وقوعه فيستدعى شرع الزاجر والرغبة هنا من جانب الفاعل فاما صاحبه ينبو عن هذا الفعل على ماعليه الجبلة السليمة فيندر وقوعها فلا يستدعى شرع الزاجر وفى الزنا افساد الفراش واهلاك الولد لان ولد الزنا هالك حكما لعدم من يربيه دونها فتقاصرت عنه فى المعانى الداعية الى شرع الزاجر فلا يلحق به خصوصا فيما يدرأ بالشبهات ولا يجوز جبر هذا القصور بزيادة الحرمة لان ذا يكون قياسا ولا مدخل له فى الحدود فان قيل انما وجب حد الزنا بها لانها زنا ففى الحديث اذا أتى الرجل فهما زانيان ولانه فاحشة وهى فاحشة أيضا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة وقوله تعالى أتاتون الفاحشة فكانت زنا قلنا هى ليست برتا حقيقة لانه ينفى عنه هذا الاسم فيقال لاط وما زنى واتفقت الصحابة رضى الله عنهم انها ليست برتا لانهم عرفوا نص الزنا واختلفوا فى موجبها (قوله ومارواه) أى الشافعى رحمه الله محمول على السياسة لانه أمر بالقتل المطلق وذا يكون سياسة أو على المستحل فانه يصير مرتدا فيقتل لذلك (قوله الا أنه يعزر عنده) لما بيناه وأبو حنيفة رحمه الله يوجب التعزير عينا لانه ارتكب محظورا وأنه ليس برتا عنده فيجب التعزير عينا وللامام أن يقتله اذا اعتاد الفاعل أو المفعول به ذلك (قوله ولهذا لايجب ستره) أى ستر فرج البهيمة وذكر البهيمة بمنزلة ذكره ولهذا أضمر ولو كان فى الطبع داع اليه لوجب ستر ذلك الموضع كالقبل والدبر (قوله الا أنه يعزر لما بيناه) اشارة الى قوله ارتكب جريمة ليس فيها حد مقدر فيعزر (قوله والذى يروى أنه تذبح البهيمة) روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فامر

(ومن وطئ بهيمة فلا حد عليه لانه ليس فى معنى الزنا فى كونه جناية) اذ ليس فيه تضييع الولد ولا افساد افراش (و) لا (فى وجود الداعى لان الطبع السليم ينفر عنه وانما يحمله على ذلك نهاية السفه أو فرط الشبق ولهذا لايجب ستره) أى ستر فرج البهيمة وانما أضمر عليه وان لم يسبق ذكره لان ذكر البهيمة يستلزمه فكان مرجعه حكميا (الا أنه يعزر لما بينا) أنه ارتكب جريمة وليس فيها حد مقدر وما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أتى بهيمة فاقتلوه شاذ لا يعمل به ولو ثبت فتاويله مستحل ذلك الفعل (والذى يروى أنه تذبح البهيمة) وهو مارى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه أتى برجل أتى بهيمة فامر بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار (فذلك لقطع التحدث به) كى لا يعير بها الرجل اذا كانت البهيمة باقية (لانه واجب)

قال (ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج الينا) وأقر عند الامام بالزنا (لا يقام عليه الحد وقال الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه أحكامه أينما كان مقامه ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا تقام الحدود فى دار الحرب) ووجه التمسك به انه صلى الله عليه وسلم يرد به حقيقة عدم الاقامة حسالان كل واحد يعرف انه لا يمكن اقامة الحد فى دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد بعدم الاقامة عدم

وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله فاجلدوا فلا يقبل أجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك فيجوز التخصيص بعد ذلك بخبر الواحد والقياس لانه لم يبق حجة قطعية على هذا أطبق الشارحون وفيه نظر يعرف باستحضار قواعد الاصول وهو أن التخصيص بهما انما يصح بعد التخصيص بلفظ مقارن وليس فى الآية موجود ويجوز أن يقال حصل التخصيص بلفظ مقارن وهو قوله تعالى كل واحد منهما فان الضمير راجع الى الزانى والزانية والزنا وطء الرجل المرأة فى القبل فى غير الملك وشبهته كما تقدم فخرج منه من لم يكن رجلا واذا خص مقارنا جاز التخصيص بعده بخبر الواحد والقياس وقوله (ولان المقصود هو الانزجار) يعنى ان وجوب الحد ليس لعينه وانما هو للانزجار والانزجار يحصل بالاستيفاء والاستيفاء متعذر لانقطاع ولاية الامام فلو وجب الحد لعرى عن الفائدة وذلك لا يجوز واذا لم ينعقد موجبا لا يقام بعد ما خرج لئلا يقع الحكم بغير سبب وأنث الضمير فى قوله لانها لم تنعقد بتاويل الغاشية قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة أو بتاويل الوطاة تنعقد

وليس بواجب (ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج الينا لا يقام عليه الحد) وعند الشافعى رحمه الله يحد لانه التزم باسلامه احكامه أينما كان مقامه ولنا قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب ولان المقصود هو الانزجار وولاية الامام منقطعة فيهما فيعرى الوجوب عن الفائدة ولا تقام بعد ما خرج لانها لم

يخالفه وكذا أخرجه الترمذى والنسائى وقال الترمذى وهذا أصح من الاول ولفظه من أتى بهيمة فلا شئ عليه وأخرج الحاكم حديث عمرو بن أبى عمرو بزيادة وقال صحيح الاسناد (قوله ومن زنى فى دار الحرب أوفى دار البغى ثم خرج الينا) فاقر عند القاضى به (لا يقام عليه الحد وعند الشافعى) ومالك (يحد لانه التزم باسلامه أحكام الاسلام أينما كان مقامه) قلنا سلمنا أنه ما التزم للاحكام لكن الحد ليس يجب عليه حتى يكون ملتزمه بالتزامه أحكام الاسلام بل انما يتضمن التزامه تسليم نفسه اذا وجب عليه الحد عند القاضى فقضى باقامته عليه وليس الكلام فى هذا بل فى نفس وجوب الحد وانما يجب على الامام عند ثبوته عنده فهذا الدليل فى غير محل النزاع فالوجه أن يقال وجب على الامام الاقامة على الزانى مطلقا أيما كان زناه وحينئذ نقول امتنع بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود فى دار الحرب ولان الوجوب مشروط بالقدرة ولا قدرة للامام عليه حال كونه فى دار الحرب فلا وجوب والاعرى عن الفائدة لان المقصود منه الاستيفاء ليحصل الزجر والغرض ان لا قدرة عليه واذا خرج والحال انه لم ينعقد سببا للايجاب حال وجوده لم ينقلب موجبا له حال عدمه لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه السلام لا تقام الحدود فى دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد فى كتاب السير الكبير عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من زنى أو سرق فى دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله أعلم به وعن الشافعى قال قال أبو يوسف حدثنا بعض أشياخنا عن مكحول عن زيد بن ثابت قال لا تقام الحدود فى دار الحرب مخافة أن يلحق أهلها بالعدو قال وحدثنا بعض أصحابنا عن نور بن يزيد عن حكيم بن عمير أن عمر بن الخطاب كتب الى عمير بن سعد الانصارى والى عماله أن لا تقيموا الحدود على أحد من المسلمين فى أرض الحرب حتى يخرجوا الى أرض المصالحة قال الشافعى ومن هذا الشيخ ومكحول لم يدرك زيد بن ثابت وأنت تعلم أن هذا نوع انقطاع ومعتقد أبى يوسف انه داخل فى الارسال وان حذف الشيخ لا يكون من العدل المجتهد الا للعلم بثقته فلا يضر على رأى مثبتى المرسل شئ من ذلك بعد كون المرسل من أئمة الشان والعدالة وهذا الاخير رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن أبى مريم عن حكيم بن عمير به وزاد لئلا تحمله حمية الشيطان أن يلحق بالكفار * انتهى أثر آخر * رواه ابن ابن شيبة أيضا حدثنا ابن المبارك عن أبى بكر بن عبد الله بن أبى مريم عن حميد بن عقبة بن رومان ان أبا الدرداء نهى أن يقام على أحد حد فى أرض العدو أخرج أبو داود والترمذى والنسائى عن بشر بن ارطاة قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تقطع الايدى فى السفر انتهى ولفظ الترمذى فى الغزو وقال

بالبهيمة فذبحت وأحرقت بالنار وهذا ليس بواجب عندنا وتاويله أنه فعل كذلك كى لا يعير الرجل بها اذا كانت البهيمة باقية كذا فى المبسوط ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل كل تذبح ثم تحرق لما روى عن على رضى الله عنه ولا تحرق قبل الذبح وضمن الفاعل قيمة الدابة ان كانت لغيره لانها قتلت لاجله وان كانت مما يؤكل تذبح فتؤكل عند أبى حنيفة رحمه الله ولا تحرق بالنار وعند أبى يوسف رحمه الله تحرق يضمن ان كانت لغيره (قوله ثم خرج الينا) وأقر عند الامام (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود فى دار الحرب) أى

(قوله اجيب بان مواضع الشبهة خصت من ذلك الى قوله وفيه نظر) أقول قوله خصت يعنى بالاجماع كما ذكره الكاكى فيندفع نظره بذلك (قوله فخرج منه من لم يكن رجلا الخ) أقول فيه بحث فان الزانى لم يتناوله ولا خروج الا بعد الدخول فاين التخصيص

تنعقد موجبة فلا تنقلب موجبة ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير مصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده بخلاف أمير العسكر والسرية لانه لم تفوض اليهما الاقامة

الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند بعض أهل العلم منهم الاوزاعي يرون أن لا يقام الحد في الغزو بحضرة العدو مخافة أن يلحق من يقام عليه الحد بالعدو فاذا رجع الامام الى دار الاسلام أقام عليه الحد * واعلم ان مع الاوزاعي أحمد واسحق فذهبهم تأخير الحد الى القفول و بشر بن ارطاة و يقال ابن أبي ارطاة اختلف في صحبته قال البيهقي في المعرفة أهل المدينة ينكرون سماع بشر من النبي صلى الله عليه وسلم وكان يحيى بن معين يقول بشر بن ارطاة رجل سوء قال البيهقي وذلك لما اشتهر من سوء فعله في قتال أهل الحرة اه فلو أنه سمعه منه عليه الصلاة والسلام لا تقبل رواية من رضي ما وقع عام الحرة وكان من أعوانها والحق أن هذه الآثار لو ثبتت بطريق موجب للعمل معللة بمخافة لحاق من أقيم عليه بأهل الحرب وانه يقام اذا خرج وكونه يقيمه اذا خرج الى دار الاسلام خلاف المذهب فان قيل ليس معنى قوله في الآثار المتقدمة حتى يخرجوا الى أرض المصالحة انه حينئذ يقيم حد الزنا الذي كان في دار الحرب بل انه اذا صار الى أرض المصالحة يقيم عليه حد الزنا اذا زنى قلنا أظهر الاحتمالين الاول ولو سلم احتمالهما على السواء فلا يترجح الثاني وعلى اعتبار الاحتمال الاول هو خلاف المذهب مع انه معارضة بما أخرجه أبو داود في المراسيل عن مكحول عن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أقيموا حدود الله في السفر والحضر على القريب والبعيد ولا تبالوا في الله لومة لائم والمرسل حجة موجبة قال ورويناه باسناد موصول في السنن فلا شك في عدم صحة الاحتجاج بمثل هذا الحديث على عدم الوجوب من الاصل وأيضا معارض اطلاق فاجلدوا ونحوه فيكون زيادة فان أجيب بانه عام خص منه مواضع الشبهة فهو مدفوع بان الزنا نفسه ماخوذ فيه عدمها فانه الوطء في غير ملك وشبهته فترتيبه سبحانه ايجاب الحد على الزنا ترتيب ابتداء على ما لا شبهة فيه فتكون هذه الاخبار مخصصا أول وأما الدليل العقلي المذكور فعليه أن يقال لا نسلم ان عجز الامام عن الاقامة حال دخول الزنا في الوجود يوجب أن لا فائدة في الايجاب انما ذلك لو عجز مطلقا فجاز أن يثبت الوجوب في الحال معلقا بالقدرة ولكنه يجاب بانه لا معنى لهذا الكلام وتصحيحه أن يقال جاز أن يثبت في الحال تعليق الايجاب بالقدرة أي اذا قدرت فاقم عليه فالوجوب معدوم في الحال وموجود عند تحقق القدرة في المآل لان المعلق بالشرط كذلك وحينئذ جوابه ان هذا المعنى ممكن لكن أين دليله فان الآيات انما تفيد تنجيز الوجوب لا تعليقه ونحن نعلم أن القدرة شرط التكليف فنعلم انتفاء مقتضاها في الزاني في دار الحرب فاين دليل تعليق الايجاب حال زنا الزاني في دار الحرب باقتدار الامام عليه فاذا لم يثبت لم يثبت تعليقه كما لم يثبت تنجيزه فان أجيب بان تعليقه يثبت بما تقدم من الآثار المفيدة أنه اذا رجع الى دار الاسلام أقامه يدفع بانه معارض بحديث مراسيل أبي داود وهو يرجح الاحتمال المخالف للمذهب من ذينك الاحتمالين وأيضا قد يقال عليه لا نسلم أن حال الزنا يجب على الامام الاقامة بل انما يجب اذا ثبت عنده فقبل الثبوت عنده لا يتعلق به وجوب أصلا وفرض المسئلة أنه زنى في دار الحرب ثم أقر عند القاضي بعد الخروج أو شهد به عليه في غير تقادم وعند ذلك هو قادر و يتعلق به ايجاب الاقامة والمذهب خلافه والله أعلم قال (ولو غزا من له ولاية الاقامة بنفسه كالخليفة وأمير المصر يقيم الحد على من زنى في معسكره لانه تحت يده القدرة ثابتة عليه) بخلاف ما لو خرج من المعسكر فدخل دار الحرب فزنى ثم عاد الى المعسكر لا يقيمه و يفيد أنه لو زنى في العسكر والعسكر في دار الحرب في أيام المحاربة قبل الفتح له ان يقيمه للولاية حينئذ أما أمير العسكر والسرية فلا يقيمه لانه لم تفوض اليهما الاقامة

وقوله (ولو غزا) ظاهر وقوله (في معسكره) اشارة لى أنه لو خرج من معسكر ودخل دار الحرب وزنى فيها ثم خرج لا يقام عليه الحد (والسرية)

لا يجب لانه بعث لبيان الشرائع لا لبيان الحقائق ولان كل واحد يعرف أنه لا يمكن اقامة الحدود في دار الحرب لانقطاع ولاية الامام عنها فكان المراد من عدم الاقامة عدم وجوب الحد فان قيل هذا الحديث معارض بقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل التخصيص موضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد (قوله

قيل هم الذين يسيرون بالليل و يختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعمائة وقوله (واذا دخل حربي دارنا بامان) حاصل اختلاف أصحابنا في هذه المسئلة شمول الوجوب في الذمي والذمية وشمول العدم في الحربي والحربية عند أبي حنيفة وهذا الشمول لا يتغير بمغايرة أحد الطرفين للآخر بكونه حربيا أو ذميا أو ذكرا أو أنثى وعند محمد عدم التغير ثابت في جانب الحربي والحربية وأما في جانب الذمي فيتفاوت بين الذكر والانثى فيما اذا اختلف حالهما حيث يحد الذمي (٤٨) ولا تحد الحربية وفي العكس لا يحدان وهو قول أبي يوسف أولا وقال آخرا بشمول الوجوب في الانواع كلها (له أن المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا كما أن الذمي التزمها مدة عمره ومن التزم أحكامنا تنفذ عليه كالمسلم والذمي (ولهذا يحد حد القذف و يقتل قصاصا) فان قيل لو كان كذلك لاقيم عليه حد الشرب لانه من أحكامنا أجاب بقوله (بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته) فان قلت فهو يعتقد اباحة قتل المسلم وقذفه فينبغي أن لا يقتص منه ولا يحد لقذفه قلت المعنى باعتقاد الاباحة هو أن يكون ذلك دينا وقتل النفس والقذف حرام في دينهم فاباحتهم ذلك ليست بدين وانما هو هوى وتعصب (ولابي حنيفة ومحمد ان التزام الاحكام انما هو بالتزام القرار في الدار لان الانصاف بكونه من دارنا انما يكون بذلك والحربي ما التزم ذلك لانه دخل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به) واذا لم يصر من دارنا وكان دخوله لحاجة (كان ملتزما من الاحكام ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد) لانه لما لم يدخل الا طامعا في الانصاف أي العدل لاجله على غيره (يلتزم الانتصاف) أي العدل لغيره عليه لان الغرم بازاء الغنم

(واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية يحد الذمي والذمية عند أبي حنيفة ولا يحد الحربي والحربية وهو قول محمد رحمه الله في الذمي) يعني اذا زنى بحربية فاما اذا زنى الحربي بذمية لا يحدان عند محمد رحمه الله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا (وقال أبو يوسف رحمه الله يحدون كلهم) وهو قوله الآخر لابي يوسف رحمه الله أن المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد حد القذف و يقتل قصاصا بخلاف حد الشرب لانه يعتقد اباحته ولهما انه ما دخل للقرار بل لحاجة كالتجارة ونحوها فلم يصر من أهل دارنا ولهذا يمكن من الرجوع الى دار الحرب ولا يقتل المسلم ولا الذمي به وانما التزم من الحكم ما يرجع الى تحصيل مقصوده وهو حقوق العباد لانه لما طمع في الانصاف يلتزم الانتصاف

(قوله واذا دخل حربي دارنا بامان) وهو المستامن (فزنى بذمية الخ) حاصل المسئلة اذا زنى الحربي المستامن بالمسلمة أو الذمية فعليهما الحد دون الحربي في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف أولا لا حد على واحد منهما ثم رجع وقال عليهما الحد جميعا وقال محمد بقوله الاول فصار فيها ثلاثة أقوال قول أبي حنيفة تحد المزني بها المسلمة والذمية وقول محمد لا يحد واحد منهم وقول أبي يوسف يحد كلهم وتقييد المسئلة بالمسلمة والذمية لانه لو زنى بحربية مستأمنة لا يحد واحد منهما عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يحدان ذكره في المختلف وان زنى المسلم أو الذمي بالحربية المستامنة حد الرجل في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يحدان جميعا والاصل أن عند أبي حنيفة ومحمد لا يجب على الحربي حد من الحدود سوى حد القذف فلا يجب عليه حد زنا ولا سرقة ولا شرب خمر وعند أبي يوسف يجب الكل الا حد الشرب فحد الشرب لا يجب اتفاقا لانه يعتقد حله وحد القذف يجب اتفاقا لان فيه حق العبد واختلفوا في حد الزنا والسرقة عند أبي يوسف يجب وعندهما لا يجب وجه قول أبي يوسف أن المستامن التزم أحكامنا مدة مقامه في دارنا في المعاملات والسياسات كما أن الذمي التزمها مدة عمره ولهذا يحد للقذف و يقتل قصاصا و يمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما بخلاف حد الشرب لانه معتقد اباحته ووجه قوله أبي حنيفة ومحمد أنه لما لم يدخل للقرار بل لحاجة يقضيها و يرجع وعلينا أن نمكنه من الرجوع بشرطه لم يكن بالاستئمان ملتزما جميع أحكامنا في المعاملات بل ما يرجع منها الى تحصيل مقصده وهو حقوق العباد غير أنه لا بد من اعتباره ملتزما الانصاف وكف الاذى اذ قد التزمناه بامانه مثل ذلك والقصاص وحد القذف من حقوقهم فلزماه أما حد الزنا فخالص حق الله سبحانه وكذا المغلب في السرقة حقه لم يلتزمه وصاحبه تعالى منعنا من استيفائه عند اعطاء أمانه بخلاف المنع من شراء العبد المسلم والمصحف والاجبار على بيعهما فانه من حقوق العباد لان في استخدامه قهرا واذلالا للمسلم وكذلك في استخفافه بالمصحف والزنا مستثنى من كل عهودهم ولمحمد وهو الفرق بين المسلم أو الذمي اذا زنى بمستامنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل و بين المسلمة أو الذمية اذا زنت بمستامن حيث لا يجب الحد عنده عليهما أن الاصل في الزنا فعل الرجل والمرأة تبع لكونها محلا على

واذا دخل حربي دارنا بامان فزنى بذمية أو زنى ذمي بحربية الخ) الخلاف هنا في موضعين أحدهما أن الحربي والقصاص

(قوله لانه يعتقد اباحته) أقول ونحن مأمورون بتركهم وما يدينون (قوله قلت المعنى باعتقاد الاباحة الخ) أقول الاولى ان يجاب بان الكف عنهما داخل فيما التزمه لانا أعطينا الامان على ذلك ولا كذلك الشرب اذ لم يلتزمه كالذمي (قوله وقتل النفس والقذف حرام في دينهم) أقول ان أراد مطلقا فليس كذلك أو مقيدا فلا يفيد (قوله لانه لم يدخل الا طامعا الخ) أقول دليل على التزامه محقرق العباد

والقصاص وحد القذف من حقوق العباد) فكان داخلا في الانتصاف (وأما حد الزنا فمحض حق الشرع) فلا يكون داخلا فيه فلما فر غامن الجواب عن قول أبي يوسف شرع كل منهما في اثبات ماذهب اليه فقال محمد (الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له

والقصاص وحد القذف من حقوقهم أما حد الزنا فمحض حق الشرع ولمحمد رحمه الله وهو الفرق أن الاصل في باب الزنا فعل الرجل والمرأة تابعة له على ما نذكره ان شاء الله تعالى فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع أما الامتناع في حق التبع لا يوجب الامتناع في حق الاصل نظيره اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة وتمكين البالغة من الصبي والمجنون ولابي حنيفة رحمه الله فيه ان فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

ماسنذكره فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في التبع بخلاف امتناعه في التبع لا يوجب امتناعه في حق الاصل أي دليله اذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة يحد هو دونهما وفي تمكين البالغة الصبي أو المجنون لا تحد وتمكينها انما يوجب الحد عليها اذا مكنت من فعل موجبه وفعل الحربي ليس موجبا له فلا يكون تمكينها موجبا عليها ولابي حنيفة ان فعل المستأمن زنا لكونه مخاطبا بالحرمات كحرمة الكفر والزنا في حق أحكام الدنيا على ما هو المختار بخلاف قول العراقيين الا أنه امتنع حده لان اقامته بالولاية والولاية مندفعة عنه باعطاء الامان الا فيما التزمه من حقوق العباد فقد مكنت من فعل هو زنا لا قصور فيه وهو الموجب

المستأمن أو الحربية المستأمنة اذا زنيا لم يحدا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف رحمه الله حدا والثاني أن تمكين المسلمة أو الذمية من المستأمن يوجب الحد عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله لا يوجب أما الكلام في الاول فالاصل عند أبي يوسف رحمه الله ان كل الحدود تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الا حد الشرب وعندهما لا يقام على المستأمن شئ من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبتنى على الولاية والولاية تبتنى على الالتزام اذ لو ألزمنا عليه حكما بلا التزامه لادى الى تنفره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة تحمله الى ذلك على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم وأما في الثاني فالاصل أن الحد متى لم يجب على المرأة أصلا أو تعذر استيفاؤه لم يؤثر في حق الرجل اجماعا فاما اذا لم ينعقد فعل الرجل موجبا لم يجب عليها وان كان لا مانع منها وان كان فعله موجبا ولكن بطل الحد لمعنى لا يعدم وجوب الحد عليها عند أبي حنيفة رحمه الله وعند محمد رحمه الله يمنع لان فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع لانه الفاعل وهي محل الفعل والمحال في حكم الشروط فامتناع الحد في حق الاصل يوجب امتناعه في حق التبع لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد ومتى لم ينعقد فعله موجبا للحد فما مكنت من فعل موجب للحد فلا يحد وأما الامتناع في حق التبع لا يوجب امتناعه في حق الاصل نظيره زنى عاقل بالغ بصبية أو مجنونة فانه يحد البالغ لكونه أصلا وزنى صبي أو مجنون ببالغة عاقلة فانه لا تحد لكونها تابعة ولابي حنيفة رحمه الله أن فعل المستأمن زنا بدليل أنه لو قذفه قاذف بعد الاسلام لا يلزمه الحد فصارت هي زانية بالتمكين من الزنا بخلاف الصبي والمجنون فان فعلهما ليس بزنا شرعا حتى لو قذفهما قاذف بذلك الفعل بعد البلوغ والعقل يجب عليه الحد وهذا لانه مخاطب بالحرمات وان لم يخاطب باداء ما يحتمل السقوط من العبادات ألا ترى أن الذمي يلزمه الحد ولا يجب قبل الخطاب فثبت أن الكفر لا يمنع من الخطاب بالحرمات وانما لم يقم عليه الحد لفقد شرط الولاية وهو الالتزام لا لخلل في فعله فصار كأنه زنى ثم غاب والمرأة تابعة في نفس الفعل دون حكم الفعل ألا ترى أن الرجل اذا لم يكن محصنا والمرأة محصنة يجلد الرجل ولا ترجم المرأة ولا يصير ذلك شبهة في حقها بخلاف الصبي والمجنون لانهما لا يخاطبان فلم يكن فعلهما زنا (قوله لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح) وان لم يكن مخاطبا بالشرائع واسم الحرمات يتناول المناهي نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ويتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان والصلاة والصوم فان الكفار مخاطبون بالعبادات من

على ما بأتي فامتناع الحد في حق الاصل) فيما اذا زنى الحربي بذمية (يوجب امتناعه في حق التبع) والا لا يكون تبعا فكان خلفا (وأما الامتناع في حق التبع) فيما اذا زنى الذمي بحربية (فلا يوجب امتناعه في حق الاصل) والا لكان مستتبعا فكان أصلا والفرض انه تبع وذلك خلف باطل (نظير ذلك اذا زنى البالغ بصبية أو مجنونة) فانه يحد البالغ دونهما لان الامتناع في حق التبع لا يستلزمه في حق الاصل (وتمكين البالغة من الصبي والمجنون) فانه لا يجب الحد عليهما لان الامتناع في حق الاصل يستلزمه في حق التبع (ولابي حنيفة ان فعل الحربي المستأمن زنا حقيقة لانه مخاطب بالحرمات على ما هو الصحيح وان لم يكن مخاطبا بالشرائع

(قوله وحد القذف من حقوق العباد) أقول أي في حقهم قال المصنف (ولابي حنيفة فيه أن فعل الحربي المستأمن زنا لانه مخاطب بالحرمات) أقول قال الشارح المراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهي فان الكفار مخاطبون بالعبادات

 من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم انتهى وفي النهاية الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة والزكاة قال الله تعالى ما سلككم في سقر قالوا لم نك من المصلين الآية وقال فيه الحرمات تتناول المنهي نحو قوله تعالى ولا تقربوا الزنا وقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وتتناول ترك الاوامر من نحو ترك الايمان وترك الصلوات

على أصلنا) ولهذا لو قذفه فاذف به بعد الاسلام لم يلزمه الحد الا أنه لا يقام عليه الحد لوجوب تبليغه مامنه بقوله تعالى ثم أبلغه مامنه واذا كان كذلك كان تمكين المرأة منه زنا لان التمكين من فعل الزنا زنا يوجب الحد لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا فيجب الحد عليها لوجود المقتضى وانتفاء المانع بخلاف الحربى لتحقق المانع (٥٠) وهو تبليغه مامنه والمراد بالحرمات ترك الامتثال بالاوامر والانتهاء عن النواهى

على أصلنا والتمكين من فعل هو زنا موجب للحد عليها بخلاف الصبى والمجنون لانهما لا يخاطبان ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد رحمة الله تعالى عليه لا تحد قال (واذا زنى الصبى أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها) وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى يجب الحد عليهما وهو رواية عن أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه (وان زنى صحيح بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة) وهذا بالاجماع لهما أن العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله ولنا أن فعل الزنا يتحقق منه وانما هى محل الفعل ولهذا يسمى هو

للحد عليها وصار كما لو مكنت مسلما فهرب تحد هى لان المانع خصه وتبعيتها فى الفعل لا فى حكمه بخلاف تمكينها صبيا أو مجنونا لانهما لما لم يخاطبا لم يكن فعلهما زنا فلم تمكن من الزنا ونظيره لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة عند أبى حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد (قوله واذا زنى الصبى أو المجنون بامرأة طاوعته فلا حد عليه ولا عليها وقال زفر والشافعى يجب الحد عليهما وهو) أى قول زفر والشافعى (رواية عن أبى يوسف) وهو قول مالك وأحمد (وان زنى صحيح) أى عاقل بالغ (بمجنونة أو صغيرة يجامع مثلها حد الرجل خاصة وهذا بالاجماع لهما ان العذر من جانبها لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) لا يوجب سقوطه من جانبها (وهذا لان كلا منهما مؤاخذ بفعله وقد فعلت ما هى به زانية لان حقيقة زناها انقضاء شهوتها بآلته وقد وجد ألا يرى أنه سبحانه وتعالى سماها زانية وهو ليس الا بذلك ويدل على أنها زانية حقيقة كونها يحد قاذفها فلو لم يتصور زناها لم يحد قاذفها كالمجبوب (ولنا أن فعل الزنا انما يتحقق منه) لان أهل اللغة أخذوا جنس تعريفه وطء الرجل فكانت خارجة (وانما هى محل ولهذا يسمى هو

حيث الترك ولهذا يعاقب بترك الصلاة قال الله تعالى ما سلككم فى سقر قالوا لم نك من المصلين الآية قيل فى التفسير من المسلمين المعتقدين فرضية الصلاة وقال تعالى وويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة أى يقرون بها وهذا معنى قولنا ان الخطاب يتناولهم فيما يرجع الى العقوبة فى الآخرة فاما فى وجوب الاداء فلا يعاقبون فى أحكام الدنيا ومذهب العراقيين من مشايخنا أن الخطاب متناول لهم أيضا والاداء واجب عليهم فانهم لا يعاقبون على ترك الاداء اذا لم يكن الاداء واجبا عليهم فظاهر ما تلونا يدل على أنهم يعاقبون فى الآخرة على الامتناع من الاداء فى الدنيا ولان الكفر رأس المعاصى فلا يصلح سببا لاستحقاق التخفيف به ومعلوم أن سبب الوجوب متقرر فى حقهم وشرط وجوب الاداء التمكن منه وذلك غير منعدم فى حقهم وصلاحية الذمة لثبوت الواجب فيها بسببه موجود فى حقهم فلو سقط الخطاب بالاداء كان ذلك تخفيفا والكفر لا يصلح سببا لذلك ولا معنى لقول من يقول ان التمكن من الاداء على هذه الصفة لا يتحقق حتى لو أدى لم يكن معتدا به لانه متمكن من الاداء بشرط أن يقدم الايمان والخطاب به ثابت فى حقه فهو نظير الجنب والمحدث يتمكن من أداء الصلاة بشرط الطهارة وهو مطالب بذلك فيكون متمكنا من أداء الصلاة ويتوجه عليه الخطاب بادائها مع انعدام التمكن من الاداء باصراره على الكفر وهو جان فى ذلك فيجعل التمكن قائما حكما اذا كان انعدامه بسبب جنايته ألا ترى أن زوال التمكن بسبب السكر لا يسقط الخطاب وكذلك انعدام التمكن بسبب الجهل اذا كان عن تقصير منه لا يسقط الخطاب باداء العبادات فسبب الكفر أولى ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات (قوله على أصلنا) اشارة الى قول بعض أصحابنا

فان الكفار مخاطبون بالعبادات من حيث الترك تضعيفا للعذاب عليهم (قوله على ما هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا العراقيين فانهم قالوا بكونهم مخاطبين بالشرائع كلها بالعبادات والحرمات والمعاملات وقوله (وان لم يكن مخاطبا بالشرائع على أصلنا) اشارة الى قول بعض أصحابنا فانهم قالوا الكفار غير مخاطبين بالشرائع قال شمس الائمة ومشايخ ديارنا يقولون انهم لا يخاطبون باداء ما يحتمل السقوط من العبادات وقوله (بخلاف الصبى والمجنون) جواب عن مستشهد محمد على أن سقوط الحد من الاصل يوجب السقوط من التبع ووجه ذلك أن هذا ليس نظير ما نحن فيه لان الصبى والمجنون لا يخاطبان فلا يكون فعلهما زنا والتمكين من غير الزنا ليس بزنا فلا يوجب الحد والحربى مخاطب ففعله زنا والتمكين من الزنا زنا يوجب الحد (ونظير هذا الاختلاف اذا زنى المكره بالمطاوعة تحد المطاوعة عنده وعند محمد لا تحد قال (واذا زنى الصبى أو المجنون) صورة هذه المسئلة ظاهرة وقول زفر والشافعى قياس أحد الجانبين

واطئا بالآخر قالا (العذر من جانبها) كما فى صورة الاجماع (لا يوجب سقوط الحد من جانبه فكذا العذر من جانبه) وهو فى الصورة المختلف فيها لا يوجب سقوطه من جانبها) والجامع أن كلا منهما مؤاخذ بفعله ودليلنا ظاهر مما ذكرنا آنفا لمحمد فلا حاجة الى التكرار

والصول انتهى (قوله وقوله على ما هو الصحيح احتراز عن قول بعض مشايخنا رحمهم الله) أقول فيه بحث اذ ليس فى قول المصنف لانه مخاطب

والمعترض عليه من وجهين أحدهما ان مجرد الحصنة يجب الرجم عليها وان لم يجب على الرجل فعدم الرجم على الاصل لا يوجب عدمه على التبع فليكن نفس الحد كذلك والثاني أن الصبي أو المجنون اذا زنى بالمطاوعة ينبغي أن يجب المهر عليه لان الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين اما الحد أو المهر وقد أورد في الذخيرة أنه لا يجب عليه المهر فيما اذا طاوعته المرأة وأجيب عن الاول بانه لا يلزم من احصان الزاني احصان الزانية لان الاحصان موقوف على شرائط أخر ويلزم من تحقيق فعل الزنا منه تحقيقه منها بسبب التمكين لان تمكينها سبب لفعل الرجل فيقام السبب مقام المسبب في حقها وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر على الصبي فيما اذا طاوعته لخلا الايجاب عن الفائدة لان لولي الصبي الرجوع عليها في الحال بمثل ذلك لانها لما طاوعته صارت آمرة للصبي بالزنا معها وقد لحقه بذلك غرم وصح الامر

واطئا وزانيا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كالراضية في معنى المرضية أو لكونها مسببة بالتمكين فتعلق الحد في حقها بالتمكين من قبيح الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه وموثم على مباشرته وفعل الصبي ليس بهذه الصفة فلا يناط به الحد

واطئا وزانيا وهي موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول باسم الفاعل كعيشة راضية وماء دافق) أي مرضية ومدفوق (أو لكونها مسببة) لزنا الزاني (بالتمكين فتعلق الحد حينئذ في حقها بالتمكين) من فعل هو زناها والزنا فعل من هو منهي عنه آثم به (وفعل الصبي ليس كذلك فلا يناط به الحد) وعلى هذا الوقف انها بالتمكين زانية حقيقة لغة لا يضرنا لانها انما تسمى زانية حقيقة بالتمكين مما هو زنا وهو منتف من الصبي والمجنون فان قيل كيف يتصور أن يطلق عليها زانية حقيقة مع انه لا شك انه يطلق عليها مزنى بها حقيقة فيلزم كون اطلاق اسم الفاعل والمفعول بالنسبة الى فعل واحد لشخص واحد حقيقة وهو باطل فالجواب بانه انما يبطل لو كان من جهة واحدة وهو منتف فان تسميتها زانية باعتبار تمكينها طائعة لقضاء شهوتها من فعل هو زنا ومزنية باعتبار كونها محلا للفعل الذي هو زنا فلا ومنع وقيل بل ترتب الحد انما هو على تمكينها من الوطء المفضي الى اشتباه النسب وتضييع الولد وهو المعنى المحرم للزنا سواء وقع زنا أولا فالجواب أن تسميتها زانية حقيقة أو مجازا كونه بالتمكين من الزنا أنسب من كونه بما ليس زنا ولو لم يلزم جاز كونه لكل منهما فدار تمكينها الصبي والمجنون بين كونه موجبا للحد وكونه غير موجب فلا يكون موجبا لوجوب الدرء في مثله بذلك لكن بقي أن يقال كون الزنا في اللغة هو الفعل المحرم ممن هو مخاطب ممنوع بل ادخال الرجل قدر حشفته قبل مشتهاة حالا أو ماضيا بلا ملك وشبهة وكونه بالغا عاقلا لاعتباره موجبا للحد شرعا فقد مكنت من فعل هو زنا لغة وان لم يجب على فاعله حد والجواب أن هذا يوجب التفصيل بين تمكينها صبيا فلا حد ومجنونا فحد لان قولهم وطء الرجل يخص البالغ لكن لا قائل بالفصل والذي يغلب على الظن من قوة كلام أهل اللغة أنهم لا يسمون فعل المجنون زنا ولو احتمل ذلك والموضع موضع احتياط في الدرء لا في الايجاب فلا تحد به والله أعلم ومما ذكرناه يندفع ما قيل لو كان تمكين المرأة صبيا أو مجنونا يمنع الحد عنها لاستفسر رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية حين أقرت بالزنا هل زنى بك مجنون أو صبي كما انه استفسر ماعزا فقال أبك جنون حين كان جنونه يسقط عنه الحد لانها لما قالت زنيت فقد اعترفت بتمكين غير صبي ومجنون فلا معنى لاستفسارها عن ذلك بخلاف ماعز فانه استراب أمره على ما تقدم ولذا لم يسأل الغامدية أبك جنون مع انها مثل ماعز في سقوط الحد بجنونها وأوردت أنه ينبغي ان يجب العقر على الصبي والمجنون لان الوطء في غير الملك لا يخلو عن أحد هما اما العقر وهو مهر المثل أو الحد كما لو زنى الصبي بصبية أو مكرهة يجب عليه المهر وهنا لا يجب أجيب بالفرق وهو أن الايجاب عليه هنا لا فائدة فيه لانا لو أوجبنا عليه لرجع ولي الصبي على المرأة لانها لما طاوعته صارت آمرة له بالزنا معها وقد لحق الصبي غرم بذلك الامر وصح الامر منها ولا يتهما على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما لو كانت مكرهة أو صبية لا يرجع ولي الصبي على المرأة لعدم صحة أمرها لعدم ولايتها وفي المكرهة عدم الامر أصلا فكان الايجاب مفيدا وأما ايراد أن القاعدة ان

بالحرمات ما يدل على قصر الخطاب بها حتى يصح الاحتراز بقوله على ما هو الصحيح عن قولهم يحصل بقوله على أصلنا فليتأمل (قوله واعترض عليه من وجهين أحدهما الخ) أقول في توجيه هذا الاعتراض على قانون المناظرة تأمل فان ظاهره منع المقدمة التي استدل عليها بلا تعرض لدليله وذلك لا يجوز (قوله والثاني أن الصبي الخ) أقول لعل الاعتراض الثاني نقض باستلزامه خلاف ما تقرر عندهم من أن الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين أو معارضته وعليك بالتأمل في

الكفار غير مخاطبين بالشرائع عندنا وعند الشافعي رحمه الله مخاطبون بها بناء على أن الشرائع عنده من نفس الايمان وهم مخاطبون بالايمان فيخاطبون بالشرائع وعندنا الشرائع ليست من نفس الايمان وهم وان كانوا مخاطبين بالايمان فلا يخاطبون بالشرائع (قوله وفعل الصبي ليس بهذه الصفة) فلم تمكن المرأة

التوجيه (قوله لان الوطء لا يخلو الخ) أقول أي في دار الاسلام (قوله لا يلزم من احصان الزاني) أقول الاظهر أن يقول لا يلزم من عدم احصان الزاني عدم احصان المزنية ويلزم من عدم تحقق الزنا من الواطئ عدم تحققه من الموطوءة لانها تابعة له فيه كما حقق ولا تبعية في الاحصان كما لا يخفى (قوله وعن الثاني بانا لو أوجبنا المهر الخ) أقول خلاصة الجواب تخصيص قولهم الوطء لا يخلو عن أحد الموجبين ومنع عمومه كما لا يخفى

قال (ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه) وكان أبو حنيفة يقول أولا يحد وهو قول زفر لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الطواعية ثم رجع عنه فقال لا حد عليه لان سببه المجيء قائم ظاهرا والانتشار دليل متردد لانه قد يكون غير قصد لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يحد لان الاكراه عندهما قد يتحقق من غير السلطان لان المؤثر خوف الهلاك وانه يتحقق من غيره وله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لتمكنه من الاستعانة بالسلطان أو بجماعة المسلمين ويمكنه دفعه بنفسه بالسلاح والنادر لا حكم له فلا يسقط به الحد بخلاف السلطان لانه لا يمكنه الاستعانة بغيره ولا الخروج بالسلاح عليه فافترقا (ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة انه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا

كلها انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاوعة والمستامن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع بمقتضى الدليل فلا حاجة الى الايراد ثم تكلف الدفع (قوله ومن أكرهه السلطان حتى زنى فلا حد عليه وكان أبو حنيفة أولا يقول يحد وهو قول زفر) وهو قول أحمد (لان الزنا من الرجل لا يتصور الا بعد انتشار الآلة وهذا آية الطواعية) فاقترن بالاكراه ما ينفيه قبل تحقق الفعل المكره عليه بحيث كان حال فعله اياه غير مكره فبطل أثر الاكراه السابق ووجب الحد بخلاف اكراه المرأة على الزنا فانه بالتمكين وليس مع التمكين دليل الطواعية فلا تحد اجماعا (ثم رجع أبو حنيفة فقال لا يحد الرجل المكره أيضا لان السبب المجيء الى الفعل قائم ظاهرا) وهو قيام السيف ونحوه والانتشار لا يستلزم الطواعية بل هو محتمل له اذ يكون معه ويكون طبعا لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل الى الحجر حتى يوجد من النائم ولا قصد منه فلا يترك أثر اليقين وهو الاكراه الى المحتمل (فان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة) لعدم تحقق الاكراه من غيره فكان مختارا في الزنا وكذا عند زفر وأحمد لانه وان تحقق الاكراه من غير السلطان عندهما لكن قالا الانتشار دليل الطواعية فقالا يحد (وقال أبو يوسف ومحمد لا يحد لتحقق الاكراه من غير السلطان) والانتشار لا يستلزم الطواعية الى آخر ما ذكرناه آنفا قال المشايخ وهذا اختلاف عصر وزمان ففي زمن أبي حنيفة ليس لغير السلطان من القوة ما لا يمكن دفعه بالسلطان وفي زمنهما ظهرت القوة لكل متغلب فيفتي بقولهما وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعده به (قوله ومن أقر أربع مرات الخ) هذا على وجهين أحدهما ان يقر الرجل في اربعة مجالس أنه زنى بفلانة حتى كان اقراره موجبا للحد وقالت هي بل تزوجني أو أقرت هي كذلك بالزنا مع فلان وقال الرجل بل تزوجتها يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وبتقدير صدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا حد وبتقدير كذبه لا نكاح فيجب الحد فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بان لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنهما مع ثبوت

من المرأة لان لها ولاية على نفسها فلا يفيد الايجاب بخلاف ما اذا كانت مكرهة أو صبية فان المكرهة ليست بآمرة والصبية لا يصح أمرها لعدم ولايتها على نفسها فكانت بمنزلة المكرهة فايجاب المهر كان مفيدا اثمه اذ ليس لولي الصبي حينئذ أن يرجع عليها بمثل ذلك وقوله (ومن أكرهه السلطان الخ) ظاهر

(قوله فلا يفيد الايجاب) أقول أي ايجاب المهر (قوله اذ ليس لولي الصبي الخ) أقول وكذا الحال في المجنون والشراح كلهم قصروا حيث لم يتعرضوا لحال المجنون ببنت شفة مع انه مذكور في السؤال أيضا (قال المصنف لان الانتشار قد يكون طبعا لا طوعا كما في النائم فاورث شبهة) أقول أي للحاكم وهذه غير داخلة في الشبهة المنقسمة الى القسمين اذ المراد منها كان شبهة الوطء

مزنيا بها كالمضروب والمقتول انما يتصف بهذا الوصف اذا كان الفعل الواقع عليه ضربا وقتلا وفعل الصبي والمجنون لا يكون زنا ولا يكون موصوفا بالحرمة وان كانا ممنوعين عن ذلك كي لا يتخلقا بذلك لان الحرمة انما تثبت بالنهي ولا نهي في حقهما فثبت في حق المرأة شبهة الاباحة وان كان حراما والحد يدرأ بالشبهات وان كان الرجل بالغا عاقلا ففعله يكون زنا والمرأة وان كانت مجنونة أو صبية يكون مزنيا بها لوقوع فعل الزنا عليها وان لم تكن معاقبة بعد أن يكون المحل صالحا لوقوع فعل الزنا فيه (قوله وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله) قالوا هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فالسلطان كان في زمنه له قوة وغلبة بحيث لا يتجاسر أحد على اكراه غيره وفي زماننا ظهرت القوة أيضا لكل متغلب فيتحقق الاكراه من غير السلطان فافتى كل منهم بما عاين وفي زماننا ظهرت القوة أيضا لكل متغلب فيفتي

وقوله (وعليه المهر في ذلك) يعني في كلتا الصورتين دعوى الرجل النكاح ودعواه المرأة فان قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر وهي منكرة للنكاح أجيب بان النكاح يقوم بالطرفين والزوج يدعي النكاح فبدعواه النكاح انتفى الحد عنه في هذا الوطء لانه في دعواه اما أن يكون مصدقا أو مكذبا فان كان الاول أثبت النكاح حقيقة وان كان الثاني فاحتمال الصدق قائم لاحالة والاحتمال في باب الحدود ملحق باليقين احتيالا للدرء فيسقط الحد وسقوطه يستلزم وجوب المهر لان الوطء لا يخلو عن غرامة أو عقوبة فاذا تحقق الملزوم بدون اختيارها تحقق اللازم كذلك فيثبت لها المهر وان ردته وقوله (ومن زنى بجارية فقتلها فانه يحد وعليه القيمة) انما وضع المسئلة في الجارية وان كان هذا الحكم وهو وجوب الحد مع الضمان لا يتفاوت بين الحرة والجارية فانه لو فعل ذلك مع الحرة وجب عليه الحد والدية على العاقلة لما أن شبهة عدم وجوب الحد عند

حد عليه وعليه المهر في ذلك) لان دعوى النكاح يحتمل الصدق وهو يقوم بالطرفين فاورث شبهة واذا سقط الحد وجب المهر تعظيما لخطر البضع (ومن زنى بجارية فقتلها فان يحد وعليه القيمة) معناه قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمه

الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقر اوعقر فلزم لها المهر وان ردته الا أن تبرئه منه واعلم أن وجوب المهر هو فيما اذا كانت الدعوى قبل أن يحد المقر فان حد ثم ادعى الآخر النكاح لا مهر لان الحد لا ينقض بعد الاقامة ثانيهما أن يقر أربعا كذلك انه زنى بفلانة وقالت فلانة ما زنى بي ولا أعرفه أو أقرت هي بالزنا أربع مرات مع فلان وقال فلان ما زنيت بها ولا أعرفها لا يحد المقر بالزنا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي وأحمد يحد المقر لان الاقرار حجة في حق المقر وعدم ثبوت الزنا في حق غير المقر لا يورث شبهة العدم في حق المقر كما لو كانت غائبة وسماها ولابي حنيفة أن الحد انتفى في حق المنكر بدليل موجب للنفي عنه فاورث شبهة الانتفاء في حق المقر لان الزنا فعل واحد يتم بهما فان تمكنت فيه شبهة تعدت الى طرفيه وهذا لانه ما أقر بالزنا مطلقا انما أقر بالزنا بفلانة وقد درأ الشرع عن فلانة وهو عين ما أقر به فيندرئ عنه ضرورة بخلاف ما لو أطلق فقال زنيت فانه وان احتمل كذبه لكن لا موجب شرعي يدفعه وبخلاف ما لو كانت غائبة لان الزنا لم ينتف في حقها بدليل يوجب النفي وهو الانكار حتى لو حضرت وأقرت أربعا حدت فظهر أن الغيبة ليست معتبرة بل الاعتبار للانكار وعدم معرفته فاذا أنكرت ثبتت شبهة يدرأ بها الحد عنه واذا لم يعلم انكارها فلا شبهة فيحد فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد على الرجل في هذه الصورة عندهما كما في صورة دعوى النكاح لان الحد لما سقط بانكار وصف الفعل وهو الزنا كما في المسئلة السابقة بدعوى النكاح فانكار أصل الفعل أولى قلنا خصا تلك المسئلة بوجوب الحد على الرجل لحديث سهل بن سعد فانه روى أن رجلا أقر بالزنا أربعا بامرأة فانكرت فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وفي شرح الطحاوي ولو لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل القذف يحد حد القذف ولا يحد حد الزنا (قوله ومن زنى بجارية فقتلها) أي بفعل الزنا (فانه يحد وعليه قيمتها) وانما قيد بالجارية لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحدا تفاقا ويجب عليه الدية وقوله

بقولهما (قوله وعليه المهر في ذلك) فان قيل ينبغي أن لا يجب المهر فيما اذا أقرت المرأة بالزنا لانها تنفي وجوب المهر فكيف وجب لها المهر بزعمها أنها زانية ولا عقر لها قلنا اذا سقط الحد بدعوى النكاح من

أداء الضمان انما ترد في حق الجارية لا في حق الحرة لان الامة تصلح أن تكون ملكا للزاني عند أداء الضمان بشبهة ان لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد كما اذا زنى بها فاذهب عينها وهو وجه قول أبي يوسف في هذه المسئلة

(قوله فاذا تحقق الملزوم) أقول يعني سقوط الحد (قال المصنف فيوفر على كل واحد منهما حكمه) أقول ذكر واحدا وضمير حكمه على تاويل الجناية بالتعدي أو لان الجنايتين هنا الزنا والقتل قال العلامة الزيلعي لا يقال انها لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا ويسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا

نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين الزنا والقتل فصار كمن شرب خمرا ذمي فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا انتهى وأجاب في النهاية أيضا بان الوطء غير موضوع لازهاق الروح فلما وجد في المحل الخالي عن أحد الملكين كان زنا عند وجوده ولا ينقلب قتلا اذا اتصل به الموت بخلاف القطع لانه سبب للموت لكونه جرحا والجرح سبب للموت فاذا اتصل به الموت صار قتلا من الابتداء لكونه علة العلة كما في الرمي كان قتلا من وقت الرمي اذا اتصل به زهوق الروح وان تخللت الوسائط لكونه موضوعا للقتل فعلم الزنا ههنا لما لم يكن موضوعا للقتل لم يصر قتلا من الابتداء لعدم صلاحية الاضافة اليه وان صار سببا هنا باعتبار اتفاق الحال ولذلك لم يمتنع وجوب الحد باعتبار وجوب القيمة انتهى والتعويل عندي على جواب الزيلعي

وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة سبب لملك الامة فصار كما اذا اشتراها بعد ما زنى بها وهو على هذا الاختلاف واعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوطه كما اذا ملك المسروق قبل القطع

(وعن أبي يوسف انه لا يحد) ذكره بلفظ عن ليفيد انه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الامالي ان هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لا حد عليه وحيث نقل قول خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول لمحمد فيها وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد لانه لو قال لا قول له بان توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا ينقله هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما انه ضمان قتل وجه قول أبي يوسف انه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة على الزاني بسبب أن قتله سبب لملك الامة واذا ملكها قبل اقامة الحد سقط الحد كما لو ملك السارق المسروق قبل القطع حيث يسقط بخلاف الحرة لانها لا تملك بالضمان وعلى هذا قال فيما لو زنى بها ثم قتلها أو ملكها بالفداء بان زنى بجارية حنت عليه فدفعت اليه بالجناية أو بالشراء أو النكاح انه لا يحد في ذلك كله وعند أبي حنيفة يحد في الكل وقال أبو يوسف بالدفع يثبت الملك مستندا وكذا اذا ملكها بالشراء أو النكاح لان اعتراض سبب الملك قبل اقامة الحد يسقط الحد على ما ذكرنا ولابي حنيفة انه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم حتى وجب في ثلاث سنين على العاقلة ولا تجب بالغة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك المال والدم ليس بمال ثم تنزل فقال ما حاصله انه لو فرض ان الضمان يوجب الملك لكان يوجبه في العين القائمة لانه يثبت بطريق الاستناد والاستناد انما يظهر في القائم دون الفائت ومنافع البضع التي استوفيت فائتة وليس محلها وهو العين فانما يثبت شبهة قيام المنافع فتثبت شبهة ملكها فلم يظهر الملك فيها ولا شبهته فلم يكن كالمسروق ولم يفد الملك السبب عن الضمان ملك تلك المنافع ليسقط الحد بخلاف السرقة فان شرط اقامة حد السرقة الخصومة وبالهبة انقطعت بخلاف حد الزنا فبطل القياس وما ل هذا التقرير الى أن الثابت بهذا الضمان شبهة شبهة ملك تلك المنافع لان الثابت شبهة ملك العين لا حقيقته وبحقيقته تثبت شبهة ملك المنافع فاذا كان الثابت شبهة ملك العين فهو شبهة شبهة ملك المنافع وشبهة الشبهة غير معتبرة وحاصل التقرير أن أبا يوسف أثبت شبهة ملك المنافع المستوفاة ونحن نفيناه وليس أحد يثبت بالضمان حقيقة ملك المنافع وعلى الوجه الذي قررناه بقليل تأمل يظهر ما في تقرير المصنف للتنزل من التساهل وبالوجه الذي قررناه يتضح حسن اتصال قوله (بخلاف ما اذا زنى بها فاذهب عينها حيث يجب عليه قيمتها ويسقط به الحد لان الملك ثمة يثبت في الجثة العمياء وهي عين فاوريت شبهة) أي في ملك المنافع تبعا فيندرئ عنها الحد ما ههنا فالعين فائتة بالقتل فلا تملك بعد الموت ولا يقال هذا التمليك بطريق الاستناد فلا يضره انتفاء المملوك لانا نقول المستند يثبت أولا ثم يستند فاستدعى ثبوت المحل حال الاولية وهو منتف وثمرته أن الثابت في المنافع شبهة الشبهة على ما ذكرنا فان قيل ينبغي أن لا يجب الحد ولو تم ملك المقتول لان بعض القيمة لا بد أن يصير بازاء منافع البضع التي يجب الحد لاجلها فيجب أن لا يحد والاوجب ضمانان بازاء مضمون واحد أجيب بانه لما لم يوضع الفعل للقتل كان أوله جراحة اندملت ثم حدث القتل فكان الضمان كله بازائه وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد بالاتفاق

وقوله (وهو على هذا الاختلاف) أي شراء الجارية بعد الزنا بها قبل اقامة الحد على هذا الاختلاف عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فكان رد المختلف الى المختلف لكن الخلاف في المشتراة بعد الزنا مذكور في ظاهر الرواية بخلاف ما نحن فيه

لو جل وجب العقر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة

(ولهما ان هذا الضمان ضمان قتل وضمان القتل لا يوجب الملك لانه ضمان دم) والدم مما لا يملك ويمكن ان يقرر هكذا لانه ضمان
دم وضمان الدم يجب بعد الموت والموت ليس بمحل للملك وقوله (ولو كان يوجبه) يعني سلمنا ان ضمان القتل يوجب الملك لكن انما يوجبه في
العين كما ذكرتم في هيئة المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت وتلاشت فلم تكن قابلة للملك حالة الضمان ولا مستندة لان المستند
لا يظهر في حق المعدوم والمنافع المستوفاة معدومة قيل فليكن الملك ثابتا بطريق التبين لئلا يشترط الوجود كما في الحيض در في باب الحدود
وأجيب بان التبين انما يكون في حكم مغيا بغاية ينتظر الوصول اليها فان وصل حكم بثبوته والا فلا كما في الحيض وليس ما نحن فيه كذلك وقوله
(وهذا بخلاف ما اذا زنى بها) جواب لصورة يمكن ان يشتشهد بها أبو يوسف كما قدمناه وتقريره أن الزاني بالضمان

ولهما انه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ضمان دم ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين كما في هيئة
المسروق لا في منافع البضع لانها استوفيت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة
وهذا بخلاف ما اذا زنى بها فانه ذهب عينها حيث تجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك هنا لك يثبت في الجثة
العمياء وهي عين فاورث شبهة قال (وكل شئ صنعه الامام الذي ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه
يؤخذ به وبالاموال) لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره ولا يمكنه ان يقيم على نفسه لانه

(قوله وكل شئ فعله الامام الذي ليس فوقه امام) مما يجب به الحد كالزنا والشرب والقذف والسرقة (لا
يؤخذ به الا القصاص والمال) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤخذ به لان الحد حق الله تعالى وهو
المكلف باقامته وتعذر اقامته على نفسه لان اقامته بطريق الجزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه ولا
ولاية لاحد عليه ليستوفيه وفائدة الايجاب الاستيفاء فاذا تعذر لم يجب بخلاف حقوق العباد كالقصاص
وضمان المتلفات لان حق استيفائها لمن له الحق فيكون الامام فيه كغيره وان احتاج الى المنعة فالمسلمون منعته
فيقدر بهم على الاستيفاء فكان الوجوب مفيدا والمغلب في حد القذف حق الشرع فكان كبقية الحدود
وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضي والقضاء لتمكين الولي من استيفائه لا أنه شرط
وأورد عليه ما المانع من أن يولي غيره الحكم فيه بما يثبت عنده كما في الاموال غير أنه اذا صحت هذه الاستنابة
توجب عليه حق للعبد استوفاه العبد أو حق لله استوفاه ذلك النائب وقيل لا يخلص الا ان ادعى أن قوله
تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما يفهم أن المخاطب فيه بالجلد الامام أن يجلد غيره والله أعلم وقد

فاذا توهم النكاح وسقط الحد وجب العقر تعظيما لخطر المحل (قوله لانه ضمان دم) وهذا لان ضمان الدم
انما يجب من حيث انه آدمي لا من حيث انه مال فلا يكون سببا للملك ولان القيمة انما تجب بعد تقرر الجناية
بعد الموت وبعد الموت لم يبق الميت قابلا للتملك ولو كان يوجبه فانما يوجبه في العين لا في منافع البضع لانها
استوفت والملك يثبت مستندا فلا يظهر في المستوفى لكونها معدومة بخلاف ما اذا أذهب عينها بالزنا حيث
تجب عليه قيمتها ويسقط الحدان الملك هنا لك ثبت في الجثة العمياء وهو عين فاورث شبهة دارئة للحد اذ العين
باقية فامكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت فان الملك في الجارية المقتولة ضروري ليصير الضمان
ضمان معاوضة مع فوات المحل من وقت تحقق سبب الضمان فلا يظهر في المنافع المستوفاة ولان في الجارية
المقتولة بالزنا وجد الموجب للملك في الجارية وهو الضمان لا وجود الملك فيها حقيقة لعدم تصوره فلم
يثبت في الجارية المقتولة بذلك الا شبهة الملك وعند حقيقة الملك في الجارية العمياء يثبت في المنافع المستوفاة
منها شبهة الملك فعند شبهة الملك في نفس الجارية المقتولة تنزل الشبهة في المنفعة الى شبهة الشبهة والشبهة هي
المعتبرة دون النازل عنها (قوله ولا يمكنه أن يقيمه على نفسه) لانه لا يفيد لان فائدة اقامة الزجر والزجر

يؤخذ به وبالاموال لان الحدود حق الله تعالى واقامتها اليه لا الى غيره) قال صلى الله عليه وسلم أربع الى الولاة وعد منها اقامة الحدود وكلامه
واضح وأما حد القذف فالمغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى ولقائل أن يقول لو كان المغلب فيه حق الشرع
لوجب أن لا يحد المستأمن اذا قذف كما لو زنى وقد تقدم أنه يحد لانه حق العبد والجواب أن حد القذف يشتمل على الحقين لاحالة فيعمل
بكل منهما بحسب ما يليق به وما يليق بالحربي أن يكون حق العبد لامكان الاستيفاء وما يليق بالامام أن يكون حق الله تعالى لانه ليس فوقه

ملك الجثة العمياء لكونها
قابلة للملك اذ هي موجودة
فتورث الشبهة وهذا الجواب
انما يستقيم على أصل
الجواب دون التنزل ولقائل
ان يقول الملك يثبت في الجثة
العمياء مستندا فلا يظهر
في المستوفى أعني المنافع
لكونها معدومة وأما اذا
نظرت الى أصل الجواب وهو
قوله به ضمان قتل فلا
يوجب الملك لانه ضمان دم
وهو ليس بعين تملك فانه
صحيح ويجوز أن يقال بالنظر
الى التنزل أيضا بان الملك
وان كان ثابتا فيه أيضا لكن
فيه شبهة العدم
فتكون في المنافع شبهة
الشبهة وهي غير معتبرة ولا
كذلك في الجثة العمياء
لثبوت الملك فيها حقيقة
فيكون في المنافع الشبهة وهي
معتبرة لكن ليس في كلام
المصنف ما يشير الى هذا أصلا
(وكل شئ صنعه الامام الذي
ليس فوقه امام) وفسره أبو
الليث بالخليفة (فلا حد
عليه الا القصاص فانه

(قوله لئلا يشترط الوجود) أقول حين التبين (قوله كما في الحيض الخ) أقول قد سبق في باب اليمين في العتق والطلاق (قال المصنف فاورث شبهة) أقول
أي شبهة تكون منافع البضع في ملكه وأما في محل النزاع ففي الملك أيضا شبهة فالثابت في المنافع شبهة الشبهة والاعتبار له (قوله وأما حد القذف فالمغلب

امام يستوفيه والله أعلم

يكون باحد شيئين لاغير وهما الشهادة والاقرار وأخر الشهادة ههنا عن الاقرار لقلة ثبوت الزنا بالشهادة وندرته حتى لم ينقل عن السلف ثبوت الزنا عند الامام بالشهادة اذ رؤية أربعة رجال عدول على الوصف المذكور كالميل في المكحلة كما في الكلاب في غاية الندرة قال (واذا شهد الشهود بحد متقادم ولم يكونوا بعيدين عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) وأعاد لفظ الجامع الصغير لاشتماله على زيادة ايضاح وهي تعديد ما يوجب الحد صريحا من السرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم كما لا يحد المشهود عليه لا تحد الشهود أيضا حد القذف في الشهادة بالزنا

فيه الخ) أقول وسيجيء في باب حد القذف

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(قوله قدذكرنا أن ثبوت الزنا) أقول في أوائل كتاب الحدود (قوله وأخر الشهادة ههنا) أقول أي فيما يتعلق بالرجوع والا ففي كتاب الحدود بين الشهادة أولا ثم الاقرار والرجوع عنه وأيضا الاقرار فعل الواحد والشهادة فعل المتعدد والواحد قبل المتعدد وايضا المباحث المتعلقة بالرجوع عن الشهادة كثيرة بخلاف الاقرار والاصل

لا يفيد بخلاف حقوق العباد لانه يستوفيه ولي الحق اما بتمكينه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين والقصاص والاموال منها وأما حد القذف قالوا المغلب فيه حق الشرع فحكمه حكم سائر الحدود التي هي حق الله تعالى والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة وفي الجامع الصغير واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة)

يقال أين دليل ايجاب الاستنابة والله سبحانه أعلم

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

قدم أن الحد يثبت بالبينة والاقرار وقدم كيفية الثبوت بالاقرار لان وجود ما ثبت منه بالبينة بالنسبة الى ما ثبت بالاقرار أندر لان در اضيق شروطه المقتضي لاعدامه وهو أن يرى ذكر الرجل في فرجها كالميل في المكحلة وأيضا لم يثبت قط الزنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمان وعلي بالبينة فانهم كلهم لم يحدوا الا بالاقرار فقدم ما يكثر وجوده وما كان الثبوت به عنده عليه الصلاة والسلام وعند الصحابة رضي الله عنهم (قوله واذا شهد الشهود بحد متقادم لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام لم تقبل شهادتهم الا في حد القذف خاصة) فقوله متقادم اسناده في الحقيقة الى ضمير السبب أي متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفته له في الحقيقة وقوله لم يمنعهم الخ جملة في محل جر لانها صفة للنكرة وهي حد والفاعل بعدهم ولا شك أنه لا يتعين البعد عذرا بل يجب أن يكون كل من نحو مرض أو خوف طريق ولو من بعد يومين ونحوه من الاعذار التي يظهر أنها مانعة من المسارعة ثم ذكر عبارة الجامع الصغير لاشتمالها على زيادات مفيدة وهي قوله (واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به وضمن السرقة) ثم قال فان أقر هو بعد حين بذلك أخذ به الا الشرب فانه لا يؤخذ بذلك في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ به كما يؤخذ بالسرقة والزنا ولا يخفى ما اشتمل عليه من الزيادات قال المصنف وغيره (والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي) وفي العبارة تساهل مشهور فان الذي يبطل بالتقادم الشهادة باسبابها ثم لا يجب الحد على الامام من الاصل لعدم الموجب والحاصل أن في الشهادة بالحدود القديمة والاقرار بها أربعة مذاهب الاول رد الشهادة بها وقبول الاقرار بما سوى الشرب وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف الثاني ردها وقبول الاقرار حتى بالشرب القديم كالزنا والسرقة وهو قول محمد بن الحسن الثالث قبولهما وهو قول الشافعي ومالك وأحمد الرابع ردهما نقل عن ابن أبي ليلى ولم يقل أحد بقلب قول محمد واستدل للشافعي والآخرين بالحاقه

باقامة الغير لا بفعل نفسه ولان اقامته بطريق الحزي والنكال ولا يفعل أحد ذلك بنفسه أو يقول أن الشرع ما جعل من عليه تائبا عنه فانعدم المستوفى فقلنا بانه لا يجب (قوله والقصاص والاموال منها) أي من حقوق العباد فبهذا يعلم أن اشتراط قضاء القاضي في القصاص لتمكين الولي من استيفائه لا أنه شرط لا يجوز بدونه والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها)

(قوله لم يمنعهم عن اقامته بعدهم عن الامام) هذا من صورة المسئلة لا من حكمها أي شهدوا بحد متقادم ولم يكونوا بعيدا عن الامام حتى لو كانوا بعيدا عن الامام فمنعهم عن أداء الشهادة بعدهم ثم شهدوا يقبل وان تقادم الزمان وانما أعاد لفظ الجامع الصغير في الكتاب لزيادة ايضاح في لفظه وهي تعديد ما يوجب الحد صريحا بالسرقة وشرب الخمر والزنا وزيادة لفظ الحين الذي استفاد منه بعض المشايخ قدر ستة أشهر في التقادم وزيادة اثبات الضمان في السرقة ثم ذكر في المبسوط لم أحد بشهادتهم المشهود عليه ولا أحدهم أيضا أي حد القذف في الشهادة بالزنا لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا (قوله

والاصل فيه أن الحدود الخالصة حقا لله تعالى تبطل بالتقادم خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبرها بحقوق العباد و بالاقرار الذي هو احدى الحجتين ولنا أن الشاهد مخير بين حسبتين أداء الشهادة والستر فالتاخير

بالاقرار لانهما حجتان شرعيتان يثبت بكل منهما الحد فكما لا يبطل الاقرار بالتقادم كذا الشهادة و بحقوق العباد ولنا وهو الفرق أن الشهادة بعد التقادم شهادة متهم وشهادة المتهم مردودة أما الكبرى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة خصم ولا ظنين أي متهم وذكر محمد عن عمر رضي الله عنه في الاصل أنه قال أيما شهود شهدوا على حد لم يشهدوا عند حضرته فانما شهدوا على ضغن فلا شهادة لهم وأما الصغرى فلأن الشاهد بسبب الحد مامور باحد أمرين الستر احتسابا لقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستره الله في الدنيا والآخرة مع ما قدمنا من الحديث في ذلك أو الشهادة به احتسابا بالمقصد اخلاء العالم عن الفساد للانزجار بالحد فاحد الامرين واجب مخير على الفور لحصال الكفارة لان كلا من الستر واخلاء العالم عن الفساد لا يتصور فيه طلبه على التراخي فاذا شهد بعد التقادم لزمه الحكم عليه باحد الامرين اما الفسق واما تهمة العداوة لانه ان حمل على أنه من الاصل اختار الاداء وعدم الستر ثم أخره لزم الاول أو على أنه اختار الستر ثم شهد لزم الثاني وذلك أنه سقط عنه الواجب باختيار أحدهما فانصرافه بعد ذلك الى الشهادة موضع ظن أنه تركه حدوث عداوة بخلاف الاقرار بالزنا والسرقة لا يتحقق فيه أحد الامرين من الفسق وهو ظاهر ولا التهمة اذ الانسان لا يعادي نفسه فلا يبطل بالتقادم اذ لم يوجب تحقق تهمة و بخلاف حقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فتاخير الشاهد لتاخير الدعوى لا يلزم منه فسق ولا تهمة وفي القذف حق العبد فتوقف على الدعوى كغيره فلم يبطل بالتقادم فان قيل لو كان اشتراط الدعوى مانعا من الرد بالتقادم لزم في السرقة أن لا ترد الشهادة بها عند التقادم لاشتراط الدعوى فيها لكنها ترد أجاب أولا بما حاصله أن السرقة فيها أمران الحد والمال فباعتبار جنب الى الحد لا تشترط فيه الدعوى لانه خالص حق الله تعالى و باعتبار المال تشترط والشهادة بالسرقة لا تخلص لاحدهما بل لا تنفك عن الامرين فاشترطت الدعوى للزوم المال لا للزوم الحد ولذا يثبت المال بها بعد التقادم لانه لا يبطل به ولا نقطعه لان الحد يبطل به و يدل على تحقق الامرين فيها أنه اذا شهدوا بها على انسان والمدعي غائب وهو صاحب المال يحبس المشهود عليه حتى يحضر المدعي لما فيه من حق الله تعالى وفي القذف لا يحبس المشهود عليه به حتى يحضر المدعي كما في حقوق العباد الخالصة وانما لا يقطع قبل حضوره لاحتمال أن يكون سرق ملكه الذي كان عنده أو ملكه اياه فلا بد من تضمن الشهادة بالسرقة الشهادة بملك المسروق منه والشهادة بالملك لانسان يتوقف قبولها على حضور المشهود له بالملك ودعواه فاذا أخر رددناه في حق الحد لا المال بل ألزمناه المال بخلاف ما اذا قال زنيت بفلانة أو قلبه وهي غائبة لا يدري جوابها يحد ولا يستأني بالحد لان الثابت هنا لشبهة الشبهة ولا تعتبر وفي السرقة لا تثبت أصلا الا بثبوت المال ولا يثبت المال بالشهادة الا بالدعوى وانما يحبس للتهمة كما تقدم ولان الثابت في غيبة المسروق منه الشبهة لان الثابت احتمال أن يقول هو ملكه وقوله هو ملكه ليس شبهة بل حقيقة المبرئ بخلاف دعواها النكاح مثلا لو حضرت لانه نفس الشبهة فاحتماله شبهة الشبهة والله أعلم وأجاب ثانيا بان بطلان الشهادة

خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبر الشهادة في الحدود بالاقرار في أن التقادم لا يمنع فيه وزفر رحمه الله فيه يعتبر الاقرار بالشهادة في أن التقادم يمنع من قبولها وفي المبسوط وان أقر بزنا قديم أربع مرات أقيم عليه الحد عندنا وقال زفر رحمه الله لا يقام اعتبارا لحجة الاقرار بحجة البينة فان الشهود كما ندبوا الى الستر فالمرتكب للفاحشة أيضا مندوب الى الستر على نفسه قال عليه السلام من أصاب من هذه القاذورات شيأ فليستتر بستر الله تعالى ولكنا نستدل بآخر الحديث حيث قال ومن أبدى لنا صفحته أقمنا عليه حد الله تعالى وهذا قد أبدى صفحته باقراره وان كان قد تقادم العهد والمعنى ماذكر في الكتاب (قوله وانما أن الشاهد مخير بين الحسبتين) أي بين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا عند الله والاسم الحسبة بالكسر وهي الاجر

لان عددهم متكامل والاهلية للشهادة موجودة وذلك يمنع أن يكون كلامهم قذفا وكلامه واضح ومعنى قوله مخير بين حسبتين أجرين مطلوبين له يقال احتسبت بكذا أجرا والاسم الحسبة بكسر الحاء وهي الاجر والجمع الحسب

(قال المصنف والاصل فيه أن الحدود الخالصة الى قوله هو يعتبرها بحقوق العباد والاقرار الخ) أقول أي بشهادتها فالمضاف مقدر بقرينة هو يعتبرها بالاقرار

وقوله (بخلاف حد السرقة) جواب عما يقال الدعوى شرط فى السرقة كما فى حقوق العباد ومع ذلك لو شهد الشهود بسرقة متقادمة لم تقبل فعلم بهذا أن قبول الشهادة فى حقوق العباد بعد التقادم لم يكن لاشتراط الدعوى ووجهه لانسلم أن الدعوى شرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر والدعوى ليست بشرط فيه وانما هى شرط للمال وهو حق العبد وقوله (ولان الحكم يدار) جواب آخر وتقريره أن المعنى المبطل للشهادة فى التقادم فى الحدود انما الخالصة حقا لله تعالى هو تهمة الضغينة والعداوة وذلك أمر باطن لا يطلع عليه فيدار الحكم على كون الحد حقا لله تعالى سواء وجد ذلك المعنى فى كل فرد أولا كما أدير الرخصة على السفر من غير توقف على وجود المشقة فى كل فرد من أفراده وقوله (ولان السرقة) جواب آخر ووجهه أن السرقة (تقام على الاستسرار) لانها توجد فى ظلم الليالى غالبا (على غفلة من المالك) فلا يكون المسروق منه عارفا بالشهادة حتى يستشهد بالشاهد

(قال المصنف وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا) أقول فيه بحث فان وجوب أداء الشهادة فى الحدود قد انتسخ فكيف يصير بالتاخير فاسقا وفى الكافى وشرح الزيلعى أيضا وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتاخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتاخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة فى حقوق العباد بعد طلب المدعى بلا عذر لا تقبل شهادته اه ولا يخفى عليك ان أداء الشهادة ليس بواجب هنا كما يدل عليه

ان كان لاختيار الستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة هيجته أو لعداوة حركته فيتهم فيها وان كان التاخير لا للستر يصير فاسقا آثما فتيقنا بالمانع بخلاف الاقرار لان الانسان لا يعادى نفسه فحد الزنا وشرب الخمر والسرقة خالص حق الله تعالى حتى يصح الرجوع عنها بعد الاقرار فيكون التقادم فيه مانعا وحد القذف فيه حق العبد لما فيه من دفع العار عنه ولهذا لا يصح رجوعه بعد الاقرار والتقادم غير مانع فى حقوق العباد ولان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم بخلاف حد السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد لانه خالص حق الله تعالى على ما مر وانما شرطت للمال ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة فى كل فرد ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك

بالتقادم لما كان للتهمة فى حقوق الله سبحانه فاقيم التقادم فى حقوق الله مقامها فلا ينظر بعد ذلك الى وجود التهمة وعدمها كالرخصة لما كانت للمشقة وهى غير منضبطة أدير على السفر فلم يلاحظ بعد ذلك وجودها ولا عدمها فترد بالتقادم ولا يخفى أن رد الشهادة بالتقادم ليس الا لاتهمة ومحل التهمة ظاهر يدركه كل أحد فلا يحتاج الى اناطته بمجرد كونه حقا لله تعالى ولا يصح تشبيهه بالمشقة مع السفر لان المشقة أمر خفى غير منضبط فلا تمكن الاناطة به فنيط بما هو منضبط فالعدول للحاجة للانضباط ولا حاجة فيما نحن فيه فان قلت فظاهر انتفاء التهمة مع رد الشهادة فى حق الحد فيما لو علم المدعى بالسرقة فلم يدع الا بعد حين فشهدوا فانه لا تهمة بتاخيرهم ومع هذا لا يقطع بل يضمن المال فالجواب أن ما كان فيه تهمة فالرد يضاف اليها وما لم يكن فالى المدعى على ما قال فاضيخان انما لا تقبل فى السرقة بعد التقادم لاتهمة فى الشهود لان الدعوى شرط القبول بل لخلل فى الدعوى فان صاحب المال كان مخيرا فى الابتداء فاذا أخر فقد اختار الستر فلم يبق له حق دعوى السرقة والحد بل بقى له حق دعوى المال فقط فيقضى بالمال دون القطع كما لو شهد رجل وامرأتان على السرقة يقضى بالمال دون القطع اه فيجعل هذا الاعتبار فيما اذا كان تاخير الشهود الشهادة لتاخير الدعوى بعد علم صاحب المال بالسرقة أما لو أخروا لا لتاخير المسروق منه الدعوى بعد علمه وعلمهم بعلمه باعلامهم أو بغيره ثم شهدوا فالوجه الاخير وهو قوله (ولان السرقة تقام على الاستسرار على غرة من المالك

والجمع الحسب كذا فى الصحاح (قوله بخلاف السرقة لان الدعوى ليست بشرط للحد) هذا جواب اشكال يرد على قوله فى حد القذف لان الدعوى فيه شرط فيحمل تاخيرهم على انعدام الدعوى فلا يوجب تفسيقهم وهو أن يقال الشهادة المتقادمة على السرقة تبطل ولا محل لها بلا دعوى فقال الدعوى لا تشترط للحد لانه خالص حق الشرع وانما شرطت للمال فكان الاشتراط فيما يرجع الى المال لا فيما يرجع الى الحد ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجىء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ملكه فيتوقف على حضور المالك فاذا لم يشهدوا فى الحال صاروا متهمين وفى حد القذف لا تقبل فى حق الحبس لان فيه حق العبد وفى حقوق العباد لا تقبل فى حق الحبس كما فى القصاص ولان الشهادة بسرقة متقادمة بطلت لبطلان الدعوى اذ المدعى يخير بين أن يحتسب بدعواه اقامة الحد فيبذل ماله فى ذلك ليقام الحد ويبطل عصمة ماله وبين أن يختار الستر فيدعى مطلق الاخذ صيانة لماله فاذا أخر حمل على أنه اختار حسبة الستر فاذا ادعى السرقة تمكنت التهمة فى دعواه الا أن التهمة تعتبر فى القطع لا فى المال فيقضى بالمال لا بالقطع كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة (قوله ولان الحكم يدار على كون الحد حقا لله تعالى فلا يعتبر وجود التهمة فى كل فرد) يعنى اعتبر بالتقادم تهمة فيما هو حق خالص لله تعالى وحكمة الشئ

قولهم مخير بين حسبتين وماذكروا فى كتاب الشهادة من كون الوجوب فى حق الحدود منسوخا بخلاف حقوق العباد فيجب فانه واجب فيه فظهر الفرق فتامل فى جوابه فانه يمكن أن يقال بعد اختيار الاداء يصير واجبا كما فى النوافل تجب بالشروع (قوله جواب عما يقال الدعوى شرط الخ) أقول والاوجه أن يوجه السؤال بانه لو صح ماذكر لزم أن تسمع الشهادة

(فيجب على الشاهد اعلامه) فاذا كتمه صار آثما وقوله (ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة) ظاهر وقوله (لان الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) لان المقصود من القضاء فى حقوق العباد اما اعلام من له القضاء أو التمكين لمن له القضاء من الاستيفاء بالقضاء وهذان المعنيان

فيجب على الشاهد اعلامه فبالكتمان يصير فاسقا آثما ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود واختلفوا فى حد التقادم وأشار فى الجامع الصغير الى ستة

فيجب على الشاهد اعلامه و بالكتمان يصير فاسقا آثما) يقتضى أن ترد فى حق المال أيضا للفسق لكن ماذكر من أنهم اذا شهدوا بعد التقادم تثبت التهمة المانعة عن قبول الشهادة فلا تقبل فى حق الحد لكن السارق يضمن السرقة لان وجوب المال لا يبطل بالتقادم باطلاقه يقتضى فيما اذا لم يكن التأخير لعدم تأخير الدعوى بعد علمه فهو مشكل على الوجه المذكور (قوله ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع الاقامة بعد القضاء عندنا خلافا لزفر حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد ما تقادم الزمان لا يقام عليه) وقول زفر هو قول الائمة الثلاثة لان التأخير بعذر هو به وقد زال العذر (ولنا أن الامضاء) أى الاستيفاء (من القضاء) بحقوق الله تعالى بخلاف حقوق غيره وهذا لان الثابت فى نفس الامر استنابته تعالى الحاكم فى استيفاء حقه اذا ثبت عنده بلا شبهة فكان الاستيفاء من تتمة القضاء أو هو هو هنا اذ لم يحتج الى التلفظ بلفظ القضاء حتى جاز له الاستيفاء من غير تلفظ به بخلافه فى حقوق غيره تعالى فانه فيها الاعلام من له الحق بحقيقة حقه وتمكينه من استيفائه والله سبحانه مستغن عنهما فانما هو فى حقوقه تعالى استيفاؤها واذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرط حال الاستيفاء كما هو شرط حال القضاء بحق غيره اجماعا و بالتقادم لم تبق الشهادة فلا يصح هذا القضاء الذى هو الاستيفاء فانتفى وهذا رد المختلف الى المختلف فان كون قيام الشهادة وقت القضاء شرطا صحيح لكن الكلام فى معنى قيامها فعندهم ما لم يطرأ ما ينقضها من الرجوع هى قائمة حتى لو شهدوا ثم غابوا أو ماتوا جاز الحكم بشهادتهم وعندنا قيامها بقيامهم على الاهلية والحضور ثم قد يقال لو سلم ترجح هذا لكن التقادم انما يبطل فى ابتداء الاداء للتهمة وقد وجدت الشهادة بلا تقادم ووقعت صحيحة موجبة فاتفق تقادم السبب بلا توان منهما لا يبطل الواقع صحيحا ولو قلنا ان ردها أنيط بالتقادم فلم يلتفت الى التهمة بعد ذلك يجب كونه أنيط بتقادم عن توان من الشاهدين والا فممنوع ونذكر فيما يلى هذه القولة ما فيه زيادة ان شاء الله تعالى (قوله واختلفوا فى حد التقادم وأشار محمد فى الجامع الصغير الى أنه ستة أشهر حيث قال شهدوا بعد حين) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم فى الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بابى حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأى القاضى فى كل عصر فما رآه بعد مجانبة الهوى تفريطا تقادم وما لا يعد تفريطا غير تقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف فى ذلك فانما

يحصلان بمجرد القضاء فلم يتوقف تمامه الى الاستيفاء وأما الله تبارك وتعالى فى حقوقه فمستغن عن هذين المعنيين فكان المقصود منها النيابة عن الله تعالى فى الاستيفاء فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى (واختلفوا فى حد التقادم وأشار فى الجامع الصغير الى ستة

نراعى فى جنسه ولا نراعى فى كل فرد من أفراد الجنس كما قلنا فى السفر والاستبراء وشرعية النكاح اذا الفرد ملحق بالجملة وفى الجملة التأخير فى حقوق الله تعالى مورث للتهمة وان كان فى هذا الفرد غير مورث لاجل الدعوى لكن لما كان القطع عن حقوق الله تعالى يكون التأخير مانعا من القبول الحاقا للفرد بالجملة (قوله لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود) لان القضاء اما أن يكون لاعلام من له الحق بحقه أو لتمكينه من الاستيفاء وذلك لا يتصور فى حقوق الله تعالى وكان المعتبر فى حقوق الله تعالى هو النيابة فى الاستيفاء وانما يتم ذلك بحقيقة الاستيفاء فكان التقادم قبل الاستيفاء كالتقادم قبل القضاء والتقادم قبل القضاء مانع فكذا قبل الاستيفاء وذكر فى الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو اقداره على استيفاء ما ادعاه وفى الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له فى باب الحدود هو الله تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضى وانه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضى بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء كذا فى نسخ النهاية وأما فى معراج الدراية ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسياق

بالسرقة المتقادمة (قوله فلذلك كان الاستيفاء من تتمة القضاء فى حقوق الله تعالى) أقول وذكر فى الفوائد الظهيرية والفقه فيه أن المقصود من التلفظ بلفظ القضاء اعلام المشهود له أنه حقيق بالمشهود به أو اقداره على استيفاء ما ادعاه وفى الحدود لا سبيل الى كل واحد منهما أما الاعلام فلان المشهود له فى باب الحدود هو الله تعالى قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله والله لا تخفى عليه خافية ونائبه القاضى وانه يستفيد العلم بالشهادة ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ الشهادة وكذلك الاقدار على الاستيفاء فان القاضى بدون التلفظ به قادر على الاستيفاء كذا فى نسخ النهاية وأما فى معراج الدراية ولا تمس الحاجة الى التلفظ بلفظ القضاء اه وهو المناسب للسباق والسياق

كما لا يخفى ثم قال الكاكى ولهذا يجوز له الاستيفاء بدون التلفظ بلفظ القضاء فاذا كان كذلك كان قيام الشهادة شرط حالة الاستيفاء كما كان شرط حالة القضاء اجماعا ولم يبق بالتقادم الشهادة

أشهر فانه قال بعد حين) كما ذكرنا (وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك) نقل الناطفي في الاجناس عن نوادر المعلى قال أبو يوسف جهدنا على أبي حنيفة أن يوقت في ذلك شيئا فابى وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة) ذكر في المجرد قال أبو حنيفة لو سال القاضي متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر

درئ الحد قال الناطفي فقد قدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد أصله مسئلة الدين حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه وقوله (وهو الاصح) يعني تقدير التقادم بشهر وقوله (وهذا) أي الذي قلنا من تقدير التقادم بشهر (اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما اذا كان فانها تقبل لان المانع بعدهم عن الامام فلم تتحقق التهمة) قال (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد) وكذا اذا أقر بذلك (وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى) لانها لا تصح على الغائب (وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم) لانه شبهة الشبهة فالمعتبر هو الشبهة دون النازل عنها لئلا ينسد باب اقامة الحدود وبيان ذلك أنها لو كانت حاضرة وادعت النكاح سقط الحد لمكان شبهة الصدق مع احتمال الكذب فاذا كانت غائبة كان الثابت عند غيبتها احتمال وجود

أشهر فانه قال بعد حين وهكذا أشار الطحاوي وأبو حنيفة لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر وعن محمد أنه قدره بشهر لان مادونه عاجل وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الاصح وهذا اذا لم يكن بين القاضي وبينهم مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة والتقادم في حد الشرب كذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة على ما يأتي في بابه ان شاء الله تعالى (واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وفلانة غائبة فانه يحد وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع) والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى وهي شرط في السرقة دون الزنا وبالحضور يتوهم دعوى الشبهة ولا معتبر بالموهوم

يوقف عليه بنظر نظر في كل واقعة فيها تأخير فنصب المقادير بالرأي متعذر (وعن محمد أنه قدره بشهر لان ما دونه عاجل) على ما في مسئلة الحلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه فيما دون الشهر لا يحنث وبعده يحنث (وهو رواية عن أبي حنيفة وأبي يوسف وهو الاصح) ومأخذ هذه الرواية مما في المجرد قال أبو حنيفة لو سال القاضي الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر درئ عنه قال أبو العباس الناطفي فقدره على هذه الرواية بشهر وهو قول أبي يوسف ومحمد (وهذا) أعني كون الشهر فصاعدا يمنع قبولها (اذا لم يكن بينهم وبين القاضي مسيرة شهر أما اذا كان تقبل شهادتهم) بعد الشهر (لان المانع بعدهم عن الامام فلا تتحقق التهمة) فقد نظر في هذا التقادم الى تحقق التهمة فيه وعدمه وهو يخالف ما ذكره من قريب أنه بعد ما أنيط بالتقادم لا يراعى وجود التهمة في كل فرد الا أن يقال اذا كان المانع البعد أو المرض ونحوه من الموانع الحسية والمعنوية حتى تقادم لم يكن ذلك التقادم المناط به بل هو ما لم يكن معه هذه الموانع من الشهادة ويجاب بان هذا رجوع في المعنى الى اعتبار التقادم المناط به ما يلزمه أحد الامرين من الفسق والتهمة ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق في غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد (وعندهما يقدر بزوال الرائحة) فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما وستاتي هذه المسئلة ان شاء الله تعالى (قوله واذا شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة وهي غائبة فانه يحد) أجمع الائمة الاربعة عليه وكذا لو أقر بالزنا بغائبة يحد الرجل باجماعهم لحديث ماعز فانه أقر بغائبة على ما تقدم ذكره ورجمه عليه الصلاة والسلام ونقل أبو الليث عن أبي حنيفة أنه كان يقول أولا لا يحد حتى تحضر المرأة لاحتمال أن تحضر فتدعي ما يسقط الحد من نكاح مثلا ونحوه ثم رجع الى قول الكل وسيظهر وجه بطلان القول الاول (وان شهدوا أنه سرق من فلان وهو غائب لم يقطع والفرق أن بالغيبة تنعدم الدعوى والدعوى شرط في السرقة) للعمل بالبينة

قادر على الاستيفاء (قوله وأبو حنيفة رحمة الله تعالى عليه لم يقدر في ذلك وفوضه الى رأي القاضي في كل عصر لان نصب المقادير بالرأي لا يمكن وعن محمد رحمه الله أنه قدره بشهر) وهكذا روى عن أبي يوسف رحمه الله فقال أحسن ما سمعنا فيه الشهر وهذا لان الشهر وما فوقه آجل وما دونه عاجل أصله مسئلة اليمين اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فقضاه فيما دون الشهر بر في يمينه (قوله ولا معتبر بالموهوم) لان الثابت عند الغيبة احتمال الدعوى وبحقيقة الدعوى تثبت لان دعواها تحتمل الصدق والكذب وبالاحتمال تثبت الشبهة وهي غير معتبرة اذ اعتبارها يؤدي الى سد باب الحد وهو مفتوح فما يؤدي الى انسداده يكن مردودا ولان اعتبار الشبهة بالحديث بخلاف القياس ولا حديث في شبهة الشبهة فان قيل العفو اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب لا يمكن الحاضر من استيفائه لاحتمال العفو من الغائب قلنا العفو حقيقة المسقط فاحتماله

الشبهة وهو المعنى بشبهة الشبهة وهذا بخلاف ما اذا كان أحد أولياء القصاص غائبا فانه لا يستوفي حتى يحضر الغائب لاحتمال (وان أن يحضر الغائب فيقر بالعفو لانه لو حضر وأقر به سقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهته فاذا كان غائبا تثبت شبهة العفو لا شبهة شبهته

(قال المصنف وهي شرط في السرقة) أقول للقطع لا للشهادة حتى ينافي ما مر آنفا

(وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد) لاحتمال أنها امرأته أو أمته بل هو الظاهر (وان أقر بذلك حد) لانه لا يخفى عليه أمته أو امرأته (وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبي حنيفة) وهو قول زفر (وقالا يحد الرجل خاصة) لاتفاقهما على الموجب وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها لان طواعيتها شرط تحقق الموجب فى حقها ولم يثبت

(وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لاحتمال انها امرأته أو أمته بل هو الظاهر) لان الظاهر من حال المسلم أن لا يزنى والشهود لا يفصلون بين زوجته وأمته وبين غيرهما الا بالمعرفة فاذا لم يعرفوها لا يمكن اقامة الحد بشهادتهم (وان أقر بذلك) أى بالزنا بامرأة لا يعرفها (حد لانه لا يخفى عليه امرأته أو أمته وان شهد اثنان أنه زنى بفلانة فاستكرهها وآخران أنها طاوعته درئ الحد عنهما جميعا عند أبى حنيفة وهو قول زفر وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهما) أى لاتفاق الفريقين (على الموجب) للحد (وتفرد أحدهما بزيادة جناية وهو الاكراه بخلاف جانبها) فان الموجب لم يتحقق (لان طواعيتها شرط تحقق الموجب فى حقها فلم يثبت

لان الشهادة بالسرقة تتضمن الشهادة بملك المسروق للمسروق منه والشهادة للمرء على المرء لا تقبل بلا دعوى وليست شرطا لثبوت الزنا عند القاضى وطولب بالفرق بين القصاص اذا كان بين شريكين وأحدهما غائب ليس للحاضر استيفاؤه لجواز أن يحضر فيقر بالعفو وبين الشهادة بزنا الغائبة فان الثابت فى كل منهما شبهة الشبهة أجيب بالمنع بل الثابت فى صورة القصاص نفس الشبهة وهى احتمال العفو فان العفو ليس شبهة بل حقيقة المسقط فاحتماله هو الشبهة وانما تكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فان نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والا أدى الى نفى كل حد فان ثبوته بالبينة أو الاقرار والذى يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد وجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لانه يحتمل كذبه فى الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة (قوله وان شهدوا أنه زنى بامرأة لا يعرفونها لم يحد لان الظاهر أنها امرأته أو أمته) فلو قال المشهود عليه المرأة التى رأيتموها معى ليست زوجتى ولا أمتى لم يحد أيضا لان الشهادة وقعت غير موجبة للحد وهذا اللفظ منه ليس اقرارا موجبا للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فبمرة لا يقام الحد يقتضى أنه لو قال أربعا حد وليس كذلك (وان أقر انه زنى بامرأة لا يعرفها حد لانه لا تشتبه عليه امرأته) فان قيل قد تشتبه عليه بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا كان فرع علمه أنها لا تشتبه عليه بزوجته التى لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أى باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص عليه بخلاف الشاهد فانه يجوز أن يشهد على من يشتبه عليه فكان قوله لا يعرفها ليس موجبا للحد (قوله وان شهد اثنان) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة الا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبى حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة (وقالا يحد الرجل خاصة لاتفاقهم) أى الشهود الاربعة على الموجب للحد عليه كذا فى بعض النسخ وهو الاحسن وفى غالبها لاتفاقهما أى الفريقين وعليه قوله (وتفرد أحدهما بزيادة جناية) أى تفرد أحد الفريقين بزيادة جناية منه (هى الاكراه) وهو لا يوجب التخفيف عنه (بخلاف جانبها الان طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت) اذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا فعدم الوجوب عليها لمعنى غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة ولابى حنيفة أنه قد اختلف المشهود عليه قرره فى النهاية على ظاهره فقال اختلف المشهود عليه فان المشهود عليه

يكون شبهة المسقط لا شبهة الشبهة (قوله لانه لا تخفى عليه أمته أو امرأته) فان قيل قد تشتبه عليه امرأته بان لم تزف اليه قلنا الانسان كما لا يقر على نفسه كاذبا لا يقر على نفسه حال الاشتباه فلما أقر بالزنا اشتبهت شبهة كون الموطوءة زوجته وصار معنى قوله لم أعرفها أى بوجهها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فجعل هذا كالمنصوص عليه بدلالة حاله بخلاف الشاهد لانه جاز أن يشهد على الغير عند الاشتباه كما جاز أن يشهد على الغير كاذبا فيتهم فيها فتبطل الشهادة (قوله اختلف المشهود عليه) أى المشهود به وبيان اختلاف المشهود به ان أحد الفريقين أثبت فعل المكره والفريق الآخر أثبت فعل غير المكره ولا شك بان فعل المكره يغاير فعل غير المكره أو أثبت أحد الفريقين كل الفعل من الرجل لانه لا فعل للمكره حقيقة اذ هى محل الفعل وكذا حكما لانه لا اثم والفريق الآخر أثبت الشركة بينهما فى الفعل ولا شك بان الفعل المشترك غير ما تفرد به الرجل وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف فى جانبها فيكون مختلفا فى جانبه ضرورة وليس على

لاختلافهما) فيها وعدم الوجوب في حقها لمعنى غير مشترك لا يمنع الوجوب في حق الرجل عند وجود الموجب في حقه كما في وطء الصغيرة المشتهاة أو المجنونة (ولابي حنيفة أن المشهود به قد اختلف لان الزنا فعل واحد يقوم بهما) وكل ما هو فعل واحد يقوم بهما لا يتصف بوصفين متضادين وهؤلاء أثبتوا له وصفين متضادين لان الطوع يوجب اشتراكهما في الزنا والكره يوجب انفراد الرجل به واجتماعهما متعذر فكان كل واحد منهما فاعلا خلاف الآخر فاختلف المشهود به ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة وقوله (ولان شاهدي الطواعية) دليل آخر وتقريره لان شاهدي الطواعية (صاروا قاذفين) لعدم نصاب الشهادة والقاذف خصم ولا شهادة للخصم واذا انتفت شهادتهما نقص نصاب الشهادة فلا يقام بها الحد وكان ذلك يقتضي اقامة حد القذف على شاهدي الطواعية (ولكن سقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها) لوجود حقيقة الزنا منها لكن لا تأثم بسبب الاكراه وقوله (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة) ظاهر وقوله (خلافا لزفر) يعني انه يقول يحدون لان شهادتهم لم تقبل لنقصان العدد فصار كلامهم قذفا كثلاثة شهدوا على رجل بالزنا فانهم يحدون حد القذف ولنا ما ذكره بقوله (لشبهة الاتحاد) يريد وان شبهة اتحاد المشهود به وتقريره أن الشبهة دارئة في الحدود بالحديث وقد وجدت لانهم شهدوا ولهم أهلية كاملة وعدد كامل على زنا واحد صورة

لاختلافهما وله أنه اختلف المشهود عليه لان الزنا فعل واحد يقوم بهما ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها وانما يسقط الحد عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فصارا خصمين في ذلك (وان شهد اثنان أنه زنى بامرأة بالكوفة وآخران أنه زنى بها بالبصرة درئ الحد عنهما جميعا) لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة ولا يحد الشهود خلافا لزفر لشبهة الاتحاد نظرا الى اتحاد الصورة والمرأة

اثنان على تقدير وهو ما اذا كانت طائعة لان الفعل أي الزنا يكون مشتركا بينهما وكل منهما مباشر له فكانا مشهودا عليهما فيجب الحدان وواحد على تقدير وهو ما اذا كانت مكرهة فان الرجل هو المنفرد بالفعل فيجب حد واحد فكان المشهود عليه واحدا لان الاكراه يخرج المرأة من أن تكون فاعلة للزنا حكما ولهذا لا تأثم بالتمكين مكرهة فاختلاف الفعل المشهود به أورث اختلاف المشهود عليه واختلاف الفعل من اقوى الشبهة اه ولا يخفى أن المؤثر في اسقاطه عن الرجل ليس الا اختلاف الفعل المشهود به فانه هو المستقل بذلك فكونه يستلزم الشهادة على اثنين أو واحد لا يؤثر في الحكم لان حاصل ذلك أن الرجل مشهود عليه بنصاب الشهادة على كل حال وهو الموجب لحده عندهما ولا فائدة لابي حنيفة في ايراد هذا الكلام بل الذي يفيده اختلاف الفعل المشهود به فاشتغاله بزيادة كلام لا أثر له ولا يفيد في المقصود فائدة بعيد وكونه على تقدير آخر مشهودا عليها معه والفرض ان ذلك التقدير وهو طواعيتها غير ثابت فانما هو أمر مفروض فرضا لا فائدة فيه أصلا ولذا حمل شارح لفظة عليه على به وعليه اقتصر في الكافي فقال وله أن المشهود به اختلف وليس على أحدهما أي على أحد الوجهين اللذين بهما الاختلاف نصاب الشهادة فلا يجب شئ وهذا لان الزنا فعل واحد يقوم بهما وقد اختلف في جانبها فيكون مختلفا في جانبه ضرورة يعني أن الزنا بطائعة غير الزنا بمكرهة وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة وقول المصنف يقوم بهما لا يريد قيام العرض بعد فرض أنه واحد بالشخص بل انه يتحقق قيامه أي وجوده بهما (قوله ولان شاهدي الطواعية) لما ندرأ الحد عنها (صارا قاذفين لها) بالزنا (فصارا خصمين لها) ولا شهادة للخصم وكان مقتضاه أن يحد احد القذف لكن سقط بشهادة الآخرين بزناها مكرهة فان الزنا مكرها يسقط الاحصان في حد القذف والاحصان يثبت بشهادة اثنين فلما سقطت شهادتهما في حقها سقطت في حقه بناء على اتحاد الفعل فصار على زناه شاهدان فلا يحد وهذا الاعتذار في سقوط حد القذف يحتاج اليه عندهما على ما ذكر في جامع شمس الائمة حيث قال لم يجب حد القذف على الشهود عند أبي حنيفة لانهم اتفقوا على النسبة الى الزنا بلفظة الشهادة وذلك مخرج لكلامهم عن كونه قذفا كما في المسئلة التي تلي هذه وأما عندهما فلان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها لكن شاهدي الاكراه أسقطاه الى آخر ما ذكرنا (قوله وان شهد اثنان الخ) أي شهد أربعة على رجل بالزنا اثنان منهم شهدا أنه زنى بها

أحدهما نصاب الشهادة (قوله ولان شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها) بالزنا فكانا خصمين في اثبات ذلك الزنا لدفع جناية القذف عن أنفسهما ولا شهادة للخصم وانما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لان زناها مكرهة يسقط احصانها فان من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت وهي مكرهة سقط الحد عن القاذف لسقوط احصانها بهذه الشهادة واعتبار عدد الاربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذه شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ولا يحد الشهود للقذف لقيام أربعة شهداء على مسمى الزنا ففات شرطه (قوله في ذلك) أي في اقامة الشهادة على اثبات الزنا بطريق الاكراه (قوله نظرا الى اتحاد الصورة) أي صورة نسبة الزنا والمرأة أي واتحاد المرأة لان الكلام فيه

فى زعمهم نظر الى اتحاد صورة النسبة الحاصلة منهم واتحاد المرأة وانما جاء الاختلاف بذكر المكان فيثبت شبهة الاتحاد فى المشهود به فيدرأ الحد قيل والحاصل أنها شهادة من وجه دون وجه فبالنظر الى الاول لم تتحد الشهود وبالنظر الى الثانى لم يتحد المشهود عليه وقوله (وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) ظاهر ولا يقال ان ذلك احتيال لوجوب الحد والحدود يحتال لدرئها لانا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن ثم اذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد فان قيل فان كان كذلك فما بال الحكم تصحيحوا الشهادة فى مسئلة الاكراه والطواعية على مذهب أبى حنيفة رحمه الله بان يحمل على أن يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طوع أجيب بان كل ماذكر فى مسئلة الاكراه والطواعية لا يتفاوت بين أن يكون اكراها من أوله الى آخره وبين أن يكون أوله اكراها وآخره طوعا لان الاكراه مسقط للحد عن المرأة سواء كان فعل الزنا من أوله الى آخره اكراها أو أوله اكراها وآخره طوعا فلما كان كذلك كان فى شهادتهم اختلاف المشهود به كما ذكرنا

(وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة) معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وهذا استحسان والقياس أن لا يجب الحد لاختلاف المكان حقيقة ووجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل فى زاوية والانتهاء فى زاوية أخرى بالاضطراب أو لان الواقع فى وسط البيت فحسبه من فى المقدم فى المقدم ومن فى المؤخر فى المؤخر فيشهد بحسب ما عنده

بالكوفة والآخران يشهدان أنه زنى بها بالبصرة (درئ الحد عنهما جميعا لان المشهود به فعل الزنا وقد اختلف باختلاف المكان) لان الزنا بالكوفة ليس هو الزنا بالبصرة (ولم يتم على كل واحد منهما نصاب الشهادة) وهو شهادة أربعة (ولا يحد الشهود) للقذف وفيه خلاف زفر فعنده يحدون للقذف وهو قول الشافعى لان العدد لما لم يتكامل بكل زنا صاروا قذفة كما لو كانوا ثلاثة شهدوا به فانهم يحدون قلنا كلامهم وقع شهادة لوجود شرائطها من الاهلية ولفظة الشهادة وتم العدد فى حق المشهود عليه فان شبهة الاتحاد فى نسبة الزنا لامرأة واحدة وصيغة الشهادة ثابتة وبذلك حصل شبهة اتحاد الزنا المشهود به فيندرئ الحد عنهم والحاصل أن فى الزنا شبهة أوجبت الدرء عن المشهود عليه وفى القذف شبهة أوجبت الدرء عن الشهود قال فاضيخان وكلامنا أظهر لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم وقد وجد الاتيان باربعة (قوله وان اختلفوا فى بيت واحد حد الرجل والمرأة ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية وهذا) أعنى حد الرجل والمرأة مع هذا الاختلاف (استحسان والقياس أن لا يحدوا) لاختلاف المكان حقيقة وبه يختلف الفعل المشهود به فتصير كالتى قبلها من البلدين والدارين والقياس قول زفر والشافعى ومالك ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على فعل واحد حيث نسبوه الى بيت واحد صغيرا ذا الكلام فيه بخلاف الكبير وبعد ذلك تعيينهم زواياه واختلافهم فيها لا يوجب تعدد الفعل لان البيت اذا كان صغيرا والفعل وسطه فكل من كان فى جهة يظن أنه اليه أقرب فيقول انه فى الزاوية التى تليه بخلاف الكبير فانه لا يحتمل هذا فكان كالدارين فيكان اختلافهم صورة لا حقيقة أو حقيقة والفعل واحد بان كان ابتداء الفعل فى زاوية ثم صار الى أخرى بتحركهما عند الفعل وأما ما قيل فانهم اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بسديد لان ذلك أيضا قائم فى البلدتين نعم انما هم مكلفون بان يقولوا مثلا فى دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه

فكانوا مثبتين زنا واحدا من هذا الوجه وهم أربعة وهى نصاب شهود الزنا فكان كلامهم شهادة من هذا الوجه ولم يكن قذفا فلا يحدون حد القذف (قوله معناه أن يشهد كل اثنين على الزنا فى زاوية) أى فى غير الزاوية التى شهد بها الاثنان الآخران (قوله ووجه الاستحسان أن التوفيق ممكن) ولا يقال بان هذا احتيال لوجوب الحد لانا نقول هذا احتيال لقبول الشهادة والشهادة حجة يجب تصحيحها ما أمكن واذا قبلت كان من ضرورة قبولها وجوب الحد هذا اذا كان البيت صغيرا فاما اذا كان كبيرا فهو بمنزلة الدارين والمصرين ولان التوفيق فى باب الحدود مشروع ألا ترى أنه لو شهد أربعة على رجل انه زنى بفلانة فهذه الشهادة مقبولة وتحمل شهادة كل واحد منهم برنا يشهد به صاحبه وان لم ينصوا فى شهادتهم على هذا الاتحاد مع أن احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا أربع مرات وشهد كل واحد منهم على زناه بها مرتا على حدة وفى ذلك لا يجب الحد على المشهود به فان قيل الاختلاف فى تلك المسئلة مسكوت عنه والاختلاف فيما نحن فيه منصوص عليه فجواز التوفيق هناك لا يلزم جوازه هنا قلنا التوفيق مشروع فيما كان الاختلاف

(قوله فى زعمهم نظر الخ) أقول فيه تامل (قوله قيل والحاصل) أقول صاحب القيل هو الاتقانى (قوله أنها شهادة من وجه دون وجه) أقول أى انها شهادة صورة وان لم تكن شهادة حقيقة (قوله ولا يقال بان ذلك احتيال الخ) أقول سيجيب الشارح عن هذا السؤال بجواب آخر فى باب الاختلاف فى الشهادة من كتاب الشهادات فراجعه (قوله أجيب بان كل ماذكر الخ) أقول ويجوز أن يفرق أيضا بان الطواعية داخلة فى صلب الشهادة ولهذا يسالهم الامام عن الكيفية كما صرحوا به بخلاف زوايا البيت فانه لو سكت عنها تقبل الشهادة فاكتفى بامكان التوفيق فيما ليس داخلا فيها صونا للحجة الشرعية عن البطلان بقدر الامكان ولم يكتف به فيما هو داخل فيه نظرا للمشهود عليه ورعاية لجانبه فليتامل

(وان شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) أما عنهما فلأنا تيقنا بكذب أحد الفريقين غير عين وأما عن الشهود فلاحتمال صدق كل فريق

قال (واذا شهد أربعة أنه زنى بامرأة بالنخيلة عند طلوع الشمس وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند درئ الحد عنهم جميعا) النخيلة تصغير نخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة والباء الموحدة المفتوحة والجيم تصحيف لانه اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لانه أيضا موضع قريب من الكوفة وكلامه واضح وقوله (فلاحتمال صدق كل فريق) يعني أن احتمال الصدق في كلام كل من الفريقين قائم وشبهة الزنا تمنع وجوب الحد على القاذف

فان قيل هذا توفيق لاقامة الحد وهو احتياط في الاقامة والواجب درؤه أجيب بان التوفيق مشروع صيانة للقضاء عن التعطيل فانه لو شهد أربعة على رجل بالزنا بغلانة قبلوا مع احتمال شهادة كل منهم على زناها في غير الوقت وقبوله مبني على اعتبار شهادة كل منهم على نفس الزنا الذي شهد به الآخر وان لم ينص عليه في شهادته فان قيل الاختلاف في مسئلتنا منصوص عليه وفي هذه مسكوت عنه أجيب بان التوفيق مشروع في كل من الاختلاف المنصوص والمسكوت ومن الاول ما اذا اختلفوا في الطول والقصر أو في السمن والهزال أو في أنها بيضاء أو سمراء أو عليها ثوب أحمر أو أسود تقبل في كل ذلك وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل كرها اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فيه النظر الى الابتداء لا يجب و بالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا (قوله ولو شهد أربعة أنه زنى بامرأة عند طلوع الشمس بالنخيلة) بالنون والخاء المعجمة تصغير نخلة مكان بظاهر الكوفة وقد يقال بجيلة بالباء المفتوحة والجيم وهو تصحيف لانه اسم قبيلة باليمن (وشهد أربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند فلا حد على أحد منهم أما عنهما فللتيقن بكذب أحد الفريقين غير عين) اذ الانسان لا يتصور منه الزنا في ساعة واحدة في مكانين متباعدين فلا يجب حدهما بالشك وأما في الشهود فللتيقن بصدق أحد الفريقين فلا يحدون بالشك فلو كان المكانان متقاربين جازت شهادتهم لانه يصح كون الامرين فيهما في ذلك الوقت لان طلوع الشمس يقال لوقت ممتد امتدادا عرفيا لا أنه يخص آن ظهورها من الافق ويحتمل تكرار الفعل ودير هند دير بظاهر الكوفة وهند بنت النعمان بن المنذر بن ماء السماء كانت تربهث و بنت هذا الدير وأقامت به وخطبها المغيرة بن شعبة أيام امارته على الكوفة فقالت والصليب ما في رغبة لجمال ولا كثرة مال انما أراد أن يفتخر بنكاحي فيقول نكحت بنت النعمان بن المنذر والا فاي رغبة لشيخ أعور في عجوز عمياء فصدقها المغيرة وقال في ذلك

أدركت ما منيت نفسي خاليا * لله درك يا ابنة النعمان
فلقد رددت على المغيرة (١) دهيه * ان الملوك ذكية الأذهان
اني لحلفك بالصليب مصدق * والصلب أصدق حلفة الرهبان

وكانت بعد ذلك تدخل عليه و يسالها فسالها يوما عن حالها فقالت

(١) دهيه بفتح الدال المهملة وسكون الهاء ثم مثناة تحتية وهو الدهاء أي المكر ووقع في النسخ ذهنه بمعجمة ونون وهو تحريف فليحذر كتبه مصححه

منصوصا عليه أيضا ألا ترى أنه لو شهد الاثنان أنه زنى بامرأة بيضاء وشهد اثنان أنه زنى بامرأة سمراء تقبل الشهادة وكذلك اذا شهد اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أحمر وشهد اثنان أنه زنى بها وعليها ثوب أصفر وكذلك اذا اختلفوا في القصر والطول والسمن والهزال فان قيل التوفيق ممكن في مسئلة الاكراه والطواعية بان يكون ابتداء الفعل عن اكراه وانتهاؤه عن طواعية فلم يحمل على هذا احتياطا لقبول الشهادة قلنا الزنا حقيقة وحكما لا يتفاوت بين أن يكون في هذه الزاوية من البيت أو في تلك الزاوية فصار الى التوفيق لاتحاد المشهود به حقيقة وحكما أما المشهود به في مسئلة الاكراه فمختلف حقيقة وحكما على ما مر فلا يصار الى التوفيق (قوله بالنخيلة عند طلوع الشمس) النخيلة تصغير النخلة التي هي واحدة النخل موضع قريب من الكوفة فالباء والجيم تصحيف يعني بجيلة لانها اسم حي من اليمن ودير هند لا يساعد عليه لان دير هند أيضا موضع قريب من الكوفة وأما ضم الباء فتحريف أصلا كذا في المغرب (قوله وأربعة أنه زنى بها عند طلوع الشمس بدير هند) أي في يوم واحد (قوله درئ الحد عنهم) أي عن المشهود عليهما وعنهم أي

وقوله (درئ الحد عنهما وعنهم) توضيحه أن الزنا لا يتحقق مع البكارة وشهادة النساء حجة فيما لا اطلاع للرجال عليه خصوصا فى اسقاط الحد فيسقط عنهما وأما عنهم فلانه تكامل نصاب الشهادة وانما امتنع حكمها بقول النساء ولا مدخل لقولهن فى اثبات الحدود

(وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهى بكر درئ الحد عنهما وعنهم) لان الزنا لا يتحقق مع بقاء البكارة ومعنى المسئلة أن النساء نظرن اليها فقلن انها بكر وشهادتهن حجة فى اسقاط الحد وليست بحجة فى ايجابه فلهذا سقط الحد عنهما ولا يجب عليهم (وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون فى قذف أو أحدهم عبد أو محدود فى قذف فانهم يحدون) ولا يحد المشهود عليه لانه لا يثبت بشهادتهم المال فكيف يثبت الحد وهم ليسوا من أهل أداء الشهادة والعبد ليس باهل للتحمل والاداء فلم تثبت شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء (وان شهدوا بذلك وهم فساق أو ظهر أنهم فساق لم يحدوا) لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل وان كان فى أدائه نوع قصور لتهمة الفسق ولهذا لو قضى القاضى بشهادة فاسق ينفذ عندنا ويثبت بشهادتهم شبهة الزنا باعتبار قصور فى الاداء لتهمة الفسق يثبت شبهة عدم الزنا فلهذا امتنع الحد وسيأتى فيه خلاف

فبينا نسوس الناس والامر أمرنا * اذا نحن فيهم سوقة نتنصف
فاف لدنيا لا يدوم نعيمها * تقلب تارات بنا وتصرف

ذكر هذا ابن الشجرى فى أماليه على القصيدة المنازلية للشريف الرضى التى أولها

ما زلت أطرق المنازل باللوى * حتى نزلت منازل النعمان

عند قوله

ولقد رأيت بدير هند منزلا * ألما من الضراء والحدثان
أغضى كمسمع الهوان تغيبت * أنصاره وخلا عن الاعوان
بالى المعالم أطرقت شرفاته * اطراق منجزم القرينة عانى
وذكرت مشمخها الرياط بجوه * من قبل بيع زمانها بزمان
وبما تردعلى المغيرة دهيه * نزع النوار بطيئة الاذعان

والنوار من النساء التى تنفر من الريبة يقال نارت المرأة تنور نورا اذا نفرت عن القبيح (قوله وان شهد أربعة على امرأة بالزنا وهى بكر) بان نظر النساء اليها فقلن هى بكر (درئ الحد عنهما) أى عن المشهود عليهما بالزنا (وعنهم) أى ويدرأ حد القذف عن الشهود وهو أحد قولى الشافعى وأحمد وعندمالك تحد المرأة والرجل أما الدرء عنهما فلظهور كذب الشهود اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال ان لم تعارض شهادتهن شهادتهم تثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة فى ازالتها فلا يعارض شهادة الزنا فينبغى أن لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أو لا لا بد أن تورث شبهة بها يندرئ ولذا يسقط بقولهن هى رتقاء أو قرناء ويقبل فى ذلك قول امرأة واحدة وأما عن الشهود فلتكامل عددهم فى الشهادة على الزنا وانما امتنع الحد بشهادتهم لقولهن فقولهن حجة فى اسقاط الحد لا فى ايجابه والحاصل أنه لم يقطع بكذبهم لجواز صدقهم وتكون العذرة قد عادت لعدم المبالغة فى ازالتها بالزنا أو لكذبهن (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان أو محدودون فى قذف أو أحدهم عبد أو محدود فى قذف يحد الشهود ولا يحد المشهود عليه) الاصل أن

عن الشهود (قوله والعبد ليس باهل للتحمل والاداء) أى ليس باهل لتحمل يتعلق به حكم ولهذا لا ينعقد النكاح بحضرة عبدين أما لو تحمل العبد الشهادة ثم عتق فأدى تقبل شهادته (قوله لان الزنا يثبت بالاداء) أى يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا أداء للعبد والعميان والمحدودين فى القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم يكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكان قذفا ضرورة وذكر

وقوله (فان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) ظاهر وقوله (لان الزنا يثبت بالاداء) أى يظهر عند الامام باداء الشهود الشهادة ولا أداء للعميان والعبيد والمحدودين فى القذف لا كاملا ولا ناقصا فانقلبت شهادتهم قذفا لانهم نسبوهما الى الزنا ولم تكن نسبتهما الى الزنا شهادة فكانت قذفا ضرورة وقوله (لان الفاسق من أهل الاداء والتحمل) يعنى بالنص قال الله تعالى ان جاءكم فاسق بنبا فتثبتوا فالامر بالتثبت دليل على أن الفاسق من أهل الاداء لانه لو لم يكن أهلا لما أمر بالتثبت ألا ترى أن العبد اذا شهد يؤمر بالرد لا بالتثبت وذكر الامام قاضيخان أن الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية التحمل والاداء لكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالاعمى والمحدود فى القذف ولهذا ينعقد النكاح بهما

(قال المصنف وان شهد أربعة على رجل بالزنا وهم عميان) أقول العميان

 والمحدودون فى قذف ليسوا من أهل أداء الشهادة لكنهم من أهل التحمل ولهذا ينعقد النكاح بحضورهم والعبد ليس من أهل التحمل والاداء والفاسق من أهل التحمل والاداء (قال المصنف لان الزنا يثبت بالاداء) أقول أى عند القاضى كما فسر به الشيخ المصنف قوله فى أول كتاب الحدود الزنا يثبت بالبينة والاقرار حيث قال والمراد ثبوته عند الامام فراجعه

الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة فهو كالعبد عنده (وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا) لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم ثم وجد أحدهم عبدا أو محدودا في قذف فانهم يحدون) لانهم قذفة اذا الشهود ثلاثة (وليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب وان رجم فديته على بيت المال وهذا عند أبي حنيفة وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال) قال العبد الضعيف عصمه الله معناه اذا كان جرحه وعلى هذا الخلاف اذا مات من الضرب وعلى هذا اذا رجع الشهود لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون لهما أن الواجب بشهادتهم مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع

(وان نقص عدد الشهود عن أربعة حدوا لانهم قذفة اذ لا حسبة عند نقصان العدد) فان الشاهد مخير بين حسبتين على ما مر وههنا لم يوجد منه حسبة الستر وهو ظاهر ولا حسبة أداء الشهادة أيضا لنقصان عددهم فان الله تعالى قال والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة واذا لم توجد الحسبة ثبت القذف لان خروج الشهادة عن القذف انما كان باعتبار الحسبة وقوله (وان شهد أربعة على رجل بالزنا) ظاهر وقوله (وعندهما يضمنون) أي أرش الجراحة اذا لم يمت والدية ان مات

الشهود باعتبار التحمل والاداء أنواع أهل للتحمل والاداء على وجه الكمال وهو الحر البالغ العاقل العدل وأهل لهما على وجه القصور كالفاسق لتهمة الكذب ومقابل القسمين ليس أهلا للتحمل ولا للاداء وهم العبيد والصبيان والمجانين والكفار وأهل للتحمل لا الاداء كالمحدودين في قذف والعميان فالاول يحكم بشهادته وتثبت الحقوق بها والثاني يجب التوقف فيها ليظهر صدقه أولا فلا والثالث لا شهادة له أصلا حتى لم يعتبر فيما لم يعتبر للاداء فلا يصح النكاح بحضورهما وشهادتهما والرابع يعتبر في هذا فصح النكاح بحضور العميان والقذفة ولو شهدوا بعد ذلك لم تقبل اذا عرف هذا ففي المسئلة المذكورة عدم الحد للزنا ظاهر لانه لا يثبت بشهادة هؤلاء أي العميان والمحدودين في القذف ما يثبت مع الشبهات كالمال فكيف يثبت بها ما لا يثبت معها من الحدود وهذا لان العميان والمحدودين ليسوا أهلا للاداء والعبد ليس أهلا للتحمل أيضا فلم يثبت بشهادتهم شبهة الزنا لان الزنا يثبت بالاداء فصاروا قذفة فيحدون بخلاف الفساق اذا شهد أربعة منهم على الزنا لا يحدون وان لم يقبلوا لانهم أهل للاداء مع قصور حتى لو حكم حاكم بشهادة الفساق نفذ غير أنه لا يحل له ذلك فاحتطنا في الحد فقطعنا عن المشهود عليه لعدم الثبوت وعن الشهود لثبوت شبهة الثبوت وبقي فيه خلاف الشافعي بناء على أصله أن الفاسق ليس من أهل الشهادة وكذا قال أحمد في رواية عنه (قوله وان نقص عدد الشهود عن أربعة) بان كانوا ثلاثة فاقل (حدوا) حد القذف يعني اذا طلب المشهود عليه بالزنا ذلك لانه حقه فتوقف على طلبه وهذا اجماعية لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة وحين شهد على المغيرة رضي الله عنه أبو بكرة ونافع بن علقمة وشبل بن معبد ولم تكمل بشهادة زياد حد عمر رضي الله عنه الثلاثة الشهود بحضرة من الصحابة فكان اجماعا والاربعة اخوة لام واسم أمهم سمية وأما وجهه من جهة المعنى فلان اللفظ لا شك في أنه قذف وانما يخرج عن حكم القذف اذا اعتبر شهادة ولا يعتبر شهادة الا اذا كانوا نصابا (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا فضرب بشهادتهم الخ) حاصلها أنه اذا حد بشهادة شهود جلدا فرجع أحدهم حد الراجع وان مات منه لعدم احتماله اياه ثم ظهر بعض الشهود عبدا أو محدودا في قذف أو أعمى أو كافرا فانهم يحدون بالاتفاق لان الشهود حينئذ أقل من أربعة ومتى كانوا أقل حد واحد القذف ثم قال أبو يوسف ومحمد أرش الجراحة ودية النفس فيما اذا مات في بيت المال وقال أبو حنيفة رحمه الله لا شيء عليهم ولا على بيت المال ولو كان الحد الرجم فرجم ثم ظهر أحد الشهود على ما ذكرنا فديته على بيت المال اتفاقا قال المصنف (وعلى هذا اذا رجع الشهود) يعني بعد ما ضرب فجرح أو مات (لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون) أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات وظاهر أنه لا يحسن كل الحسن لفظا وعلى هذا

الامام قاضيخان رحمة الله تعالى عليه والكلام ينبني على معرفة الشهود فنقول الشهود ثلاثة شاهد له أهلية التحمل والاداء بصفة الكمال وهو العدل وشاهد له أهلية الاداء ولكن بصفة النقصان والقصور وهو الفاسق وشاهد له أهلية التحمل وليس له أهلية الاداء كالاعمى والمحدود في القذف (قوله وعندهما يضمنون) أي أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات (قوله فيضمنون بالرجوع) لانه ظهر كذبهم في شهادتهم فاما اذا

تجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم فصار كالرجم والقصاص ولابى حنيفة أن الواجب هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك فلا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى فى الضارب وهو قلة هدايته فاقتصر عليه الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح كى لا يمتنع

هنا لان مثله يقال اذا كان الخلاف فى المشار اليها كالخلاف المشبه به وليس هنا كذلك فان ذلك الخلاف هو أن الارش والدية فى بيت المال عندهما وعنده ليس على بيت المال شئ وهنا عندهما على الشهود وعنده ليس عليهم شئ وقال الشافعى ومالك وأحمد الارش والدية على الحاكم (قوله لهما أن الواجب مطلق الضرب اذ الاحتراز عن الجرح خارج عن الوسع فينتظم الجارح وغيره فيضاف) الجرح والموت (الى شهادتهم) فصاروا كالمباشرين لما أوجبوه بشهادتهم فرجوعهم اعتراف بانهم جناة فى شهادتهم كمن ضرب شخصا بسوط فجرحه أو مات وكشهود القصاص والقطع اذا رجعوا هذا اذا رجعوا وأما اذا لم يرجعوا بل ظهر بعضهم عبدا أو محدودا الخ وهو ما أراد بقوله وعند عدم الرجوع لم يكونوا معترفين بجنايتهم فيجب على بيت المال لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى لانه الآمر له وفعل المامور ينتقل الى الآمر عند صحة الامر فكانه ضرب بنفسه ثم ظهر خطؤه وفيه يكون الضمان فى بيت المال لانه عامل للمسلمين لا لنفسه فتجب الغرامة التى لحقته بسبب عمله لهم فى مالهم وصار الجرح والموت من الجلد كالرجم والقصاص اذا قضى به فان الضمان عند ظهور الشهود محدودين أو عبيدا الخ فى بيت المال اتفاقا (قوله ولابى حنيفة أن الواجب بشهادتهم هو الحد وهو ضرب مؤلم غير جارح ولا مهلك) فتضمن هذا منع قولهما الواجب مطلق الضرب وقولهما فى اثباته ان الاحتراز عن الجارح خارج عن الوسع ممنوع بل ممكن غير عسر أيضا (ولا يقع جارحا الا لخرق الضارب وقلة هدايته وترك احتياطه فاقتصر عليه) فلم يتعد الى الشهود ولا القاضى بخلاف الرجم فانه مضاف الى قضاء القاضى لانه قضى به ابتداء ثم ظهر خطؤه ومصلحة عمله للعامة فيكون موجب ضرر خطئه عليهم فى مالهم لان الغرم بالغنم أما الجلد الجارح فلم يقض به فلا يلزمه فيكون فى بيت المال بل يقتصر على الجلاد (الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) لانه لم يتعمده فلو ضمناه لامتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة واذا لم تجب الغرامة عليه ولا على الشهود ولا على القاضى لتثبت فى بيت المال لم تجب أصلا وهو المطلوب وقوله فى الصحيح احتراز عن قول نفر الاسلام فى مبسوطه لو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس مامورا بهذا الوجه بل بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل

وجدوا أو أحدهم عبدا أو كافرا أو محدودا فى قذف فلا يمكن ايجاب الضمان على الشاهد لانه لم يتبين كذبه لان العبد والكافر والمحدود فى القذف قد يكونون عدولا فى قولهم وعند عدم وجوب الضمان عليهم يجب الضمان على بيت المال لان الضرب انما يثبت بشهادتهم والشهادة انما تثبت بقضاء القاضى الا أنه لا يمكن ايجاب الضمان على القاضى أيضا لانه يعمل لله تعالى فيكون الضمان به على من وقع له القضاء والقضاء وقع للعامة لان الحدود شرعت زواجر لينزجر العوام عن ارتكاب مثل هذه القاذورات فان كانت المنفعة تعود اليهم يكون الغرم عليهم ومال بيت المال مال العامة ولابى حنيفة رحمه الله أن الجرح ليس من موجبات الشهادة لان الجرح غير لازم للضرب وكذا الموت والضرب هو المامور به لا الجرح ولا القتل لكن الجرح انما أفضى اليه الشهادة وما أفضى اليه الشهادة لا ضمان فيه كما اذا شهدوا بنسب فمات المشهود عليه فورثه المشهود له ثم رجع الشهود لم يضمنوا ما ورث لان الارث ليس من موجبات الشهادة فيكون الجرح والموت مقصورا على الضارب لا يتعدى الى الشاهد ومع ذلك لا يضمن الضارب فى الصحيح كى لا تتعطل اقامة الحد بخلاف الرجم والقصاص لانه يضاف الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لما ذكرنا أنه لم يظهر كذبهم فى الشهادة (قوله وصار كالرجم والقصاص) فانه لو شهد الشهود فرجم أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية وأما اذا ظهر أحدهم عبدا ففى القصاص والرجم تجب الدية فى بيت المال (قوله الا أنه لا يجب الضمان عليه فى الصحيح) ذكر فى مبسوط نفر الاسلام رحمة الله تعالى عليه فلو قال قائل يجب الضمان

قوله (فصار كالرجم والقصاص) يعنى اذا شهد الشهود فرجم المشهود عليه أو قتل ثم رجعوا يضمنون الدية ووجه أبى حنيفة ظاهر وقوله (فى الصحيح) يعنى فى الصحيح من الرواية وذكر فى مبسوط نفر الاسلام ولو قال قائل يجب الضمان على الجلاد فله وجه لانه ليس بمامور بهذا الوجه لانه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد منه الضرب على هذه الوجوه يقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان وذكر فى كتاب الايضاح فى هذه المسئلة لابى حنيفة وجها حسنا وهو أن الاضافة الى الشهود من حيث الايجاب دون الايجاد والاثر الحاصل موجب وجود الضرب

(قال المصنف فصار كالرجم والقصاص) أقول وقد سبق آنفا وسيجىء فى آخر باب التعزير كلام يتعلق بهذا المقام (قال المصنف الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) أقول قال الاتقانى استثناء من قوله فيقتصر عليه وهذا جواب سؤال بان يقال لما اقتصر عليه كان ينبغى أن يجب عليه الضمان وهو القياس فاجاب عنه وقال لكن لا يجب عليه الضمان فى الوجه الصحيح وهو الاستحسان كى لا يمتنع الناس اه وفسر غيره الصحيح بالصحيح من الرواية

لا موجب وجوبه فلم يكن مضافا الى الشهادة فلا يجب عليهم الضمان وقوله (لما فيها من زيادة الشبهة) معناه لما فيها من شبهة زادت على الاصل لم تكن فيه فان الكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان (قوله اذهم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمة مقام الاصل فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك (٦٨) لان الموضع الذى تقبل فيه شهادة الفروع تقبل فيه شهادة الاصول وفى الموضع الذى ترد يتعدى ردها الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وقوله (ولا تحد الشهود) يعنى الاصول والفروع (لان عددهم متكامل) والاهلية موجودة (وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة) وهو شبهة عدم التحميل فى الفروع وشبهة الرد فى الاصول (وهى كافية للدرء لا الايجاب) لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة له قال (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا) هذا شروع فى بيان الرجوع عن الشهادة فى الزنا وكلامه واضح وقوله (لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت) يعنى لان حد القذف لا يورث (وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى) وذلك ان لم يسقط الاحصان فلا أقل من ايراث الشبهة والحد يسقطها

(قال المصنف لما فيها من زيادة الشبهة) أقول يعنى أن فى جميع الشهادات شبهة الكذب لكنها متحملة لئلا يلزم انسداد باب الحدود وفى الشهادة على الشهادة شبهة عدم التحميل أيضا فيها زيادة الشبهة ولا تحمل (قال المصنف ولا ضرورة الى تحملها) أقول يعنى أن الشهادة على الشهادة شرعت للحاجة ولا حاجة اليها هنا لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها ولنا

(قال المصنف وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة) أقول عطف على قوله أما الغرامة بتاويل أما الغرامة فذهب جميع علمائنا لانه بقى من يبقى الخ وأما الحد فذهب الثلاثة من علمائنا وهم أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى

الناس عن الاقامة تخافة الغرامة (وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد) لما فيها من زيادة الشبهة ولا ضرورة الى تحملها (فان جاء الاولون فشهدوا على المعاينة فى ذلك المكان لم يحد أيضا) معناه شهدوا على ذلك الزنا بعينه لان شهادتهم قد ردت من وجه بردشهادة الفروع فى عين هذه الحادثة اذ هم قائمون مقامهم بالامر والتحميل ولا يحد الشهود لان عددهم متكامل وامتناع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم فكما رجع واحد حد الراجع وحده وغرم ربع الدية) أما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق فيكون التالف بشهادة الراجع ربع الحق وقال الشافعى يجب القتل دون المال بناء على أصله فى شهود القصاص وسنبينه فى الديات ان شاء الله تعالى وأما الحد فذهب علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يحد لانه ان كان الراجع قاذف حى فقد بطل بالموت وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى فيورث ذلك شبهة

فاذا وجد فعله على هذا الوجه رجع متعديا فيجب عليه الضمان وهذا أوجه من جعله احترازا عن جواب القياس وانما يقال ذلك لضرورة عدم الخلاف فى الواقع (قوله وان شهد أربعة على شهادة أربعة على رجل بالزنا لم يحد لما فيها) أى فى هذه الشهادة التى هى الشهادة على الشهادة (من زيادة شبهة) لتحققها فى موضعين فى تحميل الاصول وفى نقل الفروع وهو قول مالك وأحمد والاصح من مذهب الشافعى أنه يحد بها اذا تكاملت شروطها ونحن بينا زيادة الشبهة وهى وان لم تمنع فى الشرع لان الشرع اعتبر الشهادة على الشهادة وألزم القضاء بموجبها فى المال لكنها ضعيفة بما ذكرنا ولا يلزم من اعتبارها فى الجملة اعتبارها فى كل موضع كشهادة النساء فانها معتبرة صحيحة لذلك وليست معتبرة فى الحدود لزيادة شبهة فيها فعلم أن الشهادة مع زيادة مثل تلك الشبهة معتبرة الا فى الحدود وسببه أنه يحتاط فى درئها فكان الاحتياط ردما كان كذلك من الشهادة كما ردت شهادة النساء فيها ولانها بدل واعتبار البدل فى موضع يحتاط فى ابطاله (فان جاء الاولون) يعنى الاصول (فشهدوا بالمعاينة) بنفس ما شهد به الفروع من الزنا فعنده لا تقبل أيضا (لان شهادة هؤلاء الاصول قد ردها الشرع من وجه بردشهادة الفروع فى عين الحادثة) التى شهد بها الاصول (اذ هم قائمون مقامهم) فصار شبهة فى درء الحد عن المشهود عليه بالزنا (ثم لا يحد الشهود) الاصول ولا الفروع (لان عددهم متكامل) فلم تكن شهادتهم قذفا غير أنه امتنع الحد عن المشهود عليه لنوع شبهة وهى كافية لدرء الحد لا لايجابه فلا يوجب حد القذف على الشهود (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فرجم) حاصل وجوه رجوع واحد ثلاثة اما قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء أو بعده ذكرها المصنف

على الجلاد فله وجه لانه ليس بمامور بهذا الوجه لانه أمر بضرب مؤلم لا جارح ولا كاسر ولا قاتل فاذا وجد الضرب على هذه الوجوه فقد وقع فعله تعديا فيجب عليه الضمان (قوله لما فيها من زيادة الشبهة) لتمكنها فى موضعين فى تحميل الاصول وفى نقل الفروع والكلام اذا تداولته الالسنة يمكن فيه زيادة ونقصان (قوله ولا ضرورة الى تحملها) لانه يمكن أن يحضر الاصول فيشهدوا (قوله اذهم قائمون مقامهم) أى الفروع قائمون مقام الاصول فكان الرد لشهادة الفروع ردا لشهادة الاصول وذلك لان فى الموضع الذى تقبل شهادة الفروع تقبل شهادة الاصول أيضا فى الموضع الذى يرد يتعدى رده الى شهادة الاصول من وجه وذلك شبهة وكل شهادة ردت فى حادثة لا تقبل فى تلك الحادثة أبدا كالفاسق اذا ردت شهادته لفسقه لا تقبل شهادته فى تلك الحادثة بعد التوبة بخلاف العبد اذا ردت شهادته ثم عتق تقبل شهادته فى تلك الحادثة لانه ليس للعبد

(ولنا أن الشهادة تنقلب قذفا بالرجوع) عنها لأنها تنفسخ به واذا انفسخت كانت قذفا لانتفاء احد الشيئين جميعا (فجعل للحال قذفا للميت) واذا انقلبت قذفا فقد انفسخت حينها واذا انفسخت حينها انفسخ ما يبنى عليها وهو القضاء واذا انفسخ القضاء اندفع القول بكونه

ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع لان به تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت وقد انفسخت الحجة فينفسخ ما يبتنى عليه وهو القضاء فى حقه فلا يورث الشبهة بخلاف ما اذا قذفه غير لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه

كلها فذكر أولا ما اذا رجع واحد من الاربعة بعد الامضاء وهو الرجم مثلا وأن حكمه أنه وحده يغرم ربع الدية أما غرامة ربع الدية فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباعها فيكون التالف بشهادة الراجع ربعها لانا لو أفه بهار بع النفس حكما فيضمن بدل الربع وقال الشافعى يجب القتل لا المال بناء على أصله فى شهود القصاص انهم اذا رجعوا يقتلون قال المصنف (وسنبينه فى الديات) قيل وقعت الحوالة غير راتجة لانه لم يذكره فيه وأما حد الراجع وحده فمذهب علمائنا الثلاثة أنه يحد وقال زفر لا يحد لانه ان كان قاذف حى برجوعه فقد بطل بالموت لان حد القذف لا يورث لان الغالب فيه حق الله فيورث شبهة وان كان قاذف ميت فهو مرجوم بحكم القاضى وحكمه برجمه يوجب شبهة فى احصانه ولهذا لا يحد الباقون اجماعا (قوله ولنا الخ) حاصله اختيار الشق الثانى وهو أنه قذف ميت ثم نفى الشبهة الدارئة لحد القذف عنه أما أنه قذف ميت فلان بالرجوع تنفسخ شهادته فتصير قذفا للحال لا أنه بالرجوع يتبين أن تلك الشهادة كانت قذفا من الاول لانها حين وقعت كانت معتبرة شهادة غير أن بالرجوع تنفسخ فتصير قذفا للحال كمن علق الطلاق ثم وجد الشرط بعد سنة فوقع يقع الآن لا أنه يتبين أنه وقع حين التكلم به وكذا اذا فسخ وارث المشترى البيع مع البائع بعد موت المشترى يثبت به الملك فى الحال للبائع بخلاف ما لو ظهر أحدهم عبدا بعد الحد فانهم يحدون كلهم لانه ظهر ان الراجع وغيره قذفه لان العبد لا شهادة له فكان عدد الشهود ناقصا فيحدون وانما لا يحدون بعد الرجم عند ظهور أحدهم عبدا لانه قذف حيا فمات وأما أن كونه مرجوما ليس شبهة فى حقه دارئة للحد عنه

شهادة بل له خبر ورد الخبر لا يوجب رد الشهادة فاما الفاسق فله شهادة بدليل أنه بعد الرجم لو ظهر الشهود فسقة لا ضمان على أحد ولو ظهر أنهم عبيد أو كفار تجب الدية على بيت المال فان قيل القاضى اذا رد شهادة الفروع فى المال بفسقهم ثم قدم الاصول وشهدوا تقبل شهادتهم قلنا القاضى انما رد شهادة الفروع فى المال بفسقهم حقيقة لانهم الذين شهدوا الا أنه تمكن شبهة الرد فى شهادة الاصول لتعليم شهادة الفروع فصار الثابت فى حق الاصول شبهة الرد والشبهة تمنع القضاء بالحد ودون المال وذكر الامام الثمرتاشى رحمه الله ولو رد الفروع فى المال لتهمة تقبل شهادة الاصول لانه ما رد شهادتهم حقيقة ولو ردوا لتهمة الاولين لم تقبل أبدا من الاولين ولا من الفروع ولو ردوا الرق الاولين أو لكفرهم ثم اعتقوا أو أسلموا فشهدوا بذلك جاز (قوله لانه ان كان قاذف حى فقد بطل بالموت) لان حد القذف لا يورث (قوله ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع) لان بالرجوع تنفسخ شهادته فجعل للحال قذفا للميت كمن قال لامرأته ان دخلت الدار فانت طالق عند الدخول يصير ذلك الكلام طلاقا الا ان تبين أنه كان طلاقا لان صيرورته طلاقا باعتبار وصوله الى المحل مقصورا على الحال فاذا ثبت أنه انما يصير كلامه فى الحال قذفا والمقذوف فى الحال ميت ومن قذف ميتا يلزمه الحد فان قيل هو فى الحال مرجوم بحكم الحاكم حتى لو قذفه قاذف لا يحد فكيف يحد هذا الراجع قلنا هو مرجوم بحكم الحاكم بشهادتهم وهو يزعم بالرجوع أن شهادتهم ليست بحجة فانفسخ الحكم فى حقه لان زعمه معتبر فى حقه فلا يصلح شبهة بخلاف قاذف آخر لان المرجوم غير محصن فى حق غير الراجع لبقاء القضاء والشهادة فى حقه اذ الرجوع عامل فى حقه لا فى حق غيره فان قيل أكثر ما فيه أنه مقر بانه كان عفيفا ولو قذفه انسان ثم كذب نفسه وقال كان عفيفا لا يقام عليه الحد أيضا قلنا نعم القاذف وان أكذب نفسه فالحجة المسقطة للاحصان بقيت كاملة فاما اذا رجع واحد من الشهود لا تبقى الحجة المسقطة للاحصان كاملة فى حقه فلهذا

رجما قذف حيا ثم مات فلا يحد بخلاف ما نحن فيه فانها كانت شهادة فى ذلك الوقت وبالرجوع انقلبت قذفا بعد الموت فكان قاذفا للميت فيحد

مرجوما بحكم القاضى فلا يسقط الاحصان ولا يورث الشبهة فيجب حد قاذفه لكن قيد بقوله فى حقه لانه زعم أن شهادته ليست بحجة وزعمه فى حق نفسه معتبر بخلاف ما اذا قذف غيره لانه غير محصن فى حق غيره لقيام القضاء فى حقه لان قضاء القاضى فى زعمه صحيح متقرر فكان قذفه واقعا فى حق غير المحصن فلا يجب حد القذف ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد لا محالة فاذا كان قائما فى زعم دون زعم كان قائما من وجه دون وجه ومثله يورث الشبهة الدارئة للحد واعترض أيضا بان أحد الشهود لو ظهر عبدا بعد الرجم لم يحد الشهود حد القذف بالاجماع ولو ظهر أحدهم عبدا بعد الجلد حدوا وماذلك الا لان القذف ان ثبت بالشهادة ثبت من وقت الشهادة كما قال زفر ومن قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف وأجيب بان أحدهم اذا ظهر عبدا علم أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا فى ذلك الوقت لعدم أهلية الشهادة لان العبد لا شهادة له فان كان الحد جلدا فقد قذف حيا فيحد وان كان

(قوله ولقائل أن يقول القضاء لو كان قائما فى زعمهم وجب الحد) أقول فيه تامل الا أن يكون وجب بمعنى سقط

(فان لم يحد المشهود عليه حتى رجع واحد منهم حدوا جميعا وسقط الحد عن المشهود عليه) وقال محمد حد الراجع خاصة لان الشهادة تأكدت بالقضاء فلا ينفسخ الا في حق الراجع كما اذا رجع بعد الامضاء ولهما أن الامضاء من القضاء فصار كما اذا رجع واحد منهم قبل القضاء ولهذا سقط الحد عن المشهود عليه ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر يحد الراجع خاصة لانه لا يصدق على غيره ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا فيحدون (فان كانوا خمسة فرجع أحدهم فلا شيء عليه) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة (فان رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلما ذكرنا

وقوله (فان لم يحد المشهود عليه) ظاهر وقوله (ولنا أن كلامهم قذف في الاصل) يعني لكونه صريحا فيه لكن سيأتي عنه ذلك اذا صار شهادة (وانما يصير شهادة باتصال القضاء به فاذا لم يتصل به بقي قذفا) وهذا يناقض ما تقدم لانه قال هناك ان الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع وههنا قال انها قذف وانما تصير شهادة باتصال القضاء بها ويمكن أن يجاب عنه بانه لا منافاة بينهما لانه قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به ثم يعود الى ما كان بالرجوع وعلى هذا لا يرد قول من يقول ان فيما قال أصحابنا مؤاخذة من لم يرجع بذنب من رجع وقد قال تعالى ولا تزر وازرة وزر أخرى لان الكل قذفة عند عدم اتصال القضاء بالشهادة فكل منهم مؤاخذ بذنبه لا بذنب غيره وقوله (وان كانوا خمسة فرجع أحدهم) يعني بعد الرجم لان وضع المسئلة في ذلك وقوله (فلما ذكرنا) اشارة الى ما قال من قبل ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا الخ ومعناه يحد ان جميعا لانه لما رجع الثاني لم يبق من الشهود من تتم به الحجة وقد انفسخت

(فلانه لما انفسخت الحجة انفسخ ما بني عليها وهو القضاء برجمه في حقه بزعمه واعترافه فاذا انفسخ تلاشى فكأنه لم يكن لكن ذلك في حق الراجع خاصة فلم يكن بحيث يوجب شبهة في حقه لان زعمه معتبر في حقه بخلاف غيره لانه لم ينفسخ في حق غيره فلذا حد الراجع ولم يحد غيره ولو قذفه لان القضاء لما كان قائما في حق الغير صار المرجوم غير محصن في حقه ثم ذكر المصنف رجوع الواحد قبل الامضاء بعد القضاء فقال (فان لم يحد المشهود عليه بالزنا حتى رجع واحد منهم) أي بعد القضاء قبل الامضاء (حدوا جميعا وقال محمد) وزفر (يحد الراجع وحده لان الشهادة تأكدت بالقضاء) فلم يبق طريق الى وقوعها قذفا فالرجوع بعد القضاء قبل الامضاء انما يؤثر فسخ القضاء في حقه خاصة كالرجوع بعد الاستيفاء (ولهما أن الامضاء) أي استيفاء الحد (من القضاء) وقد تقدم بيان كون الامضاء من القضاء بحقوق الله تعالى في مسئلة التقادم فكان رجوعه قبل الامضاء كرجوعه قبل القضاء وتظهر ثمرة كون الامضاء من القضاء فيما اذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره ثم ذكر رجوعه قبل القضاء فقال (ولو رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا) وهو قول الائمة الثلاثة (وقال زفر يحد الراجع خاصة) لان رجوعه عامل في حق نفسه دون غيره فتبقى شهادتهم على ما هي عليه لا تنقلب قذفا (ولنا أن كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة باتصال القضاء به) ولم يتصل به لان رجوعهم منع من ذلك فبقي قذفا فيحدون والاولى أن يقال كلامهم قذف في الاصل وانما يصير شهادة ما دام بصفة ايجابه القضاء على القاضي وبالرجوع انتفى فكان قذفا وهذا لان كونه لا يخرج عن القذف الى الشهادة الا باتصاله بحقيقة القضاء مما يمنع اذا عرف هذا قلنا لو امتنع الرابع عن الاداء يحد الثلاثة ولا يكون ذلك بسكوت الرابع بل بنسبة الثلاثة اياه الى الزنا قولا فكذا اذا رجع أحدهم يحد ثلاثتهم بقولهم زنى (قوله فان كانوا خمسة) عطف على أول المسئلة ولو شهد أربعة (فرجع أحدهم) أي بعد الرجم (لا شيء عليه) أي لا حد ولا غرامة (لانه بقي) بعد رجوعه (من يبقى بشهادته كل الحق وهو شهادة الاربعة) وهو قول الائمة الاربعة سوى قول للشافعي رحمه الله غير الاصح عندهم (وان رجع آخر) مع الاول (حد كل منهما وغرما ربع الدية) وللشافعي تفصيل وهو انهما ان قالا اخطأنا وجب عليهما قسطهما من الدية وفيه وجهان في وجه خمساها وفي وجه ربعها كقولنا ولو قالا تعمدنا الكذب يقتلان (أما الحد فلما ذكرنا) يعني من أن الشهادة تنقلب قذفا للحال فعليهما الحد يعني عند رجوع الثاني تنفسخ شهادتهما قذفا لعدم بقاء تمام الحجة بعد رجوع الثاني لا أن رجوع الثاني هو الموجب

يقام عليه الحد (قوله ولهما ان الامضاء من القضاء) وقد ذكرنا وجهه في هذا الباب في مسئلة التقادم وذكر الامام التمرتاشي رحمه الله ولهما ان القضاء في الحدود هو الامضاء فان القاضي لا يحتاج الى أن يقول قضيت بالرجم أو بالجلد حتى أن أسباب الجرح أو سقوط احصان المقذوف أو عزل القاضي لو اعترضت يمنع الامضاء فصار الرجوع قبل الامضاء كالرجوع قبل القضاء (قوله فان كانوا خمسة) عطف على قوله واذا شهدت أربعة على رجل بالزنا فرجم (قوله أما الحد فلما ذكرنا) اشارة الى قوله ولنا أن الشهادة انما تنقلب قذفا بالرجوع فان قيل أما الاول حين رجع لم يجب عليه الحد ولا ضمان فلو لزمه ذلك انما يلزمه برجوع الثاني ورجوع غيره

وأما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع على ما عرف (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا فرجم فاذا الشهود مجوس أو عبيد فالدية على المزكين عند أبى حنيفة) معناه اذا رجعوا عن التزكية (وقالا هو على بيت المال) وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم لهما أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا بان شهدوا باحصانه

للعد (وأما الغرامة فلانه بقى من يبقى بشهادته ثلاثة أرباع الحق والمعتبر) فى قدر لزوم الغرامة (بقاء من بقى) لا رجوع من رجع على ما عرف (قوله وان شهد أربعة على رجل بالزنا وزكوا) أى بان قال المزكون هم أحرار مسلمون عدول أما لو اقتصروا على قولهم عدول فلا ضمان على المزكين بالاتفاق اذا ظهر واعبيدا فاذا زكوا كما قلنا فرجم ثم ظهر بعضهم كفارا أو عبدا فاما أن يستمر المزكون على تزكيتهم قائلين هم أحرار مسلمون فلا شئ عليهم اتفاقا ومعناه بعد ظهور كفرهم حكمهم بانهم كانوا مسلمين وانما طرأ كفرهم بعد وان قالوا أخطأنا فى ذلك فكذلك لا يضمنون بالاتفاق فلم يبق لصورة الرجوع التى فيها الخلاف الا أن يقولوا تعمدنا فقلناهم أحرار مسلمون مع علمنا بخلاف ذلك منهم ففى هذه الصورة قال أبو حنيفة رحمه الله الدية على المزكين وقال أبو يوسف ومحمد على بيت المال وهو قول الائمة الثلاثة اذا عرف هذا فقول المصنف وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم ليس على ما ينبغى بعد قوله اذا رجعوا عن التزكية لانه يوهم أن فى صورة الرجوع الخلافية قولين أن يرجعوا بهذا الوجه أو باعم منه وليس كذلك (لهما أنهم) لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وهو بالمباشرة أو التسبب وعدم المباشرة ظاهر وكذا التسبب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما (أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بالاحصان) فكما لا يضمن شهود الاحصان بعد رجم المشهود عليه به اذا ظهر غير محصن لانهم لم يثبتوا السبب كذلك لا يضمن المزكون (ولابى حنيفة أن الشهادة) بالزنا (انما تصير حجة) موجبة للحكم بالرجم على الحاكم (بالتزكية فكانت التزكية فى معنى علة العلة) للاتلاف لانها موجبة موجبية الشهادة للحكم به وعلة العلة كالعلة فى اضافة الحكم اليها على ما عرف بخلاف الاحصان فانه ليس موجبا للعقوبة ولا لتغليظها بل الزنا هو الموجب فعند الاحصان يوجبها غليظة لانه كفران نعمة الله فلم تضف العقوبة الى نفس الاحصان الذى هو النعمة بل الى كفران النعمة فكانت الشهادة به شهادة بثبوت علامة على استحقاق تغليظ العقوبة والسبب وضع الكفران فى موضع الشكر ثم أفاد المصنف أنه لا يشترط فى التزكية لفظ الشهادة بان قالوا نشهد أنهم أحرار الخ بل ذلك أو الاخبار كان يقولوا هم أحرار وكذا لا يشترط مجلس القضاء اتفاقا ثم لا يشترط العدد فى المزكى عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فيشترط الاثنين فى سائر الحقوق والاربعة فى الزنا ويجوز شهادة رجل وامرأتين فى الاحصان ثم لا يحد الشهود حد القذف لانهم قذفوا حيا فمات ولا يورث استحقاق حد القذف *(واعلم)* أنه وقع فى المنظومة قوله

على المزكين ضمان من رجم * ان ظهر الشاهد عبدا وعلم
وأوجبا ضمان هذا المتلف * من بيت مال المسلمين فاعرف
وفى المزكين اذا هم رجعوا * كذا وقالوا عزروا وأوجعوا

وفى المختلف ما يوافق ما فى المنظومة لانه قال بعد ذكر الخلاف مطلقا عن قيد الرجوع وعلى هذا الخلاف اذا رجع المزكون قال فى المصفى شرح المنظومة وهنا اشكال هائل فانا ان أولنا المسئلة بالرجوع يلزم التكرار

لا يكون ملزما اياه شيأ قلنا لم يجب لا لانعدام السبب بل لمانع وهو بقاء حجة تامة فاذا زال المانع برجوع الثانى وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لزوال المانع (قوله وقيل هذا اذا قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا

فاذا زال المانع برجوع الثانى وجب الحد على الاول بالسبب المتقرر لزوال المانع ولو اعتبرنا هذا المعنى لوجب القول بانهم لو رجعوا معا لم يحد واحد منهم لان فى حق كل واحد منهم لا يلزمه شئ برجوعه وحده لوثبت أصحابه على الشهادة وهذا بعيد قال (وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا) التزكية من زكى نفسه اذا مدحها وتزكية الشهود الوصف بكونهم أزكياء وان شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا (فرجم فظهر الشهود مجوسا أو عبيدا فالدية على المزكين عند أبى حنيفة معناه اذا رجعوا عن التزكية وقال أبو يوسف ومحمد هو) أى الضمان (على بيت المال) ولما كان قوله رجعوا عن التزكية محتملا أن يكون الرجوع بان يقولوا أخطأنا وذلك لا يوجب الضمان بالاتفاق وان يكون بان يقولوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهو محل النزاع قال (وقيل هذا اذا قالوا) يعنى لو قالوا أخطأنا لما وجب الضمان بالاتفاق قالا المزكون ما أثبتوا سبب الاتلاف لانه هو الزنا وما تعرضوا له وانما أثنوا على الشهود خيرا فكان كما اذا أثنوا على المشهود عليه خيرا فكانوا فى المعنى كشهود الاحصان الا أن أولئك أثبتوا خصالا حميدة فى الزانى وهؤلاء أثبتوا خصالا حميدة فى الشاهد فكما لا ضمان على أولئك

(قوله قال وقيل هذا الخ) أقول فلا وجه حينئذ لصيغة التمريض

وله أن الشهادة انما تصير حجة عاملة بالتزكية فكانت التزكية في معنى علة العلة فيضاف الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان لانه محض الشرط ولا فرق بين ما اذا شهدوا بلفظة الشهادة أو أخبروا وهذا اذا أخبروا بالحرية والاسلام أما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لا يضمنون لان العبد قد يكون عدلا ولا ضمان على الشهود لانه لم يقع كلامهم شهادة ولا يحدون حد القذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث عنه (واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه فضرب رجل عنقه ثم وجد الشهود عبيدا فعلى القاتل الدية) وفي

وان لم نؤولها بالرجوع يلزم المخالفة بين الروايات فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان ويدل عليه أنه ذكر فخر الاسلام في الجامع الصغير مطلقا كما ذكرهنا وفي الشرح خلافه ثم قال ويحتمل أن يؤول بالرجوع ولا يلزم التكرار لان المسئلة الاولى فيما اذا ظهر الشهود عبيدا ورجع المزكون أيضا والمسئلة الثانية يعني التي في البيت الثالث فيما اذا رجع المزكون فحسب والتفاوت ظاهر اه وعلى هذا فالخلاف في موضعين ما اذا ظهروا عبيدا ورجعوا وما اذا رجعوا فقط وأما تعزيرهم فبالاتفاق وقول صاحب المجمع ولو شهدوا فرجم ثم ظهر أحدهم عبدا فالضمان على المزكين ان تعمدوا وقالا في بيت المال ولو رجع المزكون عزروا لا يفيد تحقق الخلاف في الضمان في مجرد رجوعهم بل أفاد مجرد الاتفاق على التعزير فالاشكال قائم على صاحب المنظومة على ما مشى هو عليه وحاصل الجمع اشتراط الرجوع مع الظهور ولتحقق الخلاف فلا ينفرد الظهور بالتضمين الخلافي بل الاتفاقي أنه في بيت المال كما سيذكر ولا ينفرد رجوع المزكين بالتضمين المختلف فيه أهو عليهم أو على بيت المال وبه يزول الاشكال عنه غير أن من العجب كون مجرد رجوع المزكين موجبا للضمان على الخلاف ولا يذكر في الاصول كالجامع والاصل (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فامر القاضي برجمه الخ) استوفى أقسامها في كافي حافظ الدين فقال ان شهد أربعة على رجل بالزنا فامر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود في العمد والدية في الخطا على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ لا شئ عليه وان قتله عمدا بعد القضاء ثم وجد الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف فالقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا محقون الدم عمدا لكنه لما ظهر أن الشهود عبيد تبين أن القضاء لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المامور به الرجم وهو قد حز رقبته فلم يوافق أمر القاضي ليصير فعله منقولا اليه فبقي مقصورا عليه وفي الاستحسان تجب الدية لان قضاء القاضي بالرجم نفذ من حيث الظاهر وحين قتله كان القضاء صحيحا فاورث شبهة الاباحة وهذا لانه لو نفذ ظاهرا وباطنا تثبت حقيقة الاباحة فاذا نفذ من وجه دون

كذلك لا ضمان على هؤلاء وقوله (وله أن الشهادة) ظاهر وقوله (وهذا) يعني وجوب الضمان على قول أبي حنيفة وقوله (لانه لم يقع كلامهم شهادة) فيه نظر لما تقدم ان كلام كل منهم يصير شهادة باتصال القضاء به وقد اتصل به القضاء فما وجه قوله لانه لم يقع كلامهم شهادة والجواب أن القضاء لما ظهر خطؤه بيقين صار كان لم يكن فلم يتصل القضاء بكلامهم فلم يصر شهادة فان قيل فلم لا تحد الشهود قلت لانهم قذفوا حيا ثم مات فلا يورث عنه واليه الاشارة في الكتاب لا يقال لم لم يجعل قذفا للميت للحال بطريق الانقلاب كما في صورة الرجوع عن الشهادة لانا نقول علة الانقلاب الرجوع عن الشهادة ولم يوجد فان قيل لم لا يكون ظهورهم عبيدا أو مجوسا علة للانقلاب كالرجوع فالجواب أن الانقلاب صيرورة الشهادة قذفا وكلامهم لم يقع شهادة

(قوله لما تقدم ان كلام كل منهم) أقول في رأس الصحيفة

بحالهم وليس المراد بقوله وقيل اشارة الى القولين لكن المراد به بيان محل الخلاف (قوله فكانت التزكية في معنى علة العلة) وهذا لان التلف حصل بالقضاء والقضاء بالشهادة لانهم الزموا القاضي القضاء والشهادة انما تعمل بالعدالة وهي تثبت بالتزكية فكانت التزكية كعلة العلة للتلف وهي كالعلة في اضافة الحكم اليها كما في الرمي وسوق الدابة وهنا تعذر ايجاب الضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ليضاف الحكم اليها ولان العبد قد يكون عدلا والمجوس قد يكونون صدقة ولم يعرف منهم الكذب فيضاف الى التزكية بخلاف شهود الاحصان لانه عبارة عن الحصال الحميدة وهي لا تصلح سببا للعقوبة ولا علة ألا ترى أن الشهادة على الزنا بدون الاحصان توجب العقوبة فشهود الاحصان ما جعلوا غير الموجب موجبا أما الشهادة بدون التزكية لا توجب شيأ وسبب الاتلاف الشهادة وانما صارت محققة لتزكية فكانت التزكية في علة العلة وقوله الاحصان محض الشرط لعله أراد به العلامة لما عرف في أصول الفقه ان الاحصان علامة لان الشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقادها علة على وجوده كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق به ولا يتوقف الزنا في انعقاده علة لوجوب الرجم على الاحصان بعد ذلك فلا يكون شرطا ولكن الاحصان عبارة عن حالة في الزاني يصير الزنا في تلك الحالة موجبا للرجم والحكم غير مضاف الى الحال ثبوتا به ولا وجودا عنده فتكون علامة

القياس

القياس يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة بخلاف ما اذا قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة بعد ولانه ظنه مباح الدم معتمدا على دليل مبيح فصار كما اذا ظنه حربيا وعليه علامتهم وتجب الدية فى ماله لانه عمد والعواقل لا تعقل العمد ويجب ذلك فى ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل (وان رجم ثم وجدوا عبيدا فالدية على بيت المال) لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله اليه ولو باشره بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) لانه يباح النظر لهم ضرورة تحمل الشهادة فاشبه الطبيب والقابلة

وجه تثبت شبهة الاباحة بخلاف ما لو قتله قبل القضاء لان الشهادة لم تصر حجة يعنى فيقتص منه فى العمد فصار كمن قتل انسانا على ظن أنه حربى وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم فعليه الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين لانه وجب بنفس القتل وما يجب بنفس القتل يجب مؤجلا كالدية بخلاف ما وجب بالصلح عن العمد حيث يجب حالا لانه مال وجب بالعقد لا بنفس القتل فاشبه الثمن ومافى الكتاب لا يخفى بعد ذلك وقوله (وان رجم) ضبطه الاساتذة بالبناء للفاعل ليرجع ضميره الى الرجل فى قوله فضرب رجل عنقه ويطابق قول السرخسى فى المبسوط شمس الائمة حيث قال فيه وان كان هذا الرجل قتله رجما ثم وجدوا عبيدا تجب الدية فى بيت المال (لما ذكرنا) يعنى فى مسئلة الجلاد اذا خرج من قوله ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا) أى الرجل القاتل بالرجم بعد أمر القاضى (بخلاف ما اذا ضرب عنقه) ثم ظهروا عبيدا تجب الدية فى ماله كما ذكرنا (لانه لم يأتمر أمره) فلم ينتقل فعله اليه كما ذكرناه آنفا ولهذا يؤدبه على القتل بالسيف ولا يؤدبه هنا لانه لم يخالف (قوله واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) أى الى فرجيهما (قبلت شهادتهم) وبه قال الشافعى فى المنصوص ومالك وأحمد لانه لضرورة ثبوت القدرة على اقامة الحسبة والنظر الى العورة عند الحاجة لا يوجب فسقا كنظر القابلة والخافضة والختان والطبيب وعد فى الخلاصة مواضع حل النظر الى العورة للضرورة فزاد الاحتقان والبكارة فى العنة والرد بالعيب والمرأة فى حق المرأة أولى وان لم توجد ستر ما وراء موضع الضرورة بخلاف ما لو قالوا تعمدنا النظر للتلذذ لا تقبل اجماعا ونسب الى بعض العلماء أنه لا تقبل شهادتهم

محضة لوجوب الرجم عند وجود الزنا (قوله وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل فاورث شبهة) فان صورة القضاء تكفى لارتفاع الشبهة لانه لو كان حقا كان مبيحا للدم فبصورته تمكن شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لا يوجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا (قوله على دليل مبيح) وهو قضاء القاضى (قوله لانه وجب بنفس القتل) الاصل أن كل دية وجبت بنفس القتل ابتداء لا لمعنى يحدث من بعد يجب فى ثلاث سنين بقضية عمر رضى الله عنه ولهذا لو قتل ابنه عمدا تجب الدية فى ماله فى ثلاث سنين بخلاف بدل الصلح عن القصاص فانه يجب حالا لانه ما وجب بنفس القتل (قوله ولو باشره بنفسه) أى لو باشر الامام الرجم بنفسه تجب الدية فى بيت المال لما ذكرنا وهو قوله قبل هذا بورق فى هذا الباب لانه ينتقل فعل الجلاد الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (قوله لانه لم يأتمر أمره) لانه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه (قوله وقالوا تعمدنا النظر) أى الى موضع الزنا من الزانيين (قوله لانه يباح لهم النظر ضرورة تحمل الشهادة) لان تحمل الشهادة مأمور به قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله واقامتها لا تتحقق بدون النظر اليه عمدا اذ لا يصح التكليف مع الستر ولكن مع هذا الامر يجوز اختيار جانب الستر فى الحدود فلذلك قيل بالاباحة دون الوجوب وفى الجامع الصغير لشمس الائمة رحمه الله قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على أنفسهم بالنظر الى

وقوله (وجه الاستحسان أن القضاء صحيح ظاهرا وقت القتل) يعنى أن القضاء (٧٣) وجد صورة وصورة قضاء القاضى تكفى لارتفاع الشبهة لانه لو كان حقيقة كان مبيحا للدم فصورته تكون شبهة كالنكاح الفاسد يجعل شبهة فى اسقاط الحد ولهذا لا يجب القصاص على الولى اذا جاء المشهود بقتله حيا وقوله (وان رجم) على بناء الفاعل أى الرجل الذى ضرب عنقه لم يضربه وانما رجمه (ثم وجدوا) أى الشهود (عبيدا فالدية على بيت المال لانه امتثل أمر الامام فنقل فعله) أى فعل الراجم (الى الامام ولو باشره) الامام (بنفسه وجبت الدية فى بيت المال لما ذكرنا) أن فعل الجلاد ينتقل الى القاضى وهو عامل للمسلمين فتجب الغرامة فى مالهم (كذا هذا بخلاف ما اذا ضرب عنقه لانه لم يأتمر أمره) لانه أمره بالرجم دون حز الرقبة فلم ينتقل فعله اليه قوله (واذا شهدوا على رجل بالزنا وقالوا تعمدنا النظر) الى موضع الزنا من الزانيين (قبلت شهادتهم) لما ذكر فى الكتاب وهو واضح وفى الجامع الصغير لشمس الائمة قال بعض العلماء لا تقبل شهادتهم لاقرارهم بالفسق على أنفسهم فان النظر الى عورة الغير قصدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا لم يبينوا كيفية النظر لاحتمال أن يكون ذلك وقع اتفاقا لا قصدا

 ولكنا نقول النظر الى عورة الغير عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء فى البئر والميل فى المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا

(واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا

(واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) معناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشرائط لان الحكم بثبات النسب منه حكم بالدخول عليه ولهذا لو طلقها يعقب الرجعة والاحصان يثبت بمثله (فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه بالاحصان رجل وامرأتان رجم) خلافا لزفر والشافعي فالشافعي مر على أصله أن شهادتهن غير مقبولة في غير الاموال وزفر يقول انه شرط في معنى العلة لان الجناية تتغلظ عنده فيضاف الحكم اليه فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم انه أعتقه قبل الزنا لا تقبل لما ذكرنا ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وانها مانعة من الزنا على ما ذكرنا

الا اذا لم يبينوا كيفية النظر فيحتمل أنه وقع اتفاقا لا قصدا وقلنا ان النظر يباح للحاجة على ما قلنا (قوله واذا شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان وله امرأة قد ولدت منه فانه يرجم) قال المصنف (معناه أنه ينكر الدخول بها بعد وجود سائر الشرائط) أي شرائط الاحصان (لان الحكم) شرعا (بثبوت النسب منه حكم بالدخول) أي يستلزم ذلك (ولهذا لو طلقها) طلقة (يعقب الرجعة) ولو كانت غير مدخول بها بانت بالواحدة الصريحة والفرض أنهما مقران بالولد ولو ثبت الدخول بشهادة شاهدين ثبت الاحصان فاذا ثبت بشهادة الشرع وباقرارهما أولى وعلى كون المعنى ماذكر المصنف من أن الفرض وجود سائر شرائط الاحصان يدخل فيه أن يبينوا كما صححه عامة عن الائمة الشافعي ومالك وأحمد من أنه لا يثبت بذلك لاحتمال كونه من دخول لا على وجه الصحة ليس بخلاف لان بفرض أنها امرأته لا يكون من وطء شبهة لغير المنكوحة ولا من نكاح فاسد لان النكاح الفاسد لا يستمر ظاهرا مولدا على وجه الديمومة والاستقرار كما يفيده قوله وله امرأة (قوله فان لم تكن ولدت منه وشهد عليه الخ) المقصود من هذه أن الاحصان يثبت بشهادة النساء مع الرجال خلافا لزفر والشافعي ومالك وأحمد الا أن المبني مختلف فعندهم شهادتهن في غير الاموال لا تقبل وعند زفر ان قبلت الا أنه يقول الاحصان شرط في معنى العلة والشان اثبات أنه في معنى العلة ونفيه لانه المدار فقال لان تغليظ العقوبة يثبت عنده بخلاف الشرط المحض (فاشبه حقيقة العلة فلا تقبل شهادة النساء فيه احتيالا للدرء وصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) وهو محصن (انه أعتقه قبل زناه لا تقبل) مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة في غير هذه الحالة (لما ذكرنا) من أنه شرط في معنى العلة فصار كشهادتهم على زناه اذ كان المقصود تكميل العقوبة ولزم من أصله هذا وهو أنه شرط في معنى العلة أنه اذا رجع شهود الاحصان يضمنون عنده وعندنا لا يضمنون اذ كان علامة محضة (ولنا) في نفي أنه في معنى العلة (أن الاحصان) ليس الا (عبارة عن خصال حميدة) بعضها غير داخل تحت قدرته كالحرية والعقل وبعضها فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول فيه فلا يتصور كونها سببا للعقوبة

عورة الغير قصدا ولكنا نقول النظر الى العورة عند الحاجة يجوز شرعا فان الختان ينظر والقابلة تنظر والنساء ينظرن لمعرفة البكارة وبالشهود حاجة الى ذلك لانهم ما لم يروا كالرشاء في البئر والميل في المكحلة لا يسعهم أن يشهدوا (قوله والاحصان يثبت بمثله) أي بمثل هذا الدليل الذي فيه شبهة ألا ترى أنه يثبت بشهادة رجل وامرأتين فكذلك ههنا يثبت الدخول الذي هو من شروط الاحصان بالحكم بثبوت النسب (قوله فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم) يعني أن الزاني لو كان مملوكا كالذمي وذلك المملوك الزاني مسلم فشهد على الزاني ذميان أن مولاه الذمي كان أعتقه قبل الزنا لم يرجم مع أن شهادة أهل الذمة على الذمي بالعتق مقبولة ولكن لما كان المقصود ههنا تكميل العقوبة على المسلم لم تقبل شهادة أهل الذمة فهذا مثله (قوله ولنا أن الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة بعضها ليس من صنع المرء كالحرية والعقل وبعضها

مانع عن الزنا على ما ذكرنا) قبل باب الوطء الذي يوجب الحد فيكون الكل مزجرة وكل ما يكون مانعا عن الزنا لا يكون علة للعقوبة الغليظة

فلا

فلا يكون فى معنى العلة وصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة بخلاف ماذكر لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه ينكره المسلم أو يتضرر به المسلم (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون)

ولا سيما السببه فان سببها المعصية والاحصان بحسب الوضع مانع من سبب العقوبة لانه سبب لضد سببها وهو الطاعة والشكر فيستحيل أن تكون فى معنى علة الحكم وهو مانع لسببه فالسبب ليس الا الزنا الا أنه مختلف الحكم ففى حال الاحصان حكمه الرجم وفى غيره الجلد فكان الاحصان السابق على الزنا معرفا لخصوص الحكم الثابت بالزنا أعنى خصوص العقوبة والعلامة المحضة فطلا يكون لها تاثير فلا تكون علة ولا فى معناها فكيف يضاف الحكم اليها وظهر أن الواقع أن الاحصان يثبت معه بالزنا عقوبة غليظة وبالشهادة يظهر ماثبت بالزنا عند الحاكم فلما لم يكن سببا للعقوبة ولا علة جاز أن يدخل فى اثباته شهادة النساء كما لو شهد تام مع الرجل بالنكاح فى غير هذه الحالة والدخول فى غرض آخر كتكميل المهر حتى يثبت احصانه ثم اتفق أنه شهد عليه بالزنا أليس أنه يرجم كذا اذا شهد تا بعد ظهور الزنا به فكما يثبت قبله لعدم كونه سببا كذا بعده وصار كما لو علق عتق عبده بظهور دين لفلان عليه فشهدا ثنان بالدين عتق العبد ولا يضاف العتق الى الشهادة بالدين بل الى المعلق كذا هنا لا يضاف الرجم بعد الشهادة بالاحصان الى هذه الشهادة بل الى الزنا (بخلاف ماذكر لان العتق يثبت بشهادة الذميين) على الذمى بشهادتهما عليه بالاعتاق (وانما لا يعتق بسبق التاريخ لانه ينكره) العبد (المسلم أو يتضرر به) فلا تنفذ شهادتهما عليه لانه تتغلظ العقوبة عليه فتصير مائة بعد ان كانت خمسين واستشكل كونه ليس فى معنى العلة للعبد بانه لو أقر بالاحصان ثم رجع عنه صح رجوعه كالزنا ولذا تقبل بينة الاحصان حسبة بلا دعوى فيجب أن يشترط فى الشهادة به الذكورة كالتزكية عند أبى حنيفة أجيب بان صحة الرجوع لا تتوقف على كون المقر به علة للعقوبة بل على كون المقر به لا مكذب له فيه اذا رجع عنه ولا مكذب له فى سبب الحد بخلاف الاقرار بالدين فان المقر له يكذبه فى رجوعه وانما صحت الحسبة فيه لانه من اظهار حق الله تعالى والمانع من شهادة النساء ليس هذا القدر بل كونه سببا لاصل العقوبة لحين ثبتت العقوبة بشهادة الرجال بسببها كان كالشهادة على عتق الامة تسمع بلا دعوى عند أبى حنيفة لتضمنه تحريم الفرج *(فروع من المبسوط)* شهد أربعة على رجل بالزنا فانكر الاحصان فشهد رجلان أنه تزوج امرأة نكاحا صحيحا ودخل بها يثبت الاحصان فيرجم وعند محمد لا يثبت فلا يرجم كما لو شهد أنه قربها أو أتاها فهذا ليس بصريح وهذا لان الدخول يراد به الجماع ويراد به الخلوة ولا يثبت الاحصان بالشك ولهما أن الدخول يراد به الجماع عرفا مستمرا حتى صار يتبادر مع النكاح والتزويج والنساء قال الله تعالى من نسائكم اللاتى دخلتم بهن فلا اجمال فيه عرفا فكانت كشهادتهم على الجماع ولو شهد أربعة على الزنا بفلانة وأربعة غيرهم شهدوا به بامرأة أخرى فرجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته اجماعا وحدوا للقذف عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد لا يحدون لان رجوع كل فريق معتبر فى حقهم لا فى حق غيرهم فصار فى حق كل فريق كأن الفريق الآخر ثابت على الشهادة ولهما أن كل فريق أقر على نفسه بالتزام حد القذف لان كل فريق يقول انه عفيف قتل ظلما وانهم قذفة بغير حق ولو شهد أربعة على رجل بالزنا فاقر مرة به حد عند محمد لان البينة وقعت معتبرة فلا تبطل الا باقرار معتبر والاقرار مرة هنا

(وصار كما اذا شهدوا به) أى بالنكاح (فى غير هذه الحالة) يعنى لو شهد رجل وامرأتان ان فلانا تزوج هذه المرأة ودخل بها فى غير حالة الزنا قبلت شهادتهم فكذلك ههنا (بخلاف ماذكر) يعنى من زفر شهادة الذميين على ذمى أنه أعتق عبده قبل الزنا (لان العتق) هناك (يثبت) أيضا (بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لانه) تاريخ (ينكره المسلم أو يتضرر به) من حيث اقامة العقوبة الكاملة عليه وما ينكره المسلم أو يتضرر به لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وقوله (فان رجع شهود الاحصان لا يضمنون) أحد الامرين المترتبين على الاصل الذى ذكرناه من قبل والله أعلم

فرض عليه كالاسلام وبعضها مندوب اليه كالنكاح الصحيح والدخول بالمنكوحة وهى مانعة عن الزنا لما مر فاستحال أن يكون سببا لوجوب عقوبة لان سببها جناية لا محالة وليس بشرط فضلا عن أن يكون فى معنى العلة لان الشرط ما يتوقف الحكم على وجوده بعد السبب ولا يتوقف وجوب الرجم على وجود احصان ثبت بعد الزنا فانه لا يرجم وان صار محصنا بعد الزنا ولكنه اذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فاما أن يوجد الزنا بصورته ويتوقف انعقاده علة على احصان بعده فلا وما لا يعرف حكم العلة بوجه فصار كما اذا شهدوا به فى غير هذه الحالة (قوله بخلاف ماذكر) أى زفر رحمه الله تعالى أى ليس هذا نظير شهادة الذميين بالعتق لانها

(باب حد الشرب) انما أخر حد الشرب عن حد الزنا لان جريمة الزنا أشد من جريمة شرب الخمر فانه بمنزلة قتل النفس فان الله تعالى قرن ذكره بعبادة الاصنام وقتل النفس حيث قال تعالى والذين لا يدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون ولهذا لم يحل في دين من الاديان وأخر حد القذف عن حد الشرب (٧٦) لما أن جريمة الشرب متيقن بها بخلاف جريمة القذف فان القذف خبر محتمل

بين الصدق والكذب ولهذا كان ضرب حد القذف أخف من ضرب حد الشرب لضعف في ثبوت القذف لجواز أن يكون صادقا في سببه الى الزنا فلا يكون قذفا (ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه) أي على الشارب (بذلك) أي بشرب الخمر ووجود الرائحة من باب قوله تعالى عوان بين ذلك (أو شهدوا على شرب الخمر مع مجيئهم به وهو سكران فعليه الحد) وظاهره يقتضي أن لا تشترط الرائحة بعد ما شهد الشهود عليه بالسكر من الخمر ولكن الروايات في الشروح مقيدة بوجود الرائحة في حق وجوب الحد على شارب الخمر عند أبي حنيفة وأبي يوسف سواء ثبت وجوب الحد بالشهادة أو بالاقرار (والاصل فيه) أي في وجوب الحد (قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه) قيل تمام الحديث فان عاد فاقتلوه وهو متروك العمل به فليكن الباقي كذلك وأجيب بانه ترك العمل بذلك لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ

عندنا خلافا لزفر وهو فرع ما تقدم *(باب حد الشرب)*

(ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة أو جاؤا به سكران فشهد الشهود عليه بذلك فعليه الحد وكذلك اذا أقر وريحها موجودة) لان جناية الشرب قد ظهرت ولم يتقادم العهد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه

كالعدم وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يحد وهو الاصح لان شرط قبول البينة انكار الخصم وهو مقر ولا حكم لاقراره فبطل الحد ولان الاقرار وان فسد حكما فصورته قائمة فيورث شبهة

(باب حد الشرب)

قدم حد الزنا عليه لان سببه أعظم جرما ولذا كان حده أشد وأخر عنه حد الشرب لتيقن سببه بخلاف حد القذف لان سببه وهو القذف قد يكون صدقا وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقي أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله ومن شرب الخمر فاخذ) أي الى الحاكم (وريحها موجودة) وهو غير سكران منها ويعرف كونه سكرانا بطريق الدلالة (أو سكران) أي جاؤا به اليه وهو سكران من غير الخمر من النبيذ (فشهد الشهود عليه بذلك) أي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها (فانه يحد) والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلا بد مع شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب أو يشهدا بالشرب فقط فيقوم القاضي باستنكاهه فيستنكهه ويخبره بان ريحها موجود وأما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلا بد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لا يستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعد ما علمنا كونه سكرانا من غير الخمر فان ريح الخمر لا توجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لا يجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد بالثاني أن يشهدوا بانه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر (وكذلك) عليه الحد (اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت) بالبينة والاقرار (ولم يتقادم العهد والاصل في ثبوت حد الشرب قوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه ثم ان شرب فاجلدوه) الى أن قال فان عاد الرابعة فاقتلوه أخرجه أصحاب السنن الا النسائي من حديث معاوية وروي من حديث أبي هريرة اذا سكر فاجلدوه ثم ان سكر الخ قال الترمذي

لا تقوم على وجه يتضرر به المسلم أو نقول العتق لم يثبت بشهادتهما وانما لا يثبت سبق التاريخ لان هذا تاريخ ينكره المسلم وما ينكره المسلم لا يثبت بشهادة أهل الذمة فلو قلنا بجواز هذه الشهادة كان ذلك قولا بجواز شهادة الكافر على المسلم وتحقيقه أن الخصوص هنالك في المشهود عليه فان شهادة النساء في غير الحدود والقصاص تقبل فلما لم يكن المشهود به ههنا سببا موجبا للعقوبة قبلت شهادتهن فيه (قوله وهو فرع ما تقدم) أن الاحصان شرط في معنى العلة فشهوده بمنزلة شهود العلة فيضمنون اذا رجعوا وعندنا في معنى الشرط وشهود الشرط لا يضمنون عند الرجوع فكيف اذا كان الشرط بمعنى العلامة والله أعلم بالصواب

(باب حد الشرب)

(قوله أو جاؤا به سكران شهد الشهود عليه بذلك) أي بالسكر من الخمر أو غيرها من الاشربة المحرمة (قوله

(باب حد الشرب) قال المصنف ومن شرب الخمر فاخذ وريحها موجودة) أقول حين الاخذ ولا تمس الحاجة الى وجوده عند الحضور الى مجلس القاضي كما ستعلم عن قريب (قال المصنف أو جاؤا به سكران) أقول الباء للتعدية (قوله ووجود الرائحة من باب قوله تعالى الخ) أقول وسيجيء نظيره في أوائل باب حد القذف

وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد) وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ماذهب ريحها والسكر لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه مقدر بالزمان عنده اعتبارا بحد الزنا وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

سمعت محمد بن اسمعيل يقول حديث أبي صالح عن معاوية أصح من حديث أبي صالح عن أبي هريرة رضي الله عنه وصححه الذهبي ورواه الحاكم في المستدرك وابن حبان في صحيحه والنسائي في سننه الكبرى ثم نسخ القتل أخرج النسائي في سننه الكبرى عن محمد بن اسحق عن محمد بن المنكدر عن جابر مرفوعا من شرب الخمر فاجلدوه الخ قال ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر في الرابعة فجلده ولم يقتله وزاد في لفظ فرأى المسلمون أن الحد قد وقع وان القتل قد ارتفع ورواه البزار في مسنده عن ابن اسحق به أنه عليه الصلاة والسلام أتى بالنعمان قد شرب الخمر ثلاثا فامر به فضرب فلما كان في الرابعة أمر به فجلد الحد فكان نسخا وروى أبو داود في سننه قال حدثنا أحمد بن عبدة الضبي حدثنا سفيان قال الزهري أنبأنا قبيصة بن ذؤيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه فان عاد في الثالثة أو الرابعة فاقتلوه فاتى برجل قد شرب فجلده ثم أتى به فجلده ورفع القتل وكانت رخصة وقال سفيان حدث الزهري بهذا الحديث وعنده منصور بن المعتمر ومخول بن راشد فقال لهما كونا وافدي أهل العراق بهذا الحديث اه وقبيصة في صحبته خلاف واثبات النسخ بهذا أحسن مما أثبته به المصنف في كتاب الاشربة من قوله عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى ثلاث الحديث فانه موقوف على ثبوت التاريخ نعم يمكن أن يوجه بالنسخ الاجتهادي أي تعارضا في القتل فرجح النافي له فيلزم الحكم بنسخه فان هذا لازم في كل ترجيح عند التعارض (قوله وان أقر بعد ذهاب رائحتها لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهب ريحها) أو ذهب السكر من غيرها (لم يحد عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يحد فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه) أي هذا التقادم (مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا) أنه ستة أشهر أو مفوض الى رأي القاضي أو بشهر وهو المختار (وهذا لان التأخير يتحقق بمضي الزمان) بلا شك (بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل

يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا)

وانكه بوزن امنع ونكه من بابه أي أظهر رائحة فيه وقال الآخر

سفرجلة تحكي ندى النواهد * لها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شيء من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا أنها لا تلتبس على ذوي المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق في الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا بعد تعذر يطاوذلك متنف في تأخير يوم ونحوه وبه تذهب الرائحة أجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة

وكذلك اذا شهدوا عليه بعد ما ذهبت رائحتها عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى) أي لا يحد أيضا اذ عندهما تشترط الرائحة في الشهادة والاقرار غير أن الرائحة تشترط عند تحمل الشهادة حتى لو كان موجودا عند الاخذ وانقطع قبل أن ينتهوا به الى الامام حد في قولهم جميعا لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله (قوله غير أنه مقدر بالزمان عنده) وهو الشهر (قوله والرائحة قد تكون من غيره) فان من استكثر أكل السفرجل توجد منه رائحة الخمر كما قيل شعر

يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وقيل شعر

سفرجلة تحكي ندى النواهد * بها عرف ذي فسق وصفرة زاهد

مسلم الا باحدى ثلاث وليس شرب الخمر منها فبقي الباقي معمولا به لعدم المعارض وقوله (فان أقر بعد ذهاب رائحتها) واضح وقوله (غير أنه مقدر بالزمان عنده) أي عند محمد وهو الشهر (اعتبارا بحد الزنا) وقوله (وهذا) يعني تقدير الزمان وعدم اعتبار الرائحة (لان التأخير يتحقق بمضي الزمان) فلا بد من تقدير زمان وأما ان ذلك ستة أشهر أو شهر واحد فيعلم في موضع آخر (وأما عدم اعتبار الرائحة فلانها محتملة أن تكون من غيرها كما قيل يقولون لي انكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا) وهذه الرواية وهي رواية المطرزي بكلمة قد وقد روى بدونها وهي رواية الفقهاء فعلى الاولى تسقط همزة الوصل من انكه في اللفظ وعلى الثانية تحرك بالكسر لضرورة الشعر والمدامة بمعنى المدام وهو الخمر

وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان قيام الاثر من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا

عرف من قول ابن مسعود وهو ما روى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثوري عن يحيى بن عبد الله التميمي الجابر عن أبي ماجد الحنفي قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد به من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبراني ورواه اسحق بن راهويه أخبرنا جرير عن عبد الحميد عن يحيى بن عبد الله الجابر به ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لا يعمل بها الامع قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لعدم الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار انما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والمزمزة التحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بناءين مثناتين من فوق قال ذو الرمة يصف بعيرا

بعيد مساف الخطو غوج شمردل * تقطع أنفاس المهاري تلاتله

أي حركاته والمساف جمع مسافة والغوج بالغين المعجمة الواسع الصدر ومعنى تقطيع تلاتله أنفاس المهاري أنه اذا باراها في السير أظهر في أنفاسها الضيق والتتابع لما يجهدها وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التي كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل عليه ما في الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال رجل ما هكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبيناهو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب بالكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطني بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه ريح الخمر وفي لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند وجود الريح مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول للشافعي ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعي وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكرناه عن عمر يعارض ما ذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح وان قال ابن المنذر ثبت عن عمر أنه جلد من وجد منه ريح الخمر حدا تاما وقد استبعد بعض أهل العلم حديث ابن مسعود من جهة المعنى وهو أن الاصل في الحدود اذا جاء صاحبها مقرا أن يرد أو يدرأ ما استطيع فكيف يامر ابن مسعود بالمزمزة عند عدم الرائحة ليظهر الريح فيجده فان صح فتاويله أنه كان رجلا موليعا بالشراب مدمنا عليه فاستجاز ذلك فيه وأما قوله (ولان قيام الرائحة من أقوى دلالة على القرب وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار القرب) ثم أجاب عما يتوهم من أن الرائحة مشتبهة بقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل وانما تشتبه على الجهال) فليس بمفيد لان كونها دليلا على القرب لا يستلزم انحصار القرب فيها ليلزم من انتفائها ثبوت البعد والتقادم لان القرب يتحقق بصور كثيرة لا بصورة واحدة هي عند قيام الرائحة لان ذلك عين المتنازع فيه وهو المانع فقوله بعده وانما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتباره ان أراد ان اعتبار القرب بالرائحة فهو محل النزاع فقول محمد هو الصحيح (قوله وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا)

(وعندهما يقدر بزوال الرائحة لقول ابن مسعود فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه ولان) المعتبر في ذلك القرب و(قيام الاثر) وهو الرائحة (من أقوى الدلائل على القرب) وقوله (وانما يصار الى التقدير بالزمان) جواب عن الاعتبار بالزمان أي انما يصار الى التقدير بالزمان عند تعذر اعتبار الاثر وقوله (والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل) جواب عن قوله والرائحة قد تكون من غيره هذا بالنسبة الى الاثبات بالبينة (وأما الاقرار فالتقادم لا يبطله عند محمد كما في حد الزنا

يقال استنكهت الشارب ونكهته تشممت نكهته أي ريح فيه ونكه الشارب في وجهي أيضا اذا تنفس تعدى ولا يتعدى وهو من باب منع (قوله وعندهما يقدر بزوال الرائحة) لقول ابن مسعود رضي الله عنه وهو أنه جاء رجل يقال له هزال بابن أخ له الى ابن مسعود رضي الله عنه وقال انه شرب الخمر وأقر به ابن أخيه فقال له ابن مسعود رضي الله عنه بئس والى اليتيم أنت لا أدبته صغيرا ولا سترت عليه كبيرا ثم قال خذوه وتلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه فان قيل هذا استدلال بنفي الحكم عند عدم الشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند العدم على أصلنا قلنا بل هذا استدلال بعدم الاجماع لان حد الشرب

على مامر تقريره) أن الانسان لا يكون متهما بالنسبة الى نفسه (وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار و ينا) يعني قوله فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وفيه نظر لان الاجماع انعقد على ثبوت حد الشرب باتفاق ابن مسعود ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود وهو قيام الرائحة أجمع عليه الباقون وأيضا كلام ابن مسعود شرطية والشرطية تفيد الوجود عند الوجود لا غير وجواب الامام فخر الاسلام بان العدم عند العدم ليس من مفهوم الشرط بل من انتفاء المجمع عليه مدفوع بما ذكرنا أولا وأيضا ذكر في أول الباب أنه ثابت بقوله صلى الله عليه وسلم من شرب الخمر فاجلدوه وقال ههنا انه ثابت باجماع الصحابة وهما متنافيان وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه وقوله (وريحها توجد منه) ظاهر قال (ومن سكر من النبيذ حد) النبيذ يقع على نبيذ الزبيب والتمر وما يتخذ من الزبيب شيآن نقيع

ونبيذ فالنقيع أن ينقع الزبيب في الماء ويترك أياما حتى تخرج حلاوته الى الماء ثم يطبخ أدنى طبخ فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم وأما النبيذ فهو الذي من ماء الزبيب اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه مادام حلوا فاذا غلا واشتد وقذف بالزبد على قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف الآخر يحل شربه مادون السكر وعند محمد والشافعي لا يحل شربه وما يتخذ من التمر ثلاثة السكر والفضيخ والنبيذ فالنبيذ هو ماء التمر اذا طبخ أدنى طبخ يحل شربه في قولهم مادام حلوا واذا غلا واشتد وقذف بالزبد عند أبي حنيفة وأبي يوسف يحل شربه للتداوي والتقوي الا القدح المسكر وقال محمد والشافعي لا يحل واختلفوا

على مامر تقريره وعندهما لا يقام الحد الا عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار و ينا (فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران فذهبوا به من مصر الى مصر فيه الامام فانقطع ذلك قبل أن ينتهوا به حد في قولهم جميعا) لان هذا عذر كبعد المسافة في حد الزنا والشاهد لا يتهم في مثله (ومن سكر من النبيذ حد) لما روى أن عمر أقام الحد على اعرابي سكر

لا يبطل الاقرار بالتقادم اتفاقا (على مامر تقريره) من أن البطلان للتهمة والانسان لا يتهم على نفسه (وعندهما لا يقام الحد) على المقر بالشرب (الا) اذا أقر (عند قيام الرائحة لان حد الشرب ثبت باجماع الصحابة) رضي الله عنهم (ولا اجماع الا برأي ابن مسعود وقد شرط قيام الرائحة على مار و ينا) يعني أنه لم يقل بالحد الا اذا كان مع الرائحة فيبقى انتفاؤه في غيرها بالاصل لا مضافا الى لفظ الشرط وأما اضافة ثبوته الى الاجماع بعد قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام الخ فقيل لانه من الآحاد وعمله لا يثبت الحد والاجماع قطعي ولا يخفى أن هذا مذهب الكرخي فاما قول الجصاص وهو قول أبي يوسف فيثبت الحد بالآحاد بعد الصحة وقطعية الدلالة وهو المرجح فان كان المصنف يرى أنه لا يثبت به أشكل عليه جعله اياه أولا الاصل وان لم يره أشكل نسبة الاثبات الى الاجماع وأنت علمت أنه انما ألزم قيامها عند الحد بلا اقرار ولا بينة كما هو ظاهر ما قدمناه فان ادعى ان ذلك كان مع اقراره فليبين في الرواية وفي نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا أعظم عندي من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم عليه الحد وان جاء بعد أربعين عاما (قوله فان أخذه الشهود وريحها توجد منه أو سكران) من غير هاو ريح ذلك الشراب يوجد منه (وذهبوا به الى مصر فيه الامام) أو مكان بعيد (فانقطع ذلك) أي الريح (قبل أن ينتهوا به) اليه (حد في قولهم جميعا) لان التاخير الى انقطاعها لعذر بعد المسافة فلا يتهم في هذا التأخير والاصل ان قوما شهدوا عند عثمان على عقبة بشرب الخمر وكان بالكوفة فحمله الى المدينة فاقام عليه الحد (قوله ومن سكر من النبيذ حد) فالحد انما يتعلق في غير الخمر من

ثبت باجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا اجماع الا برأي ابن مسعود رضي الله عنه وقد شرط قيام الرائحة فعند عدمها لا اجماع فلا يحد فان قيل ان لم يوجد الاجماع فقد وجد النص وهو قوله عليه السلام من شرب الخمر فاجلدوه بلا قيد اشتراط الرائحة قلنا خص منه الشرب اضطرارا واكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد (قوله ومن سكر من النبيذ) أي النبيذ الذي غلا واشتد فاسم النبيذ يقع على نبيذ التمر والزبيب فما دام حلوا يحل شربه واذا غلا واشتد وقذف بالزبد يحرم واذا طبخ أدنى طبخة يحل شربه مادام حلوا واذا غلا

في وجوب الحد وسيجيء بيانه في الاشربة وأما الكلام في حد السكر ومقداره فسيذكر ان شاء الله تعالى

(قوله ولكن لا دليل على أن الشرط الذي شرطه ابن مسعود) أقول شرط ابن مسعود قيام الرائحة ولم ينقل عن غيره خلافه فحل محل الاجماع ويقرب منه ماذكروا في باب الشهادة على الشهادة في وجه الاستدلال بما روي عن علي رضي الله عنه على كفاية الاثنين في الشهادة على شهادة رجلين عندنا فراجعه (قوله وأيضا ذكر في أول الباب الخ) أقول ذكره في أول الباب ليس الا لكونه سند الاجماع الذي يثبت به الحد لا لكونه مما يثبت به الحد ابتداء فانه لما تمكنت فيه الشبهة بالتخصيص لم يجز ايجاب الحد به وقوله والاصل فيه لا يبعد أن يكون منبها على ماذكرنا فليتنبه (قوله وأيضا اشتراط الرائحة مناف لاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه) أقول وجوابه انه خص منه الشرب اضطرارا واكراها فتمكنت فيه الشبهة فلا يصح ايجاب الحد به كذا في الكافي ويجوز أن يقال أيضا لما خص منه ماذكر يجوز أن يخص ما زال رائحته بالقياس

من النبيذ وسنبين الكلام فى حد السكر ومقداره المستحق عليه ان شاء الله تعالى

الانبذة بالسكر وفى الخمر بشرب قطرة واحدة وعند الائمة الثلاثة كل ما أسكر كثيره حرم قليله وحد به لقوله عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر رواه مسلم فهذان مطلوبان ويستدلون تارة بالقياس وتارة بالسماع أما السماع فتارة بالاستدلال على أن اسم الخمر لغة لكل ما خامر العقل وتارة بغير ذلك فمن الاول ما فى الصحيحين من حديث ابن عمر نزل تحريم الخمر وهى من خمسة العنب والتمر والعسل والحنطة والشعير وما فى مسلم عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر خمر وكل مسكر حرام وفى رواية أحمد وابن حبان فى صحيحه وعبد الرزاق وكل خمر حرام وأما ما يقال من أن ابن معين طعن فى هذا الحديث فلم يوجد فى شئ من كتب الحديث وكيف له بذلك وقد روى الجماعة الا البخارى عن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة وفى الصحيحين من حديث أنس كنت ساقى القوم يوم حرمت الخمر وما شرابهم الا الفضيخ البسر والتمر وفى صحيح البخارى قول عمر رضى الله عنه الخمر ما خامر العقل واذا ثبت عموم الاسم ثبت تحريم هذه الاشربة بنص القرآن ووجوب الحد بالحديث الموجب ثبوته فى الخمر لانه مسمى الخمر لكن هذه كلها محمولة على التشبيه بحذف أداته فكل مسكر خمر كزيد أسد أى فى حكمه وكذا الخمر من هاتين أو من خمسة هو على الادعاء حين اتحد حكمها بها جاز تنزيلها منزلتها فى الاستعمال ومثله كثير فى الاستعمالات اللغوية والعرفية تقول السلطان هو فلان اذا كان فلان نافذ الكلمة عند السلطان ويعمل بكلامه أى المحرم لم يقتصر على ماء العنب بل كل ما كان مثله من كذا وكذا فهو هو لا يراد الا الحكم ثم لا يلزم فى التشبيه عموم وجوه فى كل صفة فلا يلزم من هذه الاحاديث ثبوت الحد بالاشربة التى هى غير الخمر بل يصحح الحمل المذكور فيها ثبوت حرمتها فى الجملة اما قليلها وكثيرها أو كثيرها المسكر منها وكون التشبيه خلاف الاصل يجب المصير اليه عند الدليل عليه وهو أن الثابت فى اللغة (١) من تفسير الخمر بالنىء من ماء العنب اذا اشتد وهذا مما لا يشك فيه من تتبع مواقع استعمالاتهم ولقد يطول الكلام بايراده ويدل على ان الحمل المذكور على الخمر بطريق التشبيه قول ابن عمر رضى الله عنهما حرمت الخمر وما بالمدينة منها شئ أخرجه البخارى فى الصحيح ومعلوم أنه انما أراد ماء العنب لثبوت أنه كان بالمدينة غيرها مما ثبت من قول أنس وما شرابهم يومئذ أى يوم حرمت الا الفضيخ البسر والتمر فعرف أن ما أطلق هو وغيره من الحمل لغيرها عليها بهو هو كان على وجه التشبيه وأما الاستدلال بغير عموم الاسم لغة فمن ذلك ما روى أبو داود والترمذى من حديث عائشة عنه عليه الصلاة والسلام كل مسكر حرام وما أسكر الفرق منه ملء الكف منه حرام وفى لفظ للترمذى فالحسوة منه حرام قال الترمذى حديث حسن ورواه ابن حبان فى صحيحه وأجود حديث فى هذا الباب حديث سعد بن أبى وقاص أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قليل ما أسكر كثيره أخرجه النسائى وابن حبان قال المنذرى لانه من حديث محمد بن عبد الله بن عمار الموصلى وهو أحد الثقات عن الوليد بن كثير وقد احتج به الشيخان عن الضحاك بن عثمان وقد احتج به مسلم عن بكير بن عبد الله بن الاشج عن عامر بن سعد بن أبى وقاص وقد احتج بهما الشيخان وحينئذ فجوابهم بعدم ثبوت هذه غير صحيح وكذا حمله على ما به حصل السكر وهو القدح الاخيران صريح هذه الروايات القليل وما أسند الى ابن مسعود كل مسكر حرام قال هى الشربة التى أسكرتك أخرجه الدارقطنى ضعيف فيه الحجاج بن أرطاة وعمار بن مطر قال وانما هو من قول ابراهيم يعنى النخعى وأسند الى ابن المبارك أنه ذكر له حديث ابن مسعود هذا فقال حديث باطل على أنه لو حسن عارضه ما تقدم من المرفوعات الصريحة الصحيحة فى تحريم قليل ما أسكر كثيره ولو عارضه كان المحرم مقدما وما روى عن ابن عباس من قوله حرمت الخمر بعينها قليلها وكثيرها والمسكر من كل شراب فانه لم يسلم نعم هو من طريق جيدة هى عن أبى عون عن ابن شداد عن ابن عباس حرمت الخمر بعينها والمسكر من كل شراب وفى لفظ وما أسكر من كل شراب قال وهذا أولى بالصواب من حديث ابن شبرمة فهذا انما فيه تحريم

(١) من تفسيره هكذا فى النسخ ولعل لفظ من زائد من الناسخ كما هو ظاهر كذا بهامش نسخة العلامة البجراوى كتبه مصححه

واشتد وقذف بالزبد على قول أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقول أبى يوسف رحمه الله الآخر يحل شربه

أشراب المسكر واذا كانت طريقه أقوى وجب أن يكون هو المعتبر ولفظ السكر تصحيف ثم لو ثبت ترجح
المنع السابق عليه بل هذا الترجيح فى حق ثبوت الحرمة ولا يستلزم ثبوت الحرمة ثبوت الحد بالقليل الابسماع
أو بقياس فهم يقيسونه بجامع كونه مسكرا ولاصحابنا فيه منع خصوصا وعموما أما خصوصا فمنعوا أن حرمة الخمر
معللة بالاسكار وذكروا عنه عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر بعينها والسكر الخ وفيه ما علمت ثم قوله بعينها ليس
معناه ان علة الحرمة عينها بل ان عينها حرمت ولذا قال فى الحديث قليلها وكثيرها والرواية المعروفة فيه بالباء
لا باللام ولو كان كان المراد ماذكرنا وهذا هو مراد المصنف بماذكر فى الاشربة من نفى تعليلها بالاسكار لانه لم
يذكره الا لنفى ان حرمتها مقيدة باسكارها أى لو كانت العلة الاسكار لم يثبت تحريم حتى تثبت العلة وهى الاسكار
أو مظنته من الكثير لا أن حرمتها ليست معللة أصلا بل هى معللة بانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره وان
كان القدورى مصرا على منع التعليل أصلا ونقض رحمه الله هذه العلة بان الطعام الذى يضر كثيره لا يحرم
قليله وان كان يدعو الى كثيره لكن المصنف ذكر فى كتاب الاشربة ما يفيد ماذكرنا فانه قال فى جواب الحاق
الشافعى حرمة المثلث العنبى بالخمر وانما يحرم قليله لانه يدعو الى كثيره لرقته ولطافته والمثلث لغلظه لا يدعو وهو
فى نفسه غذاء ولا يخفى بعد هذا أن اعتبار دعاية القليل الى الكثير فى الحرمة ليس الا لحرمة السكر ففى التحقيق
الاسكار هو المحرم ابالغ الوجوه لانه الموقع للعداوة والبغضاء والصد عن ذكر الله وعن الصلاة واتيان المفاسد
من القتل وغيره كما أشار النص الى علتها ولكن على تقدير ثبوت الحرمة بالقياس لا يثبت الحد لان الحد
لا يثبت بالقياس عندهم وهو ماذكرنا من المنع على العموم واذن فلم يثبت الحد بمجرد الشرب من غير الخمر
ولكن ثبت بالسكر منه باحاديث منها ما قدمناه من حديث أبى هريرة فاذا سكر فاجلدوه الحديث فلو ثبت به
حل مالم يسكر لكان بمفهوم الشرط وهو منتف عندهم فوجبه ليس الا ثبوت الحد بالسكر ثم يجب أن يحمل
على السكر من غير الخمر لان حمله على الاعم من الخمر ينفى فائدة التقييد بالسكر لان فى الخمر يحد بالقليل منها بل
يوهم عدم التقييد بغيرها أنه لا يحد منها حتى يسكر واذا وجب حمله على غيرها صار الحد منتفيا عند عدم السكر
به بالاصل حتى يثبت ما يخرجه عنه ومنها ما روى الدارقطنى فى سننه أن اعرابيا شرب من اداوة عمر نبيذا
فسكر به فضربه الحد فقال الاعرابى انما شربته من اداوتك فقال عمر انما جلدناك على السكر وهو ضعيف
بسعيد بن ذى لعوذ ضعف وفيه جهالة وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا على بن مسهر عن الشيبانى عن
حسان بن مخارق قال بلغنى أن عمر بن الخطاب سابر رجلا فى سفر وكان صائما فلما أفطر أهوى الى قربة لعمر
معلقة فيها نبيذ فشرب به فسكر فضربه عمر الحد فقال انما شربته من قربتك فقال له عمر انا جلدناك لسكرك
وفيه بلاغ وهو عندى انقطاع وأخرج الدارقطنى عن (١) عمران بن داور عن خالد بن دينار عن أبى اسحق عن
ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد سكر من نبيذ تمر فجلده وعمران بن داور بفتح الواو وفيه مقال
وروى الدارقطنى فى سننه عن وكيع عن شريك عن فراس عن الشعبى أن رجلا شرب من اداوة على رضى الله
عنه بصفين فسكر فضربه الحد ورواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن مجالد عن الشعبى
عن على بنحوه وقال فضربه ثمانين وروى ابن أبى شيبة حدثنا عبد الله بن نمير عن حجاج عن أبى عون عن عبد
الله بن شداد عن ابن عباس قال فى السكر من النبيذ ثمانون فهذه وان ضعف بعضها فتعدد الطرق ترقيه الى
الحسن مع أن الاجماع على الحد بالكثير فان الخلاف انما هو فى الحد بالقليل غير أن هذه الادلة كما ترى
لا تفصل بين نبيذ ونبيذ والمصنف قيد وجوب الحد بقوله (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه
طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد) فقد ذكروا أن ما يتخذ من الحبوب كلها والعسل يحل شربه عند
أبى حنيفة يعنى اذا شرب منها من غير لهو ولا طرب فلا يحد بالسكر منها عنده ولا يقع طلاقه اذا طلق وهو
سكران منها كالنائم الا أن المصنف فى كتاب الاشربة قال وهل يحد فى المتخذ من الحبوب اذا سكر منه قيل
لا يحد وقد ذكرنا الوجه من قبل قالوا والاصح أنه يحد فانه روى عن محمد فيمن سكر من الاشربة أنه يحد من غير

(١) عمران بن داور هكذا هو فى بعض النسخ داور بالالف قبل الواو المفتوحة ومثله فى خلاصة أسماء الرجال وما وقع فى بعض النسخ من تقديم الواو على الالف تحريف فليعلم كتبه مصححه

مادون السكر وعند محمد والشافعى رحمهما الله لا يحل

وقوله (ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) يعني اذا لم يشاهد منه الشرب (لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله وهو قوله والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل أجيب بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء أو التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه وأقول والجواب الثاني أحسن لاشتماله على تفسير

(ولا حد على من وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها) لان الرائحة محتملة وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا) لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك وكذا شرب المكره لا يوجب الحد

تفصيل وهذا لان الفساق يجتمعون عليه اجتماعهم على سائر الاشربة بل فوق ذلك وكذلك المتخذ من الالبان اذا اشتد فهو على هذا اه وهو قول محمد فقد صرح بان اطلاق قوله هنا لان السكر من المباح لا يوجب حدا غير المختار ورواية عبد العزيز عن أبي حنيفة وسفيان أنهما سئلا فيمن شرب البنج فارتفع الى رأسه وطلق امرأته هل يقع؟ قالا ان كان يعلم حين شربه ما هو يقع (قوله ولا حد على من وجد به ريح الخمر أو تقيأها لان الرائحة محتملة) فلا يثبت بالاحتمال ما يندرئ بالشبهات (وكذا الشرب قد يكون عن اكراه) فوجود عينها في القيء لا يدل على الطواعية فلو وجب الحد وجب بلا موجب وأورد عليه أنه قال من قريب والتمييز بين الروائح ممكن للمستدل فقطع الاحتمال وهنا عكس قال المورد وتكلف بعضهم في توجيهه يريد به صاحب النهاية بان الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء قال ولقائل أن يقول اذا كان التمييز يحصل بالاستدلال فاذا استدل على الوجه المذكور في هذه الصورة يرتفع الاحتمال في الرائحة فينبغي أن يحد حينئذ ولم يقل به أحد ونقل أيضا عنه أن التمييز لمن يعاينه ونظر فيه بان من عاين الشرب يبنى على يقين لا على استدلال وتخمين وصاحب الهداية أثبت التمييز في صورة الاستدلال لا في صورة العيان اه فبقي الاشكال بحاله ولا يخفى ان المراد معاينة الشرب والاستدلال لا ينافيه لان المشروب جاز كونه غير الخمر فيستدل على أنه خمر بالرائحة فكون المصنف جعل التمييز يفيده الاستدلال لا ينافي حالة العيان أي عيان الشرب ثم لا شك ان كون الشيء محتملا لا ينافي أن يستدل عليه بقرائن بحيث يحكم به مع شبهة ما فلا ملازمة بين الاحتمال وعدم الاستدلال عليه بل جاز أن يثبت الاستدلال مع ثبوت ضرب من الاحتمال فلا يصح قوله انه قطع الاحتمال حيث ذكر انه يمكن التمييز بالاستدلال ولا شك أن المنظور اليه والمقصود في الموضعين ثبوت طريق الدرء أما الموضع الثاني وهو عدم الحد بوجود الرائحة والتقيؤ فظاهر وطريقه أنه لو ثبت الحد لكان مع شبهة عدمه لان الرائحة محتملة وان استدل عليها فان فيها مع الدليل شبهة قوية فلا يثبت الحد معها وأما في الموضع الاول فلا شك ان في اثبات اشتراط عدم التقادم لقبول البينة والاقرار درأ كثيرا واسعا ولا يمكن اثبات هذا الطريق الكائن للدرء الا باعتبار امكان تمييز رائحة الخمر من غيرها فحكم باعتبار التمييز بالاجتهاد في الاستدلال وان كان ملزوما للشبهة النفي ليتمكن من تحصيل هذا الطريق الواسع للدرء لانه لو لم يعتبر التمييز مع ما فيه من شبهة لكان الشهادة والاقرار معمولا بهما في أزمنة كثيرة متاخرة بلا رائحة فيقام بذلك ما لا يحصى من الحدود وحين اشترط ذلك وضحت طريقه مع الشبهة والاحتمال فظهر ان كلا صحيح

(قوله لان الرائحة محتملة) فان قيل هذا التعليل مناقض لما ذكر قبله أن التمييز بين الروائح ممكن للمستدل قلنا التمييز ممكن لمن عاين الشرب والاحتمال لمن لم يعاينه أو نقول الاحتمال في نفس الروائح قبل الاستدلال والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء (قوله لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج) وفي الجامع الصغير للامام المحبوبي رحمه الله وعن أبي حنيفة رحمه الله من زال عقله بالبنج ان علم أنه بنج حين أكل يقع طلاقه وعتاقه وان لم يعلم لا يقع

(قوله فان قيل الخ) أقول السؤال مع الجواب في النهاية (قوله والتمييز بعد الاستدلال على وجه الاستقصاء) أقول وليس الاستقصاء مأمورا في الحدود وأما اذا شهدوا على الشرب ولا فيجوز الاستقصاء صونا للحجة الشرعية عن البطلان كما سبق نظيره في باب الشهادة على الزنا وكذا الحال في الاقرار وبه حصل الجواب عما أورده الاتقاني (قوله وأقول والجواب الثاني أحسن الى قوله على مذهب محمد) أقول فيه رد على الاتقاني (قال المصنف لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) أقول سيجيء من المصنف في كتاب الاشربة ان الاصح أنه يحد فيما يتخذ من الحبوب والعسل

المستدل فانه يدل على أن المستدل هو من معه دليل وهو معاينة الشرب والجاهل هو من ليس معه ذلك ويجوز أن يكون قوله لان الرائحة محتملة على مذهب محمد وقوله (وكذا الشرب قد يقع عن اكراه أو اضطرار) على قولهما (ولا يحد السكران حتى يعلم أنه سكر من النبيذ وشربه طوعا لان السكر من المباح لا يوجب الحد كالبنج ولبن الرماك) والذي ذكره من أباحة البنج موافق لعامة الكتب خلافا لرواية الجامع الصغير للامام المحبوبي فانه استدل على حرمة الاشربة المتخذة من الحبوب كالحنطة والشعير والذرة والعسل وغيرها وقال السكر من هذه الاشربة حرام بالاجماع لان السكر من البنج حرام مع أنه ما كول فمن المشروب أولى كذا ذكره صاحب النهاية وليس بصحيح لان رواية الجامع الصغير للامام المحبوبي تدل على أن السكر الحاصل من البنج حرام لا على أن البنج حرام

ولا يحد حتى يزول عنه السكر) تحصيلا لمقصود الانزجار (وحد الخمر والسكر في الحر ثمانون سوطا) لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

وكلام المصنف يدل على أن النبيذ مباح ولا تنافي بينهما (وحد الخمر و) حد (السكر) من غير الخمر (في الحر ثمانون سوطا لاجماع الصحابة رضي الله عنهم

(قوله وكلام المصنف يدل على أن النبيذ مباح الخ) أقول النبيذ أيضا مباح فما الفرق الا أن يقال مراده بالمباح ما أجمعوا على اباحته وليس النبيذ كذلك

في موضعه فدرء الحد في مجرد الرائحة والتي ء للاحتمال وردت الشهادة بلا رائحة اذ لا يمكن التمييز الا مع الاحتمال (قوله ولا يحد) السكران (حتى يزول عنه السكر تحصيلا لمقصود الانزجار) وهذا باجماع الائمة الاربعة لان غيبوبة العقل وغلبة الطرب والشرح يخفف الالم حتى حكي لي ان بعض المتصابين استدعوا انسانا ليضحكوا عليه به اخلاط ثقيلة لزجة بركبتيه لا يقلعها الا بكلفة ومشقة فلما غلب على عقله ادعى القوة والاقدام فقال له بعض الحاضرين ممازحا ليس بصحيح والافضع هذه الجمرة على ركبتك فاقدم ووضعها حتى أكلت ما هناك من لحمه وهو لا يلتفت حتى طفئت أو أزالها بعض الحاضرين الشك مني فلما أفاق وجد ما به من حراحة النار البالغة ورم متر ركبته ومكث بها مدة الى أن برأت فعادت بذلك السكى البالغ في غاية الصحة والنظافة من الاخلاط وصار يقول ياليتها كانت في الركبتين ثم لم يستطع أصلا في حال صحوه أن يفعل مثل ذلك بالاخرى ليستريح من ألمها ومنظرها واذا كان كذلك فلا يفيد الحد فائدته الاحال الصحو وتاخير الحد لعذر جائز (قوله وحد الخمر والسكر) أي من غيرها ثمانون سوطا) وهو قول مالك وأحمد وفي رواية عن أحمد وهو قول الشافعي أربعون الا أن الامام لو رأى أن يجلده ثمانين جاز على الاصح واستدل المصنف على تعين الثمانين باجماع الصحابة روى البخاري من حديث السائب بن يزيد قال كانوا نؤتى بالشارب على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وامرة أبي بكر وصدرا من خلافة عمر فنقوم اليه بايدينا ونعالنا وأرديتنا حتى كان آخر امرة عمر فجلد أربعين حتى اذا عتوا أو فسقوا جلد ثمانين وأخرج مسلم عن أنس بن مالك أن النبي صلى الله عليه وسلم جلد في الخمر بالجريد والنعال ثم جلد أبو بكر أربعين فلما كان عمر ودنا الناس من الريف والقرى قال ما ترون في جلد الخمر فقال عبد الرحمن بن عوف أرى أن تجعله ثمانين كاخف الحدود قال فجلد عمر ثمانين وفي الموطا أن عمر استشار في الخمر يشربها الرجل فقال له علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه نرى أن تجلده ثمانين فانه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون وعن مالك رواه الشافعي ولا مانع من كون كل من علي وعبد الرحمن بن عوف أشار بذلك فروى الحديث مرة مقتصرا على هذا ومرة على هذا وأخرج الحاكم في المستدرك عن ابن عباس ان الشرب كانوا يضربون على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بالايدي والنعال والعصى حتى توفي فكان أبو بكر يجلدهم أربعين حتى توفي الى أن قال فقال عمر ماذا ترون فقال علي رضي الله عنه اذا شرب الخ وروى مسلم عن أنس قال أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل قد شرب الخمر فضربه بجريدتين نحو الاربعين وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فامر به عمر فيمكن بجريدتين متعاقبتين بان انكسرت واحدة فاخذت أخرى والافهي ثمانون ويكون ممارأى عليه الصلاة والسلام في ذلك الرجل وقول الراوي بعد ذلك فلما كان عمر استشار الخ لا ينافي ذلك فان حاصله أنه استشارهم فوقع اختيارهم على تقدير الثمانين التي انتهى اليها فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم الا أن قوله وفعله أبو بكر يبعده والا لزم أن أبا بكر جلد ثمانين وما تقدم مما يفيد أن عمر هو الذي جلد الثمانين بخلاف أبي بكر والله أعلم وقد أخرج البخاري ومسلم عن علي رضي الله عنه أنه قال ما كنت أقيم على أحد حدا فيموت فيه فاجد منه في نفسي الا صاحب الخمر فانه ان مات وديته لان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه والمراد لم يسن فيه عددا معينا والا فمعلوم قطعا أنه أمر بضربه فهذه الاحاديث تفيد أنه لم يكن مقدرا في زمنه عليه الصلاة والسلام بعدد معين ثم قدره أبو بكر وعمر باربعين

(قوله وحد الخمر والسكر) أي من غير الخمر فان وجوب الحد في الخمر غير موقوف الى وجود السكر بل يجب الحد بشرب قطرة منها كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله (قوله لاجماع الصحابة رضي الله عنهم) روى أن الصحابة تشاوروا في حد الخمر فقال كل واحد منهم ما يداله فقال علي رضي الله عنه اذا سكر هذى واذا هذى افترى

يغرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر) فيه أنه يضرب كل البدن ما خلا الوجه والرأس والفرج (ثم يجرد) عن ثيابه (في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد عن ثيابه اظهارا للتخفيف لانه لم يرد) به أي بالحد (نص) قاطع أو بالتجريد (ووجه المشهور انا أظهرنا التخفيف مرة) يعني من حيث العدد حيث لم نجعله مائة كما في الزنا (٨٤) (فلا يعتبر ثانيا) وفيه بحث من وجهين الاول انه ليس لاحد من المجمعين التصرف في المقدرات الشرعية والثاني أن الثمانين تغليظ لا تخفيف لانه روي أنهم ضربوا في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالاكمام وبالايدي وغير ذلك ثم جلد أبو بكر أربعين ثم جلد عمر أربعين فالتقدير بعد ذلك بثمانين تغليظ لا تخفيف والجواب أن قوله انا أظهرنا التخفيف كلام عن لسان المجتهدين والتخفيف انما هو باعتبار أن الله تعالى جازله أن يقدر حد الشرب مائة كحد الزنا اذ هو الفاعل المختار وحيث لم ينص على مقدار معين كان تخفيفا منه ولما جعله الصحابة معتبرا بحد المفترين ظهر التخفيف فلم يقدروا بشئ وانما أظهروا التخفيف الذي كان ثابتا بترك التنصيص واليه أشار بقوله أظهرنا التخفيف ولله در لطائفه وقوله (ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد وقيل السكر كل

يغرق على بدنه كما في حد الزنا على ما مر) ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا التخفيف مرة فلا يعتبر ثانيا (وان كان عبدا فحده أربعون سوطا) لان الرق منصف على ما عرف (ومن أقر بشرب الخمر والسكر ثم رجع لم يحد) لانه خالص حق الله تعالى

ثم اتفقوا على ثمانين وانما جاز لهم أن يجمعوا على تعيينه والحكم المعلوم منه عليه الصلاة والسلام عدم تعيينه لعلمهم بانه عليه الصلاة والسلام انتهى الى هذه الغاية في ذلك الرجل لزيادة فساد فيه ثم رأوا أهل الزمان تغيروا الى نحوه أو أكثر على ما تقدم من قول السائب حتى اذا عتوا وفسقوا وعلموا أن الزمان كلما تاخر كان فساد أهله أكثر فكان ما أجمعوا عليه هو ما كان حكمه عليه الصلاة والسلام في أمثالهم وأما ما روي من جلد على أربعين بعد عمر فلم يصح وذلك ما في السنن من حديث معاوية بن حصين بن المنذر الرقاشي قال شهدت عثمان بن عفان رضي الله عنه وقد أتي بالوليد بن عقبة فشهد عليه حمران ورجل آخر فشهد أنه رآه يشرب بها وشهد الآخر أنه رآه يتقيؤها فقال عثمان انه لم يتقيأها حتى شربها فقال لعلي أقم عليه الحد فقال علي للحسن أقم عليه الحد فقال ول حارها من تولى قارها فقال علي لعبد الله بن جعفر أقم عليه الحد فاخذ السوط وجلده وعلي يعد الى أن بلغ أربعين قال حسبك جلد النبي صلى الله عليه وسلم أربعين وجلد أبو بكر أربعين وجلد عمر ثمانين وكل سنة وهذا أحب الي (قوله يغرق الضرب على بدنه كما في حد الزنا) ونقل من قول ابن مسعود رضي الله عنه للضارب أعط كل ذي عضو حقه يعني ما خلا الوجه والرأس والفرج وعند أبي يوسف يضرب الرأس أيضا وتقدم (قوله ثم يجرد في المشهور من الرواية وعن محمد أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لانه لم يرد به نص ووجه المشهور أنا أظهرنا) أي الشرع أظهر (التخفيف مرة) بنقصان العدد (فلا يعتبر ثانيا) بعدم التجريد والاقارب المقصود من الانزجار الغوات وتقدم له مثله في الطهارة حيث قال في جواب تخفيفهما الروث والخثى للضرورة قلنا الضرورة قد أثرت في النعال مرة فتكفي مؤنتها أي فلا تخفف مرة أخرى وله ضده في الصلاة حيث قال في تخفيف القراءة للمسافر ولان السفر قد أثر في اسقاط شطر الصلاة فلان يؤثر في تخفيف القراءة أولى وتقدم هناك الجمع بينه وبين ما في الطهارة أن لا ملازمة بين نفي التخفيف ثانيا ووجوده أولا من حيث هو وجوده والمعول عليه في كل موضع الدليل وعدمه (قوله وان كان عبدا فحده أربعون على ما عرف) من أن الرق مؤثر في تنصيف النعمة والعقوبة فاذا قلنا ان حد الحر ثمانون قلنا ان حد العبد أربعون ومن قال حد الحر أربعون قال حد العبد عشرون (قوله ومن أقر بشرب الخمر والسكر) بفتحتين وهو عصير الرطب اذا اشتد (ثم رجع لم يحد لانه خالص حق الله تعالى) ولا مكذب له في الرجوع عنه فيقبل ولا

وحد المفترين في كتاب الله تعالى ثمانون سوطا فاستحسنوا واتفقوا على ذلك فصار اجماعا فان قيل استدلال علي رضي الله عنه يتأتى في حد السكر أما في الخمر كيف يستدل به والحد لم يتعلق بالسكر منه قلنا في الخمر يدعو قليله الى كثيره فكان سببا للسكر غالبا وقيل ما من طعام وشراب الا ولذته في الابتداء تزيد على لذته في الانتهاء الا الخمر فان اللذة لشاربها تزداد بالاكثار منها ولهذا يزداد حرصه على شربها اذا أصاب منها شيئا (قوله لانه لم يرد به نص) أي نص قاطع (قوله انا أظهرنا التخفيف مرة) أي من حيث العدد لم نجعله مائة كما في حد الزنا مع أن الالحاق به أولى لان دليل كل واحد منهما قطعي فلا يعتبر ثانيا أي فلا يخفف ثانيا من حيث الصفة بترك التجريد بل يجرد (قوله ومن أقر بشرب الخمر أو السكر) في النهاية بفتحتين عصير الرطب اذا اشتد وهو في

(قوله نص قاطع) أقول قوله قاطع احتراز من قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فانه خبر الواحد (قوله والجواب أن قوله انا أظهرنا الى قوله عن لسان المجمعين) أقول الاجماع لا ينسخ به فكيف يستقيم الاجماع على خلاف ما فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم (قوله فلم يقدر بشئ) أقول أي من عند أنفسهم (قال المصنف ومن أقر بشرب الخمر والسكر) أقول والسكر بفتحتين نقيع التمر اذا غلا ولم يطبخ كذا فسره الناطفي في الاجناس وقال في الجمهرة والسكر كل شراب أسكر وفي ديوان الادب السكر خمر النبيذ وقال في المجمل السكر شراب وقال في المغرب السكر عصير العنب اذا اشتد والمراد هنا ما قال الناطفي كذا في غاية البيان وقال وانما خصه بالذكر مع أن الحكم في سائر الاشربة المحرمة كذلك

(ويثبت الشرب بشهادة شاهدين و) يثبت (بالاقرار مرة واحدة) وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك ان شاء الله (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) قال العبد الضعيف (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه)

يصح ضم سينه لان اقراره بالسكر من غير الخمر امافي حال سكره فلا يعتبر اقرار السكران كما سيأتي أو بعده ولا يعتبر للتقادم فلا يوجد ما يصح الرجوع عنه (قوله ويثبت الشرب بشهادة شاهدين ويثبت بالاقرار مرة واحدة وعن أبي يوسف أنه يشترط الاقرار مرتين وقوله (سنبينها هنالك) أي سنبين هذه المسئلة في الشهادات (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) ولا نعلم في ذلك خلافا (لان فيها) أي في شهادة النساء (شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان فاعتبرها عند عدم الرجلين ولم يرد به حقيقته بالاجماع لانهما لو شهدا مع رجل مع امكان رجلين صح اجماعا (و) فيه (تهمة الضلال) لقوله تعالى ان تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى في الكشاف أن تضل أي لا تهتدي للشهادة وفي التيسير الضلال هنا النسيان وقوله فتذكر احداهما الاخرى أي تزيل نسيانها (قوله والسكران الذي يحد) لسكره من غير الخمر عند أبي حنيفة (هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) زاد في الفوائد الظهيرية ولا الارض من السماء (وقالا هو الذي يهذي ويخلط) وبه قال الائمة الثلاثة ولما لم يذكر الخلاف في الجامع الصغير ذكره المصنف والمراد أن يكون غالب كلامه هذيانا فان كان نصفه مستقيما فليس بسكران فيكون

الاصل مصدر سكر من الشراب سكرا وسكرا وفي المستصفى في قوله ومن أقر بشرب الخمر أو السكر بفتحتين هو السماع وهو عصير الرطب اذا اشتد ولم يرد به هذا الخاص بل المراد به سائر المسكرات التي توجب الحد سوى الخمر وانما خصه لانه الغالب في بلادهم وجاز أن يراد به السكر وعلى التقديرين لا بد من الاضمار فان بمجرد الاقرار بالسكر لا يجب الحد ما لم يقل انه سكر من الاشربة المحرمة وكذا بمجرد الاقرار بشرب السكر لا يجب الحد ما لم يوجد السكر (قوله لان فيها شبهة البدلية) لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما

وزفر يثبت باقراره مرتين في مجلسين اعتبارا العدد الاقرار بعدد الشهود (وهو نظير الاختلاف في السرقة وسنبينها هنالك ان شاء الله تعالى) قال (ولا تقبل فيه شهادة النساء مع الرجال) في حد الشرب أيضا (لان فيها شبهة البدلية وتهمة الضلال والنسيان) يشير الى ذلك كله قوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان الى قوله أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى وانما قال شبهة البدلية دون حقيقة البدلية لان استشهاد النساء في الموضع الذي جازت شهادتهن يجوز من غير ضرورة العجز عن استشهاد الرجال بخلاف سائر الابدال ولكن فيه صورة البدلية من حيث النظم (والسكران الذي يحد هو الذي لا يعقل منطقا قليلا ولا كثيرا ولا يعقل الرجل من المرأة) هذا لفظ الجامع الصغير وليس فيه بيان الخلاف قال المصنف (وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو الذي يهذي ويختلط كلامه) أي يكون غالب كلامه الهذيان فان كان نصفه مستقيما

حيث يصح رجوعه لانه الغالب في بلادهم (قال المصنف وقال هو الذي يهذي الى قوله لانه هو السكران في العرف) أقول قوله لانه الخ تعليل لقوله هو الذي الخ

فليس بسكران (لانه السكران فى العرف والية) أى الى قولهما (مال أكثر المشايخ) وعن ابن الوليد قال سألت أبا يوسف عن السكران الذى يجب عليه الحد قال أن يستقر أقل ما أيها الكافرون ولا يقدر عليه فقلت له كيف عينت هذه السورة وربما أخطأ فيها الصاحى قال لان تحريم الخمر نزل فيمن شرع فيها فلم يستطع قراءتها وحكى أن أئمة بلخ اتفقوا على استقراء هذه السورة (ولابى حنيفة أن الحدود يؤخذ فى أسبابها باقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعنى أنه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع مابه من السرور فلا يكون ذلك نهاية فى السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات ولهذا وافقهما فى السكر الذى يحرم عنده القدح المسكر أن المعتبر فيه هو اختلاط الكلام لان اعتبار النهاية فيما يندرئ بالشبهات والحل والحرمة يؤخذ بالاحتياط وهذا معنى قوله (والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط) لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم الهذيان واختلاط الكلام عنده يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو الادنى فى حد السكر كان ممتنعا عن الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة وقوله (وهذا) أى ظهور الاثر فى مشيته (مما يختلف) فان السكران ربما لا يتمايل فى مشيته والصاحى ربما يزلق أو يعثر فى مشيته فيرى التمايل منه فلا يكون دليلا والشافعى

لانه هو السكران فى العرف واليه مال أكثر المشايخ وله أنه يؤخذ فى أسباب الحدود باقصاها درأ للحد ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلبه التمييز بين شئ وشئ ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاجماع أخذا بالاحتياط

حكمه حكم الصحاة فى اقراره بالحدود وغيرذلك لان السكران فى العرف من اختلط كلامه جده بهزله فلا يستقر على شئ (واليه مال أكثر المشايخ) واختاروه للفتوى لان المتعارف اذا كان بهذى يسمى سكران ويؤيد بقول على اذا سكر هذى (ولابى حنيفة أنه يؤخذ فى أسباب الحدود باقصاها درأ) بدليل الالزام فى شهادة الزنا أن يقول كالميل فى المكحلة وفى السرقة بالاخذ من الحرز التام لان فيما دون ذلك شبهة الصحو فيندرئ الحد وأما فى ثبوت الحرمة فاقالا فيه احتياط فى أمر الحد وفى الحرمة وانما اختار واللفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ فى أسباب الحدود باقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التى عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هى سكر والحد انما أنيط فى الدليل الذى أثبت حد السكر بكل مايسمى سكرا لا بالمرتبة الاخيرة منه على أن الحالة التى ذكر قلما يصل اليها سكران فيؤدى الى عدم الحد بالسكر وروى بشر عن أبى يوسف اعتبار السكر بقراءة سورة قل يا أيها الكافرون ولا شك أن المراد ممن يحفظ القرآن او كان حفظها فيما حفظ منه لا من لم يدرسها أصلا قال بشر فقلت لابى يوسف كيف أمرت بها من بين السور فربما يخطئ فيها العاقل الصاحى قال لان الله بين أن الذى عجز عن قراءتها سكران يعنى به مافى الترمذى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه صنع لنا عبد الرحمن بن عوف طعاما فدعانا فاكلنا وسقانا من الخمر فاخذت الخمر منا وحضرت الصلاة فقدموني فقرأت قل يا أيها الكافرون لا أعبد ما تعبدون ونحن نعبد ما تعبدون قال فانزل الله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون ولا ينبغى أن يعول على هذا بل ولا يعتبر به فانه طريق سماع تبديل كلام الله عز وجل فانه ليس كل سكران اذا قيل له اقرأ قل يا أيها الكافرون يقول لا أحسنها الآن بل يندفع قارئا فيبدلها الى الكفر ولا ينبغى ان يلزم أحد بطريق ذكر ماهو كفر وان لم يؤاخذ به نعم لو تعين طريقا لاقامة حكم الله تعالى لكن ليس كذلك فان معرفة السكران لا تتوقف عليه بل له طريق معلوم هى ماذكرناه وقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى لمن لم يحسنها لا يوجب قصر المعرف عليه وقوله (ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) ممنوع بل اذا حكم العرف واللغة بانه سكران بمقدار من اختلاف الحال حكم بانه سكران بلا شبهة صحو ومامعه من ذلك القدر من التمييز لم يجعل شبهة فى أنه سكران واذا كان سكران بلا شبهة حد فالمعتبر ثبوت الشبهة فى سكره فى نفى الحد لا ثبوت شبهة صحوه وعرف مما ذكرنا أن من استدل لابى حنيفة رضى الله عنه بهذه الآية على أن السكر هو أن لا يعقل منطقا الخ غريق فى الخطأ لانها فى على وأصحابه ولم يصل سكرهم الى ذلك الحد كما علمت من أنهم أدركوا الوجوب وقاموا للاسقاط وجعلهم سكارى فهى تفيد ضد قوله وأما قوله تعالى حتى تعلموا الآية فانما أطلق لهم الصلاة حتى يصحوا كل الصحو بان يعلموا جميع مايقولون خشية ان يبدلوا بعض مايقولون وليس فيه أن من مراتب السكر كذا وكذا بل أن من وصل الى ذلك الحد الذى كانوا فيه سمى سكران وكون المقدر الذى هو سبب للحد ماهو

الهذيان (قوله ومادون ذلك لا يعرى عن شبهة الصحو) يعنى أنه اذا كان يميز بين الاشياء عرفنا أنه مستعمل لعقله مع مابه من السرور فلا يكون ذلك نهاية السكر وفى النقصان شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات (قوله والمعتبر فى القدح المسكر فى حق الحرمة ماقالاه بالاجماع) وهو قوله هو الذى يهذى ويختلط كلامه أخذا بالاحتياط لانه لما اعتقد حرمة القدح الذى يلزم منه الهذيان واختلاط الكلام يمتنع عنه فلما امتنع عنه وهو

(قوله أن يستقرأ) أقول أى ذو أن يستقرأ (قوله قال لان تحريم الخمر نزل الخ) أقول الآية التى نزلت فيه هى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى وليس فيه تحريم الخمر والتفصيل فى كتب التفسير والاظهر أن يقال لانه تعالى جعل الذى عجز عن قراءة هذه السورة سكران

وقوله (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) يعنى فى الحدود الخالصة حقا لله تعالى كالزنا وشرب الخمر والسرقة لان الاقرار خبر يحتمل الكذب فاذا صدر من سكران مهذار زاد احتماله (فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه

والشافعى يعتبر ظهور أثره فى مشيته وحركاته وأطرافه وهذا مما يتفاوت فلا معنى لاعتباره (ولا يحد السكران باقراره على نفسه) لزيادة احتمال الكذب فى اقراره فيحتال لدرئه لانه خالص حق الله تعالى بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه

لاتعرض له بوجه وقول المصنف (والشافعى يعتبر ظهور أثره فى مشيته وحركاته وأطرافه) يفيد أن المراد من الاجماع فى قوله والمعتبر فى القدح المسكر ما قالاه بالاجماع الاجماع المذهبى والا لم يكن للشافعى قول آخر يخالف قولهما واعترضه شارح بانه قلد فيه نفر الاسلام وفيه نظر فان الشافعى يوجب الحد فى شرب النبيذ المسكر جنسه وان قل ولا يعتبر السكر أصلا ولا يخفى أنه ليس بلازم من نقل قول الشافعى فى تحديد السكر ما هو اعتقاد الناقل أن الشافعى يحد بالسكر بل الحاصل أنه لما قال يحد بالسكر عندنا حد السكر مطلقا عنهما وعن الشافعى ومفصلا عن الامام أى هو باعتبار اقتضائه الحد هو أقصاه وباعتبار مجرد الحرمة هو ماذكرتم وجاز أن يكون بعض من فسر السكر يحد بلا سكر وانما فسره باعتبار آخر كان حلف بطلاق أو عتاق ليشربن حتى يسكر فحده ليعلم متى يقع الطلاق والعتاق وغير ذلك ثم أبطله بان هذا يتفاوت أى لا ينضبط فكم من صاح يتمايل ويزلق فى مشيته وسكران ثابت ومالا ينضبط لا يضبط به ولان الذى وقع فى كلام على رضى الله عنه بحضرة الصحابة اعتبار بالاقوال لا بالمشى حيث قال اذا سكر هذى الخ (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أى بالحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة الا أنه يضمن المسروق وقيد بالاقرار لانه لو شهد عليه بالزنا فى حال سكره وبالسرقة يحد بعد الصحو ويقطع وانما لا يعتبر اقراره فى حقوق الله تعالى لانه يصح رجوعه عنه ومن المعلوم أن السكران لا يثبت على شئ وذلك الاقرار من الاشياء والاقوال التى يقولها فهو محكوم بانه لا يثبت عليه ويلزمه الحكم بعد ساعة بانه رجع عنه هذا مع زيادة شبهة أنه يكذب على نفسه مجونا وتهتكا كما هو مقتضى السكر المتصف هو به فينبغى عنه بخلاف ما لا يقبل الرجوع فانه مؤاخذ به لان غاية الامر أن يجعل راجعا عنه لكن رجوعه عنه لا يقبل هذا والذى ينبغى أن يعتبر فى السكر الذى لا يصح معه الاقرار بالحدود على قول أبى حنيفة قولهما فيتفقون فيه كما اتفقوا عليه فى التحريم لانه أدرأ للحدود منه لو اعتبر قوله فيه فى ايجاب الحد وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد (والسكران كالصاحى) فيما فيه حقوق العباد (عقوبة عليه) لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغى أن يكون معناه أنه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف فى الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد باقراره بالسكر وكذا يؤاخذ بالاقرار بسبب القصاص وسائر الحقوق من المال

الادنى فى حد السكر كان ممتنعا من الاعلى فيه وهو ما قاله أبو حنيفة رحمه الله فى حده (قوله وهذا مما يتفاوت) أى ظهور الاثر فى المشية مما يختلف فان السكران ربما لا يتمايل فى مشيته والصاحى ربما يزلق أو يعثر فيرى التمايل منه فلم ينهض ظهور الاثر دليلا على السكر (قوله ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أى فى الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة فاما فى الحد الذى فيه حق العبد كحد القذف فانه يحد باقراره وان كان اقراره فى حال سكره وذكر الامام قاضيخان رحمه الله ويؤخذ باقراره فيما سوى الحدود الخالصة لله تعالى من الحقوق والحدود الواجبة للعباد كحد القذف عرف ذلك باجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون سوطا فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف حقا للعبد فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره وهذا فى الاقرار وأما اذا زنى أو سرق حال سكره يحد به بخلاف الاقرار بهما فى حال السكر حيث لا يحد لان الاقرار

حق العبد والسكران فيه كالصاحى عقوبة عليه) باجماع الصحابة رضى الله عنهم فانهم قالوا اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترين ثمانون فهذا اجماع منهم على وجوب حد القذف فاذا وجب عليه حد القذف حقا للعبد فكذلك سائر الحقوق كالقصاص وغيره

(قال المصنف ولا يحد السكران باقراره على نفسه) أقول قال صاحب النهاية أى فى الحدود الخالصة لله تعالى مثل الزنا وشرب الخمر والسرقة ولكن يضمن المسروق كذا فى جامع العتابى وقال صاحب النهاية ذكر الامام التمرتاشى ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع يبطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لانه لا فائدة فى التاخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد فاشبه الاقرار بالمال والطلاق والعتاق اه ولا يخفى عليك أن قوله لانه لا فائدة فى التاخير الخ محل بحث وفى معراج الدراية بخلاف حد القذف فانه

يحبس حتى يصحو ثم يحد للقذف ثم يحبس حتى يخف منه الضرب ثم يحد للسكر ذكره فى المبسوط اه وفى معراج الدراية قيد بالاقرار لانه لو زنى وسرق فى حالة السكر يحد بعد الصحو بخلاف الاقرار كذا فى الذخيرة اه

كما فى سائر تصرفاته ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر والله اعلم

والطلاق والعتاق وغيرها لانها لا تقبل الرجوع (قوله ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لان الكفر من باب الاعتقاد) أو الاستخفاف و باعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضى أن السكران الذى لا تبين امرأته هو الذى لا يعقل منطقا كقول أبى حنيفة فى حده والظاهر أنه كقولهما ولذا لم ينقل خلاف فى أنه لا يحكم بكفر السكران بتكلمه مع أنهم ما لم يفسروا السكران بغير ما تقدم عنهما فوجهه أن أبا حنيفة انما اعتبر عدم الادراك فى السكران احتياطا للدرء الحد ولا شك أنه يجب أن يحتاط فى عدم تكفير المسلم حتى قالوا اذا كان فى المسئلة وجوه كثيرة توجب التكفير ووجه واحد يمنعه على المفتى أن يميل اليه و يبنى عليه فلو اعتبر فى اعتبار عدم ردته بالتكلم بما هو كفر أقصى السكر كان احتياطا لتكفيره لانه يكفر فى جميع ما قبل تلك الحالة هذا فى حق الحكم أما فيما بينه و بين الله تعالى فان كان فى الواقع قصد أن يتكلم به ذاكرا لمعناه كفر والا فلا فان قيل هذا الاعتبار مخالف للشرع فان الشارع اعتبر دركه قائما حتى خاطبه فى حال سكره وذلك لان قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى يتضمن خطاب السكارى لانه فى حال سكره مخاطب بان لا يقربها كذلك والا لجاز له قربانها وان لم يعلم ما يقول لعدم الخطاب عليه فلا يفيد هذا الخطاب فائدة أصلا فهو خطاب للصاحى أن لا يقربها اذا سكر فالامتثال مطلوب منه حال السكر سواء كان يعقل درك شئ ما أولا كالنائم وهو معنى كونه مخاطبا حال السكر ولا شك أن تحقق الخطاب عليه ولا درك ليس الا عقوبة اذ تلزمه الاحكام ولا علم له بما يصدر منه فاعتبار دركه زائلا فى حق الردة حتى لا يكفر حينئذ لعدم الاعتقاد والاستخفاف اعتبار بخلاف اعتبار الشرع فى حقه قلنا ثبت من الشرع ما يقتضى أنه بعد ما عاقبه بلزوم الاحكام مع عدم فهم الخطاب خفف عنه فى أصل الدين رحمة عليه فى ذلك خاصة وذلك حديث عبد الرحمن بن عوف المتقدم فانه لم يحكم بكفر القارئ مع اسقاط لفظة لا من قل يا أيها الكافرون ولا شك أن ذلك السكر الذى كان بهم لم يكن بحيث لا درك أصلا ألا ترى أنهم أدركوا وجوب الصلاة وقاموا الى الاداء فعلمنا أن الشارع رحمه فى أصل الدين وعاقبه فى فروعه ولهذا صححنا اسلامه ولولا هذا الحديث لقلنا برد ته وان لم يكن له درك ولم نصحح من الكافر السكران اسلامه ومما ذكرنا يعرف صحة التفصيل الذى ذكرناه وهو أن هذا السكران الذى وقع منه كلمة ردة ولم يصل الى أقصى السكران كان عن غير قصد اليها كما قرأ على قل يا أيها الكافرون فغير فليس بكافر عند الله ولا فى الحكم وان كان مدركا لها قاصدا مستحضرا معناها فانه كافر عند الله تعالى بطريق تكفير الهازل وان لم يحكم بكفره فى القضاء لان القاضى لا يدرى من حاله الا أنه سكران تكلم بما هو كفر فلا يحكم بكفره والله سبحانه أعلم

(ولو ارتد السكران لا تبين منه امرأته لما ذكر أن الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) وروى أن عبد الرحمن بن عوف صنع طعاما فدعا بعض الصحابة فأكلوا وسقاهم خمرا وكان ذلك قبل تحريمها فأمهم فى صلاة المغرب عبد الرحمن أو غيره وقرأ سورة الكافرون بطرح اللآت مع أن اعتقادها كفر ولم يكن ذلك كفرا من ذلك القارى فعلم أن السكران لا يكفر بما جرى على لسانه من لفظ الكفر والله أعلم

يحتمل الانشاء وذكر الامام التمرتاشى رحمه الله ولا يحد السكران باقراره على نفسه بالزنا والسرقة لانه اذا صحا ورجع بطل اقراره ولكن يضمن المسروق بخلاف حد القذف والقصاص حيث يقام عليه فى حال سكره لانه لا فائدة فى التاخير لانه لا يملك الرجوع لانهما من حقوق العباد (قوله كما فى سائر تصرفاته) من الاقرار بالمال والطلاق والعتاق (قوله ولو ارتد السكران لا تبين امرأته منه) هذا جواب الاستحسان وفى القياس تبين امرأته كذا فى سير المبسوط (قوله لان الكفر من باب الاعتقاد فلا يتحقق مع السكر) فان قيل الاسلام أيضا من باب الاعتقاد فيصح اسلام الكافر حالة السكر قلنا السكران مع سكره غير خال عن نوع تمييز له بدليل توجه الخطاب اليه وصحة وقوع طلاقه وعتاقه وسائر تصرفاته لما أن السكران يختلط عقله ولا ينعدم ولما كان كذلك اعتبرنا ذلك القدر فى صحة اسلامه دون كفره لان الاسلام يعلو ولا يعلى كما فى ارتداد المكره واسلامه حيث يصح اسلامه ولا يصح كفره والله أعلم بالصواب

*(باب

(باب حد القذف) القذف فى اللغة الرمى وفى اصطلاح الفقهاء نسبة من أحصن الى الزنا صريحا أو دلالة (اذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) الخالى عن الشبهة الذى لو أقام القاذف عليه أربعة من الشهود أو أقر به المقذوف لزمه حد الزنا (وطالب المقذوف بالحد) وعجز القاذف عن اثبات ما قذفه به (حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد) بقوله والذين يرمون (الرمى بالزنا بالاجماع واليه الاشارة فى النص لانه شرط أربعة من الشهداء وهو مختص بالزنا) واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك وبان القياس ان لا تجب المطالبة لان حق الله فيه غالب والمغلوب فى مقابلة كالمستهلك ولئن وجبت فليست مطالبة المقذوف بلازمة فان ابنه اذا طلبه حد (٨٩) والجواب انه اذا قذفه بصريح الزنا ووجد الشرط وجب الحد لاحالة فتلك قضية صادقة وأما اذا قذفه بنفى النسب لا يجب فليس بلازم لان التقييد به لاخراج ما كان منه بطريق الكناية مثل ان يقول يا زانى فقال آخر صدقت لا اخراج ما ذكرتم وحق العبد وان كان مغلوبا لكن يصلح اشتراط مطالبته احتياطا للدرء وابن المقذوف انما يقدر على المطالبة لقيامه مقام المقذوف ولهذا لم يكن له حق المطالبة الا اذا كان المقذوف ميتا ليتحقق قيامه مقامه من كل وجه

(باب حد القذف)

(واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان حرا) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الى أن قال فاجلدوهم ثمانين جلدة الآية والمراد الرمى بالزنا بالاجماع وفى النص اشارة اليه وهو اشتراط أربعة من الشهداء اذ هو مختص بالزنا ويشترط مطالبة المقذوف لان فيه حقه من حيث دفع العار واحصان المقذوف لما قلنا

(باب حد القذف)

تقدم وجه المناسبة بينه وبين ما قبله وما بعده والقذف لغة الرمى بالشئ وفى الشرع رمى بالزنا وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى ان الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات الغافلات المؤمنات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا باربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا (والمراد الرمى بالزنا) حتى لو رماه بسائر المعاصى غيره لا يجب الحد بل التعزير (وفى النص اشارة اليه) أى الى أن المراد الرمى بالزنا (وهو اشتراط أربعة من الشهود) يشهدون عليها بما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص بالقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار منسوب اليه بالتاثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد (قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) بان قال زنيت أو يا زانى (وطالب المقذوف بالحد حده الحاكم ثمانين سوطا ان كان) القاذف (حرا) وان كان عبدا حد أربعين سوطا

(باب حد القذف)

(قوله واذا قذف الرجل رجلا محصنا أو امرأة محصنة بصريح الزنا) ذكر الرجل ليس بقيد واحترز بقوله بصريح الزنا عما اذا كان القذف بطريق الكناية بان قال لرجل محصن يا زانى فقال الآخر صدقت لم يحد المصدق ولا يشكل على قوله رجلا محصنا أو امرأة محصنة قذف الاخرس المحصن والخرساء المحصنة لاحتمال التصديق منهما لو كانا ينطقان أو لاحتمال أن يكون مطالبتهما تصديقا فلا يحد مع الشبهة (قوله وطالب المقذوف) لا يقال مطالبة المقذوف ليست بشرط لانه يحد القاذف بمطالبة من يقع القدح فى نسبه اذا كان

(باب حد القذف)

(قوله واعترض بان التقييد بصريح الزنا غير مفيد لتحققه بدونه بان قال لست لابيك الخ) أقول وفى النهاية بعد ما قال فان قلت فى هذا وجوه من الشبه وذكر الشبه الثلاث المذكورة فى الشرح والرابع انه قد يتحقق قذف الرجل

 المحصن والمرأة المحصنة ولا يجب حد القذف كما اذا قذف الاخرس المحصن أو المجبوب المحصن والرتقاء المحصنة والرواية فى المبسوط فعلى هذا لا يكون فى اطلاقه فائدة وقال فى جوابه وأما الرابع فانما لا يحد قاذف الاخرس لانه لو كان ينطق لربما يصدق القاذف فلا يقام الحد مع الشبهة وأما المجبوب والرتقاء فلانه لا يلحقهما الشين والعار بقذفهما بالزنا لان الزنا منهما لا يتحقق اه فخلاصة الجواب عن الكل انه لم يجب الحد على ما ذكرتم لمانع وقيد عدم المانع غير لازم فى الاحكام الكلية كما سيجئ فى أوائل الوكالة ثم أقول فيه تامل ثم لا يخفى ان الاظهر فى الاخرس أن يقال أن فيه شبهة البدلية فان اشارته قائمة مقام العبارة والحدود تدرئ بالشبهات الى هذا أشير فى الكافى فى أوائل الوكالة (قوله بطريق الكناية) أقول فانها تقابل الصريح

قال (ويفرق على أعضائه) لما مر في حد الزنا (ولا يجرد من ثيابه)

شرط الاحصان في المقذوف وهو أن يكون حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا وعن داود عدم اشتراط الحرية وانه يحد قاذف العبد وعن أحمد لا يشترط البلوغ بل كون المقذوف بحيث يجامع وان كان صبيا وهي خلاف المصحح عنه وعن سعيد بن المسيب وابن أبي ليلى يحد بقذف الذمية اذا كان لها ولد مسلم والمعول عليه قول الجمهور وسياتي الوجه عليه وقوله (بصريح الزنا) يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يازاني بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثاني لان كلامه محتمل ولو قال وأنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال ليست أمي بزانية أو أبي فانه لا يحد وبه قال الشافعي وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن بن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهري عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد في التعريض وعن علي أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها في العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت من الشرع نفي اتحاد حكمهما في غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط في درئه وأما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذي قال يا رسول الله ان امرأتي ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وقد أورد أن الحد يثبت بنفي النسب وليس صريحا في القذف وورود باعتبار المفهوم وهو حجة في الروايات وأجيب بانه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء في ذلك لما سيذكر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق في ثبوت القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربي أو النبطي أو الفارسي أو غير ذلك فلا يحد لو قال لهارزنيت بحمار أو بعير أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال لهارزنيت بناقة أو أتان أو ثوب أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال في فرجها ولو قال هذا الرجل لا يحد لانه ليس العرف في جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة اذ الجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد في قوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهد لي رجل أنك زان لانه حاك لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى الناس أو أزنى الزناة لان أفعل في مثله يستعمل للترجيح في العلم فكأنه قال أنت أعلم به وسياتي خلافه في فروع نذكرها وأما اشتراط مطالبة المقذوف فاجماع اذا كان حيا فان كان ميتا فطالبة من يقع القدح في نسبه ثم ان نفيه عن غير المقذوف بمفهوم الصفة وهو معتبر وأورد ينبغي أن لا تشترط المطالبة لان المغلب فيه حق الله تعالى فالجواب ان حق العبد مطلقا يتوقف النظر فيه على الدعوى وان كان مغلوبا نعم يرد على ظاهر العبارة قذف نحو الرتقاء والمجبوب فانه لا يحد فيه مع صدق القذف للمحصنة بصريح الزنا وكذا الاخرس لاحتمال أن يصدقه لو نطق وفي الاولين كذبه ثابت بيقين فانتفى الحاق الشين الا بنفسه ولو قال لرجل يازانية لا يحد استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد والشافعي يحد لانه قذفه على المبالغة فان التاء تزاد له كما في علامة ونسابة ولهما انه رماه بما يستحيل منه فلا يحد كما لو قذف مجبوبا وكذا لو قال أنت محل للزنا لا يحد وكون التاء للمبالغة مجاز لما عهد لها من التانيث ولو كان حقيقة فالحد لا يجب بالشك ولو قال لامرأة يازانى حد عندهم لان الترخيم شائع (ويفرق) الضرب (على أعضائه لما مر في حد الزنا) (قوله ولا يجرد من ثيابه)

(وقوله ويفرق) يعني الضرب (على أعضاء القاذف على ما مر في حد الزنا) وهو قوله لان الجمع في عضو واحد يفضي الى التلف (ولا يجرد من ثيابه)

المقذوف ميتا لانا نقول لما قام مقامه أخذ حكمه فنسبت مطالبته اليه أولان من يقع القدح في نسبه مقذوف أيضا فتحقق مطالبة المقذوف فان قيل المغلب فيه حق الله تعالى فكان ينبغي أن لا تشترط مطالبة العبد كما لا يصح عفوه لما ان حق العبد وان كان مغلوبا فيه يصلح أن تشترط مطالبته احتياطا لدرء الحد (قوله لما مر في حد

لان سببه غير مقطوع به) لاحتمال أن يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لانها على الوصف المشروط فيه لا تكاد تحصل (فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا) حيث يجرد فيه من ثيابه (٩١) لان سببه معاين بالبينة أو الاقرار وههنا بعد

لان سببه غير مقطوع به فلا يقام على الشدة بخلاف حد الزنا (غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) لان ذلك يمنع ايصال الالم به (وان كان القاذف عبدا جلد أربعين سوط لامكان الرق والاحصان أن يكون المقذوف حرا عاقلا بالغا مسلما عفيفا عن فعل الزنا) أما الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر والعقل والبلوغ لان العار لا يلحق بالصبي والمجنون لعدم تحقق فعل الزنا منهما والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن والعفة لان غير العفيف لا يلحقه العار وكذا القاذف

الا في قول مالك (لان سببه) وهو النسبة الى الزنا كذبا (غير مقطوع به) لجواز كونه صادقا غير انه عاجز عن البيان بخلاف حد الزنا لان سببه معاين للشهود أو للمقر به والمعلوم لهما هنا نفس القذف وايجابه الحد ليس بذاته بل باعتبار كونه كاذبا حقيقة أو حكما بعدم اقامة البينة قال تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فاولئك عند الله هم الكاذبون فالحاصل انه تعالى منع من النسبة الى الزنا الا عند القدرة على الاثبات بالشهداء لان فائدة النسبة هناك تحصل أما عند العجز فانما هو تشنيع ولقلقة تقابل بمثلها بلا فائدة (بخلاف حد الزنا غير أنه ينزع عنه الفرو والحشو) أي الثوب المحشو لانه يمنع من وصول الالم اليه ومقتضاه انه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذي يصلح زاجرا (قوله والاحصان أن يكون المقذوف حرا الخ) قدمنا ذلك والكلام هنا في اثبات ذلك ويثبت الاحصان باقرار القاذف أو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين خلافا لزفر وتقدمت فان أنكر القاذف الاحصان وعجز المقذوف عن البينة لا يحلف ما يعلم انها محصنة وكذا اذا أنكر الحرية ليحد حد الارقاء القول قوله ولا يحد كالاحرار الا أن يقيم المقذوف بينة انه حر ولو كان القاضي يعلم حريته حد ثمانين وهذا قضاء بعلمه فيما ليس سببا للحد فيجوز (أما اشتراط الحرية فلانه يطلق عليه اسم الاحصان قال تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر) فالرقيق ليس محصنا بهذا المعنى وكونه محصنا بمعنى آخر كالاسلام وغيره يوجب كونه محصنا من وجه دون وجه وذلك شبهة في احصانه توجب درء الحد عن قاذفه فلا يحد حتى يكون محصنا بجميع المفهومات التي أطلق عليها لفظ الاحصان الا ما أجمع على عدم اعتباره في تحقق الاحصان وهو كونها زوجة أو كون المقذوف زوجا فانه جاء بمعناه وهو قوله تعالى والمحصنات من النساء أي المتزوجات ولا يعتبر في احصان القذف بل في احصان الرجم ولا شك أن الاحصان أطلق بمعنى الحرية كما ذكرنا وبمعنى الاسلام في قوله تعالى فاذا أحصن قال ابن مسعود أسلمن وهذا يكفي في اثبات اعتبار الاسلام في الاحصان والمصنف ذكر فيه ما تقدم من قوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وتقدم الكلام عليه وبمعنى العفة عن فعل الزنا قال تعالى والذين يرمون المحصنات والمراد بهن العفائف وأما العقل والبلوغ ففيه اجماع الا ما عن أحمد أن الصبي الذي يجامع مثله محصن فيحد قاذفه والاصح عنه كقول الناس وقول مالك في الصبية التي يجامع مثلها يحد قاذفها خصوصا اذا كانت مراهقة فان الحد بعلة الحاق العار ومثلها يلحقه والعامة يمنعون كون الصبي والمجنون يلحقهما عار بنسبتهما الى الزنا بل ربما يضحك من القائل لصبي أو مجنون يا زاني اما لعدم صحة قصده واما لعدم خطابهما بالمحرمات ولو فرض لحوق عار لم أره فليس الحاقا على الكمال فيندرئ وهذا أولى من تعليل المصنف بعدم تحقق فعل الزنا منهما لانه

الزنا) وهو قوله لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف (قوله لان سببه غير مقطوع به) لانه يحتمل أن يكون القاذف صادقا في نسبته الى الزنا وان كان عاجزا عن اقامة البينة لان اثبات الزنا بالبينة على الوصف المشروط فيه لا يكاد يحصل فلهذا خفف ولم يقم على الشدة بخلاف حد الزنا حيث يجرد من ثيابه لان سببه معاين إما بالبينة أو بالاقرار (قوله فلانه يطلق عليه اسم الاحصان) فان قيل قال الله تعالى فاذا أحصن المراد

ثبوت القذف بالبينة أو الاقرار يتوقف اقامة الحد على معنى آخر وهو كذبه في النسبة الى الزنا وهو غير متيقن به وقوله (غير انه ينزع عنه الحشو) استثناء من قوله ولا يجرد وقوله (لان ذلك) يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى عوان بين ذلك وقوله (وان كان القاذف عبدا) ظاهر وقوله (والاحصان) بيان شرطه وقوله (لعدم تحقق فعل الزنا منهما) قيل عليه لو كان كذلك لحد من قذف المجنون الذي زنى في حال جنونه ولا يحدون قذفه بعد الافاقة وأجيب بان معنى قوله لعدم تحقق فعل الزنا منهما الزنا الذي يؤثم صاحبه ويوجب الحد عليه ولم يوجد منهما وأما الوطء الذي هو غير مملوك فقد تحقق منهما وبالنظر الى هذا كان القاذف صادقا في قذفه فلا يجب الحد على القاذف ولا على المقذوف ممن قذف رجلا بوطء شبهة أو وطء جارية المشتركة بينه وبين غيره وقوله (والاسلام لقوله عليه السلام من أشرك بالله فليس بمحصن) تقريره ان الله تعالى أوجب حد القذف بقذف المحصن بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية والكافر ليس بمحصن لقوله صلى الله عليه وسلم من أشرك

(قوله يعني الفرو والحشو كما في قوله تعالى الخ) أقول قد سبق نظيره في باب حد الشرب (قوله من قذف المجنون زنى حال جنونه الخ) أقول الظاهر ان يقال ومن قذف المجنون الذي زنا حال جنونه الخ وهكذا في النهاية ويجوز أن يكون من قبيل كمثل الحمار يحمل أسفارا

بالله فليس بمحصن فلا يجب عليه حد القذف (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك يحد ان كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف أمه) لانه نفى النسب (والنسب انما ينتفى عن الزانى (٩٢) لا عن غيره) وتقريره اذا فرض المسئلة فيما اذا كان أبوه وأمه معروفين ونسبه من الام ثابت بيقين وانتفاؤه عن الاب المعروف فكان دليلا على أنه زنى بامه وفى ذلك قذف لامه لامحالة قيل يشترط أن يكون فى حالة الغضب فى هذه المسئلة كالتى بعدها وقيل يجب أن لايجب الحد ههنا وان كان قذفه فى حالة الغضب لجواز أن ينفى النسب عن أبيه من غير أن تكون الام زانية من كل وجه بان تكون موطوءة بشبهة ولدت فى عدة الواطئ وأجيب بان ماذكرته وجه القياس فى هذه المسئلة ووجوب الحد فيها بالاستحسان بالاثر قال فى المبسوط وانما تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود قال لاحد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه وقوله (ومن قال لغيره فى غضب الخ) ظاهر وطولب بالفرق بين هذه وبين قوله فى حالة الغضب أو غيرها لست

صادق فيه (ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد) وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة لانه فى الحقيقة قذف لامه لان النسب انما ينتفى عن الزانى لا عن غيره (ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى له يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد) لان عند الغضب يراد به

مؤول بان المراد بالزنا الموثم والا فهو يتحقق منهما اذ يتحقق منهما الوطء فى غير الملك لكن القذف انما يوجب الحد اذا كان بزنا يوثم صاحبه وبه يندفع الايراد القائل اذا لم يتحقق الزنا منهما فينبغى أن يحد قاذف مجنون زنى حالة جنونه لكن لا يحد وان كان قذفه حين افاقته وأما اشتراط العفة فلان غير العفيف لا يلحقه العار بنسبته الى الزنا لان تحصيل الحاصل محال ولو لحقه عار آخر فهو صدق وحد القذف للغيرية لا للصدق وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها فى الملك الا أنه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأته فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه انتهى لفظه وانما لم يسقط احصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها (قوله ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) وكذا اقتصر عليه الحاكم فى الكافى وعلله فى الهداية بانه فى الحقيقة قذف لامه فكأنه قال أمه زانية لانه اذا كان لغير أبيه ولا نكاح لذلك الغير كان عن زنا هامعه قيل فعلى هذا كان الاولى أن يقال اذا كانت محصنة حتى يشمل جميع شرائط الاحصان وأورد عليه أنه يجوز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بان كانت موطوءة بشبهة أو نكاح فاسد الجواب أن المراد انك لست لابيك الذى ولدت من مائه بل مقطوع النسب منه وهذا ملزوم بان الام زنت مع صاحب الماء الذى ولدها ومنه وهذا معنى قول المصنف لان النسب انما ينتفى عن الزانى لا عن غيره وحاصله أن نفى نسبه عن أبيه يستلزم كون أبيه زانيا لان النسب انما ينتفى عن الزانى فيلزم أن أمه زنت مع أبيه فجاءت به من الزنا ولا يخفى أنه ليس بلازم لجواز كون أبيه زنى بامه مكرهة أو نائمة فلا يثبت نسبه من أبيه ولا يكون قاذفا لامه فالوجه اثباته بالاجماع وهذا بناء على الحكم بعدم ارادة الاب الذى يدعى اليه وينسب بخصوصه ولا شك فى هذا والا كانت بمعنى المسئلة التى تليها وهى التى يرد عليها السؤال المذكور وجوابه ماسيجى وحمل بعضهم وجوب الحد فى هذه على ما اذا كان قوله ذلك فى حال الغضب والسباب بدليل المسئلة التى تليها فاذن يختلف المراد بلفظ الاب على هذا التقدير فانه اذا كان فى غير حالة الغضب فانما يراد بالاب الاب المشهور فيكون النفى مجازا عن نفى المشابهة فى محاسن الاخلاق (قوله ومن قال لغيره فى غضب لست بابن فلان لابيه الذى يدعى اليه يحد ولو قال فى غير غضب لا يحد لان عند الغضب يراد به

منه الاماء قلنا أريد بالمحصنات الحرائر فشرطنا الحرية احتياطا لا لدرء (قوله ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا فان قيل جاز أن لا يكون ثابت النسب من أبيه ولا تكون أمه زانية بان كانت موطوءة بشبهة قلنا وجوب الحد هنا بطريق الاستحسان لا بطريق القياس وذكر فى المبسوط ولكنا تركنا هذا القياس لحديث ابن مسعود رضى الله عنه لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل من أبيه ولانها اذا وطئت بالشبهة فولدها يكون ثابت

قال المصنف (ومن نفى نسب غيره وقال لست لابيك) أقول أى لست لاصلك الذى خلقت من مائه وانما ينقطع نسبه عن صاحب الماء اذا حصل بالزنا حتى لو قال لست لابيك فلان بالتعيين يكون على تفصيل الغضب وعدمه كما سيجىء أيضا قال المصنف (وهذا اذا كانت أمه حرة مسلمة) أقول الاولى أن يقول حقيقته محصنة ليعم (قوله وقيل يجب الى قوله ولدت فى عدة الواطئ) أقول وأجاب فى الكافى بانه اذا وطئت بشبهة كان الولد ثابت النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية فدل أنه قذف أمه بهذا اللفظ يؤيده قول ابن مسعود رضى الله عنه لا حد الا فى قذف

حقيقته سبالة وفى غيره يراد به المعاتبة بنفى مشابهته أباه فى أسباب المروءة (ولو قال لست بابن فلان يعنى جده لم يحد) لانه صادق فى كلامه ولو نسبه الى جده لا يحد أيضا لانه قد ينسب اليه مجازا (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف) لانه قذف محصنة بعد موتها

حقيقته) أى حقيقة نفيه عن أبيه لانه حالة سب وشتم وفى غيره يراد به المعاتبة على عدم تشبهه به فى محاسن أخلاقه ولا يخفى أن فى حالة الغضب ليس نسبة أمه الى الزنا أمر الازما لجواز نفيه عنه والقصد الى اثباته من غيره لشبهة أو نكاح فاسد كالتى قبلها فثبوت الحد به بمعونة قرائن الاحوال وهذا لا يثبت القذف بصريح الزنا وكذا ذكر فى المبسوط أن فى الاولى الحد استحسانا بأثر ابن مسعود وهو ما ذكره الحاكم فى الكافى من قول محمد بلغنا عن عبد الله بن مسعود أنه قال لا حد الا فى قذف محصنة أو نفى رجل عن أبيه ثم حملوا الاثر على النفى حالة الغضب وحكموا بانه حالة عدمه لم ينفه عن أبيه بدلالة الحال فليس هذا من التخصيص فى شئ اذ ليس قذفا وانما يكون تخصيصا لو كان قذفا أخرج من حكم القذف ولو قال لست بابن فلان ولا ابن فلانة لا يحد مطلقا لان حده فى قوله لست ابن فلان فى حالة الغضب مقتصرا عليه باعتبار انه قذف أمه واذا نفى نسبه عن أمه فقد نفى ولادتها اياه فقد نفى زناها به فكيف يحد هذا وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يتاتى فيه تفصيل بل يحد ألبتة بخلاف ما لو قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر (قوله ولو قال لست بابن فلان يريد بفلان جده لا يحد لانه صادق فى كلامه) وكذا لو قال أنت ابن فلان يعنى جده هو صادق لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفى بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده وكذا لو قال أنت ابن فلان لعمه أو خاله أو زوج أمه لا يحد لان كلا منهما أطلق عليه اسم الاب كما سيأتى واعلم أن قوله لست ابن فلان لابيه المعروف له معنى مجازى هو نفى المشابهة ومعنى حقيقى هو نفى كونه من مائه مع زنا الام به أو عدم زناها بل بشبهة فهى ثلاثة معان يمكن ارادة كل منها على الخصوص وقد حكموا بتحكيم الغضب وعدمه فعه يراد نفى كونه من مائه مع زنا الام به ومع عدمه يراد المجازى وقوله لست بابن فلان لجده له معنى مجازى هو نفى مشابهته لجده ومعنيان حقيقيان أحدهما نفى كونه مخلوقا من مائه والآخر نفى كونه أبا أعلى له وهذا يصدق بصورتين نفى كون أبيه خلق من مائه بل زنت جدته به أو جاءت به بشبهة وكل هذه المعانى يصح ارادة كل منها وقد حكم بتعيين الغضب أحدها بعينه فى الاول وهو كونه ليس من مائه مع زنا الام به اذ لا معنى لان يخبره فى السباب بان أمه جاءت به بغير زنا بل بشبهة فيجب أن يحكم أيضا بتعيين الغضب فى المعنى الثانى الذى هو نفى نسب أبيه عنه وقذف جدته به فانه لا معنى لاخباره فى حالة الغضب بانك لم تخلق من ماء جدك وهو مع سماجته أبعد فى الارادة من أن يراد نفى أبوته لابيه لان هذا كقولنا السماء فوق الارض ولا تخلص الا أن يكون فيها اجماع

النسب من انسان وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت هى زانية فعرفنا أنه بهذا اللفظ قاذف لامه والى هذا المعنى أشار فى الكتاب بقوله لان النسب انما ينفى عن الزانى لا من غيره فان غير الزانى عام جاز أن يكون زوج أمه أو من وطء أمه بشبهة فى عدته فولدته أمه كما ذكرنا فيثبت منهما النسب ولما نفى القاذف نسبه مطلقا علم أن مراد القاذف ليس غير الزانى بل مراده الزانى لان الزانى لا نسب له أصلا ولكن هو غير معين فلا يحد بسببه ولكن يحد بسبب أمه لانه لما كان الرجل الذى نفى عنه النسب زانيا كانت أمه زانية لا محالة فيجب الحد بسببها اذا كانت محصنة فان قيل هذا كناية فى القذف فينبغى أن لا يحد قلنا وجوب الحد بالاثر أو نقول عدم وجوب الحد فى الكناية لاستتار المراد أما اذا لم يكن مستترا فالكناية بمنزلة الصريح كما لو قال للقاذف هو كما قلت فانه يحد به وان لم يكن صريحا (قوله ولو نسبه الى جده لا يحد لانه قد ينسب اليه مجازا قال الله تعالى كما أخرج أبويكم وكذا اذا نسبه الى خاله أو عمه أو زوج أمه لا يحد لان كل واحد منهم يدعى أبا قال الله تعالى ورفع أبويه على العرش قالوا هى خالته وأبوه وقال عليه السلام الخال أب وقال الله تعالى نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسماعيل واسحق واسماعيل كان عما له قال الله تعالى ان ابنى من أهلى وقيل انه كان

بابن فلان ولا بابن فلانة وهى أمه التى تدعى له حيث لا يكون قذفا مع أن القذف يراد بهذا اللفظ وأجيب بان قوله ولا بابن فلانة نفى عنها وانما ينتفى عن أمه بانتفاء الولادة فكان نفيا للولادة ونفى الولادة نفى الوطء ونفى الوطء نفى الزنا بخلاف ما اذا لم يقل ذلك لانه نفى عن الوالد وولادة الولد ابنته من أمه فصار كانه قال له أنت ولد الزنا قال (ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة فطالب الابن بحده حد القاذف لانه قذف محصنة بعد موتها) بخلاف ما اذا قذفها ثم ماتت فان الحد يسقط

محصنة أو نفى رجل عن أبيه اه قوله كان الولد ثابت النسب من انسان أى اذا كانت تحت زوج فنسبه منه وان لم يكن فمن الواطئ فكان ثابتا من انسان ضرورة هو أبوه قوله وانما لا يكون ثابت النسب من الاب اذا كانت الام زانية يعنى وهو قد قذفه بنفى نسبه عن الاب فدل ذلك على أنه لم يرد بقذفه كون أمه موطوءة بشبهة لما فيه من ثبوت النسب أيضا ثم أقول لا يذهب عليك أن فرض المسئلة فيما ذكره يدفع هذا السؤال ولا يحتاج الى الجواب

(ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) يعني الاب والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل نقله صاحب النهاية عن الفقيه أبي الليث ثم قال كذا وجدت بخط شيخي ونقل غيره من الشارحين عن شرح الجامع الصغير (لان العار يلتحق به) أي بكل واحد من الوالد والولد (لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى) وردبان التعليل بالجزئية غير صحيح لتخلف

ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه وهو الوالد والولد) لان العار يلتحق به لمكان الجزئية فيكون القذف متناولا له معنى وعند الشافعي يثبت حق المطالبة لكل وارث لان حد القذف يورث عنده على ما نبين وعندنا ولاية المطالبة ليست بطريق الارث بل لما ذكرناه ولهذا يثبت عندنا للمحروم عن الميراث بالقتل ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر

الحكم عنها اذا كان المقذوف حيا غائبا فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده اذ ذاك وأجيب بان الاصل في الباب هو المقذوف لاحالته وغيره ممن بينه وبينه جزئية يقوم مقامه وانما يقوم الشئ مقام غيره اذا وقع اليأس من الاصل وانما يقع اليأس بموته فلا يقوم غيره مقامه قبل موته وقوله (وعند الشافعي) ظاهر وقوله (لما ذكرناه) يعني قوله لان العار يلتحق به وقوله (كما يثبت لولد الابن) يعني بالاتفاق (خلافا لمحمد) فانه روى عنه أن حق المطالبة لا يثبت لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي الام وفي ظاهر الرواية النسب يثبت من الطرفين ويصير الولد به كريم الطرفين (ويثبت لولد الولد حال قيام الولد)

على نفي الحد بلا تفصيل كما أن في تلك اجماعا على ثبوته بالتفصيل ولو قال له أنت ابن فلان الغير هؤلاء حد مع أنه ليس بقذف صريح لجواز كونه ابنه شرعا بلا زنا على ما قلنا فانما هو استحسان بمعنى حديث ابن مسعود وهذه الصورة ستاتي في الكتاب لكنها هنا أنسب (قوله ولو قال له يا ابن الزانية وأمه ميتة محصنة كان للولد المطالبة بحده) فاذا طالب به حد القاذف (ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه بقذفه) وهو الوالد وان علا والولد وان سفل لان العار يلتحق بهما للجزئية فيكون القذف متناولا معنى لهما فلذلك يثبت لهما حق المطالبة لكن لحوقه لهما بواسطة لحوق المقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب غيره بموجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فلذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبي ليلى لانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفي فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده ان يأخذ القاذف ويحده وولد الابن وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الاب ولا أم الام ولا عمة ولا مولاه وعند الشافعي ومالك وأحمد أيضا تثبت المطالبة لكل وارث بناء على انه يورث عنده ففي فتاوى القاضي قال محمد لكل من يرثه ويورث منه أن يأخذ القاذف ويحده اه وهذه رواية غريبة عن محمد ثم للشافعية فيمن يرثه ثلاثة أوجه أحدها أنه يرثه جميع الورثة والثاني غير الوارث بالزوجية والثالث يرثه ذكور العصبات لا غيرهم (وعندنا ليس بطريق الارث بل لما ذكرنا) من لحوق العار ولذا لا يثبت للاخ عندنا حق المطالبة به لان قرابة الولاد بمنزلة نفس الانسان فاللاحق من العار للانسان كاللاحق لنفس ولده ووالده بخلاف الاخ لا يلحقه ضرر عار زنا أخيه كما لا يلحقه النفع بانتفاع أخيه ولعلم الشرع بذلك أجاز شهادة الاخ لاخيه فليس لاخي المقذوف ولا لعمه وخاله المطالبة بحد القذف ولم تجز شهادة الولد والوالد لانهما في حكم نفس المشهود له (ولهذا) أعني لكون حق المطالبة للحوق العار غير دائر مع الارث (يثبت للمحروم عن الميراث بالقتل) أو الرق أو الكفر فلقاتل أبيه أن يطالب قاذفه بعد قتله بحد القذف وكذا اذا كان الولد عبدا أو كافرا خلافا لزفر رحمه الله (ويثبت لولد بنت المقذوف كما يثبت لولد الابن خلافا لمحمد) ويثبت للاب بعد مع وجود الاقرب (وكذا يثبت لولد الولد) حق

(قوله ونقل غيره من الشارحين) أقول أراد الاتقاني (قوله عن شرح الجامع الصغير) أقول هو للفقيه أبي الليث قال المصنف (فيكون القذف متناولا له معنى) أقول قال الزيلعي لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا يرى أن ذلك منع قبول الشهادة (واذا

ابن امرأته (قوله لان العار يلتحق به لمكان الجزئية) فان قيل ينبغي أن يكون له ولاية المطالبة حاضرا كان المقذوف أو غائبا حيا كان أو ميتا وكذا اذا مات بعد القذف قلنا المقذوف يلحقه العار قصدا وهؤلاء ضمنا فلا نعتبر خصومتهم مادام المقذوف حيا لان ما ثبت في ضمن غيره لا يعطى له حكم نفسه واذا مات بطل المتضمن فبطل ما في ضمنه بخلاف ما اذا قذف ميتا محصنا فان الميت ليس باهل للحوق العار به فيعود الى من يقع القدح في نسبه بقذفه قصدا فتثبت له ولاية المطالبة (قوله ويثبت لولد البنت كما يثبت لولد الابن) خلافا لمحمد رحمه الله له أنه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أب الام ولنا أن النسب يثبت من الجانبين ويصير الولد به كريم الطرفين فكان القذف متناولا له (قوله ويثبت لولد الولد حال قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله) له ان

لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام اه بخلاف الاخ والعم وغيرهما (قوله فانه ليس لاحد أن يأخذ بحده) أقول خلافا لابن أبي ليلى قال المصنف (ويثبت لولد البنت) أقول قال الاتقاني وان لم يكن وارثا لانه من ذوي الارحام اه وفيه بحث لانه وارث عندنا

وقال زفر رحمه الله ليس لولد الولد حال قيام الولد أن يخاصم لان الشين الذي يلحق الولد فوق الذي يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع قيام الولد كالولد مع بقاء المقذوف واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه مع بقاء الاقرب ولكنا نقول حق الخصومة باعتبار ما لحقه من الشين بنسبته اليه وذلك موجود في حق ولد الولد كوجوده في حق الولد فايهما خاصم يقام الحد لخصومته بخلاف المقذوف فان حق

(واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد) خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى ولنا أنه عيره بقذف محصن فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده

المطالبة (مع وجود الولد خلافا لزفر) ولو عفا بعضهم كان لغيره ان يطالب به لانه للدفع عن نفسه وقوله (خلافا لمحمد) يعني في رواية ليست هي ظاهر الرواية عنه ووجهها أن نسبه الى أبيه وهو أجنبي عن جدته لامه بدليل انه لم يدخل في لفظ ولد الولد ولذا لو وقف على أولاده وأولاد أولاده لا يدخل ابن البنت في ظاهر الرواية وجه الظاهر هنهم أولا بمنع عدم الدخول بل يدخل كقول الخصاف وقد اختاره جماعة في الوقف وثانيا بتقدير التسليم أن المبنى مختلف لان مبنى ثبوت الخصومة في حق القذف ثبوت الجزئية المستلزمة لرجوع عار المنسوب الى الانسان الى الآخر وثبوت الوقف عليه بثبوت تبادر ولد البنت من قولنا أولاد فلان لانه وقف على من يسمى به فاذا لم يتبادر لا يشمله الوقف وصار كالوصية لاولاد أولاد فلان لا يدخل أولاد بناته لهذا وجه قول زفر أن ما يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع الولد كولد المقذوف معه واعتبره بالخصومة في الكفاءة فانه لا خصومة للابعد مع وجود الاقرب والجواب منع أن ما يلحق الاقرب فوق ما يلحق الابعد بل كل من ينسب الى المقذوف بالجزئية لحقه من العار مثل ما لحق الآخر لاتحاد الجهة والتبعية بخلاف المقذوف مع ولده لانه لحقه العار مقصودا بالالحاق به دون ولده وولد ولده وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجده وانما خالف زفر في ذلك عند وجود الاقرب فما وجه ما في التلخيص اذا قال جد لزان لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في اجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد (قوله واذا كان المقذوف محصنا جاز لابنه الكافر ولابنه العبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر) ولكل من قال طريقه الارث يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف (هو يقول القذف تناول الابن معنى لا صورة لرجوع العار اليه) وليس الحد الآن والمطالبة به لاجل أمه اذ ليس طريقه الارث عندنا واذا تناوله معنى فغاية أمره أن يجعل كأنه تناوله صورة ومعنى بان يكون هو المقصود بالقذف ولو كان كذلك لم يكن له المطالبة لعدم احصانه فكذا اذا كان مقذوفا معنى فقط (ولنا انه) أي القاذف (عيره بقذف محصن) هو أمه أو أبوه (فيأخذه بالحد وهذا لان الاحصان في) المقذوف قصدا وهو (الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال) لانه لا يقع تعييرا كاملا الا اذا كان محصنا (ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده)

الشين الذي يلحق الولد فوق ما يلحق ولد الولد فصار ولد الولد مع بقاء الولد كولد المقذوف مع بقائه واعتبر هذا بطلب الكفاءة فانه لا خصومة فيه للابعد مع بقاء الاقرب قلنا أن حق الخصومة باعتبار لحقوق العار وذا موجود في حق ولد الولد والحق ليس بطريق الارث حتى يعتبر القرب بخلاف المقذوف فان حق الخصومة باعتبار نيل القاذف من عرضه وذا لا يوجد في حق ولده ولان مساهلته توهم تصديقه لانه أعلم بما جرى عليه من ولده وبخلاف الكفاءة لانه لا ولاية للابعد مع وجود الاقرب (قوله ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده)

هذا الابن الكافر لا جائز أن يكون لاجل أمه لان الحد لا يورث ولا أن يكون لاجل نفسه لانه ليس بمحصن وهو كما ترى (ولنا أنه عيره بقذف محصن) وهو ظاهر لان فرض المسئلة فيه وكل من عير بقذف محصن جاز أن يأخذ بحده لانه تعيير على الكمال فيقتضي زاجرا وأشار المصنف الى هذا الكلام بقوله (وهذا لان الاحصان في الذي ينسب الى الزنا شرط ليقع تعييرا على الكمال ثم يرجع هذا التعيير الكامل الى ولده)

فاقفي التفريع تأمل ودقه غير خفي لان المراد بالارث هو الارث بطريق الفرضية والعصوبة اذ هما من اسباب الارث عند الشافعي

حق الخصومة له باعتبار تناول القاذف من عرضه مقصودا وذلك لا يوجد في حق ولده وبخلاف الكفاءة فان طلبها انما يثبت للاقرب بقوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات وفي الحكم المرتب على العصوبة يقدم الاقرب على الابعد (واذا كان المقذوف محصنا) وهو ميت (جاز لابنه الكافر والعبد أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف تناوله معنى لرجوع العار اليه وليس طريقه الارث عندنا) لان حد القذف لا يورث (فصار كما اذا كان متناولا له صورة ومعنى) في رجوع العار اليه ولو كان متناولا له صورة ومعنى بان قذفه قاذف ابتداء لم يجب عليه الحد لعدم احصان المقذوف فكذا اذا تناوله معنى قيل قوله وليس طريقه الارث غير مفيد له في هذا المقام لانه لو كان طريقه الارث أيضا لم يكن له أن يخاصم لان المانع عن الارث موجود وهو الكفر أو الرق وقيل محرر كلامه أن الحد اما أن يجب في هذه الصورة على القاذف لقذفه أم المقذوف أو لقذف نفس

والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه لانه لم يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه بقذف أمه الحرة المسلمة) لان المولى لا يعاقب بسبب عبده وكذا الاب بسبب ابنه ولهذا لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولو كان لها ابن من غيره له أن يطالب لتحقق السبب وانعدام المانع

فيثبت له حق المطالبة على طريق الاصالة للشين الذي لحقه لا للخلافة ثم يترتب على المطالبة اقامة الحد حقا لله تعالى (والكفر لا ينافي أهلية استحقاق المطالبة بخلاف ما اذا قذفه نفسه) لعدم احصانه فلم يقع التعيير اذ لم يكن محصنا على الكمال والحاصل ان السبب التعيير الكامل وهو باحصان المقذوف فان كان حيا كانت المطالبة له أو ميتا طالب به أصله أو فرعه وان لم يكن محصنا لم يتحقق التعيير الكامل في حقه (قوله وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة) أي التي قذفها في حال موتها (ولا للابن ان يطالب أباه) وان علا (بقذف أمه الحرة المسلمة) التي قذفها في حال موتها بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وامه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية وهو قول الشافعي وأحمد ورواية عن مالك والمشهور عنه ان للابن أن يطالب أباه بقذف أمه وهو قول أبي ثور وابن المنذر لاطلاق آية فاجلدوهم ولانه حد هو حق الله فلا يمنع من اقامته قرابة الولاد وقال مالك اذا حد الاب سقطت عدالة الابن لمباشرته سبب عقوبة أبيه مع قوله تعالى فلا تقل لهما أف والجواب أن الاطلاق أو العموم مخرج منه الولد على سبيل المعارضة بقوله تعالى فلا تقل لهما أف والمانع مقدم (ولهذا لا يقاد الوالد بولده) ولا يقطع بسرقته فانتقضت علية الحد بالاجماع على عدم القطع وصار الاصل لنا عموم الآية أعني قوله تعالى فلا تقل لهما أف وقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده وأما الاجماع على عدم القطع فلشبهة الملك للاب في المسروق فلا يرد على مالك نعم دلالة الاجماع على كونه لا يقاد به لازمة فان اهدار جنايته على نفس الولد توجب اهدارها في عرضه بطريق أولى مع أن القصاص متيقن بسببه والمغلب فيه حق العبد بخلاف حد القذف فيهما ولضعف الاستدلال بعدم القطع بسرقة مال الابن اقتصر المصنف على قوله ولهذا لا يقاد الوالد بولده وقول المصنف (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) استدلال على عدم اعتبار مطالبة العبد لسيده بقذف أمه قيل لان حق عبده حقه فلا يجوز أن يعاقب بسبب حق نفسه (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية (ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة) باجماع الائمة الاربعة لان لكل منهما حق الخصومة وظهر في حق أحدهما مانع دون الآخر فيعمل المقتضي عمله في الآخر ولو كان جماعة يستحقون المطالبة فعفا أحدهم كان للآخر المطالبة به بخلاف عفو أحد مستحقي القصاص يمنع استيفاء الآخر لان القصاص حق واحد للميت موروث للوارثين فبإسقاط أحدهما بالعفو لا يتصور بقاؤه لان القتل الواحد لا يتصور تجزيه أما هنا فالحق في الحد لله تعالى ولكل ولاية المطالبة به فلا يبطل باسقاط أحدهما * (فرع) * يجوز التوكيل باثبات الحدود من الغائب في قول أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف وكذا في القصاص لان خصومة الوكيل تقوم مقام خصومة الموكل وشرط الحد لا يثبت بمثله والاجماع أنه لا يصح باستيفاء الحدود القصاص لانها عقوبة تندرئ بالشبهات ولو استوفاه الوكيل مع غيبة الموكل كان مع احتمال انه عفا أو ان المقذوف قد صدق القاذف أو أكذب شهوده ولا يخفى قصور التعليل الاول لان حقيقة العفو بعد ثبوت السبب لا يسقط الحد فمع احتماله أولى (قوله

وهذا لان القذف يتناول الميت صورة ويتناوله معنى بالتعدي اليه والشئ اذا تعدى عن محل الى محل يتعدى على الوصف الذي كان ثابتا في ذلك المحل فاذا كان المقذوف محصنا تعدى اليه بصفة الكمال وان كان المقذوف غير محصن لم يكن التعدي بصفة الكمال فاعتبر كمال الحال في حق من يتناوله القذف صريحا ليكون التعدي كاملا في حق من يتناوله معنى (قوله وكذا الاب بابنه) ذكر حكم الولد دون الوالدة والحكم لا يختلف فيهما وذكر في قتل الكفاية لا يحد الاصول بقذف الفروع لانه لا يقتل لهم فلان لا يحد أولى (قوله

يجوز له أن يأخذ بالحد فان قيل جاز أن يكون المانع موجودا فلا يترتب الحكم على المقتضي أجاب بقوله (والكفر لا ينافي أهلية الاستحقاق) أي استحقاق أهلية الخصومة لان استحقاقها باعتبار لحوق الشين وذلك موجود في الولد الكافر والمملوك لان النسبة لا تنقطع بالرق والكفر بخلاف ما اذا تناول القذف نفسه فانه لا يوجد التعيير على الكمال لفقد الاحصان في المنسوب الى الزنا قال (وليس للعبد أن يطالب مولاه بقذف أمه الحرة ولا للابن أن يطالب أباه) أو جده وان علا (بقذف أمه) وجدته وان علت ولا أمه ولا جدته وان علت بقذف نفسه (لان المولى لا يعاقب بسبب عبده) قال صلى الله عليه وسلم لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فما لم يجب القصاص والمغلب فيه حق العبد وسببه متيقن به فلان لا يجب حد القذف والمغلب فيه حق الله وسببه وهو القذف غير متيقن به لجواز أن يكون صادقا فيما نسبه اليه أولى وقوله (ولو كان لها ابن من غيره) واضح

وقوله (وبكل ذلك تشهد الاحكام) أما الاحكام التي تدل على أنه حق العبد فهو أنه يستوفى بالبينة بعد تقادم العهد ولا يعمل فيه الرجوع عن الاقرار وكذلك لا يستوفى الا بخصومة وانما يستوفى بخصومة ماهو حقه بخلاف السرقة فان خصومته هناك للمال دون الحد حتى

(ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد) وقال الشافعي لا يبطل (ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي) عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص فمن هذا الوجه حق العبد ثم انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزاجر اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع وبكل ذلك تشهد الاحكام واذا تعارضت الجهتان فالشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولاه مولاه فيصير حق العبد مرعيا به ولا كذلك عكسه لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حقوق الشرع لانيابة عنه وهذا هو الاصل المشهور الذي يتخرج عليه الفروع المختلف فيها منها الارث اذا الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الشرع ومنها العفو فانه لا

ومن قذف غيره فمات المقذوف بطل الحد وقال الشافعي لا يبطل ولو مات بعدما أقيم بعض الحد بطل الباقي عندنا خلافا له بناء على انه يورث عنده) فيرث الوارث الباقي فيقام له (وعندنا لا يورث ولا خلاف ان فيه حق الشرع وحق العبد فانه شرع لدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص) كالقصاص (فمن هذا الوجه) أي من هذا الدليل (هو حق العبد ثم) نعلم (انه شرع زاجرا ومنه سمي حدا والمقصود من شرع الزواجر كلها اخلاء العالم عن الفساد وهذا آية حق الشرع) اذ لم يختص بهذا انسان دون غيره (وبكل) من حق الله وحق العبد في حد القذف (تشهد الاحكام) فباعتبار حقا للعبد شرطت الدعوى في اقامته ولم تبطل الشهادة بالتقادم (ويجب على المستامن ويقيمه القاضي بعلمه اذا علمه في أيام قضائه وكذا الوقذفه بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل ان يستقضى ثم ولي القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة اذا اجتمعا ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار به وباعتبار حق الله تعالى استوفاه الامام دون المقذوف بخلاف القصاص ولا ينقلب مالا عند سقوطه ولا يستحلف عليه القاذف ويتنصف بالرق كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف ولا يختلف باختلاف المتلف واذا تعارضت الجهتان ولم يمكن اهداره مقتضى احداهما لزم اعتبارهما فيه فثبت أن فيه الحقين (الا أن الشافعي مال الى تغليب حق العبد تقديما لحق العبد باعتبار حاجته وغنى الشرع ونحن صرنا الى تغليب حق الشرع لان ما للعبد من الحق يتولى استيفاءه مولاه فيصير حق العبد مرعيا) بتغليب حق الشرع لا مهدرا (ولا كذلك عكسه) أي لو غلب حق العبد لزم أن لا يستوفى حق الشرع الا بالتحكيم بجعل ولاية استيفائه اليه وذلك لا يجوز الا بدليل ينصبه الشرع على انابة العبد في الاستيفاء ولم يثبت ذلك بل الثابت استنابة الامام حتى كان هو الذي يستوفيه كسائر الحدود التي هي حقه تعالى على ما قدمناه من الاحكام فاذا ثبت ما ذكرنا من الاختلاف في هذا الاصل تفرعت فروع أخرى مختلف فيها بعد الفروع المتفق عليها لشاهدة كل من ثبوت الجهتين منها الارث فعنده يورث وعندنا لا يورث اذ الارث يجري في حقوق العباد لا في حقوق الله تعالى أي انما يرث العبد حق العبد بشرط كونه مالا أو ما يتصل بالمال كالكفالة أو فيما ينقلب الى المال كالقصاص والحد ليس شيء منها فيبطل بالموت اذ لم يثبت دليل سمعي على استخلاف الشرع وارث من جعل له حق المطالبة أو وصيه في المطالبة التي جعلها شرطا لظهور حقه ومنها العفو فانه بعد ما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه ويحد عندنا ولو يصح عنده ولا يسقط عندنا الحد بعد ثبوته الا أن يقول

تشهد الاحكام فما يدل على أنه حق العبد أنه لا يسقط بالتقادم ويقيمه القاضي بعلم نفسه ولا يصح الرجوع عنه بعد الاقرار ويقام على المستامن في دار الاسلام وتشترط فيه الخصومة ويقدم استيفاؤه على حد الزنا والسرقة ولا يبطل مع الرجم ومما يدل على أنه حق الله تعالى أنه لا يباح باباحة العبد ولا يحلف القاذف فيه ولا ينقلب

لو بطل الحد لمعنى الشبهة لا يبطل المال ويقام هذا الحد على المستأمن وانما يؤخذ المستامن بما هو من حقوق العباد ويقدم استيفاؤه على حد الزنا وحد السرقة وشرب الخمر حق ان رجلا لو ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة وشرب الخمر والقذف وفق عيز رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد وحق العبد مقدم في الاستيفاء لما يلحقه من الضرر بالتاخير لانه يخاف الفوت والله تعالى لا يفوته شيء ثم اذا برئ من ذلك يقام عليه حد القذف وأما الاحكام التي تشهد على أنه حق الله تعالى فهي أن الاستيفاء الى الامام والامام انما يتعين نائبا في استيفاء حق الله تعالى وأما حق العبد فاستيفاؤه اليه ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط وقوله (لان ما للعبد من الحق الخ) قيل فيه نظر لانه يلزم أن لا يكون حق العبد غالبا اذا اجتمع الحقان أصلا وهو خلاف الاصول والمنقول فان القصاص مما اجتمعا فيه وحق العبد غالب واعترض بان من الاحكام ما ينافي الجهتين جميعا وهو أنه يسقط بموت المقذوف وشيء من الحقين لا يسقط به وأجيب بانا

لا نقول انه يسقط بموته ولكن يتعذر استيفاؤه لعدم شرطه فان الشرط خصومة المقذوف ولا يتحقق منه الخصومة بعد موته وقوله

يصح عفو المقذوف عندنا ويصح عنده ومنها انه لا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل وعنده لا يجري وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي ومن أصحابنا من قال ان الغالب حق العبد وخرج الاحكام والاول أظهر

المقذوف لم يقذفني أو كذب شهودي وحينئذ يظهر أن القذف لم يقع موجبا للحد لانه وقع ثم سقط بقوله ذلك وهذا كما اذا صدقه المقذوف فانه يبطل بمعنى ظهور أن القذف لم ينعقد موجبا للحد بخلاف العفو عن القصاص يسقط بعد وجوبه لان المغلب فيه حق العبد ومنها أنه لا يجوز الاعتياض عنه عندنا وبه قال مالك وعنده يجوز وهو قول أحمد ويجري فيه التداخل عندنا وبه قال مالك حتى لو قذف شخصا مرات أو قذف جماعة كان فيه حد واحد اذا لم يتخلل حد بين القذفين ولو ادعى بعضهم حد في اثناء الحد ادعى آخرون كمل ذلك الحد وعند الشافعي لا يجري فيه التداخل وعن أبي يوسف في العفو مثل قول الشافعي وهو أنه يصح عفو المقذوف (قوله ومن أصحابنا من قال ان الغالب في حد القذف حق العبد الخ) وما تقدم من بيان الاصل المختلف فيه وتفريع الاحكام المختلف فيها على الخلاف فيه هو الاظهر من جهة الدليل والاشهر لانه قول عامة المشايخ وذهب صدر الاسلام أبو اليسر الى أن المغلب فيه حق العبد كقول الشافعي (وخرج الاحكام) المختلف فيها على غير ذلك أما توجيه أن حق العبد غالب فلان أكثر الاحكام تبنى عليه والمعقول يشهد له وهو أن العبد ينتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأما تخريج الاحكام فانما فوض الى الامام لان كل أحد لا يهتدي الى الضرب الواجب أولانه ربما يزيد المقذوف في قوته لحنقه فيقع متلفا وانما لا يورث لانه مجرد حق ليس مالا ولا بمنزلته فهو كخيار الشرط وحق الشفعة بخلاف القصاص على ما قدمناه وانما لا يصح عفوه لانه عفو عما هو مولى عليه فيه وهو الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه رضي بالعار والرضا بالعار عار وهذا كما نرى تخريج لبعض الفروع المختلفة ثم لا يخفى ما في تخريجه عدم صحة العفو اذ لا يخفى أن كون المقذوف ينتفع به على الخصوص ممنوع بل فيه صيانة أعراض الناس عن خصوص القاذف وصيانة أعراض بعضهم عن بعض على العموم وأن العفو لا يستلزم الرضا بالعار بل قد لا يرضى الانسان بما يكرهه ولا يعاقب عليه فاعله وكونه مولى عليه انما هو في نفس الفعل للتهمة بسبب حنقه فلا ينفي أن يعفو فلا يعقل ذلك أصلا وماذكرنا في ترجيح تغليب حق الله تعالى أوجه مما في الخبازية ان شاء الله تعالى

ما لا عند سقوطه ويتنصف بالرق (قوله ومن أصحابنا من قال أن الغالب حق العبد) المراد به صدر الاسلام أبو اليسر رحمة الله تعالى عليه (قوله وخرج الاحكام) أي أجاب عن الاحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا وذكر الامام صدر الاسلام رحمه الله في مبسوطه أن الصحيح أن المغلب فيه حق العبد كما قال الشافعي رحمه الله لان محمدا رحمه الله نص في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقود وأكثر الاحكام تدل عليه وذكر في جامعه الصغير وانما جعل الاقامة الى الامام لان الضرب غير مقدر في نفسه فلو جعل الاقامة اليه لزاد على ما هو المعهود فيؤدي الى التلف فجعل الاقامة الى الامام بطريق المصلحة وقال فيه أيضا ثم انه لا يورث عند أصحابنا مع أنه حق العبد كما لا يورث حق الشفعة وخيار الشرط لما أن الارث انما يجري في الاعيان قال عليه السلام من ترك مالا فلورثته وهذا لان المال يبقى بعد موت المورث ويفضل عن حوائجه فلا بد من أن يصرف الى أقرب الناس اليه وهم ورثته أما حق القذف فليس بملك عين ولا في معنى ملك العين بل هو ملك الفعل وهو ملك الضرب والفعل لا يبقى فملك الفعل لا يبقى أيضا ولهذا قلنا ان حق الشفعة لا يورث لانه ملك فعل وهو حق الفسخ بخلاف القصاص حيث يورث لانه في معنى ملك العين لانه ملك اتلاف العين وملك الاتلاف ملك العين عند الناس فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيخلف الوارث في حق استيفاء القصاص (قوله والاول أظهر) وهو أن الغالب فيه حق الله تعالى أظهر وأشهر وعليه عامة أصحابنا رحمهم الله النبط جيل من الناس بسواد العراق الواحد نبطي فهم ممن يذم بالنسبة اليهم قال ابن أبي

(قوله لانه فوض اقامته) أقول من كلام أبي اليسر

لان أكثر الاحكام تدل عليه والمعقول يشهد له لما ذكرنا أن العبد منتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص الا أنه فوض اقامته الى الامام لانه لا يهتدي كل أحد الى اقامة الجلد وقوله (وخرج الاحكام) أي أجاب عن الاحكام التي تدل على أنه حق الله بجواب يوافق المذهب فقال في التفويض الى الامام ماذكرنا أن كل أحد لا يهتدي الى اقامة الجلد وقال في عدم الارث ان عدمه لا يستوجب كونه حق الله كالشفعة وخيار الشرط لان الارث يجري في الاعيان وأجاب عن كون القصاص يورث بانه في معنى ملك العين لانه يملك اتلاف العين ومالك الاتلاف ملك العين عند الناس فان الانسان لا يملك شراء الطعام الا للاتلاف وهو الاكل فصار من عليه القصاص كالمملوك لمن له القصاص وهو باق فيملكه الوارث في حق استيفاء القصاص وقوله (والاول) وهو أن الغالب فيه حق الله (أظهر) قال في النهاية لما ذكرنا من دليل غلبة حق الله فيه ولان عامة أصحابنا عليه فكان الاخذ بقول عامة العلماء أظهر والثاني أظهر

قال (ومن اقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه) لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه (ومن قال لعربى يا نبطى لم يحد) لانه يراد به التشبيه فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وكذا اذا قال لست بعربى لما قلنا (ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) لانه يراد به

وقوله (ومن أقر بالقذف) من الاحكام التى تشهد بكونه حق العبد وقوله (ومن قال لعربى يا نبطى) ظاهر والنبط اجبل من الناس بسواد العراق وسئل ابن عباس رضى الله عنهما عن رجل قال لقرشى يا نبطى فقال لا حد عليه وقوله (لما قلنا) يعنى قوله لانه يراد به التشبيه الخ وقوله (لان ماء السماء لقب به) أى بهذا اللفظ وماء السماء هو لقب أبى المزيقياء والمزيقياء هو عمرو بن عامر لقب بالمزيقياء لانه كان يمزق فى كل يوم حلتين يلبسهما ويكره أن يعود فيهما وينف أن يلبسهما غيره وأبوه عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر عطاء وجودا

وقول محمد ان وقع فى موضع أنه حق الناس فقد وقع فى آخر أنه حق الله تعالى (قوله ومن أقر بالقذف ثم رجع لم يقبل رجوعه لان للمقذوف فيه حقا فيكذبه فى الرجوع بخلاف ما هو خالص حق الله تعالى لانه لا مكذب له فيه) فيقبل رجوعه وأما التعليل بانه بالاقرار ألحق الشين بالغير وبالرجوع يريد أن يبطل حق الغير فالمعنى انه أثبت حق الغير ثم يريد أن يبطله فلا يقبل منه فيشكل عليه الرجوع فى الاقرار بحق الله تعالى وكونه ألحق الشين لا أثر له بل الحاصل أنه لما ألحق الشين ثبت حق الآدمى فلا يقبل ابطاله فالحاق الشين تأثيره فى اثبات حق الآدمى ليس غير ثم امتناع الرجوع ليس الا لتضمنه ابطال حق الغير (قوله ومن قال لعربى يا نبطى) أو قال لست بعربى (لا يحد) وكذا اذا قال لست من بنى فلان وقال مالك يحد اذا نوى الشتم وعنه اذا قال يا رومى لعربى أو فارسى أو يا فارسى لرومى أو عربى أو يا ابن الخياط وليس فى آبائه خياط يحد قلنا العرف فى مثله أن يراد نفى المشابهة فى الاخلاق أو عدم الفصاحة وأما قذف أمه أو جدته من جداته لابيه فلا يخطر بالبال فلذا أطلقوا نفى الحد من غير تفصيل بين كونه حالة الغضب أو الرضا وهذا لان النسبة الى الاخلاق الدنية مما يشتم به فاذا لم يتعارف مثله فى القذف أصلا يجعل فى الغضب شتما بهذا القدر ولان النبطى قد يراد به النسبة الى المكان على ما قال فى ديوان الادب النبط قوم ينزلون بسواد العراق فهو كما قال يارستاقى يارومى فى عرفنا أى يا قروى لا يحد به وقال الفقيه أبو الليث النبطى رجل من غير العرب (قوله ومن قال لرجل يا ابن ماء السماء فليس بقاذف) وكذا اذا قال يا ابن مزيقياء ويا ابن جلا لان الناس يذكرون هذه لقصد المدح فماء السماء لقب به عامر بن حارثة الغطريف الازدى لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر فهو كماء السماء عطاء وجودا ومزيقياء لقب به ابنه عمرو لانه كان يمزق كل يوم حلتين يلبسهما فيكره أن يعود الى لبسهما ويكره أن يلبسهما غيره وهو من ملوك غسان وعلى هذا فالانسب أن يكون قول القائل يا ابن مزيقياء للذم بالسرف والاعجاب لكن عرف العامة فى مثله أنه جود وقد لقب بماء السماء أيضا للحسن والصفاء وبه انتسبت أم ابن المنذر بن امرئ القيس لذلك وقيل لولدها بنو ماء السماء قال زهير

ولازمت الملوك من آل نصر * وبعدهم بنى ماء السماء

وجمع المصنف بينهما حيث قال لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه وأما جلا فقد استعمل مرادا به انسان فى قول سحيم

أنا ابن جلا وطلاع الثنايا * متى أضع العمامة تعرفونى

وكلام سيبويه يفيد أنه ليس علما له بل وصف حيث قال جلا هذا فعل ماض كانه قال أنا ابن الذى جلا أى أوضح وكشف وأما قول القلاخ * أنا القلاخ بن جناب بن جلا * فيحتمل كونه علما للقبا وكونه وصفا أيضا ثم انما يراد به التشبيه فى كشف الشدائد وامامطة المكاره فلا يكون قذفا هذا وقد ذكر أنه لو كان هناك رجل اسمه ماء السماء يعنى وهو معروف يحد فى حال السباب بخلاف ما اذا لم يكن فان قيل اذا كان قد سمى به وان كان للسخاء والصفاء فينبغى فى حالة الغضب أن يحمل على النفى لكن جواب المسئلة مطلق فالجواب أنه لما لم يعهد استعماله لذلك القصد يمكن أن يجعل المراد به فى حالة الغضب التهكم به عليه كما قلنا فى قوله لست

قوله (هو عمرو بن عامر) أقول هو من ملوك غسان

ليلى اذا قال لعربى يا نبطى أو قال لست من بنى فلان لقبيلته التى هو منها فعليه الحد لانه نسبه الى غير أبيه قلنا يراد به النسبة الى الجهل والمكنة لا النفى عن الاب عادة كمن قال لمصرى يا رستاقى أو يا قروى فانه لم يجب عليه شئ كذا هنا وعن ابن عباس رضى الله عنه أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطى فقال لا حد عليه وماء السماء هو لقب عامر بن حارثة الازدى كان يلقب بماء السماء لانه وقت القحط كان يقيم ماله مقام القطر أى عطاء وجودا وأم المنذر بن امرئ القيس فكانت تسمى ماء السماء لجمالها وحسنها وقيل لولدها بنو ماء

وقوله (واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب فان اسمعيل واسحق ابنا ابراهيم ويعقوب ابن اسحق فكان استغيل عماله فادخلوه تحت الآباء فدل على أن العم يسمى أبا قال (ومن قال لغيره زنات فى الجبل) بالهمز (وقال عنيت صعودا الجبل حد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة) واستشهد المصنف لذلك بقول الشاعر * وارق الى الخيرات زنا فى الجبل * قال (وذكر الجبل يقرره) أى يقرر الصعود (مرادا) تاكيد لكون المهموز (١٠٠) للصعود حقيقة وقوله (ولهما انه يستعمل الخ) واضح وقيل كلامه يشير الى أن المهموز مشترك بين الفاحشة والصعود وحالة الغضب والسباب تعين أحد المحتملين عندهما وعند محمد انه حقيقة فى الصعود مجاز فى الفاحشة وحينئذ يترجح قوله لان اللفظ اذا دار بين كونه مشتركا وحقيقة ومجازا فالثانى يترجح على الاول لعدم اخلاله بالفهم ولان الباب باب الحد فيحتال للدرء

التشبيه فى الجود والسماحة والصفاء لان ماء السماء لقب به لصفائه وسخائه (وان نسبه الى عمه أو خاله أو الى زوج أمه فليس بقاذف) لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا أما الاول فلقوله تعالى (نعبد الهك واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله والثانى لقوله عليه السلام الخال أب والثالث للتربية (ومن قال لغيره زنات فى الجبل وقال عنيت صعودا الجبل حد وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد) لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنا فى الجبل * وذكر الجبل يقرره مرادا ولهما انه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا لان من العرب من يهمز الملين كما يلين المهموز

بعربى لما لم يستعمل فى النفى يحمل فى حالة الغضب على سبه بنفى الشجاعة والسخاء عنه ليس غير (قوله وان نسبه لعمه أو خاله أو زوج أمه فليس بقاذف لان كل واحد من هؤلاء يسمى أبا فالاول) وهو تسمية العم أبا (لقوله تعالى واله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق واسمعيل كان عماله) أى ليعقوب عليهم الصلاة والسلام (والثانى لقوله عليه الصلاة والسلام الخال أب) قالوا هو غريب غير أن فى كتاب الفردوس لابى شجاع الديلمى عن عبد الله بن عمر مرفوعا الخال والد من لا والد له (والثالث للتربية) وقيل فى قوله تعالى ان ابنى من أهلى انه كان ابن امرأته (ومن قال لغيره زنات فى الجبل وقال عنيت صعدت الجبل) والحالة حالة الغضب وسيظهر أن هذا القيد مراد لا يصدق (ويحد عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يحد لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارق الى الخيرات زنا فى الجبل * (والزنا وان كان بهمز فيقال زنأ على ما سلف لكن ذكر الجبل يقرر الصعود مرادا وقوله قالت امرأة من العرب هو على ما قال ابن السكيت قالت امرأة من العرب ترقص ابنا لها

أشبه أبا أمك أو أشبه عملا * تريد عملى ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح فى مضجعه قد انجدل * وارق الى الخيرات زنا فى الجبل

وأما على قول شارح اصلاح المنطق فقال انما هى لرجل رأى ابنا له ترقصه أمه فاخذه من يدها وقال أشبه أبا أمك الابيات وهذا الرجل قيس بن عاصم المنقرى أى كن مثل أبى أمك أو مثل عملى فحذف المضاف اليه والمراد كن مثل أبى أمك أو مثلى وكان أبو أمه شريفا سيدا وهو زيد الفوارس بن ضرار الضبى وأمه منفوسة بنت زيد الفوارس قال فاخذته أمه بعد ذلك فجعلت ترقصه وتقول

أشبه أخى أو أشبهن أبا كا * أما أبى فلن تنال ذا كا
تقصر عن مثله يدا كا * والله بالنعمة قد والا كا

والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام مفتوحة الثقيل والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج اليه وذكر فى النهاية قوله أو أشبه عجل بالجيم وقال هو اسم رجل هو أبو حى من العرب وهو جعل بن سعد والوكل العيال على غيره (ولهما أنه يستعمل فى الفاحشة مهموزا أيضا) على ما أسلفنا (لان من العرب من يهمز الملين) أى اللين فى غير التقاء الساكنين كقول الحجاج * وخندف هامة هذا العالم * ومنه قوله

* صبرا نقد هيجت شوق المشتئق * لانه اسم فاعل وزال المانع من الكسر بالهمز وأما نحو قطع الله أديه

السماء وهم ملوك العراق (قوله وذكر الجبل يقرره مرادا) لانه قرينة الصعود ولهذا لو قال زنات فى الجبل لا يحد وحرف فى لا ينافى الصعود كما فى قول الشاعر * وارق الى الخيرات زنا فى الجبل * وكما فى

(قوله وأدخلوه تحت الآباء) أقول أى بنو يعقوب قال المصنف (وارق الى الخيرات زنا فى الجبل) أقول أوله

أشبه أبا أمك أو أشبه عملا * ولا تكونن كهلوف وكل * يصبح فى مضجعه قد انجدل
وارق الى الخيرات زنا فى الجبل

الهلوف الثقيل الجافى الذى لا خير فيه والوكل الذى يتكل على غيره فيما يحتاج اليه والمنجدل الممتد على الارض يريد انه لا يستيقظ حتى يصبح قال المصنف (وذكر الجبل يقرره مرادا) أقول قال الاتقانى لا نسلم لان الزنا الذى هو الفاحشة قد يقع فى الجبل أيضا اه وهذا هو مرادهما (قوله وارق الى الخيرات) أقول أى بادر الى فعل الخيرات وحالة لترتفع بها وتذكر كما يرقى المرتقى فى الجبل (قوله زنأ) أقول أى صعودا (قوله تاكيد لكون المهموز الخ) أقول حيث قال يقرر دون يعين (قوله وحينئذ يترجح قوله) أقول يعنى يترجح قول محمد رحمه الله (قوله فالثانى يترجح على الاول) أقول نعم اذا لم يقم دليل على الاول وهنا الدليل موجود وهو قوله لان من العرب الخ فتامل

وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقوله (للمعنى الذى ذكرنا) اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله ومن قال لآخر يازانى) ظاهر واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى بان المراد بالاول هو قوله يازانى ومائمة خبر أصلا والجواب ان المراد بالخبر الجزء وحينئذ يستقيم

الكلام لان الخبر جزء أخص فيجوز ان يستعار للاعم (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت) على ماذكره فى الكتاب ظاهر (قوله لان المحدود فى القذف ليس باهل للعان) دليله ان أهلية اللعان تعتمد أهلية الشهادة واقامة حد القذف تبطل أهلية شهادة المحدود فى القذف وقوله (ولا ابطال فى عكسه أصلا) يعنى لو قدمنا اللعان لا يبطل حد القذف عن المرأة لان احصان الرجل لا يبطل بجريان اللعان بينهما غاية مافى الباب أن اللعان فى حق الرجل قائم مقام حد القذف ولكن لا يخرج به عن ان يكون عفيفا عن فعل

وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا بمنزلة ما اذا قال يازانى أو قال زنات وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد لما قلنا وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه (ومن قال لآخر يازانى فقال لا بل أنت فانهما يحدان) لان معناه لا بل أنت زان اذ هى كلمة عطف يستدرك بها الغلط فيصير الخبر المذكور فى الاول مذكورا فى الثانى (ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة ولا لعان) لانهما قاذفان وقذفه يوجب اللعان وقذفها الحد وفى البداءة

أى يديه فالتمثيل به بناء على أن المراد بحرف اللين أو الملين حرف العلة لكن الاصطلاح على أنه حرف العلة بقيد السكون وقد يهمزون فى الالتقاء على حده وان كان على خلاف الجادة يقال دأبة وشأبة وقرى ولا الضالين شاذا وان كان بحيث يقال بمعنى الفاحشة وبمعنى الصعود فحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا وهذا ماذكرنا من أنه سيظهر ارادة قيد الغضب فى جواب المسئلة فكان كما لو قال يازانى أو زنات فانه يحد اتفاقا وقوله (وذكر الجبل يعين الصعود مرادا) قلنا انما يعين ذلك اذا كان مقرونا بكلمة على فيقال زنات على الجبل ولا يخفى انه مما يمنع بل يقال زنات فى الجبل بمعنى صعدت ذكره فى الجمهرة وغيرها والبيت المذكور معلوم أن المراد فيه ليس الا الصعود وهو بلغظة فى بل الجواب منع أن ذكر الجبل يعين الصعود فان الفاحشة قد تقع فى الجبل أى فى بعض بطونه وعلى الجبل أى فوقه كما قد تقع على سطح الدار ونحوه فلم يكن ذكره قرينة مانعة من ارادة الفاحشة فبقى الاحتمال بحاله وترجح ارادة الفاحشة بقرينة حال السباب والمخاصمة (ولو قال زنات على الجبل) والباقى بحاله أى فى حال الغضب (قيل لا يحد لما قلنا) آنفا ان ذكر لفظة على تعين كون المراد الصعود (وقيل يحد) للمعنى الذى ذكرناه وهو حالة الغضب والسباب وهو الاوجه وقد عرف من تقييد جواب المسئلة بحالة الغضب أن فى حالة الرضا لا يجب الحد اذ لا يجب بالشك بل لا داعى فالظاهر عدم ارادة السب (قوله ومن قال لآخر يازانى فقال له الآخر لا بل أنت فانهما يحدان) اذ طالب كل منهما الآخر لانهما قاذفان واذا طالب كل الآخر وأثبت ما طالب به عند الحاكم لزمه حينئذ حق الله تعالى وهو الحد فلا يتمكن واحد منهما من اسقاطه فيحد كل منهما بخلاف ما لو قال له مثلا يا خبيث فقال له بل أنت تكافآ ولا يعزر كل منهما للآخر لان التعزير لحق الآدمى وقد وجب له عليه مثل ما وجب للآخر فتساقطا أما كون الاول قاذفا فظاهر وأما الثانى فلان معناه لا بل أنت زان ولذا لو كان المجيب عبدا حد هو خاصة لانه قاذف بقوله بل أنت والحر وان كان قاذفا أيضا لكن لا يحد بقذف العبد قال المصنف (اذ هى) يعنى بل (كلمة عطف يستدرك بها الغلط) يعنى فى التراكيب الاستعمالية (فيصير الخبر المذكور فى الاول) أى فى التركيب الاول اذا كان خبريا (مذكورا فى الثانى) فاذا قال زيد قام أو قام زيد لا بل عمرو فقد وضع عمرا فى التركيب الاول موضع زيد فيصير ذلك الخبر وهو الفعل المتأخر أو المتقدم خبرا عنه ولم يرد بالاول لفظ يازانى بل هو اعطاء النظير معنى أى هى كما ذكرنا واذا كانت كذلك فيصير واصفا للمتكلم الاول بما وصفه به وأخبر عنه به معنى لان يازانى فى معنى أدعوك وأنت زان (قوله ومن قال لامرأته يازانية فقالت لا بل أنت حدت المرأة خاصة) اذا ترافعا (ولا لعان لانهما قاذفان وقذف الرجل زوجته يوجب اللعان وقذفها اياه يوجب الحد عليها) والاصل ان الحدين اذا اجتمعا وفى

قال المصنف (ولو قال زنات على الجبل قيل لا يحد لما قلنا) أقول من انه يتعين الصعود بالارادة اذا كان مقرونا بكلمة على قال الامام السرخسى فى مبسوطه وكذلك اذا قال زنات على الجبل يلزمه الحد وكذلك اذا قال زنات فى الجبل الا أن محمدا يقول أهل اللغة اذا استعملوا الكلمة بمعنى الصعود يصلون به حرف فى لا حرف على اه فيه تامل قال المصنف (وقيل يحد للمعنى الذى ذكرناه) أقول فهذا القائل لا يسلم تعين الصعود حين المقارنة

قوله تعالى فكانما يصعد فى السماء وحقيقة ما نوى ان لم يثبت بورث الشبهة (قوله وذكر الجبل انما يعين الصعود مرادا اذا كان مقرونا بكلمة على) فان قيل فى تجىء بمعنى على قال الله تعالى ولاصلبنكم فى جذوع

بكلمه على الا فى حالة غير السباب فليتامل (قوله واعترض على قوله فيصير الخبر المذكور الى قوله ومائمة خبرا أصلا) أقول الاعتراض للاتقانى الا أنه يجوز أن يقال قوله يازانى يتضمن معنى قوله أنت زان فمراده بالخبر المذكور فى الاول هو الخبر المذكور ضمنا بل نقول ليس مراد القائل حقيقة النداء بل الحكم عليه بانه زان فهو مستعمل فيه بقرينة الحال فلا اشكال (قوله غاية مافى الباب ان اللعان الخ) أقول كما مر فى

الزنا فيجب حد القذف على المرأة احتيالا للدرء اللعان الذى هو بمعنى الحد وقوله (ولو قالت زنيت بك) يعنى فى جواب قوله لها يازانية وقوله (وانعدامه) أى انعدام التصديق من الزوج وقوله (ويحتمل انها أرادت زنای ما كان معك بعد النكاح) اعترض عليه بان الوطء بعد النكاح لا يسمى زنا فلا يصلح محملا وأجيب بان الزنا يطلق على ذلك بطريق المشاكلة كما فى قوله تعالى بل يداه مبسوطتان حملها على ذلك التركيب فرط غيظها باطلاق تلك الكلمة وعلى هذا الاعتبار لا تكون مصدقة لزوجها فيجب اللعان على الزوج ولا يجب الحد على المرأة ففى حال لا يجب الحد عليها ويجب اللعان على الزوج وفى حال يجب الحد عليها ولا يجب اللعان فوقع الشك وجاء ما قلنا انه لا حد ولا لعان قوله (لانه) أى اللعان (حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف) لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

باب اللعان قال المصنف (وهو المراد فى مثل هذه الحالة) أقول أى يجوز ارادته وانما قال لدفع ما عسى يقال انه لا محال لتلك الارادة لان ما كان معه بعد النكاح وطء حلال ليس زنا

بالحد ابطال اللعان لان المحدود فى القذف ليس باهل له ولا ابطال فى عكسه أصلا فيحتال للدرء اذا اللعان فى معنى الحد (ولو قالت زنيت بك فلا حد ولا لعان) معناه قالت بعد ما قال لها يازانية لوقوع الشك فى كل واحد منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح فيجب الحد دون اللعان لتصديقها اياه وانعدامه منه ويحتمل أنها أرادت زنای ما كان معك بعد النكاح لانى ما مكنت أحدا غيرك وهو المراد فى مثل هذه الحالة وعلى هذا الاعتبار يجب اللعان دون الحد على المرأة لوجود القذف منه وعدمه منها لفاء ما قلنا (ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن) لان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا فيلاعن (وان نفاه ثم أقر به حد) لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان لانه حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب والاصل فيه حد القذف

تقديم أحدهما اسقاط الآخر وجب تقديمه احتيالا للدرء واللعان قائم مقام الحد فهو فى معناه وبتقديم حد المرأة يبطل اللعان لانها تصير محدودة فى قذف واللعان لا يجرى بين المحدودة فى القذف وبين زوجها لانه شهادة ولا شهادة للمحدود فى القذف وبتقديم اللعان لا يسقط حد القذف عنها لان حد القذف يجرى على الملاعنة ولهذا لو قال لها يازانية بنت الزانية فخاصمته الام فحد سقط اللعان لانه شهادة فلو خاصمت المرأة أولا لاعن القاضى بينهما فاذا خاصمت الام بعده حد للقذف فقدمنا الحد درأ للعان الذى هو فى معناه (ولو) كانت (قالت) فى جواب قوله يازانية (زنيت بك فلا حد ولا لعان لوقوع الشك فى كل منهما لانه يحتمل انها أرادت الزنا قبل النكاح) فتكون قد صدقت فى نسبتها الى الزنا فيسقط اللعان وقذفته حيث نسبته الى الزنا ولم يصدقها عليه وهذا معنى قوله (وانعدامه منه) أى انعدام التصديق منه فيجب الحد دون اللعان (ويحتمل انها أرادت زنای ما كان من تمكينى اياك بعد النكاح) وهذا كلام يجرى بين الزوجين فى العادة مجرى المشاكلة مثل قوله وجزاء سيئة سيئة مثلها فان فعلها معه بعد الزوجية ليس زنا كما ان الجزاء ليس سيئة ولكن أطلق عليه اسم المشاكلة حين ذكر معه وعلى هذا لا حد عليها لانها لم تقذفه ويجب اللعان لانه قذف زوجته فعلى تقدير يجب الحد دون اللعان وعلى تقدير يجب اللعان دون الحد والحكم بتعين أحد التقديرين بعينه متعذر فوقع الشك فى كل من وجوب اللعان والحد فلا يجب واحد منهما بالشك وهذا معنى قوله (فجاء ما قلنا) أى من أنه لا حد ولا لعان ولولا أن مثل قولها معلوم الوقوع من المرأة على كل من القصدين عند ابتدائه اياها بالاغاظة لوجب حدها البتة عينا بقذفها اياه اذ النسبة الى الزنا تنصرف الى الحقيقة ومذهب الشافعى فى مسئلة الكتاب أن تحلف الزوجة انها لم ترد الاقرار بالزنا ولم ترد قذفه ويكتفى بيمين واحدة فى وجه وعلى الزوج الحد دونها لان هذا منها ليس اقرارا صحيحا بالزنا وبقولنا قال أحمد ولو ابتدأت الزوجة فقالت لزوجها زنيت بك ثم قذفها الزوج لا حد عليه ولا لعان وهذا ظاهر (قوله ومن أقر بولد ثم نفاه فانه يلاعن فان النسب لزمه باقراره وبالنفى بعده صار قاذفا لزوجته فيلاعن) وان نفاه أولا ثم أقر به قبل اللعان يحد لانه لما أكذب نفسه بطل اللعان الذى كان وجب بنفيه للولد (لان اللعان حد ضرورى صير اليه ضرورة التكاذب) بين الزوجين فى زنا الزوجة (والاصل فيه) أى فى اللعان ما هو الا (حد القذف) لانه قذفها

النخل أى عليها قلنا الحق انها على حقيقتها لتمكن المصلوب فى الجذع تمكن الكائن فى الظرف فيه فان قيل الكلام فيما اذا ادعى ارادة الصعود وبالارادة تترك حقيقة الكلام الى ما يحتمله ولا خفاء فى الاحتمال قلنا لما ثبت أن ظاهره للفاحشة كان قذفا حقيقة ودعوى المجاز غير مسموع منه كما لو قال زنيت وقال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنات على الجبل قيل لا يجب لما قلنا اشارة الى قوله اذا كان مقرونا بكلمة على وقيل يجب للمعنى الذى ذكرنا اشارة الى قوله وحالة الغضب والسباب تعين الفاحشة مرادا (قوله زنای ما كان معك بعد النكاح) أطلق لفظ الزنا على الوطء الحلال على طريق المشاكلة كما فى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لا على تحقيق الزنا فعلى هذا لا تكون مصدقة لزوجها فعلى هذا الاعتبار يجب اللعان (قوله فجاء ما قلنا)

(واذا بطل التكاذب) باكذاب الرجل نفسه (يصار الى الاصل والولد ولده فى الوجهين) أى فى الوجه الذى أقر ثم نفى وعكسه قوله (لاقراره به سابقا أولاحقا) أى لاقرار الزوج بالولد سابقا على النفى فيما اذا أقر ثم نفى أولاحقا فيما اذا انفاه ثم أقر به وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب) جواب عما يقال ان سبب اللعان هنا هو نفى الولد فلما لم ينتف الولد وجب ان لا يجرى بينهما اللعان لان بطلان المتضمن

فاذا بطل التكاذب يصار الى الاصل وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان (والولد ولده) فى الوجهين لاقراره به سابقا أولاحقا واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد (وان قال ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان) لانه أنكر الولادة وبه لا يصير قاذفا (ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى أو قذفها بعد موت الولد فلا حد عليه) لقيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له فغاثت العفة نظرا اليها وهى شرط الاحصان

(فاذا بطل) الخلف ببطلان (التكاذب صير الى الاصل) فيحد الرجل وقوله (وفيه خلاف ذكرناه فى اللعان) الذى ذكره فى اللعان انه اذا أكذب نفسه بعد اللعان بنفى الولد وتفريق القاضى حده القاضى وحل له ان يتزوجها وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تحريم مؤبد وقوله (والولد ولده فى الوجهين) أى ما اذا أقر بالولد ثم نفاه وما اذا نفاه أولا ثم أقر به (لاقراره به سابقا) فيثبت ولا ينتفى بما بعده (أولاحقا) فى الثانية فيثبت به بعد النفى وقوله (واللعان يصح بدون قطع النسب الخ) جواب سؤال هو أن يقال ان سبب اللعان ليس الا نفى الولد فان لم ينتف كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان بنفى الولد قطع النسب ألا ترى أنه لو نفاه بعد ان تطاولت المدة بعد الولادة فانه يلاعن ولا يقطع النسب (كما يصح بلا ولد) أصلا بان قذفها بالزنا ولا ولد فانه يلاعن ولا ولد هناك يقطع نسبه وأما أنه لو نفى نسب ولد امرأته الايسة فانه ينتفى النسب فيثبت انفكاك اللعان عن قطع النسب من الجانبين فصحيح لكن لا دخل له فى الجواب (قوله وان قال) أى الزوج الذى جاءت زوجته بولد (ليس بابنى ولا بابنك فلا حد ولا لعان لانه) اذا أنكر انه ابنها (أنكر الولادة) فكان نفى كونه ابنه لنفى ولادتها اياه وبنفى ولادتها لا يصير قاذفا لانه انكار للزنا منها (قوله ومن قذف امرأة ومعها أولاد لم يعرف لهم أب أو قذف الملاعنة بولد والولد حى) وقت القذف أو ميت (فلا حد عليه) أما لو قذف ولد الملاعنة نفسه أو ولد الزنا فانه يحد ولو أنه بعد اللعان ادعى الولد فحد أولم يحد حتى مات فثبت نسب الولد منه فقذفها بعد ذلك قاذف غيره أو هو قبل موته حد ولا يحد الذى قذفها قبل تكذيب نفسه وكذا لو قامت البينة على الزوج أنه ادعاه وهو ينكر يثبت النسب منه ويحد ومن قذفها بعد ذلك يحد لانها خرجت عن صورة الزوانى ولو قذفها الزوج فرافعته وأقامت بينة أنه أكذب نفسه حد لان الثابت بالبينة كالثابت باقرار الخصم أو بمعاينته وجه عدم الحد فى ذات الاولاد قيام أمارة الزنا منها وهى ولادة ولد لا أب له فغاثت العفة نظرا اليها أى الى الامارة (وهى) أى العفة (شرط) واعلم انه ان صح ما رواه الامام أحمد وأبو داود فى حديث هلال بن أمية من قوله وقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لا يدعى ولدها لاب ولا يرمى ولدها ومن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد وكذا ما رواه أحمد أيضا من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ولد الملاعنين انه يرث أمه وترثه أمه ومن رماها به جلد

يقتضى بطلان المتضمن ووجهه ان قطع النسب ليس من ضرورة اللعان فاعتبر كل واحد منهما أى من نسبته الى الزنا ومن نفى الولد منفصلا عن الآخر فصار كانه نسبها الى الزنا من غير نفى الولد بان قال يا زانية وفيه اللعان فكذا ههنا ألا ترى أنه اذا تطاولت مدة ولادة منكوحته على حسب ما اختلفوا فيه ثم قال ليس بابنى فانه يلاعن مع ان سبب اللعان نفى الولد ولم ينتف الولد لانه صار بمنزلة قوله أنت زانية قوله (وان قال ليس بابنى ولا بابنك) ظاهر وقوله (أو قذف الملاعنة بولد) بفتح العين كذا نقله صاحب النهاية بخط شيخه ويجوز أن يكون بكسر العين ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى وقوله (بولد) يتصل بالملاعنة وقوله (فغاثت العفة نظرا اليها) أى الى امارة الزنا (وهو) أى العفة وذكره نظرا الى قوله شرط ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف على القاذف وهى فائتة فلا يجب الحد

أى وقوع الشك فى الحد واللعان فبطلا (قوله واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) جواب لقائل لما وجب اللعان ينبغى أن يقطع النسب أى ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما ألا ترى أنه اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولده من امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان (قوله فغاثت العفة نظرا اليها) أى ولادة ولد لا أب له ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد لانعدام أمارة الزنا فان قيل اللعان فى جانبها قائم

قال المصنف (واللعان يصح بدون قطع النسب كما يصح بدون الولد) أقول فى الكافى وينتفى النسب بدون اللعان كما لو نفى نسب امرأته الامة ينتفى النسب ولا يجرى اللعان اهفانفك اللعان عن قطع النسب وجودا وعدما (قوله على حسب ما اختلفوا فيه) أقول كما مر فى باب اللعان (قوله ومعناه التى لاعنت بولد كذا فى الكافى) أقول يعنى فى الكافى للنسفى (قوله ومعناه العفة شرط وجوب حد القذف الخ) أقول لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية

وقوله (ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد) ظاهره فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فقد وجد امارة الزنا منها فينبغى أن يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا قلنا بلى لكنه قائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف قال صاحب النهاية وو جدت بخط شيخى فى جواب هذه الشبهة قلنا نعم ان اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا لكن بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فكانت هى محصنة بالنسبة الى غير الزوج فيجب الحد على قاذفها قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه)

اعلم ان الوطء الحرام بالقسمة الاولية على نوعين أحدهما حرام لعينه والآخر لغيره والاول منشأ حرمته شيآن حصوله فى غير الملك من كل وجه كوطء الاجنبية أو من وجه كوطء الجارية المشتركة بينه وبين غيره وحصوله فى امرأة هى حرام على الواطئ حرمة مؤبدة كوطء أمته وهى أخته من الرضاع وما سوى ذلك فهو من النوع الثانى كوطء أمته المجوسية ووطء أمته الاختين والقاذف فى النوع الاول بوجهيه لا يحد حد القذف لفوات العفة وهو شرط الاحصان ولان القاذف صادق

(ولو قذف امرأة لاعنت بغير ولد فعليه الحد) لانعدام أمارة الزنا قال (ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه) لفوات العفة وهى شرط الاحصان ولان القاذف صادق

(قوله فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا) أقول كما سبق فى باب اللعان وأجاب الاتقانى عن هذا السؤال بان معنى قولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها أن الزنا لو ثبت منها لحدت ولكن لما لم يثبت لم تحد المرأة حد الزنا ولم يحد الرجل حد القذف فاجرى اللعان بينهما فقام ذلك مقام حد الزنا فى حقها ومقام حد القذف فى حقه بآية اللعان من هذا الوجه حيث لم يحد أحد منهما وليس معناه ان اللعان كاجراء الحد ألا يرى ان التفريق بينهما انما وقع باعتبار انها محصنة لانها لو لم تعتبر محصنة لم يجر اللعان بينهما أصلا فاذن أكد اللعان احصانها فمحال أن يسقط الاحصان بما بنا كد به اه فليتامل (قوله قلنا بلى لكنه الى قوله فتعارض الوجهان فتساقطا الخ) أقول واعترض عليه الاتقانى بانها اذا كانت محصنة من وجه غير محصنة من وجه فجهة كونها غير محصنة تكون شبهة فى اسقاط الحد عن قاذفها لان الشبهة مسقطة للحد لا موجبة فينبغى على هذا ان لا يجب الحد على القاذف اه وقدم من الشارح فى باب الشهادة على الزنا ما يقارب هذا فتذكر

ثمانين أشكل على المذهب والائمة الثلاثة جعلوا قذف الملاعنة بولد كقذف الملاعنة بلا ولد (ولو قذف امرأة لاعنت) بغير ولد فعليه الحد لعدم ثبوت الزنا وثبوت امارته فان قيل اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فكانت كالمحدودة بالزنا فلا يحد قاذفها أجيب بانه قائم مقام حد الزنا بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره فهى محصنة فى حق غيره ألا ترى ان اللعان فى حقه قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا الى غيرها حتى قبلنا شهادته ولا يعلم خلاف فى ذلك الا أن للشافعية فى وجه انه اذا قذفها أجنبى بذلك الزنا الذى لاعنت به لا يحد واعترض بان مقتضاه أن لا يحد الزوج لو قذفها بعد اللعان لكن المنصوص فى الاصل انه يحد بل الحق انهما لم يسقط احصانها بوجه وقولهم اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها انما يقتضى ان لا يحد قاذفها لو كان معناه انه وجب عليها الحد وجعل اللعان بدله وليس كذلك لانه لا يجب الحد بمجرد دعوى الزنا عليها مع العجز عن اثباته ليسقط احصانها وانما هو ليشتفى الصادق منهما حيث يتضاعف به على الكاذب عذابه بان يضاف الى عذاب الزنا عذاب الشهادات المؤكدة بالايمان الغموسة أو يضاف ذلك الى عذاب الافتراء والقذف بخلاف ما اذا كان بنفى الولد لان امارة الزنا قائمة فاوجبت ذلك وقد أزل قولهم بما لا يشرح صدرا ولا يرفع اصرا فالحق ان كونه قائما مقام حد القذف فى حقه ظاهر غير محتاج الى تاويل وأما الجانب الآخر ففيه تساهل لا يرتفع وو رود السؤال انما هو بناء على انه كلام حقيقى على ظاهره وليس كذلك فلا ورود له (قوله ومن وطئ وطأ حراما فى غير ملكه لم يحد قاذفه لفوات العفة وهى شرط الاحصان) شبهه بالشرط لما لم يكن بحيث يحصل عنده الاحصان بل هو مجموع أمور العفة أحدها فهو جزء مفهوم الاحصان بالحقيقة (ولان القاذف صادق) لان الوطء فى غير الملك زنا كذا قيل وهو قاصر على ما اذا قذفه بذلك الزنا بعينه أو أبهم أما اذا قذفه بغيره فانه لا يعلم صدقه فيه فيحد والحكم ليس كذلك بل المنصوص ان من قذف زانيا لاحد عليه سواء قذفه بذلك الزنا بعينه أو بزنا آخر أو أبهم نص عليه فى أصل المبسوط خلافا لابراهيم وابن أبى ليلى و جه قولنا ان النص انما

مقام حد الزنا فكانت محدودة فى الزنا فوجب أن لا يحد قاذفها قلنا اللعان فى جانبها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره ألا ترى أن اللعان قائم مقام حد القذف فى حقه بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها حتى قلنا بشهادته أو نقول اللعان قائم مقام حد الزنا فى حقها فقد وجد أمارة الزنا منها فينبغى أن يسقط الحد عن القاذف نظرا الى هذا وقائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فبالنظر الى هذا الوجه تكون المرأة محصنة فتعارض الوجهان فتساقطا فبقى القذف سالما عن المعارض فوجب الحد على القاذف (قوله ومن وطئ وطأ حراما نحو ان تزوج امرأة نكاحا فاسدا متفقا على فساده فوطئها وهو يعلم بذلك أو لا يعلم أو وطئ جارية مشتركة أو وطئ جارية ثم استحقت منه وهو لا يعلم أنها للغير البائع أو وطئ بنكاح ثم علم أن المرأة ممن لا يحل له نكاحها (قوله فى غير ملكه) أى من وجه أو من كل وجه احتر زبه عما اذا أتى أمة وهى مجوسية

والاصل فيه أن من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره بحد لانه ليس بزنا فالوطء فى غير الملك من كل وجه أو من وجه حرام لعينه وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة فان كانت الحرمة مؤقتة فالحرمة لغيره وأبو حنيفة يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع أو بالحديث المشهور لتكون ثابتة من غير تردد (وبيانه ان من قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين آخر فلا حد عليه) لانعدام الملك من وجه

أوجبا الحد على من رمى المحصنات وفى معناه المحصنين وبالزنا لا يبقى الاحصان فرميه رمى غير المحصن ولا دليل يوجب الحد فيه نعم هو محرم وأذى بعد التوبة فيعزر (والاصل) فيما يعرف به الوطء المحرم الذى يسقط الاحصان والوطء المحرم الذى لا يسقطه (ان من وطئ وطأ حراما لعينه لا يجب الحد بقذفه) على قاذفه (لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه) فاذا وقع فيه كان زانيا فيصدق قاذفه فلا يكون فريه وهو الموجب للحد (وان كان) وطئ وطأ (محرما لغيره يحد) قاذفه لانه وان كان محرما ليس بزنا اذا عرف هذا فالمحرم (لعينه هو الوطء فى غير الملك من كل وجه) كوطء الحرة الاجنبية والمكرهة أعنى ان الموطوءة اذا كانت مكرهة يسقط احصانها فلا يحد قاذفها فان الاكراه يسقط الاثم ولا يخرج الفعل به من أن يكون زنا فلذا يسقط احصانها كما يسقط احصان المكره الواطئ ذكره فى المبسوط وأمة غيره (أو من وجه) كالامة المشتركة بين الواطئ وغيره وكذا الوطء فى الملك والحرمة مؤبدة كوطء أمته التى هى أخته من الرضاع ولو كانت الحرمة مؤقتة كالامة المزوجة والامة المجوسية ووطء أمتيه الاختين أو الزوجة فى حالة الحيض أو النفاس فالحرمة لغيره (وأبو حنيفة يشترط) فى ثبوت حد القاذف للواطئ فى الحرمة المؤبدة (كون تلك الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة أبيه بالنكاح أو بملك اليمين فلو تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لا يحد قاذفه وكذا اذا تزوج امرأتين لا يحل له الجمع بينهما فى عقدة أو جمع بين أختين وطأ بملك يمين أو نكاح أو بين امرأة وعمتها أو خالتها أو تزوج أمة على حرة أو جمعهما فى العقد فوطئ الامة فلا حد على قاذفه بخلاف ما لو نظر الى داخل فرج امرأة أو مسها بشهوة بحيث انتشر معه ذكره ثم تزوج بنتها أو أمها أو اشتراها فوطئها حد قاذفه عند أبى حنيفة وهو قول الائمة الثلاثة ولا يحد عندهما لتابيد الحرمة ولا اعتبار للاختلاف كما لو اشترى مزنية أبيه فوطئها فيسقط احصانه وحرمة المصاهرة بالزنا مختلف فيها بين العلماء وأبو حنيفة انما يعتبر الخلاف عند عدم النص على الحرمة بان ثبتت بقياس أو احتياط كثبوتها بالنظر الى الفرج والمس بشهوة لان ثبوتها لاقامة السبب مقام المسبب احتياطا فهى حرمة ضعيفة لا ينتفى بها الاحصان الثابت بيقين بخلاف الحرمة الثابتة بزنا الاب فانها ثابتة بظاهر قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فلا يعتبر الخلاف فيها مع وجود النص وكذا وطء الاب جارية ابنه مسقط للاحصان وقوله (أو بالحديث المشهور) مثاله حرمة وطء المنكوحة للاب بلا شهود على الابن بناء على ادعاء شهرة حديث لا نكاح الا بشهود ولذا لم يعرف فيه خلاف بين الصحابة وحرمة وطء أمته التى هى خالته من الرضاع أو عمته لقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب (قوله بيانه) شروع فى تفريع فروع أخرى على الاصل (اذا قذف رجلا وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره لا حد عليه لانعدام الملك من وجه) فالقاذف صادق من وجه فيندرئ

أو امرأته وهى حائض أو مكاتبة له فلا يسقط احصانه لان الوطء وان كان حراما الا أنه فى ملكه (قوله فالوطء فى غير الملك من وجه) كوطء الجارية المشتركة أو من كل وجه كوطء الاجنبية وانما تساويا فى حق سقوط الاحصان لان حد القذف عقوبة يسقط بالشبهة فيصير الزنا من وجه شبهة مانعة وجوبه كما يصير عدم الزنا من وجه شبهة مانعة وجوب حد الزنا (قوله والحرمة مؤبدة) كامته التى هى أخته رضاعا (قوله وأبو حنيفة رحمه الله يشترط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة الاب بملك النكاح أو بملك اليمين ثم اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه أو بالحديث المشهور كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فان حرمتها ثابتة

لان الزنا هو الوطء الحرام لعينه (وأبو حنيفة شرط أن تكون الحرمة المؤبدة ثابتة بالاجماع) كموطوءة الاب بعد ملك النكاح أو ملك اليمين اذا اشتراها ابنه فوطئها لا يحد قاذفه (أو بالحديث المشهور) كحرمة وطء المنكوحة بلا شهود فانها ثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بالشهود وهو مشهور وفى النوع الثانى يحد لان الحرمة فيه بعارض على وجه الزوال ألا ترى أن المجوسية اذا أسلمت أو أخرج احدى الاختين عن ملكه حل له الوطء فلم يكن زنا فيحد قاذفه

(وكذا اذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) لتحقق الزنا منها شرعا لانعدام الملك ولهذا وجب عليها الحد (ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية أو امرأته وهى حائض أو مكاتبته فعليه الحد) لان الحرمة مع قيام الملك وهى مؤقتة فكانت الحرمة لغيره فلم يكن زنا وعن أبى يوسف ان وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزمه العقر بالوطء ونحن نقول ملك الذات باق والحرمة لغيره اذهى مؤقتة (ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاعة لا يحد) لان الحرمة مؤبدة وهذا هو الصحيح (ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه) لتمكن الشبهة فى الحرية لامكان اختلاف الصحابة

وبقية كلامه ظاهر وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لا يسقط احصانه لان حرمة الفعل مع قيام الملك الذى هو المبيح لا يسقط احصانه كوطء امرأته الحائض أو المجوسية أو التى ظاهر منها أو المحرمة أو أمته التى زوجها وهى فى عدة من غيره لان ملك الحل قائم ببقاء سببه ووجه ظاهر الرواية أن بين الحل والحرمة تنافيا فى ضرورة ثبوت أحدهما ينتفى الآخر والحرمة المؤبدة ثابتة فينتفى الحل وقوله لان ملك الحل قائم ببقاء سببه قلنا السبب لا يوجب الحكم الا فى محل قابل له واذا لم يكن المحل قابلا للحل فى حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله فى معنى الزنا وقوله (لامكان اختلاف الصحابة) يعنى فى

الحد للشبهة المقارنة لثبوت الموجب بخلاف رجوعه فانه وان كان الرجوع يوجب شبهة فى الاقرار الاول لا يعمل ههنا فانه لما لم يقارنه بل وقع متأخرا والفرض ان بالاقرار تقرر حق آدمى لم تعمل الشبهة اللاحقة لان الشبهة اللاحقة بعد تقرر حق الآدمى لا ترفعه فلهذا لم يعتبر الرجوع عاملا فى اسقاط الحد (قوله وكذا اذا قذف امرأة زنت فى نصرانيتها) أو رجلا زنى فى نصرانيته فانه لا يحد والمراد قذفها بعد الاسلام بزنا كان فى نصرانيتها بان قال زنيت وأنت كافرة وكذا لو قال لمعتق زنى وهو عبد زنيت وأنت عبد لا يحد كما لو قال قذفتك بالزنا وأنت كتابية أو أمة فلا حد عليه لانه انما أقر انه قذفها فى حال لو علمنا منه صريح القذف لم يلزم حده لان الزنا يتحقق من الكافر ولذا يقام الجلد عليه حدا بخلاف الرجم على ما مر ولا يسقط الحد بالاسلام وكذا العبد ولا فرق بين من يحبث يقام عليه الحد أو لا حتى ان الكافر الحربى اذا زنى فى دار الحرب ثم أسلم فقذفه لا يحد لان الزنا تحقق منه وان لم يقم عليه الحد فيكون قاذفه صادقا وانما ارتفع بالاسلام الاثم دون حقيقة الزنا (ولو قذف رجلا أتى أمته وهى مجوسية) أو منزوجة أو المشتراة شراء فاسدا (أو امرأته وهى حائض) أو مظاهرا منها أو صائمة صوم فرض وهو عالم بصومها (أو مكاتبته فعليه الحد) لان الشراء الفاسد يوجب الملك بخلاف النكاح الفاسد لا يثبت فيه ملك فلذا يسقط احصانه بالوطء فيه فلا يحد قاذفه (لان الحرمة) فى كل من هذه التقادير (مؤقتة) مع قيام الملك فكانت فيها لغيره فلم يكن زنا لان الزنا ما كان بلا ملك قال تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فانهم غير ملومين (وعن أبى يوسف أن وطء المكاتبة يسقط الاحصان وهو قول زفر لان الملك زائل فى حق الوطء ولهذا يلزم السيد العقر) لها ولو بقى الملك شرعا من وجه لما لزمه وان حرم كوطء أمته المجوسية والحائض ونحن نقول ان قلتم ان ملك الذات انتفى من وجه كالمشتركة فممنوع وان عنيتم ان ملك الوطء انتفى سلمناه ولا يستلزم ثبوت الحد كالامة المجوسية فثبت ان الحرمة لغيره اذهى مؤقتة ووجوب العقر لا يدل على سقوط الاحصان كالراهن اذا وطئ أمته المرهونة وهى بكر يلزمه العقر ولا يسقط الاحصان ذكره فى المبسوط (ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع لا يحد لان الحرمة مؤبدة) وقوله (وهذا هو الصحيح) احتراز عن قول الكرخى فانه يقول بوطئها لا يسقط الاحصان وهو قول مالك وأحمد والشافعى رحمهم الله لقيام الملك فكان كوطء أمته المجوسية ووجه الصحيح أن الحرمة فى المجوسية ونحوها يمكن ارتفاعها فكانت مؤقتة أما حرمة الرضاع لا يمكن ارتفاعها فلم يكن المحل قابلا للحل أصلا فكيف يجعل لغيره (قوله ولو قذف مكاتبا مات وترك وفاء لا حد عليه لتمكن الشبهة) فى شرط الحكم وهو الاحصان لاختلاف الصحابة فى أنه مات حرا أو عبدا فاورث شبهة فى احصانه وبه يسقط الحد ولا يعلم فيه خلاف بين من يعتبر الحرية من الاحصان

بالحديث المشهور وهو قوله عليه السلام لا نكاح الا بشهود وهذا الحديث مشهور وذكره فى الفوائد الظهيرية لان التحريم المؤبد ينافى ملك المتعة وان لم ينافى ملك الرقبة فيصير الوطء واقعا فى غير الملك من وجه فيصير زنا من وجه (قوله والحرمة لغيره) وهو قيام حقها فى اليد (قوله اذهى مؤقتة) أى منقضية بفسخ الكتابة أو بالعجز (قوله ولو قذف رجلا وطئ أمته وهى أخته من الرضاعة لا يحد لان الحرمة مؤبدة) وهذا هو الصحيح وذكر الكرخى رحمه الله أنه لا يسقط به الاحصان لان الفعل حرم مع قيام الملك المبيح فصار كالامة المزوجة والصحيح هو الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة فى ضرورة ثبوت الحرمة مؤبدا انتفاء

(ولو

أنه مات حرا أو عبدا على ما يجيء في كتاب المكاتب ان شاء الله تعالى وقوله (وقدم في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك وقوله (فقذف مسلما حد) جواب ظاهر الرواية وعلى قول أبي حنيفة أولا لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى على ما ذكرنا فكان بمنزلة حد الزنا وجه ظاهر الرواية ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) رد بانه انما استفاد أهلية الشهادة على المسلمين فاما على أهل الذمة فقد كانت الاهلية موجودة وقد صارت مجروحة باقامة الحد عليه وأجيب بانه ليس كذلك بل

(ولو قذف مجوسيا تزوج بامه ثم أسلم يحد عند أبي حنيفة وقالا لا حد عليه) وهذا بناء على ان تزوج المجوسي بالمحارم له حكم الصحة فيما بينهم عنده خلافا لهما وقد مر في النكاح (واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد) لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما أن لا يؤذى وموجب اذاه الحد (واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) وقال الشافعي تقبل اذا تاب وهي تعرف في الشهادات (واذا حد الكافر في قذف لم تجز شهادته على أهل الذمة) لان له الشهادة على جنسه فترد تتمة لحده (فان أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين) لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد بخلاف العبد اذا حد حد القذف ثم أعتق حيث لا تقبل شهادته لانه لا شهادة له أصلا في حال الرق فكان

استفاد بالاسلام أهلية الشهادة على أهل الذمة تبعا لاهلية الشهادة على المسلمين وهذه غير ما كانت حين أقيم عليه الحد فان تلك كانت بطريق الاصالة على أهل الذمة وهذه بطريق التبعية للمسلمين فان أهلية الشهادة على الاشرف تقتضي أهليتها على الاخس ولقائل أن يقول سلمنا وجود المقتضي لكن المانع وهو الرد أو لا موجود وقوله (بخلاف العبد) جواب عما يقال العبد اذا قذف فضرب الحد ثم أعتق لا تقبل شهادته فكيف قبلت شهادة الكافر اذا أسلم وكلامه ظاهر واعترض بان المعقول هنا انعكاس حكمهما لانه لما كان للكافر شهادة في جنسه يجب أن ترد شهادته بحد القذف تتميما لحد القذف ثم يدوم ذلك الرد الى ما بعد الاسلام ولما لم يكن للعبد شهادة في شئ أصلا لم ينعقد الحد حال وجوده موجبا رد الشهادة فكيف ينقلب موجبا للرد بعد ذلك والجواب أن شهادته التي كانت في جنسه مردودة بحد القذف قبل الاسلام

(قوله ولو قذف مجوسيا تزوج بامه الخ) يعني لو تزوج مجوسي بامه أو أخته أو بنته (ثم أسلم ففسخ نكاحهما فقذفه مسلم في حال اسلامه يحد عند أبي حنيفة بناء على ما مر من أن أنكحتهم لها حكم الصحة عند أبي حنيفة (وقالا لا يحد) بناء على أن ليس لها حكم الصحة وقولهما قول الائمة الثلاثة وقدم في كتاب النكاح في باب نكاح أهل الشرك (قوله واذا دخل الحربي دارنا بامان فقذف مسلما حد لان فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه طمع في أن لا يؤذى فيكون ملتزما بالضرورة ان لا يؤذى) وفي بعض النسخ طمع أن لا يؤذى فكان ملتزما موجب أذاه وهو الحد (قوله واذا حد المسلم في قذف سقطت شهادته وان تاب) عندنا لان رد شهادته عندنا من تمام حده خلافا للشافعي رضي الله عنه فعنده تقبل شهادته اذا تاب كالتائب من الشرب وغيره من المعاصي (وهي) خلافية (تعرف في الشهادات) ان شاء الله تعالى (قوله واذا حد الكافر في قذف لم تقبل شهادته على أهل الذمة) وهذا لان له الشهادة على جنسه على ما عرف عندنا ورد الشهادة من تمام حد القذف فترد شهادته عليهم (فاذا أسلم قبلت شهادته عليهم وعلى المسلمين لان هذه شهادة استفادها بعد الاسلام فلم تدخل تحت الرد) لان النص يوجب رد شهادته القائمة وقت القذف وليست هذه تلك فلم تدخل تحت الرد بخلاف ما لو ارتد المحدود ثم أسلم لا تقبل شهادته لانه صار مردود الشهادة أبدا والردة ما زادته الا شرافا بالاسلام لم تحدث له شهادة بخلاف الكافر الاصلي ولهذا قبلت مطلقا على أهل الاسلام وغيرهم وبه اندفع ما قيل ينبغي أن لا تقبل بعد الاسلام على أهل الذمة لانها كانت موجودة قبله وقد ردت بالقذف قلنا ان هذه أخرى نافذة على الكل لا على أهل الاسلام فقط أو على المسلمين وبتبعيته على الكفار وهذا بخلاف العبد اذا حد في قذف ثم أعتق فانه لا تقبل له شهادة أبدا لانه لم يكن له شهادة في تلك الحالة للرق وقد وجب الحد عليه وهو يرد شهادته مع الجلد فينصرف الى رد ما يحدث له من الشهادة بعد العتق هذا ولقائل ان يقول ان مقتضى النص عدم قبول كل شهادة له حادثة أو قائمة لانه تعالى قال فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والحادثة شهادة واقعة في الآباد فمقتضى النص رد هذا والجواب ان التكليف بما في الوسع فحينئذ كلف برد شهادته والامتثال انما يتحقق برد شهادة قائمة ان كانت والا فيما يحدث واذا كانت له شهادة قائمة فردت تحقق الامتثال وتم فلو حدثت أخرى فلو ردت كان بلا مقتض اذ الموجب أخذ مقتضاه

الحل والسبب لا يوجب الحكم الا في محل قابل له فاذا لم يقبل المحل الحل في حقه لا يثبت ملك الحل فكان فعله في معنى الزنا (قوله وقدم في النكاح) أي في باب نكاح أهل الشرك من كتاب النكاح

وبعده والشهادة المقبولة هي شهادة المسلم اكتسبها بالاسلام فلا ترد ولم تقل في العبد بان غير الموجب انقلب موجبا وانما توقفنا في ايجابه الى حين

(قوله ولقائل أن يقول سلمنا الخ) أقول أنت خبير بان المردود ليس هذه الشهادة التي حدثت بعد حصول عدالة الاسلام (قوله فكيف ينقلب موجبا للرد الخ) أقول كمسلم زنى في دار الحرب ثم خرج لم يحد وقد سبق (قوله مردودة بحد القذف قبل الاسلام وبعده) أقول فيه شئ اذ ليست له تلك الشهادة بعد الاسلام حتى ترد (قوله والشهادة المقبولة الخ) أقول وسيجيء ان شاء الله تعالى في باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل كلام

ردشهادته بعد العتق من تمام حده (وان ضرب سوطا فى قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته) لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفته له والمقام بعد الاسلام بعض الحد فلا يكون ردا الشهادة صفته له وعن أبى يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول أصح قال (ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله)

(قوله وان ضرب) يعنى الكافر (سوطا فى) حد (قذف ثم أسلم ثم ضرب ما بقى جازت شهادته لان رد الشهادة متمم للحد فيكون صفته له) أى للحد (والمقام بعد الاسلام بعض الحد) و بعض الشئ ليس هو ذلك الشئ فلم يكن رد الشهادة صفته له (وعن أبى يوسف انه ترد شهادته اذا الاقل تابع للاكثر والاول أصح) لما ذكرنا وعرف انه لو أقيم عليه الاكثر قبل الاسلام ثم أسلم وأقيم الباقى تقبل شهادته عند أبى يوسف أيضا وأورد عليه كما ان المقام بعد الاسلام بعض الحد كذلك المقام قبل الاسلام فينبغى أن لا يكون صفة وأيضا جعله صفة لما أقيم بعد الاسلام أولى لما ان العلة اذا كانت ذات وصفين فالاعتبار للوصف الآخر أجيب بان النص ورد بالامر بالجلد والنهى عن القبول وليس أحدهما مرتبا على الآخر فتعلق بفعل كل منهما ما يمكن والممكن رد شهادة قائمة للحال فيتقيد النهى به وهذا كما ترى لا يدفع الوارد على قوله صفته له بل هو تقرير آخر وأصل هذا ما ذكر فى الاصل والمبسوط قال لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد اذا كان عدلا ثم قال والحد لا يتجزأ فاما دونه يكون تعزيرا لاحدا والتعزير غير مسقط للشهادة قال وفى هذه المسئلة عن أبى حنيفة ثلاث روايات احداها ما ذكرنا وهو قولهما والثانية اذا أقيم عليه أكثر الحد سقطت شهادته اقامة للاكثر مقام الكل وهى التى ذكرها المصنف عن أبى يوسف والثالثة اذا ضرب سوطا واحدا سقطت قال وهذه الروايات الثلاث فى النصرانى اذا أقيم عليه بعض الحد ثم أسلم على ما ذكر فى الجامع الصغير (قوله ومن زنى أو شرب أو قذف غير مرة فحد فهو لذلك كله) سواء قذف واحدا مرارا أو جماعة بكلمة كقوله أنتم زناة أو بكلمات كأن يقول يا فلان أنت زان وفلان زان حتى اذا حضر واحد منهم فادعى وحد لذلك ثم حضر آخر فادعى انه قذفه لا يقام اذا كان بقذف قبل أن يحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضورهم فلا يحد ثانيا الا اذا كان بقذف آخر مستانف وحكى أن ابن أبى ليلى سمع من يقول لشخص يا ابن الزانيين فحده حدين فى المسجد فبلغ أبا حنيفة فقال يا للعجب لقاضى بلدنا أخطأ فى مسئلة واحدة فى خمسة مواضع الاول أخذه بدون طلب المقذوف والثانى أنه لو خاصم وجب حد واحد والثالث أنه ان كان الواجب عنده حدين ينبغى أن يتربص بينهما يوما أو أكثر حتى يخف أثر الضرب الاول والرابع ضربه فى المسجد والخامس ينبغى أن يتعرف ان والديه فى الاحياء أو لا فان كانا حيين فالخصومة لهما والا فالخصومة للابن ومن فروع التداخل أنه لو ضرب القاذف تسعة وسبعين سوطا ثم قذف قذفا آخر لا يضرب الا ذلك السوط الواحد للتداخل لانه اجتمع الحدان لان كمال الحد الاول بالسوط الذى بقى وسنذكر منه أيضا فى فروع نختم بها وقوله (غير مرة) يتعلق بكل واحد من الثلاثة أى من زنا غير مرة أو شرب غير مرة أو قذف غير مرة فحد مرة فهو لذلك كله مما سبق منه وعند الشافعى ان قذف جماعة بكلمة فكذلك فى قول وان قذفهم بكلمات أو قذف واحدا مرات بزنا

(قوله وان ضرب سوطا الخ) أجمع العلماء على القبول اذا حد حد القذف قبل الاسلام وأجمعوا على عدم القبول اذا حد بعد الاسلام أما اذا أقيم بعض الحد قبل الاسلام وبعضه بعده فقد قال أبو حنيفة رحمه الله ينظر الى حال اكمال الحد ان ضرب فى كفره تسعة وسبعين سوطا و بعد الاسلام واحدا لا تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد فينظر الى حال تمامه لانه عند ذلك يصير حدا ثم رجع وقال ان أقيم أكثره بعد الاسلام لا تقبل اذ الاقل تبع للاكثر فصار كان الكل وجد بعد الاسلام فلا تقبل وهكذا روى عن أبى يوسف رحمه الله ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب لان ما كان له من الشهادة لم يبطل بضرب البعض لان الرد تتمة الحد فلا بد من وجوده ليكون الرد تتمة له وما حدث له من الشهادة بالاسلام لم يرد أيضا لهذا المعنى فلهذا تقبل شهادته على أهل الاسلام وأهل الذمة (قوله والاول أصح) لان بعض الحد لا يكون حدا واحدا لو ضرب تسعة وسبعين سوطا لا ترد

متعلق بالمقام (قوله وقيل فى الجواب الخ) أقول جواب تسليم كون الرد صفة للمقام قبل الاسلام ثم لا يخفى أن هذا الجواب غير مناسب لما فى الهداية فتامل

أما

أما الاولان فلان المقصد من اقامة الحد حق الله تعالى الانزجار واحتمال حصوله بالاول قائم فيمكن شبهة فوات المقصود في الثاني وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وسرق وشرب لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر فلا يتداخل وأما القذف فالمغلب فيه عندنا حق الله فيكون ملحقا بما وقال الشافعي ان اختلف المقذوف أو المقذوف به وهو الزنا لا يتداخل لان المغلب فيه حق العبد عنده

آخر يجب لكل قذف حد وعندنا لا فرق ولا تفصيل بل لا تعدد كيفما كان وبقولنا قال مالك والثوري والشعبي والنخعي والزهري وقتادة وحماد وطاوس وأحمد في رواية وفي رواية كقول الشافعي الذي ذكرناه آنفا واحتجا بان مقتضى الآية ترتب الحكم على الوصف المشعر بالعلية فيتكرر بتكرره على ما عرف وفي الجديد للشافعي لا يتداخل ولو قذفهم بكلمة واحدة لما ذكرنا ولانه حق آدمي ولنا ما ذكر من قوله (أما الاولان) وهو كل من الزنا والشرب (فلان المقصد من اقامة الحد حق الله تعالى الانزجار) عن فعله في المستقبل (واحتمال حصوله) بالحد الواحد المقام بعد الزنا المتعدد منه والشرب المتعدد (قائم فتمكن شبهة فوات المقصود في الثاني) والحدود تدرأ بالشبهات بالاجماع بخلاف ما اذا زنى فحد ثم زنى يجب حد آخر لتيقننا بعدم انزجاره بالاول والجواب عما استدل به ان الاجماع لما كان على دفع الحدود بالشبهات كان مقيدا لما اقتضته الآية من التكرر عند التكرر بالتكرر الواقع بعد الحد الاول بل هذا ضروري فانك علمت ان المخاطب بالاقامة في قوله فاجلدوهم الائمة ولا يتعلق بهم هذا الخطاب الا بعد الثبوت عندهم فكان حاصل النص ايجاب الحد اذا ثبت السبب عندهم أعم من كونه بوصف الكثرة أو القلة فاذا ثبت وقوعه منه كثيرا كان موجبا الجلد مائة أو ثمانين ليس غير فاذا جلد ذلك وقع الامتثال ثم هو أيضا ترك مقتضى التكرر بالتكرر فيما اذا قذف واحدا مرة ثم قذفه ثانيا بذلك الزنا فانه لا يحده مرتين وفي حد الزنا والشرب فالحق ان الاستدلال له بالآية لا يخلصه فانه يلجئ الى ترك مثلها من آية حد الزنا فيعود الى أن هذا حق آدمي بخلاف الزنا فكان المبنى اثبات انه حق الله تعالى أو حق آدمي فاذكر المصنف أخصر وأصوب وقوله (وأما القذف فالمغلب فيه حق الله تعالى فكان ملحقا بهما) لا حاجة الى الحاقه بل عين الدليل المذكور يجري فيه وهو أنه حد شرع حقا لله سبحانه وتعالى لمقصود الانزجار عن الاعراض فحيث أقيم ثبتت شبهة الى آخر ما ذكر وحق العبد في الخصومة فيه دون غيره ليس غير (قوله وهذا بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب وسرق) ثم أخذ يعني وثبتت الاسباب عند الحاكم حيث تجب الحدود المختلفة كلها لاختلاف المقصود من كل جنس من أسبابها فان المقصود من حد الخمر صيانة العقول ومن حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض وثبت كل بخطاب يخصه فلو حددنا في الخمر والقذف حدا واحدا عطلنا نصا من النصوص عن موجبه *(فروع)* ثبت عليه باقراره الزنا والسرقة والشرب والقذف وفق عين رجل يبدأ بالقصاص في العين لانه محض حق العبد ثم اذا برئ أخرجه فحده للقذف لانه مشوب بحقه فاذا برئ فالامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بحد السرقة لان كلا حق الله تعالى وهو ثابت بنص يتلى ويجعل حد الشرب آخرها فانه أضعف لانه بما لا يتلى وتقدم قول علي ان رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يسنه وكلما أقام عليه حدا حبسه حتى يبرأ لانه لو خلى سبيله ربما يهرب فيصير الامام مضيعا للحد ودو هو منهي عن ذلك وان كان محصنا اقتص

شهادته ولو كان الاكثر قائما مقام الكل لردت شهادته (قوله لان المقصود من كل جنس غير المقصود من الآخر) فحد الزنا لصيانة الانساب وحد السرقة لصيانة الاموال وحد الشرب لصيانة العقول وحد القذف لصيانة الاعراض فلا يتداخل (قوله وقال الشافعي رحمه الله ان اختلف المقذوف) بان قذف غير الاول أو المقذوف به بان قذف الاول زنا آخر لا يتداخل وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بان قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي رحمه الله ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يجد لكل واحد منهم

