بسم الله الرحمن الرحيم وبه توفيقي

باب موجبات الدية والعاقلة والكفارة غرض

الباب بيان الواجب في اهلاك النفس وما دونها كما يجب بمباشرة الاهلاك بحسب ما ليست اليه وقد سبق ان مراتب الشيء الذي له اثر في ذلك ثلاث وهي العلة والسبب والشرط ثم اضاف الى ذلك حكم العاقلة والكفارة وكان ينبغي ان يقول وجناية العبد فانه من فصول الباب وكذا الغرة لكن يمكن ادراجها في العاقلة لانها يتحملها على الاصح ولم يتعرض في المحرر على هذه بل جعلها فصولا في الديات والعاقلة جمع عاقل والعواقل جمع الجمع سميت عاقلة لانهم كانوا يعقلون الابل بفناء دار القتيل وقيل لمنعهم اياه وقيل لاعطائهم العقل وهو الدية وقيل لدفعهم الابل بالعقل وهي الحبال التي تثنى بها اي يدي الابل ركبها والمراد بالكفارة كفارة القتل **قال** صاح على صبي لا يميز على طرف سطح فوقع ومات فدية مغلظة على العاقلة لانه يتاثر بالصيحة الشديدة كثيرا فاحيل الهلاك عليها وكذلك الحكم لو صاح على ضعيف التمييز كالمجنون والمعتوه والنايم والمراة الضعيفة والمصنف تبع الرافعي في التقييد بطرف السطح وهو يقتضي ان وسطه كالارض فلا يضمن وعبارة التنبيه سطح وهو اعم وعبارة الروضة فمات منه وهو احسن منه هنا فانه لو بقي مدة متالما ثم مات منه ضمنه كما لو مات عقبه ويلتحق بالموت ما لو تلف بعض اليابه فانه يضمنه بارشه ولو زال عقله وجبت الدية كما جزم به الامام في الروضة ونص عليه في الام وخرج بالصياح عليه ما لو صاح على صيد الاقرب الثاني **قال** وفي قوله قصاصا لان التاثر بها غالب وعن ابي حنيفة لا ضمان في ذلك **قال** الرافعي وقياس من يوجب القصاص ان يكون الدية مغلظة على الجاني وما قاله يخالف ما صرح بنقله البندنيجي ومثل طرف السطح الهدو والبير ونحوهما ووقع في الشرح والروضة والمحرر والحاوي الصغير فارتعد فجعل الارتعاد شرطا ليظهر بذلك السقوط من خوف الصيحة وحذفه المصنف لان الجمهور لم يتعرضوا له لكنه تعرض له فيما اذا صاح على صيد فاضطرب صبي وسقط وهو يقتضي اشتراطه هنا ايضا وقد يفرق بينهما **قال** ولو كان بارضه وصاح على بالغ بطرف سطح فلا دية في الاصح لان الموت بذلك بعيد والثاني تجب كما لو سقط من السطح وفي البالغ وجه ثالث انه ان غاصه من وراية وجب الضمان لغفلته **قال** وشهر السلاح كصياح لانه في معناه وربما زاد عليه **قال** ومراهق سقط كبالغ لشاركته في عدم التاثر فلا دية فيه في الاصح وقوله كبالغ يفهم ان المميز غير المراهق وليس كذلك وقيل من تعرض له لكن عموم قوله التنبيه وان صاح على صبي فوقع من سطح ومات وجبت دية

