

الشرح الكبير على متن المقنع

تأليف الشيخ الامام

شمس الدين أبي محمد عبد الرحمن بن الشيخ أبي عمر محمد بن
أحمد بن قدامة المقدسي

الجزء التاسع

كتاب اللعان

قيل : هو مشتق من اللعن لأن كل واحد من الزوجين يلعن نفسه في الخامسة
إن كان كاذبا

وقال القاضي : سمي بذلك لأن الزوجين لا ينفكان من أن يكون أحدهما كاذبا
فتحصل اللعنة عليه وهي الطرد والإبعاد والأصل فيه قول الله تعالى : { والذين
يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهاداء إلا أنفسهم } الآيات

[روى سهل بن سعد أن عويمرا العجلاني أتى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقال : يا رسول الله أرأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا فيقتله فتقتلونه أم
كيف يفعل ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : قد أنزل الله عز وجل
فيك وفي صاحبك فاذهب فائت بها قال سهل : فتلاعنا وأنا مع الناس عند

رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا قال عويمر : كذبت عليها يا رسول
الله أن أمسكتها : فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم
[متفق عليه وروى أبو داود بإسناده] عن ابن عباس قال : جاء هلال بن أمية -

وهو أحد الثلاثة الذين تاب الله عليهم - فجاء من أرضه عشاء فوجد عند أهله
رجلا فرأى بعينه وسمع بأذنيه فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال : يا رسول الله إني جئت أهلي عشاء فوجدت
عندهم رجلا فرأيت بعيني وسمعت بأذني فكره رسول الله صلى الله عليه

وسلم ما حدثه واشتد عليه فنزلت : { والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم
شهاداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم } الآيتين كليهما فسري عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقال : أبشريا هلال فقد جعل لك فرجا ومخرجا قال

هلال : قد كنت أرجو ذلك من ربي تبارك وتعالى فقال رسول الله صلى الله
عليه وسلم أرسلوا إليها فأرسلوا إليها فتلاها عليهما رسول الله صلى الله عليه
وسلم وذكرهما وأخبرهما أن عذاب الآخرة أشد من عذاب الدنيا فقال هلال :

والله لقد صدقت عليها فقالت كذب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
لاعنوا بينهما فقبل لهلال : اشهد فقال أشهد بالله فشهد أربع شهادات بالله إنه
لمن الصادقين فلما كانت الخامسة قيل : يا هلال اتق الله فإن عذاب الدنيا

أهون من عذاب الآخرة وإن هذه الموجبة التي توجب عليك العذاب فقال : والله
لا يعذبني الله عليها فشهد الخامسة أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم
قيل لها : اشهدي فشهدت أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين فلما كانت

الخامسة قيل لها اتقي الله فإن عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة وإن هذه
الموجبة التي توجب عليك العذاب فتلكأت ساعة ثم قالت : والله لا أفصح

قومي فشهدت الخامسة أن غضب الله عليها إن كان من الصادقين ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا بيت لها عليه ولا قوت من أجل أنهما يتفرقان من غير طلاق ولا متوفى عنها وقال : إن جاءت به أصيهب أربضخ أتيح حمش الساقين فهو لهلال وإن جاءت به جعدا جماليا خدلج الساقين سايع الأليتين فهو للذي رميت به فجاءت به جعدا أورق جماليا خدلج الساقين سايع الأليتين فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لولا الأيمان لكان لي ولها شأن [قال عكرمة فكان بعد ذلك أميرا على مصر وما يدعى لأب ولأن الزوج يبتلئ بقذف امرأته لنفي العار والنسب الفاسد وتتعدر عليه البينة فجعل اللعان بينة له ولهذا لما نزلت آية اللعان [قال النبي صلى الله عليه وسلم : أبشر يا هلال فقد جعل الله لك فرجا ومخرجا] مسألة : إذا قذف الرجل زوجته بالزنا فله إسقاط الحد عنه باللعان وجملة ذلك أن الرجل إذا قذف زوجته المحصنة بالزنا وجب عليه الحد وحكم بفسقه وردت شهادته إلا أن يأتي بيينة أو يلاعن فإن لم يأت بأربعة شهداء وامتنع من اللعان لزمه ذلك كله وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : يجب اللعان دون الحد فإن أبى حبس حتى يلاعن لأن الله تعالى قال : { والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه { الآيات فلم يوجب بقذف الأزواج إلا اللعان ولنا قول الله تعالى : { والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون } وهذا عام في الزوج وغيره وإنما خص الزوج بأن أقام لعانه مقام الشهادة في نفي الحد والفسق ورد الشهادة عنه ويدل عليه قول النبي صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية : [البينة وإلا حد في ظهرك] وقوله له لما لاعن : [عذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة] ولأنه قاذف فلزمه الحد كما لو أكذب نفسه فلزمه إذا لم يأت بالبينة المشروعة كالأجنبي

[جزء 9 - صفحة 6]

مسألة وصفة اللعان أن يبدأ الزوج فيقول أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير مسألة : وصفة اللعان أن يبدأ الزوج فيقول : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به امرأتي هذه من الزنا ويشير إليها ولا يحتاج مع الحضور والإشارة إلى تسمية ونسب كما لا يحتاج إلى ذلك في سائر العقود وإن لم تكن حاضرة أسماها حتى تنتفي المشاركة بينها وبين غيرها حتى يكمل ذلك أربع مرات ثم يقول في الخامسة وإن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا ثم تقول هي : أشهد بالله أن زوجي هذا من الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتشير إليه إن كان حاضرا وإن كان غائبا أسمته ونسبته فإذا كملت أربع مرات تقول في الخامسة : وأن غضب الله

عليها إن كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لقول الله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } الآيات ولما ذكرنا من حديث عويمر العجلاني وحديث هلال بن أمية في أول الباب

[جزء 9 - صفحة 7]

مسألة فإن نقص أحدهما من الألفاظ الخمسة شيئاً أو بدأت باللعان قبله أو تلاعنا بغير حضرة الحاكم أو نائبه
مسألة : فإن نقص أحدهما من الألفاظ الخمسة شيئاً أو بدأت باللعان قبله أو تلاعنا بغير حضرة الحاكم أو نائبه لم يعتد به
وجملة ذلك أنه يشترط في صحة اللعان شروط ستة أحدها : استكمال اللفظ الخمسة فإن نقص لفظة لم يصح لأن الله تعالى علق الحكم عليها فلا يثبت بدونها ولأنها بينة فلم يجز النقص من عددها كالشهادة الثاني : أن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد القائه عليه فإن بادر قبل أن يلقى الإمام عليه أو نائبه لم يصح كما لو حلف قبل أن يحلفه الحاكم الثالث : أن يبدأ الزوج باللعان فإن بدأت المرأة به قبله لم يعتد به لأنه خلاف ما ورد به الشرع وكذلك إن قدم الرجل اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة أو قدمت المرأة الغضب ولأن لعان الرجل بينة الإثبات ولعان المرأة بينة الإنكار فلم يجز تقديم الإنكار على الإثبات الرابع : أن يكون بحضرة الحاكم أو نائبه لأنه يمين دعوى فاعتبر فيه أمر الحاكم كسائر الدعاوى الخامس : أن يشير كل واحد منهما إلى صاحبه وإن كان حاضراً أو يسميه أو ينسبه إن كان غائباً ولا يشترط حضورهما معا بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه قبل وإن لاعن الرجل في المسجد والمرأة على بابه لعذر جاز

[جزء 9 - صفحة 8]

مسألة وإن أبدل لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو لفظة اللعنة بالإبعاد أو الغضب بالسخط فعلى وجهين
مسألة : وإن أبدل لفظة أشهد بأقسم أو أحلف أو لفظة اللعنة بالإبعاد أو الغضب بالسخط فعلى وجهين
وهذا الشرط السادس وهو أن يأتي بالألفاظ على صورة ما ورد في الشرع فإن أبدل لفظاً منها فظاهر كلام الخرقى أنه يجوز أن يبدل قوله من الصادقين بقوله لقد زنت لأن معناهما واحد ويجوز لها إبدال إنه لمن الكاذبين بقولها : لقد كذب لأنه ذكر صفة اللعان كذلك وأتباع لفظ النص أولى وأحسن وإن أبدل لفظ أشهد بلفظ من الألفاظ اليمين فقال أقسم أو أحلف لم يعتد به وفيه وجه آخر أنه يعتد به ذكره أبو الخطاب لأنه أتى بالمعنى فأشبهه ما لو أبدل إني لمن الصادقين

بقوله : لقد زنت ول الشافعي وجهان في هذا قال شيخنا : والصحيح أن ما اعتبر فيه لفظ الشهادة لم يقم غيره مقامه كالشهادات في الحقوق ولأن اللعان يقصد فيه التخليط واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التخليط فلم يجر بدله ولهذا لم يجر أن يقسم بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد وفيه وجه آخر أنه يعتد به لأنه أتى بالمعنى أشبه ما قبله فإن أبدل لفظة اللعنة بالإبعاد لم يجر لأن لفظ اللعنة أبلغ في الزجر وأشد في أنفس الناس ولأنه عدل عن النصوص وفيه وجه آخر أنه لا يجوز لأن معناه واحد وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللعنة لم يجر لأن الغضب أغلظ ولهذا اختصت المرأة به لأن إثمها أعظم والمعرة بزناها أقبح وإن أبدلتها بالسخط خرج على وجهين فيما إذا أبدل الرجل لفظ اللعنة بالإبعاد وإن أبدل الرجل لفظ اللعنة بالغضب احتتمل أن يجوز لأنه أبلغ واحتمل أن لا يجوز لمخالفته المنصوص قال الوزير يحيى بن محمد بن هبيرة : من الفقهاء من اشترط أن يراد بقوله من الصادقين فيما رميتها به من الزنا واشترط في نفيها عن نفسها فيما رماني به من الزنا ولا أراه يحتاج إليه لأن الله سبحانه أنزل ذلك فبينه ولم يذكر هذا الاشتراط

[جزء 9 - صفحة 9]

مسألة ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه إلا بها فإن عجز عنها لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر
مسألة : ومن قدر على اللعان بالعربية لم يصح منه إلا بها فإن عجز عنها لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه
إذا كان الزوجان يعرفان العربية لم يجر أن يلتعنا بغيرها لأن اللعان ورد في القرآن بلفظ العربية فلم يصح بغيرها كإذكار الصلاة وإن لم يحسنها بالعربية لزمه تعلمها في أحد الوجهين وفي الآخر يصح بلسانه ولا يلزمه التعلم لأنه موضع حاجة كما قلنا في النكاح وهو أصح إن شاء الله تعالى فإن كان الحاكم يحسن لسانهما أجزأ ذلك ويستحب أن يحضر معه أربعة يحسنون لسانهما وإن كان الحاكم لا يحسن فلا بد من ترجمان قال القاضي ولا يجرىء في الترجمة أقل من عدلين وهو قول الشافعي وظاهر قول الخرقي وفيه رواية أخرى أنه يجرىء قول عدل واحد ذكرها أبو الخطاب وهو قول أبي حنيفة وسنذكر ذلك في كتاب القضاء إن شاء الله تعالى

مسألة وإذا فهمت إشارة الأخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا
مسألة : وإذا فهمت إشارة الأخرس أو كتابته صح لعانه بها وإلا فلا
وجملة ذلك أن الأخرس والخرساء إذا كانا غير معلومي الإشارة والكتابة لم يصح لعانهما لأنه لا يتصور منهما لعان ولا يعلم من الزوج قذف ولا من المرأة مطالبة وإن كانا معلومي الإشارة والكتابة فقد قال أحمد : إذا كانت المرأة

خرساء لم تلاعن لأنه لا تعلم مطالبتها وحكاه ابن المنذر وعن أبي عبيد و إسحاق وأصحاب الرأي فكذلك ينبغي أن يكون في الأخرس وذلك لأن اللعان لفظ يفتقر إلى الشهادة فلم يصح من الأخرس كالشهادة الحقيقية ولأن الحد يدرأ بالشبهات والإشارة ليست صريحة كالنطق ولا يخلو من احتمال وتردد فلا يجب الحد بها كما لا يجب على أجنبي بشهادته

وقال القاضي وأبو الخطاب : هو كالناطق قي قذفه ولعانه وهو مذهب الشافعي لأنه يصح طلاقه فصح قذفه ولعانه كالناطق ويفارق الشهادة فإنه يمكن حصولها من غيره فلم تدع الحاجة إليه فيها وفي اللعان لا يحصل إلا منه فدعت الحاجة إلى قبوله منه كالطلاق قال شيخنا : والأول أحسن لأن موجب القذف وجوب الحد وهو يدرأ بالشهادة ومقصود اللعان الأصلي نفي النسب وهو يثبت بالإمكان مع ظهور انتفائه فلا ينبغي أن يشرع ما ينفيه ولا ما يوجب الحد مع الشبهة العظيمة ولذلك لم تقبل شهادته قولهم : إن الشهادة تحصل من غيره قلنا : قد لا تحصل إلا منه لاختصاصه برؤية المشهود عليه أو سماعه إياه

فصل : فإن قذف الأخرس ولاعن ثم تكلم فأنكر القذف واللعان لم يقبل إنكاره للقذف لأنه قد تعلق به حق لغيره بحكم الظاهر ولا يقبل إنكاره له ويقبل إنكاره للعان فيما عليه فيطالب بالحد ويلحقه النسب ولا تعود الزوجية فإن قال : أنا ألاعن لسقوط الحد ونفي النسب كان له ذلك لأنه إن لم يقراره أنه لم يلاعن فإذا أراد أن يلاعن كان له ذلك

[جزء 9 - صفحة 11]

مسألة وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالإشارة ؟ على وجهين

مسألة : وهل يصح لعان من اعتقل لسانه وأيس من نطقه بالإشارة ؟ على وجهين

أحدهما : يصح لأنه مأيوس من نطقه أشبه الأخرس والثاني : لا يصح لأنه ليس بأخرس فلم يكتف بإشارته كغير المأيوس ذكر هذين الوجهين أبو الخطاب وذكر شيخنا فيما إذا قذف وهو ناطق ثم خرس وأيس من نطقه أن حكمه حكم الأخرس الأصلي فإن رجي عود نطقه انتظر به ذلك ويرجع فيه إلى قول عدلين من أطباء المسلمين وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وذكر أنه يلاعن في الحالين بالإشارة لأن أمامة بنت أبي العاص أصممت فقبل لها لفلان كذا ولفلان كذا فإشارت أن نعم فرأوا أنها وصية قال شيخنا : وهذا لا حجة فيه لأنه لم يذكر من الرواي لذلك ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ولا علم هل كان ذلك لخرس يرجى زواله أولا ؟

فصل : قال الشيخ رحمه الله : والسنة أن يتلاعنا قياما بمحضر جماعة في الأوقات والأماكن المعظمة

وجملة ذلك أن يسن في اللعان أمور : أحدها : أن يتلاعنا قياما فيبدأ الزوج فيلتعن وهو قائم فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنت وهي قائمة فإنه يروى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لهلال بن أمية : [قم فاشهد أربع شهادات] ولأنه إذا قام شاهده الناس فكان أبلغ في شهرته وفي حديث ابن عباس : فقام هلال فشهد ثم قامت فشهدت

الثاني : أن يكون بمحضر جماعة من المسلمين لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروا مع حادثة أسنانهم فدل على أنه حضر جمع كثير لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال ولأن اللعان بني على التغليب مبالغة في الردع به والزجر وفعله في الجماعة أبلغ في ذلك ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة لأن بينة الزنا التي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة وليس ينبغي من هذا واجبا وبهذا كله قال أبو حنيفة و الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا الثالث : أن يكون في الأوقات والأماكن المعظمة وهذا قول أبي الخطاب وهو مذهب الشافعي إلا أن عنده في التغليب بالمكان قولين : أحدهما : أن التغليب به مستحب كالزمان والثاني : أنه واجب لأن النبي صلى الله عليه وسلم لا عن بينهما عند المنبر فكان فعله بيانا للعان ومعنى التغليب بالمكان بمكة بين الركن والمقام وبالمدينة عند منبر رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي بيت المقدس عند الصخرة وفي سائر البلدان في جوامعها وأما الزمان فبعد العصر لقول الله تعالى : { تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله } أجمع المفسرون على أن المراد بالصلاة صلاة العصر وقال أبو الخطاب في موضع آخر بين الأذنين لأن الدعاء بينهما لا يرد وقال القاضي : لا يستحب التغليب في اللعان بمكان ولا زمان وبهذا قال أبو حنيفة لأن الله تعالى أطلق الأمر بذلك ولم يقيد بزمن ولا مكان ولا يجوز تقييده إلا بدليل ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر رجلا بإحضار امرأته ولم يخصه بزمن ولو خصه بذلك لنقل ولم يهمل ولو استحب ما ذكره لفعله النبي صلى الله عليه وسلم ولو فعله لنقل ولم يسع تركه وإهماله ولأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما دل حديثه في لعان أوس أنه إنما كان في صدر النهار لقوله في الحديث : [فلم يهجه حتى أصبح ثم غدا على رسول الله صلى الله عليه وسلم] والغدو في أول النهار وهذا اختيار شيخنا وأما قولهم : أن النبي صلى الله عليه وسلم لا عن بينهما عند المنبر فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة وإن ثبت هذا فلعله كان بحكم الإتفاق لأن مجلسه كان عنده فلا عن بينهما في مجلسه فإن كان اللعان بين كافرين فالحكم فيه كالحكم في اللعان بين المسلمين ويحتمل أن يغلظ في المكان لقوله في الأيمان : وإن كان لهم مواضع يعظمونها ويتقون أن يحلفوا فيها كاذبين حلفوا فيها فعلى هذا يلاعن بينهم في المواضع التي يعظمونها : اليهودي في البيعة والنصراني في الكنيسة والمجوسي في بيت النار وإن لم يكن لهم مواضع يعظمونها أحلفهم الحاكم في مجلسه لتعذر التغليب بالمكان وإن كانت المرأة المسلمة حائضا وقلنا إن اللعان بينهما يكون في المسجد وقفت على بابه ولم تدخله لأن ذلك أقرب المواضع إليه

مسألة فإذا بلغ كل واحد منهما الخامسة أمر الحاكم رجلا فأمسك يده على فم الرجل وامرأة تضع يدها على
مسألة : فإذا بلغ كل واحد منهما الخامسة أمر الحاكم رجلا فأمسك يده على فم الرجل وامرأة تضع يدها على فم المرأة ثم يعظه فيقول : اتق الله فإنها الموجبة وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة
لما روى ابن عباس في حديث المتلاعنين قال : [فشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين ثم أمر به فأمسك على فيه فوعظه وقال وبحك كل شيء أهون عليك من لعنة الله ثم أرسل فقال لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين ثم دعا بها فشهدت بذلك أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين ثم أمر بها فأمسك على فيها فوعظها وقال : ويحك كل شيء أهون عليك من غضب الله] أخرجه الجوزجاني

مسألة وأن يكون ذلك بحضرة الحاكم أو نائبه
مسألة : وأن يكون ذلك بحضرة الحاكم أو نائبه
قد ذكرنا من شروط صحة اللعان أن يكون بحضرة الحاكم أو نائبه وهذا مذهب الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ولاعن بينهما ولأنه إما يمين وإما شهادة وأيهما كان فمن شرطه الحاكم فإن تراضى الزوجان بغير الحاكم فلاعن بينهما لم يصح ذلك لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد فلم يجز لغير الحاكم كالحد
وقد حكى شيخنا في آخر كتاب القضاء في كتابه المشروح : إذا تحاكم رجلان إلى رجل يصلح للقضاء فحكماه بينهما أنه ينفذ حكمه في اللعان في ظاهر كلام أحمد ولذلك حكاه أبو الخطاب وقيل : لا ينفذ إلا في المال فيكون فيه روايتان إحداهما : لا ينفذ لما ذكرنا والثانية : ينفذ قياسا على حاكم الإمام وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين في ظاهر كلام الخرقى وقال أصحاب الشافعي : للسيد أن يلاعن بين عبده وأمه لأن له إقامة الحد عليهما
ولنا أنه لعان بين زوجين فلم يجز لغير الحاكم أو نائبه كاللعان بين الحرين ولا يسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة لا يشبه اللعان الحد لأن الحد زجر وتأديب واللعان إما شهادة وإما يمين فافترقا ولأن اللعان درء للحد وموجب له فجرى مجرى إقامة البينة على الزنا والحكم به أو نفيه

مسألة وإن كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما
مسألة : وإن كانت المرأة خفرة بعث من يلاعن بينهما
فبيعث نائبه وبيعث معه عدولا ليلاعنوا بينهما وإن بعث نائبه وحده جاز لأن
الجمع غير واجب كما يبعث من يستحلفها في الحقوق

مسألة وإذا قذف رجل نساءه فعليه أن يفرد كل واحدة بلعان وعنه يجزئه لعان
واحد

مسألة : وإذا قذف رجل نساءه فعليه أن يفرد كل واحدة بلعان وعنه يجزئه
لعان واحد

إنما لزمه لكل واحدة لعان لأنه قذفها فلزمه لها لعان مفرد كما لو يقذف غيرها
ويبدأ بلعان التي تبدأ بالمطالبة فإن طالبين جميعاً أو تشاحن بدأ بإحدهن
بالقرعة وإن لم يتشاحن بدأ بلعان من شاء منهن ولو بدأ بواحدة منهن من
غير قرعة من المشاحة صح

وعنه يجزئه لعان واحد لأن القذف واحد فيقول : أشهد بالله إنني لمن الصادقين
فيما رميت به كل واحدة من زوجاتي هؤلاء من الزنا وتقول كل واحدة : أشهد
بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا لأنه يحصل المقصود بذلك والأول
أصح لأن اللعان أيمان فلا يتداخل لجماعة كالأيمان في الديون
وعنه إن كان القذف بكلمة واحدة أجزأ لعان واحد لأنه قذف واحد فخرج عن
عهده بلعان واحد كما لو قذف واحدة وإن قذفهن بكلمات أفرد كل واحدة
بلعان لأنه أفرد كل واحدة بقذف أشبه ما لو قذف كل واحدة بعد لعان الأخرى
فصل : قال الشيخ رحمه الله : ولا يصح إلا بشروط ثلاثة :

أحدها : أن يكون بين زوجين عاقلين بالغين سواء كانا مسلمين أو كافرين أو
رقيقين أو فاسقين أو كان أحدهما كذلك في إحدى الروايتين اختلفت الرواية
عن أحمد في ذلك فروي أنه يصح بين كل زوجين مكلفين سواء كانا مسلمين أو
كافرين أو عدلين أو فاسقين أو رقيقين أو محدودين في قذف أو كان أحدهما
كذلك وبه قال سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و الحسن و ربيعة و مالك
و إسحاق قال أحمد في رواية إسحاق بن منصور : جميع الأزواج يلتعنون الحر
من الحرة والأمة إذا كانت زوجة وكذلك العبد من الحرة والأمة إذا كانت زوجة
وكذلك المسلم من اليهودية والنصرانية وعن أحمد رواية أخرى لا يصح اللعان
إلا بين زوجين مسلمين عدلين حرين غير محدودين في قذف فإن اختلف شرط
منها في أحدهما فلا لعان بينما لفوات الشرط روي هذا عن الزهري و الثوري و
الأوزاعي و حماد وأصحاب الرأي وعن مكحول ليس بين المسلم والذمية لعان
وعن عطاء و النخعي في المحدود في القذف يضرب في الحد ولا يلاعن وروي
فيه حديث ولا يثبت كذلك قال الشافعي والساجي : لأن اللعان شهادة بدليل
قوله تعالى : { ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم } فاستثنى أنفسهم من
الشهداء وقال : { فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله } فلا تقبل ممن ليس من

أهل الشهادة وإن كانت المرأة ممن لا تحد بقذفها لم يجب اللعان لأنه يراد لإسقاط الحد بدليل قوله تعالى : { ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله } فلا حد ههنا فينتفي اللعان بانتفائه وذكر القاضي في المجرد أن من لا يجب الحد لقذفها وهي الأمة والذمية والمحدودة في الزنا لزوجها لعانها لنفي الولد خاصة وليس له لعانها الإسقاط حد القذف والتعزير لأن الحد لا يجب واللعان إنما يشرع لإسقاط حد أو نفي ولد فإذا لم يكن واحد منهما لم يشرع اللعان

ولنا عموم قوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } الآية ولأن اللعان يمين فلا يفتقر إلى ما شرطوه كسائر الأيمان ودليل أنه يمين قول النبي صلى الله عليه وسلم : [لولا الأيمان لكان لي ولها شأن] وأنه يفتقر إلى اسم الله تعالى ويستوي فيه الذكر والأنثى وأما تسميته شهادة فلقوله أشهد بالله فسمي ذلك شهادة وإن كان يميناً كما قال تعالى : { إذا جاءك المنافقون قالوا نشهد إنك لرسول الله } ولأن الزوج يحتاج إلى نفي الولد فيشرع له طريقاً إلى نفيه كما لو كانت امرأته ممن تحد بقذفها وهذه الرواية هي المنصوصة عن أحمد في رواية الجماعة وما يخالفها شاذ في النقل

فصل : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولاً بها أو غير مدخول بها في يلاعنها قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من علماء الأمصار منهم عطاء و الحسن و الشعبي و النخعي و عمرو بن دينار و قتادة و مالك و أهل المدينة و الثوري و أهل العراق و الشافعي وذلك لظاهر قول الله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } فإن كانت غير مدخول بها فلها نصف الصداق وعنه لا شيء لها وقد ذكر ذلك في كتاب الصداق والله أعلم

[جزء 9 - صفحة 18]

مسألة وإن قذف أجنبية ثم تزوجها حد ولم يلاعن
مسألة : وإن قذف أجنبية ثم تزوجها حد ولم يلاعن
لأنه وجب في حال كونها أجنبية فلم يملك اللعان من أجله كما لو لم يتزوجها وكذلك إن قال لها وهي زوجته زنيته قبل أن أنكحك حد ولم يلاعن سواء كان ثم ولد أو لم يكن وهو قول مالك و أبي ثور وروي ذلك عن سعيد بن المسيب و الشعبي وقال الحسن و زرارة بن أوفى و أصحاب الرأي : له أن يلاعن لأنه قذف امرأته فيدخل في عموم قوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } ولأنه قذف امرأته فأشبهه ما لو قذفها ولم يصفه إلى ما قبل النكاح وحكى الشريف أبو جعفر عن أحمد رواية كذلك وقال الشافعي إن لم يكن ثم ولد لم يلاعن وإن كان بينهما ولد ففيه وجهان
ولنا أنه قذفها بزنا مضافاً إلى حال البينونة أشبه ما لو قذفها وهي بائن وفارق قذف الزوجة لأنه محتاج إليه لأنها غاظته وخانتته وإن كان بينهما ولد فهو محتاج إلى نفيه وههنا إذا تزوجها وهو يعلم زناها فهو المفطر في نكاح حامل من الزنا

فلا يشرع له طريق إلى نفيه فأما إن قذفها ولم يتزوجها فعليه للمحصنة الحد والتعزير لغيرها ولا لعان ولا خلاف في هذا لأن الله تعالى قال : { والذين يرمون المحصنات { الآية خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله سبحانه : { والذين يرمون أزواجهم { فيبقى فيما عداه على قضية العموم وإن ملك أمة وقذفها فلا لعان سواء كانت فراشا له أو لم تكن ولا حد عليه ويعزر
فصل : فإن قال لامرأته أنت طالق ثلاثا يا زانية فنقل مهنا قال : سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا فنقل مهنا قال : سألت أحمد عن رجل قال لامرأته أنت طالق يا زانية ثلاثا فقال : يلاعن قلت : فإنهم يقولون يحد ولا يلزمها إلا واحدة فقال : بئس ما يقولون فهذا يلاعن لأنه قذفها قبل الحكم بينونتها فأشبهه قذف الرجعية فأما إن قال أنت طالق ثلاثا يا زانية فإن كان بينهما ولد فإنه يلاعن لنفيه وإلا حد ولم يلاعن لأنه يتعين إضافة القذف إلى حال الزوجية لاستحالة الزنا منها بعد طلاقه لها فصار كأنه قال لها بعد إبانها زنيت إذ كنت زوجتي على ما نذكره

[جزء 9 - صفحة 19]

مسألة وإن أبان زوجته ثم قذفها إضافة إلى حال الزوجية فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفية باللعان وإلا
مسألة : وإن أبان زوجته ثم قذفها بزنا إضافة إلى حال الزوجية فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله أن ينفية باللعان وإلا حد ولم يلاعن
وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : يحد ويلحقه الولد ولا يلاعن وهو قول عطاء لأنها أجنبية فأشبهت سائر الأجنبيات أو إذا لم يكن بينهما ولد ولنا إن هذا ولد يلحقه نسبه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كما لو كان النكاح باقيا ويفارق إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية وتفارق سائر الأجنبيات فإنه لا يلحقه ولدهن فلا حاجة به إلى قذفهن وقال عثمان البتي في هذه المسألة : له أن يلاعن وإن لم يكن بينهما ولد وروي عن ابن عباس و الحسن لأنه قذف مضاف إلى حال الزوجية أشبه ما لو كانت زوجته ولنا أنه إذا كان بينهما ولد فيه حاجة إلى القذف فشرع كما لو قذفها وهي زوجته وإذا لم يكن له ولد فلا حاجة به إليه وقد قذفها وهي أجنبية فأشبه ما لو لم يصفه إلى حال الزوجية ومتى لاعنها لنفي ولدها انتفى وسقط عنه الحد وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان وهل له أن يلاعنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان :
أحدهما : له ذلك لأن من كان له لعانها بعد الوضع كان له لعانها قبله كالزوجة والثاني : ليس له ذلك وهو ظاهر قول الخرقى لأن الولد عنده لا ينتفي في حال الحمل ولأن اللعان ههنا إنما يثبت لأجل الولد فلم يجز أن يلاعن إلا بعد تحققه بوضعه بخلاف الزوجة فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد

[جزء 9 - صفحة 20]

مسألة وإن قذفها في نكاح فاسد فهي كالمسألة التي قبلها إن كان بينهما ولد
فله لعانها ونفيه وإن لم يكن بينهما
مسألة : وإن قذفها في نكاح فاسد فهي كالمسألة التي قبلها إن كان بينهما ولد
فله لعانها ونفيه وإن لم يكن بينهما ولد ولا لعان بينهما
وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة : يلحقه الولد وليس له نفيه ولا اللعان لأنها
أجنبية أشبهت سائر الأجنيات أو إذا لم يكن بينهما ولد
ولنا أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح فكان له نفيه كالنكاح الصحيح ويفارق
إذا لم يكن ولد فإنه لا حاجة إلى القذف لكونها أجنبية ويفارق الزوجة فإنه يحتاج
إلى قذفها مع عدم الولد لكونها خائنة وأفسدت فراشه فإذا كان له ولد فالحاجة
موجودة فيهما
ومتى لاعن سقط الحد لأنه لعان مشروع لنفي الولد فأسقط الحد كاللعان في
النكاح الصحيح وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان : أحدهما : يثبت لأنه لعان
صحيح أشبه لعان الزوجة والثاني : لا يثبت لأن الفرقة لم تحصل به فإنه لا نكاح
بينهما يثبت قطعه به بخلاف لعان الزوجة فإن الفرقة حصلت به ولو لاعنها من
غير ولد لم يسقط الحد ولم يثبت التحريم المؤبد لأنه لعان فاسد فلم تثبت
أحكامه وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك لأن النكاح في نفسه
ليس بنكاح صحيح فأشبهه ما لو لاعن أجنبية يظنها زوجته

[جزء 9 - صفحة 21]

مسألة وإن أبان امرأته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم يكن
نص عليه
مسألة : وإن أبان امرأته بعد قذفها فله أن يلاعن سواء كان بينهما ولد أو لم
يكن نص عليه
وروي ذلك عن الحسن و القاسم بن محمد و مكحول و مالك و الشافعي و أبي
عبيد و ابي ثور و ابن المنذر وقال الحارث العكلي و جابر بن زيد و قتادة و
الحكم : يجلد وقال حماد بن أبي سليمان واصحاب الرأي : لا حد عليه ولا لعان
لأن اللعان إنما يكون بين زوجين وليس هذان بزوجين ولا يحد لأنه لم يقذف
أجنبية
ولنا قول الله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } وهذا قد رمى زوجته فيدخل
في عموم الآية وإذا لم يلاعن وجب الحد لعموم قوله تعالى : { والذين يرمون

المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة { ولأنه قاذف لزوجته فوجب أن يكون له أن يلاعن كما لو بقيا على النكاح إلى حالة اللعان فصل : فإن قالت : قذفني قبل أن يتزوجني وقال : بل بعده أو قالت : قذفني بعد ما بنت منه وقال : بل قبله فالقول قوله لأن القول قوله في أصل القذف فكذلك في وقته وإن قالت أجنبية قذفتني قال كنت زوجتي حينئذ فأنكرت الزوجية فالقول قولها لأن الأصل عدمها فصل : إذا استبرأ زوجته الأمة ثم أقر بوطئها ثم أتت بولد لستة أشهر كما لاحقاً به إلا أن يدعي الاستبراء فينتفي عنه لأنه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح لكون الملك حاضراً فكان كالزوج الثاني يلحق به الولد وإن أمكن أن يكون من الأول وإن لم يكن أقر بوطئها أو أقر به وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ وطئ كان ملحقاً بالنكاح إن أمكن ذلك وله نفيه باللعان وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين فصل : وإن قذف زوجته الرجعية صح لعانها سواء كان بينهما ولد أو لم يكن قال أبو طالب : سألت أبا عبد الله عن الرجل يطلق تطليقة أو تطليقتين ثم يقذفها قال : قال ابن عباس : لا يلاعن ويجلد وقال ابن عمر : يلاعن ما كانت في العدة قال : وقول ابن عمر أجود لأنها زوجة وهو يرثها وترثه فهو يلاعن وبهذا قال جابر بن زيد و النخعي و الزهري و قتادة و الشافعي و أبو عبيد و أبو ثور وأصحاب الرأي لأن الرجعية زوجة فكان له لعانها كما لو لم يطلقها فصل : وكل موضع قلنا لا لعان فيه فالنسب لاحق فيه ويجب بالقذف موجه من الحد والتعزير إلا أن يكون القاذف صيباً أو مجنوناً فلا ضرب فيه ولا لعان كذلك وبه قال الثوري و الشافعي و أبو عبيد و أبو ثور وأصحاب الرأي و ابن المنذر قال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم

[جزء 9 - صفحة 23]

مسألة فإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما مسألة : فإن قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة عزر ولا لعان بينهما وجملة ذلك أن الزوج إذا قذف امرأته وأحد الزوجين غير مكلف فلا لعان بينهما لأنه قول تحصل به الفرقة فلا يصح من غير مكلف كالطلاق أو يمين فلا يصح من غير مكلف كسائر الأيمان ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج أو الزوجة أو هما فإن كان الزوج فله حالان : أحدهما : أن يكون طفلاً والثاني : أن يكون بالغاً زائل العقل فإنه كان طفلاً لم يصح منه القذف ولا يلزمه به حد لأن القلم مرفوع عنه وقوله غير معتبر وإن أتت امرأته بولد وكان له دون عشر سنين لم يلحقه نسبه وكان منفيًا عنه لأن العلم يحيط بأنه ليس منه فإن الله عز وجل لم يجر العادة بأن يكون له ولد بدون ذلك فينتفي عنه كما لو أتت به المرأة لدون ستة أشهر منذ تزوجها وإن كان ابن عشر فصاعداً فقال أبو بكر : لا يلحق به إلا بعد البلوغ أيضاً لأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل والمرأة ولو

أنزل لبلغ وقال ابن حامد : يلحق به قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد وهو مذهب الشافعي لأن الولد يخلق بالإمكان وإن خالف الظاهر ولهذا لو أتت بولد لستة أشهر من حين العقد لحق بالزوج وإن كان خلاف الظاهر وكذلك يخلق به إذا أتت به لأربع سنين مع ندرته ولبس له نفيه في الحال حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ فله نفي الولد أو استلحاقه فإن قيل : فإذا الحقتم به الولد فقد حكمتم بلوغه فهلا سمعتم نفيه ولعانه ؟ قلنا : الحاق الولد يكفي فيه الإمكان والبلوغ لا يثبت إلا بسبب ظاهر ولأن إلحاق الولد به حق عليه واللعان حق له فلم يثبت مع الشك فإن قيل فإن لم يكن بالغا انتفى عنه الولد وإن كان بالغا انتفى عنه اللعان قلنا : إلا أنه لا يجوز أن يبتدىء اليمين مع الشك في صحتها فسقطت للشك فيها

الثاني : : إذا كان زائل العقل لجنون فلا حكم لقتله لأن القلم عنه مرفوع أيضا وإن أتت امرأته بولد فنسبه لاحق به لإمكانه ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله فإذا عقل فله نفي الولد حينئذ واستلحاقه وإن ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه فأنكرت ذلك ولأحدهما بينة بما قال ثبت قوله وإن لم يكن لواحد منهما بينة ولم يكن له حال علم فيها زوال عقله فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل والظاهر السلامة والصحة وإن عرفت له حال جنون ولم تعرف له حال إفاقة فالقول قوله مع يمينه وإن عرفت له حال جنون وحالة إفاقة ففيه وجهان : أحدهما : القول قولها قال القاضي : : وهو قياس قول أصحابنا في الملفوف إذا ضربه فقدمه ثم ادعى أنه كان ميتا وقال الولي كان حيا الوجه الثاني : أن القول قوله لأن الأصل براءة ذمته من الحد فلا يجب بالشك ولأن الحد يسقط بالشبهة ولا يشبه هذا الملفوف لأن الملفوف قد علم أنه كان حيا ولم يعلم منه ضد ذلك فنظيره في مسألتنا أنه يعرف له حالة إفاقة ولا يعلم منه ضدها وفي مسألتنا قد تقدمت له حالة جنون فيجوز أن يكون قد استمرت إلى حين قذفه

فإن كانت الزوجة غير مكلفة فقذفها الزوج فإن كانت طفلة لا يجمع مثلها فلا حد على قاذفها لأنه قول يتقين كذبه فيه وبرائة عرضها منه فلم يجب به حد كما لو قال : أهل الدنيا زناة ولكنه يعزر للسبب لا للقذف ولا يحتاج في التعزير إلى مطالبة لأنه مشروع لتأديبه للإمام فعلة إذا رأى ذلك فإن كانت يجمع مثلها كابتة تسع سنين فعليه الحد وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلغ فإذا بلغت فطالبت فلها الحد وله إسقاطه باللعان وليس له لعانها قبل البلوغ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد أو نفي الولد ولا حد عليه قبل بلوغها ولا ولد فينفيه وإن أتت بولد حكم ببلوغها لأن الحمل أحد أسباب البلوغ ولأنه لا يكون إلا من نطفتها ومن ضرورته إنزالها وهو من أسباب بلوغها فإن قذف امرأته المجنونة بزنا وأضافه إلى حال إفاقتها أو قذفها وهي عاقلة ثم جنت لم يكن لها المطالبة ولا لوليها قبل إفاقتها لأن هذا طريقه التشفّي فلا ينوب عنه الولي فيه كالقصاص فإذا أفاقت فلها المطالبة بالحد وللزوج إسقاطه باللعان وإن أراد لعانها في حال جنونها ولا ولد ينفيه لم يكن له ذلك لعدم الحاجة إليه لأنه لم يتوجه عليه حد فيسقطه ولا نسب فينفيه وإن كان هناك ولد يريد نفيه فالذي يقتضيه المذهب أنه لا يلاعن ويلحقه الولد لأن الولد إنما ينتفي باللعان من

الزوجين وهذه لا يصح منها لعان وقد نص أحمد في الخرساء أن زوجها لا يلاعن فهذه أولى وقال الخرقى في العاقلة : لا يعرض له حتى تطالبه زوجته وهذا قول أصحاب الرأي لأنها أحد الزوجين فلم يشرع اللعان مع جنونه كالزوج ولأن لعان الزوج وحده لا ينفي به الولد فلا فائدة في مشروعيتها وقال القاضي : له أن يلاعن لنفي الولد لأنه محتاج إلى نفيه في مشروعيتها وقال الشافعي : له أن يلاعن وظاهر مذهبه أن له لعانها مع عدم الولد لدخوله في عموم قوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } ولأنه زوج مكلف قاذف لامراته التي يولد لمثلها فكان له أن يلاعنها كالعاقلة

فصل : قال الشيخ رحمه الله : الشرط الثاني : أن يقذفها بالزنا فيقول زنيته أو يا زانية أو رأيتك تزنين وسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر لأن كل قذف يجب به الحد وسواء في ذلك الأعمى والبصير نص عليه أحمد وبهذا قال الثوري و الشافعي و أبو ثور وهو قول عطاء قال يحيى الأنصاري و أبو الزناد و مالك : لا يكون اللعان إلا بأحد أمرين إما رؤية وإما إنكار الحمل لأن آية اللعان نزلت في هلال بن أمية وكان قال رأيت بعيني وسمعت بأذني فلا يثبت اللعان إلا في مثله

ولنا قول الله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } الآية وهذا رام لزوجه فيدخل في عموم الآية ولأن اللعان معنى يتخلص به من موجب القذف فيشرع في حق كل رام لزوجه كالبينة والأخذ بعموم اللفظ أولى من خصوص السبب ثم لم يعملوا به في قوله : وسمعت بأذني إذا ثبت ذلك فسواء قذفها بزنا في القبل أو في الدبر وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يثبت اللعان بالقذف بالوطء في الدبر وبناء على أصله في أن ذلك لا يجب به الحد ولنا أنه رام لزوجه بوطء في فرجها فأشبهه ما لو قذفها بالوطء في قبلها

[جزء 9 - صفحة 27]

مسألة فإن قال وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما
مسألة : فإن قال : وطئت بشبهة أو مكرهة فلا لعان بينهما
لأنه لم يقذفها بما يوجب الحد وعنه : إن كان ثم ولد لاعن لنفيه وإلا فلا لأنه محتاج إلى نفيه

مسألة وإن قال لم تزني ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها
مسألة : وإن قال لم تزني ولكن ليس هذا الولد مني فهو ولده في الحكم ولا حد عليه لها
لأن هذا ليس بقذف بظاهره لاحتمال أن يريد أنه من زوج آخر أو من وطء شبهة أو غير ذلك ولكنه يسأل فإن قال : زنيته فولدت هذا من الزنا هذا قذف

يثبت به اللعان وإن قال : أردت أنه لا يشبهني خلقا ولا خلقا فقالت : بل أردت قذفي فالقول قوله لأنه أعلم بمراده لا سيما وقد صرح بقوله : لم تزن فإن قال : وطئت بشبهة والولد من الواطئ فلا حد عليه أيضا لأنه لم يقذفها ولا قذف واطئها وإن قال : أكرهت على الزنا فلا حد عليه لأنه لم يقذفها ولا لعان في هذه المواضع لعدم القذف الذي هو من شرط اللعان ويلحقه نسب الولد وبهذا قال ابو حنيفة وذكر القاضي أنه إذا قال : أكرهت رواية أخرى أن له اللعان لأنه محتاج إلى نفي الولد بخلاف ما إذا قال وطئت بشبهة فإنه يمكنه نفي الولد بعرضه على القافة فيستغني بذلك عن اللعان فلا يشرع كما لا يشرع العان أمته لما أمكن نفي ولدها بدعوى الاستبراء وهذا مذهب الشافعي ولنا أن اللعان إنما ورد به الشرع بعد القذف بقوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء إلا أنفسهم } الآية ولما لاعن النبي صلى الله عليه وسلم بين هلال وامرأته وبين عويمر العجلاني وامرأته إنما كان بعد قذفه إياها ولا يثبت الحكم إلا في مثله ولأن نفي اللعان إنما ينتفي به الولد بعد تمامه منهما ولا يتحقق اللعان من المرأة ههنا فأما إن قال : وطئت فلان بشبهة وأنت تعلمين الحال فقد قذفها وله لعانها ونفي نسب ولدها وقال القاضي : ليس له نفيه باللعان وكذلك قال أصحاب الشافعي لأنه يمكنه نفي نسبه بعرضه على القافة فأشبهه ما لو قال : واشتبه عليك أيضا ولنا أنه رام لزوجته فيدخل في عموم قوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } ولأنه رام لزوجته بالزنا فملك لعانها ونفي ولدها كما لو قال : زنى بك فلان وما ذكروه لا يصح فإنه قد لا يوجد قافة وقد لا يعترف الرجل بما نسب إليه أو يغيب أو يموت فلا ينتفي الولد وإن قال : ما ولدته وإنما التقطته أو استعرتة فقالت : بل هو ولدي منك لم يقبل قول المرأة إلا ببينة وهذا قول الشافعي وأبي ثور وأصحاب الرأي لأن الولادة يمكن إقامة البينة عليها والأصل عدمها فلم تقبل دعواها من غير بينة كالدين قال القاضي : وكذلك لا تقبل دعواها في الولادة فيما إذا علق طلاقها بها ولا دعوى الأمة لها لتصير بها أم ولد ويقبل قولها فيه لتنقضي عدتها بها فعلى هذا لا يلحقه الولد إلا أن تقيم بينة وهي امرأة مرضية تشهد بولادتها له فإذا ثبتت ولادتها لحقه نسبه لأنه ولد على فراشه والولد للفراش وذكر القاضي في موضع آخر أن القول قول المرأة لقول الله تعالى : { ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن } وتحريم كتمانها دليل على قبول قولها فيه لأنه خارج من المرأة تنقضي به عدتها فقبل قولها فيه كالحيض ولأنه حكم معلق بالولادة فقبل قولها فيه كالحيض فعلى هذا يلحقه النسب وهل له نفيه باللعان ؟ فيه وجهان : أحدهما : له نفيه لأن إنكاره لولادتها إياه إقرار بأنها لم تلده من زنا فلا يقبل إنكاره كذلك لأنه تكذيب لنفسه والثاني : له نفيه لأنه رام لزوجته وناف لولدها فكان له نفيه باللعان كغيره

مسألة وإن قال ذلك بعد أن أبانها فشهدت امرأة مرضية أنه ولد على فراشه
لحقه نسبه لأن شهادة المرأة
مسألة : وإن قال ذلك بعد أن أبانها فشهدت امرأة مرضية أنه ولد على فراشه
لحقه نسبه لأن شهادة المرأة الواحدة بالولادة مقبولة لأنها مما لا يطلع عليها
الرجال

مسألة وإن ولدت توأمين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقه نسبهما ويلاعن لنفي
الحد عنه وقال القاضي يحد
مسألة : وإن ولدت توأمين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقه نسبهما ويلاعن
لنفي الحد عنه وقال القاضي : يحد
إذا ولدت توأمين بينهما أقل من ستة أشهر فاستحلقت أحدهما ونفى الآخر لحقا
به لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره فإذا ثبت
نسب أحدهما منه ثبت نسب الآخر ضرورة فجعلنا ما نفاه تابعا لما استحلقت
ولم يجعل ما أقر به تابعا لما نفاه لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه ولهذا لو أتت
امراته بولد يمكن كونه منه ويمكن كونه من غيره ألحقناه به احتياطا ولم
نقطعه عنه احتياطا لنفيه فعلى هذا إن كان قد قذف أمهما فطالبت بالحد فله
إسقاطه باللعان وحكي عن القاضي أنه يحد ولا يملك إسقاطه باللعان وهو
مذهب الشافعي لأنه باستلحاقه اعترف بكونه في قذفه فلم يسمع إنكاره بعد
ذلك ووجه الأول أنه لا يلزم من كون الولد منه انتفاء الزنا عنها كما لا يلزم من
وجود الزنا كون الولد منه ولذلك لو اقرت بالزنا أو قامت به بينة لم ينتف الولد
عنه فلا تنافي بين لعانه وبين استلحاقه للولد فإن استلحق أحد التوأمين وسكت
عن الآخر لحقه لأنه لو نفاه للحقه فإذا سكت عنه كان أولى ولأن امرأته متى
أتت بولد لحقه ما لم ينفيه عنه باللعان وإن نفى أحدهما وسكت عن الآخر لحقاه
جميعا فإن قيل : ألا نفيتم المسكوت عنه لأنه قد نفى أخاه وهما حمل واحد ؟
قلنا لحوق النسب مبني على التغليب وهو يثبت بمجرد الإمكان وإن لم يثبت
الوطء ولا ينتفي لإمكان النفي فافترقا فإن أتت بولد فنفاه ولاعن لنفيه ثم
ولدت آخر لأقل من ستة أشهر لم ينتف الثاني باللعان الأول لأن اللعان يتناول
الأول وحده ولا يحتاج في نفي الثاني إلى لعان ثان ويحتمل أنه ينتفي بنفيه من
غير حاجة إلى لعان ثان لأنهما حمل واحد وقد لاعن لنفيه مرة فلا يحتاج إلى
لعان ثان ذكره القاضي فإن أقر بالثاني لحقه هو والأول لما ذكرناه وإن سكت
عن نفيه لحقاه أيضا فاما إن نفى الولد باللعان ثم ولد آخر بعد ستة أشهر فهو
من حمل آخر فإنه لا يجوز أن يكون بين ولدين من حمل واحد مدة الحمل ولو
أمكن لم تكن هذه مدة حمل كامل فإن نفى هذا الولد باللعان انتفى ولا ينتفي
بغير اللعان لأنه حمل منفرد وإن استحلقت أو ترك نفيه لحقه وإن كانت قد بان
باللعان لأنه يمكن أن يكون قد وطئها بعد وضع الأول وإن لاعنها قبل وضع الأول
فأتت بولد ثم آخر بعد ستة أشهر لم يلحقه الثاني لأنها بان باللعان وانقضت
عدتها بوضع الأول وكان حملها الثاني بعد انقضاء عدتها في غير نكاح فلم يحتج
إلى نفيه

فصل : فإن مات أحد التوأمين أو ماتا معا فله أن يلاعن لنفي نسبهما وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة : يلزمه نسب الحي ولا يلاعن لنفي الحد لأن الميت لا يصح نفيه باللعان فإن نسبه قد انقطع بموته ولا حاجة إلى نفيه باللعان كما لو ماتت امرأته فإنه لا يلاعنها بعد موتها لقطع النكاح لكونه قد انقطع وإذا لم ينتف الميت لم ينتف الحي لأنهما حمل واحد

ولنا أن الميت ينسب إليه فيقال ابن فلان ويلزمه تجهيزه وتكفينه فكان له نفي نسبه وإسقاطه مؤنته كالحي وكما لو كان للميت ولد

فصل : قال المصنف رضي الله عنه : الثالث : أن تكذبه الزوجة ويستمر ذلك إلى انقضاء اللعان لأن الملاءنة إنما تنتظم من الزوجين وإذا لم تكذبه لم تلاعنه فلا يصح اللعان فإن صدقته أو سكت لحقه النسب لأن الولد للفراش وإنما ينتفي عنه باللعان ولم يوجد اللعان لانتفاء شرطه فنفي النسب لاحق به ولا لعان في قياس المذهب ثم إن كان تصديقها له قبل لعانه فلا لعان بينهما لأن اللعان كالبينة إنما تقام مع الإنكار فإن كان بعد لعانه لم تلاعن هي لأنها لا تحلف مع الإقرار وحكمها حكم ما لو امتنعت من غير إقرار وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : إن صدقته قبل لعانه فعليها الحد وليس له أن يلاعن إلا أن يكون له نسب ينفيه فيلاعن وحده وينتفي النسب بمجرد لعانه وإن كان بعد لعانه فقد انتفى النسب ولزمها الحد بناء على أن النسب ينتفي بمجرد لعانه وتقع الفرقة ويجب الحد فإن الحد يجب بإقرار مرة وهذه الأصول تذكر في مواضعها إن شاء الله تعالى ولو أقرت أربعا وجب الحد ولا لعان بينهما إذا لم يكن ثم نسب ينتفي وإن رجعت سقط الحد عنها بغير خلاف علمناه وبه يقول الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي فإن الرجوع عن الإقرار بالحد مقبول وليس له أن يلاعن للحد فإنه لم يجب عليه لتصديقها إياه فإن أراد لعانها لنفي نسب فليس له ذلك في جميع هذه الصور وهو ظاهر قول الخرقي وقول أصحاب الرأي وقال الشافعي : له لعانها لنفي النسب فيها كلها لأنها لو كانت عفيفة صاحلة فكذبته ملك نفي ولدها فإذا كانت فاجرة فصدقته فلأن يملك نفي ولدها أولى ووجه الأول أن نفي الولد إنما يكون بلعانهما معا وقد تعذر اللعان منها لأنها لا تستحلف على نفي ما تقر به فتعذر نفي الولد لتعذر سببه كما لو مات بعد القذف وقبل اللعان

[جزء 9 - صفحة 33]

مسألة وإن مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان مسألة : وإن مات أحدهما قبل اللعان ورثه صاحبه ولحقه نسب الولد ولا لعان وجملة ذلك أنه إذا قذفها ثم مات قبل لعانهما أو قبل تمام لعانه سقط اللعان ولحقه الولد وورثته في قول الجميع لأن اللعان لم يوجد فلم يثبت حكمه وإن مات بعد أن أكمل لعانه وقبل لعانها فكذلك وقال الشافعي : تبين بلعانه ويسقط التوارث وينتفي الولد ويلزمها الحد إلا أن تلتعن

ولنا أنه مات قبل إكمال اللعان أشبه ما لو مات قبل إكمال التعانه وذلك لأن الشرع إنما رتب هذه الأحكام على اللعان التام والحكم لا يثبت قبل كمال سببه وإن ماتت المرأة قبل اللعان فقد ماتت على الزوجية وورثها في قول عامة أهل العلم وروى عن ابن عباس إن التعن لم يرث ونحو ذلك عن الشعبي وعكرمة لأن اللعان يوجب فرقة تبين بها فيمنع التوارث كما لو التعن في حياتها ولنا أنها ماتت على الزوجية فورثها كمالو لم يلتعن ولأن اللعان سبب الفرقة فلم يثبت حكمه بعد موتها كالطلاق وفارق اللعان في الحياة فإنه يقطع الزوجية على أنا نقول إنه لو لاعنها ولم تلتعن هي لم تنقطع الزوجية وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى فها هنا أولى فإن قيل فعندكم لو التعن من الولد الميت ونفاه لم يرثه فكذلك الزوجة قلنا : لو التعن الزوج وحده دونها لم ينتف الولد ولم يثبت حكم اللعان على ما نذكره ثم الفرق بينهما أنه إذا نفى الولد تبينا أنه لم يكن منه أصلا في حال من الأحوال والزوجة قد كانت امرأته فيما قبل اللعان وإنما يزيل نكاحها اللعان كما يزيله الطلاق فإذا ماتت قبل وجود ما يزيله فيكون موجودا حال الموت فيوجب التوارث وينقطع بالموت فلا يمكن انقطاعه مرة أخرى فإن أراد الزوج اللعان ولم تكن طالبت بالحد في حياتها لم يكن له أن يلتعن سواء كان ثم يريد نفيه أو لم يكن وعند الشافعي إن كان ثم ولد يريد نفيه فله أن يلتعن وهذا ينبنى على أصل وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم وعندهم بخلاف ذلك فاما إن كانت طالبت بالحد في حياتها فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها فإن طوالب به فله إسقاطه باللعان ذكره القاضي وإلا فلا فإنه لا حاجة إليه مع الطلب لأنه لا حد عليه وقال أصحاب الشافعي إن كان للمرأة وارث فله اللعان ليسقط الحد عن نفسه وإلا فلا

[جزء 9 - صفحة 34]

مسألة وإن مات الولد فله لعانها ونفيه لأن شروط اللعان تتحقق بدون الولد فلا تنتفي بموته
 مسألة : وإن مات الولد فله لعانها ونفيه لأن شروط اللعان تتحقق بدون الولد فلا تنتفي بموته
 فصل : إذا مات المقذوف قبل المطالبة بالحد لم يكن لورثته الطلب به وقال أصحاب الشافعي : يورث وإن لم يكن طالب به لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [من ترك حقا فلورثته] ولأنه حق ثبت له في الحياة يورث إذا طالب به فيورث وإن لم يطالب به لحق للقصاص
 ولنا أنه حد تعتبر فيه المطالبة فإذا لم يوجد الطلب من المالك لم يجب كحد القطع في السرقة والحديث يدل على أن الحق المتروك يورث وهذا ليس بمتروك وأما حق القصاص فإنه حق يجوز الاعتياض عنه وينتقل إلى المال بخلاف هذا فاما إن طالب به ثم مات فإنه يرثه العصباء من النسب دون

غيرهم لأنه حق ثبت لدفع العار فاخص به العصبات كولاية النكاح وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي ومتى ثبت للعصبات فلهم استيفاؤه وإن طلب أحدهم وحده فله استيفاؤه وإن عفا بعضهم لم يسقط وكان للباقي استيفاؤه ولو بقي واحد كان له استيفاء جميعه لأنه حق يراد لردع والزجر فلم يتبعض كسائر الحدود ولا يسقط بإسقاط البعض لأنه يراد لدفع العار عن المقذوف وكل واحد من العصبات يقوم مقامه في استيفائه فيثبت له جميعه كولاية النكاح ويفارق حق القصاص لأن ذلك يفوت إلى بدل ولو أسقطناه ههنا لسقط في غير العافي إلى غير بدل

فصل : وإذا قذف امرأته وله بينة تشهد بزناها فهو مخير بين لعانها وبين إقامة البينة لأنهما سببان فكانت له الخيرة في إقامة أيهما شاء كمن له بدين شاهدان وشاهد وامرأتان ولأن كل واحدة منهما يحصل بها ما لا يحصل بالأخرى فإنه يحصل باللعان نفي النسب بالباطل ولا يحصل ذلك بالبينة ويحصل بالبينة ثبوت زناها وإقامة الحد عليها ولا يحصل باللعان فإن لاعنها ونفى ولدها ثم أراد إقامة البينة فله ذلك فإذا أقامها ثبت موجب اللعان وموجب البينة وإن أقام البينة أولا ثبت الزنا وموجبه ولم ينتف عنه الولد فإنه لا يلزم من الزنا كون الولد منه وإن أراد لعانها بعد ذلك وليس بينهما ولد يريد نفيه لم يكن له ذلك لأن الحد قد انتفى عنه بإقامة البينة فلا حجة إليه وإن كان بينهما ولد يريد نفيه فعلى قول القاضي له أن يلاعن وقد ذكرنا ذلك

فصل : وإن قذفها فطالبت بالحد فأقام شاهدين على إقرارها بالزنا سقط عنه الحد لأنه ثبت تصديقها إياه ولم يجب عليها ولأنه لا يجب إلا بإقرار أربع مرات ويسقط بالرجوع عن الإقرار فإن لم يكن له بينة حاضرة فقال لي بينة غائبة أقيمها على الزنا أمهل اليومين والثلاثة لأن ذلك قريب فإن أتى بالبينة وإلا حد إلا أن يلاعن إذا كان زوجها فإن قال : قذفتها وهي صغيرة فقالت : قذفتي وأنا كبيرة وأقام كل واحد منهما بينة بما قال : فهما قذفان وكذلك إن اختلفا في الكفر والرق أو الوقت لأنه لا تنافي بينهما إلا أن يكونا مؤرخين تاريخا واحدا فيسقطان في أحد الوجهين وفي الآخر يقرع بينهما فمن خرجت قرعته قدمت بينته

فصل : فإن شهد شاهدان أنه قذف فلانة وقذفهما لم تقبل شهادتهما لاعترافهما بعدواته لهما وشهادة العدو لا تقبل على عدوه وإن أبراه وزالت العدواة ثم شهدا عليه بذلك لم تقبل لأنها ردت للتهمة فلم تقبل بعد كالفاسق إذا شهد فردت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها ولو أنهما ادعيا عليه أنه قذفهما ثم أبراه وزالت العدواة ثم شهدا عليه بقذف زوجته قبلت شهادتهما لأنهما لم يردا في هذه الشهادة ولو شهدا أنه قذف امرأته ثم ادعيا بعد ذلك أنه قذفهما فإن أضافا دعواهما إلى ما قبل شهادتهما بطلت شهادتهما لاعترافهما أنه كان عدوا لهم حين شهدا عليه وإن لم يضيفاها إلى ذلك الوقت وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما لم يحكم بها لأنه لا يحكم عليه بشهادة عدوين وإن كان بعد الحكم لم تبطل لأن الحكم تم قبل وجود المانع كظهور الفسق وإن شهدا أنه قذف امرأته وأما لم تقبل شهادتهما لأنها ردت في البعض للتهمة فوجب أن ترد في الكل وإن شهدا على أبيهما أنه قذف ضرة أمهما قبلت شهادتهما وبهذا

قل مالك و أبو حنيفة و الشافعي في لجديد وقال في القديم : لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعاً وهو أنه يلاعنها فتبين ويتوفر على أمهما وليس بشيء لأن لعانه لها يبني على معرفته بزناها لا على الشهادة عليه بما لا يعترف به وإن شهدا بطلاق الضرّة فيه وجهان : أحدهما : لا تقبل لأنهما يجران إلى أمهما نفعاً وهو توفره على أمهما والثاني : تقبل لأنهما لا يجران إلى أنفسهما نفعاً فصل : ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية أنه قذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك بالعجمية ثبتت الشهادة لأن الاختلاف في العجمية والعربية عائد إلى الإقرار دون القذف ويجوز أن يكون القذف واحداً والإقرار في مرتين ولذلك لو شهد أحدهما أنه أقر يوم الخميس بقذفها وشهد آخر أنه أقر بذلك يوم الجمعة تمت الشهادة لما ذكرناه وإن شهد أحدهما أنه قذفها بالعربية وشهد آخر أنه قذفها بالعجمية أو شهد أحدهما أنه قذفها يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة أو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها بالعربية أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها بالعجمية أو شهد أحدهما أنه أقر بذلك اللسان فلم يؤثر الاختلاف فيه كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها يوم الخميس بالعربية وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية

الثاني : لا تكمل الشهادة وهو مذهب الشافعي لأنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما فلم يثبت كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة وفارق الإقرار بالقذف فإنه يجوز أن يكون المقر به واحداً أقر به في وقتين بلسانين

[جزء 9 - صفحة 38]

مسألة وإن لاعن وتكلمت الزوجة عن اللعان خلي سبيلها ولحقه الولد ذكره الخرقى وعن أحمد أنها تحبس
مسألة : وإن لاعن وتكلمت الزوجة عن اللعان خلي سبيلها ولحقه الولد ذكره الخرقى وعن أحمد أنها تحبس حتى تقر أو تلاعن
إذا لاعن امرأته وامتنعت من الملاعنة فلا حد عليها والزوجية بحالها وبه قال الحسن و الأوزاعي وأصحاب الرأي وروي ذلك عن الحارث العكلي و عطاء الخراساني وذهب مكحول و الشعبي و مالك و الشافعي و ابو عبيد و أبو ثور و أبو إسحاق الجوزجاني و ابن المنذر إلى أن عليها الحد لقول الله تعالى : { ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين } والعذاب الذي يدرؤه عنها لعانها هو الحد المذكور في قوله تعالى : { وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين } ولأنه بلغانه حقق زناها فوجب عليها الحد كما لو شهد عليها أربعة

ولنا أنه لم يتحقق زناها فلا يجب عليها الحد كما لو لم يلاعن ودليل ذلك أن تحقيق زناها لا يخلو إلا أن يكون بلعان الزوج أو بنكولها لا يجوز أن يكون بلعان الزوج وحده لأنه لو ثبت زناها به لما سمع لعانها ولا وجب الحد على قاذفها ولأنه إما يمين وإما شهادة وكلاهما لا يثبت له الحق على غيره ولا يجوز أن يثبت بنكولها لأن الحد لا يثبت بالنكول فإنه يدرأ بالشبهات فلا يثبت بها وذلك لأن النكول يحتمل أن يكون لشدة خفرها أو لثقله على لسانها أو غير ذلك فلا يجوز إثبات الحد الذي اعتبر في بينته من العدد ضعف ما اعتبر في سائر الحدود واعتبر في حقهم أن يصفوا الفعل وأن يصرحوا بلفظه وغير ذلك مبالغة في نفي الشبهات عنه وتوسلاً إلى إسقاطه ولا يجوز أن يقضى فيه بالنكول الذي هو في نفسه شبهة لا يقضى به في شيء من الحدود ولا العقوبات ولا ما عدا الأموال مع أن الشافعي لا يرى القضاء بالنكول في شيء فكيف يقضى به في أعظم الأمور وأبعدها ثبوتاً وأسرعها سقوطاً ؟ ولأنها أقرت بلسانها ثم رجعت لم يجب عليها الحد فلأن لا يجب بمجرد امتناعها من اليمين على براءتها أولى ولا يجوز أن يقضى فيه بهما لأن ما لا يقضى فيه باليمين المفردة لا يقضى فيه باليمين مع النكول كسائر الحقوق ولأن ما في كل واحد منهما من الشبهة لا ينتفي بضم أحدهما إلى الآخر فإن احتمال نكولها لفرط حيائها وعجزها عن الانطق باللعان في مجمع الناس لا يزول بلعان الزوج والعذاب يجوز أن يكون الحبس أو غيره فلا يتعين في الحد وإن احتمل أن يكون هو المراد فلا يثبت الحد بالاحتمال وقد يرجح ما ذكرناه بقول عمر رضي الله عنه أن الرجم على من زنى وقد أحصى إذا كانت بينة أو كان الحمل أو الاعتراف فذكر موجبات الحد ولم يذكر اللعان

واختلفت الرواية فيما يصنع بها فروي أنها تحبس حتى تلتعن أو تقرر أربعاً قال أحمد : فإن أبت المرأة أن تلتعن بعد التعان الزوج أجبرتها عليه وهبت أن أحكم عليها بالرجم لأنها لو أقرت بلسانها لم ارجمها إذا رجعت فكيف إذا ابت اللعان ؟ ولا يسقط النسب إلا بالتعانها جميعاً لأن الفراش قائم حتى تلتعن والولد للفراش