وذكر في المبسوط لو قذف جماعة في كلمة واحدة بان قال يا أيها الزناة أو كلمات متفرقة بان قال يا زيد أنت زان ويا عمر وأنت زان ويا خالد أنت زان لا يقام عليه الا حد واحد عندنا وعند الشافعي ان قذفهم بكلام واحد فكذلك الجواب وان قذفهم بكلمات متفرقة يجد لكل واحد منهم لانه حق المقذوف عنده فلا يجري فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا أن المغلب فيه حق الله وهو مشروع للزجر فيجري فيه التداخل كسائر الحقوق

منه فى العين وضربه حد القذف ثم رجمه لان حد السرقة والشرب محض حق الله تعالى ومتى اجتمعت الحدود لحق الله تعالى وفيها قتل نفس قتل وترك ماسوى ذلك هكذا نقل عن ابن مسعود وابن عباس والمعنى أن المقصود الزجر له ولغيره وأتم مايكون منه باستيفاء النفس والاشتغال بمادونه لايفيد الا أنه يضمن السرقة لو أتلفها لانه يجب عليه بالاخذ وانما يسقط لضرورة القطع ولم يوجد فاهذا يضمنه فيؤمر بايفائها من تركته ولا يقام حد فى المسجد ولا قود ولا تعزير ولكن القاضى ان أراد أن يقام بحضرته يخرج من المسجد كما فعل عليه الصلاة والسلام فى الغامدية أو يبعث أمينا كما فعل عليه الصلاة والسلام فى ماعز ولا يستحلف فى القذف اذا أنكره ولا فى شئ من الحدود لانه يقضى بالنكول وهو ممتنع فى الحدود لان النكول اما بذل والبذل لا يكون فى الحدود أو قائم مقام الاقرار والحد لا يقام بما هو قائم مقام غيره بخلاف التعزير والقصاص فانه يستحلف على سببهما ويستحلف فى السرقة لاجل المال فان نكل ضمن المال ولا يقطع لان حقيقة السرقة أخذ المال بقيد فيحلف على أخذ المال لا على فعل السرقة وعند نكوله يقضى بموجب الاخذ وهو الضمان كما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة ثبت الاخذ فيضمن ولا يقطع واذا أقام المقذوف بينة بالقذف سألهما القاضى عن القذف ماهو وعن خصوص ماقال لان الرمى بغير الزنا قد يظنونه قذفا فلا بد من استفسارهم فان لم يزيدوا على قولهم قذفه لا يحد واذا شهدوا أنه قال يازانى وهم عدول حد فان لم يعرف القاضى عدالتهم حبس القاذف حتى يزكوا لانه صار متهما بارتكاب مالا يحل من اعراض الناس فيحبس لهذه التهمة ولا يكفله على ماتقدم فى الزنا فارجع اليه ولا تكفل فى شئ من الحدود والقصاص فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف الاول ولهذا يحبسه أبو حنيفة وفى قول أبى يوسف الآخر وهو قول محمد يؤخذ منه الكفيل ولهذا لا يحبس عندهما فى دعوى حد القذف والقصاص ولا خلاف انه لا تكفيل بنفس الحدود والقصاص لان النيابة لا تجزى فى ايفائهما والمقصود من الكفالة اقامة الكفيل مقام المكفول عنه فى الايفاء وهذا لا يتحقق فى شئ من الحدود فاما أخذ الكفيل بنفس المدعى عليه فعند أبى حنيفة اذا زعم المقذوف أن له بينة حاضرة فى المصر فكذلك لا يأخذ منه كفيلا بنفسه ولكن يلازمه الى آخر المجلس فان أحضر بينة والا خلى سبيله وعند أبى يوسف ومحمد يأخذ منه كفيلا بنفسه الى ثلاثة أيام وقالا حد القذف فى الدعوى والخصومة مثل حقوق العباد وفى أخذ الكفيل بنفسه نظر للمدعى من حيث يتمكن من احضار الخصم لاقامة البينة عليه ولا ضرر فيه على المدعى عليه وأبو حنيفة يقول هذا احتياط والحدود يحتاط فى درئها لا فى اثباتها وكان أبو بكر الرازى يقول مراد أبى حنيفة أن القاضى لا يجبره على اعطاء الكفيل فاما اذا سمحت نفسه به فلا باس لان تسليمه نفسه مستحق عليه والكفيل فى الكفالة بالنفس انما يطلب بهذا القدر فاما ان أقام شاهدا واحدا لا يعرفه القاضى بالعدالة فهو كما لو لم يقم أحدا ولا يلازمه الا الى آخر المجلس فان كان ظاهر العدالة حبسه اذا قال ان له شاهدا آخر يومين أو ثلاثة هذا المقدار استحسان وهذا كله عند أبى حنيفة لانه لا يرى الكفالة بالنفس فى الحدود وعندهما يأخذ كفيلا بنفسه ولا يحبسه لان المقصود يحصل بذلك ولو اختلف الشاهدان على القذف فى الزمان والمكان لا تبطل شهادتهما عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يمنع قبول الشهادة لانه انشاء سبب موجب للحد فلم يتفق الشاهدان على سبب واحد

وهذا يخالف ماذكر فى المنظومة والشرح لان المغلب فيه حق المقذوف عنده فلا يجرى فيه التداخل عند اختلاف السبب وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى وهو مشروع للزجر فيجرى فيه التداخل كسائر الحدود وكذلك ان حضر بعضها للخصومة ولم يحضر البعض فاقيم الحد بخصومة من حضر فعلى مذهبه اذا حضر الغائب وخاصم يقام الحد عليه لاجله أيضا وعندنا لا يقام اذا علم أن قذفه بالزنا قبل اقامة الحد لان حضور بعضهم للخصومة كحضور جماعتهم وماهو المقصود قد حصل وهو دفع العار عن المقذوف بالحكم بكذب القاذف وذكر فى الفوائد الظهيرية وقد حكى عن أبى حنيفة رحمه الله أن ابن أبى ليلى كان قاضيا بالكوفة سمع رجلا عند باب مسجده يقول لرجل آخر يا ابن الزانيين فقال خذوه فاخذوه وأدخلوه فى المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين فاخبر أبو حنيفة رحمه الله بذلك فقال يا للعجب من قاضى بلدنا فقد أخطأ فى خمسة مواضع

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر

أن التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في أشربته الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا أفسد العضو لمواظاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما في الاشربة ما اذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا حد عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا تفسده وتغريقها أيضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد وعلى هذا اغنى شدة الضرب قوته لاجمعه في عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلي التعزير في الشدة (لانه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو اتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببيته لاشبهة فيها والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يشكل انه شرعا بمعنى أن عند هما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه قربة وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه (ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يحد ويعزر في ازار واحد وفي فتاوى قاضيخان يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يمد في التعزير (قوله ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي رحمه الله يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير بحق الله تعالى (وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد) لانه لا بد له من الفعل والاعوب والسلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح

ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كتاب الاشربة يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود أنه وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كي لا تكون الاقامة في موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضع وموضوع ما ذكر في الاشربة أنه يعزر أدنى تعزير كسوط أو سوطين أو ثلاثة ومتى كانت الحالة هذه فالاقامة في موضع واحد لا يؤدي الى فساد ذلك الموضع (قوله وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة) لان الامر يطلب فعل المامور به من المامور وهو اثبات والاثبات ليست بقابلة للتعليق بالشرط لانه حينئذ

قال المصنف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) أقول يقال ذهب دمه هدرا أي باطلا واعلم ان هذا ينبغي ان يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط لما مر في باب الشهادة على الزنا من انهما غرما بيت المال لو ماتا من الجلد قال المصنف (في بيت المال) أقول وفي قول آخر في ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أي من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الاتلاف خطأ منه (قوله واما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

زوجته لانه مطلق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذا التعزير للتاديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله أمانه من غير واسطة فلا يجب الضمان

(كتاب السرقة)

في الفعل واطلاقه وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد *(تتمة)* الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا لو قال له باخبيث الاحسن أن يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لاباس واذا أساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي فتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة وفيها عن أبي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى أنه يخلق ما يفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شئ قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر أنه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة زاد في فتاوى قاضيخان وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا ساحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعني عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المنا كير لا يبعد قالوا ان وقع في قلبه ان أباه يقدر أن يغير على ابنه يحسن له ان يكتب اليه وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشرب وان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المغني والمخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن تظهر التوبة وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة والله أعلم

(كتاب السرقة)

يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاسقاطات وهي قابلة للتعليق فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والرواية في المحيط مع أن الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحتراز عن التلف ممكن وأطلق له في ذلك الفعل فكان ينبغي أن يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعها قلنا انما لم يجب الضمان هناك لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز كذا في المحيط وتصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والتهذيب والله تعالى أعلم

(كتاب السرقة)

(وقال الشافعي في التعزير تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذا التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى أمانه من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم)

(كتاب السرقة)

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الامن استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية

(كتاب السرقة)

(قوله لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والاعراض أيضا فان الاول صيانة جزئها والثاني صيانة ما يتصل بها فانه صيانة ماء الوجه (قوله لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول لان المال وقاية النفس قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا وقال الشاعر

أصون عرضي بمالي لا أدنسه
لا بارك الله بعد العرض في المال

وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف في الشريعة) هي أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا محرزا للتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة (والمعنى اللغوى) وهو أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية اعلم أن ما نقله الشارع الينا على ثلاثة أقسام أحدها ما هو مقرر على ما أنبا نابه اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثانى ما هو المعدول عما أنبا نابه اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان

المعهودة وليس لها انباء لغوى وكذلك فى غيرها والثالث ما أنبا نابه اللغة مقرر مع زيادة شئ فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرناه وفيه نظر لان الصلاة فى اللغة الدعاء

السرقة فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد وعى فى ترتيبها فى التعليم ترتب أسبابها فى المفاسد فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لان تعليمه وتعلمه أهم وأعظم المفاسد ما يؤدى الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدى الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدى الى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرا قبيحا ويليه ما يؤدى الى اتلاف المال فانه الامر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فاخره والسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر فى الكتاب وهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفى الشريعة هى هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود فى اناطة حكم شرعى بها الذلا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية عن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعمم الشبهة فى التاويل قيل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها فى الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والفرض انه لا يتباد والدعاء قط هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوى) يعنى الخفية (مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء) وذلك فى سرقة النهار فى المصر (أو ابتداء لا غير) وهى فى سرقة الليل فاذا اذا دخل البيت ليلا خفية ثم

هى أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة (قوله ومنه استراق السمع) لانه يسمع كلام المتكلم فى حال غفلته قال الله تعالى الا من استرق السمع أى رام اختلاسه سرا ومسروق الشياطين من الملائكة كلام (قوله وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة) منها فى السارق وهو أن يكون مكلفا أى عاقلا بالغا ومنها فى المسروق وهو أن يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم أو بما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان أخذ المباح يسمى اصطيادا واحتطابا لا سرقة ومالا يكون محرزا لا يكون أخذه سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا شرطا بالنص وشرائط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لما فى النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز فى المال الخطير فالحقير نادر لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص (قوله والمعنى اللغوى) أى الاخذ على

(قوله وقوله وقد زيدت عليه الى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مسامحة فى العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول هذه هى السرقة التى توجب القطع والا فسرقة ما دون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق ما دون النصاب رد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع كذا فى الخلاصة وغيرها (قوله محرزا للتمول الخ) أقول احترز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر فان المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والامثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل) أقول احترز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لاجل حقى فانه أخذه متاولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة فخر الدين الزيلعى فى أول كتاب الصلاة الصلاة فى اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفى الشرع عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغيير الانقلا وفى الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه فى الاعم انتهى وفيه تامل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الاربع مع وجود المعنى الاصلى فيها (قوله والثالث بما أنبا نابه مقرر الخ) أقول أى ما أنبا نابه

وفى

وهي مقررة في الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعاني اللغوية في كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله (كما اذا نقب الجدار على الاستمرار) نظير مايكون معناه اللغوي موجودا فيه ابتداء وتركه نظير الاول لظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستمرار وأخذ المال من المالك مكابرة أي مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستمرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع في أكثر السرقات لان أكثرها في الليالي يصير مغالبة في الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعني المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه

وفي الكبرى أعني قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدي لحفظ الطريق باعوانه وفي الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تقتر في الحقير

أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن في يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره في المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك في الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات في الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفي في الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو عالما لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة في الصغرى هي الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة في الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور وأما شروط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فيأتي في أثناء المسائل (قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما) لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب (قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف في أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد

سبيل الخفية مراعى فيها ابتداء وانتهاء يعني اذا كانت السرقة نهارا وابتداء لا غير يعني اذا كانت السرقة ليلا لان أكثر السرقات يصير مغالبة في الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لا يلحقه الغوث فلو لم يكتف بالخفية وقت الدخول في الحرز لامتنع القطع في الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا في الذخيرة وفي الحاوي أنه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد ما صلى الناس العتمة وسرق خفيا أو مكابرة ومعه سلاح أولا وصاحب الدار يعلم به أولا قطع ولو دخل اللص دارا نسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار (قوله وفي الكبرى) أعني قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين أولانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله (قوله أو من يقوم مقامه) كالمودع والمستعير والمرتهن والمضارب والغاصب (قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما) أي الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لا جناية بلا تكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ

اللغة (قوله وهي مقررة في الشرع) أقول فيه ان الصلاة ليس يلزم ان يشتمل على معنى الدعاء كما في الامي (قوله وان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ) أقول فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات قال المصنف (واذا سرق العاقل البالغ الخ) أقول قال في الكنز السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة الزيلعي في شرحه قوله مضروبة اشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أواني الفضة أو الزيوف اذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خبير بان المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتأمل فانه يقال ذلك فيما اذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم والا فيتحقق الشبهة

لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الجناية المستلزمة للجزاء وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري رضي الله عنه مستدلا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر المأخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود

(قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب للائمة لا للسراق (قوله لانه مشتق) أقول بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ قال المصنف (غير ان الشافعي) أقول أنت خبير بانه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجه أمر آخر وهذا لدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف (وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول فيه انهم صرحوا بان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا الصبي

وكذا أخذ لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغاب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به أولى غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتيالا للدرء الحدود هذا الان في الاقل شبهة عدم الجناية

من مقدار معين لا يقل في أقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسج ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ مار ويتم قلنا لا تاريخ بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تغتفر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) باخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان ما لا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان ترجمة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في أترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعت الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتيالا للدرء) فعرف أنه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث أيمن رواه الحاكم

(قوله وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار) وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لا خلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن أبي ليلى رحمه الله نصاب السرقة مقدر بخمسة دراهم وقال عكرمة رحمه الله بار بعة دراهم وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما بار بعين درهما وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله (قوله وهو المتيقن به) روي في ثمن المجن ثلاثة دراهم روي أنه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون في القيمة يؤخذ بالاقل قلنا روى أيمن ابن أم أيمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجن الذي قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام

وهى دارئة للحدود وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا فى دينار او عشرة دراهم

فى المستدرك عن مجاهد عن أيمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعى أنه قال لمحمد بن الحسن رضى الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع فى ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا فى عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن بن أم أيمن أخى أسامة بن زيد لامه وان الشافعى أجاب بان أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبى حاتم فى المراسيل وسالت أبى عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق فى ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال أبى هو مرسل وأرى انه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابى فهو ابن أم أيمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعى آخر وقال أبو الحجاج المزى فى كتابه أيمن الحبشى مولى بنى مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر وروى عنه ابنه عبد الواحد وثقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبى عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى السرقة الى أن قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائى ما أحسب ان له صحبة فقد جعله اسما لتابعيين وأما ابن أبى حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا فقال ابن أبى حاتم أيمن الحبشى مولى ابن أبى عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبى يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكى ثقة وقال ابن حبان فى الثقات أيمن بن عبيد الحبشى مولى لابن أبى عمر المخزومى من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخا أسامة بن زيد لامه وهو الذى يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبى صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد وهم حديثه فى القطع مرسل فهذا يخالف الشافعى وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وانه صحابى حيث جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطنى فى سننه أيمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبى صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذى يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف فى أيمن راوى قيمة المجن هل هو صحابى أو تابعى ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادح بل هو حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف فى تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما أمكن فى الحدود ثم يقوى بما رواه النسائى أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطنى أيضا وأخرجه هو وأحمد فى مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه فى كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبرانى فى معجمه وأشار اليه الترمذى فى كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود أنه قال لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل ما رووه الا عن القاسم لكن فى مسند أبى حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبى حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على

كان يساوى عشرة والرجوع الى قولهم أولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا أعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال أن الاخذ بالاقل أولى لان فى قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب

وقوله (لانه) يعنى الحبس (صلح تعزيرا) وقوله (وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حبس رجلا للتعزير
(وقوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة) لايضاح أن الحبس يصلح للتعزير فيما يجب فيه التعزير أى لم يشرع الحبس بسبب التهمة فى الشئ
الذى يوجب التعزير لو ثبت قبل ثبوته بان شهد شاهدان مستوران على أنه قذف محصنا فقال يافاسق أو يا كافر فلا يحبس المتهم قبل تعديل
الشهود وفى فصل الحد يحبس بالتهمة لان فى باب الحد شيأ آخر فوق الحبس وهو اقامة الحد عند وجود موجبه فيجوز أن يحبس فى تهمة
لتناسب اقامة العقوبة الادنى بمقابلة الذنب الادنى وفى باب الاموال والتعزير لا يحبس بالتهمة لان الاقصى فيهما عقوبة الحبس فلو حبسنا بالتهمة
فيهما لكان اقامة العقوبة الاعلى بمقابلة الذنب الادنى وهو مما يأباه الشرع ولما لم يشرع الحبس عند تهمة موجب التعزير علم أن الحبس من
التعزير اذ لو لم يكن الحبس من التعزير لحبس عند تهمة موجب التعزير كما يحبس عند تهمة موجب الزنا فلما كان الحبس من

(وان رأى الامام أن يضم الى الضرب فى التعزير الحبس فعل) لانه صلح تعزيرا وقد ورد الشرع به فى الجملة
حتى جاز أن يكتفى به فجاز أن يضم اليه ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته كما شرع فى الحد لانه من
التعزير يقال (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى التخفيف فيه من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف
كى لا يؤدى الى فوات المقصود ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء

(قوله وان رأى الامام أن يضم الى الضرب فى التعزير الحبس فعل) وذلك بان يرى أن أكثر الضرب فى
التعزير وهو تسعة وثلاثون لا ينزجر بها أو هو فى شك من انزجاره بها يضم اليه الحبس (لان الحبس صلح
تعزيرا) بانفراده حتى لو رأى الامام أن لا يضربه و يحبسه أياما عقوبة له فعل ذكره فى الفتاوى وغيرها
وهو قول المصنف حتى جاز أن يكتفى به (وقد ورد به الشرع فى الجملة) وهو ما سلف من أنه عليه الصلاة والسلام
حبس رجلا فى تهمة (فجاز أن يضمه) اذا شك فى انزجاره بدونه (قوله ولهذا) أى ولان الحبس بمفرده يقع
تعزيرا تاما (لم يشرع بالتهمة قبل ثبوته) أى لم يشرع الحبس بتهمة ما يوجب التعزير حتى لو ادعى رجل
على آخر شتيمة فاحشة أو أنه ضربه وأقام شهودا لا يحبس قبل أن يسأل عن الشهود و يحبس فى الحدود وهذا
لانه اذا عدلت الشهود كان الحبس تمام موجب ما شهدوا به فلو حبس قبله لزم اعطاء حكم السبب له قبل
ثبوته بخلاف الحد لانه اذا شهدوا بموجبه ولم يعدلوا حبس لانه اذا ثبت سببه بالتعديل كان الواجب
به شيأ آخر غير الحبس فيحبس تعزيرا للتهمة (قوله وأشد الضرب التعزير لانه جرى فيه التخفيف من حيث
العدد فلا يخفف من حيث الوصف كى لا يؤدى الى فوات المقصود) من الانزجار (ولهذا لم يخفف من حيث
التفريق على الاعضاء) لجريان التخفيف فيه من حيث العدد وذكر فى المحيط أن محمدا ذكر فى حدود الاصل

لما فلذلك لم يعقد ظن الراوى أنه جلده خمسة وسبعين (قوله وقد ورد الشرع به) أى بالحبس وهو ما
روى أن النبى عليه السلام حبس رجلا للتعزير (قوله ولهذا لم يشرع فى التعزير بالتهمة قبل ثبوته) هذا
لايضاح أن الحبس يصلح للتعزير أى ولهذا لا يحبس فى تهمة وجوب التعزير قبل ثبوته بان شهد شاهدان
مستوران على أنه قذف محصنا فقال يا فاسق فلا يحبس المتهم قبل تعديل الشهود كما شرع فى الحد لان الحبس
تعزير فلا يحبس قبل ثبوته بخلاف ما اذا اتهم بما يوجب الحد لان التعزير أدنى من الحد فناسب أن يعاقب
به عند التهمة بما يوجب الحد لانه أدنى منه (قوله كى لا يؤدى الى فوات المقصود وهو الزجر ولهذا لم يخفف
من حيث التفريق) ذكر فى المحيط أن محمدا رحمه الله ذكر فى حدود الاصل أن التعزير يفرق على الاعضاء

التعزير بهذا الدليل جاز للامام أن يضمه الى الضرب ان رأى ذلك كما أن للامام الرأى فى تقدير الضربات فكذلك فى ضم الحبس الى الضرب قال وأشد الضرب التعزير قال الحاكم فى الكافى وضرب التعزير أشد من ضرب الزانى وضرب الزانى أشد من ضرب الشارب وضرب الشارب أشد من ضرب القاذف وضرب القاذف أخف من جميع ذلك وانما كان ضرب التعزير أشد لانه ناقص المقدار وهو تخفيف (فلا يخفف ثانيا فى وصفه كى لا يؤدى الى تفويت المقصود) وهو الزجر واختلف المشايخ فى شدته قال فى شرح الطحاوى قال بعضهم هو الجمع فى عضو واحد بجمع الاسواط بعضو واحد ولا يفرق على الاعضاء بخلاف سائر الحدود وقال بعضهم

لا بل شدته فى الضرب لا فى الجمع و يدل على ذلك ما روى أبو عبيدة وغيره أن رجلا أقسم على أم سلمة رضى الله عنها فضربه عمر رضى الله عنه
ثلاثين سوطا كلها يبضع و يحدر أى يشق و يورم ومعلوم أن عمر رضى الله عنه ضربه بطريق التعزير ولعل المصنف رحمه الله اختاره يشير
اليه قوله ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء فلو كان الشدة عبارة عن عدم التفريق لزم توضيح الشئ بنفسه

قال المصنف (ولهذا لم يخفف من حيث التفريق على الاعضاء) أقول قال صاحب الكافى فى حدود الاصل يفرق التعزير على الاعضاء وفى أشربة
الاصل يضرب التعزير فى موضع واحد وليس فى المسئلة اختلاف الروايتين وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ
التعزير أقصاه بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج وموضوع الثانى اذا لم يبلغ أقصاه
بان كان فيما عدا هذين الموضعين اه وفى فتاوى الامام النمرتاشى فى التعزير لا يفرق الضربات لانه قليل ولو فرق لم يقع به الزجر و يضرب
على الظهر أو على الالية وفى المنتقى قالوا هذا فى أدنى التعزير وهو ضرب سوط أو سوطين أو ثلاثة أسواط وأما فى أقصاه فيفرق اه

قال (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثبت بقول الصحابة ولانه أعظم جناية حتى شرع فيه الرجم (ثم حد الشرب) لان سببه متيقن به (ثم حد القذف) لان سببه محتمل لاحتمال كونه صادقا ولانه جرى فيه التغليظ من حيث رد الشهادة فلا يغلظ من حيث الوصف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) لانه فعل ما فعل بامر الشرع وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كالفصاد والبزاغ بخلاف الزوج اذا عزر

أن التعزير يفرق على الاعضاء وذكر في أشربة الاصل يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان بل موضوع ما ذكر في الحدود اذا وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته بان أصاب من الاجنبية كل محرم غير الجماع أو أخذ السارق بعد ما جمع المتاع قبل الاخراج واذا بلغ غاية التعزير فرق على الاعضاء والا أفسد العضو لموالاة الضرب الشديد الكثير عليه وموضوع ما في الاشربة ما اذا عزر أدنى التعزير كثلاثة ونحوها واذا حد عددا يسيرا فالاقامة في موضع واحد لا تفسده وتفريقها أيضا لا يحصل منه مقصود الانزجار فيجمع في محل واحد وعلى هذا فمعنى شدة الضرب قوته لا جمعه في عضو واحد كما قيل اذ صح انه لا يجمع في عضو واحد مطلقا (ثم حد الزنا) يلي التعزير في الشدة (لانه ثابت بالكتاب وأعظم جناية حتى شرع فيه الرجم) وهو اتلاف النفس بالكلية (ثم حد الشرب) لانه ثبت باجماع الصحابة لكن لا يتلى في القرآن وفي زمنه عليه الصلاة والسلام كان غير مقدر على ما تقدم (ولان سببه متيقن) فيكون سببيته لا شبهة فيها والمراد أن الشرب متيقن السببية للحد لا متيقن الثبوت لانه بالبينة أو الاقرار وهما لا يوجبان اليقين فان قيل يفيد انه شرعا بمعنى أن عندهما يستيقن لزوم الحد أو ان الثابت بهما كالثابت بالمعاينة قلنا كذلك القذف يثبت بالبينة أو الاقرار فلا يقع فرق حينئذ بينهما بخلاف القذف لان سببه باعتبار كونه فرية وبالبينة لا يتيقن بذلك لجواز صدقه فيما نسبه اليه (ولانه جرى فيه التغليظ برد الشهادة فلا يغلظ) مرة أخرى (من حيث الوصف) وهو شدة الضرب ولان الشرب ينتظم القذف كما قال علي رضي الله عنه اذا شرب هذى واذا هذى افترى فيجتمع على الشارب حد الشرب والقذف فيزداد العدد نظرا الى المظنة فلا يغلظ بالشدة فاشدها التعزير وأخفها حد القذف وعند أحمد أشد الضرب حد الزنا ثم حد القذف ثم التعزير وقال مالك الكل سواء لان المقصود من الكل واحد ثم ذكر في المبسوط بانه يجلد ويعزر في ازار واحد وفي فتاوى قاضيخان يضرب في التعزير قائما عليه ثيابه وينزع الحشو والفرو ولا يجلد في التعزير (قوله ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعي رحمه الله يضمن ثم في قول تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم الذي يلحقه بسبب عمله لهم عليهم وفي قول على عاقلة الامام لان أصل التعزير غير واجب عليه ولو وجب فالضرب غير متعين في التعزير فيكون فعله مباحا فيتقيد بشرط السلامة ولم يسلم فيجب على عاقلته وهذا يخص التعزير ونحن نقول ان الامام مامور بالحد والتعزير عند عدم ظهور الانزجار له في التعزير بحق الله تعالى (وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة كما في الفصاد) لانه لا بد له من الفعل والاعور قبو السلامة خارجة عن وسعه اذ الذي في وسعه أن لا يتعرض لسببها القريب وهو بين أن يبالغ في التخفيف فلا يسقط الوجوب به عنه أو يفعل ما يقع زاجرا وهو ما هو مؤلم زاجر وقد يتفق أن يموت الانسان به فلا يتصور الامر بالضرب المؤلم الزاجر مع اشتراط السلامة عليه بخلاف المباحات فانها رفع الجناح

ولا يضرب العضو الذي لا يضرب في حد الزنا وفي كتاب الاشربة يضرب التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة روايتان لكن موضوع ما ذكر في كتاب الحدود أنه وجب تبليغ التعزير الى أقصى غاياته ومتى كانت الحالة هذه يجب التفريق على الاعضاء كي لا تكون الاقامة في موضع واحد سببا لفساد ذلك الموضع وموضوع ما ذكر في الاشربة أنه يعزر أدنى تعزير كسوط أو سوطين أو ثلاثة ومتى كانت الحالة هذه فالاقامة في موضع واحد لا يؤدي الى فساد ذلك الموضع (قوله وفعل المامور لا يتقيد بشرط السلامة) لان الامر طلب فعل المامور به من المامور وهو اثبات والاثبات ليست بقابلة للتعليق بالشرط لانه حينئذ

قال المصنف (ومن حده الامام أو عزره فمات فدمه هدر) أقول يقال ذهب دمه هدرا أي باطلا واعلم ان هذا ينبغي ان يكون قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى فقط للامر في باب الشهادة على الزنا من انهما غرما بيت المال لو ماتا من الجلد قال المصنف (في بيت المال) أقول وفي قول آخر في ماله كما سبق في باب الشهادة على الزنا قال المصنف (من غير واسطة) أقول أي من غير واسطة جلد الجلاد فلا يكون الاتلاف خطأ منه (قوله وأما الاطلاق فاسقاط) أقول الاطلاق رفع القيد

زوجته لانه مطاق فيه والاطلاقات تتقيد بشرط السلامة كالمرور في الطريق وقال الشافعي تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطافيه اذا التعزير للتاديب غير أنه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يرجع الى عامة المسلمين فيكون الغرم في مالهم قلنا لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله أمانه من غير واسطة فلا يجب الضمان

(كتاب السرقة)

في الفعل واطلاقه وهو مخير فيه بعد ذلك غير ملزم به فصح تقييده بشرط السلامة كالمرور في الطريق والاصطياد ولهذا يضمن اذا عزر امرأته فماتت لانه مباح ومنفعته ترجع اليه كما ترجع الى المرأة من وجه آخر وهو استقامتها على ما أمر الله به وذكر الحاكم أنه لا يضرب امرأته على ترك الصلاة ويضرب ابنه وكذا المعلم اذا أدب الصبي فمات منه يضمن عندنا والشافعي أما لو جامع زوجته فماتت أو أفضاها لا يضمن عند أبي حنيفة وأبي يوسف ذكره في المحيط مع أنه مباح فيتقيد بشرط السلامة لانه ضمن المهر بذلك الجماع فلو وجبت الدية وجب ضمانان بمضمون واحد *(تتمة)* الاولى للانسان فيما اذا قيل له ما يوجب التعزير أن لا يجيبه قالوا لو قال له يا خبيث الاحسن أن يكف عنه ولو رفع الى القاضي ليؤدبه يجوز ولو أجاب مع هذا فقال بل أنت لا باس واذا أساء العبد الادب حل لمولاه تاديبه وكذا الزوجة وفي فتاوى القاضي من يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن يظهر التوبة وفيها عن أبي يوسف اذا كان يبيع الخمر ويشتري ويترك الصلاة يحبس ويؤدب ثم يخرج والساحر اذا ادعى أنه يخلق ما يفعل ان تاب وتبرأ وقال الله تعالى خالق كل شيء قبلت توبته وان لم يتب يقتل وكذا الساحرة تقتل بردتها وان كانت المرتدة لا تقتل عندنا لكن الساحرة تقتل بالاثر وهو ما روي عن عمر أنه كتب الى عماله اقتلوا الساحر والساحرة وذكر في فتاوى قاضيخان وان كان يستعمل السحر ويجحد ولا يدري كيف يقول فان هذا الساحر يقتل اذا أخذ وثبت ذلك منه ولا تقبل توبته وفي الفتاوى رجل يتخذ لعبة للناس ويفرق بين المرء وزوجه بتلك اللعبة فهذا ساحر ويحكم بارتداده ويقتل قال في الخلاصة هكذا ذكره القاضي مطلقا وهو محمول على ما اذا كان يعتقد أن له أثرا انتهى وعلى هذا التقدير فلم يذكر حكم هذا الرجل وعلى هذا التقدير أعني عدم الحكم بارتداده فينبغي أن يكون حكمه أن يضرب ويحبس حتى يحدث توبة وهل تحل الكتابة بما علم أن فلانا يتعاطى من المناكير لا يبيه قالوا ان وقع في قلبه ان أباه يقدر أن يغير على ابنه يحل له ان يكتب اليه وان لم يقع في قلبه لا يكتب وكذا بين الرجل وزوجته وبين السلطان والرعية ويعزر من شهد شرب الشاربين والمجتمعون على شبه الشربوا ان لم يشربوا ومن معه ركوة خمر والمفطر في نهار رمضان يعزر ويحبس والمسلم الذي يبيع الخمر أو يأكل الربا يعزر ويحبس وكذا المخنث والنائحة يعزرون ويحبسون حتى يحدثوا توبة وكذا المسلم اذا شتم الذمي يعزر لانه ارتكب معصية ومن يتهم بالقتل والسرقة يحبس ويخلد في السجن الى أن تظهر التوبة وكذا يسجن من قبل أجنبية أو عانقها أو مسها بشهوة والله أعلم

(كتاب السرقة)

يشبه القمار فلذلك لا يتقيد بشرط السلامة بخلاف الاطلاقات فانها رفع القيد فكان من جنس الاسقاطات وهي قابلة للتعليق فان قيل يشكل على هذا ما اذا جامع الرجل امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله خلافا لابي يوسف رحمه الله والرواية في المحيط مع أن الزوج بالجماع استوفى حق نفسه والاحتراز عن التلف ممكن وأطلق له في ذلك الفعل فكان ينبغي أن يتقيد بشرط السلامة كما اذا ضرب امرأته لتعود الى مضجعها قلنا انما لم يجب الضمان هناك لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل ثم لو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب الضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز كذا في المحيط وتصح في التعزير الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال والعفو والتكفيل لانه من حقوق العباد شرع للاصلاح والتهذيب والله تعالى أعلم

(كتاب السرقة)

(وقال الشافعي في التعزير تجب الدية في بيت المال لان الاتلاف خطا فيه اذا التعزير للتاديب غير انه تجب الدية في بيت المال لان نفع عمله يعود الى عامة المسلمين فون الغرم في مالهم قلنا انه لما استوفى حق الله تعالى بامره صار كان الله تعالى أمانه من غير واسطة فلا يجب الضمان والله أعلم)

(كتاب السرقة)

لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس شرع في ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة الاموال لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال والسرقة في اللغة عبارة عما ذكر في الكتاب وقوله تعالى الا من استرق السمع معناه استمع اليه على وجه الخفية

(كتاب السرقة)

(قوله لما فرغ من ذكر الزواجر المتعلقة بصيانة النفوس) أقول أراد بصيانة النفوس ما يشمل صيانة العقول والاعراض أيضا فان الاول صيانة جزئها والثاني صيانة ما يتصل بها فانه صيانة ماء الوجه (قوله لان صيانة النفس أقدم من صيانة المال) أقول لان المال وقاية النفس قال الله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا وقال الشاعر

أصون عرضي بمالي لا أدنسه
لا بارك الله بعد العرض في المال

وقوله (وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة) هى أن يقال السرقة أخذ مال الغير على سبيل الخفية نصابا بالحرز المتمول غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل ولا شبهة (والمعنى اللغوى) وهو أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار أمر (مراعى فيها) قال صاحب النهاية اعلم أن ما نقله الشارع الينا على ثلاثة أقسام أحدها ما هو مقرر على ما أنبا نابه اللغة من غير تغيير كقوله تعالى وجاء اخوة يوسف ولما جهزهم بجهازهم والثانى ما هو المعدول عما أنبا نابه اللغة من كل وجه كالصلاة والزكاة والصوم فان الصلاة شرعا عبارة عن الاركان المعهودة وليس لها انباء لغوى وكذلك فى غيرها والثالث ما أنبا نابه اللغة مقرر مع زيادة شئ فيه شرعا كالسرقة على ما ذكرناه وفيه نظر لان الصلاة فى اللغة الدعاء

(١٢٠)

السرقة فى اللغة أخذ الشئ من الغير على سبيل الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع قال الله تعالى الا من استرق السمع وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما يأتيك بيانه ان شاء الله تعالى والمعنى اللغوى مراعى فيها ابتداء وانتهاء أو ابتداء لا غير كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة على الجهار

لما كان المقصود من الحدود الانزجار عن أسبابها بسبب ما اشتملت عليه من المفاسد روعى فى ترتيبها فى التعليم ترتب أسبابها فى المفاسد فما كانت مفسدته أعظم يقدم على ما هو أخف لان تعليمه وتعلمه أهم وأعظم المفاسد ما يؤدى الى فوات النفس وهو الزنا لما تقدم من وجه كونه قتلا معنى ويليه ما يؤدى الى فوات العقل وهو الشرب لانه كفوات النفس من حيث ان عديم العقل لا ينتفع بنفسه كعديم النفس ويليه ما يؤدى الى افساد العرض وهو القذف فانه أمر خارج عن الذات يؤثر فيها ويلزق أمرا قبيحا ويليه ما يؤدى الى اتلاف المال فانه الامر المخلوق وقاية للنفس والعرض فكان آخرا فاخره وللسرقة تفسير لغة وهو ما ذكر فى الكتاب وهو أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية ومنه استراق السمع وهو ان يستمع مستخفيا وفى الشريعة هى هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود فى اناطة حكم شرعى بها اذ لا شك أن أخذ أقل من النصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ العاقل البالغ عشرة دراهم أو مقدارها خفية ممن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتمول للغير من حرز بلا شبهة وتعمم الشبهة فى التاويل قيل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم المحرم والنقل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين بما لا مرد له كالصلاة على ما هو المذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى والقطع بانها للافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال انها فى الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والفرض انه لا يتباد ر الدعاء قط هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف (قوله والمعنى اللغوى) يعنى الخفية (مراعى فيها اما ابتداء وانتهاء) وذلك فى سرقة النهار فى المصر (أو ابتداء لا غير) وهى فى سرقة الليل فاذا ادخل البيت ليلا خفية ثم

هى أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة (قوله ومنه استراق السمع) لانه يسمع كلام المتكلم فى حال غفلته قال الله تعالى الا من استرق السمع أى رام اختلاسه سرا ومسروق الشياطين من الملائكة كلام (قوله وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة) منها فى السارق وهو أن يكون مكلفا أى عاقلا بالغا ومنها فى المسروق وهو أن يكون مالا متقوما لا يتسارع اليه الفساد مقدرا بعشرة دراهم أو بما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة جيدة محرزة بلا شبهة لان السرقة لا تتحقق الا بصفة المالية والمملوكية والحرز فان أخذ المباح يسمى اصطيادا واحتطابا لا سرقة ومالا يكون محرزا لا يكون أخذه سرقة لعدم مسارقة عين الحافظ ولما صار كون المال محرزا شرطا بالنص وشرائط العقوبات يراعى وجودها بصفة الكمال لما فى النقصان من شبهة العدم وانما يتم الاحراز فى المال الخطير فالحقير تافه لا يقصد العاقل احرازه عادة فصار ما يتم به الاحراز وهو كون المال خطيرا ثابتا بالنص (قوله والمعنى اللغوى) أى الاخذ على

(قوله وقوله وقد زيدت عليه الى قوله ان يقال السرقة الخ) أقول هنا نوع مسامحة فى العبارة (قوله السرقة أخذ مال الغير الخ) أقول هذه هى السرقة التى توجب القطع والا فسرقة ما دون نصاب سرقة أيضا لغة وشرعا فان العبد اذا سرق ما دون النصاب يرد على بائعه بعيب السرقة ولا يقطع كذا فى الخلاصة وغيرها (قوله محرزا للمتمول الخ) أقول احتراز عن سرقة المصحف وصحيفة الحديث وصحائف العربية والشعر فان المصحف وكتب الحديث يدخران للقراءة لا للتمول وكذا غيره لا يقصد به التمول بل معرفة الحكم والامثال (قوله غير متسارع اليه الفساد من غير تاويل) أقول احتراز عن أخذ صاحب الحق خلاف جنس حقه اذا قال أخذت لاجل حقى فانه أخذه متاولا (قوله فان الصلاة شرعا عبارة الخ) أقول قال العلامة فخر الدين الزيلعى فى أول كتاب الصلاة الصلاة فى اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أى ادع لهم وانما عدى بعلى باعتبار لفظ الصلاة وفى الشرع عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغيير الانتقال وفى الغاية والظاهر انها منقولة لوجودها بدونه فى الادعية انتهى وفيه تامل فان الدابة منقولة الى ذوات القوائم الاربع مع وجود المعنى الاصلى فيها قوله والثالث مما أنبا نابه مقرر الخ) أقول أى ما أنبا نابه

وفى

وهى مقررة فى الشرع مع زيادة أوصاف وكذلك الصوم هو الامساك والزكاة هو النماء والحج هو القصد والمعانى اللغوية فى كل ذلك موجودة مع زيادة أوصاف ويمكن أن يجاب عنه بانه نظر على المثال وهو ليس بصحيح عند المحصلين وقوله (كما اذا نقب الجدار على الاستسرار) نظير مايكون معناه اللغوى موجودا فيه ابتداء وترك نظير الاول اظهوره وكان القياس أن لا يقطع فيما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة أى مقاتلة بسلاح لان ركن السرقة الاخذ على سبيل الخفية والاستسرار والخفية ان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ فان الاخذ حصل بطريق المغالبة لكنهم استحسنوا وقالوا بوجوب القطع لانهم لو اعتبروا الخفية وقت الاخذ لامتنع القطع فى أكثر السرقات لان أكثرها فى الليالى يصير مغالبة فى الانتهاء لانه وقت لا يلحق الغوث وقوله (أو من يقوم مقامه) يعنى المودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته ذلك مضروبة من حرز لا شبهة فيه) على ما سيظهر لك معناه (وجب القطع لقوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) فان الحكم اذا ترتب على صفة كان مصدرها علة له كما عرف والآية كما ترى عام لكنه

وفى الكبرى أعنى قطع الطريق مسارقة عين الامام لانه هو المتصدى لحفظ الطريق باعوانه وفى الصغرى مسارقة عين المالك أو من يقوم مقامه قال (واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع) والاصل فيه قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما والقطع جزاء الجناية ولا بد من التقدير بالمال الخطير لان الرغبات تقتر فى الحقير

أخذ المال مجاهرة ولو بعد مقاتلة ممن فى يده قطع به للاكتفاء بالخفية الاولى واذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك فى الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة اذ قليلا ما يختفى فى الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو عاما لا يقطع ولما كانت السرقة تشمل الصغرى والكبرى والخفية المعتبرة فى الصغرى هى الخفية عن عين المالك أو من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمضارب والغاصب والمرتهن كانت الخفية المعتبرة فى الكبرى مسارقة عين الامام ومنعة المسلمين الملتزم حفظ طرق المسلمين وبلادهم وركنها نفس الاخذ المذكور وأما شروط ثبوت الحكم ومنها تفصيل النصاب فياتى فى أثناء المسائل (قوله واذا سرق العاقل البالغ عشرة دراهم أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة من حرز لا شبهة فيه وجب القطع والاصل فى وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما) لانها بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب (قوله ولا بد من التقدير بالمال الخطير) اختلف فى أنه هل يقطع بكل مقدار من المال أو لا بد

سبيل الخفية مراعى فيها الابتداء والانتهاء يعنى اذا كانت السرقة نهارا وابتداء لا غير يعنى اذا كانت السرقة ليلا لان أكثر السرقات يصير مغالبة فى الانتهاء اذا كانت ليلا لانه وقت لا يلحقه الغوث فلو لم يكتف بالخفية وقت الدخول فى الحرز لامتنع القطع فى الاكثر بخلاف ما اذا كانت بالنهار لانه وقت يلحقه الغوث فلا يصير مغالبة وقت الاخذ كذا فى الذخيرة وفى الحاوى أنه اذا كان باب الدار مردودا غير مغلق فدخلها السارق خفية قطع ولو كان باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع ولو دخل ليلا من باب الدار وكان الباب مفتوحا مردودا بعد ما صلى الناس العتمة وسرق خفيا أو مكابرة ومعه سلاح أو لا وصاحب الدار يعلم به أو لا قطع ولو دخل اللص دارا نسان ما بين العشاء والعتمة والناس يذهبون ويجيئون فهو بمنزلة النهار (قوله وفى الكبرى) أعنى قطع الطريق انما سميت كبرى لان ضررها يعم المالك والمسلمين أو لانها مسارقة عين الامام ومحاربة الله ورسوله قال الله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله (قوله أو من يقوم مقامه) كالمودع والمستعير والمرتهن والمضارب والغاصب (قوله لان الجناية لا تتحقق دونهما) أى الجناية لا تتحقق عند عدم العقل والبلوغ لانه لا جناية بلا تكليف ولا تكليف بلا عقل وبلوغ

اللغة (قوله وهى مقررة فى الشرع) أقول فيه ان الصلاة ليس يلزم ان يشتمل على معنى الدعاء كما فى الامى (قوله وان وجدت وقت الدخول لم توجد وقت الاخذ) أقول فكان فيه شبهة العدم والحدود تندرئ بالشبهات قال المصنف (واذا سرق العاقل البالغ

الخ) أقول قال فى الكنز السرقة أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ انتهى قال العلامة الزيلعى فى شرحه قوله مضروبة اشارة الى انه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة دراهم أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما ان الحدود تدرأ بالشبهات فيتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أوانى الفضة أو الزيوف اذا سرق ما وزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع انتهى وأنت خبير بان المفهوم من الهداية اعتبار القيمة فقط فليتامل فانه يقال ذلك فيما اذا لم يكن المسروق من جنس الدراهم والا فيتحقق الشبهة

لم يتناول الصبي والمجنون لانه خطاب الشرع فهو تكليف ولا تكليف الا مع العقل والبلوغ فلا بد من تحققهما التحقق

وكذا أخذ لا يخفى فلا يتحقق ركنه ولا حكمة الزجر لانها فيما يغاب والتقدير بعشرة دراهم مذهبنا وعند الشافعي التقدير بربع دينار وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لهما ان القطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن وأقل ما نقل في تقديره ثلاثة دراهم والاخذ بالاقل المتيقن به أولى غير أن الشافعي رحمه الله يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها ولنا أن الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتيالا للدرء الحدود وهذا لان في الاقل شبهة عدم الجناية

من مقدار معين لا يقل في أقل منه فقال بالاول الحسن البصري وداود والخوارج وابن بنت الشافعي لاطلاق الآية ولقوله عليه السلام لعن الله السارق يسرق الحبل فتقطع يده ويسرق البيضة فتقطع يده متفق عليه ومن سوى هؤلاء من فقهاء الامصار وعلماء الاقطار على انه لا قطع الا بمال مقدر لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في ربع دينار فصاعدا متفق عليه فلزم في الاول التاويل بالحبل الذي يبلغ عشرة دراهم وبالبيضة البيضة من الحديد أو النسج ولو قيل ونسخه أيضا ليس أولى من نسخ بار ويتم قلنا لا تاريخ بقي وجه أولوية الحمل وهو مع الجمهور فان مثله في باب الحدود متعين عند التعارض ثم قد نقل اجماع الصحابة على ذلك وبه يتقيد اطلاق الآية وبالعقل وهو ان الحقير مطلقا تفتر الرغبات فيه فلا يمنع أصلا كحبة قمح وهو مما يشمله اطلاق الآية (وكذا لا يخفى أخذه فلا يتحقق) باخذه (ركن السرقة) وهو الاخذ خفية (ولا حكمة الزجر) أيضا (لانها فيما يغلب) فان مالا يغلب لا يحتاج الى شرع الزاجر لانه لا يتعاطى فلا حاجة الى الزجر عنه فهذا مخصص عقلي بعد كونها مخصوصة بما ليس من حرز بالاجماع ثم اختلف الشارطون لمقدار معين في تعيينه فذهب أصحابنا في جماعة من التابعين الى انه عشرة دراهم وذهب الشافعي الى انه ربع دينار وذهب مالك وأحمد الى انه ربع دينار أو ثلاثة دراهم لما روى مالك في موطئه عن عبد الله بن أبي بكر عن أبيه عن عمرة بنت عبد الرحمن أن سارقا سرق في زمن عثمان بن عفان اترجة فامر بها عثمان فقومت بثلاثة دراهم من صرف اثني عشر بدينار فقطع عثمان يده قال مالك أحب ما يجب فيه القطع الى ثلاثة دراهم سواء ارتفع الصرف أو اتضع وذلك لانه عليه الصلاة والسلام قطع في مجن قيمته ثلاثة دراهم وعثمان قطع في أترجة قيمتها ثلاثة دراهم وهذا أحب ما سمعت الى انتهى وكون المجن بثلاثة في حديث ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن قيمته ثلاثة دراهم أخرجه الشيخان وفي لفظ لهما عن عائشة رضي الله عنها عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تقطع يد السارق الا في ربع دينار فصاعدا (غير أن الشافعي يقول كانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما فالثلاثة ربعها) وفي مسند أحمد عن عائشة عنه عليه الصلاة والسلام اقطعوا في ربع دينار ولا تقطعوا فيما هو أدنى من ذلك وكان ربع الدينار يومئذ ثلاثة دراهم وقد ظهر أن المراد مما ذكر المصنف من قوله ان القطع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما كان الا في ثمن المجن انه ما كان الا في مقدار ثمنه لا حقيقة اللفظ وهي ان المسروق كان نفس ثمنه فقطع به اذ ليس كذلك بل المسروق كان نفس المجن فقطع به وكانت قيمته ثلاثة دراهم (ولنا أن الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى احتيالا للدرء) فعرف أنه قد قيل في ثمن المجن أكثر مما ذكر ويريد بذلك حديث أيمن رواه الحاكم

الجناية المستلزمة للجزاء وأما تقدير المال فلما ذكره في الكتاب وهو قول فقهاء الامصار وأما أصحاب الظواهر فلا يعتبرون النصاب وهو منقول عن الحسن البصري رضي الله عنه مستدلا بظاهر الآية فانه ليس فيها ما يدل على النصاب أصلا بخلاف كونه مالا محرزا فان لفظ السرقة يدل على ذلك لان أخذ المباح يسمى اصطيادا أو احتطابا لا سرقة وكذلك ما ليس بمحرز فاخذه لا يسمى سرقة لانعدام مسارقة عين الحافظ وقلنا معنى اسم السارق يدل على خطر الماخوذ لانه مشتق من السرقة وهي القطعة من الحرير فلا بد من التقدير بالمال الخطير محافظة على المفهوم اللغوي والتقدير بعشرة دراهم بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا في دينار او عشرة دراهم رواه الترمذي في جامعه عن ابن مسعود

(قوله لانه خطاب الشرع الخ) أقول فيه ان الخطاب للائمة لا للسراق (قوله لانه مشتق) أقول بالاشتقاق الكبير وفيه ما فيه (قوله من السرقة الخ) أقول لعل هذا مغالطة ناشئة من اشتراك اللفظ قال المصنف (غير ان الشافعي) أقول أنت خبير بانه لا يدل على اعتبار التقدير بربع دينار بل وجهه أمر آخر وهذا لدفع المخالفة بين الروايتين قال المصنف (وقد تأيد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم) أقول فيه انهم صرحوا بان ما يصلح علة لا يصلح مرجحا الصبي

(قوله وعند الشافعي رحمة الله تعالى عليه التقدير بربع دينار) وعند مالك رحمة الله تعالى عليه بثلاثة دراهم لا خلاف بينهما من حيث المعنى لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاثة دراهم كانت ربع الدينار وقال ابن أبي ليلى رحمه الله نصاب السرقة مقدر بخمسة دراهم وقال عكرمة رحمه الله بار بعة دراهم وعن أبي هريرة وأبي سعيد الخدري رضي الله عنهما بار بعين درهما وعند أصحاب الظواهر لا يعتبر النصاب فيه وقد نقل ذلك عن الحسن البصري رحمه الله (قوله وهو المتيقن به) روي في ثمن المجن ثلاثة دراهم روي أنه خمسة دراهم وعند الاختلاف في القيمة يؤخذ بالاقل كما اذا اختلف المقومون في القيمة يؤخذ بالاقل قلنا روى أيمن ابن أم أيمن وابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم أن المجن الذي قطعت اليد به على عهد رسول الله عليه السلام

وهى دارئة للحدود وقد تايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا تقطع الا فى دينار او عشرة دراهم

فى المستدرك عن مجاهد عن أيمن قال لم تقطع اليد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا فى ثمن المجن وثمنه يومئذ دينار وسكت عنه ونقل عن الشافعى أنه قال لمحمد بن الحسن رضى الله عنه هذه سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يقطع فى ربع دينار فصاعدا فكيف قلت لا تقطع اليد الا فى عشرة دراهم فصاعدا فقال قد روى شريك عن مجاهد عن أيمن بن أم أيمن أخى أسامة بن زيد لامه وان الشافعى أجاب بان أيمن ابن أم أيمن قتل مع رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين قبل أن يولد مجاهد قال ابن أبى حاتم فى المراسيل وسالت أبى عن حديث رواه الحسن بن صالح عن منصور عن الحكم عن عطاء ومجاهد عن أيمن وكان فقيها قال تقطع يد السارق فى ثمن المجن وكان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا قال أبى هو مرسل وأرى انه والد عبد الواحد بن أيمن وليس له صحبة وظهر بهذا القدر أن أيمن اسم للصحابى فهو ابن أم أيمن وانه استشهد مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بحنين واسم لتابعى آخر وقال أبو الحجاج المزى فى كتابه أيمن الحبشى مولى بنى مخزوم روى عن سعد وعائشة وجابر وروى عنه ابنه عبد الواحد ونقه أبو زرعة ثم قال أيمن مولى ابن الزبير وقيل مولى ابن أبى عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم فى السرقة الى أن قال وعنه عطاء ومجاهد قال النسائى ما أحسب ان له صحبة فقد جعله اسما لتابعيين وأما ابن أبى حاتم وابن حبان فجعلاهما واحدا فقال ابن أبى حاتم أيمن الحبشى مولى ابن أبى عمر روى عن عائشة وجابر روى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد قال سمعت أبى يقول ذلك وسئل أبو زرعة عن أيمن والد عبد الواحد فقال مكى ثقة وقال ابن حبان فى الثقات أيمن بن عبيد الحبشى مولى لابن أبى عمر المخزومى من أهل مكة روى عن عائشة وروى عنه مجاهد وعطاء وابنه عبد الواحد بن أيمن وكان أخا أسامة بن زيد لامه وهو الذى يقال له أيمن ابن أم أيمن مولاة النبى صلى الله عليه وسلم قال ومن زعم أن له صحبة فقد وهم حديثه فى القطع مرسل فهذا يخالف الشافعى وغيره ممن ذكر أن أيمن ابن أم أيمن قتل يوم حنين وانه صحابى حيث جعله من التابعين وهكذا فعل الدارقطنى فى سننه أيمن لا صحبة له وهو من التابعين ولم يدرك زمان النبى صلى الله عليه وسلم ولا الخلفاء بعده وهو الذى يروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ان ثمن المجن دينار روى عنه ابنه عبد الواحد وعطاء ومجاهد والحاصل انه اختلف فى أيمن راوى قيمة المجن هل هو صحابى أو تابعى ثقة فان كان صحابيا فلا اشكال وان كان تابعيا ثقة كما ذكره أبو زرعة الامام العظيم الشان وابن حبان فحديثه مرسل والارسال ليس عندنا ولا عند جماهير العلماء قادح بل هو حجة فوجب اعتباره وحينئذ فقد اختلف فى تقويم ثمن المجن أهو ثلاثة أو عشرة فيجب الاخذ بالاكثر هنا لايجاب الشرع الدرء ما أمكن فى الحدود ثم يقوى بما رواه النسائى أيضا بسنده عن ابن اسحق عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كان ثمن المجن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وأخرجه الدارقطنى أيضا وأخرجه هو وأحمد فى مسنده عن الحجاج بن ارطاة عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وكذا اسحق بن راهويه وروى ابن أبى شيبة فى مصنفه فى كتاب اللقطة عن سعيد بن المسيب عن رجل من مزينة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ما بلغ ثمن المجن قطعت يد صاحبه وكان ثمن المجن عشرة دراهم قال المصنف وتايد ذلك بقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم وهذا بهذا اللفظ موقوف على ابن مسعود وهو مرسل عنه رواه عبد الرزاق ومن طريقه الطبرانى فى معجمه وأشار اليه الترمذى فى كتابه الجامع فقال وقد روى عن ابن مسعود أنه قال لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم وهو مرسل رواه القاسم بن عبد الرحمن عن ابن مسعود والقاسم بن عبد الرحمن لم يسمع من ابن مسعود انتهى وهو صحيح لان الكل مارووه الا عن القاسم لكن فى مسند أبى حنيفة من رواية ابن مقاتل عن أبى حنيفة عن القاسم بن عبد الرحمن عن أبيه عن عبد الله بن مسعود قال كان قطع اليد على

كان يساوى عشرة والرجوع الى قولهم أولى لكونهم من جملة الغزاة وكانوا أعرف بقيمة المجن من غيرهم وليس هذا من جملة ما قال أن الاخذ بالاقل أولى لان فى قيمة المسروق انما يؤخذ بالاقل لدرء الحد وذلك يوجب

وقوله (واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا) بيان لقوله عشرة دراهم مضروبة واستدلال عليه بلفظ الدراهم المذكورة في الحديث والمراد بالكتاب القدوري وقوله (وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة ما يدل على أن المضروبة وغيرها سواء وكلامه ظاهر فان قلت روت عائشة رضي الله عنها أن يد السارق لم تقطع في عهد النبي صلى الله عليه وسلم الا في ثمن مجن جحفة أو ترس وروى مالك عن نافع عن عبد الله بن عمر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا في مجن ثمنه ثلاثة دراهم وقد أخذ به مالك رضي الله عنه وروت عمرة عن عائشة موقوفا ومرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقطع في ربع دينار فصاعدا وبه أخذ الامام الشافعي رضي الله عنه فما وجه دفع ذلك قلت مدلول الحديثين واحد لان قيمة الدينار كانت اثني عشر درهما وثلاث دراهم كانت ربع دينار ويعارضهما ما روى في السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع رجلا في مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه السلام لا قطع الا في دينار الحديث والى المعقول وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل بمذهبهما مع اشتماله على الاحتياط للدرء فوجب العمل به

(قوله الا في ثمن مجن جحفة) أقول بالتحريك بتقديم الحاء (قوله ولما تعارضا ولا مرجح صرنا الى اطلاق قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول فيه بحث اما أولا فلان قوله ولا مرجح ممنوع وأما ثانيا فلان شرحه لا يطابق المشروح الا ترى الى قول صاحب الهداية ان الاخذ بالاكثر في هذا الباب أولى الخ (قوله وهو ان العمل بمذهبنا يستلزم العمل الخ) أقول فيه بحث اذ ما ادعاه من الاستلزام غير ظاهر بل الظاهر عكس ذلك والجواب ان مراده العمل بمذهبنا عمل بالمتفق عليه دون مذهبهما فانه مختلف فيه وأدنى درجات الخلاف ايراث الشبهة فتامل قال المصنف (اشارة الى ان غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا) أقول فيه تامل فان المذكور في الحديث الذي رووه أصحابنا الا في دينار أو عشرة دراهم فما بالهم

واسم الدراهم ينطلق على المضروبة عرفا فهذا يبين لك اشتراط المضروب كما قال في الكتاب وهو ظاهر الرواية وهو الاصح رعاية لكمال الجناية حتى لو سرق عشرة تبرا قيمتها أنقص من عشرة مضروبة لا يجب القطع والمعتبر وزن سبعة مثاقيل لانه هو المتعارف في عامة البلاد وقوله أو ما يبلغ قيمته عشرة دراهم اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا ولا بد من حرز لا شبهة فيه لان الشبهة دارئة وسنبينه من بعد ان شاء الله

عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في عشرة دراهم وهذا موصول وفي رواية خلف بن ياسين عن أبي حنيفة انما كان القطع في عشرة دراهم وأخرجه ابن حرب من حديث محمد بن الحسن عن أبي حنيفة يرفعه لا تقطع اليد في أقل من عشرة دراهم فهذا موصول مرفوع ولو كان موقوفا لكان له حكم الرفع لان المقدرات الشرعية لا دخل للعقل فيها فالموقوف فيها محمول على الرفع (قوله واسم الدراهم) يعني في الحديث وهو قوله أو عشرة دراهم (ينطلق على المضروبة عرفا) فاذا أطلق بلا قيد فهو وجه اشتراط كونها مضروبة في القطع كما ذكره في القدوري (وهو ظاهر الرواية وهو الاصح) للظاهر من الحديث و (رعاية لكمال الجناية) لانها شرط العقوبة وشروط العقوبات يراعى وجودها على وجه الكمال ولهذا شرطنا الجودة حتى لو كانت زيوفا لا يقطع بها ولو نجوز بها لان نقصان الوصف بنقصان الذات وعن أبي يوسف يقطع بها اذا كانت رائجة (حتى لو سرق عشرة تبرا) أي فضة غير مضروبة صكوكة (قيمتها أقل من عشرة مصكوكة لا يجب القطع) على ظاهر المذهب وروى الحسن عن أبي حنيفة انه يقطع للاطلاق المذكور وأنت تعلم ان المطلق يقيد بالعرف والعادة (قوله والمعتبر وزن سبعة) يعني المعتبر في وزن الدراهم التي يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة (مثاقيل) كما في الزكاة وتقدم بحثنا فيها في الزكاة وهو أنه ينبغي أن يراعى أقل ما كان من الدراهم على ما قالوا وأما هنا فمقتضى ما ذكروه من أن الدراهم كانت في زمنه صلى الله عليه وسلم ثلاثة أصناف صنف وزن خمسة وصنف وزن ستة وصنف وزن عشرة أي يعتبر في القطع وزن عشرة فهذا مقتضى أصلهم في ترجيح تقدير المجن بعشرة بانه أدرأ للحد وما كان درءا كان أولى لا يقال هذا احداث قول ثالث لانا نقول لا نسلم فانه انما يكون ذلك اذا تحققنا أن كل من قدر نصاب القطع بعشرة قدر العشرة بوزن سبعة وهو ممنوع فان ممن نقل تقديره بعشرة سفيان الثوري وعطاء ولم ينقل تقديرهما بوزن سبعة فلا يتحقق لزوم القول الثالث ثم هذا البحث الزام على قولهم ان وزن سبعة لم يكن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فاما ان قيل كالشافعية انها كانت كذلك في زمنه صلى الله عليه وسلم فلا (قوله وقوله) أي قول القدوري (أو ما يبلغ قيمته عشرة اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بالدراهم وان كان ذهبا) حتى لو سرق دينارا قيمته أقل من عشرة لا يقطع ذكره في المحيط قال والمراد

أن يؤخذ بالاكثر ههنا لان معنى الدرء فيه وقد روي أن عمر رضي الله عنه أتي بسارق سرق توبا فامر بقطع يده فقال عثمان رضي الله عنه أن سرقته لا تساوي عشرة فامر بتقويمه فقوم بثمانية دراهم فدرء الحد عنه فدل أنه كان ظاهرا معروفا فيما بينهم أن النصاب يقدر بعشرة دراهم (قوله كما قال في الكتاب) أي القدوري وهو قوله أو ما تبلغ قيمته عشرة دراهم مضروبة (قوله وهو الاصح) احتراز عما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليهما ما يدل على أن المضروبة وغير المضروبة في ذلك سواء (قوله والمعتبر وزن سبعة) أي المعتبر عشرة دراهم بوزن سبعة مثاقيل لانه المتعارف في وزن الدراهم في عامة البلاد (قوله اشارة الى أن غير الدراهم تعتبر قيمته بها وان كان ذهبا) لا يقال ان الذهب منصوص عليه بقوله عليه السلام لا قطع الا في

تعالى قال (والعبد والحر فى القطع سواء) لان النص لم يفصل ولان التنصيف متعذر فيتكامل صيانة لاموال الناس (ويجب القطع باقراره مرة واحدة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقطع الا باقرار مرتين) وروى عنهما فى مجلسين مختلفين لانه احدى الحجتين فيعتبر بالاخرى وهى البينة كذلك اعتبرنا

قال (والعبد والحر فى القطع سواء) قدم ذكر العبد على الحر لكونه أهم لان عدم التساوى انما يتوهم من جهته وكلامه واضح (وبيان قوله ان السرقة ظهرت بالاقرار مرة) السرقة ظهرت بالاقرار مرة واحدة لانها تظهر بشهادة شاهدين وكل ما يظهر بشهادة شاهدين يظهر بالاقرار مرة واحدة كالقصاص وحد القذف وغيرهما وكل ما يظهر بالاقرار مرة واحدة يكتفى به فلا حاجة الى الزيادة واذا تلمحت هذا البيان وجدت الاعتراض بان الزنا أيضا يظهر بالاقرار مرة ساقطا

من الدينار المذكور أنه يقطع به فى الحديث ما يكون متقوما به لا قيمة الوقت أى يكون دينارا قيمته عشرة دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا فى الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لانه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع الا ان كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا اذا سرق فى بلد ما قيمته فيها عشرة فاخذ فى أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفى قول الطحاوى يعتبر وقت الاخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من وزن عشرة فضة تساوى عشرة مصكوكة لا يقطع لانه يخالف النص وهو قوله لا قطع الا فى دينار أو عشرة دراهم فى محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد الى النصاب المأخوذ وعليه ذكر فى التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند اذا سرق ثوبا لا يساوى عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا اذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فان كان يقطع لان القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا ترى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وان كان الكيس يساوى درهما ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وان يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا فى الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وان يخرج النصاب بمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع (قوله والعبد والحر فى القطع سواء لان النص لم يفصل) بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف (فيتكامل) وهذا لان الجناية موجبة للعقوبة (صيانة لاموال الناس) والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة ومالا كمل ضرورة والاهدر السبب فى حقه بخلاف الزنا فان له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر والمرقوق فى الجلد فحد على نصف حد الاحرار بقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الاحرار ابتداء بحيث لم يتناول الارقاء (قوله ويجب القطع باقراره مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد) ومالك والشافعى وأكثر علماء هذه الامة (وقال أبو يوسف لا يقطع الا بالاقرار مرتين) وهو قول أحمد وابن أبى ليلى وزفر وابن شبرمة وروى عن أبى يوسف اشتراط كون الاقرارين فى مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبى أمية المخزومى أنه صلى الله عليه وسلم أتى بلص قد اعترف ولم يوجد معه متاع فقال صلى الله عليه وسلم ما اخالك سرقت فقال بلى يا رسول الله فاعادها عليه الصلاة والسلام مرتين أو ثلاثا فامر به فقطع فلم يقطعه الا بعد تكرار اقراره وأسند الطحاوى الى على رضى الله عنه أن رجلا أقر عنده بسرقة مرتين فقال قد شهدت على نفسك شهادتين فامر به فقطع فعلقها فى عنقه وأما المعنى فالحاق الاقرار بها بالشهادة عليها فى العدد فيقال حد فيعتبر عدد الاقرار به بعدد الشهود نظيره الحاق الاقرار فى حد الزنا فى العدد بالشهادة فيه ولابى حنيفة ما أسند الطحاوى الى أبى هريرة فى هذا الحديث قالوا يا رسول الله أن هذا سرق فقال ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله قال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فاذهب به فقطع ثم حسم ثم أتى به الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له تب الى الله عز وجل فقال تبت الى الله عز وجل فقال تاب الله عليك فقد قطعه باقراره مرة وأما المعنى فعارض بحد القذف والقصاص وهو وان لم يكن حدا فهو فى معناه من حيث انه عقوبة

لم يعتبروا القيمة بالدينار مع تقدمه فى الذكر والاحتياط فيه للدرء أشد ولم يقوموا جنس الذهب بالدينار وجنس الفضة بالدراهم وغيرهما باحدهما اياما كان لم أقف على وجهه فى كتبهم الى الآن ولعل مستندهم ان تقويم المجن وقع بالدراهم فى الرواية التى أخذوا بها وفيه تامل وجواب ذلك مذكور فى الكافى فراجعه (قوله وجدت الاعتراض الى قوله ساقطا) أقول الاعتراض للسغناقى

دينار أو عشرة دراهم لانا نقول نعم قد ورد فى بعض الاخبار ذكر الدينار ولكنه لم يبلغ فى الشهرة مبلغ الدراهم وذكر شيخ الاسلام رحمة الله تعالى عليه أن بذكر العشرة تبين أن المراد بالدينار المتقوم بقيمة الشرع

في زنا ولهما ان السرقة قد ظهرت بالاقرار مرة فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف ولا اعتبار بالشهادة لان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيأ لانه لا تهمة و باب الرجوع في حق الحد لا ينسد بالتكرار والرجوع في حق المال لا يصح أصلا لان صاحب المال يكذبه واشتراط الزيادة في الزنا بخلاف القياس فيقتصر على مورد الشرع قال (ويجب بشهادة شاهدين) لتحقق الظهور كما في سائر الحقوق

(قوله ولا اعتبار بالشهادة) جواب عن قياس احدى المجتمعين بالاخرى ببيان الفارق وهو ما ذكر ان الزيادة تفيد فيها تقليل تهمة الكذب ولا تفيد في الاقرار شيأ لانه لا تهمة فيه وقوله (وباب الرجوع) جواب عما يقال انما يشترط التكرار لقطع احتمال الرجوع كما في الزنا وجه ذلك انه لو أقر مرارا كثيرة ثم رجع صح رجوعه في حق الحد لانه لا مكذب له فيه بخلاف الرجوع عن المال فان له فيه مكذبا وهو صاحب المال فلا يصح فظهر بهذا أن لا فائدة في تكرار الاقرار لا في حق القطع ولا في حق اسقاط ضمان المال بالاقرار وقوله (واشتراط الزيادة في الزنا) جواب عن قوله وكذلك اعتبرنا في الزنا

هكذا ظهر الموجب مرة (فيكتفى به كالقصاص وحد القذف) وأما قياسه على الشهادة فمع الفارق لان اعتبار العدد في الشهادة انما هو لتقليل التهمة ولا تهمة في الاقرار اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الاقرار الاول اما صادق فالثاني لا يفيد شيأ اذ لا يزداد صدقا واما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره فان قيل فائدته رفع احتمال كونه يرجع عنه أجاب المصنف بقوله و باب الرجوع في حق الحد لا ينتفي بالتكرار له أن يرجع بعد التكرار فيقبل في الحدود ولا يصح في المال رجوعه بوجه (لان صاحب المال يكذبه) فلا يقبل رجوعه وأما النظر المذكور أعني اشتراط كون الاقرار بالزنا متعددا كما في الشهادة به فلا نسلم أن ذلك بطريق القياس وكيف وحكم أصله وهو الزيادة في العدد معدول عن القياس فالواقع أن كلا من تعدد الشهادة وتعدد الاقرار في الزنا ثبت بالنص ابتداء لا بالقياس والله سبحانه وتعالى أعلم

(فروع) من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفي عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير و يضمن مائة درهم هذا اذا ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف ما لو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ لو ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين فوجب القطع وانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع و يضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنهما فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان (قوله ويجب بشهادة شاهدين كما في سائر الحقوق) وهذا باجماع

عشرة لا بقيمة الوقت لان باعتبار الوقت قد يبلغ الدينار ثلاثين أو أربعين فيصير في التقدير كأنه قال لا تقطع اليد الا في ثلاثين أو أربعين أو عشرة و بيان النصاب على هذا الوجه لا يستقيم فعلم أن المراد بالدينار الدينار المتقوم بالعشرة وقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع الا بالاقرار مرتين وهو أيضا قول ابن أبي ليلى وكذلك الخلاف في الاقرار بشرب الخمر وذكر بشر رجوع أبي يوسف الى قولهما قال القاضي الامام الزنجزي رحمه الله في تعليل هذه المسئلة على قولهما أن الاقرار في المرة الاولى ان كان يوجب القطع صح الكلام وتم المرام وان لم يوجب القطع يوجب الضمان بلا ريب فلما وجب الضمان باقراره الاول فلو وجب باقراره الثاني سقط الضمان الواجب والانسان لا يستقل باسقاط الضمان الواجب بقوله وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله يقول العجب من أبي يوسف رحمه الله ان شانه علا وارتفع بهذه المسئلة حين كان حامل الذكر كان في مجلس هارون الرشيد فاتي بسارق فقالوا للسارق أنت سرقت هذا المال فقال أنا أخذت هذا المال فاتفق الفقهاء من أهل المعالم أنه يقطع فقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع لانه ما أقر بالسرقة وانما أقر بالاخذ والاخذ يوجب الضمان دون القطع فخاروا وخجلوا وأقروا أن ما قاله حق لكن قالوا نسأله ثانيا فسألوه فقال نعم سرقت فقالوا الله أكبر الآن يقطع فقال أبو يوسف رحمه الله لا يقطع لان الضمان وجب عليه بالاقرار فاراد الآن أن يسقط الضمان عن نفسه فاقر أهل المعالم من الشيب والشبان أن الحق ما قاله وذكر في المبسوط تعليل محمد رحمه الله لم أقطعه في المرة الاولى ولم أقطعه في المرة الثانية لان المال صار دينا عليه بالاقرار الاول فهو بالاقرار الثاني يريد اسقاط الضمان عن نفسه بقطع يده فيكون متهما في ذلك فلا يقطع حينئذ وان كان المال

(و ينبغي أن يسالهما الامام عن كيفية السرقة) فيقول له كيف سرقت لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع فانه لا يقطع فيه عند أبي حنيفة ومحمد (وعن ماهيتها) لجواز أن يكون المأخوذ شيئا تافها ولا قطع فيه وهذا (١٢٧) مشكل لان ماهية السرقة على ما قدمنا لا يذكرها

وينبغي أن يسالهما الامام عن كيفية السرقة وماهيتها وزمانها ومكانها لزيادة الاحتياط كما مر في الحدود ويحبسه الى أن يسأل عن الشهود للتهمة

الائمة (قوله و ينبغي أن يسالهما الامام عن كيفية السرقة) أي كيف سرق لاحتمال كونه سرق على كيفية لا يقطع معها كأن نقب الجدار وأدخل يده فاخرج المتاع فانه لا يقطع على ظاهر المذاهب الثلاثة أو أخرج بعض النصاب ثم عاد وأخرج البعض الآخر أو ناول رفيقه على الباب فاخرجه و يسالهما (عن ماهيتها) فانها تطلق على استراق السمع والنقص من أركان الصلاة (وعن زمانها) لاحتمال التقادم وعند التقادم اذا شهدوا يضمن المال ولا يقطع على ما مر وتقدم أيضا ما أورد من أن التقادم ينبغي أن لا يمنع قبول الشهادة على القطع لان الشاهد لا يتهم في تاخيره لتوقفه على الدعوى وتقدم جوابه للمصنف ولقاضيخان و يسالهما عن المكان لاحتمال أنه سرق في دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسال القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا يسال المقر عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا وفي الكافي وعن المسروق اذ سرقة كل مال لا توجب القطع كما في الثمر والكمثرى وقدره لاحتمال كونه دون نصاب وعن المسروق منه لان السرقة من بعض الناس لا توجب القطع كذي الرحم المحرم ومن الزوج وقال في المبسوط لم يذكر محمد السؤال عن المسروق منه لانه حاضر يخاصم والشهود يشهدون على السرقة منه فلا حاجة الى السؤال عنه وأنت تعلم أن شهادتهم بانه سرق من هذا الحاضر وخصومة الحاضر لا يستلزم بيانهما النسبة من السارق ولا الدعوى تستلزم أن يقول سرق مالي وأنا مولاه أو وجده وانما يسال عن هذه الامور احتياطا للدرء واذا بينوا ذلك على وجه لا يسقط الحد فان كان القاضي عرف الشهود بالعدالة قطعه وان لم يكن يعرف حالهم حبس المشهود عليه حتى يعدلوا لانه صار متهما بالسرقة والتوثق بالتكفيل ممتنع لانه لا كفالة في الحدود وهنا نظر وهو أن اعطاء الكفيل بنفسه جائز وعلى قول أبي يوسف يجبر ولم يقع تفصيل في هذا الحكم أعني حبسه عند اقامة البينة حتى يزكوا ومقتضى ما ذكر من أنه يحبس بتهمة ما يوجب الحد لا التعزير بسبب أنه صار متهما بالفساد أنه لو صح التكفيل ينبغي أن لا يعدل عن حبسه بسبب ما لزمه من التهمة بالفساد في الارض ولذا ذكر في الفتاوى من يتهم بالقتل والسرقة يحبس و يخلد في السجن الى أن يظهر التوبة بخلاف من يبيع الخمر و يشتري و يترك الصلاة فانه يحبس و يؤدب ثم يخرج وفي التجنيس من علامة النوازل اص معروف بالسرقة وجد رجل يذهب في حاجته غير مشغول بالسرقة ليس له أن يقتله وله أن يأخذه وللامام أن يحبسه حتى يتوب لان الحبس زجر للتهمة مشروع واذا عدل الشاهدان والمسروق منه غائب لم يقطعه الا بحضرته وان كان حاضرا والشاهدان غائبان لم يقطع أيضا حتى يحضرا وكذلك في الموت

قائما بعينه رددته بعد الاقرار الاول قبل الاقرار الثاني فكيف يلزمه القطع بالاقرار بعد رد المال ألا ترى أن بالشهادة لا يلزمه القطع بعد رد المال فبالاقرار أولى (قوله و ينبغي أن يسالهما عن كيفية السرقة) فيقول كيف سرق لجواز أنه نقب البيت وأدخل يده وأخرج المتاع وفي هذا الوجه لا يقطع عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وماهيتها لانه مبهم الاسم محتمل فان من يستمع الى كلام الغير سرا يسمى سارقا قال الله تعالى الا من استرق السمع ومن لا يعتدل في الركوع والسجود يسمى سارقا قال عليه السلام ان أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته و زمانها أي فيما اذا ثبتت السرقة بالبينة فيسالهما الامام فيقول متى سرق لجواز أنه تقادم العهد وأنه مانع للقطع اذا ثبتت السرقة بالبينة وأما اذا ظهرت بالاقرار فلا يحتاج الامام الى السؤال عن الزمان لان تقادم الزمان لا يمنع صحة الاقرار كذا في المبسوط والمحيط (قوله ومكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب لانه لا يقام الحد على من باشر السبب في دار الحرب (قوله و يحبسه الى أن يسال عن الشهود)

الآحاد الفقهاء فيحتاج الى حضور الفقهاء شرطا لظهوره وفي ذلك سد باب القطع (وعن زمانها) فيما يثبت بالبينة لجواز تقادم العهد المانع عن القطع لوجود التهمة بخلاف ما اذا ثبت بالاقرار فان التقادم فيه ليس بمانع لعدمها فلا يسال عن الزمان فان قيل الشاهد في تاخير الشهادة هنا غير متهم لانه لا يقبل شهادته بدون الدعوى فينبغي أن لا يسال فيما اذا ثبت بالبينة كما لا يسال فيما اذا ثبت بالاقرار قلنا ان الجواب قد تقدم في باب الشهادة على الزنا (وعن مكانها) لجواز أنه سرق من غير الحرز أو في دار الحرب وقال في المحيط و يسالهما عن المسروق منه أيضا لجواز أن يكون المسروق منه ذا رحم محرم منه أو أحد الزوجين ولعله مستغنى عنه لان المسروق منه حاضر يخاصم والشهود تشهد بالسرقة منه فلا حاجة الى السؤال عن ذلك وقوله (و يحبسه) أي المشهود عليه لانه صار متهما بالسرقة فيحبس لما رو ينا أن رسول

(قوله لان المسروق منه حاضر يخاصم الخ) أقول فيه تامل قال المصنف (و يحبسه) أقول تعزيرا لا توثيقا قال الاتقاني بالنصب عطف على قوله أن يسالهما وانما يحبسه الى أن يسالوا عن عدالة الشهود لان التوثيق بالكفالة ليس بمشروع فيما بنيناه على الدرء انتهى وقد مر في أوائل الحدود ما يتعلق بالدرء فراجعه

قال (واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصابه أقل لا يقطع) لان الموجب سرقة النصاب ويجب على كل واحد منهم بجنايته فيعتبر كمال النصاب فى حقه

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد والزرنيخ والمغرة والنورة) والاصل فيه حديث عائشة قالت كانت اليد لا تقطع على عهد رسول الله عليه الصلاة

وهذا فى كل الحدود سوى الرجم ويمضى القصاص ان لم يحضروا استحسانا هكذا فى كافى الحاكم (قوله واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع وان أصاب أقل لا يقطع) ومعلوم تقييد قطعهم بما اذا لم يكن منهم أحد ذو رحم محرم من المسروق منه ولا صبى وعند مالك يقطعون وان لم يصب أحدهم نصاب بعد كون تمام المسروق ثلاثة دراهم لدخولهم تحت النص قلنا القطع لكل سارق بسرقته نصابا ولم يوجد فلا يجب الحد يعنى أنه وجد من كل منهم جناية السرقة وذلك لا يوجب القطع بمجرده بل حتى يكون ما سرقه نصابا والله أعلم

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

ما يقطع فيه هو المسروق وهو متعلق السرقة اذ هو محلها فهو ثان بالنسبة الى نفس الفعل فلذا أخره عن بيان السرقة وما يتصل بها (قوله لا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام) أى اذا سرق من حرز لا شبهة فيه بعد ان أخذوا حرز وصار مملوكا التافه والنفه الحقير الخسيس من باب لبس (كالخشب والحشيش والقصب والسمك والطير والصيد) برا أو بحرا (والزرنيخ والمغرة) وهو بفتح الغين المعجمة الطين الاحمر ويجوز اسكانها (والنورة) (قوله والاصل فيه حديث عائشة رضى الله عنها) هو ما رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه ومسنده حدثنا عبد الرحيم بن سليمان عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة قالت لم يكن السارق يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الشئ التافه زاد فى مسنده ولم يقطع فى أدنى من ثمن مجفة أو ترس ورواه مرسلا أيضا حدثنا وكيع عن هشام بن عروة عن أبيه وكذا رواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا ابن جريج عن هشام به وكذا اسحق بن راهويه أخبرنا عيسى بن يونس عن هشام ورواه ابن عدى فى الكامل مسندا أخرجه عن عبد الله بن قبيصة الفزارى عن هشام بن عروة عن عروة عن عائشة ولم يقل فى عبد الله هذا شيأ الا أنه قال لم يتابع عليه ولم أر للمتقدمين فيه كلاما فذكرته لابين ان فى رواياته نظرا ولا يخفى أن هذه المرسلات كلها حجة وقد تقدم وصله من حديث ابن أبى شيبة ومتابعة عبد الرحيم بن سليمان واذا عرف هذ

التهمة لانه لا يمكن التوثيق بالتكفيل لانه لا كفالة فى حقوق الله تعالى ويتمكن من القضاء قبل ظهور عدالة التهمة لان القطع يتعذر تلافيه عند وقوع الغلط فيه (قوله واذا اشترك جماعة فى سرقة فاصاب كل واحد منهم عشرة دراهم قطع) هذا اذا لم يكن بين هؤلاء السراق صبى أو مجنون فان كان واحد منهما بينهم درئ الحد عنهم فى قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصبى والمجنون وليا اخراج المتاع درئ الحد عنهم وان كان الذى ولى سواهما قطعوا الا الصبى والمجنون لان الحامل هو الاصل كذا فى الايضاح (قوله وان أصابه أقل لا يقطع خلافا لمالك رحمه الله) ولا يرد على هذا وجوب القصاص على جماعة قتلوا واحدا لان القتل بطريق التغالب غالب فاحتيج الى الشرع الزاجر لتقليله ولا كذلك سرقة مالا يصيب كل واحد منهم الا شئ قليل ولان ازهاق الروح غير متجزئ فيضاف الى كل واحد منهم كملا كولاية الانكاح للاولياء المستوين فى الدرجة والله أعلم بالصواب

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(قوله ولا قطع فيما يوجد تافها مباحا فى دار الاسلام) وما يوجد مباحا فى الاصل فى دار الحرب وهو عزيز يورث الشبهة لان الاموال كلها فى دار الحرب على الاباحة وتفاهة الشئ يعرف بالرجوع الى العرف فان

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

(قوله ولا يرد ما قيل) أقول القائل هو الاتقانى

الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا بالتهمة وقوله (واذا اشترك جماعة) ظاهر واستشكل بما اذا قتل جماعة واحدا فانهم يقتلون كلهم وان لم يوجد من كل واحد منهم القتل على الكمال وأجيب بان القصاص يتعلق باخراج الروح وهو لا يتجزأ فيضاف الى كل واحد منهم كملا والله أعلم

(باب ما يقطع فيه وما لا يقطع)

لما فرغ من ذكر تفسير السرقة وشروطها وما يتعلق بها ذكر فى هذا الباب مسروقا يوجب القطع ومسروقا لا يوجبه وان وجد فيه النصاب ولا يرد ما قيل كان الواجب أن يذكر قوله واذا اشترك جماعة فى سرقة فى هذا الباب لانه ان أصاب كل واحد منهم نصاب كان مما يقطع فيه وان أصابه أقل كان مما لا يقطع فيه لان هذا الباب لبيان ما يقطع فيه وما لا يقطع بعد وجود النصاب (قوله لا قطع فيما يوجد تافها) ظاهر والمغرة بالفتحات الثلاث الطين الاحمر وتسكين الغين فيه

لغة وقوله (وما يوجد جنسه) مبتدأ وقوله حقير خبره وقوله (بصورته) احتراز عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان فى سرقتها القطع وان كان أصلها من الخشب وأصل الحصير يوجد مباحا لتغيرها عن صورتها الاصلية بالصنعة المتقومة وقوله (غير مرغوب فيه) نصب على الحال وهو احتراز عن الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فانها تو جد مباحا فى دار الاسلام ولكنها مرغوب فيها وهو ظاهر المذهب وروى هشام عن محمد اذا سرقها على الصورة التى توجد مباحة وهى أن تكون مختلطة بالحجر والتراب لا يقطع وجه الظاهر أنها

والسلام فى الشئ التافه أى الحقير وما يوجد جنسه مباحا فى الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير تقل الرغبات فيه والطباع لا تضن به فقلما يوجد أخذه على كره من المالك فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لم يجب القطع فى سرقة مادون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ألا ترى أن الخشب يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز والطير يطير والصيد يفر وكذا الشركة العامة التى كانت فيه وهو على تلك الصفة تورث الشبهة والحديد يندرئ بها ويدخل فى السمك المالح والطرى وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا ولاطلاق قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع فى الطير

فقال المصنف (ما يوجد جنسه مباحا فى الاصل بصورته) أى الاصلية بان لم تحدث فيه صنعة متقومة (غير مرغوب فيه حقير) فيكون متناول النص فلا يقطع بالحديث المذكور والكتاب مخصوص بقاطع فجاز مطلقا وقوله (بصورته) ليخرج الابواب والاوانى من الخشب و (غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والفضة والصفر واليواقيت واللؤلؤ ونحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع فى كل ذلك وعلى هذا نظر بعضهم فى الزرنيخ فقال ينبغى أن يقطع به لانه يحرز ويصان فى دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف فى الوسمة والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه فى الدكاكين وقوله (تقل الرغبات فيه) يعنى فلا تتوفر الدواعى على استحصاله وعلى المعالجة فى التوصل اليه (ولا تضن به الطباع) اذا أحرز حتى أنه (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) ولا ينسب الى الجناية بناء على ان الضنة بها تعدم من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب قال المصنف (ولان الحرز فيها ناقص) فان الخشب بصورته الاولى يلقى على الابواب وانما يدخل فى الدار للعمارة لا للاحراز وذلك فى زماننا وأما فى زماننا فيحرز فى دكاكين التجار قال (والطير يطير) يعنى من شانه ذلك وبذلك تقل الرغبات فيه والوجه أن قوله والطير يطير من بيان نقصان الحرز الآن هذا الوجه قاصر عن جميع صور الدعوى (وكذا الشركة العامة التى كانت فيه) أى فى الصيد قبل الاحراز بقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه (وهو) حال كونه (على تلك الصفة) أى الاصلية (تورث) الشركة العامة فيه (شبهة) بعد الاحراز فيمتنع القطع والوجه أن يحمل على ان الشبهة العامة الثابتة فى الكل بالاباحة لاصلها ثابتة بالاجماع وأما قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء فى ثلاثة فانما يتناول الحشيش والقصب بلفظ الكلا ففيه قصور أيضا قال (ويدخل فى السمك المالح والطرى) وصوابه السمك الملح أو المملوح (وفى الطير الدجاج والبط والحمام لما ذكرنا) يعنى قوله والطير يطير فيقل احرازه عنه وأما قوله (ولاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى الطير) فحديث لا يعرف رفعه بل رواه عبد الرزاق بسند فيه جابر الجعفى عن عبد الله بن يسار قال أتى عمر بن عبد العزيز برجل سرق دجاجة فاراد أن

ليست بتافه جنسا فان كل من يتمكن من أخذه لا يتركه عادة وقوله (تقل الرغبات فيه) جملة استئنافية وقوله (والطباع لا تضن به) أى لا تبخل بفتح الضاد وهو الاصل وجاء بالكسر أيضا وقوله (فقلما يوجد أخذه على كره من المالك) أى قليل وجود لحوق الملالة بالمالك عند أخذ هذه الاشياء منه بل يرضى بالاخذ توقيا عن لحوق سمة خساسة الهمة وتغاديا عن نسبته الى دناءة الطبيعة فلا حاجة الى شرع الزواجر وقوله (والطير يطير والصيد يفر) يعنى لما كان الامر كذلك قلت الرغبة فلا تشرع الزواجر فى مثله وهو معطوف على قوله الخشب يلقى على الابواب وقوله (وكذا الشركة العامة التى كانت فيه) أى فيما يوجد جنسه مباحا (وهو على تلك الصفة) أى الصفة التى كان عليها وهى مشتركة يحترز به عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب كما ذكرنا (تورث الشبهة) أى شبهة الاباحة بعد احرازه (والحديد يندرئ

الانسان قد يترك الاخذ مع القدرة عليه وبعد اظهار الرغبة فيه عن الخساسة وكذا الضنة به تعدم من الخساسة وتفاهته من هذا الوجه يحل بخطره وقلة الخطر يمنع وجوب القطع كنقصان قدر النصاب (قوله بصورته) أى بخلقته الاصلية (قوله والطير يطير والصيد يفر) بيان نقصان الحرز (قوله وهو على تلك الصفة)

(١٧ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) بها) وفى التعبير بالشركة العامة اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم الناس شركاء فى ثلاثة فى الكلا والماء والنار وقوله (لما ذكرنا) يعنى قوله والطير يطير والصيد يفر والسمك المالح هو المقدد الذى فيه الملح

قال المصنف (غير مرغوب) أقول قال السكاكى وصاحب النهاية قوله غير بالنصب صفة لقوله مباحا وأما الشارح جعله حالا (قوله لحوق الملالة) أقول الظاهر أن يقال لحوق المشقة (قوله يعنى كان الامر كذلك الخ) أقول الاولى أن يقال ولما كان الامر كذلك كان فى حرزه نقصان فان قوله الا ترى ان الخشب الخ تنوير لنقصان الحرز

وعن أبي يوسف انه يجب القطع فى كل شئ الا الطين والتراب والسرقين وهو قول الشافعي والحجة عليهما ماذكرنا قال (ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم والفواكه الرطبة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع فى ثمر ولا كثر والكثر الجمار وقيل الودى وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع فى الطعام والمراد والله أعلم ما يتسارع اليه الفساد كاللهيا للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمر لانه يقطع فى الخنطة والسكر اجماعا وقال الشافعي يقطع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع فى ثمر ولا كثر فاذا آواه الجرين أو الجران قطع

يقطعه فقال له سلمة بن عبد الرحمن قال عثمان لا قطع فى الطير ورواه ابن أبي شيبة عن عبد الرحمن بن مهدي عن زهير بن محمد عن يزيد بن خصيفة قال أتى عمر بن عبد العزيز برجل قد سرق طيرا فاستفتى فى ذلك السائب ابن يزيد فقال ما رأيت أحدا قطع فى الطير وما عليه فى ذلك قطع فتركه عمر فان كان هذا مما لا مجال للرأي فيه فحكمه حكم السماع والا فتقليد الصحابي عندنا واجب لما عرف (قوله وعن أبي يوسف أنه يجب القطع فى كل شئ الا الطين والتراب والسرقين) وروى عنه الا فى الماء والتراب والطين والجص والمعازف والنبيذ لان ما سوى هذه أموال متقومة محرزة فصارت كغيرها والاباحة الاصلية زالت وزال أثرها بالاحراز بعد التملك (وهو قول الشافعي والحجة عليهما ماذكرنا) من حديث عائشة وثبوت الشبهة (قوله ولا قطع فيما يتسارع اليه الفساد كاللبن واللحم) والخبز أيضا ذكره فى الايضاح وشرح الطحاوي ولا فرق فى عدم القطع باللحم بين كونه مملوحا قديدا أو غيره (والفواكه الرطبة) وعن أبي يوسف يقطع بها وبه قال الشافعي لما روى عنه عليه الصلاة والسلام من رواية أبي داود والنسائي وابن ماجه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذي حاجة غير متخذ خبنة فلا شئ عليه ومن خرج بشئ منه فعليه غرامة مثله ومن سرق منه شيأ بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع أخرجه أبو داود عن ابن عجلان وعن الوليد بن كثير وعن عبيد الله بن الاخنس وعن محمد بن اسحق أربعتهم عن عمرو بن شعيب به وأخرجه النسائي أيضا من طريق ابن وهب عن عمرو بن الحرث وهشام بن سعد عن عمرو ابن شعيب به وفى رواية ان رجلا من مزينة سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجريسة التى تؤخذ من مراتعها فقال فيها ثمنها مرتين وضرب ونكال وما أخذ من عطنه ففيه القطع اذا بلغ ما يؤخذ من ذلك ثمن المجن قال يا رسول الله فالثمار وما أخذ منها فى أكمامها فقال من أخذ بفمه ولم يتخذ خبنة فليس عليه شئ ومن احتمل فعليه ثمنه مرتين وضرب ونكال وما أخذ من اجرانه ففيه القطع رواه أحمد والنسائي وفى لفظ ما ترى فى الثمر المعلق فقال ليس فى شئ من الثمر المعلق قطع الا ما آواه الجرين فما أخذ من الجرين فبلغ ثمن المجن ففيه القطع وما لم يبلغ ثمن المجن ففيه غرامة مثليه وجلدات ونكال ورواه الحاكم بهذا المتن وقال قال امامنا اسحق بن راهويه اذا كان الراوي عن عمرو بن شعيب ثقة فهو كأيوب عن نافع عن ابن عمر ورواه ابن أبي شيبة ووقفه على عبد الله بن عمرو قال ليس فى شئ من الثمار قطع حتى يأوي الجرين وأخرجه عن ابن عمر مثله سواء أجاب (بانه أخرجه على وفق العادة والذي يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع) لكن ما فى المغرب من قوله الجرين المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وجمعه جرن يقتضي أنه يكون فيه الرطب فى زمان وهو أول وضعه واليابس وهو الكائن فى آخر حاله فيه ثم ليس فى هذه الاحاديث لفظ الجران وكأنه وقع

احترازا عن الاواني والابواب المتخذة من الخشب فان فيها القطع (قوله والكثر الجمار) وهو شئ أبيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال هو حطب أو صغار النخل فقد أخطأ ذكره المطرزي والودي الصغار من النخل وقيل غصن يخرج من النخل فيقطع ويغرس (قوله لانه يقطع فى الخنطة والسكر اجماعا) هذا اذا سرق فى أيام الخصب أما المجاعة والقحط قال مشايخنا رحمهم الله لا يجب القطع بسرقة الطعام مطلقا من غير تفصيل بين المهيأ للاكل وغيره لانه يرخص له بتناول مال الغير بالقيمة عند المخمصة (قوله واذا آواه الجرين أو الجران) هذا

وقوله (والحجة عليهما ماذكرنا) يعني حديث عائشة وماذكر بعده والجمار شحم النخل وهو شئ أبيض يقطع من رؤس النخل ويؤكل والودي صغار النخل وقوله (كاللهيا للأكل) يعني مثل الخبز واللحم وأمثالهما لانه يقطع فى الخنطة والسكر بالاجماع اذا لم يكن العام عام مجاعة وقحط أما اذا كان فلا قطع سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أولا وقوله (كاللحم والثمر) اللحم راجع الى قوله كاللهيا للأكل منه والثمر راجع الى قوله وما فى معناه فكان كلامه لفا ونشرا (وقال الشافعي رضي الله عنه يقطع فيها) أي فيما ذكرنا من اللبن واللحم والفواكه الرطبة والطعام (والجرين) المربد وهو الموضع الذي يلقى فيه الرطب ليجف وقيل هو موضع يدخر فيه التمر (والجران) مقدم عنق البعير من مذبحه الى منحره والجمع جرن فجاز أن يسمى الجران المتخذ منه فكان المراد منه أحد الظرفين ويجوز أن يكون الشك

قلنا أخرجه على وفاق العادة والذى يؤويه الجرين فى عادتهم هو اليابس من الثمر وفيه القطع قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد) لعدم الاحراز (ولا قطع فى الاشربة المطربة) لان السارق

فى بعض الالفاظ الجران فذكره المصنف على الشك وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره والجمع جزن فجاز ان يسمى به ههنا الجراب المتخذ منه فكأنه قال حتى يؤويه المربد أو الجراب ثم المعنى من قوله حتى يؤويه الجرين أى المربد حتى يجف أى حتى يتم ايواء الجرين اياه فانه عند ذلك ينقل عنه ويدخل الحرز والافنفس الجرين ليس حرزا يجب القطع بالاخذ منه اللهم الا أن يكون له حارس يترصده والجواب انه معارض باطلاق قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع فى ثمر ولا كثر وقوله لا قطع فى الطعام أما الاول فرواه الترمذى عن الليث بن سعد والنسائى وابن ماجه عن سفيان بن عيينة كلاهما عن يحيى بن سعيد عن محمد بن يحيى بن حبان عن عمه واسع بن حبان ان غلاما سرق وديا من حائط فرفع الى مروان فأمر بقطعه فقال رافع بن خديج قال النبى صلى الله عليه وسلم لا قطع فى ثمر ولا كثر ورواه ابن حبان فى صحيحه مرتين فى القسم الاول وفى القسم الثانى قال عبد الحق هكذا رواه سفيان بن عيينة ورواه غيره ولم يذكروا فيه واسعا انتهى وكذا رواه مالك والحاصل انه تعارض الانقطاع والوصل والوصل أولى لما عرف أنه زيادة من الراوى الثقة وقد تلقت الامة هذا الحديث بالقبول فقد تعارضا فى الرطب الموضوع فى الجرين وفى مثله من الحدود يجب تقديم ما يمنع الحد درأ للحد ولان ما تقدم متروك الظاهر فانه لا يضمن المسروق بمثلى قيمته وان نقل عن أحد فعلماء الامة على خلافه لانه لا يبلغ قوة ثبوت كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فلا يصح عنه عليه الصلاة والسلام ذلك ففيه دلالة الضعف أو النسخ فينفرد هذا الحديث عن المعارض فبطل قول من قال يتقيد حديث الثمر والكثر بهذا التفصيل يعنى يفصل الحديث المذكور بين أن يأكله من أعلى النخل فلا شئ عليه أو يخرجه ففيه ضعف قيمته وجلدات نكال أو يأخذه من بيدره فيقطع والكثر الجمار وقيل هو الودى وهو صغار النخل وجزم فى المغرب انه خطأ وأما الحديث الثانى فاخرجه أبو داود فى المراسيل عن جرير بن حازم عن الحسن البصرى ان النبى صلى الله عليه وسلم قال انى لا أقطع فى الطعام وذكره عبد الحق ولم يعله بغير الارسال وأنت تعلم انه ليس بعلة عندنا فيجب العمل بموجبه وحينئذ يجب اعتباره فى غير محل الاجماع ولما كان الاجماع على انه يقطع فى الحنطة والسكر لزم ان يحمل على ما يتسارع اليه الفساد كالمهيأ للاكل منه وما فى معناه كاللحم والثمار الرطبة مطلقا فى الجرين وغيره هذا والقطع فى الحنطة وغيرها اجماعا انما هو فى غير سنة القحط وأما فيها فلا سواء كان مما يتسارع اليه الفساد أو لا لانه عن ضرورة ظاهر اوهى تبيح التناول وعنه عليه الصلاة والسلام لا قطع فى مجاعة مضطر وعن عمر رضى الله عنه لا قطع فى عام سنة (قوله ولا قطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة والطرب استخفاف العقل وما يوجب الطرب شدة حزن وجزع فيستخف العقل فيصدر منه مالا يليق كما تراه من صياح النكليات وضرب خدودهن وشق جيوبهن فيما لا يجدى نفعا ويسلب أجر مصيبتهن ثم يوجب لعنهن من الله تعالى ورسوله أو شدة سرور فيوجب ما هو معهود من الثمالى والمسئلة بلا خلاف اما عند الائمة الثلاثة فلانها كالخمر عندهم وعندنا ان كان الشراب خلوا فهو مما يتسارع اليه الفساد وان كان مرا فان كان خمرا فلا قيمة لها وان كان غيرها فللعلماء فى تقومه اختلاف فلم يكن فى معنى ما ورد به

تردد من الراوى فقد أشكل عليه لفظ النبى عليه السلام فقال هذا أو هذا والجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف كذا فى المغرب وجران البعير مقدم عنقه من مذبحه الى منحره فجاز أن يسمى به هنا الجراب المتخذ منه (قوله على وفاق العادة) يعنى انما ثبت القطع فيما أواه الجرين بناء على عادتهم أنهم كانوا لا يضعون فى الجرين الا اليابس فانصرف اللفظ الى اليابس فلا يكون حجة علينا لانا نقول بوجوب القطع فى اليابس (قوله ولا قطع فى الفاكهة على الشجر وان يبس ولا يقطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة وفى

من الراوى (قلنا أخرجه على وفاق العادة) فان فى عادتهم أن الجرين لا يؤوى الا اليابس من الثمر وفيه القطع فى الرواية المشهورة قال (ولا قطع فى الفاكهة على الشجر والزرع) وكان هذا معلوما من قوله والفاكهة الرطبة لكن أعاده تمهيدا لقوله والزرع الذى لم يحصد لعدم الاحراز فيها (ولا قطع فى الاشربة المطربة) أى المسكرة قال فى الصحاح الطرب خفة تصيب الانسان لشدة حزن أو سرور وفسر السكر فى أصول الفقه بانه غلبة سرور فى العقل فالتقيا فى معنى السرور فلذلك استعير الاطراب للاسكار قال الامام الثمرتاشى لا قطع فى الاشربة المطربة المسكرة وهو يؤذن بصحة تفسير المطربة بالمسكرة

يتناول فى تناولها الاراقة ولان بعضها ليس بمال وفى مالية بعضها اختلاف فتحقق شبهة عدم المالية قال (ولا فى الطنبور) لانه من المعازف (ولا فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية) وقال الشافعى يقطع لانه مال متقوم حتى يجوز بيعه وعن أبى يوسف مثله وعنه أيضا انه يقطع اذا بلغت الحلية نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ووجه الظاهر أن الآخذ يتناول فى أخذه القراءة والنظر فيه ولانه لا مالية له على اعتبار المكتوب واحرازه لاجله لا للجلد والاوراق والحلية وانما هى توابع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تربو على النصاب (ولا قطع فى أبواب المسجد) لعدم الاحراز فصار كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها ولا يحرز بباب المسجد ما فيه حتى لا يجب القطع بسرقة متاعه

وقوله (لان بعضها ليس بمال) أى بمال متقوم كالخمر (وفى مالية بعضها اختلاف) يعنى كالمنصف والباذق وماء الذرة والشعير لانها عند أبى حنيفة رضى الله عنه متقومة خلافا لهما وانما قيد الاشربة بكونها مطربة لما انه ذكر فى الايضاح ويقطع فى الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد كذا فى النهاية ونقل الناطفى عن كتاب المجرد عن أبى حنيفة رضى الله عنه انه قال لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة (ولا فى الطنبور لانه من المعازف) والمعازف آلات اللهو التى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب قوله (ولا فى سرقة المصحف) ظاهر

النص من المال المتقوم فلا يلحق به فى موضع وجوب الدرء بالشبهة ولان السارق يحمل حاله على أنه يتناول فيها الاراقة فتثبت شبهة الاباحة بازالة المنكر وفى سرقة الاصل يقطع بالخل ونقل الناطفى من كتاب المجرد قال أبو حنيفة لا قطع فى الخل لانه قد صار خمرا مرة وفى نوادر ابن سماعة رواية على بن الجعد لا قطع فى الرب والجلاب (قوله ولا فى الطنبور) ونحوه من آلات اللاهى بلا خلاف أيضا لعدم تقومها حتى لا يضمن متلفها وعند أبى حنيفة وان ضمنها لغير اللهو الا أنه يتناول آخذه للنهى عن المنكر والمعازف جمع المعزف وهى آلة اللهو (قوله ولا فى سرقة المصحف وان كان عليه حلية وقال الشافعى) ومالك وهو رواية عن أحمد (يقطع) وهو رواية عن أبى يوسف فيما اذا بلغت حليته نصابا وفى رواية أخرى عنه يقطع مطلقا لانه مال محرز يباع ويشرى ولان ورقه مال وبما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص وفى رواية أخرى عن أحمد ان أخذه يتناول القراءة لازالة الاشكال لا يقطع (ووجه الظاهر أن الآخذ يتناول فى أخذه القراءة والنظر فيه) ولان المالية للتبع وهى الحلية والاوراق لا للمتبوع وهو المكتوب (واحرازه لاجله) والآخذ أيضا يتناول أخذه لاجله لا للتبع (ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر وقيمة الآنية تزيد على النصاب) لا يقطع وكمن سرق صبيا وعليه حلى كثير لا يقطع لان المقصود ليس المال قال فى المبسوط الا ترى انه لو سرق ثوبا لا يساوى عشرة ووجد فى جيبه عشرة مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبى يوسف عليه القطع فى الاحوال كلها لان سرقته تمت فى نصاب كامل ولكنا نقول ان السارق انما قصد اخراج ما يعلم به أدون مالا يعلم به واذا كان عالما بالدراهم فقصده أخذ الدراهم بخلاف ما اذا لم يعلمها فان قصده الثوب وهو لا يساوى نصابا وقد تقدم فى مثله أنه ان كان الثوب مما يجعل وعاء عادة للدراهم قطع والا لا وهنا ردد بين العلم وعدمه فالحاصل أنه يعتبر ظهور قصد المسروق فان كان الظاهر قصد النصاب من المال قطع والا لا وعلى هذا فمسئلة العلم بالمصر وروعدمه صحيح الا أن كونه يعلم أولا يعلم وهو المدار فى نفس الامر لا يطلع عليه ولا يثبت الا بالاقرار وما تقدم هو ما اذا لم يقر بعلمه بما فى الثوب فانه لا يقطع حتى يكون معه دلالة القصد اليه وذلك بان يكون كيسا فيه الدراهم فلا يقبل قوله لم أقصد لم أعلم (قوله ولا قطع فى أبواب المسجد لعدم الاحراز) وقال الشافعى يقطع وبه قال ابن القاسم صاحب مالك لانه محرز باحراز مثله وكذا يقطع عندهم فى باب الدار فقياسه عليه من رد المختلف الى المختلف والوجه ما قلنا ولا شك فى انه اما ليس محرزا أو فى حرزه شبهة اذ هو باد للغادى والرائح ومعها ينتفى الحد على أن المصنف لم يذكر ذلك فى مقام نصب الخلاف ليلزمه ذلك بل أثبته لنفسه على أصوله فانه لم ينصب خلافا وانما يعترض بذلك لو نصب الخلاف وأفاد المصنف فى أثناء المسئلة أنه لا قطع بسرقة متاع المسجد لحصره وقناديله لعدم الحرز وكذا لا يقطع فى أستار الكعبة وهو قول مالك وأحد والاصح من

(قوله والمعازف آلات اللهو) أقول بالعين المهملة قال المصنف (ولا يقطع فى سرقة العبد الصغير) أقول فيه بحث لانه يمكن أن يتناول فى أخذه اسكانه كما فى الحر الصغير فتامل فى جوابه

الايضاح ويقطع فى الخل لانه لا يتسارع اليه الفساد (قوله ولان بعضها ليس بمال) أى بمتقوم كالخمر (قوله وفى مالية بعضها اختلاف) كالمنصف والباذق وفى المغرب المعازف آلات اللهو التى يضرب بها الواحد عزف رواية عن العرب واذا أفرد المعزف فهو نوع من الطنابير تتخذه أهل اليمن (قوله وقيمة الآنية تربو على النصاب وكذا اذا كانت مساوية للنصاب) الصليب شئ مثلث كالتمثال تعبده النصارى والشطرنج بكسر

قال (ولا الصليب من الذهب ولا الشطرنج ولا النرد) لانه يتناول من أخذها الكسر نهيا عن المنكر بخلاف الدرهم الذى عليه التمثال لانه ما أعد للعبادة فلا تثبت شبهة اباحة الكسر وعن أبى يوسف انه ان كان الصليب فى المصلى لا يقطع لعدم الحرز وان كان فى بيت آخر يقطع لكمال المالية والحرز (ولا قطع على سارق الصبى الحر وان كان عليه حلى) لان الحر ليس بمال وما عليه من الحلى تبع له ولانه يتناول فى أخذه الصبى اسكاته أو حمله الى مرضعته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلى هو نصاب لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره وعلى هذا اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم كى لا يكون فى يد نفسه

(والصليب) شئ مثلث كالتمثال يعبده النصارى (والشطرنج) بكسر الشين (والنرد) معروفان ولا قطع فيها وان كانت من ذهب أو فضة وقوله (ان كان الصليب فى المصلى) أى فى موضع صلاة النصارى وهو معبدهم وقوله (وما عليه من الحلى تبع) لا يقال يجوز أن يكون مقصوده من الاخذ هو الحلى فلا يكون تابعا لانه لو كان ذلك مقصوده لاخذ الحلى وترك الصبى وقوله (لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره) معناه سرق ما يجب فيه القطع وما لا يجب وضم ما لا يجب فيه القطع الى ما يجب فيه القطع لا يسقطه كما لو سرق ثوبا خلقا لا يساوى نصابا وفيه عشرة دراهم مضروبة وقوله (وعلى هذا اذا سرق اناء فضة)

قول الشافعى لانه لا مالك له وبهذا الوجه ينتفى القطع فى باب المسجد (قوله ولا فى صليب من الذهب أو الفضة ولا الشطرنج) ولو كان من ذهب وهو بكسر الشين بوزن قرطعب (ولا النرد) لانه يتناول من أخذها الكسر أى اباحة الاخذ للكسر (نهيا عن المنكر) فلا يجب الاضمان ما فيه من المالية والصليب ما هو بهيئة خطين متقاطعين ويقال لكل جسم صلب (وعن أبى يوسف ان كان الصليب فى مصلاهم) أى معابدهم (لا يقطع لعدم الحرز) لانه بيت ماذون فى دخوله وان كان فى يد رجل فى حرز لا شبهة فيه يقطع لانه مال محرز على الكمال وجوابه ما ذكرنا من تاويل الاباحة وهو عام لا يخص غير الحرز وهو المسقط (قوله ولا قطع على سارق الصبى الحر وان كان عليه حلى) يبلغ نصابا وقيد بالحر ليخرج العبد على ما سيأتى والحلى بضم الحاء المهملة جمع حلى بفتحها ما يلبس من ذهب أو فضة أو جوهر (وقال أبو يوسف يقطع اذا بلغ ما عليه نصابا لانه يجب القطع بسرقته وحده فكذا مع غيره والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم) فلو كان يمشى ويتكلم ويميز لا يقطع اجماعا لانه فى يد نفسه فكان أخذه حداعا ولا قطع فى الخداع وحيث لم يذكر الحاكم فى الكافى الخلاف عن أصحابنا ومن ذكره كصاحب المختلف ذكر أنه ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف يقطع قيل كان ينبغى للمصنف أن يقول وعن أبى يوسف والا أوهم انه مذهبه المعول عليه عنده وليس كذلك وقال مالك والحسن والشعبى يقطع بسرقة غير المميز الحر لانه كالمال وجه الظاهر أن الصبى اذا كان كما ذكرنا يكون هو المقصود بالاخذ دون ما عليه والاخذ ما عليه وتركه وهو ليس بمال ولا قطع الا باخذ المال فلا يقطع وان كان اثمه وعقابه أشد من سارق المال ففى الحديث القدسى عن رب العزة جل جلاله ثلاثة أنا خصمهم يوم القيامة رجل أعطى بى ثم غدر ورجل باع حرا فاكل ثمنه ورجل استاجر أجيرا فاستوفى منه عمله ولم يوفه أجره لكن القطع الذى هو العقوبة الدنيوية لم يثبت عليه شرعا وأما التاويل الذى ذكره من قصد تسكينه أو ابلاغه الى مرضعته فبعيد بعد فرض تحقق سرقته الظاهر منها خلافه (وعلى هذا الخلاف اذا سرق اناء فضة فيه نبيذ أو ثريد) أو كلبا عليه قلادة فضة يقطع على رواية أبى يوسف وهو قول الائمة الثلاثة ولابى حنيفة ومحمد ان الاناء تابع واذا لم يجب فى المتبوع القطع لم يجب فى التابع واعتقادى وجوب القطع فى الاناء المعين ذهبيته وان كان فيه ما كان فان تبعيته باعتبار ما فيه لا باعتبار القصد بالاخذ اليه بل الظاهر أن كلا منهما أصل مقصود بالاخذ بل القصد اليه أظهر منه الى ما فيه لانه يتوصل بماليته الى أضعاف ما فيه والمانع من القطع انما هو التبعية فى قصد الاخذ لا اعتبار غيره ولا ظاهر يفيده وما يوافق ما ذكرناه ما فى التجنيس من

الشين على وزن جردحل وفى الذخيرة ولا قطع فى سرقة الشطرنج وان كان من ذهب والنرد يكون كذلك (قوله وان كان الصليب فى المصلى) هو موضع الصلاة أو الدعاء والمراد به هنا موضع صلاة النصارى وهو معبدهم (قوله وما عليه من الحلى تبع له) وقال أيضا فى المبسوط ألا ترى أنه لو سرق ثوبا لا يساوى عشرة دراهم ووجد فى جيبه عشرة دراهم مضروبة ولم يعلم بها لم أقطعه وان كان يعلم بها فعليه القطع وعن أبى يوسف رحمه الله أن عليه القطع فى الاحوال كلها الان سرقته قد تمت فى نصاب كامل (قوله والخلاف فى صبى لا يمشى ولا يتكلم كى لا يكون فى يد نفسه) حتى لو كان يمشى ويتكلم لا نقطع اجماعا لان له يدا على نفسه

(ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) لانه غصب أو خداع و يقطع فى سرقة العبد الصغير) لتحققها بحدها الا اذا كان يعبر عن نفسه لانه هو والبالغ سواء فى اعتبار يده وقال أبو يوسف لا يقطع وان كان صغيرا لا يعقل ولا يتكلم استحسانا لانه آدمى من وجه مال من وجه ولهما انه مال مطلق لكونه منتفعا به أو بعرض أن يصير منتفعا به الا انه انضم اليه معنى الآدمية (ولا قطع فى الدفاتر كلها) لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال (الا فى دفاتر الحساب) لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الكواغد قال (ولا فى سرقة كلب ولا فهد) لان من جنسها يوجد مباح الاصل

علامة العيون سرق كوزا فيه عسل وقيمة الكوز تسعة وقيمة العسل درهم يقطع وكذا اذا سرق حمارا يساوى تسعة وعليه أكاف يساوى درهما بخلاف ما لو سرق قمقمة فيها ماء يساوى عشرة لانه سرق ماء من وجه وهو نظير ما تقدم من المبسوط فيمن سرق ثوبا يساوى عشرة مصر وروعليه عشرة قال يقطع اذا علم أن عليه مالا بخلاف ما اذا لم يعلم (قوله ولا قطع فى سرقة العبد الكبير) يعنى العبد المميز المعبر عن نفسه بالايجاب الا اذا كان نائما أو مجنونا أو أعجميا لا يميز بين سيده و بين غيره فى الطاعة فحينئذ يقطع ذكر الاستثناء ابن قدامة ولم يذكره مشايخنا بل نصوا على انه لا قطع فى الآدمى الذى يعقل سواء كان نائما أو مجنونا أو أعجميا وقالوا هو ليس بسرقة بل اما غصب أو خداع (و يقطع فى سرقة العبد الصغير) الذى ليس كذلك بالاجماع لانه مال متقوم هكذا حكى الاجماع ابن المنذر مع أن أبا يوسف قال استحسن ان لا أقطعه لانه مال من وجه آدمى من وجه فصار كونه آدميا شبهة فى ماليته فيندرئ الحد فالدفع منهما بد أن يتسلط على هذه النكتة فسوق استدلالهما كما قيل ولهما أن حقيقة السرقة وهو أخذ مال معتبر خفية من حرز لا شبهة فيه مع باقى الشروط قد وجدت فيجب القطع غير واف بالمقصود وقول المصنف (ولهما أنه مال مطلق لانه منتفع به) ان كان يمشى و يعقل (أو بعرض أن يصير منتفعا به) ان كان بخلاف ذلك أحسن منه لتضمن لفظ مطلق منع أن يكون ما ليته شبهة وانضمام معنى الآدمية اليه لا يوجبها بعد صدق معنى المال الكامل عليه كيف وهو من أعز الاموال عند الناس وما فيه من المالية يصيره كامل فيما ليس بمال فسارقه كسارق درة نفيسة فيما ليس بمال ولو قال قائل بل المعنى على القلب وهو سرقة ما ليس بمال فيما هو مال لم يبعد فيقتصر على منع ثبوت الشبهة فى ماليته بما قلنا (قوله ولا قطع فى الدفاتر كلها لان المقصود ما فيها وذلك ليس بمال الا فى دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ) لانه لا يستفيد الآخذ به نفعا (فكان المقصود الكواغد) و يدخل فى عموم ولا يقطع فى الدفاتر كلها الكتب المشتملة على علم الشريعة كالفقه والحديث والتفسير وغيرها من العربية والشعر وقد اختلف فى غيرها فقيل ملحقة بدفاتر الحساب فيقطع فيها وقيل بكتب الشريعة لان معرفتها قد تتوقف على اللغة والشعر والحاجة وان قلت كفت فى ابراث الشبهة ومقتضى هذا انه لا يختلف فى القطع بكتب السحر والفلسفة لانه لا يقصد ما فيها لاهل الديانة فكانت سرقة صرفا ولان عدم القطع بالحاقها بالكتب الشرعية وليست اياها اذ لا تتوقف معرفة الشريعة على ما فيها بخلاف كتب الادب والشعر ويمكن فى كتب الحساب والهندسة عدم القطع وعند الائمة الثلاثة يقطع بالكل من كتب الشريعة وغيرها لانها مال متقوم وأنت سمعت ما به الدفع (قوله ولا فى سرقة كلب ولا فهد) بالاجماع خلافا لاشهب قرين ابن القاسم فانه قال عدم القطع فى المنهى عن اتخاذه أما فى المأذون فى اتخاذه ككلب الصيد والماشية فيقطع وقلنا هو مباح الاصل و بحسب الاصل هو

ظاهر (والدفاتر) جمع دفتر وهى الكراريس ولا قطع فيها كلها سواء كانت للتفسير أو للحديث أو للفقه لان المقصود منها ما فيها وذلك ليس بمال الا فى دفاتر الحساب لان ما فيها لا يقصد بالاخذ فكان المقصود هو الاوراق وهو مال متقوم فاذا بلغ قيمته نصابا يقطع وعموم كلامه يشعر بان دفاتر الاشعار كدفاتر الفقه فى عدم وجوب القطع لكونها محتاجا اليها لمعرفة اللغة ومعانى القرآن والحاجة وان قلت كفت لابراث الشبهة ومن الناس من ألحقها بدفاتر الحساب لكونها غير محتاج اليها فى معرفة أحكام الشرع (ولا قطع فى سرقة كلب ولا فهد)

قال المصنف (الا أنه انضم اليه معنى الآدمية) أقول والانضمام غير التبعية فتامل

وعلى ما هو تابع له فكان أخذه خداعا (قوله ولا قطع فى الدفاتر كلها) أما كتب الفقه والاحاديث والتفسير فهى كالمصحف من وجه وان كانت أشياء مكروهة فهى كالطنبور (قوله الا فى دفاتر الحساب) والمراد دفاتر مضى حسابها الان ما فيها لا يقصد بالاخذ وانما المقصود الكواغد فتقطع ان بلغت نصابا واختلفوا فى كتب الادب فقيل هى ملحقة بدفاتر الحساب من حيث انه لا يحتاج اليها فى معرفة أحكام الشرع وقيل ملحقة بالفقه والتفسير لان معرفتهما تتوقف عليها

غير

وهو ظاهر (ولا في دف ولا طبل) والدف بضم الدال وفتحها الذي يلعب به وهو نوعان مدور ومربع والمراد بالطبل طبل اللهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف فيه المشايخ واختار الصدر الشهيد عدم وجوب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن فيه الشبهة وقوله (لان عندهما لا قيمة لها) بدليل ان متلفه لا يضمنه (وعند أبي حنيفة) وان كان يجب الضمان على المتلف فهي متقومة لكن (آخذها يتأول الكسر فيها) فكان ذلك شبهة (والساج) خشب يجلب من الهند (والقنا) بالكسر جمع قناة وهي خشبة الرمح (والآبنوس) بمد الهمزة وفتح الباء معروف وقوله (ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام) وانما قيده بدار الاسلام لان الاموال كلها باقية على الاباحة في دار الحرب وقوله (واذا اتخذ من الخشب أوان) فرق بين العمل المتصل بالخشب والعمل المتصل بالحشيش بغلبة الصنعة على الاصل ففي الخشب تغلب الصنعة على الجنس فتخرجه عن الجنس المباح بازدياد يحصل في قيمته ويعززه بحيث انهم يتخذونه في الحرز وأما في الحشيش فليس كذلك ولهذا يغرمونه في غير الحرز حتى لو غلب الصنعة على الاصل كالحصر البغدادية يجب القطع وقوله (وانما يجب القطع) أي في الابواب (في غير المركب) بالجدار أما اذا كانت مركبة في الجدار فقلعها فاخذها فانه لا يقطع لان القطع انما يكون في مال محرز لا فيما يحرز به وما في البيت من المتاع فانما يحرز بالابواب المركبة فلا تكون محرزة قيل هذا في الباب البراني وأما في الباب الثاني في الداخل ففيه القطع لانه محرز بالبراني وقوله (وانما يجب اذا كان خفيفا) ظاهر

غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة (ولا قطع في دف ولا طبل ولا بربط ولا مزمار) لان عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة آخذها يتأول الكسر فيها (ويقطع في الساج والقنا والآبنوس والصندل) لانها أموال محرزة لكونها عزيزة عند الناس ولا توجد بصورتها مباحة في دار الاسلام قال (ويقطع في الفصوص الخضر والياقوت والزبرجد) لانها من أعز الاموال وأنفسها لا توجد مباح الاصل بصورتها في دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة (واذا اتخذ من الخشب أوان وأبوابا قطع فيها) لانه بالصنعة التحق بالاموال النفيسة ألا ترى أنها تحرز بخلاف الحصير لان الصنعة فيه لم تغلب على الجنس حتى يبسط في غير الحرز وفي الحصر البغدادية قالوا يجب القطع في سرقتها لغلبة الصنعة على الاصل وانما يجب القطع في غير المركب وانما يجب اذا كان خفيفا لا يثقل على الواحد حمله لان الثقيل منه لا يرغب

(غير مرغوب فيه ولان الاختلاف بين العلماء ظاهر في مالية الكلب فاورث شبهة) فيها (قوله ولا قطع في دف ولا طبل ولا برابط ولا مزمار) وكذا جميع آلات اللهو (لان عندهما لا قيمة لها وعند أبي حنيفة يتأول في اخذها الكسر) وفي دال الدف الضم والفتح واختلف في طبل الغزاة فقيل لا يقطع به واختاره الصدر الشهيد لانه يصلح للهو وان كان وضعه لغيره وقيل يقطع لانه مال متقوم ليس موضوعا للهو فليس آلة لهو (قوله ويقطع في الساج والقنا والآبنوس) وهو بفتح الباء فيما سمع (والصندل) والعود الرطب لان كل هذه ليست مباحة في دار الاسلام وهو المعتبر فاما كونها توجد مباحة في دار الحرب فليس فيه شبهة في سقوط القطع لان سائر الاموال حتى الدنانير والدراهم مباحة في دار الحرب ومع هذا يقطع فيها في دارنا وروى هشام عن محمد لا قطع في العاج ما لم يعمل وكذا نقل البقالي عن محمد في الآبنوس والظاهر القطع كما ذكرنا ومقتضى النظر عدم القطع في العاج لما قيل من نجاسة عين الفيل فانه ينفي مالية العاج فتلك الشبهة في المالية (ويقطع في الفصوص) النفيسة (والزبرجد لانها من أعز الاموال ولا توجد مباحة الاصل في دار الاسلام فصارت كالذهب) (قوله واذا اتخذ من الخشب أوان وأبوابا قطع فيها لانه) أي الخشب (بالصنعة التحق بالاموال النفيسة) ولهذا تحرز (بخلاف الحصير لان الصنعة لم تغلب على الجنس) لتنقطع ملاحظته بها فلم تخرج بها من كونها تافها بين الناس (حتى ان الحصير يبسط في غير الحرز) وكذا القصب المصنوع يوارى بخلاف الخشب فانه غلبت الصنعة فيه على الاصل فقطع فيما اتصلت به منه حتى لو غلبت في الحصر أيضا قطع فيها كالحصر البغدادية والعبدانية في ديار مصر والاسكندرانية وهي العبدانية ويقطع عند الائمة الثلاثة بالحصر مطلقا هذا وفي عيون المسائل سرق جلود السباع المدبوغة لا يقطع فاذا جعلت مصلى أو بساطا يقطع هكذا قال محمد لانها اذا جعلت ذلك خرجت من ان تكون جلود السباع لانها أخذت اسما آخر اه وهذا ظاهر في ان غلبة الصنعة التي ينقطع حكم الجنس بها ان يتجدد لها اسم وعلت عدم القطع

(قوله ولا يقطع في دف ولا طبل) هذا اذا كان طبل لهو وأما طبل الغزاة فقد اختلف المشايخ في وجوب القطع فيه واختار الصدر الشهيد رحمه الله أنه لا يجب القطع لانه كما يصلح للغزو يصلح لغيره فتمكن الشبهة كذا في المحيط (قوله الساج) شجر يعظم جدا قالوا لا ينبت الا في بلاد الهند والقنا بالقصر جمع قناة وهي خشبة الرمح والآبنوس بفتح الباء (قوله وانما يجب القطع في غير المركب) أراد به تركيب الباب على الجدار أي انما يجب القطع بسرقة الابواب اذا كانت محرزة في البيت غير معلقة بموضع الباب من الجدار فانها اذا كانت معلقة لا يجب القطع بسرقتها

(قوله وقوله لان عندهما لا قيمة لها بدليل ان متلفه لا يضمنه) أقول أي يدل عدم تضمين المتلف عندهما على ان مذهبهما ذلك يعني لا قيمة لهذه الاشياء عندهما فلا يقطع

فى سرقته (ولا قطع على خائن ولا خائنة) اقصور فى الحرز (ولا منتهب ولا مختلس) لانه يجاهر بفعله كيف وقد قال عليه الصلاة والسلام لا قطع فى مختلس ولا منتهب ولا خائن

فى الحصر التى ليست بنفيسة مع تجدد اسم آخرلها فليكن ذلك لنقصان احرازها حيث كانت تبسط فى غير الحرز أولان شبهة التغاهة فيها كما قالوا انه لا يقطع فى الحلى لذلك ولا يقطع فى الآجر والفخار لان الصنعة لم تغلب فيها على قيمتها وظاهر الرواية فى الزجاج أنه لا يقطع لانه يسرع اليه الكسر فكان ناقص المالية وعن أبى حنيفة يقطع كالخشب اذا صنع منه الاوانى ثم انما يقع فى الباب المصنوع من الخشب اذا كان غير مركب على الجدار بل موضوع داخل الحرز أما المركب فلا يقطع به عندنا فصار كسرقة ثوب بسط على الجدار الى السكة وغير المركب لا يقطع به اذا كان ثقيلا لا يحمله الواحد لانه لا يرغب فيه ونظر فيه بان ثقله لا ينافى ماليته ولا ينقصها فانما تقل فيه رغبة الواحد لا الجماعة ولو صح هذا امتنع القطع فى فردة حمل من قماش ونحوه وهو منتف ولذا أطلق الحاكم فى الكافى القطع فى كتاب الجامع وفى الشامل فى كتاب المبسوط وقدمر أن عند الائمة الثلاثة يقطع فى باب الدار لانه مال متقوم ومحرز بحرز مثله فيه وحرز حائط الدار بكونه مبنيا فيها اذا كانت فى العمران وما كان حرز النفسه يكون حرز الغيره وهذا عندنا ممنوع ولو اعتبر مثله أمكن اعتبار الحرز فى كل شئ (قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة الخ) وهما اسما فاعل من الخيانة وهو أن يؤتمن على شئ بطريق العارية أو الوديعة فيأخذه ويدعى ضياعة أو ينكر أنه كان عنده وديعة أو عارية وعلله بقصور الحرز لانه قد كان فى يد الخائن وحرزه لاحرز المالك على الخلوص وذلك لان حرزه وان كان حرز المالك فانه أحرزه بايداعه عنده لكنه حرز مأذون للسارق فى دخوله (قوله ولا منتهب) لانه مجاهر بفعله لا مختف فلا سرقة فلا قطع (وكذا المختلس) فانه المختطف للشئ من البيت ويذهب أو من يد المالك وفى سنن الاربعة من حديث جابر عنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع قال الترمذى حديث حسن صحيح وسكت عنه ابن القطان وعبد الحق فى أحكامه وهو تصحيح منهما وتعليل أبى داود مرجوح بذلك وقد حكى الاجماع على هذه الجملة لكن مذهب اسحق بن راهويه ورواية عن أحمد فى جاحد العارية انه يقطع لما فى الصحيحين من حديث عائشة رضى الله عنها ان امرأة كانت تستعير المتاع وتجحده فامر النبى صلى الله عليه وسلم بقطعها وجماهير العلماء أخذوا بهذا الحديث وأجابوا عن حديث عائشة بان القطع كان عن سرقة صدرت منها بعد أن كانت أيضا متصفة مشهورة بجحد العارية فعرفتها عائشة بوصفها المشهور فالمعنى امرأة كان وصفها جحد العارية فسرقت فامر بقطعها بدليل ان فى قصتها ان اسامة بن زيد شفع فيها الحديث الى ان قال فقام عليه الصلاة والسلام خطيبا فقال انما اهلك من كان قبلكم بانهم كانوا اذا سرق فيهم الشريف تركوه واذا سرق فيهم الضعيف قطعوه وهذا بناء على انها حادثة واحدة لامرأة واحدة لان الاصل عدم التعدد وللجمع بين الحديثين خصوصا وقد تلقت الامة الحديث الآخر بالقبول والعمل به فلو فرض انهم لم تسرق على ما أخرجه أبو داود عن الليث حدثنى يونس عن ابن شهاب قال كان عروة يحدث ان عائشة قالت استعارت امرأة منى حليا على ألسنة أناس يعرفون ولا تعرف هى فباعته فاخذت فاتى بها النبى صلى الله عليه وسلم فامر بقطع يدها وهى التى شفع فيها اسامة بن زيد وقال فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قال كان حديث جابر مقدما ويحمل القطع بجحد العارية على النسخ وكذا الوحمل على انهما واقعتان وانه عليه السلام قطع امرأة بجحد المتاع وأخرى بالسرقة يحمل على نسخ القطع بالعارية بما قلنا وفى سنن ابن ماجه حدثنا أبو بكر بن أبى شيبة حدثنا عبد الله بن نمير حدثنا محمد بن اسحق عن محمد بن طلحة بن ركانة عن أمه عائشة بنت مسعود بن الاسود عن أبيها قال لما سرقت المرأة تلك القطيفة من بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أعظمنا

(قوله ولا قطع على خائن ولا خائنة) وهو أن يخون المودع مافى يده من الشئ المأمون والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من اليد بسرعة جهرا

وقوله (ولا قطع على خائن) الخيانة هو أن يخون المودع مافى يده من الشئ المأمون والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من ظاهر بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة جهرا والوجه ماذكره فى الكتاب وهو واضح

(ولا

(ولا قطع على النباش) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى عليه القطع لقوله عليه السلام من نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه ولهما قوله عليه السلام لا قطع على المختفى وهو النباش بلغة أهل المدينة ولان الشبهة تمكنت فى الملك لانه لا ملك للميت حقيقة ولا للوارث لتقدم حاجة الميت وقد تمكن الخلل فى المقصود وهو الانزجار لان الجناية فى نفسها نادرة الوجود

ذلك وكانت امرأة من قريش فجئنا النبى صلى الله عليه وسلم نكلمه فيها وقلنا نحن نفديها بار بعين أوقية فقال صلى الله عليه وسلم تطهر خيرا لها فاتينا أسامة بن زيد فقلنا له كلم لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما كلمه قال ما اكثاركم على فى حد من حدود الله والذى نفسى بيده لو كانت فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها قال ابن سعد فى الطبقات هذه المرأة هى فاطمة بنت الاسود بن عبد الاسود وقيل هى أم عمرو بنت سفيان بن عبد الاسد أخت عبد الله بن سفيان (قوله ولا قطع على النباش) وهو الذى يسرق أكفان الموتى بعد الدفن (وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف) وباقى الائمة الثلاثة (عليه القطع) وهو مذهب عمر وابن مسعود وعائشة ومن العلماء أبو ثور والحسن والشعبى والنخعى وقتادة وحماد وعمر بن عبد العزيز وقول أبى حنيفة قول ابن عباس والثورى والاوزاعى ومكحول والزهرى ثم الكفن الذى يقطع به ما كان مشروعا فلا يقطع فى الزائد على كفن السنة وكذا ما ترك معه من طيب أو مال ذهب وغيره لانه تضييع وسفه فليس محرزا وفى الوجيز فى الزائد على العدد الشرعى وجهان ثم الكفن للوارث عندهم فهو الخصم فى القطع وان كفنه أجنبى فهو الخصم لانه له لهم قوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه) وهو حديث منكر وانما أخرجه البيهقى وصرح بضعفه عن عمران بن يزيد بن البراء بن عازب عن أبيه عن جده وفى سنده من يجهل حاله كبشر بن حازم وغيره ومثله الحديث الذى ذكره المصنف (لا قطع على المختفى قال وهو النباش بلغة أهل المدينة) أى بعرفهم وأما الآثار فقال ابن المنذر روى عن ابن الزبير انه قطع نباشا وهو ضعيف ذكره البخارى فى تاريخه ثم أعله بسهيل بن ذكوان المكى قال عطاء كنا نتهمه بالكذب وبمائله أثر عن ابن عباس رواه ابن أبى شيبة وفيه مجهول قال حدثنا شيخ لقيته بمنى عن روح بن قاسم عن مطرف عن عكرمة عن ابن عباس قال ليس على النباش قطع وأما ما رواه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن أبى يحيى الاسلمى قال أخبرنى عبد الله بن أبى بكر عن عبد الله بن عامر بن ربيعة انه وجد قوما يختفون القبور باليمن على عهد عمر بن الخطاب فكتب فيهم الى عمر فكتب عمر رضى الله عنه أن اقطع أيديهم فاحسن منه بلا شك ما رواه ابن أبى شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن معمر عن الزهرى قال أتى مروان بقوم يختفون أى ينبشون القبور فضربهم ونفاهم والصحابة متوافرون اه وأخرجه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا معمر به وزاد وطوف بهم وكذا أحسن منه بلا شك ما روى ابن أبى شيبة حدثنا حفص عن أشعث عن الزهرى قال أخذ نباش فى زمن معاوية وكان مروان على المدينة فسأل من بحضرته من الصحابة والفقهاء فاجمع رأيهم على أن يضرب ويطاف به اه وحينئذ لا شك فى ترجيح مذهبنا من جهة الآثار وأما من جهة المعنى فلهم ما ذكره المصنف بقوله (ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما المالية فظاهر وأما الحرز فلان القبر حرز للميت وثيابه تبع له فيكون حرزا لها أيضا وقد سمى النبى صلى الله عليه وسلم القبر بيتا فى حديث أبى ذر حيث قال له النبى صلى الله عليه وسلم كيف انت اذا أصاب الناس موت يكون البيت فيه بالوصيف يعنى القبر قلت الله ورسوله اعلم أو ما خار الله لى ورسوله قال صلى الله عليه وسلم عليك بالصبر وقد بوب أبو داود عليه فقال باب قطع النباش قال ابن المنذر واستدل به أبو داود لانه

(قوله محرز بحرز مثله) قال الطحاوى رحمه الله حرز كل شئ يعتبر بحرز مثله حتى أنه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق ثوبا من اصطبل لا يقطع وكذا لو سرق الشاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لا يقطع ومسئلة النباش اختلف الصحابة رضى الله عنهم فيها فعمر وعائشة وابن مسعود وابن الزبير رضى الله عنهم قالوا بوجوب القطع على النباش وابن عباس رضى الله عنهما كان يقول بوجوب القطع على النباش وقال ابن عباس لا قطع عليه وقد اتفق على ذلك من بقى من الصحابة فى عهد مروان على ما روى أن نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا فيه شيأ فعزره أسوأ طا ولم يقطعه وبه أخذ أبو حنيفة ومحمد وبالاول أخذ أبو يوسف والشافعى (لقوله صلى الله عليه وسلم ومن نبش قطعناه ولانه مال متقوم محرز بحرز مثله فيقطع فيه) أما أنه مال متقوم فلا شبهة فيه فان الباس الثوب للميت لا يخرجه عن التقوم وأما أنه محرز فلانه ليس بمضيع الا ترى أن الاب والوصى اذا كفنا الصبى من ماله لا يضمنان وما لا يكون محرزا يكون مضيعا وفيه الضمان وأما قوله (بحرز مثله) بحرف الجر فلما بينه الطحاوى حرز كل شئ معتبر بحرز مثله حتى انه اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق لؤلؤة من الاصطبل لم يقطع واذا سرق شاة من الحظيرة يقطع ولو كان فيها ثوب فسرقه لم يقطع لان الشاة لا تحرز باحصن منها اذا كان بابها بحيث يمنع اخراج الشاة دون دخول الآدمى واخراج سائر الاموال وقوله (ولهما) أى لابى حنيفة ومحمد

وكلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

وقوله (وان كان القبر في بيت مقفل) بسكون القاف من أقفل الباب وقوله (فهو على الخلاف في الصحيح) بيانه ما قال في المبسوط واختلف المشايخ فيما اذا كان القبر في بيت مقفل ثم قال والاصح عندي أنه لا يجب القطع سواء كان نبش القبر للكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لان بوضع القبر فيه اختل صفة الحرز في ذلك البيت فان لكل أحد من الناس تأويلا بالدخول فيه لزيارة القبر وكذلك اختلفوا فيما اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت فمنهم من قال يقطع لانه محرز بالقافلة قال شمس الائمة والاصح عندي أنه لا يجب القطع لاختلال صفة المالكية والمملوكية في الكفن من الوجه الذي قررناه وقوله (لما بيناه) اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم لا قطع على المختفي والمعقول وهو قوله لانه لا مالك للميت حقيقة وقوله (ولا يقطع السارق من بيت المال) ظاهر وقوله (لما قلنا) اشارة الى ما يفهم من قوله لانه مال العامة وهو منهم فانه يفهم من ذلك أن للسارق فيه حقا ولما قلنا

ومار واه غير مرفوع أو هو محمول على السياسة وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح لما قلنا وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بيناه (ولا يقطع السارق من بيت المال)

سمي القبر بيتا والبيت حرز والسارق من الحرز يقطع ولانه حرز مثله لان حرز كل شئ ما يليق به فحرز الدواب بالاصطبل والدرة بالحق والصندوق والشاة بالحظيرة فلو سرق شيئ منها من شئ منها قطع ولو سرق الدرة من اصطبل أو من حظيرة لا يقطع ألا ترى ان الوصي اذا كفن صبيا من ماله لا يضمن لو رثته شيأ فلو لم يكن محرزا كان تضييعا موجبا للضمان فكان أخذ الكفن من القبر عين السرقة والجواب أولا منع الحرز لانه حفرة في الصحراء ماذون للعموم في المرور به ليلا ونهارا ولا غلق عليه ولا حارس متصد لحفظه فلم يبق الا مجرد دعوى أنه حرز تسمية ادعائية بلا معنى وهو ممنوع ولزوم التضييع لو لم يكن حرزا ممنوع بل لو لم يكن مصروفا الى حاجة الميت والصرف الى الحاجة ليس تضييعا فلذا لا يضمن ولو سلم فلا ينزل عن أن يكون في حرزيته شبهة وبه ينتفي القطع ويبقى ثبوت الشبهة في كونه مملوكا وفي ثبوت الحال في المقصود من شرعية الحد وهو ما اقتصر عليه المصنف زيادة فكل منهما يوجب الدرء أما الاول فلان الكفن غير مملوك لاحد لا للميت لانه ليس أهلا للملك ولا للوارث لانه لا يملك من التركة الا ما يفضل عن حاجة الميت ولذا يقطع بسرقة التركة المستغرقة لانها ملك للغرماء حتى كان له أن يأخذها بحقه فان صح ما قلنا من أنه لا مالك فيه لاحد لم يقطع والا فتحققت شبهة في مملوكيته بقولنا فلا يقطع به أيضا بل نقول تحقق قصور في نفس مالية الكفن وذلك لان المال ما يجري فيه الرغبة والضنة والكفن ينفر عنه كل من علم أنه كفن به ميت الا نادرا من الناس وأما الثاني فلان شرع الحد للانزجار والحاجة اليه لما يكثر وجوده فاما ما يندر فلا يشرع فيه لوقوعه في غير محل الحاجة لان الانزجار حاصل طبعا كما قلنا في عدم الحد بوطء البهيمة وأما الاستدلال بتسميته بيتا فبعد لان اطلاقه اما مجازا فان البيت ما يحوطه أربع حوائط توضع للبيت وليس القبر كذلك على أن حقيقة البيت لا يستلزم الحرز فقد يصدق مع عدم الحرز أصلا كالمسجد ومع الحرز مع نقصان وهو كثير ومع الحرز التام فمجرد تسميته بيتا لا يستلزم القطع خصوصا في مقام وجوب درئه ما أمكن بل يجب حمله على بعض المصداقات التي لا حد معها والله سبحانه أعلم وهذا في القبر الكائن في الصحراء بلا خلاف عندنا أما لو كان القبر في بيت مقفل فقيل يقطع به لوجود الحرز والصحيح أنه على الخلاف فلا يقطع عندنا وان وجد الحرز للموانع الاخر من نقصان المالية وعدم المملوكية والمقصود من شرعه (وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة وفيه الميت لما بينا) من تحقق الحال في المالية وما بعدها هذا ولو اعتاد اص ذلك للامام أن يقطعه سياسة لاحد او هو محمل مار وه ولو صح (قوله ولا يقطع السارق من بيت المال) و به قال الشافعي وأحمد والنخعي والشعبي وقال مالك يقطع وهو قول حماد وابن المنذر لظاهر الكتاب

لا قطع عليه واتفق عليه من بقي في عهد مروان من الصحابة على ما روي أن نباشا أتى به مروان فسال الصحابة عن ذلك فلم يثبتوا له فيه شيأ فعزره أسوأ طا ولم يقطعه وبهذا تبين فساد من يستدل بالآية لايجاب القطع عليه فان اسم السارق لو كان يتناوله مطلقا لما احتاج مروان الى مشاورة الصحابة مع النص وما اختلفوا على خلاف النص كذا في المبسوط (قوله ومار واه غير مرفوع) قيل انه من كلام زياد (قوله أو هو محمول على السياسة) ألا ترى أنه قال في ذلك الحديث من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه وهو محمول على السياسة فكذا هذا وللامام رأي فيمن اعتاد ذلك وان كان القبر في بيت مقفل فهو على الخلاف في الصحيح سواء نبش الكفن أو سرق مالا آخر من ذلك البيت لاختلال الحرز بوضع الميت فيه اذ لكل أحد تأويل الدخول زيارة وكذا اذا سرق من تابوت في القافلة (قوله لما بينا) أي من اختلال صفة المالية والمملوكية والحرز (قوله لما قلنا) من أن له فيه شركة وهي تورث الشبهة

(قوله من أقفل الباب) أقول ولا يقال قفل الا اذا كثرت الابواب لان التفعيل للتكثير ومثله أغلق الباب وغلق الابواب (قوله بيانه ما قال في المبسوط الخ) أقول أي بيان قوله في الصحيح حيث يفهم منه أن من علمائنا من قال ليس هذا على الخلاف (قوله وقوله لما بينا اشارة الى قوله عليه الصلاة والسلام الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال لما بيناه من الادلة من الجانبين لانه

(قول الفتح أما مجازا) لم يذكر لها مقابلا فتامل اه من هامش نسخة العلامة البحراوي

اشارة اليه قال (والحال والمؤجل فيه) أى فى عدم القطع (سواء) أما اذا كان حالا فظاهر وأما اذا كان مؤجلا فلان التاجيل ليس الا لتاخير المطالبة وأما نفس وجوب الدين فثابت قبل المطالبة أيضا والقياس أن يقطع لانه سرق مالا يباح له الاخذ كما لو سرق من

لانه مال العامة وهو منهم قال (ولا من مال للسارق فيه شركة) لما قلنا (ومن له على آخر دراهم فسرق منه مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فيه سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة) وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه (وان سرق منه عروضا قطع) لانه ليس له ولاية الاستيفاء منه الا بيعا بالتراضى وعن أبى يوسف انه لا يقطع لان له ان ياخذه عند بعض العلماء قضاء من حقه أو رهنا بحقه قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك درئ عنه الحد لانه ظن فى موضع الخلاف ولو كان حقه دراهم فسرق منه دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيل لا يقطع لان النقود جنس واحد (ومن سرق عينا فقطع فيها فردها ثم عاد

ولانه مال محرز ولا حق له فيه قبل الحاجة (ولنا أنه مال العامة وهو منهم) وعن عمر وعلى مثله وعن ابن مسعود فيمن سرق من بيت المال قال أرسله فما من أحد الا وله فى هذا المال حق (ولا يقطع من مال للسارق فيه شركة) بان يسرق أحد الشريكين من حرز الآخر مالا مشتركا بينهما (لما قلنا) من أن للسارق فيه حقا (قوله ومن له على آخر دراهم فسرق مثلها لم يقطع لانه استيفاء لحقه والحال والمؤجل فى عدم القطع سواء استحسانا لان التاجيل لتاخير المطالبة) والقياس أن يقطع لانه لا يباح له أخذه قبل الاجل وجه الاستحسان أن ثبوت الحق وان تاخرت المطالبة يصير شبهة دارئة وان كان لا يلزمه الاعطاء الآن (وكذا لو سرق أكثر من حقه) لا يقطع (لان بالزيادة يصير شريكا فى ذلك المال) بمقدار حقه ولا فرق بين كون المديون المسروق منه مماطلا أو غير مماطل خلافا للشافعى فى تفصيله بين المماطل وغير المماطل فلا يقطع به وغير المماطل فيقطع ولو أخذ من غير جنس حقه فان كان حقه دراهم أو دنانير فاخذ عروضا قطع لانه ليس له أخذها اللهم الا أن يقول أخذتها رهنا بديني فلا يقطع (وعن أبى يوسف لا يقطع لان له أن ياخذه عند بعض العلماء نقل عن ابن أبى ليلى) قضاء لحقه أو رهنا به (قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر) فلا يصير شبهة دارئة الا ان ادعى ذلك (وان كان دراهم فاخذ دنانير) أو على القلب اختلف فيه (قيل يقطع) لانها لا تصير قصاصا بحقه وانما يقع بيعا فلا يصح الا بالتراضى فليس له أخذها (وقيل لا يقطع) للمجانسة بينهما من حيث الثمنية و يقطع لو سرق حليا من فضة ودينه دراهم ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض لان حق الاخذ حينئذ لهما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغيره ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع (قوله ومن سرق عينا فقطع فيها فردها) بان كانت قائمة (ثم عاد

(قوله والحال والمؤجل فيه سواء) أى فى عدم القطع والقياس فى المؤجل القطع لانه لا حق له فى أخذ شئ من ماله قبل حلول الاجل وفى الاستحسان لا قطع لان التاجيل لا يسقط أصل الدين بتمكن من أخذ مثل حقه وأكثر مما فيه أنه استعجل ما كان مؤخرا من حقه ومثل هذا الاخذ لا ينفك عن شبهة فلا يوجب القطع (قوله لان له ان ياخذ عند بعض العلماء) وهو قول ابن أبى ليلى لوجود المجانسة باعتبار المالية ومن العلماء من يقول ياخذه رهنا بحقه (قوله حتى لو ادعى ذلك) بان قال انما أردت أن آخذه رهنا بحقى أو قضاء بحقى درئ الحد بشبهة اختلاف العلماء (قوله قيل يقطع) وهكذا نص القدورى فى شرحه لانه ليس له حق الاخذ لانهما جنسان مختلفان ألا ترى أنه لو وكل رجلا ليشترى له شيئا بدنانير فاشترى له بدراهم أو على القلب يصير مخالفا (قوله وقيل لا يقطع) وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهو الصحيح لان النقود فى حكم جنس واحد ولهذا يكمل أحدهما بالآخر فى باب الزكاة وقد قال أبو حنيفة رحمه الله أن للامام أن يتبادل أحد النقدين بالآخر بغير رضا المديون لقضاء حقه وكذا فى شراء ما باع بمنزلة جنس واحد حتى لا يصح

الاصح (لان النقود جنس واحد) كما فى الزكاة والشفعة وقوله (ومن سرق عينا) ظاهر

لانه علة لكونه على الخلاف ووجه ما ذكره الشارحون هو حمل قوله على الخلاف على معنى أنهما يخالفان أبا يوسف والشافعى ولا توافقانهما قال المصنف (ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير) أقول كان الانسب ذكر هذه المسئلة مقدما على قوله وان سرق منه عروضا الا أنه لم يستحسن

خلاف جنسه ووجه الاستحسان أن الاخذ ان لم يكن مستحقا لكان الاجل كان له شبهة الاخذ وهى كافية للدرء وقوله (وكذا اذا سرق زيادة على حقه) ظاهر وقوله (لان له أن ياخذه عند بعض العلماء) يريد به ابن أبى ليلى فانه يقول وان ظفر بخلاف جنس حقه كان له أن ياخذه لوجود المجانسة باعتبار صفة المالية ومن العلماء من يقول له أن ياخذه رهنا بحقه واختلاف العلماء يورث الشبهة (قلنا هذا القول لا يستند الى دليل ظاهر) القياس أن لا ياخذ جنس حقه فى الدين الحال لان حقه فى الوصف فى الحقيقة وهذا عين لكن تركناه فيه لقلة التفاوت بينهما ولا كذلك خلاف الجنس لفحش التفاوت فلا يترك القياس (ولا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادعى ذلك) أى أنه أخذه قضاء لحقه أو رهنا به (درئ الحد عنه) لان فعله فى موضع الاجتهاد لا ينفك عن شبهة وان كان هو مخطئا فى ذلك التاويل عندنا وقوله (ولو كان حقه دراهم) ظاهر وقوله (وقيل لا يقطع) قيل هو

وقوله (لان الثانية متكاملة كالاولى) وجه التشبيه هو أن المتاع بعدرده على المسروق منه فى حق السارق كعين أخرى فى حكم الضمان حتى لو غصبها أو أتلفها كان ضامنا فكذلك فى حكم القطع لما أنه مال معصوم كامل المقدار أخذ من حرز لا شبهة فيه وبهذه

فسرقها وهى بحالها لم يقطع) والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى لقوله عليه السلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولان الثانية متكاملة كالاولى بل أقبح لتقدم الزاجر وصار كما اذا باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد ان شاء الله تعالى وبالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه بخلاف ما ذكر لان الملك قد اختلف باختلاف سببه

فسرقها وهى بحالها لم يقطع والقياس أن يقطع وهو رواية عن أبى يوسف وهو قول الشافعى) ومالك وأحمد (لقوله صلى الله عليه وسلم فان عاد فاقطعوه) فيما روى الدارقطنى من حديث أبى هريرة بطريق فيه الواقدى عنه عليه الصلاة والسلام اذا سرق السارق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله اليسرى الحديث (ولان السرقة الثانية مثل الاولى) فى سببية القطع (بل أفحش) لان العود بعد الزاجر أقبح وصار كما اذا باعه المالك من السارق ويخص أبا يوسف أن المسروق عاد تقومه بالرد الى المالك ولهذا يضمن السارق لو أتلفه بعد الرد فتمت سببية القطع كما لو سرق غيره أو سرقه هو من غيره (وصار كما لو باعه المالك من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة) فانه يقطع اتفاقا (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل فى حق السارق (و بالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة أنها ساقطة نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب) للسقوط (وهو القطع) فان كل واحد من هذه يوجب بقاء السقوط الذى تحقق بالقطع فحيث عادت العصمة وانتفى السقوط بعد تحققه كان مع شبهة عدمه فيسقط بها الحد بخلاف ما لو سرقه غيره لان السقوط ليس الا بالنسبة الى المقطوع يده لا سواه فيقطع و بخلاف صورة البيع المذكورة من السارق وسرقة السارق اياه من غيره لان فيهما تبدل الملك وتبدل الملك يوجب تبدل العين حكما كما عرف من حديث بريرة من قوله عليه الصلاة والسلام هو عليها صدقة ولنا منها هدية مع أنه عين اللحم مع أن مشايخ العراق على أنه لا يقطع فى صورة تبدل الملك بالشراء فلنا أن نمنعه فلا يتم القياس عليه وعند مشايخ بخارى يقطع لتبدل العين حكما وجوابه ما قلنا وأيضا فتكرر الجناية بعد قطع يده نادر وتقدم أن ما يندر وجوده لا يشرع فيه عقوبة دنيوية زاجرة فانها حينئذ تعرى عن المقصود وهو تقليل الجناية اذ هى قليلة بالغرض فلم تقع فى محل الحاجة وصار كما لو قذف شخصا فحده ثم قذفه بعين ذلك الزنا بان قال انا باق على نسبتى اليه الزنا الذى

(قوله من غير فصل) أى بين أن يسرق الشئ المسروق أولا أو غيره (قوله ولان الثانية متكاملة كالاولى) لانه سرق من حرز لا شبهة فيه كما فى المرة الاولى ولهذا السبب يلزمه القطع فى المرة الاولى فكذا فى المرة الثانية بل الجناية فى المرة الثانية أقبح غرفا فكان أولى بشرع القطع وهذا لانه بعد رد المتاع يصير هذا العين فى حق السارق كعين آخر فى حكم الضمان حتى لو غصبه وأتلفه كان ضامنا فكذا فى حكم القطع (قوله ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل) يعنى أن صفة المالية والتقوم لم تبق فى هذا العين حقا للمسروق منه على ما تبين فيما بعد ذلك ان ظهرت المالية والتقوم فى حقه بالاسترداد يبقى ما سبق مورثا للشبهة والقطع يندرئ بها وهو نظير ما لو جد مباح الاصل فى دار الاسلام اذا أحرزه انسان صار مالا متقوما له ومع ذلك لم يقطع السارق فيه باعتبار الاصل (قوله على ما يعرف) اشارة الى قوله بعد أو راق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه (قوله نظرا الى اتحاد الملك) بان لم يتبدل بالبيع والمحل بان لم يتبدل كما لو كان غزلا فنسجه أو لم يسرق عينا آخر من المسروق منه (قوله وقيام الموجب) أى سقوط العصمة على المحل لان سقوط عصمة المحل باعتبار وجوب القطع (قوله بخلاف ما ذكر) أى فيما اذا باعه المالك ثم اشتراه وقد قيل لا

الاوصاف لزمه القطع فى المرة الاولى فكذلك فى المرة الثانية وأما كونه أقبح فظاهر لتقدم الزاجر وقوله (ولنا أن القطع أوجب سقوط عصمة المحل على ما يعرف من بعد) اشارة الى قوله بعد أو راق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه الخ وسقوط عصمة المحل يوجب انتفاء القطع فان قيل العصمة وان سقطت بالقطع لكنها عادت بالرد الى المالك أجاب بقوله (و بالرد الى المالك ان عادت حقيقة العصمة بقيت شبهة السقوط نظرا الى اتحاد الملك والمحل وقيام الموجب وهو القطع فيه) فقوله نظرا الى اتحاد الملك احتراز عما لو تبدل الملك فى ذلك وهو جواب عن قوله كما اذا باعه المالك من السارق الخ وقوله والمحل احتراز عما اذا تبدل المحل كما فى صورة الغزل وهو قوله فيما يجىء بقوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا الخ (وقوله وقيام الموجب) أى موجب سقوط العصمة وهو احتراز عما كان قبل القطع وقوله (بخلاف ما ذكره) يعنى أبا يوسف من صورة البيع (لان الملك قد اختلف باختلاف سببه وأصله حديث بريرة وهو معروف

أن يفصل بين كلامى الجامع بمسئلة غير مذكورة فيه قال المصنف (والقياس أن يقطع) أقول فيه اشارة الى أن العمدة فى الاستدلال هو القياس ولهذا لم يجب عن الحديث بناء على أنه مطعون (قوله وجه التشبيه هو أن المتاع الخ) أقول هذا لاثبات المعصومية فى المسروق المردود توطئة لبيان وجه التشبيه ولان

وقوله (أولان تكرار الجناية) معطوف على قوله ولنا أن القطع فهو دليل آخر وتقريره تكرار الجناية منه بالعود الى سرقة ما قطع فيه نادر جدا لتحمله مشقة الزاجر والنادر يعرى عن مقصود الاقامة وهو تقليل الجناية فلا يحتاج اليها (وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف

ولان تكرار الجناية منه نادر لتحمله مشقة الزاجر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية وصار كما اذا قذف المحدود فى قذف المقذوف الاول قال (فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون غزلا فسرقه وقطع فرده ثم نسج فعاد فسرقه قطع) لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب به وهذا هو علامة التبدل فى كل محل واذا تبدلت انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع فيه فوجب القطع ثانيا والله أعلم بالصواب

(فصل فى الحرز والاخذ منه)

نسبته اليه لا يحد ثانيا فكذا هذا أما لو قذفه بزنا آخر حد به وأورد على هذا الوجه النقض بالزنا ثانيا بالمرأة التى زنى بها أولا بعد أن جلد حد الزنا الاول بها فانه يحد ثانيا اجماعا فلم يكن تقدم الزاجر موجبا لعدم شرعيته ثانيا وقوعه فى غير محل الحاجة اليه لو شرع وأجيب بالفرق بان حرمة المحل فى الزنا لا تسقط باستيفاء الحد بخلاف السرقة وهذا فرق صحيح يتم به وجه اختلاف الحكم المذكور فى الزنا والسرقة لكنه لا يصلح جوابا للنقض الوارد على هذا الوجه بخصوصه أعنى كون اقامة الحد أولا توجب ندرة العود فتوجب عدم شرع الزاجر فى العود وكذا الفرق بان القطع حق لا يستوفى الا بخصومة المالك والخصومة لا تتكرر فى محل بعد استيفاء موجب ما هى فيه كحد القذف غير دافع للوارد على خصوص هذا الوجه المدعى استقلاله (قوله فان تغيرت عن حالها مثل أن يكون) المسروق الذى قطع به (غزلا ثم نسج) بعد رده (فسرقه) ثانيا (قطع) وكذا لو كان قطنا فصار غزلا (لان العين قد تبدلت ولهذا يملكه الغاصب) ويجب عليه ضمان قيمته مع قيامه بصورة الثوب (واذا تبدلت العين انتفت الشبهة الناشئة من اتحاد المحل والقطع) وهو بالجر عطف على لفظ اتحاد لا على لفظ المحل أى وانتفت الشبهة الناشئة من القطع لا من اتحاد القطع وهى شبهة قيام سقوط العصمة لانها كانت باعتبار اتحاد العين او التغير بوجه ما شيا آخر فان قيل العين قائمة حقيقة وانما تبدل الاسم والصورة أجيب بان الممكن قبل تبدل الصورة شبهة سقوط العصمة فكان الممكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر وفى شرح الطحاوى واذا سرق ذهبا أو فضة وقطع به ورده فجعله المسروق منه آنية أو كانت آنية فضربها دراهم ثم عاد السارق فسرقه لا يقطع عند أبى حنيفة لان العين لم تتغير عنده وقالا يقطع لانها تغيرت وفى كفاية البيهقى سرق ثوبا فخاطه ثم رده فنقض فسرق المنقوض لا يقطع لانه لا يقطع حق المالك لو فعله الغاصب فلم يصر فى حكم عين أخرى

(فصل فى الحرز والاخذ منه) قدم بيان ما يتعلق بذات المسروق وهو ما يقطع فيه وما لا يقطع لانه كلام فى

(قوله والمستوفى فى المرة الثانية) أقول يعنى منافع البضع (قوله لان الاول تلاشى الخ) أقول لكونه عرضا (قوله والقطع بالجر الخ) أقول واعلم يلزم القطع أيضا ولئن سلم فالملك هنالك بتجدد السبب والمالية والتقوم باعتبار الملك فيجعل متجددا أيضا وهذا لان اختلاف أسباب الملك كاختلاف الاعيان ألا ترى أن المشترى اذا باع غيره ثم اشتراه ثم اطلع على عيب قديم لم يرده على البائع الاول بخلاف ما اذا زنى بامرأة فحد ثم زنى ثانيا حيث لزمه الحد لانه لا يجب باعتبار المستوفى وأنه متلاش والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاولى مع أن هناك حرمة المحل لا تسقط فى حقه باستيفاء الحد منه فى المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذى هو حق المالك فى العين فانه يسقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق (قوله وصار كما اذا قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول) ذكر الامام المرغينى رحمه الله معناه بعين ذلك الزنا أما لو نسبه الى غير ذلك الزنا فانه يحد أيضا (قوله ولهذا يملكه الغاصب به) أى بالنسج (قوله وهذا هو علامة التبدل) أى ملك الغاصب المغصوب بالنسج دليل تبدل العين والا لما انقطع حق المالك عن المغصوب فان قيل العين الاول قائم حقيقة وانما تبدل اسمه وصورته قلنا الممكن شبهة سقوط العصمة قبل تبدل الاسم والصورة وكان الممكن بعده شبهة الشبهة فلا تعتبر والله تعالى أعلم بالصواب *(فصل فى الحرز والاخذ منه)* الحرز الموضع الحصين الذى أعد لحفظ الامتعة

أقول لعل وجه الحصر يقول القطع فى الاولى باعتبار السرقة والاولى تلاشيت والثانية تغيرها فليتامل *(فصل فى الحرز)*

فى المقذوف الاول) بالزنا الاول فانه لا يحد نظرا الى عرائه عن مقصود الاقامة فان قيل نظير مسئلتنا حد الزنا فى كون الحد فى كل واحد منهما خالص حق الله تعالى ثم حد الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد حتى ان من زنى بامرأة فحد ثم زنى بتلك المرأة مرة أخرى يحد ثانيا بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد خصوصا على أصل الخصم وخصومة المقذوف فى الحد فى المرة الثانية غير مسموعة لان المقصود اظهار كذب القاذف ودفع العار عن نفسه وقد حصل ذلك بالمرة الاولى أجيب بان حد القذف نظير مسئلتنا من حيث ان هذا حد لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من شخص واحد فى محل واحد كحد القذف والفرق بين المتنازع فيه وصورة الزنا أن الحد فى الزنا انما هو باعتبار المستوفى والمستوفى فى المرة الثانية غير المستوفى فى المرة الاولى لان الاول تلاشى واضمحل والمسروق فى المتنازع فيه هو بعينه المسروق فى المرة الاولى وقوله (فان تغيرت عن حالها) ظاهر والقطع بالجر عطف على قوله من اتحاد

(فصل فى الحرز والاخذ منه)*

(ومن سرق من أبويه أو ولده أو ذي رحم محرم منه لم يقطع) فالاول وهو الولاد للبسوطة في المال وفي الدخول في الحرز والثاني للمعنى الثاني ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة منها بخلاف الصديقين لانه عاداه بالسرقة وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله لانه ألحقها بالقرابة البعيدة وقد بيناه في العتاق

لما كان تحقق السرقة موقوفا على كون المسروق مالا محرزا وفرغ عن ذكر الموصوف شرع في بيان الحرز الذي يحصل به الوصف ثم العلة في سقوط القطع عن قرابة الولاد أمران البسوطة في المال وفي حق الدخول في الحرز وعن ذي الرحم المحرم أمر واحد وهو البسوطة في الدخول في الحرز (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة) الوجه والكف على ما سيجيء في كتاب الكراهية ان شاء الله تعالى وقوله (وفي الثاني) يعني وفي ذي الرحم المحرم (خلاف الشافعي فانه يقول في غير الوالدين والمولودين يجب القطع) لانه ألحقها بالقرابة البعيدة (وقد بيناه في العتاق) ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم متاع غيره ينبغي أن لا يقطع لعدم الحرز

(قوله وفرغ عن ذكر الموصوف الى قوله الوصف) أقول المراد من الموصوف المال ومن الوصف التحرز قال المصنف (فالاول وهو الولاد) أقول أي فمنع الاول القطع حذف المضاف اليه وأقيم مقامه (قوله عن قرابة الولاد) أقول أي عن ذي قرابة الولاد قال المصنف (ولهذا أباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة الخ) أقول لعل المراد بالزينة الظاهرة ههنا ما يظهر عند ترك التكلف والا ففي الكلام بحث

(قوله والثاني) وهو قرابة المحرمية للمعنى الثاني وهو الدخول في الحرز (قوله الى مواضع الزينة الظاهرة) ذكر في المبسوط ولهذا ثبت حل النظر الى مواضع الزينة الظاهرة والباطنة بهذه القرابة وهي قرابة ذي الرحم المحرم ثم المراد من مواضع الزينة الظاهرة الوجه والكف ومن مواضع الزينة الباطنة العنق والرأس والساق على ما سيجيء في الكراهية ان شاء الله تعالى ولعل المراد من مواضع الزينة الظاهرة ههنا ما يظهر في العادة عند ترك التكلف في السر لا أن يراد بها الوجه والكف فقط لان النظر الى الوجه والكف مباح للاجنبي أيضا اذا لم يكن عن شهوة ويدل عليه قوله تعالى ليس على الاعمى حرج الى قوله أو بيوت خالاتكم فظاهره يقتضي الاباحة وهو وان ترك لقيام الدليل تبقى شبهة ولا يلزم قوله تعالى في آخر الآية أو صديقكم لانه اذا قصد السرقة فقد عاداه ولم يبق صديقا له فلعدم الصداقة عند السرقة انتفت الشبهة وأما الاخوة وما يضاهيها فيبقى مع السرقة كالابوة (قوله وفي الثاني خلاف الشافعي رحمه الله) أي في ذي الرحم المحرم

(ولو سرق من بيت ذى رحم محرم متاع غيره ينبغى أن لا يقطع ولو سرق ماله من بيت غيره يقطع) اعتبارا للحرز وعدمه (وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنه لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة ووجه الظاهر أنه لا قرابة والمحرمية بدونها لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا والتقبيل عن شهوة وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو من زوج سيدته لم يقطع) لوجود الاذن بالدخول عادة وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى رحمه الله لبسوطة بينهما فى

اخوانكم أو بيوت أخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم ورفع الجناح عن الاكل من بيوت الاعمام أو العمات مطلقا يؤنس اطلاق الدخول ولو سلم فاطلاق الاكل مطلقا يمنع قطع القريب ثم هو ان ترك القيام دليل المنع بقيت شبهة الاباحة على وزان ما قلنا فى أنت ومالك لابيك فان قلت فقد قال أو صديقكم كما قال أو بيوت أخواتكم والحال أنه يقطع بالسرقة من صديقه أجيب بانه لما قصد سرقة ماله فقد عاداه فلم يقع الاخذ الا فى حال العداوة (ولو سرق من بيت ذى الرحم المحرم متاع غيره لا يقطع ولو سرق مال ذى الرحم المحرم من بيت غيره يقطع اعتبارا للحرز وعدمه) فسرقة مال الغير من بيت ذى الرحم المحرم سرقة من غير حرز وسرقة مال ذى الرحم من بيت غيره سرقة من حرز فيقطع وهذا يعكر على الوجه الذى قدمناه من أن فى القطع القطيعة فيندرئ وهو الموعود ولذا والله أعلم لم يعرج المصنف عليه (قوله وان سرق من أمه من الرضاعة قطع) وهو قول أكثر العلماء (وعن أبى يوسف لا يقطع لانه يدخل عليها من غير استئذان وحشمة بخلاف الاخت من الرضاع لانعدام هذا المعنى فيها عادة) ولذا يقطع بالسرقة منها اتفاقا وكذا الاب من الرضاعة (ووجه الظاهر أنه لا قرابة بينهما والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت المحرمية بالزنا) بان زنى بامرأة تحرم عليه أمها وبنتها ويقطع بالسرقة منهما (وأقرب من ذلك الاخت من الرضاعة) فان فيها محرمية بلا قرابة مع اتحاد سبب المحرمية فيهما فالالحاق بها فى اثبات القطع أولى منه بالالحاق بالمحرمية الثابتة بالوطء ثم تعرض المصنف لابطال الوجه المذكور لابى يوسف صريحا وهو قوله لانه يدخل عليها الخ بقوله (وهذا لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب) فانه يشتهر بلا تحشم ولا تهمة وهذا يتضمن منع قوله انه يدخل عليها من غير استئذان الخ فقال لا نسلم ذلك الا لو لم يكن مستلزما تهمة لكنه يستلزمها لعدم الشهرة فيتهم فلا يدخل بلا استئذان بخلاف النسب فانه يشتهر فلا ينكر دخوله فلذا قطع فى سرقة مال أمه من الرضاعة ولم يقطع فى سرقة مال أمه من النسب (قوله واذا سرق أحد الزوجين من مال الآخر أو العبد من سيده أو من امرأة سيده أو زوج سيدته لم يقطع لوجود الاذن فى الدخول عادة) فاختل الحرز (وان سرق أحد الزوجين من حرز لآخر خاصة لا يسكنان فيه فكذلك عندنا خلافا للشافعى) فى أحد أقواله وبه قال مالك وأحمد وفى قول آخر كقولنا وفى قول ثالث يقطع الرجل خاصة لان للمرأة حقا فى ماله أى النفقة وجه قولنا ان بينهما بسوطة فى الاموال عادة ودلالة فانهما يبذلان نفسهما وهى أنفس من المال كانت بالمال أسمح ولان بينهما سببا

(قوله اعتبارا للحرز وعدمه) على طريق اللف والنشر من غير ترتيب (قوله بخلاف الاخت من الرضاعة) لانه لا شبهة فى المال والحرز أما لا شبهة فى المال فلانه لا ينتفع كل واحد بمال الآخر من غير اذن ألا ترى أنه لا يستحق كل واحد النفقة على الآخر عند الحاجة وأما الحرز فلانه لا يجوز الدخول من غير استئذان (قوله كما اذا ثبت بالزنا) يعنى اذا سرق من بيت بنت المزنية يقطع مع وجود المحرمية بزنا أمها (قوله وأقرب من ذلك) يعنى الاقرب من الزنا والتقبيل عن شهوة أى من المحرمية الثابتة بالزنا بالمتنازع فيه محرمية الاخت رضاعا فان الام والاخت من الرضاع يتشابهان ويتشاكلان فان محرميتهما ثبتت بالرضاع ولو كانت الامومة من الرضاع

(ولو سرق ماله) أى مال ذى الرحم المحرم (من بيت غيره قطع) لوجود الحرز وقوله (وان سرق من أمه من الرضاع) ظاهر وقوله (والمحرمية بدونها) أى بدون القرابة (لا تحترم) أى لا تجعل حرمة قوية عادة (كما اذا ثبتت) يعنى المحرمية (بالزنا) فانه اذا سرق من بيت بنت المرأة التى زنى بها لا يعد شبهة فى قطع اليد بل تقطع وان كانت المحرمية موجودة وكذلك اذا ثبتت بالتقبيل عن شهوة وقوله (وأقرب من ذلك) أى من الحرمة الثابتة بالزنا (الاخت من الرضاعة) يعنى ان الام من الرضاع أشبه الى الاخت من الرضاع فى اثبات الحرمة من الحرمة الثابتة بالزنا ثم السرقة من بيت الاخت من الرضاع موجبة للقطع بالاجماع فيجب أن يكون من بيت أمه من الرضاع كذلك ووجه الاقربية ان الحاق الرضاع بالرضاع أقرب من الحاقه بالزنا وقوله (وهذا) أى القطع مع الدخول عليها من غير استئذان وحشمة (لان الرضاع قلما يشتهر فلا بسوطة تحرز عن موقف التهمة بخلاف النسب) وقوله (واذا سرق أحد الزوجين من الآخر ظاهر

قال المصنف (والمحرمية بدونها لا تحترم الخ) أقول فيه تأمل (قوله الاخت من الرضاعة) أقول أى محرمية الاخت قال المصنف (خلافا للشافعى الخ) أقول وذلك أنها بذلت نفسها وهى أنفس فالمال اولى كذا قالوا ولكنه خاص بما اذا كان المسروق منه الزوجة

الاموال عادة ودلالة وهو نظير الخلاف فى الشهادة (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع) لان له فى أكسابه حقا وكذلك السارق من المغنم) لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن على رضى الله تعالى عنه درأ وتعليلا قال (والحرز على نوعين حرز لمعنى فيه كالبيوت والدور وحرز بالحافظ) قال العبد الضعيف الحرز لابد منه لان الاستسرار لا يتحقق دونه

يوجب التوارث من غير حجب حرمان كالوالدين وفى موطا مالك عن عمر أنه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده فقال ليس عليه شئ خادمكم سرق متاعكم فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى قال المصنف (هو نظير الاختلاف فى الشهادة) يعنى عندنا لا يقطع أحدهما بمال الآخر كما أن شهادته لا تقبل لاتصال المنافع وعنده يقطع كما تقبل فى أحد قوليه فان قلت أحد الزوجين ربما لا يبسط للآخر فى ماله بل يحبسه عنه ويحرزه قلنا وكذلك الاب والابن قد يتفق من كل منهما ذلك ولا قطع بينهما اتفاقا وفى شرح الطحاوى لو سرق من بيت الاصهار والاختان قال أبو حنيفة لا يقطع وقالا يقطع ولو سرق من بيت زوجة ابنه أو أبيه أو زوج ابنته أو بنت زوج أمه ان كان يجمعهما منزل واحد لم يقطع بالاتفاق وان كان كل فى منزل على حدة فعلى الاختلاف المذكور ولو سرق أحد الزوجين من الآخر ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لا قطع عليه سواء كان التزوج بعد أن قضى بالقطع أو لم يقض فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قضى عليه بالقطع يقطع ولو سرق من امرأته المبتوتة أو المختلعة فى العدة لا قطع وكذا اذا سرقت هى من الزوج فى العدة وان كانت منقضية العدة يجب القطع (قوله ولو سرق المولى من مكاتبه لا يقطع) بلا خلاف (لان للمولى حقا فى أكسابه) ولان ماله موقوف دائر بينه وبين المكاتب لانه ان عجز كان للمولى أو عتق كان له فلا يقطع فى سرقة مال موقوف دائر بين السارق وغيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار وكما لا قطع على السيد كذلك لا قطع على المكاتب اذا سرق مال سيده لانه عبد له أو من زوجة سيده وهو قول أكثر أهل العلم وقال مالك وأبو ثور وابن المنذر يقطع بسرقة مال من عدا سيده كزوجة سيده لعموم الآية وتقدم أثر عمر وهو فى السرقة من مال زوجة سيده وكان ثمن المرآة ستين درهما وعن ابن مسعود مثله ولم ينقل عن أحد من الصحابة شئ خلافه فحل محل الاجماع فتخص به الآية والحكم فى المدبر كذلك (قوله وكذلك السارق من المغنم) لا يقطع (لان له فيه نصيبا وهو ماثور عن على درأ وتعليلا) رواه عبد الرزاق فى مصنفه أخبرنا الثورى عن سماك بن حرب عن أبى عبيدة بن الابرص وهو يزيد بن دينار قال أتى على برجل سرق من المغنم فقال له فيه نصيب وهو خائن فلم يقطعه وكان قد سرق مغفرا ورواه الدارقطنى قيل وفى الباب حديث مرفوع رواه ابن ماجه حدثنا جبارة ابن المغلس عن حجاج بن تميم عن ميمون بن مهران عن ابن عباس ان عبدا من رقيق الخمس سرق من الخمس فرفع الى النبى صلى الله عليه وسلم فلم يقطعه وقال مال الله سرق بعضه بعضا ولا يخفى أن هذا ليس مما نحن فيه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم مال الله سرق بعضه بعضا وكلامنا فيما سرقه بعض مستحقى الغنيمة واسناده ضعيف (قوله قال) أى المصنف (الحرز لابد منه) لوجوب القطع (لان الاستسرار لا يتحقق دونه) لانه اذا لم يكن له حافظ من بناء ونحوه أو انسان متصد للحفظ يكون المال سائبا فلا يتحقق اخفاء الاخذ والدخول فلا تتحقق السرقة وعلى هذا يكون قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما بنفسه يوجب الحرز اذ لا تتصور السرقة دون الاخفاء ولا يتحقق الاخفاء دون الحافظ فيخفى الاخذ منه أو البناء فيخفى دخوله بيت

مؤثرة كانت الاختية مؤثرة أيضا كما فى النسب فالحاق الرضاع بالرضاع أولى من الحاق الرضاع بالزنا (قوله ودلالة) وهو أن عقد النكاح بينهما دال على البسوطة لانهما بعقد النكاح يصيران كصراحى الباب وهذا بدل على البسوطة فى المال أو لان البسوطة بينهما فى الاموال لما أثرت فى منع قبول شهادة أحدهما للآخر فلان يمنع القطع أولى لان القطع من الحدود وهى تندرئ بالشبهات وهذا يعم الطرفين (قوله درأ وتعليلا) روى عن

وقوله (ودلالة) معناه أنها لما بذلت نفسها وهى أنفس من الاموال فلان تبذل المال أولى (وهو نظير الخلاف فى الشهادة) فان شهادة أحد الزوجين للآخر لا تقبل عندنا وعنده تقبل فى أحد قوليه بل هذا أولى لان هذه البسوطة لما منعت قبول الشهادة فلان تمنع القطع وهو مما يندرئ بالشبهات أولى (قوله وهو ماثور عن على رضى الله عنه درأ وتعليلا) يريد به ما روى

قال المصنف (ولو سرق المولى من مكاتبه لم يقطع الى قوله وكذا السارق من المغنم الخ) أقول فيه بحث لان عدم القطع فى تينك المسئلتين على مقتضى هذين التعليلين لا يكون لانتفاء الحرز فلا يناسب ذكرهما فى هذا الفصل بل الموضع المناسب لذكرهما الباب السابق عند قوله ولا يقطع السارق من بيت المال والظاهر أن ذكرها استطرادى قال المصنف (لان له فيه نصيبا) أقول هذا التعليل يدل على أنه لو لم يكن له فيه نصيب يقطع لكن الرواية مطلقة فى مختصر القدورى وشرح الطحاوى فلا بد من تعليل آخر

عن علي رضي الله عنه انه أتي برجل قد سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا قال (والحرز على نوعين) الحرز في اللغة عبارة عن المكان الحصين ويجوز أن يقال هو ما يراد به حفظ الاموال وهو على نوعين (حرز لمعنى فيه) وهو انما يكون بالمكان المعد لحفظ الامتعة والاموال ويختلف ذلك باختلاف الاموال (كالدور والبيوت والصندوق والحانوت) والحظيرة للغنم والبقر (وحرز بالحافظ كمن

ثم هو قد يكون بالمكان وهو المكان المعد لاحراز الامتعة كالدور والبيوت والصندوق والحانوت وقد يكون بالحافظ كمن جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد (وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) هو الصحيح لانه محرز بدونه وهو البيت وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح حتى يقطع السارق منه لان البناء

غيره من الناس والاحاديث الواردة بعد ذلك في اشتراطه كقوله صلى الله عليه وسلم لا قطع في ثمر معلق ولا في جريسة الجبل فاذا آواه المراح أو الجرين فالقطع فيما بلغ ثمن المجن ونحوه وارد على وفق الكتاب لا مبين مخصص (ثم هو على نوعين حرز) بالمكان (كالدور والبيوت) والجدران والحوانيت للتجار وليست هي التي تسمى في عرف بلاد مصر الدكاكين والصناديق والخيام والخركاه وجميع ما أعد لحفظ الامتعة وقد يكون بالحافظ وهو بدل عن الاماكن المبنية على ما ذكر في المحيط وذلك (كمن جلس في الطريق) أو في الصحراء (أو في المسجد وعنده متاع فهو محرز به وقد قطع النبي صلى الله عليه وسلم من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) على ما رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه ومالك في الموطأ وأحمد في مسنده من غير وجه والحاكم وحكم صاحب التنقيح ابن عبد الهادي أنه حديث صحيح وله طرق كثيرة وألفاظ مختلفة وان كان في بعضها انقطاع وفي بعضها من هو مضعف ولكن تعددت طرقه واتسع مجيئه اتساعا يوجب الحكم بصحته بلا شبهة وفي طريق السنن عن عبد الله بن صفوان عن أبيه انه طاف بالبيت وصلى ثم لف رداءه من برد فوضعه تحت رأسه فنام فأتاه لص فاستله من تحت رأسه فأخذه فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان هذا سرق ردائي فقال له النبي صلى الله عليه وسلم اسرقت رداءه هذا قال نعم قال اذهبا به فاقطعا يده فقال صفوان ما كنت أريد أن تقطع يده في ردائي قال فهلا كان قبل أن تأتيني به زاد النسائي فتقطعه وفي المستدرك سماه خميصة ثمن ثلاثين درهما (قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ هو الصحيح) احترازا عما في العيون أن على قول أبي حنيفة يقطع السارق من الحمام في وقت الاذن أي في وقت دخولها اذا كان ثمة حافظ وقال أبو يوسف ومحمد لا يقطع وبه أخذ أبو الليث والصدر الشهيد وفي الكافي وعليه الفتوى وهو ظاهر المذهب وجه الصحيح (انه محرز بدون الحافظ) لان المكان في نفسه صالح للاحراز وهو المنع من وصول يد غير صاحبه الى ماله ويكون المال مع ذلك مختفيا وليس هذا مع الحافظ فهو فرع ولا اعتبار للفرع مع وجود الاصل فلا يعتبر وجوده معه فلذا كان الاصح أنه اذا دخل الحمام في وقت الاذن في دخولها وسرق منها ما عنده حافظ لا يقطع لان الحمام في نفسه صالح لصيانة الاموال الا أنه اختل الحرز للاذن في دخولها ولذا يقطع اذا سرق منها ليلا بخلاف المسجد فانه ما وضع لاحراز الاموال فيقطع السارق بمال عنده من يحفظه فيه وقد قطع سارق رداء صفوان وكان نائما في المسجد ولكون المكان هو الحرز الذي يقتصر