لشمل

لشمل ذلك **قال** ولو صاح على صيد فاضطرب صبي وسقط فدية مخففة على العاقلة لانه لا يتاثر بها غالبا فهو خطا وفي وجه غريب غريب حكاه صاحب التلخيص ان الصايح ان كان محرما او في الحرم تغلظ بصيحته الضمان لتعديه بذلك وقد صرح المصنف هنا بالاضطراب كما قدمنا الاشارة اليه **قال** ولو طلب السلطان من ذكرت بسوء فاجهضت ضمن الجنين خلافا لابي حنيفة لنا ما روى البيهقي عن الحسن البصري ان عمر ارسل الى امراة من نساء الانصار يغشاها الرجال بالليل يدعوها وكانت ترقى في درجة فزعت فالقت حملها فاستشار عمر الصحابة فيها فقال عبد الرحمن بن عوف انما مودب ولا شيء عليك وقال علي ان اجتهد فقد اخطا فان لم يجتهد فقد غشك عليك الدية فقال عمر لاعزمت لتقسمنها على قومك قيل اراد ثلث عمر واضافه الى علي اكراما لكن الاثر منقطع لان الحسن ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر واختر بقوله اجهضت عما لو ماتت بالاجهاض من ضمن عاقلته ديتها لان الاجهاض قد يحصل منه موت الام وعلم منه انه لو طلب رجلا ذكر عنده بسوء وهدد فمات لا ضمان ايضا لتعديه ذلك وانما هو موافقة قدر كذا مضى عليه في الام وفي النهاية يجب الضمان لانه من الاسباب المودية الى الهلاك وذكر السلطان ليس بقيد في الضمان فلو هدد غيره حاملا واجهضت فرعا فكذلك الحكم على ما بحثه الرافعي لان اكراه غير الامام كاكراه الامام ولو اتى رجل الى امراة وهددها عن الامام ولم يكن الامام امر بذلك فاجهضت جنينا ضمنه عاقلة ذلك الرجل ولو فزع انسان انسانا فاحدث في ثوبه لا ضمان لانه لم ينقص حملا ولا منفعة **تنبيه** الاجهاض القاء الولد قبل تمامه واستعماله المصنف في الادميات وللعرف تخصيصه بالابل قاله ابن سيده وغيره وقال ابو عبيد يقال اجهضت الناقة وازلقت الرمكة واسقطت الشجة اذا القت ولدها ولدها قبل تمامه وهو ظاهر كلام الجوهري فانه ذكر الاجهاض في الناقة وحدها وذكر ان الاسقاط يستعمل فيها وفي غيرها **قال** ولو وضع صبيا في مضبعة فاكله سبع فلا ضمان لان الموجود يصنع وليس باهلاك ولانه لم يلجئ السبع اليه بل الغالب من حال السبع الفرار من الانسان **قال** وقيل ان لم يمكنه الانتقال ضمن لانه اهلاك عرفي وان امكنه الانتقال من موضع الهلاك فلم يفعل فلا ضمان على الواضع قطعا كما لو ضع عرقه ولم يعصبه حتى مات فان كان الموضوع بالغا فلا ضمان قطعا قال الرافعي ويشبه ان يقال الحكم منوط بالقوة والضعف لا بالصغر والكبر والذي قاله صرح به صاحب المهذب والمضبعة بضم الميم وسكون الضاد المعجمة وكسر الباء الكثيرة السباع واحترز بها عما اذا وضعه في مضبعة لا سباع فيها فاتفق ان افترسه فيها سبع فلا ضمان عليه قطعا احاله للهلاك على اختيار الحيوان

لما شرته وقد يقال اخذ ذهابها عن دية الاسد فانها تجب فيها الفقود في المهالغ والصبي
وهذه مسئلة صاحب التنبيه وغيره وذكرها الرافعي في الغصب قال ولو تبع بالسيف
هاربا منه فرمى نفسه بما او نار او من طرف سطح فلا ضمان لانه باشر اهلاك نفسه عمدا والمباشرة مقدمة على السبب وصار كما لو حفر بئرا فجاء اخر ورمى نفسه فيها وفي الشرح والروضة
از هذا محله في البالغ العاقل فلو كان المطلوب صبيا او مجنونا بني على ان عمدهما عمدا وخطا
ان قلنا خطا ضمنه والا فلا ضمان وما كان في معنى السيف كالسيف قال فلو وقع جاهلا
لعمي او ظلمة ضمن لانه لم يقصد اهلاك نفسه وقد جاءه المسبع لذلك لكن لو قتله اخرا وافترسه
سبع في الطريق فلا ضمان بصيرا ان كان او ضريرا الا ان يجيبه اليه فانه يضمن قال وكذا لو خسف
به سقف في هربه في الاصح لانه حمله على الهرب والجاءه اليه ولو القى نفسه على السقف من علو
فانخسف به لثقله فكالقائه نفسه في الماء والنار ولا فرق في ذلك بين البالغ والصبي والمجنون
على الاصح والثاني لا ضمان لان السبب المهلك له لم يتشعر به الطالب والمطلوب فاشبه ما اذا
اعترضه سبع فافترسه قال ولو سلم صبي الى سباح ليعلمه فغرق وجبت ديته لانه
مات باهماله وقلة حفظه وتكرر ديته دية شبه العمد كما لو اهمل الصبي بضرب المعلم
تاديبا وفي وجه لا ضمان كما لو وضع الصبي في مسبعة وايضا الحر لا يدخل تحت اليد وتجري الوجهان
فيما اذا كان الولي يعلمه بنفسه ولو ادخله الملعم به لتعليم السباحة فغرق فالحكم كما
لو ختنه او قطع يده من اكله ثم تكرر ذكر المتولي واحتراز بالصبي عن البالغ العاقل اذا
سلم نفسه اليه ليعلمه فغرق فلا ضمان على المشهور لاستقلاله وفي الوسيط انه ان خاض
معه معتمدا على يده فاهماله احتمال ان يضمنه والذي ذكره العراقيون والبغوي انه لا ضمان
لانه مستقل وعليه ان يحتاط لنفسه ولا يعتبر بقول السباح فائدة روى البيهقي في سننه
في باب السبق والرمي عن عبد الله بن عمر انه كتب الى ابي عبيدة ان علموا غلمانكم العوم وقاتلكم
الرمي وروى جماعة ان النبي صلى الله عليه وسلم لما بلغ من العمر ست سنين بدا مدالي طمه
بئره في بني عدي بن النجار فقال فاحسنت العوم في بئرهم وفي صفوة الصفوة في ترجمة اسيد
بن حضير انه كان يكتب بالعربية ويحسن العوم والرمي وكانوا في الجاهلية يعيبون من كانت
فيه هذه الخصال الكامل والسباح العوام من السبح وهو العوم في الماء والتغلب فيه قال الجوهري
ويقال انه لا ينسى وقوله تعالى ان لك في النهار سبحا طويلا اي تردد في امورك كما يتردد السابح
في الماء قال قوم من العلماء معناه انه فات حرب الليل بنوم او عذر فيخلف بالنهار واختلف في
قوله تعالى والسابحات سبحا فقيل النجوم لانها تسبح في فلك وقيل الملايكة لانها تنصرف