قال القاضي : هذه الرواية أصح وهذا قول من وافقنا في أنه لا حد عليها وذلك لقول الله تعالى : { ويدراً عنها العذاب أن تشهد أربع شهادات } فيدل على أنها إذا لم تشهد لا يدرأ عنها العذاب والرواية الثانية : يخلى سبيلها وهو قول أبي بكر لأنه لم يجب عليها الحد فيجب تخلية سبيلها كما لو لم تكمل البينة فأما الزوجية فلا تزول والولد لا ينتفي ما لم يتم اللعان بينهما في قول عامة أهل العلم إلا الشافعي فإنه قضى بالفرقة ونفي الولد بمجرد لعان الرجل على ما نذكره

مسألة ولا يعرض للزوج حتى تطالبه امرأته فإن أراد اللعان من غير طلبها فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله

مسألة : ولا يعرض للزوج حتى تطالبه امرأته فإن أراد اللعان من غير طلبها فإن كان بينهما ولد يريد نفيه فله ذلك وإلا فلا

يعني لا يتعرض له إقامة الحد عليه ولا طلب اللعان منه حتى تطالبه زوجته فإن ذلك حق لها فلا يقام من غير طلبها كسائر حقوقها وليس لوليها المطالبة عنها إن كانت مجنونة أو محجورا عليها ولا لولي صغيرة وسيد أمة المطالبة بالتعزير من أجلهما لأن هذا حق ثبت للتشفي فلا يقوم الغير فيه مقام المستحق كالقصاص فإن أراد الزوج اللعان من غير مطالبة نظرنا فإن لم يكن هناك ولد يريد نفيه لم يكن له أن يلاعن وكذلك كل موضع سقط فيه الحد مثل إن أقام البينة بزناها أو أبرأته من قذفها أو حد لها ثم أراد لعانها ولا نسب هناك ينفي فإنه لا يشرع اللعان وهذا قول أكثر أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفا إلا بعض أصحاب الشافعي قالوا : له الملاعنة لإزالة الفراش والصحيح عندهم مثل قول الجماعة لأن إزالة الفراش ممكنة بالطلاق والتحريم المؤبد ليس بمقصود شرع اللعان من أجله وإنما حصل ضمنا فأما إن كان هناك ولد يريد نفيه فقال القاضي : له أن يلاعن وهو مذهب الشافعي لأن هلال بن أمية لما قذف امرأته وأتى النبي صلى الله عليه وسلم فأخبره أرسل النبي صلى الله عليه وسلم إليها فلاعن بينهما ولم تكن طالبته ولأنه محتاج إلى نفيه فيشرع به طريق إليه كما لو طالبته ولأن نفي النسب الباطل حق له فلا يسقط برضاها به كما لو طالبت باللعان ورضيت بالولد ويحتمل أن لا يشرع اللعان ههنا كما لو قذفها فصدقته وهو قول أصحاب الرأي لأنه أحد موجبي القذف فلا يشرع مع عدم المطالبة كالحد

فصل : فإذا تم اللعان بينهما ثبت أربعة أحكام أحدها : سقوط الحد عنه أو

التعزير ولو قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما وجملة ذلك أن اللعان إذا تم سقط الحد الذي أوجبه القذف عن الزوج إذا كانت الزوجة محصنة والتعزير إن لم تكن محصنة لأن هلال بن أمية قال : والله لا يعذبني الله عليها كما لم يجلدني عليها ولأن شهادته أقيمت مقام بينته وبينته تسقط الحد كذلك لعانه ويحصل هذا بمجرد لعانه لذلك فإن نكل عن اللعان أو عن تمامه فعليه الحد وإن ضرب بعضه فقال أنا ألاعن سمع ذلك منه لأن ما أسقط كله أسقط بعضه كالبينة ولو نكلت المرأة عن الملاعنة ثم بذلتها سمعت منها كالرجل فإن قذفها برجل بعينه سقط الحد عنه لهما إذا تم اللعان سواء ذكر الرجل في لعانه أو لم يذكره وإن لم يلاعن فلكل واحد منهما المطالبة وأيهما طالب حد له دون من لم يطالب كما لو قذف رجلا بالزنا بامرأة معينة وبهذا قال أبو حنيفة ومالك إلا في أنه لا يسقط حده بلعانها وقال بعض أصحابنا : القذف للزوجة وحدها ولا يتعلق بغيرها حق في المطالبة ولا الحد لأن هلال بن أمية قذف زوجته بشريك بن السحماء فلم يجده النبي صلى الله عليه وسلم ولا عزره له وقال بعض أصحاب الشافعي : يجب الحد لهما وهل يجب حد واحد أو حدان ؟ على وجهين وقال بعضهم : لا يجب إلا حد

واحد قولاً واحداً ولا خلاف بينهم أنه إذا لاعن وذكر الأجنبي في لعانه أنه يسقط حكمه عنه وإن لم يذكره فعلى وجهين
ولنا أن اللعان بينة في أحد الطرفين فكان بينة في الطرف الآخر كالشهادة ولأن به حاجة إلى قذف الزني لما أفسد عليه من فراشه وربما يحتاج إلى ذكره ليستدل بشبه الولد للمقذوف على صدق قاذفه كما استدل النبي صلى الله عليه وسلم على صدق هلال بن أمية بشبه الولد لشريك بن سحماء فوجب أن يسقط حكم قذفه ما أسقط حكم قذفها قياساً له عليها
فصل : فإن قذف امرأته وأجنبية أو أجنبياً بكلمتين فعليه حدان لهما فيخرج من حد الأجنبية بالبينة خاصة ومن الزوجة بالبينة أو اللعان وإن قذفهما بكلمة فكذلك إلا لم يلاعن ولم تقم بينة فهل يحد لهما حداً واحداً أو حدين ؟ على روايتين

أحدهما : يحد حداً واحداً وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في القديم وزاد أبو حنيفة سواء كان بكلمة أو بكلمات لأنهما حدود من جنس فوجب أن تتداخل كحد الزنا

والثانية : إن طالبوا مجتمعين فحد واحد وإن طالبوا مفترقين فلكل واحد حد لأنهم إذا اجتمعوا في الطلب أمكن الغاؤهم بالحد الواحد وإذا تفرقوا لم يمكن جعل الحد الواحد إيفاء لمن لم يطالب لأنه لا يجوز إقامة الحد له قبل المطالبة منه وقال الشافعي في الجديد : يقام لكل واحد حد بكل حال لأنها حقوق لآدميين فلم تتداخل كالديون

ولنا أنه إذا قذفهما بكلمة واحدة يجزيء حد واحد لأنه يظهر كذبه في قذفه وبرائة عرضهما من رمييه بحد واحد فاجزأ كما لو كان القذف لواحد وإذا قذفهما بكلمتين وجب حدان لأنهما قذفان لشخصين فوجب لكل واحد حد كما لو قذف الثاني بعد الأول وهكذا الحكم فيما إذا قذف أجنبيتين أو أجنبيات والتفصيل فيه على ما ذكرناه

فصل : وإن قال لزوجته : يا زانية يا بنت الزانية فقد قذفها وقذف أمها بكلمتين والحكم في الحد لهما على ما مضى من التفصيل فيه فإن اجتمعتا في المطالبة ففي أيتهما يقدم وجهان :

أحدهما : الأم لأن حقها أكد لكونه لا يسقط إلا بالبينة ولأن لها فضيلة الأمومة والثاني : تقدم البنت لأنه بدأ بقذفها ومتى حد لإحدهما ثم وجب عليه الحد للأخرى لم يحد حتى يبرأ جلده من حد الأولى فإن قيل إن الحد ههنا حق لآدمي فلم لا يوالى بينهما كالقصاص فإنه لو قطع يدي رجلين قطعنا يديه لهما ولم نؤخره ؟ قلنا لأن حد القذف لا يتكرر بتكرر سببه قبل إقامة حده فالموالة بين حدين فيه تخرجه عن موضوعه والقصاص يجوز أن يقطع أطرافه كلها في قصاص واحد فإذا جاز لواحد فلاثنين أولى

مسألة الثاني الفرقة بينهما وعنه لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما
مسألة : الثاني الفرقة بينهما وعنه : لا تحصل حتى يفرق الحاكم بينهما
وجملة ذلك أن الفرقة بين المتلاعنين لا تحصل إلا بتلاعنها جميعا وهل يعتبر
تفريق الحاكم ؟ فيه روايتان : إحداهما : لا يعتبر وإن الفرقة تحصل بمجرد
لعانها وهي احتيار أبي بكر وقول مالك و أبي عبيد و أبي ثور و داود و زفر و
ابن المنذر وروي ذلك عن ابن عباس لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال :
المتلاعنان يفرق بينهما ولا يجتمعان أبدا رواه سعيد : ولأنه معنى يقتضي
التحريم المؤبد فلم يقف على حكم الحاكم كالرضاع ولأن الفرقة لو لم تحصل
إلا بتفريق الحاكم لساغ ترك التفريق إذا كرهاه كالتفريق للعت والاعسار
ولوجب أن الحاكم إذا لم يفرق بينهما أن يبقى النكاح مستمرا وقول النبي صلى
الله عليه وسلم : [لا سبيل لك عليها] يدل على هذا وعلى هذا تفريقه بينهما
بمعنى إعلامه لهما حصول الفرقة

والثانية : لا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما وهو ظاهر كلام الخراقي
وقول أصحاب الرأي لقول ابن عباس في حديثه : [ففرق رسول الله صلى
الله عليه وسلم بينهما] وهذا يقتضي أن الفرقة لم تحصل قبله وفي حديث
عويمر قال : [كذبت عليها يا رسول الله إن أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن
يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم] وهذا يقتضي إمكان إمساكها وأنه وقع
طلاقه ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك لما وقع طلاقه ولا أمكنه إمساكها ولأن
سبب هذه الفرقة يتوقف على الحاكم فالفرقة المتعلقة به لا تقع إلا بحكم
حاكم فرقة العنة وعلى كلتا الروايتين لا تحصل هذه الفرقة يتوقف على الحاكم
وقال الشافعي : تحصل الفرقة بلعان الزوج وحده وإن لم تتيقن المرأة لأنها
فرقة حاصلة بالقول فتحصل بقول الزوج وحده كالطلاق قال شيخنا : ولا نعلم
أحدا وافق الشافعي على هذا القول

وحكي عن النبي أنه لا يتعلق باللعان فرقه لما روي أن العجلاني لما لاعن
امرأته طلقها ثلاثا فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو وقعت الفرقة
لما نفذ طلاقه وكلا القولين لا يصح لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين
المتلاعنين رواه عبد الله بن عمر وسهل بن سعد أخرجهما مسلم وقال سهل :
فكانت سنة لمن كان بعدهما أن يفرق بين المتلاعنين وقال عمر رضي الله عنه
: المتلاعنان يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا وأما القول الآخر فلا يصح لأن
الشرع إنما ورد بالتفريق بين المتلاعنين ولا يكونان متلاعنين بلعان أحدهما
وإنما فرق النبي صلى الله عليه وسلم بعد تمام اللعان منهما فالقول بوقوع
الفرقة قبله تحكم يخالف مدلول السنة وفعل النبي صلى الله عليه وسلم ولأن
لفظ اللعان لا يقتضي فرقة فإنه إما أيما على زناها أو شهادة بذلك ولولا ورود
الشرع بالتفريق بينهما لم تحصل الفرقة وإنما ورود الشرع بها بعد لعانها فلا
يجوز تعليقها على بعضه كما لم يجز تعليقها على بعض لعان الزوج ولأنه فسح
ثبت لأيمان مختلفين فلم يثبت يمين أحدهما كالفسخ لتحالف المتبايعين عند
الاختلاف ويبطل ما ذكره بالفسخ بالعيب أو العتق وقول الزوج : اختاري
نفسك أو أمرك بيدك أو وهبتك لأهلك أو لنفسك واشباه ذلك كثير

إذا ثبت هذا فإن قيل إن الفرقة تحصل بلعانهما فلا تحصل إلا بعد إكمال اللعان بينهما وإن قلنا : لا تحصل إلا بتفريق الحاكم لم يجز له أن يفرق بينهما إلا بعد كمال لعانهما فإن فرق قبل ذلك كان تفريقه باطلا وجوده كعدمه وبهذا قال مالك وقال الشافعي : لا تقع الفرقة حتى يكمل للزوج لعانه وقال أبو حنيفة و محمد بن الحسن : إذا فرق بينهما بعد أن لاعن كل واحد منهما ثلاث مرات أخطأ السنة والفرقة جائزة وإن فرق بينهما بأقل من ثلاث فالفرقة باطلة لأن من أتى بالثلاث فقد أتى بالأكثر فتعلق الحكم به ولنا أنه تفريق قبل تمام اللعان فلم يصح كما لو فرق بينهما لأقل من ثلاث أو قبل لعان المرأة ولأنها أيمان مشروعة ولا يجوز للحاكم الحكم قبلها بالإجماع فإذا حكم لم يصح حكمه كأيمان المختلفين في البيع وكما قبل الثلاث ولأن الشرع إنما ورد بالتفريق بعد كمال السبب فلم يجز قبله كسائر الأسباب وما ذكره تحكم لا دليل عليه ولا أصل له ثم يبطل بما إذا شهد بالدين رجل وامرأة واحدة أو بمن توجهت عليه اليمين إذا أتى بأكثر حروفها وبالمسابقة إذا قال من سبق إلى خمس إصابات فسبق إلى ثلاثة وبسائر الأسباب فأما إذا تم اللعان فللحاكم أن يفرق بينهما من غير استئذانهما لأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين ولم يستأذنهما وروى مالك عن نافع [عن ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفى من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة] وروى سفيان عن الزهري [عن سهل بن سعد قال : شهدت رسول الله صلى الله عليه وسلم فرق بين المتلاعنين] أخرجهما سعيد ومتى قلنا إن الفرقة لا تحصل إلا بتفريق الحاكم فلم يفرق بينهما فالنكاح بحاله باق لأن ما يبطل النكاح لم يوجد فأشبهه ما لو لم يلاعن

فصل : وفرقة اللعان فسخ وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : هي طلاق لأنها فرقة من قبل الزوج تختص النكاح فكان طلاقا كالفرقة بقوله : أنت طالق ولنا أنها فرقة توجب تحريما مؤبدا فكانت فسحا كفرقة الرضاع ولأن اللعان ليس بصريح في الطلاق ولا نوى به الطلاق فلم يكن طلاقا كسائر ما يفسخ به النكاح ولأنه لو كان طلاقا لوقع بلعان الزوج دون لعان المرأة فصل : ذكر بعض أهل العلم أن الفرقة إنما حصلت باللعان لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعنهما فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال عند الخامسة : [إنها الموجبة] أي أنها توجب لعنة الله وغضبه ولا نعلم من هو منهما يقينا ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون فيعلو امرأة غير ملعونة وهذا لا يجوز كما لا يجوز أن يعلو المسلمة كافر ويمكن أن يقال على هذا لو كان هذا الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما لمنعه من نكاح غيرها فإن هذا الاحتمال متحقق فيه ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة أو الغضب بأحدهما أو الغضب بأحدهما غير معين فيفضي إلى علو ملعون غير ملعونة أو إلى إمساك ملعونة مغضوب عليها

ويحتمل أن سبب الفرقة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه فإن الرجل إن كان صادقا فقد أشاع فاحشتها وفضحها على رؤوس الأشهاد وأقامها

مقام خزي وحقق عليها الغضب وقطع نسب ولدها وإن كان كاذبا فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة والمرأة إن كانت صادقة فقد أكذبت على رؤوس الأشهاد وأوجبت عليه لعنة الله وإن كانت كاذبة فقد أفسدت فراشه وخاتته في نفسها وألزمته اللعان والفضيحة وأحوجته إلى هذا المقام المخزي فحصل لكل واحد منهما نفرة من صاحبه لما حصل إليه من إساءة لا يكاد يلتئم لهما معها حال فاقتضت حكمة الشارع التزام الفرقة بينهما وإزالة الصحبة المتمحضنة مفسدة ولأنه إن كان كاذبا عليها فلا ينبغي أن يسلب على إمساكها مع ما صنع من القبيح إليها وإن كان صادقا فلا ينبغي أن يمسكها مع علمه بحالها ولهذا [قال العجلاني : كذبت عليها إن أمسكتها]

[جزء 9 - صفحة 49]

مسألة الثالث التحريم المؤبد وعنه أنه إن أكذب نفسه حلت له مسألة : الثالث : التحريم المؤبد وعنه أنه إن أكذب نفسه حلت له ظاهر المذهب أن الملاعنة تحرم على الملاعن تحريما مؤبدا فلا تحل له وإن أكذب نفسه ولا خلاف بين أهل العلم في أنه إذا لم يكذب نفسه أنها لا تحل له إلا أن يكون قولا شادا فإن أكذب نفسه فالذي رواه الجماعة عن أحمد أنها لا تحل له أيضا وجاءت الأخبار عن عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم أن المتلاعنين لا يجتمعان أبدا وبه قال الحسن و عطاء و جابر بن زيد و النخعي و الزهري و الحكم و مالك و الثوري و الاوزاعي و الشافعي و أبو عبيد و أبو ثور و أبو يوسف وعن أحمد رواية أخرى أنه إن أكذب نفسه حلت له وعاد له فراشه بحاله وهي رواية شاذة شذ بها حنبل عن أصحابه قال أبو بكر : لا نعلم أحدا رواها غيره قال شيخنا : وينبغي أن تحمل هذه الرواية على ما إذا لم يفرق الحاكم فأما مع تفريق الحاكم بينهما فلا وجه لبقاء النكاح بحاله وقد ذكرنا أن مذهب البتّي أن اللعان لا يتعلق به فرقة وعن سعيد بن المسيب : إن أكذب نفسه فهو خاطب من الخطاب وبه قال أبو حنيفة و محمد بن الحسن لأن فرقة اللعان عندهما طلاق وقال سعيد بن جبير : إن أكذب نفسه ردت إليه ما دامت في العدة

ولنا ما روى سهل بن سعد قال : مضت السنة في المتلاعنين أن يفرق بينهما ثم لا يجتمعان أبدا رواه الجوزجاني بإسناده في كتابه وروي مثل هذا عن الزهري و مالك ولأنه تحريم لا يرتفع قبل الحد والتكذيب فلم يرتفع بهما كتحريم الرضاع

[جزء 9 - صفحة 50]

مسألة وإذا قلنا تحل له بإذاب نفسه فإن لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية
على النكاح
مسألة : وإذا قلنا تحل له بإكذاب نفسه فإن لم يكن وجد منه طلاق فهي باقية
على النكاح
لأن اللعان على هذا القول لا تحريم على التأيد وإنما يؤمر بالطلاق كما يؤمر
المولى به إذا لم يأت بالفيئة فإذا لم يأت بالطلاق بقي النكاح بحاله وزال الإجماع
على الطلاق لتكذيبه نفسه كما لو امتنع المولى من الفيئة فأمر بالطلاق فعاد
فأجاب إلى الفيئة وإن وجد منه طلاق دون الثلاث فله رجعتها كالمطلقة دون
الثلاث بغير عوض

[جزء 9 - صفحة 51]

مسألة الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر وينتفي عنه حملها
وإن لم يذكره وقال الخرقى لا ينتفي
مسألة : الرابع انتفاء الولد عنه بمجرد اللعان ذكره أبو بكر وينتفي عنه حملها
وإن لم يذكره وقال الخرقى : لا ينتفي حتى يذكره في اللعان
وجملة ذلك أن الزوج إذا ولدت امرأته ولدا يمكن أن يكون منه فهو ولده في
الحكم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : [الولد للفراش وللعاهر الحجر
] ولا ينتفي عنه إلا أن ينفيه باللعان التام الذي اجتمعت شروطه وهي أربعة
أحدها : أن يوجد اللعان منهما جميعا وهذا قول عامة أهل العلم وقال الشافعي
: ينتفي بلعان الزوج وحده لأن نفي الولد إنما كان بيمينه والتعانه لا بيمين
المرأة على تكذيبه ولا معنى ليمين المرأة في نفي النسب وهي تثبت وتكذب
قول من ينفيه وإنما لعانها لدرء الحد عنها كما قال الله تعالى : { ويدرأ عنها
العذاب أن تشهد أربع شهادات بالله إنه لمن الكاذبين }
ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أنما نفى الولد عنه بعد تلاعنها فلا يجوز
النفي ببعض لعان الزوج
الثاني : أن يكمل اللعان منهما جميعا
الثالث أن يبدأ الزوج باللعان قبل المرأة فإن بدأت باللعان قبله لم يعتد به وبه
قال أبو ثور و ابن المنذر وقال مالك وأصحاب الرأي : إن فعل أخطأ السنة
والفرقة جائزة وينفى الولد عنه لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالوا
وهي لا تقتضي ترتيبا ولأن اللعان قد وجد منهما جميعا فأشبه ما لو رتب وعند
الشافعي لا يتم اللعان إلا بالترتيب إلا أنه يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي
الولد وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب وعدم كمال ألفاظه من المرأة
ولنا أنه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة فلم يصح كما لو اقتصر
على لفظة واحدة ولأن لعان الرجل بينة لإثبات زناها ونفى ولدها ولعان المرأة
للإنكار فقدمت بينة الإثبات لتقديم الشهود على الأيمان ولأن لعان المرأة لدرء

العذاب عنها ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل فإذا قدمت لعانها على لعانه فقد قدمته على وقته فلم يصح كما لو قدمته على القذف
الرابع : أن يذكر نفي الولد في اللعان فإن لم يذكره لم ينتف إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه وهذا ظاهر كلام الخرقى واختيار القاضي ومذهب الشافعي فإذا قال : أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا يقول : وما هذا الولد ولدي وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب فيما رماني به من الزنا وهذا الولد ولده في كل لفظة وقال الشافعي : لا تحتاج المرأة إلى ذكره لأنها لا تنفيه

ولنا أنها أحد الزوجين فكان ذكر الولد شرطافي لعانه كالزوج وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه وينتفي بزوال الفراش لأن حديث سهل بن سعد الذي وصف فيه اللعان لم يذكر فيه الولد وقال فيه : [ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا يدعى ولدها لأب ولا يرمى ولدها] رواه أبو داود وفي حديث رواه مسلم عن عبد الله [أن رجلا لاعن امرأة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ففرق النبي صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بأمه]

ولنا أن من سقط حقه باللعان كان ذكره شرطا كالمرأة ولأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها وذلك لا يوجب نفي الولد كما لو أقرت به أو قامت به بينة فأما حديث سهل فقد روي فيه فكانت حاملا فأنكر حملها من رواية البخاري و [روى ابن عمر أن رجلا لاعن امرأته في زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم وانتفي من ولدها ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وألحق الولد بالمرأة] والزيادة من الثقة مقبولة فعلى هذا لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ومع اللعان في الخامسة لأنها من لفظات اللعان وذكر الخرقى شرطا خامسا وهو تفريق الحاكم بينهما وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم بينهما لوقوع الأخرى أما على الرواية الأخرى فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد كما لا يشترط لدرء الحد عنه ولا لفسخ النكاح وشرط أيضا شرطا سادسا وهو أن يكون قذفها وهذا من شروط اللعان وقد ذكرناه

فصل : متى كان اللعان لنفي الولد اشترط ذكره وقد مضى ذلك قال : يشترط أن يقول هذا الولد من زنا وليس هو مني وهو مذهب الشافعي لأنه قد يريد بقوله : ليس هو مني يعني خلقا وخلقاً ولم يقتصر على قوله هو من زنا لأنه قد يعتقد أن الوطاء في النكاح الفاسد زنا فأكدنا بذكرهما جميعا
ولنا أنه نفي الولد في اللعان فانتفى به كما لو ذكر اللفظين وما ذكره من التأكيد تحكم بغير دليل ولا ينتفي اللعان بضم إحدى اللفظتين إلى الأخرى فإنه إذا اعتقد أنه من وطاء فاسد واعتقد أن ذلك زنا صح منه أن يقول اللفظتين جميعا وقد يريد أنه لا يشبهني خلقا ولا خلقا وأنه من وطاء فاسد

مسألة وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفه عند وضعها له ويلاعن مسألة : وإن نفى الحمل في التعانه لم ينتف حتى ينفه عند وضعها له ويلاعن اختلف أصحابنا في ذلك فقال الخرقى وجماعة : لا ينتفي الحمل بنفيه قبل الوضع ولا ينتفي حتى يلاعنها بعد الوضع وينتفي الولد فيه وهذا قول أبي حنيفة وجماعة من أهل الكوفة لأن الحمل غير مستيقن يجوز أن يكون ربحا أو غيرها فيصير نفيه مشروطا بوجوده ولا يجوز تعليق اللعان بشرط وقال مالك و الشافعي وجماعة من أهل الحجاز : يصح نفي الحمل وينتفي عنه محتجين بحديث هلال بن أمية وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي صلى الله عليه وسلم وألحقه بالأم وبأنه كان حملا ولهذا قال النبي صلى الله عليه وسلم : [انظروها فإن جاءت به كذا وكذا] قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة وأوردها ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ولهذا ثبت للحامل أحكام تخالف فيه الحائل من النفقة والفطر في الصيام وترك إقامة الحد عليها وتأخير القصاص عنها وغير ذلك مما يطول ذكره ويصح استلحاق الحمل فكان كالولد بعد وضعه وهذا القول الصحيح لموافقته ظواهر الأحاديث وما خالف الحديث لا يعاب به كائنا ما كان وقال أبو بكر : ينتفي الولد بزوال الفراش ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان احتجاجا بظواهر الأحاديث حيث لم ينقل فيها نفي الحمل ولا التعرض لنفيه فأما من قال ان الولد لا ينتفي إلا بنفيه بعد الوضع فإنه يحتاج إلى إعادة اللعان بعد الوضع وقال أبو حنيفة ومن وافقه : إن لاعنها حاملا ثم أتت بولد لزمه ولم يتمكن من نفيه لأن اللعان لا يكون إلا بين زوجين وهذه قد بانث بلعانها في حملها وهذا فيه إلزامه ولذا ليس منه وسد باب الانتفاء من أولاد الزنا والله تعالى قد جعل له إلى ذلك سبيلا وطريقا فلا يجوز سده وإنما تعتبر الزوجية في الحال التي أضاف إليها الزنا فيه لأن الولد الذي يأتي به يلحقه إذا لم ينفه فيحتاج إلى نفيه وهذه كانت زوجة في تلك الحال فملك نفيه والله أعلم فصل : فإن استلحق الحمل فمن قال لا يصح نفيه قال لا يصح استلحاقه وهو المنصوص عن احمد ومن أجاز نفيه قال يصح استلحاقه وهو مذهب الشافعي لأنه محكوم بوجوده بدليل وجوب النفقة ووقف الميراث فصح الإقرار به كالمولود وإذا استلحقه لم يملك نفيه بعد ذلك كما لو استلحقه بعد الوضع ومن قال لا يصح استلحاقه قال لو صح استلحاقه لزمه بترك نفيه كالمولود ولا يلزمه ذلك بالإجماع ولان للشبه اثرا في الاستلحاق بدليل حديث الملاعنة وذلك مختص بما بعد الوضع فاخص صحة الاستلحاق به فعلى هذا لو استلحقه ثم نفاه بعد وضعه كان له ذلك ن فأما إن سكت عنه فلم ينفه ولم يستلحقه لم يلزمه عند احد علمنا قوله لأن بتركه يحتمل أن يكون لأنه لا يتحقق وجوده إلا أن يلاعنها فإن أبا حنيفة الزمه الولد على ما أسلفناه

فصل : ومن شرط نفي الولد أن لا يوجد منه دليل على الإقرار به لم يملك نفيه في قول جماعة أهل العلم منهم الشعبي و النخعي وعمر بن عبد العزيز و مالك و الشافعي و ابن المنذر وأصحاب الرأي وإن أقر بتوأمه أو نفاه وسكت عن توأمه لحقه نسبه ولم يكن له نفيه وقد ذكرناه ولأنه إذا أقر بأحدهما كان إقرارا بالآخر إذ لا يمكن أن يعلم الذي له منهما فإذا نفى الأخير كان رجوعا عن إقراره فلا يقبل منه ومثله إذا نفاه وسكت عن توأمه

مسألة وإن هنيء به فسكت كان إقرارا ذكره أبو بكر
مسألة : وإن هنيء به فسكت كان إقرارا ذكره أبو بكر لأن السكوت صلح دالا
على الرضا في حق البكر فهنا أولى

مسألة فإن امن على الدعاء لزمه في قولهم جميعا
مسألة : فإن أمن على الدعاء لزمه في قولهم جميعا
فإن قال : أحسن الله جزاءك أو بارك الله عليك أو رزقك الله مثله لزمه الولد
وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يلزمه لأنه جازاه على قصده إذا قال :
رزقك الله مثله فليس ذلك إقرارا ولا متضمنا له ولنا أن جواب الراضي في
العادة فكان إقرارا كالتأمين على الدعاء

مسألة وإن أخر نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك
مسألة : وإن أخر نفيه مع إمكانه لزمه نسبه ولم يكن له نفيه بعد ذلك
وبهذا قال الشافعي قال أبو بكر لا يتقدر ذلك بثلاث بل هو على ما جرت به
العادة إن كان ليلا فحتى يصبح وينتشر الناس وإن كان جائعا أو ظمآن فحتى
يأكل أو يشرب أو ينام إن كان ناعسا أو يلبس ثيابه ويسرج دابته ويركب ويصلي
إن حضرت الصلاة ويحرز ماله إن كان غير محرز وأشبهه هذا من أشغاله فإن
أخره بعد هذا كله لم يكن له نفيه وقال أبو حنيفة له تأخير نفيه يوما ويومين
استسحانا لأن النفي عقيب الولادة يشق فقدر باليومين لقلتهما وقال أبو
يوسف و محمد : يتقدر بمدة النفاس لأنها جارية مجرى الولادة في الحكم
وحكي عن عطاء و مجاهد أن له نفيه ما لم يعترف به كحالة الولادة
ولنا أنه خيار لدفع ضرر متحقق فكان على الفور كخيار الشفعة ولأن قول النبي
صلى الله عليه وسلم : [الولد للفراش] عام خرج منه ما اتفقنا عليه مع
السنة الثابتة ففيما عداه يبقى على عموم الحديث وما ذكره أبو حنيفة يبطل
بخيار الرد بالعيب والأخذ بالشفعة وتقديره بمدة النفاس تحكم لا دليل عليه وما
قاله يبطل أيضا بما ذكرناه ولا يلزم عليه القصاص فإنه لاستيفاء حق لا لدفع
ضرر ولا الحمل لأنه لم يتحقق ضرره ؟ وهل يتقدر الخيار في النفي بمجلس
العلم أو بإمكان النفي ؟ على وجهين بناء على المطالبة بالشفعة

مسألة فإن قال أخرته رجاء موته لم يعذر بذلك ويبطل خيار لأنه أخر نفيه مع
إمكانه لغير عذر
مسألة : فإن قال : أخرته رجاء موته لم يعذر بذلك ويبطل خياره لأنه أخر نفيه
مع إمكانه لغير عذر

[جزء 9 - صفحة 58]

مسألة وإن قال لم أعلم به أو لم أعلم أن لي نفيه أو لم أعلم أن ذلك على
الفور وأمكن صدقه قبل منه
مسألة : وإن قال : لم أعلم به أو لم أعلم أن لي نفيه أو لم أعلم أن ذلك على
الفور وأمكن صدقه قبل منه
إذا أخر نفيه ثم ادعى أنه لم يعلم بالولادة وأمكن صدقه بأن يكون في مكان
يخفى عليه ذلك كمن هو في محلة أخرى فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم
العلم فإن لم يمكن مثل أن يكون معها في الدار لم يقبل لأن ذلك لا يكاد يخفى
عليه وإن قال : علمت ولادته ولم أعلم أن لي نفيه أو علمت ذلك أو لم أعلم
أنه على الفور وكان ممن يخفى عليه ذلك كعامّة الناس قبل منه لأن هذا مما
يخفى عليهم فأشبهه ما لو كان حديث عهد بإسلام فإن كان فقيها لم يقبل منه
لأنه ممن لا يخفى عليه ذلك وباحتمل أن يقبل منه لأن الفقيه يخفى عليه كثير
من الأحكام وقال أصحابنا : لا يقبل ذلك من الفقيه ويقبل من الناشئ ببادية
وحديث العهد بالإسلام ويقبل من سائر الناس وفيه وجه آخر أنه لا يقبل والأول
أولى

مسألة وإن أخره لغيبة أو مرض أو شيء يمنعه ذلك لم يسقط نفيه
مسألة : وإن أخره لغيبة أو مرض أو شيء يمنعه ذلك لم يسقط نفيه
وجملة ذلك أنه إذا كان له عذر يمنعه من الحضور لنفيه كالمرض والحبس أو
الاشتغال بحفظ مال يخاف ضيعته أو بملازمه غريم يخاف فوته أو غيبته نظرت
فإن كانت مدة ذلك قصيرة فأخره إلى الحضور ليزول عذره لم يبطل نفيه لأنه
بمنزلة من علم ذلك ليلا فأخره إلى الصبح وإن كانت تتناول ما مكنه التنفيذ
إلى الحاكم لبيعته إليه من يستوفي عليه اللعان والنفي فلم يفعل سقط نفيه
وإن لم يمكنه أشهد على نفسه أنه ناف لولد امرأته فإن لم يفعل بطل خياره
لأنه إذا لم يقدر على نفيه قام الإشهاد مقامه كما يقيم المريض الفيئة بالقول
بدلا عن الفيئة بالجماع

فصل : فإن قال : لم أصدق المخبر به وكان مستفيضا منتشرا لم يقبل قوله
وإن لم يكن مستفيضا وكان المخبر مشهور العدالة لم يقبل قوله وإلا قبل وإن
قال لم أعلم أن علي ذلك قبل قوله لأنه مما يخفى وإن علم وهو غائب فأمكنه

السير فاشتغل به لم يبطل خياره وإن أقام من غير حاجة بطل لأنه آخر لغير عذر وإن كانت له حاجة تمنعه من السير فهو على ما ذكرنا من قبل وإن أخره من غير عذر بطل وفي كل موضع لزمه الولد لم يكن له نفيه بعد ذلك في قول جماعة أهل العلم منهم مالك و الشافعي و ابن المنذر وأصحاب الرأي وقال الحسن : له أن يلاعن لنفيه ما دامت أمه عنده يصير لها الولد ولو أقر به والذي عليه الجمهور أولى فإن أقر به فلم يملك جده كما لو بانث منه أمه ولأنه أقر بحق عليه فلم يقبل منه جده كسائر الحقوق

[جزء 9 - صفحة 60]

مسألة ومتى أكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد إن كانت المرأة محصنة أو التعزير إن لم تكن محصنة
مسألة : ومتى أكذب نفسه بعد نفيه لحقه نسبه ولزمه الحد إن كانت المرأة محصنة أو التعزير إن لم تكن محصنة
إذا لاعن الرجل امرأته ونفي ولده ثم أكذب نفسه لحقه الولد إذا كان حيا كان أو فقيرا بغير خلاف بين أهل العلم وكذلك إن كان ميتا وبهذا قال الشافعي و أبو ثور وقال الثوري : إذا استلحق الولد الميت وكان ذا مال لم يلحقه لأنه إنما يدعي مالا وإن لم يكن له ماله لحقه وقال أصحاب الرأي إن كان الولد الميت ترك ولدا ثبت نسبه من المستلحق وتبعه نسب منه وإن لم يكن ترك ولدا لم يصح استلحاقه ولم يثبت نسبه ولا يرث منه المدعي شيئا لأن نسبه منقطع بالموت فلم يصح استلحاقه فإذا كان له ولد كان مستلحقا لولده وتبعه نسب الميت
ولنا أن هذا ولد نفاه باللعان فكان له استلحاقه كما لو كان حيا أو كان له ولد ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تبعا لنسب ابنه فجعل الأصل تابعا للفرع وذلك باطل فأما قول الثوري إنه إنما يدعي مالا قلنا إنما يدعي النسب والميراث تبع له فإن قيل فهو متهم في أن غرضه في حصول الميراث قلنا النسب لا يمنع التهمة لحوقه بدليل أنه لو كان له أخ يعاديه فأقر بابن لزمه وسقط ميراث أخيه ولو كان الابن حيا غنيا والاب فقيرا فاستلحقه فهو متهم في إيجاب نفقته على ابنه ويقبل قوله كذلك ههنا ثم كان ينبغي أن يثبت ههنا لأنه حق للولد ولا تهمة فيه ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ولا يلزم من انقطاع البيع انقطاع الأصل
قال القاضي يتعلق باللعان أربعة أحكام : حقان عليه : وجوب الحد ولحوق النسب وحقان له : الفرقة والتحريم المؤبد فإذا أكذب نفسه قبل قوله فيما عليه فلزمه الحد والنسب ولم يقبل فيما له فلم تزل الفرقة ولا التحريم المؤبد فصل : فإن لم يكذب نفسه ولكن لم تكن له بينة ولا لاعن أقيم عليه الحد فإن أقيم عليه بعضه فأراد اللعان وقال أنا ألعن قبل منه لأن اللعان يسقط جميع الحد فيسقط بعضه كالبينة فإن ادعت زوجته أنه قذفها بالزنا فأنكر فأقامت

عليه بينة أنه قذفها بالزنا فقال : صدقت البينة وليس ذلك قذفا لأن القذف الرمي بالزنا كذبا وأنا صادق فيما رميتها به ولم يكن ذلك إكذابا لنفسه لأنه مصر على رميها بالزنا وله إسقاط الحد باللعان ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمذهبنا فاما إن قال : ما زنت ولا رميتها بالزنا فقامت البينة عليه بقذفها لزمه الحد ولم تسمع بينته ولا لعانه نص عليه أحمد لأن قوله : ما زنت تكذيب للبينة واللعان فلا يثبت له حجة قد أكذبها وجرى هذا مجرى قوله في الوديعه : إذا ادعيت عليه فقال ما أودعنتني فقامت عليه البينة بالوديعه فادعى الرد أو التلف لم يقبل ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء أو لا يستحق علي شيئا فقامت البينة فادعى الرد أو التلف قبل منه

[جزء 9 - صفحة 62]

مسألة ويلزمه الحد إذا أكذب نفسه سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده
مسألة : ويلزمه الحد إذا أكذب نفسه سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده
وهذا قول الشافعي و أبي ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم لهم مخالفا لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج فإذا أكذب نفسه بان أن لعانه كذب وزيادة في هتكها وتكرار لقذفها فلا أقل من أن يجب الحد الذي كان واجبا بالقذف المجرد فإن عاد عن أكاذاب نفسه وقال : لي بينة أقيمها بزناها أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان لم تسمع لأن البينة واللعان لتحقيق ما قاله وقد أقر بكذب نفسه فلا يسمع منه خلافه وهذا إذا كانت المقذوفة محصنة فإن كانت غير محصنة فعليه التعزير

فصل : فيما يلحق من النسب من أتت امرأته بولد يمكن كونه منه وهو أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ أمكن اجتماعه بها ولأقل من أربع سنين منذ أبانها وهو ممن يولد لمثله كابن عشر سنين لحقه الولد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [الولد للفراش] ولأن مع ذلك يمكن كونه منه وقدرناه بعشر سنين لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [واضربوهم عليها لعشر وفرقوا بينهم في المضاجع] وقال القاضي : يلحق به إذا أتت له تسعة أعوام ونصف مدة الحمل قياسا على الجارية وقال أبو بكر : لا يلحقه حتى يبلغ لأن الولد إنما يكون من الماء ولا ينزل حتى يبلغ

ولنا أنه زمن يمكن البلوغ فيه فيلحقه الولد كالبالغ وقد روي أن عمرو بن العاص وابنه لم يكن بينهما إلا اثنا عشر عاما وأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالتفريق بينهم دليل على إمكان الوطاء الذي هو سبب الولادة فأما قياس الغلام على الجارية فغير صحيح فإن الجارية يمكن الاستمتاع بها لتسع عادة وقد تحيض لتسع والغلام لا يمكنه الاستمتاع لتسع وما عهد بلوغ غلام لتسع

[جزء 9 - صفحة 63]

مسألة فأما إن أتت به لدون ستة أشهر مد تزوجها
مسألة : فأما إن أتت به لدون ستة أشهر مذ تزوجها أو لأكثر من أربع سنين منذ
أبانها لم يلحق الزوج لأنها علمنا أنها علقت به قبل النكاح ولا يحتاج إلى نفيه
باللعان لأن اللعان يمين واليمين جعلت لتحقيق أحد الجائزين ونفي أحد
المحتملين وما لا يجوز لا يحتاج إلى نفيه

مسألة وإن أقرت بانقضاء القروء ثم أتت به لأكثر من ستة أشهر لم يلحق
بالزوج
مسألة : وإن أقرت بانقضاء عدتها بالقروء ثم أتت به لأكثر من ستة أشهر لم
يلحق بالزوج
وهذا قول أبي العباس بن شريح وقال غيره من أصحاب الشافعي : يلحق به
لأنه يمكن أن يكون منه والولد يلحق بالإمكان
ولنا أنها أتت به بعد الحكم بانقضاء عدتها في وقت يمكن أن يكون منه فلم
يلحقه كما لو انقضت عدتها بوضع الحمل وإنما يعتبر الإمكان مع بقاء الزوجية أو
العدة وأما بعدهما فلا يكتفى بالإمكان للحاقه وإنما يكتفى بالإمكان لنفيه وذلك
لأن الفراش سبب ومع وجود السبب يكتفى بإمكان الحكمة واحتمالها فإذا
انتفى السبب وأثاره انتفى الحكم لانتفائه ولا يلتفت إلى مجرد الإمكان فأما إن
طلقها فاعتدت بالأقراء ثم ولدت ولدا قبل مضي ستة أشهر من آخر أقرائها
لحق الزوج لأنها تيقنا أنها لم تحمله بعد انقضاء عدتها ويعلم أنها كانت حاملا به
في زمن رؤية الدم فيلزم أن لا يكون الدم حياضا فلم تنقص عدتها به

[جزء 9 - صفحة 64]

مسألة فإن طلقها وهي حامل فولدت ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر فهو
من الزوج
مسألة : فإن طلقها وهي حامل فولدت ثم ولدت آخر قبل مضي ستة أشهر
فهو من الزوج
لأننا نعلم أنهما حمل واحد فإذا كان أحدهما منه فالآخر منه وإن كان بينهما أكثر
من ستة أشهر لم يلحق بالزوج وانتفى عنه من غير لعان لأنه لا يمكن أن يكون
الولدان حملا واحدا وبينهما مدة الحمل فعلم أنها علقت به بعد زوال الزوجية
وانقضاء العدة وكونها أجنبية فهي كسائر الأجنيات كالذي يتزوجها بحضرة
الحاكم ويطلقها في المجلس قبل غيبته عنهم ثم أتت المرأة بولد لستة أشهر
أو يتزوجها وبينهما مسافة لا يصل إليها في المدة التي ولدت فيها كمشرقي
يتزوج بمغربية ثم مضت ستة أشهر وأتت بولد لم يلحقه وبذلك قال مالك و

الشافعي وقال أبو حنيفة : يلحقه نسبه الولد إنما يلحقه بالعقد ومدة الحمل ألا ترى أنكم قلتم إذا مضى زمان الإمكان لحق الولد وإن علم أنه لم يحصل منه الوطاء ولنا أنه لم يحصل إمكان الوطاء في هذا العقد فلم يلحق به الولد كزوجية الطفل أو كما لو ولدته لدون ستة أشهر وفارق ما قاسوا عليه فإن الإمكان إذا وجد لم يعلم أنه ليس منه قطعاً لجواز أن يكون وطئها من حيث لا نعلم ولا سبيل لنا إلى معرفة حقيقة الوطاء فعلقنا الحكم على إمكانه في النكاح ولم يجر حذف الامكان عن الاعتبار لأنه إذا انتفى حصل اليقين بانتفائه عنه فلم يجر إلحاقه بدفع يقين كونه ليس منه

[جزء 9 - صفحة 66]

مسألة أو صبي دون عشر أو مقطوع الذكر والأنثيين
مسألة : أو صبي دون عشر سنين أو مقطوع الذكر والأنثيين
أما الصبي الذي له دون عشر سنين فقد ذكرناه في أول الفصل وأما القطوع الذكر والأنثيين فلا يلحق به الولد في قول عامة أهل العلم لأنه يستحيل منه الإيلاج والإنزال فإن قطعت أثنياه دون ذكره فكذلك لأنه لا ينزل ماء يخلق منه الولد وقال أصحابنا : يلحقه وفيه بعد قالوا لأنه يتصور منه الإيلاج وينزل ماء رقيقاً
ولنا أن هذا لا يخلق منه الولد عادة ولا وجد ذلك فأشبهه ما لو قطع ذكره معهما ولا اعتبار بإيلاج لا يخلق منه الولد فهو كما لو أولج أصبعه فأما إن قطع ذكره وحده فقد قيل يلحقه الولد لأنه يمكن أن يساقي فينزل ما يخلق منه الولد فيدخل الماء إلى فرج المرأة ولهذا أحقنا ولد الأمة بسيدها إذا اعترف بوطئها فيما دون الفرج
ولأصحاب الشافعي اختلاف في ذلك كنحو ما ذكرنا من الاختلاف عندنا وقال ابن اللبان : لا يلحقه الولد في هاتين الصورتين في قول الجمهور وقال بعضهم : يلحقه بالفراش وهو غلط لأن الولد إنما يلحق بالفراش إذا أمكن ألا ترى أنها إذا ولدت بعد شهر منذ تزوجها لم يلحقه وههنا لا يمكن لفقد المنى من المسلول وتعدر اتصال المنى إلى قعر الرحم من المجبوب ولا معنى لقول من قال : يجوز أن تستدخل المرأة مني الرجل فتحبل لأن الولد مخلوق من مني الرجل والمرأة جميعاً ولذلك يأخذ الشبه منهما وإذا استدخلت المنى بغير جماع لم يحدث لها لذة تمنى بها فلا يختلط منهما ولو صح ذلك لكان الأجنبيان الرجل والمرأة إذا تصادقا أنها استدخلت منيه وإن الولد من ذلك المنى يلحقه نسبه وما قال أحد والذي ذكره ابن اللبان إنما يصح إذا استدخل منيه من غير مباشرة فأما مع المباشرة والمساحقة فيمكن أن يحدث لها شهوة ينزل المنى معها فتحبل فلا يشبه ما ذكره من الأصل والله أعلم

مسألة وإن طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها ولأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها
مسألة : وإن طلقها طلاقاً رجعياً فولدت لأكثر من أربع سنين منذ طلقها ولأقل من أربع سنين منذ انقضت عدتها ففيه وجهان
أحدهما : لا يلحقه بنسبه وينتفي عنه بغير لعان لأنها علقت به بعد طلاقه فأشبهت البائن

والثاني : يلحقه لأنها في حكم الزوجات في السكنى والنفقة والطلاق والظهار والإيلاء والحل في رواية فأشبهت ما قبل الطلاق فأما إن وضعته لأكثر من أربع سنين منذ انقضت العدة لم يلحق به لأنها حلت به بعد زوال الفراش وكذلك إن كان الطلاق بائناً فوضعته لأكثر من أربع من حين الطلاق فإنه ينتفي عنه بغير لعان ولا يلحقه لذلك

فصل : إذا غاب عن زوجته سنين فبلغها وفاته فاعتدت ونكحت نكاحاً صحيحاً في الظاهر ودخل بها الثاني وأولدها أولاداً ثم قدم الأول فسخ نكاح الثاني وردت إلى الأول وتعتد من الثاني ولها عليه صداق مثلها والأولاد له لأنهم ولدوا فراشه روي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري وأهل العراق وابن أبي ليلى ومالك وأهل الحجاز والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وغيرهم من أهل العلم إلا أبا حنيفة قال : الولد للأول لأنه صاحب الفراش لأن نكاحه صحيح ثابت ونكاح الثاني غير ثابت فأشبهه الأجنبي

ولنا أن الثاني انفرد بوطئها في نكاح يلحق النسب في مثله فكان الولد له كولد الأمة من زوجها يلحقه دون سيدها وفارق الأجنبي فإنه ليس له نكاح
فصل : ولو وطئ رجل امرأة لا زوج لها بشبهة فأتت بولد لحقه نسبه وهو قول الشافعي وأبي حنيفة وقال القاضي : وجدت بخط أبي بكر انه لا يلحق به لأن النسب لا يلحق إلا في نكاح صحيح أو فاسد أو ملك أو شبهة ملك ولم يوجد شيء من ذلك ولأنه وطئ لا يسند إلى عقد فلم يلحق الولد فيه الواطيء كالزنا والصحيح في المذهب الأول قال أحمد : كل من درأت عنه الحد ألحقت به الولد ولأنه وطئ واعتقد الواطيء حله فلحق به النسب كالوطء في النكاح الفاسد وفارق وطئ الزنا فإنه لا يعتد الحل فيه

فصل : ولو تزوج رجلان أختين فغلط بهما عند الدخول فزفت كل واحدة منهما إلى زوج الأخرى فوطئها وحملت منه لحق الولد بالواطيء لأنه يعتد حله به النسب كالواطيء في نكاح فاسد وقال أبو بكر : لا يكون الولد للواطيء وإنما يكون للزوج وهو الذي يقتضيه مذهب أبي حنيفة لأن الولد للفراش ولنا أن الواطيء انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان حياً والخبر مخصوص بهذا فنقيس عليه ما كان في معناه

فصل : وإن وطئت امرأته أو أمته بشبهة في طهر لم يصبها فيه فاعتزلها حتى أتت بولد لسته أشهر من حين الوطاء لحق الواطىء وانتفى عن الزوج من غير لعان وعلى قول أبي بكر و أبي حنيفة يلحق الزوج لأن الولد للفراش وإن أنكر الواطىء الوطاء فالقول قوله بغير يمين ويلحق نسب الولد بالزوج لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر ولا تقبل دعوى الزوج في قطع نسب الولد وإن أتت بالولد لدون ستة اشهر من حين الوطاء لحق الزوج بكل حال لأننا نعلم أنه ليس من الواطىء فإن اشتركا في وطئها في طهر فأتت بولد يمكن أن يكون منهما لحق الزوج لأن الولد للفراش وقد أمكن كونه منه وإن ادعى الزوج أنه من الواطىء فقال بعض أصحابنا : يعرض على القافة معهما فيلحق بمن ألحقته به منهما فإن ألحقته بالواطىء لحقه ولم يملك نفيه عن نفسه وانتفى عن الزوج بغير لعان وألحقته بالزوج لحقه ولم يملك نفيه باللعان في أصح الروايتين إن ألحقته بهما لحق بهما ولم يملك الواطىء نفيه عن نفسه وهل يملك الزوج نفيه باللعان ؟ على روايتين فإن لم يوجد فاقعة أو اشتبه عليهم لحق الزوج لأن المقتضي للحاق النسب به متحقق ولم يوجد ما يعارضه فوجب إثبات حكمه ويحتمل أن يلحق الزوج بكل حال لأن دلالة قول القافة ضعيفة ودلالة الفراش قوية فلا يجوز ترك دلالاته لمعارضة دلالة ضعيفة

فصل : فإن أتت امرأته بولد فادعى أنه من زوج قبله نظرنا فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة لم يلحق بالأول بحال وإن كان بعد أربع سنين منذ بانث من الأول لم يلحق به أيضا وإن وضعته لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني لم يلحق به وينتفي عنهما وإن كان لأكثر من ستة أشهر فهو ولده وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ولم يعلم انقضاء العدة عرض على القافة وألحق بمن ألحقته به منهما فإن ألحقته بالأول انتفى عن الزوج بغير لعان وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق بالزوج وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين

فصل : قال رضي الله عنه : ومن اعترف بوطء أمته في الفرج أو دونه فأتت بولد لسته أشهر لحقه نسبه وإن ادعى العزل إلا أن يدعي الاستبراء وهل يحلف ؟ على وجهين

من اعترف بوطء أمته في الفرج صارت فراشا له فإذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطاء لحقه نسبه وبهذا قال مالك و الشافعي وقال الثوري و أبو حنيفة : لا تصير فراشا حتى يقر بولدها فإذا أقر به صارت فراشا ولحقه أولاده بعد ذلك لأنها لو صارت فراشا بالوطء لصارت فراشا بإباحته كالزوجة ولنا [أن سعدا نازع عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة فقال : هو أخي وابن وليدة أبي ولد على فراشه فقال النبي صلى الله عليه وسلم : هو لك يا عبد بن زمعة الولد للفراش وللعاشر الحجر] متفق عليه وروى ابن عمر أن عمر رضي الله عنه قال : ما بال رجال يطؤون ولائدهم ثم يعزلون لا تأتيني وليدة يعترف سيدها أنه أمل بها إلا ألحقت به ولدها فاعتزلوا بعد ذلك أو اتركوا ولأن الوطاء يتعلق به تحريم المصاهرة فإذا كان مشروعا صارت به المرأة فراشا كالنكاح ولأن المرأة إنما سميت فراشا تجوزا إما لمضاجعته لها على الفراش وإما لكونها تحته في حال المجامعة وكلا الأمرين يحصل في الجماع وقياسهم الوطاء

على الملك لا يصح لأن الملك لا يتعلق به تحريم المصاهرة ولا تنعقد في محل يحرم الوطاء فيه كالمجوسية والوثنية وذوات محارمه إذا ثبت هذا فإنه أراد نفي ولد أمته التي يلحقه ولدها فطريقه أن يدعي أنه استبرأها بعد وطئه لها بحيضة فينتفي بذلك وإن ادعى أنه كان يعزل عنها لحقه النسب ولم ينتف عنه بذلك لما روى جابر قال : [جاء رجل من الأنصار إلي رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : إن لي جارية وأنا أطوف عليها وأنا أكره أن تحمل فقال له النبي صلى الله عليه وسلم : اعزل عنها إن شئت فإنه سيأتيها ما قدر لها] رواه أبو داود ولما ذكرنا من حديث عمر وروى عن أبي سعيد أنه قال : كنت أعزل عن جاريتي فولدت أحب الخلق إلي يعني ابنه ولأنه حكم تعلق بالوطاء فلم يعتبر معه الإنزال كسائر الأحكام وقد قيل إنه ينزل من الماء ما لا يحس به فأما إن أقر بالوطاء دون الفرج أو في الدبر لم تصر بذلك فراشا لأنه ليس بمنصوص عليه ولا في معنى المنصوص

وروى عن أحمد أنها تصير فراشا لأنه قد يجامع فيسبق الماء إلى الفرج ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وإذا ادعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين في أحد الوجهين لأن من قبل قوله في الاستبراء قبل بغير يمين كالمرأة تدعى انقضاء عدتها وفي الآخر يستحلف وهو مذهب الشافعي لقوله عليه الصلاة والسلام : [ولكن اليمين على المدعى عليه] ولأن الاستبراء غير مختص به فلم يقبل قوله فيه بغير يمين كسائر الحقوق ومتى لم يدع الاستبراء لحقه ولدها ولم ينتف عنه وقال الشافعي في أحد قولييه : له نفيه باللسان لأنه ولد لم يرض به فأشبهه ولد المرأة

ولنا قوله تعالى : { والذين يرمون أزواجهم } فخص بذلك الأزواج ولأنه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة فلم يملك نفيه باللعان كما لو وطئ أجنبية بشبهة فألحقت القافة ولدها به ولأن له طريقا إلي نفي الولد بغير اللعان فلم يحتج إلى نفيه باللعان فلا يشرع ولأنه لو وطئ أمته ولم يستبرئها فأتت بولد احتمل أن يكون منه فلم يجز له نفيه لكون النسب يلحق بالإمكان فكيف مع الظهور ووجود نسبه ؟ فإن ادعى الاستبراء فأتت بولدين فأقر بأحدهما ونفى الآخر لحقاه معا لأنه لا يمكن جعل أحدهما منه والآخر من غيره وهما حمل واحد ولا يجوز نفي الولد المقربه عنه مع إقراره به فوجب إلحاقهما به معا وكذلك لو أتت التي لم يعترف بوطئها بولدين توأمين فاعترف بأحدهما ونفى الآخر

[جزء 9 - صفحة 74]

مسألة وإن أعتقها أو باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العتق أو لبيع فهو ولده
مسألة : وإن أعتقها أو باعها بعد اعترافه بوطئها فأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العتق أو البيع فهو ولده

لأنها حملت به وهي فراش لأن أقل الحمل ستة أشهر فإذا أتت به لأقل من ذلك علم أن حملها كان قبل بيعها فيلحق النسب به كما لو لم بيعها وتصير أم ولد والبيع باطل لأنها صارت أم ولد

[جزء 9 - صفحة 75]

مسألة وكذلك إن لم يستبرئها فأتت به لأكثر من ستة أشهر فادعى المشتري أنه منه سواء ادعاه البائع أو لم يدعه
مسألة : وكذلك إن لم يستبرئها فأتت به لأكثر من ستة أشهر فادعى المشتري أنه منه سواء ادعاه البائع أو لم يدعه
لأنه وجد منه سببه وهو الوطاء ولم يوجد ما يعارضه ولا يمنع فتعين إحالة حكمه عليه وإلحاق الولد بمن وجد السبب منه سواء ادعاه البائع أو لا

مسألة وإن استبرئت ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يلحقه نسبه
مسألة : وإن استبرئت ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر لم يلحقه نسبه
لأن الاستبراء يدل على براءتها من الحمل وقد أمكن أن يكون من غيره لوجوده مدة الحمل بعد الاستبراء مع قيام الدليل على ذلك فأما إن أتت به لأقل من ستة أشهر فقد علمنا أنها كانت حاملا زمن الاستبراء فيكون الاستبراء غير صحيح وتكون بمنزلة من لم يستبرئها وكذلك إن لم يستبرئ ولم يقر المشتري له به لأنه ولد أمة المشتري فلا تقبل دعوى غيره له بإقرار من المشتري

[جزء 9 - صفحة 76]

مسألة فأما إن لم يكن البائع أقر بوطنها بيعها لم يلحقه الولد بحال سواء ولدته لستة أشهر أو لأقل منها
مسألة : فأما إن لم يكن البائع أقر بوطنها قبل بيعها لم يلحقه الولد بحال سواء ولدته لستة أشهر أو لأقل منها
لأنه يحتمل أن يكون من غيره وإن اتفقا على أنه ولد البائع لحقه لأن الحق لهما فيثبت باتفاقهما

مسألة وإن ادعاه البائع فهو عبد للمشتري
مسألة : وإن ادعاه البائع فهو عبد للمشتري

لا تقبل دعوى البائع في الإيلاد لأن الملك انتقل الى المشتري في الظاهر فلا يقبل قول البائع فيما يبطل حقه كما لو باع عبدا ثم أقر كان أعتقه والقول قول المشتري مع يمينه لأنه منكر وهل يلحق البائع نسيه ؟ على وجهين أحدهما : يلحقه مع كونه عبدا للمشتري لأنه يجوز أن يكون ابنا لواحد مملوكا لآخر كولد الأمة المزوجة والثاني : لا يلحقه لأن فيه ضررا على المشتري فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بميراثه منه

مسألة وإن وطىء المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فأتت بولد لم يلحقه نسيه
مسألة : وإن وطىء المجنون من لا ملك له عليها ولا شبهة ملك فأتت بولد لم يلحقه نسيه
لأنه لا يسند إلى ملك ولا اعتقاد إباحة فإن أكرهها على الوطاء فعليه مهر مثلها كالمكلف لأن الضمان يستوي فيه المكلف وغيره والله أعلم

[جزء 9 - صفحة 77]

كتاب العدد

الأصل في وجوب العدة الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وقوله سبحانه : { واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } وقوله سبحانه : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا } وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا] وقال لفاطمة بنت قيس : [اعتدي في بيت ابن أم مكتوم] في أي وأحاديث كثيرة وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة وإنما اختلفوا في أنواع منها
مسألة : كل امرأة فارقتها زوجها في الحياة قبل المسيس والخلوة بها فلا عدة عليها

اجمع العلماء على ذلك لقول الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها } ولأن العدة إنما وجبت في الأصل لبراءة الرحم وقد تيقناها ههنا
فصل : وتجب العدة على الذمية من الذمي والمسلم وقال ابو حنيفة : ان لم يكن من دينهم لم يلزمها لأنهم لا يخاطبون بفروع الإسلام
ولنا عموم الآيات ولأنها بائن بعد الدخول أشبهت المسلمة وعدتها عدة المسلمة في قول علماء الأمصار منهم الثوري و الشافعي و أبو عبيد وأصحاب الرأي وهو قول مالك وروي عنه أنه قال : تعتد من الوفاة بحيضة

ولنا عموم قوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا } ولأنها معتدة من الوفاة أشبهت المسلمة

[جزء 9 - صفحة 78]

مسألة وإن خلا بها وهي مطاوعة فعليها العدة سواء كان بهما أو بأحدهما مانع من الوطاء كالإحرام والصيام
مسألة : وإن خلا بها وهي مطاوعة فعليها العدة سواء كان بهما أو بأحدهما مانع من الوطاء كالإحرام والصيام والحيض والنفاس والمرض والجب والعنة أو لم يكن إلا ألا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها
وجملة ذلك أن العدة تجب على من خلا بها زوجها ولم يمسه ولا خلاف بين أهل العلم في وجوبها على المطلقة بعد المسيس فاما إن خلا بها ولم يصبها ثم طلقها فإن العدة تجب عليها روي ذلك عن الخلفاء الراشدين وزيد وابن عمر وبه قال عروة وعلي بن الحسين و عطاء و الزهري و الثوري و الأوزاعي و إسحاق واصحاب الرأي و الشافعي في قديم وقال في الجديد : لا عدة عليها لقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها } وهذا نص ولأنها مطلقة لم تمس فأنشبت من لم يخل بها
ولنا إجماع الصحابة فروى الإمام أحمد و الأثرم بإسنادهما عن زرارة بن أوفى قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سترا أو أغلق بابا فقد وجب المهر ووجبت العدة ورواه الأثرم أيضا عن عمر وعلي وعن سعيد بن المسيب عن عمر وزيد بن ثابت وهذه قضايا اشتهرت فلم تنكر فصارت إجماعا وضعف أحمد ما روي في خلاف ذلك وقد ذكرناه في الصداق ولأنه عقد على المنافع فالتمكن فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة كعقد الإجارة والآية مخصوصة بما ذكرناه ولا يصح القياس على من لم يخل بها لأنه لم يوجد منها التمكين ولا فرق بين أن يخلو بها مع المانع من الوطاء أو مع عدمه وسواء كان المانع حقيقا كالجب والعنة والرتق أو شرعيا كالصوم والإحرام والحيض والنفاس والظهار لإن الحكم علق ههنا على الخلوة التي هي مظنة الإصابة دون حقيقتها ولهذا لو خلا بها فأتت بولد لمدة الحمل لحقه نسبه وإن لم يبطأ وقد روي عن أحمد أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع فكذلك يخرج في العدة وروي عنه أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الخلوة وهذا يدل على أن المانع متى كان متأكدا كالإحرام وشبهه مع كمال الصداق ولم تجب العدة لأن الخلوة إنما إقيمت مقام المسيس لأنها مظنة له ومع المانع لا تتحقق المظنة

[جزء 9 - صفحة 80]

مسألة إلا ألا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لأن
المظنة لا تتحقق

مسألة : إلا ألا يعلم بها كالأعمى والطفل فلا عدة عليها ولا يكمل صداقها لأن
المظنة لا تتحقق وكذلك إن كانت صغيرة لا يوطأ مثلها أو لم تكن مطاوعة لعدم
تحقق المظنة مع ظهور استحالة المسيس والمعتدات على ستة أضرب أحدها :
{ أولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } حرائر كن أو إماء من فرقة الحياة
أو الممات

كل امرأة حامل من زوج إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها حرة
كانت أو أمة مسلمة أو كافرة فعدتها بوضع الحمل لقول الله تعالى : { وأولات
الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } وهذا إجماع أهل المدينة إلا أنه روي عن ابن
عباس وعن علي من وجه ان المتوفى عنها زوجها تعتد بأطول الأجلين وقاله أبو
السنابل بن بعكك في حياة النبي صلى الله عليه وسلم فرد عليه النبي صلى
الله عليه وسلم قوله وقد روي أن ابن عباس رجع إلى قول الجماعة لما بلغه
حديث سبيعة وكره الحسن و الشعبي أن تنكح في دمها وحكي عن إسحاق و
حماد ان عدتها لا تنقضي حتى تطهر وأبي سائر أهل العلم هذا القول وقالوا : لو
بعد ساعة من وفاة زوجها حل لها أن تتزوج ولكن لا يطؤها زوجها حتى تطهر
من نفاسها وتغتسل وذلك لقول الله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن
يضعن حملهن } و [روي عن أبي بن كعب قال : قلت للنبي صلى الله عليه
وسلم { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } للمطلقة ثلاثا والمتوفى
عنها زوجها قال : هي للمطلقة ثلاثا والمتوفى عنها] وقال ابن مسعود : من
شاء باهله أو لا عنته أن الآية التي في سورة النساء القصرى { وأولات
الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } نزلت بعد التي في سورة البقرة { والذين
يتوفون منكم ويذرون أزواجا } يعني أن هذه الآية هي الأخيرة فتقدم على ما
خالفها من عموم الآية المتقدمة ويختص بها عمومها و [روى عبدالله بن الأرقم
أن سبيعة الأسلمية أخبرته أنها كانت تحت سعد بن خولة وتوفي عنها في حجة
الوداع وهي حامل فلم تلبث أن وضعت حملها بعد وفاته فلما تعلق من نفاسها
تجملت للخطاب فدخل عليها أبو السنابل بن بعكك فقال : ما لي أراك متجملة
لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر
قالت سبيعة : فلما قال لي ذلك جمعت علي ثيابي حين أمسيت فأتيت رسول
الله صلى الله عليه وسلم فسألته عن ذلك فأفتاني بأني قد حللت حين وضعت
حملي وأمرني بالتزويج إن بدا لي [متفق عليه قال ابن عبد البر : هذا حديث
صحيح قد جاء من وجوه شتى كلها ثابتة إلا ما روي عن ابن عباس وروي عن
علي من وجه منقطع ولأنها معتدة حامل فتنقضي عدتها بوضعه كالمطلقة
يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ووضعه أدل الأشياء
على البراءة منه فوجب أن تنقضي به العدة ولأنه لا خلاف في بقاء العدة ببقاء
الحمل فوجب أن تنقضي به كما في حق المطلقة