على رضي الله عنه أنه أتي برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا (قوله وفي المحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) وهو الصحيح وذكر في العيون على قول أبي حنيفة رحمه الله يقطع اذا كان ثمة حافظ وصورته رجل سرق من حمام فان كان صاحبه جالسا عليه فسل من تحته قطع عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يقطع قال الصدر الشهيد رحمه الله والفقيه أبو الليث رحمه الله اختار قول محمد رحمه الله في الحمام ونحن نختار قوله أيضا اتباعا له (قوله وان لم يكن له باب أو كان وهو مفتوح) لعله أراد أنه اذا دخل البيت ليلا وليس له باب أو كان وهو مفتوح قطع لانه حرز فلا يعتبر الحافظ لما ذكر في المحيط منقولا من الحاوي ولو كان

جلس في الطريق أو في المسجد وعنده متاعه فانه محرز به) وكل واحد منهما ينفك عن الآخر (وقد ثبت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع من سرق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد) وهو ليس بحرز لانه لم يقصد به الاحراز واذا سرق من البيت ولم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح وصاحبه ليس عنده يقطع (ففي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ) فلو سرق من بيت مأذون له بالدخول فيه لكن مالكه يحفظه لا يقطع لان المعتبر هو الحرز بالمكان وقوله (هو الصحيح) احتراز عما ذكر في العيون انه عند أبي حنيفة يقطع فيه ووجه الصحيح أن الحرز الحقيقي هو الحرز بالمكان لانه يمنع وصول اليد الى المال ويكون المال مختفيا به وأما الحرز بالحافظ فانه وان منع وصول اليد اليه لكن المال لا يختفي به ثم المحرز بالمكان لا يجب القطع بهتكه الا باخراج المتاع منه لقيام يده قبله والمحرز بالحافظ يجب القطع فيه اذا أخذ

قال المصنف (لانه محرز بدونه

 وهو البيت) أقول قال الزيلعي لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع من اختفائه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الأصل انتهى لا يقال اذا كان في الحرز بالحافظ شبهة البدلية يجب أن لا يقطع السارق منه اذا الحدود تندرئ بالشبهات لانا نركنا القياس لحديث صفوان

لقصد الاحراز الا انه لا يجب القطع الا بالاخراج منه لقيام يده فيه قبله بخلاف المحرز بالحافظ حيث يجب القطع فيه كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له في العادة وعلى هذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله لانه ليس بتضييع بخلاف ما اختاره في الفتاوى قال (ومن سرق شيا من حرز أو من غير حرز وصاحبه عنده يحفظه قطع) لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين (ولا قطع على من سرق مالا من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله) لوجود الاذن عادة أو حقيقة في الدخول فاختل الحرز

النظر عليه قلنا يقطع السارق منه وان لم يكن له باب أو له باب ولكنه مفتوح لان البناء للاحراز (الا أنه لا يجب القطع الا بالاخراج لقيام يد المالك قبل الاخراج) من داره فلا يتحقق الاخذ الا بازالة يده وذلك بالاخراج من حرزه (بخلاف المحرز بالحافظ فانه يقطع كما أخذ لزوال يد المالك بمجرد الاخذ فتتم السرقة) فيجب موجبها (ولا فرق) في وجوب القطع (بين كون الحافظ) في الطريق والصحراء والمسجد (مستيقظا أو نائما والمتاع تحته) أو تحت رأسه (أو عنده) وهو بحيث يراه (لانه يعد النائم عند متاعه) وبحضرته كيفما نام مضطجعا أولا (حافظا له في العادة) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم باشتراط كون المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه وجه الصحيح ما ذكرنا (ولهذا لا يضمن المودع والمستعير) اذا حفظ الوديعة والعارية كذلك فسرقت ولو لم يكن ذلك حفظا لضمنا (بخلاف ما اختاره في الفتاوى) فانه أوجب فيها الضمان على المودع والمستعير اذا نام مضطجعا ثم ما كان حرزا لنوع يكون حرزا لجميع الانواع هو الصحيح كما ذكره السرخسي حتى لو سرق لؤلؤة من اصطبل أو حظيرة غنم يقطع بخلاف ما اذا سرق الغنم من المرعى فقد أطلق محمد عدم القطع فيه وفي الفرس والبقر وهو مقيد بما اذا لم يكن معها من يحفظها فان كان قطع اذا لم يكن راعيا فان كان الذي يحفظها الراعي ففي البقالي لا يقطع وهكذا في المنتقى عن أبي حنيفة وأطلق خواهرزاده ثبوت القطع اذا كان معها حافظ ويمكن التوفيق بان الراعي لم يقصد لحفظها من السراق بخلاف غيره ونقل الاسبيجابي عن بعض أصحابنا أن كل شئ يعتبر بحرز مثله فلا يقطع باللؤلؤة من الاماكن المذكورة والثياب النفيسة منها وهذا قول الشافعي (قوله ومن سرق شيا من حرز أو من غير حرز) كالصحراء (وصاحبه عنده يحفظه قطع لانه سرق مالا محرزا باحد الحرزين) وهذا بعمومه يتناول ما اذا سرق من حمام وصاحبه عنده يحفظه وتقدم أن الصحيح أنه لا يقطع به اذا كان وقت الاذن الا أن قوله وصاحبه عنده يختص بما يليه وهو قوله من غير حرز فلا يرد الحمام فانه حرز على أن قوله بعد ذلك ولا قطع على من سرق من حمام أو من بيت أذن للناس في دخوله تقييد له فانه بعمومه يقتضي أن لا يقطع وان كان صاحبه عنده يحفظه والوجه ظاهر من الكتاب وهذا تفريع على ما قدمه من الاصل

باب الدار مفتوحا فدخل نهارا وسرق لا يقطع (قوله والمتاع تحته أو عنده هو الصحيح) وقيل انما يكون محرزا به في حال نومه واذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه فاما اذا كان موضوعا بين يديه لا يكون محرزا به في حال نومه والصحيح أنه يقطع بكل حال لان المعتبر الاحراز المعتاد وقد حصل بهذه لان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا ألا ترى أن المودع والمستعير لا يضمنان بمثله وهما يضمنان بالتضييع فانه قال يضمنان في هذه الصورة ولا يقطع السارق فيها وفي فتاوى أبي الليث رحمه الله سئل أبو القاسم عمن حمل ثياب الوديعة على دابته فنزل في بعض الطريق ووضع الثياب تحت جنبه فسرق الثياب قال ان أراد به الترفق ضمن وان أراد به الحفظ لا يضمن وذكر في المحيط انما لا يجب الضمان اذا وضعه بين يديه ان نام قاعدا أما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر أما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه في الحالين وقوله بخلاف ما ذكر في الفتاوى يحمل الكل (قوله لوجود الاذن عادة) أي في الحمام أو حقيقة في البيت الذي أذن في دخوله

الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع عنده أو تحته هو الصحيح (لان النائم عند متاعه يعد حافظا لمتاعه) وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعض مشايخنا ان صاحب المتاع انما يكون محرزا لمتاعه في حال نومه اذا جعل المتاع تحت رأسه أو تحت جنبه أما اذا كان موضوعا بين يديه فلا يكون محرزا في حال نومه أخذوا ذلك من قوله في الاصل المسافر ينزل في الصحراء فيجمع متاعه ويبيت عليه فسرق منه رجل قطع قالوا قوله يبيت عليه يشير الى أنه انما يقطع اذا نام عليه ومال الى الاول شمس الائمة وقال (المودع والمستعير لا يضمنان بمثل ذلك لانه ليس بتضييع بخلاف ما قاله في الفتاوى) يعني قال فيها انهما يضمنان في هذه الصورة ولكن ذكر في الفتاوى الظهيرية مثل ما ذكره شمس الائمة ثم قال وقالوا انما لا يجب الضمان اذا وضع الوديعة بين يديه ونام فيما اذا نام قاعدا وأما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر وأما اذا كان في السفر فلا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا كذا في النهاية وقوله (ولا قطع على من سرق من حمام) يعني في الوقت الذي أذن للناس بالدخول فيه (أو من بيت أذن للناس في دخوله لوجود الاذن عادة) يعني في الحمام (أو حقيقة) يعني في البيت ويدخل

قال المصنف (ومن سرق شيا من حرز) أقول تفريع وبيان لما قاله أولا بقوله الحرز على نوعين الخ

ويدخل فى ذلك حوانيت التجار والخانات الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال وانما الاذن يختص بالنهار (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع) لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن المال محرزا بالمكان بخلاف الحمام والبيت الذى أذن للناس فى دخوله حيث لا يقطع لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ (ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه (لان البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه ماذونا فى دخوله ولانه بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة (ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع) لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ (فان كانت دارا فيها مقاصير فاخرجها من المقصورة الى صحن الدار قطع)

المذكور (قوله ويدخل فى ذلك) أى يدخل فى بيت أذن فى دخوله (الخانات والحوانيت) فيثبت فيها حكم عدم القطع نهارا فان التاجر يفتح حانوته نهارا فى السوق ويأذن للناس فى الدخول ليشتروا منه فاذا سرق واحد منه شيئا لا يقطع وكذا الخانات (الا اذا سرق منها ليلا لانها بنيت لاحراز الاموال) وانما اختل الحرز بالنهار للاذن وهو منتف بالليل (ومن سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده قطع لانه محرز بالحافظ لان المسجد ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان) لينقطع اعتبار الحافظ ثم تختل حرزيته بالاذن كالحمام فكان الحافظ معتبرا حرزا فيقطع بالاخذ وعلى هذا فى الخلاصة جماعة نزلوا بيتا أو خانا فسرق بعضهم من بعض متاعا وصاحب المتاع يحفظه أو تحت رأسه لا يقطع ولو كان فى المسجد جماعة قطع (قوله ولا قطع على الضيف اذا سرق ممن أضافه لأن البيت لم يبق حرزا فى حقه لكونه ماذونا فى دخوله ولانه) بالاذن صار (بمنزلة أهل الدار فيكون فعله خيانة لا سرقة) وكذلك اذا سرق من بعض بيوت الدار التى أذن له فى دخولها وهو مقفل أو من صندوق مقفل ذكره القدورى فى شرحه لان الدار مع جميع بيوتها حرز واحد ولهذا اذا أخرج اللص من بعض بيوت الدار الى الدار لا يقطع ما لم يخرجه من الدار واذا كان واحدا فبالاذن فى الدار اختل الحرز فى البيوت وسياتى ما يفيد هذا (قوله ومن سرق سرقة فلم يخرجها من الدار لم يقطع لان الدار كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج ولان الدار وما فيها فى يد صاحبها معنى فتتمكن شبهة عدم الاخذ) وهتك الحرز (فان كانت فيها مقاصير فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع) هذا كلام محمد وأول بما اذا كانت الدار عظيمة فيها بيوت كل بيت يسكنه أهل بيت على حدتهم ويستغنون به استغناء أهل المنازل بمنازلهم عن صحن الدار وانما ينتفعون به انتفاعهم بالسكة لانه على هذا التقدير بعد الاخراج اليها كالاخراج الى السكة بخلاف ما تقدم لان بيوت الدار كلها فى يد واحد وهنا كل بيت حرز على حدته لاختلاف السكان وفى الفتاوى الصغرى القوم اذا كانوا فى دار كل واحد فى مقصورة على حدة عليه باب يغلق فنقب رجل من أهل الدار على صاحبه وسرق منه ان كانت الدار عظيمة يقطع والا فلا ثم فى الفصل الاول قال بعضهم لا ضمان عليه اذا تلف المسروق فى يده قبل

(قوله وانما الاذن يختص بالنهار) الا اذا كان بابه مغلقا فحينئذ يقطع فى النهار أيضا وعن أبى حنيفة رحمه الله أن سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد متاعا وصاحبه عنده وعنهما أنه لا يقطع وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى لانه بنى للاحراز فكان المكان حرزا فلا يعتبر الاحراز بالحافظ وقد اختل الحرز بالمكان بالاذن فى الدخول فلا يقطع بخلاف المسجد لانه لم يبن لاحراز الامتعة والاموال فكان محرزا بالحافظ كالصحراء (قوله ومن سرق سرقة) أى مالا فلم يخرجها من الدار لم يقطع ولو كان مكان السرقة غصبا فهلك فى يده قال بعض مشايخنا لا يضمن والصحيح أنه يضمن لان الدار كلها حرز واحد حتى اذا أذن له فى دخول الدار فسرق من البيت لا يقطع وهذا اذا كانت الدار صغيرة بحيث لا يستغنى أهل البيوت من الانتفاع بصحن الدار وان كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أى حجر ومنازل وفى كل مقصورة سكان ويستغنى أهل المنازل عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فاخرجها من مقصورة الى صحن الدار قطع لان الاخراج من الحرز قد وجد لان كل مقصورة حرز على حدة ألا ترى أن على باب كل مقصورة غلقا على حدة

الذى أذن للناس بالدخول فيه وقوله (ويدخل فى ذلك) أى فى قوله أو من بيت أذن للناس فى دخوله وقوله (الا اذا سرق منها ليلا) استثناء من قوله ولا قطع وقوله (ومن سرق من المسجد متاعا) ظاهر وقوله (ومن سرق سرقة) أى مالا وسمى الشئ المسروق سرقة مجازا ومنه قول محمد اذا كانت السرقة مصحفا وقوله (وان كانت فيها) أى فى الدار (مقاصير) يعنى حجرات وبيوت

وقوله (وان أغار انسان) أى دخل بسرعة قال فى النهاية نقلا عن المغرب ان أغار لفظ شمس الائمة الحلوانى والضمرى وأما لفظ محمد فهو وان أعان انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى ولفظ شمس الائمة السرخسى كذلك وكانه أصح لان الاغارة فى باب السرقة غير لائقة لان السرقة أخذ مال فى (١٤٨) خفاء وحيلة فلذلك سمى السارق به لانه يسارق عين المسروق منه والاغارة أخذ فى

لان كل مقصورة باعتبار سكانها حرز على حدة (وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) لما بينا (واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال وناوله آخر خارج البيت فلا قطع عليهما) لان الاول لم يوجد منه الاخراج لاعتراض يد معتبرة على المال قبل خروجه والثانى لم يوجد منه هتك الحرز فلم تتم السرقة من كل واحد وعن أبى يوسف رحمه الله ان أخرج الداخل يده وناولها الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها من يد الداخل فعليهما القطع وهى بناء على مسئلة تاتى بعد هذا ان شاء الله تعالى وقوله (وان القاه فى الطريق وخرج فاخذه قطع) وقال زفر رحمه الله لا يقطع لان الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذ وكذا الاخذ من السكة كما لو أخذه غيره ولنا أن الرمى حيلة يعتادها

الاخراج من الدار ولا قطع عليه والصحيح أنه يضمن لوجود التلف على وجه التعدى بخلاف القطع لان شرطه هتك الحرز ولم يوجد (قوله وان أغار انسان من أهل المقاصير على مقصورة فسرق منها قطع) يريد دخل مقصورة على غرة فاخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب فى العدو اذا أسرع وقوله فسرق تفسير لقوله أغار (قوله واذا نقب اللص البيت فدخل وأخذ المال فتناوله آخر خارج البيت) عند النقب أو على الباب (فلا قطع عليهما) بلا تفصيل بين اخراج الداخل يده الى الخارج أو ادخال الخارج يده (ثم روى عن أبى يوسف ان أخرج الداخل يده منها الى الخارج فالقطع على الداخل وان أدخل الخارج يده فتناولها فعليهما القطع) وعلى الاطلاق الذى هو ظاهر المذهب بقوله (لاعتراض يد معتبرة على المال) المسروق (قبل خروجه) أى قبل خروج الداخل والوجه أن يقطع الداخل كما عن أبى يوسف لانه دخل الحرز وأخرج المال منه بنفسه وكونه لم يخرج كله معه لا أثر له فى ثبوت الشبهة فى السرقة واخراج المال وما قيل ان السرقة تمت بفعل الداخل والخارج ثم الخارج لا يقطع فكذا الداخل ممنوع بل تمت بالداخل وحده وانما تتم بهما اذا أدخل الخارج يده فاخذها وفيه قال أبو يوسف يقطعان وقول مالك ان كانا متعاونين قطعا هو محمل قول أبى يوسف وقال فان انفرد كل بفعله لا يقطع واحد منهما وهذا لا يتحقق فى هذه الصورة الا اذا اتفق أن خارجا أتى نقبا فادخل يده فوقعت على شئ مما جمعه الداخل فاخذه فظاهر أنه لا يقطع واحد منهما قال والمسئلة بناء على مسئلة أخرى تاتى يعنى مسئلة نقب البيت والقاه فى الطريق ثم خرج وأخذه ولم يذكر محمدا اذا وضع الداخل

ومال كل محرز بمقصورته (قوله وان أغار انسان) فى المغرب وفى رواية محمد رحمه الله وان أعان انسان من أهل المقاصير انسانا على متاع من يسكن مقصورة أخرى فكانه أصح وان كان الاول أكثر وفى مختصر الكرخى رحمه الله وكذلك ان أغار بعض أهل تلك المقاصير على مقصورة فسرق منها وخرج به منها الى صحن الدار قطع والمقصورة حجرة من حجر دار واسعة محصنة بالحيطان والمراد بالاغارة الاسراع فى الاخذ من أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع فى العدو ومنه كما يغير ثم قيل للخيل المغيرة غارة ومنه وشنوا الغارة اى وفرقوا الخيل وأغار على العدو أخرجه من حيائه بهجومه عليه (قوله وهى بناء على مسئلة تاتى بعد هذا) وهى من نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيأ يقطع عند أبى يوسف رحمه الله لانه لا يشترط لهتك الحرز دخوله كما فى الصندوق وشق الجوالق ولو وضع الداخل المال عند النقب ثم خرج وأخذه لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان فى الدار نهر جار فرمى بالمتاع فى النهر ثم خرج وأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرج وان خرج بتحريكه الماء قطع لانه أخرج كذا ذكره الامام التمرتاشى رحمه الله ولكن ذكر

الحاوى فى الطريق ثم أخذه منه (فعلا واحدا كما اذا أخذ المال وخرج معه من الحرز فانه فعل واحد كذلك هذا) السراق

(قوله وكان قول المصنف فسرق منها بعد قوله أغار اشارة الى هاتين الجهتين) أقول يعنى الدخول بالليل جهرا والاختفاء عن أعين الناس (قوله وهى بناء على مسئلة) أقول يظهر بناؤها عليها بادنى التامل لكن لا بد فى قطع الداخل اذا أدخل الخارج يده من ملاحظة دليل قوله اذا دخل الحرز جماعة

السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار ولم تعترض عليه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا فاذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع لا سارق قال (وكذلك ان حمله على حمار فساقه وأخرجه) لان سيره مضاف اليه لسوقه (واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا) قال العبد الضعيف هذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر رحمه الله لان الاخراج وجد منه فتمت السرقة به ولنا أن الاخراج من الكل معنى للمعاونة كما في السرقة الكبرى وهذا لان المعتاد فيما بينهم أن يحمل البعض المتاع ويتشمر الباقون للدفع

المال عند النقب ثم خرج وأخذه قيل يقطع والصحيح أنه لا يقطع قيل ولو كان في الدار نهر جار فرمى المال في النهر ثم خرج فأخذه ان خرج بقوة الماء لا يقطع لانه لم يخرجه وقيل يقطع لانه اخراج ذكره الثمرتاشي وقال في المبسوط فيما اذا أخرجه الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع وهو قول الائمة الثلاثة لان جرى الماء به كان بسبب القائه فيه فيصير الاخراج مضافا اليه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يكون مسقطا للقطع عنه ولو كان راكدا أو جريه ضعيفا فاخرجه بتحريك الماء قطع بالاجماع وهذا يرد نقضا على مسئلة المذهب لانه يصدق عليه انه لم يخرج مع المال ولكن لا يصدق عليه اعتراض اليد المعتبرة قبل أن يخرج به (ولو ألقاه) الداخل (في الطريق ثم خرج وأخذه قطع) وبه قالت الائمة الثلاثة خلافا لزفر (له أن الالقاء غير موجب للقطع كما لو خرج ولم يأخذه) بان تركه أو أخذه غيره (وكذا الاخذ من السكة) غير موجب للقطع فلا يقطع بحال (ولنا أن الرمي حيلة يعتادها السراق لتعذر الخروج مع المتاع لضيق النقب أو ليتفرغ لقتال صاحب الدار أو للفرار) ان أدرك (ولم يعترض على المال الذي أخرجه يد معتبرة فاعتبر الكل فعلا واحدا واذا خرج ولم يأخذه فهو مضيع) لمال صاحب الدار عداوة ومضارة (لا سارق) واذا أخذه غيره فقد اعترضت يد معتبرة فقطعت نسبة الاخذ اليه والحاصل أن يد السارق تثبت عليه وبالالقاء لم تزل يده حكما لعدم اعتراض يد أخرى ألا ترى أن من سقط منه مال في الطريق فاخذه انسان ليرده عليه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه في ذلك المكان في يد صاحبه حكما فرده اليه كرده الى صاحبه بخلاف ما لو أخذه غيره لسقوط اليد الحكمية باليد الحقيقية (وكذا اذا حمله على حمار فساقه فاخرجه لان سيره مضاف اليه بسوقه) فيقطع وفي مبسوط أبي اليسر وكذا اذا علقه في عنق كلب وزجره يقطع ولو خرج بلا زجره لا يقطع لان للدابة اختيارا فما لم يفسد اختيارها بالحمل والسوق لا تنقطع نسبة الفعل اليها وكذا اذا علقه على طائر فطار به الى منزل السارق أو لم يسق الحمار فخرج بنفسه الى منزل السارق لا يقطع (قوله واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال رحمه الله وهذا استحسان والقياس أن يقطع الحامل وحده وهو قول زفر) والائمة الثلاثة لان فعل السرقة لا يتم الا بالاخراج بعد الاخذ والاخذ ان نسب الى الكل فالاخراج انما وجد منه فانما تمت السرقة منه قلنا نعم هذا هو القياس ولكنا استحسنا قطعهم (لان الاخراج وان قام به وحده لكنه في المعنى من الكل لتعاونهم كما في السرقة الكبرى) واذا باشر بعضهم القتل والاخذ والباقون وقوف يجب حد قطع الطريق على الكل لنسبة الفعل الى الكل شرعا بسبب معاونتهم وأن قدرة القاتل والآخذ انما هي بهم فكذا هذا (فان السراق يعتادون ذلك فيتفرغ غير الحامل للدفع)

في المبسوط في اخراج الماء بقوة جريه الاصح أنه يلزمه القطع لان جرى الماء به كان بسبب القائه في النهر فيصير الاخراج مضافا اليه في هذا الوجه وهو زيادة حيلة منه ليكون متمكنا من دفع صاحب البيت فلا يجوز أن يجعل مسقطا للحد عنه (قوله ولم تعترض عليه يد معتبرة) جواب عن قوله كما لو أخذه غيره فان هناك اعترض عليه يد معتبرة فاوجب سقوط اليد الحكمية للسارق ولم تسقط يده الحكمية هنا (قوله واذا دخل الحرز جماعة) وانما وضع المسئلة في دخولهم لانهم اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف نفسه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم كذا في النهاية (قوله فتولى بعضهم الاخذ) وهو ممن يجب عليه القطع عند

واحدة لتمكنت الشبهة في فعل بعضهم فلا يجب على الباقين وقال أبو يوسف يجب القطع الا على الصبي والمجنون

وقوله (فاذا خرج ولم يأخذه) جواب عن قوله كما لو خرج ولم يأخذ وقوله (وكذا ان حمله على حمار) ظاهر قال (واذا دخل الحرز جماعة) كلامه واضح وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم لانهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم البيت وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت واخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل بعين الداخل والفرق بينهما أنهم لما لم يدخلوا البيت لم يتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم قالوا هذا اذا كان الآخذ الحامل ممن يجب عليه القطع عند الانفراد بان كان عاقلا بالغا وأما اذا كان الآخذ الحامل صبيا أو مجنونا فلا يقطع واحد منهم لان غير الحامل في هذا الفعل تبع للآخذ الحامل فاذا لم يجب القطع على من هو أصل لا يجب على من هو تبع وان كان الذي تولى الحمل والاخراج كبيرا لكن فيهم صبي أو مجنون فكذلك الجواب على قول أبي حنيفة ومحمد لان الفعل من الكل

فلو امتنع القطع لادى الى سد باب الحد قال (ومن نقب البيت وأدخل يده فيه وأخذ شيأ لم يقطع) وعن أبي يوسف في الاملاء انه يقطع لانه أخرج المال من الحرز وهو المقصود فلا يشترط الدخول فيه كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي ولنا أن هتك الحرز يشترط فيه الكمال تحرزا عن شبهة العدم والكمال في الدخول وقد أمكن اعتباره والدخول هو المعتاد بخلاف الصندوق لان الممكن فيه ادخال اليد دون الدخول وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع لان ذلك هو المعتاد قال (وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع وان أدخل يده في الكم يقطع) لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب

فكان مثله وبهذا القدر يتم الوجه وقوله بعد ذلك (فلو امتنع القطع أدى الى سد باب الحد) ان منع لم يضر وانما وضعها في دخول الكل لانه لو دخل بعضهم لكنهم اشتركوا في فعل السرقة لا يقطع الا الداخل ان عرف بعينه وان لم يعرف عزروا كلهم وأبد حبسهم الى ان تظهر توبتهم (قوله ومن نقب البيت وأدخل يده فاخذ شيأ لم يقطع) وهذا ظاهر الرواية عن الكل ولذا لم يذكر الحاكم خلافا (وروى عن أبي يوسف في الاملاء انه يقطع) وهو قول الائمة الثلاثة لان اخراج المال من الحرز هو المقصود وقد تحقق والدخول فيه لم يفعل قط الا له فكان هو المقصود من الدخول وقد وجد فاعتباره شرطا في القطع بعد المقصود اعتبار صورة لا أثر لها غير ما حصل (وصار كما اذا أدخل يده في صندوق الصيرفي فاخرج الغطريفي) أو في الجوالق والغطريفي درهم منسوب الى الغطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد وكانت دراهمه من أعز النقود ببخارى قال المصنف (ولنا ان هتك الحرز يشترط فيه الكمال) وعرفت أن هذا في حيز المنع منهم فاثبته بقوله (تحرزا عن شبهة العدم) أي شبهة عدم السرقة وهي مسقطة فان الناقص يشبه العدم وقد يمنع نقصان هذه السرقة لانها أخذ المال خفية من حرز وقد تحقق والدخول ليس من مفهومها ولا شرط لوجودها اذ قد يتحقق هذا المفهوم بلا دخول وقد يتحقق معه وفي كلا الصورتين معنى السرقة تام لا نقص فيه وكون الدخول هو المعتاد يا تفاق الحال لانه قلما يقدر على اخراج شيء مما لم يبصره بعينه من جوانب البيت فيقصد اليه وقلما يدخل الانسان يده من كوة بيت فتقع على مال ثم فرق بينه وبين الصندوق ان الدخول في الصندوق غير ممكن فقط اعتباره بخلاف البيت (وبخلاف ما تقدم من حمل البعض المتاع فانه هو المعتاد) (قوله ومن طر) أي شق (صرة) والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا الموضع المشدود فيه دراهم من الكم (لم يقطع وان أدخل يده في الكم قطع لان في الوجه الاول الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من خارج فلا يوجد هتك الحرز وفي الثاني الرباط من داخل فبالطر يتحقق الاخذ من الحرز وهو الكم ولو كان مكان الطر حل الرباط ثم الاخذ في الوجهين ينعكس الجواب) فاذا كان الرباط من خارج يقطع لانه أخذ الدراهم حينئذ من باطن الكم

الانفراد بان كان عاقلا بالغا وأما اذا كان الآخذ صبيا أو مجنونا لا يقطع واحد منهم وان كان الآخذ عاقلا بالغا وفيهم صبي أو مجنون فلا قطع على واحد منهم عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يجب القطع الا على الصبي والمجنون والغطريفي هو الدرهم المنسوب الى غطريف بن عطاء الكندي أمير خراسان أيام الرشيد والدراهم الغطريفية كانت من أعز النقود ببخارا (قوله وان طر صرة) الطرار الذي يطر الهميان أي يشقها ويقطعها والصرة وعاء الدراهم يقال صررت الصرة أي شددتها والمراد بالصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم وفي قوله وان طر صرة خارجة من الكم لم يقطع دليل على أن المذكور في أصول الفقه بان الطرار يقطع ليس بمجرى على عمومه بل هو محمول على ما اذا أدخل يده في الكم فطرها وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال (قوله فلا يتحقق هتك الحرز) وهو ادخال اليد في الكم واخراج الدراهم منه (قوله وينعكس الجواب) يعني فيما اذا كان حل الرباط خارج الكم يجب

لانعكاس

القطع لان الرباط خارج الكم يجب القطع لانه لما حل الرباط الذي كان

خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محمولة فكان الاخذ من خارج الكم فلم يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في الكم الا أنه أدخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم

لانعكاس العلة وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقطع على كل حال لانه محرز اما بالكم أو بصاحبه قلنا الحرز هو الكم لانه يعتمده وانما قصده قطع المسافة أو الاستراحة فاشبه الجوالق (وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لانه ليس بمحرز مقصودا فتمكن شبهة العدم وهذا لان السائق والقائد والراكب يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع (وان شق الحمل وأخذ منه قطع)

وان كان الرباط من داخل الكم لا يقطع لانه حينئذ يأخذها من خارج الكم فظهر أن انعكاس الجواب (لانعكاس العلة وعن أبي يوسف انه) أي الطرار (يقطع على كل حال) وهو قول الائمة الثلاثة لان في صورة أخذه من خارج الكم ان لم يكن محرزا بالكم فهو محرز بصاحبه واذا كان محرزا بصاحبه وهو نائم الى جنبه فلان يكون محرزا به وهو يقظان والمال يلاصق بدنه أولى (قلنا بل الحرز هنا ليس الا الكم لان صاحب المال يعتمد الكم) أو الجيب لاقيام نفسه فصار الكم كالصندوق وهذا لان المطرور كمه اما في حال المشي أو في غيره فقصوده في الاول ليس الا قطع المسافة لا حفظ المال وان كان الثاني فقصوده الاستراحة عن حفظ المال وهو شغل قلبه بمراقبته فانه متعب للنفس فيربطه ليريح نفسه من ذلك فانما اعتمد الربط والمقصود هو المعتبر في هذا الباب ألا ترى أن من شق جوالقا على جمل يسير فاخذ ما فيه قطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق فكان السارق منه هاتكا للحرز فيقطع ولو أخذ الجوالق بما فيه لا يقطع وكذا لو سرق من الفسطاط قطع ولو سرق نفس الفسطاط لا يقطع لانه ليس محرزا بل ما فيه محرز به فلذا قطع فيما فيه دونه بخلاف ما لو كان الفسطاط ملفوفا عنده يحفظه أو في فسطاط آخر فانه يقطع به ولو سرق الغنم من المرعى لا يقطع وان كان الراعي معها لان الراعي لا يقصد الحفظ بل مجرد الرعي بخلاف ما لو كانت في حظيرة بناها لها وعليها باب مغلق فاخرجها منه قطع لانها بنيت لحفظها وعند الائمة الثلاثة اذا كان الراعي بحيث يراها يقطع لانها محرزة به وان كانت غائبة عن نظره أو هو نائم أو مشغول فليست محرزة وكذا اذا أخذ الجوالق بما فيه من الجمال المقطرة يقطع وبما ذكر من التفصيل في الطرار ظهر أن ما يطلق في الاصول من ان الطرار يقطع انما يأتي على قول أبي يوسف

القطع لانه لما حل الرباط الذي كان خارج الكم وقعت الدراهم في الكم فاحتاج في أخذ الدراهم الى ادخال اليد في الكم فلما أخرج الدراهم من الكم فقد هتك الحرز بخلاف ما اذا كان حل الرباط في داخل الكم فانه لا يقطع لانه لما حل الرباط في داخل الكم بقيت الدراهم خارج الكم ظاهرة محمولة فكان الاخذ أخذ الدراهم من خارج الكم فلا يقطع لانه لم يهتك الحرز في أخذ المال لانه وان أدخل اليد في الكم انما أدخلها لحل الرباط لا لاخذ المال من الكم فكان هذا نظير من دخل البيت ونقبه ثم خرج وأدخل يده وأخذ شيأ وهناك لا يجب القطع فكذلك ههنا (قوله لانعكاس العلة) فان الرباط اذا كان خارج الكم ففي صورة الطرار لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم وفي صورة حل الرباط يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وأما اذا كان الرباط داخل الكم ففي صورة الطرار يقطع لانه يأخذ الدراهم من داخل الكم وفي صورة حل الرباط لا يقطع لانه يأخذ الدراهم من خارج الكم على ما ذكرنا (قوله وانما قصده قطع المسافة) أي في حالة المشي أو الاستراحة أي في غير حالة المشي فلم يكن من قصده الحفظ فيكون المال محرزا بالكم لا بصاحبه فاذا قطع الكم وأخذ المال من خارج الكم لا تقطع لان هذا سرقة الحرز والقطع انما يجب بسرقة المحرز من حرز فاشبه الجوالق حيث يجب القطع بشقه وأخذ المال منه ولا يجب منه بسرقة الجوالق اذا لم يكن له حافظ

وهذا معنى قوله ينعكس الجواب لانعكاس العلة وقوله (لانه يعتمده) أي لان صاحب الكم يعتمد الكم في حفظ المال لا قيام نفسه عند المال لان قصد صاحب الكم من وجوده عند المال لا يخلو من أحد أمرين قطع المسافة أو الاستراحة وذلك لانه اما أن يكون في حالة المشي أو في غيرها فني الاول قصده قطع المسافة لا حفظ المال وفي الثاني قصده الاستراحة والمقصود هو المعتبر في هذا الباب ألا ترى أن من شق جوالق على ابل تسير وأخذ الدراهم منه يقطع لان صاحب المال اعتمد الجوالق حرز الها فكان سارق الدراهم من الجوالق هاتكا للحرز فيقطع ومن سرق الجوالق بما فيه والجوالق على ابل تسير لا يقطع لان السائق والقائد انما يقصد بفعله قطع المسافة والسوق لا الحفظ فلم يصر الجوالق محرزا به مقصودا على ما هو المذكور

قال المصنف (لان في الوجه الاول الى قوله هتك الحرز) أقول فيه بحث يندفع بادنى تامل فانه لا يدخل يده في الحرز حينئذ لعدم قابلية الحرز لذلك اذا كان الطرار من خارج فلم يوجد هتك الحرز على الكمال قال المصنف (لانه محرز اما بالكم) أقول قال الكاكي أي في صورة طرارها خارج الكم (أو بصاحبه) أي في صورة طرارها داخل الكم بل المال محرز بصاحبه والمال تبع انتهى بل الظاهر عكس ذلك وأيضا حينئذ لا يلائم قوله لانا الحرز هو الكم اذ أبو يوسف لا ينكره

لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع (وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع) ومعناه ان كان الجوالق فى موضع هو ليس بحرز كالطريق ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل وذكر فى بعض النسخ وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار والله أعلم بالصواب

*(فصل فى كيفية القطع واثباته) *قال (ويقطع يمين السارق من الزند ويحسم) فالقطع لما تلوناه من قبل

(قوله وان سرق من القطار بعيرا أو حملا لم يقطع لانه ليس بحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم وهذا لان السائق والراكب والقائد انما يقصدون قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان مع الاحمال من يتبعها للحفظ قالوا يقطع وان شق الحمل وأخذ منه قطع لان الجوالق فى مثل هذا حرز لانه يقصد بوضع الامتعة فيه صيانتها كالكم فوجد الاخذ من الحرز فيقطع) وعند الائمة الثلاثة كل من الراكب والسائق حافظ حرز فيقطع فى أخذ الجمل والحمل والجوالق والشق ثم الاخذ وأما القائد فحافظ للجمل الذى زمامه بيده فقط عندنا وعندهم اذا كان بحيث يراها اذا التفت اليها حافظ للكل فالكل محرز عندهم بقوده وفرض أن قصده قطع المسافة ونقل الامتعة لا ينافى أن يقصد الحفظ مع ذلك بل الظاهر ذلك فوجب اعتباره والعمل به وكونه عليه الصلاة والسلام لم يوجب القطع فى حريسة الجبل يحمل على ترك الراعى اياها فى المرعى وغيبتها عن عينه أو مع نومه والقطار بكسر القاف الابل يشد زمام بعضها خلف بعض على نسق ومنه جاء القوم متقاطرين اذا جاء بعضهم اثر بعض (قوله وان سرق جوالقا فيه متاع وصاحبه يحفظه أو نائم عليه قطع ومعناه اذا كان الجوالق فى موضع ليس بحرز كالطريق) والمفازة والمسجد (ونحوه حتى يكون محرزا بصاحبه لكونه مترصدا لحفظه وهذا لان المعتبر هو الحفظ المعتاد والجلوس عنده والنوم عليه بعد حفظا عادة وكذا النوم يقرب منه على ما اخترناه من قبل) يعنى عند التصحيح وقوله لانه يعد النائم عند متاعه حافظا له فى العادة (وذكر فى بعض نسخ الجامع وصاحبه نائم عليه أو حيث يكون حافظا له وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) وهو أنه لا يشترط فى قطع السارق من الحافظ كونه عنده أو تحته

(فصل فى كيفية القطع واثباته) ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه (فالقطع لما تلوناه من قبل) وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما

القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر من قطر الماء صبه تقطيرا وقطره مثل قطره وأقطره لغة وقطر بنفسه سال قطرا وقطرانا (قوله لان الجوالق فى مثل هذا حرز) يعنى فيما اذا كان للسارق خوف هجوم صاحبه وذكر فخر الاسلام رحمه الله فى جامعه انما يعتبر الجوالق احرازا اذا خيف هجوم صاحبه فكان الجوالق حرزا ولا يكون محرزا لان المحرز اما بالحافظ أو بالمكان والجوالق ليس بمحرز بالمكان ولا بالحافظ قصدا فلا يجب القطع بسرقته والاصل فيه قوله عليه السلام لا قطع فى حريسة الجبل وهى شاة تحرس فى الجبل للرعى لا يجب القطع وان كان الراعى حاضرا لان الراعى يقصد الرعى لا الحفظ فكان الحفظ تبعا والتبع له شبهة عدم الحفظ وكذا مقصود القائد والسائق السوق والقود فيتمكن النقصان فى الحفظ فلا يجب القطع (قوله أو حيث يكون حافظا له) وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار وهو اشارة الى قوله ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما والمتاع تحته أو عنده وهو الصحيح والله أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية القطع واثباته) (قوله الزند مفصل طرف الذراع) فى الكف وقال الخوارج يقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط وقال بعض الناس المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فيقطع أصابعه لزوال تمكنه من البطش بها قلنا هذا مخالف للنص فالنبى عليه السلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان هذا القدر متيقن به وفى العقوبات انما يؤخذ

فى الكتاب وقوله (وان سرق من القطار بعيرا) القطار الابل تقطر على نسق واحد والجمع قطر ومنه تقاطر القوم اذا جاؤا أرسالا وقوله (وهذا يؤكد ما قدمناه من القول المختار) يريد قوله ولا فرق بين ان يكون الحافظ مستيقظا الى قوله وهو الصحيح والله أعلم

(فصل فى كيفية القطع واثباته) لما ذكر وجوب قطع اليد لم يكن بد من بيان كيفيته وهذا الفصل فى بيانه الزند مفصل طرف الذراع من الكف والحسم من حسم العرق كواه بحديدة محماة لئلا يسيل دمه (فالقطع لما تلوناه) يعنى قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما الآية

(فصل) فى كيفية القطع

(واليمين بقراءة ابن مسعود) فاقطعوا أيمانهما وهي مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب وقد تعرف في الاصول (ومن الزند لان الاسم يتناول اليد الى الابط وهذا المفصل أعني الرسغ متيقن به) من حيث القطع والمقطوع لكونه أقل فقولنا من حيث القطع احتراز

والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد أن يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال * ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهي قراءة مشهورة فكان خبرا مشهورا فيفيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من بيان المجمل لان الصحيح أنه لا اجمال في قوله فاقطعوا أيديهما وقد قطع عليه الصلاة والسلام اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله وكان يقطع اليسار وذلك لان اليمين أنفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم ما أمكن وأما كونه من الزند وهو مفصل الرسغ ويقال الكوع فلانه المتوارث ومثله لا يطلب فيه سند بخصوصه كالمتواتر لا يبالى فيه بكفر الناقلين فضلا عن فسقهم أو ضعفهم وروى فيه خصوص متون منها ما رواه الدارقطني في حديث رداء صفوان قال فيه ثم أمر بقطعه من المفصل وضعف بالعزرمي وابن عدي في الكامل عن عبد الله بن عمر قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارقا من المفصل وفيه عبد الرحمن بن سلمة قال ابن القطان لا أعرف له حالا وأخرج ابن أبي شيبة عن رجاء بن حيوة أن النبي صلى الله عليه وسلم قطع رجلا من المفصل وانما فيه الارسال وأخرج عن عمر وعلي انهما قطعا من المفصل وانعقد عليه الاجماع فما نقل عن شذوذ من الاكتفاء بقطع الاصابع لان بها البطش وعن الخوارج من أن القطع من المنكب لان اليد اسم لذلك الله أعلم بصحته وبتقدير ثبوته هو خرق للاجماع وهم لم يقدحوا في الاجماع قبل الفتنة ولان اليد تطلق على ما ذكر وعلى ما الى الرسغ اطلاقا أشهر منه الى المنكب بل صار يتبادر من اطلاق اليد فكان أولى باعتباره ولئن سلم اشتراك الاسم جاز كون ما الى المنكب هو المراد وما الى الرسغ فيتعين ما الى الرسغ درأ للزائد عند احتمال عدمه وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبي هريرة انه عليه الصلاة والسلام أتي بسارق سرق شملة فقال عليه الصلاة والسلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتوني به فقطع ثم حسم ثم أتي به فقال تب الى الله قال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود في المراسيل وكذا رواه أبو القاسم ابن سلام في غريب الحديث وأخرج الدارقطني عن جبة عن علي انه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأني أنظر اليهم والى أيديهم كأنها اليرابيع والحسم الكي لينقطع الدم وفي المغرب والمغني لابن قدامة هو أن يعمس في الدهن الذي أغلي وثمن الزيت وكافة الحسم في بيت المال عندهم لانه أمر القاطع به وبه قال الشافعي في وجه وعندنا هو على السارق وقول المصنف (لانه لو لم يحسم يؤدي الى التلف) يقتضي وجوبه

قال المصنف (لان الاسم يتناول اليد الى الابط) أقول ولعل المراد أن لفظ اليد مشترك بين الكل والجزء كلفظ القرآن قال العلامة الكاكي اليد قد تكون من المنكب وقد تكون من المرفق وقد تكون من الرسغ باستعمال العرب واللغة والشرع ولكن زال هذا الابهام ببيان رسول الله

عن قول بعض الناس ان المستحق قطع الاصابع فقط لان بطشه كان بالاصابع فتقطع أصابعه ليزول تمكنه من البطش بها لان فيه قطعا مكررا وفيما قلنا قطع واحد على انه مخالف للنص لان المذكور فيه اليد وقولنا من حيث المقطوع احتراز عن قول الخوارج تقطع يمين السارق من المنكب لان اليد اسم للجارحة من رؤس الاصابع الى الآباط لان فيه تكثيرا للمقطوع وقوله (كيف وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بقطع السارق من الزند والحسم) روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بسارق فقالوا يا رسول الله ان هذا سرق فقال عليه السلام ما اخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه الحديث وقوله (ولانه لو لم يحسم)

بالمتيقن به (قوله واليمين بقراءة عبد الله بن مسعود رضي الله عنه) فاقطعوا أيمانهما وقراءته لا تكون دون روايته وروايته اذا صارت مشهورة تزاد على الكتاب فكذلك قراءته فيصير كأنه قال فاقطعوا أيمانهما من الايدي فلا يتناول الرجل ولا اليد اليسرى وكان يقرأ أيمانهما فصار كالخبر المشهور فيفيد اطلاق الكتاب به لو رودهما في الحكم الواحد والدليل عليه أنه في المرة الثانية لا تقطع يده اليسرى ومع بقاء المنصوص لا يجوز العدول عنه الى غيره ولو كان النص متناولا لليد اليسرى لم يجز ترك قطع اليد مع بقاء اليد والايدي وان كانت لفظ الجمع فالاصل أن ما وجد من خلق الانسان يذكر تثنيته بعبارة الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما ولان الجمع المضاف الى جماعة يتناول الفرد من كل واحد يقال ركب القوم دوابهم فيصير معنى الآية وانه

صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحابته ورضوان الله تعالى عليهم واجاعهم اه (قوله لان الاسم) أي اسم اليد وقوله يتناول اليد أي يتناول المسمى به (قوله أن النبي عليه الصلاة والسلام أمر بقطع السارق من الزند والحسم)

(فان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى فان سرق ثالثا لم يقطع وخلد فى السجن حتى يتوب) وهذا استحسان ويعزر أيضا ذكر المشايخ رحمهم الله وقال الشافعى رحمه الله فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما هو مذهبه ولان الثالثة مثل الاولى فى كونها جناية بل فوقها فتكون أدعى الى شرع الحد

والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده فى عنقه لانه عليه الصلاة والسلام أمر به رواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مفوض للامام ان رآه ولم يثبت عنه عليه الصلاة والسلام فى كل من قطعه ليكون سنة (قوله وان سرق ثانيا قطعت رجله اليسرى) بالاجماع فقد روى فيه حديث قدمناه ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل عمر ذلك وقال أبو يوسف والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشى عليه قال (فان سرق ثالثا لا يقطع) بل يعزر (ويخلد فى السجن حتى يتوب) أو يموت (وقال الشافعى فى الثالثة تقطع يده اليسرى وفى الرابعة تقطع رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه ثم ان عاد فاقطعوه) وهو بهذا اللفظ لا يعرف ولكن أخرج أبو داود عن جابر قال جىء بسارق الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الثانية فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الثالثة فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الرابعة فقال اقتلوه فقالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم جىء به فى الخامسة قال اقتلوه قال جابر فانطلقنا به فقتلناه ثم اجتررناه فألقيناه فى بئر ورمينا عليه الحجارة قال النسائى حديث منكر ومصعب بن ثابت ليس بالقوى وأخرج النسائى عن حماد بن سلمة أنبأنا يوسف بن سعد عن الحرث بن حاطب اللخمى أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى بلص فقال اقتلوه قالوا يا رسول الله انما سرق قال اقطعوه فقطع ثم سرق فقطعت رجله ثم سرق على عهد أبى بكر حتى قطعت قوائمه الاربع كلها ثم سرق الخامسة فقال أبو بكر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلم بهذا حين قال اقتلوه ورواه الطبرانى والحاكم فى المستدرك وقال صحيح الاسناد قال المصنف (وروى مفسرا كما هو مذهبه) أخرج الدارقطنى عن أبى هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفى سنده الواقدى وهنا طرق كثيرة متعددة لم تسلم من الطعن ولذا طعن الطحاوى كما ذكره المصنف فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا وفى المبسوط الحديث غير صحيح والاحتج به بعضهم فى مشاورة على ولئن سلم يحمل على الانتساخ لانه كان فى الابتداء تغليظا فى الحدود ألا ترى أن النبى صلى الله عليه وسلم قطع أيدى العرنيين وأرجلهم وسمر أعينهم ثم انتسخ ذلك وأما فعل أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فروى مالك فى الموطا عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه ان رجلا من اليمن أقطع اليد والرجل قدم فنزل على أبى بكر الصديق فشكا اليه ان عامل اليمن ظلمه فكان يصلى من الليل فيقول أبو بكر رضى الله عنه وأيك ما ليلك بليل سارق ثم انهم فقدوا عقد الاسماء بنت عميس امرأة أبى بكر الصديق رضى الله عنه فجعل الرجل يطوف معهم ويقول اللهم عليك بمن بيت أهل هذا البيت الصالح فوجدوا الحلى عند صائغ زعم أن الاقطع جاءه به فاعترف الاقطع وشهد عليه فأمر به أبو بكر فقطعت يده اليسرى وقال أبو بكر لدعاؤه على نفسه أشد عليه

أعلم فاقطعوا يده من كل سارق وسارقة وقطع الرجل اليسرى انما ثبت بالاجماع (قوله وخلد فى السجن حتى يتوب) والمدة التى تظهر فيها التوبة مفوض الى رأى الامام وقال بعضهم يحبس سنة وقال بعضهم حتى يموت وقيل علامة توبته أن يظهر سيماء الصالحين فى وجهه (قوله ويروى مفسرا كما هو مذهبه) روى أبو هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام قال من سرق قطعت يده اليمنى فان عاد وسرق قطعت رجله اليسرى فان عاد وسرق قطعت يده اليسرى فان عاد وسرق قطعت رجله اليمنى

ظاهر وقوله (وخلد فى السجن حتى يتوب) حاصله أن السارق لا يؤتى على أطرافه الاربعة بالقطع وانما يقطع يمينه أول سرقة ورجله اليسرى فى ثانيها ثم يعزر بعد ذلك ويحبس عندنا وعند الشافعى بعد الرابعة يحبس وعند أصحاب الظواهر فى المرة الخامسة يقتل وقوله (ويروى مفسرا كما هو مذهبه) هو فى حديث أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى المرة الاولى تقطع يده اليمنى وفى الثانية الرجل اليسرى وفى الثالثة اليد اليسرى وفى الرابعة الرجل اليمنى (قوله ولان الثالثة) ظاهر

أقول فيه شىء لان ظاهر أسلوبه يوهم ان يكون قوله والحسم معطوفا على قوله يقطع وليس كذلك بل على قوله ومن الزند

ولنا قول علي رضي الله عنه فيه اني لأستحي من الله تعالى أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورجلا يمشي عليها وبهذا حاج بقية الصحابة رضي الله عنهم فحجهم فانعقد اجماعا

من سرقته ورواه عبد الرزاق أخبرنا معمر عن الزهري عن عروة عن عائشة رضي الله عنها قالت قدم على أبي بكر رضي الله عنه رجل أقطع فشكا اليه أن يعلى بن أمية قطع يده ورجله في سرقة وقال والله ما زدت على أنه كان يولعني شيا من عمله فنفته في فريضة واحدة فقطع يدي ورجلي فقال له أبو بكر ان كنت صادقا فلا أقيدنك منه فلم يلبثوا الا قليلا حتى فقد آل أبي بكر حليا لهم فاستقبل القبلة ورفع يديه وقال اللهم أظهر من سرق أهل هذا البيت الصالح قال فما انتصف النهار حتى عثروا على المتاع عنده فقال له أبو بكر رضي الله عنه ويلك انك لقليل العلم بالله فقطع أبو بكر يده الثانية قال محمد بن الحسن في موطئه قال الزهري وروى عن عائشة قالت انما كان الذي سرق حلي أسماء أقطع اليد اليمنى فقطع أبو بكر رجله اليسرى قال وكان ابن شهاب أعلم بهذا الحديث من غيره هذا وقد حكي عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر بن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى أنه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه الخ) قال محمد بن الحسن في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن عمرو بن مرة عن عبد الله بن سلمة عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه قال اذا سرق السارق قطعت يده اليمنى فان عاد قطعت رجله اليسرى فان عاد ضمنته السجن حتى يحدث خيرا اني لأستحي من الله أن أدعه ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها ورجل يمشي عليها ومن طريق محمد رواه الدارقطني ورواه عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا معمر عن جابر عن الشعبي قال كان علي لا يقطع الا اليد والرجل وان سرق بعد ذلك سجنه ويقول اني لأستحي من الله أن لا أدع له يدا يأكل بها ويستنجي بها ورواه ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا حاتم بن اسمعيل عن جعفر بن محمد عن أبيه قال كان علي لا يزيد على ان يقطع السارق يدا ورجلا فاذا أتي به بعد ذلك قال اني لأستحي أن أدعه لا يتطهر اصلا لكنه لم يحبسه وأخرجه البيهقي عن عبد الله بن سلمة عن علي رضي الله عنه انه أتي بسارق فقطع يده ثم أتي به فقطع رجله ثم أتي به فقال أقطع يده فبأي شيء يتمسح وبأي شيء يأكل أقطع رجله على أي شيء يمشي اني لأستحي من الله ثم ضربه وخلده في السجن وروى ابن أبي شيبة أن نجدة كتب الى ابن عباس يسأله عن السارق فكتب اليه بمثل قول علي وأخرج عن سماك أن عمر استشارهم في سارق فاجمعوا على مثل قول علي وأخرج عن مكحول أن عمر رضي الله عنه قال اذا سرق فاقطعوا يده ثم ان عاد فاقطعوا رجله ولا تقطعوا يده الاخرى وذروه يأكل بها ويستنجي بها ولكن احبسوه عن المسلمين وأخرج عن النخعي كانوا يقولون لا يترك ابن آدم مثل البهيمة ليس له يد يأكل بها ويستنجي بها وهذا كله قد ثبت ثبوتا لا مرد له فبعيد أن يقع في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل هذه الحوادث التي غالبا تتوفر الدواعي على نقلها مثل سارق يقطع رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعته ثم يقتله والصحابة يجتمعون على قتله ولا خبر بذلك عند علي وابن عباس وعمر من الاصحاب الملازمين له عليه السلام بل أقل ما في الباب أن كان ينقل لهم ان غابوا بل لا بد من علمهم بذلك وبذلك تقضي العادة فامتناع علي بعد ذلك اما لضعف الروايات المذكورة في الاتيان على أربعته واما لعلمه أن ذلك ليس حدا مستمرا بل من رأى الامام قتله لما شاهد فيه من السعي بالفساد في الارض وبعد الطباع عن الرجوع فله قتله سياسة فيفعل ذلك القتل المعنوي (قوله وبهذا حاج علي بقية الصحابة فحجهم فانعقد اجماعا) يشير الى ما في تنقيح ابن عبد الهادي قال سعيد بن منصور رضي الله عنه حدثنا أبو معشر عن سعيد بن أبي سعيد المقبري عن أبيه قال حضرت علي بن أبي طالب وقد أتي برجل مقطوع اليد والرجل قد سرق فقال لاصحابه ما ترون في هذا قالوا اقطعه يا أمير المؤمنين قال قتلته اذا وما عليه القتل بأي شيء يأكل الطعام بأي شيء يتوضأ للصلاة بأي شيء يغتسل من جنابته بأي شيء يقوم على حاجته فرده الى السجن أياما ثم أخرجه فاستشار أصحابه فقالوا مثل قولهم الاول

(قوله فحجهم) أي غلبهم بالحجة فانعقد اجماعا ولم يحتج عليه أحد بالنص في الباب فبان أنه لا نص فيه اذ لو ثبت

(قوله فحجهم) أي غلبهم في الحجة يقال حاجه فحجه أي ناظره في الحجة فغلبه بها

ولانه اهلاك معنى لما فيه من تفويت جنس المنفعة والحدز اجر ولانه نادر الوجود والزجر فيما يغلب وقوعه بخلاف القصاص لانه حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه والحديث طعن فيه الطحاوى رحمه الله أو نحمله على السياسة (واذا كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع) لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا أو مشيا وكذا اذا كانت رجله اليمنى شلاء لما قلنا (وكذا اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان منها سوى الابهام) لان قوام البطش بالابهام (فان كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء قطع) لان فوات الواحدة لا يوجب خللا ظاهرا فى البطش بخلاف فوات الاصبعين لانهما يتنزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش

(وقوله بخلاف القصاص) جواب سؤال تقديره لو قطع رجل أربعة أطراف اقتص منه بالاجماع وجميع ماذكرتم من المحظورات هنالك موجود لانه لا يبقى له يد يأكل بها ويستنجى بها ورجل يمشى عليها وفيه تفويت جنس المنفعة ونادر الوجود وتقرير الجواب أن القصاص حق العباد وحق العبد راعى فيه المماثلة بالنص (والحديث) الذى رواه الشافعى دليلا على دعواه هذه (طعن فيه الطحاوى) قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعى وقال أبو نصر البغدادى قال الطحاوى انه حديث لا أصل له لان كل من لقيناه من حفاظ الحديث ينكرونه ويقولون لم نجد له أصلا (أو نحمله على السياسة) بدليل ماورد فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة وقوله (لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا) يعنى ان كانت يده اليسرى مؤفة (أو مشيا) ان كانت رجله اليمنى كذلك وباقى كلامه ظاهر

وقال لهم مثل ما قال أول مرة فجلده جلدا شديدا ثم أرسله وقال سعيد أيضا حدثنا أبو الاحوص عن سماك بن حرب عن عبد الرحمن بن عائذ قال أتى عمر بن الخطاب باقطع اليد والرجل قد سرق فامر أن يقطع رجله فقال على رضى الله عنه قال الله انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية فقد قطعت يده هذا ورجله فلا ينبغى أن تقطع رجله فتدعه ليس له قائمة يمشى عليها اما أن تعزره واما أن تودعه السجن فاستودعه السجن وهذا رواه البيهقى فى سننه وهو مما يؤيد ضعف الحديث من استدلال على رضى الله عنه وموافقة عمر له قال المصنف (ولانه اهلاك معنى) هو من قول على رضى الله عنه قتلته اذا (والحد زاجر) لا مهلك (ولانه نادر الوجود) أى يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله (والحد) لا يشرع الا (فيما يغلب) على ما مر غير مرة (بخلاف القصاص) يعنى لو قطع رجل يدى رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته (لانه حق للعبد فيستوفى فيه ما أمكن جبرا لحقه) لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة وتعينت اليمنى مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى محليتها للقطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل فى الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ماورد اذ ذاك لقيام الدليل على العدم (قوله وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو مقطوع الرجل اليمنى) أو كانت رجله اليمنى شلاء (لا يقطع لان فى القطع) والحالة هذه (تفويت جنس المنفعة بطشا) فيما اذا كانت اليد اليسرى مقطوعة أو مشلولة (أو مشيا) اذا كان ذلك فى رجله اليمنى وتفويت جنس المنفعة اهلاك حتى وجب تمام الدية بقطع اليدين والرجلين وهذا لان المشى لا يتاتى مع قطع اليد والرجل من جهة واحدة (وكذا) لا يقطع يمين السارق (اذا كانت ابهام يده اليسرى) أو رجله اليسرى (مقطوعة أو شلاء أو الاصبعان) من واحدة منهما (سوى الابهام) لان فوتهما يقوم مقام فوت الابهام فى نقصان البطش بخلاف فوت اصبع واحدة غير الابهام لا يوجب ذلك فيقطع ولا يشكل ان الشلل وقطع الابهام والاصابع لو كان فى اليد اليمنى انه يقطع لانها لو كانت صحيحة قطعت فكيف اذا كانت ناقصة وانما خولف فى هذا الباب بما ذكر فى الكتاب حيث جعل القائم مقام الابهام

لبالغهم ولو بلغهم لاحتجوا فان قيل أليس أن اليسرى محل بظاهر الكتاب والاجماع على خلاف الكتاب قلنا لما قيدنا المطلق بالقراءة المشهورة خرجت اليد اليسرى عن أن تكون مرادة كمن قال لآخر أعتق عبدا من عبيدى ثم قال عنيت به سالما ولان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار ولان السارق اسم فاعل فيدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات لم ترد اجماعا وبفعل واحد لا تقطع الايد واحدة وقد تعينت اليمنى اجماعا فخرجت اليسرى عن الارادة (قوله والحديث طعن فيه الطحاوى) فقال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشئ منها أصلا أشار بها الى ما رواه الشافعى رحمه الله من الاحاديث فى تصحيح دعواه هذه أو يحمل على السياسة أو على الانتساخ لانه يحتمل أنه كان هذا فى الابتداء فقد كان فى الحدود تغليظ فى الابتداء ألا ترى أنه قطع الايدى والارجل من العرنيين وسمل أعينهم ثم انتسخ ذلك باستقرار الحد كذا فى

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق) الحداد هو الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد وانما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يده مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه فعل ما أمره به فانه أمره بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه ولم يذكر حكم ما اذا قطع اليمين بعد القضاء قبل أن يقول له اقطع وقال في المبسوط لا شئ عليه لان قيمة اليد قد سقطت بقضاء الامام عليه بالقطع فالقاطع استوفى يدا لا قيمة لها فلم يكن ضامنا لكن أدبه الامام لانه أساء الادب حين قطعه قبل أن يأمره الامام به وكلامه واضح وقوله (بغير حق) دليله أن الحق في اليمين في السرقة وهو أيضا لم يقطع يسار أحد ليكون حق القطع اليسار قصاصا (ولا تاويل) حيث لم يخطئ لان الكلام فيما اذا تعمد في قطع اليسار (فلا يعفى) كما لو قطع رجله أو أنفه (وان كان في المجتهدات) لان المجتهد لا يعذر فيما اذا أخطأ اذا كان الدليل ظاهرا كالحكم بحل متروك التسمية عامدا (وكان ينبغي أن يجب القصاص لانه امتنع للشبهة) وهي قوله تعالى فاقطعوا أيديهما فان ظاهره يوجب تناول اليدين جميعا فصار شبهة في حق القصاص اذ القصاص لا يثبت بالشبهة بخلاف ضمان المال وقوله (ولابي حنيفة) تقريره

قال (واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا السارق فقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شئ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقالا لا شئ عليه في الخطأ ويضمن في العمد وقال زفر رحمه الله يضمن في الخطأ أيضا وهو القياس والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد وأما الخطأ في معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عذرا أيضا له أنه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها قلنا انه أخطأ في اجتهاده اذ ليس في النص تعيين اليمين والخطأ في الاجتهاد موضوع ولهما انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لانه تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات وكان ينبغي انه يجب القصاص لانه امتنع للشبهة ولابي حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع

المحل بالبطش فوات ثلاث أصابع وهنا جعله أصبعين لان الحد يحتاط في درئه (قوله واذا قال الحاكم للحداد) أي للذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد (اقطع يمين هذا في سرقة سرقها فاقطع يساره عمدا أو خطأ فلا شئ عليه عند أبي حنيفة رحمه الله) ولكن يؤدب وبه قال أحمد (وقالا لا شئ عليه في الخطأ ويضمن في العمد) أرش اليسار (وعند زفر يضمن في الخطأ أيضا) بخلاف ما لو قال له اقطع يد هذا فقطع اليسار لا يضمن بالاتفاق وعند مالك والشافعي يقتص في العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء بالقطع في انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد وكذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف (قوله والمراد) أي المراد (بالخطأ) الذي فيه الخلاف بيننا وبين زفر (الخطأ في الاجتهاد) ومعناه ان يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد في أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما أما الخطأ في معرفة اليمين من الشمال لا يجعل عفوا) لانه بعيد يتهم فيه مدعيه وعلى هذا فالقطع في الموضعين عمد وانما يكون معنى العمد حينئذ أن يتعمد القطع لليسار لا عن اجتهاد في اجزائها (وقيل) الخطأ في اليمين والشمال (يجعل عفوا أيضا لزفر انه قطع يدا معصومة والخطأ في حق العباد غير موضوع فيضمنها ولنا انه) انما (أخطأ في اجتهاده وخطأ المجتهد موضوع بالاجماع) وهذا موضع اجتهاد لان ظاهر النص يسوي بين اليمين واليسار (ولهما) في العمد (انه) جان حيث (قطع يدا معصومة بلا تاويل تعمد الظلم فلا يعفى وان كان في المجتهدات) لانه هو لم يفعله عن اجتهاد (وكان ينبغي ان يجب القود الا انه سقط للشبهة) الناشئة من اطلاق النص (ولابي حنيفة رضي الله عنه انه) وان أتلف) بلا حق ظلما لكنه (أخلف من جنسه ما هو خير له) وهي اليمين فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى وهي خير لان قوة البطش بها أتم فلا يضمن شيأ وانما قلنا انه أخلف لان اليمين كانت على شرف الزوال فكانت كالفائتة فاخلفها الى خلف استمرارها وبقائها بخلاف ما لو قطع رجله اليمنى لانه وان امتنع به قطع يده لكن لم يعوضه

المبسوط * الحداد الذي يقيم الحد فعال منه كالجلاد من الجلد كذا في المغرب (قوله واذا قال الحاكم للحداد اقطع يمين هذا) انما قيد بقوله يمين هذا لانه اذا قال اقطع يد مطلقا فقطع الحداد يده اليسرى فلا ضمان عليه بالاتفاق لانه أمر بقطع اليد واليسرى يد فلا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي رحمه الله (قوله والمراد بالخطأ هو الخطأ في الاجتهاد) أي اجتهد في جواز قطع اليسار نظرا الى اطلاق النص أما الخطأ في معرفة اليمين واليسار فلا يجعل عفوا لان الجهل في موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل واحد يميز بين اليمين واليسار (قوله والخطأ في الاجتهاد موضوع) بدليل قوله تعالى ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله أثبت الاذن فيهما مع أن الحق عند الله أحدهما (قوله وان كان في المجتهدات) أي وان كان للاجتهاد فيه مجال تمسكا باطلاق النص وظاهره اذ ليس فيه ذكر اليمين لان المجتهد لا يعذر في عمد الظلم كالقاضي اذا تعمد الجور في حادثة (قوله ولابي حنيفة رحمه الله انه أتلف وأخلف) فان قيل اليمنى لم

القول بالموجب سلمنا انه قطع طرفا معصوما بغير حق ولا تاويل لكنه أخلف من جنسه ما هو خير منه فلا يعد اتلافا

(قوله يوجب تناول اليدين جميعا الخ) أقول يعني على سبيل البدل كما في قوله تعالى فاغسلوا وجوهكم وأيديكم

(وعلى هذا) التقرير (لو قطعه غير الحداد) أى لو قطع يسار السارق غير الحداد بعد حكم القاضى بقطع يمينه (لا يضمن) شيئا لان امتناع قطع اليمين بعد قطع اليسار لا يتفاوت بين أن يكون قاطع اليسار مامورا لحاكم أو أجنبيا غير مامور (وقوله هو الصحيح) احتراز عما ذكره فى شرح الطحاوى فقال فيه ولو قطع غير يده اليسرى فان فى العمد القصاص وفى الخطا الدية وسقط القطع عنه فى اليمين لانه لو قطع أدى الى الاستهلاك و برد السرقة ان كان قائما وعليه ضمانه فى الهالك (قوله ولو أخرج السارق) يساره ظاهر (قوله ثم فى العمد عنده) أى عند أبى حنيفة رضى الله عنه (عليه) أى على السارق (ضمان المال) المسروق ان كان هالكا (لانه لم يقع حدا) وانما خص أبا حنيفة بالذكر وان كان الضمان على السارق بالاتفاق دفعا لما عسى أن يتوهم أن قطع اليسار وقع حدا عنده حيث لم يوجب الضمان على الحداد فازال ذلك ببيان وجوب الضمان اذ بان القطع لم يقع حدا اذ القطع حدا والضمان لا يجتمعان وعدم الضمان على الحداد باعتبار أنه أخلف خيرا لا باعتبار أن القطع وقع حدا وأما على مذهبهما فظاهر لا حاجة الى ذكره لانهما يضمنان الحداد فى العمد فلا يقع القطع حدا لاستحالة فيضمن السارق لعدم لزوم الجمع بين الضمان والقطع حدا وقوله (وفى الخطا كذلك على هذه الطريقة) أى على طريقة أن القطع لم يقع حدا لانه اذا لم يقع حدا لم يوجد ما ينافى الضمان والمقتضى وهو الاتلاف موجود فيجب الضمان البتة (وعلى طريقة الاجتهاد) ولا

وعلى هذا لو قطعه غير الحداد لا يضمن أيضا هو الصحيح ولو أخرج السارق يساره وقال هذه يمينى لا يضمن بالاتفاق لانه قطعه بامره ثم فى العمد عنده عليه ضمان المال لانه لم يقع حدا وفى الخطا كذلك على هذه الطريقة وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة) لان الخصومة شرط لظهورها

من جنس ما أتلف عليه من المنفعة لان منفعة البطش ليس من جنس منفعة المشى وأما ان قطع رجله اليسرى فلم يعوض عليه شيأ أصلا وصار كما لو شهد اثنان على رجل ببيع عبد بالفين وقيمته ألف أو شهدا بمثل قيمته ثم رجعا بعد القضاء لا يضمنان شيأ (قوله وعلى هذا) أى على تعليل قول أبى حنيفة بالاخلاف بقطع يساره (غير الحداد أيضا) للاخلاف (وهو الصحيح) احتراز عما ذكر الاسبيجابى فى شرحه لمختصر الطحاوى حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد بامر السلطان ولو قطع يساره غيره ففى العمد القصاص وفى الخطا الدية (قوله ولو أن السارق أخرج يساره وقال هذه يمينى) فقطعها (لا يضمن) وان كان عالما بانها يساره (بالاتفاق لانه قطعها بامره ثم فى العمد عنده على السارق ضمان المال) اذا كان استهلكه (لانه لم يقع حدا ففى الخطا كذلك على هذه الطريقة) أعنى طريقة عدم وقوعه حدا وقيل طريقة الاخلاف ولازمها عدم وقوعه حدا فكلاهما واحد الا أن الاول أقرب الى اللفظ (وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن) لانه وقع موقع الحد والقطع مع الضمان لا يجتمعان وانما خص أبا حنيفة رضى الله عنه بلزوم الضمان على السارق فى عمد القطع مع انهما أيضا يضمنانه لان توهم انه لا يضمن انما يثبت على قوله لانه لما لم يوجب على الحداد ضمانا قد يتوهم انه لا يضمن السارق بناء على ان قطع الحداد وقع حدا ولذا لم يضمنه فازال الوهم بانه انما لم يضمنه لاخلافه لا لوقوعه حدا (قوله ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه فيطالب بالسرقة لان الخصومة شرط لظهور السرقة) والخصم هو المسروق

تحصل له بسبب القطع بل كانت حاصلة له من قبل قلنا اليمنى من حيث الاعتبار حصلت له بقطع اليسرى لانها لما صارت على شرف الزوال فهى كالفائتة من حيث الاعتبار فان قيل لو قطع رجله اليمنى يضمن وقد أتلف وأخلف عوضا وهو اليد اليمنى قلنا لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالتالف ليس من جنس الباقى وعلى هذه النكتة لو قطع غير الحداد لا يضمن (قوله هو الصحيح) احتراز عما ذكر فى شرح الطحاوى هذا كله اذا قطع الجلاد بامر السلطان ولو قطع غيره يده اليسرى فان فى العمد القصاص وفى الخطا الدية (قوله لانه قطعه بامره) ألا ترى أن من قطع يد غيره باذنه من غير أن يكون قطعه مستحقا بالسرقة لا يضمن لان البذل فى الاطراف يسقط ضمانها فهنا أولى (قوله ثم فى العمد عنده عليه ضمان المال) أى عند أبى حنيفة رحمه الله وانما خص أبا حنيفة رحمه الله بالذكر وان وجب الضمان بالاتفاق لان الشبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما ترد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب ضمان اليد على الحداد فيظن أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب ضمان الحداد فخصه دفعا لهذا الوهم (قوله وفى الخطا كذلك) أى يجب ضمان المال على السارق على هذه الطريقة أى على طريقة أن القطع لم يقع حدا وعدم الضمان على الحداد لانه أتلف وأخلف ما هو خير منه من جنسه لان سقوط الضمان فى ضمن وجود القطع حدا وعلى طريقة الاجتهاد لا يضمن لان ذلك وقع موقع الحد وعلى طريقتهما وهو أن الضمان بطل بطريقة الاجتهاد لا يضمن لوقوعه موقع الحد (قوله الا أن يحضر المسروق منه) ولم يقل الا أن يحضر المالك لان السارق عندنا يقطع بخصومة

(قوله وانما خص أبا حنيفة الخ) أقول قال الشيخ الامام السغناقى وتبعه الكاكى وانما خص أبا حنيفة لما ان شبهة عدم وجوب الضمان على السارق انما ترد على مذهبه لانه يقول بعدم وجوب الحد فيظن ظان أن القطع وقع حدا عنده فلا يضمن السارق استدلالا بعدم وجوب الضمان اه وعندى ان ما ذكره السغناقى أنسب بالمقام مما ذكره الشارح تبعا للاتقانى فتأمل أنت (قوله فازال ذلك ببيان وجوب الضمان الخ)

الذى قلنا فى طريق أبى يوسف ومحمد ان ضمان اليد على الحداد بطل بطريق الاجتهاد (لا يضمن) السارق المال لوقوع القطع موقع الحد بالاجتهاد والضمان والقطع حد لا يجتمعان قال (ولا يقطع السارق الا أن يحضر المسروق منه) اختلف العلماء فى اشتراط حضور المسروق منه وطلبه السرقة للقطع فقال ابن أبى ليلى لا حاجة الى ذلك وتقبل الشهادة على السرقة حسبة كالزنا لان المستحق بكل واحد منهما خالص حق الله تعالى وقال الشافعى ان أقر السارق بالسرقة فلا حاجة الى ذلك وان ثبت بالبينة فلا بد من ذلك لان الشهادة تبنى على الدعوى

ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعى فى الاقرار لان الجناية على مال الغير لا تظهر الا بخصومته وكذا اذا غاب عند القطع عندنا لان الاستيفاء من القضاء فى باب الحدود (وللمستودع والغاصب وصاحب الربا ان يقطعوا السارق منهم ولرب الوديعة أن يقطعه أيضا وكذا المغصوب منه) وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة سوى المالك ويقطع بخصومة المالك فى السرقة من هؤلاء

منه فلا بد من حضوره وهو قول الشافعى وأحمد وقال مالك وأبو ثور لا تشترط المطالبة لعموم الآية وكما فى حد الزنا وقوله (ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا خلافا للشافعى فى الاقرار) هو خلاف الاصح عنده والاصح عنده أن الاقرار كالبينة يعنى اذا أقر عند الحاكم انى سرقت مال فلان نصابا من حرز لا شبهة فيه فانه لا يقطعه حتى يحضر فلان و يدعى وماذكره عن الشافعى رواية عن أبى يوسف لان خصومة العبد ليس الا ليظهر سبب القطع الذى هو حق الله تعالى و بالاقرار يظهر السبب فلا حاجة لى حضوره والجواب أنه مالم يظهر تصديق المقر له فى المقر به فهو للمقر ظاهرا ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز ولان شبهة الاباحة باباحة المالك للمسلمين أو لطائفة السارق منهم ثابتة وكذا شبهة وجود اذنه له فى دخوله فى بيته فاعتبرت المطالبة دفعا لهذه الشبهة بخلاف الزنا فانه لا يباح باباحة بوجه من الوجوه فلم تتمكن فيه هذه الشبهة والحق أن احتمال اباحة المالك ونحوه هى الشبهة الموهومة التى سينفيها المصنف وسيتضح ذلك فالمعول عليه ماذكرنا من أن ملك المقر قائم مالم يصدقه المقر له (قوله وكذا اذا غاب) المسروق منه (عند القطع) لا يقطع حتى يحضر وبه قال الشافعى وأحمد خلافا لمالك (لان الامضاء من القضاء فى الحدود على ما مر وعلى ظاهر كلام المصنف يكون التشبيه فى ثبوت خلاف الشافعى لكن علمت أن الاصح أنه كقولنا ولما ثبت أن المطالبة شرط شرع فى بيان من له المطالبة فقال (وللمستودع) بفتح الدال (والغاصب وصاحب الربا أن يقطعوا السارق منهم) أى اذا سرق الوديعة أو المال المغصوب وأما صاحب الربا فكالمشترى عشرة بخمسة اذا قبض العشرة فسرقها سارق قطع بخصومته لان هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب اذ المشترى شراء فاسدا فى يد المشترى كالمغصوب (ولرب الوديعة أن) يخاصم و (يقطعه أيضا) كالمودع (وكذا المغصوب منه وقال زفر والشافعى لا يقطع بخصومة الغاصب والمستودع وعلى هذا الخلاف المستعير والمستاجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والاب والوصى يقطع السارق لما فى أيديهم من مال الوقف واليتيم بخصومتهم (ويقطع أيضا السارق من هؤلاء بخصومة المالك)

المستودع والمستعير (قوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار عندنا) أى يشترط حضور المسروق منه ومطالبته بالسرقة فى الشهادة والاقرار خلافا لابن أبى ليلى فيهما لان القطع خالص حق الله تعالى فتقبل الشهادة عليها حسبة كالزنا وللشافعى رحمه الله فى الاقرار لان الشهادة تبتنى على الدعوى فى المال بخلاف الاقرار (قوله وصاحب الربا) قال فى المحيط يحتمل أنه أراد رجلا باع عشرة دراهم بعشرين درهما وقبض العشرين وجاء سارق وسرق العشرين منه يقطع السارق بخصومته عندعلمائنا الثلاثة لان هذا المال فى يده بمنزلة المغصوب (قوله وكل من له يد حافظة) كمتولى الوقف والاب والوصى

بعشرين درهما وقبضه فسرق منه يقطع السارق بخصومته عند علمائنا الثلاثة ولم يذكر العاقد الآخر من عاقدى الربا فكانه بالتسليم لم يبق له ملك ولا يد فلا يكون له ولاية الخصومة بخلاف رب الوديعة والمغصوب منه فان الملك لهما باق (قوله وكل من له يد حافظة) يريد متولى الوقف والاب والوصى ولو سرق سارق من أحد هؤلاء وخاصم المالك قطع وان لم تكن السرقة من عنده لقيام الملك

أقول فيه بحث فان الظاهر خلاف ذلك (قوله قلنا فى طريق أبى يوسف ومحمد) أقول وجه التخصيص غير ظاهر فان ذلك فى طرف أبى حنيفة أيضا (قوله ومعنى قوله الى قوله قد تقدم) أقول فى باب الشهادة على الشهادة

(قوله الا أن الراهن) استثناء منقطع وقد اختلف نسخ الهداية فيه ففي بعضها الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده وفي بعضها حال قيام الرهن بعد قضاء الدين واستصوبه الشارحون نقلا وعقلا أما نقلا فلان فلانه موافق لرواية الايضاح والمحيط قال في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن (١٦٠) فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن قال وان

الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه والشافعي بناه على أصله أن لا خصومة لهؤلاء في الاسترداد عنده وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه تفويت الصيانة ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد فيستوفي القطع والمقصود من الخصومة احياء حقه

بما في أيديهم (الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده) والصحيح من نسخ الهداية بعد قضاء الدين ويدل عليه تعليله بقوله (لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين فليس له أن يخاصم في ردها وكذا نقل عن ابن المصنف أنه قال كان في نسخة المصنف بعد القضاء وقيل يمكن أن يكون هذا جواب القياس يعني أن للمالك أن يسترد الرهن كالمودع يسترده للحفظ فلا يكون أدنى حالا منه وقيد بقوله حال قيام الرهن لانه اذا كان مستهلكا لا يقطع الا بخصومة المرتهن لان الدين سقط عن الراهن فلم يبق له حق في مطالبته بالعين لا لنفسه ولا للحفظ وفي غاية البيان وينبغي أن يكون للراهن ولاية القطع اذا كانت قيمة الرهن أزيد من الدين بقدر عشرة لان الزائد أمانة في يد المرتهن فكان المرتهن بالنسبة الى ذلك القدر كالمودع والراهن كالمودع فيقطع بخصومته (قوله فالشافعي رحمه الله بناه) أي بنى عدم القطع بخصومة هؤلاء (على أصله وهو أن لا خصومة لهم في الاسترداد) عند جحود من في يده المال المودع كابناء غير المودع الا أن يحضر المالك لانهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم لابقاء اليد فلان لا يملكوها لاعادة اليد أولى قيل لكن المذكور في كتبهم يقطع بالسرقة من يد المودع والوكيل والمرتهن وكذا يقول مالك وزيد المستعير أيضا (وزفر يقول ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ فلا تظهر في حق القطع لان فيه) أي في القطع (تفويت الصيانة) لسقوط الضمان به فيفوت الحفظ فيعود الامر على موضوعه بالنقض اذ تصير خصومته لاثبات الحفظ سببا للنفيه (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة فاثبتها بقوله (اذ الاعتبار لحاجتهم الى الاسترداد) والاحسن أن يقال لهم ولاية الحفظ وهو باليد فكان

(قوله الا أن الراهن انما يقطع بخصومته) الاصح من النسخ قوله الا أن الراهن انما يقطع بخصومته حال قيام الرهن بعد قضاء الدين أي حال قيام المرهون في يد السارق ذكر في المحيط اذا سرق الرهن من المرتهن فللمرتهن أن يقطعه وليس للراهن أن يقطعه لانه لا سبيل له على أخذ الرهن وان قضى الراهن الدين فله أن يأخذه (قوله لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه) أي بدون قضاء الدين هذا على أصح النسخ وفي بعض النسخ حال قيام الرهن قبل قضاء الدين أو بعده لانه لا حق له في المطالبة بالعين بدونه أي بدون قيام الرهن لان بالهلاك صار قاضيا دينه فلم يبق له حق فيه وهذه الرواية ليست بصحيحة لان السارق انما يقطع يده بخصومة من له ولاية الاسترداد وليس للراهن ولاية الاسترداد قبل قضاء الدين والشافعي رحمه الله بناه على أصله اذ لا خصومة لهؤلاء عنده في الاسترداد لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة ألا ترى أنهم لا يملكون الخصومة في الدعوى عليهم ابقاء لليد فلان لا يملكوا الخصومة في الدعوى منهم اعادة لليد أولى وزفر رحمه الله يقول كان لهم ولاية الخصومة ضرورة استرداد المال للحفظ فيظهر في حق الاسترداد ولا يظهر في حق القطع ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها وقد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا (قوله مطلقا) رد لقول زفر رحمه الله أن ولاية الخصومة في حق الاسترداد ضرورة الحفظ لانهم

فيكون فيه تضييع لا صيانة وهم مأمورون بالحفظ والصيانة (ولنا أن السرقة موجبة للقطع في نفسها) وهذا ظاهر وسقوط

(و) السرقة (قد ظهرت عند القاضي بحجة شرعية وهي شهادة رجلين عقيب خصومة معتبرة مطلقا) أي غير ضرورية فالموجب للقطع قد ظهر عند القاضي بحجة شرعية فيترتب عليه القطع وانما قال ان الخصومة غير ضرورية (لان الاعتبار لحاجتهم الى استرداد اليد) وهم في ذلك

وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء فلم يعتبر ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن

استعادتها حقا لهم كما أن ذلك الحق للمالك بل الملك فى الحقيقة لم يرد الا اليد وهذا لان ذا اليد ان كان أمينا لا يقدر على أداء الامانة الا بها وان كان غاصبا لا يقدر على اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان خصومة فى حق لهم ثم تظهر به السرقة فيجب بها القطع ولذا لا يحتاج الى اضافة المال الى المالك بل يقول سرق منى وقصده احياء حق المالك وحق نفسه بخلاف خصومته فى القصاص لا تعتبر فلا يقتص بخصومته لانه ليس فيه حقه فى اعادة يده وأورد أن فى صورة الاقرار لا يقطع الا بحضور المالك وهو احدى الحجتين وكذا لو أقام وكيل المالك بينة على السرقة لا يقطع بخصومته عندنا خلافا للشافعى مع ظهور السرقة بحجة شرعية فيهما وما ذاك الا لتوهم الشبهة حال غيبة المالك على ما ذكرنا قبل والتوهم موجود فى هذه الصورة مع أنه يقطع أجيب بان المستعير ومن ذكر معه أصحاب يد صحيحة وبينا أن لهم حق الاسترداد فخصومة كل منهم باعتبار حقه بخلاف الوكيل ألا ترى أنه لا يستغنى عن اضافة الخصومة الى غيره وفى فصل الاقرار شبهة زائدة هى جواز أن يرد المالك اقراره فيبقى المال مملوكا للسارق فاستيفاء الحد مع ذلك استيفاء مع الشبهة ثم أجاب عن قول زفر بقوله (وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء) حقا لله وان لزم غير مقصود ولا دائمى لانه انما يثبت اذا كان المال مستهلكا فليس لازما للقطع مطلقا مع أنه مهدر فى اعتبار الشرع بدليل الاجماع على أن يقطع بخصومة الاب والوصى بسرقة مال اليتيم وان لزمه سقوط الضمان فكان تعليله لذلك مردودا بدلالة الاجماع وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة) جواب عن مقدر هو أن يقال احتمال اقرار المالك له أى اعترافه بانها له واذنه اذا حضر ثابت فلا يقطع مع هذه الشبهة فقال هذه شبهة يتوهم اعتراضها عند حضوره ولا عبرة بمثلها بل المعتبر شبهة ثابت توهمها فى الحال لا على تقدير منتف فى الحال ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان توهم اعتراض رجوعه وكذا لو حضر المالك وغاب المستودع يقطع وان كان لو حضر المستودع قال كان ضيفى أو أذنت له فى الدخول فى بيتى ولا يخفى أن لا فرق بين هذه الشبهة والشبهة التى ذكرها بعضهم فى اشتراط حضور المسروق منه للخصومة من احتمال اباحة المالك المسروق للمسلمين ونحوه فانه جاز أنه اذا حضر قال كنت أبحته للمسلمين او لطائفة السارق منهم كما جاز أن يقر له به سرا فاذا كانت هذه شبهة موهومة لا تعتبر فكذلك تلك وان اعتبرت تلك بسبب قيام احتمالها فى نفس الامر لا على تقدير حضوره المنتفى فى الحال فهذه كذلك لان احتمال كون المالك كان أذن له

انما يلى كون الخصومة بحكم النيابة فيما فيه صيانة المال لا فيما فيه تفويت الصيانة ولو أظهرنا ولاية الخصومة فى حق استيفاء القطع لاظهرنا فيما فيه سقوط الصيانة لانه يسقط عصمة المال عندنا ضرورة استيفاء القطع قلنا خصومتهم واقعة لانفسهم لان كل واحد منهم يخاصم باعتبار حقه لا باعتبار ملك الغير لان لهم ولاية الحفظ وذا لا يتاتى الا باعادة اليد ولان اليد مقصودة كالملك وقد أزيلت فلهم حق الاعادة لان صاحب اليد كان أمينا فلا يتمكن من أداء الامانة الا بيده وان كان ضمينا فلا يتمكن من اسقاط الضمان من نفسه الا بيده فكانت الخصومة له لا لغيره ومن هذا خرج الجواب عن اشكال يورد هنا وهو أن الوكيل بالخصومة فى السرقة اذا أقام البينة بالسرقة عند القاضى لا يقطع وان ظهرت السرقة عند القاضى بحجة شرعية بخصومة من هو قائم مقام المالك ويقطع بخصومة هؤلاء لما ذكر أن كل واحد من هؤلاء يخاصم لاعادة اليد الثابتة له ألا ترى أنه يستغنى عن اضافة الخصومة فان قيل القطع عقوبة تسقط بالشبهة فلا تثبت بخصومة المودع كالقصاص قلنا القطع واجب حقا لله تعالى اجماعا وانما شرطت الخصومة لبيان أن المال ليس للسارق ولكن لغيره ونحو المودع يملك هذه الخصومة لما بينا فيقطع لثبوت شرطه بخلاف القصاص لانه حق العبد والمودع قام مقام المودع ليعيد يده التى كانت حقا له فى الوديعة وليس فى استيفاء القود اعادة اليد على الوديعة بل تصرف آخر وهو الاتلاف فلم يثبت

المالك لان اعتبار خصومة كالمالك لحاجته الى اظهار السرقة لاعادة اليد على المحل تحصيلا للاغراض المتعلقة باليد وهذا المعنى موجود فى هؤلاء أما المستأجر والمستعير فلا حتياجهما الى الانتفاع بالمحل وأما المرتهن والمودع فللرد الى المالك تخليصا للذمة عن عهدة الضمان والتزام الحفظ واذا ثبت أن الخصومة مطلقة اندفع ما قال زفر انها ضرورة الحفظ فلا تظهر فى حق القطع وقوله (والمقصود من الخصومة) أى مقصود صاحب اليد (احياء حق المالك وسقوط) الضمان بسقوط (العصمة) من ضرورة القطع فكان ضمينا والضمين غير معتبر وهذا جواب عن قول زفر لان فيه تفويت الصيانة وقوله (ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض) جواب سؤال مقدر تقديره أن يقال ينبغى أن لا يقطع السارق بدون حضرة المالك كما مر فى مسئلة قبيل هذا لاحتمال أنه لو حضر أقر للسارق بالمسروق وتوجيه الجواب أن هذه شبهة موهومة الاعتراض فلا تعتبر (كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن) فان فيه شبهة موهومة أيضا وهو ان يحضر المؤتمن ويقول انه كان ضيفا عندى فى الوقت الذى سرق ذلك ومع ذلك لم يشترط حضور المؤتمن بل يقطع بخصومة

المالك (فى ظاهر الرواية) وقيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد أن المالك ليس له أن يقطعه حال غيبة المودع لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذى كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره فان قيل ما الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا أقر السارق بالسرقة فى غيبة المالك حيث لا يقطع مالم يحضر مع أن العلة المذكورة وهو قوله ان السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية وهى الاقرار موجودة وشبهة (١٦٢) الاذن بالدخول فى الحرز أو الاقرار بالمسروق للسارق موهومة الاعتراض ومع ذلك لا يقطع أجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة فلم تؤثر الشبهة فى دفع العلة عن مقتضاها لقوتها بخلاف صورة الاقرار فانها لم تكن كذلك قال (وان قطع سارق بسرقة) المسروق اذا سرق من السارق فاما أن يكون قبل ان قطع يده أو بعده فان كان الثانى لم يكن له أى للسارق ولا للمالك أن يقطع يد السارق الثانى أما السارق فلوجهين أحدهما (أن المال غير متقوم فى حقه حتى لا يجب الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها) والثانى أن يده لم تبق من الايدى التى ذكرناها من ملك وضمان ووديعة وخصومة من هذه صفته لا تعتبر فى القطع وأما المالك فللوجه الاول وقوله (وللاول) أى السارق الاول (ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذا الرد واجب عليه) وليس له ذلك فى رواية أخرى لان يده ليست بصحيحة لكون اليد الصحيحة عبارة عن أن تكون يد ملك أو ضمان أو أمانة ولم يوجد ذلك وان كان الاول يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم كان ضرورة القطع وكذا خروج يده عن كونها يد ضمان كان لذلك وقد انتفى ذلك فصار كالغاصب والدرء بالشبهة لعدم القطع ههنا واهذا قرن المصنف بينهما (ومن سرق سرقة فردها على المالك) فاما أن يردها (قبل الارتفاع الى الحاكم) أو بعده فان كان الاول لم يقطع فى ظاهر الرواية

فانه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن فى دخول الحرز ثابتة (وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى) لان المال غير متقوم فى حق السارق حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك فلم تنعقد موجبة فى نفسها وللاول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذا الرد واجب عليه (ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ الحد بشبهة يقطع بخصومة الاول) لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار كالغاصب (ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع) الى الحاكم (لم يقطع) وعن أبى يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة

أو أنه مقر له به قائم فى الحال وقوله (فى ظاهر الرواية) احتراز عما روى ابن سماعة عن محمد أنه قال ليس للمالك أن يقطعه حال غيبة المستودع (قوله وان قطع سارق بسرقة فسرقت منه لم يكن له ولا لرب المال أن يقطع السارق الثانى) وبه قال أحمد والشافعى فى قول وقال مالك والشافعى فى قول يقطع بخصومة المالك لانه سرق نصابا من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخصومة مالكه سواء قطع السارق الاول أولا ولنا أن المال لما لم يجب على السارق ضمانه كان ساقط التقوم فى حقه وكذا فى حق المالك لعدم وجوب الضمان له فيد السارق الاول ليست يد ضمان ولا يد أمانة ولا يد ملك فكان المسروق مالا غير معصوم فلا قطع فيه وروى فى نوادر هشام عن محمد ان قطعت الاول لم أقطع الثانى وان درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت الثانى ومثله فى الاملاء لابى يوسف وأطلق الكرخى والطحاوى عدم قطع السارق من السارق وهو قول أحد لان يده ليست يد أمانة ولا يد ملك فكان ضائعا ولا قطع فى أخذ مال ضائع قلنا بقى أن يكون يد غصب والسارق منه يقطع فالحق التفصيل المذكور (وللاول ولاية الخصومة فى الاسترداد فى رواية لحاجته اذا الرد واجب عليه) وفى رواية أخرى ليس له ذلك لان يده ليست يد ضمان ولا أمانة ولا ملك والرد منه ليس باولى منه الى المالك والوجه أنه اذا ظهر هذا الحال عند القاضى لا يرده الى الاول ولا الى الثانى اذا رده لظهور خيانة كل منهما بل يرده من يد الثانى الى المالك ان كان حاضرا والا حفظه كما يحفظ أموال الغيب (قوله ولو سرق الثانى قبل أن يقطع الاول أو بعد ما درئ عنه القطع بشبهة يقطع بخصومة الاول لان سقوط التقوم ضرورة القطع ولم يوجد فصار) يده (كـ) يد الغاصب (قوله ومن سرق سرقة فردها الى المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع وعن أبى يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة وجه الظاهر أن الخصومة شرط لظهور السرقة) التى هى الموجب للقطع فكانت شرطا فى القطع والخصومة لا تتحقق بعد الرد لانها أعنى الخصومة الموجبة لا تتم الا باقامة البينة وهى (انما جعلت حجة

(قوله فانه يقطع بخصومته فى ظاهر الرواية) وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عن رواية ابن سماعة عن محمد رحمهما الله فانه قال ليس للمالك ان يقطعه حال غيبة المودع هكذا ذكر فى المنتقى لان السارق لم يسرق من المالك وانما سرق من الذى كان عنده فلم يجز أن يطالب بذلك غيره (قوله وان كانت شبهة الاذن فى دخول الحرز ثابتة) كما لو حضر المودع وقال انه كان ضيفا عندى وهذا لان المؤثر شبهة يتوهم وجودها فى الحال وأما ما يتوهم اعتراضها لا يعتبر ألا ترى أن القطع يستوفى بالاقرار وان كان يتوهم اعتراض الرجوع

(قوله أجيب بان الفرق من حيث ان ما نحن فيه قد ظهرت فيه السرقة عقيب خصومة معتبرة) أقول قدمر فى ظهر هذه الصحيفة أن الخصومة شرط لظهور السرقة لقيام احتمال رد الاقرار والاقرار له بذلك بعد أداء الشهادة فتامل هل يندفع ذلك الاحتمال الا ان دون أن يحضر المالك

(وعن أبي يوسف أنه يقطع اعتبارا بما اذا رده بعد المرافعة) بجامع أن القطع حق الله فلا يحتاج فيه الى الخصومة فكان ما قبل الارتفاع وما بعده سواء (وجه ظاهر الرواية أن الخصومة شرط لظهور السرقة لان البينة انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) يعني أن السرقة تظهر بالبينة والبينة حجة ضرورة قطع الخصومة وقطع الخصومة بدونها غير متصور فثبت أن الخصومة شرط لظهور السرقة (والخصومة قد انقطعت) بالرد الى المالك فشرط ظهور السرقة قد انقطع واذا انقطع شرط ظهورها انقطع ظهورها ولا قطع بدون ظهورها وان كان الثاني قطع لان الشرط لم ينقطع بل انتهى بحصول المقصود منه وهو استرداد المال الى المالك والشئ يتقرر بانتهائه لا أنه يبطل كالنكاح يتقرر بالموت لا أنه يبطل لكنها أعني الخصومة تجعل باقية تقديرا لاستيفاء القطع والرد الى ابن المسروق (١٦٣) منه والى أخيه وعمه وخاله وهم في عياله وكذا الى امرأته أو أجيره مشاهرة أو عبده وكذا الرد الى أبيه أو أمه أو جده سواء كانوا في عياله أو لم يكونوا كالرد الى نفسه استحسانا (واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبه المالك وسلمه اياه (أو باعه اياه لم يقطع) وانما فسر المصنف كلام الجامع الصغير بقوله معناه اذا سلمت لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا تثبت الملك (وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف قالوا لان السرقة قد تمت انعقادا) باخذ مال الغير على وجه الخفية من حرز لا شبهة فيه اذ وضع المسئلة في ذلك (وظهورا) لان الغرض أنه قضى عليه بالقطع ولا يكون ذلك الا بعد ظهورها (وبهذا العارض) يعني ثبوت الملك للسارق بسبب الهبة أو البيع (لم يتبين قيام الملك وقت السرقة) لان ثبوت الملك بهما انما يكون على وجه الاقتصار على وقت ثبوت الهبة والبيع وهذا احتراز عما اذا أقر به المسروق منه للسارق فان الاقرار يظهر ما كان ثابتا للمقر له من الملك فيلزم منه ثبوت الملك للسارق وقت وجود السرقة فيكون شبهة (ولنا أن الامضاء من القضاء) يعني أن استيفاء الحد من تتمة قول القاضي حكمت أو قضيت بالقطع أو بالرجم أو بالحد (في هذا الباب) يعني باب الحدود

ضرورة قطع المنازعة وقد انقطعت الخصومة بخلاف ما بعد المرافعة لانتهاء الخصومة لحصول مقصودها فتبقى تقديرا واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع) معناه اذا سلمت اليه (وكذلك اذا باعها المالك اياه) وقال زفر والشافعي يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا وظهورا وبهذا العارض لم يتبين قيام الملك وقت السرقة فلا شبهة ولنا أن الامضاء من القضاء في هذا الباب

لقطع المنازعة وقد انقطعت) المنازعة بالرد (بخلاف ما بعد المرافعة) أي بخلاف ما لو رد ها بعد المرافعة وسماع البينة والقضاء فانه يقطع وكذا بعد سماعها قبل القضاء استحسانا لظهور السرقة عند القاضي بالشهادة بعد خصومة معتبرة واذا رد المال للخصومة حصل مقصودها وبحصول المقصود من الشئ ينتهي وبالانتهاء يتقرر في نفسه فكانت الخصومة قائمة لقيام يده على المال فيقطع بعد رده ولا فرق في عدم القطع بين أن يرد قبل الخصومة الى يد المالك أو يد أبيه أو أمه أو جده أو جدته وان لم يكونوا في عياله ولذا يبرأ المستعير والمودع بالرد اليهم لان لهم شبهة ملك في ماله فالرد اليهم رد اليه حكما وذلك كاف في الرد اليه بخلاف ما لو رد الى ابنه وذوي رحمه المحرمة كاخيه وعمه وخاله ان كانوا في عياله يبرأ فلا يقطع كما لو رده الى زوجته أو عبده أو مكاتبه أو أجيره مشاهرة وهو الذي يسمى غلامه أو مسانهة يبرأ في هؤلاء كلهم فلا يقطع ولو سرق من المكاتب ورده الى سيده أو من العيال ورده الى من يعولهم أي سرق من شخص ورده الى من يعول المسروق منه يبرأ ولا يقطع ويبرأ المستعير والمودع برد الوديعة الى من يعول المودع وأما الغاصب فلا يبرأ بالرد الى الاب والام ولا لولده وأقاربه المحرمة الذين في عياله ولا الى الزوجة ومن ذكرنا معها (قوله واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبها له المالك) وسلمها اليه أو باعها منه (لا يقطع وقال زفر والشافعي) وأحمد ومالك (يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لان السرقة قد تمت انعقادا) بفعلها بلا شبهة (وظهورا) عند الحاكم وقضى عليه بالقطع ولا شبهة في السرقة الا لوصح اعتبار عارض الملك المتاخر متقدما ليثبت اعتباره (وقت السرقة) ولا موجب لذلك فلا يصح (فلا شبهة) فيقطع ومما ينفي صحة ذلك الاعتبار ما في حديث صفوان أنه قال يا رسول الله لم أرد هذا رداء علي صدقة فقال عليه الصلاة والسلام فهلا قبل أن تاتيني به رواه أبو داود وابن ماجه زاد النسائي في روايته فقطعه رسول الله صلى الله عليه وسلم وهذا بخلاف ما لو أقر له بالسرقة بعد القضاء فانه لا يقطع لان بالاقرار يظهر الملك السابق فيتنفي القطع (قوله ولنا أن الامضاء) يعني استيفاء الحد بالفعل (من القضاء في باب الحدود) فما قبل الاستيفاء كما قبل القضاء ولو ملكه قبل القضاء لا يقطع فكذا قبل الاستيفاء والشان في بيان أن الاستيفاء من القضاء أو هو القضاء في هذا الباب (٢) وقد بيناه في حد الزنا الا أن المصنف لما

(قوله لان الخصومة شرط لظهور السرقة) أي بالبينة (قوله لانتهاء الخصومة) بحصول مقصودها المقصود

قال المصنف (انما جعلت حجة ضرورة قطع المنازعة) أقول فان قيل ان أريد أنها جعلت حجة لتلك الضرورة في حقوق العباد فسلم ولا يفيد لان القطع من حقوق الله وان أريد في جميع الحقوق فغير مسلم وهو ظاهر قلنا المراد هو الاول لكن ثبوت حق الله هنا يكون في ضمن حق العبد في المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق صرح به الزيلعي فتامل

(لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) يعني أن القضاء في هذا الباب لا يغني غناءه أي لا يفيد فائدته الا بالاستيفاء (لان القضاء للاظهار) ولا اظهار هاهنا (لان القطع حق الله وهو ظاهر عنده) فلو لم يجعل الاستيفاء قضاء في هذا الباب لعرى عن الفائدة بالكلية وهو باطل بخلاف حقوق العباد فان القضاء فيها يفيد اظهار الحق للطالب على المطلوب فلا حاجة الى جعل الامضاء من تمة القضاء وهذا فقه نفوض استيفاء الحدود الى الائمة دون سائر الحقوق (واذا كان كذلك) أي اذا كان الامضاء من القضاء (يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء) كما يشترط وقت ابتداء القاضي القضاء وقد انتفى ذلك بالبيع والهبة وهذا لان ما يكون شرطا لوجوب القضاء يراعى وجوده الى وقت الاستيفاء لان المعترض قبل الاستيفاء كالمقترن باصل السبب بدليل العمى والخرس والردة والفسق في الشهود فان الحدود لا تستوفى اذا كانت الشهود على هذه الاوصاف وقت الاستيفاء بالاجماع ذكره في الاسرار (وقوله وصار كما اذا ملكها قبل القضاء) يعني صار الملك الحادث بعد القضاء قبل الاستيفاء كالملك الحادث قبل القضاء لانه لما لم يقض فكأنه لم يقض ولقائل أن يقول جعلتم الخصومة باقية تقديرا في صورة رد المسروق بعد المرافعة قبل الاستيفاء ولم يكن الاستيفاء تمة من القضاء حتى أوجبتم القطع وههنا جعلتم الاستيفاء من القضاء في باب الحد وجعلتم البيع والهبة دافعا لوجوب الحد وماذلك الا تناقض صرف والجواب ان الاستيفاء من القضاء في باب الحدود مطلقا لكن في صورة الرد لم يحصل بالرد سوى الواجب عليه بالاخذ وههنا حدث بينهما تصرف موضوع لافادة الملك وكان شبهة في درء الحد قال (وكذلك اذا نقصت قيمتها من النصاب) هذا معطوف على قوله فوهبت له وقوله (يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء) بيان لذلك لان الكلام في المعطوف عليه كان على ذلك التقدير وقوله (اعتبارا بالنقصان في العين) يعني بان هلك درهم من العشرة أو استهلكه وهذا بناء على ان المعتبر في قيمة المسروق أن يكون يوم السرقة ويوم القطع عشرة دراهم فان نقص عن ذلك قبل القطع في العين لم يمنع عن الاستيفاء بالاتفاق وان كان النقصان لتراجع السعر فكذلك عند محمد في غير ظاهر الرواية اعتبارا بالاول بجامع وجود سرقة النصاب فيهما ووجه الظاهر

لوقوع الاستغناء عنه بالاستيفاء اذ القضاء للاظهار والقطع حق الله تعالى وهو ظاهر عنده واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة عند الاستيفاء وصار كما اذا ملكها منه قبل القضاء قال (وكذا اذا انقصت قيمتها من النصاب) يعني قبل الاستيفاء بعد القضاء وعن محمد أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي اعتبارا بالنقصان في العين

كان هذا هنا من مقدمات دليله ولم يبينه هو من قبل بينه بقوله (لوقوع الاستغناء عنه) أي عن القضاء (بالاستيفاء) حتى لو لم يقض بعد تعديل البينة باللفظ بل أمر بالاستيفاء أو استوفى هو الحد بنفسه سقط عنه القضاء وهذا لان المقصود من القضاء باللفظ ليس الا اظهار الحق للمستحق والمستحق هنا هو الله عز وجل والحق ظاهر عنده غير مفتقر الى الاظهار فلا حاجة الى القضاء اللفظي ولا يفيده سقوط الواجب عنه الا بالاستيفاء (واذا كان كذلك) والخصومة شرط (يشترط قيامها عند الاستيفاء) كما عند القضاء وهي منتفية بالهبة بخلاف رده المال المسروق بعد القضاء بالقطع لان به تنتهي الخصومة والشيء بانتهائه يتقرر فتكون الخصومة بعده متقررة فيقطع وأما الحديث ففي رواية كما ذكر وفي رواية الحاكم في المستدرك قال أتأنيه وأنسئه ثمنه وسكت عليه وفي كثير من الروايات لم يذكر ذلك بل قوله ما كنت أريد هذا وقوله أيقطع رجل من الغرب في ثلاثين درهما ولم يثبت أنه سلمه اليه في الهبة ثم الواقعة واحدة فكان في هذه الزيادة اضطراب والاضطراب موجب للضعف ويحتمل كون قوله هو صدقة عليه كان بعد الدفع اليه وفي ذلك لا يكون ملكا له قبل القبض (قوله وكذلك اذا نقصت قيمتها) أي قيمة السرقة أي العين المسروقة بعد القضاء قبل الاستيفاء عن العشرة لا يقطع في ظاهر المذهب (وعن محمد يقطع وهو قول زفر) وباقي الائمة الثلاثة (اعتبارا بالنقصان في العين) فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع

من الخصومة استرداد المال وظهور حق الله تعالى عند القاضي وقد حصل حيث أقام البينة عند القاضي فيكون منتهيا والشيء بانتهائه يتقرر والرد قبل المرافعة قاطع للخصومة لا منه والخصومة شرط ولم يبق لانه لا قضاء الا بعد ثبوت السرقة ولا ثبوت الا بالشهادة لعدم الاقرار ولا شهادة بلا دعوى ولا دعوى بعد ما وصل المسروق الى المسروق منه وانما يدعي القطع وهو أجنبي عنه ولا قطع بدعوى الاجنبي فكذا بدعواه ولو رده على ولده أو ذي رحمه ان لم يكن في عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع الى هؤلاء وان كان في عياله لا يقطع لان يد من في عياله كيده حكما ولهذا لا يضمن المستعير والمودع بالدفع اليه والوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله يبرأ المديون بقبضه وكذا لو رد على امرأته أو عبده أو أجيره مشاهرة أو مسانهة ولو دفع الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليسوا في عياله لا يقطع ان لهؤلاء شبهة الملك بالنص فثبتت شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على سيده لا يقطع لان مال المكاتب للمولى رقبة ومن سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق أيديهم في ماله (قوله واذا كان كذلك يشترط قيام الخصومة وقت الاستيفاء) وهذا بخلاف رد المال لانه يؤكد الخصومة السالفة وينهيها لحصول

(ان كمال النصاب لما كان شرطا) فى الابتداء (يشترط قيامه عند الامضاء لماذكرنا) أن الامضاء من القضاء والفرق بينه وبين النقصان فى العين (أن النقصان فى العين مضمون عليه) أى على السارق والضمان قائم مقام المضمون فكان النصاب كاملا عينا وقت الاخذ ودينا وقت الاستيفاء (كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون) فكان النصاب ناقصا عند القطع فصار شبهة فافترقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم البينة) وفسره المصنف بقوله (معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة) وانما فسره بذلك احترازا عما اذا فعل ذلك بعد الاقرار بالسرقة فانه يسقط القطع بالاتفاق (وقال الشافعى لا يسقط بمجرد الدعوى لافضائه الى سد باب الحد حيث لا يعجز سارق عن ذلك ولنا ان الشبهة دارئة) الشبهة (تتحقق بمجرد الدعوى) لاحتمال الصدق (ولا معتبر بما قال) انه لا يعجز عنه سارق (بدليل أن الرجوع عن الاقرار بالسرقة صحيح) ومامن مقر الا ويتمكن من الرجوع وكان ذلك معتبرا فى ايراث الشبهة فكذا هذا وفيه نظر لان الاقرار حجة قاصرة والبينة حجة كاملة لما عرف ولا يلزم أن يكون مورث الشبهة فى الحجة القاصرة مورثا لها فى الكاملة والجواب أن الكمال والقصور انما هو بالنسبة الى التعدى الى الغير وعدمه وليس كلامنا فيه وأما بالنسبة الى المقر فهما سواء (قوله واذا أقر الرجلان بسرقة) مبناه على صحة الرجوع وقوله (لان الرجوع عامل فى حق

ولنا أن كمال النصاب لما كان شرطا يشترط قيامه عند الامضاء لماذكرنا بخلاف النقصان فى العين لانه مضمون عليه فكمل النصاب عينا ودينا كما اذا استهلك كله أما نقصان السعر فغير مضمون فافترقا (واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) معناه بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة وقال الشافعى لا يسقط بمجرد الدعوى لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدى الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار (واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما هو مالى لم يقطعا) لان الرجوع عامل فى حق الراجع ومورث للشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة (فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما)

بالاتفاق فكذا اذا كانت قيمتها وقت الاستيفاء كذلك (ولنا ان كمال النصاب لما كان شرطا يشترط كماله عند الامضاء لماذكرنا) أنه من القضاء وهو منتف فى نقصان القيمة (بخلاف نقصان العين لان ما استهلكه مضمون عليه) فكان الثابت عند القطع نصابا كاملا بعضه دين وبعضه عين بخلاف نقصان السعر فانه لا يضمنه لانه يكون لفتور الرغبات وذا لا يكون مضمونا على أحد فلم تكن العين قائمة حقيقة ومعنى فلم يقطع كذا فى النهاية وصار كما لو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به اعتبارا ذلك ثم يسقط ضمانه (قوله واذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه سقط القطع عنه وان لم يقم بينة) قال المصنف (معناه بعد ما شهد عليه الشاهدان بالسرقة) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكى فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال (وقال الشافعى لا يسقط بمجرد دعواه) وهو أحد الوجهين كذا ذكره بعض أصحابه وهو رواية عن أحمد لان سقوط القطع بمجرد دعواه يؤدى الى سد باب الحد اذ لا يعجز سارق عن هذا ونقل عنه أنه لا يقطع قيل هو نص الشافعى وعن أحمد رواية أنه ان كان معروفا بالسرقة قطع لانه يعلم كذبه بدلالة الحال قال ابن قدامة وأولى الروايات انه لا يقطع بكل حال لان الحدود تدرأ بالشبهات وهى احتمال صدقه قال المصنف (ولا معتبر بما قال) من انه يفضى الى سد باب الحد (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) اجماعا والسارق لا يعجز عن ذلك مع انه يعتبر رجوعه شبهة دارئة اذا رجع على انه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون غالبا (قوله واذا أقر رجلان بسرقة ثم قال احدهما هو مالى لم يقطعا لان الرجوع عامل فى حق الراجع منهما ومورث الشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فتتحقد فتعمل الشبهة فيهما (قوله فان سرقا ثم غاب أحدهما وشهد الشاهدان على سرقتهما قطع الآخر) الحاضر منهما (فى قول أبى حنيفة الآخر وهو قولهما) وقول

المقصود فيبقى تقديرا فاما الهبة فتقطع الخصومة لانه ما كان يخاصم ليهب منه وثم انما يخاصم ليرد عليه وما يفوت مقصود الشئ لا يكون مبطلا له فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد قلنا اختلفت الروايات فيه وبعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى وذلك متلاش وهنا وجب القطع باعتبار العين وهو باق (قوله لماذكرنا) اشارة الى قوله ان الامضاء من القضاء (قوله بعد ما شهد الشاهدان بالسرقة) وانما قال ذلك لانه اذا أقر بالسرقة ثم رجع عن اقراره سقط القطع عنه بالاتفاق (قوله ولا معتبر بما قال) أى الشافعى رحمه الله وهو قوله لانه لا يعجز عنه سارق بدليل صحة الرجوع يعنى ما من مقر الا ويتمكن من الرجوع ومع ذلك صار معتبرا فى ايراث الشبهة فكذا هذا (قوله لان الرجوع عامل فى حق الراجع) يعنى لعدم المكذب ومورث للشبهة فى حق الآخر لان السرقة تثبت باقرارهما على الشركة) فيكون فعلا واحدا

قال المصنف (بدليل صحة الرجوع بعد الاقرار) أقول يفهم مما ذكره ههنا أن صحة الرجوع بعد الاقرار فى الحدود متفق عليه بيننا وبين الشافعى وقد صرح بخلافه فى أوائل كتاب الحدود لكن التعويل على ما يفهم هنا وهو المصرح به فى كتبهم

(قوله لانه لو حضر ربما يدعى الشبهة) يعني وهي دارئة للحد عن نفسه وعن الحاضر فلو قطعنا الحاضر قطعنا مع الشبهة وهو لا يجوز (وجه القول الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب) لان القضاء على الغائب لا يجوز وكان الغائب في هذه الشهادة كأنه معدوم (والمعدوم لا يورث الشبهة) في حق الموجود وهذا لأن الشبهة هي المحققة الموجودة لا الموهومة (على ما مر) يريد قوله ولا معتبر بشبهة موهومة الاعتراض قال (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة قتال) اذا أقر العبد بسرقة فاما ان يكون ماذونا له أو محجورا عليه وكل منهما على وجهين اما ان يكون المال قائما بعينه أو مستهلكا وكل من ذلك على

وجهين اما ان كذبه المولى أو صدقه فان صدقه يقطع في الفصول كلها لوجود المقتضي وانتفاء المانع وان كذبه وهو ماذون له قطعت يده عند العلماء الثلاثة سواء كان الاقرار بمال قائم أو مستهلك ويرد القائم على المسروق منه وان كان محجورا عليه فان أقر بمال مستهلك قطعت يده عند الثلاثة وان أقر بمال قائم بعينه في يده قال أبو حنيفة تقطع يده ويرد المال الى المسروق منه وقال أبو يوسف تقطع يده والمال للمولى وقال محمد لا تقطع يده والمال للمولى حكى عن الطحاوي انه قال سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الاقاويل الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف فأخذ به أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه وأصل ذلك أن القطع أصل أو المال قال أبو حنيفة القطع أصل والمال تابع بدليل أنه يبطل بالتقادم وبدليل انه لو قال أبغي المال ولا أبغي القطع لم يسقط القطع وقال أبو يوسف كل منهما أصل أما أصالة القطع فيما قالوا في الحر اذا أقر وقال سرقت هذا المال من زيد وهو في يد عمرو وكذبه عمرو يصح اقراره في حق القطع دون المال وأما اصالة المال فلانه اذا سرق ما دون العشرة لا يقطع والخصومة شرط ولولا أن المال أصل لوجب القطع بدونها لانه محض حق الله تعالى وهو يستوفى بلا طلب وقال محمد المال أصل والقطع تبع ووجهه ووجه أبي يوسف في أصالة المال واذا ثبت هذا ظهر ما في الكتاب سوى ألفاظ بينها فقوله (في الوجهين) يعني فيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا

وكان يقول أولا لا يقطع لانه لو حضر ربما يدعي الشبهة ووجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما والمعدوم لا يورث الشبهة ولا معتبر بتوهم حدوث الشبهة على ما مر (واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها فانه يقطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يقطع والعشرة للمولى وقال محمد لا يقطع والعشرة للمولى وهو قول زفر ومعناه اذا كذبه المولى (ولو أقر بسرقة مال مستهلك قطعت يده ولو كان العبد ماذونا له يقطع في الوجهين) وقال زفر لا يقطع

الائمة الثلاثة (وكان يقول أولا لا يقطع لانه ان حضر) الغائب (ربما يدعي شبهة) والسرقة واحدة فتعمل في حقهما (ووجه قوله الآخر أن الغيبة تمنع ثبوت السرقة على الغائب فيبقى معدوما) فانما عملت الشهادة في حق الحاضر فقط (ولا معتبر بوهم حدوث شبهة على ما مر) في خلافية زفر في القطع بخصومة الغاصب والمودع ثم لو حضر الغائب لا يقطع الا أن تعاد تلك البينة عليه أو تثبت بينة أخرى وكذا اذا أقر بسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة اما ماذون له أو محجور عليه وفي كل منهما اما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالماذون له اذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف (ولو كان ماذونا قطع في الوجهين) ويرد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شئ وهو ما ذكره المصنف بقوله (وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قائمة أو ماذونا والاقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذا أعني اقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له وقال الطحاوي سمعت أستاذي ابن أبي عمران يقول الاقوال الثلاثة كلها عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد ثم رجع وقال كما قال أبو يوسف ثم رجع الى القول الثالث واستقر عليه فهو نظير مسئلة الحملان في الزكاة ومعنى المسئلة اذا كذبه المولى في اقراره وقال المال مالي أما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر له به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان ماذونا يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى يرد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه

فان قيل قوله هو مالي مورث للشبهة في حق الراجع كما في المسئلة الاولى فاذا كان شبهة في حقه يكون في حق الآخر شبهة الشبهة وهي غير معتبرة قلنا سقط القطع عن الراجع برجوعه لا بطريق الشبهة فاما في المسئلة الاولى ليس ذلك رجوعا لان المسئلة فيما اذا ثبت بالبينة فلا يكون قوله هو مالي رجوعا فاعتبر شبهة (قوله واذا أقر العبد المحجور عليه بسرقة عشرة دراهم بعينها) قيد بالمحجور لانه لا خلاف في الماذون عند علمائنا

(قوله بدليل انه يبطل بالتقادم) اقول فيه بحث (قوله وبدليل انه لو قال ابغي المال الخ) اقول فيه بحث قال المصنف (ومعناه) اقول قال الاتقاني

وقوله (فى الوجوه كلها) أى فيما اذا كان العبد محجورا عليه أو ماذونا له وفيما اذا كان المال قائما بعينه أو مستهلكا وقوله (لانه يرد على نفسه) يعنى فيما اذا أقر بقتل الغير عمدا (أو طرفه) يعنى فيما اذا أقر بالسرقة وقوله (يؤاخذ بالضمان) يعنى فى المستهلك وقوله (والمال) يعنى اذا كان قائما فى يده وقوله (من حيث انه آدمى) يشير الى أن وجوب الحد باعتبار أنه آدمى مخاطب لا باعتبار أنه مال) مملوك والعبد فى ذلك كالحر فما قراره فيما يرجع الى استحقاق الحر كاقرار الحر ولهذا لا يملك المولى الاقرار عليه بذلك وما لا يملك المولى الاقرار به على عبده فالعبد فيه ينزل منزلة الحر كالطلاق وقوله (ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال) يعنى لما صح اقراره من حيث انه آدمى يصح من حيث انه مال أيضا بالسراية اليها لان آدميته لا تنفك عن ماليته وقوله (لما يشتمل عليه) أى على العبد (من الاضرار) لان ما يلحقه من الضرر باستيفاء العقوبة منه فوق ما يلحق المولى (ومثله مقبول على الغير) أى ومثل ما كان ضررا الاقرار فيه ساريا الى المقر والى الغير يسمع على الغير ايضا بطريق التبعية لانعدام تهمة الكذب فى ذلك الاقرار كما اذا شهد الواحد عند الامام برؤية هلال رمضان وفى السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم يقبلها فى سائر المواضع لعدم التهمة حيث يلزمه الصوم كما يلزم غيره وكذلك الحر المديون المفلس اذا أقر بالقتل العمد فانه يقتص منه بالاجماع وان كان فيه ابطال دين الغرماء وقوله (ولا قطع على العبد فى سرقته) أى فى سرقة مال مولاه وقوله (يؤيده أن المال أصل فيها) اشارة الى ما مهدنا من الاصل وقوله (حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) مثل أن يقول أطلب منه المال دون القطع (و يثبت المال دونه) كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا يقطع (وفى عكسه) بان قال أطالب القطع دون المال (لا تسمع) الخصومة

فى لو جوه كلها لان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لانه يرد على نفسه وطرفه وكل ذلك مال المولى والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له يؤاخذ بالضمان والمال لصحة اقراره به لكونه مسلطا عليه من جهته والمحجور عليه لا يصح اقراره بالمال أيضا ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال ولانه لا تهمة فى هذا الاقرار لما يشتمل عليه من الاضرار ومثله مقبول على الغير لمحمد فى المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولهذا لا يصح منه الاقرار بالغصب فيبقى مال المولى ولا قطع على العبد فى سرقة مال المولى يؤيده أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع و يثبت المال دونه وفى عكسه لا تسمع

ان كان هالكا ولا بعد العتق وقدم المصنف الكلام مع زفر فقال (ان الاصل عنده أن اقرار العبد على نفسه بالحدود والقصاص لا يصح لان اقراره) بها (يرد) أثره (على نفسه أو طرفه) بالاتلاف (وكل ذلك مال المولى) فالاقرار به اقرار على مال الغير (والاقرار على الغير غير مقبول الا أن المأذون له) لما تضمن اقراره الاقرار بالمال والطرف و بطل فى الطرف (يؤاخذ) بالمال (بضمانه) ان كان هالكا و برده ان كان قائما (لصحة اقراره بالمال لكونه مسلطا على الاقرار به من جهة المولى) حيث أذن له فى المعاملات ونحن نقول الاقرار بها منه صحيح لان أثر الاقرار بها يرجع اليه من حيث هو مال وما كان كذلك كان داخلا تحت ملكه ألا ترى أن المولى لا يملكه عليه وما لا يملكه المولى عليه كان مبقى فيه على أصل الآدمية فيملكه هو كالطلاق (ولانه لا تهمة فى هذا الاقرار) ليبطل فى حق السيد لان ضرره الراجع اليه به فوق ضرر الراجع به الى المولى لانه يفوت عليه نفسه أو طرفه وما كان كذلك ينفذ على الغير كما اذا شهد العبد العدل برؤية هلال رمضان و بالسماء علة فانه يقبل حتى يلزم جميع الناس صومه لان ما لزمهم من ذلك فرع لزومه مثله فنفذ فى حقهم تبعا لنفاذه عليه وكذا لو أقر المفلس بعمد القتل يقتل اجماعا وان كان فيه ابطال دين الناس و(لمحمد فى المحجور عليه أن اقراره بالمال باطل ولذا لا يصح اقراره بالغصب فيبقى ما فى يده مال المولى) اذ الفرض تكذيب المولى له فى اقراره فقد أقر بسرقة مال المولى و بسرقة مال المولى لا يقطع و بهذا القدر يتم الوجه وقوله بعده يؤيده الخ زيادة توكيد أى يؤكد ما ذكرنا من عدم القطع (أن المال) فى لزوم القطع (أصل والقطع تابع) والتابع من حيث هو لا يتحقق دون متبوعه فحيث لم يجب المال للغير لا يجب القطع و بيان أن المال أصل أن الخصومة تسمع فى السرقة فى حق المال حتى لو قال أريد المال فقط سمعت ولا يسقط القطع (و) لذا (يثبت المال) فى دعوى السرقة بلا قطع فيما لو ادعاها وأقام رجلا وامرأتين شهدوا بها فانه يقضى بالمال (دون القطع) وكذا اذا أقر بالسرقة ثم رجع يلزمه المال ولا قطع (وفى عكسه لا تسمع) حتى لو قال

الثلاثة و بقوله بعينها لانه لا خلاف فى المستهلكة عندهم أيضا (قوله ولانه لا تهمة) الى قوله ومثله مقبول على الغير كما اذا شهد العبد عند الامام برؤية هلال رمضان وفى السماء علة يقبل الامام شهادته وان لم تقبل فى سائر المواضع لما أنه لا تهمة فيه لانه يلزمه الصوم بهذا و يلزم غيره وكذا لو أقر الحر المديون المفلس بالقتل العمد فانه يقتص بالاجماع وان كان فيه ابطال دين أرباب الدين (قوله حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع) ألا ترى أن المسروق منه لو قال أبغى المال ولا أبغى القطع تسمع خصومته ولو قال أبغى القطع ولا أبغى المال لا تسمع خصومته و يثبت المال دونه كما لو شهد به رجل وامرأتان أو أقر بالسرقة ثم رجع فانه يضمن المال ولا

ابى معنى الاختلاف اه وفيه تامل (قوله حتى تسمع فيه الخصومة بدون القطع) اقول اى بدون الخصومة فى القطع وان لم يسقط القطع كما مر

(ولا يثبت) القطع دون المال وقوله (فلا يصح فى حقه فيه) أى فلا يصح اقرار العبد فى حق المولى فى المال وقوله (والقطع يستحق بدونه) أى بدون المال لان أحد الحكمين ينفصل عن الآخر ألا ترى أنه قد يثبت المال دون القطع كما اذا شهد به رجل وامرأتان وكذا يجوز ان يثبت القطع دون المال كما اذا اقر بسرقة مال مستهلك قوله (لما بينا) اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى وقوله (فيصح بالمال بناء عليه) اى لما صح اقراره بالقطع باعتبار انه آدمى مكلف صح اقراره بالمال انه لغير المولى بناء على صحة اقراره بالقطع لما مهدنا من اصله

وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء) يريد أن الاقرار بالشئ اظهار أمر قد كان فلا بد من وجود المخبر به سابقا على الاخبار وقوله (حتى تسقط) بالرفع لان حتى بمعنى الفاء قوله (باعتباره) أى باعتبار القطع لما يجئ من أصلنا أن القطع لا يجتمع مع الضمان ثم سقوط العصمة والتقوم فى حق السارق يدل على أن المال تابع لانه لو كان أصلا لما تغير حاله من التقوم الى غيره لان مقصوديته انما تكون بالتقوم وكذلك استيفاء القطع بعد استهلاك المال يدل على ذلك اذ لا وجود للتابع مع عدم وجود الاصل وقوله (بخلاف مسئلة الحر) جواب عما استشهد به أبو يوسف بقوله اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد الخ وبيانه أن الحر لما لم يسمع قوله سرقته من عمرو فى حق الرد الى عمرو لا يلزمه عدم القطع بل يقطع لانه يجعل المقر له وهو عمرو بمنزلة المودع فلا يوجب رد المال اليه لما مر أن السارق اذا سرق المال من المودع يقطع بخصومته وان لم يرد اليه المال وأما ههنا فلو لم يرد المال الى المسروق منه لزم أن يكون ذلك المال مال المولى فحينئذ لا يجب القطع لان العبد اذا سرق مال المولى لا تقطع يده ثم اتفق أبو حنيفة وأبو يوسف على قطع يد العبد فقد جعلاه سارقا مال غير المولى فيرد الى الذى أقر بالسرقة منه (قوله ولو صدقه المولى) قدمناه فى أول البحث قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده)

ولا يثبت واذا بطل فيما هو الاصل بطل فى التبع بخلاف المأذون لان اقراره بالمال الذى فى يده صحيح فيصح فى حق القطع تبعا ولابى يوسف أنه أقر بشيئين بالقطع وهو على نفسه فيصح على ما ذكرناه وبالمال وهو على المولى فلا يصح فى حقه فيه والقطع يستحق بدونه كما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع يد المقر وان كان لا يصدق فى تعيين الثوب حتى لا يؤخذ من زيد ولابى حنيفة أن الاقرار بالقطع قد صح منه لما بينا فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه بخلاف مسئلة الحر لان القطع انما يجب بالسرقة من المودع أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى فافترقا ولو صدقه المولى يقطع فى الفصول كلها لزوال المانع قال (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها) لبقائها على ملكه (وان كانت

المسروق منه أريد القطع دون المال لا تسمع خصومته فانما يصح فى حق القطع تبعا للمال وقد انتفى المال بما قلنا فانتفى القطع (ولابى يوسف انه أقر بشيئين) اى اقر بما يوجب شيئين القطع وهو (اقرار (على نفسه) فيقطع (على ما ذكرنا) مع زفر من وجه صحة اقراره بالحدود والقصاص (والمال وهو) اقرار (على المولى) وهو يكذبه (فلا يصح فى حق المولى والقطع يستحق بدون المال) كما اذا اقر بسرقة مستهلكة فانه يقطع ولا يلزمه المال (وكما لو قال حر هذا الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو وزيد يقول هو ثوبى يقطع) ولا ينزع الثوب من زيد الى عمرو فيقطع والمال للمولى (ولابى حنيفة ان الاقرار فى حق القطع قد صح منه لما بينا) فى الكلام مع زفر من انه آدمى الى آخره ويلزمه صحته بالمال انه لغير المولى لاستحالة أن يجب القطع شرعا بمال مسروق للمولى والحاصل انه اذا صح الاقرار بالحد ثبت حكمه وهو القطع وهو ملزوم بحكم الشرع بكون المال للمقر له اذ لا قطع بمال السيد والى هذا يتم الوجه وقوله (لان الاقرار يلاقى حالة البقاء والمال فى حالة البقاء تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتباره ويستوفى القطع بعد استهلاكه) زيادة لا تظهر الحاجة اليها وقوله (بخلاف مسئلة الحر) يريد الزام أبى يوسف بما اذا قال الحر الثوب الذى فى يد زيد سرقته من عمرو يقطع به ولا يدفع لعمرو فكذا جاز أن يقطع بما أقر به من مال الاجنبى ولا يدفع اليه فقال فرق بينهما فان القطع فى المسئلة المذكورة محمول على صحة اقراره به لعمرو وأنه وديعة عند زيد أو غصب واد عاء زيد أن الثوب له جاز كونه انكارا للوديعة غير أن المقر ليس خصما له فى ذلك والقطع بسرقة ثوب مودع أو مغصوب ثابت بخلاف ما نحن فيه فانا لو اعتبرنا الثوب وديعة للمولى أو مغصوبا عند المقر له لم يخرج عن كونه سرقة مال المولى وبه لا يقطع (قوله واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده ردت على صاحبها لبقائها على ملكه وان كانت

يقطع (قوله ولابى حنيفة رحمه الله أن الاقرار قد صح منه بالقطع لما بينا) اشارة الى قوله ونحن نقول يصح اقراره من حيث انه آدمى ثم يتعدى الى المالية فيصح من حيث انه مال وهذا لان الجزاء انما يجب عليه بسبب الجناية والجناية انما تتحقق بواسطة التكليف والتكليف انما يتحقق من حيث انه آدمى لا من حيث انه مال (قوله لان الاقرار يلاقى حالة البقاء) لان الاقرار اخبار عن أمر كائن فلا بد وان يتحقق ذلك الشئ حتى يتصور الاخبار منه (قوله أما لا يجب بسرقة العبد مال المولى) أى لا يجب بحال وان سرق من مودع المولى ونحوه

قال المصنف (حتى تسقط عصمة المال باعتباره الخ) اقول معارض بما اذا أقر ثم رجع يثبت المال دون القطع وجوابه لا يخفى اذ لا بقاء اذا رجع قال المصنف (واذا قطع السارق والعين قائمة فى يده) أقول لو أطلق عن قوله فى يده لكان أشمل قال صاحب البدائع والعلامة الكاكى ولو باع

مستهلكة

مستهلكة لم يضمن) وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور وروى الحسن عنه أنه يضمن بالاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما لانهما حقان قد اختلف سببهما فلا يمتنعان فالقطع لحق الشرع وسببه ترك الانتهاء عما نهي عنه والضمان حق العبد وسببه أخذ المال فصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم أو شرب خمر مملوكة للذمي ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لاغرم على السارق بعد ما قطعت يمينه ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يملكه بأداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فتبين انه ورد على ملكه فينتفي القطع للشبهة وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي ولان المحل

مستهلكة لم يضمن وهذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) لانه لما لم يضمن بالاستهلاك وله فيه جناية ثانية فلان لا يضمن بالهلاك ولا جناية أخرى له فيه أولى (وهو رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة وهو المشهور) وبه قال سفيان الثوري وعطاء والشعبي ومكحول وابن شبرمة وابن سيرين (وروى الحسن عنه أنه يضمن في الاستهلاك وقال الشافعي يضمن فيهما) أي في الهلاك والاستهلاك وهو قول أحمد والحسن والنخعي والليث والبتي واسحق وحماد وقال مالك ان كان السارق موسرا ضمن وان كان معسرا لا ضمان عليه نظرا للجانبين ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له وهذا كله بعد القطع ولو قال المالك قبله أنا أضمنه لم يقطع عندنا فانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال وجه قولهم عموم قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وعلى اليد ما أخذت حتى ترد ولانه أتلف مالا مملوكا عدوانا فيضمنه قياسا على الغصب والمانع انما هو منافاة بين حق القطع والضمان ولا منافاة لانهما حقان بسببين مختلفين أحدهما حق الله وهو النهي عن هذه الجناية الخاصة والآخر حق الضرر فيقطع حقا لله ويضمن حقا للعبد (وصار كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يجب الجزاء حقا لله تعالى ويضمنه حقا للعبد (وكشرب خمر الذمي) على قولكم فانكم تجدونه حقا لله وتغرمونه قيمتها حقا للذمي فهذا الزامي فانهم لا يضمنونه الخمر باستهلاكها (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم) فيما روى النسائي عن حسان بن عبد الله عن المفضل بن فضالة عن يونس بن يزيد قال سمعت سعد بن ابراهيم يحدث عن أخيه المسور ابن ابراهيم عن عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يغرم صاحب سرقة اذا اقيم عليه الحد ولفظ الدارقطني (لا غرم على السارق بعد قطع يمينه) وضعف بان المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن بن عوف وهو جده فانه مسور بن ابراهيم بن عبد الرحمن بن عوف وسعد بن ابراهيم مجهول وفيه انقطاع آخر فان اسحق بن الفرات رواه عن المفضل فادخل بين يونس بن يزيد وسعد بن ابراهيم الزهري وقال ابن المنذر سعد بن ابراهيم هذا مجهول وقيل انه الزهري قاضي المدينة وهو أحد الثقات الاثبات وعندنا الارسال غير قادح بعد ثقة الراوي وأمانته وذلك الساقط ان كان قد ظهر أنه الزهري فقد عرف وبطل القدح به وما قال ابن قدامة انه يحمل على غرم السارق أجرة القاطع مدفوع برواية البزار لا يضمن السارق سرقته بعد اقامة الحد ولم يزد على قول المسور بن ابراهيم لم يلق عبد الرحمن (ولان وجوب الضمان ينافي القطع لانه يملكه بعد أداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ فيتبين انه أخذ ملكه) ولا قطع في ملكه لكن القطع ثابت قطعا (فما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي) والمؤدي اليه الضمان فينتفي الضمان (ولان المسروق

(قوله هذا الاطلاق يشمل الهلاك والاستهلاك) وهو قوله واذا كانت مستهلكة لان الهلاك في عدم وجوب الضمان فوق الاستهلاك فان المودع يضمن بالاستهلاك ويضمن بالهلاك فاذا ثبت عدم وجوب الضمان في الاستهلاك يثبت في الهلاك بالطريق الاولى (قوله أو شرب خمر مملوكة للذمي) أي على أصلكم فان عنده لا يجب ضمان الخمر بالاستهلاك وان كانت للذمي (قوله لانه) أي لان السارق يملكه بأداء الضمان مستندا الى وقت الاخذ كما في الغصب وعن هذا قالوا أن هذا الاختلاف مبني على الاختلاف في الغصب (قوله وما يؤدي الى انتفائه فهو المنتفي) يعني أن وجوب الضمان مستلزم لانتفاء القطع وانتفاء القطع غير منتف

وقوله (كاستهلاك صيد مملوك في الحرم) يعني من حيث أنه تجب قيمته للمالك وقيمة أخرى جزاء ارتكاب المحظور لله تعالى وقوله (أو شرب الخمر للذمي) يعني على أصلكم فان ضمان الخمر بالاستهلاك لا يجب عنده وان كان للذمي (ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا غرم على السارق بعد ما قطعت يمينه) لا يقال هذا الحديث يدل على أن العين اذا كانت قائمة لا ترد الى صاحبها لان ذلك لا يسمى غرما وقوله (وما يؤدي الى انتفائه) انما كان ما يؤدي الى انتفائه هو المنتفي لكونه ثابتا بالاجماع

السارق المسروق من انسان أو ملكه منه بوجه من الوجوه فان كان قائما فلصاحبه أن يأخذه لانه عين ملكه وللمأخوذ منه أن يرجع على السارق بالثمن الذي دفعه لان الرجوع بالثمن لا يوجب ضمانا على السارق في عين المسروق لانه يرجع عليه بثمن المسروق لا بقيمته اه

وقوله (اذلو بقي) يعني معصوما محقا للعبد (لكان مباحا في نفسه) لانه عرف بالاستقراء أن ماهو حرام حق العبد فهو مباح في نفسه وكان المال للسارق حراما من وجه دون وجه (فينتفي القطع للشبهة) اذا الشبهة هو أن تكون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فينتذ يدرأ بالحديث فاذا لم يبق معصوما محقا للعبد يصير محرما (حقا للشرع كالميتة ولاضمان فيه) وهذا معنى ماذكر في المبسوط اذا صارت المالية لله تعالى في هذا المحل لم يبق للعبد فالتحق في حق العبد بما لاقيمة له ولكن هذا لا يتقرر الا باستيفاء القطع لما يجب لله تعالى فتمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفي به القطع يتبين به أن حرمة المحل في ذلك الفعل كانت لله تعالى فلا يجب ضمان العبد وان تعذر استيفاؤه تبين أن حرمة المالية والتقوم كان للعبد فيجب الضمان وقوله (الا أن (١٧٠) العصمة) جواب سؤال تقديره العصمة لما انتقلت لله تعالى وصار المال المسروق كالميتة والخمر وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك وقد روى الحسن عن أبي حنيفة وجوب الضمان فيه وتقرير الجواب أن سقوط العصمة انما كان ضرورة تحقق القطع وما ثبت بالضرورة يقتصر على محلها فلا يتعدى الى فعل آخر هو الاستهلاك لانه لا ضرورة في حقه لانه ليس القطع ولا من لوازمه (وكذا الشبهة) وهو كونه حراما لغيره (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة لان اعتبار الشبهة انما يكون بجعل السبب في الموجب للحد غير موجب احتيالا للدرء والاستهلاك ليس بسبب فلا تعتبر فيه الشبهة (ووجه المشهور) وهو عدم وجوب الضمان في الاستهلاك كما في الهلاك (أن الاستهلاك انما م المقصود) بالسبب وهو السرقة لانه انما سرق ليصرفه الى بعض حوائجه فكان تتمة للسبب لا أنه فعل آخر (فتعتبر الشبهة فيه) لاسقاط الضمان كاعتبارها في نفس السبب وقوله (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان لانه من ضرورات سقوطها في حق الهلاك لانتفاء المماثلة) قال في النهاية أي لان سقوط العصمة في فصل الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة في فصل الهلاك وأقول معناه سقوط العصمة في الاستهلاك لازم من لوازم سقوطها في الهلاك والملزوم ثابت فاللازم كذلك وبيان الملازمة أنه لو لم يكن كذلك كانت العصمة باقية

لا يبقى معصوما محقا للعبد اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه فينتفي القطع للشبهة فيصير محرما محقا للشرع كالميتة ولا ضمان فيه الا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حقه وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب دون غيره ووجه المشهور أن الاستهلاك انما م المقصود فتعتبر الشبهة فيه وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان

لا يبقى مع القطع معصوما محقا للعبد اذ لو بقي كان مباحا في نفسه) وانما حرم لمصلحة العبد فكان حراما من وجه دون وجه فكان شبهة في السرقة اذ الشبهة ليست الا كون الحرمة ثابتة من وجه دون وجه فيندرئ الحد لكن الحد وهو القطع ثابت اجماعا (فكان محرما محقا للشرع) فقط (كالميتة ولا ضمان فيما هو خالص حق الله) ولا يقال جاز كون الشيء محرما لغيره ونفسه كالزنا في نهار رمضان فلا يلزم أن يكون مباحا في نفسه لانا نقول ما فرض فيه الكلام وهو المال المسروق لا يكون قط محرما الا لغيره ووقت استخلاصه الحرمة لنفسه تعالى قبيل فعل السرقة القبلية التي علم تعالى أنها تتصل بها السرقة وانما يتبين لنا ذلك بتحقق القطع فاذا قطع علمنا أنه استخلص الحرمة حقا له تعالى في ذلك المال كما نعلم أن الاب ملكه الله تعالى جاريه ابنه من غير تمليك من الابن له بظهور دعواه ولده لانا علمنا أنه شرع ثبوت النسب منه بدعواه فعلمنا حكمه تعالى بنقل الملك فيها اليه قبل الوطء القبلية التي علم تعالى اتصال الوطء بها وكذا في أعتق عبدك عني بالف فهو من الاستدلال بمعاينة المشروط على سبق الشرط فان قلت فما وجه رواية الحسن في الضمان بالاستهلاك مع فرض أن العصمة انتقلت الى الله تعالى وصار المسروق كحرمة الميتة فينبغي أن لا يفترق الحال فاجاب المصنف عنه بقوله (الا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة ولا ضرورة في حق فعل آخر) انما الضرورة في نفي شبهة الاباحة عن فعل السرقة ضرورة وجوب القطع (وكذا الشبهة) أي شبهة الاباحة انما (تعتبر فيما هو السبب) وهو السرقة (دون غيره) وهو الاستهلاك (ووجه المشهور أن الاستهلاك وان كان فعلا آخر الا انه (اتمام المقصود) بالسرقة وهو الانتفاع بالمسروق فكان معدودا منها (فتعتبر الشبهة فيه) كما اعتبرت في السرقة (وكذا يظهر سقوط العصمة في حق الضمان) في فصل الاستهلاك

فيبقى الضمان بالضرورة لان انتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم (قوله اذ لو بقي لكان مباحا في نفسه) فينتفي القطع لان الحرمة لحق العبد لا توجب حرمة عينه وما كان حلالا في نفسه لا يصلح سببا للعقوبة كشرب عصير الغير وأخذ ماله غصبا انما الموجب للعقوبة فعل هو حرام بعينه فلا بد من انتقال العصمة من العبد الى الرب قبيل السرقة ليكون ورود الجناية على حق الله تعالى فان قيل فعله لا تفي عصمتين عصمة الله تعالى وعصمة العبد فكان جنايتين كما في القتل خطأ تجب الكفارة والدية وفي قتل صيد مملوك في الحرم يجب الجزاء والقيمة وفي شرب خمر الذمي يجب الحد والضمان قلنا في النفس حقان حق الشرع وحق العبد فوجب الضمانان والجزاء

(قوله لانه عرف بالاستقراء الخ) أقول منقوض بخمر الذمي قال المصنف (الا أن العصمة لا يظهر سقوطها في حق الاستهلاك) أقول وأنت خبير بان الحديث والتعليل الاول لا يفرق بين الهلاك والاستهلاك (قوله وجب أن لا يجب الضمان عند الاستهلاك) أقول يجب الضمان باستهلاك خمر الذمي كما سبق آنفا

لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة قال (ومن سرق سرقات فقطع فى احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا التى قطع لها) ومعنى المسئلة اذا حضر أحدهم فان حضروا جميعا وقطعت يده لخصومتهم لا يضمن شيا بالاتفاق فى السرقات كلها لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب ولابد من الخصومة لتظهر السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع

(لانتفاء المماثلة) بين المال المسروق والضمان لان المسروق معصوم حقا للعبد فى حالة الاستهلاك فقط والضمان مال معصوم حقا له فى حالتى الهلاك والاستهلاك فاذا انتفت المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص بخلاف شرب خمر الذمى لانه أتلف مالا متقوما لغيره فيضمنه وفيه جناية على عقله وجعل الله تعالى فيه الحد فيحد بذلك فكانا حرمتين ومثله صيد الحرم المملوك وفى المبسوط روى هشام عن محمد أنه انما يسقط الضمان عن السارق قضاء لتعذر الحكم بالمماثلة فاما ديانة فيفتى بالضمان للحوق الحسران والنقصان للمالك من جهة السارق وفى الايضاح قال أبو حنيفة لا يحل للسارق الانتفاع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذا الوخاطه قميصا لا يحل له الانتفاع به لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب القضاء به فلا يحل له الانتفاع كمن دخل دار الحرب بامان وأخذ شيا من أموالهم لم يلزمه الرد قضاء ويلزمه ديانة وكالباغى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان وتعذر ايجاب الضمان بعارض ظهر أثره فى حق الحكم وأما ديانة فيعتبر قضية السبب (قوله ومن سرق سرقات فقطع فى احداها) بخصومة صاحبها وحده (فهو) أى ذلك القطع (لجميعها ولا يضمن شيا) لارباب تلك السرقات (عند أبى حنيفة وقالا يضمن كلها الا) السرقة (التى قطع فيها فان حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيا) من السرقات (بالاتفاق لهما أن الحاضر ليس نائبا من الغائب ولابد من الخصومة لتظهر السرقة) ولا خصومة من الغائب فلم تظهر الخصومة منهم فلم يظهر القطع بسرقاتهم (فبقيت أموالهم معصومة وله أن الواجب بالكل قطع

فى قتل صيد الحرم بهتك حرمة الحرم والضمان باتلاف مال الغير والحد وجب بشرب الخمر صيانة لعقله والضمان باتلاف مال متقوم للذمى جبرا لحقه وهنا الجناية متحدة لانه محلها العصمة وهى واحدة وقد صارت لله تعالى فلم تبق للعبد والجناية الواحدة متى أوجبت جزاء الفعل كملا لا يوجب بدل المحل كقطع اليد قصاصا لا يجب معه بدل المحل وهو الارش ولكن هذا يتقرر الا باستيفاء القطع لان ما يجب لله تعالى فمامه بالاستيفاء فكان حكم الاخذ مراعى ان استوفى القطع تبين أن العصمة كانت له فلا يضمن والا ظهر أنها كانت للعبد فيضمن فان قيل ان انتقلت العصمة قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب لانه لا سبب سوى السرقة وان انتقلت بعدها فلا يفيد لان السبب صادف محلا معصوما للعبد وان انتقلت معها فهو باطل أيضا لان السرقة زمان الوجود ليست بموجودة فكيف يثبت الحكم وقت الوجود قلنا ينتقل قبيل السرقة شرطا الصيرورة الجناية على حقه مع ضرورة استيفاء الحد الذى هو حقه كما يثبت الملك فى قوله أعتق عبدك عنى على ألف فقال أعتقت ضرورة صحة العتق اقتضاء ولهذا قلنا فى رواية يضمن بالاتلاف لان العصمة انما تسقط ضرورة فتظهر فى فعل السرقة دون غيرها اذ الثابت ضرورة لا يعدو موضعها والاتلاف فعل آخر فلا يظهر فى حقه فيضمن كما لو أتلف غيره وكذا الشبهة تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره وهو الاتلاف اذ لا حاجة الى نقل العصمة فى حق الغير فيبقى معصوما حقا للعبد نظرا الى الغير فيضمن (قوله لانه من ضرورات سقوطها فى حق الهلاك لانتفاء المماثلة) أى سقوط العصمة فى حق الاستهلاك من ضرورة سقوط العصمة فى الهلاك لانتفاء المماثلة بين المال المسروق وبين الضمان لان الضمان مال معصوم حقا للعبد فى حالتى الهلاك والمال المعصوم مضمون لا محالة (وله أن الواجب بالكل) أى بكل السرقات

ذلك التقدير دون الهلاك ولا مماثلة بين المعصوم فى الحالتين والمعصوم فى حالة واحدة ومن الشارحين من قال لانه أى لان سقوط الضمان من ضرورات سقوط العصمة يعنى أنه يلزم من سقوط العصمة سقوط الضمان وهذا لان ضمان العدوان مبنى على المماثلة بقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين المسروق وضمانه فينتفى الضمان لان المسروق ساقط العصمة حرام لعينه حقا للشرع غير منتفع به كالدم والميتة والذى يؤخذ من السارق مال معصوم منتفع به ليس بحرام لعينه فلا يجب الضمان لانتفاء المعادلة وكلام المصنف لا يساعده فتامل قال (ومن سرق سرقات فقطع فى احداها فهو بجميعها) كلامه واضح (وقوله لهما أن الحاضر ليس بنائب عن الغائب) تقريره الحاضر ليس بنائب عن الغائب ومن ليس بنائب عن الغائب ليس له الخصومة فى حق الغائب ولا بد من الخصومة لانها شرط ظهور السرقة فلم تظهر السرقة من الغائبين فلم يقع القطع لها واذا لم يقع القطع لها بقيت أموالهم معصومة

(قوله لان الضمان الى قوله بالنص) أقول يعنى قوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم (قوله ومن الشارحين من قال) أقول أراد الاتقانى

(قطع واحد) لانه يجب (حقا لله) وكل ما كان كذلك يتداخل وقد وجد ذلك (والخصومة شرط الظهور عندالحاكم) وقد وجد ذلك أيضا بالنسبة الى الجميع لان الشرط يراعى وجوده لا وجوده قصدا (فاذا استوفى) يعنى ذلك القطع الواحد (فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أن نفعه) وهو الانزجار يرجع الى الكل فان قيل الحكم الثابت ضمنا لا بد وعلى الثابت صريحا والقطع يتضمن البراءة عن ضمان المسروق ولو أبرأه الواحد عن ضمان الكل تصالم يبرأ (١٧٢) فكيف يبرأ اذا ثبت ضمنا أجيب بانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كبيع الشرب ووقف المنقول ثم ههنا لما وقع القطع فى حق الكل بالاجماع تبعه ما هو الثابت فى ضمنه وهو سقوط الضمان واعلم أن وقوع القطع بجميع السرقات بالاجماع فقد علمت أن القطع لا يجتمع مع الضمان فالقول بالضمان فى واحدة منها بعد ذلك جمع بين القطع والضمان فذلك تناقض وقوله (وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد) يعنى لو سرق النصب من شخص واحد مرارا تخاصم فى البعض فقطع لاجل ذلك فعند أبى حنيفة لا يضمن النصب الباقية وعندهما يضمن والله أعلم

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

لما ذكر أحكام السرقة وكيفية القطع ذكر فى هذا الباب ما يسقط به القطع بسبب احداث الصنعة للشبهة والشبهة أبدا تتلو الثابت ذكرا (ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوى) بعد الشق (عشرة دراهم قطع) قيد بقيدين أن يكون الشق فى الدار وأن يساوى عشرة دراهم بعد الشق فى الدار لانه اذا أخرجه غير مشقوق وهو يساوى عشرة دراهم ثم شقه ونقصت قيمته بالشق من العشرة فانه يقطع قولا واحدا ولانه اذا شق فى الدار ونقصت قيمته عن العشرة ثم أخرجه لم يقطع لان السرقة قد تمت على النصاب الكامل فى الاول دون الثانى

واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند القاضى فاذا استوفى فالمستوفى كل الواجب ألا ترى أنه يرجع نفعه الى الكل فيقع عن الكل وعلى هذا الخلاف اذا كانت النصب كلها لواحد تخاصم فى البعض والله تعالى أعلم

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم قطع)

واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط للظهور عند الحاكم) فاذا كان الحكم الشرعى الثابت فى نفس الامر هو التداخل ومعناه وقوع الحد الواحد عن كل الاسباب السابقة وقد وجد لزم وقوعه عنها وهو ملزوم لسقوط ضمانها كلها فى نفس الامر علم القاضى بها أو لم يعلم ولا أثر لعدم علمه بها فى نفى الحكم الثابت شرعا عند القطع وهو وقوعه عن كل الاسباب وهو يستلزم سقوط ضمانها فكان سقوط الضمان ثابتا وهو المطلوب *(باب ما يحدث السارق فى السرقة)*

(قوله ومن سرق ثوبا فشقه فى الدار) قبل أن يخرجه من الحرز (نصفين ثم أخرجه وهو يساوى عشرة) بعد الشق (قطع

والاستهلاك والمال المسروق معصوم حقا له فى حالة الاستهلاك فقط فاذا انتفى المماثلة انتفى الضمان لان ضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص وروى هشام عن محمد رحمهما الله أن السارق لا يضمن فى الحكم فاما فيما بينه وبين الله تعالى يفتى بالضمان لان المسروق منه قد لحقه الخسران والنقصان من جهته بسبب هو متعد فيه ولكن تعذر على القاضى القضاء بالضمان لما ذكرنا فيفتى برفع النقصان الذى لحقه من جهة السارق فيما بينه وبين ربه كذا فى المبسوط وذكر فى الايضاح قال أبو حنيفة رحمه الله تعالى ولا يحل للسارق أن ينتفع به بوجه من الوجوه لان الثوب على ملك المسروق منه وكذلك اذا خاطه قيصا لم يحل له الانتفاع لانه ملكه بوجه محظور وقد تعذر ايجاب الضمان فلا يطلق له الانتفاع وهذا كالمسلم اذا دخل دار الحرب بامان وأخذ شيأ من أموالهم لم يحكم عليه بالرد ويلزمه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذلك الباغى اذا أتلف مال العادل ثم تاب لم يحكم عليه بالضمان ويفتى بذلك فيما بينه وبين الله تعالى وكذا الحربى اذا أخذ شيأ من أموالنا ثم أسلم لم يحكم عليه بالرد ويفتى بالرد فيما بينه وبين الله تعالى وكذا السارق اذا استهلك المال المسروق يفتى باداء الضمان فيما بينه وبين الله تعالى والاصل فى هذه المسائل كلها أن كل فعل انعقد سببا لوجوب الضمان وتعذر ايجابه بعارض ظهر أثر ذلك العارض فى حق الحكم وأما الفتوى فيما بينه وبين الله فتعتبر قضية السبب (قوله لان مبنى الحدود على التداخل) ومعنى التداخل الاكتفاء بحد واحد (قوله فاذا وجد القطع وقع عن الكل) فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال اذ لا يصح البذل من واحد عن الكل قلنا بذل المال لسقوط عصمته أمر شرعى ثبت بناء على استيفاء القطع لا باعتبار العبد ألا ترى أنه يستوفيه من يملك البذل ومن لا يملكه كالاب والوصى والله أعلم بالصواب

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(قوله ثم أخرجه وهو يساوى عشرة دراهم) أى بعد الشق يساوى عشرة دراهم فيشترط كمال النصاب

(باب ما يحدث السارق فى السرقة)

(وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له فى شبهة الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون) ولهذا قلنا الملك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك لانه لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق (وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع) ثم فسخ البائع البيع فانه لا يقطع هناك فكذلك ههنا والجامع بينهما أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع لان له فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة وتملك المضمون وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك وانما الملك يثبت ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه بخلاف ما ذكر لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب

وعن أبي يوسف أنه لا يقطع) وان كان لا يساوى عشرة بعده لم يقطع بالاتفاق وان شقه بعد الاخراج قطع بالاتفاق وهو ظاهر واختلفت العبارات فى افادة قول أبي يوسف فى بعضها ما يفيد أنه رواية عنه وأن الظاهر من قوله كقولهما وهى كلام الهداية وفخر الاسلام البزدوى والصدر الشهيد والعتابى حيث قالوا وعن أبي يوسف وكذا قول الاسبيجابى ذكر الطحاوى قول أبي يوسف مع محمد وقول محمد مع أبي حنيفة فى الظاهر وشمس الائمة البيهقى زاد فقال فى كفايته وعن أبي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة وفى بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قوله كقول صاحب الاسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد فى الكافى وقال أبو يوسف كل شئ يجب عليه قيمته ان شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله أن السرقة ما تمت الاوقد انعقد للسارق فيها سبب الملك اذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وان كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشترى المبيع الذى فيه خيار البائع ثم أسقط البائع الخيار فانه لا يقطع لذلك وهو أن السرقة تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق (ولهما أن الاخذ وقع سببا للضمان) ولا يخفى أن المناسب أن يقول أن الشق وقع سببا للضمان (لا للملك) وثبوت ولاية الغير أن يملك ليس سببا للملك بل السبب انما يثبت عند اختيار التضمين وانما تكون تلك الولاية موجبة للسببية اذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قست عليه لا فيما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس فى الاخذ بل فى الشق تكلف فى تقريره بان قيل الاخذ سبب للضمان لانه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر فى الاخذ شبهة الملك دارئة للقطع بل يقطع اجماعا كذلك الشق وانما يصير الشق سببا للضمان اذا اختار المالك التضمين (فيثبت ضرورة أداء الضمان) أو القضاء به (ومثله لا يورث شبهة) والا لثبت مثلها (فى نفس الاخذ) لانه أيضا يحتمل أن يصير سببا للملك باداء الضمان كالشق فصار (نظير ما اذا سرق البائع مبيعا باعه) ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد بالعيب الذى به يثبت الملك للبائع (قوله وهذا الخلاف الخ)

عند الاخراج (قوله لان فيه سبب الملك) وانما قلنا ذلك لان المالك بعد الشق بالخيار ان شاء ملكه الثوب بالضمان لانعقاد سبب الملك فان سبب الملك لو لم ينعقد لما وجب التمليك بكره من السارق كذا فى الاسرار (قوله وصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار للبائع) والجامع بينهما هو أن السرقة تمت على عين غير مملوك للسارق ولكن ورد عليه سبب الملك (قوله ولهما أن الاخذ وضع سببا للضمان لا للملك) أى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام فيه للعهد يدل عليه قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ (قوله وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه ولم يعلم المشترى العيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب فثبت به الملك للبائع

لكن ورد عليه سبب الملك (ولهما ان الاخذ) أى هذا الاخذ الذى فيه خرق فاحش واللام للعهد بدليل قوله ومثله لا يورث الشبهة كنفس الاخذ وتقريره أنا لا نسلم ان له فيه سبب الملك لان الاخذ المعهود ليس بموضوع له وانما هو موضوع سببا للضمان فكان له سبب الضمان لا سبب الملك (وانما الملك يثبت له ضرورة أداء الضمان كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله) أى ومثل هذا الاخذ الذى هو سبب الضمان (لا يورث الشبهة) لانه ليس بموضوع للملك (كنفس الاخذ) فانه يحتمل أن يصير سببا بعد الضمان ومع هذا لم تعتبر شبهة (وكما اذا سرق البائع مبيعا باعه) ولم يعلم المشترى بالعيب فانه يقطع وان انعقد سبب الرد وهو العيب وكذلك ههنا يقطع وان انعقد سبب الضمان وهو الشق (بخلاف ما ذكر) أى أبو يوسف وهو قوله كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه الخيار للبائع لان سبب الملك موجود فيه (اذ البيع موضوع) لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا

اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب) لا يقال الاصل عندكم ان القطع والضمان لا يجتمعان فاذا اختار تضمين النقصان كيف يتمكن من القطع لان ضمان النقصان وجب بجناية أخرى قبل الاخراج وهى ما فات من العين والقطع باخراج الباقى كما لو أخذ ثوبين فاخرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأورد على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب الضمان وعن هذا

(قوله وأورد على هذا الجواب الخ) أقول المورد هو الكاكى فى معراج الدراية لكن تقرير الجواب الذى هو مورد هذا الايراد ليس على هذا النمط

فان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة فاورث شبهة وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

ذهب بعضهم الى أنه ان اختار القطع لا يضمن النقصان والجواب أن القطع للباقي بعد الحرق وليس فيه ضمان بخلاف المستهلك فان القطع كان لاجله لا لشيء آخر (فان اختار تضمين قيمة الثوب كلها وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة) فانه اذا وهب له بعد تمام السرقة يسقط القطع فلان لا يجب اذا ملكه قبل تمام السرقة أولى (وهذا كله) أي هذا الخلاف مع هذه التفصيلات (اذا كان النقصان فاحشا) وهو الذي يفوت به بعض العين و بعض المنفعة (فان كان يسيرا) وهو ما يفوت به بعض المنفعة في الصحيح على ما سيجيء تمام الكلام في تفسير الفاحش واليسير في كتاب الغصب (يقطع بالاتفاق) لانعدام سبب الملك اذ ليس له اختيار تضمين كل القيمة

الحاصل أن هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما اذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك عندهما وعند أبي يوسف لا يقطع (ولو اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما لو ملكه) اياه (بالهبة) بعد القضاء لا يقطع على ما تقدم (ولو كان يسيرا يقطع بالاتفاق لانعدام سبب الملك وليس للمالك تضمين كل القيمة) فانتفى وجه أبي يوسف في عدم القطع إذ اليسير واعلم ان الحرق يكون يسيرا و يكون فاحشا و تارة يكون اتلافا واستهلاكا وفيه يجب ضمان كل القيمة بلا خيار لانه استهلاك وعلى هذا لا يقطع لانه ما تمت السرقة الا بما ملكه بالضمان وقد حده الثمرتاشي بان ينقص أكثر من نصف القيمة وأما الحرق الفاحش فقيل ما يوجب نقصان ربع القيمة فصاعدا فاحش والا فيسير ولا بد أن يكون المعنى فصاعدا ما لم ينته الى ما به يصير اتلافا والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة ذكره الثمرتاشي وأورد في الكافي على القطع مع ايجاب ضمان النقصان في الحرق اليسير أن فيه جمعا بين القطع والضمان وأجاب فقال انما لا يجتمعان كي لا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل و بدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالحرق والحرق ليس من السرقة في شيء واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع أنه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغي أن لا يجب ضمان النقصان و عن هذا قال في الفوائد الخبازية وفي الصحيح لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان يملك ما ضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ما ذكر في عامة الكتب الامهات انه يقطع و يضمن النقصان والنقض بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هناك بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم نضمنه اياه ألا يرى الى قول الامام قاضيخان فان كان الحرق يسيرا يقطع و يضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعييب الذي وقع قبل الاخراج الذي به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف ما فات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقي فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأخرج أحدهما في البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث يملك ما ضمنه فيكون كثوب مشترك الى آخره فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له مالك في المخرج فان الجزء الذي ملكه بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها

فيه (قوله وعن هذا ذهب بعضهم الخ) أقول أراد الخبازي قال الكاكي وفي الخبازية وفي الصحيح أن لا يضمن النقصان كي لا يجتمع القطع مع الضمان

فكذلك هنا يقطع وان انعقد سبب الملك وهو الشق وان كان الحرق اتلافا لم يقطع لانه استقر الضمان وأنه ينافي القطع وقال أبو يوسف رحمه الله يقطع كذا في الايضاح وذكر الامام الثمرتاشي رحمه الله في حد الاتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة (قوله وهذا كله اذا كان النقصان فاحشا) وقيل في حد الفاحش أن ينقص ربع القيمة وقيل ما لا يصلح الباقي لثبوت ما والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين و بعض المنفعة واليسير ما يفوت به شيء من المنفعة كذا ذكره الامام الثمرتاشي رحمه الله فان كان يسيرا يقطع بالاتفاق لعدم سبب الملك لانه ليس له اختيار تضمين كل القيمة بل له تضمين قيمة النقصان فان قيل قد أوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا انما لا يجتمعان كي لا يؤدي الى الجمع بين جزاء الفعل و بدل المحل في جناية واحدة وهنا لا يؤدي اليه اذا القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالحرق والحرق ليس من السرقة في

(وان

(قوله وان سرق شاة فذبحها) ظاهر وقوله (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) أي يساوي عشرة دراهم (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه) وهو ظاهر (قوله وأصله في الغصب) يريد أن ما يقطع حق المغصوب منه عن المغصوب من الصنعة يقطع حق المسروق منه من المسروق وهذه الصنعة تقطعه (عندهما خلافا له) لهما ان هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما ومقصودا وكل ما كان كذلك ينقطع به حق المالك كما اذا كان المغصوب صفرا فضربه قمقمة أو حديدا فجعله ذراعا فانه ينقطع به حق المالك وله أن عين المسروق باق والصنعة الحادثة والاسم الحادث ليسا بلازمين فان اعادتها الى الحالة الاولى ممكنة والصنعة ههنا غير متقومة حتى لو كسر إبريق فضة لم يكن للمالك أخذه وتضمين الصنعة والعين المسروقة متقومة واذا كان كذلك كان (اعتبار الباقي المتقوم أولى من الزائل الغير المتقوم (قوله فلم يملك عينه) أي عين المسروق وفي بعض النسخ عينهما أي عين الذهب والفضة وانما ملك شيأ غيرهما فان الاعيان تتبدل بتبدل الصفات أصله حديث بريرة وقوله (فان سرق ثوبا فصبغه احمر) قال صاحب النهاية صورة المسئلة سرق ثوبا فقطع فيه ثم صبغه أحمر الخ فان لفظ رواية الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في السارق يسرق الثوب فتقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر قال ليس لصاحبه عليه سبيل ولا ضمان على السارق وهذا كما ترى ليس فيه ما يدل على قوله ثم صبغه لان الواو للحال وهي لا تدل على التعقيب ولكن قول المصنف

(وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه (ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه وترد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا سبيل للمسروق منه عليهما) وأصله في الغصب فهذه صنعة متقومة عندهما خلافا له ثم وجوب الحد لا يشكل على قوله لانه لم يملكه وقيل على قولهما لا يجب لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولم يضمن قيمة الثوب وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه) اعتبارا بالغصب والجامع بينهما كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ

وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له (قوله وان سرق شاة فذبحها ثم أخرجها لم يقطع) ولو ساوت نصابا بعد الذبح (لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه) على ما مر لكنه يضمن قيمتها للمسروق منه (قوله ومن سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع) بان كانت نصابا (فصنعه دراهم أو دنانير قطع فيه عند أبي حنيفة) وهو قول الائمة الثلاثة (وترد الدراهم والدنانير على المسروق منه وقالا لا يقطع ولا سبيل للمسروق منه عليهما) والخلاف مبني على خلاف آخر في الغصب وهو ما اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم لا ينقطع حق المغصوب منه عنده خلافا لهما وكذا لو كانت دراهم فضربها حليا فكذا هنا لا ينقطع بالصنعة حق المسروق منه في السرقة بناء على أنها لم تتبدل فيقطع فالقطع عنده لا يشكل على هذا أما عندهما فقد قيل لا يقطع لانه ملك المسروق بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكن يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة وقيل يقطع ولا شيء على السارق لانه لم يملك عين المسروق لانه بالصنعة صار شيأ آخر فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شيء عليه وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة في الحديد والصفر بان غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة فصار دراهم أو دنانير وله أن هذه الصنعة في الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل انه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على أن الاسم باق وهو اسم الذهب والفضة وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم (قوله ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر) يقطع به باجماع العلماء ثم لا يؤخذ منه الثوب عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولا يضمنه (وقال محمد يؤخذ منه الثوب) وهو قول الائمة الثلاثة (ويعطى قدر ما زاد الصبغ في الثوب اعتبارا بالغصب) فان غاصب الثوب اذا صبغه أحمر لا ينقطع به حق المالك في الاسترداد اتفاقا فكذا في السرقة (والجامع كون الثوب أصلا والصبغ

شيء (قوله يجب فيه القطع) من صورة المسئلة أي سرق ذهبا أو فضة يجب فيه القطع بان يساوي عشرة دراهم (قوله فلم يملك عينه) أي عين المسروق وهو الذهب والفضة وانما ملك المضروب (قوله

(قوله لهما أن هذه الصنعة تبدل العين اسما وحكما الخ)

أقول أما تبدله حكما فلان التبر لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات بخلاف المضروب قال المصنف (فان سرق ثوبا فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب) أقول وفي الكنز لو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن قال الزيلعي في سرحه أي لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره في المحيط والكافي ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده انتهى وأنت خبير بان عبارة الهداية ليست على ما نقله (قوله وهي لا تدل على التعقيب) أقول بل صيغة الماضي تدل على التقدم على ما عرف في مباحث الحال

(الا ترى انه غير مضمون الى آخره) انما يستقيم اذا كانت صورة المسئلة ماقال وتحرير المذهبين واعتبار محمد واضح وقوله (ولهما) أي لابي حنيفة وأبي يوسف (أن الصبغ قائم صورة ومعنى) أما صورة فظاهر فان الحمرة فيه محسوسة وأما معنى فلان المسروق منه لو أخذ الثوب مصبوغا ضمن الصبغ (وحق المالك في الثوب قائم صورة) لتمكنه من الاسترداد (لا معنى) لانه غير مضمون على السارق بالهلاك أو الاستهلاك فكان جانب السارق مرجحا كالموهوب له اذا صبغ فان حق الواهب ينقطع عنه (بخلاف) مسئلة (الغصب) يعني التي اعتبر بها صورة النزاع (لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه) يعني الوجود (فرجحنا جانب المالك بماذكرنا) من كون الثوب أصلا قائما وكون الصبغ تابعا (وان صبغه اسود أخذ منه الثوب عند أبي حنيفة ومحمد ولا يؤخذ عند أبي يوسف لان السواد زيادة عنده كالحمرة وأما عند أبي حنيفة فان السواد عنده نقصان) فلم يكن حق السارق قائما فيه معنى (فلا يوجب انقطاع حق المالك) وأما عند محمد فان السواد وان كان عنده أيضا كالحمرة لكن لا يقطع حق المالك والله أعلم

(باب قطع الطريق)

(قوله انما يستقيم اذا كانت الخ) أقول فيه بحث

تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة ومعنى حتى لو أراد أخذه مصبوغا يضمن ما زاد الصبغ فيه وحق المالك في الثوب قائم صورة لا معنى ألا ترى انه غير مضمون على السارق بالهلاك فرجحنا جانب السارق بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى فاستويا من هذا الوجه فرجحنا جانب المالك بما ذكرنا (وان صبغه أسود أخذ منه في المذهبين) يعني عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف رحمه الله هذا والاول سواء لان السواد زيادة عنده كالحمرة وعند محمد زيادة أيضا كالحمرة ولكنه لا يقطع حق المالك وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك

(باب قطع الطريق)

تابعا ولهما أن الصبغ قائم صورة) وهو ظاهر وقوله (ومعنى) أي من حيث القيمة (حتى لو أراد) المسروق منه (أن يأخذ الثوب يضمن له) قيمة (الصبغ وحق المالك قائم صورة لا معنى) فانه لو هلك أو استهلك عند السارق لا يضمن فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا فعله ينقطع حق الواهب في الرجوع بذلك (بخلاف الغصب لان حق كل) من المغصوب منه والغاصب الذي صبغه (قائم صورة ومعنى) لانتفاء ما يخل بالمعنى في حق الغاصب وهو القطع (فاستويا فرجحنا المالك بما ذكرنا) من أن الصبغ تابع (قوله وان صبغه) أي السارق (أسود) ثم قطع أو قطع فصبغه أسود (يؤخذ منه عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف هذا والاول سواء) فلا يؤخذ منه (لان السواد زيادة كالحمرة) وهي مانعة من الاسترداد من السارق (وعند محمد هو زيادة) لكن الزيادة غير مانعة كما قال في الحمرة (وعند أبي حنيفة السواد نقصان فلا يوجب انقطاع حق المالك) في الاسترداد قالوا وهذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان فان الناس كانوا لا يلبسون السواد في زمنه ويلبسونه في زمنهما وفي شرح الطحاوي لو سرق سويقا فلته بسمن أو عسل فهو مثل الاختلاف في الصبغ أي الاحمر ليس للمالك على السارق سبيل في السويق وعند محمد يأخذه ويعطي ما زاد السمن والعسل

(باب قطع الطريق)

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس بسرقة مطلقة ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة

فرجحنا جانب السارق) فان قيل لو انقطع حق المالك يملكه السارق من حين صبغه فيجب أن يمتنع القطع قلنا انما يوجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه بوجه من الوجوه فصار كخنطة طحنها السارق يجب القطع وان ملك الدقيق لان القطع انما يجب بسرقة الخنطة وبالطحن يملك الدقيق دون الخنطة تحقيقه أن ثبوت الملك للسارق لرجحان الصبغ لكونه منقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبله (قوله فاستويا من هذا الوجه) أي من حيث أن حق كل واحد منهما قائم صورة ومعنى ورجحنا جانب المالك بما ذكرنا أي ما ذكرنا من كون الثوب أصلا قائما فان الثوب باق بنفسه والصبغ باق بالثوب (قوله وان صبغه أسود) أخذ منه في المذهبين يعني مذهب أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فعند أبي حنيفة رحمه الله السواد نقصان وليس بزيادة والمسروق اذا انتقص عند السارق لا ينقطع حق المسروق منه فله أن يأخذ الثوب ولا يعطي شيأ وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله السواد زيادة لكن محمد ارحمه الله لا يقول بانقطاع حق المالك بمثل هذه الزيادة كما في الحمرة فيأخذه ويعطيه ما زاد الصبغ فيه كما في الحمرة وأبو يوسف رحمه الله يقول ينقطع حق المالك ولا سبيل عليه كما في الحمرة والله تعالى أعلم بالصواب

(باب قطع الطريق)

اعلم بان قطع الطريق يسمى السرقة الكبرى أما تسميتها سرقة لان قاطع الطريق يأخذ المال خفية وسرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق يأخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان المأخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقام المالك وأما تسميتها بالكبرى لان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص الملاك باخذ ملكهم وهتك حرزهم

قال

قال (واذا خرج جماعة ممتنعين أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فاخذوا قبل أن ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يحدثوا توبة وان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم فصاعدا أو ما تبلغ قيمته ذلك قطع الامام أيديهم وأرجلهم من خلاف وان قتلوا ولم ياخذوا مالا قتلهم الامام حدا) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية

بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان السرقة فيه مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز (قوله واذا خرج جماعة ممتنعين) بقوتهم عمن يقصد مقاتلتهم (أو واحد له منعة) بقوته ونجدته يعني شوكته (يقصدون قطع الطريق) أي أخذ المارة فاحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعي أربعة وبالنسبة الى ما هو أعم منه خمسة أما بالنسبة الى الجزاء فاما أن يؤخذوا قبل أن ياخذوا مالا ويقتلوا نفسا بل لم يوجد منهم سوى مجرد اخافة الطريق الى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظهر توبتهم في الحبس أو يموتوا واما ان أخذوا مال مسلم أو ذمي والمأخوذ اذا قسم على جماعتهم أصاب كل واحد عشرة دراهم فصاعدا أو ما يبلغ قيمته ذلك فيقطع الامام يد كل منهم اليمنى ورجله اليسرى واما ان قتلوا مسلما أو ذميا ولم ياخذوا مالا فيقتلهم الامام حدا ومعنى حدا أنه لو عفا أولياء المقتولين لا يقبل عفوهم لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فتى عفا عنهم عصى الله تعالى والرابعة أن ياخذوا المال ويقتلوا وسنأتي ان شاء الله تعالى وفي فتاوى قاضيخان وان قتل ولم ياخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا أن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم ياخذ شيأ ومال الى القتل فانا سنذكر في نظيرها أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة في الطريق وأخاف الناس ولم ياخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من أنه يحبس امتثالا للنفي المذكور في الآية وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتاتي أيضا في الكتاب والتقييد بمسلم أو ذمي في صدر المسئلة ليخرج المستامن فلو قطعوا الطريق على مستامن لم يلزمهم شيء مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق واخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التابيد وباقي الشروط من كون ذلك في برية لا في مصر ولا قرية ولا بين قريتين وغير ذلك مما يقدمه الشارحون ياتي ذلك كله في الكتاب مفصلا (والاصل فيه) أي في توزيع الاجزية كما ذكرنا على الجنايات المذكورة (قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون في الارض فسادا أن يقتلوا أو يصلبوا) الآية سمي قاطع الطريق محاربا لله لان المسافر معتمد على الله تعالى فالذي يزيل أمنه محارب لان اعتماده عليه في تحصيل الامن وأما محاربته لرسوله فاما باعتبار عصيان أمره واما باعتبار أن الرسول هو الحافظ لطريق المسلمين والخلفاء والملوك بعده نوابه فاذا قطع الطريق التي تولى حفظها بنفسه ونائبه فقد حاربه أو هو على حذف مضاف أي يحاربون عباد الله وهو أحسن من تقدير أولياء الله لان هذا الحكم

ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق كذا في المحيط (قوله واذا خرج جماعة) أطلق اسم الجماعة ليتناول المسلم والكافر والحر والعبد وذكر في المبسوط واذا قطع قوم من المسلمين أو من أهل الذمة على قوم من المسلمين أو من أهل الذمة ممتنعين أي متقوين بانفسهم بحيث يمنعون تعرض الغير عن أنفسهم أو واحد يقدر على الامتناع أي على التقوي ومنع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته قتلهم الامام حدا حتى لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسقط ضمان المال المأخوذ حقا للعبد والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية أي يحاربون أولياء الله على حذف المضاف لان أحدا لا يحارب الله ولان المسافر في البراري في أمان الله تعالى وحفظه متوكلا عليه فالمتعرض له كانه يحارب الله تعالى والمراد منه التوزيع على الاحوال كانه قال ان يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك رحمه الله متشبثا بظاهر الآية أو ثبت ذلك بقوله عليه

اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما تسميتها سرقة فلان قاطع الطريق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ الطريق وهو الامام الاعظم كما أن السارق ياخذ المال سرا ممن اليه حفظ المكان الماخوذ منه وهو المالك أو من يقوم مقامه وأما تسميتها كبرى فلان ضرر قطع الطريق على أصحاب الاموال وعلى عامة المسلمين بانقطاع الطريق وضرر السرقة الصغرى يخص المالك باخذ ماله وهتك حرزهم ولهذا غلظ الحد في حق قطاع الطريق وانما أخره عن السرقة الصغرى لانها أكثر جودا منه قوله (واذا خرج جماعة) قيل ذكر لفظ الجماعة ليتناول المسلم والذمي والحربي والحر والعبد وأراد بالامتناع ان يكون قاطع الطريق بحيث يمكن له ان يدافع تعرض الغير عن نفسه بقوته وشجاعته وكلامه واضح وقوله (قتلهم حدا) أي لا يسقط القتل بعفو الاولياء ويسمى قطاع الطريق محاربين لان المال في البراري محفوظ بحفظ الله تعالى فاذا أخذوه على سبيل المغالبة كان في صورة المحارب

والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال وهى أربعة هذه الثلاثة المذكورة والرابعة نذكرها ان شاء الله تعالى ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال فاللائق تغاظ الحكم بتغاظها أما الحبس فى الاولى فلانه المراد بالنفى المذكور لانه نفى عن وجه الارض بدفع شرهم عن أهلها ويعزرون أيضا لما شرتهم منكر الاخافة وشرط القدرة على الامتناع لان المحاربة لا تتحقق الا بالمنعة والحالة الثانية كما بيناها لما تلوناه وشرط أن يكون المأخوذ مال مسلم أو ذمى لتكون العصمة مؤبدة ولهذا لو قطع الطريق على المستأمن لا يجب القطع

يثبت بالقطع على الكافر الذمى (والمراد من الآية التوزيع) أى توزيع الاجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق وبه قال الشافعى والليث واسحق وقتادة وأصحاب أحمد وقال عطاء وسعيد بن المسيب ومجاهد والحسن والضحاك والنخعى وأبو ثور وداود الامام مخير فيه على ما هو ظاهر النص مطلقا وقال مالك اذا رأى الامام القاطع جلدا ذا رأى قتله وان كان جلدا لا رأى له قطعه ولنا ما روى محمد عن أبى يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا بردة هلال بن عويمر الاسلمى فجاء أناس يريدون الاسلام فقطع عليهم أصحاب أبى بردة الطريق فنزل جبريل عليه السلام على رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحد أن من قتل وأخذ المال صلب ومن قتل ولم يأخذ قتل ومن أخذ مالا ولم يقتل قطعت يده ورجله من خلاف ومن جاء مسلما هدم الاسلام ما كان منه فى الشرك وفى رواية عطية عن ابن عباس ومن أخاف الطريق ولم يقتل ولم يأخذ المال نفى وبالنظر الى المعنى وهو أن من المقطوع به ان ما ذكر من القتل والصلب والقطع والنفى كلها أجزية على جناية القطع ومن المقطوع به ان هذه الجناية تتفاوت خفة وغلظا والعمل بالاطلاق المحض للآية يقتضى أن يجوز أن يرتب على أغلظها أخف الاجزية المذكورة وعلى أخفها أغلظ الاجزية وهذا مما يدفعه قواعد الشرع والعقل فوجب القول بتوزيع الاغلظ للاغلظ والاخف للاخف ولان فى هذا التوزيع موافقة لاصل الشرع حيث يجب القتل بالقتل والقطع بالاخذ الا أن هذا الاخذ لما كان أغلظ من أخذ السرقة حيث كان مجاهرة ومكابرة مع اشهار السلاح جعل المرة منه كالمرتين فقطع فى الاخذ مرة اليد والرجل معا من غير اشتراط كون النصاب فيه عشرين لان الغلظ فى هذه الجناية من جهة الفعل لا متعلقه ولموافقة قاعدة الشرع شرط فى قطعهم كون ما يصيب كل واحد منهم نصابا كاملا كى لا يستباح طرفه بأقل من النصاب فيخالف قاعدة الشرع ولم يشرط مالك سوى أن يكون المأخوذ نصابا فصاعدا أصاب كلا نصاب أو لا وكون المقطوع اليد اليمنى والرجل اليسرى بالاجماع كى لا يتوى نصفه وكذا الاحكام السابقة من أنه لو كانت يسراه شلاء لا تقطع يمينه وكذا رجله اليمنى لو كانت شلاء لا تقطع اليسرى ولو كان مقطوع اليد اليمنى لا تقطع له بذ وكذا الرجل اليسرى فان قلت ليس فى الاجزية الموزعة الحبس قلنا هو المراد بالنفى وذلك لان ظاهره لا يعمل به وهو النفى من الارض أى من وجه الارض لانه

السلام من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب (قوله وهى أربعة) وذكر الامام الثمرتاشى رحمه الله فالاحوال خمس احداها خوفوا الاغير وهنا عزروا أدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا والثانية أخذوا الاموال وفى هذا اذا تابوا قبل أن يؤخذوا ثم أخذوا لم يحدوا ويؤخذ منهم المال القائم وضمان الهالك ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف يعنى اليد اليمنى والرجل اليسرى وردوا المال القائم ويسقط ضمان الهالك والثالثة جرحوا الاغير وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص والارش فيما لا يجرى والاستيفاء الى صاحب الحق والرابعة أخذوا المال وجرحوا وهنا تقطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وبطل حكم الجراحات لان حكم ما دون النفس حكم الاموال فيسقطوا والخامسة أخذوا المال وقتلوا أو قتل أحدهم رجلا بسلاح أو غيره فالحق هنا للامام على ما هو المذكور فى الكتاب (قوله أما الحبس فى الاولى) أى فى الحالة الاولى وهى ما اذا أخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا فلانه المراد بالنفى المذكور فى الآية وقال الشافعى رحمه الله المراد من النفى الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان

قال المصنف (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أقول عطف على التوهم كأنه قال والمراد والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال لا التخيير لان الاجزية المذكورة فى الآية الكريمة أربعة الاحوال أيضا أربعة فالظاهر انقسام الاجزية عليها ولان الجنايات الخ