في

في الامور بامر الله تجي وتذهب وقيل الشمس والقمر والليل والنهار وقيل السحاب لانها كالعائمة
في الهواء وقيل المنايا تسبح في نفوس الحيوان وقيل جماعة الخيل ولذلك يقال
للفرس سابح وقيل حيتان البحر وهي من عظيم المخلوقات فمرى ان الله تعالى بث في الدنيا الف
نوع من الحيوان منها اربع مايئة في البر وستمايئة في البحر قال ويضمن بحفر بئر عدوان لتعديه
بذلك هذا اذا لم يعلم به الانسان فان علم وتعمد حتى هلك فلا ضمان على الحافر وصورة العدوان
لا تخفى فان كان الهالك بها اعمى فالدية على العاقلة او دابة او مالا اخر فالغرم في ماله حيا
وميتا فلو حفر في ارض غيره عدوانا فرضاه بابقايها محفورة كرضاه بحفرها ابتداء على الاصح
ومقتضى كلام المصنف انه لا فرق في تضمين الحافر بين التردي فيها ليلا او نهارا ونقله في الوسيط
عن اطلاق الاصحاب وخصه الامام بالتردي نهارا لهذا اذا لم يوجد هناك مباشرتان ترداه
فيها انسان غيره فالضمان على المتردي لا عتبارنا بالحفر كالمسك والقاتل وشمل اطلاقه ما لو حصل
التردي بعد موت الحافر والدية فيه على العاقلة وفي الوسيط في باب كفارة القتل والخلاف
في تعليق الضمان بتركته وهو محمول على ما اذا كان المتردي بهيمة او عبدا مما اوجبه القيمة فانها
تجب في التركة وموضع التضمين ما اذا تجرد التردي للاهلاك فلو تردت بهيمة ولم تتاثر بالصدمة
وبقيت فيها اياما ثم ماتت جوعا او عطشا فلا ضمان على الحافر لحدوث سبب اخر كما لو جا
سبع فافترسها في البير كذا نقله الرافعي في اخر باب العاقلة عن البغوي واقره قال الا في ملكه
ومواته لانه غير متعد حتى لو دخل داخل باذنه وتردي فيه لم يضمن وعليه حمل ما في الصحيحين
من قوله صلى الله عليه وسلم البير جرحها جبار والمعدن جرحه جبار وقيل معناه ان الاجير في حفر
البير والمعدن اذا هلك كان هدرا قال احمد وما يروى فيه من قوله والنار جبار غلط ليس بصحيح
وقال احمد تصحف من البير فاهل اليمن يكنون النار بالبار كما يكنون البير والظاهر ان ما يستحق
منفعته بوصية او وقف كملكه وكذا ما يستحفه باجباره يجوز له معها الحفر والمراد بحفر
البير في الموات انه قصد ان ينتفع بها مدة مقامه ثم يتركها للمسلمين كما نبه عليه البندنيجي
وابن الرفعة ومحل ما ذكره اذا كانت مكشوفة او عرفه المالك انها كذلك وبير وامكنة البحر فاما
اذا لم يعرفه والداخل اعمى او في ظلمة فكما لو دعاه لطعام مسموم فاكله ويستثنى من اطلاق المصنف
مسئلتان احداهما اذا حفر بالحرم بيرا في ملكه او مواته فانه يضمن الصيد الواقع فيه الحرم
على الاصح كما ذكره الرافعي في باب محرمات الاحرام ونقل الامام فيه هنا الاجماع وقال لا يستثنى
غيره ولذلك قاله المرعشي في باب الغصب ونقله عن النص الثانية اذا حفرها او وسع من العاد
فيجب ضمان ما يتلف به ولو اجتمع التعدي مع الملك بان يحفر في ارضه التي اجرها او رهنها