فصل : وإذا كان الحمل واحدا انقضت العدة بوضعه وانفصال جميعه وإن ظهر بعضه فهي في عدتها حتى ينفصل باقيه لأنها لا تكون واضعة لحملها حتى يخرج كله وإن كان الحمل اثنين أو أكثر لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر لأن الحمل هو الجميع هذا قول جماعة أهل العلم إلا إبا قلابه وعكرمة فانهما قالا : تنقضي عدتها بوضع الأول ولا تتزوج حتى تضع الآخر
وذكر ابن أبي شيبة عن قتادة عن عكرمة أنه قال : إذا وضعت أحدهما فقد انقضت عدتها قيل له : أفتتزوج ؟ قال : لا قال قتادة : خصم العبد وهذا قول شاذ يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم والمعنى أن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل فإذا علم وجود الحمل فقد تبين وجود الموجب للعدة وانتفت البراءة الموجبة لا نقضائها أنها لو انقضت عدتها بوضع الأول لأبيح لها النكاح كما لو وضعت الآخر فإن وضعت ولدا وشكت في وجود ثان لم تنقض عدتها حتى تزول الريبة وتتيقن أنه لم يبق معها حمل لأن الأصل بقاؤها فلا يزول بالشك

[جزء 9 - صفحة 82]

مسألة والحمل الذي تنقضي به العدة ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان فإن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء
مسألة : والحمل الذي تنقضي به العدة ما تبين فيه شيء من خلق الإنسان فإن وضعت مضغة لا يتبين فيها شيء من ذلك فذكر ثقات من النساء أنه مبتدأ خلق آدمي فهل تنقضي به العدة ؟ على روايتين
وجملة ذلك أن المرأة إذا ألفت بعد فرقة زوجها شيئاً لم تخل من خمسة أحوال :
أحدهما : أن تضع ما بان فيه خلق آدمي من الرأس واليد والرجل فتنقضي به العدة بغير خلاف بينهم قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن عدة المرأة تنقضي بالقسط إذا علم أنه ولد وممن نحفظ عنه ذلك الحسن و ابن سيرين و شريح و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري و مالك و الشافعي و أحمد و إسحاق قال الأثرم قلت لأبي عبدالله إذا نكس في الخلق الرابع يعني تنقضي به العدة فقال : إذا نكس في الخلق الرابع فليس فيه اختلاف ولكن إذا تبين خلقه هذا أدل وذلك لأنه إذا بان فيه شيء من خلق الإدمي علم أنه حمل فيدخل في عموم قوله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن }
الحال الثاني : ألفت نطفة أو دماً لا تدري هل هو ما يخلق منه آدمي أو لا فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام لأنه لم يثبت أنه ولد بالمشاهدة ولا بالبينه
الحال الثالث : ألفت مضغة لم تبين فيها الخلقة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية بأن بها أنها خلقة آدمي فهذا في حكم الحال الأول
الحال الرابع : ألفت مضغة لا صورة فيها فشهد ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي فاختلفت الرواية عن أحمد فنقل منها أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به ولا تصير به أم ولد لأنه لم يبين فيه خلق آدمي أشبه الدم وقد ذكر هذا قولاً

لشافعي وهو اختيار أبي بكر ونقل الأثر من أحمد أن عدتها لا تنقضي به ولكن
تصير أم ولد لأنه مشكوك في كونه ولدا فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر
مشكوك فيه لم يجز الأمة الوالدة له مع الشك في رقتها فيثبت كونها أم ولد
احتياطاً ولا تنقضي العدة احتياطاً ونقل حنبل أنها تصير أم ولد ولم يذكر العدة
فقال بعض أصحابنا هذا تنقضي به العدة وهو قول الحسن وظاهر مذهب
الشافعي لأنهم شهدوا بأنه خلقه آدمي أشبه ما لو تصور قال شيخنا : والصحيح
أن هذا ليس براوية في العدة لأنه لم يذكرها ولم يتعرض لها
الحال الخامس : أن تضع مضغة لا صورة فيها ولم تشهد القوابل بأنها مبتدأ
خلق آدمي فلا تنقضي به العدة ولا تصير به الأمة أم ولد لأنه لم يثبت كونه ولداً
بينه ولا مشاهدة فأشبهه العلقه ولا تنقضي العدة بوضع ما قبل المضغة بحال
سواء كان نطفة أو علقه وسواء قيل إنه بدء خلق آدمي أو لم يقل نص عليه
أحمد فقال : أما إذا كان علقه فليس بشيء إنما هو دم لا تنقضي بها عدة ولا
تعقق بها أمة ولا نعلم في هذا مخالفاً إلا الحسن فإنه قال : إذا علم أنها حمل
انقضت به العدة وفي الغرة والأول أصح وعليه الجمهور

[جزء 9 - صفحة 84]

مسألة وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض به العدة وعنه
تنقضي وفيه بعد
مسألة : وإن أتت بولد لا يلحقه نسبه كامرأة الطفل لم تنقض به العدة وعنه
تنقضي وفيه بعد
إذا أتت بولد بعد أربع سنين منذ مات أو بانث منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء إن
كانت رجعية لم يلحقه ولدها لأنها علقت به بعد زوال النكاح والبيونة
منه وكونها قد صارت أجنبية منه فأشبهت سائر الأجنيات فعلى هذا لا تنقضي
به العدة وهو ظاهر كلام الخراقي لأنه ينتفي عنه بغير لعان فلم تنقض عدتها به
كما لو أتت به لأقل من ستة أشهر منذ نكاحها وقال أبو الخطاب : هل تنقضي
به العدة ؟ على وجهين وذكر القاضي أن عدتها تنقضي به وهو مذهب الشافعي
لأنه ولد يمكن أن يكون منه بعد نكاحه بأن يكون قد وطئها بشبهة أو جدد نكاحها
فوجب أن تنقضي به العدة وإن لم يلحق به كالولد المنفي باللعان وبهذا فارق
الذي أتت به لأقل من ستة أشهر فإنه ينتفي عنه يقينا ثم ناقضوا قولهم فقالوا :
لو تزوجت في عدتها وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثاني
ولأكثر من أربع سنين من حين بانث من الأول فالولد منتف عنهما ولا تنقضي
عدتها بوضعه عن واحد منهما وهذا أصح فإن احتمال كونه منه لم يكف في
إثبات نسب الولد منه مع أنه يثبت بمجرد الإمكان فلأن لا يكفي في انقضاء
العدة أولى وأحرى وما ذكروه منتقض بما سلموه وما ذكروه من الفرق بين هذا
وبين الذي أتت به قبل ستة أشهر غير صحيح فإنه يحتمل أن يكون أصابها قبل
نكاحها بشبهة أو نكاح غير هذا النكاح الذي أتت بالولد فيه فاستويا وأما المنتفي

بلغان فإننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ونفينا حكمه في كونه منه بالنسبة إليها حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها وانقضاء العدة من الأحكام المتعلقة به دونه فثبت

فصل : فأما امرأة الطفل الذي لا يولد لمثله إذا مات عن زوجة فولدت لم يلحقه نسبه ولم تنقض به عدتها وتعتد بالأشهر وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : إن مات وبها حمل ظاهر اعتدت عنه بالوضع فإن ظهر الحمل بها بعد موته لم تعتد به وقد روي عن أحمد في الصبي مثل قول أبي حنيفة وذكره ابن أبي موسى قال أبو الخطاب : وفيه بعد وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج امرأة ودخل بها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين عقد النكاح فإنها لا تعتد بوضعه عندنا وعنده تعتد به واحتج بقوله سبحانه : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن }

ولنا أن هذا حمل منفي عنه يقينا فلم يعتد بوضعه كما لو ظهر بعد موته والآية واردة في المطلقات ثم هي مخصوصة بالقياس الذي ذكرناه إذا ثبت هذا فإن عدتها تنقضي بوضع الحمل من الوطاء الذي علقت به منه سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير مثل أن يكون من عقد فاسد أو وطء بشبهة أو كان من زنا لا يلحق بأحد لأن العدة تجب من كل وطء فإذا وضعت اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر لأن العدة من رجلين لا يتداخلان وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول كزوجة كبير دخل بها ثم طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر منذ تزوجها فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء وكذلك إذا طلق الخصي الم محبوب امرأته أو مات عنها فأتت بولد لم يلحقه نسبه ولم تنقض عدتها بوضعه وتنقضي به عدة الوطاء ثم تستأنف عدة الطلاق أو عدة الوفاء على ما بيناه وذكر القاضي أن ظاهر كلام أحمد أن الولد يلحق به لأنه قد يتصور منه الإنزال بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزل فعلى هذا القول يلحق به الولد وتنقضي به العدة والصحيح أن هذا لا يلحق به الولد لأنه لم تجر به عادة فلا يلحق به ولدها كالصبي الذي لم يبلغ تسع سنين وكذلك إذا تزوج امرأة بحضرة الحاكم ثم طلقها في المجلس أو تزوج المشرقي بالمغربية ثم أتت بولد لم يلحقه ولا تنقضي به العدة وقد ذكرناه في الباب الذي قبله وذكرنا الخلاف فيه وانقضاء العدة مبني على لحوق النسب

[جزء 9 - صفحة 87]

مسألة وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة وأكثرها أربع سنين وعنه سنتان

مسألة : وأقل مدة الحمل ستة أشهر وغالبها تسعة وأكثرها أربع سنين وعنه سنتان

إنما كان أقل مدة الحمل ستة أشهر لما روى الأثرم بإسناده عن أبي الأسود أنه رفع إلى عمر أن امرأة ولدت لستة أشهر فهم عمر برجمها فقال له علي :

ليس لك ذلك قل الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } وقال الله تعالى : { وحمله وفصاله ثلاثون شهرا } فحولان وستة أشهر ثلاثون شهرا لا رجم عليها فخلي عمر سبيلها وولدت مرة أخرى لذلك الحد ورواه الأثرم أيضا عن عكرمة أن ابن عباس قال ذلك قال عاصم الأحول : قلت لعكرمة إنه بلغنا أن عليا قال هذا قال : فقال عكرمة : لا ما قال هذا إلا ابن عباس وذكر ابن قتيبة في المعارف أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر وهذا قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وغيرهم وغالبه تسعة أشهر لأن غالب النساء كذلك وهذا أمر معروف بين الناس وأكثر مدة الحمل أربع سنين هذا ظاهر المذهب وبه قال الشافعي وهو المشهور عن مالك وروي عن أحمد أن أقصى مدته سنتان روي ذلك عن عائشة وهو مذهب الثوري وأبي حنيفة لا روت جميلة بنت سعد عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ولا توقيف ههنا والاتفاق إنما هو على ما ذكرنا وقد وجد ذلك فإن الضحاک بن مزاحم وهرم بن حبان حملت أم كل واحد منهما به سنتين وقال الليث : أقصاه ثلاث سنين حملت مولاة لعمر بن عبد الله ثلاث سنين وقال أبو عبيد : ليس لأقصاه وقت يوقف عليه وقال عباد بن العوام : خمس سنين وعن الزهري قال : قد تحمل المرأة ست سنين وسبع سنين ولنا أن ما له نص فيه يرجع فيه الى الوجود وقد وجد الحمل أربع سنين فروى الوليد بن مسلم قال : قلت لمالك حديث جميلة بنت سعد عن عائشة لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل قال مالك : سبحان الله من يقول هذا ؟ هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين قبل أن تلد وقال الشافعي : بقي محمد بن عجلان في بطن أمه أربع سنين قال أحمد : نساء بني عجلان يحملن أربع سنين وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون كل دفعة أربع سنين وبقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن الحسين بن علي في بطن أمه أربع سنين وهكذا إبراهيم بن نجیح العقيلي حكى ذلك ابو الخطاب وإذا تقرر وجوده وجب أن يحكم به ولا يزداد عليه لأنه ما وجد ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ولم يكن ذلك إلا لأنه غاية الحمل وروي ذلك عن عثمان وعلي وغيرهما إذا ثبت هذا فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون من يوم موت الزوج أو طلاقه ولم تكن تزوجت ولا وطئت ولا انقضت عدتها بالقروء ولا بوضع الحمل فإن الولد لاحق بالزوج وعدتها تنقضي به

[جزء 9 - صفحة 89]

مسألة وأقل ما يتعين به الولد أحد وثمانون يوما وهو أقل ما تنقضي به العدة من الحمل وهو أن تضعه بعد ثمانين
 مسألة : وأقل ما يتعين به الولد أحد وثمانون يوما وهو أقل ما تنقضي به العدة من الحمل وهو أن تضعه بعد ثمانين يوما منذ أمكنه وطؤها

لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [إن خلق أحدكم ليجمع في بطن أمه فيكون نطفة أربعين يوماً ثم يكون علقة مثل ذلك ثم يكون مضغة مثل ذلك] ولا تنقضي العدة بما دون المضغة فوجب أن يكون بعد الثمانين فأما بعد أربعة أشهر فليس فيه إشكال لأنه يستكمل الخلق في الرابع

فصل : الضرب الثاني المتوفى عنها زوجها فعدتها أربعة أشهر وعشر إن كانت حرة وشهران وخمسة أيام إن كانت أمة وسواء ما قبل الدخول وبعده أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة المسلمة غير ذات الحمل من وفاة زوجها أربعة أشهر وعشر مدخولاً به أو غير مدخول بها سواء كانت بالغة أو لم تبلغ لقول الله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشراً } وقال النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً] متفق عليه فإن قيل ألا حملتم الآية على المدخول بها كما قلتم في قوله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } ؟ قلنا : إنما خصصنا هذه بقوله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها } ولم يرد تخصيص عدة الوفاة ولا أمكن قياساً على المطلقة في التخصيص لوجهين أحدهما : أن النكاح عقد عمر فإذا مات انتهى والشيء إذا انتهى تقررت أحكامه كتقرر أحكام الصيام بدخول الليل وأحكام الإجازة بانقضائها والعدة من أحكامه

الثاني : أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج تكذيبها ونفيه باللعان وهذا ممتنع في حق الميت فلا يأمن إن أتى بولد فيلحق الميت نسبه وما له من نفيه فاحتطنا بإيجاب العدة عليها لحفظها عن التصرف والمبيت في غير منزلها حفظاً لها إذا ثبت هذا فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدة الوفاة في قول عامة أهل العلم وحكي عن مالك أنها إذا كانت مدخولاً بها وجبت أربعة أشهر وعشر فيها حيضة واتباع الكتاب والسنة أولى ولأنه لو اعتبر الحيض في حقها لاعتبر ثلاثة قروء كالمطلقة وهذا الخلاف مختص بذات القروء فأما الأيسة والصغيرة فلا خلاف فيهما

وأما الأمة المتوفى عنها فعدتها شهران وخمسة أيام في قول عامة أهل العلم منهم سعيد بن المسيب و عطاء و سليمان بن يسار و الزهري و قتادة و مالك و الثوري و الشافعي و إسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي وغيرهم إلا ابن سيرين فإنه قال : ما أرى عدة الأمة إلا كعدة الحرة إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة فإن السنة أحق أن تتبع وأخذ بظاهر اللفظ وعمومه

ولنا اتفاق الصحابة رضي الله عنهم على أن عدة الأمة المطلقة على النصف من عدة الحرة فكذلك عدة الوفاة

فصل : والعشر المعتبرة في العدة هي عشر ليال فيجب عشرة أيام مع الليالي وبه قال مالك و الشافعي و أبو عبيد و ابن المنذر وأصحاب الرأي وقال الأوزاعي : يجب عشر ليال وتسعة أيام لأن العشر تستعمل في الليالي دون الأيام وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً قلنا : العرب تغلب حكم التأنيث في العدد خاصة على المذكر فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها كما قال الله تعالى لذكرها : { آيتك أن لا تكلم الناس ثلاث ليال سوياً } يريد

بأيامها ولو نذر اعتكاف العشر الأخير من رمضان لزمه الليالي والأيام ويقول
القائل : سرنا عشرا يريد الليالي بأيامها فلم يجز نقلها عن العدة إلى الإباحة
بالشك

[جزء 9 - صفحة 91]

مسألة وإن مات زوج الزوجية في عدتها استأنفت عدة الوفاة من حين
وسقطت عدة الطلاق
مسألة : وإن مات زوج الرجعية في عدتها استأنفت عدة الوفاة من حين موته
وسقطت عدة الطلاق
وهذا لا خلاف فيه قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على
ذلك لأن الرجعية زوجة يلحقها طلاقه وينالها ميراثه فاعتدت للوفاة غير
المطلقة وحكى في المحرر أنها تعتد أطول الأجلين وهو بعيد

[جزء 9 - صفحة 92]

مسألة وإن طلقها في الصحة طلاقا بائنا ثم مات في عدتها لم تنتقل من عدتها
وتبني على عدة الطلاق ولا تعتد
مسألة : وإن طلقها في الصحة طلاقا بائنا ثم مات في عدتها لم تنتقل من
عدتها وتبني على عدة الطلاق ولا تعتد للوفاة
وهذا قول مالك و الشافعي ابي عبيد و ابن المنذر وقال الثوري و ابوحنيفة :
عليها أطول الأجلين كما لو طلقها في مرض موته
ولنا قول سبحانه { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } ولنها أجنبية منه
في نكاحه وميراثه والحل له ووقوع طلاقه وظهاره وتحل له أختها وأربع سواها
فلم تعتد لوفاة كما لو انقضت عدتها وذكر القاضي في المطلقة في المرض
أنها إذا كانت حاملا تعتد أطول الأجلين وليس بشيء فإن الحمل تنقضي بوضعه
كل عدة ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداء بغير الحمل لما ذكرناه والله أعلم

مسألة وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة الطلاق
وعدة الوفاة
مسألة : وإن كان الطلاق في مرض موته اعتدت أطول الأجلين من عدة
الطلاق وعدة الوفاة
نص على أحمد وبه قال الثوري و أبو حنيفة و محمد بن الحسن وقال مالك و
الشافعي و أبو عبيد و أبو ثور و ابن المنذر : تبني على عدة الطلاق لأنه مات

وليست زوجة له لأنها بائن من النكاح فلا تكون منكوحة وعن أحمد مثل ذلك وعنه رواية ثالثة أنها تعتد عدة الوفاة فقط ذكرهاتين في المحرر لأنها ترثه أشبهت الرجعية والأولى ظاهر المذهب ووجه ذلك أنها وارثة فتجب عليها عدة الوفاة كالرجعية ويلزمها عدة الطلاق لما ذكره في دليلهم

فصل : وإن مات المريض المطلق بعد انقضاء عدتها بالحيز أو بالشهور أو بوضع الحمل أو كان طلاقه قبل الدخول فليس عليها عدة لموته وقال القاضي : عليها عدة الوفاة إذا قلنا ترثه قلنا ترثه فتجب عليها عدة الوفاة كما لو مات بعد الدخول قبل قضاء العدة ورواه أبو طالب عن أحمد في التي انقضت عدتها وذكر ابن أبي موسى فيها روايتين والصحيح أنها لا عدة عليها لأن الله تعالى قال { إذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها } وقال : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وقال : { واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائى لم يحضن } فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ولأنها أجنبية تحل للأزواج ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سواها فلم تجب عليها عدة لموته كما لو تزوجت وتخالف التي مات زوجها في عدتها فإنها لا تحل لغيره في هذه لحال ولم تنقض عدتها وتمنع أنها ترثه لأنها لو ورثته لافضى إلى أن يرث الرجل ثماني زوجات فاما إن تزوجت إحدى هؤلاء فلا عدة عليها بغير خلاف نعلمه ولا ترثه فإن كانت المطلقة البائن لا ترث كالأمة أو الحرة يطلقها العبد أو الذمية يطلقها المسلم والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها لم يلزمها عدة سواء مات زوجها في عدتها أو بعدها على قياس قول أصحابنا لأنهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها وهذه ليست وارثة فأشبهت المطلقة في الصحة

[جزء 9 - صفحة 94]

مسألة وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور أمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم

مسألة : وإن ارتابت المتوفى عنها لظهور أمارات الحمل من الحركة وانتفاخ البطن وانقطاع الحيض قبل أن تنكح لم تنكح في عدتها حتى تزول الرية وإن تزوجت قبل زوالها لم يصح النكاح وإن ظهر بها ذلك بعد نكاحها لم يفسد به لكن إن أتت بولد لأقل من ستة أشهر منذ نكحها فهو باطل وإلا فلا

وجملة ذلك أن المعتدة إذا ارتابت في عدتها بأن ترى أمارات الحمل من حركة أو نفخة أو نحوهما وشكت هل هو حمل أم لا ؟ لم تخل من ثلاثة أحوال : أحدهما : أن تحدث بها الرية قبل انقضاء عدتها فإنها تبقى في حكم الاعتداد حتى تزول الرية فإن بان حملا انقضت عدتها بوضعه فإن زال وبان أنه ليس بحمل تبينا أن عدتها انقضت بالشهور أو بالأقراء إن فارقها في الحياة فإن تزوجت قبل زوال الرية فالنكاح باطل لأنها تزوجت وهي في حكم المعتدات

في الظاهر ويحتمل أنه إذا تبين عدم الحمل أنه يصح النكاح إذا كان بعد انقضاء العدة

الثاني : أن تظهر الريبة بعد قضاء عدتها والتزويج فالنكاح صحيح لأنه وجد بعد قضاء العدة ظاهرا والحمل مع الريبة مشكوك فيه فلا يزول ما حكمنا بصحته لكن لا يحل لزوجها وطؤها لأننا شككنا في صحة النكاح ولأنه لا يحل لمن يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره ثم ينظر فإن وضعت الولد لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها فنكاحه باطل لأنه نكحها وهي حامل وإن أتت به لأكثر من ذلك فالولد لاحق به

الثالث : ظهرت الريبة بعد قضاء العدة وقبل النكاح ففيه وجهان أحدهما : لا يحل لها أن تتزوج وإن فعلت لم يصح النكاح لأنها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة فلم تصح كما لو وجدت الريبة في العدة ولأننا لو صححنا النكاح لوقع موقوفا ولا يجوز كون النكاح موقوفا ولهذا لو أسلم وتخلفت امرأته في الشرك لم يجز أن يتزوج أختها لان نكاحها يكون موقوفا على إسلام الأولى والثاني : يحل لها النكاح ويصح لانا حكمنا بانقضاء العدة وحل النكاح وسقوط النفقة والسكنى فلا يجوز زوال ما حكمنا به بالشك الطارىء ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود

فصل : وإذا طلق واحدة من نسائه لا بعينها أخرجت بالقرعة وعليها العدة دون غيرها وتحسب عدتها من حين طلق لا من حين خرجت القرعة وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها في قول اصحابنا الحكم فيها كذلك والصحيح أنه يحرم عليه الجميع وهو اختيار شيخنا وقد ذكرناه في باب الشك في الطلاق فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الطلاق أو الوفاة لأن الناح كان بائنا بيقين وكل واحدة منهن يجوز أن تكون المطلقة ويجوز أن تكون زوجة فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائنا ليسقط الفرض بيقين كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها لزمه أن يصلي خمس صلوات لكن ابتداء القرء من حين طلق وابتداء عدة الوفاة من حين الموت وهذا مذهب الشافعي وإن طلق الجميع ثلاثا بعد ذلك فعليهن كلهن تكميل عدة الطلاق من حين طلقهن وإن طلق ثلاثا وأنسيهن فهو كما لو طلق واحدة

[جزء 9 - صفحة 95]

مسألة وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي عليها عدة الوفاة نص عليه وقال ابن حامد لا عدة عليها

مسألة : وإذا مات عن امرأة نكاحها فاسد فقال القاضي : عليها عدة الوفاة نص عليه وقال ابن حامد : لا عدة عليها للوفاة لذلك فإن كان النكاح مجمعا على بطلانه لم تعدد للوفاة من أجله وجها واحدا

أما إذا كان النكاح مجمعا على بطلانه مثل أن ينكح ذات محرمة أو معتدة يعلم حالها وتحريمها فلا حكم لعقدتها والخلوة بها كالخلوة بالأجنبية لا توجب عدة

وكذلك الموت عنها لا يوجب عدة الوفاة وإن وطئها اعتدت بثلاثة قروء منذ وطئها سواء فارقها أو مات عنها كالمزني بها من غير عقد فأما إن نكحها نكاحا مختلفا فيه فهو فاسد فإن مات عنها فنقل جعفر بن محمد أن عليها عدة الوفاة وهو اختيار أبي بكر وقال أبو عبد الله بن حامد : ليس عليها عدة الوفاة وهو مذهب الشافعي لأنه نكاح لا يثبت فأشبهه الباطل فعلى هذا إن كان قبل الدخول فلا عدة عليها وإن كان بعده اعتدت بثلاثة قروء ووجه الأول أنه نكاح يلحق به النسب فوجب به العدة كالنكاح الصحيح بخلاف الباطل فإنه لا يلحق به النسب وإن فارقها في الحياة بعد الإصابة اعتدت بعد فرقتها بثلاثة قروء وإن كانت من ذوات القروء أو بثلاثة أشهر إن لم تكن ولا خلاف في ذلك وإن كان قبل الخلوة فلا عدة عليها بغير خلاف لأن المفارقة في الحياة في النكاح الصحيح لا عدة عليها ففي الفاسد أولى وإن كان بعد الخلوة قبل الإصابة فالمنصوص عن أحمد أن عليها العدة لأنه أجري مجرى النكاح الصحيح في لحوق النسب فكذلك في العدة وقال الشافعي : لا عدة عليها لوجهين أحدهما : أنها خلوة في غير نكاح صحيح أشبهت التي نكاحها باطل والثاني : أن الخلوة عنده في الخلوة في النكاح الصحيح لا توجب العدة ففي الفاسد أولى وهذا مقتضى قول ابن حامد فصل : الثالث ذات القروء التي فارقها في الحياة بعد دخوله بها عدتها ثلاثة قروء إن كانت حرة وقرآن إن كانت أمة أما الحرة من ذوات القروء فعدتها ثلاثة قروء بغير خلاف بين أهل العلم لقول الله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وأما الأمة فعدتها بالقرء قرآن في قول أكثر أهل العلم منهم عمر وعلي وابن عمر وسعيد بن المسيب و عطاء و عبد الله بن عتبة و القاسم و سالم و الزهري و قتادة و مالك و الثوري و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أصحاب الراي وعن ابن سيرين عدتها عدة الحرة إلا أن تكون قد مضت بذلك سنة وهو قول داود لقول الله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [قرء الأمة حيضتان] ولأنه قول من ذكرنا من الصحابة ولم نعرف لهم مخالفا في الصحابة فكان إجماعا وهذا يخص عموم الآية ولأنه معنى ذو عدد بني على التفاضل فلا تساوي الأمة فيه الحرة كالحرة وكان القياس يقتضي أن تكون حيضة ونصفا كما كان حدها على النصف من حد الحرة إلا أن الحيض لا يتبعض فكمثل حيضتين ولهذا قال عمر رضي الله عنه : لو استطيع أن أجعل العدة حيضة ونصفا لفعلت

[جزء 9 - صفحة 97]

مسألة والقرء الحيض في أصح الروايتين والثانية هي الاطهار
مسألة : والقرء الحيض في أصح الروايتين والثانية : هي الاطهار

القرء في كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعا فهو من الأسماء المشتركة قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء الأوقات الواحد قرء وقد يكون حيضا وقد يكون طهرا لأن كل واحد منهما يأتي لوقت قال الشاعر :

(كرهت العقر عقر بني تميم ... إذا هبت لقرارها الرياح)
يعني لوقتها وقال الخليل بن أحمد : يقال أقرأت المرأة إذا دنا حيضها وأقرأت إذا دنا طهرها وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم [دعي الصلاة أيام إقرائك فهذا الحيض] وقال الشاعر :

(مورثة عزا وفي الحي رفعة ... لما ضاع فيها من قروء نسائكا)
فهذا الطهر واختلف أهل العلم في المراد في قوله تعالى : { يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } واختلفت الرواية عن أحمد في ذلك فروي أنها الحيض روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس و سعيد بن المسيب و الثوري و الأوزاعي و العنبري و إسحاق و أبي عبيد وأصحاب الرأي وروي أيضا عن أبي بكر الصديق و عثمان بن عفان و أبي موسى و عبادة بن الصامت و أبي الدرداء قال القاضي : الصحيح عن أحمد أن الإقراء الحيض وإليه ذهب أصحابنا ورجع عن قوله بالأطهار فقال في رواية النيسابوري : كنت أقول أنه الأطهار وأنا أذهب اليوم إلى أن الإقراء الحيض وقال في رواية الأثرم كنت أقول : إنه الإطهار وقفت لقول الأكابر والرواية الثانية : عن أحمد أن القروء الأطهار وهو قول زيد وابن عمر وعائشة و سليمان بن يسار و القاسم بن محمد وسالم بن عبد الله بن عبد العزيز و الزهري و مالك و الشافعي و أبي ثور وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ما أدركت أحدا من فقهاءنا إلا وهو يقول ذلك قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى القروء والأطهار قال في رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عن قال القرء الحيض تختلف والأحاديث عن قال إنه أحق بها حتى تدخل في الحيضة الثالثة أحاديثها صحاح قوية واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : { فطلقوهن لعدتهن } أي في عدتهن كقوله تعالى : { ونضع الموازين القسط ليوم القيامة } أي في يوم القيامة وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض وبدل على ذلك قول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث ابن عمر : [فليراجعها حتى تطهر ثم تحيض ثم تطهر فإن شاء طلق وإن شاء أمسك فتلك العدة التي أمر الله أن تطلق لها النساء] متفق عليه وفي رواية ابن عمر : فطلقوهن في قبل عدتهن ولأنها عدة عن طلاق مجرد مباح فوجب أن تعتبر عقيب الطلاق كعدة الأيسة والصغيرة ووجه الرواية الأولى قول الله : { واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن } فنقلهن عند عدم الحيض إلى الاعتداد بالأشهر فيدل ذلك على أن الأصل الحيض كما قال الله تعالى : { فلم تجدوا ماء فتيمموا } ولأن المعهود في لسان الشارع استعمال القرء بمعنى الحيض فقال النبي صلى الله عليه وسلم : [تدع الصلاة أيام إقرائها] رواه أبو داود وقال لفاطمة بنت أبي حبيش : [انظري فإذا أتى قرؤك فلا تصلي وإذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي ما بين القرء إلى القرء] رواه النسائي ولم يعهد في لسانه استعماله بمعنى الطهر في موضع فوجب أن يحمل كلامه على المعهود في لسانه وروي [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : طلاق الأمة طلقتان وقرؤها حيضتان] رواه أبو داود وغيره فإن قالوا

هذا يرويه مظاهر بن أسلم وهو منكر الحديث قلنا قد رواه عبد الله بن عيسى عن عطية العوفي عن ابن عمر كذلك أخرجه ابن ماجه في سننه وأبو بكر الخلال في جامعه وهو نص في عدة الأمة فكذلك عدة الحرة ولأن ظاهر قوله تعالى : { يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وجوب التربص ثلاثة كاملة ومن جعل القراء الأطهار لم يوجب ثلاثة بل يكتفي بطهرين وبعض الثالث فيخالف ظاهر النص ومن جعله الحيض أوجه ثلاثة كاملة فيوافق ظاهر النص فيكون أولى من مخالفته ولأن العدة استبراء فكانت بالحيض كاستبراء الأمة وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرحم من الحمل والذي يدل عليه الحيض فوجب أن يكون الاستبراء به فإن قيل : لا نسلم أن استبراء الأمة بالحيضة لذلك قال ابن عبد البر : وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة وقال : قولهم إن استبراء الأمة حيضة بإجماع ليس كما ظنوا بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة واستيقنت أن دمها دم حيض ذلك قال اسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكثم حين دخل عليه في مناظرته إياه قلنا هذا يردده قول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا توطأ حامل حتى تضع ولا حامل حتى تستبرئ بحیضة] ولأن الاستبراء تعرف براءة الرحم وإنما يحصل بالحيضة لا بالطهر الذي قبلها ولأن العدة تتعلق بخروج خارج من الرحم فوجب أن تتعلق بالحيض كوضع الحمل يحققه أن العدة مقصودها براءة المرأة من الحمل فتارة تحصل بوضعه وتارة تحصل بما بنافيه وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه فأما قوله تعالى : { فطلقوهن لعدتهن } فيجوز أنه أراد قبل عدتهن إذ لا يمكن حمله على الطلاق في العدة ضرورة أن الطلاق يسبق العدة لكونه سببها والسبب يتقدم الحكم ولا يؤخذ الحكم قبله والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الإقراء بالحيض

[جزء 9 - صفحة 100]

مسألة ولا تعد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها
مسألة : ولا تعد بالحيضة التي طلقها فيها حتى تأتي بثلاث كاملة بعدها
لا نعلم في ذلك خلافا بين أهل العلم لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء فيتناول ثلاثة كاملة والتي طلق فيها لم يبق ما تتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة فلا تعد بها ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض لما فيه من تطويل العدة عليها فلو احتسب بتلك الحيضة قرءا كان قصر لعدتها وأنفع لها فلم يكن محرما

[جزء 9 - صفحة 101]

مسألة ولا تعد بالحيضة التي طلقها فيها وإذا طهرت من الحيضة الثالثة حلت في إحدى الروايتين والأخرى لا

مسألة : ولا تعتد بالحیضة التي طلقها فيها وإذا طهرت من الحيضة الثالثة حلت في إحدى الروایتين والأخرى لا تحل حتى تغتسل
حكى هاتين الروایتين أبو عبد الله بن حامد إحداهما : أنها في العدة ما لم تغتسل يباح لزوجها ارتجاعها ولا يحل لغيره نكاحها قال : قال أحمد : وعمر وعلي وابن مسعود يقولون قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة روي ذلك عن سعيد بن المسيب و الثوري و إسحاق وروي ذلك عن أبي بكر الصديق وعثمان بن عفان وأبي موسى وعبادة وأبي الدرداء رضي الله عنهم قال شريك : له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة قال أبو بكر روي عن أبي عبد الله أنها في عدتها ولزوجها رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي قد طهرت في وقتها وهذا قول الثوري وقال أبو حنيفة : إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض وإن أقطع لأكثره انقضت العدة بانقطاعه ووجه اعتبار الغسل أنه قول الأكابر من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا مخالف لهم في عصرهم فيكون إجماعاً ولأنها ممنوعة من الصلاة بحكم حدث الحيض فأشبهت الحائض والرواية الثانية : أن العدة تنقضي بطهرها من الحيضة الثالثة وانقطاع دمها اختاره أبو الخطاب وهو قول سعيد بن جبير و الأوزاعي و الشافعي في القديم لقول الله تعالى : { يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } وقد كملت القروء بوجوب الغسل عليها ووجوب الصلاة وفعل الصيام وصحته منها ولأنه لم يبق حكم العدة في الميراث ووقوع الطلاق بها واللعان والنفقة وكذلك فيما نحن فيه قال القاضي : إذا شرطنا الغسل أفاد عدمه الرجعة وتحريمها على الأزواج فأما سائر الأحكام فإنها تنقطع بانقطاع دمها
فصل : ومن قال القرء الأطهار احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قرءاً وإن بقي منه لحظة حسبها قرءاً هذا قول كل من قال إن القروء الأطهار إلا الزهري فإنه قال : تعتد بثلاثة قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه وحكي عن أبي عبيد أنه إن كان جامعها في الطهر لم تحتسب ببقيته لأنه زمن حرم فيه الطلاق فلم تحتسب به من العدة كزمن الحيض ولنا أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها فلو لم تحتسب ببقية الطهر قرءاً كان الطلاق في الطهر أضر بها وأطول عليها وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقيته فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق فتصير العلة معلولاً وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه لكونها مرتابة ولكونه لا يامن الندم بظهور حملها فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر فإن الطلاق يقع في أول الحيضة ويكون محرماً ولا تحتسب بتلك الحيضة من عدتها وتحتاج أن تعتد بثلاث حيض أو ثلاثة أطهار على الرواية الأخرى ولو قال لها أنت طالق في آخر طهرك أو في آخر جزء من طهرك فإنها لا تحتسب الذي وقع فيه الطلاق لأن العدة لا تكون إلا بعد وقوع الطلاق وليس بعده طهر تعتد به ولا يجوز الاعتداد بما قبله ولا بما قارنه ومن جعل القرء الحيض اعتد لها بالحيضة التي تلي الطلاق لأنها حيضة كاملة لم يقع فيها طلاق فوجب أن تعتد بها قرءاً فإن اختلفا فقال الزوج : وقع الطلاق في أول الحيض وقالت : بل في آخر

الطهر أو قال : انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر وقالت : بل بقي منه بقية فالقول قولها لأن قولها مقبول في الحيض وفي انقضاء العدة

[جزء 9 - صفحة 103]

مسألة والرواية الثانية القروء الاطهار وتعد بالطهر الذي طلقها فيه قرءا فإذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت
مسألة : والرواية الثانية القروء الاطهار وتعد بالطهر الذي طلقها فيه قرءا فإذا طعنت في الحيضة الثالثة حلت
إذا طلقها وهي طاهر انقضت عدتها برؤية الدم من الحيضة الثالثة وإن طلقها حائضا انقضت برؤية الدم من الحيضة الرابعة وهذا قول زيد بن ثابت و ابن عمر وعائشة و القاسم بن محمد و سالم بن عبد الله و أبان بن عثمان و مالك و أبي ثور وهو ظاهر مذهب الشافعي وحكي عنه قول آخر : لا تنقضي العدة حتى يمضي من الدم يوم وليلة لجواز أن يكون دم فساد فلا يحكم بانقضاء العدة حتى يزول الاحتمال وحكى القاضي هذا الاحتمال في مذهبا أيضا ولنا الله تعالى جعل العدة ثلاثة قروء فالزيادة عليها مخالفة للنص فلا يعول عليه ولأنه قول من سميها من الصحابة رواه الأثرم عنهم بإسناده ولفظ حديث زيد بن ثابت : إذا دخلت في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه وبريء منها ولا ترثه ولا يرثها وقولهم : إن الدم يجوز ان يكون دم فساد قلنا : قد حكم بكونه حيضا في ترك الصلاة وتحريمها على الزوج وسائر أحكام الحيض فكذلك في انقضاء العدة ثم إن كان التوقف عن الحكم بانقضاء العدة للاحتمال فإذا تبين أنه حيض علمنا أن العدة قد انقضت حين رأت الدم كما لو قال لها : إن حضت فأنت طالق واختلف القائلون بهذا القول فمنهم من قال اليوم والليلة من العدة لأنه دم تكمل به العدة فكان منها كالذي في أثناء الاطهار ومنهم من قال : ليس منها إنما يتبين به انقضاؤها لأننا لو جعلناه منها أوجبنا الزيادة على ثلاثة قروء ولكننا نمنعها من النكاح حتى يمضي يوم وليلة ولو راجعها زوجها فيها لم تصح الرجعة وهذا أصح الوجهين

فصل : وكل فرقة بين زوجين في الحياة بعد الدخول فعدة المرأة منها عدة الطلاق سواء كانت بخلع أو لعان أو رضاع أو فسخ بعيب أو إفسار أو إعتاق أو اختلاف دين أو غيره في قول أكثر أهل العلم وروى ابن عباس أن عدة الملائكة تسعة أشهر وابي ذلك سائر أهل العلم وقالوا عدتها عدة الطلاق لأنها مفارقة في الحياة أشبهت المطلقة وأكثر أهل العلم يقولون : عدة المختلعة عدة المطلقة منهم سعيد بن المسيب و سالم بن عبدالله و سليمان بن يسار و عبد العزيز و الحسن و الشعبي و النخعي و الزهري و قتادة و حلاس بن عمرو و أبو عياض و مالك و الليث و الاوزاعي و الشافعي وروى عن عثمان بن عفان و ابن عمر و ابن عباس و أبان بن عثمان و اسحاق و ابن المنذر أن عدة المختلعة حيضة ورواه ابن القاسم عن أحمد لما [روى ابن عباس أن امرأة ثابت بن

قيس اختلعت منه فجعل النبي صلى الله عليه وسلم عدتها حيضة [رواه النسائي وعن ربيعة بنت معوذ مثل ذلك ولأن عثمان قضى به رواه النسائي و ابن ماجه

ولنا قول الله تعالى : { والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } ولأنها فرقة بعد الدخول في الحياة فكانت ثلاثة قروء كغير الخلع وقول النبي صلى الله عليه وسلم : [قرء الأمة حيضتان] عام وحديثهم يرويه عكرمة مرسلا قال أبو بكر : هو ضعيف مرسل وقول عثمان وابن عباس قد خالفه قول عمر وعلي فإنهما قالا : عدتها ثلاث حيض وقولهما أولى وأما ابن عمر فقد روى مالك عن نافع عنه أنه قال : عدة المختلعة عدة المطلقة وهو أصح عنه

فصل : الرابع اللائي يتسن من المحيض واللائي لم يحضن فعدتهن ثلاثة أشهر إن كن حرائر وإن كن إماء فشهران وعنه ثلاثة أشهر وعنه شهر ونصف أجمع أهل العلم على أن عدة الحرة الأيسة والصغيرة التي لم تحض ثلاثة أشهر لقول الله تعالى : { واللائي يتسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن } فإن كان الطلاق في أول الشهر اعتبر ثلاثة بالأهله لقول الله تعالى : { يسألونك عن الأهلة قل هي مواقيت للناس والحج } وقال سبحانه : { إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم } ولم يختلف الناس في أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهله وإن وقع الطلاق في اثناء شهر اعتدت بقيته ثم اعتدت شهرين بالأهله ثم اعتدت من الشهر الثالث تمام ثلاثين يوما وهذا مذهب مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : تحسب بقية الأول وتعتد من الرابع بقدر ما فاتها من الأول تاما كان أو ناقصا لأنه لو كان من أول الهلال كانت العدة بالأهله فإذا كان من بعض الشهر وجب قضاء ما فات منه وخرج أصحابنا وجها ثانيا أن جمع الشهور محسوبة بالعدد وهو قول ابن بنت الشافعي لأنه إذا حسب الأول بالعدد كان ابتداء الثاني من نصف الشهر وكذلك الثالث

ولنا أن الشهر يقع على ما بين الهلالين وعلى الثلاثين ولذلك إذا غم الشهر كمل ثلاثين والأصل الهلال فإذا أمكن اعتبار الهلال اعتبر وإذا تعذر رجع إلى العدد وفي هذا انفصال عما ذكره أبي حنيفة وأما التخريج الذي ذكر لأصحابنا فإنه لا يلزم إتمام الشهر الأول من الثاني ويجوز أن يكون تمامه من الرابع

فصل : وتحسب العدة من الساعة التي فارقتها زوجها فيها فلو فارقتها نصف النهار أو نصف الليل اعتدت من ذلك الوقت إلى مثله في قول أكثر أهل العلم وقال ابن حامد : لا تحسب بالساعات وإنما يحتسب بأول الليل والنهار فإذا طلقها نهارا احتسبت من أول الليل الذي يليه وإن طلقها ليلا احتسبت من أول النهار الذي يليه وهذا قول مالك لأن حساب الساعات يشق فسقط اعتباره ولنا قول الله تعالى : { فعدتهن ثلاثة أشهر } فلا تجوز الزيادة عليها بغير دليل وحساب الساعات ممكن إما يقينا وإما استظهارا فلا وجه للزيادة على ما أوجبه الله تعالى واختلفت الرواية في عدة الأمة فأكثر الروايات عنه أنها شهران وهو الذي ذكره الخرقى رواه عنه جماعة من أصحابه واحتج فيه بقول عمر رضي الله عنه : عدة أم الولد حيضتان ولو لم تحض كانت عدتها شهرين رواه الأثرم عنه بإسناده وهذا قول عطاء و الزهري و إسحاق و أحد أقوال الشافعي لأن

الأشهر بدل من القروء وعدة ذات القروء قرآن فبدلها شهران ولأنها معتدة بالشهور من غير الوفاة فكان عددها كعدد القروء ولو كانت ذات قروء كالحره والرواية الثانية : أن عدتها شهر ونصف نقلها الميموني و الأثرم واختارها أبو بكر وهذا قول علي رضي الله عنه وروي ذلك عن ابن عمر و ابن المسيب و سالم و الشعبي و الثوري وأصحاب الرأي وهو قول ثان لـ لشافعي لأن عدة الأمة نصف عدة الحره وعدة الحره ثلاثة أشهر فنصفها شهر ونصف وإنما كملنا لذات الحيض حيضتين لتعذر تبويض الحيضة فإذا صرنا إلى الشهور أمكن التنصيف فوجب المصير اليه كما في عدة الوفاة وبصير هذا كالمحرم إذا وجب عليه في جزاء الصيد نصف مد مكيل أخرجه فإن أراد الصيام مكانه صام يوماً كاملاً ولأنها عدة أمكن تنصيفها فكانت على النصف من عدة الحره كعدة الوفاة والثالثة : أن عليها ثلاثة أشهر روي ذلك عن الحسن و مجاهد و عمر بن عبد العزيز و يحيى الأنصاري و ربيعة و مالك وهو القول الثالث لـ لشافعي لعموم قوله تعالى : { فعدتهن ثلاثة أشهر } ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة رحمها ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحره والأمة جميعاً لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوماً وعلقة أربعين يوماً ثم يصير مضغة ثم يتحرك وبعلو بطن المرأة فيظهر الحمل وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ومن رد هذه الرواية قال : هي مخالفة لإجماع الصحابة لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ومتى اختلف الصحابة على قولين لم يجز إحداث قول ثالث لأنه يفضي إلى تخطئتهم وخروج الحق عن قول جميعهم ولا يجوز ذلك ولأنها معتدة بغير الحمل فكانت دون عدة الحره كذات القروء المتوفى عنها زوجها

[جزء 9 - صفحة 108]

مسألة وعدة أم الولد عدة الأمة لأنها أمة مملوكة وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حره وأمة أما إذا اعتدت مسألة : وعدة أم الولد عدة الأمة لأنها أمة مملوكة وعدة المعتق بعضها بالحساب من عدة حره وأمة أما إذا اعتدت بالحمل أو بالقروء فعدتها كعدة الحره لأن عدة الحامل لا تختلف بالرق والحرية وعدة الأمة بالقروء قرآن فأدنى ما يكون فيها من الحرية يوجب قرءاً ثالثاً لأنه لا يتبعض وإن كانت عدتها بالشهور للوفاة وكان نصفها حراً اعتدت بثلاثة شهور وثمانية أيام وإذا كان نصفها حراً فعدتها ثلاثة أرباع عدة الحره فإن قلنا عدة الأمة شهران فعدتها شهران ونصف وإن قلنا شهر ونصف فعدتها شهران وسبعة أيام ونصف وإن قلنا عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحره

مسألة وحد الإياس خمسون سنة وعنه أن ذلك حده في نساء العجم وحده في نساء العرب ستون سنة

مسألة : وحد الإياس خمسون سنة وعنه أن ذلك حده في نساء العجم وحده في نساء العرب ستون سنة

اختلف عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات فعنه أوله خمسون سنة لأن عائشة رضي الله عنها قالت : لن ترى المرأة في بطنها ولدا بعد خمسين سنة وعنه أن كانت من نساء العجم فخمسون سنة وإن كانت من نساء العرب فستون لأنهن أقوى جبلة وطبيعة وقد ذكر الزبير بن بكار في كتاب النسب أن هند بنت أبي عبيدة بن عبد الله بن زمعة ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن الحسين بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة وقال : يقال إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عربية ولا تلد لستين إلا قرشية ولا الشافعي قولان :

أحدهما : يعتبر السن الذي يتقين أنها إذا بلغت لم تحض قال بعضهم : هو اثنان وستون سنة

والثاني : يعتبر السن الذي يبأس فيه نساء عشيرتها لأن الظاهر أن نشأها كنشئهن وطبعها كطبعهن وقال شيخنا : الصحيح إن شاء الله أنه متى بلغت المرأة خمسين سنة فاقطع حيضها عن عاداتها مرات لغير سبب فقد صارت آيسة لأن وجود الحيض في حق نادر بدليل قول عائشة وقله وجوده فإذا انضم إلي هذا انقطاعه عن العادات مرات حصل اليأس من وجوده فلها حينئذ أن تعتد بالأشهر وإن انقطع قبل ذلك فحكمها حكم من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه على ما نذكره إن شاء الله تعالى وإن رأت الدم بعد الخمسين على العادة التي كانت تراه فيها فهو حيض في الصحيح لأن دليل الحيض الوجود في زمن الإمكان وهذا يمكن وجود الحيض فيه وإن كان نادرا وإن رآته بعد الستين فقد تيقن أنه ليس بحيض فعند ذلك لا تعتد بالأشهر كالتي لا ترى دما وأما أقل سن تحيض له المرأة فقد ذكرناه في باب الحيض وذكرنا دليله فإن رآته قبل ذلك اعتدت بالأشهر وإن رآته بعد ذلك فالمعتبر من ذلك ما تكرر ثلاث مرات في حال الصحة وإن لم يوجد ذلك لم تعتد به

[جزء 9 - صفحة 110]

مسألة وإن حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت الى القروء ويلزمها إكمالها مسألة : وإن حاضت الصغيرة في عدتها انتقلت الى القروء ويلزمها إكمالها وجملة ذلك أن الصغيرة التي لم تحض إذا اعتدت بالشهور فحاضت قبل انقضاء عدتها ولو بساعة لزمها استئناف العدة بالإقراء في قول عامة فقهاء الأمصار منهم سعيد بن المسيب و الحسن و مجاهد و قتادة و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أصحاب الرأي وأهل المدينة وأهل البصرة وذلك لأن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل بطل

حكم البدل كالتيميم مع الماء ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا القروء الحيض وإن قلنا القروء الأطهار فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان :

أحدهما : تعتد به لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض فأشبهه الطهر بين الحيضتين والثاني : لا تعتد به وهو ظاهر كلام الشافعي لأن القرء هو الطهر بين حيضتين وهذا لم يتقدمه حيض فأما إن حاضت بعد انقضاء عدتها بالشهور ولو بلحظة لم يلزمها استئناف العدة لأنه حدث بعد انقضاء العدة فأشبه ما لو حدث بعد طول الفصل ولا يمتنع هذا الأصل لأنه لو صح منعه لم يحصل للصغيرة الاعتداد بالشهور بحال

[جزء 9 - صفحة 111]

مسألة وإن يئست ذات القروء في عدتها انتقلت إلى عدة الآيسات ثلاثة أشهر مسألة : وإن يئست ذات القروء في عدتها انتقلت إلى عدة الآيسات ثلاثة أشهر لأن العدة لا تلتق من جنسين وقد تعذر أتمامها بالحيض فوجب تكميلها بالأشهر لأنها عجزت عن الأصل فنتقلت إلى البدل كمن عجز عن الماء ينتقل إلى التراب

فإن ظهر بها حمل من الزوج سقط حكم ما مضى وبان لنا أن ما رأته من الدم لم يكم حيضاً لأن الحامل لا تحيض ولو حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل فولدت لأقل من ستة أشهر منذ انقضت الحيضة الثالثة تبين أن الدم ليس بحيض لأنها كانت حاملاً مع رؤية الدم والحامل لا تحيض فأما إن حاضت ثلاث حيض ثم ظهر بها حمل يمكن حدوثه بعد العدة بأن تلد لستة أشهر منذ انقضت عدتها لم يلحق الزوج وحكمنا بصحة الاعتداد وكان هذا الولد حادثاً

مسألة وإن اعتقت الأمة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة وإن كانت بائناً بنت على عدة أمة مسألة : وإن عتقت الأمة الرجعية في عدتها بنت على عدة حرة وإن كانت بائناً بنت على عدة أمة

هذا قول الحسن و الشعبي و الضحاك و إسحاق و أصحاب الرأي وهو أحد أقوال الشافعي والقول الثاني تكمل عدة أمة سواء كانت بائناً أو رجعية وهو قول مالك و أبي ثور لأن الحرية طرأت بعد وجوب العدة عليها فلا يغير حكمها كما لو كانت بائناً أو كما لو طرأت بعد وجوب الاستبراء ولأنه معنى يختلف بالرق والحرية فكان الاعتبار بحالة الوجوب كالحد وقال عطاء و الزهري و قتادة : تبنى على عدة حرة بكل حال وهو القول الثالث لـ الشافعي لأن سبب العدة الكاملة إذا وجد في أثناء العدة انتقلت إليها وإن كانت بائناً كما لو اعتدت بالشهور ثم حاضت

ولنا أنها إذا اعتقت وهي رجعية فقد وجدت الحرية وهي زوجة تعتد عدة الوفاة لو مات فوجب أن تعتد عدة الحرائر كما لو اعتقت قبل الطلاق وإن اعتقت وهي بائن فلم توجد الحرية في الزوجية فلم تحب عليها عدة الحرائر كما لو عتقت بعد مضي القرأين ولأن الرجعية تنتقل إلى عدة الوفاة لو مات فتنقل إلى عدة الحرائر والبائن لا تنتقل إلى عدة الوفاة فلا تنتقل إلى عدة الحرائر كما لو انقضت عدتها وما ذكره مالك يبطل بما إذا مات زوج الرجعية فإنها تنتقل إلى عدة الوفاة والفرق بين ما نحن فيه وبين ما إذا حاضت الصغيرة أن الشهور بدل عن الحيض فإذا وجد المبدل زال حكم البذل كالمتيمم يجد الماء وليس كذلك هنا فإن عدة الأمة ليست ببدل ولذلك تبني الأمة على ما مضى من عدتها اتفاقاً وإذا حاضت الصغيرة استأنفت العدة فافتراقاً وتخالف الاستبراء فإن الحرية لو قاربت سبب وجوبه لم يكمل ألا ترى أن أم الولد إذا مات سيدها عتقت لموته ووجب الاستبراء كما يجب على التي لم تعتق ولأن الاستبراء لا يختلف بالرق والحرية بخلاف مسألتنا

فصل : إذا اعتقت الأمة تحت العبد فاخترت نفسها اعتدت عدة الحرة لأنها بانة من زوجها وهي حرة وروى الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بريرة أن تعتد عدة الحرة وإن طلقها العبد طلاقاً رجعياً فأعتقها سيدها بنت على عدة حرة سواء فسخت أو أقامت على النكاح لأنها عتقت في عدة الرجعية وإن لم يفسخ فراجعها في عدتها فلها الخيار بعد رجعتها فإن اخترت الفسخ قبل المسيس فهل تستأنف العدة أو تبني على ما مضى من عدتها ؟ على وجهين : فإن قلنا تستأنف فإنها عدة حرة وإن قلنا تبني بنت على عدة حرة

فصل : الخامس من ارتفاع حيضها لا تدري ما رفعه تعتد سنة تسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته وهي من ذوات الأقراء فلن تر الحيض في عادتها ولم تدر ما رفعه فإنها تعتد سنة تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رحمها لأن هذه غالب مدة الحمل فإذا لم يبين الحمل فيها علم براءة الرحم ظاهراً فتعتد بعد ذلك عدة الآيسات ثلاثة أشهر هذا قول عمر رضي الله عنه وقال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منهم منكر علمناه وبه قال مالك و الشافعي في أحد قوليه وروي ذلك عن الحسن وقال الشافعي في قول آخر : تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد بثلاثة أشهر لأن هذه المدة هي التي تتيقن بها براءة رحمها فوجب اعتبارها احتياطاً وحي شيخنا مثل ذلك في المذهب وقال الشافعي في الجديد تكون في عدة أبداً حتى تحيض أو تبلغ سن الإياس فتعتد حينئذ بثلاثة أشهر وهذا قول جابر بن زيد و عطاء و طاوس و الشعبي و النخعي و الزهري و الثوري و أبو عبيد و أهل العراق ولأن الاعتداد بالأشهر جعل بعد الإياس فلم يجز قبله وهذه ليست آيسة ولأنها ترجو عود الدم فلم تعتد بالشهور كما لو تباعد حيضها لعارض ولنا الإجماع الذي ذكرناه حكاه الشافعي ولأن الغرض بالاعتداد معرفة براءة رحمها وهذا يحصل به براءة رحمها فاكتفي به ولهذا اكتفي في حق ذات القروء بثلاثة قروء وفي حق الآيسة بثلاثة أشهر ولو روعي اليقين لاعتبر أقصى مدة

الحمل ولأن عليها في تطويل العدة ضررا فإنها تمنع من الأزواج وتحبس دائما ويتضرر الزوج بإيجاب السكنى والنفقة عليه وقد قال ابن عباس لا تطولوا عليها الشقة كفاها تسعة أشهر فإن قيل فإذا مضت تسعة أشهر فقد علم براءة رحمها ظاهرا فلم اعتبرتم بثلاثة أشهر بعدها ؟ قلنا : الاعتداد بالقروء والأشهر إنما يكون عند عدم الحمل وقد تجب العدة مع العلم ببراءة رحمها بدليل ما لو علق طلاقها بوضع الحمل فوضعتة وقع الطلاق ولزمها العدة

[جزء 9 - صفحة 113]

مسألة وإن كانت أمة اعتدت أحد عشر شهرا تسعة أشهر للحمل وشهرين للعدة
مسألة : وإن كانت أمة اعتدت أحد عشر شهرا تسعة أشهر للحمل وشهرين للعدة
وهذا مبني على أن الحرة تعتد بتسعة أشهر للحمل وثلاثة للعدة على ما ذكرنا في المسألة قبلها وأن عدة الأمة شهران لأن مدة الحمل تتساوى فيها الحرة والأمة لكونه أمرا حقيقيا فإذا يئست من الحمل اعتدت عدة آيسة شهرين وعلى قولنا أن عدة الأمة شهر ونصف تكون عدتها عشرة أشهر ونصفا ومن جعل عدتها ثلاثة أشهر فهي كالحرة سواء
فصل : فإن عاد الحيض اليها في السنة ولو في آخرها أو عاد إلى الأمة قبل انقضاء عدتها على ما فيها من الاختلاف لزمها الانتقال إلى القروء لأنها الأصل فبطل بها حكم البدل وإن عاد بعد مضيها ونكاحها لم تعد إلى القروء لأن عدتها انقضت وحكمنا بصحة نكاحها فلم تبطل ما لو اعتدت الصغيرة بثلاثة أشهر وتزوجت ثم حاضت وإن حاضت بعد السنة وقبل نكاحها ففيه وجهان : أحدهما : لا تعود لأن العدة انقضت بالشهور فلم تعتد كالصغيرة والثاني : تعود لأنها من ذوات القروء وقد قدرت على المبدل قبل تعلق حق زوج بها فلزمها العود كما لو حاضت في السنة
فصل : فإن حاضت حيضة ثم ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فهي كالمسألة التي قبلها تعتد سنة من وقت انقطاع الحيض وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال في رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو حيضتين فارتفع حيضها لا تدري ما رفعه : تجلس تسعة أشهر فإن لم يتبين بها حمل تعتد بثلاثة أشهر فذلك سنة ولا نعلم له مخالفا قال ابن المنذر : قضى به عمر بين المهاجرين والأنصار لا ينكره منكر وقال الأثرم : سمعت أبا عبد الله يسأل عن الرجل يطلق امرأته فتحيض حيضة ثم ترتفع حيضتها ؟ قال : أذهب إلى حديث عمر : إذا رفعت حيضتها فلم تدر مم ارتفعت فإنها تنتظر سنة قيل له : فحاضت دون السنة ؟ قال ترجع إلى الحيض قيل له فإن ارتفعت حيضتها لا تدري مم ارتفعت ؟ قال : تعقد سنة أخرى وهذا قول كل من وافقنا في المسألة قبلها وذلك لأنها لما ارتفعت حيضتها حصلت مرتابة فوجب أن تنتقل إلى الاعتداد كما لو ارتفع

حيضها حين طلقها ووجب عليها سنة كاملة لأن العدة لا تبني على عدة آخر
ولذلك لو حاضت حيضة أو حيضتين ثم يئست انتقلت الى ثلاثة أشهر كاملة ولو
اعتدت الصغيرة شهرا أو شهرين ثم حاضت انتقلت الى ثلاثة قروء
فصل : فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتها لم تنقض عدتها إلا
بثلاث حيضات وإن طاللت لأن هذه لم يرتفع حيضها ولم يتأخر عن عاداتها فهي
من ذوات القروء باقية على عاداتها فأشبهت من لم يتباعد حيضها ولا نعلم فيه
مخالفا

[جزء 9 - صفحة 115]

مسألة وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة اليائسة ثلاثة أشهر
وعنه سنة
مسألة : وعدة الجارية التي أدركت فلم تحض والمستحاضة اليائسة ثلاثة أشهر
وعنه سنة
إذا بلغت الجارية سنا تحيض فيه النساء في الغالب فلم تحض كخمس عشرة
سنة فعدتها ثلاثة أشهر وهو ظاهر قول الخرقي وقول أبي بكر وهو مذهب أبي
حنيفة و مالك و الشافعي وضعف أبو بكر الرواية المخالفة لهذا وقال : رواه أبو
طالب فخالف فيها أصحابه فروى أبو طالب عن أحمد أنها تعتد سنة قال
القاضي : هذه الرواية أصح لأنه متى أتى عليها زمان الحيض فلم تحض حصلت
مرتابا يجوز أن يكون بها حمل منع حيضها فيجب أن تعتد بسنة كالتي ارتفع
حيضها بعد وجوده
ولنا قول الله تعالى : { واللائي يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم
فعدتهن ثلاثة أشهر واللائي لم يحضن } وهذه من اللائي لم يحضن ولأن الاعتبار
بحال المعتدة لا بحال غيرها ولهذا لو حاضت قبل بلوغ سنة تحيض لمثله النساء
في الغالب مثل أن تحيض لعشر سنين اعتدت بالحيض وفارق من ارتفع حيضها
فإنها من ذوات القروء

[جزء 9 - صفحة 116]

مسألة وهكذا حكم المتسحاضة الناسية
مسألة : وهكذا حكم المستحاضة الناسية
وجملة ذلك القول في المستحاضة وهي لا تخلو إما أن تكون لها حيض محكوم
بعادة أو تميز أو لا فإن كان لها محكوم به فحكمها فيه حكم غير المستحاضة
إذا مرت لها ثلاثة قروء فقد انقضت عدتها قال أحمد : المستحاضة تعتد أيام
قرائها التي تعرف فأعلمت أن لها في كل شهر حيضة ولم تعلم موضعها

فعدتها ثلاثة أشهر وإن شكت في شيء تربصت حتى تستيقن أن القروء الثلاث قد انقضت وإن كانت مبتدئة لا تميز لها أو ناسية لا تعرف لها وقتا ولا تميزا فعن أحمد فيه روايتان إحداهما : أن عدتها ثلاثة أشهر وهو قول عكرمة و قتادة و أبي عبيد لأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر حمنة بنت جحش أن تجلس في كل شهر ستة أيام أو سبعة فجعل لها حيضة كل شهر ولأننا نحكم لها بحيضة في كل شهر تترك فيها الصلاة والصيام وثبت فيها سائر أحكام الحيض فيجب أن تنقضي بها العدة لأن ذلك من أحكام الحيض والرواية الثانية : تعتد سنة بمنزلة من ارتفع حيضها لا تدري مات رفعه قال أحمد : إذا كانت اختلطت ولم تعلم إقبال الدم وإدباره اعتدت سنة لحديث عمر لأن به يتبين الحمل وهو قول مالك وإسحاق لأنها لم تتيقن لها حيضا مع أنها من ذوات القروء فكانت عدتها سنة كالتي ارتفع حيضها وعلى الرواية الأولى ينبغي أن يقال إننا متي حكمنها بأن حيضها سبعة أيام من كل شهر فمضى لها شهران بالهلال وسبعة أيام من أول الثالث فقد انقضت عدتها وإن قلنا القروء الاطهار فطلقها في آخر شهر ثم مضى لها شهران وهل الثالث انقضت عدتها وهذا مذهب الشافعي

[جزء 9 - صفحة 117]

مسألة فأما التي عرفت ما رفع الحيض من مرض ورضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به مسألة : فأما التي عرفت ما رفع الحيض من مرض ورضاع ونحوه فلا تزال في عدة حتى يعود الحيض فتعتد به أما إذا عرفت ارتفاع الحيض بعارض من مرض أو نفاس أو رضاع فإنها تنتظر زوال العارض وعود الدم وإن طال إلا أن تصير في سن اليأس وقد ذكرناه فتعتد حينئذ عدة الأيسات وقد روى الشافعي في سنه بإسناده عن حبان بن منقذ أنه طلق امرأته طليقة واحدة وكان لها منه بنية ترضعها فتباعد حيضها ومرض حبان فقبل له : إنك إن مت وورثتك فمضى إلى عثمان وعنده علي وزيد بن ثابت فسأله عن ذلك فقال عثمان لعلي وزيد : ما تريان فقالا : نرى أنها إن ماتت ورثها وإن ماتت ورثته لأنها ليست من القواعد اللائي يئسن من المحيض ولا من الأبيكار اللائي لم يبغلن المحيض فرجع حبان إلى أهله فانتزع البنت منها فعاد إليها الحيض فحاضت حيضتين ومات حبان قبل انقضاء الثالثة فورثها عثمان رضي الله عنه وروى الأثرم بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان أنه كانت عند جده امرأتان هاشمية وأنصارية فطلق الأنصارية وهي مرضع فمرت بها سنة ثم هلك ولم تحض فقالت الأنصارية : لم أحض فاختموا إلى عثمان فقضى لها بالميراث

فلامت الهاشمية عثمان فقال : هذا عمل ابن عمك هو أشار علينا بهذا يعني علي بن أبي طالب رضي الله عنه