(قوله والمراد منه والله تعالى أعلم التوزيع على الاحوال) فيه اشارة الى نفى مذهب مالك أن الامام مخير بين هذه الاشياء نظرا الى ظاهر كلمة أو وقوله (وهى أربعة هذه الثلاثة المذكورة) يعنى قوله فاخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا وقوله وان أخذوا مال مسلم أو ذمى وقوله وان قتلوا ولم يأخذوا مالا والرابعة ما يذكر بعد هذا من القتل وأخذ المال وقوله (ولان الجنايات تتفاوت على الاحوال) أى على حسب الاحوال الواقعة فى قطع الطريق (فاللائق تغاظ الحكم) أى الجزاء (بتغاظ الجناية) بتفاوت الاحوال لا التخيير لانه يستلزم مقابلة الجناية الغليظة بجزاء خفيف أو بالعكس وهو خلاف مقتضى الحكمة والكلام فى هذا البحث قد قررناه فى التقرير مستوفى (قوله فلانه المراد بالنفى المذكور) يعنى عندنا فان الشافعى يقول المراد به الطلب ليهربوا من كل موضع وما قلناه أولى لان العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما يوجد له نظير فى الشرع

أولى من الاخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد الخ) قال الحسن بن زياد الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا الان التقدير بالعشرة فى موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وههنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان فى السرقة الا فى عشرين درهما وقلنا تغلظ الحد ههنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففى النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء وقوله (كى لا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم تقطع رجله اليسرى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة فانه تقطع رجله اليسرى وقوله (فالامام بالخيار) حاصله أن الامام بالخيار فى جمع العقوبتين بين قطع الايدى والارجل مع القتل أو الصلب وبين القتل أو الصلب ابتداء من غير قطع الايدى والارجل وكذلك للامام الخيار عند اختيار ترك قطع الايدى والارجل بين القتل والصلب وكان الخيار للامام فى موضعين وهذا قول أبى حنيفة وذكر فى الكتاب قول أبى يوسف معه (وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) وذكر فى عامة الروايات قول أبى يوسف معه (لانه) أى قطع الطريق (جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس دخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم) فان السارق اذا زنى وهو محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتى على ذلك كله قوله (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهو ظاهر الرواية

وشرط كمال النصاب فى حق كل واحد كى لا يستباح طرفه الا بتناوله ماله خطر والمراد قطع اليد اليمنى والرجل اليسرى كى لا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة والحالة الثالثة كما بيناها لما تلوناه (ويقتلون حدا حتى لو عفا الاولياء عنهم لا يلتفت الى عفوهم) لانه حق الشرع (و) الرابعة (اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم وان شاء صلبهم وقال محمد يقتل أو يصلب ولا يقطع) لانه جناية واحدة فلا توجب حدين ولان مادون النفس يدخل فى النفس فى باب الحد كحد السرقة والرجم ولهما

لا يتحقق مادام حيا وان حمل على بعضها وهى بلدته لا يحصل به المقصود وهو دفع أذاه عن الناس لانه اذا كان ذا منعة يقطع الطريق فيما يصير اليه من البلدة الاخرى فعملنا بمجازه وهو الحبس فانه قد يطلق عليه انه خارج من الدنيا قال صالح بن عبد القدوس فيما ذكره الشريف فى الغرر

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى
اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

ولما رأى مالك رضى الله عنه أن مجرد النفى لا يفيد فى المقصود قال يحبس فى بلدة النفى ومعلوم أن المقصود لا يتفاوت بالحبس فى بلدة النفى وغيرها فيقع تعيين بلدة النفى فى غير الفائدة المطلوبة (قوله والرابعة) أى من أنواع هذه الجناية (ما اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار ان شاء قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف وقتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم) بلا صلب وقطع (وان شاء صلبهم) أحياء ثم قتلهم وهذا قول أبى حنيفة وزفر وقال أبو يوسف رحمه الله لا بد من الصلب للنص فى الحد ولا يجوز ترك الحد كالقتل وبه قال الشافعى وأحمد أجاب بان أصل التشهير يحصل بالقتل والمبالغة بالصلب ولم ينقل انه صلى الله عليه وسلم صلب العرنيين ولا غيره صلب أحدا مع أن ظاهر النص لا يحتم الصلب فان قوله أن يقتلوا أو يصلبوا انما يفيد أن يقتلوا بلا صلب أو يصلبوا بلا قتل لكن يقتل بعد الصلب مصلوبا بالاجماع وقال محمد لا يقطع ولكن يقتل أو يصلب وفى عامة الروايات من المبسوط وشروح الجامع الصغير ذكر أبى يوسف مع محمد وبه قال مالك ان كان القاطع ذا رأى والشافعى وأحمد مع أبى يوسف فى أنه لا بد من الصلب ومع محمد فى أنه لا يقطع (وجه قولهم انه جناية واحدة) هى جناية قطع الطريق (فلا توجب حدين ولان مادون النفس فى باب الحد يدخل فى النفس كحد السرقة والرجم) اذا اجتمعا بان سرق المحصن ثم زنى فانه يرجم ولا يقطع اتفاقا (ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف وهذا على

العقوبة بالحبس مشروعة والاخذ بما لا نظير له نظير فى الشرع أولى من الاخذ بما لا نظير له (قوله وشرط كمال النصاب) وقال مالك رحمه الله المعتبر أن يكون المأخوذ فى نفسه نصابا كاملا سواء أخذه الواحد أو الجماعة وهكذا مذهبنا فى السرقة الصغرى وقال الحسن بن زياد رحمه الله الشرط أن يكون نصيب كل واحد منهم عشرين درهما فصاعدا الان التقدير بالعشرة فى موضع كان المستحق باخذها عضوا واحدا وهنا المستحق عضوان ولا يقطع عضوان فى السرقة الا باعتبار عشرين درهما ولكنا نقول بغلاظ الحد هنا باعتبار تغلظ فعلهم باعتبار المحاربة وقطع الطريق لا باعتبار كثرة المال المأخوذ ففى النصاب هذا الحد وحد السرقة سواء (قوله كى لا يؤدى الى تفويت جنس المنفعة) حتى اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة لم يقطع رجله اليمنى وأما اذا كانت يده اليمنى مقطوعة يقطع رجله اليسرى كذا ذكره الامام الترنباشى رحمة الله تعالى عليه (قوله وقال محمد رحمة الله تعالى عليه يقتل أو يصلب) وفى عامة الروايات قول أبى يوسف مثل قول محمد رحمهما الله (قوله لانه جناية واحدة) وهى قطع المارة عن الطريق (قوله كحد السرقة والرجم) يعنى أن السارق اذا زنى وهو

قال المصنف (و يقتلون حدا) أقول وفى فتاوى قاضيخان أنهم يقتلون قصاصا فبينهما ما لا يخفى من المخالفة قال المصنف (والرابعة اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام بالخيار) أقول فيه أن هذا التخيير مناف لما ذكره آنفا أن المراد التوزيع على الاحوال فليتأمل فى التوفيق

أن هذه عقوبة واحدة تغلظت لتغلظ سببها وهو تفويت الامن على التناهي بالقتل وأخذ المال ولهذا كان قطع اليد والرجل معا في الكبرى حدا واحدا وان كانا في الصغرى حدين والتداخل في الحدود لا في حد واحد ثم ذكر في الكتاب التخيير بين الصلب وتركه وهو ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود التشهير ليعتبر به غيره ونحن نقول أصل التشهير بالقتل والمبالغة بالصلب فيخير فيه ثم قال (ويصلب حيا ويمعج بطعنه برمح الى أن يموت) ومثله عن الكرخي وعن الطحاوي انه يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة وجه الاول وهو الاصح أن الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع وهو المقصود به قال (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام) لانه يتغير بعدها فيتاذى الناس به وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرناه والنهاية غير مطلوبة

(والتداخل في الحدود لا في حد واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل لو كان حدا واحدا لما جاز للامام أن يدع القطع كما يجزله أن يترك بعض الجلدات أجيب بان ولاية ترك القطع ليس بطريق التداخل بل لان مراعاة الترتيب ليست بواجبة عليه في أجزاء حد واحد وكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده كما اذا ضرب الزاني خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته والبعج الشق من حد منع قوله (وعن الكرخي مثله) أي مثل ما نقل عن أبي يوسف انه قال يصلب وهو حي ويطعن بالرمح حتى يموت وقوله (توقيا عن المثلة) لانهم منهي عنها نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن المثلة ولو بالكلب العقور وقوله (بما ذكرنا) أي بالصلب ثلاثة أيام قال

(قوله أي مثل ما نقل عن أبي يوسف) أقول فيه بحث فان المراد مثل ما قال القدوري

اعتبار أبي يوسف مع أبي حنيفة لا مع محمد (أن هذه) الجناية وان كانت واحدة باعتبار انه قطع الطريق فهذا المجموع من القطع والقتل أيضا (عقوبة واحدة وانما تغلظت لتغلظ سببها) حيث بلغ النهاية في تفويت الامن (حيث فوت الامن على المال والنفس بالقتل وأخذ المال) وكونها أمورا متعددة لا يستلزم تعدد الحدود في قطع الطريق ألا ترى ان قطع اليد والرجل فيهما حد واحد وهو في الصغرى حدان ولان مقتضى التوزيع الذي لزم اعتباره ان يتعين القطع ثم القتل لان التوزيع أدى الى أن من أخذ المال قطع وهذا قد أخذه فيقطع وأن من قتل يقتل أو يصلب وهذا قتل فيجب أن يجمع له بين القطع والقتل الا أن ذلك كان فيما اذا فعل ذلك على الانفراد فاما على الاجتماع فجاز أن يؤخذ حكمه من الانفراد فجاز ذلك للامام وما ذكر من دخول مادون النفس في النفس هو ما اذا كانا حدين أحدهما غير النفس والآخر النفس أما اذا كان ذلك حدا واحدا فلا بد من اقامته فهي أجزاء حد واحد غير أنه ان بدأ بالجزء الذي لا تتلف به النفس فعل الآخر وان بدأ بما تتلف به لا يفعل الآخر لانتفاء الفائدة وهو الضرب بعد الموت (قوله ثم قال) أي القدوري فيما اذا اختار الامام صلبه أو ما اذا قلنا بلزومه على قول أبي يوسف انه (يصلب حيا ويمعج بطعنه برمح الى أن يموت ومثله عن الكرخي وجه قوله وهو الاصح ان الصلب على هذا الوجه أبلغ في الردع) ولان المقصود الزجر وهو بما يحصل في الحياة لا بما بعد الموت الا أن يقال النص دل على ذلك فانه قال أن يقتلوا أو يصلبوا فلزم كون الصلب بلا قتل لانه معاند له بحرف العناد فلا يتصادق معه والقتل الذي يعرض بعد الصلب ليس في اللفظ (وعن الطحاوي يقتل ثم يصلب توقيا عن المثلة) فانها نسخت من لدن العرنيين على ما عرف لا يقال وجه الاول وهو الاصح لا يخفى انه لا يكافئ وجه الطحاوي لانا نقول الحاصل ليس غير صلب وقتل بطعن الرمح والثاني هو المعتاد بينهم لان عادتهم القتل به فليس مثلة عندهم كما هو في جدع الاذنين وقطع الانف وسمر العينين فان كان هنا لك مثلة فالصلب ليس غير وهو مقطوع بشرعيته فتكون هذه المثلة الخاصة مستثناة من المنسوخ قطعا لا يحتمل الشك ثم يخلى بينه وبين أهله يدفنونه وعلمت في كتاب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق (ولا يصلب أكثر من ثلاثة أيام لانه يتغير بعدها فيتاذى به الناس وعن أبي يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع فيسقط ليعتبر به غيره قلنا حصل الاعتبار بما ذكرنا والنهاية غير لازمة) من النص وكونه أمر بالصلب لا يقتضي الدوام بل بمقدار متعارف لابلاء الاعذار كما في مهلة المرتد وغيره كما في مدة الخيار (قوله

محصن فانه يرجم لا غير لان القتل يأتي على ذلك كله (قوله والتداخل في الحدود لا في حد واحد) ألا ترى أن الجلدات في الزنا لا تتداخل فان قيل هذا فاسد لان للامام أن يقتله ويدع القطع وعلى هذا التعليل ليس له ولاية ترك القطع كما ليس له ولاية ترك بعض الجلدات قلنا ولاية ترك القطع لا بطريق التداخل بل لانه ليس عليه مراعاة الترتيب في اجزاء حد واحد فكان له أن يبدأ بالقتل لذلك ثم اذا قتله فلا فائدة في اشتغاله بالقطع بعده فلا يشتغل كالزاني اذا ضرب خمسين جلدة فمات فانه يترك ما بقي لانه لا فائدة في اقامته كذا في المبسوط

(واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه) اذا قتل قاطع الطريق فلا ضمان عليه فى مال أخذه كالو سرق فقطع يده وكلامه واضح وقوله (انحازوا اليهم) أى انضموا وقوله (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) جعله الامام التمرتاشى حالة خامسة من أحوال قطاع الطريق والمصنف لم يذكرها فى الاجمال بل قال هى أربعة لان مراد المصنف الاحوال التى تدل عليها الاجزية المذكورة فى النص حدا وهى أربعة كما ذكره قوله (سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) بناء على أن ما دون النفس يجرى مجرى الاموال فكان سقوط العصمة فى حق المال سقوط العصمة فى حق الجرح لان موجب الارش هو المال لانه لو لم يسقط لصارت شبهة فى وجوب القطع اذ الجناية واحدة وهى قطع الطريق فاذا ظهر حق العبد علم أن حق الله ليس بموجود فيه وقد ظهر حق الله حيث وجب القطع وقوله (فان شاء الاولياء قتلوه) يعنى قصاصا وقوله (للاستثناء المذكور فى النص) يريد به قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم الآية واعترض بان قوله الا الذين تابوا ههنا نظيره وأولئك هم الفاسقون الا الذين تابوا قيل هو استثناء من قوله ولهم فى الآخرة عذاب عظيم اذ كل منهما جملتان كاملتان عطفتا على جملتين كاملتين وأجيب بان قوله وأولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء وقد قررناه فى التقرير بخلاف قوله ولهم فى الآخرة عذاب عظيم واعترض أيضا بان التوبة متوقفة على أداء المال أولا فان كان الثانى لا يستقيم التعليل بقوله ولان التوبة تتوقف على رد المال وان كان الاول كان الوجه الثانى داخلا فى الوجه الاول فلا يكون علة مستقلة اذ لا يصح أن يكون الشئ الواحد جزء علة وعلة مستقلة بالنسبة الى حكم واحد وأجيب بان بعض المشايخ ذهبوا الى أن الحد يسقط بنفس التوبة وهى الاقلاع فى الحال والاجتناب فى المآل والندم على ما مضى والعزم على أن لا يعود اليه أبدا ولم يجعلوا التوبة بهذا المعنى موقوفة على رد المال وذهب بعضهم الى أن الحد لا يسقط ما لم يرد المال فجعلوا الرد من تمامها فالمصنف جمع بين قولى المشايخ من هذا الطريق ذكر الاختلاف الامام المحقق فخر الاسلام فى مبسوطه

قال (واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) اعتبارا بالسرقة الصغرى وقد بيناه (فان باشر القتل أحدهم أجرى الحد عليهم باجمعهم) لانه جزاء المحاربة وهى تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا زالت أقدامهم انحازوا اليهم وانما الشرط القتل من واحد منهم وقد تحقق قال (والقتل وان كان بعصا أو بحجر أو بسيف فهو سواء) لانه يقع قطعا للطريق بقطع المارة (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح اقتص منه فيما فيه القصاص وأخذ الارش منه فيما فيه الارش وذلك الى الاولياء) لانه لا حد فى هذه الجناية فظهر حق العبد وهو ما ذكرناه فيستوفيه الولى (وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله وبطلت الجراحات) لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال (وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان الحد فى هذه الجناية لا يقام بعد التوبة

واذا قتل القاطع فلا ضمان عليه فى مال أخذه) لما بينا فى السرقة الصغرى من سقوط عصمته بالقطع (قوله وان باشر القتل أحدهم) أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا معه ولم يعينوه (أجرى الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا (لان القتل جزاء المحاربة) التى فيها قتل بالنص مع التوزيع (والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا انهزموا وانحازوا اليهم) وقد تحققت المحاربة مع القتل فيشمل الجزاء الكل وهو قول مالك وأحمد خلافا للشافعى قلنا انه حكم تعلق بالمحاربة فيستوى فيه المباشرة والردء كالغنيمة ولا فرق بين كون القتل بسيف أو عصا أو حجر فى قتل الكل وان لم يوجب أبو حنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فلا يستدعى المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر (وان لم يقتل القاطع ولم يأخذ مالا وقد جرح) فما كان من جراحة يجرى فيها القصاص (اقتص وما كان لا يجرى فيه ذلك لزمه الارش) ويعرف ما يقتص به وما لا يقتص فى الجنايات ان شاء الله رب العالمين وهذا (لانه لا حد فى هذه الجناية) من قطع أو قتل (فظهر حق العبد فيستوفيه الولى وان أخذ مالا ثم جرح قطعت يده ورجله) من خلاف (وبطلت الجراحات لانه لما وجب الحد حقا لله سقطت عصمة النفس) أى ما حل بها من تفريق اتصال الجسم بالجراحات (حقا للعبد كما تسقط عصمة المال) ولذا تبطل الجراحات اذا قتل فقتل حدا لان الحد والضمان لا يجتمعان (قوله وان أخذ بعد ما تاب) سقط الحد عنه بلا خلاف بالنص قال تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فان كان قد قتل (فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) لان هذا القتل قصاص

(قوله وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه) وكذلك ان أخذ قبل التوبة وقد قتلوا أو جرحوا عمدا ولكن ما أخذوا من الاموال شئ تافه أولا يصيب كل واحد منهم نصاب فالامر فى القصاص فى النفس وغيرها الى الاولياء فان شاؤا استوفوا وان شاؤا عفوا وقد طعن عيسى رحمه الله فى هذه المسئلة وقال يقتلهم الامام حدا لانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيأ من المال قتلهم الامام حدا لا قصاصا وهذا لان ما

قال المصنف (وانما الشرط القتل من واحد منهم) أقول لعل فيه تسامحا والمراد ظاهر أى من واحد منهم لا أقل (قوله لان موجب الارش) أقول الظاهر أن يقال موجب الجرح (قوله وان كان الاول الخ) أقول لنا أن نختار الاول ونمنع قوله كون الوجه الثانى داخلا الخ فان الداخل فيه هى المقدمة الاولى فقط فان تقرير الوجه الثانى أن التوبة تكون برد المال واذا رد المال فلا خصومة فلا قطع كما ذكره على أن توقفها على رد

للاستثناء المذكور في النص ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله فظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو ويجب الضمان اذا هلك في يده أو استهلكه

فصح العفو عنه والصلح به وحينئذ لا بد أن يكون قتل بحديد ونحوه لان القصاص لا يجب الا به ونحوه عند أبي حنيفة وكذا اذا كان أخذ المال ثم تاب فان صاحبه ان شاء تركه وان شاء ضمنه ان كان هالكا ويأخذه ان كان قائما لانه لا يقطع بعد التوبة لسقوط الحد (فظهر حق العبد في ماله كما في النفس) وفي المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لتنقطع به خصومة صاحبه ولو تاب ولم يرد المال لم يفده كما في الكتاب واختلفوا فيه فقيل لا يسقط الحد كسائر الحدود لا تسقط بالتوبة وقيل يسقط أشار اليه محمد في الاصل لان التوبة تسقط الحد في السرقة الكبرى بخصوصها الاستثناء في النص فلا يصح قياسها على باقي الحدود مع معارضة النص وسائر الحدود لا تسقط بالتوبة عندنا وبه قال مالك وأحمد في رواية والشافعي في قول وعنهما تسقط لقوله تعالى واللذان يأتيانها منكم فآذوهما فان تابا وأصلحا فاعرضوا عنهما ونحن نقطع بان رجم ماعز والغامدية كان بعد توبتهما والآية منسوخة انما كان ذلك في أول الامر واذا عرف هذا فقول المصنف ولان التوبة تتوقف على رد المال ولا قطع في مثله شبه التناقض لانها اذا توقفت على رد المال فاخذ القاطع قبل الرد أخذ قبل التوبة والاخذ قبل التوبة بعد أخذ المال فيه الحد بقطع اليد والرجل أجيب بفرض المسئلة فيما اذا رد بعضه فانه علامة توبته فيكون ذلك شبهة في سقوط الحد فيجب الضمان لو هلك الباقي أو استهلكه ومثل مالو أخذوا بعد التوبة في سقوط الحد والرجوع الى القصاص وتصرف الاولياء فيه وفي المال مالو أخذوا قبل التوبة وقد قتلوا ولكن أخذوا من المال قليلا لا يصيب كلا نصاب فان الامر في القتل والجرح الى الاولياء ان شاؤا قتلوا قصاصا وان شاؤا عفوا وقال عيسى يقتلهم الامام حد الانهم لو قتلوا ولم يأخذوا شيأ من المال قتلهم حد الا قصاصا وهذا الان مادون النصاب كالعدم ولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال فلا يسقط الحد والاصح ماذكر في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ماهو المقصود وهم يقصدون بالقطع أخذ المال وقتلهم ليس الا ليصلوا اليه فاذا تركوا أخذ المال عرفنا أن قصدهم القتل لا القطع لان القطع ليس

دون النصاب لما لم يتعلق به حكم كان وجوده كعدمه أولانه تتغلظ جنايتهم باخذ شئ من المال وما تتغلظ به الجناية لا يكون مسقطا ولكن ماقلناه أصح وهو المذكور في الكتاب لان وجوب الحد عليهم باعتبار ما هو المقصود والظاهر أنهم يقصدون بقطع الطريق أخذ المال وانما يقدمون على القتل ليتمكنوا من أخذ المال واذا لم يأخذوا عرفنا أن مقصودهم لم يكن المال وانما كان القتل فاوجبنا عليهم الحد قتلا بالقتل الموجود منهم فاما اذا أخذوا الاموال عرفنا أن مقصودهم كان أخذ المال وان اقدامهم على القتل كان للتمكن من أخذ المال فباعتبار ماهو المقصود لا يمكن ايجاب الحد عليهم اذا كان ما يصيب كل واحد منهم مادون النصاب كذا في المبسوط وعد هذه المسئلة من أعجب المسائل وأمر بحفظها لكونها أعجب من حيث أن ازدياد الجناية باخذ مادون النصاب مع القتل أورث في حقه خفة في فعله حيث جعل للعفو مجالا بخلاف مالو لم يأخذ شيأ وقيل ليس للعفو فيه مجال بل يقتل حدا (قوله للاستثناء المذكور) فان قيل لم ينصرف الاستثناء الى الجملة الاخيرة كما في آية القذف فما وجه الفرق قلنا لان قوله أولئك هم الفاسقون لا يصلح جزاء بل هي حكاية حال قائمة فصارت هذه الجملة فاصلة بين الجزاء والاستثناء فيصير الاستثناء على هذه الجملة وهنا العذاب العظيم في الآخرة جزاء فعله كالذي تقدم فالتحق الاستثناء بالكل (قوله ولان التوبة تتوقف على رد المال) ليقطع به خصومة رب المال فان الامام لا يقيم الحد الا بخصومة صاحب المال في ماله وقد انقطعت خصومته لوصول المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد (قوله ويجب الضمان اذا هلك في يده أو استهلكه) فان قيل ان التوبة لما توقفت على رد المال فكيف يقال بوجوب الضمان اذا هلك في يده وأنه يوجب الحد قلنا الكلام فيما اذا تاب وقد رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض أو هلك في يده حيث تصح توبته

وقوله (ولا قطع في مثله) أي في مثل ما اذا رد المال الى المالك لان الخصومة تنقطع برد المال اليه وهي شرط لوجوب القطع وقوله (فظهر حق العبد) يعني لما انتفى حق الشرع وهو القطع بانتفاء شرطه وهو الخصومة برد المال (ظهر حق العبد في النفس والمال حتى يستوفي الولي القصاص أو يعفو) وقوله (ويجب الضمان) معطوف على قوله حتى يستوفي ولي القصاص

نفس الامر أمر وملاحظته أمر آخر ولا يستلزم الاول الثاني وهذا كلام اجمالي والعاقل يكفيه الاشارة

واعترض بان وجوب الضمان لسقوط الحد وسقوط الحد بالتوبة والتوبة تتوقف على رد المال عند بعض المشايخ فكيف يتصور الهلاك أو الاستهلاك بعد الرد الى المالك وأجيب بانا نفرض المسئلة فيما اذا تاب و رد بعض المال بان رد مال بعض المقطوع عليهم الطريق واستهلك مال البعض الآخر أو هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا انما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك فاما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالخاطئ) مع العامد يعني اذا رمى بسهم الى انسان عمدا ورماه آخر خطا وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطئ شبهة في حق العامد وقوله (فقد قيل تاويله) ذهب أبو بكر الرازي الى أن المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

(وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر وعن أبي يوسف انه لو باشر العقلاء يحد الباقون وعلى هذا السرقة الصغرى له أن المباشر أصل والردء تابع ولا خلل في مباشرة العاقل ولا اعتبار بالخلل في التبع وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم ولهما أنه جناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وبه لا يثبت الحكم فصار كالخاطئ مع العامد وأما ذو الرحم المحرم فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

(قوله واعترض بان وجوب الضمان الخ) أقول المعترض هو السكاكي والاتقاني (قوله وأجيب بانا نفرض المسئلة الخ) أقول المجيب هو السكاكي والاتقاني (قال المصنف قول أبي حنيفة وزفرا) قول أي قوليهما قولا واحدا فلا غبار في قوله وعن أبي يوسف قال المصنف (لو باشر العقلاء) أقول أطلق العقلاء ليدل على الكمال فالمراد العقلاء البالغون

ويجب الضمان وفي معالي الاخبار للكلاباذي رحمه الله أن من أخذ مال الغير لغرض وأتلف البعض ثم ندم على ذلك الصنع و رد ما بقي على عزم تدارك ما فات يكون تائبا وذكر في الاصل أن رد المال منهم للتوبة فيكون نفس التوبة شبهة في درء الحد فظهر حق العبد في العفو والتضمين (قوله لو باشر العقلاء يحد الباقون) أي الباقون من الذين لم يباشر والقتل من العقلاء البالغين (قوله وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) أي اذا باشر الصبي والمجنون يسقط الحد لان الخلل ههنا في الاصل وهو المباشر (قوله فصار كالخاطئ مع العامد) أي اذا اشتركا في القتل فانه لا يجب القود (قوله فقد قيل تاويله اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم) قال أبو بكر الرازي رحمه الله المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفي قطاع الطريق واستهلاك مال البعض الآخر أو هلك في يده حيث تصح توبته ويجب الضمان وأقول هذا انما يتم أن لو كانت التوبة متوقفة على رد المال في الجملة عند القائلين بذلك فاما اذا كانت متوقفة على رد جميع الاموال فلا يتم ويجوز أن يقال هذا الوضع انما هو على قول البعض الآخر من المشايخ وقوله (وفي عكسه ينعكس المعنى والحكم) يعني اذا باشر غير العقلاء صار الخلل في الاصل وله الاعتبار فلا يجب الحد على الكل وقوله (فصار كالخاطئ) مع العامد يعني اذا رمى بسهم الى انسان عمدا ورماه آخر خطا وأصابه السهمان معا ومات منهما فلا يجب القصاص على العامد لان الفعل واحد فيكون فعل الخاطئ شبهة في حق العامد وقوله (فقد قيل تاويله) ذهب أبو بكر الرازي الى أن المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم

الا المال فيقتص منهم ان شاء الولي وتجري فيه أحكام القصاص (قوله وان كان من القطاع صبي أو مجنون أو ذو رحم محرم من المقطوع عليه سقط الحد عن الباقين) فتظهر أحكام القصاص وتضمين المال والجراحات وفي المبسوط تابوا وفيهم عبد قطع يد حر دفعه مولاه أو فداه كما لو فعله في غير قطع الطريق وهذا لانه لا قصاص بين العبيد والاحرار فيما دون النفس فيبقى حكم الدفع والفداء فان كانت فيهم امرأة فعلت ذلك فعليها دية اليد في مالها لانه لا قصاص بين الرجال والنساء في الاطراف والواقع منها عمد لا تعقله العاقلة قال المصنف (فالمذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله وعن أبي يوسف أنه لو باشر العقلاء) الاخذ والقتل (يحد الباقون) وان باشر ذلك الصبي والمجنون فلا حد على الباقين قيل كان الوجه أن يقول وقال أبو يوسف بعد أن قال المذكور في الصبي والمجنون قول أبي حنيفة وزفر أو يقول المذكور ظاهر الرواية عن أصحابنا وعن أبي يوسف كما قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وغيره ولم يذكر قول محمد واكتفى بقوله العقلاء عن البالغين فان العقلاء مما يقال في مقابلة الصبيان والمجانين (وعلى هذا السرقة الصغرى) ان ولي المجنون أو الصبي اخراج المتاع سقط الحد عن الكل وان ولي غيرهما قطعوا لان الصبي والمجنون وقالت الائمة الثلاثة وأكثر أهل العلم لا يسقط الحد عن غير الصبي والمجنون وذي الرحم لانها شبهة اختص بها واحد فلا يسقط الحد عن الباقين (لابي يوسف أن المباشر أصل والردء تابع ففي مباشرة العاقل الخلل في التبع ولا عبرة به بعد أن لا خلل في الاصل) فيحد الباقون (وفي عكسه) وهو أن يباشر الصبي والمجنون (ينعكس المعنى) وهو السقوط عن الاصل فان السقوط حينئذ في التبع فينعكس الحكم وهو حد الباقين فلا يحدون (ولهما) أي لابي حنيفة ومحمد رحمهما الله (أن قطع الطريق جناية واحدة) لان الموجود من الكل يسمى جناية قطع الطريق غير أنها لا تتحقق في الغالب الا بجماعة فكان الصادر من الكثير جناية واحدة (قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا) للحد لشبهة أو عدم تكليف لا يوجب في حق الباقين لان (فعل الباقين) حينئذ (بعض العلة و) ببعض العلة (لا يثبت الحكم وصار كالخاطئ مع العامد) اذا اجتمعا في قتل معصوم الدم يسقط القصاص عن العامد (وأما ذو الرحم المحرم فقيل تاويله) أي تاويل سقوط الحد عن الكل (أن يكون المال مشتركا بين المقطوع عليهم) وفي القطاع ذو رحم محرم من أحدهم

وفى قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم فانه لايجب الحد على الباقين لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع عن أحدهم بسبب القرابة امتنع عن الباقين وأما اذا كان لكل واحد منهم مال مفرد فالحد يجرى عليهم لان الاخذ من كل واحد منهم لا تعلق له بغيره كما لو سرق وامن حرز ذى الرحم المحرم من أحدهم مالا

ومن حرز أجنبى مالا آخر بخلاف ما اذا سرق وامن حرز ذى الرحم المحرم ماله ومال غيره

لان الشبهة ثمة فى الحرز ولا معتبر بالحرز فى قطع الطريق فكل واحد حافظ لماله (والاصح انه مطلق) أى ليس بمقيد بكون المال مشتركا (لان الجناية واحدة على ماذكرناه) لابى حنيفة وزفر (فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين) بخلاف السرقة من حرز ثم من حرز آخر لان كل واحد من الفعلين ينفصل عن الآخر حقيقة وحكما وقوله (بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن) جواب سؤال تقديره قطع الطريق على المستامن لايوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا فى القافلة يسقط الحد فينبغى أن يسقط وجود المستامن فيهم أيضا وتقرير الجواب أن الامتناع فى حق المستامن لخلل فى العصمة (وهو) أى الخلل (يخص المستامن) فلا يصير شبهة لان الشبهة فى غير الحرز لا تؤثر فى الذى لا شبهة فيه كما اذا سرق الخمر وعشرة دراهم وأما وجود ذى الرحم المحرم من قطاع الطريق فيورث شبهة فى الحرز لان القافلة بمنزلة بيت واحد فكان هذا كتغريب سرق مال القريب ومال الاجنبى من بيت القريب فانه لا يقطع لشبهة تمكنت فى الحرز

(ومن

ولاصح أنه مطلق لان الجناية واحدة على ماذكرناه فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستامن لان الامتناع فى حقه لخلل فى العصمة وهو يخصه أما هنا الامتناع لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء) لظهور حق العبد على ماذكرناه (فان شاؤا قتلوا وان شاؤا عفوا واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد) لان الحرز واحد فصارت القافلة كدار واحدة

فلا يجب الحد على الباقين باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم وتصير شبهة فى نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع فى حق أحدهم بسبب القرابة يمتنع فى حق الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا فان لم يأخذوا المال الا من ذى الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المأخوذ من ذلك الغير (والاصح أنه يجرى على الاطلاق) وأنهم لا يحدون بكل حال لان مال جميع القافلة فى حق قطاع الطرق كشئ واحد لانه حرز بحرز واحد وهو القافلة (والجناية واحدة) وهى قطع الطريق (فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين) بخلاف السرقة من حرزين لان كل واحد من الفعلين هناك منفصل عن الآخر حقيقة وحكما واذا كان فى المقطوع عليهم شريك مغاوض لبعض القطاع لا يحدون كذى الرحم المحرم (قوله بخلاف ما اذا كان فيهم) أى فى المقطوع عليهم وهو القافلة (مستامن) جواب عن مقدر هو أن القطع على المستامن وحده لا يوجب حد القطع كما على ذى الرحم المحرم ثم عند اختلاط ذى الرحم القاطع مع غيره من القافلة صار شبهة فى الحد فكذا يجب عند اختلاط المستامن كذلك وليس كذلك بل يقام الحد عليهم أجاب بان (الامتناع فى حق المستامن انما كان لخلل فى عصمة نفسه وماله وهو أمر يخصه أما هنا الامتناع لخلل فى الحرز والقافلة حرز واحد) فيصير كان القريب سرق مال القريب وغير القريب من بيت القريب (واذا سقط الحد صار القتل الى الاولياء ان شاؤا عفوا وان شاؤا اقتصوا) ويجرى الحال فى المال على ماذكر من قريب ولو لم يقع القتل والاخذ الا فى المستامنين لا حد عليهم ولكن يضمنون أموال المستامنين لثبوت عصمة أموالهم للحال وان لم يكن معصوما على التابيد والله تعالى أعلم (قوله واذا قطع بعض القافلة الطريق على البعض لم يجب الحد لان الحرز واحد) وهو القافلة فصار كسارق سرق متاع غيره وهو معه فى دار واحدة فلا يجب الحد واذا لم يجب الحد وجب القصاص فى النفس ان قتل عمدا بحديدة أو بمثقل عندهما ورد المال ان أخذه وهو قائم وضمانه ان هلك أو استهلكه

الطريق ذو رحم محرم من أحدهم حتى لا يجب باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم فيصير شبهة فى نصيب الباقين فاما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذى الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبى والصحيح أنه يجرى على اطلاقه لان مال جميع القافلة فى حق قطاع الطريق كشئ واحد لانهم قصدوا أخذ ذلك كله بفعل واحد فاذا تمكنت الشبهة فى بعض ذلك المال فى حقهم فهو كتمكن الشبهة فى جميعه (قوله على ماذكرناه) اشارة الى قوله أنه جناية واحدة قامت بالكل (قوله فيهم) أى فى المقطوع عليهم (قوله لخلل فى العصمة) وهو يخصه نظيره لو سرق مال المسلم مع مال المستامن من بيت يسكنان فيه يجب القطع على السارق لوجود تمام السرقة وهو أخذ مال معصوم من الحرز وسقوط العصمة فى حق المستامن لا يخل بالسرقة لانه يختص به فكذا هنا (قوله أما هنا الامتناع) لخلل فى الحرز) كدار يسكنها أخو السارق وأجنبى فسرق مال الاجنبى لا يقطع لما أن الخلل فى الحرز فكذا هنا (قوله

(قوله ذى الرحم المحرم من أحدهم) أقول ذى رحم من أحد السراق قال المصنف (فصارت القافلة كدار واحدة) أقول الاولى كبيت واحد لانه قد يكون فى الدار الواحدة مقاصير كما سبق

(ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة فليس بقاطع الطريق) استحسانا وفي القياس يكون قاطع الطريق وهو قول الشافعي لوجوده حقيقة وعن أبي يوسف أنه يجب الحد اذا كان خارج المصر وان كان بقربه لانه لا يلحقه الغوث وعنه ان قاتلوا نهارا بالسلاح أو ليلا به أو بالخشب فهم قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث والغوث يبطئ بالليالي ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وبقربه منه لان الظاهر لحوق الغوث الا انهم يؤخذون برد المال ايصالا للحق الى المستحق ويؤدبون ويحبسون لارتكابهم الجناية ولو قتلوا فالامر فيه الى الاولياء لما بينا (ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي

وقوله (ومن قطع الطريق) ظاهر وقوله (ولا يتحقق ذلك في المصر وبقربه) قدر البعد بين المصرين وبين القطاع مسيرة سفر في ظاهر الرواية وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لظهور حق العبد وقوله (ومن خنق رجلا بالتخفيف من خنقه اذا عصر حلقه والخناق فاعله ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالسكون كذا عن الفارابي

(قوله ومن قطع الطريق ليلا أو نهارا في المصر أو بين الكوفة والحيرة) وهي منزل النعمان بن المنذر قريب من الكوفة بحيث يتصل عمران احداهما بالاخرى (فليس بقاطع الطريق استحسانا) وكذا بين القريتين وحد بعضهم امكان القطع أن يكون في قرية بينها وبين المصر مسيرة سفر في ظاهر الرواية (وفي القياس) أن (يكون قاطعا وهو قول الشافعي) فان في وجيزهم من أخذ في البلد مالا مغالبة فهو قاطع طريق (وعن أبي يوسف أنه اذا كان خارج المصر ولو بقرب منه يجب الحد لانه لا يلحقه الغوث) لانه محارب بل مجاهرته هنا أغلظ من مجاهرته في المغازة ولا تفصيل في النص في مكان القطع وعن مالك كل من أخذ المال على وجه لا يمكن لصاحبه الاستغاثة فهو محارب وعنه لا محاربة الا على قدر ثلاثة أميال من العمران ونوقف أحمد مرة وأكثر أصحابه أن يكون بموضع لا يلحقه الغوث (وعن أبي يوسف في رواية أخرى ان قصده بالسلاح نهارا في المصر فهو قاطع وان كان بغيره من الخشب ونحوه فليس بقاطع وفي الليل يكون قاطعا بالخشب والحجر (لان السلاح لا يلبث) فيتحقق القطع قبل الغوث (والغوث يبطئ بالليالي) فيتحقق بالسلاح وفي شرح الطحاوي الفتوى على قول أبي يوسف قال المصنف (ونحن نقول ان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك في المصر وما يقرب منه لان الظاهر لحوق الغوث) وأنت تعلم ان الحد المذكور في الآية لم ينط بمسمى قطع الطريق وانما هو اسم بين الناس وانما أنيط بمحاربة عباد الله على ما ذكرنا من تقدير المضاف وذلك يتحقق في المصر وخارجه ثم هذا الدليل المذكور لا يفيد تعيين مسيرة ثلاثة أيام بين المصر والقاطع ولا شك في أن ليس لحوق الغوث في ذلك المقدار ظاهرا وهو ما عال به للظاهر واذا قلنا انهم ليسوا قطاعا فسبيلهم أن يضربوا ويحبسوا وان قتلوا لزم القصاص وأحكامنوان أخذوا مالا ضمنوه اذا أتلفوه وعلى تقدير أنهم قطاع ان اقتلوا قتلوا حدا فلا يقبل عفو الاولياء فيهم ثم لا يضمنون على ما سمعت وقوله (لما بينا) أي من قوله لظهور حق العبد عند اندفاع الحد (قوله ومن خنق رجلا حتى قتله لزمته الدية على عاقلته عند أبي

لان الظاهر لحوق الغوث) أي من الامام والناس فلا يمتنع التطرق فلا يتحقق القطع ولان السبب محاربة الله تعالى وهي انما تتحقق في المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيها فيصير في حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن يتعرض له يكون محاربا لله تعالى فاما في المصر وفيما بين القرى فيلحقه الغوث من السلطان والناس وهو يعتمد عليهما فيتمكن التقصان في فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال بعض المتأخرين ان أبا حنيفة رحمه الله أجاب بذلك بناء على عادة أهل زمانه فان الناس في المصر وفيما بين القرى كانوا يحملون السلاح مع أنفسهم فيتحقق بذلك دفع قاصد قطع الطريق ولو تحقق يكون نادرا فلا يبنى الحكم عليه وكذا يندر بين الجيرة والكوفة لاتصال عمران أحد الموضعين بالموضع الآخر فاما الآن فقد صار كالبرية وتركوا عادة حمل السلاح في الامصار فيتحقق قطع الطريق في الامصار وفيما بين القرى وعن أبي يوسف رحمه الله في المصر وفيما بين القرى ان قطعوا بالسلاح حدوا وان قطعوا بالحجر أو بخشب نهارا لا حدوا لان السلاح لا يلبث فلا يلحقه الغوث وأما الخشب والحجر فيلبث فيدركه الغوث وقيل الغوث بالليالي فالامران فيها على التساوي (قوله لما بينا) اشارة الى قوله قبله لانه لا حد في هذه الجناية فظهر حق العبد (قوله ومن خنق) بالتخفيف والله تعالى أعلم بالصواب

حنيفة) وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبين في باب الديات ان شاء الله تعالى (وان خنق في المصر غير مرة قتل به) لانه صار ساعيا في الارض بالفساد فيدفع شره بالقتل والله تعالى أعلم

حنيفة وهي مسئلة القتل بالمثقل وسنبينه ان شاء الله تعالى في الديات) وظاهر أنها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصورا يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك (فان خنق غير مرة قتل) الآن لانه ظهر قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف افضاؤه الى القتل ثم صار يعتمده (ولانه صار ساعيا في الارض بالفساد) وكل من كان كذلك (يدفع شره بالقتل) *(فروع)* نص في الاصل على أن العبد والمرأة في حكم قطع الطريق كغيرهما أما العبد فظاهر وأما المرأة فذكر هنا في السرقة الكبرى في ظاهر الرواية وهو اختيار الطحاوي لان الواجب قطع وقتل وهي كالرجل في جريان كل منهما عليها عند تحقق السبب منها وذكر الكرخي أن حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست محاربة كالصبي ألا ترى أنها في استحقاق ما يستحق بالمحاربة وهو السهم من الغنيمة لا يسوى بين الرجل والمرأة فكذا في العقوبة المستحقة بالمحاربة ولكن يرد على هذا العبد فانه لا يساوي الحر في استحقاق الغنيمة ويساويه في هذا الحد وفي الصبيان والمجانين لعدم أهلية العقوبة وذلك لا يوجد في النساء وذكر هشام في نوادره عن أبي يوسف اذا قطع قوم الطريق ومعهم امرأة فباشرت المرأة القتل وأخذت المال دون الرجال فانه يقام الحد عليهم لا عليها وقال محمد يقام عليها ولا يقام عليهم وذكر ابن سماعة عن محمد عن أبي حنيفة أنه يدرأ عنهم جميعا لكون المرأة فيهم وجعل المرأة كالصبي والعجب ممن يذكر هذه أعني كون المرأة مع الرجال في القطع ثم يقتصر على ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فيها ويذكر حاصل هاتين الروايتين عنهما ويترك نقل ما في المبسوط من أنها كالرجال منسوبا الى ظاهر الرواية مع مساعدة الوجه وورود النقض الصحيح على مختار الكرخي بالعبد كما ذكرنا وممن نقل ذلك صاحب الدراية وصاحب الفتاوى الكبرى والمصنف في التجنيس وغيرهم مع ضعف الاوجه المذكورة في التفرقة مثل الغرق بضعف البنية في أصل الخلقة ومثل ذلك من الكلام الضعيف مع مصادمته اطلاق الكتاب في المحاربين ولا قوة الا بالله ومافي النوازل من قوله عشر نسوة قطعن الطريق فقتلن وأخذن المال قتلن وضمن المال بناء على غير الظاهر من أنهن لسن محاربات وعلله بان المرأة اذا قاتلت العدو وأسرت لم تقتل وانما قتلن بقتلهن والضمان لاخذهن المال ويثبت قطع الطريق بالاقرار مرة واحدة وأبو يوسف شرط مرتين كقوله في السرقة الصغرى ويقبل رجوع القاطع كما في السرقة الصغرى فيسقط الحد ويؤخذ بالمال ان كان أقر به معه وبالبينة بشهادة اثنين على معاينة القطع أو الاقرار فلو شهد أحدهما بالمعاينة والآخر على اقرارهم به لا يقبل ولا تقبل الشهادة بالقطع على أبي الشاهد وان علا وابنه وان سفل ولو قالا قطعوا علينا وعلى أصحابنا وأخذوا مالنا لا يقبل لانهما شهدا لانفسهما ولو شهدوا أنهم قطعوا على رجل من عرض الناس وله ولي يعرف أو لا يعرف لا يقيم الحد عليهم الا بمحضر من الخصم ولو قطعوا في دار الحرب على تجار مستامنين أو في دار الاسلام في موضع غلب عليه أهل البغي ثم أتى بهم الى الامام لا يمضي عليهم الحد لانهم باشروا السبب حين لم يكونوا تحت يده وفي موضع لا يجري به حكمه فلم ينعقد فعلهم موجبا عليه الاقامة عليهم فلا يفعله ومثله تقدم في الزنا في دار الحرب ولو رفعوا الى قاض يرى تضمينهم المال ضمنهم وسلمهم الى أولياء المقود فصالحوهم على الديات ثم رفعوا بعد زمان الى قاض آخر لم يقم عليهم الحد اما لتقادم العهد وفيه نظر أو لعدم الخصم وقد سقطت خصومتهم بما وصل اليهم أو لقضاء الاول فيتم بذلك لنفاذه اذ هو في فصل مجتهد فيه من تقرر الضمان واذا قضى القاضي عليهم بالقتل وحبسهم لذلك فذهب أجنبي فقتلهم لا شئ عليه وكذا لو قطع يده لانه لما سقطت حرمة نفسه سقطت حرمة أطرافه ولو قتله قبل الثبوت عليه ثم قامت البينة بقطعه للطريق اقتص منه لانه قتل نفسا معصومة ثم لا يقضي القاضي بحل دمه بهذه البينة بعد ما قتل لفوات المحل فوجود هذه البينة كعدمها الا أن يكون القاتل

*(كتاب

(كتاب السير)

السير جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه الصلاة والسلام في مغازيه

ولي الذي قتله القاطع في قطع الطريق فلا يلزمه شيء لظهور أنه استوفى حق نفسه ولو أن لصوصا أخذوا متاع قوم فاستغاثوا بقوم وخرجوا في طلبهم ان كان أرباب المتاع معهم حل قتالهم وكذا اذا غابوا والخارجون يعرفون مكانهم ويقدرون على رد المتاع عليهم وان كانوا لا يعرفون مكانهم ولا يقدرون على الرد عليهم لا يجوز لهم أن يقاتلوهم لان القتال للاسترداد للرد على أرباب الاموال ولا قدرة على الرد ولو اقتتلوا مع قاطع فقتلوه لا شيء عليهم لانهم قتلوه لاجل مالهم فان فر منهم الى موضع أو تركوه لا يقدر على قطع الطريق عليهم فقتلوه كان عليهم الدية لانهم قتلوه لاجل مالهم وكذا لو فر رجل من القطاع فلحقوه وقد ألقى نفسه في مكان لا يقدر معه على قطع الطريق فقتلوه كان عليهم الدية لان قتلهم اياه لاجل الخوف على الاموال ويجوز للرجل أن يقاتل دون ماله وان لم يبلغ نصابا ويقتل من يقاتله عليه لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم من قتل دون ماله فهو شهيد

(كتاب السير)

أورد الجهاد عقيب الحدود لانه بعد أن ناسبها بوجهين باتحاد المقصود من كل منهما ومن مضمون هذا الكتاب وهو اخلاء العالم من الفساد ويكون كل منهما حسنا لحسن لغيره وذلك الغير وهو اعلاء كلمة الله تعالى يتادى بفعل نفس المامور به وهو القتال وجب تاخيره عنهما لوجهين كون الفساد المطلوب الاخلاء عنه بالجهاد أعظم كل فساد وأقبحه والعادة في التعاليم الشروع فيها على وجه الترقي من الادنى الى ما هو أعلى منه وكونه معاملة مع الكفار والحدود معاملة مع المسلمين وتقديم ما يتعلق بالمسلمين أولى ولا يخفى أن له مناسبة خاصة بالعبادات فلذا أورده بعض الناس عقيبها قبل النكاح لانه عبادة محضة بخلاف النكاح (والسير جمع سيرة) وهي فعلة بكسر الفاء من السير فيكون لبيان هيئة السير وحالته لان فعله للهيئة كجلسة وخمرة وقد استعملت كذلك في السير المعنوي حيث قالوا في عمر بن عبد العزيز سار فينا بسيرة العمرين لكن غلب في لسان أهل الشرع على الطرائق المامور بها في غزو الكفار وكان سبب ذلك كونها تستلزم السير وقطع المسافة وقد يقال كتاب الجهاد وهو أيضا أعم غلب في عرفهم على جهاد الكفار وهو دعوتهم الى الدين الحق وقتالهم ان لم يقبلوا وفي غير كتب الفقه يقال كتاب المغازي وهو أيضا أعم جمع مغزاة مصدرا سماعيا لغزا الا على الوحدة والقياسي غز وغزوة للوحدة كضربة وضرب وهو قصد العدو للقتال خص في عرفهم بقتال الكفار هذا وفضل الجهاد عظيم وكيف لا وحاصله بذل أعز المحبوبات وادخال أعظم المشقات عليه وهو نفس الانسان ابتغاء مرضاة الله تعالى وتقربا بذلك اليه سبحانه وتعالى وأشق منه قصر النفس على الطاعات في النشاط والكسل على الدوام ومجانبة أهويتها ولذا قال عليه الصلاة والسلام وقد رجع من مغزاة رجعنا من الجهاد الاصغر الى الجهاد الاكبر ويدل على هذا أنه عليه الصلاة والسلام أخره في الفضيلة عن الصلاة على وقتها في حديث ابن مسعود قلت يا رسول الله أي الاعمال أفضل قال الصلاة على ميقاتها قلت ثم أي قال بر الوالدين قلت ثم أي قال الجهاد في سبيل الله ولو استزدته لزادني رواه البخاري وقد جاء أنه صلى الله عليه وسلم جعله أفضل بعد الايمان في حديث أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي العمل أفضل قال ايمان بالله ورسوله قيل ثم ماذا قال الجهاد في سبيل الله قيل ثم ماذا قال حج مبرور متفق عليه وهذه وان كانت صورة معارضة لكن الجمع بينهما يحمل كل على ما يليق بحال السائل فاذا كان السائل يليق به الجهاد لما علمه من تهيئته له واستعداده زيادة على غيره كان الجهاد بالنسبة اليه أفضل ممن ليس مثله في الجلادة والغناء وفيه نظر ولان المذكور في الحديث السابق الصلاة على وقتها وتلك هي الفرائض وفي هذا يتردد في أن المواظبة على

(كتاب السير)

السير هي جمع سيرة وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي عليه السلام في مغازيه وفي

(كتاب السير)

قدم الحدود على السير لان كل واحد منهما حسن لمعنى في غيره وذلك الغير يتادى بفعل المامور به الا أن الحدود معاملة مع المسلمين غالبا أو على الخصوص في حد الشرب وفي السير المعاملة مع الكفار وتقديم ما بالمسلمين أولى (والسير جمع سيرة) وهي فعلة من السير (وهي الطريقة في الامور وفي الشرع تختص بسير النبي صلى الله عليه وسلم في مغازيه) قال في المغرب أصل السيرة مسلة السير الا أنها غلبت في لسان الشرع على أمور الغازي وما يتعلق بها كالمناسك على أمور الحج والمغازي جمع المغزاة من غزوت العدو قصدته للقتال وهي الغزوة والغزاة والمغزاة

(كتاب السير)

(قوله وذلك الغير يتادى بفعل المامور به) أقول احتراز عن مثل الوضوء فان ذلك الغير فيه لا يتادى بفعل المامور به بل يفتقر الى اتيان به على حدة وهو الصلاة وتفصيله في كتب الاصول في باب الامر (قوله الا أن الحدود معاملة مع المسلمين الخ) أقول أي بلا ايراد شيء أجنبي بينهما فلا يرد أن يقال يكفي في بيان وجه التقديم أن يقال لان الحدود معاملة مع المسلمين الخ وما عداه غير محتاج اليه

أداء فرائض الصلاة وأخذ النفس بها في وقتها على ما هو المراد من قوله الصلاة على ميقاتها أفضل من الجهاد ولان هذه فرض عين وتتكرر والجهاد ليس كذلك ولان افتراض الجهاد ليس الا للايمان واقامة الصلاة فكان مقصودا وحسنا لغيره بخلاف الصلاة حسنة لعينها وهي المقصود منه على ما صرح به عليه الصلاة والسلام في حديث معاذ وفيه طول الى أن قال والذي نفس محمد بيده ما شحب وجه ولا اغبرت قدم في عمل يبتغي به درجات الآخرة بعد الصلاة المفروضة كجهاد في سبيل الله صححه الترمذي واذا لاشك في هذا عندنا وجب أن يعتبر كل من الصلاة والزكاة مرادة بلفظ الايمان في حديث أبي هريرة ويكون من عموم المجاز أو يرجح بزيادة ثقة الراوي وهو ابن مسعود رضي الله عنه وبما عضده من الاحاديث السابقة والحق أنه ليس فيه معارضة لانه لم يذكر الصلاة فيه أصلا فانما فيه أنه جعل الجهاد بعد الايمان وهو يصدق اذا كان بعد الصلاة وهي قبله بعد الايمان فلا معارضة الا اذا نظرنا الى المقصود ومن الاحاديث في ذلك ما عن عمران بن حصين رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال مقام الرجل في الصف في سبيل الله أفضل عند الله من عبادة الرجل ستين سنة رواه الحاكم وقال على شرط البخاري وعن أبي هريرة قيل يا رسول الله ما يعدل الجهاد في سبيل الله قال لا تستطيعونه فاعادوا عليه مرتين أو ثلاثا كل ذلك يقول لا تستطيعونه ثم قال مثل المجاهد في سبيل الله كمثل الصائم القائم القانت بآيات الله لا يفتر عن صلاته ولا صيامه حتى يرجع المجاهد في سبيل الله متفق عليه وعن أبي هريرة رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة رواه البخاري ومن توابع الجهاد الرباط وهو الاقامة في مكان يتوقع هجوم العدو فيه لقصد دفعه لله تعالى والاحاديث في فضله كثيرة منها ما في صحيح مسلم من حديث سلمان رضي الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول رباط يوم في سبيل الله خير من صيام شهر وقيامه وان مات فيه أجري عليه عمله الذي كان يعمل وأجري عليه رزقه وأمن الفتان رواه مسلم زاد الطبراني ويبعث يوم القيامة شهيدا وروى الطبراني بسند ثقات في حديث مرفوع من مات مرابطا أمن من الفزع الاكبر ولفظ ابن ماجه بسند صحيح عن أبي هريرة ويبعثه الله يوم القيامة آمنا من الفزع وعن أبي امامة عنه عليه الصلاة والسلام قال ان صلاة المرابط تعدل خمسمائة صلاة ونفقته الدينار والدرهم منه أفضل من سبعمائة دينار ينفقه في غيره هذا واختلف المشايخ في المحل الذي يتحقق فيه الرباط فانه لا يتحقق في كل مكان ففي النوازل أن يكون في موضع لا يكون وراءه اسلام لان ما دونه لو كان رباطا فكل المسلمين في بلادهم مرابطون وقال بعضهم اذا أغار العدو على موضع مرة يكون ذلك الموضع رباطا الى أربعين سنة واذا أغار مرتين يكون رباطا الى مائة وعشرين سنة واذا أغار ثلاث مرات يكون رباطا الى يوم القيامة قال في الغنية الكبرى والمختار هو الاول واعلم أن ما ذكر من كون محل الرباط ما وراء المسلمين ذكر في حديث عن معاذ بن أنس عنه عليه الصلاة والسلام من حرس من وراء المسلمين في سبيل الله تبارك وتعالى متطوعا لا يأخذه سلطان لم ير النار بعينه الا تحلة القسم فان الله يقول وان منكم الا واردها رواه أبو يعلى وفيه لين محتمل في المتابعات وليس يستلزم كون ذلك باعتبار المكان فقد وردت أحاديث كثيرة ليس فيها سوى الحراسة في سبيل الله ولنختم هذه المقدمة بحديث البخاري عن أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال تعس عبد الدينار وعبد الدرهم وعبد الخميصة زاد في رواية وعبد القطيفة ان أعطي رضي وان لم يعط سخط تعس وانتكس واذا شيك فلا انتقش طوبى لعبد آخذ بعنان فرسه في سبيل الله أشعث رأسه مغبرة قدماه ان كان في الحراسة كان في الحراسة وان كان في الساقة كان في الساقة ان استاذن لم يؤذن له وان شفع لم يشفع (قوله

المنشور السير جمع سيرة وهي فعلة من السير وقد يراد به السير الذي هو قطع الطريق وقد يراد به السنة في المعاملات يقال سار أبو بكر رضي الله عنه بسيرة رسول الله صلى الله عليه وسلم وسميت المغازي سيرا لان أول أمورها السير الى العدو وأن المراد بها سير الامام ومعاملاته مع الغزاة والانصار ومنع العداة والكفار وذكر في المغرب أصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت في لسان صاحب الشرع على أمور المغازي وما يتعلق بها كالمناسك

قال (الجهاد فرض على الكفاية) فيسل الجهاد هو الدعاء الى الدين الحق والقتال مع من امتنع عن القبول بالنفس والمال وسببه كون الكفار حربا علينا وهو فرض كفاية (اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) وهو دليل قطعي فيفيد

قال المصنف (الجهاد فرض على الكفاية) أقول أى فرض لاجل كفايتهم دينى على أن يكون على للتعليل كما فى قوله تعالى ولتكبروا الله على ماهداكم أى لهدايته اياكم ويجوز أن يكون للمصاحبة كما فى قوله تعالى وآتى المال على حبه ويجوز أن يكون المضاف مقدرا وعلى للاستعلاء أى على أهل الكفاية على أن المصدر بمعنى اسم الفاعل أى على الكفاة فيكون المراد تقرر الفرضية والا فهو فرض على الكل ابتداء على المختار وفى المحيط البرهانى والذخيرة قال أبو حنيفة الجهاد واجب على المسلمين الا أن المسلمين فى سعة من ترك الجهاد حتى يحتاج اليهم واختلف عبارة المشايخ فى ذلك قال بعضهم الجهاد واجب على المسلمين فاذا جاء النفير فهو فريضة وفرق هذا القائل بين الفريضة والواجب والفرق بينهما ظاهر نظرا الى الاحكام حتى ان الصلاة المنذورة لا تؤدى بعد صلاة العصر وتقضى الفوائت بعد العصر وبعضهم قال الجهاد قبل النفير تطوع وبعد النفير فرض عين ومنه سمى الغزاة مطوعة أى متطوعة قال الله تعالى الذين يلمزون المطوعين من المؤمنين أراد المتطوعين وأكثرهم أنه فرض على كل حال غير أنه قبل النفير فرض كفاية وبعد النفير فرض عين وانما عرفت فرضيته بالكتاب قال الله تعالى فاقتلوا

قال (الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط على الباقين) أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين

الجهاد فرض على الكفاية اذا قام به فريق من الناس سقط عن الباقين) وهذا واقع موقع تفسير فرض الكفاية (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين) حيث وجدتموهم وقوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر وقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله وقوله تعالى كتب عليكم القتال وهو كره لكم وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة وقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا باموالكم وأنفسكم فى سبيل الله وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله والتخصيص المعتبر عند أهل الاصول قصر العام على بعض ما يتناوله بدليل مستقل لفظى مقارن للمعنى وبهذه يتنفى ما نقل عن الثورى وغيره أنه ليس بفرض وأن الامر به للندب وكذا كتب عليكم كقوله كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية ونقل عن ابن عمر ويجب حمله ان صح على أنه ليس بفرض عين فان قلت كيف يثبت الفرض وهى عمومات مخصوصة والعام المخصوص ظنى الدلالة وبه لا يثبت الفرض والجواب أن المخرج من الصبيان والمجانين مخصوص بالعقل على ما عرف وبالتخصيص به لا يصير العام ظنيا وما غيرهما فنفس النص ابتداء تعلق بغيرهما فلم يكن من قبيل المخصوص وذلك أن النص مقرون بما يقيده بغيرهم وهو من بحيث يحارب لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة كما يقاتلونكم كافة فافاد أن قتالنا المامور به جزاء لقتالهم ومسبب عنه وكذا قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة أى لا تكون منهم فتنة للمسلمين عن دينهم بالاكراه بالضرب والقتل وكان أهل مكة يفتنون من أسلم بالتعذيب حتى يرجع عن الاسلام على ما عرف فى السير فامر الله سبحانه بالقتال لكسر شوكتهم فلا يقدرون على تفتين المسلم عن دينه فكان الامر ابتداء بقتال من بحيث يحارب من المشركين

على أمور الحج وقالوا السير الكبير فوصفوها بصيغة المذكر لقيامها مقام المضاف الذى هو الكتاب كقولهم

المشركين حيث وجدتموهم انتهى ونحن نقول هذا يدل على أن مراد صاحب الهداية بقوله الجهاد فرض على الكفاية هو الفرض القطعى الذى يكفر جاحده فان قيل فيلزم أن يكفر من قال بوجوبه أو استحبابه من أصحابنا ومن غيرهم حيث قال السرخسى فى المحيط الجهاد فريضة محكمة وقضية محتومة يكفر جاحدها ويضلل عاندها وكذا قال صاحب الاختيار الجهاد فريضة محكمة ويكفر جاحدها ثبت فرضيتها بالكتاب والسنة واجماع الامة قلنا انما يكفر منكر الفرض لو لم يكن مؤولا قال فى معراج الدراية وأجمعت

الامة على فرضية الجهاد وفى الايضاح خبر الواحد اذا تأيد بالكتاب والسنة والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك قوله وهو أى الجهاد فرض على الكفاية وبه قال أكثر أهل العلم الا ابن المسيب فانه قال فرض عين للعمومات فى النصوص وحكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا وقالوا قوله تعالى كتب عليكم لقتال للندب كما فى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية انتهى فان قيل قوله وأجمعت الامة على فرضية الجهاد مخالف لما يقوله بعده من أنه حكى عن ابن شبرمة والثورى أنه غير واجب وهكذا روى عن ابن عمر وسئل عطاء وعمرو بن دينار أن الغزو واجب قالا ما علمناه واجبا قلنا قوله حكى يدل على أن لهما قولا آخر هو أظهر القولين منهما وهو القول بالوجوب وسيؤول كلام ابن عمر وعطاء وعمرو بن دينار بان مرادهم الفرضية على الكفاية نعم لا يلائم ذلك التاويل قوله وقالوا قوله تعالى كتب عليكم القتال للندب كما فى قوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا لوصية فليتامل (قوله قيل الجهاد هو الدعاء) أقول القائل صاحب النهاية نقلا عن التحفة وهو لتعريف الجهاد الشرعى (قوله الى الدين) أقول أى الى حكم الدين (قوله بالنفس والمال) أقول الواو ههنا بمعنى أو قال المصنف (أما الفرضية فلقوله تعالى فاقتلوا المشركين)

الفرضية (ولقوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة) أى نافذ من مضى فى الارض مضيا اذ نفذ فان قيل كيف يصح التمسك على دعوى الفرضية بخبر الواحد أجيب بان خبر الواحد اذا تايد بالحجة القطعية صح اضافة الفرضية اليه وههنا تايد هذا الحديث بقوله تعالى فاقتلوا و بالاجماع وفيه نظر لانا لانسلم انه اذا تايد بالقطعى أفاد الفرضية فان الفرضية حينئذ تكون ثابتة بذلك القطعى لا بخبر الواحد ويمكن أن يقال الخبر لم يذكره للدلالة على الفرضية بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك وخبر الواحد جاز أن يكون بيانا لما احتمله النص (وأما كونه فرضا على الكفاية فلانه ما فرض لعينه لكونه افسادا فى نفسه) بتخريب البلاد وافناء العباد لكن (لاعزازدين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام) والمراد بالكراع الخيل

أقول فان قيل انه عام خص منه البعض وهو لكونه حجة فيها شبهة لا يصلح دليل الفرضية وانما قلنا انه خص منه البعض فانه قد خص من قوله تعالى اقتلوا الصبيان والمجانين والعبيد والنساء والاعمى والمقعد وخص من المشركين أيضا المستامن والذمى قلنا أما تخصيص الصبيان والمجانين من الامر فبالعقل كما صرح به فى كتب (١٩٠) الاصول فلا يقدح فى قطعية النص وأما تخصيص البواقى فلا نسلم أنه ليس بطريق النسخ وأيضا لا نسلم انه قد خص المستامن والذمى ونحوهما من المشركين لم لا يجوز أن يكون اللام للعهد والمعهودون هم الذين ذكروا فى قوله وقاتلوا فى سبيل الله الذين يقاتلونكم فتامل على أنه لا يبعد أن يكون المصنف مخترطا فى سلك العلماء القائلين بان تخصيص العموم لا يضر فى كون العام قطعيا فى الباقى وما ذكرنا هو المخلص عما أورد على الشارح الاكمل حيث قال وهو دليل قطعى قال المصنف (ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا) أقول الفرضية مستفادة من قوله ماض أى نافذ والنفاذ انما هو فى الفرض من بين الاحكام فان فى الندب والاباحة لا يجب الامتثال والبقاء

قطع

من كلمة الى فانه يدل على تضمين معنى الامتداد والبقاء وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض من مضى الامر نفذ فليتامل وفى الايضاح خبر الواحد اذا تايد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية وههنا كذلك كذا فى معراج الدراية وقال السرخسى أيضا فى محيطه قال عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض منذ بعثنى الله الى يوم القيامة حتى تقاتل عصابة من أمتى الدجال وأراد بقوله ماض أى فرض واجب اه فان قيل لم لا يجوز أن يكون الماضى بمعنى الذهاب وفى الصحاح مضى الشئ مضيا ذهب أى ذاهب بان الى يوم القيامة فلا يتجه الاستدلال قلنا الذهاب فى تفسير الماضى كما وقع فى الصحاح بمعنى الخلو تلك أمة قد خلت قال المصنف (لانه ما فرض لعينه الخ) أقول تقرير الدليل ان الجهاد مفروض لغيره فهو فرض الكفاية اذا حصل المقصود بالبعض وانما قلنا ذلك لئلا ينتقض الدليل بالنفير العام فانه مفروض لغيره مع فرض عين لعدم حصول المقصود الا بقيام الكل يشير الى ذلك قوله وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل فليتامل (قوله كصلاة الجنازة ورد السلام) أقول فانهما فى نفسهما ليس لهما حسن يدل عليه انهما بدون الميت والمسلم عبث بل حسنهما لمعنى فى غيرهما وهو قضاء حق المسلم الميت أو الحى كذا ذكره القاضى الامام أبو زيد (قال المصنف أثم جميع الناس بتركه لان الوجوب على الكل) أقول لا ينبغى أن يفهم منه أن الوجوب على جميع أهل الارض كافة حتى

ولقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد ماض الى يوم القيامة وأراد به فرضا باقيا وهو فرض على الكفاية لانه ما فرض لعينه اذ هو افساد فى نفسه وانما فرض لاعزاز دين الله ودفع الشر عن العباد فاذا حصل المقصود بالبعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ورد السلام (فان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لان الوجوب على الكل

بالحديث الصحيح وقد أكد هذا قوله صلى الله عليه وآله وسلم فى بعض الروايات الصحيحة لحديث النهى عن قتل النساء حين رأى المقتولة ما كانت هذه تقاتل وأما قوله صلى الله عليه وسلم الجهاد ماض الى يوم القيامة فدليل على وجوبه وانه لا ينسخ وهذا لان خبر الواحد لا يفيد الافتراض وقول صاحب الايضاح اذا تايد خبر الواحد بالكتاب والاجماع يفيد الفرضية ممنوع بل المفيد حينئذ الكتاب والاجماع وجاء الخبر على وفقهما والحديث رواه أبو داود من حديث أنس رضى الله عنه قال قال صلى الله عليه وسلم من حديث والجهاد ماض منذ بعثنى الله الى أن يقاتل آخر أمتى الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل والايمان بالاقدار فيه يزيد بن أبى شيئة من بنى سليم لم يرو عنه الا جعفر بن برقان وعن هذا والله أعلم قال المنذرى هو فى معنى المجهول ولا شك أن اجماع الامة أن الجهاد ماض الى يوم القيامة لم ينسخ فلا يتصور نسخه بعد النبى صلى الله عليه وسلم وأنه لا قائل أن بقتال آخر الامة الدجال ينتهى وجوب الجهاد وأما كونه على الكفاية فلان المقصود منه ليس مجرد ابتلاء المكلفين بل اعزاز الدين ودفع شر الكفار عن المؤمنين بدليل قوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة ويكون الدين كله لله (فاذا حصل ذلك بالبعض سقط) هو لحصول ما هو المقصود منه (كصلاة الجنازة) المقصود منها قضاء حق الميت والاحسان اليه وذهب ابن المسيب الى أنه فرض عين تمسكا بعين الادلة المذكورة اذ بمثلها

صلى الظهر ٧ والسير الكبيرة خطأ لجامع الصغير وجامع الكبير (قوله وان لم يقم به أحد أثم جميع الناس بتركه) لانه انما سقط الفرض عن الكل لحصول الكفاية بالبعض فاذا لم يحصل هذا المعنى تعين الفرض على كل الناس وانما شرط فى ذلك من كان فيه غنى ودفاع لان من لا ينتفع به عاجز عن اقامة الفرض والتكليف

وقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) أى ركبانا ومشاة أو شبانا وشيوخا أو مهازيل وسمانا أو نجحاجا ومراضا واعترض بان قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا عام فما وجه تقييده بالنفير العام وأجيب بانه رفع الحرج

يسقط عن أهل الهند بقيام أهل الروم اذ لا يندفع بقيامهم الشر عن الهنود المسلمين وان قوله تعالى فاتلوا الذين يلونكم من الكفار يدل على أن الوجوب على أهل كل قطر يقربون الكفار هذا ما سنح به الخاطر الفاتر يعون الله الملك القادر ثم أقول فى قوله ثم جميع الناس لان الوجوب على الكل بحث لان من قال الوجوب على البعض يقول يكون الجميع آثما على تقدير الترك أيضا على ما بين فى الاصول (قال المصنف لان فى اشتغال الكل الخ) أقول ان قيل الأمر لا يدل على التكرار فلا يلزم من كونه فرض عين أن يجب على الكل فى كل وقت حتى يلزم أن تنقطع مادة الجهاد ولم لا يجوز أن يجب فى العمر مرة قلنا سبب الجهاد كون الكفار حربا علينا وهو متعدد فيتعدد الوجوب ثم فى هذا المقام قصة عجيبة وهى أن ابراهيم باشا المقتول عقد مجلسا عاليا فى حضرته فحضر أكثر الموالى وكان البحث عن أول كتاب الجهاد واعترض محمد بن بيرى باشا على قوله وهو دليل قطعى الخ بان يقال هذا مخالف لما سيجىء من الشارح نفسه من (١٩١) أنهم أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمى والمستامن فجاز أن يخص منه الاسير قياسا وأجاب عنه الحافظ المحمى المشهور بانه يجوز أن يكون بالنسبة الى الفاعل قطعيا وبالنسبة الى المفعول ظنيا لمادخله التخصيص فافهم القائل بذلك الكلام لكنه مردود فان المأمور به وهو القتل لزم أن يكون فرضا يكفر جاحده وواجبا لا يكفر عامده وذا لا يقول به الا المعتوه بل المعلوم من قواعد الاصول أن العام اذا دخله الخصوص سواء كان فاعلا او مفعولا يخرج الدليل المشتمل على ذلك العام من أن يكون قطعيا فلا يثبت به الفرضية (قوله فان قيل الى قوله بخبر الواحد) أقول تثبت بخبر الواحد الفرضية على زعم المجتهد صرح به فى كتب الاصول وأمثلته أكثر من أن تحصى (قوله أجيب بان الخ) أقول المجيب والسائل هو صاحب النهاية (قوله و بالاجماع) أقول فيه بحث فان من أصحابنا من قال انه مندوب ومنهم من قال انه واجب غير فرض صرح به فى المحيط والذخيرة (قوله ويمكن أن يقال الخبر الخ) أقول ويؤيد ما ذكرنا أن الحديث ليس فيه ما يدل على ارادة الفرضية وقول المصنف أراد به فرضا باقيا لا يدل على انفهام الفرضية من سياق الحديث بل من الدلائل الاخر فان قيل النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ذلك أيضا لا يدل على تعين الفرضية لجواز أن يكون الندب أو الوجوب مع أن فيه تاملا لجواز أن يكون من قبيل الاخبار عن الغيب ثم المراد من قول المصنف اما الفرضية الفرضية المستمرة بدليل آخر كلامه تامل ولك أن تقول الفرضية تستفاد من قوله عليه الصلاة والسلام ماض فانه من مضى الامر اذا نفذ والنافذ من بين الاحكام هو الفرض الذى لا مرد له والبقاء يستفاد من كلمة الى فانها تتعلق بمضى الامتداد كما ذكرنا (قوله فان الدلائل القطعية فى الباب ليس فيها ما يدل على ذلك الخ) أقول لا نسلم ذلك فان نسبة أمر الى المشتق تفيد علية المأخذ كما فى السارق والسارقة الآية والزانية والزانى الآية قال المصنف (الا أن يكون النفير عاما) أقول أى الخروج الى الحرب من نفر القوم فى الامر أو الى السفر نفرا ونفيرا أى خرجوا (قوله وقوله انفروا خفافا وثقالا) أقول هذه الآية الشريفة فى سورة التوبة

ولان فى اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فيجب على الكفاية (الا أن يكون النفير عاما) فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية

يثبت فروض الاعيان قلنا نعم لو لا قوله تعالى لا يستوى القاعدون من المؤمنين غير أولى الضرر والمجاهدون الآية الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وفضل الله المجاهدين على القاعدين أجرا عظيما ولانه لو كان عينا لاشتغل الناس كلهم به فيتعطل المعاش على ما لا يخفى بالزراعة والجلب بالتجارة و يستلزم (قطع مادة الجهاد من الكراع) يعنى الخيل (والسلاح) والاقوات فيؤدى ايجابه على الكل الى تركه للعجز (فلزم أن يجب على الكفاية) ولا يخفى أن لزوم ما ذكر انما يثبت اذا لزم فى كونه فرض عين أن يخرج الكل من الامصار دفعة واحدة وليس ذلك لازما بل يكون كالحج على الكل ولا يخرج الكل بل يلزم كل واحد أن يخرج ففى مرة طائفة وفى مرة طائفة أخرى وهكذا وهذا لا يستلزم تعطيل المعاش فالمعول عليه فى ذلك نص لا يستوى القاعدون ثم هذا (اذا لم يكن النفير عاما فان كان) بان هجموا على بلدة من بلاد المسلمين (فيصير من فروض الاعيان) سواء كان المستنفر عدلا أو فاسقا فيجب على جميع أهل تلك البلدة النفر وكذا من يقرب منهم ان لم يكن باهلها كفاية وكذا من يقرب ممن يقرب ان لم يكن بمن يقرب كفاية أو تكاسلوا أو عصوا وهكذا الى أن يجب على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا كالجهاز للميت والصلاة عليه يجب أولا على أهل محلته فان لم يفعلوا عجزا وجب على من يليهم على ما ذكرنا هكذا ذكروا وكأن معناه اذا دام الحرب بقدر ما يصل الابعدون و بلغهم الخبر والا فهو تكليف بما لا يطاق بخلاف انقاذ الاسير وجوبه على الكل متجه من أهل المشرق والمغرب ممن علم و يجب أن لا يأثم من عزم على الخروج وقعوده لعدم خروج الناس وتكاسلهم أو قعود السلطان أو منعه واستدل على ذلك بقوله تعالى (انفروا خفافا وثقالا) قيل المراد به ركبانا ومشاة وقيل

لا يتاتى مع العجز كما فى سائر العبادات كذا فى الايضاح (قوله فحينئذ يصير من فروض الاعيان لقوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية) قيل خفافا فى النفير لنشاطكم وثقالا عنه لمشقته عليكم وقيل خفافا من السلاح وثقالا عنه

ولان النبي صلى الله عليه وسلم كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة فعلم بذلك اختصاصه بالنفير العام ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر الى قوله تعالى وكلا وعد الله الحسنى وجه الاستدلال أن الله تعالى وعد القاعدين عن الجهاد الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعد الوعيد لا الوعد ثم الجهاد يصير فرض عين عند النفير العام على من يقرب من العدو وهو يقدر عليه وأمامن وراءهم فلا يكون فرضا عليهم الا اذا احتيج اليهم اما لعجز القريب عن المقاومة مع العدو واما للتكاسل فحينئذ يفرض على من يليهم ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج وقوله (فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد بالاول قوله رحمه الله الجهاد واجب الا أن

المسلمين في سعة اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان في مجموع المستثنى والمستثنى منه اشارة الى ذلك (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم الى النفير العام

وقال في الجامع الصغير الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة حتى يحتاج اليهم فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية وآخره الى النفير العام وهذا لان المقصود عند ذلك لا يحصل الا باقامة الكل

شبانا وشيوخا وقيل عزابا ومتزوجين وقيل أغنياء وفقراء وينبغي أن يقال قول آخر وهو كل من هذه أي النفر وامع كل حال من هذه الاحوال وحاصلها أنه لم يعذر أحد افادا العينية وفيه نظر لان الجهاد على كل من ذكر في التفسير المذكور على الكفاية فلا يفيد تعينها العينية بل الحق أن هذه الآية وما تقدم من الآيات كلها لافادة الوجوب ثم تعرف الكفاية بالآية المتقدمة وأما العينية في النفير العام فبالاجماع لانه من اغاثة الملهوف والمظلوم هذا من جهة الدراية ثم ذكر الرواية وهو قول محمد (الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة من تركه حتى يحتاج اليهم) قال (فاول هذا الكلام) يعني قوله واجب وانهم في سعة من تركه (اشارة الى أن الوجوب على الكفاية) فانه لا يمكن أن يراد ترك الكل والالم يكن واجبا فهو ترك البعض (وآخره) وهو قوله حتى يحتاج اليهم (يفيد العينية) اذ صار الحاصل لانه واجب يسع البعض تركه الا أن يحتاج فلا يسع ولا بد من

وقيل ركبانا ومشاة وقيل مهازيل وسمانا وقيل عزابا ومتاهلين وقيل شبانا وشيوخا وقيل مشاغيل وغير مشاغيل وقيل أغنياء وفقراء وقيل خفافا الى المنازل وثقالا في المصابرة فان قيل هذه الآية باطلاقها تدل على أن يكون الجهاد من فروض الاعيان في جميع الاحوال لانها غير مختصة بالنفير فما وجه التخصيص بالنفير العام مع أن العبرة لعموم اللفظ قلنا نعرف كون الجهاد من فروض الكفاية فيما اذا لم يكن النفير عاما بآية أخرى والسنة وشيء من المعقول أما الآية فهي قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى الله تعالى وعد القاعدين الحسنى ولو كان الجهاد فرض عين لاستحق القاعدون اللائمة دون الحسنى وأما السنة فقد صح أن النبي عليه السلام حين خرج الى الغزو ما كان يخرج كل أهل المدينة فلو كان فرض عين لم يدع أحدا منهم وأما المعقول فهو ما ذكر في الكتاب أن في اشتغال الكل به قطع مادة الجهاد (قوله فاول هذا الكلام اشارة الى الوجوب على الكفاية) أراد بالاول الكلام الجهاد واجب الا أن المسلمين في سعة اذا الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا فكان مجموعه اشارة الى الوجوب وآخره وهو قوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى انتهاء حكم السعة وذكر في الذخيرة فاذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فاما من وراءهم يبعد من العدو فهو فرض كفاية حتى يسعهم تركه اذا لم يحتج اليهم أما اذا احتيج اليهم بان عجز من كان يقرب من العدو من المقاومة مع العدو أو لم يعجزوا عن المقاومة الا أنهم تكاسلوا ولم يجاهدوا فانه يفترض على من يليهم فرض عين كالصوم والصلاة ولا يسعهم تركه ثم وثم الى أن يفترض على جميع أهل الاسلام شرقا وغربا على هذا التدريج ونظيره الصلاة

(قوله ولان النبي عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع تخلف كثير من أهل المدينة الخ) أقول فيه بحث فان تخلفهم كان لحفظ المدينة ممن حولها من الكفار فهم أيضا مجاهدون لكنهم ليسوا سواء في الحسنى للذين خرجوا فان أفضل الاعمال أجزها والجواب أن النفر هو الخروج فتامل قال المصنف (فيفترض) أقول أشار بصيغة الافتعال الدالة على الكمال الى الكمال في الفرضية وهو ما لا يسقط بفعل البعض (قوله ولان الله تعالى قال لا يستوي القاعدون الى آخر الآية الشريفة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النساء وفيه بحث فان هذا مبني على أن يكون قوله تعالى لا يستوي الآية متاخرا من حيث النزول عن قوله تعالى انفروا الآية فان المتقدم لا يخصص المتاخر وهو ممنوع كيف وهو مذكور في سورة النساء المنزلة في السنة السادسة بالمدينة وهذا في سورة التوبة التي هي آخر ما نزلت وأيضا لا نسلم تخلف كثير من أهل المدينة بعد نزول هذه الآية ألا ترى ما جرى على الثلاثة الذين خلفوا من غزوة تبوك الى قوله تعالى ما كان لاهل المدينة ومن حولهم من الاعراب أن يتخلفوا عن رسول الله وأما القول بان تخلف البعض لضرورة حفظ المدينة من الاعداء حولها فهم أيضا من المجاهدين ليسوا سواء في الحسنى للذين يجاهدون بالسفر ففيه بحث كما أشرنا لانه حينئذ يجب أن يخرج ما زاد على ما يندفع به تلك الضرورة مع انه ليس كذلك على ما شهد عليه كتب السير والتواريخ (قوله يفترض على من يليهم ثم وثم الخ) أقول قوله تعالى قاتلوا الذين يلونكم من الكفار الآية يدل أن الجهاد فرض على كل من يلي الكفار من المسلمين على الكفاية فلا يسقط بقيام الروم عن أهل الهند وأهل ما وراء النهر مثلا كما أشرنا اليه

قال (وقتال الكفار) الذين امتنعوا عن الاسلام وأداء الجزية (واجب وان لم يبدؤا بالقتال للعمومات) الواردة في ذلك كقوله تعالى فاقتلوا المشركين وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة كتب عليكم القتال وغيرها فان قيل العمومات معارضة بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه يدل على أن قتال الكفار انما يجب اذا بدؤا بالقتال أجيب بانه منسوخ وبيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان في الابتداء مامورا بالصفح والاعراض عن المشركين بقوله فاصفح الصفح الجميل وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة بالاحسن بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة الآية ثم أذن بالقتال اذا كانت البداءة منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون الآية وبقوله فان قاتلوكم فاقتلوهم ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين الآية ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن باسرها فقال تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الآية فاقتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الآية وقوله (ولا يجب الجهاد على صبي) ظاهر

(قوله فان قيل الى قوله أجيب الخ) أقول هذه الآية في سورة البقرة وفيه بحث أما في السؤال فانه لا عبرة عندنا بمفهوم الشرط فلا تكون معارضة للعمومات وعند القائلين به لا تعارض للمنطوق أيضا لكونه أدنى درجة منه وأيضا المعلق بالشرط هو القتل عند المسجد الحرام فان نظم الآية الكريمة هكذا ولا تقاتلوهم عند المسجد الحرام حتى يقاتلوكم فيه فان قاتلوكم فاقتلوهم كذلك جزاء الكافرين ولا شك أنه لا يفهم منه عدم جواز القتال فيما سوى المسجد الحرام بدون بداءتهم وأما في الجواب فلان ما يرفع مفهوم المخالفة ليس بناسخ عندنا نص عليه في التوضيح ويقال شاهدا على ذلك ان النسخ هو أن يرد دليل شرعي متراخيا عن دليل شرعي مقتضيا خلاف حكمه والمفهوم ليس بدليل شرعي فليتامل فانه يمكن دفعه

فيفترض على الكل (وقتال الكفار واجب) وان لم يبدؤا للعمومات (ولا يجب الجهاد على صبي) لان الصبا مظنة المرحمة

لاستطاعة فيخرج المريض المدنف وأما الذي يقدر على الخروج دون الدفع ينبغي أن يخرج لتكثير السواد فان فيه ارهابا ونفر القوم نفرا ونفيرا اذا خرجوا (قوله وقتال الكفار) الذين لم يسلموا وهم من مشركي العرب أو لم يسلموا ولم يعطوا الجزية من غيرهم (واجب وان لم يبدؤنا) لان الادلة الموجبة له لم تقيد الوجوب ببداءتهم وهذا معنى قوله (للعمومات) لان عموم المكلفين لانه انما يفيد الوجوب على كل واحد فقط فالمراد اطلاق العمومات في بداءتهم وعدمها خلافا لما نقل عن الثوري والزمان الخاص كالاشهر الحرم وغيرها خلافا لعطاء ولقد استبعد ما عن الثوري وتمسكه بقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم فانه لا يخفى عليه سخفه وصريح قوله في الصحيحين وغيرهما أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث يوجب أن نبدأهم بادنى تامل وحاصر صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من ذي الحجة الى آخر المحرم أو الى شهر وقد يستدل على نسخ الحرمة في الاشهر الحرم بقوله تعالى اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وهو بناء على النجوز بلفظ حيث في الزمان ولا شك أنه كثر في الاستعمال (قوله ولا يجب الجهاد على صبي الخ) الوجه الظاهر

(٢٥ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) بارتكاب أدنى مسامحة (قوله بقوله تعالى فاصفح الصفح الجميل) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الحجر (قوله بقوله تعالى ادع الى سبيل ربك الآية) أقول هذه الآية الشريفة في سورة النحل (قوله ثم أمر بالبداءة بالقتال الخ) أقول مخالف لقوله فيما سبق فان الدلائل القطعية في الباب ليس فيها ما يدل على ذلك ولا يبعد أن يقال الدلائل تدل على بقائه مدة بقاء الامة وليس فيها ما يدل على بقائها الى يوم القيامة بل علم ذلك من هذا الحديث وأمثاله فليتامل والاوجه أن يقال مراده من قوله فيما سبق بل لبيان دوامه وبقائه الى يوم القيامة دواما لا يعتريه النسخ فيكون معنى قوله ليس فيها ما يدل على ذلك أي على سد باب النسخ فتامل (قوله فقال وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أقول هذه الآية الشريفة في سورة الانفال (قوله قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله) أقول هذه الآية الشريفة في سورة التوبة قال المصنف (ولا يجب الجهاد على صبي) اقول قال الاتقاني اما الصبي فلا يجب عليه الجهاد لانه مرفوع القلم ولان طاعة ابويه واجبة عليه فلا تترك بما ليس بواجب انتهى ولا يخفى عليك مناقضة قوله واجبة لقوله مرفوع القلم الا ان يقال مراده بالصبي ما يعم البالغ الذي له ابوان فالمعنى انه مرفوع القلم ان كان غير بالغ وان كان بالغا فطاعة ابويه واجبة متعينة عليه والجهاد ليس بواجب متعين عليه فليتامل

(ولا عبد ولا امرأة) لتقدم حق المولى والزوج (ولا أعمى ولا مقعد ولا أقطع لعجزهم فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع تخرج المرأة بغير اذن زوجها والعبد بغير اذن المولى) لانه صار فرض عين وملك اليمين ورق النكاح لا يظهر في حق فروض الاعيان كما في الصلاة والصوم بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهما مقنعا فلا ضرورة الى ابطال حق المولى والزوج (ويكره الجعل مادام للمسلمين في ء) لانه يشبه الاجر ولا ضرورة اليه لان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين

وقوله (ويكره الجعل مادام للمسلمين في ء) أراد بالجعل ما يضربه الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد (لانه يشبه الاجرة) وحقيقة الاجرة حرام فما يشبه الاجرة يكون مكروها

قال المصنف (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق الزوج والسيد) أقول فيه أن الدليل خاص بمن له زوج والظاهر أن المدعى عام فليتأمل قال المصنف (ويكره الجعل الخ) أقول قال الاتقاني يعني اذا كان في بيت المال ما يتقوى به الناس من الغنيمة انتهى وصوابه من الفيء لان مال الغنيمة الموجود في بيت المال يصرف الى المقاتلة قال الامام التمرتاشي يكره للامام ضرب الجعل على الناس للغزاة مادام لهم في ء لان فيه شبهة الاجر وان لم يكن فلا باس بذلك لانه عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان من غير طيبة نفسه وللامام ذلك بشرط الضمان فاذا زالت الحاجة يردان كل قائما والا فقيمته الا اذا صار في بيت المال والاولى أن يغزو المسلم بمال نفسه ثم بمال بيت المال لانه لمصالح المسلمين انتهى (قوله على الناس بما يتقوى به الخ) أقول أي جاكما يتقوى أو مكلفا بما يتقوى

أن يقال لانه غير مكلف وفي الصحيحين عن ابن عمر عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة الحديث (ولا عبد ولا امرأة لتقدم حق المولى والزوج) باذن الله الذي هو صاحب الحق على حقه ومعنى هذا الكلام أن حق السيد والزوج حق متعين باذن الله تعالى على ذلك العبد وتلك المرأة فلو تعلق بهما الجهاد لزم اطلاق فعله لهما واطلاقه يستلزم اطلاق ترك حق المولى والزوج فلو تعلق بهم لزمه ابطال حق جعله الله متعينا الحق لم يجعله متعينا عليه وهذا اللازم باطل فلا يتعلق بهم وهو المطلوب وعلى هذا التقرير يكونون مخصوصين من العمومات لدليل مقارن وهو العقل بخلاف ما اذا صار فرض عين لان حقوقهم لا تظهر في حق فروض الاعيان نعم لو أمر السيد والزوج العبد والمرأة بالقتال يجب أن يصير فرض كفاية ولا نقول صار فرض عين لوجوب طاعة المولى والزوج حتى اذا لم يقاتل في غير النفير العام يأثم لان طاعتهما المفروضة عليهما في غير ما فيه المخاطرة بالروح وانما يجب ذلك على المكلفين بخطاب الرب جل جلاله بذلك والفرض انتفاؤه عنهم قبل النفير العام وعن هذا حرم الخروج الى الجهاد وأحد الابوين كراهة لان طاعة كل منهما فرض عين والجهاد لم يتعين عليه كما قلنا مع أن في خصوصه أحاديث منها ما في صحيح البخاري عن عبد الله بن عمرو جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستاذنه فقال أحي والداك قال نعم قال ففيهما فجاهد وقدمنا من صحيحه آنفا حديث ابن مسعود وقدم فيه بر الوالدين على الجهاد وفي سنن أبي داود عن عبد الله بن عمرو بن العاص جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال جئت أبايعك على الهجرة وتركت أبوي يبكيان فقال ارجع اليهما فاضحكهما كما أبكيتهما وفيه عن الخدري أن رجلا هاجر الى رسول الله صلى الله عليه وسلم من اليمن فقال هل لك أحد باليمن قال أبواي قال أذنا لك قال لا قال فارجع فاستاذنهما فان أذنا لك فجاهد والا فبرهما وأما الاعمى والاقطع فقال تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج وقال تعالى ليس على الضعفاء ولا على المرضى ولا على الذين لا يجدون ما ينفقون حرج اذا نصحوا لله ورسوله والمقعد الاعرج قاله في ديوان الادب (قوله ويكره الجعل) يريد بالجعل هنا أن يكلف الامام الناس بان يقوي بعضهم بعضا بالسلاح والكراع وغير ذلك من النفقة والزاد (مادام للمسلمين في ء) وهو المال المأخوذ من الكفار بغير قتال كالخراج والجزية وأما المأخوذ بقتال فيسمى غنيمة (لانه لا ضرورة اليه ومال بيت المال معد لنوائب المسلمين) وهذا وجه يوجب ثبوت الكراهة على الامام بخصوصه والوجه الآخر وهو أن الجعل يشبه الاجرة وحقيقة أخذ الاجرة على الطاعة حرام فما يشبهها مكروه يوجبها على الغازي وعلى الامام كراهة تسببه في المكروه وحقيقة الجعل ما يجعل للانسان في مقابلة شيء يفعله واعلم أن مقتضى النظر أن النفقة تجب في مال الغازي لانه مامور بعبادة مركبة من المال والبدن فتكون كالحج وأن وجوب تجهيزهم من بيت المال على الامام انما هو اذا لم يقدروا على الجهاز فاضلا عن حاجتهم وعيالهم وان كانوا ممن يعطيهم استحقاقهم من بيت المال بعد أن يكون ذلك غير كاف للجهاز مع حاجة المقام وأما اذا لم يكن في بيت المال في ء لا يكره أن يكلف

اذن لهم في الدفع وقال الله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقال الله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان قال الله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم وخذوهم ثم أمر بالبداءة بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن كلها قال الله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة (قوله ويكره الجعل) أراد بالجعل ما يضرب الامام للغزاة على الناس بما يتقوى به الذين يخرجون الى الجهاد

قال (فاذالم يكن فلاباس بان يقوى بعضهم بعضا) لان فيه دفع الضرر الاعلى بالحاق الادنى يؤيده أن النبي عليه الصلاة والسلام أخذ دروعا من صفوان وعمر رضي الله عنه كان يغزي الاعزب عن ذي الحلية ويعطى الشاخص فرس القاعد

(باب كيفية القتال)

(واذا دخل المسلمون دار الحرب فحاصر وامدينة أوحصنا دعوهم الى الاسلام) لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي عليه الصلاة والسلام

الامام الناس ذلك على نسبة عدل (لان به دفع الضرر الاعلى) وهو تعدى شر الكفار الى المسلمين (بالحاق) الضرر (الادنى) واستانس المصنف لهذا بانه صلى الله عليه وسلم (أخذ دروعا من صفوان) بن أمية (وبان عمر كان يغزى الاعزب عن ذى الحلية ويعطى الشاخص فرس القاعد) أما قصة صفوان فلاشك أن النبي صلى الله عليه وسلم أرسل يطلب منه أدراعا عند خروجه الى حنين ففى سيرة ابن اسحق أربعمائة درع وكان صفوان اذ ذاك على شركه فانه كان طلب من النبي صلى الله عليه وسلم أن يسيره شهرين فقال النبي صلى الله عليه وسلم سيرتك أربعة أشهر ثم عرض الخروج من مكة الى حنين فارسل يطلب ذلك فقال بامحمد أغصبا قال لابل عارية مضمونة نبعثها ثم استحمله اياها فحملها على مائتى بعير وفى مسند أحمد قال فضاع بعضها فعرض عليه النبي عليه الصلاة والسلام أن يضمنها فقال لا أنا اليوم فى الاسلام أرغب وهذا لا يطابق نفس المدعى وهو تكليف الامام المسلمين بان يعينوا الخارجين ولا يفيد ذلك الا بالتزام فاى مايفعله الامام فى المتكلم فيه لاياخذه على أن يضمنه لهم من بيت المال نعم فيه أنه عند الحاجة يتوسل الى الجهاد اذا لم يكن بالمسلمين قوة بالاستعارة من أهل الذمة بشرط الضمان لهم وأما ماعن عمر فظاهر فيه لان معنى يغزيه عنه ليس الا أنه ياخذ الجهاز منه والا فهو غاز عن نفسه وان أعطاه من بيت المال وأما قوله يعطى الشاخص فرس القاعد فصريح فيه والحديث رواه ابن سعد فى الطبقات عن محمد بن عمر الواقدى بسنده عن عمر أنه كان يغزى عن ذى الحلية وليس فيه أمر الفرس وروى ابن أبى شيبة حدثنا حفص بن غياث عن عاصم عن أبى مجلز قال كان عمر يغزى العزب ويأخذ فرس المقيم فيعطيه المسافر

(باب كيفية القتال)

لما ذكر أن القتال لازم فلابد أن يفعله وفعله على حد محدود شرعا فلابد من بيانه فشرع فيه فقال (واذا دخل المسلمون دار الحرب) يصح أن يكون عطفا على قوله الجهاد فرض على الكفاية عطف جملة وأن يكون واو استئناف (فحاصروا مدينة) وهى البلدة الكبيرة فعيلة من مدن بالمكان اقام به (أوحصنا) وهو المكان المحصن الذى لا يتوصل الى مافى جوفه (دعوهم الى الاسلام) فان لم تبلغهم الدعوة فهو على سبيل الوجوب لانه صلى الله عليه وسلم أمر بذلك أمراء الاجناد فمن ذلك ما أخرج الجماعة الا البخارى من حديث سليمان بن بريدة عن أبيه والفاظ بعضهم تزيد على بعض وتختلف قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أمر أميرا على جيش أوسرية أوصاه فى خاصته بتقوى الله تعالى وبمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله فى سبيل الله

(قوله فلاباس بان يقوى بعضهم بعضا) لانه اعانة على البر وجهاد بالمال وكلاهما منصوصان وأحوال الناس فى الجهاد تتفاوت فمنهم من يقدر عليه بالنفس والمال لقدرته عليهما ومنهم من يقدر عليه بالنفس لقدرته دون المال لفقره ومنهم من يقدر بالمال اغناه دون النفس لعجزه فيجهز الغنى بماله للفقير القادر حتى يكون الخارج مجاهدا بنفسه والقاعد بماله والمؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا والله تعالى أعلم بالصواب

(باب كيفية القتال)

(قوله فحاصروا مدينة أوحصنا) حاصروا العدو محاصرة وحصارا اذا ضيقوا عليه وأحاطوا به مدن الرجل بالمكان أقام ومنه سمى المدينة حصنا والحصن بالكسر كل مكان محمى محرز لا يتوصل الى مافى جوفه فالمدينة

الجزية فان بذلوها كفوا أيضا ولا يقاتلونهم ولم يعلم منه ان ذلك بطريق الادب أو الندب أو الوجوب فبينه انه بطريق الوجوب بقوله ولا يجوز أن يقاتل

وقوله (يغزى الاعزب) يقال أغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو ويقال رجل عزب بالتحريك لمن لا زوج له وجاء فى الحديث وهو شاب أعزب والشخوص الذهاب من بلد الى بلد والله أعلم

(باب كيفية القتال)

لما كان الامر الاول من باب الجهاد القتال بدأ ببيان كيفيته والمدينة معروفة والحصن بكسر الحاء كل مكان محمى محرز لا يتوصل الى مافى جوفه فالمدينة أكبر من الحصن (قوله دعوهم الى الاسلام) قيل لا يخلو من أن يقاتلوا قوما بلغتهم الدعوة أولم تبلغهم فان كان الثانى لا يحل القتال حتى يدعوا لقوله تعالى وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا وان كان الاول فالافضل ذلك وكان النبي صلى الله عليه وسلم اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم الى الاسلام ثم اشتغل بالصلاة واذا فرغ جدد الدعوة ثم شرع فى القتال

(باب كيفية القتال)

قال المصنف (دعوهم الى الاسلام) هذا فى حق من لم تبلغه الرسالة والا لم يتم الاستدلال بما رواه ابن عباس وصرح به أيضا فى مبسوط الامام السرخسى ولا استدراك كما لا يخفى على المتامل فى مساق الكلام فان الغرض ههنا بيان أنهم اذا دخلوا دار الحرب دعوهم الى الاسلام فان قبلوه كفوا عن قتالهم والا دعوهم الى

ما قاتل قوما حتى دعاهم الى الاسلام قال (فان أبوا كفوا عن قتالهم) لحصول المقصود وقد قال صلى الله عليه وسلم أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية) به أمر رسول الله عليه الصلاة والسلام أمراء الجيوش ولانه أحد ما ينتهي به القتال على ما نطق به النص وهذا في حق من تقبل منه الجزية ومن لا تقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب لا فائدة في دعائهم الى قبول الجزية

قاتلوا من كفر بالله اغزوا ولا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا واذا لقيت عدوك من المشركين فادعهم الى احدى خصال ثلاث أو خلال فايتهن ما أجابوك اليها فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى الاسلام فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم ثم ادعهم الى التحول من دارهم الى دار المهاجرين وأعلمهم ان فعلوا ذلك أن لهم ما للمهاجرين وأن عليهم ما على المهاجرين فان أبوا أن يتحولوا منها فاخبرهم أنهم يكونون كاعراب المسلمين يجرى عليهم حكم الله الذي يجرى على المؤمنين ولا يكون لهم في الفيء والغنيمة نصيب الا أن يجاهدوا مع المسلمين فان هم أبوا فاسالهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان أبوا فاستعن بالله وقاتلهم واذا حاصرت أهل حصن فارادوك أن تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه فلا تجعل لهم ذمة الله وذمة نبيه ولكن اجعل لهم ذمتك وذمة أصحابك فانكم ان تخفروا ذممتكم وذمة أصحابكم خير من أن تخفروا ذمة الله وذمة نبيه واذا حاصرت أهل حصن فارادوك أن تنزلهم على حكم الله فلا تنزلهم فانك لا تدري أتصيب حكم الله فيهم أم لا ثم اقضوا فيهم بعد ما شئتم وفي الاحاديث في ذلك كثرة وفي نفس هذا الحكم شهرة واجماع ولان بالدعوة يعلمون انا ما نقاتلهم على أخذ أموالهم وسبي عيالهم فربما يجيبون الى المقصود من غير قتال فلا بد من الاستعلام وأما حديث ابن عباس المذكور في الكتاب فرواه عبد الرزاق عن سفيان الثوري عن ابن أبي نجيح عن أبيه عن ابن عباس (قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم قوما حتى دعاهم) رواه الحاكم وصححه ولو قاتلوهم قبل الدعوة أثموا ولكن لا غرامة بما أتلفوا من نفس ولا مال من دية ولا ضمان لان مجرد حرمة القتل لا توجب ذلك كما لو قتلوا النساء والصبيان وذلك لانتفاء العاصم وهو الاسلام والاحراز بدار الاسلام وفي المحيط بلوغ الدعوة حقيقة أو حكما بان استفاض شرقا وغربا أنهم الى ما ذا يدعون وعلى ما ذا يقاتلون فاقيم ظهورها مقامها انتهى ولا شك أن في بلاد الله تعالى من لا شعور له بهذا الامر فيجب أن المدار عليه ظن أن هؤلاء لم تبلغهم الدعوة فاذا كانت بلغتهم لا تجب ولكن يستحب أما عدم الوجوب فلما في الصحيحين عن ابن عوف كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك أول الاسلام قد أغار رسول الله صلى الله عليه السلام على بني المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث حدثني به عبد الله بن عمر وكان في ذلك الجيش وروى أبو داود وغيره عن أسامة بن زيد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان عهد اليه فقال أغر على أبنى صباحا وحرق والغارة لا تكون مع دعوة وأبنى بوزن حبلى موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة ويقال بينى بياء مضمومة آخر الحروف وقيل اسم قبيلة وأما الاستحباب فلان التكرار قد يجدى المقصود فينعدم الضرر الا على وقيد هذا الاستحباب بان لا يتضمن ضرر بان يعلم بانهم بالدعوة يستعدون أو يحتالون أو يتحصنون وغلبة الظن في ذلك بما يظهر من أحوالهم كالعلم بل هو المراد اذ الحقيقة يتعذر الوقوف عليها فان أجاب المدعو وغيره الى الاسلام فلا اشكال والحديث المشهور جعله غاية للامر بالقتال حيث قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله (وان امتنعوا دعوهم الى أداء الجزية بهذا أمر عليه الصلاة والسلام أمراء الاجناد) وقد ذكرناه من حديث بريدة (ولانه أحد ما ينتهي به القتال كما نطق به النص) قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله سبحانه حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وهذا ان لم يكونوا مرتدين ولا مشركي العرب فان هؤلاء لا يقبل منهم الا الاسلام

وقوله (كفوا عن قتالهم) أي امتنعوا عن قتالهم أو منعوا أنفسهم عنه فكف لازم ومتعد وقوله (على ما نطق به النص) يريد قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد (قوله وهذا في حق من تقبل منه الجزية) ظاهر

قال المصنف (حتى يقولوا لا اله الا الله) أقول فان قيل لا يكفي قولهم لا اله الا الله بل لا بد من ذكر محمد رسول الله قلنا الجزء الاول صار علما للمجموع كما يقال قرأت قل هو الله أحد صرح به الكرماني في شرح البخاري

أكبر من الحصن (قوله على ما نطق به النص) وهو قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر الى أن قال حتى يعطوا الجزية

لانه لا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون (فان بذلوها فلهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين) لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية ليكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والمراد بالبذل القبول وكذا المراد بالاعطاء المذكور فيه فى القرآن والله أعلم (ولا يجوز أن يقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام الا أن يدعوه) لقوله عليه الصلاة والسلام فى وصية أمراء الاجناد فادعهم الى شهادة أن لا اله الا الله ولانهم بالدعوة يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على سلب الاموال وسبى الذرارى فلعلهم يجيبون فتكفى مؤنة القتال ولو قاتلهم قبل الدعوة أثم للنهى ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل النسوان والصبيان (ويستحب أن يدعو من بلغته الدعوة) مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لانه صح أن النبى عليه الصلاة والسلام أغار على بنى المصطلق وهم غارون وعهد الى أسامة رضى الله عنه أن يغير على ابنى صباحا ثم يحرق والغارة لا تكون بدعوة قال (فان أبوا ذلك استعانوا بالله عليهم وحاربوهم) لقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فادعهم الى اعطاء الجزية الى أن قال فان أبوها فاستعن بالله عليهم وقاتلهم ولانه تعالى هو الناصر لأوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به فى كل الامور قال (ونصبوا عليهم المجانيق) كما نصب رسول الله عليه الصلاة والسلام على الطائف (وحرقوهم) لانه عليه السلام أحرق البويرة قال (وأرسلوا عليهم الماء وقطعوا أشجارهم وأفسدوا زروعهم) لان فى جميع ذلك الحاق الكبت والغيظ بهم وكسر شوكتهم وتفريق جمعهم فيكون مشروعا

أو السيف على ما سيتضح (فان بذلوها) أى قبلوها (وكذا هو المراد بالاعطاء المذكور فى القرآن) بالاجماع وقد قال على انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا والاحاديث فى هذا كثيرة بل هو من الضروريات ومعنى حديث على رواه الشافعى فى مسنده أخبرنا محمد بن الحسن الشيبانى أنبأنا قيس بن الربيع الاسدى عن أبان بن تغلب عن الحسن بن ميمون عن أبى الجنوب قال قال على من كانت له ذمتنا فدمه كدمائنا وديته كديتنا وضعف الدارقطنى أبا الجنوب (قوله فان أبوا ذلك استعانوا عليهم بالله تعالى وحاربوهم لقوله صلى الله عليه وسلم فى حديث سليمان بن بريدة فان أبوا ذلك فاستعن بالله عليهم وقاتلهم) وتقدم الحديث بطوله والكلام عليه والمدمر المهلك (فيستعان بالله فى كل الامور ونصبوا عليهم المجانيق كما نصب رسول الله صلى الله عليه وسلم على أهل الطائف) على ما فى الترمذى مفصلا فانه قال قال قتيبة حدثنا وكيع عن رجل عن نور بن يزيد أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على الطائف قلت لوكيع من هذا الرجل فقال صاحبكم عمر بن هرون ورواه أبو داود فى المراسيل عن مكحول مرسلا وكذا رواه ابن سعد فى الطبقات وزاد أربعين يوما وذكره الواقدى فى المغازى وذكر أن الذى أشار به سلمان الفارسى (وحرقهم لانه عليه الصلاة والسلام أحرق البويرة) على ما روى السنة فى كتبهم عن ابن عمر قال حرق رسول الله صلى الله عليه وسلم نخل بنى النضير وقطعه وهى البويرة يعنى أن البويرة اسم لنخل بنى النضير ولها يقول حسان بن ثابت

وهان على سراة بنى لؤى * حريق بالبويرة مستطير

ولان المقصود كبت أعداء الله وكسر شوكتهم وبذلك يحصل ذلك فيفعلون ما يمكنهم من التحريق وقطع

(قوله والمراد بالبذل القبول) بطريق اطلاق اسم المسبب على السبب اذ القبول سبب البذل لانه مفض اليه وهذا كما فى قوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة أى قبلوا (قوله وكذا المراد بالاعطاء المذكور فى القرآن) أراد به قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (قوله فتكفى مؤنة القتال) بالنون على بناء المفعول (قوله للنهى) وهو ما روى أنه عليه السلام قال لعلى رضى الله تعالى عنه ولا تقاتل قوما حتى تدعوهم الى الاسلام لان يهدى الله تعالى أحدا على يديك خير لك مما طلعت عليه الشمس وغربت (قوله ولا غرامة لعدم العاصم وهو الدين) أى عند الشافعى رحمه الله أو الاحراز بالذرارى عندنا وقال الشافعى رحمه الله

قال المصنف (والمراد بالبذل القبول) أقول بطريق اسم السبب على المسبب قال المصنف (أثم للنهى) أقول يحتمل أن يكون بناء على أن الامر بالشئ نهى عن ضده فتامل قال المصنف (وعهد الى أسامة أن يغير على أبنى صباحا) أقول أبنى بالضم والقصر اسم موضع من فلسطين بين عسقلان والرملة وقيل موضع من بلاد جهينة وهذا أقرب اذ لم يبلغ غزوانه عليه الصلاة والسلام الى بلاد الشام فى حياته

الله عليه وسلم بعث عليا فى سرية وقال لا تقاتلوهم حتى تدعوهم الى الاسلام وقوله (لعدم العاصم) أى الموجب للغرامة (وهو الدين) على مذهب الشافعى (أو الاحراز بالدار) على مذهبنا وقوله (مبالغة فى الانذار) لان النبى صلى الله عليه وسلم كان اذا قاتل قوما من المشركين دعاهم اشتغل بالصلاة ثم عاد بعد الفراغ جدد الدعوة وقد قدمناه وقوله (أغار على بنى المصطلق) أى أخرجهم من خبائهم بهجومه عليهم (وهم غارون) أى غافلون وأبنى على وزن حبلى موضع بالشام وقيل اسم قبيلة (والغارة لا تكون بدعوة) لان فيها ستر الامر والاسراع لانها اسم مصدر للاغارة التى هى مصدر أغار الثعلب أو الفرس اغارة وغارة اذا أسرع فى العدو وقوله (البويرة) على وزن الدويرة مصغر الدار والكبت هو الذل والهوان

وقوله (وان كان فيهم أسير مسلم أو تاجر) ردا لما قاله الحسن بن زياد انه اذا علم أن فيهم مسلما وانه يتلف بهذا الصنع لم يحل له ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم أولى من هذا الوجه (وقلنا فى رميهم دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام) أى مجتمعه للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها الان البيضة بجتمع الولد (وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص) واذا اجتمعا يقدم دفع الضرر العام على الخاص (ولانه قلما يخلو حصن من حصونهم عن مسلم أسير أو تاجر (فلو امتنع) عن الرمى (باعتباره لانسد بابه) أى باب الجهاد وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان فى الرمى دفع الضرر العام الخ وقوله وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة (يعنى عندنا وقال الحسن بن زياد وهو قول الشافعى فيه الدية والكفارة) لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه يقصد بالرمى الكافر فيصيب المسلم والجواب انه اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمى لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا محضا ولا دية ولا كفارة فيه ولنا أن الجهاد فرض وكل ما هو فرض (فالغرامات لا تقرن به) لان الفرض مأمور به لا محالة وسبب الغرامات عدوان محض منهى عنه وبينهما منافاة فان قيل هذا تعليل فى معارضة قوله صلى الله عليه وسلم (١٩٨) ليس فى الاسلام دم مفرج أى مهدر والتعليل فى مقابلة النص باطل أجيب بانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فتخص صورة النزاع بما قلناه وفيه نظر لان اقتران شرط وهو ممنوع وأقول قوله عليه الصلاة والسلام ليس فى الاسلام معناه فى دار الاسلام وما نحن فيه ليس بدار الاسلام

(ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) لان فى الرمى دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام وقتل الاسير والتاجر ضرر خاص ولانه قلما يخلو حصن عن مسلم فلو امتنع باعتباره لانسد بابه (وان تترسوا بصبيان المسلمين أو بالاسارى لم يكفوا عن رميهم) لما بيناه (ويقصدون بالرمى الكفار) لانه ان تعذر التمييز فعلا فقد أمكن قصدا والطاعة بحسب الطاقة وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة لان الجهاد فرض والغرامات لا تقرن بالفروض

قال المصنف (لان فى الرمى الخ) أقول هذا تعليل فى مقابلة النصوص الدالة على تحريم دم المسلم بغير حق فكيف يصح فان قيل تلك النصوص قد خص عنها قاطع الطريق والباغى قلنا ممنوع بل منسوخة فى حقهما وأيضا هذا انما يصح اذا علم أنا لو تركناهم استولوا على ديار المسلمين والمدعى عام ليس له خصوص والملازم

الاشجار وافساد الزرع هذا اذا لم يغلب على الظن أنهم ماخوذون بغير ذلك فان كان الظاهر أنهم مغلوبون وأن الفتح باد كره ذلك لانه افساد فى غير محل الحاجة وما أبيح الا لها (قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير أو تاجر) بل ولو تترسوا باسارى المسلمين وصبيانهم سواء علم انهم ان كفوا عن رميهم انهزم المسلمون أو لم يعلموا ذلك الا أنه لا يقصد برميهم الا الكفار فان أصيب أحد من المسلمين فلا دية ولا كفارة وعند الائمة الثلاثة

يضمن لحرمة القتل قلنا العاصم عندنا هو الدين ولم يوجد ومجرد حرمة القتل لا تكفى لوجوب الضمان كما فى قتل النساء والصبيان وعندنا الاحراز بالدار ولم يوجد ابنى بوزن حبلى موضع بالشام البويرة بوزن افعلة مصغر الدار موضع (قوله ولا باس برميهم وان كان فيهم مسلم أسير) وقال الحسن بن زياد اذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بهذا الصنع لم يحل ذلك لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين وكان مراعاة جانب المسلم أولى ولكنا نقول أمرنا بقتالهم ولو اعتبرنا هذا المعنى أدى الى سد باب القتال معهم فان حصونهم ومدائنهم قل ما تخلو عن مسلم عادة ولانه يجوز لنا أن نفعل ذلك بهم وان كان فيهم نساؤهم وصبيانهم فكما لا يحل قتل المسلم لا يحل قتل نسائهم وصبيانهم كذا فى المبسوط (قوله عن بيضة الاسلام) أى مجتمعة للشبه المعنوى بينها وبين بيضة النعامة وغيرها وهو أنها مجتمعة كما أن تلك مجتمع الولد كذا فى المغرب (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان فى الرمى دفع الضرر العام (قوله وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) وقال الشافعى رحمه الله فيه الدية والكفارة لان هذا هو عين صورة قتل الخطا لانه

قال المصنف (ولانه قلما يخلو الى قوله لانسد بابه) أقول وفيه نظر فان ابن زياد انما لم يجوز الرمى اذا علم ان فيهم مسلما وعلم انه يتلف بهذا الصنع ولا شك فى ان العلم بهما لو كان لكان فى غاية الندرة فمن أين يلزم انسداد باب الجهاد بخلاف قال المصنف (وما أصابوه منهم لا دية عليهم ولا كفارة) أقول قوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى الآية توجب القود اذا أصابوا منهم عمدا وقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة الآية توجب الكفارة والدية اذا كانت الاصابة خطأ والتعليل فى مقابلتهما ينبغى أن لا يقبل فما الوجه (قوله والجواب أنه اذا كان الخ) أقول فيه نظر لانه لا يجوز أن يراد من العلم القصد لما مر من قوله فى المتن ويقصدون بالرمى الكفار وحينئذ فيراد من العلم حقيقته ولم يقل أحد بان عدم العلم بالمصاب شرط فى تحقق الخطا فانهم قالوا الخطا على نوعين خطا فى القصد وهو أن يرمى شخصا يظنه صيدا فاذا هو آدمى أو يظنه حربيا فاذا هو مسلم وخطا فى الفعل وهو أن يرمى غرضا فيصيب آدميا ولا شك أن ما نحن فيه من هذا القبيل ولو كان كما قال للزم ان من رأى انسانا وعلم ثم رمى غرضا غير قاصد ذلك الانسان فاصابه أن لا يكون فعله خطأ ولم يقل به أحد (قوله ولنا ان الجهاد فرض الى قوله منهى عنه) أقول منقوض بأكل مال الغير حالة المخمصة فانه ليس عدوانا منهيا عنه مع انه سبب للغرامات والجواب بانه مرخص وهو منهى عنه فى الاصل لا يفيد لان قتل المسلم أيضا كذلك (قوله وما نحن فيه ليس بدار الاسلام) أقول يرد عليه ما لو كانوا بدار الاسلام

وقوله (بخلاف حالة المخمصة) جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة اقامة الجهاد لا ينفي الضمان وكتناول مال الغير حالة المخمصة يطلق لمكان الضرورة ويجب الضمان وتقرير الجواب أن الجائع يقدم على التناول عند دفع الخطر وان كان فيه ضمان (لما فيه من احياء نفسه) وهو منفعة عظيمة يتحمل بسببها ضرر الضمان (أما الجهاد فمبني على اتلاف النفس) أي نفس سواد الكفار وقد يكون فيها مسلم فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن الجهاد الذي هو فرض وذلك لا يجوز كما لا يجوز ايجاب الدية والكفارة على الامام فيما اذا مات الزاني البكر من الجلد لئلا يمتنع القاضي عن تقلد القضاء ويجوز أن يكون معناه الجهاد مبني على اتلاف النفس مطلقا لان المجاهد اما أن يقتل وقد يصادف المسلم أو يقتل فلو ألزمنا الضمان امتنع عن الجهاد الفرض لكونه خاسرا في كلتا الحالتين بخلاف ما اذا لم يضمن وقوله (حذار الضمان) منصوب على

بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع بخافة الضمان لما فيه من احياء نفسه أما الجهاد فمبني على اتلاف النفس فيمتنع حذار الضمان

لا يجوز رميهم في صورة التترس الا اذا كان في الكف عن رميهم في هذه الحالة انهزام المسلمين وهو قول الحسن ابن زياد فان رموا وأصيب أحد من المسلمين فعند الحسن بن زياد فيه الدية والكفارة وعند الشافعي فيه الكفارة قولا واحدا وفي الدية قولان وقال أبو اسحق ان قصده بعينه لزمه الدية علمه مسلما أو لم يعلمه لقوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج وان لم يقصده بعينه بل رمى الى الصف فاصيب فلا دية عليه وأما الاول فلان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاساري لمنفعة المسلمين فكان ترك قتل المسلم أولى ولان مفسدة قتل المسلم فوق مصلحة قتل الكافر وجه الاطلاق أمران الاول أنا أمرنا بقتالهم مطلقا ولو اعتبر هذا المعنى انسد بابه لان حصنا ما أو مدينة قلما تخلو عن أسير مسلم فلزم من افتراض القتال مع الواقع من عدم خلو مدينة أو حصن عادة اهدار اعتبار وجوده فيه وصار كرميهم مع العلم بوجود أولادهم ونسائهم فانه يجوز اجماعا مع العلم بوجود من لا يحل قتله فيهم واحتمال قتله وهو الجامع غير أن الواجب أن لا يقصد بالرمي الا الكافر لان قصد المسلم بالقتل حرام بخلاف ما اذا لم يقترض وهو ما اذا فتحت البلدة قال محمد اذا فتح الامام بلدة ومعلوم أن فيها مسلما أو ذميا لا يحل قتل أحدهم لاحتمال كونه ذلك المسلم أو الذمي الا انه قال ولو أخرج واحد من عرض الناس حل اذن قتل الباقي لجواز كون المخرج هو ذلك فصار في كون المسلم في الباقين شك بخلاف الحالة الاولى فان كون المسلم أو الذمي فيهم معلوم بالفرض فوقع الفرق الثاني أن فيه دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام باثبات الضرر الخاص وهو واجب ثم ان المصنف أحال وجه مسئلة التترس على وجهي مسئلة ما اذا كان فيهم أسير مسلم حينئذ أو تاجر وقد يقال ان سلم انه لا يخلو أهل حصن عن تاجر أو أسير فاطلاق افتراض القتال اهدار لاعتباره ما نعا فلا نسلم أنه لا يخلو أهل حصن ان يترسوا بالمسلمين ليكون اطلاق الافتراض اهدار الحرمة الرمي فان المشاهدة تفتقه فوجب أن يتقيد بما اذا لم يكن طريقا الى قتل المسلم غالبا وأما قوله انه دفع الضرر العام بالحاق الضرر الخاص فقد يقال ان ذلك عند العلم بانهزام المسلمين لو لم يرم وحل الرمي عند ذلك لم يتقيد به واعلم أن المراد أن كل قتال مع الكفار هو دفع الضرر العام بالذب عن بيضة الاسلام أي مجتمعهم وان لم يحصل فيه الظفر تضرر المسلمون كلهم وهو محل تامل وبتقديره هو ضرر خفيف أشد منه قتل المسلم في غالب الظن وانما يكون الضرر العام مقدما على هذا اذا كان فيه هزيمتهم ونحوها فان قيل فلم لم يغرم الدية اذا أصيب مسلم مع قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر أجيب بانه عام مخصوص بالبغاة وقطاع الطريق وغيرهم فجاز تخصيصه بالمعنى وهو ما ذكر من قوله لان الفروض لا تعرى بالغرامات كما ذكرنا فيما لو مات من عزره القاضي أو حده أنه لا دية فيه لان القضاء بذلك فرض عليه فلا يتقيد بشرط السلامة والامتناع عن الاقامة (بخلاف) المضطر (حالة المخمصة لانه لا يمتنع) عن الاكل (بخافة الضمان) لان في الامتناع هلاك نفسه والضمان أخف عليه من هلاكها فلا تمتنع (أما الجهاد فمبني على اتلاف نفسه فيمتنع حذاره) واعلم أن المذهب عندنا في المضطر أنه

يقصد بالرمي الكافر فيصيب المسلم وانما نقول اذا كان عالما بحقيقة حال من يصيبه عند الرمي لم يكن فعله خطأ بل كان مباحا مطلقا والمباح المطلق لا يوجب الكفارة والدية كذا في المبسوط فان قيل ينبغي أن تجب الدية عليهم لقوله عليه السلام ليس في الاسلام دم مفرج أي مبطل قلنا خص عن هذا الحديث قاتل قطاع الطريق والبغاة فيخص المتنازع فيه لضرورة اعلاء كلمة الله (قوله بخلاف حالة المخمصة) أي يجب الضمان اذا

وتترسوا فانه لا يخلو اما أن يكون الحكم واحدا أولا فان كان الاول فظاهر وان كان الثاني فلا شك أن الدليل المذكور وهو قوله لان في الرمي دفع الضرر العام الخ موجود فيلزم تخلف المدلول عن الدليل ويمكن أن يجاب عنه بانهم انما يمكنهم التترس اذا كانوا في المدينة ونحوها أما اذا كانوا في الصحراء فلا لامكان الهجوم عليهم ومصافتهم فلا يمكنهم ذلك لكن لا يتاتى هذا فيما اذا تغلبوا على حصن ونحوه من دار الاسلام بحيث لم يصر دار حرب عند أبي حنيفة ثم يقال الحذف خلاف الاصل فلا يصار اليه الا عند الضرورة من دلالة القواطع على خلافه (قوله جواب عما قاس عليه الحسن وقال اطلاق الرمي لضرورة الخ) أقول الظاهر أن هذا الكلام الزائد هو الا فالحسن لا يجوز الرمي فتامل

قال (ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه) لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق (ويكره اخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها) لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف فانهم يستخفون بها مغايظة للمسلمين وهو التاويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو. لو دخل مسلم اليهم بامان لا باس بان يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يفون بالعهد لان الظاهر عدم التعرض والمجانين يخرجن فى العسكر العظيم لاقامة عمل يليق بهن كالطبخ والسقى والمداواة فاما الشواب فمقامهن فى البيوت أدفع للفتنة

المفعول له وقوله (ولا باس باخراج النساء والمصاحف) كلامه واضح سوى ما نبه عليه السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار وعن أبى حنيفة رضى الله عنه أقل السرية مائة وقال محمد فى السير الكبير أفضل ما يبعث فى السرية أدناه ثلاثة ولو بعث بما دونه جاز وقال الحسن بن زياد من قول نفسه أقل السرية أربعمائة وأقل الجيش أربعة آلاف وقوله (وهو التاويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن فى أرض العدو) رواه ابن عمر وأما قيد التاويل بالصحيح احترازا عما قال أبو الحسن القمى النهى كان فى ابتداء الاسلام عند قلة المصاحف وكذا روى عن الطحاوى وقوله

لا يجب عليه أكل مال الغير مع الضمان فلم يكن فرضا فهو كالمباح يتقيد بشرط السلامة كالمرور فى الطريق فلا حاجة الى الفرق بينه وبين افتراض الجهاد فى نفى الضمان (قوله ولا باس باخراج النساء والمصاحف مع المسلمين اذا كانوا عسكرا عظيما يؤمن عليه لان الغالب هو السلامة والغالب كالمتحقق ويكره اخراج ذلك فى سرية لا يؤمن عليها لان فيه تعريضهن على الضياع والفضيحة وتعريض المصاحف على الاستخفاف) منهم لها قال المصنف (وهو التاويل الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافروا بالقرآن الى أرض العدو) وهذا الحديث رواه الستة الا الترمذى من حديث مالك عن نافع عن ابن عمر وقوله وهو التاويل الصحيح احتراز عما ذكر فخر الاسلام عن أبى الحسن القمى والصدر الشهيد عن الطحاوى أن ذلك انما كان عند قلة المصاحف كى لا ينقطع عن أيدى الناس وأما اليوم فلا يكره أما التاويل الصحيح فما ذكره المصنف وهو منقول عن مالك راوى الحديث فان أبا داود وابن ماجه زادا بعد قوله الى أرض العدو قال مالك أرى ذلك مخافة أن يناله العدو والحق أنهما من قول النبى صلى الله عليه وسلم على ما أخرجه مسلم وابن ماجه عن الليث عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم انه كان ينهى أن يسافر بالقرآن الى أرض العدو ويخاف أن يناله العدو وأخرجه مسلم عن أيوب السختيانى عن نافع عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن فانى لا آمن أن يناله العدو وفى رواية لمسلم فانى أخاف فلذا حكم القرطبى والنووى بانهما من قول النبى صلى الله عليه وسلم وغلط من زعم أنهما من قول مالك وقد يكون مالك لم يسمعهما فوافق تاويله أو شك فى سماعه اياها وفى فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة أقل السرية أربعمائة وأقل العسكر أربعة آلاف وفى المبسوط السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار انتهى وكان المراد من شانهم ذلك والا فقد لا يكمنون وكانه ماخوذ من السرى وهو السير ليلا وكان الاولى أن يقال بعد قوله يؤمن عليه ويكره اخراجه فيما ليس كذلك فان الانتقال من العسكر العظيم الى السرية طفرة كبيرة ليست مناسبة والذى يؤمن عليه فى توغله فى دار الحرب ليس الا العسكر العظيم وينبغى كونه اثنى عشر ألفا لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال لن يغلب اثنا عشر ألفا من قلة وهو أكثر مما روى فيه هذا باعتباره أحوط وهذا ظاهر مذهبنا ومذهب الشافعى ومذهب مالك اطلاق المنع أخذا باطلاق الحديث قال القرطبى لا فرق بين الجيش والسرايا عملا باطلاق النص وهو وان كان نيل العدو له فى الجيش العظيم نادرا فنسيانه وسقوطه ليس بنادر وأنت علمت أن العلة المنصوصة متى كانت مخافة نيله فيناط بما هو مظنته فيخرج الجيش العظيم والنسيان والسقوط نادر مع الاهتمام والتشمر للحفظ الباعث عليه وذلك أن حمله لا يكون الا ممن يخاف نسيان القرآن فياخذه لتعاهده فيبعد ذلك منه وكتب الفقه أيضا كذلك ذكره فى المحيط معزوا الى السير الكبير فكتب الحديث أولى ثم الاولى فى اخراج النساء التجانز للطب والمداواة والسقى دون الشواب ولو احتيج الى المباضعة فالاولى اخراج الاماء دون الحرائر

أكل مال الغير حالة المخمصة وهذه هى التى قاس عليها الحسن بن زياد فقال اطلاق الرمى لضرورة اقامة الجهاد لا ينفى الضمان كتناول مال الغير حالة المخمصة يطاق لمكان الضرورة فيجب الضمان هذا بخلاف حالة المخمصة لانه لا يمتنع عن تناول مال الغير مخافة الضمان لان فيه احياء نفسه أما الجهاد فلان بناءه على اتلاف نفس سواد الكفار وقد يكون مسلمون فلو وجب الضمان بقتالهم لامتنعوا عن القتال وهو فرض (قوله

ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند ضرورة ولا يستحب اخراجهن للمباضعة والخدمة فان كانوا لا بد مخرجين فبالاماء دون الحرائر (ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده) لما بينا (الا أن يهجم العدو على بلد للضرورة) وينبغي للمسلمين أن لا يغدروا ولا يغلوا ولا يمثلوا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا والغلول السرقة من المغنم والغدر الخيانة ونقض العهد والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول (ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا ولا شيخا فانيا ولا مقعدا ولا أعمى

(ولا يباشرن القتال لانه يستدل به على ضعف المسلمين الا عند الضرورة) وقد قاتلت أم سليم يوم خيبر وأقرها عليه الصلاة والسلام حيث قال لقامها خير من مقام فلان وفلان يعني بعض المنهزمين (قوله ولا تقاتل المرأة الا باذن زوجها ولا العبد الا باذن سيده لما بينا) من تقدم حق الزوج والمولى (الا أن يهجم العدو) على ما تقدم (قوله وينبغي للمسلمين) أي يحرم عليهم أن يغدروا أو يغلوا أو يمثلوا والغلول السرقة من الغنيمة والغدر الخيانة ونقض العهد (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تغلوا الخ) تقدم في حديث بريدة وقوله عليه الصلاة والسلام ولا تمثلوا أي المثلة يقال مثلت بالرجل بوزن ضربت أمثل به بوزن انصر مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه ونحوه ذكره في الفائق وقول المصنف (والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر هو المنقول) وقد اختلف العلماء في ذلك فعندنا والشافعي منسوخة كما ذكر قتادة في لفظ في الصحيحين بعد رواية حديث العرنيين قال فحدثني ابن سيرين أن ذلك كان قبل أن تنزل الحدود وفي لفظ للبيهقي قال أنس ما خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعد ذلك خطبة الا نهى فيها عن المثلة وقال أبو الفتح البعمري في سيرته من الناس من أبى ذلك الى أن قال وليس فيها يعني آية الحرابة أكثر مما يشعر به لفظة انما من الاقتصار في حد الحرابة على ما في الآية وأما من زاد على الحرابة جنايات أخر كما فعل هؤلاء كما روى ابن سعد في خبرهم أنهم قطعوا يد الراعي ورجله وغرز والشوك في لسانه وعينيه حتى مات فليس في الآية ما يمنع من التغليظ عليهم والزيادة في عقوبتهم فهذا ليس بمثلة والمثلة ما كان ابتداء على غير جزاء وقد جاء في صحيح مسلم انما سمل النبي صلى الله عليه وسلم أعينهم لانهم سملوا أعين الرعاء ولو أن شخصا جنى على قوم جنايات في أعضاء متعددة فاقتص منه لما كان التشويه الذي حصل له من المثلة وقال ذكر البغوي في سبب نزولها يعني آية الجزاء سببا آخر واذا اختلفت في سبب نزول الآية الاقوال وتطرق اليها الاحتمال فلا نسخ وحاصل هذا القول أن المثلة بمن مثل جزاء ثابت لم ينسخ والمثلة بمن استحق القتل لا عن مثلة لا تحل لا أنها منسوخة لانها لم بشرع أولا لان ما وقع للعرنيين كان جزاء تمثيلهم بالراعي ولا شك أن قوله لا تمثلوا على ما تقدم من رواية الجماعة ونحوها اما أن يكون متأخرا عن مثلة العرنيين فظاهر نسخها أو لا يدري فيتعارض محرم ومبيح خصوصا والمحرم قول فيتقدم المحرم وكلما تعارض نصان ورجح أحدهما تضمن الحكم بنسخ الآخر ورواية أنس صريح فيه وأما من جنى على جماعة جنايات متعددة ليس فيها قتل بان قطع أنف رجل وأذني رجل وفقأ عين وآخر وقطع يد آخر ورجل آخر فلا شك في أنه يجب القصاص لكل واحد أداء لحقه لكنه يجب أن يستأني بكل قصاص بعد الذي قبله الى أن يبرأ منه وحينئذ يصير هذا الرجل ممثلا به أي مثلة ضمنا لا قصدا وانما يظهر أثرا النهي والنسخ فيمن مثل بشخص حتى قتله فمقتضى النسخ أن يقتل به ابتداء ولا يمثل به ثم لا يخفى أن هذا بعد الظفر والنصر أما قبل ذلك فلا بأس به اذا وقع قتالا كما رز ضرب فقطع أذنه ثم ضرب ففقأ عينه فلم يثنه فضرب فقطع أنفه ويده ونحو ذلك (قوله ولا يقتلوا امرأة ولا صبيا) أخرج الستة الا النسائي عن ابن عمر رضي الله

(لما بينا) اشارة الى قوله في الباب السابق لتقدم حق المولى والزوج وقوله (الا أن يهجم) استثناء من قوله لا تقاتل يعني عند الضرورة يقاتلون لان الجهاد حينئذ يصير فرض عين ولا يظهر حق المولى والزوج عنده وقوله (والمثلة المروية) يقال مثلت بالرجل أمثل به مثلا ومثلة اذا سودت وجهه أو قطعت أنفه وما أشبه ذلك وقصة مثلة العرنيين مشهورة وقد انتسخت بالنهي المتأخر روى عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ما قام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة وقوله (ولا شيخا فانيا) قال في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال ولا يكون من أهل الرأي والتدبير أما اذا قال المصنف (ولا تقاتل المرأة الخ) أقول الظاهر أن هذا مستدرك اذ قد علم من قوله ولا يباشرن القتال جواز مقاتلة المرأة باذن زوجها أولا والجواب أن قوله ولا يباشرن القتال من كلام نفسه وهذا من كلام المصنف

(لما بينا) اشارة الى قوله لتقدم حق المولى والزوج (قوله والمثلة المروية في قصة العرنيين منسوخة بالنهي المتأخر) قال عليه السلام لا تمثلوا بنامية الله تعالى أي بخلق الله تعالى وروى عن عمران بن الحصين رضي الله عنه أنه قال ما قام رسول الله عليه السلام فينا خطيبا بعد ما مثل بالعرنيين الا كان يحثنا على الصدقة وينهانا عن المثلة فتخصيصه بالذكر في كل خطبة دليل على تاكيد الحرمة كذا في المبسوط (قوله ولا شيخا فانيا) ذكر في الذخيرة

لان المبيح للقتل عندنا هو الحراب ولا يتحقق منهم ولهذا لا يقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ الفاني والمقعد والاعمى لان المبيح عنده الكفر والحجة عليه ما بيناه وقد صح أن النبي عليه

عنهما أن امرأة وجدت في بعض مغازي رسول الله صلى الله عليه وسلم مقتولة فنهى عن قتل النساء والصبيان وأخرج أبو داود عن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة ولا تغلوا وضموا غنائمكم وأصلحوا وأحسنوا ان الله يحب المحسنين وفيه خالد بن الفزر قال ابن معين ليس بذاك وأما معارضته بما أخرج أبو داود عن سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقتلوا شيوخ المشركين واستبقوا شرخهم فاضعف منه ثم على أصول كثير من الناس لا معارضة بل يجب أن تخص الشيوخ بغير الفاني فان المذكور في ذلك الحديث الشيخ الفاني ليخص العام مطلقا بالخاص نعم يعارض ظاهرا بما أخرج الستة عن الصعب بن جثامة أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أهل الدار من المشركين يبيتون فيصاب من ذراريهم ونسائهم فقال عليه الصلاة والسلام هم منهم وفي لفظهم من آبائهم فيجب دفعا للمعارضة حمله على مورد السؤال وهم المبيتون وذلك أن فيه ضرورة عدم العلم والقصد الى الصغار بانفسهم لان التبييت يكون معه ذلك والتبييت هو المسمى في عرفنا بالكبسة وما الظن الا أن حرمة قتل النساء والصبيان اجماع وأما الحديث الذي ذكر المصنف أنه عليه الصلاة والسلام رأى امرأة مقتولة فهو ما رواه أبو داود والنسائي عن أبي الوليد الطيالسي عن عمير بن المرقع بن صيفي حدثني أبي عن جده رباح بن الربيع بن صيفي قال كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في غزوة فرأى الناس مجتمعين على شيء فبعث رجلا فقال انظر علام اجتمع هؤلاء فجاء رجل فقال امرأة قتيل فقال ما كانت هذه تقاتل وعلى المقدمة خالد بن الوليد فبعث رجلا فقال قل لخالد لا تقتلن امرأة ولا عسيفا وأخرجه النسائي أيضا وابن ماجه عن المغيرة بن عبد الرحمن عن أبي الزناد عن المرقع وكذا أحمد في مسنده وابن حبان في صحيحه والحاكم في المستدرك وفي لفظه فقال هاه ما كانت هذه تقاتل ثم قال وهكذا رواه المغيرة بن عبد الرحمن وابن جريج عن أبي الزناد فصار الحديث صحيحا على شرط الشيخين وهاه كلمة تزجر والهاء الثانية للسكت واذا ثبت فقد علل القتل بالمقاتلة في قوله ما كانت هذه تقاتل فثبت ما قلنا من أنه معلول بالحرابة فلزم قتل ما كان مظنة له بخلاف ما ليس اياه ويمنع قتل النساء والصبيان أو يابس الشق ونحوه يبطل كون الكفر من حيث هو كفر علة أخرى والا لقتل هؤلاء وهو المراد بقول المصنف (والحجة عليه) أي على الشافعي (ما بيناه) يعني من عدم قتل يابس الشق لكن هذا الالزام على أحد القولين له فانه ذكر في شرح الوجيز وفي الشيوخ والعميان والضعفاء والزمنى ومقطوعي الايدي والارجل قولان في قول يجوز قتلهم وبه قال أحمد في رواية لعموم اقتلوا المشركين وروى عنه عليه الصلاة والسلام اقتلوا شيوخ المشركين واستحيوا شرخهم ولانهم كفار والكفر مبيح للقتل وفي قول لا يجوز وبه قال أبو حنيفة ومالك وذكر ما ذكرناه من الحديث المانع من قتل الشيخ الفاني قال والمقعد والزمن ومقطوع اليدين والرجلين في معناه وعن أبي بكر أنه أوصى يزيد بن أبي سفيان حين بعثه الى الشام فقال لا تقتلوا الولدان ولا النساء ولا الشيوخ الخبر انتهى وأنت تعلم أن قوله تعالى اقتلوا المشركين عام مخصوص بالذمي والنساء والصبيان فجاز تخصيص الشيخ الفاني ومن ذكر المصنف بالقياس لو لم يكن فيهم خبر فكيف وفيهم ما سمعت بل ما قدمنا من أن النصوص مقيدة ابتداء بالمحاربين على ما ترجع اليه وأما حديث الشيوخ فتقدم أنه ضعيف بالانقطاع عندهم وبالحجاج بن أرطاة ولو سلم فيجب تخصيصه على ما ذكرنا على أصولهم وأما قول المصنف (صح أنه عليه

كان يقدر على ذلك يقتل لانه بقتاله محارب وبصياحه محرض على القتال وبالاحبال يكثر المحارب وقوله (لان المبيح عنده) أي للقتال هو (الكفر) وعندنا هو الحراب وقوله (ما بيناه) اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق وهو المفلوج قيل والمراد بالذراري هنا النساء وقوله

هذا الجواب في الشيخ الفاني الذي لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولا يقدر على الاحبال لانه اذا كان قادرا على الاحبال يجيء منه الولد فيكثر من يحارب المسلمين (قوله والشافعي رحمة الله تعالى عليه يخالفنا في الشيخ والمقعد) الى قوله والحجة عليه ما بيناه اشارة الى قوله ولهذا لا يقتل يابس الشق أي لو كان نفش

الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري وحين رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم امرأة مقتولة قال هاه ما كانت هذه تقاتل فلم قتلت قال (الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب أو تكون المرأة ملكة) لتعدى ضررها الى العباد وكذا يقتل من قاتل من هؤلاء دفعا لشره ولان القتال مبيح حقيقة (ولا يقتل مجنونا) لانه غير مخاطب الا أن يقاتل فيقتل دفعا لشره غير أن الصبي والمجنون يقتلان ما داما يقاتلان وغيرهما لا باس بقتله بعد الاسر لانه من أهل العقوبة لتوجه الخطاب نحوه وان كان يجن ويفيق فهو فى حال افاقته كالصحيح (ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين فيقتله) لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا ولانه يجب عليه احياؤه بالانفاق فيناقضه الاطلاق فى افنائه (فان أدركه امتنع عليه حتى يقتله غيره) لان المقصود يحصل بغيره من غير اقتحام المأثم وان قصد الاب قتله بحيث لا يمكنه دفعه الا بقتله لا باس به لان مقصوده الدفع ألا ترى أنه لو شهر الاب المسلم سيفه على ابنه ولا يمكنه دفعه الا بقتله يقتله لما بينا فهذا أولى والله تعالى أعلم بالصواب

الصلاة والسلام نهى عن قتل الصبيان والذراري) فالمراد بالذراري النساء من اسم السبب فى المسبب قال فى العرنيين وفى الحديث لا تقتلوا ذرية ولا عسيفا أى امرأة ولا أجيرا ثم المراد بالشيخ الفاني الذى لا يقتل هو من لا يقدر على القتال ولا الصياح عند التقاء الصفين ولا على الاحبال لانه يجني منه الولد فيكثر محاربو المسلمين ذكره فى الذخيرة وذكر الشيخ أبو بكر الرازى فى كتاب المرتد من شرح الطحاوى انه اذا كان كامل العقل نقتله ومثله نقتله اذا ارتد والذى لا نقتله الشيخ الفاني الذى خرف وزال عن حدود العقلاء والمميزين فهذا حينئذ يكون بمنزلة المجنون فلا نقتله ولا اذا ارتد قال وأما الزمنى فهم بمنزلة الشيوخ فيجوز قتلهم اذا رأى الامام ذلك كما يقتل سائر الناس بعد أن يكونوا عقلاء ونقتلهم أيضا اذا ارتدوا اه ولا نقتل مقطوع اليد اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف ونقتل أقطع اليد اليسرى أو احدى الرجلين وان لم يقاتل (قوله الا أن يكون أحد هؤلاء) استثناء من حكم عدم القتل ولا خلاف فى هذا الاحد وصح أمره عليه الصلاة والسلام بقتل دريد بن الصمة وكان عمره مائة وعشرين عاما أو أكثر وقد عمى لما جيء به فى جيش هوازن للرأى وكذلك يقتل من قاتل من كل من قلنا انه لا يقتل كالمجنون والصبي والمرأة (الا أن الصبي والمجنون يقتلان فى حال قتالهما) أما غيرهما من النساء والرهبان ونحوهم فانهم يقتلون اذا قاتلوا بعد الاسر والمرأة الملكة تقتل وان لم تقاتل وكذا الصبي الملك والمعتوه الملك لان فى قتل الملك كسر شوكتهم وفى السير الكبير لا يقتل الراهب فى صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس فان خالطوا قتلوا كالقسيسين والذى يجن ويفيق يقتل فى حال افاقته وان لم يقاتل (قوله ويكره أن يبتدئ الرجل أباه من المشركين) أو جده أو أمه اذا قاتلت أو جدته (بالقتل لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا) نزلت فى الابوين ولو مشركين لقوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بى ما ليس لك به علم الآية (ولانه يجب عليه الانفاق لاحيائه فيناقضه الاطلاق فى افنائه فان أدركه) أى أدرك الاب الابن ليقتله والابن قادر على قتله (امتنع) الابن (على الاب) بغير القتل بل

الكفر علة لقتل يابس الشق والمقطوع اليمنى والمقطوع يده ورجله من خلاف (قوله والذراري) أى النساء ههنا (قوله هاه) هى كلمة تعجب (قوله الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب) وقد صح أن النبى عليه السلام قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفى رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى كذا فى الذخيرة (قوله فان أدركه امتنع عليه) وذكر فى الذخيرة واذا طغر الابن بابيه فى الصف لا ينبغى أن يقصده بالقتل ولا ينبغى أن يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه الى موضع يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله ولو كان المشرك أحاله له أن يبتدئ بقتله فان قيل قد سوى بين الاخ الباغى والاب الباغى حتى لا يحل للعادل أن يبتدئ كل واحد منهما بالقتل فلم فرق هنا بينهما قلنا الاخ اذا كان مسلما يجب احياؤه بالانفاق عليه وكذا يجب احياؤه بالكف عن قتله وان كان باغيا واذا كان كافرا لا يجب احياؤه بالانفاق عليه فكذا لا يجب احياؤه بالكف عن قتله بخلاف الوالدين فانه يجب احياؤهما اذا كانا

(هاه) كلمة تنبيه ألحقت بآخرها هاء السكت (قوله الا أن يكون أحد هؤلاء ممن له رأى فى الحرب) لما صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وفى رواية ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى (قوله فهو فى حال افاقته كالصحيح) يعنى يقتل سواء قاتل أو لم يقاتل كالصحيح فانه يقتل وان لم يقاتل لكنه انما يقتل فى حال افاقته لانه ممن يقاتل ويخاطب (قوله امتنع عليه) أى يقف عنده ويعالجه فيضرب قوائم فرسه ونحو ذلك وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لان مقصوده الدفع والله أعلم

قال المصنف (لقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا معروفا) أقول قد سبق فى كتاب النفقة من الكتاب أنه لا يجب الانفاق على الابوين الحربيين وان كانا مستأمنين وصرح الشراح أن قوله تعالى وصاحبهما الآية مخصوص باهل الذمة دفعا للتعارض فتامل فى جوابه قال المصنف (ولانه يجب عليه احياؤه) أقول ولا

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله وادع رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين ولان الموادعة جهاد معنى اذا كان خيرا للمسلمين لان المقصود وهو دفع

يشغله بالمحاولة بان يعرقب فرسه أو يطرحه عن فرسه ويلجئه الى مكان ولا ينبغي أن ينصرف عنه ويتركه لانه يصير حربا علينا بل يلجئه الى أن يفعل ماذكرنا ولا يدعه أن يهرب الى أن يجيء من يقتله فاما ان لم يتمكن الابن من دفعه عن نفسه الا بالقتل فليقتله لانه لو كان مسلما أراد قتل ابنه ولا يتمكن من التخلص منه الا بقتله كان له قتله لتعينه طريقا للدفع شره فهنا أولى ولو كانا في سفر وعطشا ومع الابن ماء يكفي لنجاة أحدهما كان للابن شربه ولو كان الاب يموت وينبغي أنه لو سمع أبا المشرك يذكر الله أو رسوله بسوء يكون له قتله لما روي أن أبا عبيدة بن الجراح قتل أباه حين سمعه يسب النبي صلى الله عليه وسلم وشرف وكرم فلم ينكر النبي صلى الله عليه وسلم ذلك ولا يكره للاب قتل ابنه المشرك وكذا سائر القرابات عندنا كالعم والخال بياح قتلهم ولا مناقضة لان نفقة ذوي الارحام عندنا لا تجب الا للمسلمين منهم بخلاف القرابات البغاة يكره أن يبتدئهم كالاب وأما في الرجم اذا كان الابن أحد الشهود فيبتدئ بالرجم ولا يقصد قتله بان يرميه مثلا بحصاة والله الموفق

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

الموادعة المسالمة وهو جهاد معنى لا صورة فاخره عن الجهاد صورة ومعنى وما قيل لانه ترك الجهاد وترك الشيء يقتضي سبق وجوده فغير صحيح بل يتحقق ترك الزنا وسائر المعاصي ممن لم توجد منه أصلا ويثاب على ذلك وكيف وهو مكلف بتركها في جميع عمره والا كان تكليفا بالمحال (قوله واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم) بمال وبلا مال (وكان ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها وتوكل على الله) والآية وان كانت مطلقة لكن اجماع الفقهاء على تقييدها بروية مصلحة للمسلمين في ذلك بآية أخرى هي قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون فاما اذا لم يكن في الموادعة مصلحة فلا يجوز بالاجماع وفي السلم كسر السين وفتحها مع سكون اللام وفتحها ومنه قوله تعالى وألقوا اليكم السلم ومقتضى الاصول أنها اما منسوخة ان كانت الثانية بعدها أي نسخ الاطلاق وتقييده بحالة المصلحة أو المعارضة في حالة عدم وجود المصلحة ان لم يعلم ثم ترجح مقتضى المنع أعني آية ولا تهنوا كما هو القاعدة في تقديم المحرم وأما حديث موادعته عليه الصلاة والسلام أهل مكة عام الحديبية عشر سنين فنظر فيه بعض الشارحين بان الصحيح عند أصحاب المغازي أنها سنتان كذا ذكره معتمر بن سليمان عن أبيه وليس بلازم لان الحاصل ان أهل النقل مختلفون في ذلك فوقع في سيرة موسى بن عقبة أنها كانت سنتين أخرجه البيهقي عنه وعن عروة بن الزبير مرسلا ثم قال البيهقي وقولهما سنتين يريدان بقاءه سنتين الى أن نقض المشركون عهدهم وخرج النبي صلى الله عليه وسلم اليهم لفتح مكة وأما المدة التي وقع عليها عقد الصلح فيشبه أن يكون المحفوظ ما رواه محمد بن اسحق وهي عشر سنين اه وما ذكره عن ابن اسحق هو المذكور في سيرته وسيرة ابن هشام من غير أن يتعقبه ورواه أبو داود من حديث محمد بن اسحق عن الزهري عن عروة بن الزبير عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم أنهم اصطلحوا على وضع الحرب عشر سنين يامن فيها الناس وعلى أن بيننا عيبة مكفوفة وانه لا اسلال ولا اغلال ورواه أحمد رحمه الله في مسنده مطولا بقصة الفتح حدثنا يزيد بن

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه) والموادعة المصالحة وسميت بها لانهما متاركة وهي من الودع وهو الترك وذكر ترك القتال بعد ذكر القتال ظاهر المناسبة (قوله وكان ذلك مصلحة) قيل عليه بان قوله تعالى وان جنحوا للسلم ليس بقيد بالمصلحة فكان الاستدلال

رد النقض بالابن فانه ليس كالاب وان شئت مزيد التفصيل فارجع الى غاية البيان في كتاب المفقود ومر في النفقة أيضا

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

كافرين بالانفاق عليهما فكذا يجب الاحياء بالكف عن قتلهما والله تعالى أعلم بالصواب

(باب الموادعة ومن يجوز أمانه)

(قوله واذا رأى الامام أن يصالح أهل الحرب أو فريقا منهم وكان في ذلك مصلحة للمسلمين فلا باس به) لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها ولا يجب عليه لان الصلح انما شرع نفعا في حق المسلمين فلو وجب اصار حقا

به مخالفا للمدعى وأجيب بان هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا لزم التناقض لما أن موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو بما ذكرنا بدليل موادعة رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة على ماذكر فى الكتاب (ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة المروية من المقدرات التى لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص وقوله (لتعدى المعنى) وهو دفع الشر وقوله (بخلاف ما اذا لم يكن (٢٠٥) خيرا) حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم عملا بقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى أما صورة فظاهر حيث تركوا القتال وأما معنى فلانه لما لم يكن فيه مصلحة للمسلمين لم يكن فى تلك الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا وقوله نبذ اليهم نبذ الشئ من يده طرحه ورمى به نبذا ونبذ العهد نقضه وهو من ذلك لانه طرح له وقوله (نبذ اليهم) أى بعث اليهم من

الشرح حاصل به ولا يقتصر الحكم على المدة المروية لتعدى المعنى الى ما زاد عليها بخلاف ما اذا لم يكن خيرا لانه ترك الجهاد صورة ومعنى (وان صالحهم مدة ثم رأى نقض الصلح أنفع نبذ اليهم وقاتلهم) لانه عليه

هرون أنبأنا ابن اسحق فساقه الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين يأمن فيها الناس ويكف بعضهم عن بعض وكذا رواه الواقدى فى المغازى حدثنى ابن أبى سبرة عن اسحق بن عبد الله بن أبى بردة عن واقد بن عمرو فذكر قصة الحديبية الى أن قال على وضع الحرب عشر سنين الخ والوجه الذى ذكره البيهقى وجه حسن به تنتفى المعارضة فيجب اعتباره فان الكل اتفقوا على أن سبب الفتح كان نقض قريش العهد حيث أعانوا على خزاعة وكانوا دخلوا فى حلف رسول الله صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى مدة الصلح فوقع الخلاف ظاهر بان مراد من قال سنتين ان بقاء سنتان ومن قال عشرا قال انه عقده عشرا كما رواه كذلك فانه لا تنافى بينهما حينئذ والله سبحانه أعلم (قوله ولا يقتصر الحكم) وهو جواز الموادعة (على المدة المذكورة) وهى عشر سنين (لتعدى المعنى) الذى به علل جوازها وهو حاجة المسلمين أو ثبوت مصلحتهم فانه قد يكون باكثر (بخلاف ما اذا لم تكن) الموادعة أو المدة المسماة (خيرا) للمسلمين فانه لا يجوز (لانه ترك للجهاد صورة ومعنى) وما أبيح الا باعتبار أنه جهاد وذلك انما يتحقق اذا كان خيرا للمسلمين والا فهو ترك للمامور به وبهذا يندفع ما نقل عن بعض العلماء من منعه أكثر من عشر سنين وان كان الامام غير مستظهر وهو قول الشافعى ولقد كان فى صلح الحديبية مصالح عظيمة فان الناس لما تقاربوا انكشف محاسن الاسلام للذين كانوا متباعدين لا يعقلونها من المسلمين لما قاربوهم وتخالطوا بهم (قوله وان صالحهم مدة ثم رأى أن نقض الصلح أنفع نبذ اليهم) أى ألقى اليهم عهدهم وذلك بان يعلمهم أنه رجع عما كان وقع قال تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك لكن ظاهر الآية أنه مقيد بخوف الخيانة وهو

عليهم فينقلب الحكم على عكسه وهذا كالاصطياد شرع حقا لنا فلو وجب لصار حقا علينا فان قيل الآية عامة تقتضى أن لا يكون فى المصالحة باس سواء كانت مصلحة أو لم تكن وقد قيدت بالمصلحة قلنا هذه الآية محمولة على ما اذا كانت فى المصالحة مصلحة للمسلمين بدليل آية أخرى وهى قوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون وبدليل الآيات الموجبة للقتال والا يلزم التناقض لان موجب الامر بالقتال مخالف لموجب الامر بالمصالحة فلا بد من التوفيق بينهما وهو ما ذكر فى الكتاب (قوله ولا يقتصر الحكم على المدة المروية) وهى عشر سنين فكانت هذه المدة من المقدرات التى لا تمنع الزيادة والنقصان لان مدة الموادعة تدور مع المصلحة وهى قد تزيد وقد تنقص (قوله لتعدى المعنى) وهو دفع الشر لما أنه يحتمل أن يكون مصلحة المسلمين فيما زاد على عشر سنين بخلاف ما اذا لم يكن خيرا حيث لا يجوز للامام أن يوادعهم لقوله تعالى فلا تهنوا وتدعوا الى السلم ولان قتال المشركين فرض وترك ما هو فرض من غير عذر لا يجوز (قوله لانه ترك الجهاد صورة ومعنى) أما صورة فظاهر حيث ترك القتال وأما معنى فانه لما لم تكن فيه مصلحة للمسلمين لم تكن فى تلك

(قوله وأجيب بان هذه الآية الشريفة الى قوله وأنتم الاعلون) أقول فيه بحث لان المنهى عنه فى هذه الآية هو البداية بالدعوة الى السلم من جانب المسلمين والمامور به فى الآية السابقة هو الميل اليها اذا مالوا لها أولا فلا مخالفة بينهما حتى يعلل بالمصلحة ويرفع المنافاة ولعل النهى عنه انما هو لان فيه الحاقا للمذلة بالمسلمين كما يدل عليه قوله تعالى ولا تهنوا نعم يمكن أن يقال ان فى هذه الآية دلالة على أنه لا تجوز الدعوة الى السلم اذا كان بهم ضعف فان النهى يقتضى المشروعية كما بين فى علم الاصول (قوله وبدليل الآيات الموجبة للقتال) أقول الآيات الموجبة للقتال معلومة التاخر عن آيات السلم كما صرح به فى النهاية وأيضا آية السلم نزلت مع الآيات المنزلة فى شأن بنى قريظة وهذه نزلت فى سورة التوبة منها قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية فتكون تلك الآية ناسخة لها فكيف يستدل بها (قوله وقوله بخلاف ما اذا لم يكن خيرا الى قوله ولا تهنوا الآية) أقول فيه بحث والظاهر أن يقال ان هذه الآية الكريمة لا تدل على عدم جواز المسالمة اذا طلبوها منا فكيف يستدل بها (قوله ولان الموادعة ترك الجهاد صورة ومعنى الخ) أقول فيه بحث (قوله وهو من ذلك الخ) أقول أى النبذ بمعنى نقض العهد من النبذ بمعنى الطرح

السلام نبذ الموادعة التى كانت بينه و بين أهل مكة ولان المصلحة لما تبدلت كان النبذ جهادا و ايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر وقد قال عليه السلام فى العهود وفاء لا غدر ولا بد من اعتبار مدة يبلغ فيها خبر النبذ الى جميعهم و يكتفى فى ذلك بمضى مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته لان بذلك يتنفى الغدر قال (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان ذلك باتفاقهم) لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه بخلاف ما اذا دخل جماعة منهم فقطعوا الطريق ولا منعة لهم حيث لا يكون هذا نقضا للعهد ولو كانت لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا للعهد فى حقهم دون غيرهم لانه بغير اذن ملكهم ففعلهم لا يلزم غيرهم حتى لو كان باذن ملكهم صاروا ناقضين للعهد لانه باتفاقهم معنى

بعلمهم بنقض العهد وقوله صلى الله عليه وسلم (فى العهود وفاء لا غدر) أى هى وفاء (قوله ولا بد من اعتبار مدة الخ) قال الله تعالى واما تخافن من قوم خيانة فانبذ اليهم على سواء أى على سواء منكم ومنهم فى العلم بذلك فعرفنا أنه لا يحل قتالهم قبل النبذ وقبل ان يعلموا بذلك ليعودوا الى ما كانوا عليه من التحصن وكان ذلك للتحرز عن الغدر

مثل ان علمتم فيهم خيرا فى الكتابة ولعل خوف الخيانة لازم للعلم بكفرهم وكونهم حربا علينا والاجماع على أنه لا يتقيد بخطو ر الخوف لان المهادنة فى الاول ما صحت الا لانها أنفع فلما تبدل الحال عاد الى المنع (ولا بد من النبذ تحرزا عن الغدر) وهو محرم بالعمومات نحو ما صح فى البخارى عنه عليه الصلاة والسلام من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص أربع خلال من كن فيه كان منافقا خالصا من اذا حدث كذب واذا وعد أخلف واذا عاهد غدر واذا خاصم فجر و روى أبو داود والترمذى وصححه كان بين معاوية و بين الروم عهد وكان يسير نحو بلادهم حتى اذا انقضى العهد غزاهم فجاء رجل على فرس أو برذون وهو يقول الله أكبر الله أكبر وفاء لا غدر فنظر وا فاذا هو عمرو بن عبسة فارسل اليه معاوية فسأله فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من كان بينه و بين قوم عهد فليشد عقده ولا يحلها حتى ينقضى أمدها أو ينبذ اليهم على سواء فرجع معاوية بالناس ورواه أحمد وابن حبان وابن أبى شيبة وغيرهم وأما ما ذكر المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام وفاء لا غدر فلم يعرف فى كتب الحديث الا من قول عمرو بن عبسة هذا وأما استدلاله بانه صلى الله عليه وسلم نبذ الموادعة التى كانت بينه و بين أهل مكة فلا ليق أن يجعل دليلا فيما يأتى من قوله (وان بدؤا بخيانة قاتلهم ولم ينبذ اليهم اذا كان باتفاقهم لانهم صاروا ناقضين للعهد فلا حاجة الى نقضه) وكذا اذا دخل جماعة منهم لهم منعة وقاتلوا المسلمين علانية يكون نقضا فى حقهم خاصة فيقاتلون و يسترقون هم ومن معهم من الذرارى الا أن يكون باذن ملكهم فيكون نقضا فى حق الكل ولو لم تكن لهم منعة لم يكن نقضا لا فى حقهم ولا فى حق غيرهم وانما قلنا هذا لانه عليه الصلاة والسلام لم يبدأ أهل مكة بل هم بدؤا بالغدر قبل مضى المدة فقاتلهم ولم ينبذ اليهم بل سأل الله تعالى أن يعمى عليهم حتى يبغتهم هذا هو المذكور لجميع أصحاب السير والمغازى ومن تلقى القصة و رواها كما فى حديث ابن اسحق عن الزهرى عن عروة بن الزبير عن مروان بن الحكم والمسور بن مخرمة قالا كان فى صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه من شاء أن يدخل فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم وعهده دخل فدخلت خزاعة فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخلت بنو بكر فى عقد قريش فكثوا فى الهدنة نحو السبعة أو الثمانية عشر شهرا ثم ان بنى بكر الذين دخلوا فى عقد قريش وثبوا على خزاعة الذين دخلوا فى عقد رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلا بماء لهم يقال له الوتير قريب من مكة وقالت قريش هذا ليل ولا يعلم بنا محمد ولا يرانا أحد فاعانوا بنى بكر بالسلاح والكراع وقاتلوا خزاعة معهم وركب عمرو بن سالم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك يخبره الخبر فلما قدم عليه أنشده

لاهم انى ناشد محمدا * حلف أبينا وأبيه الأتلدا
ان قريشا أخلفوك الموعدا * ونقضوا ميثاقك المؤكدا
هم بيتونا بالوتير هجدا * فقتلونا ركعا وسجدا
* فانصر رسول الله نصر اعتدا *

الموادعة دفع الشر فلم يحصل الجهاد معنى أيضا

(واذا رأى الامام موادعة أهل الحرب وأن يأخذ على ذلك مالا فلا بأس به) لانه لما جازت الموادعة بغير المال فكذا بالمال لكن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة أما اذا لم تكن لا يجوز لما بينا من قبل والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية هذا اذا لم ينزلوا بساحتهم بل أرسلوا رسولا لانه في معنى الجزية أما اذا أحاط الجيش بهم ثم أخذوا المال فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي بينهم لانه ماخوذ بالقهر معنى (وأما المرتدون فيوادعهم الامام حتى ينظر في أمرهم) لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير قتالهم طمعا في اسلامهم (ولا يأخذ عليه مالا) لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا (ولو أخذه لم يرده) لانه مال غير معصوم ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية والحاق المذلة بأهل

فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم نصرت يا عمر وبن سالم ثم أمر الناس فتجهزوا وسأل الله أن يعمي على قريش خبرهم حتى يبغتهم في بلادهم وذكر موسى بن عقبة نحو هذا وان أبا بكر قال له يا رسول الله ألم يكن بينك وبينهم مدة قال ألم يبلغك ما صنعوا بيني كعب ورواه الطبراني من حديث ميمونة ورواه ابن أبي شيبة مرسلا عن عروة ورواه مرسلا عن جماعة كثيرين في كتاب المغازي وفيه فقال أبو بكر يا رسول الله أولم يكن بيننا وبينهم مدة فقال انهم غدروا ونقضوا المعهد فاغار جهم ثم في النبذ لا يكفي مجرد اعلامهم بل لا بد من مضي مدة يتمكن ملكهم بعد علمه بالنبذ من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته ولا يجوز أن يغير على شيء من بلادهم قبل مضي تلك المدة (قوله وان رأى الامام موادعة أهل الحرب وان يأخذ) المسلمون (على ذلك لا جاز لانه لما جاز بلا مال فبالمال وهو أكثر نفعا أولى الا أن هذا اذا كان بالمسلمين حاجة اما اذا لم تكن فلا نوادعهم لما بينا من قبل) يعني قوله لانه ترك للجهاد صورة ومعنى قال شارح ويجوز أن يكون اشارة الى قوله لانه يشبه الاجر يعني في مسئلة الجعل قبل باب كيفية القتال وهذا يقتضي أن الموادعة تجوز وأخذ مالهم لا يجوز اذا كان مال المسلمين كثيرا غير أنهم ليسوا متاهبين للحرب لقلة العدد الحاضر لتعرف المقاتلة في البلاد ونحوه وهو بعيد لان ذلك كالجهاد وفي أخذ مالهم كسر لشوكتهم وتقليل لمادتهم فأخذه لهذا المعنى من الجهاد لا لاجرة على الترك وباعتباره ثم ما يؤخذ من هذا المال يصرف مصارف الخراج والجزية ان كان قبل النزول بساحتهم بل برسول اما اذا نزلنا بهم فهو غنيمة يخمسها ويقسم الباقي لانه ماخوذ منهم قهرا معنى وأما المرتدون فلا بأس بموادعتهم ومعلوم أن ذلك اذا غلبوا على بلدة وصارت دارهم دار الحرب والا فلا لان فيه تقرير المرتد على الردة وذلك لا يجوز ولهذا قيده الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير بما ذكرنا قال يدل عليه وضع المسئلة في مختصر الكرخي بقوله غلب المرتدون على دار من دور الاسلام فلا بأس بموادعتهم عند الخوف فلو وادعهم على المال لا يجوز لانه في معنى الجزية ولا تقبل من المرتد جزية وقوله (لما بينا) يعني في باب الجزية (و) مع هذا (لو أخذه لا يرده) عليهم لان مالهم في حكم المسلمين اذا ظهر وبخلاف ما اذا أخذ من أهل البغي حيث يرد عليهم بعد ما وضعت الحرب أوزارها لانه ليس فيأ الا أنه لا يرده حال الحرب لانه اعانة لهم (قوله ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الموادعة على مال يدفعه المسلمون اليهم لا يفعله الامام لما فيه من اعطاء الدنية) أي النقيصة ومن ذلك قول عمر لابي بكر رضي الله عنهما في الحديبية وكان امتناعا عن الصلح أليس برسول الله صلى الله عليه وسلم قال أبو بكر بلى قال أولسنا بالمسلمين قال بلى قال أوليسوا بالمشركين قال بلى قال فعلام نعطي الدنية في ديننا فقال له أبو بكر الزم غرزه فاني أشهد أنه رسول الله فقال عمر وأنا أشهد أنه رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره ابن اسحق في السير وفي الحديث ليس للمؤمن أن يذل نفسه فالعزة خاصية الايمان قال الله

(قوله لما بينا من قبل) أن المقصود من الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى لا سلب الاموال الا أن أخذ المال يجوز لحاجة المسلمين كالجزية (قوله اذا لم ينزلوا بساحتهم) أي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب (قوله ولو أخذه لم يرده عليهم لانه مال غير معصوم) وفي الرد عليهم معونة لهم على القتال

وقوله (لما بينا من قبل) يعني قوله انه ترك الجهاد صورة ومعنى وقوله (اذا لم ينزلوا بساحتهم) أي اذا لم ينزل المسلمون بدار الكفار للحرب وقوله (لانه ماخوذ بالقهر معنى) يعني فيكون كالماخوذ قهرا صورة ومعنى وهو الماخوذ بعد الفتح بالقتال وقوله (لما فيه من اعطاء الدنية) أي النقيصة

(قال المصنف ولا يأخذ عليه مالا لانه لا يجوز أخذ الجزية منهم لما بينا) أقول هذا انما يدل على عدم جواز أخذ المال منهم قبل الاحصار ولا دلالة فيه على عدمه بعده فتأمل قال في الكافي ولا يأخذ منهم على ذلك مالا لان أخذ المال تقرير لهم على ذلك اه وفيه بحث فان الموادعة تكون بزمان معين فلو أخذ منهم على ذلك مالا مقدرا الى ذلك الزمان كيف يكون تقريرا لهم عليه

الاسلام الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن

تعالى ولله العزة ولرسوله وللمؤمنين (الا اذا خاف) الامام (الهلاك) على نفسه والمسلمين فلا باس لان النبى صلى الله عليه وسلم لما اشتد على الناس البلاء فى وقعة الخندق أرسل الى عيينة بن حصن الفزارى والحرث بن عوف بن أبى حارثة المرى وهما قائدا غطفان واعطاهما ثلث ثمار المدينة على أن يرجعا بمن معهما فجرى بينهما الصلح حتى كتبوا الكتاب ولم تقع الشهادة ولا عزيمة الصلح فلما أراد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يفعل بعث الى سعد بن معاذ وسعد بن عبادة فذكر لهما ذلك واستشارهما فيه فقالا له يا رسول الله أأمر اتحبه فنصنعه أم شيأ أمرك الله به لا بد لنا من العمل به أم شيأ تصنعه لنا قال بل شئ أصنعه لكم والله ما أصنع ذلك الا لانى رأيت العرب قد رمتكم عن قوس واحدة وكالبوكم من كل جانب فاردت أن أكسر عنكم من شوكتهم الى أمر ما فقال له سعد بن معاذ يا رسول الله قد كنا نحن وهؤلاء القوم على الشرك بالله وعبادة الاوثان لا نعبد الله ولا نعرفه وهم لا يطمعون أن يأكلوا منا تمرة الا قرى أو بيعا أفحين أكرمنا الله بالاسلام وهدانا له وأعزنا بك وبه نعطيهم أموالنا ما لنا بهذا من حاجة والله ما نعطيهم الا السيف حتى يحكم الله بيننا وبينهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فانت وذاك فتناول سعد الصحيفة فمحا ما فيها من الكتابة ثم قال ليجهدوا علينا قال محمد ابن اسحق حدثنى به عاصم بن عمر و بن قتادة ومن لا أتهم عن محمد بن مسلم بن عبيد الله بن شهاب الزهرى وعلل المصنف هذا بقوله (لان دفع الهلاك واجب باى طريق يمكن) وهو تساهل فانه لا يجب دفع الهلاك باجراء كلمة الكفر ولا بقتل غيره لو أكره عليه بقتل نفسه بل يصبر للقتل ولا يقتل غيره ولو شرطوا فى الصلح أن يرد عليهم من جاء مسلما منهم بطل الشرط فلا يجب الوفاء به فلا يرد اليهم من جاءنا منهم مسلما وهو قول مالك وقال الشافعى يجب الوفاء به فى الرجال دون النساء لانه صلى الله عليه وسلم فعل ذلك فى الحديبية حين جاء أبو جندل بن عمرو بن سهيل وكان قد أسلم فرده فصار ينادى يا معشر المسلمين أأرد الى المشركين يفتنونى عن دينى فقال له عليه الصلاة والسلام اصبرا با جندل واحتسب فان الله جاعل لك ولمن معك من المستضعفين فرجا ومخرجا وكذا رد أبا بصير وأما لو شرط مثله فى النساء لا يجوز ردهن ولا شك فى انفساخ نكاحها فلو طلب زوجها الحربى المهر هل يعطاه للشافعى فيه قولان فى قول لا يعطاه وهو قولنا وقول مالك وأحمد وفى قول يعطاه قال تعالى فان علمتموهن مؤمنات فلا ترجعوهن الى الكفار وهذا هو دليل النسخ فى حق الرجال

(قوله الا اذا خاف الهلاك) أى اذا خاف الامام الهلاك على نفسه ونفس سائر المسلمين حينئذ لا باس أن يفعله لما روى أن المشركين لما أحاطوا بالخندق وصار المسلمون كما قال الله تعالى هنالك ابتلى المؤمنون وزلزلوا زلزالا شديدا بعث رسول الله عليه السلام الى عيينة بن حصن وطلب منه أن يرجع بمن معه على أن يعطيه كل سنة ثلث ثمار المدينة فابى الا النصف فلما حضر رسله ليكتبوا بين يدى رسول الله عليه السلام قام سيد الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضى الله عنهما وقالا يا رسول الله ان كان هذا وحيا فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا نحن وهم فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين وكانوا لا يطمعون فى ثمار المدينة الا شراء أو قرى فاذا أعزنا الله تعالى بالدين وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا بالسيف فقال عليه السلام انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فاحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فانتم وذاك اذهبوا فلا نعطيكم الا بالسيف فقد مال رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الصلح فى الابتداء لما أحس الضعف بالمسلمين فحين رأى القوة فيهم بما قال السعدان امتنع عن ذلك (قوله باى طريق يمكن) قيل فى هذا التعميم شبهة وهى انه لو لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا باجراء كلمة الكفر أو بقتل غيره أو بالزنا فان دفع الهلاك بذلك (ولا

عن نفسه غير واجب بل هو مرخص فيه حتى لو قتل فيها بصبره عنها كان شهيدا وأجيب عنها بان معنى

(ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب ولا يحمل اليهم) لان النبي عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين فيمنع من ذلك وكذا الكراع لما بينا وكذلك الحديد لانه أصل السلاح وكذا بعد الموادعة لانها على شرف النقض أو الانقضاء فكانوا حربا علينا وهذا هو القياس في الطعام والثوب الا أنا عرفناه بالنص فانه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة وهم حرب عليه

أيضا اذ لا فرق بين النساء والرجال في ذلك بل مفسدة رد المسلم اليهم أكثر وحين شرع ذلك كان في قوم من أسلم منهم لا يبالغون في تعذيبه فان كل قبيلة لا تتعرض لمن فعل ذلك من قبيلة أخرى انما يتولى رده عشيرته وهم لا يبالغون فيه أكثر من القيد والسب والاهانة ولقد كان بمكة بعد هجرة النبي صلى الله عليه وسلم جماعة من المستضعفين مثل أبي بصير وأبي جندل بن عمرو بن سهيل الى نحو سبعين لم يبالغوا فيهم النكاية لعشائرهم والامر الآن على خلاف ذلك (قوله ولا ينبغي أن يباع السلاح من أهل الحرب) اذا حضروا مستامنين (ولا يحمل اليهم) مع التجار الى دار الحرب (لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع السلاح من أهل الحرب وحمله اليهم) والمعروف ما في سنن البيهقي ومسند البزار ومعجم الطبراني من حديث (١) بحر بن كنيز السقاء عن عبيد الله اللقيطي عن أبي رجاء عن عمران بن الحصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع السلاح في الفتنة قال البيهقي الصواب أنه موقوف وأخرجه ابن عدي في الكامل عن محمد ابن مصعب القرقساني وقد اختلف فيه ضعفه ابن معين وقال ابن عدي وهو عندي لا باس به ونقل عن أحمد نحو ذلك قال المصنف (ولان فيه) أي في نقل السلاح وتجهيزه اليهم (تقويتهم على قتال المسلمين وكذا الكراع) أي الخيل ولا فرق في ذلك بين ما قبل الموادعة وبين ما بعدها (لانها على شرف الانقضاء أو النقض) قال (وهو القياس في الطعام) أي القياس فيه أن يمنع من حمله الى دار الحرب لان به يحصل التقوي على كل شئ والمقصود اضعافهم (الا أنا عرفناه) أي نقل الطعام اليهم (بالنص) يعني حديث ثمامة وحديث اسلامه رواه البيهقي من طريق محمد بن اسحق عن سعيد المقبري عن أبي هريرة فذكر قصة اسلام ثمامة وفي آخره قوله لاهل مكة حين قالوا له أصبوت فقال اني والله ما صبوت ولكني أسلمت وصدقت محمدا وآمنت به وأيم الذي نفس ثمامة بيده لا تاتيكم حبة من اليمامة وكانت ريف مكة ما بقيت حتى يأذن فيها محمد صلى الله عليه وسلم وانصرف الى بلده ومنع الحمل الى مكة حتى جهدت قريش فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يسالونه بارحامهم أن يكتب الى ثمامة يحمل اليهم الطعام ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وذكره ابن هشام في آخر السيرة وذكر أنهم قالوا له صبأت فقال لا ولكني اتبعت خير الدين دين محمد والله لا تصل اليكم حبة من اليمامة حتى يأذن فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فكتبوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم انك تامر بصلة الرحم وانك قد قطعت أرحامنا فكتب عليه الصلاة والسلام اليه أن يخلي بينهم وبين الحمل وأما بيع الحديد فمنعه المصنف (لانه أصل السلاح) وهو ظاهر الرواية فان الحاكم نص على تسوية الحديد والسلاح وذهب نفر الاسلام في شرح الجامع الصغير الى أنه لا يكره حيث قال وهذا في السلاح وأما فيما لا يقاتل به الا بصنعة فلا باس به كما كرهنا بيع المزامير وأبطلنا بيع الخمر ولم نر بيع العنب باسا ولا بيع الخشب وما أشبه ذلك وقال الفقيه أبو الليث في شرحه وليس هذا كما قالوا في بيع العصير ممن يجعله خمرا الان العصير ليس بآلة المعصية بل يصير آلة لها بعد ما يصير خمرا وأما هنا فالسلاح آلة الفتنة في الحال ويكره بيعه ممن يعرف بالفتنة قيل باشارة هذا يعلم أن بيع الحديد منهم لا يكره * (فروع من المبسوط) طلب ملك منهم الذمة على أن يترك أن يحكم في أهل مملكته ما شاء من قتل وظلم لا يصلح في الاسلام لا يجاب الى ذلك لان التقرير على الظلم مع قدرة المنع منه حرام ولان الذمي من يلتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فشرط خلافه باطل ولو كان له أرض فيها قوم

لم يمكن دفع الهلاك عن نفسه الا بالزنا فكان معنى المذكور في الكتاب لان دفع الهلاك واجب باي طريق

الكلام باي طريق يمكن سوى الامور التي رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها وأقول الواجب بمعنى الثابت فتندفع به أيضا وقوله (ولا يحمل اليهم) أي لا يبعث التجار اليهم بالجهاز وهو فاخر المتاع والمراد به ههنا السلاح والكراع والحديد وقوله (لما بينا) يعني قوله ولان فيه تقويتهم على قتال المسلمين ويقال مار أهله أي أتاهم بالطعام

(١) بحر بن كنيز كذا هو في الخلاصة بهملة بعد الموحدة وأبو بنون وآخره معجمة وهو الصواب وليحذر ما وقع في بعض النسخ من بحر بن كثير كتبه مصححه

(فصل) (اذا أمن رجل حرأو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم) والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافادماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم أى أقلهم

من أهل مملكته هم عبيده يبيع منهم ماشاء فصالح وصار ذمة فهم عبيد له كما كانوا يبيعهم ان شاء لان عقد الذمة خلف عن الاسلام فى الاحرار ولو أسلم كانوا عبيد فكذا اذا صار ذميا وهذا لانه كان مالكا لهم بيده القاهرة وقد ازدادت وكادة بعقد الذمة فان ظفر عليهم عدوقا ستنقذهم المسلمون فانهم يردونهم على هذا الملك بغير شئ قبل القسمة وبالقيمة بعد القسمة كسائر أموال أهل الذمة وهذا لان على المسلمين القيام بدفع الظلم عن أهل الذمة كما عليهم ذلك فى حق المسلمين وكذا لو أسلم الملك وأهل أرضه أو أسلموا هم دونهم هم عبيده ولو وادعوا على أن يؤدوا كل سنة شيا معلوما وعلى أن لا يجرى عليهم فى بلادهم أحكام المسلمين لا يفعل ذلك الا أن يكون خيرا للمسلمين لانهم بهذه الموادعة لا يلتزمون أحكام المسلمين ولا يخرجون من أن يكونوا أهل حرب وترك القتال مع أهل الحرب لا يجوز الا أن يكون خيرا للمسلمين ثم ان فعل ذلك ان كان بعد ما أحاط بهم الجيش أو قبله برسول تقدم حكم هذا المال ولو صالحوهم على أن يؤدوا اليهم فى كل سنة مائة رأس من أنفسهم وأولادهم لم يصح لان هذا الصلح وقع على جماعتهم فكانوا كلهم مستامنين واسترقاق المستامن لا يجوز ألا ترى أن واحدا منهم لو باع ابنه بعد هذا الصلح لم يجز فكذلك لا يجوز تمليك شئ من نفوسهم وأولادهم بحكم تلك الموادعة لان حريتهم تأكدت بخلاف مالو صالحوهم على مائة رأس باعيانهم أول السنة وقالوا أمنونا على أن هؤلاء لكم ونصالحكم ثلاث سنين مستقبلة على ان نعطيكم كل سنة مائة رأس من رقيقنا فانه جائز لان المعينين فى السنة الاولى لا تتناولهم الموادعة ومنها يثبت الامان لهم فاذا جعلوهم مستثنى من الموادعة بجعلهم اياهم عوضا للمسلمين صار وامماليك المسلمين بالموادعة والمشروط فى السنين الكائنة بعد الموادعة أرقاء فجاز ولو سرق مسلم مالهم بعد الموادعة لا يحل شراؤه منه لان مال المستامن لا يملك بالسرقة لانه غدر فلا يصح شراؤه منه ولو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الصلح جاز أن يشترى منهم ما أخذوه من أموالهم لانهم ملكوها بالاحراز كمال المسلمين ثم لا يلزم رد شئ من ذلك عليهم ولا بالثمن لانهم بالموادعة ما خرجوا عن كونهم أهل حرب اذ لم ينقادوا الى حكم الاسلام فلا يجب على المسلمين القيام بنصرتهم ولو دخل بعضهم دار حرب أخرى فظهر المسلمون عليها لم يتعرضوا له لانه فى أمان المسلمين

(فصل فى الامان) وهو نوع من الموادعة فى التحقيق (قوله اذا أمن رجل حرأو امرأة حرة كافرا أو جماعة أو أهل حصن أو مدينة صح أمانهم) على اسناد المصدر الى المفعول (ولم يجز لاحد من المسلمين قتالهم والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام المسلمون تتكافادماؤهم) أى لا تزيد دية الشريف على دية الوضيع (ويسعى بذمتهم أدناهم) أخرج أبو داود من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافادماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويرد عليهم أقصاهم وهم يد على من سواهم ومعنى رد عليهم أقصاهم أى رد الابعد منهم التبعة عليهم وذلك ان العسكر اذا دخل دار الحرب فاقتطع الامام منهم سرايا ووجهها للاغارة فاغنمته جعل لها ما سمى ويرد ما بقى لاهل العسكر لان بهم قدرت السرايا على التوغل فى دار الحرب وأخذ المال وأما قوله وهم يد الخ أى كأنهم آلة واحدة مع من سواهم من الملل كالعضو الواحد