بغير اذن المرتهن فلا ضمان لانه ملكه قال ولو حفر بدهليز بيع او دعا رجلا فسقط فالاظهر
ضمانه هذا كالمستثنى مما سبق فانما ضمنه لانه غره والثاني لا يضمنه لان المدعو هو الذي باشر
اهلاك نفسه باختياره وقيل ان كان الطريق واسعا وعن البيع معدا فقولان وان كان ضيقا
فقولان مرتبان واولى بالوجوب وعبارة المصنف تفهم التقييد بالمكلف لكن عبارة المحرر
والشرح عبره وهو اعم قال او بملك غيره او مشترك بلا اذن فمضمون لانه متعد بالحفر
تكون الدية على عاقلته وقوله بلا اذن يعود الى ملك غيره والى المشترك ولو حفر بيرا قريبة
العمق ثم عمقها غيره فالاصح ان الضمان عليهما وقيل يختص بالاول فعلى الاصح عليهما الضمان بالسوية
كالجراحات وقيل يوزع بحسب الحفر ويأتي فيما لو وضع عدلا في سفينة فيها تسعة اعدال
نعرفت تصحيح اندياض التسعة والغرق اسبب الاهلاك في الاعدال متميز بخلاف هذا
ولو حفر متعديا ثم طمه ثم حفر غيره فهلك به انسان فهل الضمان على الاول لانه المبتدي
او الثاني لانقطاع فعل الاول بالطم فيه وجهان صحح المصنف الثاني قلت بل الرفعة وينبغي
ان يقال ان طمه توجد مسروع فلا وجد للا بضمين الثاني لان الاول يرى بالطم والا فهو محل
الوجهين واذا كان الحافر عبدا تعلق الضمان برقبته فلو اعتقه السيد فضمان من تردي بعد
العتق يتعلق بالعتيق قال او بطريق فيضمان المارة فكذلك في مضمون للمتعدي فان اذن فيه الامام
اذ ليس له ان يأذن فيها قال او لا يضر لسعة الطريق او لاحتراف البير عن الحادة قال فان
اذن الامام فلا ضمان لعدم التعدي سواء حفر لمصلحة عامة او مصلحة نفسه قال والا بالي
اذا لم يأذن الامام فان حفر لمصلحة فالضمان لافساده على الامام قال او مصلحة عامة فلا في
الاظهر هذا هو الجديد لان المصالح يتنفل لاجلها العزار الخاصة ولان مراجعة الامام قد تتعسر
في ذلك والثاني وهو القديم يضمن لان النائب للمسلمين فيما يتعلق بالمصالح العامة للامام
ولم يأذن قال ومسجد كطريق بالنسبة الى الحفر فان كان باذن الامام فلا ضمان او بغير اذنه
فالقولان ولو بنى سقف مسجد او نصب فيه عامودا او طين جدارا او علق فيه قنديلا
فسقط على انسان او تلف به مالا وفرش فيه حصرا وغيرها فزلق به انسان فهلك او دخلت
شوكة منه في عينه فذهب بها بصره فان جرى ذلك باذن الامام او متولي امر المسجد فلا ضمان
والا ضمان ايضا على الاظهر قال البغوي ومثل هذا لو وضع دنا على بابه ليشرب الناس منه
فان كان باذن الامام لم يضمن او بغير اذنه فكذلك على الاظهر بخلاف ما لو بنى دكة على باب
داره فتهلك بها شاة فانه يضمن لانه فعله لمصلحة نفسه قال وما تولد من جناح اي بشارع
لمضمون سواء كان مضرا ام لا لان الارتفاق بالشارع انما يجوز بشرط سلامة العاقبة قال

الرافعي ولم يفرقوا بين ان يأذن الامام او لا كما فعلوا في حفر البير لغرض نفسه فاذا تولد منه
هلاك انسان ضمنه بالدية على العاقلة وان هلك به مال ضمن وجب في ماله واحتج بقوله
ان شارع من اخراجه الى ملكه او الى ملك غيره باذنه فلا ضمان قطعا وان اخرجه الى درب مستد
بغير اذنهم ضمن المتولد منه وباذنهم لا ضمان كالحفر في دار الغير باذنه كذا قاله ويجيء على
الرجه المتقدم في كتاب الصلح ان الدرب المستد كالشارع انه يضمن مطلقا فرع الى ملكه
ثم سبل ما تحت جناحه شارعا فحكم الضمان منتف عنه كما لو دام ملكه على البقعة والظا
انه لو سبل ارضه المحاورة لداره شارعا واستثنى نفسه لاشراع اليها ثم اشرع اليها لا
ضمان قال ويحل اخراج الميازيب الى شارع لعموم الحاجة اليها وهو اجماع لا خلاف فيه
ولا يخفى ان شرطها ان يكون عالية غير مضرة بالمارة كالروشن والميازيب جمع ميزاب وهو
بكسر الميم وبعدها همزة وجوز تخفيفها بجعلها ياء فيقال ميزاب وميازيب بياء ساكنة
وكذلك كتبها المصنف بخطه قال وقد غلط في منع ذلك ولا خلاف بين اهل اللغة في جوازه
ويقال ايضا مزراب براء ثم زاي وهي لغة مشهورة قال في التحرير ولا يقال بتقديم الزاي وقد
حكاها شيخه ابن مالك في كتاب مثلثه همز وما لا يهمز عن ابن الاعرابي فاجتمع فيه اربع لغات
قال والتالف بها مضمون في الجديد وكذلك بجنايته النازل منه لانه ارتفاق بالشارع فجوا
مشروط بالسلامة كالجناح وكما لو طرح ترابا في الطريق ليطين به سطحه فزلق به انسان ضمنه
وبهذا قال ابو حنيفة والقديم وبه قال مالك لا ضمان لانه من ضرورة البنا فاشبه ما اذا
تولد الاهلاك من بنائه في ملكه وهو ضعيف لانه يمكن اجراء المالي بترك حفرها في داره او
بفتح له اخدود في الجدار فلا ضرورة قال فان كان بعضه في الجدار فسقط الخارج فتلف
الضمان لانه تلف بما هو مضمون عليه فاشبه واشار بقوله فان كان بعضه في الجدار الى انه لو
كان خارج الجدار بان يمر عليه تعلق الضمان بسقوطها وبعضه ولو كان كله في الجدار فلا
ضمان بوقوعه كالجدار قال وان سقط كله فنصفه في الاصح لان التلف حصل من مباح مطلق
ومباح بشرط سلامة العاقبة وفي قدره وجهان او قولان احدهما يجب الضمان توزيعا على
النوعين والثاني يقسط على الداخل والخارج وعلى هذا ففي كيفيته وجهان احدهما بالمسا
فان كان الخارج ثلث الخشبة ضمن الثلث وبه جزم جماعة وثانيهما انه يكون بالوزن وصح
في اصل الروضة وبنيه على انه مزر دابره ويمتحن بهذه المسئلة فيقال رجل قتل انسانا بخشبة
وجب عليه بعض ديته وان قتله ببعضها وجب عليه كمال ديته وفي قول يضمن جميع الدية
لان الداخل حده الخارج ولا فرق بين ان يصيبه الداخل والخارج لان الهلاك حصل