فصل : السادس امرأة المفقود الذي انقطع خبره لغيبة ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله أو في مفازة مهلكة أو بين الصفيين إذا قتل قوم أو من غرق مركبة ونحو ذلك فإنها تتربص أربع سنين ثم تعتد للوفاة وجملة ذلك أنه إذا غاب الرجل عن امرأته لم يخل من حالين أحدهما : أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك كالذي يفقد من بين أهله ليلا ونهارا أو يخرج الى الصلاة فلا يرجع أو يمضي إلى مكان قريب ليقضي حاجة ويرجع فلا يظهر له خبر أو يفقد بين الصفيين أو من انكسر مركبة فيغرق بعض رفقته أو يفقد في مهلكة كبرية الحجاز ونحوها فمذهب أحمد الظاهر عنه أن زوجته تتربص أربع سنين أكثر مدة الحمل ثم تعتد للوفاة أربعة اشهر وعشرا وتحل للأزواج قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله تذهب إلى حديث عمر ؟ قال : هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه ثم قال زعموا أن عمر رجع هذا هؤلاء الكذابين قلت فروي من وجه ضعيف ان عمر قال بخلاف هذا قال لا إلا أن يكون إنسان يكذب وقلت له مرة إن انسانا قال لي : إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك فضحك ثم قال : من ترك هذا القول أي شيء يقول ؟ وهذا قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير قال أحمد خمسة من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وبه قال عطاء و عمر بن عبد العزيز و الحسن و الزهري و قتادة و الليث وعلي بن المديني و عبد العزيز بن أبي سلمة وبه يقول مالك و الشافعي في القديم إلا أن مالكا قال : ليس في انتظار من يفقد في القتال وقت وقال سعيد بن المسيب في امرأة المفقود بين الصفيين : تتربص سنة لأن غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره لوجود سببه وقد نقل عن أحمد أنه قال : كنت أقول : إذا تربصت أربع سنين ثم اعتدت أربعة اشهر وعشرا تزوجت وقد ارتبت فيها وهبت الجواب فيها لما اختلف الناس فيها فكأنني أحب السلامة وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله وتتربص أبدا ويحتمل التورع ويكون المذهب ما قاله أولا قال القاضي : أكثر أصحابنا على أن المذهب رواية واحدة وعندني أن المسألة على روايتين وقال أبو بكر : الذي به إن صح الاختلاف في المسألة أن لا نحكم بحكم ثان إلا بدليل على الانتقال وإن ثبت الإجماع فالحكم فيه على ما نص عليه وظاهر المذهب على ما حكيناه أولا نقله عن أحمد الجماعة وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع على ما حكيناه من رواية الأثرم

وقال أبو قلابة و النخعي و الثوري و ابن أبي ليلى وأصحاب الرأي و الشافعي في الجديد : لا تتزوج امرأة المفقود حتى تتيقن موته أو فراقه لما روى المغيرة [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : امرأة المفقود امرأته حتى يأتيها زوجها] وروى الحكم و حماد بن علي : لا تتزوج امرأة المفقود حتى يأتي موته أو طلاقه ولأنه شك في زوال الزوجية فلم تثبت به الفرقة كما لو كان ظاهرها السلامة

ولنا ما روى الأثرم و الجوزجاني بإسنادهما عن عبيد بن عمير قال : فقد رجل في عهد عمر فجاءت امرأته الى عمر فذكرت ذلك له فقال : انطلقى فتربصي

أربع سنين ففعلت ثم اتته فقال : انطلقني فاعتدي أربعة أشهر وعشرا ففعلت ثم اتته فقال : أين ولي هذا الرجل ؟ فجاء وليه فقال : طلقها ففعل فقال لها عمر : انطلقني فتزوجي من شئت فتزوجت ثم جاء زوجها الأول فقال له عمر : أين كنت ؟ فقال : يا أمير المؤمنين استهوتني الشياطين قال : فوالله ما أدري في أي أرض الله كنت عند قوم يستعبدونني حتى غزاهم قوم مسلمون فكنت فيمن غنموه فقالوا لي : أنت رجل من الإنس وهؤلاء الجن فمالك ومالهم ؟ فأخبرتهم خبري فقالوا : بأية أرض الله تحب أن تصح قلت : المدينة هي أرضي فأصحبت وأنا أنظر الى الحرة فخيره عمر إن شاء امرأته وإن شاء الصداق فاختر الصداق وقال : قد حبلت لا حاجة لي فيها قال أحمد : يروى عن عمر من ثمانية وجوه ولم يعرف في الصحابة له مخالف وروى الجوزجاني وغيرهم بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود تعتد أربع سنين ثم يطلقها ولي زوجها وتعتد بعد ذلك أربعة أشهر وعشرا فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك خير بين الصداق وبين امرأته وقضى به عثمان أيضا وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تنكر فكانت إجماعا فأما الحديث الذي رواه عن النبي صلى الله عليه وسلم فلم يثبت ولم يذكره أصحاب السنن وما رواه عن علي فيرويه الحكم وحماد مرسلا والمسند عنه مثل قولنا ثم يحمل ما رواه على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة جمعا بينه وبين ما رويناه وقولهم إنه شك في زوال الزوجية ممنوع فإن الشك ما يتساوى فيه الأمران والظاهر في مسألتنا الهلاك فصل : وهل يعتبر أن يطلقها ولي زوجها ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان إحداهما : يعتبر ذلك لأنه في حديث عمر الذي رويناه وقد قال أحمد : هو أحسنها وذكر في حديث علي أنه يطلقها ولي زوجها والثانية : لا تعتبر كذلك قاله ابن عمر وابن عباس وهو القياس فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ولأننا حكمنا عليها بعدة الوفاة فلا يجب عليها مع ذلك عدة الطلاق كما لو تيقنت وفاته ولأنه قد وجد دليل هلاكه على وجه اباح التزويج لها وأوجب عليها عدة الوفاة فأشبهه ما لو شهد به شاهدان

[جزء 9 - صفحة 122]

مسألة وهل تفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة ؟ على وجهين
مسألة : وهل تفتقر إلى رفع الأمر إلى الحاكم ليحكم بضرب المدة وعدة الوفاة ؟ على روايتين
إحداهما : تفتقر لأنها مدة مختلف فيها فافتقرت الى ضرب الحاكم كمدة العنة فعلى هذا يكون ابتداء المدة من أن ضربها الحاكم
والثانية : لا تفتقر لأنها مدة تعتبر لإباحة النكاح فلم تفتقر الى الحاكم كمدة من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه فيكون ابتداء المدة من حين انقطع خبره وبعد

أثره ولأن هذا ظاهر في موته فكان ابتداء المدة منه كما لو شهد به شاهدان وللشافعية وجهان كالروايتين

مسألة وإذا حكم حاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن فلو طلق الأول صح طلاقه
مسألة : وإذا حكم الحاكم بالفرقة نفذ حكمه في الظاهر دون الباطن فلو طلق الأول صح طلاقه
لأننا حكمنا بالفرقة على أن الظاهر هلاكه فإذا ثبتت حياته انتقض ذلك الظاهر ولم يبطل طلاقه كما لو شهدت به بينة كاذبة ولذل خير في أخذها وكذلك إن ظاهر أو ألى أو قذف لأن نكاحه باق بدليل تخييره في أخذها وقال أبو الخطاب : القياس أننا إذا حكمنا بالفرقة نفذ ظاهرا وباطنا فتكون امرأة الثاني ولا خيار للأول لأنها بانة منه بفرقة الحاكم في محل مختلف فيه فننفيذ حكمه في الباطن كما لو فسخ نكاحها لعسرته أو عيبه فلهذا لم يقع طلاقه وإن لم يحكم بفرقته باطنا فهي امرأة الأول ولا خيار له

[جزء 9 - صفحة 123]

مسألة فإذا فعلت ذلك يعني تربصت أربع سنين واعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول فإن كان
مسألة : فإذا فعلت ذلك يعني تربصت أربع سنين واعتدت عدة الوفاة ثم تزوجت ثم قدم زوجها الأول فإن كان قبل أن تتزوج فهي امرأته
وقال بعض أصحاب الشافعي : إذا ضربت لها المدة فانقضت بطل نكاح الأول والذي ذكرنا أولى إنما أبحنا لها التزويج لأن الظاهر موته فإذا بان حيا انخرم ذلك الظاهر وكان النكاح بحاله ما لو شهدت البينة بموته فبان حيا ولأنه أحد المالكين فأشبهه مالك المال فإن قدم بعد التزويج وإن قبل دخول الثاني بها فكذلك ترد إليه وليس على الثاني صداق لأننا تبينا أن النكاح باطل ولم يتصل به ودخول قال أحمد : أما قبل الدخول فهي امرأته وإنما تخير بعد الدخول وهذا قول عطاء و الحسن و خلاس بن عمرو و النخعي و قتادة و مالك و إسحاق وقال القاضي فيه رواية أخرى أنه يخير أخذه من عموم قول أحمد إذا تزوجت امرأته فجاء خير بين الصداق وبين امرأته والصحيح أن عموم كلام أحمد يحمل على خصوصه في رواية الأثرم وأنه لا يتخير إلا بعد الدخول فتكون زوجة الأول رواية واحدة لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن فإذا قدم تبينا أن النكاح كان باطلا لأنه صادف امرأة ذات زوج فكان باطلا كما لو شهدت بينة بموته وتعود الى الزوج بالعقد الأول كما لو لم تتزوج

مسألة وإن قدم بعد دخول الثاني بها خير الأول بين أخذها فتكون امرأته بالعقد الأول وبين صداقها وتكون
مسألة : وإن قدم بعد دخول الثاني بها خير الأول بين أخذها فتكون امرأته
بالعقد الأول وبين صداقها وتكون زوجة الثاني
وهذا قول مالك لإجماع الصحابة عليه فروى معمر عن الزهري عن سعيد بن
المسيب أن عمر وعثمان قالا : إن جاء زوجها الأول خير بين المرأة وبين
الصداق الذي ساق هو رواه الجوزجاني و الأثرم وقضى به ابن الزبير في مولاة
لهم وقال على ذلك في الحديث الذي رويناه ولم يعرف لهم مخالف في
عصرهم فكان إجماعا فعلى هذا إن أمسكها الأول فهي زوجته بالعقد الأول
والمنصوص عن أحمد أن الثاني لا يحتاج إلى طلاق لأن نكاحه كان باطلا في
الباطن وقال القاضي : قياس قوله أنه يحتاج إلى طلاق لأن هذا نكاح مختلف
في صحته فكان مأمورا بالطلاق ليقطع حكم العقد الثاني كسائر الأنكحة
الفاصلة ويجب على الأول اعتزالها حتى تقضي عدتها من الثاني وإن لم يخترها
الأول فإنها تكون مع الثاني ولم يذكروا لها عقدا جديدا قال شيخنا : والصحيح
أنه يجب أن تستأنف لها عقدا لأننا تبينا بطلان عقده بمجيء الأول ويحمل قول
الصحابة على هذا لقيام الدليل عليه فإن زوجة الإنسان لا تصير زوجة لغيره
بمجرد تركه لها

مسألة ويأخذ منه صداقها
مسألة : ويأخذ منه صداقها
أي يأخذ الزوج الأول من الزوج الثاني إذا تركها له صداقها لقضاء الصحابة بذلك

مسألة وهل يأخذ منه صداقها الذي أعطها أو الذي أعطها الثاني ؟ على
روائتين
مسألة : وهل يأخذ منه صداقها الذي أعطها أو الذي أعطها الثاني ؟ على
روائتين
اختلف عن أحمد فيما يرجع به فروي عنه أنه يرجع بالصداق الذي اصدقها هو
وهو اختيار أبي بكر وقول الحسن و الزهري و قتادة و علي بن المديني لقضاء
علي وعثمان أنه يخير بينهما وبين الصداق الذي ساقه إليها هو ولأنه أتلف عليه
المعوض فرجع عليه بالعوض كشود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة فعلى هذا
إن كان لم يدفع إليها الصداق لم يرجع بشيء وإن كان دفع بعضه رجع بما دفع
ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق وترجعه المرأة عليه بما بقي عليه من صداقها
وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي اصدقها الثاني لأن الإلتاف من جهته
والرجوع عليه بقيمة والبضع لا يتقوم إلا على زوج أو من جرى مجراه فيجب

الرجوع عليه بالمسمى الثاني دون الأول وهل يرجع الزوج الثاني على الزوجة بما أخذ منه ؟ فيه روايتان ذكر ذلك أبو عبد الله بن حامد إحداهما : يرجع به لأنها غرامة لزمتم الزوج بسبب وطئه لها فرجع بها كالمغرور ولأن ذلك يفضي إلى أن يلزمه مهران بوطء واحد والثانية : لا يرجع لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع فإن سعيد بن المسيب روى أن عليا وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدري ما مهلك زوجها أن تتربص أربع سنين ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ثم تتزوج إن بدا لها فإن جاء زوجها خيرا إما امرأته وإما الصداق فإن اختار الصداق فالصداق على زوجها الآخر وثبت عنده وإن اختار امرأته عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها وإن قدم زوجها وقد توفي زوجها الآخر ورثت واعتدت عدة المتوفى عنها زوجها وترجع إلى الأول رواه الجوزجاني ولأن المرأة لا تغير منها فلم يرجع عليها بشيء كغيرها وإن قلنا : يرجع عليها فإن كان قد دفع إليها الصداق رجع به وإن كان لم يدفعه إليها دفعه إلى الأول ولم يرجع عليها بشيء وإن كان قد دفع بعضه رجع بما دفع وإن قلنا لا يرجع عليها وكان قد دفع إليها الصداق لم يرجع به وإن لم يكن دفعه إليها لزمه دفعه ويدفع إلى الأول صداقا آخر

فصل : قال شيخنا : والقياس أن ترد إلى الأول ولا خيار لأن زوجها لم يطلقها ولم يفسخ نكاحه فردت إليه كما لو تزوجت لبينة قامت بوفاته ثم تبين كذبها بقدمه إلا أن يفرق الحاكم بينهما ونقول بوقوع الفرقة باطنا فيفسخ نكاح الأول لأن نكاحه انفسخ بحكم حاكم ووقوع نكاح الثاني بعد بطلان نكاح الأول وقضاء عدتها فأشبهه ما لو طلقها الأول فتكون زوجة الثاني بكل حال لذلك وعن أحمد التوقف في أمره وقد ذكرناه فيما مضى والمذهب الأول أولى

فصل : إذا فقدت الأمة زوجها لغيبة ظاهرها الهلاك تربصت أربع سنين ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام وهذا اختيار أبي بكر وقال القاضي : تتربص نصف تربص الحرة ورواه أبو طالب عن أحمد وهو قول الأوزاعي و الليث لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة كعدة الوفاة

ولنا أن الأربع السنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل في الأمة والحرة سواء فاستويا في التربص لها كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه وكالحمل نفسه وبهذا ينتقض قياسهم فأما العبد فإن كانت زوجته حرة فتربصها كتربص الحرة تحت الحر وإن كانت أمة فهي كالأمة تحت الحر لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال وكذلك مدة التربص وحكي عن الزهري و مالك أنه يضرب له نصف أجل الحرة والأول ما قلناه لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها فأشبهت العدة

الثاني : من انقطع خبره لغيبة ظاهرها السلامة كسفر التجارة في غير مهلكة وإباق العبد وطلب العلم والسياسة فإن امرأته تبقى أبدا حتى تتيقن موته روى ذلك عن علي واليه ذهب ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و أبو حنيفة و الشافعي في الجديد وروى ذلك عن أبي قلابة و النخعي و أبي عبيد وقال مالك و الشافعي في القديم : تتربص أربع سنين وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا وتحل للأزواج

لأنه إذا جاز الفسخ لتعذر الوطاء بالعنة وتعذر النفقة بالإعسار فلن يجوز ههنا لتعذر الجميع أولى واحتجوا بحديث عمر الذي ذكرناه في المفقود مع موافقة الصحابة وتركهم إنكاره ونقل احمد بن أصرم عن أحمد : إذا مضى عليه تسعون سنة قسم ماله وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج قال أصحابنا : وإنما اعتبر تسعين سنة من يوم ولادته لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر منها فإذا اقترن به انقطاع خبره وجب الحكم بموته كما لو كان فقد لغيبة ظاهرها الهلاك والمذهب الأول لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة فلم يحكم بموته ما قبل أربع سنين أو كما قبل التسعين ولأن هذا التقدير بغير توقيف فلا ينبغي أن يصار إليه بالتوقيف ولأن تقدير هذا بتسعين سنة من يوم ولادته يفضي الى اختلاف العدة في حق المرأة ولا نظير لهذا وخبر عمر ورد فيمن غيبته ظاهرها الهلاك فلا يقاس عليه غيره

فصل : فإن كانت غيبته غير منقطعة يعرف خبره ويأتي كتابه فهذا ليس لامرأته أن تتزوج في قول أهل العلم أجمعين إلا أن يتعذر الانفاق عليها من ماله فلها أن تطلب فسخ النكاح فيفسخ نكاحه وأجمعوا أن أمرة الأسير لا تنكح حتى يعلم يقين وفاته هذا قول النخعي و الزهري و يحيى الأنصاري و مكحول و الشافعي و أبي عبيد و أبي ثور و إسحاق وأصحاب الرأي وإن ابق العبد فزوجته على الزوجية حتى تعلم موته أو رده وبه قال الأوزاعي و الثوري و الشافعي و إسحاق وقال الحسن إباقة طلاقه

ولنا أنه ليس بمفقود فلم يفسخ نكاحه كالحر ومن تعذر الأنفاق من ماله على زوجته فحكمه في الفسخ حكم ما ذكرنا إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده أو في كسبه فيعتبر تعذر الأنفاق في محل الوجوب

فصل : إذا تزوج الرجل امرأة لها ولد من غيره فمات ولدها فإن أحمد قال : يعتزل امرأته حتى تحيض حيضة وهذا يروى عن علي بن أبي طالب و الحسن و ابنه ونحوه عن عمر بن الخطاب وعن الحسين بن علي والصعب بن جثامة وبه قال عطاء وعمر بن عبد العزيز و النخعي و مالك و إسحاق و أبو عبيد قال عمر بن عبد العزيز : حتى ينظر بها حمل أو لا وإنما قالوا ذلك لأنها إن كانت حاملا حين موته ورثه حملها وإن حدث الحمل بعد الموت لم يرثه وإن كان للميت ولد أو أب أو جد لم يحتج إلى استبرائها لأن الحمل لا ميراث له وإن كانت حاملا فقد تبين حملها فلم يحتج إلى استبرائها لأن الحمل معلوم وإن كانت آيسة لم يحتج إلى استبرائها لليأس من حملها وإن كانت ممن يمكن حلها ولم يتبين بها حمل ولم يعتزلها زوجها فأتت بولد قبل ستة أشهر ورث وإن أتت به بعد ستة أشهر من حين وطئها بعد موت ولدها لم يرث لأنها لا تتيقن وجوده حال موته وهذا يروى عن سفيان وهو قياس قول الشافعي

مسألة ومن مات عنها زوجها أو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم مات أو طلق وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدات

مسألة : ومن مات عنها زوجها أو طلقها وهو غائب فعدتها من يوم مات أو طلق وإن لم تجتنب ما تجتنبه المعتدات وعنه إن ثبت ذلك بيينة فكذلك وإلا فعدتها من يوم بلغها الخبر

والمشهور في المذهب أنه متى مات عنها أو طلقها زوجها فعدتها من يوم موته وطلاقه وقال أبو بكر : لا خلاف عن أبي عبد الله علمه أن العدة تجب من حين الموت والطلاق إلا ما رواه إسحاق بن إبراهيم وهذا قول ابن عمر وابن عباس وابن مسعود ومسروق و عطاء و جابر بن زيد و ابن سيرين و مجاهد و سعيد بن جبير و عكرمة و طاوس و سليمان بن يسار و أبي قلابة و أبي العالية و النخعي و نافع و مالك و الشافعي و إسحاق و أبي عبيد و أبي ثور و أصحاب الرأي وعن أحمد : إن قامت بذلك بيينة فكما ذكرنا وإلا فعدتها من يوم يأتيها الخبر وروي ذلك عن ابن المسيب وعمر بن عبد العزيز و يروى عن علي و الحسن و قتادة و عطاء و خلاس بن عمرو أن عدتها من يوم يأتيها الخبر لأن العدة من اجتناب أشياء وما اجتنبتها

ولنا أنها لو كانت حائلا فوضعت حملها غير عالمة بفرقة زوجها لانقضت عدتها فكذلك سائر أنواع العدة ولأنه زمان عقيب الموت أو الطلاق فوجب أن تعتد به كما لو ان حاضرا ولأن القصد غير معتبر في العدة بدليل الصغيرة والمجنونة تنقضي عدتهما من غير قصد ولم يعدم ههنا إلا القصد وسواء في هذا اجتنبت ما تجتنبه المعتدات أو لم تجتنبه فإن الإحداد الواجب ليس بشرط في العدة فلو تركته قصدا أو عن غير قصد لانقضت عدتها فإن الله تعالى قال : { يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا } - وقال { يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء } - وقال { فعدتهن ثلاثة أشهر } - وقال { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } وفي اشتراط الإحداد مخالفة هذه النصوص فوجب أن تشتترط

[جزء 9 - صفحة 131]

مسألة وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزني بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة

مسألة : وعدة الموطوءة بشبهة عدة المطلقة وكذلك المزني بها وعنه أنها تستبرأ بحيضة

وبهذا قال الشافعي لأن وطء الشبهة وفي النكاح الفاسد في شغل الرحم ولحقوق النسب كالوطء في النكاح الصحيح فان مثله فيما تحصل به البراءة وإن وطئت الزوجة بشبهة لم يحل لزوجها وطؤها قبل قضاء عدتها كيلا يفضي الى اختلاط المياه واشتباها الأنساب وله الاستمتاع منها بما دون الفرج في أحد الوجهين لأنها زوجة حرم وطؤها لعارض مختص بالفرج فأبيح الاستمتاع منها بما دونه كالحيض والثاني : لا تحل لأن ما حرم الوطاء حرم دواعيه كالإحرام

فصل : وكذلك المزني بها عدتها عدة الموطوءة بشبهة وبهذا قال الحسن و النخعي وعن أحمد رواية أخرى أنها تستبرا بحيضة ذكرها ابن ابي موسى وهو قول مالك لأن المقصود به معرفة البراءة من الحمل فأشبهه استبراء الأمة وروي عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : لا عدة عليها وهو قول الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي لأن العدة لحفظ النسب وقد روي عن علي رضي الله عنه ما يدل على ذلك ولنا أنه وطاء يقتضي شغل الرحم فوجبت العدة منه كوطء الشبهة وأما وجوبها كعدة المطلقة فلأنها حرة فاشبهت الموطوءة بشبهة وقلوهم : إنما تجب لحفظ النسب قلنا : لو وجب لذلك لما وجب على الملائنة المنفي ولدها والآيسة والصغيرة ولما وجب استبراء الأمة التي لا يلحق ولدها بالبائع ولو وجب كذلك كان استبراء الأمة على البائع ثم لو ثبت أنها وجبت فالحاجة اليها داعية فإن المزني بها إذا تزوجت قبل الاعتداد اشتبته ولد الزوجة بالولد من الزنا فلا يحصل حفظ النسب

[جزء 9 - صفحة 132]

فصول تتعلق بالمفقود
إذا اختارت امرأة المفقود المقام والصبر حتى يتبين أمره فلها النفقة ما دام حيا وينفق عليها من ماله لأنها محكوم لها بالزوجة فيجب لها النفقة كما لو علمت حياته فإذا تبين أنه ان حيا وقدم فلا كلام وإن تبين أنه مات أو فارقها فلها النفقة إلى يوم موته أو بينوتها منه ويرجع عليها بالباقي لأننا تبينا أنها أنفقت مال غيره أو أنفقت من ماله وهي غير زوجة له وإن رفعت أمرها إلى الحاكم فضرب لها مدة فلها النفقة في مدة التربص ومدة العدة لأن مدة العدة لم يحكم فيها بينوتها من زوجها فهي محبوسة عليه بحكم الزوجة فأشبهه ما قبل العدة وأما مدة العدة فإنها غير منتفية بخلاف عدة الوفاة فإن موته متيقن وما بعد العدة إن تزوجت أو فرق الحاكم بينهما سقطت نفقتها لأنها أسقطتها بخروجها عن حكم نكاحه وإن لم تتزوج ولا فرق الحاكم بينهما فنفتها باقية لأنها لم تخرج من نكاحه فإن قدم الزوج بعد ذلك وردت اليه عادت نفقتها من حين الرد وقد روى الأثرم و الجوزجاني عن ابن عمر وابن عباس قالا : تنتظر امرأة المفقود أربع سنين قال ابن عمر : ينفق عليها من مال زوجها وقال ابن عباس : إذا يجحف ذلك بالورثة ولكنها تستدين فإذا جاء زوجها أخذت من ماله وإن مات أخذت من نصيبها من الميراث وقالا : ينفق عليها بعد في العدة بعد الأربع سنين من مال زوجها جميعه أربعة أشهر وعشرا وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج لم تسقط نفقتها ما لم تتزوج فإن تزوجت سقطت نفقتها لأنها بالتزويج تخرج عن يديه وتصير ناشزا وإن فرق بينهما فلا نفقة لها ما دامت في العدة فإذا انقضت فلم تعد الى مسكن زوجها فلا نفقة لها أيضا لأنها باقية على النشوز وإن عادت الى مسكنه احتمل أن تعود النفقة لأن النشوز المسقط

لنفقتها قد زال ويحتمل أنها لا تعود لأنها ما سلمت نفسها إليه وإن عاد فتسلمها عادت نفقتها ومتى أنفق عليها ثم بان أن الزوج كان قد مات قبل ذلك حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها فإن لم ترث شيئاً فهو عليها لأنها أنفقت من مال الوارث ما لا تستحقه فأما نفقتها على الزوج الثاني فإن قلنا : لها أن تتزوج فنكاحها صحيح حكمه في النفقة حكم الأنكحة الصحيحة وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج فلا نفقة لها فإن أنفق لم يرجع بشيء لأنه متطوع إلا أن يجبره الحاكم على ذلك فيحتمل أن يرجع بها لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجبا عليه ويحتمل أن لا يرجع به لأن ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ما لم يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره فلا نفقة لها إلا أن تكون حاملاً فينبني وجوب النفقة على الروائتين في النفقة هل هي للحمل أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هي للحمل فلها النفقة لأن نسب الحمل لاحق به فيجب عليه الإنفاق على ولده وإن قلنا لها من أجله فلا نفقة لها لأنها في غير نكاح صحيح فأشبهه حمل الموطوءة بشبهة وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني لحقه نسبه لأنها صارت فراشاً له وقد علمنا أن الولد ليس من الأول لأنها تربصت بعد فقده أكثر من مدة الحمل وتنقضي عدتها من الثاني بوضعه لأن الولد منه وعليها أن ترضعه اللبأ لأن الولد لا يقوم بدنه إلا به فإن ردت إلى الأول فله منعها من رضاعة كما له أن يمنعها من رضاع أجنبي لأن ذلك يشغلها عن حقوقه إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه التلف فليس له منعها من رضاعه لأن هذا حال ضرورة فإن أرضعته في بيت الزوج الأول لم تسقط نفقتها لأنها في قبضته ويده وإن أرضعته في غير بيته بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها ناشز وإن كان بإذنه خرج على الروائتين فيما إذا سافرت بإذنه

فصل : في ميراثها من الزوجين وتوريثهما منها متى مات زوجها الأول أو ماتت قبل تزويجها للثاني ورثته وورثها وكذلك إن تزوجت الثاني فلم يدخل بها لأننا قد تبينا أنه متى قدم قبل الدخول بها ردت إليه بغير تخيير وذكر القاضي فيها رواية أنه يخير فيها فعلى هذه الرواية حكمها حكم ما لو دخل بها الثاني فأما إذا دخل بها الثاني وقدم زوجها الأول فاخترها ردت إليه وورثها ولم ترث الثاني ولم يرثها لأنه لا زوجية بينهما وإن مات أحدهما قبل اختيارها إما في الغيبة أو بعد قدومه فإن قلنا أن لها أن تتزوج ورثت الزوج الثاني وورثها ولم ترث الأول ولم يرثها لأن من خير بين شيئين فتعذر أحدهما تعين الآخر وإن ماتت قبل اختيار الأول خير فإن اختارها ورثها وإن لم يخترها ورثها الثاني هذا ظاهر قول أصحابنا : وأما على ما اختاره شيخنا فإنها لا ترث الثاني ولا يرثها بحال إلا أن يجدد لها عقداً أو لا يعلم أن الأول كان حياً ومتى علم أن الأول كان حياً ورثها وورثته إلا أن يختار تركها فتبين منه بذلك فلا ترثه ولا يرثها وعلى قول أبي الخطاب إن حكمنا بوقوع الفرقة بتفريق الحاكم ظاهراً أو باطناً ورثت الثاني وورثها دون الأول وإن لم يحكم بوقوع الفرقة باطناً ورثت الأول وورثها دون الثاني فأما عدتها منهما فمن ورثته اعتدت لوفاته عدة الوفاة وإن مات الثاني في موضع لا ترثه فالمنصوص عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة في النكاح الفاسد فعلى هذا عليها عدة الوفاة لوفاته وهو اختيار أبي بكر وقال ابن حامد : لا عدة عليها لوفاته لن تعتد من وطئه بثلاثة قروء فإن ماتا معا اعتدت لكل واحد منهما

وبدأت بعدة الأول فإن أكملتها اعتدت للآخر وإن مات الأول اولا فكذلك وإن مات الثاني أولا بدأت بعدته فإن مات الأول انقطعت عدة الثاني ثم ابتدأت عدة الأول فإذا أكملتها أتمت عدة الثاني وإن علم موت أحدهما وجهل موت الآخر أو جهل موتهما فعليها أن تعتد عدتين من حين تيقنت الموت وتبدأ بعدة الأول لأنه أسبق وأولى وإن كانت حاملا فيوضع الحمل تنقضي عدة الثاني لأن الولد منه بتدئىء بعدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا

فصل : إذ تزوجت امرأة المفقود في وقت ليس لها أن تتزوج فيه نحو أن تتزوج قبل مضي المدة التي يباح له التزويج بعدها أو كانت غيبة زوجها ظاهرها السلامة أو ما أشبه هذا فنكاحها باطل وقال القاضي : إن تبين أن زوجها قد مات وانقضت عدتها منه أو فارقتها وانقضت عدتها ففي صحة نكاحها وجهان : أحدهما : هو صحيح لأنها ليست في نكاح ولا عدة فصح تزويجها كما لو علمت ذلك

والثاني : لا يصح لأنها معتقدة تحريم نكاحها وبطلانه وأصل هذا من باع عينا في يده يعتقدها لموروثه فبان موروثه ميتا والعين مملوكة له بالإرث هل يصح البيع ؟ فيه وجهان كذا ههنا ومذهب الشافعي مثل هذا

ولنا أنها تزوجت في مدة منعها الشرع النكاح فيها فلم يصح كما لو تزوجت المعتدة في عدتها والمرتابه قبل زوال الرية

فصل : وإن غاب رجل عن زوجته فشهد ثقات بوفاته فاعتدت زوجته للوفاة أبيع لها أن تتزوج فإن عاد الزوج بعد ذلك فحكمه حكم المفقود يخير زوجها بين أخذها وتركها وله الصداق وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح عن سهية أن زوجها صيفي بن فشيل نعي لها من قبيذائيل فتزوجت بعده ثم إن زوجها الأول قدم فأتينا عثمان وهو محصور فأشرف علينا ثم قال : كيف أقضي بينكما وأنا على هذه الحال ؟ فقلنا : قد رضينا بقولك فقضى أن يخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة فلما قتل عثمان أتينا عليا فخير الزوج الأول بين الصداق والمرأة فاختر الصداق فأخذ مني ألفين ومن زوجي الآخر ألفين فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة فما حصل من غرامة فعليهما لأنهما سبب في إيجابها وإن شهدا بموت رجل فقسم ماله ثم قدم فما وجده من ماله أخذه وما تلف منه أو تعذر رجوعه فيه فله تضمين الشاهدين لأنهما سبب الاستيلاء عليه وللمالك تضمين المتلف لأنه أتلف ماله بغير إذنه

فصل : وإن وطئت المعتدة بشبهة أو غيرها أتمت عدة الأول ثم استأنفت العدة من الوطاء إنما كان كذلك لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان لكونهما حقين لرجلين أشبه الدينين فتتم عدة الأول وتجب للثاني عدة كاملة بعد قضاء عدة الأول

مسألة : وإن كانت بائنا فأصابها المطلق عمدا فكذلك لأنها قد صارت أجنبية منه فأشبهه وطاء الأجنبي وإن أصابها بشبهة استأنفت العدة من الوطاء ودخلت فيها بقية الأولى لأن الوطاء بالشبهة يلحق له النسب فدخلت بقية الأولى في العدة الثانية

مسألة وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى تدخل بها فتنقطع حينئذ
 مسألة : وإن تزوجت في عدتها لم تنقطع عدتها حتى تدخل بها فتنقطع حينئذ
 وجملة ذلك ان المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها إجماعاً لقول الله تعالى :
 { ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله } ولأن العدة إنما اعتبرت
 لمعرفة براءة الرحم لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب فإن
 تزوجت فالنكاح باطل لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول فكان نكاحا
 باطلا كما لو تزوجت وهي في نكاحه ويجب أن يفرق بينه وبينها فإن لم يدخل
 بها فالعدة بحالها لا تنقطع بالعقد الثاني لأنه باطل لا تصير به المرأة فراشا ولا
 يستحق عليه بالعقد شيء وتسقط نفقتها وسكنائها عن الزوج الأول لأنها ناشز
 وإن وطئها انقطعت العدة سواء علم التحريم أو جهله وقال أبو حنيفة : لا
 ينقطع لأن كونها فراشا لغير من له العدة لا يمنعها كما لو وطئت وهي زوجة
 فإنها تعتد وإن كانت فراشا للزوج وقال الشافعي : إن وطئها عالما بأنها معتدة
 وأنه محرم فهو زان فلا تنقطع العدة بوطئه لأنها لا تصير به فراشا ولا يلحقه به
 نسب وإن ان جاهلا أنها معتدة أو بالتحريم انقطعت العدة بالوطء لأنها تصير به
 فراشا والعدة تراد للاستبراء وكونها فراشا ينافي ذلك فوجب أن يقطعها فأما
 طريانه فلا يجوز
 ولنا أن هذا وطء بشبهة نكاح فتنقطع به العدة كما لو جهل وقولهم إنها لا تصير
 به فراشا قلنا : لكنه لا يلحق الولد الحادث من وطئه بالزوج الأول فهما سياتان :
 إذا ثبت هذا فعليه فراقها فإن لم يفعل وجب التفريق بينهما

مسألة ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول ثم استأنفت العدة من الثاني
 مسألة : ثم إذا فارقها بنت على عدة الأول ثم استأنفت العدة من الثاني
 إنما بنت على عدة الأول لأن حقه أسبق ولأن عدته وجبت عن وطء في نكاح
 صحيح فإذا كملت عدة الأول وجب عليها أن تعتد من الثاني ولا تتداخل العدتان
 لأنهما من رجلين وهذا مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة : تتداخلان فتأتي بثلاثة
 قروء بعد مفارقة الثاني تكون عن بقية عدة الأول وعدة الثاني لأن القصد
 معرفة براءة الرحم وهذا تحصب به براءة الرحم منهما جميعا
 ولنا ما روى مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار أن
 طليحة كانت تحت رشيد الثقفي فطلقها ونكحت في عدتها فضربها عمر رضي
 الله عنه وضرب زوجها ضربات بمخفقة وفرق بينهما ثم قال : أيما امرأة نكحت
 في عدتها فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها يفرق بينهما ثم اعتدت بقية

عدتها من زوجها الأول ثم اعتدت من الآخر ولا ينكحها أبدا وروى بإسناده عن علي أنه قضى في التي تتزوج في عدتها في أنه يفرق بينهما ولها الصداق بما استحل من فرجها وتكمل ما أفسدت من عدة الأول وتعتد من الآخر وهذا قول سيدنا من الخلفاء لم يعرف لهما في الصحابة مخالف لأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين واليمينين ولأنه حسب يستحقه الرجال على النساء فلم يجر أن تكون المرأة في حسب رجلين كالزوجة

[جزء 9 - صفحة 139]

مسألة وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم
مسألة : وكل معتدة من غير النكاح الصحيح كالزانية والموطوءة بشبهة أو في نكاح فاسد فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره
قال شيخنا والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه إن كان يلحقه نسب ولدها لأن العدة لحفظ مائة وصيانة نسبه ولا يصابن ماؤه المحترم ولا يحفظ نسبه عنه ولذلك أبيح للمختلعة نكاح من خالعها ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية لا يحل له نكاحها لأنه يفضي إلى اشتباه النسب فالواطئ كغيره في أن النسب لا يلحق بواحد منهما

مسألة وإن أتت بولد من أحدهما انقضت عدتها منه ثم اعتدت للآخر أيهما كان
مسألة : وإن أتت بولد من أحدهما انقضت عدتها منه ثم اعتدت للآخر أيهما كان وجملة ذلك أن التي تزوجت في عدتها إذا كانت حاملا انقضت عدتها بوضع حملها لقول الله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } فإن كان يمكن أن تكون من الأول دون الثاني وهو إن تأتي به لدون ستة أشهر من وطء الثاني وأربع سنين فما دونها من فراق الأول فإنه يلحق بالأول وتنقضي عدتها منه بوضعه ثم تعتد بثلاثة قروء عن الثاني وإن أمكن كونه من الثاني دون الأول وهو أن تأتي به لستة أشهر فما زاد إلى أربع سنين من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين منذ بانث من الأول فهو ملحق بالثاني وحده تنقضي به عدتها منه ثم تتم عدة الأول وتقدم عدة الثاني ههنا لأنه لا يجوز أن يكون الحمل من إنسان والعدة من غيره

[جزء 9 - صفحة 140]

مسألة وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني ولأربع سنين فما دونها

مسألة : وإن أمكن أن يكون منهما وهو أن تأتي به لستة أشهر فصاعداً من وطء الثاني ولأربع سنين فما دونها من بينونتها من الأول أرى القافة معهما فإن ألحقته بالأول لحق به كما لو أمكن أن يكون منه دون الثاني وإن ألحقته بالثاني لحق به وكان الحكم كما لو أمكن أن يكون من الثاني دون الأول فإن ألحقته بهما لحق بهما

ومقتضى المذهب أن تنقضي عدتها به منهما جميعاً لأن نسبه ثبتت منهما ما تنقضي عدتها به من الواحد الذي ثبتت نسبه منه فأما إن نفته القافة عنهما فحكمه حكم ما لو أشكل أمره فعلى هذا تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء لأنه إن كان من الأول فقد أتت بما عليها من عدة الثاني وإن كان من الثاني فعليها أن تكمل عدة الأول لتسقط الفرض بيقين ولا ينتفي الولد عنهما لقول القافة لأن عمل القافة ترجيح أحد صاحبي الفراش لا في النفي عن الفراش كله ولهذا لو كان صاحب الفراش واحداً فنفته القافة عنه لم ينتف بقولها فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ولأكثر من أربع سنين من فراق الأول لم يلحق بواحد منهما ولا تنقضي عدتها منه لأنها تعلم أنه من وطء آخر فتقضي به عدتها من ذلك الوطاء ثم تتم عدة الأول وتستأنف عدة الثاني لأنه قد وجد ما يقتضي عدة ثالثة وهو الوطاء الذي حملت منه فيجب عليها عدتان وإتمام العدة أولى

[جزء 9 - صفحة 141]

مسألة وللثاني أن ينكحها بعد انقضاء العدتين وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد مسألة : وللثاني أن ينكحها بعد انقضاء العدتين وعنه أنها تحرم عليه على التأبيد أما الزوج فإن كان طلق ثلاثاً لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه لأنه نكاح باطل وإن طلق دون الثلاث فله نكاحها بعد العدتين وإن كانت رجعية فله رجعتها في عدتها منه

وأما الزوج الثاني ففيه روايتان : إحداهما : تحرم عليه على التأبيد وبه قال مالك و الشافعي في القديم لقول عمر رضي الله عنه لا ينكحها أبداً ولأنه استعجل الحق في غير وقته فحرمه في وقته كالوارث إذا قتل موروثاً ولأنه يفسد النسب فيوقع التحريم المؤبد كاللعان والثانية : تحل له قال الشافعي في الجديد له نكاحها بعد قضاء عدة الأول ولا يمنع من نكاحها في عدتها منه لأنه وطء يلحق به النسب فلا يمنع من نكاحها في عدتها منه كالوطء في النكاح ولأن العدة إنما شرعت حفظاً للنسب وصيانة للماء والنسب لاحق به ههنا فأشبهه ما لو خلعه ثم نكحها في عدتها قال شيخنا وهذا قول حسن موافق للنظر

ولنا على إباحتها بعد العدتين أنه لا يخلو أما أن يكون تحريمها بالعقد أو بالوطء في النكاح الفاسد أو بهما وجميع ذلك لا يقتضي التحريم بدليل ما لو نكحها بلا

ولي ووطنها ولأنه لو زنى بها لم تحرم عليه على التأييد فهذا أولى ولأن آيات الإباحة عامة كقوله تعالى : { وأحل لكم ما وراء ذلكم } - وقوله : - { والمحصنات من المؤمنات } فلا يجوز تخصيصها بغير دليل وما روي عن عمر في تحريمها فقد خالفه علي فيه وروي عن عمر أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول علي فإن عليا قال : إذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب فقال عمر : ردوا الجهالات إلى السنة ورجع إلى قول علي : وقياسهم يبطل بما إذا زنى بها فإنه قد استعجل وطأها ولا تحرم عليه على التأييد ووجه تحريمها قبل قضاء عدة الثاني عليه قول الله تعالى : { ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله } ولأنه وطأ يفسد به النسب فلم يجز النكاح في العدة منه كوطء الأجنبي

فصل : إذا تزوج معتدة وهما عالمان بالعدة وبتحريم النكاح فيها ووطنها فهما زانيان عليهما حد الزنا ولا مهر لها ولا يلحقه النسب وإن كانا جاهلين بالعدة أو بالتحريم ثبت النسب وانتفى الحد ووجب المهر وإن علم هو دونها فعليه الحد والمهر ولا يلحقه النسب وإن علمت هي دونه فعليها الحد ولا مهر لها ويلحقه النسب وإنما كان كذلك لأن هذا نكاح متفق على بطلانه فأشبهه نكاح ذوات المحارم

[جزء 9 - صفحة 143]

مسألة وإن وطئ رجلان امرأة فعليها عدتان لهما لحديث عمر وعلى الذي ذكرناه فيما إذا تزوجت في عدتها
مسألة : وإن وطئ رجلان امرأة فعليها عدتان لهما لحديث عمر وعلى الذي ذكرناه فيما إذا تزوجت في عدتها ولأنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالدينين

فصل : إذا خال الرجل امرأته أو فسخ نكاحه فله أن يتزوجها في عدتها في قول الجمهور وبه قال سعيد بن المسيب و عطاء و الزهري و الحسن و قتادة و مالك و الشافعي واصحاب الرأي وشذ بعض المتأخرين فقال : لا يحل له نكاحها ولا خطبتها لأنها معتدة

ولنا أن العدة لحفظ نسبه وصيانة مائه ولا يصاب ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح فإذا تزوجها انقطعت العدة لأن المرأة تصير فراشا بعقده ولا يجوز أن تكون زوجته معتدة

فصل : إذا طلقها واحدة فلم تنقض عدتها حتى طلقها ثانية بنت على ما مضى من العدة لأنهما طلاقان لم يتخللها وطء ولا رجعة فأشبهها الطلقتين في وقت واحد

مسألة وإن راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة من الطلاق الثاني لأنه طلاق من نكاح اتصل به الميسر
مسألة : وإن راجعها ثم طلقها بعد دخوله بها استأنفت العدة من الطلاق الثاني لأنه طلاق من نكاح اتصل به الميسر

مسألة وإن طلقها قبل دخوله بها فهل تبني أو تستأنف على روايتين
مسألة : وإن طلقها قبل دخوله بها فهل تبني أو تستأنف ؟ على روايتين :
أولاهما : أنها تستأنف لأن الرجعية أزالته شعث الطلاق الأول ورد بها الى النكاح الأول فصار الطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به الميسر
والثانية تبني لأن الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ولو نكحها ثم طلقها قبل الميسر لم يلزمها لذلك الطلاق عدة فكذلك الرجعة فإن فسخ النكاح قبل الرجعة بخلع أو غيره احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق لأن موجبها في العدة موجب الطلاق ولا فرق بينهما واحتمل أن تستأنف العدة لأنهما جنسان بخلاف الطلاق وإن لم يرتجعها بلفظه لكنه وطئها في عدتها فهل تحصل بذلك رجعة ؟ فيه روايتان :

إحدهما : تحصل فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم وطئها سواء
والثانية : لا تحصل الرجعة به ويلزمها استئناف عدة لأنه وطئ في نكاح تشعث فهو كوطء الشبهة وتدخل بقية عدة الطلاق فيها لأنهما من رجل واحد وان حملت من هذا الوطاء فهل تدخل فيها بقية الأولى ؟ على وجهين :
أحدهما : تدخل لأنهما من رجل واحد والثاني : لا تدخل لأنهما من جنسين فعلى هذا إذا وضعت حملها أتمت عدة الطلاق وإن وطئها وهي حامل ففي داخل العدتين وجهان وإن قلنا تتداخلان فانقضاهما معا بوضع الحمل وإن قلنا لا تتداخلان فانقضاه عدة الطلاق بوضع الحمل وتستأنف عدة الوطاء بالقروء

[جزء 9 - صفحة 144]

مسألة وإن طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها قبل دخوله بها فعلى روايتين

مسألة : وإن طلقها طلاقاً بائناً ثم نكحها في عدتها ثم طلقها قبل دخوله بها فعلى روايتين

إحدهما : تستأنف وهو قول أبي حنيفة لأنه طلاق لا يخلو من عدة فأوجب عدة مستأنفة كالأول والثانية لا يلزمها استئناف عدة اختارها شيخنا وهو قول الشافعي و محمد بن الحسن لأنه طلاق في نكاح قبل الميسر فلم يوجب عدة لعموم قوله سبحانه : { ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها } وذكر القاضي في كتاب الروايتين أنه لا يلزمها استئناف العدة رواية واحدة لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى لأن إسقاطها يفضي الى

اختلاط المياه لأنه يتزوج امرأة ويطؤها وبخلعها ثم يتزوجها وبطلقها في الحال ويتزوجها الثاني في يوم واحد

فصل : وإن خلعها حاملا ثم طلقها وهي حامل انقضت عدتها بوضع الحمل على كلتا الروايتين ولا نعلم فيه مخالفا ولا تنقضي عدتها قبل وضع حلها بغير خلاف نعلمه وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني بغير خلاف أيضا لأنه نكحها بعد قضاء عدة الأول وإن وضعته بعد النكاح الثاني وقبل طلاقه فمن قال : يلزمها استئناف عدة أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قروء ومن قال : لا يلزمها استئناف عدة لم يوجب عليها ههنا عدة لأن العدة الأولى انقضت بوضع الحمل إذ لا يجوز أن تعتد الحامل بغير وضعه وإن كانت من ذوات القروء أو الشهور فنكحها الثاني بعد مضي قرء أو شهر ثم مضى قرآن أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني فقد انقضت العدة بالنكاح الثاني وإن قلنا : تستأنف العدة فعلها عدة تامة بثلاثة قروء أو ثلاثة أشهر وإن قلنا تبني أتمت العدة الأولى بقرأين أو شهرين

فصل : فإن طلقها طلاقا رجعيا فنكحت في عدتها من وطئها فقد ذكرنا أنها تبني على عدة الأول ثم تستأنف عدة الثاني ولزوجها الأول رجعتها في بقية عدتها منه لأن الرجعة إمساك للزوجة وطريان الوطاء من أجنبي على النكاح لا يمنع الزوج إمساك زوجته كما لو كانت في صلب النكاح وقيل : ليس له رجعتها لأنها محرمة عليه فلم يصح له ارتجاعها كالمتردة والصحيح الأول فإن التحريم لا يمنع الرجعة كالإحرام ويفارق الردة عليه فلم يصح إلى بينونة بعد الرجعة بخلاف العدة وإذا انقضت عدتها منه فليس له رجعتها في عدة الثاني لأنها ليس منه وإذا ارتجعها في عدتها من نفسه وكانت بالقروء أو بالأشهر انقضت عدته بالرجعة وابتدأت عدة من الثاني ولا يحل له وطؤها حتى تنقضي عدة الثاني كما لو وطئت بشبهة في صلب نكاحه وإن كانت معتدة بالحمل لم يكن شروعا في عدة الثاني قبل وضع الحمل لأنها بالقروء فإذا وضعت حملها شرعت في عدة الثاني وتتقدم عدة الثاني عن الأول فإذا أكملتها شرعت في إتمام عدة الأول وله حينئذ أن يرتجعها لأنها في عدته وإن أحب أن يرتجعها في حال حملها ففيه وجهان :

أحدهما : ليس له ذلك لأنها ليست في عدته وهي محرمة عليه فأشبهت الأجنبية أو المتردة

والثاني : له رجعتها لأن عدتها منه لم تنقض وتحريمها لا يمنع رجعتها كالمحرمة

فصل : قال الشيخ رحمه الله : ويجب الإحداد على المعتدة من الوفاة وهل يجب على البائن ؟ على روايتين ولا يجب على الرجعية والموطوءة بشبهة أو زنا أو في نكاح فاسد أو بملك اليمين

لا نعلم خلافا بين أهل العلم في وجوب الإحداد على المتوفى عنها زوجها إلا عن الحسن فإنه قال : لا يجب الإحداد وهو قول شذبه عن أهل العلم وخالف فيه السنة فلا يعرج عليه

مسألة ويستوي في وجوبه الحرة والأمة والمسلمة والذمية والكبيرة والصغيرة
مسألة : ويستوي في وجوبه الحرة والأمة والمسلمة والذمية والكبيرة
والصغيرة وقال أصحاب الرأي : لا إحداد على ذمية ولا صغيرة لأنهما غير
مكلفين
ولنا عموم الأحاديث التي نذكرها إن شاء الله ولأن غير المكلفة تساوي المكلفة
في اجتناب المحرمات كالخمر والزنا وإنما يفترقان في الإثم فكذلك الإحداد
ولأن حقوق الذمية في النكاح كحقوق المسلمة فكذلك فيما عليها

مسألة وهل يجب على البائن على روايتين
مسألة : وهل يجب على البائن ؟ على روايتين
إحدهما : يجب عليها وهو قول سعيد بن المسيب و أبي عبيد و أبي ثور
وأصحاب الرأي والثانية : لا يجب عليها وهو قول عطاء و ربيعة و مالك و ابن
المنذر ونحوه قال الشافعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا يحل
لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة
أشهر وعشرا] وهذه عدة الوفاة فيدل على أن الإحداد إنما يجب في عدة
الوفاة ولأنها معتدة من غير وفاة فلم يجب عليها الإحداد كالرجعية والموطوءة
بشبهة ولأن الإحداد في عدة الوفاة لإظهار الأسف على فراق زوجها وموته فأما
الطلاق فإنه فارقها باختيار نفسه وقطع نكاحها في معنى لتكلفتها الحزن عليه
ولأن المتوفى عنها لو أتت بولد لحق الزوج وليس له من ينفيه فاحتيط عليها
بالإحداد لئلا يلحق بالميت من ليس منه بخلاف المطلقة فإن زوجها باق فهو
يحتاط عليها لنفسه وينفي ولدها إذا كان من غيره ووجه الرواية الأولى أنها
معتدة بائن من نكاح فلزمها الإحداد كالمتوفى عنها زوجها وذلك لأن العدة تحرم
النكاح فحرمت دواعيه بخلاف الرجعية فإنها زوجة والموطوءة بشبهة ليست
معتدة من نكاح فلم تكمل الحرمة فأما الحديث فإنما مدلوله تحريم الإحداد
على ميت غير الزوج ونحن نقول به ولهذا جاز الإحداد ههنا بالإجماع فإذا قلنا
يلزمها الإحداد فحكمها حكم المتوفى عنها زوجها من توقي الطيب والزينة في
نفسها على ما نذكره إن شاء الله
وذكر شيخنا في كتاب الكافي أن المختلعة كالبائن فيما ذكرنا من الخلاف
والصحيح أنه لا يجب عليها لأنها يحل لزوجها الذي خالعها أن يتزوجها في عدتها
بخلاف البائن بالثلاث

[جزء 9 - صفحة 148]

مسألة ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه

مسألة : ولا إحداد على الرجعية بغير خلاف نعلمه
لأنها في حكم الزوجات لها أن تتزين لزوجها وتستشرف له ليرغب فيها وتتفق
عنده كما تفعل في صلب النكاح ولا إحداد على المنكوحه نكاحا فاسدا لأنها
ليست زوجة على الحقيقة ولا لها من كانت تحل له وتحزن على فقده وكذلك
الموطوءة بشبهة والمزني بها ولا إحداد على غير الزوجات كأم الولد إذا مات
سيدها والأمة التي يطؤها سيدها إذا مات عنها لقول النبي صلى الله عليه
وسلم : [لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا
على زوج أربعة أشهر وعشرا]

مسألة والإحداد اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والملون من
الثياب للتحسين

مسألة : والإحداد اجتناب الطيب والزينة والتحسين كلبس الحلي والملون من
الثياب للتحسين

وجملة ذلك أن الحادة يجب عليها اجتناب ما يدعو إلى جماعها ويرغب في
النظر إليها ويحسنها وذلك أربعة أمور : أحدها : الطيب ولا خلاف في تحريمه
عند من أوجب الإحداد لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [ولا تمس طيبا إلا
عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها نبذه من قسط أو اظفار] متفق عليه و
[روت زينب بنت أم سلمة قالت : دخلت على أم حبيبة زوج النبي صلى الله
عليه وسلم حين توفي أبوها أبو سفيان فدعت بطيب فيه صفرة خلوق أو غيره
فدهنت منه جارية ثم مست بعارضها وقالت : والله مالي بالطيب من حاجة غير
أنني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يحل لامرأة تؤمن بالله
واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث ليال إلا على زوج أربعة أشهر وعشرا
[متفق عليه ولأن الطيب يحرك الشهوة ويدعو إلى المباشرة ولا يحل لها
استعمال الأدهان المطيبة دهن الورد والبنفسج والياسمين والبان وما أشبهه
لأنه استعمال للطيب فأما الأدهان بغير المطيب كالزيت والشيرج والسمن فلا
بأس به لأنه ليس بطيب الثاني : اجتناب الزينة وذلك أوجب في قول عامة أهل
العلم منهم عمر وابن عباس و عطاء وجماعة أهل العلم يكرهون ذلك وينهون
عنه وهو ثلاثة أقسام : أحدها : الزينة في نفسها فيحرم عليها أن تختضب وأن
تحمر وجهها بالكلكون وأن تبيضه بأسفيداج العرائس وأن تجعل عليه صبيرا
يصفره وأن تنفش وجهها وبدنها وأن تحفف وجهها وما أشبهه مما يحسنها وأن
تكتحل بالإثمد من غير ضرورة لما [روت أم سلمة أن النبي صلى الله عليه
وسلم قال : المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا
الحلي ولا تختضب ولا تكتحل] رواه النسائي و ابو داود و [روت أم عطية أن
رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : لا تحد المرأة فوق ثلاثة أيام إلا على
زوج فإنها تحد أربعة أشهر وعشرا ولا تلبس ثوبا مصبوغا إلا ثوب عصب ولا
تكتحل ولا تمس طيبا إلا عند أدنى طهرها إذا طهرت من حيضها بنبذة من قسط
أو اظفار] متفق عليه و [عن أم سلمة قالت : جاءت امرأة إلى رسول الله
صلى الله عليه وسلم فقالت : يا رسول الله إن ابنتي توفي عنها زوجها وقد

اشتكى عيناها أفتكحلها ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا مرتين أو ثلاثا [متفق عليه و [روت أم سلمة قالت : دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم حين توفي أبو سلمة وقد جعلت على عيني صبرا فقال : ماذا يا أم سلمة قلت : إنما هو صبر ليس فيه طيب قال : إنه يشب الوجه لا تجعليه إلا بالليل وتنزعيه بالنهار ولا تمتشطي بالطيب ولا بالحناء فإنه خضاب قالت : قلت بأي شيء أمتشط ؟ قال : بالسدر وتغلفين به رأسك [ولأن الكحل من أبلغ الزينة والزينة تدعو إليها وتحرك الشهوة فهي كالطيب وأبلغ منه وحكي عن بعض الشافعية أن للسوادء أن تكتحل وهو مخالف للخبر والمعنى فإنه يزيناها ويحسنها فإن اضطرت الحادة الى الكحل بالإثمد للتداوي به فلها أن تتكحل ليلا ونهارا ورخص فيه عند الضرورة عطاء و النخعي و مالك وأصحاب الرأي لما روت أم حكيم بنت أسد عن أمها أن زوجها توفي وانت تشتكى عينيها فتكتحل بالجلاء فأرسلت مولاة لها إلى أم سلمة تسألها عن كحل الجلاء فقال : لا تكتحل إلا ما لا بد منه يشد عليك فتكتحلين بالليل وتغسلينه بالنهار رواه أبو داود و النسائي وإنما تمنع من الحل بالإثمد لأنه الذي يحصل به الزينة فأما الكحل بالتوتيا والعنزروت ونحوهما فلا بأس به لأنه لا زينة فيه بل يفتح العين ويزيدها مرها ولا تمنع من جعل الصبر على غير وجهها من بدنها لأنه إنما منع منه في الوجه لأنه يصفره فيشبه الخضاب ولهذا [قال النبي صلى الله عليه وسلم : إنه يشب الوجه] ولا تمنع من التنظيف بتقليم الأظفار وبتف الأبط وحلق الشعر المندوب إلى حلقه ولا من الاعتسال بالسدر والامتشاط به لحديث أم سلمة ولأنه يراد للتنظيف لا للطيب القسم الثاني : زينة الثياب فتحرم عليها الثياب المصبغة للتحسين كالمعصر والمزعر وسائر الأحمر وسائر الملون للتحسين كالأزرق الصافي والأخضر الصافي والأصفر فلا يجوز لبسه لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا تلبس ثوبا مصبوغا] وقوله : [لا تلبس المعصر من الثياب ولا الممشق] فأما ما لا يقصد بصبغة حسنة كالكحلي والأسود والأخضر المشيع فلا يمنع منه لأنه ليس بزينة وما صبغ غزله ثم نسج ففيه احتمالان أحدهما : يحرم لبسه لأنه أحسن وأرفع ولأنه مصبوغ للحسن فأشبهه ما صبغ بعد نسجه والثاني : لا يحرم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم في حديث أم سلمة [إلا ثوب عصب] قال القاضي : هو ما صبغ غزله قبل نسجه ولأنه لم يصبغ وهو ثوب فأشبهه ما كان حسنا من الثياب غير مصبوغ والأول أصح وأما العصب فالصحيح أنه نبت تصبغ به الثياب قال صاحب الروض الأنف : الورس والعصب نبتان باليمن لا ينبتان إلا به فأرخص النبي صلى الله عليه وسلم للحادة في لبس ما صبغ بالعصب لأنه في معنى ما صبغ لغير التحسين أما ما صبغ غزله للتحسين الأحمر والأصفر فلا معنى لتجويز لبسه مع حصول الزينة بصبغة كحصولها بما صبغ بعد نسجه

القسم الثالث : الحلبي فيحرم عليها لبس الحلبي كله حتى الخاتم في قول عامة أهل العلم لقول النبي صلى الله عليه وسلم [ولا الحلبي] وقال عطاء : يباح حلبي الفضة دون الذهب ولا يصح لعموم النهي ولأن الحلبي يزيدنا حسنا ويدعو إلى مباشرتها قال الشاعر

(وما الحلبي إلا زينة لنقيصة ... تتم من حسن إذا الحسن قصرا)

مسألة ولا يحرم عليها الأبيض من الثياب وإن كان حسنا
 مسألة : ولا يحرم عليها الأبيض من الثياب وإن كان حسنا
 سواء كان من قطن أو كتان أو صوف أو إبريسم لأن حسنه من أصل خلقته فلا
 يلزم تغييره كما أن المرأة إذا كانت حسنة الخلقة لا يلزمها أن تغير لونها وتشوه
 نفسها ولا الملون لدفع الوسخ كالكلبي والأسود والأخضر المشيع لأنه لا يراد
 للزنية أشبه الأبيض قال الخرقى : وتجنب النقاب وما في معناه مثل البرقع
 ونحوه لأن المعتدة مشبهة بالمحرمة والمحرمة تمنع من ذلك فإن احتاجت الى
 ستر وجهها سدلت عليه كما تفعل المحرمة ويحتمل أن لا تمنع من ذلك لأنه
 ليس بمنصوص عليه ولا هو في معنى المنصوص وإنما منعت منه المحرمة لأنها
 ممنوعة من تغطية وجهها بخلاف الحادة ولأن المحرمة يحرم عليها لبس
 القفازين بخلاف الحادة ويجوز لها لبس الثياب المزعفرة وغيرها من الثياب
 المصبوغة والحلي والحادة يحرم عليها ذلك فلا يصح القياس ولأن المبتوتة لا
 يحرم عليها النقاب فإن وجب عليها الإحداد فكذلك المتوفى عنها زوجها
 فصل : وتجب عدة الوفاة في المنزل الذي وجبت فيه روي ذلك عن عمر
 وعثمان وابن عمر وابن مسعود وأم سلمة رضي الله عنهم وبه قال مالك و
 الثوري و أبو حنيفة و الشافعي و إسحاق قال ابن عبد البر : وبه يقول جماعة
 فقهاء الأمصار بالحجاز والشام والعراق ومصر وقال جابر بن زيد و الحسن و
 عطاء : تعتد حيث شاءت روي ذلك عن علي و ابن عباس و جابر و عائشة رضي
 الله عنهم قال ابن عباس : نسخت هذه الآية عدتها عند اهله وسكتت في
 وصيتها وإن شاءت خرجت لقول الله تعالى : { فإن خرجن فلا جناح عليكم في
 ما فعلن في أنفسهن من معروف } قال عطاء : ثم جاء بميرات فنسخ السكنى
 تعتد حيث شاءت رواهما أبو داود
 ولنا ما [روت فريعة بنت مالك بن سنان أخت أبي سعيد أنها جاءت إلى رسول
 الله صلى الله عليه وسلم فأخبرته أن زوجها خرج في طلب أعبد له أبقوا
 فقتلوه بطرف القدوم فسألت رسول الله أن أرجع إلى أهلي فإن زوجي لم
 يتركني في مسكن يملكه ولا نفقة قالت : فقال رسول الله صلى الله عليه
 وسلم : نعم قالت : : فخرجت حتى إذا كنت في الحجرة أو في المسجد دعاني
 أو أمر بي فدعيت له فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : كيف قلت ؟
 فرددت عليه القصة فقال : امكثي في بيتك حتى يبلغ الكتاب أجله فاعتددت
 فيه أربعة أشهر وعشرا فلما كان عثمان بن عفان أرسل إلي فسألني عن ذلك
 فأخبرته فاتبعه وقضى به [رواه مالك في موطنه و الأثرم وهو حديث صحيح
 قضى به عثمان في جماعة الصحابة فلم ينكروه إذا ثبت هذا فإنه يجب الاعتداد
 في المنزل الذي مات زوجها وهي ساكنة به سواء كان لزوجها أو بإجارة أو
 عارية لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لفريعة : [امكثي في بيتك] ولم

تكن في بيت يملكه زوجها وفي بعض ألفاظه : [اعتدي في البيت الذي أتاك فيه نعي زوجك] وفي لفظ : [اعتدي حيث أتاك الخبر] فإن أتاها الخبر في غير مسنها رجعت الى مسكنها أو اعتدت فيه وقال سعيد بن المسيب و النخعي : لا تبرح من مكانها الذي أتاها فيه نعي زوجها ابتاعا للفظ الخبر الذي رويناه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : [امكثي في بيتك] واللفظ الآخر قضية في عين والمراد به هذا فإن قضايا الأعيان لا عموم لها ولا يمكن حمله على العموم فإنه لا يلزمها الاعتداد في السوق والطريق والبرية إذا أتاها الخبر وهي فيها

[جزء 9 - صفحة 154]

مسألة إلا أن تدعو ضرورة الى خروجها منه بأن يحولها مالكة أو تخشى على نفسها
مسألة : إلا أن تدعو ضرورة إلى خروجها منه بأن يحولها مالكة أو تخشى على نفسها

وجملة ذلك أنها إذا خافت هدمًا أو غرقًا أو عدواً أو نحو ذلك أو حولها صاحب المنزل لكونه عارية رجع فيها أو بإجارة انقضت مدتها أو منعها السكنى تعدياً أو امتنع من إجارته أو طلب به أكثر من أجر المثل أو لم تجد ما تكتري به أو لم تجد إلا من مالها فلها أن تنتقل لأنها حال عذر ولا يلزمها بذل أجره المسكن وإنما الواجب عليها السكنى لا تحصيل المسكن وإذا تعذرت السكنى سقطت وتسكن حيث شاءت ذكره القاضي وذكر أبو الخطاب أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها النقلة اليه وهو مذهب الشافعي لأنه قرب إلى موضع الوجوب أشبه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان فإنه ينقلها إلى موضع يجدهم فيه

ولنا أن الواجب سقط لعذر ولم يرد الشرع له ببدل فلا يجب كما لو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ولأن ما ذكره إثبات حكم بلا نص ولا معنى نص فإن معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ويفارق أهل السهمان فإن القصد نفع الأقرب وفي نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب

فصل : ولا سكنى للمتوفى عنها إذا كانت حائلاً رواية واحدة وإن كانت حاملاً فعلى روايتين ولا الشافعي فيها قولان : أحدهما : لها السكنى لقوله تعالى : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً وصية لأزواجهم متاعاً إلى الحول غير إخراج } فنسخ بعض المدة وبقي باقيها على الوجوب ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أمر فريضة بالسكنى في بيتها من غير استئذان الورثة ولو لم تجب السكنى لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم كما أنها ليس لها أن تتصرف في مال زوجها بغير إذنهم

ولنا أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربعها وجعل باقيها لسائر الورثة والمسكن من التركة فوجب أن لا تستحق منه أكثر من ذلك وأما إذا