(فصل) لما كان الامان نوعا من الموادعة لان فيه ترك القتال كالموادعة ذكره فى فصل على حدة وكلامه واضح وقوله (ويسعى بذمتهم) أى بعهدهم وأمانهم (أدناهم أى أقلهم

يمكن سوى المستثنيات التى لا اباحة فى مباشرتها أو رخص فيها ولم يجب الاقدام عليها يقال مار أهله أى أناهم بالطعام والله أعلم بالصواب *(فصل)*

(قوله صح أمانهم) هذا من قبيل اضافة المصدر الى المفعول وهو جماعة الكفار أو أهل الحصن منهم والاصل فيه قوله عليه السلام المسلمون يتكافادماؤهم أى يتساوى فى حكم القصاص والدية لا فضل لشريف على وضيع فيكون دليلا على مساواة العبد الحر فى حكم القصاص ويسعى بذمتهم أدناهم أى أقلهم لانه يذكر الادنى ويراد

وهو الواحد) لانه لا أقل منه وانما فسر الادنى ههنا بالاقل احترازا عن تفسير محمد حيث فسره بالعبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين وقوله (ولانه) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة (من أهل القتال) أما الرجل فظاهر وأما المرأة فبالتسبب بالمال أو العبيد

وهو الواحد ولانه من أهل القتال فيخافونه اذ هو من أهل المنعة فيتحقق الامان منه للاقامة محله ثم يتعدى الى غيره ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان وكذا الامان لا يتجزأ فيثبت كاملا كولاية الانكاح

باعتبار تعاونهم عليهم لكن رواه ابن ماجه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم ويجير عليهم أقصاهم وهم يد الحديث تفسر الرد فى ذلك الحديث بالاجارة فالمعنى يرد الاجارة عليهم حتى يكون كلهم مجيرا والمقصود من هذا الحديث محل الدية وهو فى الصحيحين عن على رضى الله عنه قال ما كتبنا عن النبى صلى الله عليه وسلم الا القرآن وما فى هذه الصحيفة قال عليه الصلاة والسلام المدينة حرم فمن أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم فمن أخفر مسلما فعليه لعنة الله والملائكة والناس أجمعين لا يقبل الله منه يوم القيامة صرفا ولا عدلا وأخرج البخارى نحوه أيضا من حديث أنس ومسلم من حديث أبى هريرة ومن قال ان الشيخ علاء الدين وهم اذ أخرجه من حديث على من جهة أبى داود والواقع أن الشيخين أخرجاه غاط فان ما فى الصحيحين ليس فيه تتكافأ دماؤهم وهو يريد أن يخرج ما ذكره فى الهداية لا ما هو محل الحاجة من الحديث فقط وفسر المصنف أدناهم بأقلهم فى العدد (وهو الواحد) احترازا عن تفسير محمد من الدناءة ليدخل العبد كما سيأتى وليس بلازم اذ هو على هذا التفسير أيضا فيه دليل لمحمد وهو اطلاق الادنى بمعنى الواحد فانه يتناول الواحد حرا أو عبدا وقد ثبت فى أمان المرأة أحاديث منها حديث أم هانئ فى الصحيحين رضى الله عنها قالت يا رسول الله زعم ابن أمى على أنه قاتل رجلا قد أجرته فلان بن فلان قال عليه الصلاة والسلام قد أجرنا من أجرت وأمنا من أمنت ورواه الازرقى من طريق الواقدى عن ابن أبى ذئب عن المقبرى عن أبى مرة مولى عقيل عن أم هانئ بنت أبى طالب رضى الله عنها قالت ذهبت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت له يا رسول الله انى أجرت حموين لى من المشركين فاراد هذا أن يقتلهما فقال عليه الصلاة والسلام ما كان له ذلك الحديث وكان الذى أجارته أم هانئ عبد الله بن أبى ربيعة بن المغيرة والحرث بن هشام ابن المغيرة كلاهما من بنى مخزوم ومنها ما رواه أبو داود حدثنا عثمان بن أبى شيبة عن سفيان بن عيينة عن منصور عن ابراهيم عن الاسود عن عائشة رضى الله عنها قالت ان كانت المرأة لتجير على المؤمنين فيجوز وترجم الترمذى باب أمان المرأة حدثنا يحيى بن أكثم الى أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم قال ان المرأة لتأخذ للقوم يعنى تجير القوم على المسلمين وقال حديث حسن غريب وقال فى علله الكبرى سألت محمد بن اسمعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث صحيح وكثير بن زيد وهو فى السند سمع من الوليد بن رباح والوليد بن رباح سمع من أبى هريرة ومنها حديث اجارة زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا العاص فقال عليه الصلاة والسلام ألا وانه يجير على المسلمين أدناهم رواه الطبرانى بطوله قال المصنف (ولانه من أهل القتال) أى الواحد ذكرا كان أو أنثى فانهم من أهله بالتسبب بمالها وعبيدها فيخاف منه (فيتحقق الامان منه للاقامة محله) أى محل الامان وهو الكافر الخائف واذا صدر التصرف من أهله فى محله نفذ (ثم يتعدى الى غيره) أى غير المجير

الاقل قال الله تعالى ولا أدنى من ذلك ولا أكثر ويقال أدنى الجمع ثلاثة ثم المراد من الاقل ههنا الواحد لانه لا أقل منه وسئل محمد رحمه الله عن ذلك فقال أدنى المسلمين العبد ولكنا نقول أدناهم أقلهم فيكون دليلا على صحة أمان الواحد وقيل المراد الفاسق لانه لا يظن برسول الله عليه السلام أن ينسب العبد الورع الى الدناءة وقيل معناه أقربهم الى أهل الحرب وهو من يسكن الثغور ومشتق من الدنو وهو القرب لامن الدناءة كذا فى المبسوط (قوله ولانه من أهل القتال) أى ولان كل واحد من الرجل والمرأة فانهما أيضا من أهل القتال

وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل معناه بنفسها وقوله (للاقامة) أى الاقامة الامان (محله) لان محله هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ما ذكرنا وقوله (ثم يتعدى) أى الامان (الى غيره) أى غير الذى أمن من أهل الاسلام كما فى شهادة رمضان فان الصوم يلزم من شهد برؤية الهلال ثم يتعدى منه الى غيره (قوله ولان سببه لا يتجزأ وهو الايمان) أى التصديق بالقلب (فكذا الامان لا يتجزأ) فاذا تحقق من البعض فاما أن يبطل او يكمل لا يجوز الاول بعد تحقق السبب فيتحقق الثانى كما اذا وجد الانكاح من بعض الاولياء المتساوية فى الدرجة صح النكاح فى حق الكل لان سببه ولايته وهو القرابة غير متجزئ فلا تتجزأ الولاية فكذلك ههنا واعلم ان المصنف استدل بالمعقول على وجهين جعل المناط فى احدهما كون من يعطى الامان ممن يخافونه وفى الآخر الايمان والاول يقتضى عدم جواز امان العبد المحجور والتاجر والاسير والثانى يقتضى جوازه ولو جعلهما علة واحدة بحذف الواو من الثانى ليقع علة لقوله ثم يتعدى الى غيره كان ولى ويمكن ان يجعل الاول علة والثانى شرطا وسيأتى ما يجوز والشئ يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجىء فى

(فصل واذا أمن رجل حر) (قوله وهو الايمان اى التصديق) أقول قال الاتقانى وهو الايمان أى اعطاء الامان اه وأنت خبير بان تفسير الشارح أولى منه يدل عليه قول عمر رضى الله عنه انه رجل من المسلمين على ما سيجىء

قال (الا أن يكون فى ذلك مفسدة فينبذ اليهم) كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحدا من الجيش وفيه مفسدة ينبذ الامام لما بيناو يؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر لانه ربما تفوت المصلحة بالتاخير فكان معذورا (ولا يجوز أمان ذمى) لانه منهم بهم وكذا الاولاية له على المسلمين قال (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران

كلامه اشارة الى هذا وقوله (الا ان يكون فى ذلك مفسدة) استثناء من قوله صح امانهم وقوله (وقد بيناه) يعنى فى باب الموادعة بقوله وان صالحهم مدة الخ واليه ايضا اشار بقوله (لما بينا) قيل قوله (ولو حاصر الامام حصنا وامن واحدا من الجيش) تكرار محض لانه علم ذلك من قوله الا ان يكون فى ذلك مفسدة واقول يجوز أن يكون ذلك قبل أن يحاصر الاما. وهذا بعده ويجوز أن يكون أعاده تمهيدا وتوطئة لقوله ويؤدبه الامام لافتياته على رأيه أى لسبقه على رأى الامام وحقيقة الافتيات الاستبداد بالرأى وهو افتعال من الفوت وهو السبق قوله (ولا يجوز أمان ذمى لانه منهم بهم) اى بالكفر لاتحاد فى الاعتقاد

من المسلمين وأما قوله ولان سببه لا يتجزأ الخ فيصلح تعليلا للاول والتعدى فان ماذكره من المعنى لا يزيد على اعتبار الامان بالنسبة الى المؤمن فاما تعديه الى غيره فليس ضرورا فلا بد له من دليل وماذكر من عدم التجزى يصلح دليلا له فانه اذا لم يتجزأ كان أمان الواحد أمان الكل لانه بعض أمان الكل واستدل على عدم تجزيه بان سببه وهو الايمان لا يتجزأ فكذا الامان وفسر بالتصديق الذى هو ضد الكفر وبعضهم باعطاء الامان لانه يقال آمنته فامن أى أعطيته الامان فامن ولا يصح أن يقال آمنت بمعنى صدقت بالدين فامن الكافر أى حصل له الامان وهذا انما يتم اذا كان السبب علة وهو مجاز فان حقيقة السبب المفضى فلا يلزم من وجوده الوجود ولا شك أن الايمان بالله ورسوله سبب مفض الى أمان الحربى باعطاء المسلم اياه فالحق أن كلا منهما يصح الايمان أى اعطاء الامان سبب الامان بمعنى علته لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان أو الايمان بمعنى التصديق سبب حقيقى للامان لا يتجزأ فلا يتجزأ الامان وصار (كولاية الانكاح) اذا زوج أحد الاولياء المستوين نفذ على الكل واعلم أن كونها لا تتجزأ انما علمناه من النص الموجب للنفاذ على الكل اذا صدر من واحد فهو المرجع فى ذلك (وقوله الا اذا كان فى ذلك) أى أمان الواحد (مفسدة فينبذ اليهم كما اذا أمن الامام بنفسه ثم رأى المصلحة فى النبذ وقد بيناه) فى الباب السابق وهو قولنا يفعل تحرزا عن الغدر وعن ترك الجهاد صورة ومعنى وأما قوله (ولو حاصر الامام حصنا وأمن واحدا من الناس الخ) فليس تكرارا محضا بل ذكره ليبنى عليه قوله (و يؤدبه الامام لافتياته على رأيه بخلاف ما اذا كان فيه نظر) لا يؤدبه (لانه ربما) فعل ذلك مخافة أن (تفوت المصلحة بالتاخير) الى أن يعلم الامام بها و يؤمن هو بنفسه والافتيات افتعال من الفوت وهو السبق وانما يقال الافتعال للسبق الى الشئ دون اثنين ومن ينبغى أن يؤامر فيه بخلاف غيره يقال فاتنى ذلك الفارس أى سبقنى فاصله افتوات قلبت واوه ياء لكسر ماقبلها والتعليل به مطلقا يقتضى ان يؤدبه مطلقا تحقق الافتيات فيما فيه المصلحة فالوجه تقييده بقولنا افتيات فيما لا مصلحة فيه (قوله ولا يجوز أمان ذمى لانه منهم بهم) على المسلمين لموافقته لهم اعتقادا وأيضا لا ولاية لكافر على مسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والامان من باب الولاية لانه نفاذ كلامه على غيره شاء أو أبى (ولا أسير ولا تاجر يدخل عليهم) فى دار الحرب (لانهما مقهوران تحت أيديهم والامان يختص بمحل الخوف ولانهما يجبران

(قوله وقوله الا أن يكون فى ذلك مفسدة استثناء من قوله صح امانهم) أقول بل استثناء من قوله ولم يكن لاحد من المسلمين قتالهم (قوله قيل قوله ولو حاصر الامام) أقول صاحب القيل هو الاتقانى (قوله وأقول يجوز أن يكون ذلك الى قوله ويجوز أن يكون الخ) اقول فى كلا الوجهين بحث

بالتسبيب وهو اما بالمال أو بعبدها وأما قوله عليه السلام ما كانت هذه تقاتل أى بنفسها وفى المبسوط وروى أن زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم ورضى الله عنها أمنت زوجها أبا العاص بن الربيع فاجاز رسول الله عليه السلام أمانها (قوله لانه محله) أى لملاقاة الامان محله لان محل الامان هو محل الخوف وهو موجود فيهما على ماذكرنا ثم يتعدى الى غيره أى الامان يتعدى الى غيره أى غير الذى أمن من أهل الاسلام كما فى شهادة هلال رمضان فيلزم عليه الصوم أولا ثم يتعدى منه الى غيره ولذلك تقبل شهادة الفرد فيه لانه غير متهم ولان سببه وهو الايمان أى التصديق بالقلب لا يتجزى فكذا الامان لا يتجزى كولاية الانكاح فانه اذا وجد الانكاح من الاولياء المتساوين فى الدرجة يلزم صحة النكاح فى حق كل الاولياء لان سبب الولاية وهو القرابة غير متجزء فلا تتجزى الولاية لغيره الصغيرة اذا كان لها اخوان يكون لكل واحد منهما ولاية التزويج فكذلك ههنا (قوله و يؤدبه الامام) أى يؤدب الذى أمن لافتياته على رأى الامام واستبداده برأيه افتعال من الفوت وهو السبق

عليه

وقوله (لا يصح امانه لما بينا) يعني قوله والامان يختص بمحل الخوف قال (ولا يجوز امان العبد الخ) اتفق العلماء على ان امان العبد المأذون صحيح لما روى ان عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر رضي الله عنه فاجاز امانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل وأما العبد المحجور عن القتال فلا يصح أمانه عند أبي حنيفة ويصح عند محمد والشافعي وذكر الكرخي قول أبي يوسف مع محمد واعتمد عليه القدوري في شرحه وذكره الطحاوي مع أبي حنيفة وهو الظاهر عنه واعتمد عليه صاحب الاسرار واستدلال محمد بالحديث ظاهر

(٢١٣)

عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانهم كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح لنا باب الفتح ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لا يصح أمانه لما بينا (ولا يجوز أمان العبد المحجور عند أبي حنيفة الا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح) وهو قول الشافعي وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في رواية لمحمد قوله عليه السلام أمان العبد أمان رواه أبو موسى الاشعري ولانه مؤمن ممتنع فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال وبالمؤيد من الامان فالايمان لكونه شرطا للعبادة والجهاد عبادة والامتناع لتحقق ازالة الخوف به والتأثير اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة وانما لا يملك المسايفة

عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولانه كلما اشتد الامر عليهم يجدون أسيرا أو تاجرا فيتخلصون بامانه فلا ينفتح باب الفتح) (قوله ومن أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا لم يصح أمانه لما بينا) من أن الامان يختص بمحل الخوف ولا خوف منه حال كونه مقيما في دارهم لامنعة له ولا قوة دفاع (قوله ولا يصح أمان العبد المحجور عليه عند أبي حنيفة الا أن يأذن له مولاه في القتال وقال محمد يصح وهو قول الشافعي) وبه قال مالك وأحمد (وأبو يوسف في رواية) لاطلاق الحديث المذكور وهو قوله ويسعى بذمتهم أدناهم (و) لما روى أبو موسى الاشعري من قوله عليه الصلاة والسلام أمان العبد أمان ولانه مؤمن ممتنع) أي له قوة يمتنع بها ولو بضر غيره (فيصح أمانه اعتبارا بالمأذون له في القتال والمؤيد من الامان) وهو عقد الذمة فان العبد المحجور اذا عقد الذمة لاهل مدينة صح ولزم وصاروا أهل ذمة فهذا وهو الموقت من الذمة أولى بالصحة وهذا ان ذلك تمام المؤثر في صحة الامان أما الايمان فلانه شرط للعبادات والجهاد من أعظمها وأما اعتبار الامتناع فلتحقق ازالة الخوف وبذلك يتحقق المؤثر الجامع بين الاصل والفرع وهو (اعزاز الدين واقامة مصلحة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة) لا فيما لا مصلحة فيه وانما لا يملك المسايفة) أي الجهاد بالسيف لتعريض منافعه المملوكة للمولى على الفوات بان يقتل

(قوله لما بينا) أي من أن الامان يختص بمحل الخوف وهم لا يخافون المسلم في دار الحرب ولم يهاجر (قوله ولا يجوز أمان العبد عند أبي حنيفة رحمه الله الا أن يأذن له مولاه في القتال) أمان العبد المأذون له في القتال صحيح بالاتفاق لما روى أن عبدا كتب على سهمه بالفارسية مترسيت ورمى به الى قوم محصورين فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فاجاز أمانه وقال انه رجل من المسلمين وهذا العبد كان مقاتلا لان الرمي فعل المقاتل (قوله وبالمؤيد من الامان) وهو عقد الذمة يعني اذا عقد حربي عقد الذمة مع العبد وقبل الجزية وقبل العبد منه هذا العقد يصح هذا العقد والقبول من العبد ويصير ذميا بالاتفاق حتى تجري عليه أحكام أهل الذمة من المنع عن الخروج الى دار الحرب وقصاص قاتله واعتبار وقت الذمة في أخذ الجزية من وقت العقد مع العبد (قوله فالايمان لكونه شرطا للعبادة) يشير الى قوله ولانه مؤمن ممتنع فيصح جعل كونه مؤمنا ممتنعا علة لصحة أمانه يعني انما شرط الايمان لان الجهاد عبادة والكافر ليس باهل لها وشرطنا الامتناع أي كونه ذا امتناع وقوة ليكون الامان من محله وهو الذي يخاف منه بخلاف أمان الاسير أو التاجر الذي في أيديهم حيث لم يصح لانهم لا يخافونه (قوله والتأثير اعزاز الدين) أي الفائدة في هذا الامان اعزاز

العلة الجامعة في قياس العبد المحجور على المأذون له اعزاز الدين واقامة المصلحة الخ وتحقيق هذ أن الوصف المؤثر في أمان العبد المأذون له الامتناع وشرطه الايمان وهذا الوصف معلل بظهور أثره وهو اعزاز الدين واقامة المصلحة في حق جماعة المسلمين في عين هذا الحكم وهو الامان في الحرفاذا وجد في المحجور عليه صح تعديته اليه كما في سائر الاقيسة وقوله (وانما لا يملك المسايفة) جواب عما يقال الاصل في الجهاد هو المسايفة وهو لا يملكه فلا يملك

(قال المصنف فالايمان لكونه شرطا الخ) أقول سيجيء أن الامان نوع قتال (قوله وهذا هو الموعود بقولنا فيما تقدم الخ) أقول يعني تقدم تخمينا به شيء سطر او هو قوله والشيء يبقى على عدمه عند عدم شرطه وسيجيء في كلامه اشارة الى هذا

الامان أيضا وتقريره انه لا يملك المسابقة (لما فيه من تعطيل منافع المولى) وهو لا يملك ذلك (ولا تعطيل) لمنافعه (في مجرد القول) وقوله (ولابي حنيفة أنه محجور عن القتال) يصح أن يكون ممانعة وتقريره لا نسلم وجود الامتناع لان الامتناع انما يكون لتحقق ازالة الخوف وهم لا يخافونه وأن يكون معارضة وهو الظاهر من (٢١٤) كلام المصنف وتقريره أنه محجور عن القتال وكل محجور عن القتال لا يصح أمانه لانهم

لا يخافونه وفيه نظر فان الخوف أمر باطن لا دليل على وجوده ولا عدمه فالكفار من أين يعلمون أنه عبد محجور عليه حتى لا يخافونه والجواب أن ذلك يعلم بترك المسايفة فانهم لما رأوا شابا مقتدرا على القتال مع المقاتلين ولا يحمل سلاحا ولا يقاتلهم علموا أنه ممنوع عن ذلك ممن له المنع ولو قال المصنف انه محجور عن القتال والامان نوع قتال لكان أسهل اثباتا لمذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فتامل وقوله (وفيه ماذكرناه) يريد أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر وقوله (وفيه سد باب الاستغنام) أي على المسلمين وذلك ضرر في حقهم فاذا كان ممنوعا عن الضرر للمولى فكيف يصح منه ما يضر المولى والمسلمين وقوله (وبخلاف المؤبد) جواب عن قياس محمد صورة النزاع على عقد الذمة (لانه) أي الامان المؤبد (خلف عن الاسلام) من حيث انه ينتهي به القتال المطلوب به اسلام الحربي (فهو بمنزلة الدعوة اليه) أي الى الاسلام وهي نفع (ولانه مقابل بالجزية) وهي نفع (ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك) يعني ان الكفار اذا طلبوا عقد الذمة يفترض على الامام اجابتهم اليه (واسقاط الفرض ولو نفع فافترقا) وقوله (فهو على الخلاف) يعني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح أمانه وعند محمد يصح وقوله (والاصح أنه يصح بالاتفاق)

لما فيه من تعطيل منافع المولى ولا تعطيل في مجرد القول ولابي حنيفة أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه لانهم لا يخافونه فلم يلاق الامان محله بخلاف المأذون له في القتال لان الخوف منه متحقق ولانه انما لا يملك المسايفة لما أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه والامان نوع قتال وفيه ماذكرناه لانه قد يخطئ بل هو الظاهر وفيه سد باب الاستغنام بخلاف المأذون لانه رضي به والخطأ نادر لمباشرته القتال وبخلاف المؤبد لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية ولانه مفروض عند مسئلتهم ذلك واسقاط الفرض نفع فافترقا

وهذا المانع انما يؤثر في الجهاد بذلك الوجه لا بوجه اعطاء الامان لمصلحة المسلمين فلم يبق بينه وبين المحجور عليه في هذا النوع من الجهاد فرق فيجب اعتباره منه (ولابي حنيفة) ومالك في رواية سحنون عنه (أنه محجور عن القتال فلا يصح أمانه) لانتفاء الخوف منه (فلم يلاق الامان محله) وهو الخائف من المؤمن فلم يحصل المؤثر فيه الاعزاز لانه ممن لا يخاف منه ولا المصلحة لان الظاهر أنه يخطئ لان معرفة المصلحة في الامان انما تقوم بمن يباشر القتال وهو المأذون لانه أدرى بالامر من غير الممارس له وفي خطئه سد باب الاستغنام على مولاه وعلى المسلمين فلم يغر عن احتمال الضرر احتمالا راجحا (بخلاف) العبد (المأذون وبخلاف) الامان (المؤبد) باعطاء الجزية (لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة الى الاسلام) ولكل مسلم عبدا وحر ذلك (ولانه مقابل بالجزية) فالمصلحة للسيد ولعامة المسلمين محققة فيه (ولانه مفروض عند مسئلتهم) لان الله تعالى غيا قتالهم به بقوله تعالى حتى يعطوا الجزية ففي عقد الذمة لهم (اسقاط الفرض) عن الامام وعامة المسلمين وهو كذلك (نفع) محقق (فافترقا) واعلم أن وجه العامة تضمن قياسين قياس أمان المحجور على أمان المأذون في القتال وقياس أمان المحجور على عقد الذمة من المحجور ولا شك أن فرق أبي حنيفة في الثاني متجه وأما دفعه القياس الاول فلانه ان فرق بانه لا يخاف منه والآخر يخاف منه فالظاهر أن ذلك بالنسبة الى أهل الحرب غير معلوم فانهم لا يعرفون المأذون له فيخافونه من غيره فلا يخافونه بل كل من رأوه مع المسلمين سوى البنية فهو مخوف لهم وأما بان الظاهر خطؤه في المصلحة فلا تاثير له لان الامان غير لازم اذا لم يكن فيه مصلحة بل اذا كان كذلك نبذ اليهم الامام به نعم الاستدلال بالحديث المروي عن أبي موسى غير تام لانه حديث لا يعرف فان قلت فقد روى عبد الرزاق حدثنا معمر عن عاصم بن سليمان عن فضيل بن يزيد الرقاشي قال شهدت قرية من قرى فارس يقال لها شاهرتا فحاصرناها شهرا حتى اذا كنا ذات يوم وطمعنا أن نصيبهم انصرفنا عنهم عند القيل فتخلف عبد منا فاستامنوه فكتب اليهم أمانا ثم رمى به اليهم فلما رجعنا اليهم خرجوا الينا في ثيابهم ووضعوا أسلحتهم فقلنا لهم ما شانكم فقالوا أمنتمونا وأخرجوا الينا الذي كتب بامانهم فقلنا هذا عبد والعبد لا يقدر على شئ قالوا لا ندري عبدكم من حركم وقد خرجنا بامان فكتبنا الى عمر رضي الله

الدين واقامة المصلحة لجماعة المسلمين اذ الكلام في مثل هذه الحالة أي انما يصح أمان العبد المحجور على اعتبار أن يكون فيه نفع للمسلمين (قوله والامان نوع قتال) لان المقصود بالقتال دفع شرهم عن المسلمين وبالامان يحصل ذلك فيكون نوع قتال (قوله وفيه ماذكرناه) أي في أمان العبد المحجور ماذكرنا في قتاله من أنه تصرف في حق المولى على وجه لا يعرى عن احتمال الضرر في حقه (قوله فهذه بمنزلة الدعوة اليه) أي الامان المؤبد بمنزلة الدعوة الى الاسلام وللعبد ولاية عرض الاسلام على غيره (قوله واسقاط الفرض نفع محض) فيصح

(قوله ولو قال المصنف انه محجور عن القتال الخ) أقول ان أراد انه محجور عن القتال الحقيقي والحكمي فهو ممنوع بل هو أول المسئلة وان أراد أنه محجور عن الحقيقي فمسلم وليس الامان منه ولعله انما أمر بالتامل لذلك

ولو أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف وان كان ماذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق *(باب الغنائم وقسمتها)*

(واذا فتح الامام بلدة عنوة) أي قهرا

عنه فكتب ان العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم ورواه ابن أبي شيبة وزاد وأجاز عمر أمانه فالجواب أنها واقعة حال فجاز كونه ماذونا له في القتال وأيضا جاز كونه محجورا والامان كان عقد ذمة وانه يصح منه والله أعلم الا أن اطلاق عمر قوله العبد المسلم من المسلمين وأمانه أمانهم في رواية عبد الرزاق يقتضي انا ماته مطلقا بذلك والحديث جيد وفضيل بن يزيد الرقاشي وثقه ابن معين (قوله وان أمن الصبي وهو لا يعقل لا يصح) باجماع الائمة الاربعة كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عن القتال فعلى الخلاف) بين أصحابنا لا يصح عند أبي حنيفة ويصح عند محمد وبقول أبي حنيفة قال الشافعي وأحمد في وجه لان قوله غير معتبر كطلاقه وعتاقه وبقول محمد قال مالك وأحمد (وان كان ماذونا له في القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق) بين أصحابنا وبه قال مالك وأحمد لانه تصرف دائر بين النفع والضرر فيملكه الصبي المأذون والمراد بكونه يعقل أن يعقل الاسلام ويصفه وأضاف أبو يوسف الى أبي حنيفة في السير الكبير في عدم الصحة وانما قال المصنف والاصح والله أعلم لانه أطلق المنع في الصبي المراهق عن أبي حنيفة كما نقله الناطفي في الاجناس نافلا عن السير الكبير فقال قال محمد الغلام الذي راهق الحلم وهو يعقل الاسلام ويصفه جازله أمانه ثم قال وهذا قوله فاما عند أبي حنيفة وأبي يوسف فلا يجوز وكذا وقع الاطلاق في كفاية البيهقي فقال لا يجوز أمان الصبي المراهق ما لم يبلغ عند أبي حنيفة وعند محمد يجوز اذا كان يعقل الاسلام وصفاته وكذا المختلط العقل لانه من أهل القتال كالبالغ الا أنه يعتبر أن يكون مسلما بنفسه وبهذا كاترى اجراء للخلاف في الصبي مطلقا قال المصنف والاصح التفصيل بين كون العاقل محجورا عن القتال أو ماذونا له فيه ففي الثاني لا خلاف في صحة الامان هذا ومن ألفاظ الامان قولك للحربي لا تخف ولا توجل أو مترسيت أو لكم عهد الله أو ذمة الله أو تعال فاسمع الكلام ذكره في السير الكبير وقال الناطفي في السير املاء سالت أبا حنيفة عن الرجل يشير باصبعه الى السماء لرجل من العدو فقال ليس هذا بامان وأبو يوسف استحسن أن يكون أمانا وهو قول محمد والله أعلم

(باب الغنائم وقسمتها)

لما ذكر قتال الكفار وذكر ما ينتهي به من الموادعة ذكر ما ينتهي اليه غالبا وهو القهر والاستيلاء على النفوس وتوابعها وانما كان ذلك غالبا بالاستقراء تأييد الله تعالى جيوش المسلمين ونصرتهم في الاكثر (قوله واذا فتح الامام بلدة عنوة) يجوز في الواو ما قدمناه في قوله واذا حاصر الامام وفسر المصنف العنوة

منه كقبول الهبة والصدقة والامان يتردد بين النفع والضرر ولهذا لا تفترض الاجابة اليه والتصرف الذي فيه توهم الضرر في حق المولى فقط كالبيع والشراء لا يملكه العبد بنفسه فانه الضرر به وبالمسلمين يبطلان حقوقهم في الاستغنام أولى أن لا يملكه بنفسه والله أعلم بالصواب

(باب الغنائم وقسمتها)

الغنيمة عن أبي عبيدة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس وسائرها بعد الخمس للغانمين خاصة والفيء ما نيل منهم بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الاسلام وحكمه أن يكون لكافة المسلمين ولا يخمس والنفل ما ينفله الغازي أي يعطاه زائدا على سهمه وهو أن يقول الامام أو الامير من قتل قتيلا فله سلبه أو قال للسرية ما أصبتم فهو لكم أو ربعه أو نصفه ولا يخمس وعلى الامام الوفاء به وعن علي بن عيسى الغنيمة أعم من النفل والفيء أعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك قال أبو بكر الرازي رحمه الله فالغنيمة في عوالجزية في عومال أهل الصلح في عوالخراج في عولان ذلك كله مما أفاء الله على المسلمين من المشركين وعند الفقهاء كل ما يحل أخذه من أموالهم فهو في عو (قوله عنوة أي قهرا)

أي باتفاق أصحابنا ليس على الخلاف لانه تصرف دائر بين النفع والضرر كالبيع فيملكه الصبي بعد الاذن

(باب الغنائم وقسمتها)

أخر باب الغنائم وحكمها عن فصل الامان لان الامام بعد المحاصرة اما أن يؤمنهم أو يقتلهم ويستغنم أموالهم فلما فرغ من ذكر الامان ذكر الغنائم وقسمتها والغنيمة ما نيل من أهل الشرك عنوة والحرب قائمة وحكمها أن تخمس والباقي بعد الخمس للغانمين خاصة (واذا فتح الامام بلدة عنوة أي قهرا) قال في النهاية قوله قهرا ليس بتفسير له لغة لان عنا عنو بمعنى ذل وخضع وهو لازم وقهر متعد بل يكون هو تفسيره من طريق شعور الذهن لان من الذلة يلزم القهر أو أن الفتح بالذلة يستلزم القهر

(باب الغنائم وقسمتها)

(قوله وهو لازم وقهر متعد) أقول دليل ثان على أنه ليس تفسيرا

(فهو بالخيار ان شاء قسمه بين المسلمين) كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

بالقهر وهو ضد هالانهم امن عنا يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحي القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين اهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبار ان على أن يراد معنى المذكور لا المجازى لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من المسبب فى السبب والوجه أنه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا واذا فتح الامام بلدة عنوة (فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى البلد (بين الغانمين) معروس أهلها استرقاقا وأموالهم بعد اخراج الخمس لجهاته وان شاء قتل مقاتلهم وقسم ماسواهم من الاراضى والاموال والذرارى ويضع على الاراضى المقسومة العشر لانه ابتداء التوظيف على المسلم وان شاء من عليهم برقابهم وأرضهم وأموالهم فوضع الجزية على الرؤس والخراج على أرضهم من غير نظر الى الماء الذى يسقى به أهو ماء العشر كماء السماء والعيون والاودية والآبار أو ماء الخراج كالانهار التى شقتها الاعاجم لانه ابتداء التوظيف على الكافر وأما المن عليهم برقابهم وأرضهم فقط فكرره الا أن يدفع اليهم من المال مايتمكنون به من اقامة العمل والنفقة على أنفسهم وعلى الاراضى الى أن تخرج الغلال والا فهو تكليف بما لا يطاق وأما المن عليهم برقابهم مع المال دون الارض أو برقابهم فقط فلا يجوز لانه اضرار بالمسلمين بردهم حربا علينا الى دار الحرب نعم له ان يبقيهم أحرارا ذمة بوضع الجزية عليهم بلا مال يدفعه اليهم فيكونوا فقراء يكتسبون بالسعى والاعمال وله أن يقتلهم وله أن يسترقهم كما سيذكر هذا وتقدم قبل الاولى الاول وهو قسمة الاراضى وغيرها اذا كان بالمسلمين حاجة والثانى عند عدمها ثم استدل على جواز قسمة الارض بقسمته عليه الصلاة والسلام خيبر بما فى البخارى عن زيد بن أسلم عن أبيه قال قال عمر رضى الله عنه لولا آخر المسلمين مافتحت بلدة ولا قرية الا قسمتها بين أهلها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ورواه مالك فى الموطا أخبرنا زيد بن أسلم عن أبيه قال سمعت عمر يقول لولا أن يترك آخر الناس لا شئ لهم مافتح المسلمون قرية الا قسمتها سهمانا كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر سهمانا فظاهر هذا أنه قسمها كلها والذى فى أبى داود بسند جيد أنه قسم خيبر نصفين نصفا لنوائبه ونصفا بين المسلمين قسمها بينهم على ثمانية عشر سهما وأخرجه أيضا من طريق محمد بن فضيل عن يحيى بن سعيد عن بشير بن يسار عن رجال من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قسمها على ستة وثلاثين سهما جمع كل سهم مائة سهم يعنى أعطى لكل مائة رجل سهما وقد جاء مبينا كذلك فى رواية البيهقى فكان لرسول الله صلى الله عليه وسلم وللمسلمين النصف من ذلك وعزل النصف من ذلك لمن ينزل به من الوفود والامور ونوائب المسلمين وحاصل هذا أنه نصف النصف لنوائب المسلمين وهو معنى مال بيت المال ثم ذكره من طريق آخر وبين أن ذلك النصف كان الوطيح والكتيبة والسلالم وتوابعها فلما صارت الاموال بيد رسول الله صلى الله عليه وسلم والمسلمين ولم يكن لهم عمل يكفونهم عملها فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم اليهود فعاملهم زاد أبو عبيد فى كتاب الاموال فعاملهم بنصف ما يخرج منها فلم يزل ذلك حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر حتى كان عمر فكثر العمال فى المسلمين وقووا على العمل فاجلى عمر رضى الله عنه اليهود الى أرض الشام وقسم الاموال بين المسلمين الى اليوم وقد اختلف أصحاب المغازى فى أن خيبر فتحت كلها عنوة أو بعضها صلحا وصحح أبو عمر بن عبد البر الاول وروى موسى ابن عقبة عن الزهرى الثانى وغلطه ابن عبد البر قال وانما دخل ذلك من جهة الحصنين اللذين أسلمهما أهلهما فى حقن دمائهم وهما الوطيح والسلالم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم لما حاصرهم فيهما حتى أيقنوا بالهلكة

(فهو بالخيار ان شاء قسمه) أى قسم البلدة بتأويل البلد (بين المسلمين كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر

العنوة الذلة والخضوع وقوله قهرا ليس بتفسير لها لان عنى لازم وقهر متعد بل بطريق المجاز لان من الذلة يلزم القهر (قوله كما فعل رسول الله عليه السلام بخيبر) هذا الفعل منه ليس بحتم والا لما خالفه عمر رضى الله عنه

وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كذا فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة) فان قيل قد خالفه في ذلك جماعة أجاب بقوله (ولم يحمد من خالفه) يريد به نفر يسير امنهم بلال حتى دعا عليهم على المنبر فقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه فما حال الحول وفيهم عين تطرف أي ماتوا جميعا (وفي كل من ذلك قدوة فيتخير)) ولقائل أن يقول لانسلم أن واحدا من الصحابة بل أكثرهم يصير قدوة على خلاف مافعله رسول الله صلى الله عليه وسلم اذلم يصل الى حد الاجماع (٢١٧) والجواب عنه من وجهين أحدهما أن فعل

وان شاء أقر أهله عليه ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج) كذلك فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة من الصحابة ولم يحمد من خالفه وفي كل من ذلك قدوة فيتخير وقيل الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين والثاني عند عدم الحاجة ليكون عدة في الزمان الثاني

سألوه أن يسيرهم وأن يحقن لهم دماءهم ففعل فجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم الاموال وجميع الحصون الا ما كان من ذينك الحصنين الى أن قال فلما لم يكن أهل ذينك الحصنين مغنومين ظن أن ذلك صلح ولعمري انه في الرجال والنساء والذرية لضرب من الصلح ولكنهم لم يتركوا أرضهم الا بالحصار والقتال فكان حكمها كحكم سائر أرض خيبر كلها عنوة غنيمة مقسومة بين أهلها الى أن قال ولو كانت صلحا لملكها أهلها كما ملك أهل الصلح أرضهم وسائر أموالهم فالحق في ذلك ماقاله ابن اسحق عن الزهري أي انها فتحت عنوة دون ماقاله موسى بن عقبة عنه اه (قوله وان شاء أقر أهله الى قوله هكذا فعل عمر بسواد العراق) لاشك في اقرار عمر رضى الله عنه أهل السواد ووضع الخراج على أراضيهم على كل جريب عامر أو غامر عمله صاحبه أو لم يعمله درهما وقفيزا وفرض على كل جريب الكرم عشرة وعلى الرطاب خمسة وفرض على رقاب الموسرين في العام ثمانية وأربعين وعلى من دونه أربعة وعشرين وعلى من لم يجد شيأ اثني عشر درهما فعمل في أول سنة الى عمر ثمانون ألف ألف درهم وفي السنة الثانية مائة وعشرون ألف ألف درهم الا أن في المشهور عن أصحاب الشافعي أنها فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فجعلت لاهل الخمس والمنقولات للغانمين والصحيح المشهور عندهم أنه لم يخصها باهل الخمس لكنه استطاب قلوب الغانمين واستردها وردها على أهلها بخراج يؤدونه في كل سنة وقال ابن شريح باعها من أهلها بثمن منجم والمشهور في كتب المغازي أن السواد فتح عنوة وأن عمر رضى الله عنه وظف ماذكرنا ولم يقسمها بين الغانمين محتجا بقوله تعالى ماأفاء الله على رسوله الى قوله والذين جاؤا من بعدهم أي الغنيمة لله ولرسوله وللذين جاؤا من بعدهم وانما تكون لهم بالمن بوضع الخراج والجزية وتلا عمر هذه الآية ولم يخالفه أحد الا نفر يسير كبلال وسلمان ونقل عن أبي هريرة فدعا عمر رضى الله عنه على المنبر وقال اللهم اكفني بلالا وأصحابه قال في المبسوط فلم يحمدوا وندموا ورجعوا الى رأيه ويدل على أن قسمة لا رأي ليس حتما أن مكة فتحت عنوة ولم يقسم النبي صلى الله عليه وسلم أرضها ولهذا ذهب مالك الى أن بمجرد الفتح تصير الارض وقفا للمسلمين وهو أدرى بالاخبار والآثار ودعواهم أن مكة فتحت صلحا دليل عليها بل على نقيضها ألا ترى أنه ثبت في الصحيح من قوله عليه الصلاة والسلام من دخل دار أبي سفيان فهو آمن ومن أغلق بابه عليه فهو آمن ولو كان صلحا لما منوا كلهم به بلا حاجة

(قوله بموافقة من الصحابة) وهو ما روي أنه لما استولى على العراقين والسواد شاور الصحابة رضى الله عنهم في أراضيها فقال بعضهم هي غنيمة فاقسمها بين الغانمين وقال بعضهم بخلاف ذلك فتوقف عمر رضى الله عنه في ذلك فرجع الى القرآن فلما جاء من الغد قال وجدت في كتاب الله تعالى ما أستغني به عن رأيكم فانه قال والذين جاؤا من بعدهم الآية فلو قسمتها بينكم فما يكون لمن يجيء بعدكم فاتفقوا على ذلك الاعدد يسير منهم بلال رضى الله عنه (قوله ولم يحمد من خالفه) كبلال وأصحابه رضى الله عنهم فروي أنه قال على المنبر اللهم اكفني بلالا وأصحابه فما حال الحول حتى ماتوا فان قيل كيف ينعقد الاجماع مع خلافهم قلنا لا نعتبر خلافهم مع اجماع

الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضى الله تعالى عنه الآخر) أقول فيه نظر لان الآية ان أفادت القطع بطريق الاشارة بطل العمل بالحديث لانه ظني والا فيعود السؤال وأيضا الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التخيير والاثبات في كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة اذ لا تعارض هناك بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا

(قوله ففعل النبي عليه الصلاة والسلام أحدهما وعمر رضى الله تعالى عنه الآخر) أقول فيه نظر لان الآية ان أفادت القطع بطريق الاشارة بطل العمل بالحديث لانه ظني والا فيعود السؤال وأيضا الواجب عند التعارض الترجيح أو العدول الى دليل آخر لا التخيير والاثبات في كل موضع حصل فيه التعارض وليس كخصال الكفارة اذ لا تعارض هناك بل الدليل دل على التخيير ولم يدل دليلان على شيئين متنافيين كما هنا

فعل النبي صلى الله عليه وسلم اذا لم يعلم أنه عليه الصلاة والسلام على أي جهة فعله يحمل على أدنى منازل أفعاله وهو الاباحة وحينئذ لا يستوجب العمل لاحتمالة فاذا ظهر دليل الصحابي جاز أن يعمل بخلافه والثاني أنه على تقدير أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وجوبا فان عمر رضى الله عنه فعل مافعل مستنبطا من قوله تعالى والذين جاؤا من بعدهم بعد قوله تعالى ماأفاء الله على رسوله من أهل القرى فلله وللرسول ولذوي القربى فيكون ثابتا باشارة النص وهي تفيد القطع فيكون الواجب أحدهما يتعين بفعل الامام كالواجب المخير كما في خصال الكفارة ففعل النبي صلى الله عليه وسلم أحدهما وعمر الآخر (وقيل) في التوفيق بينهما ان (الاولى هو الاول عند حاجة الغانمين) كما فعل النبي صلى الله عليه وسلم فانه كان عند حاجة المسلمين (والثاني عند عدم الحاجة) كما فعل عمر رضى الله عنه (ليكون عدة في الزمان الثاني

وهـذا) أي اقرار أهل بلد على بلدهم بالمن عليهم (في العقار أما في المنقول المجرد فلا يجوز المن بالرد) بان يدفع اليهم مجانا او ينعم به عليهم وانما قيـد المنقول بالمجرد لانه يجوز المن عليهم بالمنقول بطريق التبعية للعقار وذلك في قوله بعد هذا وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل وقوله (لانه لم يرد به) أي بالمن (الشرع فيه) أي في المنقول المجرد (وفي العقار خلاف الشافعي) فانه لا يجوز المن فيه قال (لان في المن ابطال حق الغانمين) عندكم لان حقهم قد ثبت وتاكد بالاحراز فقد صار محرزا بفتح البلدة واجراء أحكام الاسلام فيها وليس للامام ذلك (أو ملكهم) يعني عندي فان الملك قد ثبت لهم بنفس الاحراز (فلا يجوز) يعني ابطال كل واحد من الحق والملك (من غير بدل يعادله) فان قيل الخراج يعاد (٢١٨) له أجاب بقوله (والخراج غير معادل لقلته) فان قيل فالحق أو الملك ثبت في رقابهم أيضا وجاز له أن لا يقسمها أجاب بقوله (بخلاف الرقاب) يعني أن حقهم لم يتعلق بها (لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل) فكذا له أن يبطله بالخلف وهو الجزية وهذا لانهم ما خلقت في الاصل أحرارا والملك ثبت بعارض فالامام اذا استرقهم فقد بدل حكم الاصل فاذا جعلهم أحرارا فقد بقي حكم الاصل فكان جائزا (والحجة عليه ما رويناه) يعني من فعل عمر رضي الله عنه وقوله (ولان فيه نظرا) يعني أن تصرف الامام وقع على وجه النظر في اقرار أهلها عليها لانه لو قسمها بينهم اشتغلوا بالزراعة وقعدوا عن الجهاد فكان يكر عليهم العدو وربما لا يهتدون لذلك العمل أيضا فاذا تركها في أيديهم وهم عارفون بالعمل صاروا (كالاكرة) أي المزارعين (العاملة للمسلمين العاملة وجوه المزارعة والمؤن مرتفعة مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) كان فيه نظر لاحالة فيكون جائزا فوله (والخراج وان قل) جواب عن قوله والخراج غير معادل لقلته وتقريره الفساد

وهذا في العقار أما في المنقول المجرد لا يجوز المن بالرد عليهم لانه لم يرد به الشرع فيه وفي العقار خلاف الشافعي لان في المن ابطال حق الغانمين أو ملكهم فلا يجوز من غير بدل يعادله والخراج غير معادل لقلته بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه ولان فيه نظرا لانهم كالاكرة العاملة للمسلمين العاملة وجوه الزراعة والمؤن مرتفعة مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد والخراج وان قل حالا فقد جعل ما كلا لدوامه وان من عليهم بالرقاب والاراضي يدفع اليهم من المنقولات بقدر ما يتهيأ لهم العمل ليخرج عن حد الكراهة قال (وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل ولان فيه حسم مادة

الى ذلك والى ما ثبت من اجارة أم هانئ من اجارته ومدافعتها عليا عن قتله وأمره عليه الصلاة والسلام بقتل ابن خطل بعد دخوله وهو متعلق باستار الكعبة وأظهر من الكل قوله عليه الصلاة والسلام في الصحيحين ان الله تعالى حرم مكة يوم خلق السموات والارض لا يسفك بها دم الى ان قال فان أحد ترخص بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم فقولوا له ان الله أذن لرسوله ولم يأذن لكم فقوله بقتال رسول الله صلى الله عليه وسلم صريح في ذلك (قوله وفي العقار خلاف الشافعي) فعنده يقسم الكل (لان في المن) بالارض (ابطال حق الغانمين) على قولكم (أو ملكهم) على قولي (فلا يجوز) للامام ذلك (بلا بدل يعادله والخراج لا يعادل لقلته) بالنسبة الى رقبة الارض (بخلاف الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم رأسا بالقتل والحجة عليه ما رويناه) من فعل عمر رضي الله عنه مع وجود الصحابة فلم يعارضوه فكان اجماعا فان قيل لا ينعقد الاجماع بخالفة بلال ومن معه أجيب بانه لم يسوغ اجتهادهم بدليل أن عمر دعا عليهم ولو سوغوا لهم ذلك لما دعا على المخالف (ولان فيه نظرا) للمسلمين (لانهم) يصيرون (كالاكرة العاملة للمسلمين العاملة وجوه الزراعة مع ارتفاع المؤن) عن المسلمين وفي هذا من النظر ما لا يخفى (مع أنه يحظى به الذين يأتون من بعد) فيحصل عموم النفع للمسلمين (والخراج وان قل حالا فقد جعل ما كلا) فربما يتحصل منه على طول الزمان اضعاف قيمة الارض (قوله وهو في الاسارى بالخيار ان شاء قتلهم) يعني اذا لم يسلموا (لانه عليه الصلاة والسلام قد قتل) من الاسارى اذ لا شك في قتله

أهل الفقه لانهم أصحاب الظواهر (قوله وفي كل من ذلك قدوة) أي في كل من فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم وفعل عمر رضي الله تعالى عنه (قوله أما في المنقول المجرد) قيد بالمجرد لانه يجوز المن عليهم في المنقول بطريق التبعية للعقار (قوله لان في المن ابطال حق الغانمين) أي على مذهبنا لا لانا نقول بثبوت الملك قبل الاحراز بدار الاسلام بل نقول بثبوت الحق للغانمين (قوله أو ملكهم) أي على مذهب الشافعي رحمه الله فانه يقول يثبت الملك لهم بنفس الاصابة (قوله بخلاف الرقاب) فالحق لم يتاكد في رقابهم ألا ترى أن له أن يقتلهم فكذلك يكون له أن يمن على رقابهم بجزية يأخذها (قوله والحجة عليه ما رويناه) أي من فعل عمر رضي الله عنه (قوله ليخرج عن حد الكراهة) ذكر الامام التمرتاشي رحمة الله تعالى عليه فان من عليهم الخراج وان قل (حالا) لكونه بعض ما يمكن أن يخرج في سنة (فقد جعل ما كلا لدوامه) بوجوبه في كل سنة قوله (وان من عليهم) ظاهر وقوله (ليخرج عن حد الكراهة) معناه ما قال الامام التمرتاشي فان من عليهم برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضي بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تربية العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل في الاراضي قال (وهو في الاسارى بالخيار) الامام فيما حصل تحت يده من الاسارى مخير بين الامور الثلاثة (ان شاء قتلهم لانه صلى الله عليه وسلم قد قتل) عقبة بن أبي معيط والنضر بن أبي سهيل بعد ما حصلا في يده وقتل بني قريظة بعد ثبوت اليد عليهم فان أسلموا سقط عنهم القتل لانه عقوبة

وجبت للبقاء على الكفر فاذا زال الكفر سقط القتل (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام) فان أسلموا بعد ذلك لم يسقط عنهم الرق لان الرق جزاء الكفر الاصلى على ماعرف بخلاف ما اذا أسلموا قبل الاستيلاء حيث لا يجوز القتل والاسترقاق أيضا لانه قد صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين لما بينا) من فعل عمر رضى الله عنه فان قيل فاقتلوا المشركين ينافى تركه قتلهم فلا يجوز أجيب بانه ترك العمل به فى حق (٢١٩) أهل الذمة والمستامن فكذا فى المتنازع

الفساد (وان شاء استرقهم) لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل اسلام (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين) لما بيناه (الا مشركى العرب والمرتدين) على ما نبين ان شاء الله تعالى (ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب) لان فيه تقويتهم على المسلمين فان أسلموا لا يقتلهم لاندفاع الشر بدونه (وله أن يسترقهم) توفيرا للمنفعة بعد انعقاد سبب الملك بخلاف اسلامهم قبل الاخذ لانه لم ينعقد السبب بعد (ولا يفادى بالاسارى عند أبى حنيفة وقالا يفادى بهم أسارى المسلمين) وهو قول الشافعى لان فيه تخليص المسلم وهو أولى من قتل

عقبة بن أبى معيط من أسارى بدر والنضر بن الحرث الذى قالت فيه أخته قتيلة الابيات التى منها

يارا كبا ان الاثيل مظنة * من صبح خامسة وأنت موفق
أبلغ بها ميتا فان تحيـــة * ما ان تزل بها الركائب تخفق
منى اليك وعبرة مسفوحة * جادت بوا كفها وأخرى تخنق
ما كان ضرك لو مننت وربما * من الفتى وهو المغيظ المحنق

الابيات وطعيمة بن عدى وهو أخو المطعم بن عدى وأما ما قال هشيم أنه قتل المطعم بن عدى فغلط بلا شك وكيف وهو عليه الصلاة والسلام يقول لو كان المطعم بن عدى حيا لشفعته فى هؤلاء النتنى (ولان فى قتلهم حسم مادة الفساد) الكائن منهم بالكلية (وان شاء استرقهم لان فيه دفع شرهم مع وفور المصلحة لاهل الاسلام) وبهذا قلنا ليس لواحد من الغزاة أن يقتل أسيرا بنفسه لان الرأى فيه الى الامام فقد يرى مصلحة المسلمين فى استرقاقه فليس له أن يفتات عليه وعلى هذا فلو قتل بلا محنة بان خاف القاتل شر الاسير كان له أن يعزره اذا وقع على خلاف مقصوده ولكن لا يضمن بقتله شيا (وان شاء تركهم أحرار اذمة للمسلمين لما بينا) من أن عمر فعل ذلك فى أهل السواد وقوله (الا مشركى العرب والمرتدين) يعنى اذا أسروا فان الكلام فى الاسارى و يتحقق الاسر فى المرتدين اذا غلبوا وصاروا حربا (على ما نبين ان شاء الله تعالى) فى باب الجزية من أنه لا تقبل منهم جزية ولا يجوز استرقاقهم بل اما الاسلام أو السيف (فان أسلم الاسارى) بعد الاسر (لا يقتلهم) لان الغرض من قتلهم دفع شرهم وقد اندفع بالاسلام ولكن يجوز استرقاقهم لان الاسلام لا ينافى الرق جزاء على الكفر الاصلى وقد وجد بعد انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء على الحربى غير المشرك من العرب (بخلاف ما لو أسلموا قبل الاخذ) لا يسترقون و يكونون أحرارا لانه اسلام قبل انعقاد سبب الملك فيهم (قوله ولا يفادى بالاسارى عند أبى حنيفة) هذه احدى الروايتين عنه وعليها مشى القدورى وصاحب الهداية وعن أبى

برقابهم وأراضيهم وقسم النساء والذرية وسائر الاموال جاز ولكن يكره لانهم لا ينتفعون بالاراضى بدون المال ولا بقاء لهم بدون ما يمكن به تربية العمر الا أن يدع لهم ما يمكنهم به العمل فى الاراضى (قوله وان شاء تركهم احرارا اذمة للمسلمين لما بينا) اشارة الى قوله كذلك فعله عمر رضى الله عنه بسواد العراق فان قيل ينبغى أن لا يثبت خيار ترك القتل لقوله تعالى واقتلوهم حيث وجدتموهم قلنا خص من هذه الآية أهل الذمة والمستامنون والنساء وغير ذلك فيختص المتنازع فيه عنهما بفعل عمر رضى الله عنه (قوله ولا يفادى بالاسارى) المفاداة بين الاثنين فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى عند أبى حنيفة رحمة الله

بهم أسارى المسلمين ولا تجوز الفدية بالمال وجعل فى السير الكبير قولهما أظهر الروايتين عن أبى حنيفة ووجه ذلك ما ذكره أن فيه تخليص

فيه بفعل عمر رضى الله عنه وقوله (الا مشركى العرب) استثناء من قوله وان شاء تركهم احرار ولقائل أن يقول هذه الادلة تدل على خلاف المدعى لان المدعى هو أن يكون الامام مخيرا بين الامور الثلاثة والادلة تدل على وجوب كل واحد منها ولانه قال لان فيه حسم مادة القتال وذلك واجب لا محالة ثم قال لان فيه دفع شرهم مع وفور المنفعة لاهل الاسلام وهو كالاول وأقوى ثم استدل بما فعل عمر رضى الله عنه بقوله لما بينا وهو انما يصح على تقدير أن يكون ما فعله واجبا والا لزم التخيير بين الواجب وغيره وهو لا يجوز والجواب أن كل واحد من الامور واجب والامام مخير بينها كما فى الواجب المخير وقوله (ولا يجوز أن يردهم) ظاهر وقوله (ولا يفادى بالاسارى) المفاداة بين اثنين يقال فاداه اذا أطلقه وأخذ فديته ومنه قوله ولا يفادى بالاسارى أى لا يعطى أسارى الكفار ويؤخذ منهم أسارى المسلمين أو المال عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يفادى

(قوله وقوله الا مشركى العرب استثناء من قوله الخ) أقول فيه تامل والظاهر أنه استثناء من قوله وهو فى الاسارى بالخيار (قوله والامام مخير بينها كما فى الواجب المخير) أقول اذا تعدد الدليل وكل دليل يدل على خلاف ما يدل الآخر وجوبا يكون ذلك من المعارضة لا من الواجب المخير فان الدليل فى الواجب المخير واحد دل على شئ واحد وهو التخيير وههنا ليس كذلك اذ لم يدل دليل من الادلة المذكورة على التخيير ولا مجموعها اذ تعارض الادلة لا يقتضى التخيير بل يصار الى الترجيح ان أمكن والا فالى دليل آخر من الادلة الاربعة كما تقرر فى الاصول

الكافر والانتفاع به وله أن فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابه خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه غير مضاف الينا والاعانة بدفع أسيرهم اليهم مضاف الينا أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بيناه وفى السير الكبير أنه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر ولو كان أسلم الاسير فى أيدينا لا يفادى بمسلم أسير فى أيديهم لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه به وهو مأمون على اسلامه

حنيفة أنه يفادى بهم كقول أبى يوسف ومحمد والشافعى ومالك وأحد لا بالنساء فانه لا تجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحد المفاداة بصبيانهم وروى أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك وهذه رواية السير الكبير قيل وهو أظهر الروايتين عن أبى حنيفة وقال أبو يوسف تجوز المفاداة بالاسارى قبل القسمة لا بعدها وعند محمد تجوز بكل حال وجه ما ذكر فى الكتاب (أن فيه معونة الكفرة لانه يعود حربا علينا ودفع شر حرابته خير من استنقاذ الاسير المسلم لانه اذا بقى فى أيديهم كان ابتلاء فى حقه فقط) والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين وجه الرواية الموافقة لقول العامة أن تخليص المسلم أولى من قتل الكافر والانتفاع به لان حرمته عظيمة وما ذكر من الضرر الذى يعود الينا بدفعه اليهم يدفعه ظاهر المسلم الذى يتخلص منهم لانه ضرر شخص واحد فيقوم بدفعه واحد مثله ظاهرا فيتكافآن ثم يبقى فضيلة تخليص المسلم وتمكينه من عبادة الله كما ينبغى زيادة ترجيح ثم انه قد ثبت ذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرج مسلم فى صحيحه وأبو داود والترمذى عن عمران ابن حصين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم فدى رجلين من المسلمين برجل من المشركين وأخرج مسلم أيضا عن اياس بن سلمة بن الاكوع عن أبيه خرجنا مع أبى بكر أمره علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فلقينى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى السوق فقال لى يا سلمة هب لى المرأة تلك أعنى التى كان أبو بكر نفله اياها فقلت هى لك يا رسول الله والله ما كشفت لها ثوبا فبعث بها رسول الله صلى الله عليه وسلم ففدى بها ناسا من المسلمين كانوا أسروا بمكة الا أن هذا يخالف رأيهم فانهم لا يفادون بالنساء ويبقى الاول (قوله أما المفاداة بمال يأخذه منهم لا يجوز فى المشهور من المذهب لما بيناه) فى المفاداة بالمسلمين من رده حربا علينا (وفى السير الكبير أنه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر) اذ لا شك فى احتياج المسلمين بل فى شدة حاجتهم اذ ذاك فليكن مجمل المفاداة الكائنة فى بدر بالمال وقد أنزل الله تعالى فى شان تلك المفاداة من العتب بقوله تعالى (ما كان لنبى أن يكون له أسرى حتى يثخن فى الارض) أى يقتل أعداء الله من الارض فينفيهم عنها (تريدون عرض الدنيا والله يريد الآخرة) وقوله تعالى (لولا كتاب من الله سبق) وهو أن لا يعذب أحدا قبل النهى ولم يكن نهاهم (لمسكم فيما أخذتم) من الغنائم والاسارى (عذاب عظيم) ثم أحلها له ولهم رحمة منه تعالى فقال فكلوا مما غنمتم حلالا طيبا هى للمجموع من الفداء وغيره وقيل للغنيمة فان قيل لا شك انه من الغنيمة قلنا لو سلم فلا شك أنه يجب تقييده بما اذا لم يضر بالمسلمين من غير حاجة وفى رده تكثير المحاربين لغرض دنيوى وفى الكشاف وغيره أن عمر رضى الله عنه كان أشار بقتلهم وأبو بكر باخذ الفداء تقويا ورجاء أن يسلموا وروى انهم لما أخذوا الفداء نزلت الآية فدخل عمر رضى الله عنه على النبى عليه الصلاة والسلام فاذا هو وأبو بكر يبكيان فسأله فقال أبكى على أصحابك فى أخذهم الفداء لقد عرض على عذابهم أدنى من هذه الشجرة قال وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لو نزل من السماء عذاب ما نجا منه الا عمر وسعد بن معاذ لقوله كان الاثخان فى القتل احب الى والله اعلم بذلك (قوله ولو أسلم الاسير وهو فى أيدينا لا يفادى به لانه لا يفيد الا اذا طابت نفسه وهو مأمون على اسلامه) فيجوز لانه يفيد تخليص مسلم من غير

المسلم وهو أولى من قتل الكافر والانتفاع به وقوله (وله أن فيه تقوية) وفى بعض النسخ معونة ظاهر ويجوز أن يبرز هذا فى معرض دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص كما مر فى صورة الرمى عند التترس بالمسلمين (وأما المفاداة باخذ المال منهم) فى اطلاق أسراهم (فلا تجوز فى المشهور من مذهب اصحابنا لما بينا) ان فيه تقوية ومعونة للكفرة بعودهم حربا علينا (وفى السير الكبير انه لا باس به اذا كان بالمسلمين حاجة استدلالا باسارى بدر)

تعالى عليه أى لا تؤخذ فدية بمقابلة اطلاق الاسارى التى فى أيدى المسلمين فعند الشافعى رحمه الله حكمهم أحد الاربعة القتل والاسترقاق والفداء بالمال أو بالاسارى والمن وعندهما أحد الامور الثلاث الاولان والفداء بالاسارى وعند أبى حنيفة ترجمة الله تعالى عليه أحد الامرين الاولين (قوله لما بينا) اشارة الى قوله ان

قال (ولا يجوز المن عليهم) أى على الاسارى خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض ومار واه منسوخ بما تلونا (واذا أراد الامام العود ومعه مواش لم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها وحرقها ولا يعقرها ولا يتركها) وقال الشافعى يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة ولنا أن ذبح الحيوان يجوز لغرض صحيح

اضرار لمسلم آخر (قوله ولا يجوز المن على الاسارى) وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ (خلافا للشافعى) اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد وجه قول الشافعى قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء ولانه عليه الصلاة والسلام من على جماعة من أسرى بدر منهم أبو العاص بن أبى الربيع على ما ذكره ابن اسحق بسنده وأبو داود من طريقه الى عائشة لما بعث أهل مكة فى فداء أسراهم بعثت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم فى فداء أبى العاص بمال وبعثت فيه بقلادة كانت خديجة رضى الله عنها أدخلتها بها على أبى العاص حين بنى بها فلما رأى النبى صلى الله عليه وسلم ذلك رق لها رقة شديدة وقال لاصحابه ان رأيتم أن تطلقوا لها أسيرها وتردوا عليها الذى لها ففعلوا ففعلوا ورواه الحاكم وصححه وزاد وكان النبى صلى الله عليه وسلم قد أخذ عليه أن يخلى زينب اليه ففعل وذكر ابن اسحق أن ممن من عليه المطلب بن حنطب أسره أبو أيوب الانصارى فخلى سبيله وأبو عزة الجمحى كان محتاجا ذا بنات فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فمن عليه وأخذ عليه أن لا يظاهر عليه أحدا وامتدح رسول الله صلى الله عليه وسلم بأبيات ثم قدم مع المشركين فى أحد فاسر فقال يا رسول الله أقالنى فقال عليه الصلاة والسلام لا تمسح عارضيك بمكة بعدها تقول خدعت محمدا مرتين ثم امر بضرب عنقه ويكفى ماثبت فى صحيح البخارى رحمه الله من قوله عليه الصلاة والسلام فى اسارى بدر لو كان المطعم بن عدى حيا ثم كلمنى فى هؤلاء النتنى لتركتهم له والعجب من قول شارح جهذا لا يثبت المن لان لولا امتناع الشئ لامتناع غيره يعنى فيفيد امتناع المن ولا يخفى على من له أدنى بصر بالكلام أن التركيب اخبار بانه لو كلمه لتركهم وصدقه واجب وهو بان يكون المن جائزا فقد أخبر بانه يطلقهم لو ساله اياهم والاطلاق على ذلك التقدير لا يثبت منه الا وهو جائز شرعا وكونه لم يقع لعدم وقوع ما علق عليه لا ينفى جواز مشروعا وهو المطلوب واجاب المصنف بانه منسوخ بقوله تعالى اقتلوا المشركين من سورة براءة فانها تقتضى عدم جواز المن وهى آخر سورة نزلت فى هذا الشان وقصة بدر كانت سابقة عليها وقد يقال ان ذلك فى حق غير الاسارى بدليل جواز الاسترقاق فيه يعلم ان القتل المامور حتما فى حق غيرهم (قوله واذا اراد الامام العود ومعه مواش) اى من مواشى اهل الحرب (فلم يقدر على نقلها الى دار الاسلام ذبحها ثم احرقها ولا يعقرها) كما نقل عن مالك لما فيه من المثلة بالحيوان وعقر جعفر بن ابى طالب رضى الله عنه فرسه ربما كان لظنه عدم الفتح فى تلك الوقعة فخشى ان ينال المشركون فرسه ولم يتمكن من الذبح لضيق الحال عنه بالشغل بالقتال او كان قبل نسخ المثلة أو علمها (ولا يتركها) لهم (وقال الشافعى) وأحمد (يتركها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة) قلنا هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام نعم روى من قول أبى بكر نفسه رواه مالك فى موطئه عن يحيى بن سعيد أن أبا بكر رضى الله عنه بعث جيوشا الى الشام فخرج يتبع يزيد بن أبى سفيان فقال انى أوصيك بعشر لا تقتلن صبيا ولا امرأة ولا كبيرا هرما ولا تقطعن شجرا مثمرا ولا تعقرن شاة ولا بقرة الا لما كلة ولا تحرقن عامرا ولا تحرقن ولا تغرقن ولا تخبثن ولا تغلل ثم هو محمول على ما اذا آنس الفتح وصيرورة

وسيجئ جوابه وقوله (ولا يجوز المن عليهم) المراد بالمن عليهم هو الانعام عليهم بان يتركهم مجانا من غير استرقاق ولا اذمة ولا قتل (خلافا للشافعى فانه يقول من رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعض الاسارى يوم بدر) يعنى اباعزة الجمحى (ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ولانه بالاسر والقسر ثبت حق الاسترقاق فيه) للغانمين (فلا يجوز اسقاطه بغير منفعة وعوض) كسائر الاموال المغنومة (ومارواه من المن على ابى عزة فهو (منسوخ بما تلونا) وكذلك قوله تعالى فاما منا بعد واما فداء وكذلك قصة أسارى بدر لان سورة براءة كانت آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل على كل حال بقوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم فكان ناسخا لما تقدم كله ولقائل أن يقول قد أجمعوا على أنه مخصوص خص منه الذمى والمستامن فجاز ان يخص منه الاسير قياسا عليهم أو بحديث أبى عزة أو غيرهما والجواب ان قياس الاسير على الذمى فاسد لوجود الذمة فيه دون الاسير وهى

(قوله ولقائل أن يقول الخ) أقول مخالف لما اسلفه فى أول الكتاب من أنه دليل قطعى فيفيد الفرضية

فيه معونة للكفرة لانه يعود حربا علينا (قوله ولا يجوز المن عليهم خلافا للشافعى رحمه الله تعالى عليه) المن أن يطلقهم مجانا هو يقول من رسول الله عليه السلام على بعض الاسارى يوم بدر ولنا قوله تعالى فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ومار واه منسوخ بما تلونا لان سورة براءة من آخر ما نزل وقد تضمنت وجوب القتل بكل حال فكان ناسخا (قوله ولا يعقرها خلافا لمالك رحمه الله ولا يتركها وقال الشافعى رحمه الله يتركها) لانه

ولا غرض أصح من كسر شوكة الاعداء ثم يحرق بالنار لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه وبخلاف العقر لانه مثله وتحرق الاسلحة أيضا ومالا يحترق منها يدفن فى موضع لا يقف عليه الكفار بطلا للمنفعة عليهم (ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب حتى يخرجها الى دار الاسلام) وقال الشافعى لا باس بذلك وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى الكفاية

البلاد دار اسلام وكان ذلك هو المستمر فى بعوث أبى بكر وعمر رضى الله عنهما فباعتباره كان ذلك وقد قلنا بذلك وذكرنا فيما تقدم أنه اذا كان ذلك فلا تحرق ولا تخرب لانه اتلاف مال المسلمين ألا ترى الى قوله الا تحرقن وهو رضى الله عنه قد علم قوله عليه الصلاة والسلام أغر على أبنى صباحا ثم حرق بنى مجرد ذبح الحيوان وانه لغرض الاكل جائز لانه غرض صحيح (ولا غرض أصح من كسر شوكتهم) وتعريضهم على الهلكة والموت وانما يحرق (لينقطع منفعته عن الكفار وصار كتخريب البنيان) والتحريق لهذا الغرض الكريم (بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه) وفيه أحاديث كثيرة منها حديث البخارى عن أبى هريرة قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فى بعث فقال لنا ان وجدتم فلانا وفلانا فاحرقوهما بالنار فلما خرجنا دعانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان وجدتم فلانا وفلانا فاقتلوهما ولا تحرقوهما فانه لا يعذب بها الا الله ورواه البزار وسماهما هبار بن الاسود ونافع بن عبد القيس وطوله البيهقى وذكر السبب أنهما كانا روعا زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم حين خرجت لاحقة به عليه الصلاة والسلام حتى ألقت ما فى بطنها والقضية مفصلة عند ابن اسحق معروفة لاهل السير وذكر البخارى أيضا تحريق على رضى الله عنه الزنادقة لذين أتى بهم فبلغ ذلك ابن عباس فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقوله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه واخرج البزار فى مسنده عن عثمان بن حيان قال كنت عند ام الدرداء رضى الله عنها فاخذت برغوثا فالقيته فى النار فقالت سمعت أبا الدرداء يقول قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يعذب بالنار الا رب النار هذا (وتحرق الاسلحة أيضا ومالا يحترق منها كالحديد يدفن فى موضع لا يقف عليه الكفار بطلا للمنفعة عليهم) ومافى فتاوى الولوالجى اتترك النساء والصبيان فى أرض غامرة أى خربة حتى يموتوا جوعا كى لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذى نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فى النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم هم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبى صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا حدث ابن اسحق عن نبيه بن وهب أخى بنى عبد الدار أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقبل بالاسارى فرقهم بين أصحابه وقال استوصوا بالاسارى خيرا فكان أبو عزير مر بى أخى مصعب بن عمير ورجل من الانصار يأسرنى فقال له شد يديك به فان امه ذات متاع قال وكنت فى رهط من الانصار حين اقبلوا بى من بدر فكانوا اذا قدموا غداءهم وعشاءهم خصونى بالخبز واكلوا التمر لوصية رسول الله صلى الله عليه وسلم اياهم بنا ما يقع فى يد رجل منهم كسرة من الخبز الا نفحنى بها قال فأستحى فأردها على أحدهم فيردها على ما يمسها فكيف يجوز أن يقتلوا جوعا اللهم الا ان يضطروا الى ذلك بسبب عدم الحمل والميرة فيتركوا ضرورة والله أعلم (قوله ولا تقسم غنيمة فى دار الحرب حتى تخرج الى دار الاسلام وقال الشافعى لا باس بذلك) اذا انهزم الكفار وعن أبى يوسف رحمه الله الاحب الى أن لا يقسمها حتى يحرز هاذ كره الكرخى وعنه ان لم تكن مع الامام حمولة يحملها عليها يقسمها فى دار الحرب (وأصله أن الملك للغانمين لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت) بالهزيمة ويلزمه أن قسمة الامام

عليه السلام نهى عن ذبح الشاة الا لما كلة (قوله بخلاف التحريق قبل الذبح لانه منهى عنه) فى الحديث لا يعذب بالنار الا رب النار (قوله وأصله) أى وأصل الخلاف (قوله ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل

المناط وكذا على المستامن لعدم استحقاق رقبته وحديث أبى عزة متقدم على الآية وغيرهما غير موجود أو غير معلوم فلا يصح التخصيص بشئ من ذلك والمواشى جمع ماشية وهى الابل والبقر والغنم والما كلة بضم الكاف وفتحها بمعنى وكلامه واضح قال (ولا يقسم غنيمة فى دار الحرب) قسمة الغنيمة فى دار الحرب لا تجوز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف جاز والتأخير الى الخروج الى دار الاسلام أحب الى (وقال الشافعى رضى الله عنه لا بأس بذلك والاصل ان الملك لا يثبت للغانمين قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل عدة من المسائل ذكرناها فى الكفاية) أى

له أن سبب الملك الاستيلاء اذا ورد على مال مباح كما فى الصيود ولا معنى للاستيلاء سوى اثبات اليد وقد تحقق ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه والقسمة بيع معنى فتدخل تحته ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة والثانى منعدم لقدرتهم على الاستنقاذ وجوده ظاهرا

هناك لا تفيد ملكا الا اذا كان عن اجتهاد فانه أمضى القضاء فى فصل مجتهد فيه أو كان لحاجة فان الحاجة موضعها مستثنى * واعلم أن حقيقة مذهبه أن الملك يثبت للغانم بأحد أمرين اما بالقسمة حيثما كانت أو باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم فى دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك لاحد بل يتأكد الحق ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف فى عتق الشريك وتخرج الفروع المختلفة على هذا منها لو وطئ بعض الغانمين فى دار الحرب واحدة من السبى فولدت فادعاه يثبت نسبه عنده لان وطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والا أخذها وكل من ماله قيمتها يوم الحمل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا وان تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك فى المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأى الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات أو العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها لانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية والعرافة شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال فى المبسوط والاولى أن لا وقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام ومنها جواز البيع من الامام لبعض الغنيمة يجوز عندهم لا عندنا مبنى على ذلك أيضا ومنها لو مات بعض الغزاة أو قتل فى دار الحرب لا يورث سهمه عندنا ويورث عنده بناء على التأكد بالهزيمة حتى صح منه التملك والتأكد يكفى للارث ألا ترى أنا نقول انه يورث اذا مات فى دار الاسلام قبل القسم للتأكد لا للملك لانه لا ملك قبل القسمة وهذا لان الحق المؤكد يورث كحق الرهن والرد بالعيب بخلاف الضعيف كالشفعة وخيار الشرط واستدل على ضعف الحق قبل الاحراز باباحة تناول الطعام فى دار الحرب بلا ضرورة وبعدم ضمان ما أتلف من الغنيمة قبل الاحراز بخلاف ما بعده فكان حقا ضعيفا كحق كل مسلم فى بيت المال والشافعية ان منعوا الاول ومنها لو لحق المدد فى دار الحرب قبل القسم شارك عندنا لا عنده للتأكد وعدمه فانما الثابت للغزاة بعد الهزيمة حق الملك لا حق التملك ولهذا لو أسلم الاسير قبل الاحراز بدار الاسلام لا يعتق وكذا أرباب الاموال اذا أسلموا بعد أخذها قبل الاحراز لا يملكون شيأ منها بل هم من جملة الغزاة فى القسمة والاستحقاق بسبب الشركة فى الاحراز بدار الاسلام بمنزلة المدد ذكره فى النهاية ومعناه اذا لم يؤخذوا فان اسلامهم بعد الاخذ لا يزيل عنهم الرق فلا يستحقون فى الغنيمة كالمدد وفى التحفة لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا قال و بعد الاحراز بدار الاسلام يتأكد حق الملك و يستقر ولهذا قالوا لو مات واحد من الغزاة يورث نصيبه ولو باع الامام جاز ولو لحقهم المدد لا يشاركون و يضمن المتلف وهذا المذكور فى التحفة ماش مع

كفاية المنتهى منها أن الامام اذا باع شيأ من الغنائم لحاجة الغزاة أو باع أحد الغزاة فانه لا يصح عندنا لعدم الملك وكذا لو أتلف أحدهم شيأ فى دار الحرب لم يضمن وكذا لو مات أحدهم لا يورث سهمه ولو لحق الجيش مدد قبل القسمة فى دار الحرب شاركوهم فى الغنيمة وقوله (له أن سبب الملك) ظاهر قوله (والثانى) أى اثبات اليد الناقلة الى دار الاسلام (منعدم لقدرتهم) أى لقدرة الكفرة على الاستنقاذ (ووجوده) أى وجود الاستنقاذ (ظاهرا) لكون المسلمين فى ديارهم

منها أن أحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبى فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت الامة أم ولد وعندنا لا يثبت النسب لعدم الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز البيع ومشاركة المدد والارث اذا مات أحدهم قبل القسمة (قوله ولنا أنه عليه السلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب والخلاف ثابت فيه) أى فى البيع والقسمة بيع معنى لاشتمالها على الافراز والمبادلة لا محالة

ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد لان حكم الملك لا يثبت بدونه

مافى المبسوط حيث قال فاما عندنا فالحق يثبت بنفس الاخذ ويتأكد بالاحراز وعلك بالقسمة كحق الشفعة يثبت بالبيع ويتأكد بالطلب ويتم الملك بالاخذ ومادام الحق ضعيفا لا تجوز القسمة لانه دون الملك الضعيف فى المبيع قبل القبض ووجه المصنف قول الشافعى بان سبب الملك يتم بالهزيمة لان بها يتحقق الاستيلاء على مال مباح فيملكه وهذا لانه ليس معنى الاستيلاء على مال مباح الاسبق اليد اليه على وجه القهر والاستيلاء كما فى الصيد والحطب ولانه صلى الله عليه وسلم قسم غنائم حنين وبنى المصطلق وأوطاس فى ديارهم ولنا منع أن السبب تم فان تمامه بثبوت اليد الناقلة أى قدرة النقل والتصرف كيف شاء نقلا وادخارا وهذا منتف عنه مادام فى دار الحرب لان الظهور عليهم والاستنقاذ منهم ليس ببعيد ألا ترى أن الدار مضافة اليهم فدل أنه مقهور ومادام فيها نوع من القهر بدليل أن له أن يتركها دار حرب وينصرف عنها فكان قاهرا من وجه مقهورا من وجه فكان استيلاء من وجه دون وجه فلم يتم سبب ملك المباح فلم يملك فلم تصح القسمة لانها بيع معنى فان البيع مبادلة وفى القسمة ذلك فان كل شريك لما اجتمع نصيبه فى العين كان ذلك عوضا عن نصيبه فى الباقى بخلاف ما اذا خرج العبد مراغما حيث يعتق بوصوله الى عسكر المسلمين وان كان فى دار الحرب وكذا لمرأة المراغمة تبين بذلك فانه بالنص لقوله عليه الصلاة والسلام فى عبيد الطائف هم عتقاء الله ولان ذلك يدل على نفسه ويكفى فيه امتناعه ظاهرا فى الحال وقال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار الآية وقسمة النبى صلى الله عليه وسلم غنائم حنين كان بعد منصرفه الى الجعرانة وكانت أول حدود الاسلام لان مكة فتحت وأرض حنين وبنى المصطلق بعد فتح مكة واجراء أحكام الاسلام فيها وهذا لان دار الحرب تصير دار اسلام باجراء الاحكام وبثبوت الامن للمقيم من المسلمين فيها وكونها متاخمة لدار الاسلام على قوله وعلى قولهما بالاول فقط وأنت اذا علمت أن الخلاف ليس كما قيل بل الاتفاق على أن الملك لا يثبت قبل القسمة بمجرد الهزيمة بل فى أن القسمة هل توجب الملك فى دار الحرب أمكنك أن تجعل الدليل من الجانبين على ذلك وتقريره للشافعى أنه لا مانع من صحتها فى دار الحرب لتمام الاستيلاء على المباح فاذا اتصل به القسم ملك ولنا منع تمام السبب فلا تفيد القسمة الملك الا عند تمامه وهو فى دار الاسلام واعلم أن القسمة انما لا تصح اذا قسم بلا اجتهاد أو اجتهد فوقع على عدم صحتها قبل الاحراز أما اذا قسم فى دار الحرب مجتهدا فلا شك فى الجواز وثبوت الاحكام وأما الحديث الذى ذكره وهو أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة فى دار الحرب فغريب جدا ثم ذكر المصنف خلافا فى أن الخلاف فى عدم جواز القسمة قبل الاحراز أو فى كراهتها فقيل المراد عدم جواز القسمة حتى لا تثبت الاحكام من حل الوطء ونفاذ البيع وغيره وقيل الكراهة لا بطلان القسمة لانهم اذا اشتغلوا بها يتكاسلون فى أمر الحرب ور بما يتفرقون

فتدخل تحته أى تدخل القسمة تحت النهى (قوله ثم قيل موضع الخلاف ترتب الاحكام على القسمة اذا قسم الامام لاعن اجتهاد) أى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد بانها هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع أم لا فعلى قوله يثبت وعندنا لا يثبت ثم علل بقوله لان حكم الملك لا يثبت بدونه أى بدون الملك فلما ثبتت الاحكام عنده من الاكل والوطء وغيرهما بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد علمنا أن الملك كان ثابتا له قبل القسمة كما اذا كانت التركة بين الورثة فانه انما تثبت أحكام الملك من الانتفاعات اذا وقعت القسمة لثبوت نفس الملك قبل القسمة فكذلك ههنا على قوله وعندنا لا تثبت بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد من حكم الملك شئ لان الملك لا يثبت قبل هذه القسمة فلا يثبت حكم الملك من الانتفاع بهذه القسمة ثم انما قيد القسمة بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق وذكر فى المبسوط وان قسمها فى دار الحرب جاز لانه أمضى فصلا مجتهدا فيه وقضاء المجتهد فيه نافذ وقيل الكراهة أى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لا عدم الجواز

وقوله (ثم قيل موضع الخلاف) أى ان موضع الخلاف فيما اذا صدرت القسمة عن الامام بدون الاجتهاد هل يثبت حكم الملك لمن وقعت القسمة فى نصيبه من الاكل والوطء وسائر الانتفاع أولا فعنده يثبت وعندنا لا يثبت وقوله (لان حكم الملك لا يثبت بدونه) أى بدون الملك معناه ان ترتب هذه الاحكام دليل ثبوت الملك المستلزم للعلم بجواز القسمة فعنده مترتبة بهذه القسمة الصادرة لاعن اجتهاد فيلزم منه ثبوت الملك وعندنا ليست بمترتبة فدل على ان الملك لم يكن ثابتا وهذا لان الملك علة لترتب الاحكام وقد وجد المعلول فيلزم وجود العلة لئلا يلزم تخلف المعلول عن العلة وعندنا لم يوجد المعلول فيلزم عدم وجود العلة لئلا يلزم تخلف العلة عن المعلول وانما قيد القسمة بقوله لاعن اجتهاد ليظهر موضع الخلاف فانه اذا قسم مجتهدا جاز بالاتفاق

قوله (وقيل الكراهة) أى حكم قسمة الغنائم فى دار الحرب على مذهبنا الكراهة لاعدم الجواز لما فى القسمة من قطع شركة المدد فيقل بها رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما تتم به القسمة فلا يمنع جوازها (وهى كراهة تنزيه عند محمد) فانه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا تجوز القسمة فى دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم فى دار

وقيل الكراهة وهى كراهة تنزيه عند محمد فانه قال على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا تجوز القسمة فى دار الحرب وعند محمد الافضل أن يقسم فى دار الاسلام ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز فلا يتقاعد عن ايراث الكراهة (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) لاستوائهم فى السبب وهو المجاوزة أو شهود الوقعة على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا (واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم فيها) خلافا للشافعى بعد انقضاء القتال

فربما يكر العدو على بعضهم فكان المنع لمعنى فى غير المنهى عنه فلا يعدم الجواز ثم قال المصنف (وهى كراهة تنزيه عند محمد) فالافضل أن لا يقسم فى دار الحرب لانه صلى الله عليه وسلم ما قسم الا فى دار الاسلام والافعال المتفقة فى الاوقات المختلفة لا تكون الا لداع هى كراهة خلافه أو بطلانه والكراهة أدنى فيحمل عليه للتيقن به قيل ونقل الخلاف هكذا وان كان فى المبسوط غير جيد لانه لم يعرف خلاف عنهم الا ما روى عن أبى يوسف وهذا لان المسائل الافرادية الموضوعة مصرحة بعدم صحة القسمة قبل الاحراز مثل ما سيأتى من أن من مات من الغانمين لا يورث حقه من الغنيمة وأنه لا يباع من ذلك العلف ونحوه شئ ومنها عدم جواز التنفيل بعد الاحراز وجوازه قبله ومشاركة المدد اللاحق قبل الاحراز ثم وجه الكراهة بقوله لان دليل البطلان أى بطلان القسمة قبل الاحراز راجح على دليل جوازها الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لانه لما لم يثبت سلب الجواز بالاتفاق فلم يبطل المرجوح واذا لم يبطل حصل من معارضة الدليلين الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الهرة لما انتفت النجاسة لم تنتف الكراهة وهذا الكلام ينبو عن القواعد فان الاجماع على وجوب العمل بالراجح من الدليلين وترك المرجوح واذا كان الراجح دليل البطلان تعين الحكم بالبطلان عند المجتهد الذى ترجح عنده وكون له مخالف ولا اجماع لا يوجب بل لا يجوز لذلك المجتهد النزول عن مقتضاه والافكل خلافية من المسائل كذلك واذا لزم حكم البطلان فما موجب اثبات الكراهة والتحقيق فى سؤر الهرة أن الكراهة تنزيهية لعدم تحاميها من النجاسة لان دليل حرمة اللحم الموجب لنجاسة السؤر عارضه شدة المخالطة وترجح عليه فانتفت النجاسة والكراهة حكم شرعى يحتاج خصوصه الى دليل وشدة المخالطة دليل الطهارة فقط فتبقى الكراهة بلا دليل وهذا اذا لم يكن للمسلمين حاجة أما اذا تحققت لهم فى دار الحرب بالثياب والمتاع ونحوه قسمها فى دار الحرب (قوله والردء) أى العون (والمقاتل) أى المباشر للقتال مع الكفار وكذا أمير العسكر (سواء) فى الغنيمة لا يتميز واحد منهم على آخر بشئ وهذا بلا خلاف لاستواء الكل فى سبب الاستحقاق وسنبين سببه فيما يأتى ان شاء الله تعالى (قوله واذا لحقهم المدد فى دار الحرب قبل أن يخرجوا الغنيمة الى دار الاسلام شاركوهم) أى المدد (فيها) وعن الشافعى فيه قولان وما ذكرناه بناء على ما مهدناه من أن الملك لا يتم للغانمين قبل احراز الغنيمة بدار الاسلام فجاز أن يشاركهم المدد اذا قام به الدليل ولا ينقطع حق

وذكر فى المبسوط وقيل من مذهبنا كراهة القسمة فى دار الحرب لا بطلان القسمة لما فى القسمة من قطع شركة المدد فتقل بها رغبتهم فى اللحوق بالجيش ولانه اذا قسم تفرقوا فربما يكر العدو على بعضهم وهذا أمر وراء ما يتم به القسمة فلا يمنع جوازها (قوله ووجه الكراهة أن دليل البطلان راجح) بدليل عدم الملك بمجرد الاستيلاء بالدليل الذى ذكرنا وأن دليل البطلان محرم والمحرم راجح على المبيح الا أنه تقاعد عن سلب الجواز لان الاجماع ثابت فى الجملة أما عند الشافعى رحمه الله يجوز بكل حال وأما عندنا اذا رأى الامام المصلحة فاذا لم

 عن ايراث الكراهة) لان الدليل المرجوح لما لم يبطل بالكلية حصل من معارضة الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما فى سؤر الحمار قال (والردء والمقاتل فى العسكر سواء) الردء هو العون والمقاتل هو المباشر فى العسكر فى استحقاق الغنيمة سواء (لاستوائهم فى السبب) وهو مجاوزة الدرب بنية القتال عندنا (أو شهود الوقعة) عند الشافعى رضى الله عنه (على ما عرف وكذلك اذا لم يقاتل لمرض أو غيره لما ذكرنا) من الاستواء فى السبب قوله (واذا لحقهم المدد) ظاهر

وهو بناء على ما مهدناه من الاصل وانما ينقطع حق المشاركة عندنا بالاحراز أو بقسمة الامام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فينقطع حق شركة المدد قال (ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة الا أن يقاتلوا) وقال الشافعي في أحد قوليه يسهم لهم لقوله عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد ولنا أنه لم توجد المجاوزة على قصد القتال فانعدم السبب الظاهر فيعتبر السبب الحقيقي وهو القتال فيفيد الاستحقاق على حسب حاله فارسا أو راجلا عند القتال وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه أو تاويله أن يشهدها على قصد القتال

المدد الا بثلاثة أمور الاحراز بدار الاسلام والقسمة بدار الحرب وبيع الامام الغنيمة قبل لحاق المدد هذا وعلى ما حققناه المبنى تاكد الحق وعدمه وما استدل به الشافعي من صحيح البخاري عن أبي هريرة رضي الله عنه قال بعث عليه الصلاة والسلام أبانا على سرية قبل نجد فقدم أبان وأصحابه على رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر بعد ما فتحها الى أن قال فلم يقسم لهم لادليل فيه لان وصول المدد في دار الاسلام لا يوجب شركة وخيبر صارت دار اسلام بمجرد فتحها فكان قدومهم والغنيمة في دار الاسلام وأما اسهامه لابي موسى الاشعري على ما في الصحيحين عنه قال بلغنا مخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم ونحن باليمن فخرجنا مهاجرين اليه أنا وأخوان لي أنا أصغرهم أحدهما أبو بردة والآخر أبو رهم في بضع وخمسين رجلا من قومي فركبنا سفينة فالقتنا الى النجاشي فوافينا جعفر بن أبي طالب وأصحابه عنده فقال جعفر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا ههنا وأمرنا بالاقامة فاقيموا معنا فاقمنا حتى قدمنا فوافينا رسول الله صلى الله عليه وسلم حين افتتح خيبر فاسهم لنا ولم يسهم لاحد غاب عن فتح خيبر الا أصحاب سفينتنا فقال ابن حبان في صحيحه انما أعطاهم من خمس الخمس ليستميل قلوبهم لا من الغنيمة وهو حسن ألا ترى أنه لم يعط غيرهم ممن لم يشهدها وحمل بعض الشافعية على أنهم شهدوا قبل حوز الغنائم خلاف مذهبهم فانه لا فرق عندهم في عدم الاستحقاق بين كون الوصول قبل الحوز أو بعده بعد كونه بعد الفتح (قوله ولا حق لاهل سوق العسكر) أي (في الغنيمة) لا سهم ولا رضخ الا أن يقاتلوا) فحينئذ يستحقون السهم وبه قال مالك وأحمد وللشافعي فيه قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم واستدل الشافعي بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال (الغنيمة لمن شهد الوقعة) والصحيح أنه موقوف على عمر كما ذكر المصنف ذكره ابن أبي شيبة في مصنفه حدثنا وكيع حدثنا شعبة عن قيس بن مسلم عن طاوس عن ابن شهاب أن أهل البصرة غزوا نهاوند فامدهم أهل الكوفة وعليهم عمار بن ياسر رضي الله عنه فظهروا فاراد أهل البصرة أن لا يقسموا لاهل الكوفة فقال رجل من بني تميم أيها العبد الاجدع تريد أن تشاركنا في غنائمنا وكانت أذنه جدعت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خير أذني سبيت ثم كتب الى عمر رضي الله عنه فكتب عمر ان الغنيمة لمن شهد الوقعة ورواه الطبراني والبيهقي وقال وهو صحيح من قول عمر وأخرج ابن عدي عن علي رضي الله عنه الغنيمة لمن شهد الوقعة وهذا قول صحابي وهو لا يرى جواز تقليد المجتهد اياه وكذا عند الكرخي من مشايخنا وعلى قول الآخرين (تاويله أن يشهد على قصد القتال) والوقعة هي القتال وهو

وقوله (بناء على ما مهدناه من الاصل) يريد ما ران سبب الملك عنده هو الاخذ والملك يثبت به وعندنا ان السبب هو الاحراز فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي يتم به السبب شاركوهم في تاكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حالة القتال (وانما تنقطع المشاركة بالاحراز أو بقسمة الامام في دار الحرب أو ببيعه المغانم فيها لان بكل واحد منها يتم الملك فتنقطع شركة المدد ولا حق لاهل سوق العسكر في الغنيمة) باطلاقه يفيد نفي السهم الكامل والرضخ وكذا ذكر في المبسوط وعلل بان قصدهم التجارة لا اعزاز دين الله وارهاب العدو (الا أن يقاتلوا) فلهم السهم (وقال الشافعي رحمه الله يسهم لهم في قول لقوله صلى الله عليه وسلم الغنيمة لمن شهد الوقعة ولانه وجد الجهاد معنى بتكثير السواد) وقوله (ولنا أنه لم توجد المجاوزة) واضح (وما رواه) من قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة (موقوف على عمر رضي الله عنه) ومثله ليس بحجة عندنا لانه لا يرى تقليد الصحابي (أو تاويله أن يشهدها على قصد القتال) ألا ترى أن الكفار يشهدونها وليس

يسلب الجواز لا يكون أدنى حالا من ايراث الكراهة لان الدليل المرجوح لما لم يبطل أصلا حصل من معارضة الدليلين من الدليل الراجح والمرجوح الكراهة كما في سؤر الهرة فانه لما قام الدليل على الحرمة والحل ولم يعمل دليل الحرمة في سلب الحل لم يتقاعد عن ايراث الكراهة كذا هنا (قوله وهو بناء على ما مهدناه من الاصل) وهو أن السبب هو الاخذ والملك يثبت بنفس الاخذ وعندنا السبب هو القهر وتمام القهر بالاحراز بدار الاسلام فاذا شارك المدد الجيش في الاحراز الذي به يتم السبب يشاركونهم في تاكد الحق به كما لو التحقوا بهم في حال القتال كذا في المبسوط (قوله ولا حق لاهل سوق العسكر) أي لا سهم لهم ولا رضخ لان قصدهم التجارة لا ارهاب العدو واعزاز الدين (قوله فانعدم السبب الظاهر) وهو مجاوزة الدرب على قصد القتال (قوله وما رواه موقوف على عمر رضي الله عنه) وذلك ليس بحجة عند بعض مشايخنا خصوصا على أصل

(وان لم تكن للامام حمولة تحمل عليها الغنائم قسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيقسمها) قال العبد الضعيف هكذا ذكر في المختصر ولم يشترط رضاهم وهو رواية السير الكبير والجلة في هذا أن الامام اذا وجد في المغنم حمولة يحمل الغنائم عليها الان الحمولة والمحمول مالهم وكذا اذا كان في بيت المال فضل حمولة لانه مال المسلمين ولو كان للغانمين أو لبعضهم لا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه ابتداء اجارة وصار كما اذا نفقت دابته في مفازة ومع رفيقه فضل حمولة ويجبرهم في رواية السير الكبير لانه دفع الضرر العام بتحميل ضرر خاص (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة في دار الحرب) لانه لا ملك قبلها وفيه خلاف الشافعي وقد بينا الاصل (ومن مات من الغانمين في دار الحرب فلا حق له في الغنيمة

معنى قول صاحب الجمل الوقعة صدمة الحرب وشهوده على قصد القتال انما يعرف باحد أمرين باظهار خروجه للجهاد والتجهيز له لا لغيره ثم المحافظة على ذلك القصد الظاهر وهذا هو السبب الظاهر الذي ينبني عليه الحكم وأمر بحقيقة قتاله بان كان خروجه ظاهر الغيره كالسوق وسائس الدواب فان خروجه ظاهر الغيره فلا يستحق بمجرد شهوده اذ لا دليل على قصد القتال فاذا قاتل ظهر أنه قصد غير أنه ضم اليه شيأ آخر كالتجارة في الحج لا ينتقص به ثواب حجه وعلى كون السبب ما قلنا فرع مالوأسر في دار الحرب فاصابوا بعده غنيمة ثم انفلت فلحق بالجيش قبل أن يخرجوا شاركهم فيها وفي كل ما يصيبونه وان لم يلقوا قتالا بعده ولو لحق بعسكر غير الذي خرج معهم وقد أصابوا غنائم لا يشاركهم فيها الا أن يلقوا قتالا فيقاتل معهم لانه ما انعقد له سبب الاستحقاق معهم وانما كان قصده من اللحوق بهم الفرار ونجاة نفسه فلا يستحق الا أن يقاتلوا فيقاتل معهم لانه حينئذ تبين أنه قصد باللحاق بهم القتال وكذا من أسلم في دار الحرب ولحق بالعسكر والمرتد اذا تاب ولحق بالعسكر والتاجر الذي دخل بامان اذا لحق بالعسكر ان قاتلوا استحقوا والا فلا شيء لهم (قوله واذا لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء المهملة ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره (يقسمها بينهم) فقيل قسمة الغنيمة في دار الحرب للحاجة فتكون هذه القسمة بالاجتهاد فتصح وقيل قسمة ايداع الى دار الاسلام و يستردها فيقسمها ثم على هذا يكون بالاجرة وهل يكرههم على ذلك في السير الصغير لا يكرههم لانه انتفاع بمال الغير لا بطيب من نفسه فهو كمن تلفت دابته في دار الاسلام ومع رفيقه دابة فليس له أن يحمل عليها كرها باجر المثل وقوله (لانه ابتداء اجارة) أي من كل وجه احترازعن مثل ما اذا انقضت مدة اجارة السفينة في وسط البحر أو البعير في البرية فانه تنعقد بينهما اجارة باجر المثل جبرا وفي السير الكبير يكرههم لانه دفع الضرر العام بالضرر الخاص ولان منفعته راجعة اليهم والاجرة من الغنيمة والاوجه أنه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانها تصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة وقوله في المختصر أي القدوري (قوله ولا يجوز بيع الغنائم في دار الحرب) لعدم الملك وهو المراد بقوله (وقد بينا الاصل فيه) وهذا في بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لانه مجتهد فيه يعني أنه لا بد أن يكون الامام رأى المصلحة في ذلك وأقله تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا (قوله ومن مات من الغانمين) تقدم

الشافعي رحمه الله فان عنده لا يقلد الصحابي (قوله لانه ابتداء اجارة) أي من كل وجه هذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه تنعقد عليها اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك كذا في المحيط (قوله و يجبرهم في رواية السير الكبير) ذكر فيه و يستوي في ذلك ان رضي به أصحاب الحمولة أو أبوا اذا كان بهم غنى عن تلك الحمولة لانهم بهذا الاباء قصدوا التعنت فان في هذا الاستئجار منفعة لهم من حيث أنه تحصل لهم الاجرة بمقابلة منفعة لا تبقى لهم بدون هذا الاستئجار وفيه منفعة للغانمين أيضا فكانوا متعنتين في الاباء والقاضي لا يلتفت الى اباء المتعنت ولان الاستئجار و بقاء الاجارة عند تحقق الحاجة صحيح من غير الامير فمن الامير أولى و بيانه في

لهم شيء (وان لم يكن للامام حمولة) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير أو فرس أو بغل أو حمار (قسمها بين الغانمين قسمة ايداع) وكلامه واضح وقوله (لانه ابتداء اجارة) أي من كل وجه وهذا احتراز عن اجارة مستانفة في حالة البقاء فانه يجبر على الاجارة بالاتفاق كما في مسئلة السفينة فان من استاجر سفينة شهرا فمضت المدة في وسط البحر فانه تنعقد عليها اجارة أخرى باجر المثل بغير رضا المالك وقوله (وصار كما اذا نفقت دابته) يعني في كونه ابتداء اجارة من كل وجه وقوله (و يجبرهم في رواية السير الكبير) ظاهر و يكون الاجر من الغنائم يبتدأ به قبل الخمس لان في هذا الاستئجار منفعة للغانمين فهو كالاستئجار لسوق الغنم والرمك وحق أصحاب الحمولة لا يمنع صحة الاستئجار لان شركة الملك هي التي لا تمنع صحة الاستئجار لا شركة الحق كما في مال بيت المال وقوله (ولا يجوز بيع الغنائم قبل القسمة) واضح

مما تقدم قوله (ولا ملك قبل الاحراز) فيه نظر لانه يناقض قوله فيما تقدم لان بكل منهما يتم الملك والجواب أنه ترك ذكر القسمة في دار الحرب وبيع الغنائم فيها ههنا اعتمادا على ذكره هناك أولان ذلك لعارض الحاجة والاعتبار للامور الاصلية وقوله (وقد بيناه) أي في مسئلة قسمة الغنيمة في دار الحرب قوله (ولا باس بان يعلف العسكر) أي دوابهم العلف (في دار الحرب) وقوله لم يقيده بالحاجة

يعني القدوري في مختصره (وقد شرطها) يعني محمدا (في رواية) هي رواية السير الصغير (ولم يشترطها في أخرى) وهي رواية السير الكبير ووجه كل منهما ما ذكره في الكتاب وهو واضح وقوله (وعلف ظهره) أي دابته واستعار لفظ الظهر لها والميرة الطعام (فيعتبر حقيقتها) أي حقيقة الحاجة في السلاح وقوله (والدابة مثل السلاح) يعني في اعتبار حقيقة الحاجة لكن اذا اعتبر حاجة الركوب أما اذا اعتبر فيها الاكل فهي كالطعام (ويستعملوا الحطب وفي بعض النسخ الطيب) قيل وليس بصحيح لان القدوري نفسه قال في شرح مختصر الكرخي بعدم جواز الانتفاع بالطيب أما الحطب فلتعذر النقل من دار الاسلام جاز استعماله كما في العلف وأما الادهان بالدهن فالمراد به الدهن المأكول كالزيت لانه لما كان مأكولا كان صرفه الى بدنه كصرفه الى أكله واذا لم يكن مأكولا لا ينتفع به بل يرده الى الغنيمة

(قال المصنف ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب و يأكلوا الخ) أقول أي لا باس بان يعلف العسكر دوابهم العلف فالمفعول بهما محذوفان بعض علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطعمها العلف (قال المصنف ويستعملوا الحطب الخ) أقول معطوف على قوله بان يعلف (قوله قيل وليس بصحيح) أقول القائل هو الاتقاني (قوله واذا لم يكن ما كولا الخ) أقول كدهن البنفسج والخيري

ومن مات منهم بعد اخراجها الى دار الاسلام فنصيبه لورثته) لان الارث يجري في الملك ولا ملك قبل الاحراز وانما الملك بعده وقال الشافعي من مات منهم بعد استقرار الهزيمة يورث نصيبه لقيام الملك فيه عنده وقد بينا قال (ولا بأس بان يعلف العسكر في دار الحرب و يأكلوا ما وجدوه من الطعام) قال رضي الله عنه أرسل ولم يقيده بالحاجة وقد شرطها في رواية ولم يشترطها في أخرى وجه الاولى أنه مشترك بين الغانمين فلا يباح الانتفاع به الا لحاجة كما في الثياب والدواب ووجه الاخرى قوله عليه الصلاة والسلام في طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها ولان الحكم يدار على دليل الحاجة وهو كونه في دار الحرب لان الغازي لا يستغني قوت نفسه وعلف ظهره مدة مقامه فيها والميرة منقطعة فبقي على أصل الاباحة للحاجة بخلاف السلاح لانه يستغني عنه فانعدم دليل الحاجة وقد تمس اليه الحاجة فتعتبر حقيقتها فيستعمله ثم يرده في المغنم اذا استغنى عنه والدابة مثل السلاح والطعام كالخبز واللحم وما يستعمل فيه كالسمن والزيت قال (و يستعملوا الحطب) وفي

تفريعها على عدم الملك قبل دار الاسلام وهو المراد بقوله وقد بيناه (قوله ولا باس بان يعلف العسكر في دار الحرب و يأكلوا ما وجدوه من الطعام) علف الدابة علفا من باب ضرب ضربا فهي معلوفة وعليف والعلف ما تعتلفه وحاصل ما هنا أن الموجود اما ما يؤكل أولا وما يؤكل اما يتداوى به كالهليلج أولا فالثاني ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه أو انكسر سيفه أما اذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل أثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثرا للملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة اذا انقضى

استئجار السفينة على ما ذكرنا وكذلك استئجار الاوعية لحمل المائع فيها مدة معلومة اذا انتهت المدة وهم في المفازة وكذلك اذا استأجر دابة لحمل الامتعة من موضع الى موضع مدة معلومة فانتهت المدة وهم في المفازة أو مات صاحب الدابة فانه يبتدئ العقد بعد انتهاء المدة و يبقى بعد الموت في هذه المواضع باجر المثل و بالمسمى في حالة البقاء وكان ذلك لاجل الحاجة فكذلك في الغنائم اذا تحققت الحاجة الى حملها فان قيل جواز البناء لا يدل على جواز الابتداء بلا رضا لان البناء أسهل من الابتداء قلنا لا فرق بينهما لانه في الحالين يتملك منافع العين باجر المثل لصيانة المال بلا رضا (قوله وقد شرطها في رواية) ذكر في المحيط فقد قيد محمد رحمه الله في السير الصغير الاباحة بطعام الغنيمة وعلفها بالحاجة وفي السير الكبير أباح الانتفاع عليه بحاجة و بغير حاجة فصار في المسئلة روايتان فما ذكره في السير الصغير جواب القياس وما ذكره في السير الكبير جواب الاستحسان حتى أن على رواية السير الكبير يستوي فيه الغني والفقير في حل الانتفاع ثم قال وكما يجوز للغازي أن يأخذ من طعام الغنيمة وعلفها مقدار كفايته يجوز له أن يأخذ منها مقدار ما يكفي عبيده الذين دخلوا معه و يقومون على دوابهم وحفظ رجالهم وكذلك يأخذون لنسائهم وصبيانهم الذين دخلوا معهم ولو كان رجل دخل دار الحرب ليخدم بعض الجندي باجر فلا يباح له أن يتناول شيأ من الغنيمة وكذلك من دخل دار الحرب للتجارة (قوله وعلف ظهره) أي دابته ولفظ الظهر مستعار لها والميرة الطعام (قوله والدابة مثل السلاح) أي تعتبر الحاجة فيها والطعام كالخبز والزيت أي المراد بالطعام ما هو المهيأ للاكل وفي المحيط وان وجدوا غنما فلا باس بان يذبحوها و يأكلوها و يردوا جلودها في الغنيمة وذكر هذا الحكم في السير الكبير في الجزور وفي الايضاح في البقر فعلم بهذا أن المهيأ للاكل وما هو غير مهيأ سواء في اباحة التناول للغازي وان أصابوا

بعض النسخ الطيب (ويدهنوا بالدهن ويوقحوا به الدابة) لمساس الحاجة الى جميع ذلك (ويقاتلوا بما يجدونه من السلاح كل ذلك بلا قسمة) وتأويله اذا احتاج اليه بان لم يكن له سلاح وقد بيناه (ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ) ولا يتمولونه لان البيع يترتب على الملك ولا ملك على ما قدمناه وانما هو اباحة وصار كالمباح له الطعام وقوله ولا يتمولونه اشارة الى أنهم لا يبيعونه بالذهب والفضة والعروض لانه لا ضرورة الى ذلك فان باعه أحدهم رد الثمن الى الغنيمة لانه بدل عين كانت للجماعة وأما الثياب والمتاع فيكره الانتفاع بها قبل القسمة من غير حاجة للاشتراك الا أنه يقسم الامام بينهم في دار الحرب اذا احتاجوا الى الثياب والدواب والمتاع لان المحرم يستباح للضرورة فالمكروه أولى وهذا ان حق المدد محتمل وحاجة هؤلاء متيقن بها فكان أولى بالرعاية ولم يذكر القسمة في السلاح ولا فرق في الحقيقة لانه اذا احتاج واحد يباح له الانتفاع في الفصلين وان احتاج الكل يقسم في الفصلين بخلاف ما اذا احتاجوا الى السبي حيث لا يقسم لان الحاجة اليه من فضول الحوائج قال

الحرب وكذا الثوب اذا ضره البرد فيستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها حينئذ بينهم (ولم يذكر) محمد رحمه الله (قسمة السلاح ولا فرق) كما ذكره المصنف لان الحاجة في السلاح والثياب واحد بخلاف السبي لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا من أصولها فيستعجبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الجمل يعني بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التي لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس في محل الحاجة بل الفضول وقال عليه الصلاة والسلام ردوا الخيط والمخيط ولا شك أنه لو تحقق بأحدهم مرض يحوجه الى استعمالها كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة وأما ما يؤكل لا للتداوي سواء كان مهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والخبز والزبيب والعسل والسكر والفاكهة اليابسة والرطبة والبصل والشعير والتبن والادهان المأكولة كالزيت والسمن فلهم الاكل والادهان بتلك الادهان لان الادهان انتفاع في البدن كالاكل ويوقحوا الدواب بها وتوقيح الدابة تصليب حافرها بالدهن اذا حفي من كثرة المشي والراء أي الترقيح خطأ كذا في المغرب لكن الاصح جوازه ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ وفي الجمهرة رقح عيشه ترقيحا اذا أصلحه وأنشد

يترك ما رقح من عيشه * يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس هم الذين لا نظام لهم فالترقيح أعم من التوقيح وكذا كل ما يكون غير مهيأ كالغنم والبقر فلهم ذبحها وأكلها ويردون الجلد الى الغنيمة ثم شرط في السير الصغير الحاجة الى التناول من ذلك وهو القياس ولم يشترطها في السير الكبير وهو الاستحسان وبه قالت الائمة الثلاثة فيجوز لكل من الفقير والغني

سمسما أو زيتا أو دهن سمسم أو فاكهة يابسة أو رطبة أو سكرا أو بصلا أو غير ذلك من الاشياء التي تؤكل عادة للتعيش لا باس بالتناول منها قبل القسمة ولا يجوز أن يتناول شيأ من الادوية والطيب ودهن البنفسج وذكر في الايضاح انما لا يجوز التناول منها لان هذه الادهان لا تؤكل ولا تستعمل للحاجة الاصلية بل تستعمل للزينة وكل ما لا يؤكل ولا يشرب لا ينبغي أن ينتفع منه بشيء قل أو كثر لقوله عليه السلام ردوا الخيط والمخيط (قوله ويوقحوا به الدابة) توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي أي رق من كثرة المشي والراء خطأ كذا في المغرب (قوله وتأويله اذا احتاج اليه) بان لم يكن له سلاح لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقال في الايضاح ولا ينبغي أن يستعمل شيأ من الاسلحة والدواب ليبقى بذلك سلاحه ودوابه لان الاطلاق كان باعتبار الحاجة ولا حاجة مع وجود الملك (قوله وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستعجبه (قوله يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل الثياب والسلاح (قوله وان احتاج الكل يقسم في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب

قوله (ويوقحوا به الدابة) التوقيح تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفي من كثرة المشي ونقل عن المصنف بالراء من الترقيح وهو الاصلاح قال هكذا قرأنا على المشايخ قال صاحب المغرب والراء خطأ لان الاول ههنا أولى وأليق قلت هذا التعليل ان كان منقولا عنه فهو مناقض لان ترك الاولى لا يسمى خطأ وقوله (وتأويله الخ) انما احتاج المصنف الى هذا التأويل لانه اذا احتاج الغازي الى استعمال سلاح الغنيمة بسبب صيانة سلاحه لا يجوز وقوله (وقد بيناه) اشارة الى قوله بخلاف السلاح لانه يستعجبه الخ وقوله (ولا يجوز أن يبيعوا) أي لا يجوز أن يبيعوا بالذهب والفضة (ولا يتمولونه) أي يبيعونه بالعروض وقوله (على ما قدمناه) يعني أنه لا ملك قبل الاحراز وكلامه واضح وقوله (يباح له الانتفاع في الفصلين) أي في فصل السلاح وفصل الثياب والدواب قال (ومن

قوله ولا يتمولونه أي يبيعونه بالعروض) أقول قوله ولا يتمولونه عطف على قوله ولا يجوز لا على قوله ان يبيعوا فتأمل

(ومن أسلم منهم) معناه فى دار الحرب (أحرز باسلامه نفسه) لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق (وأولاده الصغار) لانهم مسلمون باسلامه تبعا (وكل مال هو فى يده) لقوله عليه السلام من أسلم على مال فهو له

تناوله الا التاجر والداخل لخدمة الجندى بأجر لا يحل لهم ولو فعلوا لا ضمان عليهم ويأخذ ما يكفيه هو ومن معه من عبيده ونسائه وصبيانهم الذين دخلوا معه وينبغى أن يأخذ ما يكفى الداخل لخدمته كعبده لان نفقته عليه عادة فصارا لحاصل منع الداخل بنفسه دون الغازى أن يأخذ لاجله ولان دليل الحاجة قائم وهو كونه فى دار الحرب منقطعا عن الاسباب فيدار الحكم عليه بخلاف نحو الثياب والسلاح يناط بحقيقة الحاجة والحديث الذى ذكره المصنف من قوله عليه الصلاة والسلام فى طعام خيبر كلوها واعلفوها ولا تحملوها رواه البيهقى أنبأنا على بن محمد بن بشران أخبرنا أبو جعفر الرازى حدثنا أحمد بن حنبل حدثنا الواقدى عن عبد الرحمن بن الفضل عن العباس بن عبد الرحمن الاشجعى عن أبى سفيان عن عبد الله بن عمر وقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم خيبر كلوا واعلفوا ولا تحملوا وأخرجه الواقدى فى مغازيه بغير هذا السند وهذا الاطلاق يوافق رواية السير الكبير وأخرج أبو داود عن عبد الله بن أبى أوفى أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجىء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينصرف وأخرج البيهقى عن هانئ بن كلثوم أن صاحب جيش الشام كتب الى عمر رضى الله عنه انا فتحنا أرضا كثيرة الطعام والعلف فكرهت أن أتقدم لشئ من ذلك الا بأمرك فكتب اليه دع الناس يأكلون ويعلفون فمن باع شيأ بذهب أو فضة ففيه خمس لله وسهام للمسلمين وهذا دليل ما ذكر فى الكتاب من قوله ولا يجوز أن يبيعوا من ذلك شيأ ولا يتموّلونه فان باعوا ردوا الثمن الى الغنيمة لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين استحقاقا (قوله ومن أسلم منهم) هنا أربع مسائل احداها أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يخرج الينا حتى ظهر على الدار والحكم فيها ما ذكر فى الكتاب من أنه أحرز نفسه وولده الصغار وما كان فى يده من المنقولات الى آخر ما سنذكر ثانيها أسلم فى دار الحرب ثم خرج الينا ثم ظهر على الدار فجميع ماله هناك فىء الا أولاده الصغار لانه حين أسلم كان مستتبعا لهم فصاروا مسلمين فلا يرد الرق عليهم ابتداء بخلاف غيرهم لانقطاع يده عنه بالتباين فيغنم وما أودع مسلما أو ذميا ليس فيألان يدهما يد صحة على ذلك المال فتدفع احراز المسلم فترد عليه وما أودع حربيا ففى ظاهر الرواية فىء وعن أبى حنيفة أنه له لان يده تخلف يده وجه الظاهر أنها ليست يدا صحيحة حتى لا تدفع اغتنام المسلمين عن أمواله وثالثها مستأمن أسلم فى دار الاسلام ثم ظهرنا على داره فجميع ما خلفه فيها من الاولاد الصغار والمال فىء لان تباين الدارين قاطع للعصمة فبالظهور ثبت الاستيلاء على مال غير معصوم أما فى غير الاولاد فظاهر وأما فيهم فلانهم لم يصيروا مسلمين باسلامه لانقطاع التبعية بتباين الدارين فكانوا من جملة الاموال رابعها دخل المسلم أو الذمى دار الحرب بامان واشترى منهم أموالا وأولادا ثم ظهرنا على الدار فالكل له الا الدور والارضين فانها فىء لان يده صحيحة لانه مسلم فتكون يده محرزة دافعة لاحراز المسلمين اياها فاما الارضون فالوجه فيها ما سنذكر ومن قاتل من عبيده فىء وامرأته الحبلى الحربية وما فى بطنها فىء ووديعته ولو عند حربى له لانه ما دام فى دار الحرب فيده عليها ولنأت الى مسئلة الكتاب قال ومن أسلم منهم الخ قال المصنف معناه فى دار الحرب قيد به احترازا عما لو أسلم مستأمن فى دار الاسلام ثم ظهر على الدار فان جميع ما خلفه فيها حتى صغاره فىء على ما ذكرنا وهو بعد ذلك أعم من كونه خرج الينا أولم يخرج الينا والحكم المذكور يخص ما اذا لم يخرج حتى ظهر على الدار لما سمعته آنفا من أن الذى خرج فظهر على الدار وهو عندنا لا يحرز غير بنيه فلا بد من تقييده بكل من كونه فى دار الحرب وكونه لم يخرج حتى ظهر على الدار وحينئذ (يحرز نفسه وأولاده الصغار لانهم مسلمون تبعا وكل مال) بالنصب عطفا على نفسه من نقد وعبيد واما ما لم يقاتلوا (لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له) قال محمد حدثنا

أسلم منهم) انما احتاج المصنف الى قوله معناه فى دار الحرب ليقع الاحتراز به عن مستأمن دخل دارنا بامان فاسلم فيها ثم ظهر المسلمون على دار الحرب فان أولاده وأمواله كلها فىء والنفىء ما نيل من الكفار بعد ما تضع الحرب أوزارها وتصير الدار دار الاسلام قوله (لان الاسلام ينافى ابتداء الاسترقاق) لانه يقع جزاء لاستنكافه عن عبادة ربه عز وجل فانه لما استنكف عن عبودية ربه جازاه الله تعالى بان صيره عبد عبيده ولما كان مسلما وقت الاستيلاء لم يوجد شرط الاسترقاق وهو الاستنكاف فلا يوجد المشروط واحترز بذلك عن الاسترقاق حالة البقاء فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم قوله (وأولاده الصغار وكل مال) منصوبان بالعطف على مفعول أحرز

(قال المصنف لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال الحديث) أقول أى مع مال (قوله فان الاسلام لا ينافيه كما تقدم) أقول أى فى هذا الباب

والمتاع (قوله ومن أسلم منهم معناه فى دار الحرب) انما قيد بهذا لانه لو هاجر الى دار الاسلام وأسلم لا يصير ماله وأولاده فى دار الحرب محرزا باسلامه وذكر فى الفوائد الظهيرية وهنا مسائل أربع احداها اذا أسلم الحربى

ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه (أو وديعة في يد مسلم أو ذمي) لانه في يد صحيحة محترمة ويده كيده (فان ظهرنا على دار الحرب فعقاره فيء) وقال الشافعي هو له لانه في يده فصار كالمنقول ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد حقيقة لاتثبت على العقار عندهما وعند محمد تثبت

الثقة حدثنا ابن أبي لهيعة قال حدثنا أبو الاسود عن عروة بن الزبير أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أسلم على شيء فهو له وأحسن من هذا السند سند سعيد بن منصور حدثنا عبد الله بن المبارك عن حيوة بن شريح عن محمد بن عبد الرحمن بن نوفل عن عروة بن الزبير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم الحديث وهذا مرسل صحيح وروى أبو داود عن أبان بن عبد الله بن أبي حازم عن عثمان بن أبي حازم عن أبيه عن جده صخر بن العيلة أنه عليه الصلاة والسلام غزا ثقيفا فساقه الى أن قال فدعاه أي دعا النبي صلى الله عليه وسلم صخرا فقال له ان القوم اذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم ثم ساقه الى أن قال وسأل نبي الله صلى الله عليه وسلم ماء لبني سليم فانزله اياه وأسلم يعني السليميين وساقه الى أن قال فقالوا يا رسول الله أسلمنا وأتينا صخرا يدفع الينا ماءنا فابى فدعاه فقال يا صخر ان القوم اذا أسلموا أحرزوا دماءهم وأموالهم فادفع الى القوم ماءهم وأبان هذا مختلف في توثيقه وتضعيفه وصخر بن العيلة بعين مهملة مفتوحة ثم يليها ياء مثناة من تحت ويقال ابن أبي العيلة (ولانه سبقت يده الحقيقية اليه يد الظاهرين عليه) وقوله (أو وديعة) أودعها (في يد مسلم أو ذمي لانه في يد صحيحة محترمة) بنصب وديعة (و يده) أي يد المودع (كيده فان ظهرنا على الدار فعقاره فيء) وماله من زرع قبل أن يحصد لانه تبع للارض (وقال الشافعي هو له لانه في يده فهو كالمنقول) ولم يذكروا خلافا في شروح الجامع الصغير ونقل المصنف عن بعضهم نقل الخلاف فقال (وقيل هذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر وفي قول محمد وهو قول أبي يوسف الاول هو كغيره من الاموال بناء على أن اليد لاتثبت حقيقة على العقار عندهما وعند محمد تثبت) وحكاه شمس الأئمة على خلاف هذا فقال فاما عقاره لايصير غنيمة في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن فاجعل عقاره له لانه مالك محترم له كالمنقول اه وحكى غيره أن عندهما لايصير فيأ وعند أبي حنيفة هو فيء ووجهه ماذكر المصنف رحمه الله بقوله (ولنا أن العقار في يد أهل الدار وسلطانها اذ هو من جملة دار الحرب فلم يكن في يده حقيقة بل حكما ودار الحرب ليست دار أحكام فكانت يده غير معتبرة قبل ظهور المسلمين على الدار وبعد ظهورهم يدهم أقوى من يد السلطان وأهل الدار لانها جعلت شرعا سالبة لما في أيديهم وظاهر ماذكرناه من حديث أبان يشهد لكونه غير فيء فانه قال لصخر حين منعهم ماءهم ان القوم اذا أسلموا أحرزوا أموالهم فسماه مالا والمراد من الماء الارض التي فيها الماء لانفس الماء بخصوصه ألا ترى الى قوله أنزلني فانزله اياه والاستدلال بقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم بناء على تسميتها مالا في ذلك الحديث

في دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا على الدار فالحكم فيها ماذكر أنه لا يغنم نفسه وأولاده الصغار وما كان في يده من المنقولات الى آخره والمسئلة الثانية الحربي اذا دخل دارنا بامان وأسلم ثم ظهر المسلمون على داره فاهله وماله وجميع ماخلفه في دار الحرب من أولاده الصغار فيء والثالثة اذا أسلم الحربي في دار الحرب ثم دخل دار الاسلام ثم ظهر المسلمون على داره فجميع ماله هنالك فيء الا أولاده الصغار والرابعة اذا دخل المسلم دار الحرب بامان واشترى منهم أموالا وأولادا استصحبهم مع نفسه في دار الحرب ثم ظهر المسلمون على الدار فالجواب فيه على نحو ما بينا في حربي أسلم في دار الحرب ثم وقع الظهور على الدار الا في فصلين أحدهما أن أولاده الكبار هنا لايصيرون فيئا لانهم مسلمون والثاني أن ما كان وديعة له عند حربي لايصير فيئا على رواية أبي سليمان رحمه الله وعلى رواية أبي حفص رحمة الله تعالى عليه يصير فيئا (قوله لانه في يد صحيحة) احتراز عن يد

وقوله (في يد صحيحة) احتراز عن يد الغاصب وقوله (محترمة) احتراز عن يد الحربي قوله (وقيل هذا) أي كون عقاره (فيأ قول أبي حنيفة وأبي يوسف الآخر) قال شمس الائمة السرخسي في المبسوط والجامع الصغير فما كان في يده من المال فهو له الا العقار فانه فيء في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف أستحسن في العقار ان أجعله له لانه مالك محترم له كالمنقول وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد الا ان كان عنه أيضا روايتان فقد هان الخطب اذ ذاك قوله (عندهما) أي عند أبي حنيفة وأبي يوسف لان اليد على البقاع انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده فيها قبل ظهور المسلمين عليها وبعد الظهور يد الغانمين فيها أقوى من يده لغلبتهم

(قال المصنف أو وديعة) أقول عطف على قوله في يده (قال المصنف ولنا أن العقار الى قوله وسلطانها) أقول قوله وسلطانها معطوف على قوله أهل (قوله وهذا كما ترى مخالف لما في الكتاب باعتبار قول محمد) أقول فيه

وعند محمد تثبت (وزوجته فيء) لانها كافرة لاتتبعه في الاسلام لان المسلم يتزوج الكتابية وتبقى كتابية ولا تصير مسلمة تبعا لزوجها اذ هو من باب الاعتقاد (وكذا حملها في خلافا للشافعي رضي الله عنه) في الحمل (هو يقول انه) أي الحمل (مسلم) بتبعية أبيه والمسلم لا يسترق كالولد المنفصل (ولنا أنه جزؤها) وهي قد صارت فيأ بجميع أجزائها ألا ترى انه لا يجوز ان يستثنى الجنين في اعتاق الام كما لا يستثنى سائر أجزائها فكما أن الحمل لا يصير عبدا عند اعتاق الام مستثنى بحال (٢٣٢) فكذا في الاسترقاق لا يصير الجنين مستثنى بعد ما ثبت الرق في الام وقوله

(والمسلم محل للتملك) جواب عن قوله انه مسلم تبعا وتقريره سلمنا انه مسلم تبعا لكن المسلم محل التملك تبعا لغيره كما اذا تزوج المسلم أمة الغير يكون الولد رقيقا بتبعية الام وان كان مسلما باسلام أبيه وقوله (بخلاف المنفصل) جواب عن قوله كالمنفصل وهو ظاهر وكذا قوله (وأولاده الكبار فيء ومن قاتل من عبيده فيء لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل الدار) وأهل الدار فيء ومن لم يقاتل فليس بفيء لانهم أتباعه (وقوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة) اعترض عليه بان ما قام مقام غيره انما يعمل بوصف الاصل لا بوصف نفسه كالتراب مع الماء في التيمم ولما كان الحربي مقام المودع المسلم كان الواجب أن تكون يده كيد المسلم محترما نظرا الى نفسه لا غير محترم نظرا الى الحربي وأجيب بان قيام يد المودع على الوديعة حقيقي وقيام يد المالك عليها حكمي واعتبار الحكمي ان أوجب العصمة فاعتبار الحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة لان المال في أصله على صفة الاباحة وعصمته تابعة لعصمة المالك وانما تثبت التبعية أن لو تثبت يد المالك المعصوم له حقيقة أو حكما مع الاحترام لانه بدون الاحترام يعارضها جهة الاباحة الاصلية فلا تثبت بالشك وقوله (وما كان غصبا في يد مسلم) اختلف نسخ الهداية في هذا الموضع فبعضها وقع

(وزوجته فيء) لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام (وكذا حملها فيء) خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم تبعا كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره بخلاف المنفصل لانه حر لانعدام الجزئية عند ذلك (وأولاده الكبار فيء) لانهم كفار حربيون ولا تبعية (ومن قاتل من عبيده فيء) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده فصار تبعا لاهل دارهم (وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء) غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة (وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ) قال العبد

لكن قد ضعف أبا ناجماعة مع احتمال أن يراد حقيقة الماء ونزول الارض لاجله قال (وزوجته فيء لانها كافرة حربية لا تتبعه في الاسلام وكذا حملها فيء) وان حكم باسلامه تبعا لخير الابوين دينا (خلافا للشافعي هو يقول انه مسلم كالمنفصل ولنا أنه جزؤها فيرق برقها والمسلم محل للتملك تبعا لغيره) كما لو تزوج أمة الغير تكون أولاده مسلمين أرقاء (بخلاف المنفصل لانعدام الجزئية وأولاده الكبار فيء لانهم كفار حربيون) لا يتبعونه في الاسلام ولا خلاف في هذا (ومن قاتل من عبيده) فهو (فيء) خلافا للائمة الثلاثة والظاهر معهم لانه لم يخرج عن كونه ماله ولاصحابنا أنه لما قاتل والغرض أن سيده مسلم فقد تمرد على مولاه فخرج عن يده فصار تبعا لاهل دارهم فنقصت نسبته بالمالية الى مولاه لان كمال معنى ماليته بالملك واليد وعن هذا قلنا (ما كان من ماله في يد حربي غصبا فهو فيء) لارتفاع يده بالغصب واليد التي خلفت ليست صحيحة ولا محترمة ولان الحربي الغاصب ملكه بالغصب لان دار الحرب دار القهر والغلبة قاله الفقيه أبو الليث وكذا اذا كان وديعة عند حربي عنده خلافا للائمة الثلاثة في الفصلين لاطلاق الحديث ولابي يوسف ومحمد في فصل الوديعة لان يد المودع كيده ولو كانت في يده حقيقة لا تكون فيأ فكذا اذا كانت في يده حكما بخلاف الغصب لانه ليس في يده حقيقة ولا حكما ولابي حنيفة أن يد الحربي ليست محترمة ألا ترى انها لا تدفع يد الغانمين عن مالهم فلا تدفع يدهم عن مال غيرهم وأورد أن يد المودع الحربي لما قامت مقام يده وجب أن تعمل عمل الاصل وهو يد المسلم لا بوصف نفسها كما أن التراب لما كان خلفا عن الماء عمل بصفة الماء فرفع الحدث فيكون المال معصوما لعصمة صاحبه أجيب بجوابين أحدهما أن المال في الاصل غير معصوم بل على الاباحة وانما يعصم تبعا لعصمة مالكه وتبعيته له في العصمة انما تثبت اذا ثبتت يد المالك المعصوم حقيقة أو حكما مع الاحترام وكلاهما منتف هنا وهذا مما قد يمنع فيه عدم الاحترام بل يده الحكمية محترمة وغير المحترمة انما هي يد الحربي الحقيقية الثاني أن قيام يد المودع حقيقي وهو الحربي وقيام يد المودع المسلم حكمي فاعتبار الحكمي ان أوجب العصمة فالحقيقي يمنعها والعصمة لم تكن ثابتة فلا تثبت بالشك ويرد على هذا منع أنها لم تكن ثابتة بل كانت معلومة الثبوت من حين أسلم للاجماع على ثبوت ملكه حال كونه في يد الحربي والنص يوجب في ملكه العصمة بالاسلام وأما ما كان غصبا في يد مسلم

الغاصب محترمة احترازا عن يد الحربي (قوله وما كان من ماله في يد حربي فهو فيء غصبا كان أو وديعة لان يده ليست بمحترمة) لانها لا تدفع استغنام المسلمين عن ماله فكذا عن هذه الوديعة وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو فيء عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون فيئا قال رضي الله تعالى عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر وا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله قال صاحب النهاية رحمه

الضعيف

شئ (قوله وأجيب بان قيام يد المودع الخ) أقول خلاصة الجواب أن العمل بوصف الاصل انما يكون اذا لم يكن له معارض وههنا وجد المعارض وهو الاباحة الاصلية (قوله مع الاحترام) أقول أي احترام اليد الحقيقي

هكذا وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في ء عند أبي حنيفة وقالا لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد وهو ليس بصحيح لانه ليس بمذكور في السير الكبير بلفظ قالا بل ليس لابي يوسف فيه ذكر وبعضها وقع هكذا وذكر قول أبي يوسف مع قول أبي حنيفة رضي الله عنه وهو أيضا ليس بصحيح لان المذكور في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وبعضها وقع هكذا فهو في ء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ قال رضي الله عنه كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد وهذا هو الصحيح المطابق لرواية السير الكبير وشرح الجامع الصغير (لهما أن المال تابع للنفس) لكونه وقاية لها (والنفس صارت معصومة بالاسلام فيتبعها ماله فيها ولابي حنيفة أنه)

الضعيف رحمه الله كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكر وا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيها وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام ألا ترى انها ليست بمتقومة الا أنه محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا واباحة التعرض بعارض شره وقد اندفع بالاسلام بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك

أي المال الذي غصبه المسلم أو الذمي من الحربي الذي سلم (مال مباح) لانه ليس بمعصوم لعدم الاحراز حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلانه ليس في يد نائبة لكونه في يد الغاصب وهو ليس بنائب بخلاف المودع وكل مال مباح يملك بالاستيلاء بلا خلاف وقوله (والنفس لم تصر معصومة باسلامه) جواب عن قولهما وقد صارت معصومة باسلامه وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة باسلامه (ألا ترى أنها ليست بمتقومة) حتى لا يجب القصاص والدية على قاتله في دار الحرب فان قيل لو لم تكن معصومة لما كانت محرم التعرض كالحربي وليس كذلك أجاب بقوله (الا أنها محرم التعرض في الاصل) يعني أن حرمة التعرض ليست لكونها معصومة وانما هي باعتبار أن النفس على الاطلاق محرم التعرض في الاصل لكونها مكلفة

أو ذمي فقال المصنف هو قول أبي حنيفة خلافا لهما وقال (هكذا ذكر الاختلاف في السير الكبير وذكروا في شروح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع أبي حنيفة) وفي بعض النسخ وقالا لا يكون فيأ الى ان قال وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد فلا شك أن هذا تكرار لا معنى له ثم قال في النهاية انه تتبع النسخ والصحيح منها أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في ء عند أبي حنيفة وقال محمد لا يكون فيأ لان رواية السير الكبير على ما ذكر الامام شمس الائمة هكذا وكذا في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف مع محمد وذكر في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد لان نفر الاسلام قال في الجامع ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو في ء وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يكون فيأ وكذا ذكر في شرح الجامع الصغير لقاضيخان والنمرتاشي وغيرهما (لهما أن المال تابع للنفس وقد صارت معصومة باسلامه فيتبعها له وله أنه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام) بل معه بسبب اندفاع شره به فانها هو محرم التعرض في الاصل لكونه مكلفا حامل الامانة (واباحة التعرض) كان (بعارض شره) فلما اندفع بالاسلام عاد الاصل (بخلاف المال فانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) في الاصل (وليست في يده) حال الغصب لا حقيقة ولا حكما فليس في يد أحد (فلم تثبت العصمة) فكان مباحا بخلاف ماله وكان في يد المسلم أو الذمي وديعة فانه في يد مالكه حكما مع الاحترام فلم يكن فيأ وما تقدم من أن الملك يتم في دار الحرب

(٣٠ — (فتح القدير والكفاية) — خامس) بما كلفت به (واباحة التعرض) انما هي (بعارض شره وقد اندفع بالاسلام) فعادت الى أصلها لا باعتبار أنها معصومة (بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك) فكان المقتضى موجودا والمانع منتفيا لان المانع كونه في يده حقيقة أو حكما مع الاحترام وهذا ليس في يده حكما لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المالك فلم تثبت العصمة فيجعل كأنه ليس في يد أحد فكان فيأ

الله هكذا وقع لفظ الهداية في بعض النسخ وهذا لا يصح أصلا لانه لو كان الاختلاف هكذا في ذينك الكتابين لقال كذا ذكر الاختلاف في السير الكبير والجامع الصغير ولما احتاج الى ذكر قوله وذكر وا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع قول محمد رحمهما الله لانه حينئذ يكون تكرارا محضا مع تطويل بغير فائدة ووقع في بعضها وقال محمد رحمه الله لا يكون فيئا مكان قوله وقالا مع أبي حنيفة رحمه الله مكان قوله مع محمد رحمه الله ثم قال رحمة الله تعالى عليه ولكني تتبعت بتوفيق الله تعالى الاقوال فوجدتها كما هو حقها في الكتب ثم وضعتها كما يوضع الهناء مواضع الثقب قلت والصحيح من النسخ هو أن يقال وما كان غصبا في يد مسلم أو ذمي فهو في ء عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال محمد رحمة الله تعالى عليه لا يكون فيئا لان رواية السير الكبير هكذا وهكذا أيضا في المحيط ولم يذكر فيها قول أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه والصحيح أيضا في الثاني هو أن يقال وذكر وا في شرح الجامع الصغير قول أبي يوسف مع محمد رحمهما الله تعالى لان الامام نفر الاسلام البزدوي رحمة الله تعالى عليه ذكر في الجامع الصغير ولو كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو في ء وهذا قول أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى لا يكون فيئا وهكذا أيضا ذكر في الجامع الصغير لقاضيخان والنمرتاشي وغيرهما (قوله ألا ترى أنها ليست بمتقومة) حتى

(قوله لعدم الاحراز) أقول أي لعدم احراز الحربي الذي أسلم (قوله وتقريره لانسلم أنها صارت معصومة الخ) أقول الظاهر أن مرادهما معصومة النفس عن اثبات اليد وظاهر أنه لا مجال لمنعه

وليست فى يده حكما فلم تثبت العصمة (واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها) لان الضرورة قدرت تفعت والاباحة باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج الى دار الاسلام (ومن فضل معه علف أو طعام رده الى الغنيمة) معناه اذا لم تقسم وعن الشافعى مثل قولنا وعنه أنه لا يرد اعتبارا بالمتلصص ولنا أن الاختصاص ضرورة الحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه كان أحق به قبل الاحراز فكذا بعده و بعد القسمة تصدقوا به ان كانوا أغنياء وانتفعوا به ان كانوا محاويج لانه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين وان كانوا انتفعوا به بعد الاحراز ترد قيمته الى المغنم ان كان لم يقسم وان قسمت الغنيمة فالغنى يتصدق بقيمته والفقير لا شئ عليه لقيام القيمة مقام الاصل فاخذ حكمه

(فصل فى كيفية القسمة) قال (و يقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس (و يقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) لانه عليه الصلاة والسلام قسمها بين الغانمين

بالقهر والغلبة كما ذكره أبو الليث يقتضى أن يزول ملكه الى المسلم الغاصب وحينئذ لا يكون مباحا الا لهم الا أن يقتصر على نقصان الملك بسبب زوال اليد (قوله وليست فى يده حكما) أثبت على تاويل الاموال *(فروع)* أسر العدو عبدا ثم أسلموا فهو لهم لانه مال أسلموا عليه ولو كان ذلك العبد جنى جناية أو أتلف متاعا فلزمه قيمته بطلت الجناية ولزم الدين لان حق ولى الجناية فى رقبته ولا يبقى بعد زوال ملك المولى ألا ترى أنه لو زال ملكه بالبيع أو الهبة لا يبقى فيه حق ولى الجناية فاما الدين ففى ذمته فلا يبطل عنه بتبدل الملك وهذا لان الدين شاغل لما لليته فانما ملكه مشغولا به فلو اشتراه رجل منهم أو أصابه المسلمون فى غنيمة أى ولم يسلم مولاه فاخذه المولى بالقيمة أو الثمن فان الجناية لا تبطل عنه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولى الجناية كان ثابتا فى قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال (قوله واذا خرج المسلمون من دار الحرب لم يجز أن يعلفوا من الغنيمة ولا يأكلوا منها لان الضرورة اندفعت والاباحة) التى كانت فى دار الحرب انما كانت (باعتبارها ولان الحق قد تأكد حتى يورث نصيبه ولا كذلك قبل الاخراج ومن فضل معه طعام أو علف رده الى الغنيمة معناه اذا لم يكن قسم) الغنيمة فى دار الحرب بشرطه ولو انتفع به قبل قسمتها بعد الاحراز رد قيمته وهو قول مالك وأحمد والشافعى فى قول (وعنه أنه لا يرده اعتبارا بالمتلصص) وهو الواحد الداخل أو الاثنان الى دار الحرب اذا أخذ شيأ فاخرجه يختص به قلنا مال تعلق به حق الغانمين والاختصاص كان للحاجة وقد زالت بخلاف المتلصص لانه دائما أحق به قبل الاخراج و بعده وأما بعد القسمة فيتصدقون بعينه ان كان قائما و بقيمته ان كانوا باعوه هذا ان كانوا أغنياء وان كانوا محاويج فقراء انتفعوا به ان كان قائما (لانه صار فى حكم اللقطة لتعذر الرد على الغانمين) لتفرقهم وان كانوا تصرفوا فيه فلا شئ عليهم وعلى هذا قيمة ما انتفع به بعد الاحراز يتصدق بها الغنى لا الفقير (لقيام القيمة مقام الاصل) وأخذها حكمه

(فصل فى كيفية القسمة) قيل لما بين أحكام الغنيمة شرع يبين قسمتها ولا يخفى أن من أحكام الغنيمة وجوب قسمتها وانما أفرده بفصل على حدته لكثرة مباحثه وشعبه بالنسبة الى غيره من الاحكام والقسمة جعل النصيب الشائع محلا معينا (قوله و يقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها) أى عين القسمة بين الغانمين (و يقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين) هذا قول القدورى (وقال المصنف لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس) أى الله تعالى أخرج الخمس من أن يثبت حق الغانمين فيه فكان استثناء معنى للاخراج وهو من استثنيت الشئ

لم يجب القصاص والدية على قاتلها فى دار الحرب (قوله وليست فى يده حكما) لان يد الغاصب ليست بنائبة عن يد المغصوب منه فلا يكون ما فى يد الغاصب فى يد المغصوب منه حكما فيجعل كانه ليس فى يد أحد فكان فيئا (قوله لتعذر الرد على الغانمين) لقلته جدا أو لتفرقهم والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل فى كيفية القسمة) (قوله استثنى الخمس) سماه استثناء من حيث أن حكمه يخالف حكم أربعة الاخماس كما أن حكم المستثنى منه يخالف حكم المستثنى الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية الكرالصولة

قوله (واذا خرج المسلمون) ظاهر وقوله (معناه اذا لم تقسم) يعنى الغنيمة وقوله (اعتبارا بالمتلصص) فانه اذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ فهو لهم ولا يخمس لانه ليس بغنيمة اذ الغنيمة هو المأخوذ قهرا باذن الامام فهو مباح سبقت أيديهم اليه قوله (و بعد القسمة تصدقوا به) أى اذا جاؤا بما فضل من طعام أو علف أخذوا من الغنيمة بعد قسمة الامام الغنيمة فى دار الاسلام تصدقوا به و يقال رجل محوج أى محتاج وقوم محاويج وقوله لتعذر الرد على الغانمين يعنى لتفرقهم وقوله (فاخذ حكمه) أى أخذت الغنيمة حكم الاصل وانما ذكر ضمير الغنيمة على تاويل ما يقوم أو على تاويل المذكور يعنى لو كان فاضل الغنيمة الذى كان معه قائما بعينه وهو فقير فقد حل له التناول منه فكذا يحل له التناول من قيمته لان القيمة تقوم مقام الاصل

(فصل فى كيفية القسمة) لما بين أحكام الغنائم لابد من بيان كيفية قسمتها والقسمة عبارة عن جمع النصيب الشائع فى مكان معين (و يقسم الامام الغنيمة فيخرج خمسها لقوله تعالى فان لله خمسه استثنى الخمس) أى أخرجه استعار الاستثناء للاخراج لوجود معناه فيه (و يقسم الاربعة الاخماس بين الغانمين)

(فصل فى كيفية القسمة)

(ثم للفارس سهمان وللراجل سهم) عند أبي حنيفة رحمة الله تعالى عليه (وقالا للفارس ثلاثة أسهم) وهو قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه لما روى ابن عمر رضي الله تعالى عنه أن النبي عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لا غير

أي زويته لنفسي فهذا يرجع الى قول الله تعالى لا قسمة الامام بل الخمس داخل في قسمته اذ حاصل بيان قسمتها هو أن يعطى خمسها لليتامى والمساكين وأبناء السبيل على ما سيأتي ويعطى الاربعة الاخماس للغانمين (فعند أبي حنيفة) وزفر (للفارس سهمان وللراجل سهم وعندهما) وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم (للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهم) لهم ما روى عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما لفظ البخاري وأخرجه الستة الا النسائي وفي مسلم عنه قسم في النفل للفرس سهمين وللراجل سهما وفي رواية باسقاط لفظ النفل وفي رواية أسهم للرجل ولفرسه ثلاثة أسهم سهم له وسهمان لفرسه وهذه الالفاظ كلها تبطل قول من أول من الشراح كون المراد من الرجال الرجالة ومن الخيل الفرسان بل في بعض الالفاظ القائلة قسم خيبر على ثمانية عشر سهما وكانت الرجالة ألفا وأربعمائة والخيل مائتين وعن ابن عباس مثله (ولان الاستحقاق بالغناء) وهو بالمد والفتح الاجزاء والكفاية (وغناء الفارس الكر) أي الحملة على الاعداء (والفر) الكائن للكرة أو للنجاة في موضع يجوز الفرار وهو ما اذا علم أنه مقتول ان لم يفر كما لا يرتكب المنهي عنه في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة (والثبات وليس للراجل الا الثبات) فاغنى في ثلاثة أمور والراجل في واحد منها واستدل المصنف لابي حنيفة بحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما وهو غريب من حديث ابن عباس بل الذي رواه اسحق بن راهويه في مسنده قال حدثنا محمد بن الفضل بن غزوان حدثنا الحجاج عن أبي صالح عن ابن عباس قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما وأخرجه أيضا من طريق ابن أبي ليلى عن الحكم عن ابن عباس وعن ابن عباس نحوه في حديث الخمس برواية غير واحد من الائمة لكن في هذا الباب أحاديث منها ما في أبي داود عن مجمع بن يعقوب بن مجمع بن يزيد الانصاري قال قال سمعت أبي يذكر عن عمه عبد الرحمن بن يزيد الانصاري عن عمه مجمع بن جارية الانصاري وكان أحد القراء الذين قرؤا القرآن قال شهدنا الحديبية مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما انصرفنا عنها اذا الناس يهزون الاباعر فقال بعض الناس لبعض ما للناس فقالوا أوحي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فخرجنا مع الناس نوجف فوجدنا النبي صلى الله عليه وسلم واقفا على راحلته عند كراع الغميم فلما اجتمع عليه الناس قرأ عليهم انا فتحنا لك فتحا مبينا فقال رجل يا رسول الله أفتح هو قال نعم والذي نفس محمد بيده انه لفتح فقسمت خيبر على أهل الحديبية فقسمها رسول الله صلى الله عليه وسلم على ثمانية عشر سهما وكان الجيش ألفا وخمسمائة فيهم ثلثمائة فارس فاعطى الفارس سهمين وأعطى الراجل سهما قال أبو داود وهذا وهم وانما كانوا مائتي فارس فاعطى الفرس سهمين وأعطى صاحبه سهما وقال الشافعي انما قال فاعطى الفرس سهمين وأعطى الرجل يعني صاحبه فغلط الراوي عنه وأعله ابن القطان بالجهل بحال يعقوب وأما ابنه مجمع الراوي عنه فثقة ومنها ما في معجم الطبراني عن المقداد بن عمرو أنه كان يوم بدر على فرس يقال له سبحة فاسهم له النبي صلى الله عليه وسلم سهمين لفرسه سهم واحد وله سهم وفي سنده الواقدي وأخرج الواقدي أيضا في المغازي عن جعفر بن خارجة قال قال الزبير بن العوام شهدت بني قريظة فارسا فضربلي بسهم وللفرس بسهم وأخرج ابن مردويه في تفسيره حدثنا أحمد بن محمد بن السري حدثنا المنذر بن محمد حدثنا أبي حدثنا يحيى بن محمد بن هانئ عن محمد بن اسحق قال حدثنا محمد بن جعفر بن الزبير عن عروة عن عائشة

والحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل أن يكون الكر اشد كان هو من الجهاد أو الفرار في موضع

بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فلان الله تعالى قال واعلموا أنما غنمتم من شئ أضاف الغنيمة الى الغانمين وهم الغزاة ثم قال تعالى فان لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة وقد عرف ذلك في أصول الفقه وأما السنة فلان النبي صلى الله عليه وسلم قسمها بين الغانمين ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع فيقسم بينهم أيضا ايصالا للحق الى مستحقه ثم كيفية القسمة أن يعطى الفارس سهمين والراجل سهما (عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا وهو قول الشافعي رضي الله عنه للفارس ثلاثة أسهم) وروى في ذلك ما ذكر في الكتاب والغناء بالمد والفتح الاجزاء والكفاية والكر الحملة والفر بمعنى الفرار والفرار اذا كان لاجل أن يكون الكر أشد كان من الجهاد والفرار في موضعه محمود لئلا يرتكب المنهي المذكور في قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة

(قوله ثم قال فان لله خمسه فكان بيان ضرورة أن بقية الاخماس للغزاة) أقول كقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث (قوله ولان الاربعة الاخماس للغانمين بالاجماع) أقول في العبارة مسامحة وكان الظاهر أن يقول وأما الاجماع فلان الخ

ولابى حنيفة رحمة الله تعالى عليه ما روى ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله وقد قال عليه الصلاة والسلام للفارس سهمان وللراجل سهم كيف وقد روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أن النبى عليه الصلاة والسلام قسم للفارس سهمين واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره ولان الكر والفر من جنس واحد

قالت أصاب رسول الله صلى الله عليه وسلم سبايا بنى المصطلق فاخرج الخمس منها ثم قسمها بين المسلمين فاعطى الفارس سهمين والراجل سهما ومنها حديث ابن عمر الذى عارض به المصنف رواه ابن أبى شيبة فى مصنفه حدثنا أبو اسامة وابن نمير قالا حدثنا عبيد الله عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل للفارس سهمين وللراجل سهما اه ومن طريقه رواه الدارقطنى وقال قال أبو بكر النيسابورى هذا عندى وهم من ابن أبى شيبة لان أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا وكذا رواه ابن كرامة وغيره عن أبى اسامة خلاف هذا يعنى انه أسهم للفارس ثلاثة أسهم ثم أخرجه عن نعيم بن حماد حدثنا ابن المبارك عن عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم للفارس سهمين وللراجل سهما ولا شك أن نعيما ثقة وابن المبارك من أثبت الناس وأخرجه أيضا عن يونس بن عبد الاعلى حدثنا ابن وهب أخبرنى عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل للفارس سهمين وللراجل سهما قال وتابعه ابن أبى مريم وخالد بن عبد الرحمن عن عبد الله بن عمر العمرى ورواه القعنبى عن العمرى بالشك فى الفارس أو الفرس ثم أخرجه عن حجاج بن منهال حدثنا حماد ابن سلمة حدثنا عبيد الله بن عمر عن نافع عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما وخالفه النضر بن محمد عن حماد ومن روى حديث عبيد الله متعارضا الكرخى لكن رواية السهمين عنه أثبت وروى الدارقطنى أيضا فى كتابه المؤتلف والمختلف حدثنا عبد الله بن محمد بن اسحق المروزى ومحمد ابن على بن أبى رؤبة قالا حدثنا أحمد بن عبد الجبار حدثنا يونس بن بكير عن عبد الرحمن بن أمين عن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقسم للفارس سهمين وللراجل سهما واذا ثبت التعارض فى حديث ابن عمر بل فى فعله عليه الصلاة والسلام مطلقا نظرا الى تعارض رواية غير ابن عمر أيضا ترجح النفى بالاصل وهو عدم الوجوب وبالمعنى وهو (أن الكر والفر جنس واحد) والاثبات جنس فهما اثنان للفارس وللراجل أحدهما فله ضعف ماله ولان الزيادة ليست الا بالزيادة فى الغناء ضرورة وان تعذر معرفة الزيادة فى القتال حقيقة لان كم من راجل أنفع فيه من راجل وفارس من فارس ولا يستنكر زيادة اغناء راجل عن فارس فانما (يدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان) فى الغناء بنفسه وفرسه (وللراجل نفسه فقط) فكان على النصف وقول المصنف (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) يريد ابن عباس وعلمت ما فيه فان قيل المعارضة الموجبة للترك فرع المساواة وحديث ابن عمر فى البخارى فهو أصح قلنا قد منا غير مرة أن كون الحديث فى كتاب البخارى أصح من حديث آخر فى غيره مع فرض ان رجاله رجال الصحيح أو رجال روى عنهم البخارى تحكم محض لا نقول به مع أن الجمع وان كان أحدهما أقوى من الآخر أولى من ابطال أحدهما وذلك فيما قلنا بحمل رواية ابن عمر على التنفيل فكان اعمالهما أولى من اهمال أحدهما بعد كونه

الفرار محمودا لئلا يرتكب النهى فى قوله تعالى ولا تلقوا بايديكم الى التهلكة (قوله واذا تعارضت روايتاه) أى روايتا ابن عمر رضى الله عنهما وهى رواية ما عنه على وفق مذهبهما ورواية أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه أيضا على وفق مذهبه يرجح رواية غيره وهى رواية ابن عباس رضى الله عنهما وهذا لان من تعارضت روايته كان احتمال النسخ برواية نفسه وبرواية غيره وخبر من لا تعارض فى روايته لا يحتمل النسخ الا من رواية غيره فكان احتمال النسخ فيه أقل فكان أولى (قوله ولان الكر والفر من جنس واحد) اذ نفس الفرار ليس بمستحسن بل الفرار انما حسن اذا فعل لاجل الكر فحينئذ يكونان من جنس واحد فلا يعتبر نوعا آخر

(ولابى حنيفة رضى الله عنه ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما) وهو ظاهر ولكن طريقة استدلاله مخالفة لقواعد الاصول فان الاصل أن الدليلين اذا تعارضا وتعذر التوفيق والترجيح يصار الى ما بعده لا الى ما قبله وهو قوله فتعارض فعلاه فيرجع الى قوله والمسلك المعهود فى مثله أن يستدل بقوله ويقول فعله لا يعارض قوله لكون القول أقوى بالاتفاق وقوله (واذا تعارضت روايتاه ترجح رواية غيره) أى سلمت عن المعارضة فيعمل بها يعنى رواية ابن عباس

(قوله والمسلك المعهود) أقول الواو حالية

وقوله (فيكون غناؤه مثل غناء الرجل) لان نفس الفرار ليس بمحمود بل الفرار انما يحسن اذا فعل لاجل الكر فيكونان من جنس واحد (ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته) يعني قد يزيد الفارس على فارس آخر والراجل على راجل آخر في الغناء والوقوف على تلك الزيادة متعذر لانها تظهر عند المسايفة وكل منهم مشغول بروحه واذا كان متعذرا وله سبب ظاهر أدير الحكم عليه (للفارس سببان نفسه والفرس وللراجل سبب واحد) وهو نفسه (فكان استحقاق الفارس على ضعفه) (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) واضح وحاصل

فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولانه تعذر اعتبار مقدار الزيادة لتعذر معرفته فيدار الحكم على سبب ظاهر وللفارس سببان النفس والفرس وللراجل سبب واحد فكان استحقاقه على ضعفه (ولا يسهم الا لفرس واحد) وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم أسهم لفرسين

سندا صحيحا على ما ذكرت من حديث ابن المبارك ويونس بن عبد الاعلى وذكرنا من تابعه وأما قوله تعارض فعلاه فيرجع الى قوله يعني قوله للفارس سهمان وللراجل سهم وهو غير معروف وخطئ من عزاه لابن أبي شيبة ثم هو وزان ما تقدم له في سجود السهو من قوله فتعارضت روايتا فعله وبقي التمسك بقوله وعلم ما تقدم هنالك من أنه يفيد أن المصير أولا الى الفعل فاذا تعذر التمسك به حينئذ يصار الى القول وليس كذلك هذا * واعلم أن مخارج حديث الثلاثة أكثر فانه روى من حديث ابن عمر وأخرجه أبو داود ومن حديث ابن أبي عمرة عن أبيه والطبراني من حديث أبي رهم وهو مختلف في صحبته وأخرجه أيضا من حديث أبي كبشة الانماري والبزار من حديث المقداد وأخرجه اسحق ابن راهويه من حديث ابن عباس وكذا الطبراني وأبو عبيد القاسم بن سلام وأخرجه أحمد عن المنذر بن الزبير بن العوام عن الزبير والدارقطني عن عبد الله بن الزبير عن الزبير وأخرجه الدارقطني أيضا من حديث جابر وأخرجه أيضا من حديث أبي هريرة وأخرجه أيضا من حديث سهل بن أبي حثمة وهي مع انها لم تسلم من المقال منها ما لا ينافي قول أبي حنيفة لانك قد علمت أن رواية الثلاثة محمولة على التنفيل في تلك الوقعة ونص حديث ابن أبي عمرة أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعة نفر ومعنا فرس لا ينافيه وكذا حديث أحمد أنه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير سهما وفرسه سهمين وكذا حديث جابر فانه قال شهدت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم غزاة فاعطى الفارس منا ثلاثة أسهم وأعطى الراجل سهما بل هذا ظاهر في أنه ليس أمره المستمر والا لقال كان عليه الصلاة والسلام أو قضى عليه الصلاة والسلام ونحوه فلما قال غزاة وقد علم أنه شهد مع النبي صلى الله عليه وسلم غزوات ثم خص هذا الفعل بغزاة منها كان ظاهرا في أن غيرها لم يكن كذلك نعم في رواية الدارقطني لحديث الزبير أعطاني يوم بدر وفي رواية له أخرى عنه يوم خيبر ولا تنافي اذ جاز كونه قسم له ذلك فيهما وما في حديث سهل بن أبي حثمة أنه شهد حنينا فأسهم لفرسه سهمين وله سهما وفي حديث عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم من طريق ابن اسحق في غزوة قريظة انه عليه الصلاة والسلام جعل للفارس وفرسه ثلاثة أسهم له سهم ولفرسه سهمان لا يقتضي أن ذلك مستمر منه عليه الصلاة والسلام وقد بقي حديث بني المصطلق عن عائشة وتقدم ما يعارض حديث بني قريظة هذا وأما حديث أبي كبشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال اني جعلت للفرس سهمين وللفارس سهما فمن نقصهما نقصه الله تعالى فلم يصح لانه رواية محمد بن عمران القيسي أكثر الناس على تضعيفه وتوهينه (قوله ولا يسهم الا لفرس واحد) أي اذا دخل دار الحرب بفرسين أو أكثر وهذا قول مالك والشافعي (وقال أبو يوسف) وهو قول أحمد (يسهم لفرسين) فيعطى خمسة أسهم سهم له وأربعة أسهم لفرسيه ولم يذكر الخلاف في ظاهر الرواية عن أبي يوسف وانما هو في رواية الاملاء عنه واستدل المصنف لذلك بما روى (أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين) وهذا روى من

قال المصنف (فيكون غناؤه مثلي غناء الراجل الخ) أقول قال الزيلعي مع انا نمنع أن زيادة الغناء تستحق به الزيادة الا يرى أن الشاكي بالسلاح أكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا تستحق به الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رووه محمول على التنفيل كما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الاكوع رضي الله تعالى عنه سهم الفارس والراجل وهو كان راجلا أجير الطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما أعطاه رضخا لجده في القتال وقال خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة اه فيه بحث ان شئت فانظر الى شرح الاتقاني حيث قال فان قلت السوقي من أهل سوق العسكر والاجير لخدمة الغازي لا سهم لهما اذا لم يقاتلا كالعبد ثم اذا قاتلا يسهم لهما كما يسهم لسائر

بل يعتبر زيادة غناء والزيادة لا تتعلق بزيادة الغناء اذ بعضهم لا بد أن يكون أغنى من بعض (قوله لتعذر معرفته) أي معرفة مقدار الزيادة لان تلك انما تظهر عند المسايفة والمقابلة عند التقاء الصفين وكل منهم

الغزاة والعبد اذا قاتل لا يسهم له بل يرضخ فما الفرق قلت ان العبد تبع فانحط رتبة بخلافهما حين القتال لانه لا تبعية حينئذ بل هما كسائر الغزاة ولهذا سقط أجرة زمان القتال مع العدو عن المستأجر اه قال الزيلعي الاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستأجر ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة اه (قوله لان النفس الفرار الخ) أقول كان فيه اشارت الى جواب قوله والفرار في موضعه محمود الخ فانه ممنوع ولا نسلم استلزام تركه ارتكاب النهي وكيف وقد وقع من الصحابة رضي الله عنهم

ولان الواحد قد يعيا فيحتاج الى الآخر ولهما أن البراء بن أوس قاد فرسين فلم يسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة فلا يكون السبب الظاهر مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس ومارواه محمول على التنفيل كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل

حديث أبي عمرة عن بشير بن عمرو بن محصن قال أسهم رسول الله صلى الله عليه وسلم لفرسي أربعة أسهم ولي سهما فاخذت خمسة أسهم رواه الدارقطني ومن حديث الزبير أخرجه عبد الرزاق أخبرنا ابراهيم بن يحيى الاسلمي أخبرنا صالح بن محمد عن مكحول أن الزبير حضر خيبر بفرسين فاعطاه النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وهذا منقطع وقد قبله الاوزاعي عن مكحول منقطعا وقال به وقال الشافعي في دفعه وهشام أثبت في حديث أبيه الى أن قال وأهل المغازي لم يروا أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لفرسين ولم يختلفوا أنه يعني النبي عليه الصلاة والسلام حضر خيبر بثلاثة أفراس السكب والضرب والمرتجز ولم يأخذ الا لفرس واحد انتهى يريد بحديث هشام ما تقدم عن هشام بن عروة عن أبيه عن عبد الله بن الزبير عن الزبير رضي الله عنهم قال أعطاني رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم بدر أربعة أسهم سهمين لفرسي وسهما لي وسهما لامي من ذوي القربى ومن رواية هشام بن عروة أيضا عن يحيى بن عباد عن عبد الله بن الزبير عن جده قال ضرب رسول الله صلى الله عليه وسلم عام خيبر للزبير بن العوام بار بعة أسهم سهم له وسهم لامه صفية بنت عبد المطلب وسهمين لفرسه وهذا أحسن الآن قوله أهل المغازي لم يروا أنه أسهم لفرسين ليس كذلك قال الواقدي في المغازي حدثنا عبد الملك بن يحيى عن عيسى بن معمر قال كان مع الزبير يوم خيبر فرسان فأسهم له النبي صلى الله عليه وسلم خمسة أسهم وقال أيضا حدثني يعقوب بن محمد عن عبد الرحمن بن عبد الله بن أبي صعصعة عن الحرث بن عبد الله بن كعب أن النبي صلى الله عليه وسلم قاد في خيبر ثلاثة افراس لزاز والضرب والسكب وقاد الزبير بن العوام أفراسا وقاد خراش بن الصمة فرسين وقاد البراء بن أوس فرسين وقاد أبو عمرة الانصاري فرسين فاسهم عليه الصلاة والسلام لكل من كان له فرسان خمسة أسهم أربعة لفرسيه وسهما له وما كان أكثر من فرسين لم يسهم له ويقال انه لم يسهم الا لفرس واحد وأثبت ذلك أنه أسهم لفرس واحد ولم يسمع أنه صلى الله عليه وسلم أسهم لنفسه الا لفرس واحد الى هنا كلام الواقدي مع اختصاره وقال سعيد بن منصور حدثنا فرج بن فضالة حدثنا محمد بن الوليد الزبيري عن الزهري أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب الى أبي عبيدة بن الجراح أن أسهم للفرس سهمين وللفرسين أربعة أسهم ولصاحبهما سهما فذلك خمسة أسهم وما كان فوق الفرسين فهو جنائب وقال سعيد أيضا حدثنا ابن عياش عن الاوزاعي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين وأما ما ذكره المصنف عن البراء بن أوس أنه قاد فرسين فلم يسهم له رسول الله صلى الله عليه وسلم الا لفرس واحد فغريب بل جاء عنه عكسه كما ذكرناه عن الواقدي رحمه الله وذكره ابن منده في كتاب الصحابة قال روى محمد بن علي بن قرين عن محمد بن عمر المدني عن يعقوب بن محمد بن صعصعة عن عبد الله بن أبي صعصعة عن البراء بن أوس أنه قاد مع النبي صلى الله عليه وسلم فرسين فضرب له خمسة أسهم الا ان هذه غرائب وقال مالك في الموطا لم اسمع بالقسم الا لفرس واحد واستمر المصنف على طريقة حمل الزائد على التنفيل قال (كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين وهو راجل) حديثه في مسلم قال قدمنا المدينة

(والبراذين

الدليلين وقوع التعارض بين روايتي فعله صلى الله عليه وسلم والرجوع الى ما بعدهما وهو القياس بقوله (ولان القتال لا يتحقق بفرسين دفعة واحدة) فلا يكون السبب الظاهر وهو مجاوزة الدرب مفضيا الى زيادة الغناء بالقتال عليهما فيسهم لواحد ولهذا لا يسهم لثلاثة افراس وقوله (ومارواه محمول على التنفيل الخ) استظهار في تقوية الدليل لان مارواه لما سقط بالمعارضة لا يحتاج الى جواب عنه أو تأويل له

قال المصنف (فلا يكون السبب الظاهر) أقول أي لاستحقاق الغنيمة

مشغول بشأنه في ذلك الوقت فتعذر الوقوف عليه (قوله فلا يكون السبب الظاهر) وهو المجاوزة مفضيا الى القتال عليهما فيسهم لواحد وقال في الاسرار فالمبدء معتبر على ما مر لان الامر من القتال فان الارهاب انما يحصل بخوفهم عاقبة أمرهم من القتال معهم على الافراس والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فاذا علم ذلك حقيقة لم تقع زيادة أرهاب بزيادة الفرس (قوله كما أعطى سلمة بن الاكوع سهمين) أحدهما على سبيل التنفيل لجده في القتال فانه قال عليه الصلاة والسلام خير رجالتنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة رضي الله

(والبراذين والعتاق سواء) لان الارهاب مضاف الى جنس الخيل فى الكتاب قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدو الله وعدوكم واسم الخيل ينطلق على البراذين والعراب والهجين والمقرف اطلاقا واحدا ولان العربى ان كان فى الطلب والهرب أقوى فالبرذون أصبر وألين عطفا فى كل واحد منهما منفعة معتبرة فاستويا ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم راجل) وجواب الشافعى على عكسه فى الفصلين وهكذا روى ابن المبارك عن أبى حنيفة فى الفصل الثانى أنه

فساق الحديث بطوله الى أن قال فلما أصبحنا قال عليه الصلاة والسلام خير فرساننا اليوم أبو قتادة وخير رجالتنا سلمة بن الاكوع ثم أعطانى سهمين سهم الفارس وسهم الراجل فجمعهما لى جميعا ورواه ابن حبان قال وكان سلمة بن الاكوع فى تلك الغزاة راجلا فاعطاه من خمسه عليه الصلاة والسلام لا من سهمان المسلمين ورواه القاسم بن سلام وقال كان سلمة قد استنقذ لقاح النبى صلى الله عليه وسلم قال ابن مهدى فحدثت به سفيان فقال خاص بالنبى صلى الله عليه وسلم قال القاسم وهذا عندى أولى من حمله على أنه أعطاه من سهمه والا لم يسم نفلا له هبة وخبر سلمة والقاح مفصل فى السيرة (قوله والبراذين) وهى خيل العجم واحدها برذون (والعتاق) جمع عتيق أى كريم رائع وهى كرام الخيل العربية والبراذين والخيل العربية هما (سواء) فى القسم فلا يفضل أحدهما على الآخر وكذا لا يفضل العتيق على الهجين وهو ما يكون أبوه من البراذين وأمه عربية ولا على المقرف وهو ما يكون أبوه عربيا وأمه برذونة قيل انما ذكر هذا لان من أهل الشام من يقول لا يسهم للبراذين ورد وافيه حديثا شاذا واحتنافيه ماذكر فى الكتاب من أن اطلاق الخيل يشملهما وكذا الارهاب ولان فى كل خصوصية ليست فى الآخر فالعتيق ان فضل بجودة الكر والفر فالبرذون يفضل بزيادة قوته على الحمل والصبر ولين العطف وكونه ألين عطفا من العربى غير صحيح لان هذا دائر مع التعليم والعربى أقبل للادب من العجمى من الخيل وكون أحد يقول لا يسهم بالكلية للفرس العجمى بعيد ويمكن أن يكون ذكره لما نقل عن عمر أنه فضل أصحاب الخيل العربية على المقارف وفى سيرة ابن هشام حدثنى أبو عبيدة قال كتب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى سلمان بن ربيعة الباهلى وهو بارمينية يأمره أن يفضل أصحاب الخيل العراب على أصحاب الخيل المقارف فى العطاء فعرض الخيل فربه فرس عمرو بن معدى كرب فقال له سلمان فرسك هذا مقرف فغضب عمرو وقال هجين عرف هجينا مثله فوثب اليه قيس يعنى ابن مكشوح فتوعده فقال عمرو

اتوعدنى كأنك ذو رعين * بأفضل عيشة أو ذو نواس
وكائن كان قبلك من نعيم * وملك ثابت فى الناس راسى
قديم عهده من عهد عاد * عظيم قاهر الجبروت قاسى
فأمسى أهله بادوا وأمسى * يحول من أناس فى أناس

(قوله ومن دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه) أى هلك فقاتل راجلا (استحق سهم الفرسان ومن دخل راجلا فاشترى) فى دار الحرب (فرسا) فقاتل فارسا عليه (استحق سهم راجل وجواب الشافعى على عكسه) فى الفصلين (وهكذا روى ابن المبارك فى الفصل الثانى عن أبى حنيفة) أى فيما اذا دخل راجلا فاشترى فرسا

تعالى عنه ونظيره نفقة الخادمين للمرأة (قوله والبراذين والعتاق سواء) انما ذكر هذا لان أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورد وافيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا البرذون فرس العجم والجمع البراذين وخلافها العراب يقال فرس عتيق أى مجيب رائع والجمع العتاق ويقال عتاق الطير والخيل كرائمها والهجين هو ما يكون أبوه من الكوادن وأمه من العربى المقرف ما يكون أبوه عربيا وأمه من الكوادن والكوادن البرذون بوكف ويشبه به البليد (قوله فى الفصل الثانى) وهو ما اذا دخل دار الحرب راجلا ثم اشترى فرسا وقاتل فارسا روى ابن المبارك عن أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليهما أن له سهم فارس وفى ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان كذا فى المحيط (قوله وهكذا) معطوف على قوله وجواب الشافعى

(والبراذين والعتاق سواء) البراذين جمع برذون وهو فرس العجم والعتاق الكرائم يقال عتاق الخيل والطير لكرائمها والعراب خلاف فرس العجم والهجين ما يكون أبوه من الكوادن وأمه عربية والكودن البرذون ويشبه به البليد والمقرف عكس الهجين وانما تصدى لذكر التسوية بين البرذون والعتاق لان أهل الشام يقولون لا يسهم للبراذين ورد وافيه حديثا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شاذا وجتنا ما ذكر فى الكتاب وهو واضح وقوله (ألين عطفا) بفتح العين وكسرها ففى الفتح الامالة ومعنى الكسر الجانب (ومن دخل دار الحرب فارسا) هذا لبيان وقت اقامة السبب الظاهر مقام ما يوجب زيادة السهم وهو وقت مجاوزة الدرب عندنا وقوله (وهكذا) أى كقول الشافعى رضى الله عنه (روى ابن المبارك عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى الفصل الثانى) يعنى ما اذا دخل دار الحرب راجلا

(قوله والمقرف عكس الهجين الخ) أقول فى الصحاح والقاموس الاقراف من قبيل الفعل والهجنة من قبيل الاسم فما فى الشرح مخالف لما فيهما قال

ثم اشترى فرشا وقاتل فارسا وفى ظاهر الرواية لا يستحق سهم الفرسان (والحاصل أن المعتبر عندنا فى وقت اقامة السبب مقام ذلك حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها لكن المراد بالدرب ههنا هو البرزخ الحاجز بين الدارين دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوزت الدرب دخلت فى حد دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حد دار الاسلام (وعنده حال انقضاء الحرب) أى تمامها وهذه رواية عنه والظاهر من مذهبه انه يعتبر مجرد شهود الوقعة

يستحق سهم الفرسان والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة وعنده حالة انقضاء الحرب له ان السبب هو القهر والقتال فيعتبر حال الشخص عنده والمجاوزة وسيلة الى السبب كالخروج من البيت وتعليق الاحكام بالقتال يدل على امكان الوقوف عليه ولو تعذرا أو تعسر تعلق بشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال ولنا أن المجاوزة نفسها قتال لانه يلحقهم الخوف بها والحال بعدها حالة الدوام ولا معتبر بها لان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين فتقام المجاوزة مقامه اذ هو السبب المفضى اليه ظاهرا

فقاتل عليه أن له سهم فارس وظاهر المذهب الاول (والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب وهو الحد الفاصل بين دار الاسلام ودار الحرب (وعنده حال الحرب له أن السبب) فى استحقاق الغنيمة اذا وجدت (هو قتاله فيعتبر حال الشخص) المستحق (عنده) دون المجاوزة لانها انما هى (وسيلة الى السبب) أى العلة الحقيقية (كالخروج من البيت) لقصد القتال فى دار الحرب فانه وسيلة الى السبب وحالة الغازى عند ذلك بالاتفاق لا تعتبر فكذا عند المجاوزة والدليل على أن المعتبر حال القتال تعلق الاحكام به الراجعة الى استحقاق الغنيمة اتفاقا فيما اذا قاتل الصبى أو العبد أو غيرهما فانهم يستحقون الرضخ فظهر اعتباره شرعا فى حق استحقاق الغنيمة وانه غير متعذر (ولو تعذرا أو تعسر فبشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال) من المجاوزة (ولنا أن المجاوزة نفسها من القتال لانهم يلحقهم الخوف بها) والاغاظة (والحال بعدها حال بقاء القتال) الا أنه تنوع القتال الى المجاوزة الى دارهم وسلوكها قهرا بالمنعة لا هلاكهم والى حقيقة المسايفة (ولا معتبر بحال الدوام ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر وكذا على شهود الوقعة لانه حال) شغل شاغل لكل أحد فيتعذر على الامام استعلامه بنفسه أو بشهادة العدل به لكل فرد فسقط اعتباره بخلافه فى حق أفراد قليلة من الناس كقتال الصبى والعبد فانه يقهرهم على حقهم عليه دون سائر الناس فيقام فى حق الكل السبب المفضى الى القتال ظاهرا مقامه فيكون هو المعتبر فى حق العامة وأما ما قيل فى التعذر بان الشهادة من أهل العسكر

رحمة الله تعالى عليه (قوله والحاصل أن المعتبر عندنا حالة المجاوزة) أى مجاوزة الدرب قال الخليل الدرب الباب الواسع على السكة وعلى كل مدخل من مداخل الروم درب من دروبها كذا فى المغرب والمراد من الدرب ههنا البرزخ الحاجز بين الدارين أى دار الاسلام ودار الحرب حتى لو جاوز الدرب دخل دار الحرب ولو جاوز أهل دار الحرب الدرب دخلوا فى حدود دار الاسلام وعنده حال انقضاء الحرب وهو تمام الحرب وهذا رواية عن الشافعى رحمة الله تعالى عليه والظاهر من مذهبه أنه يعتبر مجرد شهود الوقعة كذا فى النهاية (قوله وتعليق الاحكام بالقتال الخ) جواب بطريق المنع عن قولنا ولان الوقوف على حقيقة القتال متعسر ومن الاحكام ما اذا قتل فى القتال سقط سهمه وكذا سقط غسله بالشهادة والعبد انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق (قوله ولو تعذرا أو تعسر) يريد به ولو سلم يعسر الوقوف تعلق بشهود الوقعة لانه أقرب الى القتال قلنا الوقوف على حقيقة القتال متعذر فقد يتحقق القتال فى الشاجر والغياض والمضايق وكذا على شهود الوقعة لانه حال التقاء الصفين وماذكر من تعليق الاحكام قلنا ذلك فى حكم الرضخ والرضخ ليس نظير السهم ألا ترى أنه غير مقدر بشئ فلا يستقيم اعتبار السهم بما هو دونه كذا فى المبسوط (قوله ولا معتبر بها) بدليل

(ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) لان القتال اسم لفعل يقع به العدو خوف ومجاوزة الدرب قهرا وشوكة تحصل اذا لهم الخوف فكان قتالا واذا وجد أصل القتال فارسا لم يتغير حكمه بتغير أحوالهم بعد ذلك لان ذلك (حالة دوام القتال ولا معتبر بها) لانه لا يمكن تعليق الحكم بدوام القتال لان الفارس لا يمكنه أن يقاتل فارسا دائما لانه لا بد له من أن ينزل فى بعض المضايق خصوصا فى المشجرة أو فى الحصن أو فى البحر ونحوه (ولان الوقوف على حقيقة القتال) واضح على ماذكرنا

قال المصنف (ولنا أن المجاوزة نفسها قتال) أقول لم يجب عن قول الشافعى وتعليق الاحكام الخ اذ هو أيضا لم يقل بموجبه حيث لم يعتبر نفس

اذا كان على قصد القتال فيعتبر حال الشخص بحالة المجاوزة فارسا كان أو راجلا ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان يستحق سهم الفرسان بالاتفاق ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهب أو آجر أو رهن ففي رواية الحسن عن أبي حنيفة يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد الفراغ لم يسقط سهم الفرسان وكذا اذا باع في حالة القتال عند البعض والاصح أنه يسقط لان البيع يدل على أن غرضه التجارة فيه الا أنه ينتظر عزته (ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم على حسب ما يرى الامام) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يسهم للنساء والصبيان والعبيد وكان يرضخ لهم ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعني أنه لم يسهم لهم ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهل العبادة والصبي والمرأة عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه المولى وله منعه الا أنه يرضخ لهم تحريضا على القتال مع اظهار انحطاط رتبتهم والمكاتب بمنزلة العبد لقيام الرق وتوهم عجزه فيمنعه المولى عن الخروج الى القتال

لا تقبل للتهمة فليس بصحيح بل يجب قبولها لان الشاهد على أن هذا قاتل فارسا لا يجر بذلك نفعا لنفسه بل ضررا فانه ينقص سهم نفسه فهو يلزم نفسه أولا الضرر وشركته في أصل المغنم ليست متوقفة على شهادته هذه ألا ترى الى ما في الحديث من قول أبي قتادة من يشهد لي حيث جعل عليه الصلاة والسلام السلب للقاتل في حنين فشهد له واحد فاعطاه اياه وقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة ولا بينة الا أهل العسكر من المقاتلة خصوصا في غزوانه عليه الصلاة والسلام (ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان) أو لشجرة أو لانه في سفينة دخل فيها بفرسه ليقاتل عليها اذا خلص الى برهم فلاقوهم قبله واقتتلوا في السفينة كان لهم سهم الفرسان (ولو دخل فارسا ثم باع فرسه أو وهبه) وسلمه (أو آجره أو رهنه ففي رواية الحسن يستحق سهم الفرسان اعتبارا للمجاوزة وفي ظاهر المذهب لا يستحقه لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يقصد بالمجاوزة) بالفرس (القتال) عليه بل التجارة به وسبب استحقاق سهم الفارس هو المجاوزة على قصد القتال عليه لاطلاق المجاوزة (ولو باعه بعد الفراغ من القتال لا يسقط سهم الفارس) بالاتفاق (وكذا اذا باعه حالة القتال) لا يسقط (عند البعض) قال المصنف (الاصح انه يسقط) لانه ظهر أن قصده التجارة وانما انتظر حالة العزة وعورض بان تلك الحالة حالة الخاطرة بالنفس فلم يكن البيع دليلا على قصد التجارة لان تلك الحالة حالة طلب النفس التحصن فبيعه فيها دليل انه عن له غرض الآن فيه اما لانه وجده غير موافق له فربما يقتله لعدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود حالة القتال ليكون بيعه اذ ذاك انتظارا لحالة الرغبات في الشراء وفي المحيط لو جاوز بفرس لا يستطيع القتال عليه لكبره أو ضعفه أو هزاله لا يستحق سهم الفرسان وان كان الفرس مريضا فعلى التفصيل المذكور فيه ولو جاوز على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فشهد الوقعة راجلا ففيه روايتان في رواية له سهم فارس وفي رواية سهم راجل ومقتضى كونه جاوز بفرس لقصد القتال عليه ترجح الاولى الا أن يزاد في أجزاء السبب بفرس مملوك وهو ممنوع فانه لو لم يسترده المعير وغيره حتى قاتل عليه كان فارسا (قوله ولا يسهم لمملوك ولا امرأة ولا صبي ولا ذمي ولكن يرضخ لهم) أي يعطون قليلا من كثير فان الرضخة هي الاعطاء كذلك والكثير السهم فالرضخ لا يبلغ السهم ولكن دونه (على حسب ما يرى الامام) وسواء قاتل العبد باذن سيده أو بغير اذنه (والمكاتب كالعبد) لما ذكر في الكتاب وقد استدل المصنف بأن النبي صلى الله عليه وسلم كان

انه لا تعتبر صيرورته راجلا أو فارسا بعد المجاوزة عندنا وبعد شهود الوقعة أو انقضاء الحرب عند الشافعي رحمه الله تعالى عليه على اختلاف الاصلين وكذا بالاجماع لا معتبر ببقاء الفرس الى حال تمام الاستحقاق حتى لو نفق فرسه بعد القتال قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفرسان فكان المعتبر حال انعقاد السبب ابتداء بخلاف

قوله (وتوهم عجزه) يحتمل أن يعجز المكاتب عن أداء بدل الكتابة فيعود الى الرق وحينئذ كان للمولى ولاية المنع فيمنع في الحال لوجود التوهم

القتال في استحقاق الغنيمة فليتأمل

ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل لانه دخل لخدمة المولى فصار كالتاجر والمرأة يرضخ لها اذا كانت تداوى الجرحى وتقوم على المرضى لانها عاجزة عن حقيقة القتال فيقام هذا النوع من الاعانة مقام القتال بخلاف العبد لانه قادر على حقيقة القتال والذمى انما يرضخ له اذا قاتل أو دل على الطريق ولم يقاتل لان فيه منفعة للمسلمين الا أنه يزاد على السهم فى الدلالة اذا كانت فيه منفعة عظيمة ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد والاول ليس من عمله ولا يسوى بينه وبين المسلم فى حكم الجهاد

(قوله لانها عاجزة عن حقيقة القتال) ظاهر واعترض عليه بانها لو كانت عاجزة عنها لما صح أمانها لانه انما يصح ممن يخاف منه القتال لقدرته على القتال وأجيب بان الامان صحته لا تتوقف على القدرة على حقيقة القتال بل تثبت بشبهة القتال لانه مما يثبت بالشبهات وهى ليست بعاجزة عن شبهة القتال بمالها وعبيدها وأما السهم من الغنيمة فانما يستحق بحقيقة القدرة على القتال وهى عاجزة عنها (ولا يبلغ به السهم اذا قاتل لانه جهاد) فلا يبلغ بسهمه سهم المجاهدين (والاول ليس من عمله) أى الدلالة ليست من عمل الجهاد فكانت عملا كسائر الاعمال فيبلغ اجره بالغا ما بلغ