كتاب امهات الاولاد

ختم المصنف كتابه بابواب العتق رجا
الله ان يعتقه وقاربه من النار واخر هذا الباب لانه عتق قهري مشوب بقضا
اوطار ولذلك توقف الشيخ عز الدين في كتاب الشجرة في كون الاستيلاد قربه والامهات
جمع ام وتقدم في اول باب مايحرم من النكاح انا الاكثر في جمعها كما عبر به المصنف ويجوز
امات على قلة هذا في الاناسي فاما في غيرها فبالعكس انشد الزمخشري في تفسير قوله
تعالى وعلى المولود له رزقهن للمامون بن الرشيد واغا امهات الناس اوعية مستودعات
وللابا ابنا وافتتح الباب في المحرر بقوله روى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في
مارية حين ولدت اعتقها ولدها قال الحاكم في كتاب الفرع من مستدركه انه صحيح
الاسناد وصححه بن حزم ايضا لكن ابن ماجة رواه باسناد ضعيف واستشهد البيهقي
بقوله عايشة ماترك رسول الله صلى الله عليه وسلم دينارا ولادرهما ولاعبدا ولاامة فدل
على ان مارية عتقت بموته صلى الله عليه وسلم ومعنى قوله اعتقها ولدها انه اثبت
لها حرمة الحرة لانها عتقت حقيقة وفي الصحيحين عن ابي موسى قلنا يارسول الله
انا نا في السبايا ونحب اثمانهن فما ترى في العزل فقال ماعليكم الا ان تفعلوا اما من
نسمة كاينة الى يوم القيمة الا وهي كاينة ففي قوله ونحب اثمانهن دليل على ان بيعهن
بالاستيلاد يمتنع واجمعوا على ان ولد الرجل من امته ينعقد حرا لقوله صلى الله عليه
وسلم من اشراط الساعة ان تلد الامة ربتها فاقام الولد مقام ابيه والاب حر
كذلك الولد ولا ولاء عليه لاحد لان مانع الرق قارب سبب الملك فدفعه بخلاف
مالو اشترى زوجته الحامل منه فان الولد يعتق عليه وولاءه وتظهر فايدة ولايه فيما
لو اوصى لموالي فلان فانه يدخل وفي تحمل العقل قال المولى يتحمله والاب لايتحمله قال
اذا الحيل امته فولدت حيا او ميتا او ما تجب فيه غرة عتقت بموت السيد لما روي
الحاكم وابن ماجة عن بن عباس ان النبي صلى الله عليه وسلم قال اعا امة ولدت من
سيدها فهي حرة بعد موته وروى البيهقي عن بن عمر انه قال ام الولد اعتقها ولدها
وان كان سقطا وروى الدارقطني ان النبي صلى الله عليه وسلم قال ام الولد لاتباع ولاتوهب
ولاتورث يستمتع بها مدة حياته فاذا مات عتقت لكن قال البيهقي انه لم يصح الا
من كلام عمر وشمل قوله الاحبال ما اذا كان الوطء مباحا او محرما فان كانت زوجته او
محرما لها ومسلم وهو كافر وهو كذلك سواء وجبنا عليه الحد اذا علم ام لا وسياتي
في خاتمة الكتاب حكم عقوبته لكن تعبيره بالاحبال يقتضي اعتبار فعله فلو علقت