كانت حاملا وقلنا لها السكنى فلأنها حامل من زوجها فوجبت لها السكنى قياسا على المطلقة فأما الآية التي احتجوا بها فإنها منسوخة وأما أمر النبي صلى الله عليه وسلم فريعة بالكسنى فقضية في عين يحتمل أن رسول الله صلى الله عليه وسلم علم أن الوارث يأذن في ذلك أو تكون السكنى واجبة عليها وبتقيد ذلك بالإمكان وإذن الوارث من جملة ما يحصل به الإمكان فإذا قلنا : لها السكنى فهي أحق بسكنى المسكن الذي كانت تسكنه من الورثة والغرماء من رأس مال المتوفى ولا يباع في دينه يباعا يمنعها السكنى حتى تقضي العدة وبهذا قال مالك و الشافعي و أبو حنيفة وجمهور العلماء وإن تعذر ذلك المسكن فعلى الوراث أن يكتري لها مسكنا من مال الميت فإن لم يفعل أجبره الحاكم وليس لها أن تنتقل إلا لعذر كما ذكرنا وإن اتفق الوارث والمرأة على نقلها عنه لم يجز لأن السكنى ههنا يتعلق بها حق الله سبحانه وتعالى فلم يجز الاتفاق على تركها كسائر خصال الإحداد وليس لهم إخراجها إلا أن تأتي بفاحشة مبينة لقول الله تعالى : { لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة } وهو أن يطول لسانها على أحمائها وتؤذيهم بالسب ونحوه روي ذلك عن ابن عباس وهو قول الأكثرين وقال ابن مسعود و الحسن : هي الزنا لقول الله تعالى : { واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم } وإخراجها هو لإقامة حد الزنا ثم ترد إلى مكانها ولنا أن الآية تقتضي الإخراج من المسكن وهذا لا يتحقق فيما قالاه وأما الفاحشة فهي اسم للزنا وغيره من الأقوال الفاحشة يقال : أفحش الرجل في قوله ولهذا [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قالت له عائشة يا رسول الله قلت لفلان بنس أخو العشيرة - ثم ألت له القول لما دخل قال : يا عائشة إن الله لا يحب الفحش ولا التفحش] إذا ثبت هذا فإن الورثة يخرجونها عن ذلك المسكن إلى مسكن آخر من الدار إن كانت كبيرة تجمعهم فإن كانت لا تجمعهم أو لم يمكن نقلها إلى غيرها في الدار أو لم يتخلصوا من أذاها بذلك فلهم نقلها وقال بعض أصحابنا : ينتقلون هم عنها لأن سكنها واجب في المكان وليس بواجب عليهم والنص يدل على أنها تخرج فلا يعرج على ما خالفه ولأن الفاحشة منها فكان الإخراج لها وإن كان أحمائها هم الذين يؤذونها ويفحشون عليها نقلوهم دونها فإنها لم تات بفاحشة فلا تخرج بمقتضى النص ولأن الذنب لهم فيخصون بالإخراج وإن كان المسكن لغير الميت فيتبرع صاحبه بإسكانها فيه لزمها الاعتداد به وإن أبى ان يسكنها إلا بالأجرة وجب بذلها من مال الميت إلا أن فتبرع إنسان ببدلها ويلزمها الاعتداد به فإن حولها مال لمكان أو طلب أكثر من أجر المثل فعلى الورثة إسكانها إن كان للميت تركة يستأجر لها به مسكن لأنه حق لها يقدم على الميراث فإن اختارت النقلة عن المسكن الذي ينقلونها إليه فلها ذلك سكنها به حق لها وليس بواجب عليها فإن المسكن الذي كان تجب عليها السكنى به هو الذي كانت تسكنه حين موت زوجها وقد سقطت عنها السكنى به وسواء كان المسكن الذي كانت به لأبويها أو لأحدهم أو لغيرهم وإن كانت تسكن في دار لها فاختارت الإقامة فيها والسكنى متبرعة أو بأجرة تأخذها من التركة جاز وعلى الورثة بذل الأجرة إذا طلبتها وإن طلبت أن

تسكنها غيرها وتنتقل عنها فلها ذلك لأنه ليس عليها أن تؤجر دارها ولا تعيرها
وعليهم إسكانها

فصل : فأما إذا قلنا : ليس لها السكنى فتطوع الورثة بإسكانها في مسكن
زوجها أو السلطان أو أجنبي لزمها الاعتداد به وإن منعت السكنى أو طلبوا منها
الأجرة فلها أن تنتقل عنه إلى غيره كما ذكرنا فيما إذا أخرجها المؤجر عند
انقضاء الإجارة وسواء قدرت على الأجرة أو عجزت لأنه إنما تلزمها السكنى لا
تحصيل المسكن وإن كانت في مسكن لزوجها فأخرجها الورثة منه وبذلوا لها
مسكنا آخر لم تلزمها السكنى به ولذلك إن أخرجت من المسكن الذي هي به
أو خرجت لأي عارض كان لم تلزمها السكنى في موضع معين سواء سواء بذله
الورثة أو غيرهم لأنها إنما يلزمها الاعتداد في بيتها الذي كانت فيه لا في غيره
وكذلك إذا قلنا لها السكنى فتعذر سكنها في مسكنها وبذل لها سواء وإن
طلبت مسكنا بأجرة أو غيرها لزم الورثة تحصيله إن خلف الميت تركة نفى
بذلك وتقدم على الميراث لأنه حق على الميت فأشبه الدين فإن كان على
الميت دين يستغرق تركته ضربت بأجرة المسكن لأن حقها مساوٍ لحقوق
الغرماء وتستأجر بما يخصها موضعاً تسكنه وكذلك الحكم في المطلقة إذا حبر
على الزوج قبل أن يطلقها ثم طلقها فإنها تضرب بأجرة المسكن مدة العدة مع
الغرماء إذا كانت حاملاً فإن قيل فهلا قدمتم حق الغرماء لأنه أسبق ؟ قلنا لأن
حقها ثبت عليه بغير اختياره فشارك الغرماء فيه كما لو أتلّف المفلس مالا
لإنسان أو جنى عليه وإن مات وهي في مسكنه لم يجز إخراجها منه لأن حقها
تعلق بعين المسكن قبل تعلق حقوق الغرماء بعينه فكان حقها مقدماً كحق
المرتهن وإن طلب الغرماء بيع هذا المسكن وتترك السكنى لها مدة العدة لم
يجز لأنها إنما تستحق السكنى إذا كانت حاملاً ومدة الحمل مجهولة فتصير كما
لو باعها واستثنى نفعها مدة مجهولة وإن أراد الورثة قسمة مسكنها على وجه
يضر بها في السكنى لم يكن لهم ذلك وإن أرادوا التعليم بخطوط من غير نقص
ولا بناء جاز لأنه لا ضرر عليها فيه

فصل : إذا قلنا إنها تضرب مع الغرماء بقدر مدة عدتها فإنها تضرب بمدة عاداتها
في وضع الحمل إن كانت حاملاً وإن كانت مطلقة من ذوات القرء وقلنا : لها
السكنى ضربت بمدة عاداتها في القرء فإن لم تكن لها عادة ضربت بغالب
عادات النساء وهي تسعة أشهر للحمل وثلاثة أشهر لكل قرء وبما بقي من ذلك
إن كان قد مضى من مدة حملها شيء ولأنه لا يمكن تأخير القسمة لحق
الغرماء فإذا ضربت بذلك فوافق الصواب لم يزد ولم ينقص استقرار الحم
ويستأجر بما يحصل لها مكاناً تسكنه فإذا تعذر ذلك سكنت حيث شاءت وإن
كانت المدة أقل مما ضربت مثل أن وضعت حملها لستة أشهر أو تربصت ثلاثة
قروء في شهرين فعليها رد الفضل وتضرب فيه بحصتها منه وإن طالت العدة
أكثر من ذلك مثل أن وضعت حملها في عام أو رأت ثلاثة قروء في نصف عام
رجعت بذلك على الغرماء كما يرجعون في صورة النقص ويحتمل أن لا ترجع به
وتكون في ذمة زوجها لأننا قدرنا ذلك مع تجويز الزيادة فلم يكن لها الزيادة
عليه

مسألة ولا تخرج ليلا وتخرج نهارا لحوائجها سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها
مسألة : ولا تخرج ليلا وتخرج نهارا لحوائجها سواء كانت مطلقة أو متوفى عنها
لما [روى جابر قال : طلقت خالتي ثلاثا فخرجت تجذ نخلها فلقبها رجل فناها
فذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : اخرجني فجذي نخلك
لعلك أن تصدقي منه أو تفعلي خيرا] رواه النسائي و أبو داود وروى مجاهد
قال : [استشهد رجال يوم أحد فجاء نساؤهم رسول الله صلى الله عليه وسلم
وقلن يا رسول الله نستوحش بالليل أفنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا بادرنا إلى
بيوتنا ؟ فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تحدثن عند إحدكن حتى إذا
أردتن فلتؤب كل واحدة إلى بيتها] وليس لها المبيت في غير بيتها ولا الخروج
ليلا إلا لضرورة ولأن الليل مظنة الفساد بخلاف النهار فإنه مظنة قضاء الحوائج
والمعاش وشرء ما يحتاج اليه وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها
كاليمين والحد وكانت ذات حدر بعث اليها الحاكم من يستوفي الحق منها في
منزلها وإن كانت برزة جاز إحضارها لاستيفائه وترجع إلى منزلها إذا فرغت
فصل : والأمة كالحررة في الإحداد والاعتداد في منزلها إلا أن سكنها في العدة
كسكنها في حياة زوجها للسيد إمساكها نهارا ويرسلها ليلا فإن أرسلها ليلا
ونهارا اعتدت زمانها كله في المنزل وعلى الورثة إسكانها كالحررة سواء
فصل : والبدوية كالحررية في الاعتداد في المنزل الذي مات زوجها وهي
ساكنة فيه فإن انتقلت الحلة انتقلت معهم لأنها لا يمكنها المقام وحدها وإن
انتقل غير أهلها لزمها المقام مع أهلها وإن انتقل أهلها انتقلت معهم إلا أن يبقى
من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم فتخير بين الإقامة والرحيل وإن هرب
أهلها فخافت هربت معهم فإن أمنت أقامت لقضاء العدة في منزلها
فصل : فإن مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ولها مسكن في البر
فحكمتها حكم المسافرة في البر على ما ذكره وإن لم يكن لها مسكن سواها
وكان لها فيها بيت يمكنها السكنى فيه بحيث لا تجتمع مع الرجال وأمكنتها
المقام فيه بحيث تأمن على نفسها ومعها محرمتها لزمها أن تعتد به وإن كانت
ضيقة وليس معها محرمتها أو لا يمكنها الإقامة فيها إلا بحيث تختلط بالرجال
لزمها الانتقال عنها إلى غيرها

مسألة وإن أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة
البيان لزمها العود إلى منزلها وإن

مسألة : وإن أذن لها زوجها في النقلة إلى بلد للسكنى فيه فمات قبل مفارقة
البنيان لزمها العود إلى منزلها وإن مات بعده فلها الخيار بين البلدين
إذا أذن للمرأة زوجها في النقلة من بلد إلى بلد أو من دار إلى دار أخرى فمات
قبل انتقالها من الدار وقبل خروجها من البلد لزمها الاعتداد في الدار وكذلك إن
مات قبل خروجها من الدار لأنها بيئتها وسواء مات قبل نقل متاعها من الدار أو
بعده لأنها مسكنها ما لم تنتقل عنها وإن مات بعد انتقالها إلى الثانية اعتدت فيها
لأنها مسكنها وكذلك إن مات بعد وصولها إلى البلد الآخر علي قياس ذلك وإن
مات وهي بينهما فهي مخيرة لأنها لا مسكن لها منهما فإن الأولى خرجت عنها
منتقلة فخرجت عن كونها مسكناً لها والثانية لم تسكن بها فهما سواء وكذلك
إن مات بعد خروجها من البلد لما ذكرنا وقيل : يلزمها الاعتداد في الثانية لأنها
المسكن الذي أذن لها زوجها في السكنى به وهذا يمكن في الدارين فاما إذا
كانا بلدين لم يلزمها الانتقال إلى البلد الثاني بحال لأنها إنما كانت تنتقل لغرض
زوجها في صحبتها إياه وإقامتها معه فلو أزمانها ذلك بعد موته لكلفناها السفر
الشاق والتغرب عو وطنها وأهلها والمقام مع غير محرّمها والمخاطرة بنفسها
مع فوات الغرض وظاهر حال الزوج أنه لو علم أنه يموت لما نقلها فصارت
الحياة مشروطة في النقلة فاما إن انتقلت إلى الثانية ثم عادت إلى الأولى
لنقل متاعها فمات زوجها وهي بها فعليها الرجوع إلى الثانية لأنها صارت
مسكنها بانتقالها إليها وإنما عادت إلى الأولى لحاجة والاعتبار بمسكنها دون
موضعها وإن مات وهي في الثانية فقالت : أذن لي زوجي في السكنى بهذا
المكان وأنكر ذلك الورثة أو قالت : إنما أذن لي زوجي في المجيء إليه لا في
الإقامة به وأنكر ذلك الورثة فالقول قولها لأنها أعرف بذل منهم وكل موضع
قلنا : يلزمها السفر عن بلدها فهو مشروط بوجود محرّم يسافر معها والأمن
على نفسها لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم : [لا يحل لامرأة تؤمن
بالله واليوم الآخر أن تسافر مسيرة يوم وليلة إلا مع ذي محرّم من أهلها] أو
كما قال

[جزء 9 - صفحة 166]

مسألة وإن سافر بها فمات في الطريق وهي قريبو لزمها العود
مسألة : وإن سافر بها فمات في الطريق وهي قريبة لزمها العود
لأنها في حكم الإقامة وإن تباعدت خبرت بين البلدين لأن البلدين تساوبا فكانت
الخيرة إليها فيما المصلحة لها فيه لأنها أخبر بمصلحتها
فصل : وإن أذن لها زوجها في السفر لغير النقلة فخرجت ثم مات زوجها
فالحكم في ذلك كالحكم في سفر الحج على ما نذكره من التفصيل وإذا مضت
إلى مقصدها فلها الإقامة حتى تقضي ما خرجت إليه وتنقضي حاجتها من تجارة
أو غيرها فإن كان خروجها لنزهة أو زيارة ولم يكن قدر لها مدة فإنها تقيم إقامة
المسافر ثلاثاً وإن كان قدر لها مدة فلها إقامتها لأن سفرها بحكم إذنه فكان لها

إقامة ما أذن لها فيه فإذا مضت مدتها أو قضت حاجتها ولم يمكنها الرجوع
لخوف أو غيره أتمت العدة في مكانها وإن أمكنها الرجوع لكن لا يمكنها
الوصول إلى منزلها حتى تنقضي عدتها لزمها الإقامة في مكانها لأن الإعتداد
وهي مقيمة أولى من الإتيان به في السفر وإن كانت تصل وقد بقي من عدتها
شيء لزمها العود لتأتي بالعدة في مكانها

[جزء 9 - صفحة 167]

مسألة وإن أذن لها في الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت
في سفرها وإن لم تخش وهي في
مسألة : وإن أذن لها في الحج فأحرمت به ثم مات فخشيت فوات الحج مضت
في سفرها وإن لم تخش وهي في بلدها أو قرية يمكنها العود أقامت لتقضي
العدة في منزلها وإلا مضت في سفرها وإن لم تكن أحرمت به أو أحرمت بعد
موته فحكمها حكم من لم تخش الفوات
وجملة ذلك أن المعتدة ليس لها أن تخرج إلى الحج ولا غيره روي ذلك عن عمر
وعثمان وبه قال سعيد بن المسيب و مالك و الشافعي و الثوري وأصحاب
الراي فإن خرجت فمات زوجها في الطريق رجعت إن كانت قريبة لأنها في
حكم الإقامة وإن تباعدت مضت في سفرها وقال مالك ترد ما لم تحرم
والصحيح ما ذكرنا لأنه يضر بها وعليها مشقة ولا بد لها وإن رجعت ويحد القريب
بما لا تقصر إليه الصلاة والبعيد بما تقصر فيه قاله القاضي وهو قول أبي حنيفة
إلا أنه لا يرى القصر إلا في ثلاثة أيام فعلى قوله متى كان بينها وبين مسكنها
دون ثلاثة أيام لزمها الرجوع إليه وإن كان فوق ذلك لزمها المضي إلى مقصدها
إذا كان بينها وبينه دون ثلاثة أيام وإن كان بينها وبينه ثلاثة أيام وفي موضعها الذي
هي به مكان يمكنها الإقامة فيه لزمها الإقامة وإلا مضت إلى مقصدها وقال
الشافعي : إن فارقت البنيان فلها الخيار بين الرجوع والتمام لأنها صارت في
موضع أذن لها زوجها فيه وهو السفر فأشبه ما لو بعدت
ولنا على وجوب الرجوع على القريبة ما روي سعيد بإسناده عن سعيد بن
المسيب قال : توفي أزواج نساؤهن حاجات أو معتمرات فردهن عمر من ذي
الحليفة حتى يعتددن في بيوتهن ولأنه أمكنها الاعتداد في منزلها قبل أن تعتد
فلزمها كما لو لم تفارق البنيان
وعلى أن البعيدة لا يلزمها الرجوع لأن عليها مشقة وتحتاج إلى سفر طويل في
رجوعها أشبهت من بلغت مقصدها وإن اختارت البعيدة الرجوع فلها ذلك إذا
كانت تصل إلى منزلها في عدتها ومتى كان عليها في الرجوع خوف أو ضرر
فلها المضي في سفرها كالبعيدة ومتى رجعت وقد بقي عليها شيء من عدتها
لزمها أن تأتي به في منزل زوجها بلا خلاف بينهم لأنه أمكنها الاعتداد فيه فهو
كما لو لم تسافر منه

فصل : ولو كان عليها حجة الإسلام فمات زوجها لزمها العدة في منزلها وإن فاتها الحج لأن العدة في المنزل تفوت ولا بدل لها والحج يمكن الاثنيان به بعدها وإن مات زوجها بعد إحرامها بحج الفرض أو بحج أذن لها فيه وكان وقت الحج متسعا لا يخاف فوته ولا فوت الرفقة لزمها الاعتداد في منزلها لإمكان الجمع بين الحقين وإن خشيت فوات الحج لزمها المضي فيه وهو قول الشافعي وقال أبو حنيفة : يلزمها المقام وإن فاتها لأنها معتدة فلم يجز لها أن تنشيء سفرا كما لو أحرمت بعد وجوب العدة عليها ولنا أنهما عبادتان استويا في الوجوب وضيق الوقت فوجب تقديم الأسبق منهما كما لو سبقت العدة ولأن الحد أكد أحد أركان الإسلام والمشقة بتفويته تعظم فوجب تقديمه كما لو مات زوجها بعد أن بعد سفرها إليه وإن أحرمت بالحج بعد موت زوجها وخشيت فواته احتمل أن يجوز لها المضي إليه لما في بقائها على الإحرام من المشقة واحتمل أن تلزمها العدة في منزلها لأنها أسبق ولأنها فرطت وغلظت على نفسها فإذا قضت العدة وأمكنتها السفر إلى الحج لزمها ذلك فإن أدركته وإلا تحللت بعمرة وحكمها في القضاء حكم من فاته الحج وإن لم يمكنها السفر فهي المحصورة التي يمنعها زوجها من السفر وحكم الإحرام بالعمرة كذلك إذا خيف فوات الرفقة أو لم يخف

[جزء 9 - صفحة 170]

مسألة وأما المبتوتة فلا تجب عليها عدة الوفاة في منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه قال أصحابنا لا يتعين
مسألة : وأما المبتوتة فلا تجب عليها عدة الوفاة في منزله وتعتد حيث شاءت نص عليه قال أصحابنا : لا يتعين الموضع الذي تسكنه المبتوتة في الطلاق سواء قلنا لها السكنى أو لم نقل بل يتخير الزوج بين إقرارها في موضع طلاقها وبين نقلها إلى مسكن مثلها لحديث فاطمة بنت قيس يذكر في النفقات إن شاء الله تعالى
والمستحب إقرارها لقوله سبحانه : { لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن إلا أن يأتين بفاحشة مبينة } ولأن فيه خروجا من الخلاف فإن الذين يرون لها السكنى يوجبون عليها الاعتداد في منزلها فإن كان في بيت يملك الزوج سكناه يصلح لمثلها اعتدت فيه فإن ضاق عنهما انتقل عنها لأنه يستحب سكنها في البيت الذي طلقها فيه وإن اتسع الموضع لهما وأمكنتها السكنى في موضع منفرد كالحجرة وعلو الدار وبينهما باب مغلق جاز وسكن الزوج في الباقي الحجرة بين المتجاورين وإن لم يكن بينهما باب مغلق لكن لها موضع تستتر فيه بحيث لا يراها ومعها محرم تتحفظ به جاز وتركه أولى ولا يجوز مع عدم المحرم لأنه الخلوة لأجنبية محرمة وإن امتنع من إسكانها وكانت ممن لها عليه السكنى أجبره الحاكم فإن لم يكن ثم حاكم رجعت على الزوج وإن وجد الحاكم ففي رجوعها روايتان فإن كان الزوج حاضرا ولم يمنعها المسكن فاكرت لنفسها

مسكنا أو سكنت في موضع تملكه لم ترجع لأنها تبرعت بذلك وإن عجز الزوج عن إسكانها لعسرتة أو غيبته أو امتنع منه مع المقدرة سكنت حيث شاءت

[جزء 9 - صفحة 172]

باب في استبراء الإمام

ويجب الاستبراء في ثلاثة مواضع :

أحدها : إذا ملك أمة لم يحل له وطؤها ولا الإستمتاع بها بمباشرة أو قبلة حتى يستبرئها إلا المسبية هل له الاستمتاع منها بما دون الفرج ؟ على روايتين من ملك أمة بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة والإرث وغير ذلك لم يحل وطؤها حتى يستبرئها بكرا كانت أو ثيبا صغيرة أو كبيرة ممن تحمل أو ممن لا تحمل هذا قول الحسن و ابن سيرين وأكثر أهل العلم منهم مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وقال ابن عمر لا يجب استبراء البكر وهو قول داود لأن الغرض بالاستبراء معرفة برءاتها من الحمل وهذا معلوم في البكر فلا حاجة إلى الاستبراء وقال الليث : إن كانت ممن لا يحمل مثلها لم يجب استبرؤها لذلك وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري لأنه لو زوجها لكان الاستبراء على السيد دون الزوج كذلك ههنا

ولنا ما [روى أبو سعيد أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عام أو طاوس أن توطأ حامل حتى تضع ولا غير حامل حتى تحيض] رواه أحمد في المسند وعن رويغ بن ثابت قال : إنني لا أقول إلا ما سمعت من رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول : [لا يحل لامرأة يؤمن بالله واليوم الآخر أن يقع على امرأة من السبي حتى يستبرئها بحيضة] رواه أبو داود وفي لفظ قال : [سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم حنين يقول : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسق ماءه زرع غيره ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة] رواه الأثرم ولأنه ملك جارية محرمة عليه فلم تحل له قبل استبرائها كالبنات التي تحمل ولأنه سبب وجب للاستبراء فلم تفترق الحال فيه بين البكر والثيب والتي لا تحمل كالعدة قال أبو عبد الله : قد بلغني أن العذراء تحمل فقال به بعض أهل المجلس : نعم قد كان في جيراننا وذكره بعض أصحاب الشافعي وما ذكره يبطل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي أو من تحرم عليه برضاع أو غيره وما ذكره البتي لا يصح لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية فلو لم يستبرئها المشتري أفضى إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب والفرق بين البيع والتزويج أن التزويج لا يراد إلا للاستمتاع فلا يجوز إلا فيمن تحل له فوجب أن يتقدمه الاستبراء ولهذا لا يصح تزويج معتدة ولا مرتدة ولا مجوسية ولا وثنية ولا محرمة بالرضاع ولا المصاهرة والبيع يراد لغير ذلك فصح قبل الاستبراء ولهذا صح في هذه المحرمات ووجب الاستبراء على المشتري لما ذكرناه مسألة : ويحرم الاستمتاع بالقبلة والنظر لشهوة

والاستمتاع بها فيما دون الفرج إذا لم تكن مسبية رواية واحدة وقال الحسن :
ولا يحرم من المستبارة إلا فرجها وله أن يستمتع منها بماء شاء ما لم يمس لأن
النبي صلى الله عليه وسلم إنما نهى عن الوطاء ولأنه تحريم للوطاء مع ثبوت
الملك فاختص بالفرج كالحيض
ولنا أنه استبراء يحرم الوطاء فحرم الاستمتاع كالعدة ولأنه لا يأمن كونها حاملا
من بائعها فتكون أم ولد فلا يصح بيعها فيكون مستمتعا بأم ولد غيره وبهذا
فارق الحائض فاما المسبية ففيها روايتان إحداهما : تحريم مباشرتها وهو ظاهر
كلام الخرقى وهو الظاهر عن أحمد إذا كان لشهوة قياسا على العدة ولأنه
داعية إلى الوطاء المحرم المفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب
فأشبهت المبيعة والرواية الثانية لا يحرم لما روي عن ابن عمر أنه قال : وقع
في سهمي يوم جلواء جارية كان عنقها إبريق فضة فما ملكت نفسي أن قمت
إليها فقبلتها والناس ينظرون ولأنه لا نص في المسبية ولا يصح قياسها على
المبيعة لأنها تحتمل أن تكون أم ولد للبائع فيكون مستمتعا بأم ولد وغيره
ومباشرا لمملوكة غيره والمسبية مملوكة له على كل حال وإنما حرم وطؤها
لئلا يسقي ماءه زوع غيره

[جزء 9 - صفحة 175]

مسألة وسواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو امرأة أو محبوب أو من رجل
قد استبرأها لم يطأها
مسألة وسواء ملكها من صغير أو كبير أو رجل أو امرأة أو محبوب أو من رجل
قد استبرأها لم يطأها لقوله عليه الصلاة والسلام : [لا توطأ حامل حتى تضع
ولا حائل حتى تستبرأ بحيض] ولأنه يجوز أن تكون حاملا من غير البائع فوجب
استبرأؤها كالمسبية من امرأة

[جزء 9 - صفحة 176]

مسألة وإن أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها ولها نكاح
غيره إن لم يكن بائعها يطؤها
مسألة : وإن أعتقها قبل استبرائها لم يحل له نكاحها حتى يستبرئها ولها نكاح
غيره إن لم يكن بائعها يطؤها
إذا اشترى أمة فأعتقها قبل استبرائها لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها وبه قال
الشافعي وقال أصحاب الرأي : له ذلك ويروى ان الرشيد اشترى جارية فتاقت
نفسه الى جماعها قبل استبرائها وأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها
قال أبو عبد الله وبلغني أن المهدي اشترى جارية فأعجبته فقبل له أعتقها

وتزوجها قال ابو عبد الله : ما أعظم هذا أبطلوا الكتاب والسنة جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا وتعتد من أجل الحمل وسن رسول الله صلى الله عليه وسلم استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل ففرج يوطأ يشتره ثم يعتقها على المكان ثم يتزوجها فيطؤها ويطؤها رجل اليوم ويطؤها الآخر غذا فإن كانت حاملا كيف تضع ؟ هذا نقض الكتاب والسنة [قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا توطأ الحامل حتى تضع ولا غير الحامل حتى تحيض] وهذا لا يدري أهى حامل أم لا ؟ ما أسمح هذا ! قيل له إن قوما يقولون هذا فقال : قبح الله هذا وقبح من يقوله وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأدلة كفاية إذا ثبت هذا فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها إذا لم يعتقها لأنها ممن يجب استبرائها فلم يجر أن تتزوج كالمعتدة وسواء في ذلك المستبرأة من رجل يطؤها أو من رجل قد اشتراها ثم لم يطأها أو ممن لا يمكنه الوطء كالصبي والمحبوب والمرأة وقال الشافعي : إذا اشتراها ممن لا يطؤها فله تزويجها سواء أعتقها أو لم يعتقها وله أن يتزوجها إذا أعتقها لأنها ليست فراشا وقد كان لسيدتها تزويجها قبل بيعها فجاز ذلك بعد بيعها ولأنها لو عتقت على البائع باعتاقه أو غيره لجاز لكل أحد نكاحها فذلك إذا أعتقها المشتري

ولنا عموم قوله صلى الله عليه وسلم : [لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة] ولأنها أمة يحرم عليه ووطؤها قبل استبرائها فحرم عليه تزويجها والتزوج بها كما لو كان بائعها يطؤها فأما إن أعتقها في هذه الصورة فله تزويجها لغيره لأنها حرة لم تكن فراشا فأبيح لها النكاح كما لو أعتقها البائع وفارق الموطوءة فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها فحرم عليها النكاح كالمعتدة وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها فإنه لم يكن له ووطؤها بملك اليمين فلم يكن له أن يتزوجها كالمعتدة ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء فحرم بخلاف تزويجها لغيره

[جزء 9 - صفحة 177]

مسألة والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبرائها ؟ على وجهين
مسألة : والصغيرة التي لا يوطأ مثلها هل يجب استبرائها ؟ على وجهين :
أحدهما : يجب وهو ظاهر كلام أحمد في أكثر الروايات عنه فإنه قال : تستبرأ وإن كانت في المهدي وتحرم مباشرتها على هذه الرواية كالكبيرة لأن الاستبراء يجب عليها بالعدة كذلك هذا
وروي عنه أنه قال إن كانت صغيرة تأتي شيئا يسيرا إذا كانت رضيفة وقال في رواية أخرى : تستبرأ بحيضة إن كانت تحيض وإلا ثلاثة أشهر إن كانت ممن يوطأ ويحبل فظاهر هذا أنه لا يجب استبرائها ولا تحرم مباشرتها وهذا اختيار ابن أبي موسى وقول مالك وهو الصحيح لأن سبب الإباحة متحقق وليس على تحريمها دليل فإنه لا نص فيه ولا معنى نص ولا يراد لبراءة الرحم ولا يوجد الشغل في حقها

مسألة وإن اشترى زوجته لم يلزمه استبرأؤها لأنه فرلاش له
مسألة : وإن اشترى زوجته لم يلزمه استبرأؤها لأنها فراش له
فلم يلزمه استبرأؤها من مائه لكن يستحب ذلك ليعلم هل الولد من النكاح
ليكون عليه ولاء له لأنه عتق بملكه ولا تصير به الجارية أم ولد أو هو حادث في
ملك يمينه فلا يكون فلا يكون عليه ولا تصير به الأمة أم ولد ومتى تبين حملها
فله وطؤها لأنه قد تبين الحمل وزال الاشتباه

مسألة أو عجزت مكاتبته حلت لسيدها بغير استبراء
مسألة : أو عجزت مكاتبته حلت لسيدها بغير استبراء
وبهذا قال أبو حنيفة وكذلك إن ارتدت أمته ثم أسلمت أو زوج الرجل أمته
فطلقها الزوج لم يلزم السيد استبرأؤها وقال الشافعي : يجب عليه الاستبراء
في كله لأنه زال ملكه عن استمتاعها ثم عاد فأشبهت المشتراه
ولنا أنه لم يتجدد ملكه عليها فأشبهت المحرمة إذا حلت وإن فك أمته من
الرهن حلت بغير استبراء بغير خلاف فكذلك هذا ولأن الاستبراء إنما شرع
لمعنى مظنته تجديد الملك فلا يشرع مع تخلف المظنة والمعنى

مسألة أو أسلمت أمته المجوسية أو المرتدة أو الوثنية التي حاضت عنده أو
كان هو المرتد فأسلم فهي حلال بغير
مسألة : أو أسلمت أمته المجوسية أو المرتدة أو الوثنية التي حاضت عنده أو
كان هو المرتد فأسلم فهي حلال بغير استبراء
إذا ملك مجوسية أو وثنية فأسلمت قبل استبرائها لم تحل حتى يستبرئها أو يتم
ما بقي من استبرائها لما مضى فإن استبرأؤها ثم أسلمت حلت بغير استبراء
وقال الشافعي : لا تحل حتى يجدد استبراءها بعد إسلامها لأن ملكه تجديد على
استمتاعها فأشبهه من تجدد ملكه على رقبته
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : [لا توطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة] وهذا ورد
في سبايا أوطاس وهن مشركات ولم يأمر في حقهن بأكثر من حيضة ولأنه لم
يتجدد ملكه عليها ولا أصابها وطء من غيره فلم يلزمه استبرأؤها كما لو حلت
المحرمة ولأن الاستبراء إنما وجب كيلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه
الأنساب ومظنة ذلك تجديد الملك على رقبته ولم يوجد

مسألة أو اشترى مكاتبة ذوات رحمه فحضر عنده ثم عجز أو اشترى عبده
التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده
مسألة : أو اشترى مكاتبة ذوات رحمه فحضر عنده ثم عجز أو اشترى عبده
التاجر أمة فاستبرأها ثم أخذها سيده منه فإنها تحل بغير استبراء لأن ملكه
ثابت على ما في يد عبده فقد حصل استبرأؤها في ملكه
وأما إذا اشترى مكاتبة أمة فاستبرأها ثم صارت إلى سيده ولم تكن من ذوات
رحم المكاتب فعلى السيد استبرأؤها لأن تجدد عليها إذ ليس للسيد ملك ما في
يد مكاتبه فإن كانت من ذوات محارمه فإنها تباح للسيد بغير استبراء كذلك
ذكره أصحابنا لأنه يصير حكمها حكم المكاتب إن رق رقت وإن عتق عتقت
والمكاتب عبد ما بقي عليه درهم
فصل : فإن وطئ الجارية التي يلزمه استبرأؤها قبل استبرائها ثم والاستبراء
باق بحاله لأنه حق عليه فلا يسقط بعدوانه فإن لم تعلق منه استبرأها بما كان
يستبرئها به قبل الوطاء وتبني على ما مضى من الاستبراء وإن علقته منه
فمتى وضعت حملها استبرأها بحيضة ولا تحل له الاستمتاع بها في حال حملها
لأنه لم يستبرئها وإن وطئها وهي حامل حملا كان موجودا حين البيع من غير
البائع فمتى وضعت حملها انقضت استبرأؤها قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري
ولا ببيعه ولكن يعتقه لأنه قد شرك فيه لأن الماء يزيد في الولد وقد روى أبو
داود بإسناده عن أبي الدرداء [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بامرأة
مجح على فسطاط فقال : لعله يريد أن يلم بها ؟ - قالوا نعم فقال رسول الله
صلى الله عليه وسلم - لقد هممت أن ألغنه لعنا يدخل معه قبره كيف يورثه
وهو لا يحل له أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له ؟] ومعناه أنه إن استحلقه
وشركه في ميراثه لم يحل له لأنه ليس بولده وإن أتخذه مملوكا لم يحل له
لأنه قد شرك فيه لكون الماء يزيد في الولد وعن ابن عباس قال : [نهى
رسول الله صلى الله عليه وسلم عن وطء الحبالى حتى يضعن ما في بطونهن
[رواه النسائي

[جزء 9 - صفحة 180]

مسألة وإن وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض أجزاء ويحتمل أن لا يجزىء
مسألة : وإن وجد الاستبراء في يد البائع قبل القبض أجزاء ويحتمل أن لا يجزىء
لا يكون الاستبراء إلا بعد ملك المشتري لجميع الأمة فلو ملك بعضها ثم ملك
باقيها لم يحتسب الاستبراء إلا من حين ملك باقيها فإن ملكها ببيع فيه الخيار
انبنى على نقل الملك في مدته فإن قلنا ينتقل فابتداء الاستبراء من حين البيع
وإن قلنا : لا ينتقل فابتدأه من حين انقطع الخيار وإن كان المبيع معيبا فابتدأه
من حين البيع لأن العيب لا يمنع نقل الملك بغير خلاف فإن ابتداء الاستبراء بعد

البيع وقبل القبض أجزأ في أظهر الوجهين لأن الملك ينتقل به والثاني لا يجزىء لأن القصد معرفة براءتها من مال البائع ولا يحصل ذلك مع كونها في يده

مسألة وإن باع أمته ثم عادت إليه بفسخ أو غيره بعد القبض وجب استبراؤها وإن كان قبله فعلى روايتين
مسألة : وإن باع أمته ثم عادت إليه بفسخ أو غيره بعد القبض وجب استبراؤها وإن كان قبله فعلى روايتين
أما إذا عادت إليه بعد القبض وافتراقهما لزمه استبراؤها لأنه تجديد ملك سواء كان المشتري لها رجل أو امرأة وإن كان قبل افتراقهما أو قبل غيبة المشتري بالجارية فعليه الاستبراء أيضا في إحدى الروايتين وهو مذهب الشافعي لأنه تجديد ملك والثانية : ليس عليه استبراء وهذا قول أبي حنيفة إذا تقابلا قبل القبض لأنه لا فائدة في الاستبراء مع يقين البراءة

[جزء 9 - صفحة 181]

مسألة وإذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها
مسألة : وإذا اشترى أمة مزوجة فطلقها الزوج قبل الدخول وجب استبراؤها نص عليه أحمد وقال : هذه حيلة وضعها أهل الرأي لا بد من استبراء لأنها تجدد الملك فيها ولم يحصل استبراؤها في ملكه فلم تحل بغير استبراء كما لو لم تكن مزوجة ولأن إسقاطه ههنا ذريعة إلى إسقاط الاستبراء في حق من أراد غسقاطه بأن زوجها عند بيعها ثم طلقها زوجها بعد تمام البيع والحيل حرام

مسألة وإن كان بعده لم يجب في أحد الوجهين
مسألة : وإن كان بعده لم يجب في أحد الوجهين
أما إذا كان الزوج دخل بها ثم طلقها فعليها العدة ولا يلزم المشتري استبراؤها لأن ذلك قد حصل بالعدة ولأنها لو عتقت لم يجب عليها مع العدة استبراء ولأنها قد استبرأت نفسها ممن كانت فراشا له فاجزأ ذلك كما لو استبرأت نفسها من سيدها إذا كانت خالية من زوج وإن استبرأها وهي معتدة من زوجها لم يجب عليه الاستبراء لأنها لم تكن فراشا لسيدها وق حصل الاستبراء من الزوج بالعدة ولذلك لو عتقت في هذه الحال لم يجب عليها استبراء وقال أبو الخطاب في المزوجة هل يدخل الاستبراء في العدة ؟ على وجهين وقال القاضي في المعتدة : يلزم السيد استبراؤها بعد قضاء العدة ولا يتداخلان لأنهما من رجلين ومفهوم كلام أحمد ما ذكرناه أولا لأنه عدل فيما قبل الدخول بأنها حيلة وضعها أهل الرأي ولا يوجد ذلك ههنا ولا يصح قولهم إن الاستبراء من رجلين فإن السيد ههنا ليس له استبراء

فصل : إذا كانت الأمة لرجلين فوطئها ثم باعها لرجل آخر أجزأ استبراء واحد لأنه يحصل به معرفة البراءة فإن قيل : فلو أعتقها ألزمتها استبراءين قلنا : وجوب الاستبراء في حق المعتقة معلل بالوطء ولذلك لو أعتقها وهي ممن لا يطؤها لم يلزمها استبراء وقد وجد الوطاء من اثنين فلزمها حكم وطئها وفي مسألتنا هو معلل بتجديد الملك لا غير ولهذا يجب على المشتري الاستبراء سواء كان سيدها يطؤها أو لم يكن والملك واحد فوجب أن يتجدد الاستبراء الثاني إذا وطئ أمته ثم أراد تزويجها لم يجزىء حتى يستبرئها وإن أراد بيعها فعلى روايتين وإن لم يكن بائعها يطؤها لم يجب استبرؤها في الموضوعين أما إذا أرد تزويجها وكان يطؤها وجب عليه استبرؤها قبل تزويجها وجها واحدا لأن الزوج لا يلزمه استبراء فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب وهو قول الثوري و الشافعي وقال أصحاب الرأي : ليس عليها استبراء لأن له بيعها فكان له تزويجها كالتي لا يصيبها وتستبرئ بحیضة وقال عطاء و قتادة : عدتها حیضتان كعدة الأمة المطلقة

ولنا أنها فراش لسيدها فلم يجر أن تنتقل فلم يجر أن تنتقل إلى فراش غيره بغير استبراء كما لو مات عنها ولأنها موطوءة وطأ له حرمة فلزمه استبرؤها قبل التزويج كالموطوءة بشبهة ولأنه يفضي إلى أن يطأها سيدها اليوم وزوجها غدا فيفضي إلى اختلاط المياه وهذا لا يحل ويفارق البيع فإنها لا تصير للمشتري فراشا حتى يستبرئها فلا يفضي إلى اختلاط المياه ولهذا يصح بيع المزوجة والمعتدة بخلاف تزويجها على أن لنا في البيع منعا أيضا أنه لا يجوز فإن أراد بيعها وكان لا يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبرؤها لكن يستحب ذلك ليعلم خلوها من الحمل فيكون أحوط للمشتري وأقطع للنزاع قال : أحمد : وإن كانت لامرأة فإني أحب أن لا تبعها حتى تستبرئها بحیضة فهو أحوط لها وإن كان يطؤها أو كانت آيسة فليس عليه استبراء لأن انتفاء الحمل معلوم وإن كانت ممن وجب عليه استبرؤها في اصح الروايتين وبه قال النخعي و الثوري والثانية لا يجب عليه وهو قول أبي حنيفة و مالك و الشافعي لأن عبد الرحمن بن عوف باع جارية كان يطؤها قبل استبرائها ولأن الاستبراء على المشتري فلا يجب على البائع ولأن الاستبراء في حق الحرة أكد ولا يجب قبل النكاح وبعده كذلك لا يجب في الأمة قبل البيع وبعده

ولنا أن عمر أنكر على عبد الرحمن بن عوف بيع جارية كان يطؤها قبل استبرائها فروي عبد الله بن عبيد بن عمير قال : باع عبد الرحمن جارية كان يقع عليها قبل أن يستبرئها فظهر بها حمل عند الذي اشتراها فخاصموه إلى عمر فقال له عمر : كنت تقع عليها ؟ قال نعم قال : فبعنها قبل أن تستبرئها ؟ قال نعم : قال : ما كنت لذلك بخليق قال : فدعا القافة فنظروا إليه فألحقوه به ولأنه يجب على المشتري الاستبراء لحفظ مائه فكذلك البائع ولأنه قبل الاستبراء مشكوك في صحة البيع وجوازه لاحتمال أن تكون أم ولد فيجب الاستبراء لإزالة الاحتمال ولأنه قد يشتريها من لا يستبرئها فيفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب فإن باع فالبيع صحيح في الظاهر لأن الأصل عدم الحمل ولأن عمر وعبد الرحمن لم يحكما بفساد البيع في الأمة التي باعها قبل استبرائها إلا بلحاق الولد به ولو كان البيع باطلا قبل ذلك لم يحتج إلى ذلك قال

شيخنا وذكر أصحابنا الروائين في كل أمة يطؤها من غير تفريق بين الآيسة وغيرها والأولى أن ذلك لا يجب في الآيسة لأن علة الوجوب احتمال الحمل وهو وهم بعيد والأصل عدمه فلا يثبت به حكم بمجرد

فصل : إذا اشترى جارية فظهر بها حمل لم يخل من أحوال خمسة :
الحال الأول : أن يكون البائع أقر بوطنها عند البيع أو قبله وأتت بولد لدون ستة شهر أو يكون البائع ادعى الولد فصدقه المشتري فإن الولد يكون للبائع والجارية أم ولد له والبيع باطل

الحال الثاني : أن يكون أحدهما استبرأها ثم أتت بولد لأكثر من ستة أشهر من حين وطنها المشتري فالولد للمشتري والجارية أم ولد له
الحال الثالث : أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبراء أحدهما ولأقل من ستة أشهر منذ وطنها المشتري فلا يلحق نسبه بواحد منهما ويكون ملكا للمشتري ولا يملك فسخ البيع لأن الحمل تجدد في ملكه ظاهرا فإن ادعاه كل واحد منهما للمشتري لأنه ولد في ملكه مع احتمال كونه منه وإن ادعاه البائع وحده فصدقه المشتري لحقه وكان البيع باطلا وإن كذبه فالقول قول المشتري في ملك الولد لأن الملك انتقل إليه ظاهرا فلا تقبل دعوى فيما يبطل البائع فيما يبطل حقه كما لو أقر بعد البيع أن الجارية مفضوبة أو معتقة وهل يثبت نسب الولد مع البائع ؟ فيه وجهان

أحدهما : يثبت لأنه نفع للولد من غير ضرر على المشتري فيقبل قوله فيه كما لو أقر لولده بمال

والثاني : لا يقبل لأن فيه ضررا على المشتري فإنه لو أعتقه كان أبوه أحق بماله معه ميراثا وكذلك لو أقر عبدان كل واحد منهما بأخوة صاحبه لم يقبل إلا بيينة

الحال الرابع : أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطنها المشتري وقبل استبرائها فنسبه لاحق بالمشتري فإن ادعاه البائع فأقر له المشتري لحقه وبطل البيع وإن كذبه فالقول قول المشتري وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر عرض على القافة فألحق بمن ألحقته به لحديث عبد الرحمن بن عوف ولأنه يحتمل أن يكون من كل واحد منهما فإن ألحقته بهما لحق بهما وينبغي أن يبطل البيع فتكون الجارية أم ولد للبائع لأنها كانت حاملا منه قبل بيعها

الحال الخامس : أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ولم يكن أقر بوطنها فالبيع صحيح في الظاهر والولد مملوك للمشتري فإن ادعاه البائع فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال الثالث سواء الموضع الثالث : إذا أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو مات عنها لزمها الاستبراء لأنها صارت فراشا له فلم تحل لغيره قبل استبرائها لئلا يفضي إلى اختلاط المياه واشتباه الأنساب إلا أن تكون مزوجة أو معتدة فلا يلزمها استبراء وإذا زوج أم ولده ثم مات عتقت ولم يلزمها استبراء لأنها محرمة على المولى وليست له فراشا وإنما هي فراش للزوج فلم يلزمها الاستبراء ممن ليست له فراشا ولأنه لم يزوجها حتى استبرأها فإنه لا يحل له تزويجها قبل استبرائها وفيه خلاف ذكرناه وكذلك إن أعتقها أو مات عن أمه كان يطؤها أو أعتقها فهي على ما ذكرنا فإن زوجها فطلقها الزوج قبل دخوله بها فلا عدة عليه أيضا لأنه لم يوجد في حقها ما يوجب الاستبراء فإن

طلقها بعد المسيس أو مات عنها قبل ذلك أو بعده فلها عدة حرة كاملة ولأنها قد صارت حرة في حال وجوب العدة عليها وإن مات سيدها وهي في عدة الزوج عتقت ولم يلزمها استبراء لما ذكرناه ولأنه زال فراشه عنها قبل موته فلم يلزمها استبراء من أجله كغير أم الولد إذا باعها ثم مات وتبني على عدة أمة إن كان طلاقها بائنا وكانت متوفى عنها وإن كانت رجعية بنت على عدة حرة على ما ذكرنا وإن بانّت من الزوج قبل الدخول بطلاق أو بانّت بموت زوجها أو طلاقه بعد الدخول فأتمت عدتها ثم مات سيدها فعليها الاستبراء لأنها عادت إلى فراشه وقال أبو بكر لا يلزمها استبراء إلا أن يردّها السيد إلى نفسه لأن فراشه قد زال بتزويجها ولم يتجدد لها ما يردّها إليه فأشبهت الأمة التي لم يطأها

[جزء 9 - صفحة 186]

مسألة وإن مات زوجها وسيدها ولم يعلم السابق منهما وبين موتها أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت مسألة : وإن مات زوجها وسيدها ولم يعلم السابق منهما وبين موتها أقل من شهرين وخمسة أيام لزمها بعد موت الآخر منهما عدة الوفاة حسب وليس عليها استبراء لأن السيد إن كان مات أولاً فقد مات وهي زوجة وإن كان مات آخراً فقد مات وهي معتدة وليس عليها استبراء في هاتين الحالتين وعليها أن تعتد بعد موت الآخر منهما عدة حرة لأنه يحتمل أن سيدها مات أولاً ثم مات زوجها وهي حرة فلزمتها عدة الحرائر لتخرج من العدة بيقين وكذلك على قول أبي بكر لأنه ليس عليها عدة استبراء لأن فراش سيدها قد زال عنها ولم تعد إليه فتلزمها عدة حرة لما ذكرنا

مسألة وإن كان بينهما أكثر من ذلك أو جهلت المدة فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة مسألة : وإن كان بينهما أكثر من ذلك أو جهلت المدة فعليها بعد موت الآخر منهما أطول الأجلين من أربعة أشهر وعشر واستبراء بحيضة لأنه يحتمل أن السيد مات أولاً فيكون عليها عدة الحرة من الوفاة ويحتمل أنه مات آخراً بعد انقضاء عدتها من الزوج وعودها إلى فراشه فوجب الجمع بينهما ليقط الفرض بيقين قال ابن عبد البر : وعلى هذا جميع القائلين من العلماء بأن عدة أم الولد من سيدها حيضة ومن زوجها شهران وخمس ليال وقول أصحاب الشافعي في هذا الفصل كقولنا وكذلك قول أبي حنيفة وأصحابه إلا أنهم جعلوا مكان الحيضة ثلاث حيضات بناء على أصلهم في استبراء أم الولد وقال ابن المنذر : حكمها حكم الإماء وعليها شهران وخمسة أيام ولا أنقلها إلى

حكم الحرائر إلا بإباحة الزوج مات بعد المولى وقيل إن هذا قول أبي بكر عبد العزيز أيضا والذي ذكرنا أحوط

فصل : فأما الميراث فإنها لا ترث من زوجها شيئا لأن الأصل الرق والحرية مشكوك فيها فلم ترث مع الشك والفرق بين العدة والإرث إن إيجاب العدة عليها استظهار لا ضرر فيه على غيرها وإيجاب الإرث إسقاط لحق غيرها ولأن الأصل تحريم النكاح عليها فلا يزول إلا بيقين والأصل عدم الميراث لها فلا يزول إلا بيقين فإن قيل أليس زوجة المفقود لو مات وقف ميراثه مع الشك في إرثه ؟ قلنا الفرق بينهما أن الأصل ههنا الرق والشك في زواله وحدوث الحال التي يرث فيها والمفقود الأصل حياته والشك في موته وخروجه عن كونه وارثا فافترقا

فصل : فإن أعتق أم ولده أو أمته التي كان يصيبها أو غيرها ممن تحل له إصابتها ثم أراد أن يتزوجها فله ذلك في الحال من غير استبراء لأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها وجعل عتقها صداقها و [قال النبي صلى الله عليه وسلم : ثلاثة يؤتون أجرهم مرتين رجل كانت له أمة فأدبها فأحسن تأديبها وعلمها فأحسن تعليمها ثم أعتقها وتزوجها] ولم يذكر استبراء ولأن الاستبراء لصيانة مائه وحفظ نسبه عن الاختلاط بماء غيره ولا يصابن ماؤه عن مائه ولهذا كان له أن يتزوج مختلعة في عدتها

وقد روي عن أحمد في الأمة التي لا يطؤها : إذا أعتقها لا يتزوجها بغير استبراء لأنه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء والصحيح أنها لا تحل له لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين فكذلك بالنكاح كالتالي كان يصيبها ولأن النبي صلى الله عليه وسلم أعتق صفية وتزوجها ولم يقل إنه كان قد أصابها والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهره لدخولها في العموم ولأنها تحل لمن يتزوجها سواء فله أولى ولأنه لو استبرأها ثم أعتقها ثم تزوجها في الحال كان جائزا حسنا فكذلك هذه فإنه تارك لوطنها ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره ولا يوجد ذلك ههنا وكلام أحمد محمول على من استبرأها ثم تزوجها قبل استبرائها

فصل : إذا كانت له أمة يطؤها فاستبرأها ثم أعتقها لم يلزمها استبراء لأنها خرجت عن كونها فراشا باستبرائها وإن باعها فأعتقها المشتري قبل وطئها لم تحتج إلى استبراء لذلك وإن باعها قبل استبرائها فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها فعليها استبراء نفسها فإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري لزمها إتمامه بعد عتقها ولا ينقطع بانتقال الملك فيها لأنها لم تصر فراشا للمشتري ولم يلزمها استبراء بإعتاقه

[جزء 9 - صفحة 188]

مسألة وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراءان
مسألة : وإن اشترك رجلان في وطء أمة لزمها استبراءان

وقال أصحاب الشافعي في أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد لأن القصد معرفة براءة الرحم ولذلك لا يجب استبراء بأكثر من حيضة واحدة وبراءة الرحم تعلم باستبراء واحد ولنا أنهما حقان مقصودان لآدميين فلم يتداخلا كالعديتين ولأنهما استبراء من رجلين فأشبهها العديتين وما ذكروه يبطل بالعديتين من رجلين فصل : قال شيخنا رحمه الله : والاستبراء يحصل بوضع الحمل إن كانت حاملا ولا خلاف في ذلك بحمد الله لقول الله تعالى : { وأولات الأحمال أجلهن أن يضعن حملهن } وقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا توطأ حامل حتى تضع حملها] ولأن عدة الحرة والأمة والمتوفى عنها والمطلقة واستبراء كل أمة إذا كانت حاملا بوضع حملها ولأن المقصود من العدة والاستبراء معرفة براءة الرحم من الوضع وهذا يحصل بوضعه ومتى كانت حاملا بأكثر من واحد فلا ينقضي استبراؤها حتى تضع آخر حملها على ما ذكرناه في المعتدة

[جزء 9 - صفحة 189]

مسألة أو بحيضة إن كانت ممن تحيض
مسألة : أو بحيضة إن كانت ممن تحيض
وقد اختلف أهل العلم في أم الولد إذا مات عنها سيدها ولم تكن حاملا فالمشهور عن أحمد أن استبراءها يحصل بحضية روي ذلك عن ابن عمر وعثمان وعائشة والحسن والشعبي والقاسم بن محمد وأبي قلابة ومالك والشافعي وأبي عبيد وأبي ثور وروي عن أحمد أنها تعتد عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وهو قول سعيد بن المسيب وابن سيرين وسعيد بن جبير ومجاهد وخلاس بن عمرو وعمرو بن عبد العزيز والزهري والأوزاعي وإسحاق لما روي عن عمرو بن العاص أنه قال : لا تفسدوا علينا سنة نبينا صلى الله عليه وسلم عدة أم الولد إذا توفي عنها سيدها أربعة أشهر وعشرا رواه أبو داود ولأنها حرة تعتد ولأنها حرة تعتد للوفاة فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرا كالزوجة الحرة وحكى أبو الخطاب رواية ثالثة أنها تعتد شهرين وخمسة أيام قال شيخنا ولم أجد هذه الرواية عن أحمد في الجامع ولا أظنها صحيحة عن أحمد وروي ذلك عن عطاء وطاوس و قتادة لأنها حين الموت أمة فكانت عدتها عدة أمة كما لو مات رجل عن زوجته الأمة فعتقت بعد موته ويروي عن علي وابن مسعود وعطاء والنخعي والثوري وأصحاب الراي أن عدتها ثلاث حيض لأنها حرة تستبرئ فكان استبراؤها ثلاث حيض كالزوجة المطلقة ولنا أنه استبرأ لزوال الملك عن الرقبة فكان حيضة في حق من تحيض كسائر استبراء المعتقات والمملوكات ولأنه استبراء الغير للزوجات والموطئات فأشبهه ما ذكرنا قال القاسم بن محمد : سبحان الله يقول الله تعالى في كتابه : { والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا } ما هن أزواج وأما حديث عمرو بن العاص فضعيف قال ابن المنذر : ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص

وقال محمد بن موسى : سألت أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص فقال : لا يصح وقال الميموني : رأيت أبا عبد الله يعجب من حديث عمرو بن العاص هذا ثم قال : أين سنة النبي صلى الله عليه وسلم في هذا ؟ وقال : أربعة أشهر وعشر إنما هي عدة الحرة من النكاح وإنما هذه أما خرجت من الرق إلى الحرية ويلزم من قال بهذا أن يورثها وليس لقول من قال : تعتد بثلاث حيض وجه وإنما تعتد بذلك المطلقة وليست هذه مطلقة ولا في معنى المطلقة وأما قياسهم إياها على الزوجات فلا يصح فإنها ليست زوجة ولا في حكم الزوجة ولا مطلقة ولا في حكم المطلقة

فصل : ولا يكفي في الاستبراء طهر ولا بعض حيضة وهو قول أكثر أهل العلم وقال بعض أصحاب مالك متى طعنت في الحيضة فقد تم استبراؤها وزعم أنه مذهب مالك وقال الشافعي في أحد قوليهِ : يكفي طهر واحد إذا كان كاملاً وهو أن يموت في حيضها فإذا رأت الدم من الحيضة الثانية حلت وتم استبراؤها وهكذا الخلاف في الاستبراء كله وبنوا هذا على أن القروء الأطهار وهذا يرده قول رسول الله صلى الله عليه وسلم : [لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة] و [قال رويغ بن ثابت : سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم خيبر : من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة] رواه الأثرم وهذا صريح فلا يعول على ما خالفه ولأن الواجب الذي يدل على البراءة هو الحيض لأن الحامل لا تحيض فأما الطهر فلا دلالة فيه على البراءة فلا يجوز أن يعول في الاستبراء على ما لا دلالة فيه عليه دون ما يدل عليه وبنائهم قولهم هذا على أن القروء الأطهار بناء للخلاف على الخلاف وليس ذلك بحجة ثم لم يمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه فجعلوا الطهر الذي طلقها فيه قرءاً ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيد أم الولد قرءاً فخالفوا الحديث والمعنى فإن قالوا إن بعض الحيضة المقترن بالطهر يدل على البراءة قلنا فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة وليس ذلك قرءاً عند أحد إذا تقرر هذا فمات عنها وهي طاهر فإذا طهرت من الحيضة المستقبلية حلت فإن كانت حائضاً لم تعتد ببقية ملك الحيضة ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية حلت لأن استبراء هذه بحيضة فلا بد من حيضة كاملة

[جزء 9 - صفحة 190]

مسألة أو يمضي شهر إن كانت آيسة أو صغيرة وعنه بثلاثة أشهر اختارها الخراقي

مسألة : أو يمضي شهر إن كانت آيسة أو صغيرة وعنه بثلاثة أشهر اختارها الخراقي

يروى عن أحمد رحمه الله في ذلك ثلاث روايات أحدها : ثلاثة أشهر وهو قول الحسن و ابن سيرين و النخعي وأبي قلابة وأحد قولي الشافعي وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوابل فقالوا : لا تستبرئ الحبل في أقل من ثلاثة

أشهر فأعجبه قولهم والثانية أنها تستبرأ بشهر وهو قول ثانٍ لـ لشافعي لأن الشهر قائم مقام القرء في حق الحرة والأمة المطلقة فكذلك في الاستبراء وذكر القاضي رواية ثالثة أنها تستبرأ بشهرين كعدة المطلقة قال شيخنا : ولم ار لذلك وجها ولو كان استبراؤها بشهرين لكان استبراء ذات القرء بقرأين ولم نعلم به قائلًا وقال سعيد بن المسيب و عطاء و الضحاك و الحكم في الأمة التي لا تحيض تستبرا بشهر ونصف ورواه حنبل عن أحمد أنه قال : قال عطاء : إن كانت لا تحيض فخمس وأربعون ليلة قال عمي : كذلك اذهب لأن عدة الأمة المطلقة الآيسة كذلك المشهور عن أحمد الأول قال أحمد بن القسم : قلت لأبي عبد الله كيف جعلت ثلاثة اشهر مكان حيضة وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهرا ؟ فقال إنما قلنا أشهر من أجل الحمل فإنه لا يبين في أقل من ذلك فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك وجمع أهل العلم والقوابل فأخبروا أن الحمل لا يتبين في أقل من ثلاثة أشهر فأعجبه ذلك ثم قال : ألا تسمع قول ابن مسعود إن النطفة أربعين يوما ثم علقه أربعين يوما ثم مضغة بعد ذلك قال أبو عبد الله : فإذا خرجت الثمانون صار بعدها مضغة وهي لحم فتبين حينئذ وقال لي هذا معروف عند النساء فاما شهر فلا معنى فيه ولا نعلم به قائلًا ووجه استبرائها بشهر أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة وكذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات فكانت عدة الحرة الآيسة ثلاثة أشهر مكان ثلاثة قروء وعدة الأمة شهرين مكان قرأين وللأمة المستبرأة التي ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه عشرة أشهر تسعة للحمل وشهر مكان الحيضة فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهرا كما في حق من ارتفع حيضها فإن قيل : فقد وجدتم ما دل على البراءة وهو تسعة أشهر قلنا وههنا ما يدل على البراءة وهو الإياس فاستويا

[جزء 9 - صفحة 191]

مسألة ومن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيض
مسألة : ومن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بتسعة أشهر للحمل وشهر مكان الحيضة
وفي هذه المسألة روايتان : إحداهما : أنها تستبرأ بعشرة أشهر والثانية : بسنة تسعة للحمل لأنه غالب عادات النساء في الحمل وثلاثة أشهر مكان الثلاثة التي تستبرأ بها الآيسات
وقد ذكرنا أن المختار عند أحمد في الآيسة استبراؤها بثلاثة أشهر واختار ههنا أن جعل مكان الحيضة شهرا لأن اعتبار تكرارها في الآيسة لتعلم براءتها من الحمل وقد علمت براءتها منه ههنا بمضي غالب مدته فجعل الشهر مكان الحيضة على وفق القياس فأما علمت ما رفع حيضها من مرض أو غيره فإنها لا تزال في الاستبراء حتى يعود الحيض فتستبرئ نفسها بحيضة إلا أن تصير

آيسة فتستبريء نفسها استبراء الآيسات فإن ارتابت بنفسها فهي كالحره
المستبرئة وقد ذكرنا حكمها في العدد والله سبحانه وتعالى أعلم

[جزء 9 - صفحة 192]

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : { وأمهاؤكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة } ذكرهما الله سبحانه في جملة المحرمات وأما السنة فما روت عائشة [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إن الرضاعة تحرم ما تحرم الولادة] متفق عليه وفي لفظ : [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب] رواه النسائي و [عن ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في بنت حمزة : لا تحل لي يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وهي ابنة أخي من الرضاعة] متفق عليه في أخبار كثيرة نذكر أكثرها في تضاعيف الباب إن شاء الله تعالى وأجمع علماء الأمة على التحريم بالرضاع إذ ثبت ذلك فإن تحريم الأم والأخت ثبت نص الكتاب وتحريم البنت بالبينه فإنه إذا حرمت الأخت فالبنت أولى وسائر المحرمات ثبت تحريمهن بالسنة وتثبت المحرمية لأنها فرع على التحريم إذا كان بسبب مباح وأما بقية أحكام النسب من النفقة والإرث والعنق ورد الشهادة وغير ذلك فلا يتعلق به لأن النسب أقوى فلا يقاس عليه في جميع أحكامه وإنما شبه به فيما نص عليه فيه

مسألة : إذا حملت المرأة من رجل ثبت نسب ولدها منه فثاب لها لبن فارضعت به طفلا صار ولدا لهما في تحريم النكاح وإباحة النظر والخلوة وثبوت المحرمية وأولاده وإن سفلوا أولاد أولادهم وصارا أبويه وأباؤهما أجداده وجداته وإخوة المرأة وأخواتها أخواله وخالاته وإخوة الرجل وأخواته أعمامه وعماته وتنتشر حرمة الرضاع من المرتضع إلى أولاد أولاده وإن سفلوا فيصيرون أولادا لهما

وجملة ذلك أن المرأة إذا حملت من رجل يثبت نسب ولدها منه وثاب لها منه لبن فارضعت به طفلا رضاعا محرما صار الطفل المرضع ابنا للمرضعة بغير خلاف وصار أيضا ابنا لمن نسب الحمل إليه فصار في التحريم وإباحة النظر والخلوة ولدا لهما وأولاده من البنين والبنات وأولاد أولادهم وإن نزلت درجاتهم وجميع أولاد المرأة المرضعة من زوجها ومن غيره وجميع أولاد الرجل الذي نسب الحمل إليه من المرضعة وغيرها إخوة المرتضع وأخواته وأولاد أولادهم أولاد إخوته وأخواته وإن نزلت درجاتهم وأم المرضعة جدته وأبوها جده وإخوتها أخواله وأخواتها خالاته وأبو الرجل جده وأمّه جدته وإخواته أعمامه وأخواته عماته وجميع أقاربهما ينسبون إلى المرتضع كما ينسبون إلى ولدهما من النسب لأن اللبن الذي ثاب للمرأة مخلوق من ماء الرجل والمرأة فنشر

التحريم أليهما ونشر الحرمة إلى الرجل وإلى أقاربه وهو الذي يسمى الفحل وفي التحريم به اختلاف ذكر في باب المحرمات في النكاح والحجة فيه ما [روت عائشة أن أفلح أبا أبي القعيس استأذن علي بعد ما أنزل الحجاب فقلت والله لا أذن له حتى استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم فقلت يا رسول الله إن الرجل ليس هو أرضعني ولكن أرضعني المرأة فقال : ائذني له فإنه عمك تربت يمينك] قال عروة : فبذلك كانت عائشة تأخذ بقول : [حرموا من الرضاع ما تحرمون من النسب] متفق عليه وسئل ابن عباس عن رجل تزوج امرأتين فأرضعت إحداهما جارية والأخرى غلاما هل يتزوج الغلام الجارية ؟ فقال : لا اللقاح واحد قال مالك اختلف قديما في الرضاعة من قبل الأب ونزل برجال من أهل المدينة في أزواجهم منهم محمد بن المنكدر وابن أبي حبيبة فاستفتوا من ذلك فاختلف عليهم ففارقوا زوجاتهم فأما الولد المرتضع فإن الحرمة تنتشر إليه وإلى أولاده وإن نزلوا

[جزء 9 - صفحة 194]

مسألة ولا ينتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ولا من هو أعلى منه من آباءه وأمهاته وأعمامه وعماته
مسألة : ولا ينتشر إلى من في درجته من إخوته وأخواته ولا من هو أعلى منه من آباءه وأمهاته وأعمامه وعماته وأخواله وخالاته فلا تحرم المرضعة علي أبي المرتضع ولا أخيه ولا تحرم أم المرتضع ولا أخته على أبيه من الرضاع ولا أخيه فيجوز للمرضعة نكاح أبي الطفل المرتضع وأخيه وعمه وخاله ولا يحرم علي زوج المرضعة نكاح أم الطفل المرتضع ولا أخته ولا عمته ولا خالته ولا بأس أن يتزوج أولاد المرضعة وأولاد زوجها إخوة الطفل المرتضع وأخواته
قال أحمد : لا بأس أن يتزوج الرجل أخت أخيه من الرضاع ليس بينهما رضاع ولا نسب وإنما الرضاع بين الجارية وأخيه

[جزء 9 - صفحة 195]