لا يسهم الخ أخرج مسلم كتب نجدة بن عامر الحرورى الى ابن عباس يسأله عن العبد والمرأة يحضران المغنم هل يقسم لهما فكتب اليه أن ليس لهما شئ الا أن يحذيا وفى أبى داود عن يزيد بن هرمز كتب نجدة الحرورى الى ابن عباس يسأله عن النساء هل كن يشهدن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنا كتبت كتاب ابن عباس رضى الله عنهما الى نجدة قد كن يحضرن الحرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فأما أن يضرب لهن بسهم فلا وقد كان يرضخ لهن وأخرج أبو داود والترمذى وصححه عن عمير مولى أبى اللحم قال شهدت خيبر مع ساداتى الى أن قال فاخبر أنى مملوك فامر لى بشئ وأما ما فى أبى داود والنسائى عن جدة حشرج بن زياد أم أبيه انها خرجت فى غزوة خيبر سادسة ست نسوة فبلغ رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث الينا فجئنا فرأينا فى وجهه الغضب فقال مع من خرجتن وباذن من خرجتن فقلن يا رسول الله خرجنا نغزل الشعر ونعين فى سبيل الله ومعنا دواء للجرحى ونناول السهام ونسقى السويق فقال قمن حتى اذا فتح الله عليه خيبر أسهم لنا كما أسهم للرجال وبه قال الاوزاعى وقال الخطابى اسناده ضعيف لا تقوم به حجة وذكر غيره أنه لجهالة رافع وحشرج من رواته وقال الطحاوى يحتمل انه عليه الصلاة والسلام استطاب أنفس أهل الغنيمة وقال غيره يشبه أنه انما أعطاهن من الخمس الذى هو حقه هذا ويمكن أن يكون كون التشبيه فى أصل العطاء وأرادت بالسهم ما خصصن به والمعنى خصنا بشئ كما فعل بالرجال وانما لم يبلغ بهؤلاء الرجالة منهم سهم الرجالة ولا بالفارس سهم الفرسان لانهم أتباع أصول فى التبعية حيث لم يفرض على أحد منهم فى غير النفير العام فى غير الصبى ويزيد الذمى بانه ليس أهلا لكون الجهاد عبادة وليس هو من أهلها ومن الامور الاستحسانية اظهار التفاوت بين المفروض عليهم وغيرهم والتبع والاصل بخلاف السوقى فى العسكر والمستأجر لخدمة الغازى اذا قاتلا حيث يستحقان سهما كاملا وتستطرحصته من القتال من أجرة الاجير لانهما من أهل فرضه فلم يكونا تبعا فى حق الحكم بل فى السفر ونحوه ثم الرضخ عندنا من الغنيمة قبل اخراج الخمس وهو قول الشافعى رحمه الله وأحمد وفى قوله وهو رواية عن أحمد من أربعة أخماس وفى قول للشافعى رحمه الله من خمس الخمس وقال مالك رحمه الله من الخمس (ثم العبد انما يرضخ له اذا قاتل) وكذا الصبى والذمى لانهم يقدرون على القتال اذا فرض الصبى قادرا عليه فلا يقام غير القتال فى حقهم مقامه بخلاف المرأة فانها تعطى بالقتال وبالخدمة لاهل العسكر ان لم تقاتل لانها عاجزة عنه فأقيم هذه المنفعة منها مقامه وصحة أمانها لثبوت شبهة القتال منها والامان يثبت بالشبهة احتياطا فيه ولا يراد عطاء الذمى اذا لم يقاتل بل دل على الطريق لان ذلك ليس برضخ بل بمقام الاجرة ولهذا يزاد على السهم اذا كان عمله ذلك تزيد قيمته عليه بخلاف ما اذا قاتل لانه عمل الجهاد ولا يسوى فى عمل الجهاد بين من يصح منه ويؤجر عليه ومن لا يقبله الله منه ولا يصح له فلذلك (لا يبلغ به السهم) كما ذكره المصنف قالوا والسهم مرفوع البتة لانه المفعول بلا واسطة حرف فيكون هو النائب عن الفاعل وهذا على قول الاكثر وأما من يجيز قيامة الظرف والمجرور مع وجود المفعول فيجيز نصبه ويكون النائب لفظ به وهل يستعان بالكافر عندنا اذا دعت الحاجة جاز وهو قول الشافعى رحمه الله وابن المنذر وجماعة لا يجوزون ذلك لما فى مسلم وغيره عن عائشة رضى الله عنها انه عليه الصلاة والسلام خرج الى بدر فلحقه رجل من المشركين يذكر منه جرأة ونجدة فقال له عليه الصلاة والسلام

فوت الفارس لانه المستحق ولا استحقاق بعد فوات المستحق (قوله والاول ليس من عمله) يعنى أن الدلالة

(واما

(وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون ولا يدفع الى أغنيائهم) وقال الشافعى لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم

قال (وأما الخمس فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابناء السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم) أى فى الاصناف الثلاثة ومعنى هذا الكلام ان أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ويقدمون عليهم ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وأبناء السبيل منهم يدخلون فى أبناء السبيل وسبب الاستحقاق فى هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف فى نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل ثم انهم مصارف لا مستحقون حتى انه لو صرف الى صنف واحد منهم جاز عندنا كما فى الصدقات (ولا يدفع الى أغنيائهم وقال الشافعى رضى الله عنه لهم خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من بنى عبد شمس وبنى نوفل

نؤمن بالله ورسوله قال لا قال ارجع فان نستعين بمشرك الحديث الى أن قال له فى المرة الثالثة نعم قال انطلق وعن حبيب بن اساف قال أتيت أنا ورجل من قومى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يريد غزوا فقلت يا رسول الله انا نستحى أن يشهد قومنا مشهدا لا نشهده معهم فقال أتسلمان فقلنا لا فقال انا لا نستعين بالمشركين قال فاسلمنا وشهدنا معه قال فقتلت رجلا وضربنى ضربة وتزوجت بنته بعد ذلك فكانت تقول لا عدمت رجلا وشحك هذا لوشاح فاقول لا عدمت رجلا يعجل أباك الى النار رواه الحاكم وصححه وقول المصنف ولما استعان عليه الصلاة والسلام باليهود على اليهود لم يعطهم شيأ من الغنيمة يعنى لم يسهم لهم يفيد معارضة هذه الاحاديث والمذكور فى ذلك حديث أبى يوسف رحمه الله أخبرنا الحسن بن عمارة عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال استعان رسول الله صلى الله عليه وسلم بيهود قينقاع فرضخ لهم ولم يسهم لهم لكن تفرد به ابن عمارة وهو ضعف وأسند الواقدى الى محيصة قال وخرج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعشرة من يهود المدينة غزا بهم أهل خيبر وأسهم لهم كسهمان المسلمين ويقال أحذاهم ولم يسهم لهم وأسند الترمذى الى الزهرى قال أسهم عليه الصلاة والسلام لقوم من اليهود قاتلوا معه وهو منقطع وفى سنده ضعف مع ان يحيى بن القطان كان لا يرى مراسيل الزهرى وقتادة شيأ ويقول هى بمنزلة الريح ولا شك أن هذه لا تقاوم أحاديث المنع فى القوة فكيف تعارضها وقال الشافعى رحمه الله رده صلى الله عليه وسلم المشرك والمشركين كان فى غزوة بدر ثم انه عليه الصلاة والسلام استعان فى غزوة خيبر بيهود من بنى قينقاع واستعان فى غزوة حنين سنة ثمان بصفوان بن أمية وهو مشرك فالردان كان لاجل انه مشرك فقد نسخه ما بعده ولا بأس أن يستعان بالمشركين على قتال المشركين اذا خرجوا طوعا ويرضخ لهم ولا يسهم لهم ولا يكون لهم راية تخصهم ولم يثبت عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه أسهم لهم ولعل رده من رده فى غزوة بدر رجاء أن يسلم (قوله وأما الخمس) أى الذى تقدم أنه يخرجه أولا (فيقسم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوى القربى فيهم ويقدمون) على غيرهم لان غيرهم من الفقراء يتمكنون من أخذ الصدقات وذو والقربى لا تحل لهم هذا رأى الكرخى وسيأتى رأى الطحاوى أنه يدخل فقراء اليتامى من ذوى القربى فى سهم اليتامى المذكورين دون أغنيائهم واليتيم صغير لا أب له والمساكين منهم فى سهم المساكين وفقراء أبناء السبيل من ذوى القربى فى أبناء السبيل فان قيل فلا فائدة حينئذ فى ذكر اسم اليتيم حيث كان استحقاقه بالفقر والمسكنة لا باليتم أجيب بان فائدته دفع توهم أن اليتيم لا يستحق من الغنيمة شيأ لان استحقاقها بالجهاد واليتيم صغير فلا يستحقها ومثله ما ذكر فى التأويلات للشيخ أبى منصور لما كان فقراء ذوى القربى يستحقون بالفقر فلا فائدة فى ذكرهم فى القرآن أجاب بان أوهام بعض الناس قد تفضى الى أن الفقير منهم لا يستحق لانه من قبيل الصدقة ولا تحل لهم وفى التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما فى الصدقات (وقال الشافعى لذوى القربى خمس الخمس يستوى فيه غنيهم وفقيرهم) ويقول الشافعى قال أحمد وعندما الامر مفوض الى رأى الامام ان شاء قسم بينهم وان شاء أعطى بعضهم دون بعض وان شاء أعطى غيرهم ان كان أمر غيرهم اهم من أمرهم (ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون لبنى هاشم وبنى المطلب دون غيرهم) من القرابات ونحن نوافقه على أن القرابة المرادة هنا تخص بنى هاشم وبنى المطلب فالخلاف فى دخول الغنى من ذوى القربى وعدمه وقال المزنى والثورى

ليست من الجهاد فجاز أن يزاد بها على سهم الجهاد ولا يلزم التسوية بينه وبين المسلم ولا كذلك القتال فانه لا

(لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير) فيشتركان (ولنا ان الخلفاء الراشدين رضى الله عنهم قسموا الخمس على ثلاثة على نحو ماقلنا وكفى بهم قدوة) ولم يخالفهم أحد فكان اجماعا وقوله (وقد قال النبى صلى الله عليه وسلم) دليل على انه لم يصرف

لقوله تعالى ولذى القربى من غير فصل بين الغنى والفقير ولنا أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلناه وكفى بهم قدوة وقال عليه الصلاة والسلام يامعشر بنى هاشم ان الله تعالى كره لكم غسالة الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء

الى أغنيائهم شئ لانه قال (يا بنى هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدى الناس وأوساخهم وعوضكم منها بخمس الخمس والعوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء) يعنى ان المعوض وهو الزكاة لا يجوز دفعها الى الاغنياء فكذلك يجب أن يكون عوض الزكاة وهو خمس الغنائم لا يدفع اليهم لان العوض انما يثبت فى حق من فات عنه المعوض والا لا يكون عوضا لذلك المعوض فان قيل هذا الحديث اما ان يكون ثابتا صحيحا أولا فان كان الاول وجب أن يقسم الخمس على خمسة أسهم وأنتم تقسمونه على ثلاثة أسهم وهو مخالفة منكم للحديث الثابت الصحيح وان كان الثانى لا يصح الاستدلال به أجيب بان لهذا الحديث دلالتين احداهما اثبات العوض فى المحل الذى فات عنه المعوض على ماذكرنا والثانية جعله على خمسة أسهم ولكن قام الدليل على انتفاء قسمة الخمس على خمسة أسهم وهو فعل الخلفاء الراشدين كما تقدم ولم يقم الدليل على تغيير العوض ممن فات عنه المعوض فقلنا به كما تمسك الخصم على تكرار الصلاة على الجنازة بما روى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم صلى على حمزة سبعين صلاة وهو لا يقول بالصلاة على الشهيد ولكن يقول للحديث دلالتان فاحداهما باقية وان انتفت الاخرى فان قيل لو كان ماذكرتم صحيحا بجميع مقدماته لما أعطاهم النبى عليه الصلاة والسلام وقد ثبت أنه صلى الله عليه وسلم أعطى بنى هاشم وبنى المطلب

يستوى فيه الذكر والانثى ويدفع للقاصى والدانى وهو ظاهر اطلاق النص (له اطلاق قوله تعالى ولذى القربى بلا فصل بين الغنى والفقير) ولان الحكم المعلق بوصف يوجب أن مبدأ الاشتقاق علة له ولا تفصيل فيها بخلاف اليتامى فانهم يشترطون فيهم الفقر مع تحقق الاطلاق كقولنا وذلك لان اسم اليتيم يشعر بالحاجة فكان مقيدا معنى بها بخلاف ذوى القربى ثم لا تنتفى مناسبتها بالغنى لانه لا يبعد كون قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم توجب استحقاق هذه الكرامة (ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم على نحو ما قلنا وكفى بهم قدوة) ثم انه لم ينكر عليهم ذلك أحد مع علم جميع الصحابة بذلك وتوافرهم فكان اجماعا اذ لا يظن بهم خلاف رسول الله صلى الله عليه وسلم والكلام فى اثباته فروى أبو يوسف عن الكلبى عن أبى صالح عن ابن عباس رضى الله عنهما أن الخمس كان يقسم على عهده عليه الصلاة والسلام على خمسة أسهم لله والرسول سهم ولذى القربى سهم ولليتامى سهم وللمساكين سهم ولابن السبيل سهم ثم قسم أبو بكر وعمر وعثمان وعلى رضى الله تعالى عنهم على ثلاثة أسهم سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل وروى الطحاوى عن محمد بن خزيمة عن يوسف بن عدى عن عبد الله بن المبارك عن محمد بن اسحق قال سألت أبا جعفر يعنى محمد بن على فقلت أرأيت على بن أبى طالب رضى الله عنه حيث ولى العراق وما ولى من أمر الناس كيف صنع فى سهم ذوى القربى قال سلك به والله سبيل أبى بكر وعمر فقلت وكيف وأنتم تقولون ما تقولون قال أما والله ما كان أهله يصدرون الا عن رأيه قلت فما منعه قال كره والله أن يدعى عليه بخلاف سيرة أبى بكر وعمر انتهى وكون الخلفاء فعلوا ذلك لم يختلف فيه وبه تصح رواية أبى يوسف عن الكلبى فان الكلبى مضعف عند أهل الحديث الا أنه وافق الناس وانما الشافعى يقول لا اجماع بمخالفة أهل البيت وحين ثبت هذا حكمنا بانه انما فعله لظهور أنه الصواب لا أنه لم يكن يحل له أن يخالف اجتهاده اجتهادهما وقد علم أنه خالفهما فى أشياء لم توافق رأيه كبيع أمهات الاولاد وغير ذلك فحين وافقهما علمنا أنه رجع الى رأيهما ان كان ثبت عنه أنه كان يرى خلافه وبهذا يندفع ما استدل به الشافعى عن أبى جعفر محمد بن على قال كان رأى على فى الخمس رأى أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر قال ولا اجماع بدون أهل البيت لانا نمنع أن فعله كان تقية من أن ينسب اليه خلافهما وكيف وفيه منع المستحقين من حقهم فى اعتقاده فلم يكن منعه الا لرجوعه وظهور الدليل له وكذا ما روى عن ابن عباس من أنه كان يرى ذلك محمول على أنه كان فى الاول كذلك ثم رجع وان لم يكن رجع فالاخذ بقول الراشدين مع اقترانه بعدم النكير من أحد أولى فان قيل لو صح ماذكرتم لم يكن سهم مستحق لذوى القربى أصلا لان الخلفاء لم يعطوهم وهو الحق وهو مخالف للكتاب وفعله عليه الصلاة والسلام لانه أعطاهم بلا شبهة أجاب على قول الكرخى أن الدليل دال على أن السهم للفقير منهم لقوله عليه الصلاة والسلام يامعشر بنى هاشم الحديث وهو بهذا اللفظ غريب وتقدم فى الزكاة وأسند الطبرانى فى معجمه حدثنا معاذ ابن المثنى حدثنا مسدد حدثنا معتمر بن سليمان وساق السند الى ابن عباس قال بعث نوفل بن الحرث ابنيه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما انطلقا الى عمكما لعله يستعين بكما على صدقات فاتيا النبى صلى الله عليه

تجوز فيه الزيادة على السهم لانه حينئذ تلزم المساواة بين المسلم والكافر ولا مساواة بينهما

والنبي عليه الصلاة والسلام أعطاهم للنصرة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه

وسلم فانه براه بحاجتهما فقال لهما لا يحل لاهل البيت من الصدقات شئ ولا غسالة الايدي ان لكم في خمس الخمس ما يغنيكم ويكفيكم ورواه ابن أبي حاتم في تفسيره حدثنا أبي حدثنا ابراهيم بن مهدي المصيصي حدثنا معتمر بن سليمان به بلفظ رغبت لكم عن غسالة أيدي الناس ان لكم من خمس الخمس ما يغنيكم وهو اسناد حسن ولفظ العوض انما وقع في عبارة بعض التابعين ثم في كون العوض انما يثبت في حق من يثبت في حقه المعوض ممنوع ثم هذا يقتضي أن المراد بقوله تعالى ولذي القربى فقراء ذوي القربى فيقتضي اعتقادا استحقاق فقرائهم أو كونهم مصارف مستمرا وينافيه اعتقاد حقية منع الخلفاء الراشدين اياهم مطلقا كما هو ظاهر ما روينا أنهم لم يعطوا ذوي القربى شيأ من غير استثناء فقرائهم وكذا ينافيه اعطاؤه عليه الصلاة والسلام الاغنياء منهم كما روي أنه أعطى العباس وكان له عشرون عبدا يتجرون وقول المصنف (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة الخ) يدفع هذا السؤال الثاني لكن يوجب عليه المناقضة مع ما قبله لان الحاصل حينئذ أن القرابة المستحقة هي التي كانت نصرته وذلك لا يخص الفقير منهم ومن الاغنياء من تأخر بعده عليه الصلاة والسلام كالعباس فكان يجب على الخلفاء أن يعطوهم وهو خلاف ما نقلتم عنهم انهم لم يعطوهم بل حصروا القسمة في الثلاثة ويعكر ما سيروبه في تصحيح قول الكرخي أن عمر رضي الله عنه أعطى الفقراء منهم سهما مع أنه لم يعرف اعطاء عمر بقيد الفقر مرويا بل المروي في ذلك ما في أبي داود عن سعيد بن المسيب حدثنا جبير ابن مطعم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يقسم لبني عبد شمس ولا لبني نوفل من الخمس شيأ كما قسم لبني هاشم وبني المطلب قال وكان أبو بكر يقسم الخمس نحو قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم غير أنه لم يكن يعطي قربى رسول الله صلى الله عليه وسلم كما كان يعطيهم النبي صلى الله عليه وسلم وكان عمر يعطيهم ومن كان بعده منه وأخرج أبو داود أيضا عن عبد الرحمن بن أبي ليلى سمعت عليا قال اجتمعت أنا والعباس وفاطمة وزيد بن حارثة عند النبي صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله ان رأيت أن تولينا حقنا من هذا الخمس في كتاب الله أقسمه حياتك كي لا ينازعني أحد بعدك فافعل قال ففعل ذلك فقسمته حياة رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ولاية أبي بكر حتى كان آخر سنة من سني عمر أتاه مال كثير فعزل حقنا ثم أرسله الى فقلت بنا العام غنى وبالمسلمين اليه حاجة فاردده عليهم فرده ثم لم يدعني اليه أحد بعد عمر فلقيت العباس بعد ما خرجت من عند عمر فقال يا علي حرمتنا الغداة شيأ لا يرد علينا وكان رجلا داهيا فهذا ليس فيه تقييد الاعطاء بفقر المعطى منهم وكيف والعباس كان ممن يعطى ولم يتصف بالفقر مع أن الحافظ المنذري ضعف هذا فقال وفي حديث جبير بن مطعم أن أبا بكر لم يقسم لذوي القربى وفي حديث علي أنه قسم لهم وحديث جبير صحيح وحديث علي لا يصح انتهى والذي يجب أن يعول عليه على اعتقاد أن الراشدين لم يعطوا ذوي القربى أن القربى بيان مصرف لا استحقاق على ما هو المذهب والا لم يجز لهم منعهم بعده عليه الصلاة والسلام وذلك أن ذوي القربى وان قيدت بالنصرة الموازرة في الجاهلية فانهم بقوا بعده عليه الصلاة والسلام فكان يجب أن يعطوهم فلما لم يعطوهم كان المراد بيان أنهم مصارف أي أن كلا من المذكورين مصرف حتى جاز الاقتصار على صنف واحد كان يعطى تمام الخمس لابناء السبيل وان يعطى تمامه لليتامى كما ذكرنا من التحفة فجاز للراشدين أن يصرفوه الى غيرهم

(قوله علل فقال انهم لم يزالوا معي) هكذا عن سعيد بن المسيب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم الخمس يوم خيبر وقسم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب فكلمه عثمان بن عفان وجبير بن مطعم رضي الله تعالى عنهما قالا لا ننكر فضل بني هاشم لمكانك الذي وضعك الله فيهم ولكن نحن وبنو المطلب في القرب اليك على السواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال لم يزالوا معي في الجاهلية والاسلام ومعنى الحديث أن أصل النسب هو عبد مناف وكان له أربعة بنين هاشم والمطلب ونوفل وعبد شمس ورسول الله عليه السلام

أجاب بقوله (والنبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام علل فقال انهم لن يزالوا معي هكذا في الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه) وقصته ما روى عن جبير بن مطعم أنه قال لما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى بين بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان ابن عفان حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله به فيهم فما بال اخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه وأشار الى نصرتهم واذا كان كذلك

دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة قال (فاما ذكر الله تعالى في الخمس فانه لافتتاح الكلام

خصوصا وقد رأوهم أغنياء متمولين اذذاك ورأوا صرفه الى غيرهم أنفع ونقول مع ذلك ان الفقير منهم مصرف ينبغي أن يقدم على الفقراء كما قدمناه ويدفع قول الطحاوي انهم يحرمون لان فيه معنى الصدقة تمنع كون الخمس كذلك بل هو مال الله لان الجهاد حقه أضافه اليهم لاحق انما لزمنا أداؤه طاعة له ليصير ويسخاويدل على بطلانه أنه عليه الصلاة والسلام صرفه لهم في حياته فلو كان فيه معنى الصدقة لم يفعل لكن يشكل على هذا أن مقتضاه كون الغني من ذوي القربى مصرفا غير أن الخلفاء لم يعطوهم اختيارا منهم لغيرهم في الصرف والمذهب خلافه لانه لو كان الغني مصرفا صح الصرف اليه وأجزأ لان المصرف من بحيث اذا صرف اليه سقط الواجب به وليس غني ذوي القربى عندهم كذلك هذا وأما انه يكون لبني هاشم وبني المطلب دون غيرهم لان كونهم مصارف كان للنصرة فلما في أبي داود وغيره بسنده الى سعيد بن المسيب قال أخبرني جبير بن مطعم قال فلما كان يوم خيبر وضع رسول الله صلى الله عليه وسلم سهم ذوي القربى في بني هاشم وبني المطلب وترك بني نوفل وبني عبد شمس فانطلقت أنا وعثمان بن عفان رضي الله عنه حتى أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلنا يا رسول الله هؤلاء بنو هاشم لا ننكر فضلهم للموضع الذي وضعك الله فيهم فما بال اخواننا بني المطلب أعطيتهم وتركتنا وقرابتنا واحدة فقال عليه الصلاة والسلام انا وبنو المطلب لا نفترق في جاهلية ولا اسلام وانما نحن وهم شئ واحد وشبك بين أصابعه أشار بهذا الى نصرتهم اياه نصرة المؤانسة والموافقة في الجاهلية فانه ليس اذذاك نصر قتال فهو يشير الى دخولهم معه في الشعب حين تعاقدت قريش على هجران بني هاشم وأن لا يبايعوهم ولا يناكحوهم والقصة في السيرة شهيرة وعن هذا استحقت ذرار يهم مع أنهم لا يتأتى منهم قتال وشرح قوله قرابتنا واحدة أنه عليه الصلاة والسلام محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف وهذا الجد أعني عبد مناف له أولاد هاشم الذي من ذريته النبي صلى الله عليه وسلم والمطلب ونوفل وعبد شمس فكان قرابة كل من نوفل وبني عبد شمس والمطلب منه عليه الصلاة والسلام واحدة فتقتضي استحقاق ذوي القربى أن يستحق الكل على قول الشافعي أو يكون فقراء الكل مصارف على قولنا فبين عليه الصلاة والسلام أن المراد القرابة التي تحقق منها تلك النصرة السابقة ومنع الراشدين لهم ليس بناء على علمهم بعدم الاستحقاق بل انهم مصارف ورأوا غيرهم أولى منهم على ما ذكرنا (قوله فاما ذكر الله تعالى الخ) لما فرغ من بيان ذوي القربى شرع يبين حال سهم الله وسهم الرسول فذكر أن سهمه وسهم رسوله واحد فانه ليس المراد من قوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولكذا وكذا ان له سبحانه سهما كالكل من الاصناف سهم بل ذكر الله تعالى في افتتاح الكلام ليتبرك به بذكر اسمه تعالى فان لله ما في السموات وما في الارض فسهم الله تعالى ورسوله

كان من أولاد هاشم فانه محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن هاشم فكان بنو هاشم أولاد جده وجبير بن مطعم كان من بني نوفل وعثمان بن عفان كان من بني عبد شمس وولد جد الانسان أقرب اليه من ولد أخي جده فاما بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا مع بني المطلب في القرابة أسوة وقيل بنو نوفل وبنو عبد شمس كانوا أقرب اليه من بني المطلب لان نوفلا وعبد شمس كانا أخوي هاشم لاب وأم والمطلب كان أخاهاشم لابيه لا لامه ثم أعطى رسول الله صلى الله عليه وسلم لبني المطلب ولم يعط لبني نوفل وبني عبد شمس فاشكل ذلك عليهما (قوله دل على أن المراد من النص قرب النصرة لا قرب القرابة) وانما أراد نصرة الاجتماع اليه للمؤانسة في حال ما هجره الناس على ما روي أن الله تعالى لما بعث رسوله من بني هاشم ورأى قريش آثار الخير فيهم حسدوهم وتعاهدوا أن لا يجالسوا بني هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا اليهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليقتلوه وتعاهد بنو هاشم فيما بينهم على القيام بنصرة رسول الله صلى الله عليه وسلم ودخل بنو نوفل وبنو عبد شمس في عهد قريش ودخل بنو المطلب في عهد بني هاشم حتى دخلوا معهم الشعب وكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا في المبسوط (قوله فاما ذكر الله تعالى في الخمس) وهو قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان

(دل على ان المراد بالنص) أعني قوله ولذي القربى (قرب النصرة لا قرب القرابة) والمراد بالنصرة نصرة الاجتماع في الشعب لا نصرة القتال يشير اليه قوله لا نفترق في جاهلية ولا اسلام ولهذا يصرف للنساء والذراري واذا ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا للقرابة وقد انتهت النصرة انتهى الاعطاء لان الحكم ينتهي بانتهاء علته قال (فاما ذكر الله تعالى في الخمس) لما فرغ من بيان وجه سقوط سهم ذوي القربى بين وجه سقوط ماسوى الثلاثة المذكورة في النص فقال فاما ذكر الله تعالى في الخمس يعني قوله تعالى فان لله خمسه (فانه لافتتاح الكلام

تبر كابذكره وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي) بالاجماع (لانه صلى الله عليه وسلم كان يستحقه برسالته) لان الحكم متى ترتب على المشتق فيكون المشتق منه علة (ولا رسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه صلى الله عليه وسلم مثل درع أو سيف أو جارية) اصطفى ذا الفقار من غنائم بدر واصطفى صفية من غنائم خيبر (وقال الشافعي رضي الله عنه يصرف سهم

تبر كابا سمه وسهم النبي عليه الصلاة والسلام سقط بموته كما سقط الصفي) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان عليه الصلاة والسلام يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية وقال الشافعي يصرف سهم الرسول الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه (وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة) لمار وينا قال (و بعده بالفقر) قال العبد الضعيف

واحد وقال أبو العالية سهم الله ثابت يصرف الى بناء بيته الكعبة ان كانت قريبة والا فالى مسجد كل بلدة ثبت فيها الخمس ودفعه بان السلف فسروه بما ذكر فان هذا التفسير روي عن ابن عباس رضي الله عنه رواه الطبراني في تفسيره عن أبي كريب حدثنا أحمد بن يونس حدثنا ابن شهاب عن ورقاء عن نهشل عن الضحاك عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قرأ واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه ثم قال فان لله خمسه مفتاح الكلام لله ما في السموات وما في الارض وكذا روى الحاكم عن الحسن بن محمد بن علي بن الحنفية فيه قال هذا مفتاح كلام لله الدنيا والآخرة وفي غير حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث سرية فغنموا خمس الغنيمة فصرف ذلك الخمس في خمسة فعلى قول هذا القائل تكون في ستة (قوله وسهم النبي صلى الله عليه وسلم سقط بموته كما سقط الصفي لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه برسالته ولا رسول بعده والصفي شئ كان يصطفيه لنفسه من الغنيمة مثل درع أو سيف أو جارية) قبل القسمة واخراج الخمس كما اصطفى ذا الفقار وهو سيف منبه بن الحجاج حين أتى به علي رضي الله عنه بعد أن قتل منبها ثم دفعه اليه وكما اصطفى صفية بنت حيي بن أخطب من غنيمة خيبر رواه أبو داود في سننه عن عائشة والحاكم وصححه (وقال الشافعي رحمه الله يصرف سهم الرسول صلى الله عليه وسلم الى الخليفة) لانه انما كان يستحقه بامامته لا برسالته قال المصنف (والحجة عليه ماقدمناه) أي من أن الخلفاء الراشدين انما قسموا الخمس على ثلاثة فلو كان كما ذكر لقسموه على أربعة وقسموا سهمه لانفسهم ولم ينقل ذلك عن أحد وأيضا فهو حكم علق بمشتق وهو الرسول فيكون مبدأ الاشتقاق علة وهو الرسالة وأما قول المصنف وسهم ذوي القربى الخ فقد تقدم تقدم ما يغني فيه وقوله (كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لمار وينا) يعني ما تقدم من حديث جبير بن مطعم (و بعده بالفقر) لايخفى ضعفه فان قوله تعالى ولذي القربى اما أن يراد به القربى المختصة بتلك المرافقة

لله خمسه كان ابن عباس رضي الله عنه يقول سهم الله وسهم الرسول واحد فذكر اسم الله للتبرك ومفتاح الكلام وقال أبو العالية يقسم على ستة أسهم سهم الله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت الغنيمة بقربها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى وهذا السهم لله فيصرف الى عمارة البقاع المضافة الى الله تعالى (قوله والحجة عليه ماقدمناه) وهو أن الخلفاء الاربعة الراشدين قسموه على ثلاثة أسهم وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولم ينكر عليه أحد فحل محل الاجماع وبه تبين أن قسمة النبي عليه السلام ما كانت بطريق الحتم واللزوم بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه السلام يؤيده ما روي عنه عليه السلام سهم ذوي القربى لهم في حال حياتي وليس لهم بعد مماتي ولان استحقاقهم كان بالنصرة وقد فاتت بوفاته عليه السلام فيفوت الاستحقاق لا للانتساخ بعد موته بل لعدم علته وهي النصرة فان قيل لا يجوز أن يتعلق الحكم بعين النصرة لثبوت الاستحقاق للنساء والذراري وليسوا باهل النصرة قلنا ما كانت هذه نصرة قتال وانما كانت نصرة اجتماع اليه في الشعب للمؤانسة في

رسول الله صلى الله عليه وسلم الى الخليفة والحجة عليه ماقدمناه) أنه كان يستحقه برسالته (وسهم ذوي القربى كانوا يستحقونه في زمن النبي صلى الله عليه وسلم بالنصرة لمار وينا) أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطاهم للنصرة لا يقال قوله وسهم ذوي القربى وقع مكررا حكما وتعليلا لانا نقول ماذكره أولا كان في حيز الاستدلال على القسمة على ثلاثة أسهم وهذا نقل لكلام صاحب القدوري قال أي القدوري (و بعده) أي بعد زمنه عليه الصلاة والسلام (بالفقر) قال المصنف (وهذا) أي استحقاقهم بالفقر (قول الكرخي وقال الطحاوي سهم الفقير منهم ساقط أيضا لمار وينا من الاجماع) يعني قوله ولنا ان الخلفاء الاربعة الراشدين رضي الله عنهم قسموه على ثلاثة ولا يظن بهم أنه خفي عليهم النص أو منعوا حق ذوي القربى فكان اجماعهم دالا على انه لم يبق استحقاق لاغنيائهم وفقرائهم ومنع الشافعي رضي الله عنه الاجماع

وسنده ما روي عن أبي جعفر محمد بن علي رضي الله عنهم قال كان رأي علي في الخمس رأي أهل بيته ولكن كره أن يخالف أبا بكر وعمر رضي الله عنهما والاجماع بدون أهل البيت لا ينعقد وقلنا لا يحل للمجتهد أن يترك رأي نفسه برأي مجتهد آخر احتشاما له فان ثبت ما روي دل انه كره المخالفة لانه رأى الحجة معهما فقد خالفهما في كثير من المسائل حين ظهر الدليل عنده (قوله ولان فيه) أي في سهم ذوي القربى (معنى الصدقة) لان الهاشمي الذي يصرف اليه فقيرا اذ لو لم يكن فقيرا لا يجوز صرفه اليه بعد النبي صلى الله عليه وسلم باتفاق الروايات عن أصحابنا فلما كان

فيه معنى الصدقة حرم ذوو القربى اياه كما حرم الهاشمى العامل على الصدقة العمالة وهو ما يعطى على عمله وقدم فى باب الزكاة وهذا الدليل ان كان بالنسبة الى أصحابنا فهو تام وان كان بالنسبة الى الشافعى رضى الله عنه فليس بذلك لان كون المصرف فقيرا ليس الا فى حيز النزاع عنده فانه يسوى بين الغنى والفقير (وجه الاول) يعنى قول الكرخى (وقيل هو الاصح مارو ى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يعنى اجماع الخلفاء الاربعة الراشدين كما مر (اما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة) كما تقدم فى اول البحث وكرر هذه الزيادة للايضاح وانما قال وقيل هو الاصح لان صاحب المبسوط اختار قول ابى بكر الرازى ان الفقراء لم يكونوا مستحقين وانما كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصرف اليهم مجازاة على النصرة التى كانت منهم ولم يبق ذلك بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مختار القدورى كما اشار اليه قوله وسهم ذوى القربى كانوا يستحقونه فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم بالنصرة وقوله (واذا دخل الواحد أو الاثنان) ظاهر وقوله (والمشهور أنه يخمس) ظاهر ووجه الرواية الاخرى ان العدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لاعزاز الدين فصار كتاجر لا يعد على القهر والغلبة فان قلت قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ مطلق فيجب الخمس وجد الاذن أو لم يوجد أجيب بان الغنيمة اسم لما هو المأخوذ اذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة وقوله (وان دخل جماعة لها منعة) المنعة السرية نقل الناطفى عن كتاب الخراج لابن شجاع كان أبو حنيفة رضى الله عنه يقول اذا دخل الرجل وحده فغنم ولا عسكر فى أرض الحرب للمسلمين لا يخمس

عصمه الله هذا الذى ذكره قول الكرخى وقال الطحاوى سهم الفقير منهم ساقط أيضا لما روينا من الاجماع ولان فيه معنى الصدقة نظرا الى المصرف فيحرمه كما حرم العمالة وجه الاول وقيل هو الاصح مارو ى ان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة (واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ لم يخمس) لان الغنيمة هو المأخوذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة والخمس وظيفتها ولو دخل الواحد أو الاثنان باذن الامام ففيه روايتان والمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم الامام فقد التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة (فان دخلت جماعة لها منعة فاخذوا شيأ خمس وان لم يأذن لهم الامام) لانه ماخوذ قهرا وغلبة فكان غنيمة ولانه يجب على الامام أن ينصرهم

فى الضيق والمؤانسة فيه فتكون المصارف مطلقا فى الحياة وبعد الممات واما الفقراء منهم فهم المصارف كذلك أى فى حياته وبعد مماته فليس الوجه فيه الا ما قدمناه من أنه أريد أن القرابة الناصرة مصارف كغيرهم غير انه عليه الصلاة والسلام أعطاهم اختيار الاحد الجائزين له لا أن الصرف اليهم كان واجبا عليه كما أنه يجوز أن يقتصر على مصرف دون مصرف ثم رأى الخلفاء الراشدون الصرف الى غيرهم وأما فقراؤهم فالاولى أن يعطوا لما قدمناه وما هو الحق فى التقرير وانما قال (وقيل هو الصحيح) أى قول الكرخى لان من المشايخ كشمس الائمة من يرجح قول الطحاوى عليه غير أن توجيهه بان عمر رضى الله عنه أعطى الفقراء منهم فيما تقدم وقوله (والاجماع انعقد على سقوط حق الاغنياء) يريد اجماع الخلفاء الراشدين والا فهو محل النزاع الى اليوم من العلماء (قوله واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين الخ) جعله نظرا الى قوله فاخذوا ولا يخفى أن الكلام أيضا فى قوله فاخذوا ويمكن كونه تنبيها على أن الثلاثة أيضا مراد أى اذا دخل واحد أو اثنان أو ثلاثة بغير اذن الامام (فاخذوا شيأ لم يخمس) وقد صرح بان الثلاثة كالواحد وأما الاربعة فيخمس وفى المحيط عن أبى يوسف انه قدر الجماعة التى لا منعة لها بسبعة والتى لها منعة بعشرة ومذهب الشافعى ومالك وأكثر أهل العلم انه يخمس ما أخذه الواحد تلصصا لانه مال حربى اخذ قهرا فكان غنيمة فيخمس بالنص ونحن وأحمد رحمه الله فى رواية عنه نمنع أنه يسمى غنيمة بل الغنيمة ما أخذ قهرا وغلبة لا اختلاسا وسرقة اذ المتلصص انما يأخذ بحيلة فكان هذا اكتسابا مباحا من المباحات كالاحتطاب والاصطياد ومحل الخمس ما هو الغنيمة بالنص بخلاف ما قاسوا عليه من الواحد والاثنين اذا دخلا باذن الامام لان على الامام ان ينصرهم حيث أذن لهم كما عليه ان ينصر الجماعة الذين لهم منعة كالاربعة أو العشرة اذا دخلوا بغير اذنه تحاميا عن توهين المسلمين والدين فلم يكونوا مع نصرة الامام متلصصين وكان المأخوذ قهرا غنيمة وخذله خذلانا اذا ترك نصره وأسلمه

حال هجرة الناس ومثل هذا يكون للنساء والولدان على أنهم تبع للرجال (قوله هذا الذى ذكره قول الكرخى رحمه الله) وهو أنهم كانوا يستحقونه فى زمن النبى عليه السلام بالنصرة وبعده بالفقر أى يسقط الاغنياء بعد موته ولا يسقط الفقراء وهو الاصح وقال الطحاوى رحمه الله سهم الفقير منهم ساقط أيضا (قوله كما حرم العمالة) أى اذا كان العامل هاشميا (قوله أما فقراؤهم فيدخلون فى الاصناف الثلاثة) أى أيتام ذوى القربى يدخلون فى سهم اليتامى ومساكين ذوى القربى يدخلون فى سهم المساكين وابن السبيل من ذوى القربى كذلك (قوله فيه روايتان) وجه الرواية الاخرى أن من لا منعة له لا يقدر على مغالبة الكفار وقهرهم فالماخوذ لا يكون غنيمة فلا يخمس ولان الغدد اليسير انما يدخلون لاكتساب المال لا لاعزاز الدين فصاروا كتجار العسكر والله تعالى أعلم بالصواب

اذ لو خذلهم كان فيه وهن المسلمين بخلاف الواحد والاثنين لانه لا يجب عليه نصرتهم

(فصل) فى التنفيل قال (ولا باس بان ينفل الامام فى حال القتال ويحرض به على القتال فيقول من قتل قتيلا فله سلبه ويقول للسرية قد جعلت لكم الربع بعد الخمس) معناه بعد ما رفع الخمس لان التحريض مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال وهذا نوع تحريض ثم قد يكون التنفيل بما ذكر وقد يكون بغيره الا انه لا ينبغى للامام أن ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

(فصل فى التنفيل) نوع من القسمة فالحقه بها وقدم تلك القسمة لانها بضابط وهذا بلا ضابط لانه الى رأى الامام بان ينفل قليلا وكثيرا ونحوهما والتنفيل اعطاء الامام الغازى فوق سهمه وهو من النفل وهو الزائد ومنه النافلة للزائد على الفرض ويقال لولد الولد كذلك أيضا ويقال نفله تنفيلا ونفله بالتخفيف نفلا لغتان فصيحتان (قوله ولا باس بان ينفل الامام) أى يستحب أن ينفل نص عليه فى المبسوط وسيذكر المصنف انه تحريض والتحريض مندوب اليه وبه يتاكد ما سلف بان قول من قال لفظ لا باس انما يقال لما تركه أولى ليس على عمومه واعلم أن التحريض واجب للنص المذكور لكنه لا يختص فى التنفيل ليكون التنفيل واجبا بل يكون بغيره أيضا من الموعظة الحسنة والترغيب فيما عند الله تعالى فاذا كان التنفيل أحد خصال التحريض كان التنفيل واجبا مخيرا ثم اذا كان هو أدعى الخصال الى المقصود يكون اسقاط الواجب به دون غيره مما يسقط به أولى وهو المندوب فصار المندوب اختيار الاسقاط به دون غيره لا هو فى نفسه بل هو واجب مخير وأما ما قيل فى التنفيل ترجيح البعض وتوهين الآخرين وتوهين المسلم حرام فليس بشئ والا حرم التنفيل لاستلزامه محرما وانما قيد بقوله حال القتال لان التنفيل انما يجوز عندنا قبل الاصابة سواء كان بسلب المقتول أو غيره ويشكل عليه قوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فانما كان بعد فراغ الحرب فى حنين (قوله فيقول من قتل قتيلا فله سلبه) أو من أصاب شيأ فهو له (أو يقول للسرية قد جعلت لكم) النصف أو (الربع بعد الخمس) أى بعد رفع الخمس أما لو قال للعسكر كل ما أخذتم فهو لكم بالسوية بعد الخمس أو للسرية لم يجز لان فيه ابطال السهمان التى أوجبها الشرع اذ فيه تسوية الفارس بالراجل وكذا لو قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الثابت بالنص ذكره فى السير الكبير وهذا بعينه يبطل ما ذكرناه من قوله من أصاب شيأ فهو له لاتحاد اللازم فيهما وهو بطلان السهمان المنصوصة بالسوية بل وزيادة حرمان من لم يصب شيأ أصلا بانتهائه فهو أولى بالبطلان والفرع المذكور من الحواشى وبه أيضا ينتفى ما ذكر من قوله انه لو نفل بجميع المأخوذ جاز اذا رأى المصلحة فيه وفيه زيادة ايحاش الباقين وزيادة الفتنة ولا ينفل بجميع المأخوذ لان فيه قطع حق الباقين ومع هذا لو فعل جاز اذا رأى المصلحة فيه ثم محل التنفيل الاربعة الاخماس قبل الاحراز بدار الاسلام وبعد الاحراز لا يصح الا من الخمس وبه قال أحمد وعند مالك والشافعى رحمهم الله لا يصح الا من الخمس لانه المفوض الى رأى الامام وما بقى للغانمين قلنا انما هى حقهم بعد الاصابة أما قبلها فهو مال الكفار وفيه نظر لان حقيقة التنفيل انما هو مما يصاب لا حال كونه مالهم فان حقيقته تعليق التمليك بالاصابة وعند الاصابة لم يبق مال الكفرة نعم حق الغانمين فيه ضعيف ما دام فى دار الحرب بخلافه بعده وعلى هذا لو كان القتال وقع فى دار الاسلام بان هجمها العدو ليس له أن ينفل الامن

(فصل) فى التنفيل (قوله ولا باس بان ينفل الامام) ذكر بلفظ لا باس وانه مستحب ذكر فى المبسوط ويستحب للامام أن ينفل قبل الاصابة بحسب ما يرى الصواب فيه للتحريض على القتال قال الله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال فان قيل مطلق الامر للوجوب ولم يجب التنفيل قلنا فى التنفيل تحريض بعض الغزاة مع توهين البعض وتوهين المسلم حرام خصوصا فى مثل هذا الوقت ولان التحريض بشئ منهم قد يكون ذلك بالتنفيل وقد يكون ذلك بذكر ثواب الآخرة فلو كان التحريض نفسه واجبا لا يلزم أن يكون التحريض بعين بالتنفيل واجبا وفى الايضاح ويجوز التنفيل فى سائر الاموال من الذهب والفضة وغير ذلك وكذلك

ما أخذه حتى يصيروا تسعة فاذا بلغوا ذلك فهم سرية (قوله اذ لو خذلهم) أى تركوا عونهم (كان فيه وهن المسلمين) اى ضعفهم

(فصل فى التنفيل) التنفيل نوع من التصرف فى الغنائم ففصل عما قبله بفصل يقال نفل الامام الغازى أى أعطاه زائدا على سهمه بقوله من قتل قتيلا فله سلبه (قوله لا باس بان ينفل الامام) يدل على أن قول من قال كلمة لا باس تستعمل فيما يكون تركه أولى ليس بمجرى على عمومه فان التنفيل قبل احراز الغنيمة مستحب لانه تحريض والتحريض مندوب اليه بقوله تعالى يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال فان قيل الامر المطلق للوجوب فما الصارف عنه الى الاستحباب فالجواب انه يعارضه دليل قسمة الغنائم فاصرف الى الاستحباب (قوله من قتل قتيلا) تسمية الشئ باسم ما يؤل اليه (قوله ثم قد يكون التنفيل بما ذكر) يعنى التنفيل بالسلب (وقد يكون بغيره) نحو الذهب والفضة لان النبى صلى الله عليه وسلم نفل ابن مسعود يوم بدر بسيف أبى جهل وكان عليه فضة (ولا ينبغى للامام ان ينفل بكل المأخوذ لان فيه ابطال حق الكل

فان فعله مع السرية جاز لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه (ولا ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام) لان حق الغير قد تأكد فيه بالاحراز قال (الا من الخمس) لانه لا حق للغانمين في الخمس (واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره في ذلك سواء) وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن

الخمس لانه بمجرد الاصابة صار محرزا بدار الاسلام (قوله لانه لا حق للغانمين في الخمس) أورد عليه أنه ان لم يكن حقا لهم فهو للاصناف الثلاثة فكما لا يجوز ابطال حق الغانمين كذا لا يجوز ابطال حق غيرهم أجيب انما يجوز باعتبار جعل المنفل له من أحد الاصناف الثلاثة وصرف الخمس الى واحد من الاصناف يكفي لما قدمنا أنهم مصارف ولهذا قال في الذخيرة لا ينبغي للامام أن يضعه في الغني ويجعل نفله له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا الاغنياء فجعله للاغنياء ابطال حقهم (قوله واذا لم يجعل السلب للقاتل فهو من جملة الغنيمة والقاتل وغيره سواء) وهو قول مالك (وقال الشافعي السلب للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له) وبه قال أحمد الا أنه قال اذا كان من أهل السهم أو الرضخ وشرط الشافعي الاول قولا واحدا وله فيمن يرضخ له قولان أحدهما كقول أحمد والثاني لا سلب له وشرطا أن يقتله مقبلا لا مدبرا وأن لا يرجع سهما الى صف المشركين فيصيب واحدا فيقتله لان ذلك ليس غناء كثيرا اذ كل أحد لا يعجز عنه واستدل عليه بما روى الجماعة الا النسائي من حديث أبي قتادة خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى حنين فساقه الى أن قال فقال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه قال فقمت فقلت من يشهد لي ثم جلست ثم قال مثل ذلك في الثانية فقمت فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مالك يا أبا قتادة فاقتصصت عليه القصة يعني قصة قتله للقتيل

يجوز في السلب ونحو ذلك نحو أن يقول الامام من قتل قتيلا فله سلبه ومن أصاب شيأ فهو له أو قال ما أصبتم فلكم منه الربع أو النصف الا أنه لا ينبغي للامام أن ينفل بكل المأخوذ وذكر في السير الكبير اذا قال الامام لاهل العسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بعد الخمس فهذا لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وأما اذا عمهم فلا يحصل به ما هو المقصود بالتنفيل وانما في هذا ابطال السهمان التي أوجبها رسول الله عليه السلام وابطال تفضيل الفارس على الراجل وذلك لا يجوز وكذا اذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس فهذا لا يجوز لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطالا لحق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز قال عليه السلام وهل تنصرون وترزقون الا بضعفائكم والنفل ما ينفله الامام الغازي أي يعطيه زائدا على سهمه وعن علي بن عيسى رحمهما الله أن الغنيمة أعم من النفل والفيء أعم من الغنيمة لانه اسم لكل ما صار للمسلمين من أموال أهل الشرك (قوله فان فعله مع السرية جاز) وفي المبسوط فالسرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار والجيش هو الجمع العظيم يجيش بعضهم في بعض قال عليه السلام خير الاصحاب أربعة وخير السرايا أربعمائة وخير الجيوش أربعة آلاف فكان التنفيل للسرية تنفيلا لبعض الجيش ولهذا اذا بعث سرية عن دار الاسلام لا ينبغي أن تنفل السرية ما أصابوا (قوله ولا ينفل بعد احراز الغنيمة الا من الخمس) لانه لا حق للغانمين في الخمس لا يقال فيه ابطال حق الاصناف الثلاثة لانه انما جاز هذا باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن فيه حينئذ ابطال حق الاصناف الثلاثة اذ يجوز صرف الخمس الى أحد الاصناف الثلاثة وذكر الامام شمس الائمة السرخسي رحمه الله في السير الكبير لا باس بان يعطي الامام الرجل المحتاج اذا أبلى من الخمس ما يغنيه ويجعله نفلا له بعد الغنيمة لانه مأمور بصرف الخمس الى المحتاجين وهذا محتاج واذا جاز صرفه الى محتاج لم يقاتل فلان يجوز صرفه الى محتاج قاتل وأبلى بلاء حسنا كان أولى وهذا نظير من وجد ركازا فرآه الامام محتاجا فصرف الخمس اليه جاز وفي الذخيرة ولا ينبغي للامام أن يضع ذلك في الغني ويجعله نفلا له بعد الاصابة لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين (قوله وقال الشافعي رحمه الله) آخر يعني أن القاتل اذا قتل مشركا على وجه المبارزة وهو مقبل استحق سلبه وان لم ينفله الامام وعندنا لا يستحق القاتل

وان فعله مع السرية جاز) لما ذكر في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر جميعا ما أصبتم فهو لكم نفلا بالسوية بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك اذا خص البعض بالتنفيل وكذلك اذا قال ما أصبتم فهو لكم ولم يقل بعد الخمس لان فيه ابطال الخمس الذي أوجبه الله تعالى في الغنيمة وابطال حق ضعفاء المسلمين وذلك لا يجوز وقوله (لانه لا حق للغانمين في الخمس) فيه نظر فانه ان لم يكن فيه ابطال حق الغانمين ففيه ابطال حق الاصناف الثلاثة وذلك لا يجوز وأجيب بان جوازه باعتبار أن المنفل له جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فلم يكن ثمة ابطال حقهم اذ يجوز صرف الخمس على أحد الاصناف لما تقدم أنهم مصارف لا مستحقون لكن ينبغي أن يكون المنفل له الذي جعل واحدا من الاصناف الثلاثة فقيرا لان الخمس حق المحتاجين لا حق الاغنياء فجعله للغني ابطال حق المحتاجين وقوله (وقال الشافعي رضي الله عنه) ظاهر

يسهم له وقد قتله مقبلا لقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه والظاهر أنه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا أكثر غناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا أنه مأخوذ بقوة الجيش فيكون غنيمة فيقسم قسمة الغنائم كما نطق به النص وقال عليه الصلاة والسلام لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك ومارواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل فنحمله على الثاني

فقال رجل من القوم صدق يا رسول الله وسلب ذلك القتيل عندي فارضه من حقه فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه لاها الله اذن لا يعمد الى أسد من أسد الله تعالى يقاتل عن الله وعن رسوله فيعطيك سلبه قال عليه الصلاة والسلام صدق فاعطه اياه قال فاعطانيه وأخرج أبو داود في سننه عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال يوم حنين من قتل كافرا فله سلبه فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا وأخذ أسلابهم ورواه ابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرط مسلم ولا خلاف في أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك وانما الكلام أن هذا منه نصب الشرع على العموم في الاوقات والاحوال أو كان تحريضا بالتنفيل قاله في تلك الوقعة وغيرها يخصهما فعنده (هو نصب الشرع) لانه هو الاصل في قوله (لانه انما بعث لذلك) وقلنا كونه تنفيلا هو أيضا من نصب الشرع والدلالة على أنه على الخصوص واستدل المصنف على ذلك (بانه عليه الصلاة والسلام قال لحبيب بن أبي سلمة ليس لك من سلب قتيلك الا ما طابت به نفس امامك) فكان دليلا على أحد محتملي قوله ومن قتل قتيلا فله سلبه وهو أنه تنفيل في تلك الغزاة لا نصب عام للشرع وهو حسن لو صح الحديث أو حسن لكنه انما رواه الطبراني في معجمه الكبير والوسط بلغ حبيب بن مسلمة أن صاحب قبرص خرج يريد طريق أذربيجان ومعه زمرذ وياقوت ولؤلؤ وغيرها فخرج اليه فقتله فجاء بما معه فأراد أبو عبيدة أن يخمسه فقال له حبيب بن مسلمة لا تحرمني رزقا رزقنيه الله فان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل السلب للقاتل فقال معاذ يا حبيب اني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما للمرء ما طابت به نفس امامه وهذا معلول بعمر وابن واقد ورواه اسحق بن راهويه حدثنا بقية بن الوليد حدثني رجل عن مكحول عن جنادة بن أمية قال كنا معسكرين بدابق فذكر لحبيب بن مسلمة الفهري الى أن قال فجاء بسلبه يحمله على خمسة أبغال من الديباج والياقوت والزبرجد فاراد حبيب أن يأخذه كله وأبو عبيدة يقول بعضه فقال حبيب لابي عبيدة قد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه قال أبو عبيدة انه لم يقل ذلك الا بدوسمع معاذ ذلك فأتى أبا عبيدة وحبيب يخاصمه فقال معاذ ألا تتقي الله وتأخذ ما طابت به نفس امامك فانما لك ما طابت به نفس امامك وحدثهم بذلك معاذ عن النبي صلى الله عليه وسلم فاجتمع رأيهم على ذلك فأعطوه بعد الخمس فباعه حبيب بالف دينار وفيه كما ترى مجهول ويخص المصنف أنه جعله خطاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لحبيب وليس كذلك وسماه حبيب بن أبي سلمة وصوابه حبيب بن مسلمة ولكن قد لا يضر ضعفه فانا انما نستأنس به لاحد محتملي لفظ روى عنه عليه الصلاة والسلام وقد يتأيد بما في البخاري ومسلم من حديث عبد الرحمن بن عوف في مقتل أبي جهل يوم بدر فان فيه أنه عليه الصلاة والسلام قال لمعاذ بن عمرو بن الجموح ومعاذ بن عفراء بعد مارأى سيفيهما كلاكما قتله ثم قضى بسلبه لمعاذ بن عمرو بن الجموح وحده ولو كان مستحقا للقاتل لقضى به لهما الا أن البيهقي دفعه بان غنيمة بدر كانت للنبي صلى الله عليه وسلم بنص الكتاب يعطي منها من شاء وقد قسم لجماعة لم يحضروا ثم نزلت آية الغنيمة بعد بدر فقضى عليه الصلاة والسلام بالسلب للقاتل واستقر الامر على ذلك انتهى يعني

السلب بدون التنفيل (قوله وقد قتله مقبلا) وهو حال من المفعول لان الشرط عنده كون القتيل مقبلا حتى لو قتل منهزما أو نائما أو مشغولا بشئ لم يستحق السلب (قوله ومارواه) وهو قوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه يحتمل التنفيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة في مسجده ولم ينقل أنه قال ذلك الا يوم بدر عند القتال للحاجة الى التحريض وقد كانوا أذلة يوم حنين حين ولوا منهزمين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر قال أيضا من أخذ أسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في

وقوله (ومارواه يحتمل نصب الشرع ويحتمل التنفيل) قيل وهو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون نصب الشرع اذا قال بالمدينة في مسجده ولم ينقل عنه ذلك الا يوم بدر وحنين للحاجة الى التحريض وكما قال ذلك يوم بدر فقد قال من أخذ أسيرا فهو له ثم كان ذلك منه على وجه التنفيل فكذلك في السلب (فيحمل على الثاني) يعني

قال المصنف (فنحمله على الثاني الخ) أقول فيه بحث

لما رويناه وزيادة الغناء لا تعتبر في جنس واحد

ما كان اذذاك قال السلب للقاتل حتى يصح الاستدلال وقد يدعى أنه قال في بدر أيضا على ما أخرجه ابن مردويه في تفسيره من طريق فيه الكلبي عن أبي صالح عن ابن عباس وعن عطاء بن عجلان عن عكرمة عن ابن عباس قال قال عليه الصلاة والسلام يوم بدر من قتل قتيلا فله سلبه فجاء أبو اليسر بأسيرين فقال سعد بن عبادة أي رسول الله أما والله ما كان بنا جبن عن العدو ولا ضن بالحياة أن نصنع ما صنع اخواننا ولكنا رأينا أنك قد أفردت فكرهنا أن ندعك بضيعة قال فأمرهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يوزعوا تلك الغنائم بينهم فظهر أنه حيث قاله ليس نصب الشرع للابد وهو وان ضعف سنده فقد ثبت أنه قال يوم بدر من قتل قتيلا فله كذا وكذا في أبي داود ولا شك أنه لم يقل بلفظ كذا وكذا وانما هو كناية من الراوي عن خصوص ما قاله وقد علمنا أنه لم يكن عنى دراهم أو دنانير فان الحال بذلك غير معتاد ولا الحال يقتضي ذلك لقلتها أو عدمها فيغلب على الظن أن ذلك المكنى عنه الراوي هو السلب وما أخذ لانه المعتاد أن يحصل في الحرب للقاتل وليس كل ما روي بطريق ضعيفة باطلا فيقع الظن بصحة جعله في بدر السلب للقاتل والمأخوذ للآخذ فيجب قبوله غاية الامر أنه تظافرت به أحاديث ضعيفة على ما يفيد أن المذكور من قوله من قتل قتيلا فله سلبه أنه ليس نصبا عاما مستمرا والضعيف اذا تعددت طرقه يرتقي الى الحسن فيغلب الظن أنه تنفيل في تلك الوقائع ومما يبين ذلك بقية حديث أبي داود فانه قال بعد قوله كذا وكذا فتقدم الفتيان ولزم المشيخة الرايات فلما فتح الله عليهم قال المشيخة كنا ردأ لكم لو انهزمتم فثبتم الينا فلا تذهبوا بالمغنم ونبقى فأبى الفتيان ذلك وقالوا جعله رسول الله صلى الله عليه وسلم لنا الحديث فقوله جعله يبين أن كذا وكذا هو جعله السلب للقاتلين والمأخوذ للآخذين وحديث مسلم وأبي داود عن عوف بن مالك الاشجعي دليل ظاهر أنه كما قلنا قال خرجت مع زيد بن حارثة في غزوة موتة ورافقني مددي من أهل اليمن فلقينا جموع الروم وفيهم رجل على فرس أشقر عليه سرج مذهب وسلاح مذهب فجعل يفري بالمسلمين وقعد له المددي خلف صخرة فمر به الرومي فعرقب فرسه فخر فعلاه وقتله وحاز فرسه وسلاحه فلما فتح الله على المسلمين بعث اليه خالد بن الوليد فأخذ منه سلب الرومي قال عوف فأتيت خالدا فقلت له يا خالد أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى ولكني استكثرته قلت لترديه أو لاعرفنكها عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فأبى أن يعطيه قال عوف فاجتمعنا عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقصصت عليه قصة المددي وما فعل خالد فقال عليه الصلاة والسلام يا خالد رد عليه ما أخذت منه قال عوف فقلت دونك يا خالد ألم أف لك فقال صلى الله عليه وسلم وما ذاك قال فأخبرته قال فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال يا خالد لا ترد عليه هل أنتم تاركو لي أمرائي لكم صفوة أمرهم وعليهم كدره ففيه أمران الاول رد قول من قال انه عليه الصلاة والسلام لم يقل من قتل قتيلا فله سلبه الا في حنين فان موتة كانت قبل حنين وقد اتفق عوف وخالد أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالسلب للقاتل قبل ذلك والآخر أنه منع خالدا من رده بعد ما أمره به فدل ان ذلك حيث قاله عليه الصلاة والسلام كان تنفيلا وأن أمره اياه بذلك كان تنفيلا طابت نفس الامام له به ولو كان شرعا لازما لم يمنعه من مستحقه وقول الخطابي انما منعه أن يرد على عوف سلبه زجر العوف لئلا يتجرأ الناس على الائمة وخالد كان مجتهدا فأمضاه عليه الصلاة والسلام واليسير من الضرر يتحمل للكثير من النفع غلط وذلك لان السلب لم يكن للذي تجرأ وهو عوف وانما كان للمددي ولا تزر وازرة وزر أخرى وغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم لذلك كان أشد على عوف من منع السلب وأزجر له منه فالوجه أنه عليه الصلاة والسلام أحب أولا أن يمضي شفاعته للمددي في التنفيل فلما غضب منه رد شفاعته وذلك بمنع السلب لانه اغضبه وساءته يزجره بمنع حق آخر لم يقع منه جناية فهذا أيضا دل على أنه ليس شرعا عاما لازما وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن تخصيصه بكونه يقتله مقبلا فقال زيادة الغناء (في الجنس الواحد لا تعتبر) موجبة

على التنفيل (لما رويناه) من حديث حبيب بن أبي حبيبة دفعا للتعارض وقوله (وزيادة الغناء) جواب عن قوله لان القاتل مقبلا أكثر غناء

السلب كذا في المبسوط

وما

كماذكرناه (والسلب ماعلى المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وكذا ما كان على مركبه من السرج والآلة وكذا مامعه على الدابة من ماله فى حقيبته أو على وسطه وماعدا ذلك فليس بسلب وما كان مع غلامه على دابة أخرى فليس بسلبه ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين فاما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له فاصابها مسلم واستبرأها لم يحل له وطؤها وكذا لا يبيعها وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد له أن يطأها ويبيعها لان التنفيل يثبت به الملك عنده كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب وبالشراء من الحربى ووجوب الضمان بالاتلاف قد قيل على هذا الاختلاف والله أعلم

زيادة من الغنم لمن قامت به وقوله (كماذكرناه) يعنى ماقدمه فى أول فصل كيفية القسمة من أنه تعذر اعتبار مقدار الزيادة بل نفس الزيادة لانه يحتاج الى شاهد بان اغناء هذا فى هذا الحرب أكثر من هذا ولا يكفى زيادة شهرة هذا دون ذلك اذ لا بد أن يتفق اغناء من غير المشهور فى وقت أكثر من المشهور أو يشير الى قوله لان الكر والفر من جنس واحد (قوله والسلب ماعلى المقتول من ثيابه وسلاحه ومركبه وماعلى مركبه من السرج والآلة ومامعه على الدابة من مال فى حقيبته وما على وسطه) من ذهب وفضة (وما) سوى ذلك مما (هو مع غلامه أو على دابة أخرى فليس منه) بل حق الكل والحقيبة الرفادة فى مؤخر القتب وكل شئ شددته فى مؤخرة رحلك أو قتبك فقد استحقبته وللشافعى فى المنطقة والطوق والسوار والخاتم وما فى وسطه من النفقة وحقيبته قولان أحدهما ليس من السلب وبه قال أحمد والآخر أنه من السلب وهو قولنا وعن أحمد فى برذعته روايتان (قوله ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين) فقط (وأما الملك فانما يثبت بعد الاحراز بدار الاسلام لما مر من قبل) أى فى باب الغنائم من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة الخ (حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له) ومن أصاب شيأ فهو له (فاصابها مسلم فاستبرأها لا يحل له وطؤها فى دار الحرب (وقال محمد له أن يطأها) وهو قول الائمة الثلاثة لانه اختص بملكها بتنفيل الامام فصار كالمختص بشرائها فى دار الحرب أو بعد قسم الامام الغنائم فى دار الحرب مجتهدا حيث يحل وطؤها بالاجماع بعد الاستبراء بخلاف المتلصص اذا أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها لا يحل له وطؤها بالاتفاق لانه ما اختص بملكها لانه لو لحقه جيش المسلمين شاركوه فيها ولهما أن سبب الملك فى النفل ليس الا القهر كما فى الغنيمة ولا يتم الا بعد الاحراز بدار الاسلام لانه مادام فى دار الحرب مقهورا دارا وقاهر يدا فيكون السبب ثابتا فى حقهم من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل فى اثبات القهر بل فى قطع حق غيره وأما الملك فانما سببه ماهو السبب فى كل الغنيمة وهو ماذكرنا بخلاف المشتراة لان سبب الملك العقد والقبض بالتراضى لا القهر وقد تم وعدم الحل للمتلصص لعدم تمام القهر أيضا قبل الاحراز لا لما ذكر لان لحوق الجيش موهوم فلا يعارض الحقيقة واعلم أن كون الملك يتم بالقسمة فى دار الحرب عند أبى حنيفة فيه خلاف قيل نعم لانه مجتهد فيه فيتم ملك من وقعت فى سهمه فيطؤها بعد الاستبراء بالاتفاق كالمشتراة وجعل الاظهر فى المبسوط عدم الحل فلا يتم القياس عليه لمحمد الا على أحد القولين وقوله (ووجوب الضمان بالاتلاف) ذكره لدفع شبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب نفله الامام رجلا يضمن ولم يذكر خلافا فورد عليهما أن الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء عندكما أيضا بعد الاستبراء فقال فى جوابه بل هو على الخلاف فانما يضمن عند محمد خلافا لهما وفى نسخة وقد قيل بالواو والله الموفق

(قوله لما مر من قبل) وهو ماذكر فى باب الغنائم وقسمتها من قوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة (قوله قد قيل على هذا الاختلاف) يعنى اذا أتلف النفل فى دار الحرب يجب الضمان على المتلف عند محمد رحمة الله تعالى عليه وعندهما لا يجب والله تعالى أعلم بالصواب

فى فصل كيفية القسمة (قوله لما مر من قبل) اشارة الى ماذكر فى باب الغنائم وقسمتها بقوله ولان الاستيلاء اثبات اليد الحافظة والناقلة فلما لم يثبت الاحراز بدار الاسلام لم تثبت الناقلة فلا يثبت الاستيلاء ولما لم يثبت الاستيلاء لم يثبت الملك وقوله (لان التنفيل يثبت به الملك عنده) دليله ان المدد لا يشاركونه فيها (كما يثبت بالقسمة فى دار الحرب) وهو ليس بمتفق عليه لان من أصحابنا من يقول قسمة الامام لا تعدم المانع من تمام القهر وهو كونهم مقهورين دارا وكأنه لم يعتبر ذلك الاختلاف لعدم شهرته وقوله (ووجوب الضمان) مرفوع على الابتداء وقوله (قد قيل على هذا الاختلاف) خبره وفى بعض النسخ وقد قيل بالواو فيكون معطوفا على قوله الملك أى يثبت الملك ووجوب الضمان للمنفل له على من أتلف من الغزاة سلبه الذى أصابه والاول أولى وانما ذكره دفعا لشبهة ترد على قول أبى حنيفة وأبى يوسف وبيان ذلك أن محمدا ذكر فى الزيادات أن المتلف لسلب من نفله الامام يضمن لان الحق متأكد ولم يذكر فيه الخلاف فورد الضمان شبهة عليهما لان الضمان دليل تمام الملك فينبغى أن يحل الوطء على مذهبهما أيضا بعد الاستبراء فقال فى دفع ذلك انه أيضا على الاختلاف عند محمد يضمن وعندهما لا يضمن والله أعلم

قال المصنف (ومركبه) أقول بالرفع

(باب استيلاء الكفار)

(واذا غلب الترك على الروم فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء قد تحقق فى مال مباح وهو السبب على ما نبينه ان شاء الله تعالى (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من ذلك) اعتبارا بسائر أملاكهم (واذا غلبوا على أموالنا والعياذ بالله وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعى لا يملكونها لان الاستيلاء محظور ابتداء وانتهاء والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الحصم

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان حكم استيلائنا عليهم شرع فى بيان حكم استيلاء بعضهم على بعض وحكم استيلائهم علينا وتقديمه الاول على الثانى ظاهر (قوله واذا غلب الترك على الروم) أى كفار الترك على كفار الروم (فسبوهم وأخذوا أموالهم ملكوها لان الاستيلاء قد تحقق على مال مباح على ما نبينه) عن قريب (فان غلبنا على الترك حل لنا ما نجده من مال) أى مما أخذوه منهم وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما كان لنا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا فى الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا فى دارنا لا نشترى من الغالبين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأموالهم اقتتلت طائفتان فى بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغالبين نفسا أو مالا ينبغى أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الآخذ قرابة محرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا بذلك عند الكرخى وان لم يكن فان دانوا بان من قهر آخر ملكه جاز الشراء والا لا (قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وهو قول مالك وأحد الا أن عند مالك بمجرد الاستيلاء يملكونها ولاحد فيه روايتان كقولنا وكقول مالك فيتفرع على ملكهم أموالنا بالاحراز أن لكل من دخل دار الحرب بامان من المسلمين ان يشترى ما أخذوه فيأكله ويطأ الجارية الملكهم كل ذلك (وقال الشافعى لا يملكونها لان الاستيلاء) أى استيلاءهم على أموالنا (محظور ابتداء) عند الاخذ (وانتهاء) عند صيرورتها فى دارهم لبقاء عصمة المال لبقاء سببها وهو عصمة المالك قال عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم والكفار مخاطبون بالحرمات اجماعا (والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدته) فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوى مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فاغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون ابلهم فى أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد ناموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى أتت على العضباء فاتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فاتوا بها الى النبى صلى الله عليه وسلم فاخبرته المرأة بنذرها فقال بئس ما جزيتيها أو وفيتيها لا وفاء لنذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك ابن آدم وفى لفظ فاخذنا قته ولو كان الكفار

(باب استيلاء الكفار)

(قوله واذا غلب الترك) أى كفار الترك على الروم أى نصارى الروم (قوله من ذلك) أى من مال أهل الروم الذى استولى عليه الترك (قوله بسائر أملاكهم) الضمير يرجع الى الترك لانهم لما ملكوه صار كاموالهم الاصلية (قوله لان الاستيلاء محظور ابتداء) أى حين أخذوا وانتهاء أى حين أحرز وا بدارهم والمحظور لا ينتهض سببا للملك على ما عرف من قاعدة الخصم ولا يقال الحظر غير ثابت فى حقهم لانهم لا يخاطبون بالشرائع لانهم لا يخاطبون بالحرمات كالربا والزنا فتثبت حرمة هذا الفعل فى حقهم والمراد بالمحظور هنا المحظور من وجه دون وجه أما اذا كان محظورا من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه بان

(باب استيلاء الكفار)

لما فرغ من بيان استيلائنا على الكفار أعقبه بذكر عكسه لاشتماله على أحكام مختلفة فكان خليقا بتبويب باب له وافتتح بذكر استيلاء الكفار بعضهم على بعض كراهة أن يفتتح بذكر غلبة الكفار على المسلمين والترك جمع التركى والروم جمع الرومى أى الرجال المنسوبون الى بلادهم والمراد به كفار الترك ونصارى الروم وكلامه واضح وقوله (حل لنا ما نجده من ذلك) أى مما أخذه الترك من أهل الروم لان المأخوذ صار ملكا للترك كسائر موالهم وقوله (لان الاستيلاء محظور ابتداء) أى فى دار الاسلام (وانتهاء) أى فى دار الحرب بعد الاحراز وقوله (على ما عرف من قاعدة الخصم) ان المحظور

ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل

يملكون بالاحراز لملكتها المرأة لاحرازها اياها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى فالاول قوله تعالى للفقراء المهاجرين سماهم فقراء والفقير من لا يملك شيأ فدل على أن الكفار ملكوا أموالهم التي خلفوها وهاجروا عنها وليس من يملك مالا وهو في مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل واذا عطفوا عليهم في نص الصدقة وأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أين تنزل غدا بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروي أتنزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من أبي طالب فانه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه لا أن الديار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما أحرزها حراستولوا عليها لملكوها بالاستيلاء وروى أبو داود في مراسيله عن تميم بن طرفة قال وجد رجل مع رجل ناقته فأراد أن يأخذها فارتفعا الى النبي صلى الله عليه وسلم فاقام البينة أنه ماله وأقام الآخر البينة أنه اشتراها من العدو فقال النبي صلى الله عليه وسلم ان شئت أن تأخذ بالثمن الذي اشتراها به فانت أحق والا فخل عن ناقته والمرسل حجة عندنا وعند أكثر أهل العلم وأخرج الطبراني مسندا عن تميم بن طرفة عن جابر بن سمرة وفي سنده ياسين الزيات مضعف وأخرج الدارقطني ثم البيهقي في سننهما عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال فيما أحرزه العدو فاستنقذه المسلمون منهم ان وجده صاحبه قبل أن يقسم فهو أحق به وان وجده قد قسم فان شاء أخذه بالثمن وضعف بالحسن بن عمارة وأخرج الدارقطني عن ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من وجد ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له ومن وجده بعد ما قسم فليس له شئ وضعف بإسحق بن عبد الله بن أبي فروة ثم أخرجه بطريق آخر فيه رشدين وضعفه به وأخرجه الطبراني عن ابن عمر مرفوعا من أدرك ماله في الفيء قبل أن يقسم فهو له وان أدركه بعد أن يقسم فهو أحق به بالثمن وفيه ياسين ضعف به قال الشافعي واحتجوا أيضا بان عمر بن الخطاب قال من أدرك ما أخذ العدو قبل أن يقسم فهو له وما قسم فلا حق له فيه الا بالقيمة قال وهذا انما روي عن الشعبي عن عمر وعن رجاء بن حيوة عن عمر مرسلا وكلاهما لم يدرك عمر وروى الطحاوي بسنده الى قبيصة بن ذؤيب أن عمر ابن الخطاب قال فيما أخذه المشركون فاصابه المسلمون فعرفه صاحبه أي أدركه قبل أن يقسم فهو له وان جرت فيه السهام فلا شئ له وروي فيه أيضا عن أبي عبيدة مثل ذلك وروى باسناده الى سليمان بن يسار عن زيد بن ثابت مثله وروى أيضا باسناده الى قتادة عن خلاس أن علي بن أبي طالب قال من اشترى ما أحرز العدو فهو جائز والعجب ممن يشك بعد هذه الكثرة في نفي أصل هذا الحكم ويدور في ذلك بين تضعيف بالارسال أو التكلم في بعض الطرق فان الظن بلا شك يقع في مثل ذلك ان هذا الحكم ثابت وأن هذا الجمع من علماء المسلمين لم يتعمدوا الكذب ويبعد أنه وقع غلط للكل في ذلك وتوافقوا في هذا الغلط بل لا شك أن الراوي الضعيف اذا كثر مجيء معنى ما رواه يكون مما أجاد فيه وليس يلزم الضعيف الغلط دائما ولا أن يكون أكثر حاله السهو والغلط هذا مع اعتضاده بما ذكرنا من الآية والحديث من الصحيح وحديث العضباء كان قبل احرازهم بدار الحرب ألا ترى الى قوله وكانوا اذا نزلوا منزلا الخ فانه يفهم أنها فعلت ذلك وهم في الطريق وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله (الاستيلاء ورد على مال مباح) يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حال البقاء ورد على مال مباح (فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم) فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى (وهذا) أي كونه مباحا اذ ذاك (لان العصمة تثبت على منافاة الدليل) وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في

ولو بوجه لا ينتهض سببا للملك كما في البيع الفاسد وأما المحظور من كل وجه بان يكون محظورا باصله ووصفه كما في البيع الباطل كالبيع بالميتة او الدم فانه لا يوجب الملك بالاتفاق (ولنا ان الاستيلاء ورد على مال مباح) وورود الاستيلاء على مال مباح (ينعقد سببا للملك دفعا لحاجة المكلف كاستيلائنا على أموالهم) وقوله (وهذا) اشارة الى ان الاستيلاء ورد على مال مباح وبيانه ان العصمة في المال لكل من تثبت له من المسلم والكافر انما تثبت على منافاة الدليل فان الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا يقتضي أن لا يكون مال ما معصوما لشخص ما وانما تثبت العصمة

استولى المسلم على مال المسلم فانه غير موجب للملك بالاتفاق ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح أي استيلاء الكفار ورد على مال مباح لان استيلاءهم على أموالنا انما يثبت الملك لهم اذا أحرزوها بدارهم والكلام فيه فبعد الاحراز بدارهم تزول عصمة صاحبها ويصير مباح التملك فلا يكون أخذهم ذلك المال غدرا نا كذا في الاسرار (قوله وهذا لان العصمة تثبت على منافاة الدليل) أي قولنا أن استيلاءهم ورد على مال مباح

ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان غير أن الاستيلاء لا يتحقق الا بالاحراز بالدار لانه عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل فما ظنك بالملك العاجل

الارض جميعا فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما تثبت (ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة) من الانتفاع (عاد مباحا) وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون تاما وهو (الاقتدار على المحل حالا وما لا) بالادخار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغي اذا أحرزنا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملة من وجه فلا تزول الملك بالشك ثم أجاب عن قوله المحظور لا يصلح سببا للملك فقال ذاك في المحظور لنفسه (أما المحظور لغيره فلافانا وجدناه صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب) كما في الصلاة في الارض المغصوبة (فما ظنك بالملك الدنيوي) والقياس على استيلائهم على رقابنا فاسد لانها ليست مالا وكذا على غصب المسلم مال المسلم وذلك لانه ليس فيه احراز بزيل الملك على ماذكرنا في الباغي وأورد عليه أن العصمة ان زالت بالاحراز بدارهم لا يكون الاستيلاء محظورا فيحتاج الى هذا الكلام وان لم تكن زالت لم تصر ملكا لهم وأجيب بان العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام والمقومة تزالت لانها بالدار وقد يقال ان كان الملك زال بتعاقب زوال القيمة صار مباحا وعاد الاول وان لم يسقط لزم الثاني فالدار الاباحة وعدمها ثم الوجه أن لا حاجة الى اثبات انه محظور لغيره وذلك لان الاستيلاء ان أريد به ابتداء الاخذ أو ادخاله في دار الحرب يجب كونه قبيحا لعينه لانه ظلم وهو قبيح لنفسه فهو محرم لنفسه وان كان تحريم الغصب لقيام ملك الغير فهو قبيح لنفسه على ما عرف كذا أورد في الاصول على كون الغصب يفيد الملك ذلك أجيب بان المفيد له هو الضمان على ما في توجيهه من الكلام بل نقول ليس الاستيلاء الاول سببا لملكه ولا الادخال الى

لان العصمة في المال لكل من يثبت من مسلم أو كافر انما يثبت على خلاف الدليل فان الدليل يقتضي أن لا يكون المال معصوما لاحد لقوله تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا الا أن العصمة انما تثبت لمن اختص هو به بسبب من الاسباب من شراء أو ارث أو غيرهما ليتمكن من الانتفاع به اذ لو لم يكن مخصوصا هو بالعصمة نازعه آخر في الانتفاع فلما زال تمكنه من الانتفاع بسبب احرازهم بدار الحرب ولم يبق ما يوجب عصمته وهو تمكين المالك من الانتفاع عاد المال مباحا كما يقتضيه الدليل فصار بمنزلة الصيد والحشيش ثم لما وقع استيلاؤهم عليه في هذه الحالة كان استيلاؤهم على مال مباح فاوجب الملك لهم وعن هذا وقع الفرق بين أموالنا ورقابنا فان الرقاب كانها لم تخلق محلا للتملك في الاصل وانما تثبت المحلية بعارض الكفر وليس في رقابنا ذلك فلذلك لا يملكون احرارنا وان احرزوا وهم بدارهم (قوله عبارة عن الاقتدار على المحل حالا وما لا) يعني أن الكفار اذا استولوا على أموال المسلمين فهم ما داموا في دار الاسلام ان اقتدروا عليها حالا لم يقتدروا عليها حالا وما لا لان الظاهر أن المسلمين يغلبون عليهم و يأخذون الاموال وأما اذا أحرزوها بدار الحرب فقد اقتدروا عليها حالا وما لا لانقطاع ولاية المسلمين فان قيل كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل قلنا النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فالواهب يرجع في هبته و يعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه وفي الكافي للعلامة النسفي رحمه الله وقوله في الهداية لان العصمة تثبت على منافاة الدليل ضرورة تمكن المالك من الانتفاع فاذا زالت المكنة عاد مباحا كما كان مشكل لانا اذا غلبنا على أموال أهل البغي وأحرزنا بدارنا لم نملكها مع زوال المكنة الا أن يقال أراد به زوال المكنة بالاحراز بدار الحرب ثم أصل الدار واحد وهي بحكم الديانة مختلفة فبقيت العصمة من وجه دون وجه فلم يثبت الملك بالشك بخلاف أهل الحرب لان الدار مختلفة تو المنعة متباينة من كل وجه فبطلت العصمة لتنافي حقهم ولهم في حقنا من كل وجه (قوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا الخ) جواب عن قول الخصم انه محظور قلنا نعم هو

قال المصنف (والمحظور لغيره اذا صلح الخ) أقول قال في الكافي هذا مشكل لان العصمة لا تخلو اما ان زالت بالاحراز بدارهم أو لم تزل فان زالت لم يكن الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تزل لا يصير ملكا كما في مسئلة البغاة الا أن يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار اه ولك أن تقول انه جواب على التنزل والتسليم

(قوله كالصلاة في الارض المغصوبة الخ) أقول مخالف لما في كتب الاصول

(فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا) لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته قبل القسمة فهو لك بغير شئ وان وجدته بعد القسمة فهو لك بالقيمة ولان المال القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاخذ نظرا له الا أن فى الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذه بالقيمة ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير قيمة (وان دخل دار الحرب تاجر فاشترى ذلك وأخرجه الى دار الاسلام فمالكه الاول بالخيار ان شاء أخذه بالثمن الذى اشتراه به وان شاء تركه) لانه يتضرر بالاخذ مجانا ألا ترى أنه قد دفع العوض بمقابلته فكان اعتدال النظر فيما قلناه ولو اشتراه بعرض يأخذه بقيمة العرض

دار الحرب بل الادخال سبب زوال مكنة الانتفاع وزوال مكنة الانتفاع سبب الاباحة وهو لا يتصف بحل ولا حرمة لانه ليس من الافعال ثم الاستيلاء الكائن فى البقاء على ذلك المال المباح سببه ملك الكافر وهذا الاستيلاء ليس بمحرم لانه على مال مباح واباحته مسببة عما ليس بمحرم وهو زوال المكنة فاما الاخذ وما يليه فاسباب لغير ذلك مما ذكرنا فكان الوجه منع أن سبب الملك هنا لحظ ولنفسه أو غيره بل هو أمر مباح والسبب البعيد لا يؤثر فى المسبب الاخير لانه مسبب عن غيره على ما عرف من أن العلة البعيدة لا أثر لها فى المعلول بخلاف الغصب فانه لا يستعقب اباحة أصلا وقول بعضهم فى التقرير لا نسلم أن الاستيلاء ورد على مال محظور معصوم لان استيلاءهم انما يتحقق بعد الاحراز وبعده ارتفعت العصمة فورد على مال مباح كمال المسلم ثم اذا لم يهاجر الينا يقتضى أن ماله مباح وليس كذلك بل ماله معصوم عليه غير العقار على الخلاف المتقدم وسببه أنه ليس فى يده بل يكفى المنع بان يقال لا نسلم أنه محظور لانه ورد على مال مباح الخ (قوله فان ظهر عليها المسلمون فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ وان وجدوها بعد القسمة أخذوها بالقيمة ان أحبوا لقوله عليه الصلاة والسلام فيه ان وجدته الخ) وتقدم الكلام فى الحديث ونظائره فان قيل أخذه قبل القسمة اذا كان حكما لازما يقتضى قيام ملكه أجيب بالمنع فان الواهب له أن يأخذ ما وهبه بعد زوال ملكه عنه شرعا وكذا الشفيع يقدم على المالك المشترى فى الاخذ ولا ملك له وحاصله أن فى الشرع صورا يقدم فيها غير المالك على المالك كما أرينا فلا نسلم يقدم غير المالك على غير المالك أولى وهو ما ذكرنا فانه لا ملك لاحد فى المغنوم قبل القسمة بغير ضرورة القوى يضر يسيرا فان الشركة أولا فى الحق دون الملك وثانيا هى شركة عامة فيخف ضرر كل واحد خفة كثيرة وصورة الشفيع شبيهة أخذه بالقيمة بعد القسمة لتقدمه فى اثبات ملك منتف بازالة ملك موجود بالثمن دفعا الضرر الجوار أو الخلطة مع دفع ضررا تلاف مال الآخر وأشبه بالتاجر اذا دخل دار الحرب فاشترى ما استولوا عليه من مال المسلم فانه ازالة ملك ثابت بعوض باحداث ملك زائل بعوض بقدره وهى المسئلة التى ذكرناها وهذا لان الشارع لما لم يزل الملك الخاص الحادث للغازى فى مقابلة غناء حصل له لا بمقابلة مال بذله الا بيدله ليعتدل النظر ويخف الضرر من الجانبين فلأن لا يزيله برفع ملك حصل بعوض باحداث ملك لا بعوض ليعتدل من الجانبين أولى (ولو) أن التاجر (اشترا بعرض يأخذه بقيمة العرض) هذا ولو ترك أخذه بعد العلم بشرائه واخراجه من دار الحرب زمانا

محظور الا أنه محظور لغيره ومباح فى نفسه لكونه سببا لاقامة المصالح والمحظور لغيره لا يمنع السبب عن كونه سببا للملك كالبيع وقت النداء ودل عليه أن المحظور لغيره وهو الصلاة فى الارض المغصوبة يصلح سببا لاستحقاق أعلى النعم وهو الثواب فى الآخرة فلان يصلح سببا للملك فى الدنيا أولى وفى الكافى وقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك وهو الثواب الآجل أى اذا صلى فى أرض مغصوبة فما ظنك بالعاجل مشكل أيضا لان العصمة لا تخلو اما أن زالت بالاحراز بدارهم أو لم تزل فان زالت لا يكون الاستيلاء محظورا لما مر وان لم تزل لا يصير ملكا كما فى مسئلة البغاة الا أن يقال العصمة المؤثمة باقية لانها بالاسلام وان زالت المقومة لانها بالدار (قوله فوجدها المالكون قبل القسمة فهى لهم بغير شئ) أى وان أحرزها الغانمون

وقع فى قسمته أو من الذى اشتراه من أهل الحرب بدون رضا الغازى أجيب بان بقاء حق الاسترداد لحق المالك القديم لا يدل على قيام الملك للمالك القديم ألا ترى ان للواهب الرجوع فى الهبة والاعادة الى قديم ملكه بدون رضا الموهوب له مع زوال ملك الواهب فى الحال وكذا الشفيع يأخذ الدار من المشترى بحق الشفعة بدون رضا المشترى مع ثبوت الملك له وقوله (فان ظهر عليها المسلمون) واضح

وقوله (لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة) قيل عليه بان الملك يثبت للموهوب له مجانا فلا يتضرر بالاخذ منه مجانا بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الباقين وأجيب بان الملك ههنا أيضا ثبت بالعوض معنى لما أن المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة (٢٥٨) فجعل ذلك معتبرا في اثبات حقه في القيمة وقوله (ولو كان مغنوما) يعني لو كان ما أخذ

ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص فلا يزال الا بالقيمة ولو كان مغنوما وهو مثلي يأخذه قبل القسمة ولا يأخذه بعدها لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بيناه وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا قال (فان أسر واعبدا فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه به من العدو) أما الاخذ بالثمن فلما قلنا (ولا يأخذ الارش) لان الملك فيه صحيح فلو أخذه

طويلا له ان يأخذه بعده في ظاهر الرواية وفي رواية ابن سماعة عن محمد ليس له كالشفيع اذا لم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع والظاهر هو الاول (ولو وهبوه لمسلم أخذه مالكه بقيمته لانه ثبت له ملك خاص) في مقابلة ما كالمال أو أثقل من المانة اذ المال ثابت معنى لان المكافاة مطلوبة والظاهر ايقاعها (فلا يزال الا بالقيمة) وقد يمنع هذا بالرجوع ولو كان ما أخذه الكفار من مال المسلم مثليا كالدراهم والدنانير والحنطة والعسل والزيت ثم غنمه المسلمون يأخذه المسلم قبل القسمة بغير شئ ولا يأخذه بعدها لانه لا فائدة فيه (لان أخذه بالمثل غير مفيد وكذا اذا كان) المثلي (موهوبا) من الكافر للمخرج له ليس فيه الا المثل وهو غير مفيد لما قلنا (وكذا اذا كان) الذي أخذه من الكفار (مشترى بمثله قدرا ووصفا) ليس لصاحبه القديم أن يأخذه لانه غير مفيد وقيد بقوله قدرا ووصفا لانه لو اشتراه المشتري باقل قدرا منه أو بجنسه لكن أدون منه أو أحسن قال له ان يأخذه بمثل ما أعطى المشتري منهم * (فرع) * اختلف المولى والمشتري منهم في قدر الثمن القول قول المشتري مع يمينه لانه انما يتملك عليه ماله بما يقر هو به كالمشتري مع الشفيع اذا اختلفا في الثمن الا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه باقل فيثبت ذلك (قوله فان أسر واعبدا فاشتراه رجل فاخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذه به من العدو ولا يأخذ الارش لان ملكه فيه صحيح) لانه آخذ بدل ملك صحيح كما لو قتل العبد بخلاف المشتري شراء فاسدا على ما سنذكر (فلو أخذه) أي الارش

الكفار من المسلمين مغنوما أي ماخوذا بالقهر والغلبة (وهو مثلي) كالذهب والفضة والحنطة والشعير (يأخذه قبل القسمة) ولا يأخذه بعدها (لان الاخذ بالمثل غير مفيد وكذلك اذا كان موهوبا لا يأخذه لما بيناه) أن الاخذ بالمثل غير مفيد (وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) يعني اذا كان ما أخذه الكفار من المسلمين مثليا فاشتراه من مسلم بمثله قدرا ووصفا ثم جاء صاحبه القديم ليس له أن يأخذه منه لانه غير مفيد وانما قيد بقوله قدرا ووصفا احترازا عما لو اشتراه المسلم باقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكنه أردأ منه وصفا فان له أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري ولا يكون ذلك ربا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه لانه يشتريه ابتداء قال (فان أسر واعبدا) اذا أخذ الكفار عبدا ودخلوا به دار الحرب (فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذي أخذ به من العدو أما الاخذ بالثمن فلما قلنا) ان المشتري يتضرر بالاخذ مجانا (ولا يأخذ الارش لان الملك فيه صحيح) فكان الارش حاصلا في أخذه ملكه وليس فيه الاعادة الى قديم الملك حتى يكون المولى أحق به كالرقبة ومع هذا لو أخذه فانما يأخذه بمثله لان الارش دراهم أو دنانير وهو لا يفيد وقوله (لان الملك فيه صحيح) احتراز عن المشتري شراء فاسدا فان الاوصاف هناك مضمونة

بدار الاسلام وذكر في الايضاح فاما اذا وجد قبل القسمة فكان ينبغي أن يأخذ بالقيمة أيضا لان حق الجماعة متعلق به وقد استحكم هذا بالاحراز بدار الاسلام ألا ترى أنه لو أتلف انسان شيأ من الغنيمة قبل القسمة يضمن الا أنا تركنا هذا الاصل لحديث عبد الله بن عباس رضي الله عنهما فانه روي عنه أن المشركين غلبوا على بعير لرجل ثم ظهر المسلمون عليه فسأل النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال ان وجدته قبل القسمة الحديث (قوله ولو وهبوه لمسلم يأخذه بقيمته) فان قيل هذا الملك يثبت للموهوب له بغير عوض بخلاف ما ثبت لاحد الغزاة بالقسمة لان هذا الحق انما تعين له بازاء ما انقطع من حقه عما في أيدي الغانمين قلنا ههنا أيضا يثبت له هذا الملك بعوض معنى لما أن المكافاة مقصودة في الهبة وان لم تكن مشروطة فجعل ذلك المعنى معتبرا في اثبات حقه في الغنيمة الى هذا أشار في المبسوط (قوله لما بينا) اشارة الى قوله لان الاخذ بالمثل غير مفيد (قوله وكذا اذا كان مشترى بمثله قدرا ووصفا) ولو اشتراه المسلم باقل قدرا منه أو بجنس آخر أو بجنسه ولكن أردأ منه وصفا فله أن يأخذه بمثل ما أعطاه المشتري وقال في الايضاح الا أن يكون اشتراه منهم بخلاف جنسه فيكون الاخذ مفيدا وكذلك لو اشتراه بجنسه باقل منه فله أن يأخذه بمثل ما اشترى ولا يكون هذا ربا لانه انما فدى ليستخلص ملكه ويعيده الى قديم ملكه (قوله أما الاخذ بالثمن فلما قلنا) وهو قوله لانه يتضرر بالاخذ مجانا (قوله لان الملك فيه صحيح) بدليل حل الوطء للمشتري من الكافر واحترز به عن

(قوله وليس فيه الاعادة الى قديم الملك) أقول اذ لا ملك فيه قديما

(ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) واستشكل هذا التعليل ههنا لان الاوصاف انما لا يقابلها شئ من الثمن اذا لم يصر بالتناول مقصودا ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فقئت عينه وأخذ الارش ثم قصد بيعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول بخلاف ما اذا اعورت وأجاب بعضهم بانه انما يحط فى المرابحة للشبهة لانه صار كأنه اشترى شيئين

أخذه بمثله وهو لا يفيد ولا يحط شئ من الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بخلاف الشفعة لان الصفقة لما تحولت الى الشفيع صار المشترى فى يد المشترى بمنزلة المشترى شراء فاسدا

(أخذه بمثله) دراهم أو دنانير وعلمت انه لا يفيد ولو أخذه بزيادة أو نقصان ولو كانت أمة فباعها الغانم بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبى يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته منها وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فأصاب كلا فهو حصته من الالف (ولا يحط شئ من الثمن) بما نقص من عينه (لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) بما نقص من عين العبد والعين كالوصف لانها يحصل بها وصف الابصار وقد فاتت فى ملك صحيح فلا يقابلها شئ من الثمن فلا يسقط بفواتها شئ منه وانما لم يقابل شئ من الثمن بالوصف لانه تابع وبفواته لا يسقط شئ من الثمن ولهذا لو ظهر فى المبيع وصف مرغوب فيه وقد نفياه عند العقد لم يكن للبائع ان يطالب شيأ بمقابلته ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن والعقر كالارش واستشكل بان الوصف انما يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول أما اذا صار فله حظ من الثمن كما لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين ولو اعورت فى يده بآفة سماوية لا يحط بل يرابح على كل الثمن وكذا فى الشفعة اذا كان فوات وصف المشفوع فيه بفعل قصدى قوبل ببعض الثمن كما لو استهلك شخص بعض بناء الدار المشفوعة فانه يسقط عن الشفيع حصته ولو فات بآفة سماوية كان جف شجر البستان ونحوه لا يقابله شئ من الثمن وبهذا أورد على اطلاق قوله بخلاف الشفعة لان ذلك فى القصدى أما فى غيره فالشفعة والمسئلة التى نحن فيها سواء وأجيب بان الوصف انما يقابله بعض الثمن عند صيرورته مقصودا بالتناول فى الملك الفاسد وموضع وجوب اجتناب الشبهة كما ذكرت من مسئلة المرابحة لانها مبنية على الامانة دون الخيانة وللشبهة حكم الحقيقة فيها والملك فى الشفعة للمشترى كالفاسد من حيث وجوب تحويله اليه أما فى الشراء الصحيح الذى لا يشبه الفاسد فالثمن يقابل العين لا غير وقوله لان الاوصاف تضمن فيه أى فى البيع الفاسد لانه كالغصب من حيث وجوب فسخ السبب فالاصل فى تقوم الصفات هو الغصب وانما لزمه ذلك مراعاة لحق المالك ومبالغة فى دفع الظلم والبيع الفاسد دونه فى ذلك لتحقق التراضى فيه من الجانبين غير أن الشرع أهدر تراضيهما فى حق الحل وطالب رد كل منهما بدله الى الآخر وفى الكافى ولان الاخذ للمالك القديم مع ثبوت الملك الصحيح للمشترى من العدو ثبت بخلاف القياس نصا وهو قوله ان شاء أخذه بالثمن وهو اسم للكل فلا يحط عنه هذا ولو انه فقئ عيناه عند الغازى المقسوم له فاخذ قيمته وسلمه للغانمين فللمالك الاول أخذه من الغانمين بقيمته أعمى عند أبى حنيفة وقالا بقيمته سليما وهى التى أعطاها

المشترى شراء فاسدا فان الاوصاف هنالك مضمونة (قوله لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن) قيل فيه نظر لان الوصف انما لا يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالتناول ألا ترى أنه لو اشترى عبدا ففقئت عينه ثم باعه مرابحة فانه يحط من الثمن ما يخص العين لانها صارت مقصودة بالتناول كذا فى الفوائد الظهيرية وذكر الخبازى رحمه الله تعالى فان قيل الوصف انما لا يقابله شئ من الثمن اذا لم يصر مقصودا بالاتلاف ألا ترى أن فى مسئلة المرابحة لو فقأ عينه انسان أو فقأها بنفسه ثم باعه مرابحة من غير بيان ثم علم المشترى بذلك يحط قسطها من الثمن فكذلك ينبغى أن يحط من ثمن العبد قدر الارش قلنا لما لم يكن للمالك القديم حق أخذ

بالف ثم باع أحدهما بذلك الثمن فانه لا يجوز بيع الآخر مرابحة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى باب المرابحة تحرزا عن شبهة الخيانة ولا كذلك ههنا لانه لا اعتبار للشبهة فيه بخلاف الشفعة فان الاوصاف يقابلها شئ من الثمن فيها حتى لو استهلك المشترى شيأ من الدار سقط حصته من الثمن لان المشترى فى الذى وجبت الشفعة فيه بمنزلة شراء المشترى شراء فاسدا من حيث ان كل واحد منهما واجب الرد ولا وصاف تضمن فى المشترى شراء فاسدا كما فى الغصب فان من غصب جارية فذهبت احدى عينيها ضمن نصف قيمتها فان قيل شراء التاجر هنا بمنزلة المشترى شراء فاسدا فى المعنى المذكور وهو وجوب الرد أجيب بان الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسد لمن حيث وجوب الرد الى الشفيع ومن حيث وجوب عرض البائع الدار على الجار أولا ثم البيع ان رغب عنه الجار فاذا لم يفعل ذلك صار ذلك مكروها فصار كتمكن الفساد فى العقد ولا كذلك بيع الكافر من

التاجر فانه لا يجب عليه العرض على المالك قيل فى مسئلة الشفعة أيضا اذا كان هلاك بعض المشترى بآفة سماوية لا يقابل الاوصاف شئ من الثمن فلم تكن مخالفة لمسئلة التاجر وأجيب بانها مخالفة فى صورة العمد فان التاجر اذا فقأ عين الجارية لا يلزمه حط شئ من الثمن بخلاف ما اذا

(قوله أجيب بان الحاق مسئلة الشفعة الخ) أقول وحقيقة الفرق أن وجوب الرد فى الشفعة يسرى الى أول البيع بخلاف شراء التاجر فان وجوب الرد يتقرر عند طلبه (قوله فلم تكن مخالفة الخ) أقول فلا يصح قوله بخلاف الشفعة

والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب أما هنا الملك صحيح فافترقا وان أسر واعبدا فاشتراه رجل بالف درهم فاسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشترا رجل آخر بالف درهم فليس للمولى الاول أن ياخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ماورد على ملكه (وللمشترى الاول أن ياخذه من الثانى بالثمن) لان الاسر ورد على ملكه (ثم ياخذه المالك القديم بالفين ان شاء) لانه قام عليه بالثمنين فياخذه بهما وكذا اذا كان الماسور

الفاقئ للمولى لهما انه فوت وصف فلا يسقط به شئ من ثمنه وله أنه طرف وهو مقصود فهو كفوات بعض الاصل فيسقط حصته من القيمة كالولد مع الام وهذا ينتقض بمسئلة الهداية بل الوجه وهو الفرق أن فوات الطرف هنا بفعل الذى ملكه باختياره فكان بمنزلة مالو اشتراه سليما ثم قطع طرفه باختياره فكان راضيا بتنقيصه بخلاف مسئلة الكتاب لان الفاقئ غيره بغير رضاه *(فرع)* أسر واجاريه وأحرزوها ثم ظهر المسلمون عليهم فوقعت فى سهم غانم فباعها بالف فولدت فى يد المشترى وماتت فاراد المالك القديم أخذ الولد فعند أبى يوسف له ذلك بالف وعند محمد بحصته من الالف وذلك بان يقسم الالف على قيمة الام يوم القبض وقيمة الولد يوم الاخذ فما أصاب كلا فهو حصته (قوله وان أسروا) أى الكفار (عبدا) لمسلم (فاشتراه رجل) منهم (بالف درهم فاسروه ثانيا وأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر بالف فليس للمولى الاول) وهو الماسور منه أولا (أن ياخذه من الثانى) وكذا لو كان الثانى غائبا كما سيذكر (لان الاسر ماورد على ملكه) بل على الثانى فانما يثبت حق أخذه للمشترى الاول حتى لو أبى ان ياخذ لم يلزم المشترى الثانى اعطاؤه للمولى الاول ولو كان المشترى الاول وهبه له أخذه مولاه من الموهوب له بقيمته كلو وهبه الكافر لمسلم ثم اذا أخذه المشترى الاول من المشترى الثانى بالف فاراد المولى ان ياخذه من المشترى الاول أخذه بالفين لانه قام عليه بذلك وهو وان تضرر بذلك ففى مقابلة العبد الذى غرضه فيه بخلاف مالو أخذه بالف فانه يفوت الالف الاخرى على المشترى الاول بلا عوض أصلا *(فرع)* لو باع المشترى من العدو العبد من غيره أخذه المالك القديم من الثانى بالثمن الذى

الارش لما بيناصار فى حقه بمنزلة الغائب لا بمنزلة المتلف بخلاف مسئلة المرابحة لانه متلف حقيقة ولو كان له قسط من الثمن حقيقة بان يكون شيئين حقيقة ليس له أن يرابح على غير العين الذى أخذ رشها لان الشبهة فى المرابحة ملحقة بالحقيقة فاما هنا حق الاخذ فى العين بالنص بخلاف القياس فكيف يلحق به البدل وعن محمد رحمه الله أن المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء كالشفيع فانه ياخذ بالحصة ان استهلك آخر شيأ من البناء والفرق على الظاهر أن الصفقة اذا تحولت الى الشفيع صار المشترى فى المشترى كالمشترى شراء فاسدا من حيث أن كل واحد من القبض واجب النقض كرها لحق الشرع (قوله والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب) اذ الواجب فيهما القيمة باعتبار القبض وهو يرد على المجموع وفى البيع الصحيح الواجب الثمن باعتبار العقد وهو يرد على الذات فان قيل شراء التاجر هنا أيضا بمنزلة شراء المشترى فاسدا من حيث وجوب الرد قلنا الحاق مسئلة الشفعة بالمشترى شراء فاسدا أولى من شراء التاجر من الكافر من حيث أن شراء المشترى بدون رضا الشفيع مكروه بخلاف شراء التاجر بدون رضا المالك وقوله والاوصاف تضمن فيه كما فى الغصب أى فى غير الربوى أما فى الربوى يجوز أن يغصبه حنطة فعفنت عنده أو اناء فضة فهشم فى يده فصاحبه بالخيار ان شاء أخذ ذلك بعينه وان شاء تركه وضمنه مثله تفاديا عن الربا (قوله وللمشترى الاول أن ياخذه من الثانى) ولا يكون ذلك للمالك القديم وانما رجحنا جانب المشترى الاول على المالك القديم فى ولاية الاخذ لانه على تقدير أخذ المشترى لا يبطل حق المالك القديم لولاية الاخذ له بعد أخذ المشترى الاول ولو أخذه المالك القديم يبطل حق المشترى الاول لانه لا ولاية له بعد أخذ المالك القديم فلهذا رجحنا جانب المشترى الاول (قوله لان الاسر ماورد على ملكه) كما اذا وهب رجل آخر شيأ فوهبه الموهوب له من آخر فليس للواهب الاول عليه سبيل مالم يرجع الثانى فى هبته (قوله فياخذه بهما) فان قيل يتضرر المالك بذلك

استهلك المشترى بعض الاشجار فى الشفعة فانه يحط حصته من الثمن وقوله (وان اسر واعبدا) صورته ظاهرة واعترض على قوله وللمشترى الاول أن ياخذه من الثانى بالثمن بانا لو أثبتنا حق الاخذ للذى اشترا من العدو أولا تضرر المالك لانه حينئذ ياخذه بالثمنين واجيب بان رعاية حق من اشترا من العدو أولا أولى لان حقه يعود فى الالف التى نقدها بلا عوض يقابلها والمالك القديم يلحقه الضرر ولكن بعوض يقابله وهو العبد فكان ماقلناه أولى

(قوله لان حقه يعود فى الالف الخ) أقول يعنى لو لم يثبت له حق الاخذ من المشترى الثانى

وقوله (وكذا من سواه) أي من سوى الحر وقوله (بخلاف رقابهم) أي رقاب أحرار الكفار ومدبريهم وأمهات أولادهم وقوله (ولا جناية من هؤلاء) أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا فلا يملكهم الكفار وان استولوا عليهم واذا لم يملكهم الكفار لم يملكهم الغزاة أيضا حتى لو كان أخذهم أهل دار الحرب من دار الاسلام ثم ظهر عليهم فهم لملاكهم قبل القسمة وبعدها بغير شئ قال (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم) اذا أبق عبد لمسلم قالوا قيد لمسلم اتفاقي لأن عبد الذمي كذلك (فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يملكونه لان العصمة لحق المالك) وهو ظاهر وقوله (لان سقوط اعتباره) أي اعتبار يد العبد لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى فظهرت يده على نفسه) لانه حين دخل دار الحرب فقد زالت يد المولى عنه لا الى من يخلفه لان يد المولى عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء ولم يبق ذلك لاستحالة فيصير في يد نفسه وهي يد محترمة تمنع الاحراز فتمنع الملك لانه لا ملك بدون الاحراز فان قيل لا نسلم أنها زالت لا الى من يخلفه فان يد الكفرة قد خلفت يد المولى لان دار الحرب في أيديهم أجيب بان بين الدارين حدا لا يكون في يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع يد الدار اليه أشار نخر الاسلام رفيه نظر لان حصول اليد الحقيقية للعبد في حيز النزاع والجواب أن اليد كما ذكرنا عبارة عن القدرة على التصرف في المحل كيف شاء وعند دخول العبد في دار الحرب يحصل له ذلك قبل استيلاء الكفرة عليه فان قيل لو حصل له يد حقيقية لعتق وليس

منه الثاني غائبا ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته (ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا ولا يملك عليهم جميع ذلك) لان السبب انما يفيد الملك في محله والمحل المال المباح والحر معصوم بنفسه وكذا من سواه لانه تثبت الحرية فيه من وجه بخلاف رقابهم لأن الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء (واذا أبق عبد لمسلم فدخل اليهم فاخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه) لأن العصمة لحق المالك لقيام يده وقد زالت ولهذا لو أخذوه من دار الاسلام ملكوه وله أنه ظهرت يده على نفسه بالخروج من دارنا لان سقوط اعتباره لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع وقد زالت يد المولى

اشتراه به ان مثليا فبمثله أو قيميا بان كان اشتراه مقايضة بقيمته لان المشتري الثاني قائم مقام المشتري الاول وليس للقديم أن ينقض العقد الثاني ليأخذه من المشتري الاول بالثمن الاول الا في رواية ابن سماعة عن محمد وظاهر الرواية الاول والوجه في المبسوط وفيه أن الكفار لو أسلموا قبل ان يبيعوه لم يكن للقديم ان يأخذه (قوله ولا يملك علينا أهل الحرب بالغلبة) الكائنة بالاحراز بدارهم (مدبرينا ولا أمهات أولادنا ولا مكاتبينا ولا أحرارنا ولا ذلك نحن عليهم جميع ذلك لان السبب) وهو الاستيلاء التام (انما يفيد الحكم) وهو الملك لما يرد عليه (في محله ومحله المال المباح والحر المسلم معصوم بنفسه وكذا من سواه) ممن ذكرنا من مدبرينا ومن بعدهم (لانه تثبت الحرية فيهم من وجه) مع الاسلام (بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم) بالكفر (ولا جناية من هؤلاء) ويتفرع على عدم ملكهم هؤلاء أنهم لو أسروا أم ولد لمسلم أو مكاتبا أو مدبرا ثم ظهر على دارهم أخذه مالكه بعد القسمة بغير شئ ويعوض الامام من وقع في قسمه من بيت المال قيمته ولو اشترى تاجر ذلك منهم أخذه منه بغير ثمن ولا عوض (قوله واذا أبق عبد لمسلم) أو ذمي وهو مسلم (ودخل اليهم) دار الحرب (فأخذوه لم يملكوه عند أبي حنيفة وقالا يملكونه) وبه قال مالك وأحمد لتحقق الاستيلاء على مال قابل للتملك محرز بدار الحرب وبه يتم الملك لهم وهذا (لسقوط عصمته لانهم الحق المالك وقد زالت) وصار كما لو ندت اليهم دابة أي شردت من باب ضرب الا أن مصدره جاء ندودا كما جاء على ندا القياسي وكما لو أخذوا العبد الآبق أو غير الآبق من دارنا اذا أحرزوه حيث يملكونه فكذا هذا (ولابي حنيفة رحمه الله أن العبد ظهرت يده على نفسه) وهذا لانه آدمي مكلف فله يد على نفسه ولهذا لو اشترى نفسه لغيره من مولاه لم يكن لمولاه حبسه بالثمن لانه صار مقبوضا بمجرد عقده وانما سقط اعتبار يده) لتحقق يد المولى عليه تمكينا للمولى من الانتفاع وقد زالت يد المولى) بمجرد

فوجب أن يكون له حق الاخذ من المشتري الثاني كي لا يتضرر قلنا لو أخذوه من المشتري الثاني يتضرر المشتري الاول ضررا لا عوض في مقابلته ولو أخذ المالك من المشتري الاول يتضرر لكن بعوض وهو العبد فكان أولى (قوله وكذا من سواه) أي من هؤلاء وهو المدبر والمكاتب وأم الولد (قوله بخلاف رقابهم) أي رقاب الكفار من أحرارهم ومدبريهم وأمهات أولادهم (قوله ولا جناية من هؤلاء) أي من مدبرينا وأمهات أولادنا ومكاتبينا وأحرارنا واذا أبق عبد لمسلم أو لذمي ذكر الامام أبو اليسر رحمه الله في عين الفقهاء العبد المسلم لمسلم أو لذمي اذا أبق الى دار الحرب فاخذه الكفار لا يملكونه عند أبي حنيفة رحمه الله والمرتد يملكه الكفار وأما العبد الكافر فهو ذمي تبعا لمولاه وما بطلت الذمة بالحوق بدار الحرب فلا يملك الكفار كذا في عين الفقهاء وذكر في طريقة محمد الائمة رحمه الله العبد اذا كان ذميا ففيه قولان وأما اذا كان مرتدا فابق ولحق بدار الحرب يملكه الكفار بالاجماع (قوله وله أنه ظهرت يده على نفسه) فان قيل كيف تظهر يد

(قوله فان قيل لا نسلم الى قوله وأجيب بان بين الدارين حدا الخ) أقول السؤال والجواب في شرح الاتقاني

كذلك أجيب بمنع الملازمة لأن ظهور يده على نفسه لا يستلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار

فظهرت يده على نفسه وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للملك بخلاف المتردد لان يد المولى باقية عليه لقيام يد أهل الدار فمنع ظهور يده واذا لم يثبت الملك لهم عند أبي حنيفة يأخذه المالك القديم بغير شئ موهوبا كان أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة وبعد القسمة يؤدى عوضه من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه اذ في زعمه انه ملكه (وان ند ببعير اليهم فاخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء اذ لا يد للمجماء لتظهر عند الخروج من دارنا بخلاف العبد على ما ذكرنا (وان اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فصاحبه يأخذه بالثمن ان شاء) لما بينا (فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك

دخوله دار الحرب (فظهرت يد العبد على نفسه) سابقة على يد أهل الحرب لان أخذهم اياه لا بد أن يتراخى لحظة عن دخوله واذا سبقت يده يدهم (صار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف الآبق المتردد) في دارنا اذا أخذوه (لان يد المولى قائمة عليه) مادام في دار الاسلام حكما (لقيام يد أهل الدار) فيمكنه الاستعانة على وجوده فالاقتدار باق (فمنع ظهور يده) على نفسه ولا كذلك المأذون في الدخول لان دخوله باذنه وهو على عزم العود اليه وبخلاف الدابة التي ندت فانه لا يد لها على نفسها والضمير في قول المصنف لان سقوط اعتباره لليد وكان الواجب أن يقول اعتبارها لان اليد مؤنثة وقد يعاد على الظهور أي سقوط اعتبار ظهوره (واذا لم يثبت لهم ملك فيه يأخذ المالك القديم بغير شئ سواء كان موهوبا) منهم للذي أخرجه الى دار الاسلام (أو مشترى) منهم (أو مغنوما قبل القسمة وبعدها) الا انه اذا أخذه بعد القسمة (يؤدى الامام (عوضه من بيت المال) لما أخوذ منه (لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم) وتفرق المال في أيديهم وأيدي غيرهم بتصرفهم وفيه ما لا يخفى من الحرج وبيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل من الغنيمة شئ يتعذر قسمته كلؤلؤة توضع في بيت المال فاذا لحق غرامة كان فيه ولا يعطى المشترى شيأ اذا كان اشتراه بغير اذن المولى فان اشتراه باذنه رجع عليه بما اشتراه به وعندهما يأخذه بالثمن في المشترى وبالقيمة في الموهوب كما في المأسور غير الآبق وانما قيدنا أول المسئلة بكون العبد مسلما لانه لو ارتد فابق اليهم فاخذوه ملكوه اتفاقا ولو كان كافرا من الاصل فهو ذمي تبعا لمولاه وفي العبد الذمي اذا أبق قولان ذكره في طريقة مجد الائمة (قوله وليس له) أي الغازي أو التاجر (جعل الآبق) لان استحقاقه اذا أخذه ليرده فيكون عاملا له وههنا انما هو عامل لنفسه (قوله وان ند ببعير اليهم فاخذوه ملكوه) وجهه ظاهر فيتفرع على ملكهم اياه انه (لو اشتراه رجل وأدخله دار الاسلام فانما يأخذه مالكه منه بالثمن ان شاء) (قوله فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع فاخذ المشركون ذلك

العبد على نفسه وقد خلف يد المولى يد الكفرة بدون واسطة فوروت يد المولى لان دار الحرب في أيديهم قلنا أن بين الدارين حدا لا يكون في يد أحد وعند ذلك تظهر يد العبد على نفسه ولان يد الدار يد حكمية ويد العبد يد حقيقية فلا تندفع بيد الدار الى هذا أشار فخر الاسلام رحمه الله (قوله بخلاف المتردد) أي الآبق الذي تردد في دار الاسلام لان يد المولى باقية في حقه حكما وهذا لو وهبه لابنه الصغير صار قابضا له فبقاء المانع حكما يمنع ثبوت اليد له في نفسه فيتم احراز المشركين اياه وأما الآبق الى دار الحرب فلا يكون في يد مولاه حكما حتى لو وهبه لابنه الصغير لا يجوز (قوله وبعدها) أي وبعد القسمة يؤدى عوضه عن بيت المال فيما اذا كان مغنوما وأما في الصور الثلاث وهي ما اذا كانت موهوبا أو مشترى أو مغنوما قبل القسمة فلا يؤدى عوضه وانما يؤدى عوضه من بيت المال ان وقع في سهمه لان نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على أحد لكان اجحافا ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان اضرارا به وبعد رجوعه على شركائه في الغنيمة واعادة القسمة لتفرقهم فيعوضه من بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك في بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم (قوله

كله

والجعل انما يجب اذا أخذه الا خذ على قصد الرد الى مالكه قوله (وان ند اليهم بعير) ظاهر وكذلك قوله (فان أبق عبد اليهم وذهب معه بفرس ومتاع) واعترض بان على قول أبي حنيفة ينبغي أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ لانه

لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه فى دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم وأجيب بان يد العبد ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال (قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان واشترى عبدا مسلما) أو ذميا أو أسلم أحد ممن كان معه من العبيد أجبر على بيعه من المسلمين كالذمى يسلم عبده فان قيل الذمى ملتزم أحكام الاسلام فجاز اجباره على بيع (٢٦٣) عبد الذى أسلم والحربى ليس كذلك أجيب بان الامان ينافى ابقاءهم فى ملكه لان فيه استذلالا للمسلم واعطاء الامان على ترك ذلك فكان الامان مستلزما ترك اذلال المسلمين فيلزمه ووجههما ظاهر ووجه أبى حنيفة (أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) على الامام فان كان فى دار الاسلام فبالجبر على البيع للمسلمين دون الاعتاق لان مال المستامن معصوم مادام فى دار الاسلام بمقتضى الامان فاذا أدخله فى دار الحرب زالت عصمة ماله فلو كان للامام ولاية عليه وجب عليه اجباره على العتق لازالة عصمة ماله فاذا لم يكن له ولاية يقسم شرط زوال عصمة المال وهو تباين الدارين مقام

كله واشترى رجل ذلك كله وأخرجه الى دار الاسلام فان المولى ياخذ العبد بغير شئ والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبى حنيفة وقالا ياخذ العبد ومامعه بالثمن ان شاء) اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الحكم فى كل فرد (واذا دخل الحربى دارنا بامان واشترى عبدا مسلما أو دخله دار الحرب عتق عند أبى حنيفة وقالا لا يعتق) لان الازالة كانت مستحقة بطريق معين وهو البيع وقد انقطعت ولاية الجبر عليه فبقى فى يده عبدا ولابى حنيفة أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب فيقام الشرط وهو تباين الدارين مقام

(قوله كالذمى يسلم عبده الخ) أقول فانه يجبر على بيعه (قوله وجب عليه اجباره على العتق) أقول تخليصا للمسلم (قوله لازالة عصمة ماله أقول الظاهر أن يقول لزوال (قوله مقام علة الازالة) أقول فى النهاية مقام علة الزوال (قوله وهى الاعتاق لان الشرط قد يقام الخ) أقول فيه بحث ثم أقول قال العلامة الكاكى وفى المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الخطر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيأ لا يزول أصل ملكه به فلكه المباح فى دار الحرب ابقاء ما كان من الملك له لا اثبات ملك له فيه ابتداء قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد فى دار الاسلام الا باعتبار الخطر فانه لو لم يكن مستأمنا لكان العبد المسلم قاهرا له وكان حرا فاذا زال الخطر بزوال الامان زال أصل الملك ألا ترى أنه فى دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما خرج به من المال له اه ففى كلام الكاكى بحث

كله فاشترى رجل منهم ذلك كله فان المولى ياخذ العبد بغير شئ والمتاع والفرس بالثمن عند أبى حنيفة وعندهما ياخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء) وهذه متفرعة على ملكهم العبد الآبق اليهم عندهما دونه وأورد عليه أنه ينبغى أن ياخذ الكل بلا شئ لان العبد لما ظهرت يده على نفسه ظهرت على مافى يده لانه مال مباح فتمنع ظهور يد الكفار عليه كما منعت ظهور يدهم عليه نفسه لسبقها أجيب بان غايته أنه صار له يد بلا ملك لان الرق ينافيه فيبقى فى يده كما لو كان عبدا للغائب فيملكه الكفار بالاستيلاء وفيه نظر لان الفرض ان سبق اليد يمنع استيلاءهم عند فانما يملكون المال باباحته وانما يصير مباحا اذا لم يكن عليه يد لاحد والا ملكوا العبد والفرض ان هذا المال عليه يد فتدفع الاستيلاء الموجب لاخراجه عن ملك من له فيه ملك قائم وأجيب أيضا بان يده ظهرت على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فاعتبرناها فى حق نفسه دون المال ودفع بان استيلاء العبد على المال حقيقة وهو مال مباح فينبغى أن يمنع استيلاء الكفار (قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما أو دخله دار الحرب عتق عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يعتق لان الازالة كانت متعينة) حال كونه فى دار الاسلام (بطريق معين وهو البيع) فانه اذا اشترى الكافر عبدا مسلما يجبر على اخراجه عن ملكه بالبيع فان فعل والا باعه القاضى عليه ودفع ثمنه اليه (وقد تعذر الجبر عليه فبقى عبدا فى يده) ولان الاحراز بدار الحرب سبب لثبوت ملكهم فيما لم يكن ملكا لهم فانهم اذا أخذوا عبدا مسلما من دار الاسلام ملكوه فاستحال أن يزول ملكه الثابت له قبل الاحراز حالة الاحراز (ولابى حنيفة ان الجبر على البيع فى دار الاسلام ما كان الا لوجوب تخليص المسلم عن اذلال الكافر) فهو الواجب بالذات اجماعا ووجوب الجبر على البيع ليتوصل اليه غير أنه تعين اخراجه

والفرس والمتاع بالثمن وهذا عند أبى حنيفة رحمة الله تعالى عليه فان قيل على قول أبى حنيفة رحمه الله ينبغى أن ياخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال أيضا لانقطاع يد المولى عن المال لانه فى دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار عليه فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال (قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان فاشترى عبدا مسلما) وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا يجبر على بيعه ولا يمكن من الذهاب به الى دار الحرب كذا فى الايضاح فان قيل الذمى ملتزم أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات والمستامن غير ملتزم قلنا المستامن ملتزم ترك الاستخفاف بالمسلمين فانا ما أعطينا الامان ليستذل المسلم اذ لا يجوز اعطاء الامان على هذا فلهذا يجبر على بيعه (قوله ولابى حنيفة رحمه الله أن تخليص المسلم عن ذل الكافر واجب) ولكن ذلك الكافر مادام مستامنا فى دار الاسلام يزال بالعوض وهو الازالة

علة الازالة وهي الاعتاق لان الشرط قد يقام مقام العلة اذا لم يمكن اضافة الحكم اليها كحفر البئر على قارعة الطريق فان قيل اقامة الشرط ههنا مقام العلة يستلزم جعل المثبت للشئ مزيلا له وهو باطل وذلك لانهم اذا استولوا على عبد مسلم بالاحراز بدارهم ملكوه

العلة وهو الاعتاق تخليصا له كما يقام مضي ثلاث حيض مقام التفريق فيما اذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب (واذا أسلم عبد حربي ثم خرج الينا أو ظهر على الدار فهو حر وكذلك اذا خرج عبيدهم الى عسكر المسلمين فهم أحرار) لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا وخرجوا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى بعتقهم وقال هم عتقاء الله

بعوض بيع طريقا لحال قيام أمانه تحرزا عن الغدر باخذ ماله ولولاه لاعتقناه عليه فاذا زال أمانه وسقطت عصمة ماله بوجوده في دار الحرب يجب التخليص بالاعتاق عليه غير ان اعتاق القاضي قد تعذر بحلوله في دار الحرب اذ لا ينفذ قضاؤه على من هناك فاقيم شرط زوال عصمة ماله وهو دخوله في دار الحرب مقام علة عتقه وهو اعتاق القاضي (كما أقيم مضي ثلاث حيض في دار الحرب مقام تفريق القاضي) بعد عرض الاسلام على الآخر وابائه فيما اذا أسلمت المرأة في دار الحرب بخلاف ما اذا لم يملكه في دار الاسلام لان للمولى حق استرداده فاذا أعتقناه على الحربي حين أحرزه أبطلنا حق استرداد المسلم اياه الى رقه جبرا فكان ذلك مانعا لا معتضى عن عمله وقول المصنف (فيما اذا أسلم أحد الزوجين في دار الحرب) ليس بجيد لانه لو أسلم الزوج لا يفرق وعلى هذا الخلاف اذا أسلم عبد الحربي ولم يهرب الى دار الاسلام حتى اشتراه مسلم أو ذمي أو حربي في دار الحرب يعتق عنده خلافا لهما لان العتق في دار الحرب يعتمد زوال القهر الخاص وقد عدم اذ زال قهره الى المشتري فصار كما لو كان في يده وله أن قهره زال حقيقة بالبيع وكان اسلامه يوجب ازالة قهره عنه الا أنه تعذر الخطاب بالازالة فاقيم ماله أثر في زوال الملك مقام الازالة وهو البيع (قوله واذا أسلم عبد حربي ثم خرج الينا أو) أسلم ولم يخرج حتى (ظهر على الدار فهو حر وكذا اذا خرج عبيدا الى عسكر المسلمين) مسلمين ولا يعلم فيه خلاف بين أهل العلم (لما روي) أبو داود مسندا الى علي قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم

بالبيع لان مال المستامن محترم ما دام في دار الاسلام فاذا أدخله دار الحرب انتهت الحرمة بانتهاء الامان فاستحق الازالة بالعتق لانه لما انتهى أمانه بالعود الى دار الحرب سقطت عصمة ماله فتعين العتق مخلصا للعبد ولو كان الامام قادرا على ازالة العبد هناك عن استيلائه كان الواجب على الامام أن يجبره على الاعتاق لا على البيع لانعدام عصمة ماله فلم يستحق الحربي العوض بمقابلة ازالة ملكه لسقوط حرمة ملكه ثم لما قصرت ولاية القاضي عن ازالة ملكه بالاعتاق وهي العلة في زوال ملكه فقام شرط زوال عصمة مال المستامن الذي هو دخول دار الحرب مقام علة الزوال وهي اعتاق الامام عنه لما أنه قد يقام الشرط مقام العلة عند امكان اضافة الحكم كما في حفر البئر على قارعة الطريق فان قيل الاحراز بدار الحرب سبب لاثبات الملك فيما لم يكن مالكا له ألا ترى أنهم اذا أسروا عبدا مسلما في دارنا ملكوه اذا أحرزوه بدارهم فيستحيل أن يزول ملكه بالاحراز لان الاحراز لما صار سببا لاثبات الملك ابتداء فاولى أن يبقى الملك الثابت كما كان والا يلزم أن يكون ما هو المثبت للملك مزيلا له وهو مدفوع بمرة قلنا ليس هذا كما أخذوا عبدا في دارنا لانهم لا يملكونه بالاخذ حتى يستحق عليهم الازالة بسبب الاستيلاء وانما يملكونه بالاحراز بخلاف ما نحن فيه فانهم ملكوه بالشراء فاستحق عليهم الازالة بالبيع ما داموا في دارنا ولما أدخلوه في دارهم استحق الازالة أيضا باقامة شرط الزوال مقام الازالة على ما ذكرنا من انتهاء عصمة ماله بالاحراز بدار الحرب وفي المبسوط فان قيل بارتفاع الامان زال صفة الحظر لا أصل الملك كمن أباح لغيره شيأ لا يزول به أصل ملكه قلنا ما كان ملكه بعد اسلام العبد في دار الاسلام الا باعتبار صفة الحظر فانه لو لم يكن مستامنا لكان العبد المسلم قاهرا له فكان حرا فاذا زال الحظر بزوال الامان زال أصل الملك ألا ترى أنه في دار الحرب لو قتل مولاه وأخذ ماله وخرج الينا كان حرا وكان ما

فكان تباين الدارين علة لثبوت الملك فيه وهو نفسه جعلتموه مزيلا له وفيه أيضا نقض لقاعدة مطردة وهي أن البقاء أسهل من الابتداء فان هذا يفيد ابتداء الملك دون بقائه فالجواب أن تباين الدارين مثبت للملك اذا لم يكن ثابتا والملك فيما نحن فيه ثابت بالشراء دون التباين فجعل مزيلا في محل خاص تخليصا للمسلم عن ذل الكافر على أنا ما جعلناه مزيلا وانما جعلناه قائما مقام المزيل لغرض صحيح فلم يكن الشئ الواحد مزيلا غير مزيل وهو الممتنع وبقاء الشئ أسهل من الابتداء اذا لم يعتر البقاء ما يزيل سهولته وههنا بقاء المسلم في يد الكافر صعب يزيل سهولته وقوله (كما يقام مضي ثلاث حيض) تمثيل للمسئلة في قيام الشرط مقام العلة فان انقضاء ثلاث حيض شرط البينونة في الطلاق الرجعي أقيم مقام علة البينونة وهي عرض القاضي الاسلام وتفريقه بعد الاباء لعجز القاضي عن حقيقة العلة فيما اذا أسلم أحد الزوجين بدار الحرب (قوله واذا أسلم عبد حربي) ظاهر وقوله (لما روي أن عبيدا من عبيد الطائف أسلموا) روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لما حاصر الطائف قال أيما عبد خرج الينا فهو حر فخرج ستة أعبد أو سبعة منها فلما فتحت جاءوا اليهم وتكلموا فيهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم هم ولانه

(قوله وانما جعلناه قائما مقام المزيل الخ) أقول فيه بحث فانه اذا أقيم مقام المزيل تكون الازالة مستندا اليه

ولانه أحرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه أو بالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهرنا على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لانها أسبق ثبوتا على نفسه فالحاجة في حقه الى زيادة توكيد وفي حقهم الى اثبات اليد ابتداء فلهذا كان أولى والله أعلم

الحديبية قبل الصلح فكتب موا اليهم الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قالوا يا محمد ما خرجوا رغبة في دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم عليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم وفيه فقال هم عتقاء الله وفيه أحاديث قدمناها ومنها اسلام عبيد الطائف ومنهم أبو بكرة والمنبعث تقدم في كتاب العتق فليرجع اليها فهذا دليل عتقهم اذا خرجوا مسلمين وأما عتقهم اذا ظهرنا على الدار بعد اسلامهم فلانه لما التحق بمنعة المسلمين صار كانه خرج اليهم في انه امتنع بهم وقوله (واعتبار يده الخ) جواب عن مقدر هو أنه لم يعتق بمجرد اسلامه في دار الحرب اتفاقا وانما الخلاف فيما اذا عرضه للبيع فباعه فقد وردت يد الغانمين على مال مباح لان الاسلام لا ينافي استرقاقهم أجاب بان للعبد يدا على نفسه على ما تقدم وانما لم تظهر لحق المولى ليتمكن من الانتفاع ثم هي أسبق من يد المسلمين أما في المولى الكافر فيستحق الحكم بعتقه تخليصا للمسلم من اذلال الكافر لان مجرد أصل اليد لا يكفي ما لم يتأكد اذ لا قدرة بدونه فكانت منعة الغانمين هي المؤكدة لها فيعتق هذا ولو أسلم العبد ولم يخرج الينا ولم يظهر على الدار فهو رقيق الى أن يشتريه مسلم أو ذمي فيعتق قال في شرح الطحاوي بعد قوله ولا يثبت ولاء أي لا يثبت ولاء العبد الخارج الينا مسلما لاحد لان هذا عتق حكمي وان لم يخرج الينا ولم يظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر فحينئذ يعتق العبد قبل المشتري البيع أولم يقبل لان العبد استحق حق الاعتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر ليزول به ملكه عنه ولما عرضه فقد رضي بزوال ملكه وقيد المراغمة يحترز به عما لو خرج باذن مولاه أو بامره لحاجته فانه اذا خرج كذلك فاسلم في دارنا حكمه أن يبيعه الامام ويحفظ ثمنه لمولاه الحربي لانه لما دخل بامان صارت رقبته داخلة فيه كما لو دخل سيده وبما معه من المال *(فروع)* ولو جنى عبد جناية خطأ أو أفسد متاعا فلزمه دينه ثم أسره العدو ثم أسلموا عليه فهو لهم لقوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له ثم تبطل الجناية دون الدين لان حق ولي الجناية في الرقبة ولا تبقى بعد زوال ملك المولى حتى لو زال ملكه بالبيع والهبة لا يبقى فيه حق ولي الجناية وأما الدين ففي ذمته فلا يبطل عنه بزوال ملك المولى كما لا يبطل ببيعه ولو اشتراه رجل أو أصابه المسلمون في الغنيمة فاخذه المولى فكل من الجناية والدين عليه لانه يعيده الى قديم ملكه وحق ولي الجناية كان ثابتا في قديم ملكه ولو كانت الجناية قتل عمد لم تبطل عنه بحال لان المستحق به نفسه فلا تبطل بزوال ملك المولى كما لو أعتقه أو باعه بعد لزوم القصاص ولو وقع العبد المأسور في سهم رجل أو اشتراه فاعتقه قبل أن يحضر المولى نفذ ولا سبيل عليه للمولى القديم لانه لم يبق قابلا للنقل من ملك الى ملك ولان ولاءه لزم للمعتق على وجه لا سبيل الى ابطاله ولو كانت أمة فتزوجها وولدت من الزوج بلا عتق للقديم أن يأخذها وولدها لانها بالولادة من الزوج لم تخرج عن كونها قابلة للنقل والولد جزء من عينها فيثبت له حق الاخذ بخلاف حق الواهب في الرجوع لا يثبت في الولد لانه حق ضعيف في العين ألا ترى أنه لا يبقى بعد تصرف الموهوب له والحق الضعيف لا يعدو محله والولد وان كان جزأ في الماآل هو محل آخر بخلاف حق المولى فانه قوي لا يبطل ببيعه أو هبته فيسري الى الولد وليس له فسخ النكاح لانه يتمكن من الاخذ بلا فسخ والنكاح ألزم من سائر التصرفات فلا يتمكن من نقضه ولا سبيل للمولى على ما أخذ من عقرها وأرش جناية عليها ولو لم يزوجها المشتري فله وطؤها قبل أن يأخذها المولى وثبوت حق أخذه لا يمنع وطء المالك ولو أسر وا جارية مرهونة بالف وهي قيمتها واشتراها رجل بالف أخذها ولاها الراهن بها

عتقاء الله وقوله (ولانه أحرز) متصل بقوله ثم خرج الينا وقوله (أو بالالتحاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيد بقوله مراغما أي مغاضبا ومنابذا لانه اذا خرج طائعا لمولاه يباع فيه وثمنه للحربي لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا والله أعلم بالصواب

خرج به من المال له (قوله ولانه أحرز نفسه بالخروج الينا) يتصل بقوله ثم خرج الينا (وقوله أو بالالتحاق) متصل بقوله أو ظهر على الدار وقيد بقوله بالخروج الينا مراغما لمولاه لانه اذا خرج الينا غير مراغم فهو

(باب المستأمن)

(واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له ان يتعرض لشيء من أموالهم ولا من دمائهم) لانه ضمن أن لا يتعرض لهم بالاستئمان فالتعرض بعد ذلك يكون غدرا والغدر حرام الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم أو حبسهم أو فعل غيره بعلم الملك ولم يمنعه لانهم هم الذين نقضوا العهد بخلاف الاسير لانه غير مستأمن فيباح له التعرض وان أطلقوه طوعا

ولم تبق رهنا لانها تاوية في حق المرتهن فهو كالمجدد لملكها فلا يأخذها المرتهن الا أن يرد على الراهن الالف وان كان الثمن أقل من الالف كان للمرتهن أن يؤدي ذلك الثمن فتكون رهنا عنده لانه مفيد ولو أسلم على ما أخذه من مال المسلمين لا سبيل عليه للمالك القديم وكذا اذا صار ذميا وكذا اذا باعه من حربي آخر ولو خرج الينا بأمان ومعه ذلك المال لا سبيل عليه الا أنه اذا كان عبدا يجبر على بيعه من المسلمين لانه عبد مسلم ولا يمكن الحربي من اعادته الى دار الحرب واذا لا له ولو أسر واجاريه وديعة عند رجل أو عاريه أو اجارة فله الاخذ اذا أخرجت بشراء أو غنيمة لملكها لان ثبوت حق الاسترداد للمالك لا لليد بخلاف الغاصب من المودع ومن ذكرنا لكل من هؤلاء الاسترداد منه لان كلا منهم قائم مقام المالك في حفظه ولم يزل ملك المالك بالغصب بخلاف الاحراز بدار الحرب ولو كانت متزوجة لا يبطل النكاح لان غاية احرازها توجب أن يملكوها ونقل الملك لا يبطل النكاح كالبيع والتباين القاطع له ما هو تباين حقيقة وحكما والمسلمة في دار الاسلام حكما وان كانت في دار الحرب حقيقة

(باب المستأمن)

أخره عن الاستيلاء لان الاستيلاء بالقهر يكون والاستئمان بعد القهر فاورده كذلك وتقديم استئمان المسلم على الكافر ظاهر (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب تاجرا فلا يحل له أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم لانه) بالاستئمان (ضمن) لهم (أن لا يتعرض لهم) فاخلافه غدر (والغدر حرام) بالاجماع وفي سنن أبي داود عنه عليه الصلاة والسلام ان الغادر ينصب له لواء يوم القيامة فيقال هذه غدرة فلان وتقدم قوله عليه الصلاة والسلام لامراء الجيوش والسرايا لا تغلوا ولا تغدروا في وصيته لهم ولهذا قلنا فيما لو افتتات طائفتان من أهل الحرب في دارنا وبيننا وبين كل منهم موادعة ليس لنا أن نشتري من الطائفة الغالبة شيأ من الاموال التي غنموها لانهم لم يملكوها لعدم الاحراز بدار الحرب فكان شراؤنا غدرا بخلاف ما لو اقتتلوا في دار الحرب فانه يحل لنا الشراء والشرط الاحراز بدار الحرب لابدارهم بخصوصها ولو كانوا اقتتلوا في دار الحرب فالقول بشرط أن يحرزها الغالبون بدارهم ان كانوا لا يدينون أن من قهر آخر في نفسه أو ماله ملكه وان كانوا يدينون فلا فانهم قالوا لو دخل مسلم دار الحرب بامان فجاء رجل بامه أو ابنه أو أم ولده ونحو ذلك ليبيعه منه فاكثر المشايخ على منعه وقال الكرخي ان كانوا يدينون ذلك جاز شراؤه منهم والعامة يقولون ان كانوا يدينون أن من قهر آخر ملكه فهو اذا ملك هؤلاء يعتقون عليه فيصيرون أحرارا فيمتنع بيعهم ولو جاء ببعض أحرارهم قالوا ان كانوا يدينون أن من قهر شخصا ملكه جاز شراؤه منه والا لا مع أن هذا ليس فيه احراز بدار أخرى غير دار المقهور وقوله (الا اذا غدر بهم ملكهم فاخذ أموالهم الخ) استثناء من قوله لا يحل أن يتعرض لشيء من أموالهم ودمائهم وكذا قوله بخلاف الاسير المسلم أيضا (لانه غير مستأمن) وقد صرح به حيث قال (فيباح له التعرض وان أطلقوه) وتركوه في دارهم (طوعا) أو أعتقوه لانه لم يستأمن وعتقهم لا عبرة به

عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه للمولى لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كمال الحربي الذي دخل به مستأمنا الى دارنا كذا في الايضاح والله تعالى أعلم بالصواب

(باب المستأمن)

(قوله والغدر حرام) قال عليه السلام لكل غادر لواء يركز عند باب استه يوم القيامة يعرف به غدرته (قوله بخلاف الاسير) لانه غير مستأمن لانه لم يوجد منه الالتزام بعده (قوله وان أطلقوه طوعا) كان فيه وهم أن يصير

(باب المستأمن)

لما فرغ من بيان الاستيلاء الذي هو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع في بيان الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وغلبة وقدم استئمان المسلم تعظيما له وكلامه واضح (قوله والغدر حرام) دليله قوله صلى الله عليه وسلم لاصحاب السرايا ولا تغدروا وقوله (بخلاف الاسير) يعني أن الغدر ليس بحرام عليه فان الاسراء اذا تمكنوا من قتل قوم من أهل الحرب غيلة وأخذ أموالهم وفعلوا ذلك وخرجوا الى دار الاسلام ولا منعة لهم فكل من أخذ شيأ فهو له خاصة (فيباح لهم التعرض وان أطلقوهم طوعا) لانه لم يستأمن صريحا حتى يكون غادرا باخذ أموالهم

(باب المستأمن)

(فان

(فان غدر بهم) أعنى التاجر (فاخذ شيأ وخرج به ملكه ملكا محظورا) لورود الاستيلاء على مال مباح الا أنه حصل بسبب الغدر فاوجب ذلك خبثا فيه (فيؤمر بالتصدق به) وهذا لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد السبب على ما بيناه (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه ثم خرج الينا واستأمن الحربى لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ) أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة أصلا ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم

لانهم لم يملكوه فله أن يقتل من قدر عليه سيده أو غيره و ياخذه له و يملكه ملكا لا خبث فيه (فان غدر بهم) التاجر (فاخذ شيأ وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لعدم ورود الاستيلاء على مال مباح) عند عدم الاحراز الا أنه بسبب محرم فاورث خبثا فيه فيجب التصدق به كملك المغصوب عند الضمان وانما ملكه مع حرمة مباشرته بسبب الملك (لان الحظر لغيره لا يمنع انعقاد سبب الملك) كما فى البيع الفاسد وقوله (على ما بيناه) يريد ما تقدم من قوله المحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ وسبيل ما يملك بطريق محرم التصدق به حتى لو كان المأخوذ غدرا جارية لا يحل له وطؤها ولا للمشترى منه بخلاف المشترى اذا شراه فاسدا فان حرمة وطئها على المشترى خاصة وتحل للمشترى منه لان المنع فيه لثبوت حق البائع فى الاسترداد وببيع المشترى انقطع حقه ذلك لانه باع بيعا صحيحا فلم يثبت له حق الاسترداد وهنا الكراهة للغدر والمشترى الثانى كالاول فيه أما لو سبى قوم أهل الدار التى هو فيها جاز له أن يشتريهم من السابى لانهم ملكوهم بالاحراز وهم كانوا على أصل الاباحة فى حقه وانما منعه الغدر وليس ذلك غدرا * (فرع نفيس من المبسوط) * لو أغار قوم من أهل الحرب على أهل الدار التى فيهم المسلم المستامن لا يحل له قتال هؤلاء الكفار الا ان خاف على نفسه لان القتال لما كان تعريضا لنفسه على الهلال لا يحل الا لذلك أو لاعلاء كلمة الله وهو اذا لم يخف على نفسه ليس قتاله لهؤلاء الا اعلاء للكفر ولو أغار أهل الحرب الذين فيهم مسلمون مستامنون على طائفة من المسلمين فاسروا ذراريهم فرواجهم على أولئك المستامنين وجب عليهم أن ينقضوا عهودهم و يقاتلوهم اذا كانوا يقدرون عليه لانهم لا يملكون رقابهم فتقريرهم فى أيديهم تقرير على الظلم ولم يضمنوا ذلك لهم بخلاف الاموال لانهم ملكوها بالاحراز وقد ضمنوا لهم أن لا يتعرضوا لاموالهم وكذا لو كان الماخوذون ذراري الخوارج لانهم مسلمون ومن فروعه لو تزوج فى دار الحرب منهم ثم أخرجها الى دار الاسلام قهرا ملكها فينفسخ النكاح و يصح بيعه فيها وان طاوعته فخرجت طوعا معه لا يصح بيعها لانه لم يملكها واعلم أنهم أخذوا فى تصويرها ما اذا أضمر فى نفسه أنه يخرجها ليبيعها ولا بد منه فانه لو أخرجها كرها لا لهذا الغرض بل لاعتقاده أن له أن يذهب بزوجته حيث شاء اذا أوفاها معجل مهرها ينبغى أن لا يملكها (قوله واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربى أو أدان هو حربيا أو غصب أحدهما صاحبه) مالا (ثم خرج المسلم (الينا واستأمن الحربى) فخرج أيضا مستأمنا (لم يقض لواحد منهما على صاحبه بشئ أما الادانة فلان القضاء يعتمد الولاية ولا ولاية وقت الادانة) على واحد منهما (ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم أحكام

مستامنا وليس كذلك لانه ليس باستئمان (قوله ملكه ملكا محظورا) حتى لو كانت جارية كره للمشترى وطئها لانه قام مقام البائع وكان يكره للبائع وطئها فكذلك للمشترى وهذا بخلاف المشترى شراء فاسدا اذا باعها حل للثانى وطئها بعد الاستبراء لان الكراهة فى حق الاول لبقاء حق البائع فى الاسترداد وقد زال ذلك بالبيع وههنا الكراهة لعنى الغدر (قوله على ما بيناه) اشارة الى قوله فى أوائل باب استيلاء الكفار والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم ادان بتشديد الدال من باب الافتعال أى قبل الدين والدين غير القرض اذ ذاك اسم لما يقرض فيقبض وهذا اسم لما يصير فى الذمة بالعقد كذا فى الطلبة وذكر فى كتاب الكفالة منها أن اسم الدين شامل لجميع ما يجب فى الذمة بالعقد و بالاستهلاك والاستقراض (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) اذ لا ولاية لنا على أهل الحرب

(قوله ملكه ملكا محظورا) أى خبيثا حتى لو كانت جارية كره للمشترى أن يطأها لانه قائم مقام البائع و وطؤها للبائع كان مكروها فكذا المشترى (قوله وهذا) اشارة الى قوله ملكه ملكا محظورا يعنى أن مال أهل الحرب مباح فى نفسه والحظر لمعنى فى غيره وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء (على ما بيناه) يعنى فى أوائل باب استيلاء الكفار بقوله والمحظور لغيره اذا صلح سببا لكرامة تفوق الملك الخ (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فادانه حربى) أى باع بالدين فان الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) أى لا على المسلم ولا على الحربى (ولا وقت القضاء على المستأمن) وهو ظاهر واذا لم يقض على الحربى لم يقض على المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما وقوله (وأما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه) أى سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا فيها لان مال

قال المصنف (فادانه حربى الخ) أقول وفى المصادر الادانة وأم دادن اه وفى النهاية الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين وقولهم

الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم ذلك فى المستقبل وأما الغصب فلانه صار ملكا للذى غصبه واستولى عليه لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه وكذلك لو كانا حربيين فعلا ذلك ثم خرجا مستأمنين لما قلنا (ولو خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما ولم يقض بالغصب) أما المداينة فلانها وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى والولاية ثابتة حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وأما الغصب فلما بينا أنه ملكه ولا خبث فى ملك الحربى حتى يؤمر بالرد (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) أما عدم القضاء فلما بينا أنه ملكه وأما الامر بالرد ومراده الفتوى به فلانه فساد الملك لما يقارنه من المحرم وهو نقض العهد (واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل الدية فى ماله وعليه الكفارة

الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزم فى المستقبل) ولكن يفتى بانه يجب عليه القضاء فيما بينه وبين الله تعالى وهذا قاصر كما ترى لا يشمل وجه عدم القضاء على المسلم ولذا قال أبو يوسف يقضى على المسلم وعموم عدم القضاء كما فى الهداية قول أبى حنيفة ومحمد واستشكل قولهما بان المسلم ملتزم أحكام الاسلام مطلقا وصار كما لو خرجا مسلمين وكون أبى حنيفة اعتبر ديانة كل منهما عند القضاء هو أيضا مما يحتاج الى موجب وأجاب فى الكافى بان ذلك للتسوية بين الخصمين ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك فى الاقبال والاقامة والاجلاس ونحو ذلك والادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين (وأما) أنه لا يقضى با (لغصب) لكل منهما (فلانه صار ملكا للذى غصبه) سواء كان الغاصب كافرا فى دار الحرب أو مسلما مستأمنا (على ما بينا) أى فى باب استيلاء الكفار من أن الاستيلاء ورد على مال مباح لان الفرض ان كلا منهما خرج الى دار الاسلام وفى غصب المسلم اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين دار الحرب الخ الا أن المسلم المستأمن من الغاصب لمال الحربى يؤمر بالرد افتاء لا قضاء لترتفع معصية الغدر وفى كلام المصنف اشارة اليه كما ترى (وكذا لو كانا حربيين فعلا ذلك) أى أدان أحدهما صاحبه أو غصبه (ثم خرجا) الينا (مستأمنين لما قلنا فان خرجا مسلمين) وقد أدان أحدهما الآخر أو غصبه (يقضى بالدين بينهما خاصة دون الغصب أما القضاء بالمداينة) أى بالدين (فلانها) حين وقعت (وقعت صحيحة لوقوعها بالتراضى) والولاية ثابتة حالة القضاء لاعترافهما باحكام الاسلام) ولا ترجيح لاحدهما على الآخر اذ لم يقض لاحدهما دون الآخر بل سوينا بينهما وعلى قول أبى يوسف لا يحتاج الى هذه العلاوة اذ يقضى للحربى على المسلم على قوله كما ذكرنا آنفا (وأما الغصب) فانما لا يقضى به لانا لو قضينا فيما ملكه (ولا خبث فى ملك الحربى ليؤمر بالرد) وفيه اشارة الى ما قدمناه ذكرها (قوله واذا دخل المسلم فغصب حربيا ثم خرجا مسلمين الخ) عرف أحكامها مما تقدم (قوله واذا دخل مسلمان دار الحرب بامان فقتل أحدهما صاحبه عمدا أو خطأ فعلى القاتل عمدا الدية فى ماله) ولا كفارة عليه (وعلى القاتل خطأ الدية فى ماله) أيضا (وعليه الكفارة) هكذا فى عامة النسخ من شروح الجامع الصغير بلا ذكر خلاف وذكر

والجواب فى مسئلة الادانة قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وأما على قول أبى يوسف رحمة الله تعالى عليه فالقاضى يقضى على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم أحكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين الينا وأجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشئ لانه غير ملتزم لذلك فاذا كان مسلما وجب أن لا يقضى عليه بشئ أصلا لانعدام الالتزام ولكن تحقق المساواة بين الخصمين (قوله لمصادفته مالا غير معصوم على ما بيناه) أما غصب الكافر فقدذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله ولنا أن الاستيلاء ورد على مال مباح الخ وأما غصب المسلم ففيما اذا دخل الواحد أو الاثنان مغيرين بغير اذن الامام وأخذوا شيأ فملكونه (قوله ثم خرجا مسلمين أمر برد الغصب ولم يقض عليه) وهذا الجواب غير منحصر بخروجهما مسلمين فان الحربى اذا خرج مستأمنا مع المسلم الذى دخل دار الحرب مستأمنا وقد كان غصب المسلم فى دار الحرب فالحكم كذلك (قوله فعلى القاتل الدية من ماله) أى فى العمد والخطأ ذكر الامام الاجل شمس الائمة السرخسى

كل واحد منهما كان مباحا وقت الغصب فى حقه فملكه بالغصب الا ان الغاصب ان كان هو المسلم يفتى برد المغصوب على المالك ولا يقضى عليه لانه لما دخل دارهم بامان التزم أن لا يغدر بهم وفى أخذ أموالهم على هذا الوجه غدر وقوله (على ما بينا) يعنى فيما تقدم وأما غصب الكافر فقدذكر فى مسئلة الاستيلاء بقوله ان الاستيلاء ورد على مال مباح وأما غصب المسلم فقدذكره فيما اذا دخل واحد أو اثنان مغيرين بغير اذن الامام فاخذوا شيأ فانهم يملكونه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله من قبل ان القضاء يعتمد الولاية الخ وقوله (ولو خرجا مسلمين) ظاهر وقوله (فغصب حربيا) أى غصب شيأ من حربى وليس هذا منحصرا فى خروجهما مسلمين بل لو خرج المسلم الغاصب والحربى مستأمنا فالحكم كذلك وقوله (فعلى القاتل الدية فى ماله) يعنى

ادان بالتشديد من باب الافتعال أى قبل الدين اه (قوله وأما غصب الكافر الى قوله فانهم يملكونه) أقول وكذا فى النهاية وفيه بحث قال المصنف (واذا دخل المسلم دار الحرب بامان فغصب حربيا) أقول أى مال حربى على حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه

في الخطأ) أما الكفارة فلاطلاق الكتاب وأما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وانما لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ لانه لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها (وان كانا أسيرين فقتل أحدهما صاحبه) أو قتل مسلم تاجرا أسيرا (فلا شئ على القاتل الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة

قاضيخان في الجامع الصغير أن هذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد كقول الشافعي ومالك وأحمد لانه قتل شخصا معصوما بالاسلام عدوانا وظلما وذلك موجب للقصاص وكونه في دار الحرب لا أثر له في سقوط ذلك عند الله تعالى ولابي حنيفة أنه مكثر سوادهم من وجه تمكنت الشبهة في قيام العصمة فلا يجب القصاص وذكر شمس الائمة القصاص في العمد عن أبي يوسف من رواية الاملاء لان المسلم حيث كان هو من أهل دار الاسلام لا ينتقض احرازه نفسه بذلك والقصاص حق للولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة الى ولاية الامام ووجه الظاهر يندرج فيما سنذكر قال المصنف (أما الكفارة) يعني في الخطأ (فلاطلاق الكتاب) يعني قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة (و) جوب الدية (لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول) الى دار الحرب (بالامان وانما لا يجب القصاص) في العمد (لانه لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك في دار الحرب) فلا فائدة في الوجوب واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه بسقوطه يعارض مقارن للقتل ينقلب كقتل الرجل ابنه ولا يخفى أن المراد أنه ليس على الامام اقامته اذا طلب الولي تمكينه منه ولا يحل لولي المقتول قتل القاتل اذا قدر عليه لان القتل لم ينعقد سببا موجبا للقصاص وهو مشكل لان كون الولاية قاصرة وقت السبب لا تمنع من القضاء عند الطلب اذا كانت ثابتة عنده كما لو رفع الى قاض مطالبة بثمن مبيع صدر البيع فيه قبل ولاية القاضي فان ولايته منعدمة عند السبب وعليه أن يقضي بالثمن عند المرافعة لان العصمة المؤتمة بالاسلام قائمة والقتل العمد العدوان ثابت وهو السبب والمانع وهو استيفاء الامام منتف لما ذكر عن أبي يوسف أن الاقامة ينفرد بها الولي فمنعه منه خلاف الدليل فالاقرب ما تقدم من ثبوت الشبهة المسقطة للقصاص بتكثير سوادهم من وجه على ما فيه اذ تمنع كون ذلك شبهة توجب السقوط أو أن دار الحرب دار اباحة فالكون فيها شبهة دارئة وقد يقال ان قلتم انها دار اباحة للقتل مطلقا فممنوع أو قتل الكافر فيه فلا يفيد ويجاب بان كونها دار اباحته في الجملة كاف ألا ترى أن من قتل رجلا قال له اقتلني لا قصاص عليه مع أن اباحة الشرع قتله لم تحصل بقوله ذلك بل اباحته من جهته وقد جعل ذلك مانعا الا أن تمنع عدم القصاص في قوله اقتلني فان قيل ماذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب فيه قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا قال (وانما تجب الدية في ماله في العمد لان العواقل لا تعقل العمد وفي الخطأ) انما تجب أيضا في ماله لان وجوبها على العاقلة بتركهم وتقصيرهم في حفظ القاتل ومنعه من ذلك ولا تقصير منهم في ذلك اذا كان في دار الحرب (قوله وان كانا) أي المسلمان (أسيرين فقتل أحدهما صاحبه أو قتل مسلم تاجرا أسيرا فلا شئ على القاتل) من أحكام الدنيا (الا الكفارة في الخطأ عند أبي حنيفة) وانما

رحمة الله تعالى عليه هذه المسئلة في الجامع الصغير ثم قال وروى عن أصحاب الاملاء عن أبي يوسف رحمة الله تعالى عليه أنه قال عليه القصاص في العمد لان بدخول المسلم دار الحرب لا ينتقض احرازه نفسه بدار الاسلام فالمسلم من أهل دار الاسلام حيث ما يكون والقصاص محض حق الولي ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى ولاية الامام فلا فرق حينئذ بين الدارين ووجه ظاهر الرواية أن الاحراز باق ولكن دار الحرب دار اباحة الدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة تكفي لاسقاط العقوبة وان لم يثبت حقيقة كمن يقول لغيره اقتلني فقتله (قوله فلاطلاق الكتاب) وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أطلق ولم

في العمد والخطأ هكذا ذكره من غير خلاف في غاية النسخ وذكر الامام قاضيخان ان هذا الحكم قول أبي حنيفة رضي الله عنه ثم قال وقال أبو يوسف ومحمد عليه القصاص في العمد لانه قتل شخصا معصوما ليس من أهل دار الحرب فيجب بقتله ما يجب به في دار الاسلام ولابي حنيفة رضي الله عنه أن تكثير سوادهم من كل وجه بتوطنه فيهم كان يسقط العصمة فتكثيره من وجه يورث الشبهة فيسقط القصاص وقوله (أما الكفارة فلاطلاق الكتاب) يعني قوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة (وأما الدية فلان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان) لانه لما كان على قصد الرجوع كان كانه في دار الاسلام تقديرا حتى ان المستأمن منهم لما كان على قصد الرجوع كان في دار الحرب حتى لا يقتل الذمي به وكان القياس وجوب القصاص الا أنه لم يجب لما ذكر في الكتاب وهو واضح

وقوله (على مابينا) اشارة الى أن العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لان العوقل لا تعقل العمد وقوله (ولابي حنيفة رضي الله عنه أن بالاسر صار تبعا لهم) يعني وأهل الحرب أصول والاصول غير معصومين فكذلك الاتباع (قوله ولهذا) توضيح للتبعية وقوله (فيبطل به الاحراز أصلا) أي يبطل الاحراز بالعصمة المقومة بالكفارة (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا) يجامع تبعية أهل الدار بالتوطن فلم تجب الدية لانها مبنية على تلك العصمة بخلاف الكفارة فانها تجب بالعصمة المؤثمة وهي بالاسلام

(فصل) فصل هذه المسائل عما قبلها لاختلاف أحكامها وكلامه ظاهر والعين هو الجاسوس والعون الظهير على الامر والجمع الاعوان والميرة الطعام يمتاره الانسان من مار يمير والجلب والاجلاب الذين يجلبون الابل والغنم للبيع وقوله (بعد تقدم الامام) يقال تقدم اليه الامير بكذا أو في كذا اذا

(فصل واذا دخل الحربي الخ) قال المصنف (واذا دخل الحربي الينا مستأمنا ثم لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) أقول قال العلامة الكاكي في فتاوى العتابي لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله ان يرجع اه وفي النهاية لفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس بشرط لصيرورة الحربي المستأمن ذميا عند اقامته تمام السنة في دار الاسلام بل يصير ذميا اذا أقام سنة فيها وان لم يتقدم اليه الامام بقوله ان وللامام أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية اه وقول المصنف (لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام الخ) يشير الى اشتراط التقدم فلعل فيه روايتين فليتدبر (قوله والجلب والاجلاب الخ) أقول الجلب فعل بمعنى مفعول صرح به نقلة اللغة وماذكره الشارح مع انه خلاف المنقول لا يناسب للميرة

وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد) لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه وامتناع القصاص لعدم المنعة وتجب الدية في ماله لما قلنا ولابي حنيفة أن بالاسر صار تبعا لهم الصيرورته مقهورا في أيديهم ولهذا يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا وخص الخطأ بالكفارة لانه لا كفارة في العمد عندنا

(فصل) قال (واذا دخل الحربي الينا مستأمنا ثم لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة ويقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية) والاصل أن الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق أو الجزية لانه يصير عينا لهم وعونا علينا فتلحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب وسد باب التجارة فصلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فتكون الاقامة لمصلحة الجزية ثم ان رجع بعد مقالة الامام قبل تمام السنة الى وطنه فلا سبيل عليه واذا مكث سنة فهو ذمي لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام اليه صار ملتزما للجزية فيصير ذميا

عليه عقاب الآخرة في العمد (وقالا في الاسيرين الدية في الخطأ والعمد لان العصمة لا تبطل بعارض الاسر كما لا تبطل بالاستئمان على ما بيناه) يعني من قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان فكان الاسيران كالمستأمنين (و) أما (امتناع القصاص فلعدم المنعة) كما ذكرنا (وتجب الدية في ماله لما قلنا) أن العواقل لا تعقل العمد هذا وقياس ما نقل قاضيخان عنهما في المسلمين المستأمنين من وجوب القصاص في العمد أن يقولا به في الاسيرين لان الوجه يعمهما (ولابي حنيفة) وهو الفرق بين الاسيرين والمستأمنين (أن بالاسر صار تبعا لهم لصيرورته مقهورا في أيديهم حتى يصير مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم فيبطل به الاحراز أصلا) لان الاصل غير معصوم فكذا تبعه (وصار كالمسلم الذي لم يهاجر الينا في سقوط عصمته الدنيوية بجامع كون كل منهما مقهورا في أيديهم (و) انما (خص الكفارة بالخطأ لانه لا كفارة في العمد عندنا) كما يعرف في موضعه ان شاء الله تعالى هذا والاقرب أن يجري فيهما حديث الشبهة كما تقدم على ما فيه

(فصل) (قوله واذا دخل الحربي الينا مستأمنا ثم لم يمكن أن يقيم في دارنا سنة) ثم يرجع (بل يقول له الامام ان أقمت تمام السنة وضعت عليك الجزية وأصل هذا أن الحربي لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا بالاسترقاق أو بالجزية لانه يصير عينا لهم) أي جاسوسا (وعونا علينا فتلحق المضرة بالمسلمين ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعها قطع الميرة والجلب) وهو ما يجلب من حيوان وغيره (ففصلنا بين الدائمة واليسيرة بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية فان رجع قبلها فلا سبيل عليه وان أقامها بعد تقدم الامام اليه) أي قوله له ما يعتمد في ضرب

يقيد بدار الحرب وبدار الاسلام فان قيل ينبغي أن تجب الدية عند أبي حنيفة رحمه الله فيما اذا قتل الاسير المسلم أسيرا مسلما لاطلاق قوله تعالى ومن قتل مؤمنا الآية قلنا خص من هذا النص المسلم الذي لم يهاجر الينا فيخص المتنازع والجامع كون كل واحد منهما مقهورا في أيديهم (قوله كما لا تبطل بعارض الاستئمان على ما بيناه) اشارة الى قوله لان العصمة الثابتة بالاحراز بدار الاسلام لا تبطل بعارض الدخول بالامان وهذا أولى لان ذلك عن اختيار وهذا عن اضطرار (قوله كالمسلم الذي الخ) أي فليس في قتله الا الكفارة في الخطأ فكذلك هنا بجامع أن كل واحد منهما تبع لاهل الدار بالتوطن وبكونهما مقهورين لهم بخلاف المستأمن لانه متمكن من الخروج الى دار الاسلام فلا يكون تبعا لهم فلا تبطل العصمة والله تعالى أعلم

(فصل) (قوله العين) الديدبان والجاسوس والعون الظهير على الامر والميرة الطعام يمتاره الانسان

وللامام أن يؤقت فى ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين (واذا أقامها بعد مقالة الامام يصير ذميا) لما قلنا (ثم لا يترك أن يرجع الى دار الحرب) لان عقد الذمة لا ينقض كيف وان فيه قطع الجزية وجعل ولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين (فان دخل الحربى دارنا بامان واشترى أرض خراج فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى) لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس فاذا التزمه صار ملتزما المقام فى دارنا أما بمجرد الشراء لا يصير ذميا لانه قد يشتريها للتجارة واذا لزمه خراج الارض فبعد ذلك تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لانه يصير ذميا بلزوم الخراج فتعتبر المدة من وقت وجوبه وقوله فى الكتاب فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح بشرط الوضع

الجزية عليه (صار ذميا) فلا يمكن بعدها من العود الى داره (لان عقد الذمة لا ينقض اذ فيه قطع الجزية وتصييره وولده حربا علينا وفيه مضرة بالمسلمين) ولا يؤخذ منه جزية للسنة التى أقامها الا ان قال له ان أقمتها أخذت منك الجزية وقوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام اليه فى منعه من العود اذا أقام سنة وبه صرح العتابى فقال لو أقام سنين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قيل واغفل المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال ينبغى للامام أن يتقدم اليه فيأمره الى أن قال وان لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان أقمت طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفى هذا اشتراط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يوقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغى أن يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج فى اقتضائها الى مدة مديدة * (فروع) * لو مات المستأمن فى دار الاسلام عن مال وورثته فى دار الحرب وقف ماله لورثته فاذا قدموا فلا بد أن يقيموا البينة على ذلك فيأخذوا فان أقاموا بينة من أهل الذمة قبلت استحسانا لانهم لا يمكنهم اقامتها من المسلمين لان أنسابهم فى دار الحرب لا يعرفها المسلمون فصار كشهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال فاذا قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم دفع اليهم المال وأخذ منهم كفيلا لما يظهر فى المال من ذلك قيل هو قولهما لا قول أبى حنيفة كما فى المسلمين وقيل بل هو قولهم جميعا ولا يقبل كتاب ملكهم ولو ثبت انه كتابه واذا رجع الى دار الحرب لا يمكن ان يرجع معه بسلاح اشتراه من دار الاسلام بل بالذى دخل به فان باع سيفه واشترى به قوسا أو نشابا أو رمحا لا يمكن منه وكذا لو اشترى سيفا أحسن منه فان كان مثل الاول أو دونه مكن منه ومن يوجد فى دارنا بلا أمان فهو وما معه فىء فان قال دخلت بامان لم يصدق وأخذ ولو قال أنا رسول فان وجد معه كتاب يعرف انه كتاب ملكهم بعلامة تعرف بذلك كان آمنا فان الرسول لا يحتاج الى أمان خاص بل يكونه رسولا يأمن وان لم يعرف فهو زور فيكون هو وما معه فيأ واذا دخل دار الاسلام بلا أمان فاخذه واحد من المسلمين لا يختص به عند أبى حنيفة بل يكون فيأ لجماعة المسلمين وهو رواية بشر عن أبى يوسف وظاهر قول أبى يوسف وهو قول محمد يختص به ولو دخل الحرم قبل أن يؤخذ فعند أبى حنيفة يؤخذ ويكون فيأ للمسلمين وعلى قولهما الاول لكن لا يطعم ولا يسقى ولا يؤذى حتى يخرج (قوله وان دخل الحربى دارنا بامان واشترى أرض خراج فاذا وضع عليه الخراج صار ذميا) وكذا لو اشترى عشرية فانها تصير عشرية على قول محمد فانها وظيفة

من مار يمير والجلب المجلوب ومنه نهى رسول الله عليه السلام عن تلقى الجلب (قوله وللامام أن يوقت فى ذلك مادون السنة كالشهر والشهرين) وأدنى الاوقات غير مقدر بل هو موكول الى رأى الامام الا أنه لا ينبغى له أن يرهقه على وجه يتضرر به فاذا مكث ما سماه جعله ذميا واستانف عليه الجزية بحول بعده الا أن يكون شرط عليه ان مكث سنة أخذ منه الجزية فيأخذ منه حينئذ ثم لا يتركه بعده أن يرجع الى دار الحرب لان عقد الذمة تخلف عن الاسلام فلا يمكن له من نقضها (قوله فاذا وضع عليه الخراج) فى الفوائد الظهيرية المراد من وضع الخراج التزام خراج الارض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها من التمكن منها وهو الصحيح (قوله لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس) لان كلا منهما من أحكام دارنا فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى بان يكون من أهل دارنا وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قول محمد رحمه الله بان اشترى أرضا عشرية

ما يراه جاز لكن ان لم يقدر له مدة فالمعتبر هو الحول (فاذا أقام بعد ذلك فى دارنا يصير ذميا) قال الامام قاضيخان فاذا مضت سنة بعد مضى المدة المضروبة كان عليه الخراج لانه انما يصير ذميا بمجاوزة المدة المضروبة فيعتبر الحول بعد ما صار ذميا الا أن يكون شرط عليه أنه اذا جاوز السنة يأخذ الخراج فحينئذ يأخذ منه وقوله (لما قلنا) اشارة الى قوله لانه لما أقام سنة بعد تقدم الامام صار ملتزما للجزية وقوله (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى) قال فى النهاية وكذلك لو لزمه عشر فى قياس قول محمد بان اشترى أرضا عشرية لانهما جميعا من مؤن الارض (لان خراج الارض بمنزلة خراج الرأس) اذ كل واحد منهما من أحكام دارنا فلما رضى بوجوب الخراج عليه رضى أن يكون من أهل دارنا وقوله (فتعتبر المدة من وقت وجوبه) أى وجوب الخراج (وقوله فى الكتاب) أى فى الجامع الصغير (فاذا وضع عليه الخراج فهو ذمى تصريح من محمد بشرط الوضع) أى بان وضع الخراج عليه شرط فى جعله ذميا والمراد من وضع الخراج التزام خراج أرض بمباشرة سببه وهو الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن ودلت المسئلة على انه لا يصير ذميا بمجرد الشراء ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشترى أرض خراج وحكم الشرع فيها بوجوب الخراج صار ملتزما حكما

فيتخرج عليه أحكام جمة فلا تغفل عنه واذا دخلت حربية بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية) لانها التزمت المقام تبعا للزوج (واذا دخل حربي بامان فتزوج ذمية لم يصر ذميا) لانه يمكنه أن يطلقها فيرجع الى بلدة فلم يكن ملتزما المقام (ولو أن حربيا دخل دارنا بامان ثم غاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود) لانه أبطل أمانه (وما في دار الاسلام من ماله على خطر فان أسر أو ظهر على الدار فقتل سقطت ديونه وصارت الوديعة فيأ) أما الوديعة فلانها في يده تقديرا لان يد المودع كيد فيصير فيأ تبعا لنفسه وأما الدين فلان اثبات اليد عليه بواسطة المطالبة وقد سقطت ويد من عليه أسبق اليه من يد العامة فيختص به فيسقط (وان قتل ولم يظهر على الدار فالقرض والوديعة لورثته) وكذلك اذا مات لان نفسه لم تصر مغنومة فكذلك ماله وهذا لان حكم الامان باق في ماله فيرد عليه أو على ورثته من بعده

من أحكام الاسلام كذا ذكره قاضيخان وليس بصحيح لما أشار اليه المصنف من قوله لانه قد يشتري بها للتجارة وقوله (فيتخرج عليه) أي على أن الوضع شرط (أحكام جمة فلا تغفل عنه) أي عن شرط الوضع وهي المنع من الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله وبوضع الخراج يصير ذميا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع وقوله (واذا دخلت حربية بامان) ظاهر وكذا عكسه وكذلك قوله (ولو أن حربيا دخل دارنا بامان) خلافا لان قوله لان يد المودع كيده منقوض بما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على الدار فانها تكون فيأ فلم تكن يد المودع كيد المودع وأجيب بان يد المودع كيد المودع اذا اتفقا عصمة وقت الايداع وفي صورة النقض ليس كذلك لان دار الحرب ليست دار

مستمرة وعلى قول أبي حنيفة تصير خراجية فتؤخذ منه جزية سنة مستقبلة من وقت وضع الخراج وتثبت أحكام الذمي في حقه من منع الخروج الى دار الحرب وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا أتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فتحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه في الاسواق ظلما وعدوانا وهذه الاحكام الجمة التي نبه عليها المصنف والجم الكثير والمراد بوضع الخراج الزامه به وأخذه منه عند حلول وقته ومنذ باشر السبب وهو زراعتها أو تعطيلها مع التمكن منها اذا كانت في ملكه أو زراعتها بالاجارة وهي في ملك غيره اذا كان خراج مقاسمة فانه يؤخذ منه لا من المالك فيصير به ذميا بخلاف ما لو كانت الارض التي استأجرها خراجها على مالكها فانه لا يصير ذميا اذا دخل وقت الاخذ لعدم الاخذ منه وكذا اذا أخذ منه العشر على قول محمد ولا يظن بوضع الامام وتوظيفه ان يقول وظفت على هذه الارض الخراج ونحوه لان الامام قط لا يقول في كل قطعة أرض كذلك بل الخراج من حين استقر وظيفة للاراضي المعلومة استمر على كل من صارت اليه نعم لا يصير ذميا بمجرد شرائها كما قيل لانه به التزمه لانه غير لازم لجواز أنه اشتراها للتجارة فلا يحكم بالذمة عليه بمجرده حتى يزول هذا الاحتمال باستمرارها في يده حتى يؤخذ منه الخراج بتعطيلها أو زراعتها (قوله واذا دخلت حربية دارنا بامان فتزوجت ذميا صارت ذمية) ففي تزوجها مسلما أولى وعكسه ما لو دخل حربي فتزوج ذمية لا يصير ذميا كما قال به الائمة الثلاثة في الحربية أيضا قياسا على الرجل ونحن بيننا الفرق بان تزوجه ليس دلالة التزامه المقام فان في يده طلاقها والمضي عنها بخلافها فحين أقدمت عليه كانت ملتزمة بما يأتي منه ومنه عدم الطلاق ومنعها من الخروج الى دارها فتصير ذمية فيوضع الخراج على أرضها ونحو ذلك (قوله ولو أن حربيا دخل دارنا بامان ثم عاد الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمي أو دينا في ذمتهم فقد صار دمه مباحا بالعود وما في دار الاسلام من ماله) له مادام حيا وان مات فهو لورثته وكذا اذا قتل من غير أن يظهر على دارهم كما اذا مات في دار الاسلام لان ماله مشمول بامانا مادام في دارنا وبه قال الشافعي وأحمد رحمهما الله فان قيل ينبغي أن يصير فيأ كما اذا أسلم

لانهما جميعا من مؤن الارض كذا ذكره فخر الاسلام رحمه الله (قوله فيتخرج عليه أحكام جمة) ووجوب الضمان في اتلاف خمره وخنزيره ووجوب الدية بقتله خطأ وهذه الاحكام انما تثبت بعد كونه ذميا لا قبله ولو وضع الخراج يكون ذميا فلذلك يجب أن لا يغفل عن شرط الوضع (قوله وهذا لان حكم الامان باق في ماله) فان قيل ينبغي أن يصير فيئا كما اذا أسلم الحربي في دار الاسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب فتكون يد المودع كيد المودع في تلك المسئلة قلنا يد المودع كيد المودع من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في تلك المسئلة لما أن دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وأما ههنا العصمة كانت ثابتة وقت الايداع ولم تظهر على دار الحرب فكانت العصمة باقية كما كانت اذ دار الاسلام دار عصمة وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأجفه صاحبه ايجافا وقوله وما أوجف المسلمون عليه أي أعملوا خيلهم وركابهم في تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم

قال (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) قالوا هو مثل الاراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك وقال الشافعى فيهما الخمس اعتبارا بالغنيمة ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية وكذا عمر ومعاذ ووضع فى بيت المال ولم يخمس

الحربى فى دار الاسلام وله وديعة عند مسلم فى دار الحرب ثم ظهر على دارهم تكون فيأ ولا تكون يد المودع كيده فى دار الاسلام أجيب بالفرق بان مافى دار الحرب معصوم من وجه لامن كل وجه فان دار الحرب دار باحة لاعصمة فلا يصير معصوما بالشك بخلاف مافى دار الاسلام تثبت من كل وجه فيبقى الى أن يثبت المزيل وهو أن يصير نفسه مغنوما وذلك بان يؤسر أو يظهر على داره فيقتل فحينئذ تصير الوديعة فيأ لعامة المسلمين توضع فى بيت المال لانها فى يده تقديرا فاذا غنم غنمت بخلاف ماله من الوديعة فى دار الحرب عند المسلم لانها ليست فى يده كذلك بل من وجه كما ذكرنا ثم هذا ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنها يختص بها المودع لما ذكره المصنف فى الدين وأما الدين فيسقط عمن فى ذمته لان ثبوت يده عليه منتف اذ قد صار ملكا للمديون وانما هى ثابتة باعتبار ثبوت حق المطالبة وقد سقطت باستغنامه فيسقط الدين واذا حققت هذا ظهر لك أن اختصاص المديون به ضرورى غير محتاج الى تعليله بانه سبقت يده اليه (قوله وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب بغير قتال) أى ما أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله بلا قتال والوجف والوجيف ضرب من سير الابل والخيل ويقال وجف البعير وجفا ووجيفا وأوجفته اذا حملته على الوجيف (يصرف فى مصالح المسلمين كما يصرف الخراج) وكذا الجزية فى عمارة القناطر والجسور وسد الثغور وكرى الانهار العظام التى لامالك لاحد فيها كجيحون والفرات ودجلة والى أرزاق القضاة والمحتسبين والمعلمين والمقاتلة وحفظ الطريق من اللصوص فلا يختص به ولا شئ منه أحد (قالوا هو مثل الاراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية ولا خمس فى ذلك وقال الشافعى فيهما) وفى بعض النسخ فيها أى الارض والجزية والخراج الذى تقدم ذكره فى قوله كما يصرف الخراج ويقال أجلى السلطان القوم وجلاهم يتعدى بلا همزة أى أخرجهم فجلوا أى خرجوا وأجلى القوم أيضا خرجوا فكل من ذى الهمزة وعدمها يتعدى ولا يتعدى ومذهب الشافعى أن كل ما أخذ من الكفار بلا قتال عن خوف أو أخذ منهم للكف عنهم يخمس وما أخذ من غير خوف كالجزية وعشر التجارة ومال من مات ولا وارث له ففى القديم لا يخمس وهو قول مالك وفى الجديد يخمس ولاحد فى الفىء روايتان الظاهر منهما لا يخمس ثم هذا الخمس عند الشافعى يصرف الى من يصرف اليه خمس الغنيمة عنده على مامر وذكروا أن قوله فى الجزية مخالف للاجماع قال الكرخى ما قال به أحد قبله ولا بعده ولا فى عصره ووجه قوله القياس على الغنيمة بجامع أنه مال ماخوذ من الكفار عن قوة من المسلمين واستدل المصنف بفعله عليه الصلاة والسلام فانه أخذ الجزية من مجوس هجر ونصارى نجران وفرض الجزية على أهل اليمن على كل حالم دينارا ولم ينقل قط فى ذلك أنه خمسه بل كان بين جماعة المسلمين ولو كان لنقل ولو بطريق ضعيف على ماقضت به العادة ومخالفة ماقضت به العادة باطل فوقوعه باطل بل قد ورد فيه خلافه وان كان فيه ضعف أخرجه أبو داود عن ابن لعدى بن عدى الكندى أن عمر بن عبد العزيز كتب الى من سأله عن مواضع الفىء أنه ما حكم به عمر بن الخطاب فرأ المؤمنون عدلا موافقا لقول النبى صلى الله عليه وسلم جعل الله الحق على لسان عمر وقلبه فرض الاعطية وعقد لاهل الاديان ذمة بما فرض عليهم من الجزية لم يضرب فيها بخمس ولا مغنم وأما مافى السنن عن عمر كانت أموال بنى النضير مما أفاء الله على رسوله مما لم يوجف المسلمون عليه بخيل ولا ركاب كانت لرسول الله صلى الله عليه وسلم خالصة ينفق على أهل بيته قوت سنة فما بقى جعله فى الكراع والسلاح عدة فى سبيل الله فمعناه أن التصرف فيها كان اليه كيف شاء بل يؤيد ماذكرنا أن مصارف بيت المال اذ ذاك لم تكن أكثر من نفقة الائمة وآلات الجهاد من الكراع والسلاح نفقته هو عليه الصلاة والسلام اذ لم يكن اذ ذاك قضاة ولا جسور

عصمة قال (وما أوجف المسلمون عليه) يقال وجف الفرس أو البعير عدا وجيفا وأوجفه صاحبه ايجافا وقوله (وما أوجف المسلمون عليه) أى أعملوا خيلهم وركابهم فى تحصيله والجلاء بالفتح والمد الخروج عن الوطن أو الاخراج يقال جلا السلطان القوم عن أوطانهم وأجلاهم فجلوا أى أخرجهم فخرجوا كلاهما يتعدى ولا يتعدى وقوله (والجزية) بالجر عطف على قوله الاراضى أى هو مثل الاراضى التى أجلوا عنها أهلها ومثل الجزية وقوله (وقال الشافعى رضى الله عنه فيهما) أى فى الاراضى التى أجلوا عنها أهلها وفى الجزية وفى بعض النسخ فيها أى فى الاراضى والجزية والخراج

قال المصنف (وما أوجف المسلمون عليه من أموال أهل الحرب) أقول أنت خبير بأن هذه المسئلة ليست مما يتعلق بالمستأمن

وأجلاهم فجلوا أى أخرجهم فخرجوا يتعدى ولا يتعدى (قوله والجزية) بالجر عطفا على الاراضى (قوله وقال الشافعى رحمه الله فيهما) أى فى الاراضى التى أجلوا أهلها عنها والجزية وفى بعض النسخ فيها أى

ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بمباشرة الغانمين وبقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحقه الغانمون بمعنى وفى هذا السبب واحد وهو ماذكرناه فلا معنى لايجاب الخمس (واذا دخل الحربى دارنا بامان وله امرأة فى دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم ههنا ثم ظهر على الدار فذلك كله فىء) أما المرأة وأولاده الكبار فظاهر لانهم حربيون كبار وليسوا باتباع وكذلك مافى بطنها لو كانت حاملا لما قلنا من قبل وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقى الكل فيأ وغنيمة (وان أسلم فى دار الحرب ثم جاء فظهر على الدار فاولاده الصغار أحرار مسلمون) تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم اذ الدار واحدة (وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لانه فى يد محترمة وبيد كيده (وماسوى ذلك فىء) أما المرأة وأولاده الكبار فلما قلنا وأما المال الذى فى يد الحربى فلانه لم يصر معصوما لان يد الحربى ليست يدا محترمة (واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة فى الخطا) وقال الشافعى تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد لانه

ولا قناطر وأما نفقة الفقراء المهاجرين فنحن نقطع بانه كان يفعل ماتحققت له أدنى قدرة عليه وأما القياس ففى تقريره للمصنف دفعه وهو قوله (ولانه ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال بخلاف الغنيمة لانه مملوك بكل من مباشرة الغانمين وقوة المسلمين فاستحق الخمس بمعنى واستحق الباقى للغانمين بمعنى وفى هذا السبب واحد وهو ماذكرنا) من الرعب الحالى عن القتال فلم يكن لأبعاضه مستحقون بجهتين بل استحقاقه بجهة واحدة (قوله واذا دخل الحربى دارنا بامان وله امرأة فى دار الحرب وأولاد صغار وكبار ومال أودع بعضه ذميا وبعضه حربيا وبعضه مسلما فاسلم هنا) أى فى دار الاسلام (ثم ظهر) على البناء للمفعول (على دارهم فذلك كله فىء أما المرأة والاولاد الكبار فانهم حربيون وليسوا باتباع) للذى خرج لانهم كبار (وكذا مافى بطنها لو كانت حاملا) يكون فيأ مرقوقا (لما قلنا) فى باب قسمة الغنائم من أنه جزؤها وأما أولاده الصغار فلان الصغير انما يصير مسلما تبعا لاسلام أبيه اذا كان فى يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتحقق ذلك وكذا أمواله لا تصير محرزة باحرازه نفسه) بالاسلام (لاختلاف الدارين فبقى الكل فيأ فاما اذا أسلم فى دار الحرب ثم جاء) الينا (فظهر على الدار) وباقى الصورة بحالها (فاولاده الصغار أحرار مسلمون تبعا لابيهم لانهم كانوا تحت ولايته حين أسلم) ولو كان فى بلدة أخرى غير البلدة التى هم فيها (اذ الدار واحدة وما كان له من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو سالم له لانه فى يد محترمة وبيد كيده) لانه نائب عنه فى الحفظ بخلاف مالو كان فى يدهما غصبا فانه يكون فيأ لعدم النيابة وعند أبى يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيأ الا ما كان من غصب عند حربى وهو قول الائمة الثلاثة وتقدمت هاتان المسئلتان مع أخريين فى باب الغنائم مستوفى (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون) صالحون لاستيفاء القصاص والدية (فلا شئ على القاتل الا الكفارة فى الخطا وقال الشافعى تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد) وهو قول مالك وأحمد (لانه