منه

منه باستدخاله ذكر او مايه كان الحكم كذلك كما يثبت النسب ويويده رواية
الدارقطني ايما امة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر وعلم من قوله او ما يجب
فيه غرة انه لايشترط انفصال جميعه فلو اخرج راسه وباقيه محبوس ثم مات السيد
عتقت وبه صرح الدارمي كل هذا اذا لم يزاحم حق الغير فان زاحم بان استولد الامة التي
تعلق بها رهن او ارش جناية واستمر حتى مات السيد فانها لاتعتق بموت وكذلك
المحجور عليه بفلس اذا اولدها بعد الحجر لكن يرد على اطلاقه المكاتب فانه اذا اجل
امته ثم مات رقيقا قبل النجوم او بعده لم يعتق بموته على الاصح وشمل اطلاقه موته
مالو قتلته وبه صرح الرافعي في باب الوصية وكذلك لو كانت الامة غلك بعضها
على الصحيح المنصوص والولد حر عند العراقيين وهو صريح في ان الحرية لاتتبعض
وهو الاصح في الشرح الصغير وقيل تتبعض وصححه في الروضة في اخر الكتابة واحتراز بقوله
او ما تجب فيه غرة عما اذا وضعت مضغة لم يبن فيها تخطيط جلي ولا خفي وشهد
القوابل انه مبدا خلق ادمي ليقين التخطط فان امة الولد لاتثبت بذلك كما لا تجب
الغرة على المنصوص فيهما ونص على ان العدة تحسب بذلك وللاصحاب في ذلك
طرق مشهورة تقدمت فان القت مضغة ظهر فيها التخطيط ثبتت الغرة والاستيلاد
واشار بقوله عتقت بموت السيد الى انها لا تعتق من راس المال وتقدم عتقها
على الديون كما سنذكره في اخر الباب قال اوامة غيره بنكاح وكذلك
بالزنا فالولد رقيق لانه يتبع الام فيكون لسيدها بالاجماع لكن يستثنى من طرده
جارية ولده التي لم يستولدها فاذا اولدها الاب صارت ام ولد ومن عكسه
اذا عجز بحرمة امة فنكحها واولدها فالولد حر وقد ذكر المصنف في باب الخيار
والاعفاف قال ولا تصير ام ولد اذا ملكها لان ثبوت الحرية للامة وسوتها
للولد وهو هنا رقيق وفيه قول مخرج من المرهونة بيعت في الدين ثم عادت اليه
ولو ملك الولد عتق عليه ان كان من نكاح لا من زنا قال او بشبهة بان ظنها زو جته
الحرة او امته فالولد حر بلا خلاف نظرا الى ظنه فلو ظنها زوجته الامة كان الولد
رقيقا وهذه الصور ترد على المصنف واحترز عنها في المحرر بقوله على ظن انه بضع
زوجته الحرة قال ولا تصير ام ولد اذا ملكها في الاظهر لانها علقت به في غير
ملكه فاشبهت مالو علقت به في نكاح والثاني تصير لانها علقت حرا والعلوق بالحر
سبب للحرية بالموت وموضع الخلاف في الحر فان وطئ العبد جارية غيره بشبهة

جنته

ثم عتق ثم ملكها لا تصير قطعا لانه لم ينفصل مزحر قال وله وطء ام الولد بالاجماع
واستثنى الجرجاني منه امة الكافر اذا اسلمت واخته من الرضاع اذا احبلها جاهلا
بالتحريم فانها تصير مستولدة ووطوها ممتنع واستثنى الحيلي ثالثة وهي اذا من
يطأ موطوءة ابيه فتصير ام ولد ولا يحل له وطؤها ويستثنى رابعة وهي اذا اولد مكاتبته
فانها تصير ام ولد وله وطؤها ما دامت الكتابة الصحيحة الباقية قال
واستخدامها واجارتها لبقاء ملكه عليها كالمدبرة وقال مالك لا يؤجرها كما لا يبيعها
وله ايضا كتابتها لانه يملك كسبها فاذا اعتقها على صفة جاز فان قيل في الجزم بجواز
الاجارة نظر لانه بيع وقد قالوا في الاضحية المعينة لا تضح اجارتها كما لا يصح بيعها
الحاقا للمانع بالاعيان قلنا الفرق خروج الاضحية عن ملكه بالكلية بخلاف المستولدة
وعلم من جواز الاجارة جواز الاعارة من باب اولى قال وارش جناية عليها
لها وام ملكه وكذا ارش الجناية على اولادها الباقين لانها ملكه ولم تفهم ايضا
اذا قتلوا ولو غصبهم غاصب فماتوا في يده ضمنهم بالقيمة للسيد واصل ذلك
ان ام الولد تضمن عندنا بالغصب خلافا لابي حنيفة بنا على اصله ان القيمين
يوجب التملك واخته ربام الولد عن المكاتبة فارش الجناية عليها لها قال
وكذا تزويجها بغير اذنها في الاصح لانه يملك رقبتها ومنافعها حتى الاستمتاع
فملك تزويجها برضاها وبدونه كالمدبرة والثاني لا يجوز وان رضيت لانها
ناقصة في نفسها وولاية الولي عليها ناقصة ايضا فاشبهت الصغيرة اذا زوجها
الاخ برضاها والثالث يجوز له برضاها لانه يثبت لها حق الحرية بسبب
لا يملك السيد ابطاله فلا يملك تزويجها بغير اذنها كالمكاتبة وكان الصواب
ان يعبر بالاظهر فان الخلاف اقوى مذكور في التنبيه وغيره واذا اراد ان يزوج
بنت ام ولده منى كالام فيها الاقوال فاذا زوجنا لا يحتاج الى استبرائها بخلاف
ام الولد لانها ليست فراشا للسيد ولا يخفى ان هذا اذا كان السيد مسلما فان
كان كافرا وهي مسلمة فليس له تزويجها على الاصح بناء على انه يزوجها بالملك قال
وتحرم بيعها هذا الذي قطع به الجمهور واول من افتى به عمر ونص عليه الشافعي
في خمسة عشر كتابا ويدل له حديث ابن عمر المتقدم ولا يعرف للشافعي فيها الا
هذا القول وجوز بيعها ابن المقاصر والمحاملي ويحكى عن ابن عباس والشيعة وداود
وجابر كما تبيع سراريها امهاتها الاولاد والنبي صلى الله عليه وسلم حي لا يرى بذا باس