مسألة وإن أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدا لها وحرم على الزاني تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة
مسألة : وإن أرضعت بلبن ولدها من الزنا طفلا صار ولدا لها وحرم على الزاني تحريم المصاهرة ولم تثبت حرمة الرضاع في حقه في قول الخرقى وقال أبو بكر : تثبت
قال أبو الخطاب : وكذلك الولد المنفي باللعان الذي ذكره شيخنا في الكتاب المشروح إن من شرط ثبوت الحرمة بين المرتضع وبين الرجل الذي تاب اللبن

بوطئه أن يكون له لبن حمل ينسب الى الواطيء كالوطء في نكاح أو وطء بملك يمين أو شبهة فاما لبن الزاني والولد المنفي باللعان فلا ينشر الحرمة بينهما في مفهوم كلام الخرقى وهو قول ابن حامد ومذهب الشافعى وقال ابو بكر عبد العزيز : ينشر الحرمة بينهما لأنه معنى ينشر الحرمة فاستوى فيه مباحة ومحظورة كالوطء يحققه أن الوطاء حصل منه لبن وولد ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطيء كذلك اللبن ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة فينشرها إلى الواطيء كصورة الإجماع ووجه القول الأول أن التحريم بينهما فرع لحرمة الأبوة فلما لم تثبت حرمة الأبوة لم يثبت ما هو فرع لها ويفارق تحريم ابنته من الزنا لأنها من نطفته حقيقة بخلاف مسألته ويفارق تحريم المصاهرة فإن التحريم ثم لا يقف على ثبوت النسب ولهذا تحرم أم زوجته وابنتها من غير نسب وتحريم الرضاع مبني على النسب ولهذا قال عليه الصلاة والسلام : [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب] وقال أبو الخطاب في الولد المنفي باللعان أنه تحريم الرضاع على الملاعن كتحريم ولد الزنا على الزاني قال شيخنا : ويحتمل أن لا يثبت حكم الرضاع في حق الملاعن بحال لأنه ليس بولده حقيقة ولا حكما فاما المرضعة فإن الطفل المرتضع محرم عليها ومنسوب إليها عند الجميع وكذلك يحرم جميع أولادها وأقاربها الذي يحرمون على أولادها على هذا المرتضع كما في الرضاعة باللبن المباح وإن كان المرتضع جارية حرمت على الملاعن بغير خلاف أيضا لأنها ربيته فإنها بنت امرأته من الرضاع وتحرم على الزاني عند من يرى تحريم المصاهرة وكذلك تحريم بناتها وبنات المرضع من العلماء كذلك

[جزء 9 - صفحة 196]

مسألة وإن وطىء رجلان امرأة بشبهة بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن يثبت نسب المولود منه سواء ثبت مسألة : وإن وطىء رجلان امرأة بشبهة فأنت بولد فأرضعت بلبنه طفلا صار ابنا لمن يثبت نسب المولود منه سواء ثبت بالقافة أو غيرها لأن تحريم الرضاع فرع على ثبوت النسب وإن ألحق بهما كان المرتضع ابنا لهما لأن المرتضع في كل موضع تبع للمناسبات فمتى لحق المناسب بشخص فالمرتضع مثله وإن لم يلحق بواحد منهما ثبت التحريم بالرضاع في حقهما وإذا لم يثبت نسبه منهما لتعذر القافة أو لاشتباهه عليهما أو نحو ذلك حرم عليهما تغليباً للحظر فإنه يحتمل أن يكون منهما ويحتمل أن يكون ابن أحدهما فيحرم عليه أقاربه دون أقارب الآخر فقد اختلطت أخيه غيرها فحرم الجميع كما لو علم أخته بعينها ثم اختلطت بأجنبيات وإن انتفى عنهما جميعاً بأن تأتي به لدون ستة أشهر من وطئهما لأكثر من أربع سنين من وطء الآخر انتفى المرتضع عنهما أيضا فإن كان المرتضع جارية حرمت عليهما تحريم المصاهرة وتحرم على أولادها عليهما أيضا لأنها ابنة موطوءتهما فهي ابنة لهما

[جزء 9 - صفحة 197]

مسألة وإن تاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه في
لبن البكر وعنه ذكرها ابن أبي موسى
مسألة : وإن تاب لامرأة لبن من غير حمل تقدم لم ينشر الحرمة نص عليه في
لبن البكر وعنه ذكرها ابن أبي موسى
قال شيخنا والظاهر أنه قول ابن حامد ومذهب مالك و الثوري و الشافعي و
أبي ثور وأصحاب الرأي و ابن المنذر لقول الله تعالى : { وأمهاتكم اللاتي
أرضعنكم } ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم كما لو تاب بوطء ولأن ألبان
النساء خلقت لغذاء الأطفال وإن كان هذا نادرا فجنسه معتاد (والرواية الثانية
(لا ينشر الحرمة لأنه نادر لم تجر العادة به لتغذية الأطفال فأشبهه لبن الرجال
والأول أصح

[جزء 9 - صفحة 197]

مسألة ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة أو
خنثى مشكل لم ينشر الحرمة
مسألة : ولا ينشر الحرمة غير لبن المرأة فلو ارتضع طفلان من رجل أو بهيمة
أو خنثى مشكل لم ينشر الحرمة وقال ابن حامد : يوقف أمر الخنثى حتى يتبين
أمره
وجملة ذلك أن ابنين لو ارتضعا من بهيمة لم يصيرا أخوين في قول عامة أهل
العلم منهم الشافعي و ابن القاسم و أبو ثور و أصحاب الرأي وكذلك لو ارتضعا
من رجل لم يصيرا أخوين ولم تنشر الحرمة بينه وبينهما في قول عامتهم وقال
الكرائسي يتعلق به التحريم لأنه لبن آدمي أشبهه لبن المرأة وحكي عن بعض
السلف أنها إذا ارتضعا من لبن بهيمة صارا أخوين وليس ذلك صحيحا لأن هذا لا
يتعلق به تحريم الأمومة فلا يثبت به تحريم الأخوة لأن الأخوة فرع على الأمومة
وكذلك لا يتعلق به تحريم الأبوة ولأن هذا اللبن لم يخلق لغذاء المولود الآدمي
فلم يتعلق به التحريم كسائر الطعام فإن تاب لخنثى مشكل لبن لم يثبت به
التحريم لأنه لم يثبت كونه امرأة فلا يثبت التحريم مع الشك وقال ابن حامد :
يقف الأمر حتى ينكشف أمر الخنثى فعلى هذا يثبت التحريم إلى أن يتيقن كونه
رجلا لأنه لا يأمن كونه محرما
فصل : قال الشيخ رحمه الله : ولا تثبت الحرمة بالرضاع إلا بشرطين
أحدهما : أن يرتضع في الحولين فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت هذا قول
أكثر أهل العلم روي نحو ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وأبي

هريرة وأزواج النبي صلى الله عليه وسلم سوى عائشة وإليه ذهب الشعبي و
 ابن شبرمة و الأزاعي و الشافعي و إسحاق و أبو يوسف و محمد و ابو ثور
 ورواية عن مالك وروي عنه إن زاد شهرا جاز وروي شهران وقال أبو حنيفة :
 يحرم الرضاع في ثلاثين شهرا لقوله سبحانه : { وحمله وفصاله ثلاثون شهرا }
 ولم يرد بالحمل حمل الأحشاء لأنه يكون سنتين فعلم أنه أراد الحمل في
 الفصال وقال زفر : مدة الرضاع ثلاث سنين وكانت عائشة رضي الله عنها ترى
 رضاعة الكبير تحرم و يروى هذا عن عطاء و الليث و داود لما [روي أن سهلة
 بنت سهيل قالت : يا رسول الله إنا كنا نرى سالما ولدا فكان ياوي معي ومع
 أبي حذيفة في بيت واحد و يراني فضلا وقد أنزل الله فيهم ما قد علمت فكيف
 ترى فيه ؟ فقال لها النبي صلى الله عليه وسلم : أرضعيه فأرضعته خمس
 رضعات فكان بمنزلة ولدها] فبذلك كانت عائشة تأخذ : تأمر بنات أخواتها
 وبنات إخوتها يرضعن من أحببت عائشة أن يراها ويدخل عليها وإن كان كبيرا
 وأبت ذلك أم سلمة و سائر أزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يدخل
 عليهن بتلك الرضاعة أحدا من الناس حتى يرضع في المهد وقلن لعائشة :
 والله ما ندري لعلها رخصة من النبي صلى الله عليه وسلم لسالم دون الناس
 رواه النسائي و أبو داود وغيرهما
 ولنا قول الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن
 يتم الرضاعة } فجعل تمام الرضاعة حولين كاملين فيدل على أنه لا حكم لها
 بعدهما و [عن عائشة رضي الله عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم
 دخل عليها وعندها رجل فتغير وجه النبي صلى الله عليه وسلم فقالت : يا
 رسول الله إنه أخي من الرضاع فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم :
 انظرن من إخوانكن فإنما الرضاعة من المجاعة] متفق عليه وعن أم سلمة
 قالت : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحرم من الرضاع إلا ما فتق
 الأمعاء وكان قبل الفطام] أخرجه الترمذي وقال : حديث حسن صحيح وعند
 هذا يتعين حمل خبر أبي حذيفة على أنه خاص له دون الناس كما قال سائر
 أزواج النبي صلى الله عليه وسلم وقول أبي حنيفة تحكم يخالف ظاهر الكتاب
 والسنة وقول الصحابة فقد روينا عن ابن عباس أن المراد بالحمل حمل البطن
 وبه استدل على أن أقل الحمل ستة أشهر وقد دل على هذا قول الله تعالى : {
 وفصاله في عامين } فلو حمل على ما قاله أبو حنيفة لكان مخالفا لهذه الآية
 إذا ثبت هذا فالاعتبار بالعامين لا بالفطام فلو فطم قبل الحولين ثم ارتضع
 فيهما حصل التحريم ولو لم يفطم حتى يجاوز الحولين ثم ارتضع بعدهما قبل
 الفطام لم يثبت التحريم وقال ابن القاسم صاحب مالك لو ارتضع بعد الفطام
 في الحولين لم يحرم لقوله عليه الصلاة والسلام : [وكان قبل الفطام]
 ولنا قوله سبحانه : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } وروي عنه
 عليه الصلاة والسلام : [لا رضاع إلا ما كان في الحولين] والفطام معتبر بمدته
 لا بنفسه

مسألة فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت التحريم وقال أبو الخطاب إذا ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم وقال
مسألة : فلو ارتضع بعدهما بلحظة لم يثبت التحريم وقال أبو الخطاب : إذا ارتضع بعد الحولين بساعة لم يحرم وقال القاضي : لو شرع في الخامسة فحال الحول قبل كمالها لم يثبت التحريم
ولا يصح هذا لن ما وجد من الرضعة في الحولين كاف في التحريم بدليل ما لو انفصل مما بعده فلا ينبغي أن يسقط حكمه باتصال ما لا أثر له به
الثاني : أن يرتضع خمس رضعات وعنه ثلاث يحرم من وعنه واحدة الصحيح من المذهب أن الذي يتعلق به التحريم خمس رضعات فصاعدا روي هذا عن عائشة وابن مسعود وابن الزبير و عطاء و طاوس وهو قول الشافعي وعن احمد رواية ثانية أن قليل الرضاع يحرم كما يحرم كثيره وروي ذلك عن علي وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب و الحسن و مكحول و الزهري و قتادة و الحكم و حماد و مالك و الثوري و الليث واصحاب الرأي وزعم الليث أن المسلمين أجمعوا على أن قليل الرضاع وكثيره يحرم في المهد ما يفطر به الصائم واحتجوا بقول الله تعالى : { وأمها لكم اللاتي أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة } وقوله عليه الصلاة والسلام [يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب] و [عن عقبة بن الحارث أنه تزوج أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سواد فقالت : قد أرضعتكما فذكرت ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فقال : وكيف وقد زعمت أن قد أرضعتكما ؟] متفق عليه ولأنه فعل يتعلق به تحريم مؤبد فلم يعتبر فيه العدد كتحريم أمهات النساء ولا يلزم اللعان لأنه قول والرواية الثالثة : لا يحرم إلا ثلاث رضعات وبه قال أبو ثور و أبو عبيد و داود و ابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا تحرم المصاة ولا المصتان] وعن أم الفضل بنت الحارث قالت : [قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تحرم الإملاحة ولا الإملاجتان] رواهما مسلم ولأن ما يعتبر فيه العدد والتكرار يعتبر فيه الثلاث وروي عن حفصة لا يحرم دون عشر رضعات وروي ذلك عن عائشة لأن عروة روي في حديث سهلة فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فيما بلغنا : [أرضعيه عشر رضعات فيحرم بلبنها] ولنا ما [روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : أنزل في القرآن عشر رضعات معلومات يحرم من فنسخ من ذلك خمس وصار إلى خمس رضعات معلومات يحرم من فتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم والأمر على ذلك] رواه مسلم وروي مالك عن الزهري عن عروة عن عائشة عن سهلة بنت سهيل : [أرضعي سالما خمس رضعات] فتحرم بلبنها ولأنها فسرتها السنة وبينت الرضاعة المحرمة وصريح ما رويناه يخص مفهوم ما رووه فيجمع بين الأخبار بحملها على الصريح الذي رويناه

مسألة ومتى أخذ الثدي فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهي رضعة فإن عاد فأخذه فهي رضعة أخرى بعد ما
 مسألة : ومتى أخذ الثدي فامتص منه ثم تركه أو قطع عليه فهي رضعة فإن عاد فأخذه فهي رضعة أخرى بعد ما بينهما أو قرب
 يشترط أن تكون الرضعات متفرقات وبه قال الشافعي والمرجع في معرفة الرضعة إلى العرف لأن الشرع ورد به مطلقا ولم يحدها بزمن ولا مقدار فدل على أنه ردهم إلى العرف فإذا ارتضع الصبي وقطع قطعائنا باختياره كان ذلك رضعة فإذا عاد كانت رضعة أخرى فأما إن قطع لضيق نفس أو للانتقال من ثدي إلى ثدي أو لشيء يلهيه أو قطعت عليه المرضعة فإن لم يعد قريبا فهي رضعة فإن عاد في الحال ففيه وجهان :
 أحدهما : أن الأول رضعة فإن عاد فهي رضعة أخرى وهذا اختيار أبي بكر وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل فإنه قال : أما ترى الصبي يرضع من الثدي فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس ويستريح ؟ فإذا فعل ذلك فهي رضعة وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد فكانت رضعة وإن عاد كما لو قطع باختياره
 والوجه الآخر : أن جميع ذلك رضعة وهو مذهب الشافعي إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ففيه وجهان لأنه لو حلف لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة فاستدام الأكل زمنا أو قطع لشرب ماء أو انتقال من لون إلى لون أو انتظار لما يحمل إليه من الطعام لم يعد إلا أكلة واحدة فكذا ههنا والأولى أولى لأن اليسير من السعوط والوجور رضعة فكذا هذا وقال ابن جامد إن قطع لعارض وعاد في الحال فهي رضعة وإن تباعد أو انتقل من امرأة إلى أخرى فهما رضعتان كما ذكرنا في الأكل

[جزء 9 - صفحة 203]

مسألة والسعوط والوجور كالرضاع في إحدى الروايتين
 مسألة : والسعوط والوجور كالرضاع في إحدى الروايتين
 السعوط أن يصب في أنفه اللبن من إناء أو غيره فيدخل حلقه والوجور أن يصيب في حلقه من غير الثدي
 واختلفت الرواية في التحريم بهما فأصح الروايتين أن التحريم يثبت بهما كما يثبت بالرضاع وهو قول الشعبي و الثوري وأصحاب الرأي وبه قال مالك في الوجور والثانية : لا يثبت التحريم بهما وهو اختيار أبي بكر ومذهب داود و عطاء الخراساني في السعوط لأن هذا ليس برضاع وإنما حرم الله تعالى ورسوله بالرضاع ولأنه حصل من غير ارتضاع فأشبه ما لو حصل من جرح في بدنه

ولنا ما روى ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم : [لا رضاع إلا ما أنشز العظم وأنبت اللحم] رواه أبو داود ولأن هذا يصل إليه اللبن كما يصل بالارتضاع ويحصل به من إنبات اللحم وإنشاز العظم ما يحصل بالرضاع فيجب أن يساويه في التحريم والأنف سبيل لفطر الصائم فكان سبيلا للتحريم كالرضاع بالفم

فصل : وإنما يحرم من ذلك كالذي يحرم بالرضاع وهو خمس في الرواية المشهورة فإنه فرع على الرضاع فيأخذ حكمه فإن ارتضع دون الخمس وكمل الخمس بسعوط ووجور أو أسعط وأوجر وكمل الخمس برضاع ثبت التحريم لأننا جعلناه كالرضاع في أصل التحريم فكذلك في إكمال العدد ولو حلب في إناء لبنا دفعة واحدة ثم سقى الغلام في خمسة أوقات فهو خمس رضعات فإنه لو أكل من طعام خمس دفعات متفرقات لكان قد أكل خمس أكلات وإن حلب في إناء خمس حلبات في خمسة أوقات ثم سقى دفعة واحدة كان رضعة واحدة كما لو جعل الطعام في إناء واحد في خمسة أوقات ثم أكله دفعة واحدة كان أكلة واحدة وحكي عن الشافعي في الصورتين عكس ما قلناه اعتبارا بخروجه من المرأة لأن الاعتبار بالرضاع والوجور فرعه ولنا أن الاعتبار بشرب الصبي له لأنه المحرم ولهذا يثبت التحريم به من غير رضاع ولو ارتضع بحيث يصل إلى فيه ثم مجه لم يثبت التحريم فكان الاعتبار به وما وجد منه إلا دفعة واحدة فكان رضعة واحدة وإن سقاه في أوقات فقد وجد في خمسة أوقات فكان خمس رضعات فأما إن سقاه اللبن المجموع جرعة بعد جرعة متتابعة فظاهر قول الخرقى أنه رضعة واحدة لأن المعتبر في الرضعة العرف وهم لا يعدون هذا رضعات فأشبهه ما لو أكل الطعام لقمة بعد لقمة فإنه لا يعد أكلات ويحتمل أن يخرج على ما إذا قطعت عليه المرضعة الرضاع على ما قدمناه

فصل : فإن عمل اللبن جينا ثم أطعمه الصبي ثبت به التحريم وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يحرم به لزوال الإسم وكذلك على الرواية التي تقول لا يثبت التحريم بالوجور لا يثبت ههنا بطريق الأولى

[جزء 9 - صفحة 205]

مسألة ويحرم لبن الميتة واللبن المشوب ذكره الخرقى وقال أبو بكر لا يثبت التحريم بهما

مسألة : ويحرم لبن الميتة واللبن المشوب ذكره الخرقى وقال أبو بكر : لا يثبت التحريم بهما

المنصوص عن أحمد في رواية إبراهيم الحربي في لبن الميتة أنه ينشر الحرمة وهو اختيار أبي بكر وقول أبي ثور والأوزاعي و ابن القاسم وأصحاب الرأي و ابن المنذر وقال أبو بكر الخلال : لا ينشر الحرمة وتوقف عنه أحمد في رواية

مهنأ وهو مذهب الشافعي لأنه لبن ممن ليس هو بمحل للولادة فلم يتعلق به التحريم كلبن الرجل ولنا أنه وجد الرضاع على وجه يثبت اللحم وينشز العظم من امرأة فأثبت التحريم كحال الحياة ولأنه فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة وهذا لا أثر له فإن اللبن لا يموت والنجاسة لا تؤثر كما لو حلب في إناء نجس ولأنه لو حلب منها في حياتها فشربه بعد موتها لنشر الحرمة وبقاؤه في ثديها لا يمنع ثبوت الحرمة لأن ثديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ثم ماتت فشربه صبي نشر الحرمة في قول كل من جعل الوجور محرما وبه قال أبو ثور و الشافعي واصحاب الرأي وذلك لأنه لبن امرأة حلب في حياتها فاشبه ما لو شربه وهي في الحياة

[جزء 9 - صفحة 206]

مسألة ويحرم اللبن المشوب
مسألة : ويحرم اللبن المشوب ذكره الخرقى والمشوب المختلط بغيره وسواء اختلط بطعام أو شراب أو غيره في قول الخرقى وبه قال الشافعي وقال أبو بكر : قياس قول أحمد أنه لا يحرم لأنه وجور وقال ابن حامد : إن غلب اللبن حرم وإلا فلا وهو قول أبي ثور و المزني لأن الحكم للأغلب ولأنه يزول بذلك الإسم والمعنى ونحوه قول أصحاب الرأي وزادوا فقالوا : إن كانت النار مست اللبن حتى أنضجت الطعام أو حتى تغير فليس برضاع ووجه الأول أن اللبن متى كان ظاهرا لقد حصل شربه ويحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم فحرم كما لو كان غالبا وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به لم يثبت التحريم لأن هذا ليس بمشوب ولا يحصل به التغذية ولا إنبات اللحم وإنشاز العظم وحكي عن القاضي أن التحريم يثبت به وهو قول الشافعي لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه أشبه ما لو كان لونه ظاهرا ولنا أن هذا ليس برضاع ولا في معناه فوجب أن لا يثبت حكمه فيه فصل : فإن حلب من نسوة وسقي الصبي فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن لأنه لو شيب بماء أو غسل لم يخرج عن كونه رضاعا محرما فكذلك إذا شيب بلبن آخر

[جزء 9 - صفحة 207]

مسألة والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه وقال ابن حامد ينشرها

مسألة : والحقنة لا تنشر الحرمة نص عليه وقال ابن حامد : ينشرها المنصوص عن أحمد أن الحقنة لا تحرم قاله أبو الخطاب وهو مذهب أبي حنيفة و مالك وقال ابن حامد و ابن أبي موسى : يحرم وهو مذهب الشافعي لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالرضاع ولنا أن هذا ليس برضاع ولا يحصل به التغذية فلم ينشر الحرمة كما لو قطر في إحليله ولأنه ليس برضاع ولا في معناه فلم يجر إثبات حكمه ويفارق فطر الصائم فإنه لا يعتبر فيه إثبات اللحم ولا إنشاز العظم وهذا لا يحرم فيه إلا ما أنبت اللحم وأنشز العظم ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق أشبه ما لو وصل من جرح

فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا تزوج كبيرة لم يدخل بها وثلاث أصغر فأرضعت الكبيرة إحداهن في الحولين حرمت الكبيرة على التأيد وثبت نكاح الصغيرة وعنه يفسخ نكاحهما إذا تزوج كبيرة وصغيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دخوله بها فسد نكاح الكبيرة في الحال وحرمت على التأيد وبه قال الثوري و الشافعي و أبو ثور و اصحاب الراي وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت وتزعم منه الصغيرة ولا يصح ذلك فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء فتحرم أبدا لقول الله سبحانه : { وأمهات نسائكم } ولم يشترط دخوله بها فأما الصغيرة ففيها روايتان :

إحداها : نكاحها ثابت لأنها ربيبة ولم يدخل بأمرها فلا تحرم لقول الله تعالى : { فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم }
والرواية الثانية : يفسخ نكاحها وهو قول الشافعي و أبي حنيفة لأنهما صارتا أما و بنتا واجتمعتا في نكاحه والجمع بينهما محرم فانفسخ نكاحهما كما لو صارتا أختين وكما لو عقد عليهما بعد الرضاع عقدا واحدا
ولنا أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة وهي أولى به لأن نكاحها محرم على التأيد فلم يبطل نكاحهما به كما لو ابتداء العقد على أخته وأجنبية ولأن الجمع طرأ على النكاح الأم والبنت فاخص الفسخ بنكاح الأم كما لو أسلم وتحت امرأة و بنتها وفارق الأختين لأنه ليست إحداها أولى بالفسخ من الأخرى وفارق ما لو ابتداء العقد عليهما لأن الدوام أقوى من الابتداء

[جزء 9 - صفحة 208]

مسألة وإن أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الأولى وعلى الثانية يفسخ نكاح الأولى ويثبت
مسألة : وإن أرضعت اثنتين منفردتين انفسخ نكاحهما على الرواية الأولى وعلى الثانية يفسخ نكاح الأولى ويثبت نكاح الثانية
أما انفساخ نكاح الصغيرتين فلأنهما صارتا أختين واجتمعتا في الزوجية فينفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معا وهذا على الرواية الأولى التي تقول : يفسخ نكاح الكبيرة وحدها فأما على الرواية التي تقول : يفسخ نكاحهما معا فإنه

يثبت نكاح الأخيرة من الصغيرتين لأن الكبيرة لما أرضعت الصغيرة أولا انفسخ نكاحهما ثم أرضعت الأخرى فلم تجتمع معهما في النكاح فلم ينفسخ نكاحها فصل : إذا أرضعت الصغيرة أجنبية انفسخ نكاحها أيضا وهذا قول أبي حنيفة و المزني وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : ينفسخ نكاح الأخيرة وحدها لأن سبب البطلان حصل بها وهو الجمع فأشبهه ما لو تزوج إحدى الأختين بعد الأخرى

ولنا أنه جمع بين الأختين في النكاح فانفسخ نكاحهما كما لو أرضعتهما معا وفارق ما لو عقد على واحدة بعد أخرى فإن عقد الثانية لم يصح فلم يصبره جامعا بينهما وههنا حصل الجمع برضاع الثانية ولا يمكن القول بأنه لم يصح فحصلتا معا في نكاحه وهما أختان لا محالة

[جزء 9 - صفحة 209]

مسألة وإن أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأولتين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الأولى وعلى الثانية مسألة : وإن أرضعت الثلاث متفرقات انفسخ نكاح الأولتين وثبت نكاح الثالثة على الرواية الأولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الجميع لأنهما صارتا أختين في نكاحه وثبت نكاح الثالثة لأن رضاعها بعد انفساخ نكاح الكبيرة والصغيرتين اللتين قبلها فلم يصادف اخوتها جمعا في النكاح

مسألة وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنين بعدها معا بأن تلقم كل واحدة منهما ثديا فيمتصان معا أو تحلب من مسألة : وإن أرضعت إحداهن منفردة واثنين بعدها معا بأن تلقم كل واحدة منهما ثديا فيمتصان معا أو تحلب من لبنها في إناء فتسقيهما معا انفسخ نكاح الجميع لأنهن صرن أخوات في نكاحه لأنها إذا أرضعت إحداهن منفردة لم ينفسخ نكاحها لأنها منفردة ثم إذا أرضعت اثنتين بعد ذلك مجتمعات انفسخ نكاح الجميع لأنهن أخوات في النكاح هذا على الرواية الأولى وعلى الثانية ينفسخ نكاح الأم والأولى بالاجتماع ثم ينفسخ نكاح الأثنتين لكونهما صارتا أختين معا

[جزء 9 - صفحة 210]

مسألة وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر
مسألة : وله أن يتزوج من شاء من الأصاغر

لأن تحريمهن تحريم جمع لا تحريم تأييد فإنهن ربائب لم يدخل بأمهن وإن كان دخل بالأم حرم الكل عليه على الأبد لأنهن ربائب مدخول بأمهن

مسألة وكل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وأخته وجدته وربيبته إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه

مسألة : وكل امرأة تحرم ابنتها عليه كأمه وأخته وجدته وربيبته إذا أرضعت طفلة حرمتها عليه

لأنها تصير ابنتها وكل رجل تحرم ابنته كأخيه وابنه وأبيه إذا أرضعت امرأته بلبنه طفلة حرمتها عليه وفسخت نكاحها لأنها صارت ابنة من تحرم ابنته عليه وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره لم تحرم عليه لأنها صارت ربيبة زوجها وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها كعمته وخالته لم تحرمها عليه ولو تزوج بنت عمه فأرضعت جدتهما أحدهما صغيرا انفسخ النكاح لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجته وإن أرضعت الزوجة صارت عمته وإن أرضعتها جميعا صار عمها وصارت عمته

وإن تزوج بنت عمته فأرضعت جدتهما أحدهما صغيرا انفسخ النكاح لأنها إن أرضعت الزوج صار خالها وإن أرضعت الزوجة صارت عمته وإن تزوج بنت خاله فأرضعت جدتهما صار عم زوجته وإن أرضعتها صارت خالته وإن تزوج ابنة خالته فأرضعت الزوج صار خال زوجته وإن أرضعتها صارت حالة زوجها فصل : وكل من أفسد نكاح امرأة برضاع قبل الدخول فإن الزوج يرجع عليه بنصف مهرها الذي يلزمه لها لأنه قروء عليه عبد أن كان بعرض السقوط وفرق بينه وبين زوجته فلزمه ذلك كشهود الطلاق إذا رجعوا وإنما لزمه نصف الصغيرة لأن نكاحها انفسخ قبل دخوله بها من غير جهتها والفسخ إذ جاء من أجنبي كان كطلاق الزوج في وجوب الصداق عليه

[جزء 9 - صفحة 211]

مسألة وإن أفسدت نكاحها قبل الدخول فلا مهر لها
مسألة : وإن أفسدت نكاحها قبل الدخول فلا مهر لها
لأن فسح نكاحها بسبب من جهتها فسقط صداقها كما لو ارتدت وبهذ قال مالك و الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي ولا نعلم فيه خلافا فعلة هذا إذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاح الصغرى فعلى الزوج نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى لما ذكرنا وبهذا قال الشافعي وحكي من بعض أصحابه أنه يرجع بجميع صداقها لأنها اتلفت البضع فوجب ضمانه وقال أصحاب الرأي : إن كانت الرضعة أرادت الفساد رجع عليها بنصف الصداق وإلا فلا يرجع بشيء وقال مالك : لا يرجع بشيء

ولنا على أنه يرجع عليها بالنصف لأنها قررت عليه وألزمته إياه وأتلفت عليه ما في مقابلته فوجب عليها الضمان كما لو أتلفت عليه المبيع
ولنا على أبي حنيفة أن ما ضمن في العمد ضمن في الخطأ كالمال ولأنها أفسدت نكاحه وقررت عليه نصف الصداق فأشبه ما لو قصدت الإفساد
ولنا على أن الزوج إنما يرجع بالنصف أنه لم يغرم إلا النصف فلم يجب له أكثر مما غرم ولأنه بالفسخ رجع إليه بدل النصف الآخر فلم يجب له بدل ما أخذ بدله مرة أخرى ولأن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له وإنما ضمننت المرضعة ههنا لما ألزمت الزوج ما كان معرضاً للسقوط بسبب يوجد من الزوجة فلم يرجع ههنا بأكثر مما ألزمته
فصل : والواجب نصف المسمى لا نصف مهر المثل لأنه إنما يرجع بما غرم والذي غرم نصف ما فرض لها فرجع به وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي يرجع بنصف مهر المثل لأنه ضمان متلف فكان الاعتبار بقيمته دون ما ملكه به كسائر الأعيان
ولنا أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له بدليل ما لو قتلت نفسها أو ارتدت أو أرضعت من يفسخ نكاحها بإرضاعه بإنها لا تغرم له شيئاً وإنما الرجوع ههنا بما غرم فلا يرجع بغيره ولأنه لو رجع بقيمة المتلف لرجع بمهر المثل كله ولم يختص بالنصف ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا لزمهم نصف المسمى كذلك ههنا

[جزء 9 - صفحة 213]

مسألة وإن أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها ويجب على زوجها وإن أفسده غيرها وجب
مسألة : وإن أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها ويجب على زوجها وإن أفسده غيرها وجب مهرها ولم يرجع به على أحد ونص أحمد على أنه يرجع بالمهر كله
قال القاضي : وهو مذهب الشافعي لأن المرأة تستحق المهر كله على زوجها فيرجع بما لزمه كنصف المهر في غير المدخول بها قال شيخنا : والصحيح إن شاء الله أنه لا يرجع على من أفسده بعد الدخول بشيء لأنه لم يقرر على الزوج شيئاً ولم يلزمه إياه فلم يرجع عليه بشيء كما لو أفسدت المرأة نكاح نفسها ولأنه لو ملك الرجوع بالصداق بعد الدخول لسقط إذا كانت المرأة هي المفسدة للنكاح كما قبل الدخول ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم على ما ذكرناه فيما مضى وكذلك لا يجب مهر المثل وإنما رجع الزوج بنصف المسمى قبل الدخول لأنها قررت عليه وكذلك يسقط إذا كانت هي المفسدة لنكاحها قبل الدخول ولم يوجد ذلك ههنا وهذا قول بعض أصحاب الشافعي ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول لم يخل إما أن يكون رجوعه ببديل البضع الذي فوتته أو المهر الذي أداه : لا يجوز أن يكون ببديل البضع لأنه لو وجب بدله

لوجب له على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها وكان الواجب لها مهر مثلها ولا يجوز أن يجب لها بدل ما أداه إليها لذلك ولأنها ما أوجبتة ولا لها أثر في إيجابه ولا تقريره

[جزء 9 - صفحة 214]

مسألة وإن أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها
مسألة : وإن أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول لم يسقط مهرها
قال شيخنا لا نعلم بينهم خلافا في ذلك وإن الزوج لا يرجع عليها بشيء إذا كان أداه إليها في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط وأنه يرجع عليها بما أعطاه

مسألة فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحها فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى
مسألة : فإذا أرضعت امرأته الكبرى الصغرى فانفسخ نكاحها فعليه نصف مهر الصغرى يرجع به على الكبرى ولا مهر للكبرى إن كان قبل الدخول لأنها أفسدت نكاح نفسها وقد ذكرنا وجه ذلك إن كان المفسدة غيرهما

مسألة فلو دبت الصغرى إلى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت
مسألة : فلو دبت الصغرى إلى الكبرى وهي نائمة فارتضعت منها خمس رضعات انفسخ نكاح الكبيرة وحرمت على التأيد فإن كان دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ولا مهر للصغيرة
لأنها فسخت نكاح نفسها وعليه مهر الكبيرة يرجع به على الصغيرة عند أصحابنا ولا يرجع به على ما اخترناه وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه نصف صداقها يرجع به في مال الصغيرة لأنها فسخت نكاحها وإن ارتضعت الصغيرة منها رضعتين وهي نائمة ثم انتهت الكبيرة فأتت لها ثلاث رضعات فقد حصل الفساد بفعليهما فيتقسط الواجب عليهما وعليه مهر الكبيرة وثلاثة أعشار مهر الصغيرة ويرجع به على الكبيرة وإن لم يكن دخل بالكبيرة فعليه خمس مهرها يرجع به على الصغيرة وهل ينفسخ نكاح الصغيرة ؟ على روايتين
فصل : وإن أرضعت بنت الكبيرة الصغيرة فالحكم في التحريم والفسخ حكم ما لو أرضعتها الكبيرة لأنها صارت جدتها والرجوع بالصداق على المرضعة التي أفسدت النكاح وإن أرضعتها أم الكبيرة انفسخ نكاحهما معا لأنهما صارتا أختين فإن كان لم يدخل بالبيرة فله أن ينكح من شاء منهما ويرجع على المرضعة بنصف صداقها وإن كان دخل بالكبيرة فله نكاحها لأن الصغيرة لا عدة عليها

وليس له نكاح الصغيرة حتى تنقضي عدة الكبيرة لأنها قد صارت أختها فلا ينكحها في عدتها وكذلك الحكم إن أرضعتها جدة الكبيرة لأنها تصير عمّة الكبيرة أو خالتها والجمع بينهما محرم وكذلك إن أرضعتها أختها أو زوجة أخيها بلبنه لأنها صارت بنت أخت الكبيرة أو بنت أخيه وكذلك إن أرضعتها أختها أو بنت أختها ولا يحرم في شيء من هذا واحدة منهن على التأييد لأنه يحرم جمع إلا إذا أرضعتها بنت الكبيرة وقد دخل بأمها

[جزء 9 - صفحة 215]

مسألة وإذا كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن منه لبن فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت
مسألة : وإذا كان لرجل خمس أمهات أولاد لهن منه لبن فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة منهن رضعة حرمت عليه في أحد الوجهين
لأنها ارتضعت من لبنه خمس رضعات فأكمل رضاعها من لبنه فصار أبا لها كما لو أرضعتها واحدة منهن والوجه الثاني لا يصير أبا لها لأنه رضاع لم تثبت به الأمومة فلم تثبت به الأبوة كابن البهيمة ولا تحرم أمهات الأولاد لأنه لم يثبت لهن أمومة
فصل : فإن أرضعن طفلا كذلك لم يصرن أمهات له وصار المولى أبا له وهذا قول ابن حامد لأنه ارتضع من لبنه خمس رضعات وفيه وجه آخر لا تثبت الأبوة لأنه رضاع لم يثبت الأمومة فلم يثبت الأبوة كالارتضاع بلبن الرجل والأول أصح لأن الأبوة إنما تثبت لكونه رضع من لبنه لا لكون المرصعة أما له ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين وإذا قلنا بثبوت الأبوة حرمت عليه المرضعات لأنه ربيهن وهن موطوءات أبيه
فصل : وإن كان لرجل خمس بنات فأرضعن طفلا كل واحدة رضعة لم يصرن أمهات له وهل يصير الرجل جدا له وأولاده أخوالا له وخالات ؟ على وجهين أحدهما : يصير جدا وأخوهن خالا لأنه قد كمل للمرتضع خمس رضعات من لبن بناته فأشبهه ما لو كان من واحدة والآخر : لا يثبت ذلك لأن كونه جدا فرع كون ابنته أما وكونه خالا فرع كون أخته أما ولم يثبت فلا يثبت ذلك الفرع وهذا الوجه يترجح في هذه المسألة لأن الفرعية متحققة بخلاف التي قبلها فإن قلنا يصير أخوهن خالا لم تثبت الخؤولة في حق واحدة منهن لأنه لم يرتضع من لبن أخواتها خمس رضعات ولكن يحتمل التحريم لأنه قد اجتمع من بنت المحرم خمس رضعات ولو كمل للطفل خمس رضعات من أمه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه من كل واحدة رضعة خرج على الوجهين
فصل : إذا كان لامرأة لبن من زوج فأرضعت به طفلا ثلاث رضعات وانقطع لبنها فتزوجت آخر فصار لها منه لبن فأرضعت منه الصبي رضعتين صارت أما له بغير خلاف علمناه عند القائلين بأن الخمس محرّمات ولم يصير واحد من

الزوجين أبا له لأنه لم يكمل عدد الرضاع من لبن هو يحرم على الرجلين لكونه
ربيبهما لا لكونه ولدهما

[جزء 9 - صفحة 217]

مسألة ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل واحدة
رضعتين لم تحرم المرضعات
مسألة : ولو كان له ثلاث نسوة لهن لبن منه فأرضعن امرأة له صغرى كل
واحدة رضعتين لم تحرم المرضعات لأنه لم تكمل عدد الرضعات لكل واحدة
منهن وهل تحرم الصغرى ؟ على وجهين : أصحهما تحريم لأنها ارتضعت من لبنه
خمس رضعات وعليه نصف مهرها يرجع به عليهن على قدر رضاعهن يقسم
بينهن أخماسا لأن الرضعات الخمس محرمة وقد وجد من الأولى رضعتان ومن
الثانية رضعتان والخامسة وجدت من الثالثة فيجب على الأولى خمس مهرها
وعلى الثانية خمس وعلى الثالثة عشر

مسألة فإن كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعن ثلاث نسوة له صغار
حرمت الكبيرة
مسألة : فإن كان لرجل ثلاث بنات امرأة لهن لبن فأرضعن ثلاث نسوة له صغار
حرمت الكبيرة
لأنها من جدات النساء وجدة الزوجة محرمة ولم يفسخ نكاح الصغار لأنهن
لسن أخوات وإنما هن بنات خالات ولبن الربيبة لا يحرم إلا بالدخول بالأم وإن
كان دخل بالأم حرم الصغار أيضا لأنهن ربائب مدخول بأمهن وإن لم يكن دخل
بها فهل يفسخ نكاح من كمل رضاعها أو لا ؟ على روايتين بناء على ما إذا
أرضعت زوجته الكبرى زوجته الصغرى فإن الكبرى تحرم وهل يفسخ نكاح
الصغرى ؟ على روايتين ذكرنا توجيههما فيما مضى

[جزء 9 - صفحة 218]

مسألة وإن أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك ؟
على وجهين
مسألة : وإن أرضعن واحدة كل واحدة منهن رضعتين فهل تحرم الكبرى بذلك
؟ على وجهين :
أحدهما : تحرم لأنها صارت جدة بكون الصغرى قد كمل لها خمس رضعات من
لبن بناتها والثاني : لا تصير جدة ولا يفسخ نكاحها لأن كونها جدة فرع على كون

ابنتها أما ولم تثبت الأموة فما هو فرع عليها أولى أن لا يثبت وهذا أولى والله أعلم

فصل : إذا تزوج كبيرة ثم طلقها فأرضعت صغيرة بلبنه صارت بنتا له وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيته فإن كان قد دخل بالكبيرة حرمت الصغيرة على التأييد وإن كان لم يدخل بها لم تحرم لأنها ربيبة لم يدخل بأمرها وإن تزوج صغيرة ثم طلقها فأرضعت امرأة له حرمت المرضعة على التأييد لأنها من أمهات نسائه وإن تزوج كبيرة وصغيرة ثم طلق الصغيرة فأرضعتها الكبيرة حرمت الكبيرة وانفسخ نكاحها فإن كان لم يدخل بها فلا مهر لها وله نكاح الصغيرة وإن كان دخل بها فلها مهرها وتحرم هي والصغيرة على التأييد وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع فأرضعت الصغيرة ولم يكن دخل بالكبيرة ثبت نكاح الصغيرة وإن كان دخل بها حرمت الصغيرة وانفسخ نكاحها ويرجع على الكبيرة ويرجع على الكبيرة بنصف صداقها وإن طلقها جميعا فالحكم في التحريم على ما مضى

فصل : ولو تزوج رجل كبيرة وآخر صغيرة ثم طلقاهما ونكح كل واحد منهما زوجة الأخر ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة حرمت الكبيرة عليهما وانفسخ نكاحهما وإن كان زوج الصغيرة دخل بالكبيرة حرمت عليه وانفسخ نكاحها وإلا فلا

فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا طلق أمراًتة ولها منه لبن فتزوجت بصبي فأرضعته بلبنه انفسخ نكاحها منه لأنها صارت أمه من الرضاع وحرمت عليه لأنها صارت أمه من الرضاع وإن تزوجت بأخر ودخل بها ومات عنها لم يجز أن يتزوجها الأول لأنها صارت من حلائل الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به

[جزء 9 - صفحة 219]

مسألة ولو تزوجت الصبي أولاً ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي
مسألة : ولو تزوجت الصبي أولاً ثم فسخت نكاحه لعيب ثم تزوجت كبيراً فصار لها منه لبن فأرضعت به الصبي حرمت عليهما على الأبد على الزوج الثاني لأنها صارت من حلائل أبنائه وعلى الصبي لأنها صارت أمه
فصل : ولو زوج رجل أم ولده أو أمته بصبي مملوك فأرضعته بلبن سيدها خمس رضعات انفسخ نكاحه وحرمت على سيدها على التأييد لأنها صارت من حلائل أبنائه فإن كان الصبي حراً لم يتصور هذا الفرع عندنا لأنه لا يصح نكاحه لأن من شرط نكاح الحر للأمة خوف العنت ولا يوجد ذلك في الطفل فإن تزوج بها كان النكاح فاسداً وإن أرضعته لم تحرم على سيدها لأنه ليس بزواج في الحقيقة

فصل : قال الشيخ رحمه الله : فإن أفسد النكاح جماعة يسقط المهر عليهم فلو جاء خمس فسقين زوجة صغيرة من لبن أم الزوج خسم مرات انفسخ

نكاحها ولزمهن نصف مهرها بينهن فإن سقتها واحدة شريتين وأخرى ثلاثا فعلى الأولى الخمس وعلى الثانية خمس وعشر وإن سقاها واحدة شريتين وسقاها ثلاث شربات فعلى الأولى الخمس وعلى كل واحدة من الثلاث عشر وإن كان له ثلاث نسوة كبار وواحدة صغيرة فأرضعت كل واحدة من الثلاث الصغيرة أربع رضعات ثم حلبن في إناء وسقىنه الصغيرة حرم الكبار وانفسخ نكاحهن فإن لم يكن دخل بهن فنكاح الصغيرة ثابت على إحدى الروايتين وعليه لكل واحدة منهن ثلث صداقها ترجع به على ضرتها لأن فساد نكاحها حصل بفعلها وفعلها فسقط ما قابل فعلها وهو سدس الصداق وبقي عليه الثلث فرجع به على ضرتها فإن كان صداقهن متساويا سقط ولم يجب شيء لأنه يتقاص ما لها على الزوج بما يرجع به عليها إذ لا فائدة في أن يجب لها عليه ما يرجع به عليها وإن كان مختلفا وهو من جنس واحد تقاص منه بقدر أقلهما ووجبت الفضلة لصاحبها وإن كان من أجناس ثبت التراجع على ما ذكرنا وإن كان قد دخل بإحدى الكبار حرمت الصغيرة أيضا وانفسخ نكاحها ووجب لها نصف صداقها ترجع به عليهن أثلاثا وللتى دخل بها المهر كاملا وفي الرجوع به ما أسلفناه من الخلاف وإن حلبن في إناء فسقته إحداهن الصغيرة خمس مرات كان صداق ضراتها يرجع به عليها إن كان قبل الدخول بهن لأنها أفسدت نكاحهن وبسقط مهرها إن لم يكن دخل بها وإن كان دخل بها فلها مهرها لا يرجع به على أحد وإن كانت كل واحدة من الكبار أرضعت الصغيرة خمس رضعات حرم الثلاث فإن كان لم يدخل بهن فلا مهر لهن عليه وإن كان دخل بهن فعليه لكل واحدة مهرها لا يرجع به على أحد وتحرم الصغيرة ويرجع بما لزمه من صداقها على المرضعة الأولى لأنها التي حرمتها عليه وفسخت نكاحها ولو أرضع الثلاث الصغيرة بلبن الزوج فأرضعتها كل واحدة رضعتين صارت بنتا لزوجها في الصحيح وينفسخ نكاحها وترجع بنصف صداقها عليهن على المرضعتين الأولتين أربعة أخماسه وعلى الثالثة خمسة لأن رضعتها الأولى هي التي حصل بها التحريم والثانية لا أثر لها ولا ينفسخ نكاح الأكبر لأنهن لم يصرن أمهات لها فإن قيل فلم لا ترجع به عليهن على عددن لكون الرضاع مفسدا فيستوي قليله وكثيره كما لو طرح الجماعة نجاسة في مائع في حالة واحدة ؟ قلنا : لأن التحريم يتعلق بعدد الرضعات فكان الضمان متعلقا بالعدد بخلاف النجاسة فإن التنجيس لا يتعلق بقدر فيستوي قليله وكثيره لكون الكثير والقليل سواء في الإفساد فنظير ذلك أن يشرب في الرضعة من إحداها أكثر مما يشرب من الأخرى

فصل : وإن كانت له زوجة أمة فأرضعت امرأته الصغيرة فحرمتها عليه وفسخت نكاحها كان له ما لزمه من صداق الصغيرة له في رقبة الأمة لأن ذلك من جنائيتها وإن أرضعتها أم ولده أفسدت نكاحها وحرمتها عليه لأنها ربيته دخل بأمها وتحرم أم الولد عليه أبدا لأنها من أمهات نسائه ولا غرامة عليها لأنها أفسدت على سيدها وإن كانت مكاتبته رجع عليها لأن المكاتبته يلزمها أرش جنائيتها وإن أرضعت أم ولده امرأة ابنة بلبنه فسخت نكاحها وحرمتها عليه لأنها صارت أخته وإن أرضعت زوجة أبيه بلبنه حرمتها عليه لأنها صارت بنت ابنه ويرجع الأب على ابنه باقل الأمرين مما غرمه لزوجته أو قيمتها لأن ذلك من

جناية أم ولده وإن أرضعت واحدة منهما بغير لبن سيدها لم تحرمها لأن كل واحدة منهما صارت بنت أم ولده
فصل : قال رضي الله عنه : إذا شك في الرضاع أو عدده بني على اليقين فلم يحرم لأن الأصل عدم الرضاع في المسألة الأولى وعدم وجود الرضاع المحرم في الثانية فهو كما لو شك في وجود الطلاق أو عدده

[جزء 9 - صفحة 222]

مسألة وإن شهدت به امرأة مرضية ثبت بشهادتها وعنه أنها إن كانت مرضية استحلقت فإن كانت كاذبة لم يحل
مسألة : وإن شهدت به امرأة مرضية ثبت بشهادتها وعنه أنها إن كانت مرضية استحلقت فإن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى يبيض ثديها وذهب فيه إلى قول ابن عباس
وجملة ذلك أن الرضاع إذا شهدت به امرأة مرضية حرم النكاح وثبت الرضاع بشهادتها وعنه رواية أخرى كالتالي ذكرناها عن ابن عباس فإن ابن عباس قال في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله قال : إن كانت مرضية استحلقت وفارق أهله وقال : إن كانت كاذبة لم يحل الحول حتى يبيض ثديها أي يصيبها فيهما برص عقوبة على كذبها وهذا لا يقتضيه القياس ولا يهتدي إليه رأي فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفا وممن ذهب إلى أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع إذا كانت مرضية طاوس و الزهري و الأوزاعي وابن أبي ذئب و سعيد بن عبد العزيز وعن أحمد رواية أخرى : لا تقبل إلا شهادة امرأتين : وهو قول الحكم لأن الرجال أكمل من النساء ولا تقبل إلا شهادة رجلين فالنساء أولى وقال عطاء و الشافعي : لا يقبل من النساء أقل من أربع لأن كل امرأتين كرجل وقال أصحاب الرأي : لا يقبل فيه إلا رجلين أو رجل وامرأتان وروي ذلك عن عمر لقول الله تعالى : { واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان }
ولنا ما [روى عقبه بن الحارث قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتينا النبي صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال : وكيف وقد زعمت ذلك [متفق عليه وفي لفظ رواه النسائي] قال : فأتيته من قبل وجهه فقلت إنها كاذبة فقال : وكيف وقد زعمت أنها قد أرضعتكما ؟ خل سبيلها] وهذا يدل على الاكتفاء بالمرأة الواحدة وقال الزهري : فرق بين أهل آيات في زمن عثمان بشهادة امرأة في الرضاع وقال الشعبي : كان القضاة يفرقون بين الرجل والمرأة بشهادة امرأة واحدة في الرضاع ولأن هذه شهادة على عورة فتقبل فيه شهادة المنفردات كالولادة وعن الشافعي أنه معنى يقبل فيه قول النساء المنفردات فيقبل فيه امرأة منفردة كالخبر

فصل : ونقبل فيه شهادة المرضعة على فعل نفسها لما ذكرنا من حديث عقبة من أن الأمة السوداء قالت : قد أرضعتكما فقبل النبي صلى الله عليه وسلم شهادتها ولأنه فعل لا يحصل لها به نفع مقصود ولا يدفع عنها به ضررا فقبلت شهادتها كفعل غيرها فإن قيل فإنها تستبيح الخلوة به والسفر معه وتصير محرما له قلنا ليس هذا من الأمور المقصودة التي ترد بها الشهادة ألا ترى أن رجلين لو شهدا أن فلانا طلق زوجته أو أعتق أمته قبلت شهادتهما وإن حل لهما نكاحها بذلك ؟

[جزء 9 - صفحة 224]

مسألة وإن تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح فإن صدقته فلا مهر لها وإن
مسألة : وإن تزوج امرأة ثم قال قبل الدخول : هي أختي من الرضاع انفسخ النكاح فإن صدقته فلا مهر لها وإن كذبه فلها نصف المهر
وجملته أن الزوج إذا أقر أن زوجته أخته من الرضاعة انفسخ نكاحه ويفرق بينهما وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : إذا قال وهمت أو أخطأت قبل قوله لأن قوله ذلك يتضمن أنه لم يكن بينهما نكاح ولو جحد النكاح ثم أقر به قبل كذلك ههنا
ولنا أنه أقر بما يتضمن تحريمها عليه فلم يقبل رجوعه عنه كما لو أقر بالطلاق ثم رجع أو أقر أن أمته أخته من النسب وما قاسوا عليه ممنوع وهذا الكلام في الحكم فأما فيما بينه وبين الله تعالى فيبني ذلك على علمه بصدقه فإن علم أن الأمر كما قال فهي محرمة عليه ولا نكاح بينهما وإن علم كذب نفسه فالنكاح باق بحاله وقوله كذب لا يحرمها عليه لأن المحرم حقيقة الرضاع لا القول وإن شك في ذلك لم يزل عن اليقين بالشك وقيل في حلها له إذا علم كذب نفسه روايتان والصحيح ما قلناه لأن قوله ذلك إذا كان كذبا لم يثبت التحريم كما لو قال لها وهي أكبر منه : هي ابنتي من الرضاعة إذا ثبت هذا فإنه إن كان قبل الدخول وصدقته المرأة فلا شيء له لأنهما اتفقا على أن النكاح باطل من أصله لا تستحق فيه مهرا فأشبهه ما لو ثبت ذلك ببينة وإن أكذبه فالقول قولها لأن قوله غير مقبول عليها في إسقاط حقوقها فلزمه إقراره فيما هو حق له وهو يحرمها عليه وفسخ نكاحه ولم يقبل قوله فيما عليه من المهر
فصل : وإن قال ذلك بعد الدخول انفسخ النكاح لما ذكرنا ولها المهر بكل حال لأن المهر يستقر بالدخول
فصل : وإن قال هي عمتي أو خالتي أو ابنة أخي أو أختي أو أمي من الرضاع وأمكن صدقه فالحكم فيه كما لو قال : هي أختي وإن لم يمكن صدقه مثل أن يقول لمن هي مثله هذه أمي أو لأب أكبر منه أو لمثله هذه ابنتي لم تحرم عليه وبهذا قال الشافعي وقال أبو يوسف و محمد تحرم عليه لأنه أقر بما يحرمها فقبل كما لو أمكن

ولنا أنه أقر بما يتحقق كذبه فأشبهه ما لو قال : أرضعتني وإياها حواء أو كما قال هذه حواء وما ذكره ينتقض بهذه الصور ويفارق ما إذا أمكن فإنه لا يتحقق كذبه والحكم في الإقرار بقراءة من النسب تحرمها عليه كالحكم في الإقرار بالرضاع لأنه في معناه

فصل : إذا ادعى أن زوجته أخته من الرضاع فأنكرته فشهدت بذلك أمة أو ابنته لم تقبل شهادتهما لأن شهادة الوالد لولده والولد لوالده لا تقبل وإن شهدت بذلك أمها أو ابنتها قبلت وعنه لا تقبل بناء على شهادة الوالد على ولده والولد على والده وهي مقبولة في اصح الروايتين وإن ادعت ذلك المرأة وأنكرها الزوج فشهدت لها أمها أو ابنتها لم تقبل وإن شهدت لها أم الزوج أو ابنته قبل في اصح الروايتين

[جزء 9 - صفحة 226]

مسألة وإن كانت هي التي قالت هو أخي من الرضاع وأكذبها فهي زوجته في الحكم لأنه لا يقبل قولها في فسخ

مسألة : وإن كانت هي التي قالت : هو أخي من الرضاع وأكذبها فهي زوجته في الحكم لأنه لا يقبل قولها في فسخ النكاح

لأنه حق عليها فإن كان قبل الدخول فلا مهر لها لأنها تقر بأنها لا تستحقه وإن كانت قد قبضته لم يكن للزوج أخذه منها لأنه يقر بأنه حق لها وإن كان بعد الدخول فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وبتحريمها عليه وطاوعته في الوطاء فلا مهر لها أيضا لإقرارها بأنها زانية مطاوعة وإن أنكرت شيئاً من ذلك فلها المهر لأنه وطء بشبهة وهي زوجته في ظاهر الحكم لأن قولها غير مقبول فأما فيما بينها وبين الله تعالى فإن علمت صحة ما أقرت به لم يحل مساكنته وتمكينه من وطئها وعليها أن تفر منه وتفندي نفسها بما أمكنها لأن وطأه لها زنا فعليها التخلص منه مهما أمكنها كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً وأنكر وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل لأنه إن كان المسمى أقل فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه وإن كان الأقل مهر المثل لم يستحق أكثر منه لاعترافها بأن استحقاتها له بوطئها لا بالعقد فلا تستحق أكثر منه وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح لم يجز لها نكاحه ولا يقبل رجوعها عن إقرارها في ظاهر الحكم لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها فقبل إقرارها على نفسه بتحريمه عليها وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع أو محرمة عليه برضاع أو غيره وأمكن صدقه لم يحل له تزوجها فيما بعد ذلك في ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى فينبني على علمه بحقيقة الحال على لما ذكرنا

[جزء 9 - صفحة 227]

مسألة ولو قال الزوج هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه أو أكبر منه لم تحرم
لتحققنا كذبه وقد ذكرناه
مسألة : ولو قال الزوج : هي ابنتي من الرضاع وهي في سنه أو أكبر منه لم
تحرم لتحقيقنا كذبه وقد ذكرناه

مسألة ولو تزوج رجل امرأة لها لبن من زوج قبله فحملت منه ولم يزد لبنها فهو
للأول وإن زاد لبنها فأرضعت
مسألة : ولو تزوج رجل امرأة لها لبن من زوج قبله فحملت منه ولم يزد لبنها
فهو للأول وإن زاد لبنها فأرضعت به طفلا صار ابنا لهما وإن انقطع من الأول ثم
ثاب بحملها من الثاني فكذلك عند أبي بكر وعند أبي الخطاب هو ابن الثاني
وحده

وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق زوجته ولها منه لبن فتزوجت آخر لم يخل من
خمسة أحوال أحدها أن يبقى لبن الأول بحاله لم يزد ولم ينقص ولم تلد من
الثاني فهو للأول سواء حملت من الثاني أو لم تحمل لا نعلم فيه خلافا لأن اللبن
كان للأول ولم يتجدد ما يجعله من الثاني فبقي للأول الثاني : أن لا تحمل من
الثاني فهو للأول سواء زاد أو لم يزد أو انقطع ثم عاد أو لم ينقطع
الثالث : أن تلد من الثاني فاللبن له خاصة قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل
من أحفظ عنه وهو قول أبي حنيفة و الشافعي سواء زاد أو لم يزد انقطع أو لم
ينقطع لأن لبن الأول ينقطع بالولادة من الثاني فإن حاجة المولود تمنع كونه
لغيره الرابع : أن يكون لبن الأول باقيا وزاد بالحمل من الثاني فاللبن منهما
جميعا في قول أصحابنا وقال أبو حنيفة هو للأول ما لم تلد من الثاني وقال
الشافعي : إن لم ينته الحمل إلى حال ينزل به اللبن فهو للأول وإن بلغ إلى
حال ينزل به اللبن فزاد به ففيه قولان : أحدهما : هو للأول والثاني : هو لهما
ولنا أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهر في أنها منه بقاء لبن الأول يقتضي كون
أصله منه فيجب أن يضاف إليهما كما لو كان الولد منهما الحال الخامس انقطع
من الأول ثم ثاب بالحمل من الثاني فقال أبو بكر هو منهما وهو أحد أقوال
الشافعي إذا انتهى الحمل إلى حال ينزل به اللبن وذلك لأن اللبن كان للأول
فلما عاد بحدوث الحمل فالظاهر أن لبن الأول ثاب بسبب الحمل الثاني فكان
مضافا إليهما كما لو لم ينقطع واختار أبو الخطاب أنه من الثاني وهو القول
الثاني لـ لشافعي لأن لبن الأول انقطع فزال حكمه بانقطاعه وحدث بالحمل
من الثاني فكان له كما لو لم يكن لها لبن من الأول وقال أبو حنيفة : هو للأول
ما لم تلد من الثاني وهو القول الثالث لـ لشافعي لأن الحمل لا يقتضي اللبن
وإنما يخلقه الله تعالى للولد عند وجوده إليه وقد سبق الكلام عليه
فصل : وإذا ادعى أحد الزوجين على الآخر أنه أقر أنه أخو صاحبه من الرضاع
فأنكر لم يقبل في ذلك شهادة النساء المنفردات لأنها شهادة على الإقرار

والإقرار مما يطلع عليه الرجال فلم يحتج فيه إلى شهادة النساء المنفردات فلم يقبل ذلك بخلاف الرضاع نفسه
فصل : كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات وقال عمر بن الخطاب وعمر بن عبد العزيز رضي الله عنهما : اللبن يشتهه فلا تستق من يهودية ولا نصرانية ولا زانية ولا يقبل أهل الذمة المسلمة ولا يرى شعورهن ولأن لبن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة في الفجور ويجعلها أما لولده فيعتبر بها ويتضرر طبعاً وتعبيراً والارتضاع من المشركة يجعلها أما لها حرمة الأم مع شركها وربما مال إليها في محبة دينها ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء كيلا يشبهها الولد في الحق فإنه يقال : إن الرضاع يغير الطباع

[جزء 9 - صفحة 230]

كتاب النفقات

يجب على الرجل نفقة زوجته وما لا غناء لها عنه وكسوتها ومسكنها بنا يصلح لمثلها

نفقة الزوجة واجبة بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله سبحانه وتعالى : { لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفساً إلا ما آتاها } ومعنى قدر ضيق وقال سبحانه : { قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وما ملكت أيمانهم } وأما السنة فما روى جابر [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب الناس فقال : اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم نفقتهن وكسوتهن بالمعروف] رواه مسلم ورواه الترمذي بإسناده [عن عمرو بن الأحوص قال : ألا إن لكم على نسائكم حقا ولنسائكم عليكم حقا فأما حقكم على نسائكم فلا يوطئن فرشكم من تكرهون ولا يأذن في بيوتكم لمن تكرهون ألا وحقهن عليكم أن تحسنوا إليهن في كسوتهن وطعامهن] وقال : حديث حسن صحيح و [جاءت هند إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله إن أبا سفيان رجل شحيح وليس يطعيني من النفقة ما يكفيني وولدي فقال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] متفق عليه وفيه دلالة على وجوب النفقة لها على زوجها وأن ذلك مقدر بكفايتها وأن نفقة ولده عليه مقدر بكفايتهم وأن ذلك بالمعروف وأن لها أن تأخذ ذلك بنفسها من غير علمه إذا لم يعطها إياه واتفق أهل العلم على وجوب نفقات الزجات على أزواجهن إذا كانوا بالغين إلا الناشز منهن ذكره ابن المنذر وغيره وفيه ضرب من العبرة وهو أن المرأة محبوسة على الزوج يمنعها من التصرف والاكتساب فلا بد من أن ينفق عليها كالعبد مع سيده فمتى سلمت نفسها إلى الزوج على الوجه الواجب عليها فلها عليه جميع حاجتها من مأكل وملبوس ومسكن مسألة : وليس ذلك مقدرًا لكنه معتبر بحال الزوجين جميعًا

هكذا ذكره أصحابنا فإن كانا موسرين فعليه نفقة الموسرين وإن كانا معسرين فعليه نفقة المتوسطين وإن كان أحدهما موسرا والآخر معسرا فعليه نفقة المتوسطين أيهما كان الموسر وقال أبو حنيفة و مالك : تعتبر حال المرأة على قدر كفايتها لقول الله تعالى : { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } والمعروف الكافية ولأنه سوى بين النفقة والكسوة على قدر حالها فذلك النفقة وقال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] فاعتبر كفايتها دون حال زوجها ولأن نفقتها واجبة لدفع حاجتها فكان الاعتبار بما تندفع به حاجتها دون حال من وجبت عليه كنفقة المماليك ولأنه واجب للمرأة على زوجها بحكم الزوجية لم يقدر فكان معتبرا بها كمهرها وقال الشافعي : الاعتبار بحال الزوج وحده لقول الله تعالى : { لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا إلا ما آتاه } ولنا أن فيما ذكرناه جمعا بين البلدين وعملا بكلا النصين ورعاية لكلا الجانبين فكان أولى

فصل : والنفقة مقدرة على الكفاية وتختلف باختلاف من تجب له النفقة في مقدارها وبهذا قال أبو حنيفة و مالك وقال القاضي : هي مقدار لا يختلف في الكثرة والقلّة والواجب رطلان من الخبز في كل يوم في حق الموسر والمعسر اعتبارا بالكفارات وإنما يختلفان في صفته وجودته لأن الموسر والمعسر سواء في قدر المأكل وما تقوم به البيئة وإنما يختلفان في جودته فذلك النفقة الواجبة وقال الشافعي نفقة المقتر مد بمد النبي صلى الله عليه وسلم لأن أقل ما يدفع في الكفارة مد والله سبحانه اعتبر الكفارة بالنفقة على الأهل فقال سبحانه : { من أوسط ما تطعمون أهليكم } وعلى الموسر مدان لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مدين في فدية الأذى وعلى المتوسط مد ونصف نصف نفقة الفقير ونصف الموسر

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] فأمرها ما يكفيها من غير تقدير ورد الاجتهاد في ذلك إليها ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المدين بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ولأن الله تعالى قال : { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } و [قال النبي صلى الله عليه وسلم : ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف] وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف وإيجاب قدر الكفاية وإن ان أقل من مد أو رطلي خبز إنفاق بالمعروف فيكون ذلك واجبا بالكتاب والسنة واعتبار النفقة بالكفارة في القدر لا يصح لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ولا هي مقدرة بالكفاية وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ولهذا لا يجب فيها الأدم

فصل : ولا يجب فيها الحب وقال الشافعي : يجب فيها الحب اعتبارا بالإيجاب في الكفارة حتى لو دفع إليها دقيقا أو سويقا أو خبزا لم يلزمها قبوله كما لا يلزم المسكين في الكفارة وقال بعضهم يجيء على قول أصحابنا أنه لا يجوز وإن تراضيا عليه لأنه بيع حنطة بجنسها متفاضلا