(قوله ولانه) أى ولان ما أوجف عليه المسلمون من المال وقوله (من غير قتال) يعنى بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين (بخلاف الغنيمة لانه) أى الغنيمة بتأويل المغنوم (مملوك) بسببين وهما مباشرة الغانمين وقوة المسلمين (فاستحق الخمس بمعنى) وهو الرعب (واستحق الغانمون الباقى بمعنى) وهو مباشرة الغانمين القتال (وفى هذا) أى فيما أوجف المسلمون عليه (السبب واحد وهو ما ذكرناه) يعنى قوله انه مال ماخوذ بقوة المسلمين فلا معنى لايجاب الخمس (قوله لما قلنا من قبل) أى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فىء لانها كافرة حربية الخ وقوله (وأما أولاده الصغار) ظاهر (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا) انما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا فى أيديهما يكون فيأ لعدم النيابة (قوله فلما قلنا) اشارة الى قوله حربيون كبار وليسوا باتباع (قوله واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة فى الخطا وقال الامام الشافعى رضى الله عنه تجب الدية فى الخطا والقصاص فى العمد لانه أراق دما معصوما لوجود

فى الثلاثة وهى الاراضى والجزية والخراج (قوله ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين من غير قتال) بل بوقوع الرعب فى قلوب الكفار من قوة المسلمين فلما استحق ما أوجف المسلمون عليه بسبب واحد وهو الرعب بقوة المسلمين كانت جهة واحدة ولم يتبعض استحقاقه لذلك كما فى مال الزكاة والعشر فلم يصح حينئذ اعتباره الغنيمة وقوله فاستحق الخمس بمعنى وهو الرعب بقوة المسلمين واستحقه الغانمون بمعنى وهو مباشرتهم القتال (قوله وفى هذا السبب واحد) أى فى الماخوذ بالايجاف (قوله وهو ماذكرناه) وهو قوله ولانه مال ماخوذ بقوة المسلمين (قوله لما قلنا من قبل) أى فى باب الغنائم وقسمتها وهو قوله وزوجته فىء لانها كافرة حربية لا تتبعه فى الاسلام وكذا حملها فىء لانه جزؤها فيرق برقها (قوله وما كان من مال أودعه مسلما أو ذميا فهو له) لانه فى

العاصم وهو الاسلام لكونه مستجلبا للكرامة) وتحقيقه أن العصمة تثبت نعمة وكرامة فتتعلق بما له أثر فى استحقاق

الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد لا أثر لها في استحقاق الكرامة ومن أراق دما معصوما ان كان خطأ فعليه الدية والكفارة وان كان عمدا فعليه القصاص كما لو فعل ذلك في دار الاسلام (وهذا) أي وجوب الدية في الخطأ والقصاص في العمد انما كان مبنيا على وجود العاصم الذي هو الاسلام (لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) فان من علم انه يأثم بقتل ينزجر عنه نظرا الى الجبلة السليمة عن الميل عن الاعتدال (وهي ثابتة) فيما نحن فيه (اجماعا) فانه لا قائل بعدم الاثم على من قتل مسلما في

أراق دما معصوما (لوجود العاصم وهو الاسلام) لكونه مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي ثابتة اجماعا والمقومة كمال فيه لكمال الامتناع به فيكون وصفا فيه فتتعلق بما علق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة الآية جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء أو الى كونه كل المذكور فينتفي غيره

أراق دما معصوما) بالاسلام (لكون الاسلام مستحقا للكرامة وهذا لان العصمة أصلها) العصمة (المؤثمة لحصول أصل الزجر بها) أي بالعصمة ولو قال به أي بالاثم لكان أحسن (و) العصمة (المقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة (لكمال الامتناع به) أي بالتقوم على المنتهك لها (فتتعلق) هذه العصمة (بما علق به الاصل) أعني المؤثمة وقال النبي صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم فتنصرف العصمة الى كمالها وذلك بالمقومة والمؤثمة ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة فانه في القتل الخطأ ولم يستدل على منع القصاص في العمد اكتفاء بما ذكر في المسئلة من دلالة الآية لانه تعالى أفاض في تفاصيل موجبات القتل الخطأ فقال سبحانه وتعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله الا أن يصدقوا فاوجب الدية والكفارة ثم قال فان كان أي المقتول من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة واقتصر عليه فعرف أنه تمام الموجب لانه مفيض في بيان حكم قتل المسلم الكائن من قوم عدو لنا فقال موجبه كذا ولم يرد عليه فكان كل الموجب والا لم يكن بيانا للموجب بل لبعض موجبه وزاد المصنف

يد محترمة وانما قيد بالايداع لانه اذا كان غصبا في ايديهما يكون فيئا لعدم النيابة وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى يجب أن لا يكون فيئا الا ما كان غصبا عند حربي على قياس ما اذا أسلم الحربي في دار الحرب فلم يخرج حتى ظهر على الدار فالجواب فيه أن ما كان وديعة عند حربي أو غصبا عند مسلم أو ذمي أو ضائعا فهو في عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يكون فيئا كذا في الجامع الصغير لفخر الاسلام رحمه الله (قوله لكونه مستحقا للكرامة) لان العصمة تثبت نعمة وكرامة فيتعلق بما له أثر في استحقاق الكرامات وهو الاسلام اذ به تحصل السعادة الابدية لا بالدار التي هي جماد فلا أثر لها في استحقاق الكرامة (قوله لحصول أصل الزجر) ولهذا وجب الزاجر الذي هو الكفارة بالعصمة المؤثمة بالاتفاق (قوله والمقومة كمال فيه) أي في أصل العصمة وذلك لانه لما وجب الاثم والمال كان ذلك أكمل من الذي وجب فيه الاثم دون المال فيتعلق الكمال وهو العصمة المقومة بما علق به الاصل وهو العصمة المؤثمة أي تعلقت العصمة المقومة بالاسلام كما تعلقت به العصمة المؤثمة فتجب الدية والكفارة في قتل الحربي الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا (قوله ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة) فالآية سيقت لبيان أنواع القتل وموجباته فاوجب أولا في المؤمن المطلق دية وكفارة لقوله تعالى وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة لقوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن أي المقتول اذا كان من الكفار دارا وهو مؤمن فتحرير رقبة ثم أوجب بقتل الذي هاجر دية وكفارة فدل ايجاب الكفارة وحدها فيمن لم يهاجر على أن لا دية (قوله جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء) لان الفاء تدخل على الجزاء والجزاء اسم للكافي لانه

وفي الثاني الكفارة دون الدية وذلك من وجهين أحدهما أنه ذكر بحرف الفاء فانه للجزاء والجزاء اسم لما يكون كافيا فاذا كان كافيا كان كل الموجب ضرورة والثاني أنه كل المذكور حيث لم يذكر غيره وذلك يقتضي انتفاء غيره لان قصد الشارع في مثله اخراج العبد عن عهدة الحكم المتعلق بالحادثة ولا يتحقق ذلك الا ببيان كل الحكم بلا اخلال فلو كان غيره من تتمة هذا الحكم لذكره في موضع البيان

(قوله والعصمة المؤثمة تعلقت بالاسلام الخ) أقول لم يظهر مما ذكره كون وجود القصاص مبنيا على وجود العاصم الذي هو الاسلام (قوله

وقوله (ولان العصمة المؤثمة بالآدمية) دليل معقول على عدم العصمة المقومة الموجبة للدية فى دار الحرب ومشتمل على بيان أن العصمة المقومة ليست بوصف كمال فى العصمة المؤثمة فتكون تابعة لها وبيان ذلك ان العصمة المؤثمة بالآدمية (لان الآدمى خلق متحملا أعباء التكاليف) اى اثقالها ومن خلق لشئ وجب عليه القيام باعباء التكاليف (والقيام بها بحرمة التعرض) أى انما يتحقق له القيام بها اذا كان حرام التعرض فالآدمى وجب عليه أن يكون حرام التعرض مطلقا الا أن الله تعالى أبطل ذلك فى الكافر بعارض الكفر فاذا زال الكفر بالاسلام عاد الى الاصل (والاموال تابعة لها) أى للآدمية التى تثبت العصمة المؤثمة لانها خلقت فى الاصل مباحة وانما صارت معصومة لتمكن الآدمى من الانتفاع بها فى حاجته فكانت تابعة للآدمى (أما العصمة المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) لان المتقوم هو الشئ الذى يكون واجب الابقاء والدوام بالمثل أو القيمة (وذلك) أى جبر الفائت (فى الاموال دون النفوس) لانه انما يحصل بالمثل صورة ومعنى أو معنى فقط ولا مماثلة بين النفوس وما يجبر به لا صورة ولا معنى على ما عرف فى الاصول فكانت النفوس تابعة (للاموال فى العصمة ومن هذا علم أن العصمة المؤثمة أصل مستقل فى شئ والعصمة المقومة أصل مستقل فى شئ آخر وليس أحدهما بكمال فى الآخر ولا وصف زائد عليه ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لانها عزة والعزة بالمنعة فالعصمة المقومة فى والمرتد

ولان العصمة المؤثمة بالآدمية لان الآدمى خلق متحملا أعباء التكليف والقيام بها بحرمة التعرض والاموال تابعة لها أما المقومة فالاصل فيها الاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت وذلك فى الاموال دون النفوس لان من شرطه التماثل وهو فى المال دون النفس فكانت النفوس تابعة ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذلك فى النفوس الا أن الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها

وجها آخر قدمه على هذا الوجه وهو قوله رجوعا الى حرف الفاء وقرر بان الفاء للجزاء والجزاء هو الكافى يقال جزى فلان أى كفا وهو سهو لان لفظ الجزاء المجعول معنى الفاء لفظ اصطلاحى أى جعلى لا أن اللغة وضعت لفظ الفاء لمعنى لفظ الجزاء حتى يقال الجزاء الذى هو معنى الفاء الكافى بل المراد بقول النحاة الفاء للجزاء أى دالة على أن ما بعدها مسبب عما قبلها فسمى المسبب جزاء اصطلاحا لا لغة فليتامل (ولان العصمة المؤثمة) فى الاصل (بالآدمية) لا بوصف الاسلام (لانه خلق متحملا أعباء التكاليف والقيام بها) لا يمكن الامع (حرمة التعرض له) وانما زالت بعارض الكفر فاذا انتفى عادت بخلاف الاموال لانها بحسب الاصل مباحة لانها خلقت للانتفاع بها والعصمة المقومة بالعكس فالاموال هى الاصل فيها لا النفوس (لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومن شرطه التماثل وهو فى الاموال لا النفوس فكانت النفوس تابعة فى العصمة المقومة للاموال (ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان العزة بالمنعة فكذا فى النفوس الا ان الشرع أبطل اعتبار منعة الكفر) فاوجب بطلانها فان قيل لو صح ما ذكرتم لزم فى المرتد والمستامن اذا قتلا فى دارنا

ماخوذ من جزا أى كفى فيمتنع وجوب شئ آخر معه تفاديا عن الزيادة على ما هو كاف فمن أوجب الدية جعل تحرير الرقبة بعض موجب القتل فيكون نسخا فان قيل تحرير الرقبة ان كان كل الواجب بهذا النص ولكنه بعض الواجب بنص آخر وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة قلنا تحرير الرقبة جزاء حقيقة والجزاء الحقيقى لا يجوز أن يكون كلا ولا بعضا وانما يكون بعضا بقضية نص آخر اذا كان ذلك النص ناسخا لهذا النص ولا يمكن القول بالنسخ لان الآية نزلت بمرة واحدة والناسخ والمنسوخ لا يردان معا ولو تصور النسخ فقوله عدو لكم متاخر فيكون ناسخا للاول على أن هذا المؤمن غير داخل فى تحت صدر الآية لانه أفرد له حكما آخر لانه جعل كل الجزاء الكفارة وفى صدر الآية جعل الكفارة بعض الجزاء فلم يكن داخلا تحت صدر الآية (قوله أو الى كونه كل المذكور) لان كل المذكور ههنا التحرير لا غير والموضع موضع الحاجة الى البيان لانه شرع فى بيان الواجب واقتصر بذكر التحرير فعلم به أن الواجب هو التحرير لا غير اذ السكوت فى موضع الحاجة الى البيان بيان بان ما هو المذكور كل الواجب ولا يلزم الاخلال فى بيان صاحب الشرع وهو لا يجوز (قوله والقيام بها بحرمة التعرض) أى انما يمكنه القيام بتحمل اعباء التكاليف اذا كان محرم التعرض اذ لو لم يكن محرم التعرض لا يتمكن من اقامة التكاليف (قوله لان التقوم يؤذن بجبر الفائت) ومعنى الجبر يتحقق فى الاموال لان الفائت من ذوات الامثال يجبر بالصورة والمعنى وفى ذوات القيم يجبر بالمعنى وهو القيمة ثم العصمة المقومة فى الاموال بالاحراز بالدار لان التقويم ينبئ عن خطر المحل والخطر انما يثبت اذا كان ممنوعا عن الاخذ فيما تصل اليه الايدى وما تصل اليه الايدى بلا منازع ومدافع لا يكون خطيرا كالماء والتراب وكذا فى النفوس (قوله الا أن الشرع) هذا جواب من قال المسلم الذى أسلم فى دار

الاموال بالمنعة والدار انما تكون بالمنعة فلهذا تعرض لذكرها واذا كانت العصمة المقومة فى الاموال بالمنعة فكذلك فى النفوس لانها تابعة لها كما ذكرنا لكن لا منعة لدار الحرب لان الشرع أسقط اعتبار منعة الكفر لما أنه أوجب ابطالها واذا لم يكن منعة لا يوجد الاحراز واذا لم يوجد الاحراز

فاذا كان كافيا الخ) أقول قد تمسك الشارح فيما سبق بالاستقراء فى كتاب الحدود فراجعه

والمرتد والمستأمن فى دارنا من أهل دارهم حكما لقصدهما الانتقال اليها (ومن قتل مسلما خطأ لاولى له أو قتل حربيا دخل الينا بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة) لانه قتل نفسا معصومة خطأ فتعتبر بسائر النفوس المعصومة ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه لا وارث له (وان كان عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) لان النفس معصومة والقتل عمد والولى معلوم وهو العامة أو السلطان قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له وقوله وان شاء أخذ الدية معناه بطريق الصلح لان موجب العمد هو القود عينا وهذا لان الدية أنفع فى هذه المسئلة من القود فلهذا كان له ولاية الصلح على المال (وليس له أن يعفو) لان الحق للعامة وولايته نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض

(باب العشر والخراج)

الدية أجاب بانهما (من أهل دار الحرب حكما لقصد الانتقال اليها) فلم يجب شئ وأما قوله صلى الله عليه وسلم عصموا منى دماءهم فنقول لا شك فى ثبوت العصمة شرعا ولا يستلزم كمالها الا بدليل ولو سلمنا ذلك فقد قال عليه الصلاة والسلام الا بحقه ومن حقه أن يكونوا فى دارنا لا يكثرون سوادا لعدو الا أن هذا لا ينهض فى الاسير المسلم (قوله ومن قتل مسلما خطأ لا ولى له أو قتل حربيا دخل دار الاسلام بامان فاسلم فالدية على عاقلته للامام وعليه الكفارة لانه قتل نفسا معصومة) بالاسلام وداره (خطأ ومعنى قوله للامام أن حق الاخذ له لانه لا وارث له) بالفرض لا أن المأخوذ يملكه هو بل يوضع فى بيت المال (وان كان) قتل المسلم الذى لا وارث له والمستأمن الذى أسلم ولم يسلم معه وارث قصدا ولا تبعا بان لم يكن معه ولد صغير دخل به الينا (عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء أخذ الدية) منه بطريق الصلح لا الجبر (لان موجب العمد عندنا القصاص عينا) الا أن يتصالحوا على الدية وانما كان للسلطان ذلك لانه هو ولى المقتول (قال عليه الصلاة والسلام السلطان ولى من لا ولى له) وقد قدمنا الكلام على هذا الحديث فى باب الاولياء والاكفاء من هذا الكتاب فارجع اليه والدية وان كانت أنفع للمسلمين من قتله لكن قد يعود اليهم من قتله منفعة أخرى هى أن ينزجر أمثاله عن قتل المسلمين فيرى بما هو أنفع فى رأيه وبما ذكرنا ظهر أن الاولى أن يقول وهذا لان الدية قد تكون أنفع والا كان يتعين الصلح منه عليها (وأما أن يعفو فليس له ذلك لان ولايته على العامة نظرية وليس من النظر اسقاط حقهم من غير عوض) ولو كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ فلا اشكال فى وجوب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه ولو كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء صالحه على الدية كالتى قبلها وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية فى ماله ولا أقتله لانه لا يخلو عن ولى كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكلام ان كان ابن زنا فاشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى كالمكاتب الذى قتل قبل أداء الكتابة وترك وفاء ولهما أنه لا يعلم له ولى ولا هو فى مظنته واحتمال كونه له فى نفس الامر لا يفيد اذ لا ينتفع به فكان وجوده وعدمه فى نفس الامر سواء لانه لا يقدر على الانتفاع فيستوفى

(باب العشر والخراج)

الحرب له منعة أيضا وهم الكفار فيكون محرزا فقال بلى له منعة ولكن غير معتبرة لانا مأمورون بابطال تلك المنعة (قوله والمرتد والمستأمن فى دارنا من أهل دارهم حكما) هذا جواب شبهة ترد على قوله ثم العصمة المقومة بالاحراز بالدار بان يقال انهما محرزان بدار الاسلام فينبغى أن يجب لهما التقوم ولم يجب حتى أن فى قتلهما لا تجب الدية مع أنهما فى دار الاسلام (قوله وان شاء أخذ الدية) أى بطريق الصلح لان موجب العمد القود عينا (قوله وهو العامة أو السلطان) فان قيل تردد من له ولاية القصاص يوجب سقوط القصاص كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث قلنا الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة المكاتب والله تعالى أعلم بالصواب

(باب العشر والخراج)

لا توجد العصمة المقومة واذا لم توجد العصمة المقومة لا تجب الدية وهذا فى غاية التحقيق خلافا لمن توهم أن لا يملكوا أموالنا بالاحراز الى الدار كما قال به الامام الشافعى رضى الله عنه ودفعه بان معنى قولنا ان الشرع أسقط اعتبار منعتهم حال كونهم فى دارهم وأما اذا وقع خروجهم الى دارنا وأحرزوا أموالنا باليد الحافظة والناقلة له فقد استولوا على مال مباح كما مر وذلك يوجب الملك لا محالة وقوله (والمرتد والمستأمن) جواب عما يقال انهما محرزان بدار الاسلام ذاتا فيجب أن يتقوما ولم يتقوما حتى لا تجب الدية بقتلهما وكون المستأمن من أهل دارهم حكما لقصده الانتقال ظاهر وأما المرتد فكذلك لانه يقصد هربا من القتل وقوله (ومن قتل مسلما خطأ الخ) واضح واعترض على قوله وهو العامة أو السلطان بان التردد فيمن له ولاية القصاص يوجب سقوطه كما فى المكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث وأجيب بان الامام ههنا نائب عن العامة فصار كان الولى واحد بخلاف مسئلة الكتاب

(باب العشر والخراج)

لما ذكر ما يصير به الحربى ذميا شرع فى بيان الخراج

(باب العشر والخراج)

الذى يجب عليه وذكر العشر استطرادا لان سبب كل واحد منهما هو الارض النامية وقدمه على الخراج لكونه من الوظائف الاسلامية

والعشر بضم العين أحد أجزاء العشرة والخراج اسم لما يخرج من غلة الارض أو الغلام ثم سمى ما يأخذه السلطان خراجا فيقال أدى فلان خراج أرضه وأدى أهل الذمة خراج رؤسهم يعنى الجزية والعذيب ماء لتميم والحجر بفتحتين بمعنى الصخر لانه وقع فى امالى أبى يوسف الصخر موضع الحجر ويظهر من ذلك أن من روى بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف ومهرة بالفتح والسكون اسم رجل وقيل اسم قبيلة ينسب اليها الابل المهرية سمى ذلك المقام به فيكون بمهرة بدلا من قوله باليمن وهذا طولها ومن يبرين والدهناء ورمل عالج أسماء مواضع الى مشارف الشام أى قراها عرضها والسواد أى أراضى سواد العراق أى قراها سمى بالسواد لخضرة أشجاره وزروعه وحده عرضا من العذيب الى عقبة حلوان وهو اسم بلد ومن الثعلبية وهى منازل البادية الى عبادان وهو حصن صغير على شط البحر طوله وقيل فى موضع الثعلبية العلث بفتح العين وسكون اللام وهى قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقى دجلة وكلامه واضح

(قوله وذكر العشر استطرادا الخ) أقول فيه عنونة الباب بما ليس مقصودا منه وقد استقبحه الشريف الجرجانى فى أول مباحث الكليات من حاشية المطالع (قوله الى مشارف الشام) أقول المشارف بالغاء

قال (أرض العرب كلها أرض عشر وهى ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة الى حد الشام والسواد أرض خراج وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان ومن الثعلبية ويقال من العلث الى عبادان) لان النبى عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين لم يأخذوا الخراج من أراضى العرب ولانه بمنزلة الفىء فلا يثبت فى أراضيهم كما لا يثبت فى رقابهم وهذا لان وضع الخراج من شرطه أن يقر أهلها على الكفر كما فى سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف وعمر حين فتح السواد وضع الخراج عليها بمحضر من الصحابة ووضع

لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج فى أرضه ورأسه وفى تقاريعهما كثرة فاوردهما فى بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بعرض قريب ثم ذكر العشر فيه أيضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب فى الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض أو نماء الغلام وسمى به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والرأس وحدد الاراضى العشرية والخراجية أولا لانه حينئذ أضبط فقال (أرض العرب كلها عشرية وهو ما بين العذيب) وهو ماء لتميم وذكر ضمير الارض باعتبار خبره وهو لفظا فى قوله ما بين العذيب (الى أقصى حجر باليمن) وفى بعض النسخ وهى على الظاهر وحجر بفتح الجيم وا سكانها خطأ لان أبا يوسف قال حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن فعرف انه حجر بالفتح والمراد الى آخر جزء من أجزاء اليمن وهو آخر حجر منها ومهرة حينئذ فى آخر موضع من اليمن وقولهم من أول عذيب القادسية الى آخر حجر يوجب أن ذلك أول ما وراء أرض الكوفة هذا طولها وعرضها من رمل يبرين والدهناء ويعرف برمل عالج الى مشارف الشام أى قراها وقد يعبر بمنقطع السماوة قال الكرخى وهى أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية والحجاز هو جزيرة العرب سمى جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمى حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد (والسواد) أى سواد العراق أى أرضه سمى به الكثرة اخضراره وحده (من العذيب الى عقبة حلوان) عرضا (ومن العلث الى عبادان) طولا (ويقال من الثعلبية الى عبادان) قيل هو غلط لان الثعلبية بعد العذيب بكثير اذا عرف هذا فارض العرب كلها عشرية (لانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء الراشدين) بعده (لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) ولو فعله عليه الصلاة والسلام لقضت الغادة ينقله ولو بطريق ضعيف فلما لم ينقل دل قضاء العادة على انه لم يقع (ولان شرط الخراج أن يقر أهلها) عليها (على كفرهم كما فى سواد العراق والعرب لا يقبل منهم الا الاسلام) والا يقتلون ولانه كما لا رق

ذكر أبو يوسف رحمة الله تعالى عليه فى الامالى حدود أرض العرب ما وراء حدود الكوفة الى أقصى صخر باليمن وهو مهرة وفى شرح القدورى قال الكرخى رحمة الله تعالى عليه أرض العرب كلها عشرية وهى أرض الحجاز وتهامة واليمن ومكة والطائف والبرية يعنى البادية وقد ظهر أن من روى الى أقصى حجر باليمن بسكون الجيم وفسره بالجانب فقد حرف لوقوع صخر موقعه والسواد أى أراضى سواد العراق وبه صرح الامام الثمرتاشى رحمة الله تعالى عليه يقال سواد الكوفة والبصرة أى قراهما وسمى سواد العراق به لخضرة أشجاره وزروعه * العذيب ماء لتميم وحلوان اسم بلد والثعلبية من منازل البادية ووضعها موضع العلث فى حد السواد خطأ العلث بفتح العين وسكون اللام قرية موقوفة على العلوية وهو أول العراق شرقى دجلة عبادان حصن صغير على شط البحر (قوله وهو ما بين العذيب الى أقصى حجر باليمن بمهرة وهذا طوله) وقوله بمهرة تفسير قوله الى أقصى حجر وأما عرضه فهو ما بين يبرين والدهناء ورمل عالج الى مشارف الشام ومهرة بفتح الميم وسكون الهاء أبو قبيلة وسمى به ونسبت الابل المهرية الى ذلك الموضع (قوله والسواد أرض خراج) وهو ما بين العذيب الى عقبة حلوان هذا عرضه (قوله ومن العلث الى عبادان) هذا طوله كذا فى النهاية (قوله

على

على مصر حين افتتحها عمرو بن العاص وكذا اجتمعت الصحابة على وضع الخراج على الشام قال (وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم لها وتصرفهم فيها) لان الامام اذا فتح أرضا عنوة وقهر اله أن يقر أهلها عليها ويضع عليها وعلى رؤسهم الخراج فتبقى الاراضى مملوكة لاهلها وقد قدمناه من قبل قال (وكل أرض أسلم أهلها أو فتحت عنوة وقسمت بين الغانمين فهى أرض عشر) لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لما فيه من معنى العبادة وكذا هو أخف حيث يتعلق بنفس الخارج (وكل أرض فتحت عنوة فاقر أهلها عليها فهى أرض خراج) وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به ومكة مخصوصة من هذا فان رسول الله صلى الله عليه وسلم فتحها عنوة وتركها لاهلها ولم يوظف الخراج

على العرب فكذا الاخراج على أرضهم وسواد العراق المحدد المذكور خراجى (لان عمر رضى الله عنه وضع عليه الخراج بمحضر من الصحابة) وهو أشهر من أن ينقل فيه أثر معين وانما يحتاج الى ذلك فى تقدير الموضوع وقوله (و وضع على مصر الخ) أسند الواقدى الى مشيخة من أهل مصر أن عمرو بن العاص افتتح مصر عنوة واستباح مافيها وعزل منه مغانم المسلمين ثم صالحهم بعد على وضع الجزية على رؤسهم والخراج على أراضيهم ثم كتب الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه بذلك وأسند أيضا الى عمر بن الحرث قال كان عمرو بن العاص يبعث بجزية أهل مصر وخراجها الى عمر رضى الله عنه كل سنة بعد حبس مايحتاج اليه ولقد استبطأه عمر فى الخراج سنة فكتب بكتاب يلومه ويشدد عليه وهذا يخالف ماذكر بعض الشارحين من ان مصر فتحت صلحا على يدى عمرو ابن العاص وأما وضع الخراج على أرض الشام فمعروف قيل ومدن الشام فتحت صلحا وأراضيها عنوة على يد يزيد بن أبى سفيان وشرحبيل بن حسنة وأبى عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد وفتحت أجنادين صلحا فى خلافة أبى بكر رضى الله عنه وفى دالها الفتح فى المشهور والكسر (قوله وأرض السواد مملوكة لاهلها يجوز بيعهم وتصرفهم) فيها بالرهن والهبة (لان الامام اذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقد مناه من قبل) فى باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعى وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات (قوله وكل أرض أسلم أهلها) عليها فاحرزوا ملكهم فيها (أو فتحت عنوة وقسمها بين الغانمين فهى عشرية لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة ولانه أخف حيث يتعلق) الواجب (بنفس الخارج) فلا يؤخذ مالم يكن خارجا فهو أليق بالمسلم (وكل أرض فتحت عنوة وأقر أهلها عليها فهى أرض خراج وكذا اذا صالحهم لان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به) لان فيه معنى العقوبة للتعلق بالتمكن من الزراعة وان لم يزرع وفيه نظر نذكره فى آخر الفصل ان شاء الله تعالى (ومكة مخصوصة من هذا) العموم (فانها فتحت عنوة) على ما أسلفناه فى باب الغنائم وقسمتها بما لا يشك معه انها فتحت عنوة (ولم يوظف عليها خراجا) ولتخص هذا المكان بحديث زيادة على ما فى باب الغنائم أخرج مسلم عن أبى هريرة رضى الله عنه انه ذكر فتح مكة فقال أقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى دخل مكة فبعث الزبير رضى الله عنه على احدى المجنبتين وبعث خالد بن الوليد على المجنبة الاخرى وبعث أبا عبيدة على الحسر وأخذوا من بطن الوادى ورسول الله صلى الله عليه وسلم فى كتيبة قال فنظر الى وقال يا أبا هريرة قلت لبيك يا رسول الله قال اهتف لى بالانصار فلا يأتينى الا أنصارى فهتف بهم فجاؤا فاطافوا برسول الله صلى الله عليه وسلم وبث قريش أوباشها فقال لهم ألا ترون الى أوباش قريش وأتباعهم ثم قال بيديه فضرب باحداهما على الاخرى وقال احصدوهم حصدا حتى توافونى على الصفا قال أبو هريرة فانطلقنا فما شاء احد منا أن يقتل من شاء منهم الا قتله الحديث بطوله فاضمم هذا الى ماهنالك وقد ذكر القتبى مافتح عنوة وصلحا من البلاد فذكر ان الاهواز وفارس وأصبهان فتحت عنوة لعمر رضى الله عنه على يدى أبى موسى وعثمان بن أبى العاص وعتبة بن غزوان وكانت أصبهان على يدى أبى موسى خاصة وأما

والخراج أليق به) لان فى الخراج معنى العقوبة ولان فيه تغليظا حتى أنه يجب وان لم يزرع والكافر أليق

وقوله (قدمناه من قبل) يعنى فى أول باب الغنائم (قوله والخراج أليق به) يعنى من حيث ان فيه معنى العقوبة وان فيه تغليظا الوجوبه وان لم يزرع والكافر أليق بالعقوبة والتغليظ وكان القياس فى أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة أى قهرا لكن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يوظف عليها الخراج وكما لا يوظف على العرب فكذا الاخراج فى أرضهم

(وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج ومالم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهى أرض عشر) لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر

خراسان ومرو رود فتحتا صلحا فى خلافة عثمان على يدى عبد الله بن عامر بن كريز وأما وراءهما فافتتح بعد عثمان على يد سعيد بن عثمان بن عفان لمعاوية صلحا وسمرقند وكش ونسف وبخارى بعد ذلك على يدى المهلب ابن أبى صفرة وقتيبة بن مسلم وأما الرى فافتتحها أبو موسى فى خلافة عثمان صلحا وفى ولايته فتحت طبرستان على يدى سعيد بن العاص صلحا ثم فتحها عمرو بن العلاء والطالقان ودنباوند سنة سبع وخمسين ومائة وأما جرجان ففى خلافة سليمان بن عبد الملك سنة ثمان وتسعين وكرمان وسجستان فتحهما عبد الله بن عامر فى خلافة عثمان صلحا وافتتح الجبل كله عنوة فى وقعة جلولا ونهاوند على يدى سعد والنعمان بن مقرن وأما الجزيرة ففتحت صلحا على يدى عياض بن غنم والجزيرة ما بين الفرات ودجلة والموصل من الجزيرة وأما هجر فادوا الجزية الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وكذا دومة الجندل وأما اليمامة فافتتحها أبو بكر رضى الله عنه وأما الهند فافتتحها القاسم ابن محمد الثقفى سنة ثلاث وتسعين (قوله وفى الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار الخ) قد علم من عادة المصنف انه اذا وقعت مخالفة بين ما فى القدورى والجامع أو زيادة فى الجامع يقول بعد لفظ القدورى وفى الجامع الصغير الى آخره وهنا المخالفة ظاهرة فان قول القدورى كل أرض فتحت عنوة فافر أهلها عليها فهى أرض خراج مطلق فهو أعم من أن يصل اليها ماء الانهار أو لا يصل بان استنبط فيها عين ولفظ الجامع قيد خراجيتها بان يصل اليها ماء الانهار ونحن نقطع أن الارض التى أقر أهلها عليها لو كانت تسقى بعين أو بماء السماء لم تكن الا خراجية لان أهلها كفار والكفار لو انتقلت اليهم أرض عشرية ومعلوم أن العشرية قد تسقى بعين أو بماء السماء لا تبقى على العشرية بل تصير خراجية فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد فكيف يبتدأ الكافر بتوظيف العشر ثم كونها عشرية عند محمد اذا انتقلت اليه كذلك أما فى الابتداء فهو أيضا ممنوعه والعبارة التى نقلها عن الجامع فى غاية البيان ليست كما فى الهداية فانه قال ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال كل أرض فتحت عنوة بالقتال فصارت أرض خراج وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وكل شئ لم يصل اليها ماء الانهار فاستخرج فيه عين فهى أرض عشر والاراضى التى أسلم أهلها عليها فهى أرض عشر فقوله وكل شئ يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج عطف على كل أرض فتحت عنوة والعطف يوجب المغايرة فيصير المعنى وكل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج وكل أرض لم تفتح عنوة ووصفها أنها يصل اليها ماء الانهار فهى أرض خراج وحاصله تقسيم أرض الخراج الى ما يفتح عنوة والى مالم يفتح عنوة لكنها تسقى بماء الانهار نعم يجب تقييد الاول بان يقر أهلها عليها بالضرورة وكان هذا معلوم اذ لا يبتدأ المسلم فى أول الفتح قط بتوظيف الخراج فى الاراضى المقسومة كما يجب تقييد الانهار فانها لا تكون خراجية مالم تكن حوالها الانهار العظام كالنيل والفرات والحاصل ان التى فتحت عنوة ان أقر الكفار عليها لا توظف عليهم الا الخراج ولو سقيت بماء المطر وان قسمت بين المسلمين لا توظف الا العشر وان سقيت بماء الانهار واذا كان كذلك فبالضرورة يراد الارض التى أحياها مسلم فان التى فتحت عنوة مما يبتدأ فيها التوظيف غير المقسومة والمقرر أهلها عليها ليس الا الموات التى أحييت ويصير المعنى كل أرض فتحت عنوة صارت أرض خراج اذا أقام أهلها عليها وكل أرض لم تفتح عنوة بل أحياها مسلم ان كان صفتها انها يصل اليها ماء الانهار فهى خراجية أو ماء عين ونحوه فعشرية وهذا قول محمد وهو قول أبى حنيفة ولو شرحه هكذا استغنى به عن ذكر المسئلة التى تليه فانها هى وحاصلها أن محمدا قال فيمن أحيا أرضا ميتة ببئر حفرها أو عين استخرجها أو ماء دجلة والفرات أو باقى الانهار العظام التى لا علكها أحد أو بالمطر فهى عشرية وان أحياها بماء الانهار التى شقتها الاعاجم مثل نهر الملك ونهر يزدجرد وهو ملك من العجم فهى خراجية لان الاعتبار فى

بالعقوبة ومكة مخصوصة من هذا وكان القياس فى أرض مكة أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة لكن رسول

(قوله وفى الجامع الصغير الى قوله فهى أرض خراج) يعنى سواء قسمت بين الغانمين أو أقر أهلها عليها وذكر لفظ الجامع الصغير لهذه الفائدة (قوله ومن أحيا أرضا مواتا فهى عند أبى يوسف معتبرة بحيزها) قيل هذا الاطلاق محمول على المقيد وهو ما اذا كان المحيى مسلما وأما اذا كان ذميا فعليه الخراج وان كانت من حيز أرض العشر واذا كان هذا مقيدا بكونه مسلما وجب أن يقيد قولهم المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج بانه اذا لم يكن منه صنيع يقتضى ذلك وهو السقى من ماء الخراج اذ الخراج يجب جبر المقاتلة فيختص وجوب الخراج بما يسقى بماء حتمه المقاتلة والماء الذى حتمه المقاتلة ماء الخراج فلهذا يجب الخراج اذا سقاه بماء الخراج الى هذا أشار شمس الائمة

(قوله وهو السقى من ماء الخراج الخ) أقول لا يخفى عليك أن هذا الكلام انما يناسب مذهب محمد والا فابو يوسف لا يعتبر السقى من ماء الخراج فلا وجه لارادته فى هذا المقام ظاهرا فتأمل

السقي بماء العشر أو بماء الخراج قال (ومن أحيا أرضا مواتا فهي عند أبي يوسف معتبرة بحيزها فان كانت من حيز أرض الخراج) ومعناه بقربه (فهي خراجية وان كانت من حيز أرض العشر فهي عشرية) والبصرة عنده عشرية باجماع الصحابة لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز أخذ ما قرب من العامر وكان القياس في البصرة أن تكون خراجية لانها من حيز أرض الخراج الا أن الصحابة وظفوا عليها العشر فترك القياس لاجماعهم (وقال محمد ان أحياها ببئر حفرها أو بعين استخرجها أو ماء دجلة أو الفرات أو الانهار العظام التي لا يملكها أحد فهي عشرية) وكذا ان أحياها بماء السماء (وان أحياها بماء الانهار التي احتفرها الاعاجم) مثل نهر الملك ونهر يزجرد (فهي خراجية) لما ذكرنا من اعتبار الماء اذ هو السبب للنماء ولانه لا يمكن توظيف الخراج ابتداء على المسلم كرها فيعتبر في ذلك الماء لان السقي بماء الخراج دلالة التزامه قال (والخراج الذي وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع

مثله للماء لانه السبب لنماء الارض ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم ابتداء كرها فيعتبر السقي لان السقي بماء الخراج دلالة على التزامه فتصير خراجية عليه (وعند أبي يوسف تعتبر بحيزها) أي بما يقرب منها (فان كانت من حيز أرض الخراج أي بقربه فخراجية أو أرض العشر فعشرية) لان القرب من أسباب الترجيح فترجح كونها خراجية بالقرب من أرض الخراج وعشرية كذلك وأصله أفنية الدور أعطى له في الشرع حكمها حتى جاز لصاحب الدار الانتفاع بفنائها وهو غير مملوك له ومن أجل أن له حق الانتفاع لو قال المستأجر للاجراء هذا فنائي وليس لي فيه حق الحفر ولكن احفروا فحفروا فلا ضمان عليهم في الاستحسان بل على المستأجر لان كونه فناء بمنزلة كونه مملوكا في انطلاق يده في التصرف من القاء الطين والحفر وربط الدابة غير أن أبا يوسف استثنى البصرة من ضابطة فانها عشرية عنده وان كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها لذلك هذا وقد ظهر من قوله ولانه لا يمكن توظيف الخراج على المسلم الى آخره أن المراد بموضوع المسئلة أعني قوله ومن أحيا أرضا مواتا المسلم ولا بد من ذلك لانه لو أحياها ذمي كانت خراجية سواء سقيت عند محمد بماء السماء أو نحوه أولا وسواء كانت عند أبي يوسف من حيز أرض الخراج أو العشر وظهر منه أيضا أن كون المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج كما ذكره محمد في الزيادات هو فيما اذا لم يكن منه صنع يستدعي ذلك وهو السقي بماء الخراج وهذا لان الخراج جزاء المقاتلة على حمايتهم فما سقي بماحموه وجب فيه (قوله والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمي وهو الصاع) ثمانية أرطال خلافا لابي يوسف نص على أنه الصاع أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى النخلة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء عملت أو لم تعمل درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع انتهى وعامر هو الشعبي وقال محمد في الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزرع ففي كل جريب قفيز ودرهم في كل سنة زرع ذلك صاحبه في السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كالسواء وفيه كل سنة قفيز ودرهم في كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمي وهو مثل الصاع الذي كان على عهد النبي صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال والمراد من القفيز المأخوذ قفيز ما زرع حنطة أو شعيرا أو عدسا أو ذرة قاله الطحاوي واستحسن والدرهم ما يوزن سبعة والمراد من الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها كذلك بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة فهو سبع قبضات لان ذراع العامة ست وقوله في الكافي ما قيل الجريب ستون في ستين حكاية عن جريبهم في أراضيهم وليس بتقدير لازم في الاراضي كلها بل جريب الارض

الله عليه السلام لم يوظف عليها الخراج وكما لا يرق على العرب فكذا الخراج على أراضيهم (قوله نهر الملك) على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم الجريب أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون

هاشمي وهو الصاع) من حنطة أو شعير على ما قال الامام قاضيخان في فتواه أو مما يزرع فيها

يجعل الارض خراجية والبصرة في حيز الارض الخراجية وان أحياها مسلم يجب عليه العشر ووجهه أن القياس ذلك لكن تركنا ذلك باجماع الصحابة (قوله لان حيز الشئ يعطى له حكمه) دليل أبي يوسف على مذهبه (قوله كفناء الدار) يعني فناء الدار يعطى له حكم الدار في حق الانتفاع وان لم يكن الفناء مملوكا لصاحب الدار لاتصاله بملكه فكذا ههنا تعطى هذه الارض المحياة حكم جوارها لاتصالها به ولا يظن في اعادة قوله وكان القياس في البصرة ان تكون خراجية تكرار لان الاول رواية القدوري والثاني ذكره شرحا لذلك ونهر الملك على طريق الكوفة من بغداد ويزدجرد ملك من ملوك العجم (قوله لما ذكرنا) من قبل اشارة الى قوله لان العشر يتعلق بالارض النامية ونماؤها بمائها قال (والخراج الذي وضعه عمر رضي الله عنه) اعلم أن الخراج على نوعين خراج وظيفة وهو أن يكون الواجب في الذمة يتعلق بالتمكن من الانتفاع بالارض (في كل جريب) وهو أرض طولها ستون ذراعا وعرضها ستون بذراع الملك كسرى وهو يزيد على ذراع العامة بقبضة (قفيز

و درهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخيل المتصل عشرة دراهم) وهذا هو المنقول عن عمر فانه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا وكان ذلك بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا منهم

يختلف باختلاف البلدان فيعتبر في كل بلد متعارف أهله يقتضي أن الجريب يختلف قدره في البلد ان ومقتضاه أن يتحد الواجب وهو قفيز ودرهم مع اختلاف المقادير فانه قد يكون عرف بلد فيه مائة ذراع وعرف أخرى فيه خمسون ذراعا وكذا ماقيل الجريب ما يبذر فيه مائة رطل وقيل ما يبذر فيه من الحنطة ستون منا وقيل خمسون في ديارهم والمعول عليه مافي الهداية وغيرها وأما جريب الرطبة ففيه خمسة دراهم ولا شئ فيه من الخارج (وفي جريب الكرم المتصل والنخيل المتصلة عشرة دراهم هذا هو المنقول عن عمر رضي الله عنه) فقيد الاتصال يفيد أنها لو كانت متفرقة في جوانب الارض ووسطها مزروعة فلا شئ فيها بل المعتبر وظيفة عمر رضي الله عنه في الزروع وكذا الغرس أشجارا غير مثمرة ولو كانت الاشجار ملتفة لا يمكن زراعة أرضها فهي كرم ذكره في الظهيرية وفي شرح الطحاوي لو أنبت أرضه كرما فعليه خراجها الى أن يطعم فاذا أطعم فان كان ضعف وظيفة الكرم ففيه وظيفة الكرم وان كان أقل فنصفه الى أن ينقص عن قفيز ودرهم وان نقص فعليه قفيز ودرهم وفي رواية عليه وظيفة الارض الى أن يطعم الكرم ثم ذكر المصنف الرواية عن عمر رضي الله عنه بذلك فقال (انه بعث عثمان بن حنيف حتى يمسح سواد العراق) وهو الذي آخى النبي صلى الله عليه وسلم بينه وبين علي بن أبي طالب رضي الله عنهما حين آخى بين المهاجرين والانصار (وجعل حذيفة مشرفا عليه فمسح فبلغ ستا وثلاثين ألف ألف جريب ووضع على ذلك ماقلنا وكان بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا منهم) قال شارح في قوله ووضع على ذلك ماقلنا انه سهو بل يقال ووضع ذلك على ماقلنا أي وضع الخراج ولا يخفى أن مرجع اسم الاشارة الست وثلاثون ألف ألف أي وضع على الجريبان المقادير التي ذكرناها ولا سهو ينسب الى قائل هذا وقد تقدم رواية أبي يوسف به وهو منقطع لأن الشعبي لم يدرك عمر رضي الله عنه واعلم أن الرواية عن عمر اختلفت كثيرا في تقدير الوظيفة فروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر رضي الله عنه على أهل السواد على كل جريب أرض يبلغه الماء عامر أو غامر درهما وقفيزا من طعام وعلى البساتين على كل جريب عشرة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الرطاب على كل جريب أرض خمسة دراهم وخمسة أقفزة من طعام وعلى الكروم على كل جريب أرض عشرة دراهم وعشرة أقفزة ولم يضع على النخيل شيأ جعله تبعا للارض ثم حدث عن أبي اسامة عن قتادة عن أبي مجلز قال بعث عمر عثمان ابن حنيف على مساحة الارض فوضع عثمان على الجريب من الكرم عشرة دراهم وعلى جريب النخل ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى جريب الشعير درهمين وقال أبو عبيد في كتاب الاموال حدثنا هشيم بن بشير أنبأنا العوام بن حوشب عن ابراهيم التيمي قال لما افتتح المسلمون فساق الحديث بطوله الى أن قال فمسح عثمان بن حنيف سواد الكوفة من أرض أهل الذمة فجعل على جريب النخل عشرة دراهم وعلى جريب العنب ثمانية دراهم وعلى جريب القصب ستة دراهم وعلى الجريب من البر أربعة وعلى الجريب من الشعير درهمين وفيه قال فأخذ من تجارهم من كل عشرين درهما درهما فرفع ذلك الى عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرضي به فقد رأيت ماهنا من الاختلاف ومالك رحمه الله يعتبر اجارة الامام لانها وقف على المسلمين عنده فتفوض الى اجارته كما هو الرسم الآن في اراضي مصر فان المأخوذ الآن بدل اجارة لا خراج فلا ترى أن الاراضي ليست مملوكة للزراع وهذا بعد ماقلنا ان أرض مصر

على ماذكر في شرح الطحاوي (ودرهم)

بذراع الملك كسرى يزيد هو على ذراع العامة بقبضة كذا ذكره الامام التمرتاشي رحمه الله وفي المغرب الذراع المكسرة ست قبضات وهي ذراع العامة وانما وصفت بذلك لانها نقصت عن ذراع الملك بقبضة كذا

ولأن المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة والمزارع أكثرها مؤنة والرطاب بينهما والوظيفة تتفاوت بتفاوتها فجعل الواجب فى الكرم أعلاها وفى الزرع أدناها وفى الرطبة أوسطها قال (وماسوى ذلك من الاصناف كالزعفران والبستان وغيره يوضع عليها بحسب الطاقة) لانه ليس فيه توظيف عمر وقد اعتبر الطاقة فى ذلك فنعتبرها فيما لا توظيف فيه قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج لا يزاد عليه لان التصنيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين والبستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وأخر وفى ديارنا وظفوا من الدراهم فى الاراضى كلها وتركنا كذلك لان التقدير يجب أن يكون بقدر الطاقة من أى شئ كان قال (فان لم تطق ما وضع عليها نقصهم الامام) والنقصان عند قلة الريع جائز بالاجماع ألا ترى الى قول عمر لعلكما حملتما الارض مالا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت وهذا يدل على جواز النقصان وأما الزيادة عند زيادة الريع يجوز عند محمد اعتبارا بالنقصان وعند أبى

(قوله فالكرم أخفها) يعنى وأكثرها ريعا لا يبقى على الابد بلا مؤنة (والمزارع أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى الزراعة والقاء البذر فى كل عام (والرطاب بينهما) لانها تبقى أعواما ولا تدوم دوام الكروم فكانت مؤنتها فوق مؤنة الكروم ودون مؤنة المزارع وخراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب شيأ من الخارج كالخمس والسدس ونحو ذلك (لانه ليس فيه توظيف عمر) فنعتبر فيه الطاقة كما اعتبرها فى الموظف ومن الانصاف ان لا يزاد على النصف (قوله والبستان كل أرض يحوطها حائط) ظاهر

خراجية والله أعلم كأنه لموت المالكين شيأ فشيأ من غير اخلاف ورثة فصارت البيت المال وينبغى على هذا أن لا يصح بيع الامام ولا شراؤه من وكيل بيت المال لشئ منها لان نظره فى مال المسلمين كنظر ولى اليتيم فلا يجوز له بيع عقاره الا لضرورة عدم وجود ما ينفقه سواه فلذا كتبت فى فتوى رفعت الى فى شراء السلطان الاشرف برسباى رحمه الله لارض ممن ولاه نظر بيت المال هل يجوز شراؤه منه وهو الذى ولاه فكتبت اذا كان بالمسلمين حاجة والعياذ بالله جاز ذلك وأحمد فى رواية كذلك وفى رواية فى كل جريب حنطة أو شعير درهم والباقى كقولنا وقيل كل الروايات عن عمر صحيحة وانما اختلفت لاختلاف النواحى فوضع بعضها أقل وبعضها أكثر لتفاوت الريع فى ناحية مع ناحية وما قلنا أشهر رواية وأرفق بالرعية ثم ذكر المصنف المعنى فى اختلاف الوظيفة فقال (ولان المؤن متفاوتة فالكرم أخفها مؤنة) لانه يبقى على الابد بلا مؤنة وأكثرها ريعا (والمزارع) أقلها ريعا و (أكثرها مؤنة) لاحتياجها الى البذر ومؤن الزراعة من الحراثة والحصاد والدياس والتذرية فى كل عام (والرطاب بينهما) لانها لا تدوم دوام الكرم ويتكلف فى عملها كل عام فوجب تفاوت الواجب بتفاوت المؤنة أصله قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر وما سقى بغرب أو دالية ففيه نصف العشر (قوله وماسوى ذلك) أى من الاراضى التى فيها أصناف غير ما وظف فيه عمر رضى الله عنه (كالزعفران) والنخيل الملتفة (والبستان) وهو أرض يحوطها حوائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار وكذا غير ذلك كالنخيل الملتفة (يوضع على ذلك بحسب الطاقة) فيوضع على النخيل الملتفة بحسب ما تطيق ولا يزاد على الكرم وعلى جريب الزعفران كذلك ينظر فى ذلك كله الى غلتها فان لم تبلغ سوى غلة الزرع يؤخذ قدر خراج الزرع أو الرطبة يؤخذ خراج الرطبة أو الكرم فالكرم وانما ينتهى الى نصف الخارج (لان التنصيف) بعدما كان لنا أن نقتلهم ونتملك رقاب الاراضى والاموال (عين الانصاف) (قوله فان لم تطق ما وضع عليها) بان لم يبلغ الخارج منها ضعفه نقص الى نصف الخارج كذا أفاده فى الخلاصة حيث قال فان كانت الاراضى لا تطيق أن يكون الخراج خمسة بأن كان الخارج لا يبلغ عشرة يجوز أن ينقص حتى يصير مثل نصف الخارج انتهى وفى هذا فرق بين الارضين التى وظف عليها عمر رضى الله عنه ثم نقص نزلها وضعفت الآن أو غيرها وأجمعوا أنه لا يجوز الزيادة على وظيفة عمر رضى الله عنه فى الاراضى التى وظف فيها عمر رضى الله عنه أو امام آخر مثل وظيفة عمر ذكره فى الكافى وأما فى بلد لو أراد الامام أن يبتدئ فيها التوظيف فعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يزيد وقال محمد وهو قول مالك وأحمد ورواية عن أبى يوسف وقول الشافعى له ذلك ومعنى هذا اذا كانت الارض التى فتحت بعد الامام عمر رضى الله عنه تزرع الحنطة فأراد أن يضع عليها درهمين وقفيزا وهى تطيقه ليس له ذلك وعند محمد له ذلك اعتبارا بالنقصان وهذا يؤيد بما ذكرته من حمل الارض فى قوله فان لم تطق ما وضع عليها على ما يشمل أرض عمر رضى الله عنه ومنعه أبو يوسف بان عمر رضى الله عنه لم

ذكر الامام الثمرتاشى رحمة الله تعالى عليه وكانت ذراعه سبع قبضات وقيل هذا حكاية عن جريبهم فى

التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة) أى استأصله حر شديد أو برد شديد أو نحو ذلك فلا خراج أيضا (لانه فات النماء التقديرى) الذى أقيم مقام النماء الحقيقى (فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة) فان من اشترى جارية للتجارة فمضى عليها ستة أشهر ثم نواها للخدمة سقطت الزكاة لانها لم تبق نامية فى جميع الحول (أو) يقال (بدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج) يعنى أن النماء التقديرى كان قائما مقام الحقيقى فلما وجد الحقيقى تعلق الحكم به لكونه الاصل وقد هلك فيهلك معه الخراج فان قيل اذا استأجر أرضا للزراعة فاصطلم الزرع آفة لم تسقط الاجرة ففى الفرق بينه وبين الخراج أجيب بان الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع لا بعده وليس الاجر كالخراج لانه وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم يخرج شئ جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم تخرج ثم قال مشايخنا ماذكر فى الكتاب ان الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن ان تزرع الارض ثانيا أما اذا بقى فلا يسقط الخراج قال

(وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) اذا عطل الارض الخراجية صاحبها فعليه الخراج لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته قالوا

يوسف لا يجوز لان عمر لم يزد حين أخبر بزيادة الطاقة (وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) لانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج وفيما اذا اصطلم الزرع آفة فات النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة أو بدار الحكم على الحقيقة عند خروج الخارج قال (وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته

يزد حين أخبر بزيادة طاقة الارض ففى البخارى من حديث عمرو بن ميمون أخاف أن تكون حملتما الارض مالا تطيق قال حملناها أمرا هى له مطيقة ما فيها كبير فضل وروى عبد الرزاق قال أخبرنا معمر عن على بن الحكم البنانى عن محمد بن زيد عن ابراهيم قال جاء رجل الى عمر بن الخطاب رضى الله عنه فقال أرض كذا وكذا يطيقون من الخراج أكثر مما عليهم فقال ليس اليهم سبيل (قوله وان غلب على أرض الخراج الماء أو انقطع الماء عنها أو اصطلم الزرع آفة فلا خراج عليه) أما فى غلبة الماء أو انقطاعه (فلانه فات التمكن من الزراعة وهو النماء التقديرى المعتبر فى الخراج) وأما فى الاصطلام فلفوت (النماء التقديرى فى بعض الحول وكونه ناميا فى جميع الحول شرط كما فى مال الزكاة أو بدار الحكم على حقيقة الخارج عند الخروج) لان التمكن من الزراعة قائم مقامه فاذا وجد الاصل بطل اعتبار الخلف وتعلق الحكم بالاصل واعلم أن أكثر المشايخ حملوا المذكور فى الكتاب من سقوط الخراج بالاصطلام على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكن الزراعة ثانيا فان بقى لا يسقط الخراج لانه عطلها وفى الفتاوى الكبرى تكلموا أن المعتبر فيه زراعة الحنطة أو الشعير أم أى زرع كان وان المعتبر مدة ترك الزرع فيها أو مدة يبلغ الزرع فيها مبلغا يكون قيمته ضعف الخراج والفتوى على أنه مقدر بثلاثة أشهر وهو لا ينافى الوجه الثانى لان ادارة الحكم على حقيقة الخارج ان أسقط الواجب منه لا يمنع الايجاب بالتعطيل فيما بعده من الزمان وأما لوجه الاول فصريح فى نفى الوجوب وان بقى امكان الزراعة الى آخر السنة ولم يذكر كثير من المشايخ هذا واعاد الزرع تستدعى مؤنا كالاول فان أخرج شيأ فقصاراه أن يفى بالخراجين فأخذ الخراج اذا لم يزرع والحالة هذه تخيير أصل مال الزارع وكذا ان زرع (قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج لان التمكن) من الزراعة (كان ثابتا وهو الذى فوته) أى فوت الزرع وهذا

أراضيهم وليس بتقدير لازم فى الاراضى كلها بل حريب الاراضى يختلف باختلاف البلدان فيعتبر فى كل بلد متعارف أهله فالمراد بالقفيز الصاع وهو ثمانية أرطال أربعة أمناء خلافا لابى يوسف رحمة الله تعالى عليه وهو يكون من الحنطة أو الشعير وفى شرح الطحاوى قفيز مما يزرع فيها الرطبة بالفتح الاسفست الرطب النخيل المتصل الذى اتصل بعضها ببعض على وجه يكون كل الارض مشغولة بها (قوله أو اصطلم الزرع آفة) فلا خراج عليه لانه مصاب فيستحق المعونة ولو أخذناه بالخراج كان به استئصاله ومما حدث من سير الاكاسرة أنهم كانوا اذا اصطلم الزرع آفة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما انفقوا ويقولون التاجر شريك فى الخسران كما هو شريك فى الربح فان لم يرد عليه شيأ فلا أقل من أن لا يأخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا فى ذمته فاما الخراج فصلة واجبة بقدر ريع الارض فلا يمكن ايجابه بعد ما اصطلم الزرع آفة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها حيث لا يسقط خراجها لانه هو الذى اختار ترك الاستغلال والانتفاع بها وقصد بذلك اسقاط حق مصارف الخراج فرد عليه قصده وفى الفوائد الظهيرية الفرق بين الاجر والخراج مع أن كل واحد منهما متعلق بالتمكن وهو أن الاجر يجب شيأ فشيأ بمقابلة استيفاء المنفعة ولا كذلك الخراج لانه لا يجب شيأ فشيأ فتعتبر المكنة فى المدة التى يحصل فيها الريع ثم قال هذا اذا ذهب كل الخارج أما اذا ذهب بعضه فان بقى مقدار الخراج ومثله ان بقى مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقى أقل من مقدار الخراج يجب نصفه قال مشايخنا رحمهم الله ماذكر فى الكتاب أن الخراج يسقط بالاصطلام محمول على ما اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض ثانيا أما اذا بقى فلا يسقط الخراج (قوله وان عطلها صاحبها فعليه الخراج) لان التمكن كان ثابتا وهو الذى فوته هذا اذا كانت الارض

قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر فعليه خراج الأعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذ يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس (ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) لان فيه معنى المؤنة فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء فامكن ابقاؤه على المسلم (ويجوز أن يشترى المسلم أرض الخراج من الذمى ويؤخذ منه الخراج) لما قلنا وقد صح ان الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها

بشرط التمكن كما يفيده قوله لان التمكن كان ثابتا فأما اذا لم يتمكن لعدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها لغيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويعطيه الباقى أو يؤجرها ويأخذ الخراج من الاجرة أو يزرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها خراج السنة المتسلخة ودفع باقى الثمن لصاحبها ثم استمر يأخذ الخراج من المشترى وهذا وان كان نوع حجر ففيه دفع ضرر العامة باثبات ضرر واحد وهو جائز كما قلنا فى الحجر على المكارى المفاس والطبيب الجاهل ولو وقع البيع فى أثناء السنة فان بقى منها قدر ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا على البائع وما عن أبى يوسف أنه يدفع للعاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها صحيح أيضا ومن فروع ذلك (ما اذا انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بان كانت مثلا تزرع الكرم فزرعها حبوبا (أخذ منه اج الاعلى) وهو الكرم (لانه هو الذى ضيع الزيادة) على المسلمين قالوا لا يفتى بهذا لما فيه من تسلط الظلمة على أموال المسلمين اذ يدعى كل ظالم أن أرضه تصلح لزراعة الزعفران ونحوه وعلاجه صعب (قوله ومن أسلم من أهل الخراج أخذ منه الخراج على حاله) وعند مالك والشافعى يسقط عنه الخراج وكذا لو باعها من مسلم يجوز البيع عندنا خلافا لمالك فى رواية وعلى رواية الجواز يسقط الخراج لما فيه من معنى الذل والصغار وهو غير لائق بالمسلم وقوله (لما قلنا) من أن فيه معنى المؤنة والمسلم من أهل المؤنة كالعشر والارض لا تخلو منها فابقاء ما تقرر واجبا أولى ولان وضع عمر رضى الله عنه بموافقة جماعة من الصحابة ما كان الا ليجد الذين يجيئون من المسلمين بعد أهل الفتح ما يسد حاجتهم وفتح هذا الباب يؤدى الى فوات هذا المقصود فان الاسلام غير بعيد بعد مخالطة المسلمين ومعرفة محاسنه أو تقية من الكلفة وتجشم المشاق فى الزراعة ثم دفع نحو النصف للغير قال المصنف (وقد صح أن الصحابة اشتروا أراضى الخراج وكانوا يؤدون خراجها) قال البيهقى قال أبو يوسف القول ما قال أبو حنيفة أنه كان لابن مسعود وخباب بن الارت والحسين بن على ولشريح أرض الخراج فدل على انتفاء كراهة تملكها حدثنا محمد بن سعيد عن عامر عن عتبة بن فرقد السلمى أنه قال لعمر بن الخطاب رضى الله عنه انى اشتريت أرضا من أرض السواد فقال عمر أنت فيها مثل صاحبها قال البيهقى وأخبرنا أبو سعيد حدثنا أبو العباس الاصم حدثنا الحسن بن على بن عفان حدثنا يحيى بن آدم قال حدثنا حسن بن صالح عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب قال أسلمت امرأة من أهل نهر الملك فكتب عمر بن الخطاب رضى الله عنه ان اختارت أرضها وأدت ما على أرضها من الخراج فلها بينها وبين أرضها

صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة فلم يزرعها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم مؤنه وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وهذا بلا خلاف وان كان هذا نوع حجر وفيه ضرر ولكن هذا الحق ضرر واحد للعامة وعن أبى يوسف رحمه الله تدفع الى العاجز كفايته من بيت المال ليعمل فيها قرضا وفى جمع الشهيد رحمه الله باع أرضا خراجية فان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع كذا ذكره الامام الترتاشى رحمه الله (قوله قالوا من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) فعليه خراج الاعلى كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس فان قيل كيف يجوز هذا وهم لو أخذوا كان أخذهم فى موضعه لكونه واجبا قلنا المعنى من ذلك انا لو

قيل هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة والمالك متمكن من الزراعة وعطلها أما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار عدم قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ ذلك من الاجرة وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال فان لم يتمكن ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ الخراج من ثمنها وهذا بلا خلاف وان كان فيه نوع حجر وهو ضرر واحد لكنه الحاق ضرر بواحد للعامة (قوله قالوا) يعنى المشايخ (من انتقل الى أخس الامرين من غير عذر) بأن كانت الارض صالحة للزراعة للاعلى وهو الزعفران مثلا فزرع الشعير مثلا (وجب خراج الزعفران لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كى لا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس) ورد بانه كيف يجوز الكتمان وانهم لو أخذوا كان فى موضعه لكونه واجبا وأجيب بانا لو أفتينا بذلك لادعى كل ظالم فى أرض ليس شأنها ذلك انها قبل هذا كانت تزرع الزعفران فيأخذ خراج ذلك وهو ظلم وعدوان (قوله ومن أسلم من أهل الخراج)

فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة (ولا عشر في الخارج من أرض الخراج) وقال الشافعي يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان وجبا في محلين مختلفين بسببين مختلفين فلا يتنافيان ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم

والاخلوا بين المسلمين وبين أرضهم وروى عبد الرزاق وابن أبي شيبة حدثنا الثوري عن قيس بن مسلم عن طارق بن شهاب أن دهقانة من أرض نهر الملك أسلمت فقال عمر ادفعوا اليها أرضها تؤدي عنها الخراج وقال ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما حدثنا هشيم بن بشير عن شيبان بن الحكم عن زبير بن عدي أن دهقانا أسلم على عهد علي رضي الله عنه فقال علي ان أنت في أرضك رفعنا عنك الخراج عن رأسك وأخذنا ها من أرضك وان تحولت عنها فنحن أحق بها وقال ابن أبي شيبة حدثنا حفص بن غياث عن محمد بن قيس عن أبي عون محمد بن عبيد الله الثقفي عن عمر وعلي قالا اذا أسلم وله أرض وضعنا عنه الجزية وأخذنا خراجها قال المصنف (فدل على جواز الشراء وأخذ الخراج وأدائه للمسلم من غير كراهة) وصرح في كافي الحاكم بنفي الكراهة قيل ولو قال من المسلم كان أولى وهو بناء على تعليقه بلفظ أخذ وهو غير مقصود فان الاخذ يقوم بالامام وليس المقصود افادة انه هل يكره للامام أخذ الخراج من المسلم بل المقصود افادة حكم شراء المسلم الارض الخراجية وتعرضه بذلك للاخذ منه هل يكره له ذلك أولا فيجب لفظ للمسلم ليتعلق بالشراء في قوله فدل على جواز الشراء للمسلم وعدم الكراهة تلا كما يقول بعض المتقشفة رحمة الله عليهم ورحمنا بهم من كراهة ذلك لما روى انه عليه الصلاة والسلام رأى شيأ من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنا منهم أن الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الغزو فكر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة لما مذكروه اذ لا شك في أنه يجوز للمسلم التزام ما لا يجب عليه ابتداء ألا ترى انه لو تكفل بجزية ذمي جاز بلا كراهة (قوله ولا عشر في الخارج من أرض الخراج وقال الشافعي ومالك وأحمد (يجمع بينهما لانهما حقان مختلفان) ذاتا فان العشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج مؤنة فيها معنى العقوبة ومحلا فان العشر في الخارج والخراج في الذمة وسببا لان سبب العشر الارض النامية بالخارج تحقيقا وسبب الخراج الارض النامية به تقديرا ومصرفا فمصرف العشر الفقراء ومصرف الخراج المقاتلة وقد تحقق سبب كل منهما ولا منافاة بين الحقين فيجبان كوجوب الدين مع العشر والخراج قال المصنف (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج في أرض مسلم) وهو حديث ضعيف ذكره ابن عدي في الكامل عن يحيى بن عنبسة حدثنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن علقمة عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع على مسلم خراج وعشر ويحيى بن عنبسة مضعف الى غاية حتى نسب الى الوضع والى الكذب على أبي حنيفة وانما رواه أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم فجاء يحيى وصله نعم انما روى عن التابعين مثل النخعي والشعبي وعكرمة كما ذكرناه وروا ابن أبي شيبة عن الشعبي حدثنا ابراهيم بن المغيرة خ ن لعبد الله بن المبارك عن حمزة السلولي عن الشعبي قال لا يجتمع عشر وخراج في أرض وقال حدثنا أبو غيلة حدثنا يحيى بن واضح عن أبي المنيب عن عكرمة قال لا يجتمع عشر وخراج في مال وحاصل هذا كما ترى ليس الا نقل مذهب بعض التابعين ولم يرفعوه فيكون حديثا مرسلا وقد نقل ابن المبارك الجمع

قال المصنف (وأدائه للمسلم من غير كراهة) أقول قال الاتقاني لو قال من المسلم لكان أولى اه فيه تامل

أفتينا بذلك لادعى كل ظالم في كل أرض ليس هذا شأنها انها كانت هي قبل هذا تزرع الزعفران أو الزراجين فيأخذ منها خراج الزعفران أو الزراجين وهذا منهم طمع في غير مطمع فيكون هذا ظلما وعدوانا كذا في الفوائد الظهيرية (قوله من غير كراهة) احترازا عما يقوله المتعسفة بانه مكروه ويستدلون بما روى أن النبي عليه السلام رأى من آلات الحراثة فقال ما دخل هذا بيت قوم الا ذلوا ظنوا أن المراد الذل بالتزام الخراج وليس كذلك بل المراد أن المسلمين اذا اشتغلوا بالزراعة واتبعوا أذناب البقر وقعدوا عن الجهاد كر عليهم عدوهم فجعلوهم أذلة وقد روى عن عبد الله بن مسعود والحسين بن علي وشريح رضي الله تعالى عنهم أنه كانت لهم أرضون بالسواد يؤدون خراجها (قوله في محلين مختلفين بسببين مختلفين) وكذلك لمصرفين

ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما وكفى باجماعهم حجة ولان الخراج يجب في أرض فتحت عنوة وقهرا والعشر في أرض أسلم أهلها طوعا والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهو الارض النامية الا أنه يعتبر في العشر تحقيقا وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما (ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة) لان عمر

بينهما مذهبا لجماعة آخرين فهذا نقل المذاهب لا استدلال وأما قوله (ولان أحدا من الأئمة الى آخره) فقد منع بنقل ابن المنذر الجمع في الاخذ عن عمر بن عبد العزيز فلم يتم وعدم الاخذ من غيره جاز كونه لتفويض الدفع الى المالك فلم يتعين قول صحابي بعدم الجمع ليحتج به من يحتج بقولهم على ان فعل عمر بن عبد العزيز يقتضي أن ليس عمر رضي الله عنه على منع الجمع لانه كان متبعا له مقتفيا لآثاره وماذكرناه عنه فيما تقدم من كتبه في جواب السائل في مسئلة خمس الجزية والخراج اذا رجعت اليه يفيدك ذلك ثم المصنف منع تعدد السبب وجعل السبب فيهما معا الارض ولا مانع أن يتعلق بالسبب الواحد وهو الارض هنا وظيفتان مع أن العمومات تقتضيه مثل قوله عليه الصلاة والسلام ما سقت السماء ففيه العشر فانه يقتضي أن يؤخذ مع الخراج ان كان ولان تعدد الحكم واتحاده بتعدد السبب واتحاده وسبب كل من الخراج والعشر الارض النامية (الا أنه يعتبر النماء في العشر تحقيقا) لانه اسم اضافي فما لم يتحقق خارج لا يتحقق عشره (وفي الخراج تقديرا ولهذا يضافان اليها) فيقال خراج الارض وعشر الارض والاضافة دليل السببية وكون الارض مع النماء التقديري غير الارض مع التحقيق مخالفة اعتبارية لا حقيقية فالارض النامية هي السبب واذا اتحد السبب اتحد الحكم وصار كزكاة التجارة والسائمة فان السبب واحد بالذات وهو الغنم مثلا وهو مع ذلك لا يقال الغنم مع السوم غيرهما مع قصد التجارة فيجب كل منهما لتعدد السبب وأما قوله (ولان الخراج يجب في الارض اذا فتحت عنوة وقهرا والعشر في الارض اذا أسلم أهلها) عليها ولازم الاول الكره ولازم الثاني الطوع وهما متنافيان فلا يجتمعان فعلوم أن بعض صور الخراج يكون مع الفتح عنوة وهو ما اذا أقر أهلها عليها وكذا بعض صور العشر وهو ما اذا فتحها عنوة وقسمها بين الغانمين كما أن بعض صور الخراج لا يكون مع العنوة والقهر بل للصلح أو بان أحياها وسقاها بماء الانهار الصغار أو كانت قريبة من أرض الخراج على الخلاف ومع هذا فالذي يغلب على الظن أن الراشدين من عمر وعثمان وعلي رضوان الله عليهم أجمعين لم يأخذوا عشرا من أرض الخراج والا لنقل كما نقل تفاصيل أخذهم الخراج بهذا تقضي العادة وكونهم فوضوا الدفع الى الملاك في غاية البعد أرأيت اذا كان العشر وظيفة في الارض التي وظف فيها الخراج على أهل الكفر هل يقرب أن يتولوا أخذ وظيفة ويكلوا الاخرى اليهم ليس لهذا معنى وكيف وهم كفار لا يؤمنون على أدائه من طيب أنفسهم واذا كان الظن عدم أخذ الثلاثة صح دليلا بفعل الصحابة خصوصا الخلفاء الراشدين ويكون اجماعا وذكر الاسبيجابي لا يجتمع الاجر والضمان عندنا والعقر والحد والجلد والنفي وكذا الرجم مع الجلد وزكاة التجارة مع صدقة الفطر والشافعي يوافق في الجلد مع الرجم وما سواه يجمع (وكذا الزكاة مع أحدهما) أي العشر والخراج خلافا للشافعي وصورته اذا اشترى أرض عشر أو خراج بقصد التجارة عليه العشر أو الخراج وليس عليه زكاة التجارة عندنا وانما لم يعكس لان العشر والخراج ألزم للارض بخلاف الزكاة فانه يشترط فيها ما لا يشترط فيهما (قوله ولا يتكرر الخراج بتكرر الخارج في سنة لان عمر

مختلفين) أما اختلاف المحل فان الخراج في ذمة المالك والعشر في الخارج وأما اختلاف السبب فان سبب الخراج الارض النامية تقديرا وسبب العشر الارض النامية تحقيقا وأما اختلاف المصرف فان الخراج مصروف الى المقاتلة والعشر مصروف الى الفقراء (قوله والوصفان لا يجتمعان في أرض واحدة) لان بينهما تنافيا لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر فلما لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) حتى لو اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة

خراجية للتجارة ففيها العشر والخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد معه وفيه ودلائل الطرفين مذكورة في الشروح

وسلم (قوله والوصفان لا يجتمعان) لان الطوع ضد الكره الحاصل من القهر واذا لم يجتمع السببان لم يثبت الحكمان (قوله ولهذا يضافان الى الارض) يقال عشر الارض وخراج الارض وقوله (وعلى هذا الخلاف الزكاة مع أحدهما) أي العشر أو الخراج صورته رجل اشترى أرض عشر أو خراج للتجارة لم يكن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج عندنا وعند محمد أن عليه زكاة التجارة مع العشر أو الخراج وهو قول الشافعي ومغزاهما توهم اختلاف المحلين أن محل العشر الخارج ومحل الزكاة عين مال التجارة وهو الارض فلم يجتمعا في محل واحد فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدين مع العشر ولنا أن المحل واحد لان كلا منهما مؤنة الارض النامية وكذلك الزكاة وظيفة المال النامي وهو الارض وكل منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد واذا ثبت أنه لا وجه للجمع بينهما قلنا العشر والخراج صارا وظيفتين لازمتين لهذه الارض فلا يسقطان

قال المصنف (وعلى هذا الخلاف الزكاة) أقول لو اشترى أرضا عشرية أو

لسقاط المالك وهو أسبق ثبوتا من زكاة التجارة التي كان وجوبها بنية فلهذا بقيت عشرية وخراجية كما كانت وبقوله وكل واحد منهما يجب حقا لله خرج الجواب عن وجوب الدين مع العشر فان الدين يجب للعبد والعشر لله تعالى فلا تنافي بينهما فيجبان وان كانا بسبب ملك واحد والباقي ظاهر *(باب الجزية)*

لما فرغ من ذكر خراج الاراضي ذكر في هذا الباب خراج الرؤس وهو الجزية لانه قدم الاول لان العشر يشاركه في سببه وفي العشر معنى القربة وبيان القربات مقدم والجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى كالليحة واللحى وانما سميت بها لانها تجزي من الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل قال الله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله الى قوله حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فان قيل الكفر معصية وهو أعظم الكبائر فكيف يصح أخذ البدل على تقريره أجيب بان الجزية لم تكن بدلا عن تقرير الكفر وانما هي عوض عن ترك القتل والاسترقاق الواجبين فجاز كاسقاط القصاص بعوض أو هي عقوبة على الكفر فيجوز كالاسترقاق (قوله وهي على ضربين) ظاهر ونجران بلاد وأهلها نصارى والحلة ازار ورداء هو المختار ولا تسمى حلة حتى تكون ثوبين وقوله (ولان الموجب هو التراضي) أي الموجب

لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق عشرا الا بوجوبه في كل خارج والله أعلم

(باب الجزية)

(وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح فتتقدر بحسب ما يقع عليه الاتفاق) كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألف ومائتي حلة ولان الموجب هو التراضي فلا يجوز التعدي الى غير ما وقع عليه

عنه لم يوظفه مكررا) في سنة بتكرر الخارج على الطريقة التي قدمناها وقد يوازي بها تعلق الخراج بالتمكن فيستويان فالخراج له شدة من حيث تعلقه بالتمكن وله خفة باعتبار عدم تكرره في السنة ولو زرع فيها مرارا والعشر له شدة وهو تكرره بتكرر خروج الخارج وخفة بتعلقه بعين الخارج فاذا عطلها لا يؤخذ بشئ فان أثبتت الخفة للعشر مطلقا باعتبار الاغلب وهو عدم تكرر الزرع في العام قلنا وكذلك ليس في الغالب أن تعطل الارض من الزراعة بالكلية ويؤخذ الخراج من أرض المرأة والصبي والاراضي الموقوفة تلافيا وقفها اخراج من مستحق الى مستحق وبذلك لا يبطل الخراج كالبيع والهبة وينبغي أن يطالب بذلك الناظر

(باب الجزية)

هذا هو الضرب الثاني من الخراج وقدم الاول لقوته اذ يجب أسلموا أو لم يسلموا بخلاف الجزية لا يلزمون بها الا اذا لم يسلموا ولانه حقيقة الخراج لانه اذا أطلق الخراج فانما يتبادر خراج الارض ولا يطلق على الجزية الا مقيدا فيقال خراج الرأس وعلامة المجاز لزوم التقييد وتجمع الجزية على جزى كاحية ولحى وهي في اللغة الجزاء وانما بنيت على فعلة للدلالة على الهيئة وهي هيئة الاذلال عند الاعطاء على ما سيعرف (وهي على ضربين جزية توضع بالتراضي والصلح) عليها (فتتقدر بحسب ما عليه الاتفاق) فلا يزاد عليه تحرزا عن الغدر وأصله صلح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران وهم قوم نصارى بقرب اليمن على ألفي حلة في العام على ما في أبي داود عن عبد الله بن عباس رضي الله عنهما قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب انتهى وصالح عمر رضي الله عنه نصارى بني تغلب على أن يؤخذ من كل منهم ضعف ما يؤخذ من المسلم من المال الواجب فلزم ذلك وتقدم تفصيله في الزكاة هذا وقد قال أبو يوسف في كتاب الخراج وأبو عبيدة في كتاب الاموال في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أهل نجران بعد أن قال على ألفي حلة كل حلة أربعين يعني قيمتها أوقية وقول الولوالجي كل حلة خمسون درهما ليس بصحيح لان الاوقية أربعون درهما والحلة ثوبان ازار ورداء وتعتبر هذه الحلل في مقابلة ما يؤخذ من رؤسهم وأراضيهم قال أبو يوسف

التجارة عندنا لان الواجب حق الله تعالى متعلق بالارض كالزكاة فلا يجتمعان كما لا تجب زكاة السائمة والتجارة باعتبار مال واحد ثم العشر أو الخراج صار وظيفة لهذه الارض فلا يسقط مع أنه أسبق ثبوتا من زكاة التجارة ولانه آكد على معنى أنه لا يسقط بعذر ما والزكاة تسقط بعذر الصبا والجنون واذا كان آكد كان أولى بالايجاب كذا في الايضاح والله تعالى أعلم بالصواب *(باب الجزية)*

الجزية اسم لما يؤخذ من أهل الذمة والجمع الجزى مثل اللحية واللحى وانما سميت بها لانها تجزي عن الذمي أي تقضي وتكفي عن القتل فانه اذا قبلها سقط عنه القتل هي ثابتة بالكتاب وهو قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون والسنة وهو ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الجزية من مجوس هجر وقد طعن بعض الملحدين حيث قالوا كيف يجوز تقرير الكفار على الشرك بمال ولو جاز الجواز تقرير الزنا على الزنا بمال يؤخذ منه والجواب عنه أنه ليس المقصود هو المال بل الدعاء الى الدين باحسن الوجوه لانه بعقد الذمة يسكن بين المسلمين ويرى محاسن الدين فربما يسلم مع أن فيه دفع شرقتاله (قوله كما صالح رسول الله عليه الصلاة والسلام بني نجران على ألفي ومائتي حلة) نجران بلاد وأهلها نصارى والحلة ازار ورداء هذا هو المختار

(باب الجزية)

(قوله أجيب بان الجزية الى قوله كالاسترقاق الخ) أقول هذا الجواب مع سؤاله في شرح الاتقاني الأأن الاظهر في الجواب الاتفاق هو الشق الاول حيث يوهم الثاني جواز وضع الجزية على النسوان والزمن وأمثالهما مع أنه يجوز أن يجاب بانه بدل عن النصرة لما سيجيء فليتأمل قال المصنف (كما صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم) أقول الكاف للتعليل ولذلك عطف عليه قوله ولان الموجب الخ

الاتفاق (وجزية يبتدئ الامام وضعها اذا غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيضع على الغنى الظاهر الغنى فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما يأخذ منهم فى كل شهر أربعة دراهم وعلى وسط الحال أربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) وهذا عندنا وقال الشافعى يضع على كل حالم دينارا أو ما يعدل الدينار الغنى والفقير فى ذلك سواء لقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا أو عدله معافر من غير فصل

الغاحلة على أراضيهم وعلى جزية رؤسهم تقسم على رؤس الرجال الذين لم يسلموا وعلى كل أرض من أراضى نجران وان كان بعضهم قد باع أرضه أو بعضها من مسلم أو ذمى أو تغلبى والمرأة والصبى فى ذلك سواء فى أراضيهم وأما جزية رؤسهم فليس على النسا والصبيان اه يعنى أن ما وقع عليه الصلح يؤخذ سواء باع بعضهم أرضه أولم يبع ثم اذا باع أرضه يؤخذ ما وقع عليه الصلح على حاله ويؤخذ الخراج من المشترى المسلم وعشران من التغلبى المشترى وقول المصنف على ألف ومائتى حلة غير صحيح وكذا قوله بنى نجران فان نجران اسم أرض من حيز اليمن لا اسم أبى قبيلة فلذا كان الثابت فى الحديث أهل نجران (و) الضرب الثانى (جزية يبتدئ الامام بتوظيفها اذا غلب على الكفار) ففتح بلادهم (وأقرهم على أملاكهم) فهذه مقدرة بقدر معلوم شاؤا أو أبوا رضوا أولم يرضوا فيضع على الغنى فى كل سنة ثمانية وأربعين درهما) بوزن سبعة (يأخذ من أحدهم فى كل شهر أربعة دراهم وعلى أوسط الحال أربعة وعشرين درهما فى كل شهر درهمين وعلى الفقير المعتمل اثنى عشر درهما فى كل شهر درهما) واحدا (وقال الشافعى يضع على كل حالم) أى بالغ (دينارا) أو اثنى عشر درهما وقال بعض مشايخهم الامام مخير بينهما والدينار فى القواعد الشرعية بعشرة الا فى الجزية فانه يقابل باثنى عشر درهما الان عمر قضى بذلك وعند عامة أصحابهم لا يعتبر الدينار الا بالسعر والقيمة ويستحب للامام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغنى أربعة دنانير وقال مالك رحمه الله يؤخذ من الغنى أربعون درهما أو أربعة دنانير ومن الفقير عشرة دراهم أو دينار وقال الثورى وهو رواية عن أحمد هى غير مقدرة بل تفوض الى رأى الامام لانه عليه الصلاة والسلام أمر معاذا باخذ الدينار وصالح هو عليه الصلاة والسلام نصارى نجران على ألفى حلة وعمر جعل الجزية على ثلاث طبقات كما هو قولنا وصالح بنى تغلب على ضعف ما يؤخذ من المسلمين فهذا يدل على أنه لا تقدير فيها بشئ معين بل مفوض الى رأى الامام حتى لو نقص عن الدينار جاز وعن أحمد روايتان أخريان احداهما كقولنا والاخرى كقول الشافعى وجه قوله ما رواه أبو داود والترمذى والنسائى عن الاعمش عن أبى وائل عن مسروق عن معاذ قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم الى اليمن وأمرنى أن آخذ من البقر من كل ثلاثين تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة ومن كل حالم دينارا أو عدله معافر من غير فصل بين غنى وفقير قال الترمذى حديث حسن وذكر أن بعضهم رواه عن مسروق عن النبى صلى الله عليه وسلم مرسلا قال وهو أصح ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وصححه فهذا كما ترى ليس فيه ذكر الحالمة وفى مسند عبد الرزاق حدثنا معمر وسفيان الثورى عن الاعمش عن أبى وائل عن مسروق عن معاذ رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم بعث معاذا الى أن قال ومن كل حالم أو حالمة دينارا أو عدله معافر وكان معمر يقول هذا غلط ليس على النساء شئ وفيه طرق كثيرة فيها ذكر الحالمة وقال أبو عبيد وهذا والله أعلم فيما نرى منسوخ اذ كان فى أول الاسلام نساء المشركين

ولا تسمى حلة حتى يكون ثوبين وهى من الحلول من حل الدار أو الحل من حل العقدة لما بينهما من الفرجة (قوله على الغنى الظاهر الغنى) هو صاحب المال الكثير الذى لا يحتاج الى العمل والمتوسط الذى له مال لا يستغنى بماله عن العمل والمعتمل الذى يكسب أكثر من حاجته ولا مال له وقيل الفائق الذى يملك عشرة آلاف درهم فصاعدا ومتوسط الحال الذى يملك مائتى درهم فصاعدا والمعتمل الذى يملك ما دون المائتين أولا يملك شيأ كذا فى شرح القدورى (قوله أو عدله معافر) أى خذ من كل دينار بردا من هذا الجنس يقال ثوب معافرى منسوب الى معافر بن مرثم صار له اسما غير نسبة كذا فى المغرب وذكر فى الفوائد الظهيرية

لتقرير ما وقع عليه الاتفاق من المال هو التراضى لا الموجب لوجوب الجزية فان موجبه فى الاصل اختيارهم البقاء على الكفر بعد أن غلبوا وقوله (فيضع على الغنى الظاهر الغنى) قال الامام فخر الاسلام من ملك مادون المائتين أولا يملك شيأ لكنه معتمل فعليه اثنا عشر ومن ملك مائتى درهم فصاعدا الى عشرة آلاف درهم وهو معتمل أيضا فعليه أربعة وعشرون درهما ومن ملك عشرة آلاف درهم فصاعدا الى ما لا نهاية له وهو معتمل أيضا فعليه ثمانية وأربعون ثم قال وانما شرط المعتمل لان الجزية عقوبة فانما تجب على من كان من أهل القتال حتى لا يلزم الزمن منهم جزية وان كان مغرما فى اليسار قال والمعتمل هو الذى يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينظر الى عادة كل بلد لان عادة البلدان مختلفة فى الغنى ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا يبلغ يعد من المكثرين وان كان ببغداد أو بالبصرة لا يعد من المكثرين وفى بعض البلدان صاحب عشرة آلاف يعد من المكثرين فيعتبر عادة كل بلد وذكر هذا القول عن أبى نصر محمد ابن سلام وقوله صلى الله عليه وسلم من كل حالم وحالمة معناه

بالغ وبالغة (أو عدله معافر) أى وخذ مثل دينار بردا من هذا الجنس يقال

ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل حتى لا تجب على من لا يجوز قتله بسبب الكفر كالذراري والنسوان وهذا المعنى ينتظم الفقير والغني ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي ولم ينكر عليهم أحد من المهاجرين والانصار ولانه وجب نصرة للمقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لانه وجب بدلا عن النصرة

وولدانهم يقتلون مع رجالهم ويستضاء لذلك بما روى الصعب بن جثامة أن خيلا أصابت من أبناء المشركين فقال عليه الصلاة والسلام هم من آبائهم ثم أسند أبو عبيد عن الصعب بن جثامة قال سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أولاد المشركين أنقتلهم معهم قال نعم فانهم منهم ثم نهى عن قتلهم يوم خيبر والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافري ثوب منسوب الى معافر بن مرة ثم صار اسما للثوب بلا نسبة ذكره في المغرب وفي الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان تنسب اليه هذه الثياب المعافرية وهذا ذكره ابن فارس في المجمل وفي الجمهرة لابن دريد المعافر بفتح الميم موضع باليمن تنسب اليه الثياب المعافرية وفي غريب الحديث للقتبي البرد المعافري منسوب الى معافر من اليمن وفي الجمهرة قال الاصمعي ثوب معافر غير منسوب فمن نسب فهو خطأ عنده (ولان الجزية انما وجبت بدلا عن القتل ولهذا لم تجب على من لم يجز قتله بسبب الكفر كالذراري والنساء وهذا المعنى ينتظم) فيه (الغني والفقير) لان كلا منهم يقتل (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي) ذكره الاصحاب في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليها الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا أخبراه بذلك ثم عمل عثمان كذلك ثم عمل علي كذلك وروى ابن أبي شيبة حدثنا علي بن مسهر عن الشيباني عن أبي عون محمد ابن عبيد الله الثقفي قال وضع عمر بن الخطاب في الجزية على رؤس الرجال على الغني ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط أربعة وعشرين وعلى الفقير اثني عشر درهما وهو مرسل وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا أبو نعيم حدثنا مندل عن الشيباني عن أبي عون عن المغيرة بن شعبة أن عمر وضع الى آخره وطريق آخر رواه ابن سعد في الطبقات الى أبي نضرة أن عمر وضع الجزية على أهل الذمة فيما افتتح من البلاد فوضع على الغني الى آخره ومن طريق آخر أسنده أبو عبيد القاسم بن سلام الى حارثة بن مضرب عن عمر أنه بعث عثمان بن حنيف فوضع عليهم ثمانية وأربعين وعشرين واثني عشر وقد كان ذلك بحضرة الصحابة بلا نكير فكل محل الاجماع ثم عارض المصنف معناه بقوله (ولانه) أي الجزية (وجب نصرة للمقاتلة) أي خلفا عن نصرة مقاتلة أهل الدار لان من هو من أهل دار الاسلام عليه نصرتهم وقد فاتت بميلهم الى أهل الدار المعاندين لنا لاصرارهم على الكفر ولهذا صرفت الى المقاتلة ووضعت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال لو كانوا مسلمين فتختلف باختلاف حالهم لان نصرة الغني لو كان مساما فوق نصرة المتوسط والفقير فانه كان ينصر راكبا وركب معه غلامه والمتوسط راكبا فقط والفقير راجلا وهذا

معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بالفتح مثله من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ومذهبنا منقول عن عمر وعثمان وعلي رضي الله عنهم) التمسك به من وجهين أحدهما أن نصب المقادير بالرأي لا يكون فدل أنه اعتمد السماع من النبي عليه السلام والثاني أنه فعل ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ومشورة منهم ولم يرده عليه أحد فصار اجماعا (قوله وهذا لانها وجبت بدلا عن النصرة بالنفس والمال) ولهذا ضربت الجزية على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال في سبيل الله لو كانوا مسلمين فان قيل هذا لا يجوز لان القتال فرض كفاية والجزية فرض عين قلنا ان القتال في الاصل واجب على كل انسان منا لكنه وجب للذب عن الدار وكسر شوكة المشركين فاذا حصل ذلك بالبعض سقط عن الآخرين وهذا كالسعي واجب على كل مسلم فان حمله انسان كرها الى الجمعة سقط عنه ذلك لانه وجب لامكان الجمعة وقد حصل بدون فعله فكذلك الجهاد حتى اذا لم يحصل ذلك لزم على كل انسان ذلك فان قيل

ثوب معافري منسوب الى معافر بن مرة ثم صار له اسما بغير نسبة وذكر في الفوائد الظهيرية معافر حي من همدان ينسب اليه هذا النوع من الثياب وعدل الشيء بفتح العين مثله اذا كان من خلاف جنسه وبالكسر مثله من جنسه (قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة) وكل ما وجب نصرة للمقاتلة وجب متفاوتا (كما في خراج الارض) وقوله (وهذا) اشارة الى قوله ولانه وجب نصرة للمقاتلة يعني وانما قلنا ان الجزية وجبت نصرة للمقاتلة لانها تجب بدلا عن النصرة للمسلمين ببذل النفس

(قوله لانها تجب بدلا عن النصرة) أقول من ههنا الى قوله قام مقامه عين عبارة الاتقاني

والمال لان كل من كان من أهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا هل أدلكم على تجارة تنجيكم من عذاب أليم تؤمنون بالله ورسوله وتجاهدون في سبيل الله باموالكم وأنفسكم ذلكم خير لكم ان كنتم تعلمون لكن الكافر لما لم يصلح لنصرتنا لميله الى دار الحرب اعتقادا قام الخراج المأخوذ منه المصروف الى الغزاة مقام النصرة بالنفس ثم النصرة من المسلم تتفاوت اذ الفقير ينصر دارنا راجلا ومتوسط الحال ينصرها راكبا وراجلا والموسر بالركوب بنفسه واركاب غيره ثم الاصل لما كان متفاوتا تفاوت الخراج الذي قام مقامه فان قيل النصرة طاعة لله وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة أجيب بان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين وهم يثابون على تلك الزيادة الحاصلة بسبب أموالهم بمنزلة مالو أعار وادوابهم للمسلمين (ومار واه محمول على أنه كان صلحا) والدليل على ذلك أنه أمر بالاخذ من النساء والجزية لا تجب على النساء قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب) سواء كانوا من العرب أو من العجم لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية (وعلى المجوس لان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الجزية على المجوس) روى البخاري أن عمر رضي الله عنه لم يكن ياخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين (قوله وعبدة الاوثان)

النفس والمال وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله ومار واه محمول على أنه كان ذلك صلحا ولهذا أمره بالاخذ من الحالمة وان كانت لا يؤخذ منها الجزية قال (وتوضع الجزية على أهل الكتاب والمجوس) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية الآية ووضع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجزية على المجوس قال (وعبدة الاوثان من العجم)

معنى قول المصنف (وذلك) أي النصرة (يتفاوت بكثرة الوفر وقلته فكذا ما هو بدله) يعني الجزية والحاقا بخراج الارض فانه وجب على التفاوت فاورد عليه لو كانت خلفا عن النصرة لزم أن لا تؤخذ منهم لو قاتلوا مع المسلمين سنة متبرعين أو بطلب الامام منهم ذلك والحال أنها تؤخذ منهم مع ذلك أجيب بان الشارع جعل نصرتهم بالمال وليس للامام تغيير المشروع وتحقيقه أن النصرة التي فاتت نصرة المسلمين فنصرة الاسلام فاتت بالكفر فابدلت بالمال وليس نصرتهم في حال كفرهم تلك النصرة الفائتة فلا يبطل خلفها نعم سيجيء ما يفيد أن الجزية تخلف عن قتلهم والوجه أنها تخلف عن قتلهم ونصرتهم جميعا قال (ومار واه) من وضع الدينار على الكل (محمول على أنه كان صلحا) فان اليمن لم تفتح عنوة بل صلحا فوقع على ذلك وقلنا ولان أهل اليمن كانوا أهل فاقة والنبي صلى الله عليه وسلم يعلم فعرض عليهم ما على الفقراء يدل على ذلك ما روى البخاري عن أبي نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار هذا ثم اختلف في المراد من الغني والمتوسط والفقير فقيل ان كان له عشرة آلاف درهم فهو موسر ومن كان له مائتان فصاعدا مالم يصل الى العشرة فمتوسط ومن كان معتملا فهو مكتسب وعن بشر بن غياث من كان عنده قوته وقوت عياله وزيادة فموسر وان ملك بلا فضل فهو الوسط ومن لم يكن له قدر الكفاية فهو المعتمل أي المكتسب وقال الفقيه أبو جعفر ينظر الى عادة كل بلد في ذلك ألا ترى أن صاحب خمسين ألفا ببلخ يعد من المكثرين وفي البصرة وبغداد لا يعد مكثرا وذكره عن أبي نصر محمد بن سلام ويعتبر وجود هذه الصفات في آخر السنة والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شيء أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض (قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) اليهود يدخل فيهم السامرة فانهم يدينون بشريعة موسى صلى الله عليه وسلم الا أنهم يخالفونهم في فروع والنصارى ويدخل فيهم الفرنج والارمن لقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله ولا يدينون دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون وأما الصابئون فعلى الخلاف من قال هم من النصارى أو قال هم من اليهود فهم من أهل الكتاب ومن قال يعبدون الكواكب فليسوا من الكتابيين بل كعبدة الاوثان وفي فتاوى قاضيخان وتؤخذ أي الجزية من الصابئة عند أبي حنيفة خلافا لهما وأطلق في أهل الكتاب فشمل أهل الكتاب من العرب والعجم وأما المجوس عبدة النار ففي البخاري ولم يكن عمر رضي الله عنه أخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر وهذا قول المصنف (ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس) وهجر بلدة في البحرين (قوله وعبدة الاوثان)

النصرة طاعة لله تعالى وهذه عقوبة فكيف تكون العقوبة خلفا عن الطاعة قلنا ان الخلفية عن النصرة في حق المسلمين لما فيه من زيادة القوة للمسلمين كذا في الاسرار (قوله وذلك يتفاوت بكثرة الوفر وقلته) فالفقير لو كان مسلما ينصر الدار راجلا ووسط الحال ينصرها راكبا والغائق في الغنى يركب ويركب غلامه

مجوس هجر وهجر اسم بلد في البحرين (وعبدة الاوثان من العجم)

(قوله لان كل من كان من أهل دار الاسلام يجب عليه النصرة للدار بالنفس والمال قال الله تعالى الخ) أقول في الدلالة بحث (قوله فان قيل النصرة طاعة الخ) أقول السؤال والجواب مذكوران في النهاية

وهو بالجر عطفا على أهل الكتاب وقيد بقوله من العجم احترازا عن عبدة الاوثان من العرب فانه لا توضع عليهم الجزية على ما ذكر في الكتاب (وفيه خلاف الشافعي رحمه الله) وكلامه ظاهر (ولنا أنه يجوز استرقاقهم) وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم (لان كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر لان نفع الرقيق يعود الينا جملة وأما الجزية فلان الكافر يؤديها من كسبه والحال أن نفقته في كسبه فكان اذا كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة في معنى أخذ النفس منه حكما ونوقض بان من جاز استرقاقه لو جاز ضرب الجزية عليه لجاز ضرب بها على النساء والصبيان واللازم باطل وأجيب بان ذلك لمعنى آخر وهو أن الجزية بدل النصرة ولا نصرة على المرأة والصبي فكذا بدله وهذا ليس بدافع بل هو مقرر للنقض والصواب أن قبول المحل شرط تاثير المؤثر فكان معنى قوله وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كان المحل قابلا والمرأة والصبي ليسا كذلك لان الجزية انما تكون من الكسب وهما عاجزان عنه وقوله (وان ظهر عليهم) أي على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية عليهم (فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) أي غنيمة للمسلمين لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما قد تغلظ) على ما ذكر في الكتاب وكل من تغلظ كفره لا يقبل منه الا السيف أو الاسلام (زيادة في العقوبة) عليه

وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الآية عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقي من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم اذ كل واحد منهما يشتمل على سلب النفس منهم فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين ونفقته في كسبه (وان ظهر عليهم قبل ذلك فهم ونساؤهم وصبيانهم فيء) لجواز استرقاقهم (ولا توضع على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين) لان كفرهما قد تغلظ أما مشركو العرب فلان النبي صلى الله عليه وسلم نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر وأما المرتد فلانه كفر بربه بعد ما هدي للاسلام ووقف على محاسنه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة

بالجر أي وتوضع على عبدة الاوثان من العجم (وفيه خلاف الشافعي هو يقول القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الآية عرفنا جواز تركه) الى الجزية (في حق أهل الكتاب بالقرآن) أعني ما تلوناه من قوله تعالى حتى يعطوا الجزية (وفي المجوس بالخبر) الذي ذكرناه في صحيح البخاري (فبقي من وراءهم على الاصل ولنا أنه يجوز استرقاقهم فيجوز ضرب الجزية عليهم) بجامع أن كلا من الاسترقاق والجزية (يشتمل على سلب النفس منهم) أما الاسترقاق فظاهر أنه يصير منفعة نفسه لنا وكذا الجزية (فانه يكتسب ويؤدي الى المسلمين و) الحال أن (نفقته في كسبه) فقد أدى حاجة نفسه الينا أو بعضها فهذا المعنى يوجب تخصيص عموم وجوب القتال الذي استدل به وذلك لانه عام مخصوص باخراج أهل الكتاب والمجوس عند قبولهم الجزية كما ذكر فجاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وانما لم تضرب الجزية على النساء والصبيان مع جواز استرقاقهم لانهم صاروا أتباعا لاصولهم في الكفر فكانوا أتباعا في حكمهم فكان الجزية على الرجل واتباعه في المعنى ان كان له أتباع والا فهي عنه خاصة (قوله وان ظهر عليهم) أي على من تقدم ذكرهم من أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم (قبل ذلك) أي قبل وضع الجزية (فهم فيء) وللامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية (قوله ولا توضع) الجزية (على عبدة الاوثان من العرب ولا المرتدين لان كفرهما) يعني مشركي العرب والمرتدين (قد تغلظ) فلم يكونوا في معنى العجم (أما العرب فلان القرآن نزل بلغتهم فالمعجزة في حقهم أظهر) فكان كفرهم والحالة هذه أغلظ من كفر العجم (وأما المرتدون فلان كفرهم بعد ما هدوا للاسلام ووقفوا على محاسنه) فكان كذلك (فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة) لزيادة الكفر (وعند

(قوله وتوضع الجزية على أهل الكتاب) أي من العرب والعجم (قوله فالمعجزة في حقهم أظهر) لانه نشأ بين أظهرهم وكانوا أعرف بحاله قبل بعثه حتى كانوا يسمونه أمينا وكانوا يعرفونه محترزا عن الكذب غاية الاحتراز فمن كان محترزا عن الكذب على العباد لا يكذب على الله تعالى والقرآن نزل بلغتهم وكانوا أعرف بفهم معانيه وأعلم ببلاغته واعجازه فكانت الحجة اياهم ألزم فان قيل على هذا وجب أن لا تقبل الجزية من العرب وان كانوا من أهل الكتاب قلنا المراد بالعرب عربي الاصل وأهل الكتاب وان كانوا سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فيهم ليسوا بعربي الاصل فالنبي عليه السلام صالح بني نجران على ألف ومائتي حلة كل سنة وكذا عمر رضي الله عنه أخذ الجزية من نصارى بني تغلب وهم عرب لكن باعتبار سكناهم في أرض العرب

قال المصنف (فانه يكتسب الخ) أقول دليل على اشتمال ضرب الجزية عليه (قوله فكان اذا كسبه الذي هو سبب حياته الى المسلمين دارة راتبة في معنى أخذ النفس منه حكما) أقول قوله دارة حال وقوله راتبة حال أيضا وقوله في معنى خبر كان ثم أقول وفي الكافي لما جاز استرقاقهم بالاجماع جاز ضرب الجزية عليهم لانهما يتعادلان معنى فالرقيق يصير منادرا كالذمي ورقبته يعود الينا دارة كالجزية تعود الينا راتبة اه فعلم منه أن الاولى للشارح أن لا يذكر دارة (قوله وهذا ليس بدافع الخ) أقول فيه بحث فانه لم لا يجوز أن يقال المراد وكل من يجوز استرقاقهم يجوز ضرب الجزية عليهم اذا كانوا من أهل النصرة فانهم بدل النصرة في حق المسلمين كما سبق آنفا

ولقائل أن يقول هذا منقوض بأهل الكتاب فانه تغلظ كفرهم فانهم عرفوا النبي معرفة تامة متميزة مشخصة ومع ذلك أنكروه وغيروا اسمه ونعته من الكتب وقد قبل منهم الجزية وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم دون عبدة الاوثان مخالف لقوله صلى الله عليه وسلم يوم أوطاس لو جرى رق على عربي لجرى اليوم من غير فصل بين عبدة الاوثان وأهل الكتاب والجواب عن الاول أن القياس كان يقتضي أن لا تقبل منهم الجزية لانه ترك بالكتاب بقوله تعالى قاتلوا الذين (١٩٣) لا يؤمنون بالله الآية وعن الثاني بان مراده

وعند الشافعي رحمه الله يسترق مشركو العرب وجوابه ما قلنا (واذا ظهر عليهم فنساؤهم وصبيانهم فيء) لان أبا بكر الصديق رضي الله عنه استرق نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسمهم بين الغانمين (ومن لم يسلم من رجالهم قتل) لما ذكرنا (ولا جزية على امرأة ولا صبي) لانها وجبت بدلا عن القتل أو عن القتال وهما لا يقتلان ولا يقاتلان لعدم الاهلية قال (ولا زمن ولا أعمى) وكذا المفلوج والشيخ الكبير

الشافعي يسترق مشركو العرب) وهو قول مالك وأحمد لان الاسترقاق اتلاف حكما فيجوز كما يجوز اتلاف نفسه بالقتل وانما قوله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون أي الى أن يسلموا وروي عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال لا يقبل من مشركي العرب الا الاسلام أو السيف وذكر محمد بن الحسن عن يعقوب عن الحسن عن مقسم عن ابن عباس وقال أو القتل مكان أو السيف وعنه عليه الصلاة والسلام لو رق على عربي وأخرجه البيهقي عن معاذ أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لو كان ثابت على أحد من العرب رق لكان اليوم قال المصنف (وجوابه ما قلنا) يعني من أن كفره أغلظ فلا يكون له حكم الاخف منه (قوله واذا ظهر عليهم) أي على مشركي العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) يسترقون لانه عليه الصلاة والسلام استرق ذراري أوطاس وهوازن وأبو بكر استرق بني حنيفة أسند الواقدي في كتاب الردة له في قتال بني حنيفة عن محمود بن لبيد قال ثم ان خالد بن الوليد صالحهم على أن يأخذ منهم الصفراء والبيضاء والكراع والسلاح ونصف السبي ثم دخل حصونهم صلحا فاخرج السلاح والكراع والاموال والسبي ثم قسم السبي قسمين وأقرع على القسمين فخرج سهمه على أحدهما وفيه مكتوب لله قال الواقدي وحدثني أبو الزناد عن هشام بن عروة عن فاطمة بنت المنذر عن أسماء بنت أبي بكر الصديق رضي الله عنهما قالت قد رأيت أم محمد بن علي بن أبي طالب وكانت من سبي بني حنيفة فلذلك سميت الحنفية ويسمى ابنها محمد بن الحنفية قال وحدثني عبد الله بن نافع عن أبيه قال كانت أم زيد بن عبد الله بن عمر من ذلك السبي وحنيفة أبو حي من العرب سمي به لان جذيمة ضربه حين التقيا فخفر جله وضرب حنيفة يده فجذمها فسمي جذيمة وحنيفة بن (٣) نجيحة بن صعب بن علي بن بكر بن وائل واعلم أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام بعد الاسترقاق بخلاف ذراري عبدة الاوثان لا يجبرون وأما الزنادقة قالوا لو جاء زنديق قبل أن يؤخذ فاخبر أنه زنديق وتاب تقبل توبته فان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته ويقتل لانهم باطنية يعتقدون في الباطن خلاف ذلك فيقتل ولا تؤخذ منه الجزية (قوله ولا جزية على امرأة وصبي) وكذا على مجنون بلا خلاف لان الجزية بدل عن قتلهم على قول الشافعي أو عن قتالهم نصرة للمسلمين على قولنا وهؤلاء ليسوا كذلك (ولا على أعمى أو زمن ولا المفلوج) وعن الشافعي تؤخذ منهم لاعتبارها أجرة الدار (ولا) تؤخذ (من الشيخ الكبير) الذي لا قدرة له على قتال ولا كسب

عليه الصلاة والسلام عربي الاصل وأهل الكتاب وان سكنوا فيما بين العرب وتوالدوا فهم ليسوا بعرب في الاصل وانما العرب في الاصل عبدة الاوثان فانهم أميون وقوله (وجوابه ما قلنا) يريد به قوله لان كفرهما قد تغلظ وقوله (واذا ظهر عليهم) أي على عبدة الاوثان من العرب والمرتدين (فنساؤهم وصبيانهم فيء) الا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام دون ذراري عبدة الاوثان ونسائهم لان الاجبار على الاسلام انما يكون بعد ثبوت حكم الاسلام في حقه وذراري المرتدين قد ثبت في حقهم تبعا لآبائهم فيجبرون عليه والمرتدات كن مقرات بالاسلام فيجبرن عليه بخلاف ذراري العبدة ونسائهم وحنيفة أبو حي من العرب وقيل المراد بني حنيفة رهط مسيلمة الكذاب (وقوله لما ذكرنا) اشارة الى قوله فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة

لا باعتبار الاصل وانما العرب في الاصل هم عبدة الاوثان وانهم أميون كما وصفهم الله تعالى في كتابه ولان الابقاء على ما اعتقده ليكون نوع تخفيف في حقه وأهل الكتاب جنايتهم في الكفر أخف من جناية عبدة الاوثان لاقرارهم ببعض الرسل والكتاب ألا ترى أنه تحل مناكحتهم وذبيحتهم بهذا القدر فلذلك ثبت هذا النوع من التخفيف (قوله بدلا عن القتل أو عن القتال) فان قيل تلزمها النصرة بالمال لو كانت مسلمة

وقوله (لانها وجبت بدلا عن القتل) يعني في حق المأخوذ منه (أو عن القتال) أي عن النصرة في حقنا كما تقدم ولا يجب البدل الا على من يجب عليه الاصل والاصل وهو القتل أو القتال لا يتحقق في حق المرأة والصبي لعدم الاهلية فكذا البدل

(قوله وأيضا الفصل بينهم وبين عبدة الاوثان من العرب بجواز استرقاقهم) أقول قوله من العرب بيان للضمير في قوله بينهم وبين عبدة الاوثان قال المصنف (لان أبا بكر رضي الله عنه) أقول الدليل أخص من المدعى ويمكن التعميم بالقياس قال المصنف (استرق نسوان بني حنيفة) أقول قال في القاموس حنيفة كسفينة لقب أثال بن لجيم أبي حي منهم خولة بنت جعفر الحنفية أم محمد بن علي بن أبي طالب رضي الله تعالى عنه

لما بينا وعن أبي يوسف أنه تجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى (ولا على فقير غير معتمل) خلافا للشافعي له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه ولنا أن عثمان رضي الله عنه لم يوظفها على فقير غير معتمل وكان ذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم ولان خراج الارض لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا هذا الخراج والحديث محمول على المعتمل (ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد) لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا وعلى اعتبار الثاني لا تجب فلا تجب بالشك

(وعن أبي يوسف تؤخذ منه اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى) في الحرب وجه الظاهر أنه لا يقتل ولا يقاتل وهو المراد بقوله (لما بينا) والجزية بدل عنهما ويقال زمن الرجل كعلم يزمن زمانة (قوله ولا على فقير غير معتمل) أي الذي لا يقدر على العمل وان أحسن حرفة وعلى قول الشافعي عليه الجزية في ذمته (له اطلاق حديث معاذ رضي الله عنه) وهو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم (ولنا أن عثمان لم يوظف الجزية على فقير غير معتمل) اراد بعثمان هذا عثمان بن حنيف حين بعثه عمر رضي الله عنه وروى ابن زنجويه في كتاب الاموال حدثنا الهيثم بن عدي عن عمر بن نافع قال حدثني أبو بكر العبسي صلة بن زفر قال أبصر عمر شيخا كبيرا من أهل الذمة يسأل فقال له مالك قال ليس لي مال وان الجزية تؤخذ مني فقال له عمر ما أنصفناك أكلنا شبيبتك ثم نأخذ منك الجزية ثم كتب الى عماله أن لا يأخذوا الجزية من شيخ كبير (ولان خراج الارض كما لا يوظف على أرض لا طاقة لها فكذا خراج الرأس) بجامع عدم الطاقة لحكمة دفع الضرر الدنيوي (والحديث محمول على المعتمل) بالمعنى الذي ذكرنا وبتوظيف عمر المقترن بالاجماع جمعا بين الدليلين فان قلت ما تقدم من توظيف عمر ليس فيه المعتمل قلنا قد جاء في بعض طرقه وعلى الفقير المكتسب اثني عشر درهما أخرجه البيهقي الا يقال فنفيه عن غير المكتسب بالمفهوم المخالف ولا يقولون به لانا نقول ليس ذلك بلازم بل جاز أن يضاف الى الاصل وهو عدم التوظيف على من لم يذكر ثم انما توظف على المعتمل اذا كان صحيحا في أكثر السنة والا فلا جزية عليه لان الانسان لا يخلو عن قليل مرض فلا يجعل القليل منه عذرا وهو ما نقص عن نصف العام (قوله ولا توضع على المملوك والمكاتب والمدبر وأم الولد لانه بدل عن القتل في حقهم وعن النصرة في حقنا) وعلى الاعتبار الاول تجب لان المملوك الحربي يقتل (وعلى الاعتبار الثاني لا تجب) لان المملوك عاجز عن النصرة فامتنع الاصل في حقه فامتنع الخلف لان شرطه انتفاء الاصل وامكانه فدار بين الوجوب وعدمه (فلا تجب بالشك) والوجه أن يقال انها بدل عن القتل في حقهم وعن القتال في حقنا جميعا فلا يتحقق الثاني لما ذكرنا فلم يتحقق الموجب لانتفاء الكل بنفي الجزء وهذا ما نذكره فيما يلي هذه المسئلة واذا كان خلفا عن المجموع فلا يحسن قوله فلا تجب بالشك بل لا تجب بلا شك ثم لا يخفى أن ذكر أم الولد ليس على ما ينبغي

فكذا اذا كانت ذمية قلنا الجزية ما شرعت خلفا عن النصرة في حقنا لا غير بل خلفا عن النصرة في حقنا وعن القتال أو عن القتل في حق المأخوذ منه ولهذا يصرف الماخوذ الى المقاتلة لتحصيل النصرة بماله كما تحصل ببدنه لو كان مسلما فاذا لم يكن من أهل القتال والقتل والجزية بدل عن الامرين فلا تجب باحدهما (قوله وعن النصرة في حقنا) لان أهل الذمة يصيرون مناداراوا القيام بنصرة الدار واجب على أهلها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة فليلهم الى أهل الدار المعادية اعتقادا فاوجب الشرع عليهم في أموالهم جزية عقوبة لهم على كفرهم بدلا عن القتل وخلفا عن النصرة التي فاتت باصرارهم على الكفر في حقنا (قوله وجوابه ما قلنا من تغليظ كفرهم) واذا ظهرنا عليهم فنساؤهم وصبيانهم في علانه عليه السلام سبي ذرية أوطاس وهوازن واسترق أبو بكر رضي الله عنه نسوان بني حنيفة وصبيانهم لما ارتدوا وقسم بين الغانمين حتى وقع في سهم علي رضي الله عنه الحنفية فولد منها محمد بن الحنفية واذا ظهرنا عليهم أي على مشركي العرب والمرتدين الا أن ذراري المرتدين ونساءهم يجبرون على الاسلام وذراري عبدة الاوثان من العرب ونساؤهم لا يجبرون على الاسلام وحنيفة أبو حي من العرب (قوله وعلى اعتبار الثاني لا يجب) أي على اعتبار النصرة لانه لا يجب

وقوله (لما بينا) يعني قوله وهما لا يقتلان ولا يقاتلان وقوله (له اطلاق حديث معاذ) هو قوله عليه الصلاة والسلام خذ من كل حالم وحالمة وقوله (وعلى اعتبار الثاني لا تجب) يعني أن الجزية بدل عن الامرين كما مر تقريره وعلى اعتبار الاول يجب وضع الجزية لان الاصل يتحقق في حق الممالك لان المملوك الحربي يقتل فيتحقق البدل أيضا وعلى اعتبار الثاني لا يجب لان العبد لا يقدر على النصرة فلا يجب عليه

(ولا يؤدى عنهم موالهم) لانهم تحملوا الزيادة بسببهم (ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس) كذا ذكر ههنا وذكر محمد عن أبى حنيفة أنه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبى يوسف وجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذى ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم انه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل ولا بد أن يكون المعتمل صحيحا ويكتفى بصحته فى أكثر السنة (ومن أسلم وعليه جزية سقطت عنه) وكذلك اذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض بهذا العارض

فان من المعلوم أن لا جزية على النساء ولعله ابن أم الولد فسقطت لفظة ابن (قوله ولا يؤدى عنهم موالهم) يعنى لما قلنا لا توضع عليهم جاز أن يقال انها تؤخذ من موالهم فيؤدون عنهم فأزال هذا الاحتمال بقوله ولا يؤدى عنهم موالهم (لانهم تحملوا الزيادة) فى الجزية حتى لزمهم جزية الاغنياء (بسببهم) فلا يؤخذ منهم عنهم شئ آخر والا كانوا ملزمين بجزيتين ويقرر بوجه آخر وهو أنهم تحملوا الزيادة بسببهم فكانت الجزية عنه وعنهم معنى شرعا فلا يجب شئ آخر وهذا بناء على ان غنى الملاك بهم لانهم مال ويحرزون المال بالكسب (قوله ولا توضع على الرهبان) جمع راهب وقد يقال للواحد رهبان أيضا وشرط ان لا يخالط الناس ومن خالط منهم عليه الجزية (هكذا ذكر) القدورى (وذكر محمد عن أبى حنيفة انه توضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبى يوسف ووجه الوضع انه الذى ضيع القدرة على العمل فصار كتعطيل أرض الخراج) من الزراعة (ووجه وضع الجزية عنهم أنه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية فى حقهم لاسقاط القتل) ولا يخفى أن هذا أصل قول الشافعى على ما تقدم انها عندنا بدل عن نصرتهم التى فاتت بالكفر وعنده بدل عن القتل فافاد صحة هذا الاعتبار عندنا ولكنه ليس هو المعتبر فقط بل المجموع منه ومن كونه خلفا عن نصرتهم ايانا فتى تخلف أحدهما انتفى وجوبها وعن محمد لا جزية على السياحين قيل يجوز انه اراد من لا يقدر على العمل منهم فيكون اتفاقا ويجوز أن يقول هو من لا يخالط الناس ومن لا يخالط الناس لا يقتل (قوله ومن أسلم وعليه جزية) بان اسلم بعد كمال السنة (سقطت عنه وكذا اذا مات كافرا خلافا للشافعى فيهما) وكذا لو مات فى اثناء السنة واسلم وفى أصح قولى الشافعى لا يسقط فيهما أيضا قسط ما مضى وعلى هذا الخلاف لو عمى اوزمن او اقعد اوصار شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو افتقر بحيث لا يقدر على شئ (له أن الجزية وجبت بدلا عن العصمة) التى ثبتت للذمى بعقد الذمة كما هو قول الشافعى (أو) بدلا (عن السكنى) فى دار الاسلام كما هو قول آخر له (وقد وصل اليه المعوض) وهو حقن دمه وسكناه الى الموت أو الاسلام وصار بذلك مستوفيا المبدل فتقرر البدل دينا فى ذمته (فلا يسقط بهذا العارض) الذى هو موته أو اسلامه كسائر

عليهم النصرة والجزية بدل عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا (قوله ولا يؤدى عنهم موالهم) لانهم تحملوا الزيادة بسببهم أى تحملوا زيادة الجزية بالغنى بسبب هؤلاء وتؤخذ الجزية من كل كافر سوى مشركى العرب والمرتدين وأما الصابئون فقد قال أبو حنيفة رحمه الله تؤخذ منهم الجزية وقال صاحباه لا تؤخذ قالوا وانما قال ذلك أبو حنيفة رحمه الله لانه وقع فى رأيه أنهم من أهل الكتاب وأما الزنادقة فاخذ الجزية منهم بناء على قبول التوبة منهم قالوا لو جاء الزنديق قبل أن تؤخذ فاقر انه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته فان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرون شيأ ويعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا فى سير فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله وكذلك اذا مات كافرا) وكذلك اذا عمى أو صار مقعدا أو زمنا أو شيخا كبيرا لا يستطيع أن يعمل أو صار فقيرا لا يقدر على شئ وبقى عليه من جزية رأسه شئ سقط ذلك الباقى كذا فى فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله له أنها وجبت بدلا عن العصمة)

قال المصنف (ومن أسلم الى قوله خلافا للشافعى فيهما) أقول فى وجه الشافعية لو أسلم أو مات بعد مضى السنة استوفى ولو مات فى أثناء السنة طولب بقسط على أحد القولين

مقدار الواجب على الفقير المعتمل فلو قلنا بوجوبها على الموالى بسببهم لكان وجوب الجزية مرتين بسبب شئ واحد وذلك لا يجوز وقوله (ولا توضع على الرهبان) واضح قال (ومن اسلم وعليه جزية سقطت عنه) اذا أسلم من عليه الجزية أو مات كافرا او عمى اوصار زمنا اومقعدا أوشيخا كبيرا لا يستطيع العمل او فقيرا لا يقدر على شئ وبقيت عليه الجزية سقطت عنه عندنا سواء كانت هذه العوارض قبل استكمال السنة أو بعدها (خلافا للشافعى رحمه الله له أنها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل اليه المعوض) وكل ما وجب بدلا عن شئ وقد وصل اليه المعوض (لا يسقط عنه العوض بهذا العارض) أى بالاسلام أو الموت (كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد) فان الذمى اذا استوفى منافع الدار المستاجرة ثم أسلم أو مات لا تسقط عنه الاجرة لان المعوض قد وصل اليه وهى منافع الدار وكذا اذا قتل الذمى رجلا عمدا ثم صالح عن الدم على بدل معلوم ثم أسلم أو مات لا يسقط عنه البدل لان المعوض وهو نفسه قد سلم له وانما رددت فى قوله بدلا عن العصمة أو السكنى لاختلاف العلماء فى أن الجزية وجبت بدلا عما اذا

فقال بعضهم وجبت بدلا عن العصمة الثابتة بعقد الذمة وبه قال الشافعي رحمه الله لان الله تعالى أمر بالقتال ومده الى غاية وهي اعطاء الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن السكنى فى دار الاسلام لانهم مع الاصرار على الشرك لا يكونون من أهل دارنا باعتبار الاصل وانما يصيرون من أهل دارنا بما يؤدون من الجزية وقال بعضهم وجبت بدلا عن النصرة التى فاتت باصرارهم على الكفر وقد تقدم وأعيده ههنا توضيحا وذلك لانهم لما صاروا من أهل دارنا بقبول الذمة ولهذه الدار دار معادية وجب عليهم القيام بنصرتها ولا تصلح أبدانهم لهذه النصرة لان الظاهر أنهم يميلون الى أهل الدار المعادية لاتحادهم فى الاعتقاد فأوجب (٢٩٦) عليهم الشرع الجزية لتؤخذ منهم فتصرف الى المقاتلة فتكون خلفا عن النصرة قال

كما فى الاجرة والصلح عن دم العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على مسلم جزية ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولهذا تسمى جزية وهى والجزاء واحد وعقوبة الكفر تسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت ولان شرع العقوبة فى الدنيا لا يكون الا لدفع الشر وقد اندفع بالموت والاسلام

الدين من الاجرة والصلح عن دم العمد فيما لو قتل رجلا عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه (ولنا ما) أخرجه أبو داود والترمذى عن جرير عن قابوس بن أبى ظبيان عن أبيه عن ابن عباس رضى الله عنهما قال (قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية) قال أبو داود وسئل سفيان الثورى عن هذا فقال يعنى اذا أسلم فلا جزية عليه وبهذا اللفظ الذى فسره به سفيان الثورى رواه الطبرانى فى معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس فى مسند الطبرانى فهذا بعمومه يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية على المسلم ابتداء من ضروريات الدين فالاخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها فى حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة ذلك والا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا ذل فى خراج الارض لانه مؤنة الارض كى تبقى فى أيدينا والمسلم ممن يسعى فى بقائها للمسلمين بخلاف الجزية لانها ذل ظاهر وشنار وأما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص (قوله ولانها) أى الجزية انما (وجبت عقوبة على الكفر ولهذا سميت جزية وهى والجزاء واحد) وهو يقال على الثواب بسبب الطاعة والعقوبة بسبب المعصية ولا شك فى انتفاء الاول ولذا أخذت بطريق الاذلال بل هذا ضرورى من الدين فتعين أنها عقوبة على معصية الكفر دنيوية لا بدل معاوضة كما ظنه (فتسقط بالاسلام ولا تقام بعد الموت) ولهذا لا يضرب من سبق موته اقامة حد ثبت عليه ولان العقوبة الدنيوية لا تكون الا لدفع شره فى الدنيا بحسب ما يكون ذلك الشر والشر الذى يتوقع بسبب الكفر الحرابة والفتنة عن الدين الحق (وقد اندفع بالموت والاسلام) وهذا لا ينافى كونها بدلا أى خلفا عن النصرة لانا فكانت عقوبة دنيوية على كفره

اذ أصل العصمة بالاسلام كما ورد به الحديث والذمى عصم دمه بغير الاسلام بما التزم من المال للمسلمين أو عن السكنى فانه لما أراد سكنى دارنا أبدا لا يمكن الا بمال وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط العوض بعارض الاسلام أو الموت (قوله فى الاجرة والصلح عن دم العمد) يعنى لو كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون فى معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كما فى الاجرة ولو كانت بدلا عن العصمة تكون فى معنى بدل الصلح عن دم العمد وذلك لا يسقط بالموت والاسلام فكذا ما هو فى معناه (قوله وهى والجزاء واحد) وهو يطلق على المثوبة

ولانها

ولا تبقى الجزية بعده مع أن كلا منهما فى الابتداء يثبت بطريق المجازاة لكفرهم والجواب أن أداء الجزية لم يشرع الا بوصف الصغار وما شرع بوصف لا يبقى بدونه على ما عرف فى الاصول

(قوله باعتبار الاصل) أقول الذى هو الاسلام لان الدار دار الاسلام (قوله وهو الاصح الخ) أقول بالنسبة الى القول الثانى كما يفهم من دليله وأيضا نحن لا ننفى كونها بدلا عن القتل (قوله وهو مطلق الخ) أقول فينفى عنه ابتداء وبقاء قال المصنف (ولا تقام بعد الموت الخ) أقول يعنى من قبلنا بل الله يقيمها قال الله تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون قال المصنف (وقد اندفع بالموت والاسلام)

والاسلام ينافي الصغار فتسقط الجزية به بخلاف الاسترقاق فانه لم يشرع كذلك وقوله (والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قوله انها وجبت بدلا عن العصمة ومعناه أن العصمة ثابتة للآدمي من حيث انه آدمي لما مر أنه خلق مكرما لأعباء التكاليف فلا يصلح ان تكون الجزية الطارئة بدلا عنها ولقائل أن يقول سلمنا أنها ثابتة للآدمية ولكنها سقطت بالكفر فالجزية تعيدها على ما كانت فكانت بدلا والجواب أنها لو كانت بدلا عن العصمة فاما ان تكون عن عصمة فيما مضى أو فيما يستقبل لا سبيل الى الاول وهو ظاهر ولا الى الثاني لان الاسلام يغني عنها وقوله (والذمي يسكن ملك نفسه) جواب عن قوله أو السكنى ومعناه أن الذمي يملك موضع السكنى بالشراء أو غيره من الاسباب فلا يجوز ايجاب البدل بسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالاجارة (٢٩٧) لاستحالة ويشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل على ان الجزية لم تكن بطريق الاجارة فان قال قائل كما أنه لا يجوز أن تكون بدلا عن العصمة والسكنى فكذلك لا يجوز أن تكون بدلا عن النصرة أيضا ألا ترى أن الامام لو استعان باهل الذمة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا عنها لسقطت لانه قد نصر بنفسه أجيب بانها انما لم تسقط لانه حينئذ يلزم تغيير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس قال (فان اجتمعت عليه الحولان) أنث فعل الحولين اما باعتبار حذف المضاف أي اجتمعت جزية الحولين واما بتأويل السنتين وأتى بعبارة الجامع الصغير لتفصيل في اللفظ ولابهام في قوله وجاءت سنة أخرى على ما بينه وكلامه واضح وقوله (وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق) يحتاج الى بيان

ولانها وجبت بدلا عن النصرة في حقنا وقد قدر عليها بنفسه بعد الاسلام والعصمة تثبت بكونه آدميا والذمي يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدل العصمة والسكنى (وان اجتمعت عليه الحولان تداخلت وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه وهو قول الشافعي رحمه الله (وان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذلك ان مات في بعض السنة) أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه بالاتفاق لهما في الخلافية أن الخراج وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد تو الى السنين

الذي هو سبب لحرابته دفعا لها باضعافه باخذها منه وبدلا عن نصرته الفائتة بكفره واذا كانت خلفا أيضا عن النصرة انتفت بالاسلام لان شرط الخلف عدم القدرة على الاصل وقد قدر عليها بالاسلام وأما قوله انها بدل عن العصمة فهي ثابتة بالآدمية على ما تقدم من ثبوتها ضرورة تمكنه من فعل ما كلف به أو لظهور خلافه منه فلا يكون ثبوتها بقبول الجزية وقوله بدلا عن السكنى قلنا ان الذمي يسكن ملك نفسه فلا تكون أجرة ولانه اعقد الذمة صار من أهل الدار فلا يؤخذ منه بدل تمكنه من الاقامة بها والاحسن ترك الكلام في ابطال الامرين فان العصمة الاصلية تزال بالكفر وهذه عصمة متجددة بالجزية ويكفي ما ذكرنا من دلالة أنها عقوبة جزاء ثم تثبت العصمة معها للتمكن اقامتها وهذا لانها عقوبة مستمرة لاستمرار السبب وهو كفره الداعي الى حرابته ولا يتمكن من اقامة هذه العقوبة على الاستمرار الا بعصمته (فان اجتمعت عليه الحولان تداخلت) أي الجزية أنث فعل الحولين لتأويله بالسنتين ولاداعي الى ذلك من أول الامر أو بتقدير مضاف أي جزية حولين ولفظ القدوري فيما ذكره الاقطع وان اجتمع عليه حولان (وفي الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يؤخذ منه فان مات عند تمام السنة لم يؤخذ منه في قولهم جميعا وكذا ان مات في بعض السنة أما مسئلة الموت فقد ذكرناها وقيل خراج الارض على هذا الخلاف) فان مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه لما مضى (وقيل لا تداخل) فيؤخذ لما مضى (بالاتفاق لهما في الخلافية) وهي تداخل الجزية (أن الخراج) أي الجزية لانها خراج الرأس (وجب عوضا والاعواض اذا اجتمعت وأمكن استيفاؤها) على الوجه المأمور به (تستوفى وقد أمكن فيما نحن فيه بعد تو الى السنين) لانه مادام كافرا أمكن استيفاؤه على وجه الصغار والاذلال له

والعقوبة بمقابلة الطاعة والمعصية وهذه ليست بمثوبة فتعين عقوبة ولهذا تستوفى بطريق المذلة والصغار وفي النص اشارة اليه حيث جعل حالا لهم عند الاعطاء فيكون اضرارا ظاهرا وهي المعنى بالعقوبة (قوله والعصمة تثبت بكونه آدميا) جواب عن قول الشافعي رحمة الله تعالى عليه انها وجبت بدلا عن العصمة أو عن السكنى

الفرق بينهما والفرق أن الخراج في حالة البقاء مؤنة من غير التفات الى معنى العقوبة ولهذا اذا اشترى المسلم أرضا خراجية يجب عليه الخراج فجاز أن لا يتداخل بخلاف الجزية فانها عقوبة ابتداء وبقاء ولهذا لم تشرع في حق المسلم أصلا والعقوبات تتداخل وقوله (لهما في الخلافية) أي فيما اذا اجتمع عليه الحولان (أن الخراج وجب عوضا) على ما تقدم وكل

أقول لم لا يجوز أن يكون المقصود دفع شر غيره وذلك لا يندفع بالموت (قوله والاسلام ينافي الصغار الخ) أقول أنت خبير بان الرق نفسه صغار بل لا صغار فوقه فالاولى أن يجاب بجواب غيره (قوله لما مر أنه خلق مكرما) أقول في أواخر باب المستأمن (قوله ولكنها سقطت بالكفر) أقول كما سبق في باب المستأمن (قوله لا سبيل الى الاول وهو ظاهر) أقول فيه بحث ألا يرى الى قول الشافعي وقد وصل اليه المعوض

فما وجب عوضا اذا اجتمع وأمكن استيفاؤه يستوفى كما فى سائر الاعواض وقد أمكن لان الفرض أنه حى واستيفاء المال من الحى يمكن اذا لم يمنع منه الاسلام (بخلاف ما اذا أسلم) وقوله (ولابى حنيفة) ظاهر وقوله (على ما بيناه) أراد به ما ذكره قبل هذا بقوله ولانها وجبت عقوبة على الكفر ولقائل أن يقول قد تكرر فى كلامهم أنها وجبت بدلا عن النصرة أو السكنى أو العصمة وتكرر أيضا فيه أنها وجبت عقوبة على الكفر ومعنى العقوبة غير معنى البدلية عن شئ فيلزم توارد علتين على معلول واحد بالشخص وذلك باطل والجواب عن ذلك أن كونها عقوبة لازم من لوازم كونه بدلا عن النصرة لان ايجاب النصرة لغير أهل دينه يستلزم عقوبة له لاستحالة وقوله (ولهذا) توضيح لقوله وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر والتلبيب أخذ موضع اللبب من الثياب واللبب موضع القلادة من الصدر وقوله (ولانها وجبت بدلا عن القتل) استدلال من جهة اللازم وما تقدم كان من جهة الملزوم وكلامه ظاهر وقد بيناه من قبل وقوله (حمله بعض المشايخ على المضى مجازا) قال الامام فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير اختلف مشايخنا فى قوله جاءت سنة أخرى فقال بعضهم معناه مضت حتى يتحقق اجتماعهما لانها عند آخر الحول تجب وهذا ضرب من المجاز لان مجئ كل شهر بمجئ أوله وأقول فى مجوز المجاز أن مجئ الشهر يستلزم مجئ الآخر لاستحالة وذكر الملزوم وارادة اللازم مجاز وقال بعضهم معناه دخول أولها لان الجزية تجب باول الحول والتأخير الى آخره تخفيف وتاجيل عند أبى حنيفة وعلى هذا يتحقق التداخل عند مضى شهر بلا ارتكاب المجاز وكلامه واضح

على

بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه ولابى حنيفة أنها وجبت عقوبة على الاصرار على الكفر على ما بيناه ولهذا لا تقبل منه لو بعث على يد نائبه فى أصح الروايات بل يكلف أن يأتى به بنفسه فيعطى قائما والقابض منه قاعد وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول أعط الجزية يا ذمى فثبت انه عقوبة والعقوبات اذا اجتمعت تداخلت كالحدود ولانها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل لا فى الماضى لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه ثم قول محمد فى الجزية فى الجامع الصغير وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته والوجوب عند أبى حنيفة باول الحول فيتحقق الاجتماع بمجرد المجئ والاصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجب بدلا عنه لا يتحقق الا فى المستقبل

بخلاف ما اذا أسلم لانه تعذر استيفاؤه) لان المسلم لا يجب اذلاله بل يجب توقيره (وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتحصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وانه يقول الشافعى أليق) فان أريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة تم عليهما وجه أبى حنيفة القائل والعقوبات تتداخل حتى قلنا بتداخل كفارات الافطار فى رمضان مع انها عقوبة وعبادة غير أن المرجح فيها جهة العقوبة فكيف بالعقوبة المحضة والجزية عقوبة محضة وقوله (ولهذا الخ) استيضاح على انها عقوبة يعنى (لو بعث بها على يد نائبه لا تقبل منه فى أصح الروايات بل يكلف أن يأتى بها بنفسه فيعطى قائما والقابض جالس وفى رواية يأخذ بتلبيبه) وهو ما يلى صدره من ثيابه (ويقول اعط الجزية يا ذمى) وقبولها من النائب يفوت المأمور به من اذلاله عند الاعطاء قال تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون ووجه آخر (أنها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا كما ذكرنا لكن فى المستقبل) يعنى عن القتل فى المستقبل والنصرة فى المستقبل (لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض وكذا النصرة فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه) بانقضائه فانقطعت الحاجة فيه الى شئ من الاشياء وفى المبسوط ولان المقصود ليس هو المال بل استذلال الكافر واستصغاره وهذا المقصود يحصل باستيفاء جزية واحدة (ثم قول محمد فى الجامع وجاءت سنة أخرى حمله بعض المشايخ على مضى السنة مجازا فقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع فى الحولين أو فى الجزيتين (فتتداخل وعند البعض هو مجرى على حقيقته) وهو أن يراد دخول أول السنة فان مجئ الشهر بمجئ أوله ومجئ السنة بمجئ أولها والاصح هو هذا (فالوجوب عندنا باول السنة وعند الشافعى رحمه الله فى آخرها اعتبارا بالزكاة ولنا أن ما وجبت) الجزية (بدلا عنه) وهو النصرة (والقتل لا يتحقق الا فى المستقبل على ما قررناه) من أن القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال دفعا للضرر عن المسلمين وبدلا عن نصرتهم وانما يحتاج الى ذلك فى المستقبل بخلاف الزكاة لان الوجوب فى المال النامى فلا بد من الحول ليتحقق الاستنماء فلم تجب قبله لعدم اتصافه بذلك قبله ثم أقيم الحول مقام النماء لانه الممكن منه فصار المال به ناميا تقديرا

(قوله ولنا أن ما وجب بدلا عنه) فالذى وجبت الجزية بدلا عنه القتل فى حقهم والنصرة فى حقنا والقتل انما

قال المصنف (والاصح ان الوجوب عندنا فى ابتداء الحول) أقول سيجئ فى آخر كتاب الكراهية ان فى زماننا يؤخذ الخراج فى آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية هو الصحيح قال المصنف (وعند الشافعى فى آخره اعتبارا بالزكاة) أقول قال الاتقانى قياسه ممنوع لان الزكاة تجب باول الحول عندنا وشرط الحول للتخفيف اه قال الزيلعى ولا يلزمنا الزكاة لانها انما وجبت فى آخر الحول ليتحقق النماء

وقوله (على ماقررناه) اشارة الى قوله لان القتل انما يستوفى لحراب قائم فى الحال لا لحراب ماض الخ ويحتاج الى الجواب عن الزكاة وهو أن الزكاة وجبت فى آخر الحول لانها تجب فى المال النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ماسر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء *(فصل)* لما فرغ من بيان مايجب على أهل الذمة بسكناهم فى دار الاسلام شرع فى بيان مايجوز لهم أن يفعلوا مما يتعلق بالسكنى (ولايجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام لقوله صلى الله عليه وسلم لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة) والخصاء بكسر الخاء والمد على وزن فعال مصدر خصاه اذا نزع خصيتيه والاخصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة هى ان احداث الكنيسة فى دار الاسلام ازالة لفحولية أهل داره معنى كما ان الخصاء ازالة لفحولية الحيوان ان كان الخصاء على حقيقته وان كان المراد به التبتل والامتناع عن النساء بملازمة الكنائس فالمناسبة ظاهرة والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ولا كنيسة احداثها فهو فى معنى النهى أى لاتحدث كنيسة فى دار الاسلام ويقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذا البيعة كان مطلقا فى الاصل ثم غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وقوله (والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة) أى لايمكنون من احداث الصومعة التى يتخلون فيها أيضا للعبادة (بخلاف موضع الصلاة) أى صلاة الذمى (فى البيت) فانهم يمكنون من ذلك (لانه تبع للسكنى) وقوله

على ماقررناه فتعذر ايجابه بعد مضى الحول فاوجبناه فى أوله

(فصل) (ولايجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام) لقوله عليه الصلاة والسلام لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة والمراد احداثها (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) لان الابنية لاتبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة الا أنهم لايمكنون من نقلها لانه احداث فى الحقيقة والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة بخلاف موضع الصلاة فى البيت لانه تبع للسكنى وهذا فى الامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فلا تعارض باطها رما يخالفها وقيل فى ديارنا يمنعون من ذلك فى القرى أيضا لان فيها

(فصل) لما كانت هذه الاحكام تتعلق بالذمى باعتبار غيره ومامضى باعتبار نفسه قدم تلك (قوله ولايجوز احداث بيعة) بكسر الباء (ولا كنيسة فى دار الاسلام) وهما متعبد اليهود والنصارى ثم غلبت الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى وفى ديار مصر لايستعمل لفظ البيعة بل الكنيسة لمتعبد الفريقين ولفظ الدير للنصارى خاصة وقيد المصنف عموم دار الاسلام بالامصار دون القرى لان الامصار هى التى تقام فيها الشعائر فاحداثها فيها معارضة باظهار مايخالفها فلايجوز بخلاف القرى ثم ذكر أن فى قرى ديارنا أيضا لاتحدث فى هذا الزمان (والمروى عن صاحب المذهب) يعنى أبا حنيفة رضى الله عنه كان (فى قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل ذمة) بخلاف قرى المسلمين اليوم ولذا قال شمس الائمة فى شرحه فى كتاب الاجارات الاصح عندى أنهم يمنعون عن ذلك فى السواد وان كان هو فى السير الكبير قال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لايمنعون وأما القرية التى سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على ماذكرنا فصار اطلاق منع الاحداث هو المختار فصدق تعميم القدورى منعها فى دار الاسلام (والصومعة) وهو مايبنى (للتخلى) عن الناس والانقطاع (فيها) لهم مثلها فيمنع أيضا وكذا يمنع بيت نار ثم قال القدورى (وان انهدمت البيع والكنائس القديمة أعادوها) قال المصنف (لان الابنية لاتبقى دائما ولما أقرهم الامام فقد عهد اليهم الاعادة ضمنا غير أنهم لايمكنون من نقلها من مكان الى آخر لانه احداث) فى ذلك المكان المنقول اليه فلايجوز وفى هذا التعليل

يستوفى لحراب قائم لا لحراب ماض فكذا النصرة انما تتحقق فى المستقبل لان الماضى وقعت الغنية عنه فلو قلنا بان الوجوب فى آخر السنة يلزم أن لايجب شئ لان فى الماضى من السنة لم يبق الحراب قائما ووقعت الغنية عن النصرة فلايجب وأما الجواب عن اعتباره بالزكاة فقلنا انما وجبت الزكاة فى آخر الحول لان الزكاة انما تجب فى المال النامى وحولان الحول هو الممكن من الاستنماء لاشتماله على الفصول الاربعة على ماسر فلا بد من اعتبار الحول ليتحقق شرط وجوب الاداء (قوله على ماقررنا) اشارة الى قوله لان الماضى وقعت الغنية عنه (قوله فاوجبناها فى أوله) بخلاف الزكاة لان سببها المال النامى والنمو لايتحقق الا بمدة وقدرت مدة النمو بالحول فقبل حولان الحول لا يثبت

(فصل) (قوله لقوله عليه السلام لاخصاء فى الاسلام ولا كنيسة) الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه يخصيه أى نزع خصيتيه والاخصاء فى معناه خطأ ذكره فى المغرب وقيل المراد به التبتل والامتناع من النساء كما يفعله أهل الكتاب حتى يصير فى حكم الخصى يقال كنيسة اليهود والنصارى لمتعبدهم وكذلك البيعة مطلقا فى الاصل وان غلب استعمال الكنيسة لمتعبد اليهود والبيعة لمتعبد النصارى (قوله والصومعة للتخلى فيها بمنزلة البيعة) أى لايمكنون من احداث الصومعة التى يتخلون فيها أيضا

أو هى لاتجب الا فى المال النامى اه *(فصل)* ولايجوز احداث بيعة ولا كنيسة فى دار الاسلام (قوله والمناسبة بين ذكر الخصاء والكنيسة الى قوله فالمناسبة ظاهرة) أقول فحينئذ يكون كقوله عليه الصلاة والسلام لارهبانية فى الاسلام

بعض الشعائر والمروى عن صاحب المذهب فى قرى الكوفة لان أكثر أهلها الذمة

اشارة الى أن ذلك اذا كان باقرار الامام اياهم على ذلك وذلك اذا صالحهم على اقرارهم على أراضيهم سواء كان اماما فى زمن الصحابة والتابعين أو بعدهم قيل أمصار المسلمين ثلاثة أحدها ما مصره المسلمون كالكوفة والبصرة وبغداد وواسط فلا يجوز فيها احداث بيعة ولا كنيسة ولا يجتمع لصلاتهم ولا صومعة باجماع أهل العلم ولا يمكنون فيه من شرب الخمر واتخاذ الخنازير وضرب الناقوس وثانيها ما فتحه المسلمون عنوة فلا يجوز فيها احداث شئ بالاجماع وما كان فيها شئ من ذلك هل يجب هدمه فقال مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية يجب وعندنا جعلهم ذمة أمرهم ان يجعلوا كنائسهم مساكن ويمنع من صلاتهم فيها ولكن لا تهدم وهو قول للشافعى ورواية عن أحمد لان الصحابة فتحوا كثيرا من البلاد عنوة ولم يهدموا كنيسة ولا ديرا ولم ينقل ذلك قط وثالثها ما فتح صلحا فان صالحهم على أن الارض لهم والخراج لنا جاز احداثهم وان صالحهم على أن الدار لنا ويؤدون الجزية فالحكم فى الكنائس على ما يوقع عليه الصلح فان صالحهم على شرط تمكين الاحداث لا يمنعهم الا أن الاولى أن لا يصالحهم الا على ما وقع عليه صلح عمر رضى الله عنه من عدم احداث شئ منها وان وقع الصلح مطلقا لا يجوز الاحداث ولا يتعرض للقديمة ويمنعون من ضرب الناقوس وشرب الخمر واتخاذ الخنزير بالاجماع انتهى وقوله يمنعون من شرب الخمر أى التجاهر به واظهاره وفى المحيط لو ضربوا الناقوس فى جوف كنائسهم لا يمنعون انتهى وقال محمد كل قرية من قرى أهل الذمة أو مصر أو حديقة لهم أظهروا فيها شيأ من الفسق مثل الزنا والفواحش التى يحرمونها فى دينهم يمنعون منه وكذا عن المزامير والطنابير والغناء ومن كسر شيأ من ذلك لم يضمن واعلم أن البيع والكنائس القديمة فى السواد لا تهدم على الروايات كلها وأما فى الامصار فاختلف كلام محمد فذكر فى العشر والخراج تهدم القديمة وذكر فى الاجارة انها لا تهدم وعمل الناس على هذا فانا رأينا كثيرا منها توالت عليها أئمة وأزمان وهى باقية لم يأمر بهدمها امام فكان متوارثا من عهد الصحابة رضى الله عنهم وعلى هذا لو مصرنا بريه فيها دير أو كنيسة فوقع فى داخل السور ينبغى أن لا يهدم لانه كان مستحقا للامان قبل وضع السور فيحمل ما فى جوف القاهرة من الكنائس على ذلك لانها كانت فضاء فادار العبيديون عليها السور ثم فيها الآن كنائس ويبعد من امام تمكين الكفار من احداثها جهارا فى جوف المدن الاسلامية فالظاهر أنها كانت فى الضواحى فادير السور عليها فاحاط بها وعلى هذا فالكنائس الموجودة الآن فى دار الاسلام غير جزيرة العرب كلها ينبغى أن لا تهدم لانها ان كانت فى أمصار قديمة فلا شك أن الصحابة أو التابعين حين فتحوا المدينة علموا بها وبقوها وبعد ذلك ينظر فان كانت البلدة فتحت عنوة حكمنا بانهم بقوها مساكن لا معابد فلا تهدم ولكن يمنعون من الاجتماع فيها للتقرب وان عرف أنها فتحت صلحا حكمنا بانهم أقروها معابد فلا يمنعون من ذلك فيها بل من الاظهار وانظر الى قول الكرخى انهم اذا حضر لهم عيد يخرجون فيه صلبانهم وغير ذلك فليصنعوا فى كنائسهم القديمة من ذلك ما أحبوا فاما أن يخرجوا ذلك من الكنائس حتى يظهر فى المصر فليس لهم ذلك ولكن ليخرجوا خفية من كنائسهم واستدل المصنف على عدم الاحداث (بقوله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة) قال المصنف رحمه الله (المراد احداثها) وهذا لان البيعة قد تحققت كثيرا من الصحابة فى الصلح وفى رواية البيهقى تصريح بذلك فى سننه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الاسلام ولا بنيان كنيسة وضعفه ورواه أبو عبيد القاسم بن سلام حدثنا عبيد الله ابن صالح حدثنا الليث بن سعد حدثنى توبة بن النمر الحضرمى قاضى مصر عمن أخبره عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا خصاء فى الاسلام ولا كنيسة قال وروى أبو الاسود عن ابن لهيعة عن يزيد بن حبيب عن أبى الخير

(والمروى عن صاحب المذهب) أى عن أبى حنيفة رضى الله عنه والمراد بالمروى هو ما ذكره آنفا بقوله وهذا فى الامصار دون القرى

(قوله والمروى عن صاحب المذهب) أى عن أبى حنيفة رحمه الله والمراد من المروى قوله وهذا فى الامصار دون القرى جزر الماء اذا انفجر عن الارض حين غار ونقص منه ومنه الجزيرة ويقال جزيرة العرب لارضها ومحلتها

وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب (قال ويؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم ومراكبهم وسروجهم وقلانسهم فلا يركبون الخيل ولا يعملون بالسلاح وفى الجامع الصغير ويؤخذ أهل الذمة باظهار الاستيجات والركوب على السروج التى هى كهيئة الأكف) وانما يؤخذون بذلك اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين

قال قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه لا كنيسة فى الاسلام ولا خصاء وروى ابن عدى فى الكامل بسنده الى عمر رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تبنى كنيسة فى الاسلام ولا يبنى ما خرب منها وأعل بسعيد ابن سنان واذا تعددت طرق الضعيف يصير حسنا ثم قيل المراد بالخصاء نزع الخصيتين وقيل كناية عن التخلى عن اتيان النساء (قوله وفى أرض العرب يمنعون من ذلك فى أمصارها وقراها) فلا يحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمكنون من السكنى بها فلا فائدة فى اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا يباع بها خمر ولا فى قريتها ولا فى ماء من مياه العرب ويمنعون من أن يتخذوا أرض العرب مسكنا ووطنا بخلاف أمصار المسلمين التى ليست فى جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف فى ذلك وذلك (لقوله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب) أخرج اسحق بن راهويه فى مسنده أخبرنا النضر بن شميل حدثنا صالح بن أبى الاحوص حدثنا الزهرى عن سعيد بن المسيب عن أبى هريرة أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى مرضه الذى مات فيه لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب ورواه عبد الرزاق قال أنبأنا معمر عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يجتمع بارض العرب أو قال بارض الحجاز دينان ورواه فى الزكاة وزاد فيه فقال عمر لليهود من كان منكم عنده عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم فليأت به والا فانى مجليكم قال فاجلاهم عمر وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ذلك فى مرض موته قال الدارقطنى فى علله هذا صحيح ورواه مالك فى الموطأ قال مالك قال ابن شهاب فحص عمر عن ذلك حتى أتاه اليقين أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يجتمع دينان فى جزيرة العرب فاجلى يهود خيبر وأجلى يهود نجران وفدك وفى صحيح البخارى ومسلم عن ابن عباس رضى الله عنهما لما اشتد برسول الله صلى الله عليه وسلم وجعه قال أخرجوا المشركين من جزيرة العرب وجزيرة العرب من أقصى عدن أبين الى ريف العراق فى الطول وأما العرض فمن جدة وما والاها من ساحل البحر الى أطراف الشام وسميت جزيرة لانجزار المياه التى حوالیها عنها كبحر البصرة وعمان وعدن والفرات وقيل لان حوالیها بحر الحبش وبحر فارس ودجلة والفرات وقال الازهرى سميت بذلك لان بحر فارس وبحر السودان أحاطا بجانبيها الجنوبى وأحاط بالجانب الشمالى دجلة والفرات وقال المنذرى فى مختصره قال مالك جزيرة العرب المدينة نفسها وروى أنها الحجاز واليمن واليمامة وحكى البخارى عن المغيرة قال هى أرض مكة والمدينة (قوله وتؤخذ أهل الذمة بالتميز عن المسلمين فى زيهم) نفسهم (وفى مراكبهم وسروجهم وقلانسهم) وحاصل هذا أن أهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلا بد مما يتميز به المسلم من الكافر كى لا يعامل معاملة المسلم فى التوقير والاجلال وذلك لا يجوز ور بما يموت أحدهم فجأة فى الطريق ولا يعرف فيصلى عليه بخلاف يهود المدينة لم يأمرهم صلى الله عليه وسلم بذلك لانهم كانوا معروفين باعيانهم لجميع أهل المدينة ولم يكن لهم زى عال على المسلمين واذا وجب التميز وجب أن يكون بما فيه صغار لا اعزاز لان اذلالهم لازم بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافهم بهيئة وضيعة ولذا أمروا (بالكستيجات)

لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة وفرات قد أحاطت بها الكستيج عن أبى يوسف رحمه الله خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمى فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم ومنه أمر عمر رضى الله عنه أهل الذمة باظهار الكستيجات (قوله وصيانة لضعفة المسلمين) المراد من الضعفة هم الضعفة فى الدين لا الضعفة فى البدن أى انما تؤخذ أهل الذمة بما يورث عليهم الصغار والذلة لكى يروا فى أعين الذين لم يتصلبوا فى دين الاسلام على وجه الصغار والذلة حتى لا يقولوا ان الكفار يتقلبون فى النعمة والدعة والمؤمنين فى المحنة والضعة وأن لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم ورونق حالهم والیه أشار الله تعالى الى قوله ولولا أن يكون

وقوله (فى جزيرة العرب) قيل انما سميت أرض العرب بالجزيرة لان بحر فارس وبحر الحبش ودجلة والفرات قد أحاطت بها وقوله (ويؤخذ أهل الذمة بالتميز) ظاهر وذكر رواية الجامع الصغير لكونها كالتفسير لما ذكره القدورى كأنه قال وكيفية التميز ماذكره فى الجامع الصغير الخ والكستيج خيط غليظ بقدر الاصبع يشده الذمى فوق ثيابه دون ما يتزينون به من الزنانير المتخذة من الابريسم وقوله (صيانة لضعفة المسلمين) أى الضعفة فى الدين لا البدن أى يفعل ذلك بهم لكى يكون نوافى أعين المسلمين الذين لم يتصلبوا فى دين الاسلام اذلاء صاغرين حتى لا يميلوا الى الكفر بسبب سعتهم فى الرزق والملابس والمراكب ورونق حالهم فان قيل لم يأخذ النبى صلى الله عليه وسلم من يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بذلك فيكون بدعة أجيب بانهم فى زمن النبى

ولان المسلم يكرم والذمى يهان ولا يبتدأ بالسلام و يضيق عليه الطريق فلو لم تكن علامة مميزة فلعله يعامل معاملة المسلمين وذلك لا يجوز والعلامة يجب أن تكون خيطا غليظا من الصوف يشده على وسطه دون الزنار من الابريسم فانه جفاء فى حق أهل الاسلام و يجب أن يتميز نساؤهم عن نسائنا فى الطرقات والحمامات و يجعل على دورهم علامات كى لا يقف عليها سائل يدعو لهم بالمغفرة قالوا الا حق أن لا يتركوا ان يركبوا الا للضرورة واذا ركبوا للضرورة فلينزلوا فى مجامع المسلمين فان لزمت الضرورة اتخذوا سروجا بالصفة التى تقدمت و يمنعون من لباس يختص به أهل العلم والزهد والشرف (ومن امتنع من الجزية أو قتل مسلما أو سب النبى عليه الصلاة والسلام أو زنى بمسلمة

وهو خيط فى غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه دون الزنار من الابريسم (لان فيه جفاء بالمسلمين) أى اغلاظا عليهم فهو من حسن العشرة معهم ولدفع الضرر عن ضعفة المسلمين فى الدين فربما يغرقون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم فى خفض عيش ونعمة ونحن فى كد وتعب واليه أشار بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة ومعارج عليها يظهرون تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل واذا منع من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فمنعهم من لباس الثياب الفاخرة التى تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرقيقة أولى ولا شك فى وقوع خلاف هذا فى هذه الديار ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من ان يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف أو قريبا منه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوه أو كان مريضا أى الا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح و يضيق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط واذا عرف أن المقصود العلامة فلا يتعين

لم ينتقض عهده) لان الغاية التي ينتهي بها القتال التزام الجزية لا أداؤها والالتزام باق وقال الشافعي سب النبي صلى الله عليه وسلم يكون نقضا لأنه ينقض إيمانه فكذا ينقض أمانه اذ عقد الذمة خلف عنه ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر منه والكفر المقارن لا يمنعه فالطارئ لا يرفعه قال (ولا ينقض العهد الا ان يلحق بدار الحرب أو يغلبوا على موضع فيحاربونا) لأنهم صاروا حربا علينا فيعرى عقد الذمة عن الفائدة وهو دفع شر الحراب (واذا نقض الذمي العهد فهو بمنزلة المرتد) معناه في الحكم بموته باللحاق لانه الحق بالاموات

لم ينتقض عهده) فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بأدائها لانه لو امتنع من قبولها انتقض عهده والشافعي ينقض عهده بالامتناع عن أداء الجزية وقبول أحكام الاسلام ولا ينقضه بزناه بمسلمة أو أن يصيبها بنكاح أو أن يفتن مسلما عن دينه أو يقطع الطريق أو يدل على عورات المسلمين أو يقتل مسلما وهو قول مالك وأحمد الا أن مالكا قال ينتقض باكراه المسلمة على الزنا أو سبه عليه الصلاة والسلام أو ذكره تعالى بما لا ينبغي فانه يقتله به ان لم يسلم ووافقه في هذا الشافعي في قول وأحمد في رواية وللشافعي أيضا فيما اذا ذكره تعالى بما لا ينبغي أو سبه عليه الصلاة والسلام قولان آخران أحدهما لا ينتقض والآخر ينتقض وجه قوله هذا (أنه بذلك ينتقض ايمانه) لو كان مسلما (فينتقض به أمانه اذ عقد الذمة خلف عن الايمان) في افادة الامان فما ينقض الاصل ينقض الخلف الادنى بالطريق الاولى وروى أبو يوسف عن حفص بن عبد الله عن ابن عمر أن رجلا قال له سمعت راهبا سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال لو سمعته لقتلته انا لم نعطهم العهود على هذا قال المصنف (ولنا أن سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر من الذمي) كما هو ردة من المسلم (والكفر المقارن) لعقد الذمة (لا يمنع عقد الذمة) في الابتداء (فالكفر الطارئ لا يرفعه) في حال البقاء بطريق أولى يؤيده ما روي عن عائشة رضي الله عنها أن رهطا من اليهود دخلوا عليه صلى الله عليه وسلم فقالوا السام عليك فقال وعليكم قالت ففهمتها وقلت عليكم السلام واللعنة فقال صلى الله عليه وسلم مهلا يا عائشة فان الله يحب الرفق في الامر كله قالت فقلت يا رسول الله ألم تسمع ما قالوا قال صلى الله عليه وسلم قد قلت وعليكم ولا شك أن هذا سب منهم له صلى الله عليه وسلم ولو كان نقضا للعهد لقتلهم لصيرورتهم حربيين قالوا وحديث ابن عمر اسناده ضعيف وجاز أن يكون قد شرط عليهم أن لا يظهروا سبه صلى الله عليه وسلم والذي عندي أن سبه صلى الله عليه وسلم أو نسبة ما لا ينبغي الى الله تعالى ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهر ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لأن دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذي هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لا عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافي قيد قبول الجزية دافعا لقتله لأنه الغاية في التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالاسلام والمسلمين فلا يكون جاريا على العقد الذي يدفع عنه القتال وهو أن يكونوا صاغرا ذليلا وأما اليهود المذكورون في حديث عائشة فلم يكونوا أهل ذمة بمعنى اعطائهم الجزية بل كانوا أصحاب موادعة بلا مال يؤخذ منهم دفعا لشرهم الى أن أمكن الله منهم لانه لم توضع جزية قط على اليهود المجاورين من قريظة والنضير وهذا البحث منا لو جب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار (قوله ولا ينتقض عهده الا أن يلحق بدار الحرب أو يغلبوا) أي أهل الذمة (على موضع) قرية أو حصن (فيحاربونا لأنهم) بكل من الخصلتين (صاروا حربا علينا) وعقد الذمة ما كان الا لدفع شر حرابهم (فيعرى عن الفائدة) فلا يبقى (واذا انتقض عهده فحكمه حكم المرتد معناه في الحكم بموته باللحاق لانه الحق بالاموات) واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل

كالخروج الى الرستاق وذهاب المريض الى موضع يحتاج اليه (قوله وكذا في حكم ما حمله من ماله) يعني الذمي اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفي يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون ذلك المال فيئا كالمرتد اذا لحق

الاكف وقوله (لانه ينقض ايمانه) يعني لو كان مسلما و يسب النبي صلى الله عليه وسلم والعياذ بالله نقض ايمانه (فكذا ينقض أمانه) وذمته

قوله (وكذا فى حكم ما حمله من ماله) يعنى أن الذمى اذا نقض العهد ولحق بدار الحرب وفى يده مال ثم ظهر على دار الحرب يكون فيأ كالمرتد اذا لحق بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار كان ماله فيأ وقوله (الا أنه لو أسر) استثناء من قوله فهو بمنزلة المرتد يعنى بخلاف المرتد فانه لا يسترق بل يقتل ان أصر على ارتداده *(فصل)* (٣٠٤) ذكر نصارى بنى تغلب فى فصل على حدة لان لهم أحكاما مخصوصة بهم تخالف

وكذا فى حكم ما حمله من ماله الا أنه لو أسر يسترق بخلاف المرتد

(فصل) (ونصارى بنى تغلب يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين من الزكاة) لان عمر رضى الله عنه صالحهم على ذلك بمحضر من الصحابة (ويؤخذ من نسائهم ولا يؤخذ من صبيانهم) لان الصلح وقع على الصدقة المضاعفة والصدقة تجب عليهن دون الصبيان هذا كذا المضاعف وقال زفر رحمه الله لا يؤخذ من نسائهم أيضا وهو قول الشافعى لانه جزية فى الحقيقة على ما قال عمر هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النسوان ولنا أنه مال وجب بالصلح

أحكام سائر النصارى وكلامه واضح والاصل فيه ما ذكر أبو يوسف فى كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة ابن النعمان التغلبى أنه قال لعمر يا أمير المؤمنين ان بنى تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت المؤنة فان رأيت أن تعطيهم شيأ فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصرانى من بنى تغلب له غنم سائمة فليس فيها شئ حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين شاة سائمة ففيها شاتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك الابل والبقر اذا وجب على المسلم شئ فى ذلك فعلى التغلبى مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم فى الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شئ وكذلك أراضيهم التى كانت فى أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين

أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التى خلفها فى دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته (وكذا فى حكم ما حمله من ماله) الى دار الحرب بعد النقض ولو ظهر على الدار يكون فيأ لعامة المسلمين كالمرتد اذا التحق بماله ولو لحق بدار الحرب ثم عاد الى دار الاسلام وأخذ من ماله وأدخله دار الحرب ثم ظهر على الدار فالورثة أحق به قبل القسمة مجانا وبعد القسمة بالقيمة لان الملك لهم حين أخذه فان عاد بعد الحكم باللحاق فهى رواية يكون فيأ وفى رواية لا ولا يبعد أن يقال انتقاله الى المكان الذى تغلبوا فيه كانتقاله الى دار الحرب ان لم تكن متاخمة لدار الاسلام بالاتفاق وان كانت على قولهما وقوله (الا أنه لو أسر يسترق) استثناء من قوله هو بمنزلة المرتد (بخلاف المرتد) اذا لحق ثم ظهر على الدار فاسرا لا يسترق بل يقتل اذا لم يسلم وكذا يجوز وضع الجزية عليه اذا عاد بعد نقضه وقبلها لانه ما كان التزم بالذمة الاسلام بل أحكامه فجاز أن يعود الى الذمة بخلاف المرتد التزم الاسلام فلا بد أن يعود اليه أما اذا لم يعد ولم يقبلها حتى أخذ بعد الظهور فقد استرق فلا يتصور منه جزية والله الموفق

(فصل) أفرد أحكام نصارى بنى تغلب بفصل لان حكمهم يخالف اسائر النصارى وتغلب ابن وائل من العرب من ربيعة تنصروا فى الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر رضى الله عنه الى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك صدقة فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضى الله عنه فى طلبهم وضعف عليهم فأجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء فى رواية أبى يوسف بسنده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبى أنه قال لعمر رضى الله عنه ان بنى تغلب الحديث الى أن قال فصالحهم عمر رضى الله عنه على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم فى النصرانية ويضاعف عليهم فى الصدقة وعلى أن يسقط الجزية من رؤسهم اه ففى كل أربعين شاة لهم شاتان ولا زيادة حتى تبلغ مائة وعشرين ففيها أربع شياه وعلى هذا فى البقر والابل ثم اختلف الفقهاء هل هى جزية على التحقيق من كل وجه أو لا فقيل من كل وجه فلا يؤخذ من المرأة والصبى فلو كان للمرأة ماشية ونقود لا يؤخذ منها شئ وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة قال

بدار الحرب بماله ثم ظهر على الدار فماله فىء والله تعالى أعلم بالصواب

(فصل) بنو تغلب قوم من نصارى العرب وكانت لهم شوكة وقوة فطالبهم عمر رضى الله عنه بالجزية فأبوا وخاف عمر رضى الله عنه أن يلحقوا بالروم فيصيروا عونا لهم وطلبوا أن يؤخذ منهم ما يؤخذ من المسلمين فأبى ذلك عمر رضى الله عنه فوقع الصلح على أن يضاعف عليهم ما يؤخذ من المسلمين من الصدقات بمحضر من الصحابة

(فصل) *ونصارى بنى تغلب قال المصنف (يؤخذ من أموالهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين) أقول أى من أموال المسلمين على تقدير المضاف والظاهر أنه لا حاجة الى ذلك لاستقامة الكلام بدونه قال المصنف (لان عمر صالحهم الخ) أقول فان قيل هذا الصلح مخالف لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية الخ قلنا ذلك مخصوص بالآيات الدالة على جواز الصلح كما مر فى باب الموادعة (قال المصنف ولنا أنه مال وجب بالصلح) أقول ليس فيما ذكر من قبلنا جواب عما قاله عمر وتأمل أنت فيه

وقوله (والمرأة من أهل وجوب مثله) أى مثل مال وجب بالصلح وقوله (ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها) أى فيما أخذ منهم من المضاعفة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا وأخذ التلبيب على ما مر قوله (ويوضع على مولى التغلبى الخراج أى الجزية وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) أى لا تؤخذ الجزية وخراج (٣٠٥) الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه

والمرأة من أهل وجوب مثله عليها والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية ألا ترى أنه لا يراعى فيه شرائطها (ويوضع على مولى التغلبى الخراج) أى الجزية (وخراج الارض بمنزلة مولى القرشى) وقال زفر يضاعف لقوله عليه الصلاة والسلام ان مولى القوم منهم ألا ترى أن مولى الهاشمى يلحق به فى حق حرمة الصدقة ولنا أن هذا تخفيف والمولى لا يلحق بالاصل فيه ولهذا توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا بخلاف حرمة الصدقة

الكرخى وهذه رواية أقيس وهو قول الشافعى لان الواجب بكتاب الله تعالى عليهم الجزية فاذا صالحوهم على مال جعل واقعا موقع المستحق يؤيده قول عمر رضى الله عنه هذه جزية سموها ما شئتم وقال أصحابنا هو وان كان جزية فى المعنى فهو واجب بشرائط الزكاة وأسبابها اذا الصلح وقع على ذلك ولهذا لا يراعى فيه شرائط الجزية من وصف الصغار فيقبل من النائب ويعطى جالسا ان شاء ولا يؤخذ بتلبيبه (والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يخص الجزية) والمرأة من أهله ومن أهل ما يجب من المال بالصلح فيؤخذ منها بخلاف الصبى والمجنون لا يؤخذ من مواشيهم وأموالهم لعدم وجوب الزكاة عليهم عندنا بخلاف أرضهم فيؤخذ خراجها لانه وظيفة الارض وليس عبادة لتخص البالغين كنفقة عبيدهم وحاصل ما ذكرنا يفيد أنه روعى فى هذا المأخوذ جهة الجزية فى المصرف وفيما سوى ذلك روعى جهة الزكاة أما الاول فلانه حقيقة الجزية وأما الثانى فلان ما وقع عليه الصلح لا يغير وهذه الجزية التى وجبت بالصلح وقد علمت أن الجزية قسمان قسم يجب بالصلح فيتعين على الوجه الذى وقع عليه الصلح كيفما وقع والذى يراعى فيه من وجب عليه وصفه وكميته هو الجزية التى يبتدئ الامام وضعها شاؤا أو أبوا على ما تقدم (قوله ويوضع على مولى التغلبى) أى معتقه (الخراج أى الجزية وخراج الارض وقال زفر يضاعف) عليه ما يؤخذ من المسلمين كالتغلبى نفسه (لقوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم) وهذا الحديث استدل به النائب فى الزكاة على حرمان مولى الهاشمى الزكاة فكذا استدل به على التضعيف على مولى التغلبى وجميع الاحاديث المذكورة فى هذا الفصل تقدم الكلام عليها فى كتاب الزكاة من هذا الكتاب (ولنا أن هذا) أى وضع الصدقة المضاعفة (تخفيف) اذ لم يكن فيه وصف الصغار والذلة لرغبتهم فى ذلك واستشقاقهم ما سواه (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أى فى التخفيف ولا ترى أن الاسلام أعلى أسباب التخفيف ولو كان لمسلم مولى نصرانى وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلان لا يتعدى التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى (بخلاف حرمة الصدقات) على الهاشمى

رضى الله عنهم ثم اختلفوا فى هذا الواجب فقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى هو جزية حتى لا يؤخذ من نسائهم وصبيانهم وقال أصحابنا رحمهم الله هو واجب بشرائط الزكاة فى حق المأخوذ منهم وخراج الارض فى حق الآخذين لان الصلح وقع على تضعيف الزكاة ومن قضية التضعيف أن يعم مواضع وجوب الصدقة ولا تتبدل الشروط والاسباب فجعل الواجب فى حقهم بشرائط الزكاة وأسبابها (قوله والمرأة من أهل وجوب مثله) أى مثل مال وجب بالصلح (قوله ولا يراعى فيها شرائطها) أى لا يراعى فى المضاعفة من الزكاة شرائط الجزية من وصف الصغار كعدم القبول من يد النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا وأخذ التلبيب والهز (قوله بمنزلة مولى القرشى) أى لا تؤخذ الجزية وخراج الارض من القرشى وتؤخذ من معتقه فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبى وان لم تؤخذ من التغلبى ولنا أن هذا تخفيف أى أخذ ضعف ما يؤخذ من المسلم تخفيف لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية والمولى لا يلحق بالاصل

فكذلك ههنا تؤخذ الجزية من معتق التغلبى وان لم يؤخذ من التغلبى (قوله ولنا أن هذا) أى أخذ مضاعف الزكاة (تخفيف) يعنى لما ذكرنا أنه ليس فيه وصف الصغار بخلاف الجزية (والمولى لا يلحق بالاصل فيه) أى فى التخفيف (ولهذا) أى ولكون المولى لا يلحق بالاصل فى التخفيف (توضع الجزية على مولى المسلم اذا كان نصرانيا) ولم يلحق بمولاه فى ترك الجزية وان كان الاسلام أعلى أسباب التخفيف وأولاها فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ بل هى تخفيف بالتخليص عن التدنس بالآثام وقد ألحق مولى الهاشمى فيها بالهاشمى أجاب بقوله بخلاف حرمة الصدقة الخ

(قال المصنف والمرأة من أهل وجوب مثله) أقول لعل لفظ مثل مقحم (قوله فان قيل حرمة الصدقة ليست بتغليظ الخ) أقول فيه بحث فان الاثم ليس بثابت قبل الحرمة حتى يتخلص بها عنه بل ثبوته بها فالحرمة ليست بتخفيف بل تغليظ على ما لا يخفى والقول بان المراد اظهار حرمة الصدقة

(٣٩ - (فتح القدير والكفاية) - خامس) لا يناسب المقام ثم ان المولى انما لا يلحق بالاصل فى التخفيف اذا كان المولى من أهل التغليظ كما فيما نحن فيه وليس مولى الهاشمى كذلك والحق أن قول المصنف بخلاف حرمة الصدقة ليس جوابا عما ذكره الشارح

قوله مائة وعشرين صوب العلامة البحراوى نقلا عن النهر مائة وأحدا وعشرين من كتبه اه مصححه

وقوله (فى حقه) أى فيما هو حق مولاه وهو حرمة الصدقة فان قيل ما بال مولى الغنى لم يلحق به فى حرمة الصدقة والعلة المذكورة وهى أن الحرمات تثبت بالشبهات موجودة أجاب بقوله (لان الغنى من أهلها) أى من أهل الصدقة فى الجملة ولهذا حلت له اذا كان عاملا (وانما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى وأما الهاشمى فليس باهل لها أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه) ويجوز أن يقال حرمة الصدقة على بنى هاشم تشريف لهم وفى الحاق الموالى بهم زيادة فى التشريف وحرمتها على الغنى لغناه وفى الحاق مولاه به لا يزداد غنى ولم يذكر الجواب عما استدل به زفر من الحديث وهو أنه غير مجرى (٣٠٦) على عمومه فان مولى الهاشمى ليس كهو فى الكفاءة بالاجماع فوجب التأويل بانه محمول

على التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل اذا كان من القوم يقوم بنصرتهم وقال شمس الائمة السرخسى القياس فى الكل سواء وهو أن لا يلحق مولى القوم بهم الا أن ورود الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم وهو ما روى أن أبا رافع سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أتحل له الصدقة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أنت مولانا ومولى القوم من أنفسهم والمخصوص من القياس بالنص لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه وهذا ليس فى معنى ما ورد فيه النص لان ذلك كان لاظهار فضيلة قرابة رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الحاق مولاهم بهم ومولى التغلبى ليس من ذلك فى شئ

لان الحرمات تثبت بالشبهات فالحق المولى بالهاشمى فى حقه ولا يلزم مولى الغنى حيث لا تحرم عليه الصدقة لان الغنى من أهلها وانما الغنى مانع ولم يوجد فى حق المولى أما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلة أصلا لانه صين لشرفه وكرامته عن أوساخ الناس فالحق به مولاه قال (وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بنى تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور

لانه ليس تخفيفا بل تحريم (والحرمات تثبت بالشبهات فالحق مولى الهاشمى به) وينقض بمولى الغنى تحرم الصدقة على معتقه ولم تتعد اليه فقال (لا يلزم لان الغنى من أهل الصدقة) فى الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطى كفايته منها (وانما الغنى مانع) من الاسقاط عن المعطى له شرعا تحقق فى حق سيده ولم يتحقق فى المولى نخص السيد (أما الهاشمى فليس باهل لهذه الصلة أصلا لشرفه وكرامته) لاتساخها ولذا لا يعطى منها لو كان عاملا (فالحق به مولاه) لان التكريم أن لا ينسب اليه تلك الاوساخ بنسبة فان قلت هذا تقديم للمعنى على النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم مولى القوم منهم أجيب بان الحديث غير مجرى على عمومه بالاجماع فان مولى الهاشمى لا ينزل منزلته فى الكفاءة للهاشمية والامامة فكان عاما مخصوصا بالنسبة الى الكفاءة والامامة فيخص بالمعنى الذى ذكرناه أيضا وهو أنه تخفيف فلا يتعدى بالنسبة للتضعيف الى المولى الاسفل بدليل التخفيف بالاسلام لم يتعد الى المولى فيختص كون المولى منهم بما فيه دفع نقيصة لما أن نقيصة المولى الاسفل تنتسب الى مولاه ووجه آخر بان القياس أن لا يكون المولى منهم ولا ملزوما لاحكامهم لانه ليس منهم حقيقة وقد ورد الحديث به فى منع الزكاة وهو ما روى أنه صلى الله عليه وسلم استعمل أرقم بن أرقم على الصدقات فاستتبع أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان الصدقة لا تحل لمحمد ولا لآل محمد وان مولى القوم منهم فاذا علم عدم عمومه فليخص بسببه وهو الزكاة وأما الجواب بان قيل لم يوافق زفر أحد من الفقهاء فقيل بل قوله مروى عن الشعبى (قوله وما جباه الامام من الخراج ومن أموال بنى تغلب وما أهداه أهل الحرب الى الامام والجزية يصرف فى مصالح المسلمين كسد الثغور) وهى مواضع

(قوله وقوله فى حقه أى فيما هو حق مولاه) أقول الاظهر أن يقال أى فى حق حرمة الصدقة وأمر التذكير والتأنيث سهل فان الحرمة فى تاويل أن

فى التخفيف وأما قوله عليه السلام مولى القوم منهم فقلنا قد تعذر اجراء هذا الحديث على عمومه لانعقاد الاجماع على أن مولى الهاشمى لا ينزل منزلة الهاشمى فى الكفاءة وكذلك مولى القرشى على ما ذكرناه واذا تعذر اجراؤه على العموم يجب تاويله على معنى التعاون والتناصر لانه من لوازمه فان الرجل متى كان من القوم يقوم بنصرتهم وأما حرمان المولى الهاشمى عن الصدقات باعتبار الاحترام والاستعظام وقد ذكرنا أن الحديث مؤول بمعنى التناصر ففى التناصر استعظام فلذلك ألحق مولى الهاشمى به فى ذلك المعنى كذا فى الفوائد الظهيرية (قوله لان الغنى من أهلها) أى فى الجملة بان كان عاملا * القنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع (قوله ومن مات فى نصف السنة فلا شئ له من العطاء) والعطاء ما يكتب للغزاة فى الديوان ولكل من قام بامر من أمور الدين كالقاضى والمفتى والمدرس وفى الابتداء كان يعطى لكل من كان له ضرب مؤنة فى الاسلام كازواج النبى عليه السلام وأولاد المهاجرين والانصار رضى الله عنهم وكذا لو مات فى آخر السنة لا يورث العطاء لما قلنا

يحرم أو الحرمان (قوله لا يزداد غنى) أقول فيه بحث فانه لو ازداد غنى لا يفيد أيضا اذ لا تعلق له بالالحاق وبناء والجواب منع ذلك فان الغنى من الوجه المشروع محمود فتأمل (قوله فوجب التأويل بانه محمول على التعاون والتناصر الخ) أقول فان قيل النبى عليه الصلاة والسلام مبعوث لبيان الاحكام قلنا ما نحن فيه أيضا كذلك حيث يدل على أن المعتق عاقلة المعتق فان العقل باعتبار النصرة (قوله الا أن ورود الحديث كان فى حرمة الصدقة على بنى هاشم وهو ما روى أن أبا رافع رضى الله عنه الخ) أقول الاظهر أن يقال على ما روى أو نحوه ثم أقول فيه بحث لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب الا أن يمنع العموم مستندا بانه مجمل فليتأمل

وبناء القناطر والجسور ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) لانه مال بيت المال فانه وصل الى المسلمين من غير قتال وهو معد لصالح المسلمين وهؤلاء عملتهم ونفقة الذراري على الآباء فلو لم يعطوا كفايتهم لاحتاجوا الى الاكتساب فلا يتفرغون للقتال (ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء) لانه نوع صلة وليس بدين ولهذا سمي عطاء فلا يملك قبل القبض ويسقط بالموت وأهل العطاء في زماننا مثل القاضي والمدرس والمفتي والله أعلم

(باب أحكام المرتدين)

قال (واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة

يخاف هجوم العدو فيها من دار الاسلام (وبناء القناطر والجسور) وهي ما توضع وترفع فوق الماء ليمر عليه بخلاف القنطرة يحكم بناؤها ولا ترفع (ويعطى قضاة المسلمين وعمالهم وعلماؤهم منه ما يكفيهم ويدفع منه أرزاق المقاتلة وذراريهم) فانه تجب نفقتهم عليهم فلو لم يكفوهم من بيت المال اشتغلوا بالكسب وتركوا الاستعداد للدفع وهذا (لانه مال بيت المال لانه وصل الى المسلمين من غير قتال) وما كان كذلك فهو مال بيت المال بخلاف الحاصل بسبب القتال فانه يقسم بين الغانمين ولا يوضع في بيت المال واذا كان مال بيت المال يصرف في مصالح المسلمين وهؤلاء عمالهم وزاد المصنف في التجنيس في علامة السيد أبي شجاع انه يعطى أيضا للمعلمين والمتعلمين وبهذا تدخل طلبة العلم بخلاف المذكور هنا لانه قبل أن يتأهل عامل لنفسه لكن ليعمل بعده للمسلمين (قوله ومن مات في نصف السنة فلا شيء له من العطاء لانه نوع صلة وليس بدين ولكونه صلة سمي عطاء فلا يملك قبل القبض) فلا يورث (ويسقط بالموت) وهذا لانه مات قبل تأكد حقه بمجيء وقت المطالبة والحق الضعيف لا يجري فيه الارث كسهم الغازي في دار الحرب لا يورث بخلاف ما اذا تأكد سهمه بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة فانه يورث على ما أسلفناه وتقييد محمد رحمه الله في الجامع الصغير بنصف السنة ربما يشعر بانه اذا مات آخرها يعطى ورثته وقالوا لا يجب أيضا ولكن يستحب لانه أوفى عناءه أي تعبه في عمله للمسلمين فيستحب أن يعطى وعلل شمس الائمة عدم وجوب اعطائه بعد مائت السنة أيضا بما ذكرنا في نصفها فافاد أنه لم يتأكد الحق بعد مائت السنة أيضا معولا على أنه صلة فلا يملك قبل القبض وهذا يقتضي قصر الارث على حقيقة الملك والوجه يقتضي وجوب دفعه لورثته لان حقه تأكد بتمام عمله في السنة كما قلنا انه يورث سهم الغازي بعد الاحراز بدار الاسلام لتأكد الحق حينئذ وان لم يثبت له ملك وقول فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وانما خص نصف السنة لان عند آخرها يستحب أن يصرف ذلك الى ورثته فاما قبل ذلك فلا الا على قدر عنائه يقتضي أن يعطى حصته من العام ثم قيل رزق القاضي ومن في معناه يعطى في آخر السنة ولو أخذ في أولها ثم مات أو عزل قبل مضيها قيل يجب رد ما بقي وقيل على قياس تعجيل المرأة النفقة لا يجب وقال محمد أحب الي رد الباقي كله ولو عجل لها نفقة ليتزوجها فمات قبل التزوج لعدم حصول المقصود وعندهما هو صلة من وجه فينقطع حق الاسترداد بالموت كالرجوع في الهبة ذكره في جامع قاضيخان وانما تأشى والعطاء هو ما يثبت في الديوان باسم كل ممن ذكرنا من المقاتلة وغيرهم وهو كالجامكية في عرفنا الا أنها شهرية والعطاء سنوي

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلي شرع في بيان أحكام الكفر الطارئ والمرتد هو الراجع عن دين الاسلام (قوله واذا ارتد المسلم عن الاسلام والعياذ بالله عرض عليه الاسلام فان كانت له شبهة) أبداها

انه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا مائت وأبها نفقة مفروضة في ذمة الزوج تسقط كذا هنا وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك العطاء الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف الى ورثته ليكون أقرب الى الوفاء والله تعالى أعلم بالصواب

(باب أحكام المرتدين)

وقوله (وما جباه الامام) أي جمعه والثغور جمع ثغر وهو موضع مخافة البلدان والقنطرة ما لا يرفع والجسر ما يرفع (قوله وهؤلاء عملتهم) أي القضاة وعمالهم والعلماء عملة المسلمين والعملة جمع عامل (قوله فلا شيء له من العطاء) العطاء ما يكتب للغزاة في الديوان ولكل من قام بامر من أمور الدين كالقاضي والمفتي والمدرس وفي الابتداء كان يعطى كل من كان له ضرب مزية في الاسلام كأزواج النبي صلى الله عليه وسلم وأولاد المهاجرين والانصار وكذلك لو مات في آخر السنة لا يورث العطاء لانه صلة فلا يملك قبل القبض وانما وضع المسئلة في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرف ذلك الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيستحب الصرف الى قريبه ليكون أقرب الى الوفاء

(باب أحكام المرتدين)

لما فرغ من بيان أحكام الكفر الاصلي ذكر في هذا الباب أحكام الكفر الطارئ لان الطارئ انما هو بعد وجود

(باب أحكام المرتدين)