رواه

ورواه ابو داود والجواب انه منسوخ قال ابن ابي شيبة رواه عنه ثم قال وذكر لي
انه رجع عنه وقيل دليل ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يعلم ذلك كما قال ابن عمر كنا
نخابر اربعين سنة لا نرى بذلك حتى اخبرنا رافع ابن خديج ان النبي صلى الله عليه وسلم
نهى عن المخابرة فتركناها وقد ناظر فيها ابو بكر ابن داود ابن سريج فقال اجمعنا على انها
قبل امية الولد كانت تباع فيستصحب هذا الاجماع الى ان يثبت ما يخالفه وقال
له ابن سريج اجمعنا على انها حين كانت حاملا لا تباع فيستصحب هذا الاجماع القريب
الى ان يثبت ما يخالفه فافحمه واستثنى المقفال بيعها من نفسها فافتى بجواز
تغليبا لجانب الاعتاق وقال في اللباب يجوز بيعها في ثلاث مسايل المرهونة والجانية
وام ولد المكاتب انتهى والظاهر ان استيلاد المفلس في حال الحجر كاستيلاد الراهن
وعبارة المصنف قد تشمل منع كتابتها لان الكتابة اعتياض عن الرقبة ونقله الرويا
عن النص لكن رجح الرافعي الجواز وحقيقة الباعث على المستولدة انما هو اختصاص
لا ملك فيتصرف في منفعتها لا في عينها كموقوف ينتفع به ولا يبيعه وتقدم ان
القاضي اذا قضى بجواز بيعها نفذ قضاؤه وليس ذلك لمخالفة خبر الواحد كما قاله
الغزالي بل لمخالفة الاجماع لان الخلاف الذي كان فيها قد ارتفع بالاجماع بعد
ووقع في الروضة في كتاب القضاء عن الرويا في تصحيح عدم نقضه وهو وجه مبني
على ان الاجماع بعد الاختلاف لا يرفع حكم الاختلاف ومنهم من نباه على الخلاف
في اشتراط انقراض العصر والاعتبار بخلاف الشيعة والظاهرية قال
ورهنها وهبتها لان الهبة تبطل الملك والرهن تسلط عليه فاشبها البيع وانما
ذكرها المصنف مع انه اذا حرم بيعها حرم رهنها للتنبيه على ان تعاطي العقود
الفاسدة حرام وان لم يتصل بها المقصود كما نص عليه في الام وقد تقدم ذكر ذلك
في البيع وغيره وكذلك تحرم الوصية بها وفي صحة وقفها خلاف تقدم في بابه قال
ولو ولد من زوج او زنا اي بعد الاستيلاد فالولد للسيد بغير مؤنة كما
حكاه ابن المنذر عن اكثر الفقهاء لان الولد يتبع امه في الرق والحرية وكذا في سببه
اللازم والعارض فيه الخلاف في ولد المدبرة والمكاتبة لان الاستيلاد اقوى بدليل
انه لا يرتفع بحال بخلافهما ولا يتوقف عتقه على عتق الام فلو مات قبل موت
السيد بقي حكم الاستيلاد في حق الولد وهذا احد المواضع التي يزول فيها حكم
المتبوع ويبقى حكم التابع كما تتاج الماشية في الزكاة وكذلك الموقوفة منهي