ولنا قول ابن عباس في قول الله تعالى : { من أوسط ما تطعمون أهليكم } قال : الخبز والزيت وعن ابن عمر الخبز والسمن والخبز والزيت والخبز والتمر وأفضل ما تطعمونهن الخبز واللحم ففسر طعام الأهل بالخبز مع غيره من الأدم ولأن الشرع ورد الإيجاب مطلقا من غير تقدير ولا تقييد فوجب أن يرد إلى العرف كما في القبض والإحراز وأهل العرق إنما يتعارفون فيما بينهم في الإنفاق على أهليهم الخبز والأدم دون الحب والنبي صلى الله عليه وسلم وصحابته إنما كانوا ينفقون ذلك دون ما ذكره فكان ذلك هو الواجب ولأنها نفقة قدرها الشرع بالكفاية فكان الواجب الخبز كنفقة العبيد ولأن الحب تحتاج فيه إلى طحنه وخبزه فمتى احتاجت إلى تكلف ذلك من مالها لم تحصل الكفاية بنفقتها وفارق الإطعام فإنها لا تتقدر بالكفاية ولا يجب فيها الأدم فعلى هذا لو طلبت مكان الخبز حبا أو دراهم أو دقيقا أو غير ذلك لم يلزمه بذله ولو عرض عليها بدل الواجب لها لم يلزمها قبوله لأنها معاوضة فلا يجبر واحد منهما على قبولها كالبيع وإن تراضيا على ذلك جاز لأنه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض ويفارق الطعام في الكفارة فإنه حق لله تعالى وليس هو لآدمي معين فيرضى بالعوض عنه وإن أعطاه مكان الخبز حبا أو دقيقا جاز إذا تراضيا عليه لأن هذا ليس بمعاوضة حقيقة فإن الشارع لم يعين الواجب بأكثر من الكفاية فبأي شيء حصلت الكفاية كان ذلك هو الواجب وإنما صرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف لترجحه بكونه القوت المعتاد

[جزء 9 - صفحة 234]

مسألة فإن تنازعا فيها رجع الأمر إلى الحاكم
 مسألة : فإن تنازعا فيها رجع الأمر إلى الحاكم
 وجملة ذلك أن الأمر يرجع في تقدير الواجب للزوجة إلى اجتهاد الحاكم أو نائبه إن لم يتراضيا على شيء فيفرض للمرأة قدر كفايتها من الخبز والأدم فيفرض للموسرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالها وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها من أدنى خبز البلد وللمتوسطة تحت المتوسط من أوسطه لكل أحد على حسب حاله على ما جرت العادة في حق أمثاله وكذلك الأدم للموسرة تحت الموسر قدر كفايتها من أرفع الأدم من الأرز واللحم واللبن وما ينطبخ به اللحم والدهن على اختلاف أنواعه في بلدانه السمن في موضع والزيت في آخر الشحم في آخر والشيرج في آخر وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه كالباقلاء والخل والبقل والكامخ وما جرت به عادة أمثالهم وما يحتاج إليه من الدهن وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك من الخبز والإدام على حسب عادته
 قال الشافعي : الواجب من جنس قوت البلد لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار والأدم هو الدهن خاصة لأنه أصلح للابدان وأجود في المؤنة لأنه لا يحتاج

إلى طبخ وكلفة ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد كالزيت بالشام والشيرج بالعراق والسمن بخراسان ويعتبر قدر الأدم بالقوت فإذا قيل إن الرطل يكفيه الأوقية من الدهن فرض ذلك وفي كل يوم جمعة رطل لحم فإن كان في موضع يرخص اللحم زادها على الرطل شيئاً وذكر القاضي مثل هذا في الأدم وهذا مخالف لقول الله تعالى : { لينفق ذو سعة من سعته ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله } ولقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف] ومتى أنفق الموسر نفقة المعسر فما أنفق من سعته ولا رزقها بالمعروف وقد فرق الله تعالى بين الموسر والمعسر في الإنفاق وفي هذا جمع بين ما فرقه الله تعالى وتقدير الأدم بما ذكره تحكم لا دليل عليه وخلاف العادة والعرف بين الناس في إنفاقهم فلا يعرج على مثل هذا وقد قال ابن عمر : من أفضل ما تطعمون أهليكم الخبز واللحم والصحيح ما ذكرناه من رد النفقة المطلقة في الشرع إلى العرف فيما بين الناس في نفقاتهم في حق الموسر والمعسر والمتوسط كما رددناهم في الكسوة إلى ذلك ولأن النفقة من مؤنة المرأة على الزوج فاختلف جنسها باليسار والإعسار كالكسوة وحكم المكاتب والعبد كالمعسر لأنهما ليسا بأحسن حالا منه ومن نصفه حر إن كان موسراً فحكمه حكم المتوسط لأنه متوسط نصفه موسر ونصفه معسر

[جزء 9 - صفحة 236]

مسألة ويجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم
مسألة : ويجب عليه كسوتها بإجماع أهل العلم لما ذكرنا من النصوص ولأنها لا بد لها منها على الدوام فلزمته كالنفقة وهي معتبرة بكفايتها وليست مقدرة بالشرع كما قلنا في النفقة
وهو قول أصحاب الشافعي ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم فيفرض لها قدر كفايتها على قدر يسرها وعسرها وما جرت عادة أمثالهما به من الكسوة فيجتهد الحاكم في ذلك نحو اجتهاده في المتعة للمطلقة كما قلنا في النفقة فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد من الكتان والقطن والخر والإبريسم وللمعسرة تحت المعسر غليظ القطن والبطان وللمتوسطة تحت لمتوسط من ذلك وأقل ما يجب من ذلك قميص وسراويل ومقنعة ومداس وجبة للشتاء ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه مما لا غناء عنه دون ما للتجمل والزينة وذلك لقول الله تعالى : { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه وعليه ما يحتاج إليه للنوم من الفراش واللحاف والوسادة كل على حسب عادته فإن كانت ممن عادته النوم في الأكسية والبسط فعليه لها لنومها ما جرت عادتهم به ولجلوسها بالنهار البساط والزلى والحصير الرفيع أو

الخشن والموسر على حسب يساره والمعسر على قدر إعساره والمتوسط
بين ذلك على حسب العوائد

مسألة وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثنم مما تغسل به
رأسها وما يعود بنظافتها
مسألة : وعليه ما يعود بنظافة المرأة من الدهن والسدر وثنم الماء مما تغسل
به رأسها وما يعود بنظافتها
لأن ذلك يراد للتنظيف فكان عليه كما أن على المستأجر كنس الدار وتنظيفها
ولا تجب عليه الأدوية وأجرة الطبيب لأنه يراد لإصلاح الجسم فلا يلزمه كما لا
يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار وحفظ أصولها وكذلك أجرة الحجام
والفاصد

[جزء 9 - صفحة 237]

مسألة فأما الطيب والخضاب والحناء ونحوه فلا يلزمه إلا أن يريد منها التزين
به
مسألة : فأما الطيب والخضاب والحناء ونحوه فلا يلزمه إلا أن يريد منها التزين
به
أما الخضاب فإنه إن لم يطلبه الزوج منها لم يلزمه وإن طلبه منها فهو عليه
وأما الطيب فما يراد لقطع السهوك كدواء العرق يلزمه لأنه يراد للتنظيف وما
يراد للتلذذ أو الاستمتاع لا يلزمه لأن الاستمتاع حق له فلا يجب عليه ما يدعوه
إليه
فصل : ويجب لها مسكن بدليل قوله تعالى : { أسكنوهن من حيث سكنتم من
وجدكم } فإذا وجبت السكنى للمطلقة فللتي في صلب النكاح أولى قال الله
تعالى : { وعاشروهن بالمعروف } ومن المعروف أن يسكنها في مسكن
ولأنها لا تستغني عن المسكن للمسترة عن العيون في التصرف والاستمتاع
وحفظ المتاع ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما لقول الله تعالى :
{ من وجدكم } ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام فجرى مجرى النفقة
والكسوة

مسألة وإن احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها أو لمرضها لومه
ذلك
مسألة : وإن احتاجت إلى من يخدمها لكون مثلها لا تخدم نفسها أو لمرضها
لزمه ذلك

لقول الله تعالى : { وعاشروهن بالمعروف } ومن العشرة بالمعروف أن يقيم لها خادما لأنها مما يحتاج إليه في الدوام فأشبهه النفقة

[جزء 9 - صفحة 238]

مسألة فإن كان لها خادم وإلا أقام لها خادما بشراء أو كراء أو عارية ولا يلزم الزوج أن يملكها خادما
مسألة : فإن كان لها خادم وإلا أقام لها خادما بشراء أو كراء أو عارية ولا يلزم الزوج أن يملكها خادما
لأن المقصود الخدمة فإذا حصلت من غير تمليك جاز كما أنه إذا أسكنها دارا بأجرة جاز ولا يلزمه تمليكها مسكنا فإن ملكها الخادم فقد زاد خيرا وإن أخدمها من يلزم خدمتها من غير تمليك جاز سواء كان له أو استأجره حرا كان أو عبدا فإن كان الخادم لها فرضيت بخدمته لها ونفقته على الزوج جاز وإن طلبت منه أجر خادما فوافقها جاز وإن أبى قال : أنا آتيك بخادم سواء فله ذلك إذا أتاه بمن يصلح لها ولا يكون الخادم إلا ممن يحل له النظر إليها إما إمراة وإما خادم وإما ذو رحم محرم لأن الخادم يلزم المخدوم في غالب أحواله فلا يسلم من النظر وهل يجوز أن يكون خادم المسلمة من أهل الكتاب ؟ فيه وجهان أصحهما جوازه لأن استخدامهم مباح ولأن الصحيح إباحة النظر لهم والثاني : لا يجوز لأن في إباحة نظرهم اختلافا وتعافهم النفس ولا ينتظفون من النجاسة

مسألة وعليه نفقته بقدر نفقة الفقيرين إلا في النظافة
مسألة : وعليه نفقته بقدر نفقة الفقيرين إلا في النظافة
يجب على الزوج نفقة الخادم وكسوته مثل ما لامرأة المعسر إلا أنه لا يجب لها المشط والدهن والسدر لرأسها لأن ذلك مما يراد للزينة والتنظيف ولا يراد ذلك من الخادم فإن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج لزمه ذلك

[جزء 9 - صفحة 239]

مسألة ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها ويحصل ذلك بواحد
مسألة : ولا يلزمه أكثر من نفقة خادم واحد لأن المستحق خدمتها في نفسها ويحصل ذلك بواحد وهذا قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك : إن كان لا يصلح المرأة إلا أكثر من خادم فعليه أن ينفق على أكثر من خادم واحد ونحوه قال أبو ثور إذا احتمل الزوج ذلك فرض الخادمين

ولنا أن الخادم الواحد يكفيها لنفسها والزيادة تراد لحفظ ملكها وللتجمل وليس عليه ذلك

مسألة فإن قالت أنا أخدم نفسي وأخذ ما يلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك ولم يلزمه
مسألة : فإن قالت أنا أخدم نفسي وأخذ ما يلزمك لخادمي لم يكن لها ذلك ولم يلزمه
لأن الأجر عليه فتعيين الخادم إليه ولأن في خدمة غيرها إياها توفيرها على حقوقه وترفها ورفع قدرها وذلك يفوت بخدمتها لنفسها

مسألة فإن قال الزوج أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها
مسألة : فإن قال الزوج : أنا أخدمك بنفسي لم يلزمها لأنها تحتشمه وفيه غصاصة عليها لكون زوجها خادما وفيه وجه آخر أن يلزمها الرضا به لأن الكفاية تحصل به
فصل : ويلزمه نفقة المطلقة الرجعية وكسوتها ومسكنها كالزوجة سواء لأنها زوجة بدليل قوله سبحانه : { وبعولتهن أحق بردهن } ولأنه يلحقها طلاقه وظهاره وإيلاؤه فأشبهه ما قبل الطلاق وللأدلة الدالة على وجوب نفقة الزوجة من الكتاب والسنة والإجماع

مسألة وأما البائن بفسخ أو طلاق فإن كانت حاملا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها وعنه لها السكنى
مسألة : وأما البائن بفسخ أو طلاق فإن كانت حاملا فلها النفقة والسكنى وإلا فلا شيء لها وعنه لها السكنى
وجملة ذلك أن الرجل إذا طلق امرأته طلاقا بائنا إما أن يكون ثلاثا أو بخلع أو بانت بفسخ وكانت حاملا فلها النفقة والسكنى بإجماع أهل العلم لقول الله تعالى : { أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن } وفي بعض ألفاظ حديث فاطمة بنت قيس لا نفقة لك إلا أن تكون حاملا ولأن الحمل ولده فيلزمه الإنفاق عليه ولا تمكنه النفقة عليه إلا بالإنفاق عليها فوجب كما وجبت أجرة الرضاع وإن كانت حائلا فلا نفقة لها وفي السكنى روايتان :
إحداهما : لا يبيل لها ذلك وهو قول علي وابن عباس وجابر وبه قال عطاء و طاوس و الحسن و عمر بن ميمون و عكرمة و إسحاق و ابو ثور و داود
والثانية : يجب لها وهو قول عمر وابن مسعود وابن عمر وعائشة و سعيد بن المسيب و القاسم و سالم و الفقهاء السبعة و مالك و الشافعي لقول الله تعالى : { أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن } فأوجب لها السكنى

مطلقا ثم خص الحامل بالإنفاق عليها وقال أكثر فقهاء العراق : لها السكنى والنفقة وبه قال ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الثوري و الحسن بن صالح و أبو حنيفة وأصحابه و البتي و العنبري و بروى ذلك عن عمر و ابن مسعود لأنها مطلقة فوجب لها النفقة والسكنى كالرجعية وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روي عمر أنه قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة وأنكرته عائشة و سعيد بن المسيب وتأولوه قال عروة : لقد عابت عائشة ذلك أشد العيب وقالت : أنها كانت مكان وحش فخيف على ناحيتها وقال سعيد بن المسيب : تلك امرأة فتنت الناس بلسانها كانت لسنة فوضعت على يدي ابن أم مكتوم الأعمى

ولنا ما [روت فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة وهو غائب فأرسل إليها بشعير فتسخطته فقال : والله مالك علينا من شيء فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له قال : ليس لك عليه نفقة ولا سكنى فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك [متفق عليه وفي لفظ] فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : انظري يا ابنة قيس إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة فإذا لم يكن له عليها الرجعة فلا نفقة ولا سكنى [رواه الإمام أحمد و الأثرم و الحميدي قال ابن عبد البر من طريق الحجة وما يلزم منها : قول أحمد بن حنبل ومن تابعه اصح وأج لأنه ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم نصا صريحا فأى شيء يعارض هذا إلا مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم الذي هو المبين عن الله تعالى مراده ولا شيء يدفع ذلك ومعلوم أنه أعلم بتأويل قول الله تعالى : { أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم } ؟ وأما قول عمر ومن وافقه فقد خالفه علي و ابن عباس و جابر ومن وافقهم والحجة معهم ولو لم يخالفه أحد منهم لما قبل قوله المخالف لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم فإن قول رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة على عمر وغيره ولم يصح عن عمر أنه قال : لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا لقول امرأة فإن أحمد أنكره وقال : أما هذا فلا فإنه قال : لا نقبل في ديننا قول امرأة وهذا يرد الإجماع على قبول قول المرأة في الرواية فقد أخذنا بقول فريضة وهي امرأة وبخبر عائشة وأزواج رسول الله صلى الله عليه وسلم وصار خبر فاطمة إذا لم تكن حاملا مثل نظر المرأة إلى الرجال وخطبة الرجل على خطبة أخيه إذا لم تكن سكنت إلى الأول وأما تأويل من تأول حديثها فليس بشيء فإنها تخالفهم في ذلك وهي أعلم بحالها ولم يتفق المتأولون على شيء وقد رد على من رد عليها فقال ميمون بن مهران لـ سعيد بن المسيب لما قال : تلك امرأة فتنت الناس بلسانها : لئن كانت إنما أخذت بما أفتاها رسول الله صلى الله عليه وسلم ما فتنت الناس وإن لنا في رسول الله صلى الله عليه وسلم أسوة حسنة مع أنها أحرم الناس عليه ليس له عليها رجعة ولا بينهما ميراث وقول عائشة أنها كانت في مان وحش لا يصح فإن النبي صلى الله عليه وسلم علل بغير ذلك فقال : [يا ابنة آل قيس إنما النفقة والسكنى ما كان لزوجك عليك الرجعة] هكذا رواه الحميدي و الأثرم ولو صح ما قالته عائشة ما احتاج عمر في رده إلى أن يعتذر بأنه قول امرأة وهي أعرف بنفسها وبحالها وأما قول عمر رضي الله عنه : لا ندع كتاب ربنا فقد قال إسماعيل بن إسحاق : نحن

نعلم أن عمر لا يقول : لا ندع كتاب ربنا إلا لما هو موجود في كتاب الله تعالى والذي في الكتاب أن لها النفقة إذا كانت حاملا بقوله سبحانه : { وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن } وأما ذوات الحمل فلا يدل الكتاب إلا على أنهن لا نفقة لهن لاشتراطه الحمل في الأمر بالإنفاق وقد روي أبو داود وغيره بإسنادهم عن ابن عباس في حديث المتلاعنين قال ففرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما وقضى أن لا بيت لها ولا قوت ولأن هذه محرمة عليه تحريما لا تزيله الرجعة فلم يكن لها سكنى ولا نفقة كالملاعنة وتفارق الرجعية فإنها زوجة يلحقها طلاقه وظهاره وإبلاؤه بخلاف البائن فصل : ولا سكنى للملاعنة ولا نفقة إن كانت حائلا للخبر وكذلك إن كانت حاملا فنفى حملها وقلنا أنه ينتفي عنه أو قلنا : إنه ينتفي بزوال الفراش وإن قلنا لا ينتفي بنفيه أو لم ينفه وقلنا إنه يلحقه نسبه فلها السكنى والنفقة لأن ذلك للحمل أو لها بسببه وهو موجود فأشبهت المطلقة البائن فإن نفى الحمل فأنفقت أمه وسكنت من غير الزوج وأرضعت ثم استحلقه الملاعن لحقه ولزمته النفقة وأجر السكنى والرضاع لأنها فعلت ذلك على أنه لا أب له فإذا ثبت له أب لزمه ذلك ورجع به عليه فإن قيل النفقة لأجل الحمل ونفقة الأقارب وهي تسقط بمضي الزمان فكيف يرجع عليه بما يسقط عنه ؟ قلنا : بل النفقة للحامل لأجل الحمل فلا تسقط كنفقتها في الحياة وإن سلمنا أنها للحمل أنها مصروفة إليها ويتعلق به حقها فلا تسقط بمضي الزمان كنفقتها

[جزء 9 - صفحة 243]

مسألة فإن طلق زوجته ولم ينفق عليها يظنها حائلا ثم تبين أنها كانت حاملا فعليه نفقة ما مضى
مسألة : فإن طلق زوجته ولم ينفق عليها يظنها حائلا ثم تبين أنها كانت حاملا فعليه نفقة ما مضى لأننا تبينا استحقاقها له فرجعت به عليه كالدين

مسألة وإن أنفق عليها يظنها حاملا وبانت حائلا مثل من ادعت الحمل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم
مسألة : وإن أنفق عليها يظنها حاملا وبانت حائلا مثل من ادعت الحمل لتكون لها النفقة أنفق عليها ثلاثة أشهر ثم أريت القوابل بعد ذلك
لأن الحمل يتبين بعد ثلاثة أشهر إلا أن تظهر براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره فتقطع نفقتها كما تنقطع إذا قال القوابل : ليست حاملا رجع عليها بما أنفق لأنها أخذت منه ما لا تستحق فرجع عليها كما لو ادعت عليه دينا وأخذته منه ثم تبين كذبها وعن احمد رواية أخرى : لا يرجع بشيء لأنه أنفق عليها بحكم آثار النكاح فلم يرجع به كالنفقة في النكاح الفاسد إذا تبين فساده وإن علمت براءتها من الحمل بالحيض فكتمته فينبغي أن يرجع عليها قولا واحدا لأنها أخذت

النفقة مع علمها ببراءته منها كما لو أخذتها من ماله بغير علمه وإن ادعت الرجعية الحمل فأنفق عليها أكثر من مدة عدتها رجوع عليها بالزيادة ويرجع في مدة العدة إليها لأنها أعلم بها فالقول قولها فيها مع يمينها فإن قالت قد ارتفع حيضي فلم أدري ما رفعه فعدتها سنة إن كانت حرة وإن قالت قد انقضت بثلاثة قروء وذكرنا غيرها فلها النفقة إلى ذلك ويرجع عليها بالزائد وإن قالت لا أدري متى غيرها رجعتنا إلى عاداتها فحسبنا لها بها وإن قالت عادتي تختلف فتطول وتقصر وانقضت العدة بالأقصر لأنه اليقين وإن قالت عادتي تختلف ولا أعلم رددناها إلى غالب النساء في كل شهر قرء كما رددنا المتحيرة إلى ذلك في أحكامها كذلك هذه فإن بان أنها حامل من غيره مثل أن تلد لأكثر من أربع سنين فلا نفقة عليه لمدة حملها لأنه من حملت في أثناء عدتها فلها النفقة الذي حملت منه ثم لا نفقة لها حتى تضع حملها ثم تكون لها النفقة في تمام عدتها وإن وطئها زوجها في العدة الرجعية حصلت الرجعة وإن قلنا لا تحصل فالنسب لاحق به وعليه النفقة لمدة حملها وإن وطئها بعد انقضاء عدتها أو وطئ البائن عالما بذلك وبتحريمه فهو زنا لا يلحقه نسب الولد ولا نفقة له عليه من أجله وإن جهل بينوتها أو انقضاء عدة الرجعية أو تحريم ذلك وهو ممن يجهله لحقه النسب وفي وجوب النفقة عليه روايتان

[جزء 9 - صفحة 245]

مسألة وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من أجله على روايتين
 مسألة : وهل تجب النفقة للحامل لحملها أو لها من أجله ؟ على روايتين
 إحداهما : تجب للحمل اختارها أبو بكر لأنها تجب بوجوده وتسقط عند انقضائه
 فدل على أنها له والثانية تجب لها من أجله لأنها تجب مع اليسار والإعسار
 فكانت لها كنفقة الزوجات ولأنها لا تسقط بمضي الزمان فأشبهت نفقتها في
 حياته ولـ لشافعي قولان كالروايتين وينبغي على هذا الاختلاف فروع منها : أنها
 إذا كانت المطلقة الحامل أمة وقلنا النفقة للحمل فنفتها على سيدها لأنه
 ملكه وإن قلنا فعلى الزوج لأن نفقتها عليه وإن قلنا هي للحمل فليس عليه
 نفقة لأنه لا يلزمه نفقة ولده وإن قلنا لها فالنفقة عليه لما ذكرنا وإن كانت
 حاملا من نكاح فاسدا أو وطء شبهة وقلنا النفقة للحمل فعلى الزوج والواطئ
 لأنه ولده فلزمته نفقته كما بعد الوضع وإن قلنا للحامل فلا نفقة عليه لأنها
 ليست زوجة يجب الإنفاق عليها وإن نشزت امرأة إنسان وهي حامل وقلنا
 النفقة للحمل لم تسقط نفقتها لأن نفقة ولده لا تسقط بنشوز أمه وإن قلنا لها
 فلا نفقة لأنها ناشز

فصل : ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوما فيوما كما يلزمه دفع
 نفقة الرجعية وقال الشافعي في أحد قوليهِ : لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع لأن
 الحمل غير متحقق ولهذا أوقفنا الميراث وهذا خلاف قول الله تعالى : { وإن
 كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يرضعن حملهن } ولأنها محكوم لها بالنفقة

فوجب دفعها إليها كالرجعية وما ذكره لا يصح فإن الحمل يثبت بالأمارات وتثبت أحكامه في منع النكاح والحد والقصاص وفسخ البيع في الجارية المبيعة والمنع من الأخذ في الزكاة ووجوب الدفع في الدية فهو كالمحقق ولا يشبه هذا الميراث فإن لميراث لا يثبت بمجرد الحمل فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع ولا يوجد ذلك قبله ولأننا لا نعلم صفة الحمل ووجود شرط توريثه بخلاف مسألتنا فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ولا تختلف باختلافه إذا ثبت هذا فمتى ادعت الحمل فصدقها دفع إليها فإن كان حملا فقد استوفت حقها وإن بان أنها ليست حاملا رجع عليها سواء دفع إليها بحكم الحاكم أو بغيره وسواء شرط أنها نفقة أو لم يشترط وعنه : لا يرجع والصحيح الأول لأنه دفعه على أنه واجب فإن بان أنه ليس بواجب استرجعه كما لو قضاها دينا فبان أنه لم يكن عليه دين وإن أنكر حملها نظر النساء الثقات فرجع إلى قولهن ويقبل قول المرأة الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال غالبا أشبه الرضاع وقد ثبت الأصل بالخبر المذكور

[جزء 9 - صفحة 246]

مسألة وأما المتوفى عنها زوجها فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة في مدة العدة لأن النكاح قد زال بالموت
مسألة : وأما المتوفى عنها زوجها فإن كانت حائلا فلا سكنى لها ولا نفقة في مدة العدة لأن النكاح قد زال بالموت وإن كانت حاملا ففيها روايتان :
إحداهما : لها السكنى والنفقة لأنها حامل من زوجها فكانت لها السكنى والنفقة كالمفارقة في الحياة والثانية : لا سكنى لها ولا نفقة لأنه قد صار للورثة ونفقة الحامل وسكنائها إنما هو للحمل أو من أجله ولا يلزم ذلك الورثة لأنه إن كان للميت ميراث فنفقة الحمل من نصيبه وإن لم يكن له ميراث لم يلزم وارث الميت الإنفاق على حمل امرأته كما بعد الولادة قال القاضي : وهذه الرواية أصح

فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد لأنه ليس بينهما نكاح صحيح فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطاء فلا عدة عليها وإن كان بعده فعليها العدة ولا نفقة لها ولا سكنى إن كانت حاملا لأنه إذا لم يجب ذلك قبل التفريق فبعده أولى وإن كانت حاملا فعلى ما ذكرنا فإن قلنا لها النفقة إذا كانت حاملا فلها ذلك قبل التفريق لأنه إذا وجب بعد التفريق فقبله أولى ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها لم يرجع عليها بشيء لأنه إن كان عالما بعدم الوجوب فهو متطوع به وإن لم يكن عالما فهو مفطر فلم يرجع به كما لو أنفق على أجنبية وكل معتدة من وطاء من غير نكاح صحيح كالموطوءة بشبهة وغيرها إن كان يلحق الواطئ نسب ولدها فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد وإن كان لا يلحقه نسب ولدها كالزاني فليس عليه نفقتها حاملا كانت أو لا لأنه لا نكاح بينهما ولا بينهما ولد ينسب إليه

فصل : ولا تجب على الزوج نفقة الناشز فإن كان لها منه ولد أعطاها نفقة ولدها والنشوز معصيتها إياه فيما يجب عليها مما أوجبه الشرع بسبب النكاح فمتى امتنعت من فراشه أو من الانتقال معه إلى مسكن مثلها أو خرجت من منزله بغير إذنه أو أبت السفر معه إذا لم تشتترط بلدها فلا نفقة لها ولا سكنى في قول عامة أهل العلم منهم الشعبي وحماد و مالك و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الراي و أبو ثور وقال الحكم : لها النفقة قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا خالف هؤلاء إلا الحكم ولعله يحتج بأن نشوزها لا يسقط مهرها فكذلك نفقتها

ولنا أن النفقة إنما تجب في مقابلة تمكينها بدليل أنها لا تجب قبل تسليمها إليه ولأنه إذا منعها النفقة كان لها منعه التمكين فكذلك إذا منعه التمكين كان له منعها النفقة كما قبل الدخول وبخالف المهر فإنه يجب بمجرد العقد وكذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة فأما نفقة ولدها منه فهي واجبة عليه فلا يسقط حقه بمعصيتها كالكبير وعليه دفعها إليها إذا كانت هي الحاضنة له أو المرضعة وكذلك أجر رضاعها يلزمه تسليمه إليها لأنه أجر ملكته عليه بالإرضاع لا في مقابلة الاستمتاع فلا يزول بزواله

فصل : وإذا سقطت نفقتها بالنشوز فعادت عن النشوز والزوج حاضر عادت نفقتها لزوال المسقط لها ووجود التمكين المقتضي لها وإن كان غائبا لم تعد نفقتها حتى يعود التسليم بحضوره أو حضور وكيله أو حكم الحاكم بالوجوب إذا مضى زمن الإمكان ولو ارتدت سقطت نفقتها فإن عادت إلى الإسلام عادت بمجرد عودها لأن المرتدة إنما سقطت نفقتها لخروجها عن الإسلام فإذا عادت إليه زال المعنى المسقط فعادت النفقة وفي النشوز سقطت النفقة بخروجها عن يده أو منعها له من التمكين المستحق عليها ولا يزول ذلك إلا بعودها إلى يده وتمكينه منها ولا يحصل ذلك في غيبته وكذلك ولو بذلت تسليم نفسها قبل دخوله بها وهو غائب لم تستحق النفقة بمجرد البذل كذا ههنا

فصل : إذا خالعت المرأة زوجها وهي حامل ولم تبرئه من حملها فلها النفقة كالمطلقة ثلاثا وهي حامل لأن الحمل ولده فعليه نفقته وإن أبرأته من الحمل عوضا في الخلع صح سواء كان العوض كله أو بعضه وقد ذكرناه في الخلع وذكرنا الخلاف فيه ولا تبرأ حتى تفضمه إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك أو أطلقت البراءة من نفقة الحمل وكفالته لأن البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها وهي مدة الحمل والرضاع لأن المطلق إذا كان له عرف انصرف إليه وإن اختلفا في مدة الرضاع انصرف إلى حولين لقول الله سبحانه : { وفصاله في عامين } وقال تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة } ثم قال تعالى : { فإن أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور فلا جناح عليهما } فدل على أنه لا يجوز فصاله قبل الحولين إلا بتراض منهما وتشاور وإن قدرا مدة البراءة بزمن الحمل أو بعام أو نحو ذلك فهو على ما قدرناه وهو أولى لأنه أقطع للنزاع وأبعد من اللبس والاشتباه ولو أبرأته من نفقة الحمل انصرف ذلك إلى زمن الحمل قبل وضعه قال القاضي : إنما صح مخالعتها على نفقة الولد وهي للولد دونها لأنها في حكم المالكة لها لأنها التي تقبضها وتستحقها

وتتصرف فيها فإنها في مدة الحمل هي الأكلة لها المنتفعة بها وبعد الولادة هي أجر رضاعها إياه وهي الآخذة لها المتصرفة فيها فصارت كملك من أملاكها فصح جعلها عوضاً فأما النفقة الزائدة على هذا من كسوة الطفل ودهنه ونحو ذلك فلا يصح أن تعاوض به في الخلع لأنه ليس هو لها ولا في حكم ما هو لها فصل : قال الشيخ رحمه الله ويجب دفع النفقة إليها في صدر نهار كل يوم وذلك إذا طلعت الشمس لأنه أول وقت الحاجة فإن اتفقا على تأخيرها أو تعجيلها لمدة قليلة أو كثيرة جاز لأن الحق لهما لا يخرج عنهما فجاز من تعجيله وتأخيرها ما اتفقا عليه كالدين ولا خلاف بين أهل العلم في هذا فيما علمنا

[جزء 9 - صفحة 250]

مسألة فإن طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر
مسألة : فإن طلب أحدهما دفع القيمة لم يلزم الآخر
لأنه طلب غير الواجب فلم يلزم الآخر لأنها معاوضة فلا يجبر عليها واحد منهما كالبيع وإن تراضيا على ذلك جاز لأنه طعام وجب في الذمة لآدمي معين فجازت المعاوضة عنه كالطعام في القرض

مسألة وعليه كسوتها في كل عام مرة
مسألة : وعليه كسوتها في كل عام مرة
لأن العادة ويكون الدفع إليها في أوله لأنه أول وقت الوجوب

مسألة فإذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها
مسألة : فإذا قبضتها فسرقت أو تلفت لم يلزمه عوضها
إذا تلفت الكسوة أو سرقت بعد قبضها لم يلزمه لأنها قبضت حقها فلم يلزمه غيره كالدين إذا وفاها إياه ثم ضاع منها

مسألة وإن انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ويحتمل أن لا يلزمه
مسألة : وإن انقضت السنة وهي صحيحة فعليه كسوة السنة الأخرى ويحتمل أن لا يلزمه
وجملة ذلك أنه إذا دفع إليها كسوة العام بريء منها كما إذا دفع إليها نفقة اليوم فإن بليت قبل ذلك لكثرة خروجها ودخولها أو استعمالها لم يلزمه إبدالها لأنه ليس بوقت الحاجة إلى الكسوة في العرف وإن مضى الزمان الذي يبلى في

مثله بالاستعمال ولم يبيل فهل يلزمه بدلها ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يلزمه لأنها غير محتاجة إلى الكسوة والثاني : يلزمه لأن الاعتبار بمضي الزمان دون حقيقة الحاجة بدليل أنها لو بليت قبل ذلك لم يلزمه بدلها ولو أهدى إليها كسوة لم تسقط كسوتها وكذلك لو أهدى إليها طعام فأكلته وبقي قوتها إلى الغد لم يسقط قوتها فيه

[جزء 9 - صفحة 251]

مسألة وإن ماتت أو طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة على وجهين
مسألة : وإن ماتت أو طلقها قبل مضي السنة فهل يرجع عليها بقسط بقية السنة ؟ على وجهين
أحدهما : له الرجوع لأنه دفعها للزمان المستقبل فإذا طلقها قبل مضيها كان له استرجاعها ما لو دفع إليها نفقة مدة ثم طلقها قبل انقضائها والثاني : ليس له الاسترجاع لأنه دفع إليها الكسوة بعد وجوبها عليه فلم يكن له الرجوع فيها كما لو دفع إليها النفقة بعد وجوبها ثم طلقها قبل أكلها بخلاف النفقة المستقبلية

مسألة وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك بدنها فيجوز لها بيعها وهبتها
مسألة : وإذا قبضت النفقة فلها التصرف فيها على وجه لا يضر بها ولا ينهك بدنها فيجوز لها بيعها وهبتها والصدقة بها وغير ذلك
لأنها حقها فملك التصرف فيه كسائر مالها فإن عاد ذلك عليها بضرر في بدنها أو نقص في استمتاعها فلا تملكه لأنها تفوت حقه بذلك وكذلك الحكم في الكسوة في أحد الوجهين قياسا على النفقة واحتمل المنع لأن له استرجاعها لو طلقها في أحد الوجهين بخلاف النفقة

[جزء 9 - صفحة 252]

مسألة وإن غاب مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى تركها لتعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين
مسألة : وإن غاب مدة ولم ينفق فعليه نفقة ما مضى سواء تركها لعذر أو غير عذر في أظهر الروايتين
وبه قال الحسن و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر والرواية الأخرى تسقط ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها وهو مذهب أبي حنيفة لأنها نفقة تجب يوما فيوما

فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم كنفقة الأقارب ولأن نفقة الماضي قد استغني عنها بمضي وقتها أشبهت نفقة الأقارب
ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نساءهم يأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار فلم يسقط بمضي الزمان كأجرة العقار والديون قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها وفارق نفقة الأقارب فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له وجبت لزوجته الحال فإذا مضى زمنها استغنى عنها فأشبه ما لو استغنى عنه بيساره وهذا بخلاف ذلك إذا ثبت هذا فإنه إن ترك النفقة عليها مع يساره فعليه النفقة بكمالها وإن تركها لإعساره لم يلزمه إلا نفقة المعسر لأن الزائد سقط بالإعسار
فصل : والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة في قول عامة أهل العلم وبه يقول مالك و الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي لعموم النصوص والمعنى

فصل : قال الشيخ رحمه الله : إذا بذلت المرأة تسليم نفسها إليه وهي ممن يوطأ مثلها أو يتعذر وطؤها لمرض أو حيض أو رتق أو نحوه لزم زوجها نفقتها سواء كان الزوج صغيرا أو كبيرا يمكنه الوطاء أو لا يمكنه كالمجبوب والعين والمريض
وجملته أن المرأة إذا بذلت تسليم نفسها وهي ممن يوطأ مثلها لزم زوجها نفقتها لما روى جابر [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : اتقوا الله في النساء فإنهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف] رواه مسلم

[جزء 9 - صفحة 253]

مسألة وإن سلمت نفسها وهي ممن يتعذر وطؤها لرتق أو حيض أو نفاس أو لكونها نضوة الخلق لا يمكنه وطؤها
مسألة : وإن سلمت نفسها وهي ممن يتعذر وطؤها لرتق أو حيض أو نفاس أو لكونها نضوة الخلق لا يمكنه وطؤها لذلك أو لمرضها لزمته نفقتها أيضا وإن حدث بها شيء من ذلك لم تسقط نفقتها
لأن الاستماع ممكن ولا تفريط من جهتها وإن منع من الوطاء فإن قيل فالصغيرة التي لا يمكن وطؤها إذا سلمت نفسها لا تجب نفقتها قلنا الصغيرة لها حال يتمكن من الاستماع بها فيها استمتعا تاما والظاهر أنه تزوجها انتظارا لتلك الحال بخلاف هؤلاء وكذلك لو طلب تسليم هؤلاء وجب تسليمهن ولا يجب تسليم الصغيرة إذا طلبها فإن قيل فلو بذلت الصحيحة الاستمتاع مما دون الوطاء لم تجب نفقتها فكذلك هؤلاء قلنا تلك متعة مما يجب عليها وهؤلاء لا يجب عليهن التمكين مما فيه ضرر فإن ادعت أن عليها ضررا في وطئه لضيق

فرجها أو قروح به أو نحو ذلك وأنكره أريت امرأة ثقة وعمل بقولها وإن ادعت عبالة ذكره وعظمه جاز أن تنظر المرأة إليهما حال اجتماعهما لأنه موضع حاجة ويجوز النظر إلى العورة للحاجة والشهادة

[جزء 9 - صفحة 254]

مسألة وإن أسلمت نفسها وهي صغيرة وجبت عليه نفقتها إذا كانت كبيرة يمكن وطؤها
مسألة : وإن أسلمت نفسها وهي صغيرة وجبت عليه نفقتها إذا كانت كبيرة يمكن وطؤها
وبهذا قال أبو حنيفة و محمد بن حسن و الشافعي في أحد قوليه وقال في الآخر : لا نفقة لها وهو قول مالك لأن الزوج لا يتمكن من الاستماع بها فلم يلزمه نفقتها كما لو كانت صغيرة
ولنا أنها سلمت نفسها تسليما صحيحا فوجبت لها النفقة كما لو كان الزوج كبيرا ولأن الاستمتاع بها ممكن وإنما تعذر من جهة الزوج فهو كما لو تعذر لغيبته بخلاف ما إذا كانت صغيرة فإنها لم تسلم نفسها تسليما صحيحا ولم تبذل ذلك وكذلك إذا كان يتعذر عليه الوطاء إذا كان مريضا أو مجبوبا أو عنيانا لأن التمكين وجد من جهتها وإنما تعذر من جهته فوجبت النفقة كما لو سلمت إليه نفسها وهو كبير فهرب إذا ثبت هذا فإن الولي يجبر على نفقتها من مال الصبي لأن النفقة عليه وإنما الولي ينوب عنه في أداء الواجبات عليه كما يؤدي أروش جنائياته وزكواته

مسألة فإن كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسليمها إليه إذا طلبها
مسألة : فإن كانت صغيرة لا يمكن وطؤها لم تجب نفقتها ولا تسليمها إليه إذا طلبها
وبهذا قال الحسن و بكر بن عبدالله المزني و النخعي و أبو ثور وأصحاب الرأي وهو نص الشافعي وقال في موضع : لو قيل لها النفقة كان مذهبنا وهو قول الثوري لأن تعذر الوطاء لم يكن بفعالها ولم يمنع وجوب النفقة كالمرض ولنا أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع فلم تجب نفقتها كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها وبهذا يبطل ما ذكره وتفارق المريضة فإن الاستمتاع بها ممكن وإنما نقص بالمرض ولأن من لا تمكن الزوج من نفسها لا تلزمه نفقتها فهذه أولى لأن تلك يمكن الزوج قهرها ووطؤها كرها وهذه لا يمكن فيها ذلك بحال وعلى هذا لا يجب على الزوج تسليمها ولا تسليمها إليه إذا طلبها لأنه لا يمكنه استيفاء حقه منها

مسألة وإن بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يرأسه الحاكم ويمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله
مسألة : وإن بذلته والزوج غائب لم يفرض لها حتى يرأسه الحاكم ويمضي زمن يمكن أن يقدم في مثله
وجملة ذلك أن المرأة إذا بذلت التسليم والزوج غائب لم تستحق النفقة لأنها بذلته في حال لا يمكنه التسلم فيه فإن مضت إلى الحاكم فبذلت التسليم كتب الحاكم إلى حاكم البلد الذي هو فيه ليستدعيه ويعلمه ذلك فإن سار إليها أو وكل من يسلمها إليه فوصل وتسلمها هو أو نائبه وجبت النفقة حينئذ وإن لم يفعل فرض الحاكم عليه نفقتها من الوقت الذي كان يمكن الوصول إليها وتسلمها فيه لأن الزوج امتنع من تسلمها وإمكان ذلك وبذلها إياه له فلزمته نفقتها كما لو كان حاضرا فاما إن غاب الزوج بعد تمكينها ووجوب نفقتها عليه لم تسقط عنه بل تجب عليه في زمن غيبته لأنها استحققت النفقة بالتمكين ولم يوجد منها ما يسقطها
فصل : فإن سلمت الصغيرة التي يمكن وطؤها نفسها أو المجنونة فتسلمها لزمته نفقتها كالكبيرة وإن لم يتسلمها لمنعها نفسها أو لمنع أوليائها فلا نفقة لها عليه كالكبيرة وإن غاب الزوج فبذل وليها تسليمها فهو كما لو بذلت المكلفة التسليم لأن وليها يقوم مقامها وإن بذلت هي دون وليها لم يفرض الحاكم لها نفقة لأنه لا حكم لكلامها

مسألة وإن منعت نفسها أو معها أهلها فلا نفقة لها وإن تساكننا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن طال مقامها على ذلك
مسألة : وإن منعت نفسها أو منعها أهلها فلا نفقة لها وإن تساكننا بعد العقد فلم تبذل ولم يطلب فلا نفقة لها وإن طال مقامها على ذلك
فإن النبي صلى الله عليه وسلم تزوج عائشة رضي الله عنه ودخلت عليه بعد سنتين ولم ينفق إلا بعد دخوله ولم يلتزم نفقتها لما مضى ولأن النفقة تجب في مقابلة التمكين المستحق بعقد النكاح فإذا وجد استحققت وإذا فقد لم تستحق شيئا
فصل : ولو بذلت تسليمها غير تام بأن تقول : أسلم إليك نفسي في منزلي دون غيره أو في المنزل الفلاني دون غيره لم تستحق شيئا إلا أن تكون قد اشترطت ذلك في العقد لأنها لم تبذل التسليم الواجب بالعقد فلم تستحق النفقة كما لو قال البائع : أسلم إليك السلعة على أن تتركها في موضعها أو في

مكان بعينه فإن شرطت دراها أو بلدها فسلمت نفسها في ذلك استحقت النفقة لأنها فعلت الواجب عليها ولذلك لو سلم السيد أمة المزوجة في الليل دون النهار استحقت النفقة بخلاف الحرة فإنها لو بذلت نفسها في بعض الزمان لم تستحق شيئاً لأنها لم تسلم التسليم الواجب بالعقد وكذلك إن أمكنته من استمتاع ومنعته استمتاعاً لم تستحق شيئاً كذلك

مسألة إلا أن تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها
مسألة : إلا أن تمنع نفسها قبل الدخول حتى تقبض صداقها الحال فلها ذلك وتجب نفقتها
وجملة ذلك أن للمرأة أن تمنع نفسها حتى تتسلم صداقها لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يفضي إلى أن يتسلم منفعتها المعقود عليها بالوطء ثم لا يسلم صداقها فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها بخلاف المبيع إذا سلمه المشتري ثم أعسر بالثمن فإنه يمكنه الرجوع فيه فلهذا أزمانه تسليم صداقها أولاً وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من التسليم أمكن الرجوع فيه إذا ثبت هذا فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها فلها نفقتها لأنها امتنعت لحق فإن قيل فلو امتنعت لصغر أو مرض لم يلزمها نفقتها قلنا الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها وكذلك الإمتناع للصغر وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج وهو منعه لما وجب عليه فأشبهه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج فإنه لا يسقط نفقتها عنه ولو تعذر لصغرها لم يلزمه نفقتها

[جزء 9 - صفحة 257]

مسألة وإن كان بعد الدخول فكذلك في أحد الوجهين قياساً على ما قبل الدخول والثاني ليس لها ذلك
مسألة : وإن كان بعد الدخول فكذلك في أحد الوجهين قياساً على ما قبل الدخول والثاني : ليس لها ذلك كما لو سلم المبيع إلى المشتري ثم أراد منعه بعد ذلك

مسألة فأما الصداق المؤجل فليس لها منع نفسها حتى تقبضه كالثمن المؤجل في البيع وقد ذكرنا هذه المسائل في
مسألة : فأما الصداق المؤجل فليس لها منع نفسها حتى تقبضه كالثمن المؤجل في البيع وقد ذكرنا هذه المسائل في كتاب الصداق بأبسط من هذا وذكرنا الخلاف فيها فاختصرنا ههنا

مسألة وإن سلمت الأمة نفسها ليلاً أو نهاراً فهي كالحرّة في وجوب النفقة
مسألة : وإن سلمت الأمة نفسها ليلاً أو نهاراً فهي كالحرّة في وجوب النفقة
وجملة ذلك أن زوج الأمة لا يخلو إما أن يكون حراً أو عبداً أو بعضه حر وبعضه
عبد فإن كان حراً فنفقتها عليه للنص ولاتفاق أهل العلم على وجوب نفقة
الزوجات على أزواجهن البالغين والأمة داخلة في عمومهن ولأنها زوجة ممكنة
من نفسها فوجب على زوجها نفقتها كالحرّة وإن كان زوجها مملوكاً فالنفقة
واجبة لزوجته كذلك قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم
على أن علي العبد نفقة زوجته هذا قول الشعبي والحكم والشافعي وبه قال
أصحاب الرأي إذا بواها بيتاً وحكي عن مالك أنه قال ليس عليه نفقتها لأن
النفقة مواساة وليس هو من أهلها وكذلك لا يجب عليه نفقة أقربه ولا زكاة
ماله

ولنا أنه عوض واجب في النكاح فوجب على العبد كالحرة والدليل على أنها
عوض أنها تجب في مقابلة التمكين ولهذا تسقط عن الحر بفوات التمكين
وبذلك فارقت نفقة الأقارب إذا ثبت وجوبها على العبد فإنها تلزم سيده لأن
السيد أذن في النكاح المفضي إلى إيجابها وقال ابن أبي موسى فيه رواية
أخرى أنها تجب في كسب العبد وهو قول أصحاب الشافعي لأنه لم يكن إيجابها
في ذمته ولا رقبته ولا ذمة سيده ولا إسقاطها فلم يبق إلا أن تتعلق بكسبه
وقال القاضي : تتعلق برقبته لأن الوطاء في النكاح بمنزلة الجناية وأرش جناية
العبد يتعلق برقبته يباع فيها أو يفديه سيده وهذا قول أصحاب الرأي
ولنا أنه دين أذن السيد فيه فلزم ذمته كالذي استدانه وكيله وقولهم : إنه في
مقابلة الوطاء لا يصح فإنه يجب من غير وطاء ويجب للرتقاء والحائض والنفساء
وزوجة المحبوب والصغير وإنما تجب بالتمكين وليس ذلك بجنائية ولا قائم
مقامها وقول من قال : إنه تعذر إيجابها في ذمة السيد غير صحيح فإنه لا مانع
من إيجابها وقد ذكرنا وجود مقتضيه فلا معنى لدعوى التعذر

[جزء 9 - صفحة 259]

مسألة وإن كانت تأوي إليه ليلاً وعند السيد نهاراً فعلى كل واحد منهما النفقة
بقدر مقامها عنده
مسألة : وإن كانت تأوي إليه ليلاً وعند السيد نهاراً فعلى كل واحد منهما النفقة
بقدر مقامها عنده
وقد تقدم ذكر هذه المسألة وقد ذكرنا أن النفقة تجب في مقابلة التمكين وقد
وجد منها في الليل فيجب على الزوج النفقة فيه والباقي منها على السيد بحكم
أنها مملوكته ولم تجب نفقتها على غيره في هذا الزمن فعلى هذا على كل
واحد منهما نصف النفقة وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : لا نفقة لها

على الزوج لأنها لم تمكن من نفسها في جميع الزمان فلم يجب لها شيء من النفقة كالحررة إذا بذلت نفسها في زمن دون غيره ولنا أنه وجد التمكين الواجب بعقد النكاح فاستحقت النفقة كالحررة إذا أمكنت من نفسها في غير أوقات الصلوات المفروضات والصوم الواجب والحج المفروض وفارق الحررة إذا امتنعت في أحد الزمانين فإنها لم تبذل الواجب فتكون ناشزا وهذه ليست ناشزا ولا عاصية

فصل : وإذا طلق الأمة طلاقا رجعيا فلها النفقة في العدة لأنها زوجة فإن أبانها وهي حائل فلا نفقة لها لأنها لو كانت حرة لم تحب لها نفقة فالأمة أولى وإن كانت حاملا فلها النفقة لقول الله تعالى : { وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يوضعن حملهن } نص على هذا أحمد وبه قال إسحاق وقد ذكرنا في نفقة الحامل هل هي للحامل أو للحامل ؟ على روايتين عن أحمد رحمه الله إحداهما أنها للحامل فعلى هذا لا تجب للملوكة الحامل البائن لأن الحمل مملوك لسيدها فنفقته عليه وعلى الراوية الأخرى تجب لـ لشافعي في هذا قولان كالروائيتين

فصل : فإن كان المطلق عبدا فطلقها طلاقا ثانيا وهي حامل ابنتي وجوب النفقة على الروائيتين في النفقة هل هي للحامل أو للحامل ؟ فإن قلنا هي للحامل فلا نفقة على العبد وبه قال مالك وروي ذلك عن الشعبي لأنه لا يجب عليه نفقة ولده وإن قلنا هي للحامل بسببه وجبت لها النفقة وهذا قول الأوزاعي للآية ولأنها حامل فوجبت لها النفقة كما لو كان زوجها حرا

فصل : والمعتق بعضه عليه من نفقة امرأته بقدر ما فيه من الحرية وبقاها على سيده أو في ضربته أو في رقبته على ما ذكرنا في العبد القن والقدر الذي يجب عليه بالحرية يعتبر فيه حاله إن كان موسرا فنفقة الموسرين وإن كان معسرا فنفقة المعسرين والباقي يجب فيه نفقة المعسرين لأن النفقة مما يتبع وما يتبع بعضه فحق المعتق بعضه كالميراث والديات وما لا يتبع فهو فيه كالعبد ولأن الحرية إما شرط فيه أو سبب له ولم يكمل وهذا اختيار المزني وقال الشافعي : حكمه حكم القن في الجميع إلحاقا لأحد الحكمين بالآخر

ولنا أنه يملك بنصفه الحر ملكا تاما ولهذا يورث عنه ويكفر بالإطعام ويجب فيه نصف دية الحر فوجب أن تتبع نفقته لأنها من جملة الأحكام القابلة للتبعيض

فصل : وحكم المكاتب في نفقة الزوجات حكم العبد القن لأنه عبد ما بقي عليه درهم ويجب عليه نفقة زوجته من كسبه لأن نفقة الزوجة واجبة بحكم المعاوضة مع اليسار والإعسار ولذلك وجبت على العبد فعلى المكاتب أولى ولأن نفقة المرأة لا تسقط عن أحد من الناس إذا لم يوجد منها ما يسقط نفقتها ولا يمكن إيجابها على سيده لأن نفقة المكاتب لا تجب على سيده فنفقة امرأته أولى

مسألة وإذا نشزت المرأة أو سافرت بغير إذنه أو تطوعت بحج أو صوم أو أحرمت بحج منذور في الذمة بغير إذنه
 مسألة : وإذا نشزت المرأة أو سافرت بغير إذنه أو تطوعت بحج أو صوم أو أحرمت بحج منذور في الذمة بغير إذنه فلا نفقة لها
 لا تجب نفقة الناشز في قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر : لا نعلم أحدا خالف فيه إلا الحكم ولعله قاسه على المهر ولا يصح القياس لأن النفقة وجبت في مقابلة التمكين من نفسها فإذا لم يوجد منها التمكين لا تستحقها بخلاف المهر فإنه يجب بمجرد العقد وكذلك لو مات أحدهما قبل الدخول وجب المهر دون النفقة وقد ذكرناه فأما إذا سافرت المرأة بغير إذن زوجها فإن نفقتها تسقط لأنها ناشز وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه وإن سافرت في حاجة نفسها بإذنه سقطت نفقتها ذكره الخرقى لأنها فوتت التمكين لحظ نفسها وقضاء أربها فأشبهه مالو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها إلا أن يكون مسافرا معها متمكنا من استمتاعها فلا تسقط نفقتها لأنه لم تفوت التمكين فأشبهت غير المسافرة ويحتمل أن لا تسقط نفقتها وإن لم يكن معها لأنها مسافرة بإذنه أشبه مالو سافرت في حاجته وسواء كان سفرها للتجارة أو حج تطوع أو زيارة وإن أحرمت بحج تطوع بغير إذنه سقطت نفقتها لأنها في معنى المسافرة فإن أحرمت به بإذنه فقال القاضي لها النفقة والصحيح أنها كالمسافرة لأنها بإحرامه مانعة له من التمكين

[جزء 9 - صفحة 262]

مسألة وإن بعثها في حاجته فهي على نفقتها
 مسألة : وإن بعثها في حاجته فهي على نفقتها
 لأنها سافرت في شغلة ومراده وإن أحرمت بالحج الواجب أو العمرة الواجبة في الوقت الواجب من الميقات فلها النفقة لأنها فعلت الواجب عليها بأصل الشرع في وقته فلم تسقط نفقتها كصيام رمضان وإن قدمت الإحرام على الميقات أو قبل الوقت خرج فيها من القول مثل ما في المحرمة بحج التطوع لأنها فوتت عليه التمكين بشيء تستغني عنه فإن اعتكفت فالقياس أنه كسفرها إن بغير إذنه فهي ناشز لخروجها من منزل زوجها بغير إذنه فيما ليس واجبا بأصل الشرع وإن كان بإذنه فلا نفقة لها على قول الخرقى وعند القاضي لها النفقة وإن صامت رمضان لم تسقط نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع لا يملك منعها منه فهو كالصلاة ولأنه يكون صائما معها فيمتنع الاستمتاع لمعنى وجد فيه وإن كان تطوعا لم تسقط لأنها لم تأت ما يمنعه من استمتاعها فإنه يمكنه تفتيرها ووطؤها إلا أن يريد ذلك منها فتمنعه فتسقط نفقتها بامتناعها من التمكين الواجب

مسألة وإن أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين
مسألة : وإن أحرمت بمنذور معين في وقته فعلى وجهين :
أحدهما : لها النفقة ذكره القاضي لأن أحمد نص على أنه ليس له منعها والثاني
: : أنه إن كان نذرها قبل النكاح أو كان النذر بإذنه لم تسقط نفقتها لأنه كان
واجبا عليها بحق سابق على نكاحه أو واجب أذن في سببه وإن كان النذر في
نكاحه بغير إذنه فلا نفقة لها لأنها فوتت عليه حقه من الاستمتاع باختيارها بالنذر
الذي لم يوجبه الشرع عليها ولا نذرها إليه وإن كان النذر مطلقا أو كان صوم
كفارة فصامت بإذنه فلها النفقة لأنها أدت الواجب بإذنه فأشبهه ما لو صامت
المعين بإذنه في وقته وإن صامت بغير إذنه فقال القاضي : لا نفقة لها لأنها
يمكنها تأخيرها فإنه على التراخي وحق الزوج على الفور وإن كان قضاء رمضان
قبل ضيق وقته فكذلك وإن كان وقته مضيقا مثل أن قرب رمضان آخر فعليه
نفقتها لأنه واجب مضيق بأصل الشرع أشبه أداء رمضان

مسألة وإن اختلفا في نشوزها فادعى أنها نشزت وأنكرت الزوجة فالقول
قولها مع يمينها لأن الأصل عدم
مسألة : وإن اختلفا في نشوزها فادعى أنها نشزت وأنكرت الزوجة فالقول
قولها مع يمينها لأن الأصل عدم النشوز

مسألة وكذلك إن ادعى تسليم النفقة إليها فأنكرته فالقول قولها كذلك
مسألة : وكذلك إن ادعى تسليم النفقة إليها فأنكرته فالقول قولها كذلك

مسألة وإن اختلفا في بذل التسليم فقالت : بذلت لك تسليم نفسي فأنكرها
فالقول قوله
مسألة : وإن اختلفا في بذل التسليم فقالت : بذلت لك تسليم نفسي فأنكرها
فالقول قوله
لأنه منكر والأصل عدم التسليم
فصل : وإن أعسر الزوج بنفقتها أو بعضها أو بالكسوة خیرت بين فسخ النكاح
والمقام وتكون النفقة دينا في ذمته وعن أحمد ما يدل على أنها لا تملك الفسخ
بإعساره والأول المذهب إذا منع الرجل نفقة امرأته لعسرته وعدم ما ينفقه
خیرت بين الصبر عليه وبين فراقه روي نحو ذلك عن عمر وعلي وأبي هريرة

وبه قال سعيد بن المسيب و الحسن و عمر بن عبد العزيز و ربيعة و حماد و مالك و عبد الرحمن بن مهدي و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور و عن أحمد أنها لا تملك الفسخ بالإعسار والأول المذهب وذهب عطاء و الزهري و ابن شبرمة و أبو حنيفة وصاحباها إلى أنها لا تملك فراقه بذلك ولكن يرفع عنها لتكتسب لأنه حق لها عليه فلا يفسخ النكاح لعجزه عنه كالدين وقال العنبري : يحبس إلى أن ينفق

ولنا قول الله تعالى : { فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان } وليس الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكا بمعروف فتعين التسريح وروى سعيد بن سفيان عن أبي الزناد قال : سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته أيفرق بينهما ؟ قال نعم قلت سنة ؟ قال سنة وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن المنذر : ثبت أن عمر بن الخطاب كتب إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطاء والضرر فيه أقل لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى إذا ثبت هذا فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الطلاق فللمرأة المطالبة بالفسخ من غير إنظار وهذا أحد قولي الشافعي وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة قياسا على العين وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهرا أو شهرين وقال مالك : الشهر ونحوه وقال الشافعي في القول الآخر : يؤجل ثلاثا لأنه قريب ولنا ظاهر حديث عمر رضي الله عنه ولأنه معنى يثبت الفسخ ولم يرد الشرع بالانتظار فيه فأثبت الفسخ في الحال كالعيب ولأن سبب الفسخ الإعسار وقد وجد فلا يلزم التأخير

فصل : فإن لم يجد إلا نفقة يوم بيوم فليس ذلك إعسارا يثبت به الفسخ لأن ذلك هو الواجب عليه وقد قدر عليه وإن وجد في أول النهار ما يغذيها وفي خره ما يعيشها لم يكن لها الفسخ لأنها تصل إلى كفايتها وما يقوم به بدنها وإن كان صانعا يعمل في الإِسبوع ما يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الإِسبوع كله لم يثبت الفسخ لأن هذا يحصل الكفاية في جميع زمانه وإن تعذر عليه الكسب في بعض زمانه أو تعذر البيع لم يثبت الفسخ لأنه يمكنه الاقتراض إلى زوال العارض وحصول الاكتساب وكذلك إن عجز عن الاقتراض أياما يسيرة ولأن ذلك يزول عن قريب ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس وإن مرض مرضا يرجى برؤه في أيام يسيرة لم يفسخ لما ذكرنا وإن كان ذلك يطول فلها الفسخ لأن الضرر الغالب يلحقها ولا يمكنها الصبر وكذلك إن كان لا يجد من النفقة إلا يوما دون يوم لأنها لا يمكنها الصبر على هذا فهو كمن لا يجد إلا بعض القوت وإن أعسر ببعض نفقة المعسر ثبت لها الخيار لأن البدن لا يقوم بما دونها فإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر فلا خيار لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها

مسألة وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته وترك المطالبة جاز
مسألة : وإن رضيت بالمقام معه مع عسرته وترك المطالبة جاز
لأن الحق لها وتكون النفقة دينا في ذمته ثم إن بدا لها الفسخ أو تزوجت معسرا
عامة بحاله راضية بعسرته وترك إنفاقه أو شرط عليها أن لا ينفق عليها ثم عن
لها الفسخ فلها ذلك وبه قال الشافعي وقال القاضي : كلام أحمد أنه ليس لها
الفسخ ويبطل خيارها في الموضوعين وهو قول مالك لأنها رضيت بعيه ودخلت
في العقد عامة به فلم تملك الفسخ كما لو تزوجت عينا عامة بعيه أو قالت
بعد العقد : قد رضيت به عينا

ولنا أن وجوب النفقة تتجدد كل يوم فتجدد لها الفسخ ولا يصح إسقاط حقها
فيما لم يجب لها كإسقاط شفعتها قبل البيع وكذلك لو أسقطت النفقة
المستقبلية لم تسقط ولو أسقطها أو أسقطت المهر قبل النكاح لم يسقط وإذا
لم يسقط وجوبها لم يسقط الفسخ الثابت به وإن أعسر بالمهر وقلنا لها
الفسخ لإعساره به فرضيت بالمقام لم يكن لها الفسخ لأن وجوبه لم يتجدد
بخلاف النفقة فإن تزوجته عامة بإعساره بالمهر راضية بذلك فينبغي أن لا
تملك الفسخ بإعساره لأنها رضيت بذلك في وقت لو أسقطته فيه سقط
فصل : وإذا رضيت بالمقام مع ذلك لم يلزمها التمكين من الاستمتاع لأنه لم
يسلم إليها عوضه فلم يلزمها تسليمه كما لو أعسر المشتري بثمن المبيع لم
يجب تسليمه إليه وعليه تخليه سبيلها لتكتسب لها وتحصل ما تنفقه عليها لأن
في حبسها بغير نفقة إضرارها بها وإن كانت موسرة لم يكن له حبسها لأنه إنما
يملك حبسها إذا كفاها المؤنة وأغناها عما لا بد لها منه ولحاجته إلى الاستمتاع
الواجب له عليها فإذا انتفى الأمران لم يملك حبسها

[جزء 9 - صفحة 267]

مسألة وإن أعسر بنفقة الخادم أو النفقة الماضية أو نفقة الموسر أو المتوسط
أو الأدم فلا فسخ لها وتكون النفقة
مسألة : وإن أعسر بنفقة الخادم أو النفقة الماضية أو نفقة الموسر أو
المتوسط أو الأدم فلا فسخ لها وتكون النفقة دينا في ذمته وقال القاضي :
تسقط

إذا أعسر بالنفقة الماضية لم يكن لها الفسخ لأنها دين يقوم البدن بدونها
فأشبهت سائر الديون وكذلك إن أعسر بنفقة الموسر أو المتوسط فلا فسخ لها
لأن الزيادة تسقط بإعساره ويمكن الصبر عنها وكذلك إن أعسر بنفقة الخادم
أو الأدم كذلك

مسألة ويثبت ذلك في ذمته وكذلك إن أعسر بالمسكن وقلنا لا يثبت لها الفسخ
مسألة : ويثبت ذلك في ذمته وكذلك إن أعسر بالمسكن وقلنا لا يثبت لها
الفسخ

وبهذا قال الشافعي وقال القاضي : لا يثبت لأنه من الزوائد فلم يثبت في ذمته
كالزوائد عن الواجب عليه
ولنا أنها نفقة تجب على سبيل العوض فثبتت في الذمة كالنفقة الواجبة للمرأة
قوتا وهذا فيما عدا الزائد على نفقة المعسر فإن ذلك يسقط بالإعسار

[جزء 9 - صفحة 268]

مسألة وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل لها الفسخ يحتمل وجهين
مسألة : وإن أعسر بالسكنى أو المهر فهل الفسخ ؟ يحتمل وجهين
إذا أعسر بأجرة المسكن فلها الخيار في أحد الوجهين لأنه مما لا بد منه أشبه
النفقة والكسوة والثاني : لا خيار لها لأن البنية تقوم بدونه وهذا الوجه الذي
ذكره القاضي وإن أعسر بالصداق ففيه ثلاثة أوجه : أحدها : ليس لها الفسخ
اختاره ابن حامد والثاني : لها الفسخ اختاره أبو بكر لأنه أعسر بالعوض فكان
لها الرجوع في العوض كما لو أعسر بثمن بيعها والثالث : إن أعسر قبل
الدخول فلها الفسخ كما لو أفلس المشتري المبيع بحاله وإن كان بعج الدخول
لم يملك الفسخ لأن المعقود عليه قد استوفي فأشبهه ما لو أفلس المشتري بعد
تلف المبيع أو بعضه وهذا المشهور في المذهب واختار شيخنا الرواية الأولى
لأنه دين فلم يفسخ النكاح للإعسار به كالنفقة الماضية ولأن تأخيره ليس فيه
ضرر محف فأشبهه نفقة الخادم لأنه لا نص فيه ولا يصح قياسه على الثمن في
المبيع لأن الثمن كل مقصود البائع والعادة تعجيله والصداق فضلة ونحلة ليس
هو المقصود في النكاح وكذلك لا يفسد النكاح بفساده ولا يترك ذكره والعادة
تأخيره ولأن أكثر من يشتري بثمن حال يكون موسرا به وليس الأكثر أن من
يتزوج بمهر يكون موسرا به ولا يصح قياسه على النفقة لأن الضرورة لا تندفع
إلا بها بخلاف الصداق فأشبهه شيء به النفقة الماضية ول الشافعي نحو هذه
الوجوه وإذا قلنا لها الفسخ للإعسار به فتزوجته عالمة بعسرتة فلا خيار لها
وجها واحدا لأنه رضيت به كذلك وكذا إن علمت عسرتة فرضيت بالمقام سقط
حقها من الفسخ لأنها رضيت بإسقاط حقها بعد وجوبه فسقط كما لو رضيت
بعنته

[جزء 9 - صفحة 269]