وان كانت لا تباع بحال لا يتعدى حكم الموقوف الى ولدها على الاصح لان المقصود بالوقف
حصول العوايد والمنافع للموقوف عليه وولد الموصى بمنفعته كالام على الصحيح
رقبته للوارث ومنفعته للموصى له لانه جزء من الام والموجر والمعار لا يتعدى حكمها
الى الولد لان العقد لم يقتضه وولد المعتقة بصفة والمكاتب يتبعها ان عتقت
عتق وولد الاضحية والمندورة والمهدى له حكم الزوائد المتصلة عنها ولو ولدت المدبرة
التي تجب فيها الزكاة في عينها زكى بحول الاصل والاصح ان ولد العوض مال التجارة
وولد الجنينة الحادث في مدة الحبس في يد البايع ليس للبايع حبسه وولد
المرهونة الحادث بعد الرهن غير مرهون وولد المضمونة غير مضمون وولد
المغصوبة غير مغصوب وولد المودعة كالثوب الذي اطارته الريح الى دار
وولد الجناية لا يتبعها في الجناية وولد المرتد مرتد على الاظهر وولد العدو في قبول
شهادته ثلاثة اقوال قد تقدمت وولد مال القراض يفود به المالك وولد
المستاجرة غير مستاجر فان قيل يستثنى من اطلاق المصنف صورتان احداهما
ما حكاه الرافعي قبيل الصداق عن فتاوى البغوي واقره ان الزوج اذا كان يظن
ان امام الولد حر وعليه قيمة للسيد الثانية اذا حبل المراهن المرهونة
وهو معسر وقلنا بالاصح لانها لا تصير مستولدة فبيعت في الدين ثم ولدت عند
المشتري اولادا ثم ملكها المراهن بي واولادها فانها تصير مستولدة على الصحيح
واولادها ارقاء لا يعطون حكمها قال الرافعي في باب الاقرار بالنسب فالجواب انها
في المسئلة الثانية ولد واقبل الحكم بالاستيلاد وفي الاولى لبسوا اولادا ام ولد
وقوله كهي فيه جر الضمير بالكاف وهو شاذ كما تقدم قال واولادها قبل
الاستيلاد من زنا او زوج لا يعتقون بموت السيد وله بيعهم لحدوثهم قبل ان
يثبت طا سبب الحرمة قال وعتق المستولدة من راس المال وتقدم
على الديون والوصايا سواء استولدها في الصحة والمرض او خز عتقها في مرض موته
اما عتقها فلما سبق من حديث بن عباس وسل عكرمة عنها فقال هي حرة قيل له
باي شئ تقوله قال بقوله اطيعوا الله واطيعوا الرسول والاولى الامر منكم فكان ابن
عمر من اولى الامر وقال اعتقها ولدها وان كان سقطا ولان ولدها جزء منها وقد
انعقد حرا فاستتبع الباقي كالعتق لكن العتق فيه قوة فاثر في الحال وهذا فيه
ضعف فاثر بعد الموت واما كونه من راس المال فلانه اتلاف حصل بالاستمتاع

فاشبه

فاشبه الاتلاف بالاكل واللبس وبالقياس على من تزوجها في مرض موته ومن
الاصحاب من حكى عن القديم انها لا تعتق بموته ولكن الاستيلاد كالاستخدام
والحق ان الشافعي انما حكى ذلك عن علي رضي الله عنه فانه خطب على منبر الكوفة
فقال اجتمع رايي وراي امير المومنين عمر ان لا بيع امهات الاولاد وانا الان
ارى بيعهن فقال له عبيدة السلماني رايك مع الجماعة احب الينا من رايك
وحدك فاطرق راسه ثم قال اقضوا فيه ما انتم قاضون فاني اكره ان اخالف
اصحابي كذا رواه البيهقي وغيره وقد تقدم عن عبيدة نظير هذه القصة
في ميراث الجد والاخوة واما جناية ام الولد فتقدم حكمها في باب موجبات
الدية والعاقلة والكفارة والله اعلم **تتمة** وصى بام الولد من الثلث
لقصد الرفق بالورثة لم ينفذ بخلاف ما اذا اوصى بحجة الاسلام من الثلث
لان المستولدة كالحامل الذي يثقله بالاكل والشرب في حال المرض فلا يحسب
من الثلث وهي تعتق بمجرد الموت فليس للوصية فيها اثر وفي فتاوى القفال
ان من وطي جارية بيت المال يجد فان ولدها فلا نسب ولا استيلاد سواء
العقيم والعنين لانه لا يحبل الا عفاف في بيت المال **ختم الرافعي كتابه**
بقوله واذا اولد جارية المحرمة عليه بنسب او رضاع او مصاهرة لزمه التعزير
وفي قول الحد ثم قال وعلى القولين لو اولد ها يكون الولد حرا نسيبا وتصير
هي مستولدة قال الاصحاب ولا يتصور اجتماع هذه الاحكام مع ثبوت الحد
الا في هذه الصورة على احد القولين وما جزم به هنا من كون الولد نسيبا مع
القول بوجوب الحد صحيح خلافه في آخر كتاب النكاح وفي باب حد الزنا قال في المهمات
والذي ذكره من ان هذه الاحكام لا تجتمع الا في هذه الصورة غريب فانها تجتمع
فيما اذا وطي الاب جارية ابنه واستولدها ولم تكن مستولدة للابن فاذا اولد
الرجل جارية مشتركة واذا اولد جارية المزوجة واذا اولد جاريته
المدبرة واذا اولد امته المجوسية او الوثنية واذا اولد الذمي امته التي
اسلمت قبل ان تباع عليه ففي جميع هذه الصور تثبت الحرية والنسب
والاستيلاد مع وجوب الحد على قوله كما قرره الرافعي في هذا الباب
والله سبحانه وتعالى الموفق للصواب واليه المرجع والماب وختم هذا الكتاب
بما بدا بانه من حمد لله الذي بيده وبعيده والصلاة والسلام على سيدنا محمد المخصوص

يوم الشفاعة يوم الوعيد ونسأله العفو والعفو ونعوذ بالله من شر ما لم نعلم ونستغفره مما لم نعلم ونسأله الغفران لما علمنا منه وما لم نعلم انه لا يغفر الا هو ونسأله العفو والعافية في الدنيا والآخرة ونعوذ بالله من شر ما لم نعلم ونستغفره مما لم نعلم انه لا يغفر الا هو ونسأله العفو والعافية في الدنيا والآخرة