مسألة وإن أعسر زوج الأمة فرضيت لم يكن لسيدها الفسخ ويحتمل أن له ذلك

مسألة : وإن أعسر زوج الأمة فرضيت لم يكن لسيدها الفسخ ويحتمل أن له ذلك

وجملة ذلك أن نفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها لأن كل واحد منهما ينتفع بها ولكل واحد منهما طلبها إذا امتنع من أدائها ولا يملك واحد منهما إسقاطها لأن في سقوطها بإسقاط إحداهما ضررا بالآخر فعلى هذا إن أعسر الزوج فلها الفسخ لأنه عجز عن نفقتها فملك الفسخ كالحره وإن لم تفسخ فقال القاضي : لسيدها الفسخ لأن عليه ضررا في عدمها لما يتعلق بفواتها من فوات ملكه وتلفه فإن أنفق عليها سيدها محتسبا بالرجوع فله الرجوع بها على الزوج رضيت بذلك أو كرهت لأن الدين خالص حقه لا حق لها فيه وإن تعلق حقا بالنفقة الحاضرة لوجوب صرفها إليها وقوام بدنها به بخلاف الماضية وقال أبو الخطاب وأصحاب الشافعي : ليس لسيدها الفسخ لعسرة زوجها بالنفقة لأنها حق فلم يملك سيدها الفسخ دونها كالفسخ للجنة فإن كانت معتوهة أنفق المولى وتكون النفقة دينا في ذمة الزوج وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة فافسخي النكاح وإلا فلا نفقة لك عندي

[جزء 9 - صفحة 296]

مسألة وإن أعسر زوج الصغيرة أو المجنونة لم يكن لوليها الفسخ
مسألة : وإن أعسر زوج الصغيرة أو المجنونة لم يكن لوليها الفسخ لأنه فسخ نكاحها فلم يكن له ذلك كالفسخ بالغيب ويحتمل أن يملك الفسخ لأنه فسخ لفوات العوض فملكه كفسخ لتعذر الثمن

فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها أو في تقييضها نفقتها فالقول قول المرأة لأنها منكرة والأصل معها وإن اختلفا في يساره فادعته المرأة ليفرض لها نفقة الموسرين أو قالت : كنت موسرا وأنكر ذلك فإن عرف له مال فالقول قولها وإلا فالقول قوله وبهذا كله قال الشافعي و أبو ثور وأصحاب الرأي وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة أو في وقتها فقال فرضها منذ شهرين قالت بل منذ عام فالقول قوله وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وقال مالك : إن كان مقيما معها فالقول قوله وإن كان غائبا عنها فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم

ولنا أن قوله يوافق الأصل فقدم كما لو كان مقيما معها وكل من قلنا القول قوله فلخصمه عيه اليمين لأنها دعاو في المال فأشبهت دعوى الدين ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [ولكن اليمين على المدعى عليه] وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة أو بعث به إليها فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعا وهبة قال : بل وفاء للواجب علي فالقول قوله لأنه أعلم بنيته أشبه ما لو قضى دينه فاختلف هو وغريمه في نيته وإن طلق امرأته وكانت حاملا فوضعت فقال :

طلقتك حاملا فانقضت عدتك بوضع الحمل وانقطعت نفقتك ورجعتك قالت :
بل بعد الوضع فلي النفقة ولك الرجعة فالقول قولها لأن الأصل بقاء النفقة
وعدم المسقط لها وعليها العدة ولا رجعة للزوج لإقراره بعدمها وإن رجع
فصدقها فله الرجعة لأنها مقرة لديها ولو قال : طلقتك بعد الوضع فلي الرجعة
ولك النفقة قالت : بل وأنا حامل فالقول قولها فيها فإن عاد فصدقها سقطت
رجعته ووجبت لها النفقة هذا في ظاهر الحكم وأما فيما بينه وبين الله تعالى
فينبغي على ما يعلمه من حقيقة الأمر دون ما قاله
فصل : قال الشيخ رحمه الله : وإن منعها النفقة أو بعضها مع اليسار وقدرت له
على مال أخذت منه ما يكفيها ويكفي ولدها بالمعروف بغير إذن لقول النبي
صلى الله عليه وسلم لهند حين قالت : [إن أبا سفيان رجل شحيح وليس
يعطيني من النفقة ما يكفيني وولدي قال : خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف]
وجملة ذلك أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ما يجب لها عليه من النفقة
والكسوة أو دفع إليها أقل من كفايتها فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه
بإذنه وبغير إذن لما ذكرنا من حديث هند وهو إذن لها في الأخذ من ماله بغير
إذنه ورد لها إلى اجتهداها في قدر كفايتها وكفاية ولدها وهو متناول لأخذ تمام
الكفاية فإن ظاهر الحديث دل على أنه كان يعطيها بعض الكفاية ولا يتممها لها
فرخص النبي صلى الله عليه وسلم لها في أخذ تمام الكفاية بغير علمه لأنه
موضع حاجة فإن النفقة لا غنى عنها ولا قوام إلا بها فإذا لم يدفعها الزوج ولم
تأخذها أفضى إلى ضياعها وهلاكها فرخص لها في أخذ قدر نفقتها دفعا لحاجتها
ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئا فشيئا فتشق المرافعة إلى الحاكم
والمطالبة بها في كل الأوقات فلذلك رخص لها في أخذها بغير إذن من هي
عليه وذكر القاضي بينها وبين الدين فرقا آخر وهو أن نفقة الزوجة تسقط
بفوات وقتها عند بعض أهل العلم ما لم ين الحاكم فرضها لها فلو لم تأخذ حقها
أفضى إلى سقوطها والإضرار بها بخلاف الدين فإنه لا يسقط عند أحد بترك
المطالبة فلا يؤدي ترك الأخذ إلى الإسقاط

[جزء 9 - صفحة 272]

مسألة فإن لم تقدر أجبره الحاكم وحبسه فإن صبر على الحبس ولم ينفق أخذ
الحاكم النفقة من ماله فدفعها إلى
مسألة : فإن لم تقدر أجبره الحاكم وحبسه فإن صبر على الحبس ولم ينفق
أخذ الحاكم النفقة من ماله فدفعها إلى المرأة فإن لم يجد إلا عروضا أو عقارا
باعه في ذلك
وبهذا قال مالك و الشافعي و أبو يوسف و محمد وقال أبو حنيفة : النفقة في
ماله من الدينير والدرهم ولا يبيع عرضا لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه أو
إذن وليه ولا ولاية على الرشيد

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك] ولم يفرق ولأن ذلك مال له فتؤخذ منه النفقة كالدرهم والدنانير وللحاكم ولاية عليه إذا امتنع بدليل ولايته على دراهمه ودنانيره وإن تعذرت النفقة في حال غيبته وله وكيل فحكم وكيله حكمه في المطالبة والأخذ من المال عند امتناعه وإن لم يكن له وكيل ولم تقدر المرأة على الأخذ أخذ لها الحاكم من ماله ويجوز بيع عقاره وعروضه في ذلك إذا لم يجد ما ينفق سواه وينفق على المرأة يوماً بيوم وبه قال الشافعي ويحيى بن آدم وقال أصحاب الرأي : يفرض لها في كل شهر ولنا أن هذا تعجيل للنفقة قبل وجوبها فلم يجر كما لو عجل لها أكثر من شهر

[جزء 9 - صفحة 273]

مسألة فإن غيب ماله وصبر على الحبس فلها الفسخ إذا لم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على النفقة
مسألة : فإن غيب ماله وصبر على الحبس فلها الفسخ إذا لم يقدر الحاكم له على مال يأخذه أو لم يقدر على النفقة من مال الغائب في ظاهر قول الخرقي واختيار أبي الخطاب
واختار القاضي أنها لا تملك الفسخ وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن الفسخ في المعسر لعيب الإعسار ولم يوجد هنا ولأن الموسر في مظنة الأخذ من ماله وإذا امتنع فربما لا يمتنع في غده بخلاف المعسر
ولنا أن عمر رضي الله عنه كتب في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم بأن ينفقوا أو يطلقوا وهذا اجبار على الطلاق عند الامتناع من الإنفاق ولأن الإنفاق عليها من ماله متعذر فكان لها الخيار كحال الإعسار بل هذا أولى بالفسخ فإنه إذا جاز الفسخ على المعذور فعلى غيره أولى ولأن في الصبر ضرراً أمكن إزالته بالفسخ فوجبت إزالته دفعا للضرر ولأنه نوع تعذر يجوز الفسخ فلم يفترق الحال بين المعسر والموسر كأداء ثمن المبيع فإنه لا فرق في جواز الفسخ بين أن يكون المشتري معسراً وبين أن يهرب قبل أداء الثمن ولأن عيب الإعسار إنما جوز الفسخ لتعذر الإنفاق بدليل أنه لو اقترض ما ينفق عليها أو تبرع له إنسان بدفع ما ينفقه لم تملك الفسخ وقولهم : إنه يحتمل أن ينفق فيما بعد هذا قلنا : وذلك المعسر يحتمل أن يعينه الله تعالى وإن يقترض أو يعطى ما ينفقه فاستوبا

مسألة وإن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة فإن قدرت له على مال أخذت بقدر حاجتها لحديث هند
مسألة : وإن غاب زوجها ولم يترك لها نفقة فإن قدرت له على مال أخذت بقدر حاجتها لحديث هند وإن لم تقدر ولا قدرت على الاستدانة عليه فلها الفسخ إلا عند القاضي فيما إذا لم يثبت إعساره

وهذا ظاهر مذهب الشافعي لأن الفسخ ثبت لعيب الإعسار ولم يثبت ههنا وقد
دللنا على جواز الفسخ في المسألة التي قبلها وهذه مثلها بل هي أولى لأن
الحاضر بما إذا أطال عليه الحبس أنفق وهذا قد تكون غيبته بحيث لا يعلم خبره
فيكون الضرر فيه أكثر

فصل : ومن وجب عليه نفقة زوجته وكان له عليها دين فأراد أن يحتسب عليها
بدينه مكان نفقتها فله ذلك إن كانت موسرة لأن من له عليه حق فله أن
يقتضيه من أي أمواله شاء وهذا من ماله وإن كانت معسرة لم يكن له ذلك لأن
قضاء الدين إنما يجب في الفاضل من قوته وهذا لا يفضل عنها ولأن الله تعالى
أمر بإنظار المعسر بقوله سبحانه : { وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة }
فيجب أنظارها بما عليها

فصل : إذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ثم بان أنه قد مات
قبل انفاقها حسب عليها ما أنفقته من ميراثها سواء أنفقته بنفسها أو بأمر
الحاكم وبه قال أبو العالية و ابن سيرين و الشافعي و ابن المنذر ولا نعلم عن
غيرهم خلافهم لأنها أنفقت ما لا تستحق وإن فضل لها شيء أخذته وإن فضل
عليها شيء وكان لها صداق أو دين على زوجها حسب منه وإن لم يكن لها
شيء كان الفضل دينا عليها والله أعلم

[جزء 9 - صفحة 275]

مسألة ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم الحاكم
مسألة : ولا يجوز الفسخ في ذلك كله إلا بحكم الحاكم
كل موضع وجب لها الفسخ لأجل النفقة لم يجز إلا بحكم حاكم لأنه فسخ
مختلف فيه فافتقر إلى الحاكم كالفسخ بالعنة ولا يجوز له الفسخ إلا أن تطلب
المرأة ذلك لأنه لحقها فلم يجز من غير طلبها كالفسخ للعنة فإذا فرق الحاكم
بينهما فهو فسخ لا رجعة له فيه وبهذا قال الشافعي و ابن المنذر وقال مالك :
هو تطليقة وهو أحق بها أن أيسر في عدتها لأنه تفريق لامتناعه من الواجب
عليه لها فأشبه تفريقه بين المولى وامرأته إذا امتنع من العنة والطلاق
ولنا أنها فرقة لعجزه عن الواجب عليه أشبهت فرقة العنة فأما إن أجبره
الحاكم على الطلاق فطلق أقل من ثلاث فله الرجعة عليها مادامت في العدة
فإن راجعها وهو معسر أو امتنع من الإنفاق عليها ولم يمكن الأخذ من ماله
فطلبت المرأة الفسخ فللحاكم الفسخ لبقاء المقتضي له أشبه ما قبل الطلاق

باب نفقة الأقارب والمماليك

يجب على الإنسان نفقة والديه وولده بالمعروف إذا كانوا فقراء وله ما ينفق
عليهم فاضلا عن نفقة نفسه وامرأته والأصل في وجوب نفقة الوالدين
والمولودين الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى : { وعلى

المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف { وقال سبحانه : { وقضى ربك أن لا تعبدوا إلا إياه وبالوالدين إحسانا } ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما وأما السنة فقول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] متفق عليه وروت عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [إن أطيّب ما أكل الرجل من كسبه وإن ولده من كسبه] رواه ابو داود وأما الإجماع فحكاه ابن المنذر وقال : أجمع أهل العلم على أن نفقة الوالدين الفقيرين اللذين لا كسب لهما ولا مال واجبة في مال الولد وأجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن على المرء نفقة أولاده الأطفال الذين لا مال لهم ولأن ولد الإنسان بعضه وهو بعض والده كما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله كذلك على بعضه وأصله إذا ثبت هذا فإن الأم تجب نفقتها ويجب عليها نفقة ولدها إذا لم يكن له أب وبهذا قال ابو حنيفة و الشافعي وحكي عن مالك أنه لا نفقة لها ولا عليها لأنها ليست عصبة لولدها ولنا قوله سبحانه : { وبالوالدين إحسانا } و [قال النبي صلى الله عليه وسلم لرجل سأله من أبر ؟ قال : أمك ثم أمك ثم أمك ثم أباك ثم الأقرب فالأقرب] رواه ابو داود ولأنها أحد الوالدين فأشبهت الأب ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ووجوب العفو فأشبهت الأب فإن أعسر وجبت النفقة على الأم ولم ترجع بها عليه إن أبسر وقال ابو يوسف و محمد : ترجع عليه ولنا أن من وجب عليه الإنفاق بالقرابة لم يرجع به كالأب

[جزء 9 - صفحة 277]

مسألة ويلزمه نفقة سائر آبائه وإن علوا وأولاده وإن سفلوا
مسألة : ويلزمه نفقة سائر آبائه وإن علوا وأولاده وإن سفلوا
وبذلك قال الشافعي و الثوري وأصحاب الرأي وقال مالك لا تجب النفقة عليهم ولا لهم لأن الجد ليس بأب حقيقي
ولنا قوله سبحانه : { وعلى الوارث مثل ذلك } ولأنه يدخل في مطلق اسم الولد والوالد دليل أن الله تعالى قال : { يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين } فيدخل فيهم ولد البنين وقال : { ولأبويه لكل واحد منهما السدس مما ترك إن كان له ولد } وقال : { ملة أبيكم إبراهيم } ولأن بينهما قرابة توجب العتق ورد الشهادة فأشبه الولد والوالدين القريبين
فصل : ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة شروط : أحدها : أن يكونوا فقراء لا مال لهم ولا كسب يستغنون به عن إنفاق غيرهم فإن كانوا موسرين بمال أو كسب يكفيهم فلا نفقة لهم لأنها تجب على سبيل المواساة والموسر مستغن عن المواساة والثاني : أن يكون لمن تجب عليه النفقة ما ينفق عليهم فاضلا عن نفقة نفسه إما من ماله وإما من كسبه فأما من لا يفضل عنه شيء فلا يجب عليه شيء لما روى جابر [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فإن فضل فعلى عياله فإن كان فضل فعلى قرابته] وفي

لفظ : [ابدأ بنفسك ثم بمن تعول] حديث صحيح وروى أبو هريرة [أن رجلا جاء إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله عندي دينار قال : تصدق به على نفسك قال : عندي آخر قال : تصدق به على ولدك قال : عندي آخر قال : تصدق به على زوجك قال عندي آخر قال : تصدق به على خادمك قال : عندي آخر قال : أنت أبصر] رواه أبو داود ولأنها مواساة فلا تجب على المحتاج كالزكاة

والثالث : أن يكون المنفق وارثا لقول الله تعالى { وعلى الوارث مثل ذلك } ولأن بين المتوارثين قرابة تقتضي كون الوارث أحق بمال الموروث من سائر الناس فينبغي أن يختص بوجوب صلته بالنفقة دونهم فإن لم يكن وارثا لعدم القرابة لم تجب عليه النفقة كذلك

فصل : ولا يشترط في نفقة الوالدين والمولودين نقص الخلقة ولا نقص الأحكام في ظاهر المذهب وهو ظاهر كلام الخرقي وقال القاضي : لا يشترط ذلك في الوالدين وهل يشترط ذلك في الولد ؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين إحداهما : تلزم نفقته لأنه فقير والثانية : أنه إن كان يكتسب فينفق على نفسه لم تلزم نفقته وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته رواية واحدة سواء كان ناقص الأحكام كالصغير والمجنون أو ناقص الخلقة كالزمن وإنما الروايتان فيمن لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيديه وقال الشافعي : يشترط نقصانه إما من طريق الحكم أو من طريق الخلقة وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ فإذا بلغ صحيحا انقطعت نفقته ولا تسقط نفقة الجارية حتى تزوج ونحوه قال مالك إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ويدخل بهن الأزواج ثم لا نفقة لهن وإن طلقن قبل البناء بهن فهن على نفقتهن

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك وولديك بالمعروف] ولم يستثن منهم صحيحا ولا بالغا ولأنه والد أو ولد فقير فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني كما لو كان زمتنا ووافق أبو حنيفة على وجوب نفقة الوالد وإن كان صحيحا إذا لم يكن ذا كسب ولـ الشافعي في ذلك قولان ولنا أنه والد محتاج فأشبهه الزمن

[جزء 9 - صفحة 279]

مسألة وتلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا كعمته وعتيقه

مسألة : وتلزمه نفقة كل من يرثه بفرض أو تعصيب ممن سواهم سواء ورثه الآخر أو لا كعمته وعتيقه وحكي عنه : إن لم يرثه الآخر فلا نفقة له ظاهر المذهب أن النفقة تجب على كل وارث لموروثه إذا اجتمعت الشروط التي تقدم ذكرها وهو الذي ذكره الخرقي وبه قال الحسن و مجاهد و النخعي و قتادة و الحسن بن صالح و ابن أبي ليلى و أبو ثور وحكى ابن المنذر عن أحمد

في الصبي المرضع لا أب له نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء وكذلك روي عن أبيه عن أحمد النفقة على العصابات وبه قال الأوزاعي و إسحاق وذلك لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى على بني عم منفوس بنفقته احتج به أحمد قال ابن المنذر : وروي عن عمر أنه حبس عصابة ينفقون على صبي الرجال دون النساء ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة فاختصت بالعصابات كالعقل وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذي رحم محرم ولا تجب على غيرهم لقول الله تعالى : { وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض في كتاب الله } وقال مالك و الشافعي و ابن المنذر لا نفقة إلا على المولودين والوالدين لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال لرجل سأله عندي دينار قال : [أنفقه على نفسك - قال عندي آخر قال - أنفقه على ولدك - قال عندي آخر قال - أنفقه على زوجك - قال عندي آخر قال - أنفقه على خادمك - قال عندي آخر قال - أنت أبصر] رواه أبو داود ولم يأمره بإنفاقه على غير هؤلاء ولأن الشرع إنما ورد بنفقة الوالدين والمولودين ومن سواهم لا يلحق بهم في الولادة وأحكامها فلا يصح قياسه عليهم

ولنا قول الله تعالى : { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } ثم قال : { وعلى الوارث مثل ذلك } فأوجب على الأب نفقة الرضاع ثم عطف الوارث عليه وأوجب على الوارث مثل ما أوجب على الوالد و [روي أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم من أبر ؟ قال : أمك وأباك وأختك وأخاك] وفي لفظ : [ومولاك الذي هو أدناك حقا واجبا ورحما موصولا] رواه أبو داود وهذا نص لأن النبي صلى الله عليه وسلم ألزمه الصلة والبر والنفقة من الصلة جعلها حقا اجبا ما احتج به أبو حنيفة حجة عليه فإن اللفظ عام في كل ذي رحم محرم فيكون حجة عليه فيمن عدا الرحم المحرم وقد اختصت بالوارث في الإرث فكذلك في الإنفاق أما خبر أصحاب الشافعي فقضية في عين يحتمل أنه لم يكن له غير من أمر بالإنفاق عليه ولهذا لم يذكر الوالد الأجداد وأولاد الأولاد وقولهم لا يصح القياس قلنا : إنما أثبتناه بالنص ثم أنهم قد ألحقوا أولاد الأولاد بالأولاد مع التفاوت فبطل ما قالوا إذا ثبت هذا فإنه يختص بالوارث بفرض أو تعصيب لعموم الآية ولا يتناول ذوي الأرحام على ما ذكره

فصل : فإن كان اثنان يرث أحدهما قريبة ولا يرثه الآخر كالرجل مع عمته أو ابنة عمه وابنة أخيه والمرأة مع ابنة بنتها وابن بنتها فالنفقة على الوارث دون الموروث نص عليه أحمد في رواية ابن زياد فقال : يلزم الرجل نفقة بنت عمه لا يلزمه نفقة بنت أخته وذكر أصحابنا رواية أخرى : لا تجب النفقة على الوارث ههنا لأنها قرابة ضعيفة لكونها لا يثبت التوارث من الجهتين لقول أحمد العمه والخالة لا نفقة لهما إلا أن القاضي قال : هذه الرواية محمولة على العمه من الأم فإنه لا يرثها لكونه ابن أخيها من أمها وذكر الخرقى أن على الرجل نفقة معتقه لأنه وارث ومعلوم أن المعتق لا يرث معتقه ولا يلزمه نفقته فعلى هذا يلزم الرجل نفقة عمته لأبويه أو لأبيه وابنة عمه وابنة أخيه كذلك ولا يلزمهم نفقته وهذا هو الصحيح إن شاء الله تعالى لقول الله سبحانه وتعالى : { وعلى الوارث مثل ذلك } وكل واحد من هؤلاء وارث

مسألة فأما ذوو الأرحام فلا نفقة عليهم رواية واحدة ذكره القاضي وقال أبو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم
مسألة : فأما ذوو الأرحام فلا نفقة عليهم رواية ذكره القاضي وقال أبو الخطاب : يخرج في وجوبها عليهم روايتان
أما ذوو الأرحام الذين لا يرثون بفرض ولا تعصيب فإن كانوا من غير عمودي النسب فلا نفقة عليهم نص عليه أحمد فقال الخالة والعمة لا نفقة عليهما قال القاضي : لا نفقة لهم رواية واحدة لأن قرابتهم ضعيفة وإنما يأخذون ماله عند عدم الوارث فهم كسائر المسلمين فإن المال يصرف إليهم إذا لم يكن للميت وارث وذلك الذي يأخذه بيت المال ولذلك يقدم الرد عليهم
وقال أبو الخطاب يخرج في وجوبها عليهم رواية أخرى أن النفقة تلزمهم عند عدم العصابات وذوي الفروض لأنهم وارثون في تلك الحال قال ابن أبي موسى : هذا يتوجه على معنى قوله والأول هو المنصوص عنه وأما عمود النسب فذكر القاضي ما يدل على أنه يجب الإنفاق عليهم سواء كانوا من ذوي الأرحام كأبي الأم وابن البنت أو من غيرهم وسواء كانوا محجوبين أو وارثين وهذا مذهب الشافعي وذلك لأن قرابتهم قرابة جزئية وبعضيه تقتضي رد الشهادة وتمنع جريان القصاص على الوالد بقتل الولد وإن سفل فأوجبت النفقة على كل حال كقرابة الأب الأدنى

مسألة وإن كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر ميراثهم منه لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث
مسألة : وإن كان للفقير وارث فنفقته عليهم على قدر ميراثهم منه لأن الله تعالى رتب النفقة على الإرث لقوله سبحانه : { وعلى الوارث مثل ذلك } فيجب أن يترتب في المقدار عليه
وجملة ذلك أن الصبي إذا لم يكن له أب فالنفقة علة وارثه لما ذكرنا فإن كان له وارثان فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه وإن كانوا ثلاثة أو أكثر فالنفقة عليهم على قدر إرثهم منه

مسألة فإن كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد
مسألة : فإن كان له أم وجد فعلى الأم الثلث والباقي على الجد

لأنهما يرثان كذلك وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي : النفقة كلها على الجد لأنه يتفرد بالتعصيب فأشبه الأب وقد ذكرنا عن أحمد رواية أخرى أن النفقة على العصبات خاصة ووجه الأول ما ذكرنا من الآية والأم وارثة فكان عليها بالنص ولأنه معنى يستحق بالنسب فلم يختص به العصبه دون الأم كالوارثة فصل فإن اجتمع ابن و بنت فالنفقة بينهما أثلاثا كالميراث وقال أبو حنيفة : النفقة عليهما سواء لاستوائهما في القرب وإن كانت أم وابن فعلى الأم السدس والباقي على الابن وإن كانت بنت وابن ابن فالنفقة عليهما نصفين وعند أبي حنيفة هي على البنت لأنها أقرب وقال الشافعي في المسائل الثلاث : النفقة على الابن لأنه العصبه فإن كانت له أم و بنت فالنفقة عليهما أرباعا كميراثهما منه وبه قال أبو حنيفة وعند الشافعي النفقة على البنت لأنها تكون عصبه مع أخيها فإن كان له بنت وابن بنت فالنفقة على البنت وقا اصحاب الشافعي : النفقة على الابن في أحد الوجهين لأنه ذكر ولنا قول الله تعالى : { وعلى الوارث مثل ذلك } فترتب النفقة على الإرث فيجب أن تترتب في المقدار عليه وإيجابها على ابن البنت يخالف النص والمعنى فإنه ليس بعصبه ولا وارث فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة

[جزء 9 - صفحة 283]

مسألة وإن اجتمع جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقي على الأخ لأن ميراثهما منه كذلك وعلى هذا المعنى
 مسألة : وإن اجتمع جدة وأخ فعلى الجدة السدس والباقي على الأخ لأن ميراثهما منه كذلك وعلى هذا المعنى حساب النفقات
 يعني أن ترتيب النفقات على ترتيب الميراث فكما أن للجدة السدس من الميراث فكذلك عليها سدس النفقة والباقي على الأخ لأن باقي الميراث له وعند من لا يرى النفقة على غير عمودي النسب يجعل النفقة كلها على الجدة وهذا أصل قد سبق الكلام فيه فإن اجتمع بنت وأخت وأخ أو بنت وعصبه أو أخت وعصبه أو أخت وأم أو بنت و بنت ابن أو أخت لأبوين وأخت لأب أو ثلاث أخوات مفترقات فالنفقة بينهم على قدر الميراث في ذلك سواء كان في المسألة رد أو عول أو لم يكن وعلى هذا تحسب ما أتاك من المسائل فإن اجتمع أم أم وأم أب فهما سواء في النفقة لاستوائهما في الميراث فصل : فإن اجتمع معها أبو أم فالنفقة على أم الأم لأنها الوارثة وإن اجتمع أم أب وأبوان فعلى الأب السدس والباقي على الجد وإن اجتمع جد وأخ فهما سواء وإن اجتمعت أم وجد وأخ فالنفقة عليهم أثلاثا وعند الشافعي النفقة على الجد في هذه المسائل كلها إلا المسألة الأولى فالنفقة عليهما بالسوية وقد مضى الكلام في هذا
 فصل : فإن كان فيمن عليه النفقة خنثى مشكل فالنفقة عليه على قدر ميراثه فإن انكشف بعد ذلك حاله فبان أنه أنفق أكثر من الواجب عليه رجع بالزيادة

على شريكه في الإنفاق وإن بان أنه أنفق أقل رجوع عليه فلو كان للرجل ابن وولد خنثى عليهما نفقته فأنفقا عليه ثم بان أن الخنثى ابن رجوع عليه أخوه بالزيادة إن بان بنتا رجعت على أخيها بفضل نفقتها لأن من له الفضل أدى ما لا يجب عليه أداؤه معتقدا وجوبه فإذا تبين خلافه رجوع بذلك كما لو أدى ما يعتقده دينا فبان خلافه

[جزء 9 - صفحة 284]

مسألة إلا أن يكون له أب فتكون النفقة عليه وحده
مسألة : إلا أن يكون له أب فتكون النفقة عليه وحده
لأن الله تعالى قال : { فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن } - وقال - { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن } وقال النبي صلى الله عليه وسلم : [خذي ما بكفيك وولدك بالمعروف] فجعل النفقة عليه دونها ولا خلاف في هذا نعلمه إلا أن لأصحاب الشافعي فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسران وجهين أحدهما : أن النفقة على الأب وحده والثاني : عليهما لأنهما سواء في القرب ولنا أن النفقة على الأب منصوص عليها فيجب اتباع النص وترك ما عداه

[جزء 9 - صفحة 285]

مسألة ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما وهكذا ذكره القاضي وأبو الخطاب
مسألة : ومن له ابن فقير وأخ موسر فلا نفقة له عليهما وهكذا ذكره القاضي وأبو الخطاب
لأن الابن لا نفقة عليه لعسرته والأخ لا نفقة عليه لعدم إرثه ولأن قرابته ضعيفة لا تمنع شهادته له فإذا لم يكن وارثا لم تجب عليه النفقة كذوي الرحم قال شيخنا : ويتخرج في كل وارث لولا الحجب إذا كان من يحجبه معسرا وجهان : أحدهما : لا نفقة عليه لأنه غير وارث أشبه الأجنبي والثاني : عليه النفقة لوجود القرابة المقتضية للإرث والإنفاق والمانع من الإرث لا يمنع من الإنفاق لأنه معسر لا يمكنه الإنفاق فوجوده بالنسبة إلى الإنفاق كعدمه

مسألة ومن له أم فقيرة وجدة موسرة فالنفقة عليها يعني على الجدة
مسألة : ومن له أم فقيرة وجدة موسرة فالنفقة عليها يعني على الجدة
وجملة ذلك أن الوارث القريب إذا كان معسرا وكان البعيد الموسر من عمودي النسب كهذه المسألة وجبت نفقته على الموسر ذكر القاضي في أب معسر

وجد موسر أن النفقة على الجد وقال في أم معسرة وجدة موسرة : النفقة على الجدة وقد قال أحمد : لا تدفع الزكاة إلى ولد ابنته لقول النبي صلى الله عليه وسلم للحسن : [إن ابني هذا سيد] فسماه ابنه وهو ابن ابنته وإذا منع من دفع الزكاة إليهم لقرابتهم يجب أن تلزمه نفقتهم مع حاجتهم وهذا مذهب الشافعي

فصل : فإن كان له قرابتان موسران وأحدهما محجوب عن ميراثه بفقير فقد ذكرنا أن المحجوب إذا كان من عمودي النسب فالظاهر أن الحجب لا يسقط النفقة عنه في المسألة قبل هذا الفصل وإن كان من غيرهما فلا نفقة عليه في الظاهر فعلى هذا إذا كان له أبوان جد والأب معسر فالأب كالمعسر فيكون على الأم ثلث النفقة والباقي على الجد وإن كان معهم زوجة فكذلك وإن قلنا لا نفقة على المحجوب فليس على الأم ههنا إلا ربع النفقة ولا شيء على الجد وإن كان أبوان وأخوان وجد والأب معسر فلا شيء على الأخين لأنهما محجوبان وليسوا من عمودي النسب يكون على الأم الثلث والباقي على الجد كما لو لم يكن أحد غيرهما ويحتمل أن لا يجب على الأم إلا السدس لأنه لو كان الأب معدوما لم يرث إلا السدس وإن قلنا إن كل محجوب لا نفقة عليه فعلى الأم السدس حسب ولا شيء على غيرها وإن لم يكن في المسألة جد فالنفقة كلها على الأم على القول الأول وعلى الثاني ليس عليها إلا السدس وإن قلنا إن على المحجوب بالعسر النفقة وإن كان من غير عمودي النسب فعلى الأم السدس والباقي على الجد والأخوين أثلاثا كما يرثون إذا كان الأب معدوما فإن كان بعض من عليه النفقة غائبا وله مال حاضر أنفق الحاكم منه حصته وإن لم يوجد له مال حاضر فأمكن الحاكم الاقتراض عليه اقتراض فإذا قدم فعليه وفاؤه

[جزء 9 - صفحة 287]

مسألة ومن كان صحيحا مكلفا لا حرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته على روابتين

مسألة : ومن كان صحيحا مكلفا لا حرفة له سوى الوالدين فهل تجب نفقته ؟ على روابتين :

إحداهما : تجب إذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب لعموم قول النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف] ولم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا ولأنه ولد فقير فاستحق النفقة على والده الغني كالزمن والثانية : لا يجب وبه قال أبو حنيفة و الشافعي في الولد الذكر فأما الجارية فقال أبو حنيفة : لا تسقط نفقتها حتى تتزوج ونحوه قول مالك لأنه في مظنة الكسب يقدر عليه غالبا أشبه الغني والأول أولى

مسألة ومن لم يفضل عنده إلا نفقة شخص واحد بدأ بالأقرب فالأقرب فإن كان له أبوان جعله بينهما
مسألة : ومن لم يفضل عنده إلا نفقة شخص واحد بدأ بالأقرب فالأقرب فإن كان له أبوان جعله بينهما
إذا لم يفضل عن الرجل إلا نفقة شخص واحد له امرأة فالنفقة لها دن الأقارب
لقول النبي صلى الله عليه وسلم في حديث جابر : [إذا كان أحدكم فقيرا فليبدأ بنفسه فإن كان له فضل فعلى عياله فإن كان له فضل فعلى قرابته]
ولأن نفقة القريب مواساة ونفقة المرأة تجب على سبيل المعاوضة فقدمت على مجرد المواساة كذلك وجبت مع يساره وإعساره بخلاف نفقة القريب ثم من بعدها نفقة الرقيق لأنها تجب مع اليسار والإعسار فقدمت على مجرد المواساة ثم من بعد ذلك الأقرب فالأقرب

[جزء 9 - صفحة 288]

مسألة فإن كان له أبوان فهو بينهما
مسألة : فإن كان له أبوان فهو بينهما
هذا أحد الوجوه لتساويهما في القرب والثاني : تقدم الأم لأنها أحق بالبر ولها فضيلة الحمل والرضاع والتربية وزيادة الشفقة وهي أضعف وأعجز والثالث : يقدم الأب لفضيلته وانفراده بالولاية على ولده واستحقاقه الأخذ من ماله إضافة النبي صلى الله عليه وسلم الولد وماله إليه بقوله : [أنت ومالك لأبيك] والأول أولى

مسألة وإن كان معهما ابن فقال القاضي إن كان الابن صغيرا أو مجنونا قدم مسألة : وإن كان معهما ابن فقال القاضي : إن كان الابن صغيرا أو مجنونا قدم لأن نفقة وجبت بالنص مع أنه عاجز عن الكسب والكبير في مظنة الكسب وإن كان الابن كبيرا والأب زمن فهو أحق لأن حرمة أكد وحاجته أشد ويحتمل تقديم الابن لأن نفقة وجبت بالنص وإن كان صحيحين فقيرين ففيه ثلاثة أوجه أحدها : التسوية لتساويهما في القرب والثاني : تقديم الابن لوجوب نفقته بالنص والثالث : تقديم الوالد لتأكد حرمة

مسألة وإن كان له أب وجد أو ابن وابن ابن فالأب والابن أحق
مسألة : وإن كان له أب وجد أو ابن وابن ابن فالأب والابن أحق
وقال أصحاب الشافعي : يستوي الأب والجد في أحد الوجهين وكذلك الابن وابنه لتساويهم في الولادة والتعصيب
ولنا ان الابن والأب أقرب وأحق بميراثه فانا أحق لأب مع الأخ

فصل : وإن اجتمع ابن وجد أو أب وابن ابن احتمل وجهين : أحدهما : تقديم الابن والأب لأنهما أقرب فإنهما يليانه بغير واسطة ولا يسقط إرثهما بحال والجد ابن الابن بخلافهما ويحتمل التسوية بينهما لأنهما سواء في الإرث والتعصيب والولادة والأول أولى فإن اجتمع جد وابن ابن فهما سواء لتساويهما في القرب والإرث والولادة والتعصيب ويحتمل تقديم الابن نفقته ثبتت بالنص ولأنه يسقط تعصيب الجد ويحتمل تقديم الجد لتأكد حرمة بالأبوة وإن اجتمع جد أخ احتمل التسوية بينهما لتساويهما في استحقاق الميراث والصحيح تقديم الجد لأن له مزية الولادة والأبوة ولأن ابن ابنه يرثه ميراث ابن والأخ ميراث أخ ميراث الابن أكد فالنفقة الواجبة به تكون أكد وإن كان مكان الأخ ابن أخ أو عم فالجد أحق بكل حال لأنه يقدم عليهما في الميراث

[جزء 9 - صفحة 289]

مسألة ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
مسألة : ولا تجب النفقة مع اختلاف الدين
وقبل في عمودي النسب روايتان ذكرهما القاضي إحداهما : تجب مع اختلاف الدين وهو مذهب الشافعي لأنها نفقة مع اتفاق الدين فتجب مع اختلافه كنفقة الزوجة والمملوك ولأنه يعتق عليه فيجب عليه الإنفاق عليه كما لو اتفق دينهما ولنا أنها مواساة على سبيل البر والصلة فلم تجب مع اختلاف الدين كنفقة غير عمودي النسب لأنهما لا يتوارثان فلم يجب لأحدهما على الآخر نفقة القرابة كما لو كان أحدهما رقيقاً ويفارق نفقة الزوجات لأنها عوض يجب مع الإعسار فلم ينفأها اختلاف الدين كالصداق والأجرة وكذلك يجب مع الرق فيهما أو في أحدهما وكذلك نفقة المماليك ولأن هذه النفقة صلة ومواساة فلا تجب مع اختلاف الدين كأداء زكاته إليه وعقله عنه إرثه منه

[جزء 9 - صفحة 290]

مسألة إن ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه
مسألة : إن ترك الإنفاق الواجب مدة لم يلزمه عوضه
لأن نفقة القريب وجبت لدفع الحاجة وإحياء النفس وتزجية الحال قد حصل له ذلك في الماضي بدونها فإن كان الحاكم قد فرضها فينبغي أن تلزمه لأنها تأكدت بفرض الحاكم فلزمته كنفقة الزوجة
فصل : ويلزم الرجل إعفاف أبيه إذا احتاج إلى النكاح هذا ظاهر مذهب الشافعي ولهم في إعفاف الأب الصحيح وجه أنه لا يجب قال أبو حنيفة : لا

يلزم الرجل إعفاف أبيه سواء وجبت نفقته أو لم تجب لأن ذلك من الملاذ فلم تجب للأب كالحلوى لأنه أحد الأبوين فلم يجب ذلك له كالأم ولنا أن ذلك مما تدعو حاجته إليه ويستتضر فلزم ابنه له كالنفقة لا يشبه الحلوى فإنه لا يستتضر بفقدائها وإنما يشبه الطعام والأدم وأما الأم فإن إعفافها إنما هو بتزويجها إذا طلبت ذلك وخطبها كفاء لها نحن نقول بوجوده عليه وهم يوافقونا في ذلك إذا ثبت ذلك فإنه يجب إعفاف من وجبت نفقته من الآباء والأجداد فإن اجتمع جدان ولم يمكن إلا إعفاف أحدهما قدم الأقرب إلا أن يكن أحدهما من جهة الأب والآخر من جهة الأم فيقدم الذي من جهة الأب وإن بعد لأنه عصبه والشرع قد اعتبر جهته في التوريث والتعصيب فكذلك في الإتفاق والاستحقاق فصل : وإذا وجب عليه إعفاف أبيه فهو مخير إن شاء زوجه إن شاء ملكه أمة أو ودفع إليه ما يتزوج به حرة أو يشتري به أمة وليس للأب التخيير عليه إلا أن الأب إذا عين امرأة وعين الابن أخرى وصدقاها واحد قدم تعيين الأب لأن النكاح له والمؤنة واحدة فقدم قوله كما لو عينت البنت كفؤا والأب غيره قدم تعيينها فإن اختلفا في الصداق لم يلزم الابن الأكثر لأنه إنما يلزمه أقل ما يحصل به الكفاية وليس له أن يزوجه قبيحة لا يملكه إياها ولا كبيرة لا استمتاع فيها ولا أن يزوجه أمة لأن فيه ضررا بإرقاق ولده النقص في استمتاعه فإن رضي الأب بذلك لم يجز لأن الضرر يلحق بغيره وهو الولد وكذلك لم يكن للموسر أن يتزوج أمة ومتى أبسر الأب لم يكن للولد استرجاع ما دفعه إليه ولا عوض ما زوجه به لأنه دفعه إليه في حال وجوبه عليه فلم يملك استرجاعه كالزكاة فإن زوجه أو ملكه أمة فطلق الزوجة أو أعتق الأمة لم يكن عليه أن يزوجه أو يملكه ثانيا لأنه فوت ذلك على نفسه فإن ماتت فعليه إعفافه ثانيا لأنه لا صنع له في ذلك وعلى الأب إعفاف ابنه إذا كانت عليه نفقته وكان محتاجا إلى الأعفاف ذكره أصحابنا وهو قول بعض أصحاب الشافعي وقال بعضهم : لا يجب ذلك

ولنا أنه من عمودي نسبه وتلزمه نفقته فيلزمه إعفافه عند حاجته إليه كأبيه قال القاضي : وكذلك يجيء في كل من لزمته نفقته من أخ وعم وغيرهم لأن أحمد نص في العبد يلزمه أن يزوجه إذا طلب ذلك وإلا بيع عليه

[جزء 9 - صفحة 292]

مسألة ومن لزمته نفقة رجل فهل يلزمه امرأته على روايتين
مسألة : ومن لزمته نفقة رجل فهل يلزمه نفقة امرأته ؟ على روايتين
كل من لزمه إعفاف رجل لزمته نفقة امرأته لأنه لا يتمكن من الإعفاف إلا بذلك وقد روي عن أحمد أنه لا يلزم الأب نفقة زوجة الأبن وهذا محمول على أن الابن كان يجد نفقتها
فصل : والواجب في نفقة القريب قدر الكفاية من الخبز والأدم والكسوة بقدر العادة كما ذكرنا في الزوجة لأنها وجبت للحاجة فتقدرت بما تندفع به الحاجة

وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لهند : [خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف
[فقدر نفقتها ونفقة ولدها بالكفاية فإن احتاج إلى خادم فعليه إخدامه كقولنا
في الزوجة لأن ذلك من تمام الكفاية

فصل : ويجب على المعتق نفقة عتيقه على قولنا إن النفقة تجب على الوارث
على ما قررناه والمعتق وارث عتيقه فوجب عليه نفقته إذا كان فقيرا إذا كان
فقيرا ولمولاه يسار ينفق عليه منه وقال مالك و الشافعي و أصحاب الرأي : لا
تجب عليه نفقته بناء على أصولهم المذكورة

ولنا قوله تعالى : { وعلى الوارث مثل ذلك } وقول النبي صلى الله عليه
وسلم : [أمك وأباك وأختك وأخاك ثم أدناك أدناك ومولاك الذي يلي ذاك حقا
واجبا ورحما موصولا] ولأنه يرثه بالتعصيب فكانت عليه نفقته كالأب وبشروط
في وجوب الإنفاق عليه الشروط المذكورة في غيره

فصل : فإن مات مولاه فالنفقة على الوارث من عصبته على ما ذكرناه في
الولاء ويجب على السيد نفقة أولاد عتيقه إذا كان له عليهم ولاء لأنه عصبته
ووارثهم وعليه نفقة أولاد معتقه إذا كان أبوهم عبدا كذلك فإن أعتق أبوهم
فانجر الولاء إلى معتقه صار ولاؤهم لمعتق أبيهم ونفقتهم عليه إذا كملت
الشروط وليس على العتيق نفقة معتقه وإن كان فقيرا لأنه لا يرثه فإن كان
واحد منهما مولى الآخر فعلى كل واحد منهما نفقة الآخر لأنه يرثه

فصل : وليس على العبد نفقة ولده حرة كانت الزوجة أو أمة لأن الحرية ولدها
أحرار وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار لأن نفقتهم تجب على سبيل
المواساة وليس هو من أهلها وإن كانت زوجته مملوكة فولدها عبيد لسيدها
لأنهم يتبعونها فتكون نفقتهم على مالكمهم

فصل : ونفقة أولاد المكاتب الأحرار وأقاربه لا تجب عليه لأنها تجب على سبيل
المواساة وليس هو من أهلها وكذلك لا تجب عليه الزكاة في ماله فإن كانت
زوجته حرة فنفقة أولادها عليها لأنهم يتبعونها في الحرية وإن كان لهم أقارب
أحرار كجد وأخ حر مع الأم أنفق كل واحد منهم بحسب ميراثه والمكاتب
كالمعدوم بالنسبة إلى النفقة فأما ولد المكاتب من أمته فنفقتهم عليه لأن ولده
من أمته تابع له يعتق بعقته فجرى مجرى نفسه في النفقة فكما أنه ينفق على
نفسه فكذلك على ولده الذي هذا حاله ولأن هذا الولد ليس له من ينفق عليه
سوى أبيه فإن أمه أمة للمكاتب وليس له من الأحرار أقارب فيتعين على
المكاتب الإنفاق عليه كأمة ولأنه لا ضرر على السيد في إنفاق المكاتب على
ولده من أمته لأنه إذا أدى وعتق فقد وفى مال الكتابة وليس للسيد أكثر منه
وإن عجز ورق عاد إليه المكاتب وولده الذي أنفق عليه فكأنه إنما أنفق على
عبده وتصير نفقته عليه كنفقته على سائر رقيقه

فصل : فأما ولد المكاتب إذا كان من زوجته المكاتبية فإنهم يتبعونها في الكتابة
ويكون حكمهم حكمها إن رقت رقوا وإن عتقت بالأداء عتقوا فتكون نفقتهم
عليها مما في يديها لأنهم في حكم نفسها ونفقتها على نفسها ما في يدها
فكذلك نفقة ولدها وأما زوجها المكاتب فليس عليه نفقتهم لأنهم عبيد لسيد
المكاتبية فإن أراد المكاتب التبرع بالنفقة على ولده من أمة أو مكاتبية لغير
سيده أو حرة فليس له ذلك لأن فيه تغريبا بمال سيده وإن كان من أمة لسيده

جاز لأنه مملوك لسيده فهو ينفق عليه من المال الذي تعلق به حق سيده وإن كان من مكاتبة لسيده احتمل الجواز لأنه في الحال بمنزلة أمه وأممه مملوكة لسيدها واحتمل أن لا يجوز لأن فيه تغريرا ويحتمل أن يعجز هو وتؤدي المكاتبة فيعتق ولدها فيحصل الإنفاق عليه من مال سيده ويصير حرا
فصل : ويجب نفقة طئر الصبي على من تلزمه نفقته لأن نفقة طئر الصغير كنفقة الكبير ويخص وجوب النفقة بالأب وحده كالكبير

[جزء 9 - صفحة 288]

مسألة وليس له منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ذلك
مسألة : وليس له منع المرأة من رضاع ولدها إذا طلبت ذلك
إذا طلبت الأم رضاع ولدها بأجر مثلها فهي أحق به سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة أو لم يجد قال أصحاب الشافعي : إن كانت في حبال الزوج فلزوجها منعها من رضاعه لأنه يفوت حق الاستمتاع بها في بعض الأحيان وإن استأجرها على رضاعه لم يجز لأن المنافع حق له فلا يجوز أن يستأجر ما هو أو بعضه حق له وإن أرضعت الولد فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين وإن كانت مطلقة فطلبت أجر المثل فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من يرضعه بأجر المثل أو أكثر لم يكن له ذلك وإن وجد متبرعة أو مرضعة بدون أجر المثل فله انتزاعه منها في ظاهر المذهب لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجرة لم يلزم الأب بذلها ولا يسقط حقها من الحضانة وتأتي المرضعة ترضعه عندها لأنه أمكن الجمع بين الحقين فلم يجز بأحدهما
ولنا قوله سبحانه : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين } فقدمهن على غيرهن وهذا خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والده وقوله : { فإن أرضعن لكم فآتوهن أجورهن }
ولنا على جواز الاستئجار أنه عقد إجازة يجوز مع غير الزوج إذا أذن فيه فجاز مع الزوج كإجارة نفسها للخياطة وقولهم : إن المنافع مملوكة له لا يصح فإنه لو ملك منفعة الحضانة لملك إجبارها عليها ولم يجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ولكانت الأجرة له وإنما امتنع إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الزمان ولهذا جازت بإذنه وإذا استأجرها فقد أذن لها في إجارة نفسها فصح كما يصح من الأجنبي أما الدليل على وجوب تقديم الأم إذا طلبت أجر المثل على المتبرعة فما ذكرنا من الآيتين ولأن الأم أحق وأشفق ولبنها امرأة من لبن غيرها فكانت أحق به من غيرها كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ولأن في رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة وإضرارها بالولد ولا يجوز تفويت حق الحضانة الواجب والإضرار بالولد لغرض إسقاط حق أوجه الله تعالى على الأب وقول أبي حنيفة يفضي إلى تفويت حق الولد من لبن أمه وتفويت الأم في إرضاع لبنها فلم يجز ذلك كما لو تبرعت برضاعه

فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ووجد الأب من يرضعه بأجر مثلها أو متبرعة جاز انتزاعه منها لأنها أسقطت حقها باشتطاطها وطلبها ما ليس لها فدخلت في قوله تعالى : { وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى } وإن لم يجد مرضعة إلا بتلك الأجرة فالأم أحق لأنهما تساوتا في الأجر فقدمت الأم كما لو طلبت كل واحدة منهما أجر مثلها

فصل : وإن طلبت المزوجة بأجنبي إرضاع ولدها بأجر مثلها بإذن زوجها ثبت حقها وكانت أحق به من غيرها لأن الأم إنما منعت من الإرضاع لحق الزوج فإذا أذن فيه زال المانع فصارت كغير ذات الزوج وإن منعها الزوج سقط حقها لتعذر وصولها إليه

فصل : وإن أرضعت المرأة ولدها وهي في حبال والده فاحتاجت إلى زيادة نفقة لزمه لقول الله تعالى : { وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف } ولأنها تستحق عليه قدر كفايتها فإذا زادت حاجتها زادت كفايتها

[جزء 9 - صفحة 297]

مسألة وإن امتنعت من رضاعه لم تجبر إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه مسألة : وإن امتنعت من رضاعه لم تجبر إلا أن يضطر إليها ويخشى عليه ليس للزوج إجبار أم الولد على إرضاعه دنية كانت أو شريفة وسواء كانت في حبال الزوج أو مطلقة قال شيخنا : ولا نعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقة خلافا وكذلك إن كانت مع الزوج عندنا وبه يقول الثوري و الشافعي واصحاب الرأي وقال ابن أبي ليلى و الحسن بن صالح : له إجبارها على ذلك وهو قول أبي ثور ورواية عن مالك لقول الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة } والمشهور عن مالك أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لولدها لم تجبر عليه وإن كانت ممن ترضع في العادة أجبرت عليه

ولنا قول الله تعالى : { وإن تعاسرتم فسترضع له أخرى } وإذا اختلفا فقد تعاسرا ولأن الإجبار على الرضاع إما أن يكون لحق الولد أو لحق الزوج أو لهما لا يجوز أن يكون لحق الزوج فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ولا على خدمته فيما يختص به ولا يجوز أن يكون لحق الولد لأنه لو كان له للزمها بعد الفرقة ولأنه مما يلزم الوالد لولده فلزم الأب على الخصوص كالنفقة أو كما بعد الفرقة ولا يجوز أن يكون لهما لأن ما لا مناسبة فيه لا يثبت الحكم بانضمام بعضه إلى بعض ولأنه لو كان لهما لثبت الحكم به بعد الفرقة والآية محمولة على حالة الإنفاق وعدم تعاسر فأما إن اضطر الولد إليها بأن لا توجد مرضعة سواها أو لا يقبل الولد الارتضاع من غيرها وجب عليها التمكين من إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها كما لو لم يكن أحد غيرها

مسألة ولا يجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين
مسألة : ولا يجب عليه أجرة الظئر لما زاد على الحولين لقول الله تعالى :
{ والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة }

مسألة وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها إلا أن يضطر إليها
مسألة : وإن تزوجت المرأة فلزوجها منعها من رضاع ولدها إلا أن يضطرها
إليها

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رضاع ولدها من غيره ومن رضاع ولد
غيرها إلا أن يضطر إليها لأن عقد النكاح يقتضي تملك الزوج الاستمتاع في كل
الزمان من كل الجهات سوى أوقات الصلوات والرضاع يفوت عليه الاستمتاع
في بعض الأوقات فكان له منعها كالخروج من منزله فاما إن اضطر إليه بأن لا
توجد من ترضعه غيرها أو لا يقبل الارتضاع من غيرها وجب التمكين من
إرضاعه لأنها حال ضرورة وحفظ لنفس ولدها فقدم على حق الزوج كتقديم
المضطر على المالك إذا لم يكن بالمالك مثل ضرورته

فصل : فإن أرادت إرضاع ولدها فكلام الخرقى يحتمل وجهين :
أحدهما : له منعها لعموم لفظه في هذه المسألة وهو قول الشافعي لأن يخل
بالاستمتاع منها فأشبه ولد غيرها والثاني : ليس له منعها فإنه قال : إلا أن تشاء
الأم أن ترضعه بأجر مثلها فتكون أحق به من غيرها سواء كانت في حبال الزوج
أو مطلقة وذلك لقول الله تعالى : { والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين
} وهو خبر يراد به الأمر وهو عام في كل والدة وقال أصحاب الشافعي : يحمل
على المطلقات ولا يصح ذلك لأنه جعل لهن رزقهن وكسوتهن وهم لا يجيزون
جعل ذلك أجر الرضاع ولا غيره وقولنا في الوجه الأول أنه يخل باستمتاعه قلنا :
ولكن لإيفاء حق عليه وليس ذلك ممتنعا كما أن قضاء دينه يدفع ما له فيه
واجب لا سيما إذا تعلق به حق الولد مع كونه مع أمه وحق الأم في الجميع
بينهما وبين ولدها وهذا الوجه ظاهر كلام ابن أبي موسى والأول ظاهر كلام
القاضي أبي يعلى

فصل : فإن أجزت المرأة نفسها للرضاع ثم تزوجت صح النكاح ولم يملك
الزوج فسخ الإجارة ولا منعها من الرضاع حتى تمضي المدة لأن منافعتها ملكت
بعقد سابق على نكاحه أشبه ما لو اشترى أمة مستأجرة وإن نام الصبي أو
اشتغل غيرها فللزواج الاستمتاع وليس لولي الصبي منعه وبهذا قال الشافعي
وقال مالك : ليس له وطؤها إلا برضا الولي لأن ذلك ينقص اللبن
ولنا أن وطء الزوج مستحق بالعقد فلا يسقط بأمر مشكوك فيه كما لو اذن فيه
الولي ولأنه يجوز له الوطاء مع إذن الولي فجاز مع عدمه لأنه ليس للولي الإذن
فيما يضر بالصبي ويسقط حقه

فصل : فإن أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع بإذن زوجها جاز ولزم العقد لأن الحق لهما لا يخرج عنهما وإن أجرتها بغير إذنه لم يصح لتضمنه تفويت حق زوجها وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر يصح لأنه يتأول محلاً غير محل النكاح لكن للزوج فسخه لأنه يفوت به الاستمتاع وبختل ولنا أنه عقد يفوت به حق من ثبت له الحق بعقد سابق فلم يصح كإجارة المستأجرة

فصل : قال الشيخ رحمه الله : وعلى السيد الإنفاق على رقيقه قدر كفايتهم وكسوتهم بالمعروف نفقة المملوكين على ملاكهم ثابتة بالسنة والإجماع أما السنة فروى أبو ذر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : [إخوانكم خولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يده فليطعمه مما يأكل ويلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فإن كلفوهم فأعينوهم عليه] متفق عليه و [روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ولا يكلف من العمل ما لا يطيق] رواه الشافعي في مسنده وأجمع العلماء على وجوب نفقة المملوك على سيده ولأنه لا بد له من نفقة ومنافعه لسيدته وهو أخص الناس به فوجبت نفقته عليه كبهيمته

فصل : والواجب من ذلك قدر كفايته من غالب قوت البلد سواء كان قوت سيده أو دونه أو فوقه وأدم مثله بالمعروف لحديث أبي هريرة والمستحب أن يطعمه من جنس طعامه من جنس طعامه لقوله : [فليطعمه مما يأكل] فجمعنا بين الخبرين فحملنا خبر أبي هريرة على الإجزاء وحديث أبي ذر على الاستحباب والسيد مخير بين أن يجعل نفقته من كسبه إن كان له كسب وأن ينفق عليه من ماله ويأخذ كسبه أو يجعله برسم نفقة خدمته وينفق عليه من ماله لأن الكل ماله فإن جعل نفقته في كسبه وكانت وفق الكسب صرفها إليه وإن فضل من الكسب شيء فهو لسيدته وإن أعوز فعليه تمامه وأما الكسوة فبالمعروف من غالب الكسوة لأمثال العبد في ذلك البلد الذي هو به والمستحب أن يلبسه من لباسه لحديث أبي ذر ويستحب أن يسوي بين عبيده الذكور في الكسوة والإطعام وبين إمائهم إن كن للخدمة أو للاستمتاع وإن كان فيهن من هو للخدمة ومن هو للاستمتاع فلا بأس بزيادة من هي للاستمتاع في الكسوة لأنه للعرف ولأن غرضه تجميل من يستمتع بها بخلاف الخادمة

[جزء 9 - صفحة 301]

مسألة وعليه تزويجهم إذا طلبوا ذلك
 مسألة : وعليه تزويجهم إذا طلبوا ذلك
 وهذا أحد قولي الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك : لا يجبر عليه لأن فيه ضرراً عليه وليس مما تقوم به البنية فلم يلزمه كإطعام الحلواء
 ولنا قول الله تعالى : { وأنكحوا الأيامى منكم والصالحين من عبادكم وإمائكم } والأمر يقتضي الوجوب ولا يجب إلا عند الطلب وروى عكرمة عن ابن عباس قال : من كانت له جارية فلم يزوجه ولم يصبها أو عبد فلم يزوجه فما صنعا

من شيء كان على السيد ولولا وجوب إعفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما
ولأنه مكلف محجور عليه دعي إلى تزويجه فلزمت إجابته كالمحجور عليه
للسفه ولأن النكاح مما تدعو الحاجة إليه غالبا ويتضرر بفواته فأجبر عليه
كالنفقة ولأنه يخاف من ترك إعفاهه الوقوع في المحذور بخلاف الحلواء إذا
ثبت هذا فالسيد مخير بين تزويجه أو تملكه أمة يتسراها وله أن يزوجه أمة لأن
نكاح الأمة مباح للعبد من غير شرط ولا يجب عليه تزويجه إلا عند طلبه لأن هذا
مما يختلف الناس فيه وفي الحاجة إليه ولا نعلم حاجته إلا بطلبه ولا يجوز
تزويجه إلا باختياره إذا كان عبدا كبيرا وإذا كان للعبد زوجة فعلى سيده تمكينه
من الاستمتاع بها ليلا لأن إذنه في النكاح إذن في الاستمتاع المعتاد والعادة
جارية بذلك ليلا وعليه نفقة زوجته على ما قدمناه

[جزء 9 - صفحة 302]

مسألة إلا الأمة إذا كان يستمتع بها
مسألة : إلا الأمة إذا كان يستمتع بها
وجملته أن السيد مخير في الأمة بين تزويجها إذا طلبت ذلك وبين الاستمتاع بها
فيغنيها باستمتاعه عن غيره لأن المقصود قضاء الحاجة وإزالة ضرر الشهوة
وذلك يحصل بأحدهما فلم يتعين الآخر

مسألة ولا يكلفهم من العمل ما لا يطيقون
مسألة : ولا يكلفهم من العمل ما لا يطيقون
وهو ما يشق عليه ويقرب من العجز عنه لحديث أبي ذر ولأن ذلك يضر به
ويؤذيه وهو ممنوع من ذلك

مسألة ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات
مسألة : ويريحهم وقت القيلولة والنوم وأوقات الصلوات
لأن العادة جارية بذلك ولأن عليهم في ترك ذلك ضررا ولا يحل الإضرار بهم

[جزء 9 - صفحة 303]

مسألة ويداويهم إذا مرضوا
مسألة : ويداويهم إذا مرضوا

إذا مرض المملوك أو زمن أو عمي أو انقطع كسبه فعلى سيده القيام به والإنفاق عليه لأن نفقته تجب بالملك ولهذا تجب مع الصغر والملك باق مع المرض والعمى والزمانة فتجب نفقته معهما لعموم النصوص المذكورة

مسألة وإذا ولي أحدهم طعامه أطعمه معه فإن أبي أطعمه منه
مسألة : وإذا ولي أحدهم طعامه أطعمه معه فإن أبي أطعمه منه
لما [روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا كفى أحدكم خادمه طعامه حره ودخانه فليدعه وليجلسه معه فإن أبي فليروغ له اللقمة واللقمتين] رواه البخاري ومعنى ترويع اللقمة غمسها في المرق والدسم وترويتها بذلك ودفعها إليه ولأنه يشتهي لحضوره فيه وتوليه إياه وقد قال الله تعالى : { وإذا حضر القسمة أولو القربى واليتامى والمساكين فارزقوهم منه } ولأن نفس الحاضر تتوق ما لا تتوق نفس الغائب

مسألة ولا يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ربه
مسألة : ولا يسترضع الأمة لغير ولدها إلا أن يكون فيها فضل عن ربه
لأن فيه إضراراً بولدها لنقصه في كفايته وصرف اللبن المخلوق له إلى غيره مع حاجته إليه فلم يجز كما لو أراد أن ينقص الكبير عن كفايته ومؤنته فإن كان فيها فضل عن ربه ولدها جاز ملكه وقد استغنى عنه الولد فكان له استبقاؤه كالفاضل من كسبه أو كما لو ما تولدها وبقي لبنها

[جزء 9 - صفحة 304]

مسألة ولا يجبر العبد على المخارحة وإن اتفقا عليها جاز
مسألة : ولا يجبر العبد على المخارحة وإن اتفقا عليها جاز
معنى المخارحة أن يضرب عليه خراجاً معلوماً يؤديه إلى سيده وما فضل للعبد لأن ذلك عقد بينهما فلا يجبر عليه كالكتابة وإن طلب العبد ذلك وأباه السيد لم يجبر عليه لما ذكرنا فإن اتفقا على ذلك جاز لما روي أن أبا طيبة حرم النبي صلى الله عليه وسلم فأعطاه أجره وأمر مواليه أن يخففوا عنه من خراجه وكان كثير من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجاً فروي أن الزبير كان له ألف مملوك كل واحد منهم كل يوم درهم
وجاء أبو لؤلؤة إلى أمير المؤمنين عمر بن الخطاب رضي الله عنه فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يخفف عنه من خراجه ثم ينظر فإن كان ذا كسب فجعل عليه بقدر ما يفضل عن كسبه عن نفقته وخراجه شيء جاز فإن لهما به نفعاً فإن العبد يحرض على الكسب وربما فضل معه شيء يزيد في النفقة ويتسع به وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته لم يجز وكذلك إن كلف من لا

كسب له المخارجه لما روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال : لا تكلفوا الصغير الكسب فإنكم متى كلفتموه الكسب سرق ولا تكلفوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها ولأنه متى كلف غير ذي الكسب خراجا كلفه ما يغلبه وقد [قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا تكلفوهم ما يغلبهم] وربما حملة ذلك على أن يأتي به من غير وجه فلم يكن للسيد أخذه

[جزء 9 - صفحة 305]

مسألة ومتى امتنع السيد من الواجب عليه وطلب العبد البيع لزمه بيعه مسألة : ومتى امتنع السيد من الواجب عليه وطلب العبد البيع لزمه بيعه وجملة ذلك أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد من نفقة أو كسوة أو تزويج فطلب العبد البيع أجبر سيده عليه سواء كان امتناع السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال بسد خلته إضرار به وإزالة الضرر واجبة فوجب إزالته وكذلك أبنا للمرأة فسخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها وقد روي في بعض الحديث [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : عبدك يقول أطعمني وإلا فبعني وامرأتك تقول أطعمني أو طلقني] وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده وطلب العبد بيعه لم يجبر السيد على وقد روى أبو داود عن أحمد أنه قيل له استباعت المملوكة وهو يسكوها مما يكتسي ويطعمها مما يأكل ؟ قال لا تباع وإن أكثرت من ذلك إلا أن تحتاج إلى زوج فتقول زوجني وقال عطاء وإسحاق في العبد يحسن إليه سيده وهو يستبيع لا يبعه لأن الملك للسيد والحق له فلا يجبر على إزالته من غير بالعبد كما لا يجبر على طلاقه زوجته مع القيام بما يجب لها ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها

مسألة وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته مسألة : وله تأديب رقيقه بما يؤدب به ولده وامرأته له تأديب عبده وأمنه إذا اذنب بالتوبيخ والضرب الخفيف كما يؤدب ولده وامرأته في النشوز وليس له ضربه على غير ذنب ولا أن يضربه ضربا مبرحا وإن أذنب ولا لطمه في وجهه وقد روي عن ابن مقرن الزني قال : لقد رأيتني سابع مالنا إلا خادم واحد فلطمها أحدا فأمرنا النبي صلى الله عليه وسلم باعتاقها و [روي عن أبي مسعود قال : كنت أضرب غلاما لي وإذا رجل من خلفي يقول : اعلم أبا مسعود اعلم أبا مسعود فالتفت فإذا النبي صلى الله عليه وسلم يقول : اعلم أبا مسعود لله أقدر عليك منك على هذا الغلام]

مسألة وللعبد التسري بإذن سيده ولو ملكه جارية لم يكن له التسري بها إلا بأذنه
 مسألة : وللعبد التسري بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له التسري بها إلا بأذنه
 هذا هو المنصوص عن أحمد في رواية الجماعة وهو قول ابن عمر وابن عباس والشعبي والنخعي والزهري و مالك والأوزاعي وأبي ثور وكره ابن سيرين و حماد بن أبي سليمان والثوري وأصحاب الرأي ولا الشافعي فيه قولان مبنيان على أن العبد هل يملك بتمليك سيده أو لا وقال القاضي : يجب أن يكون في مذهب أحمد في تسري العبد وجهان مبنيان على الروائتين في ثبوت الملك بتمليك سيده واحتج من منع ذلك بأن العبد لا يملك المال ولا يجوز الوطاء إلا في نكاح أو تمليك يمين لقول الله تعالى : { إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيماهم فإنهم غير ملومين * فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون } ولنا قول ابن عمر وابن عباس ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفا وروى الأثر عن ابن عمر بإسناده أنه كان لا يرى بأسا أن يتسرى العبد ونحوه عن ابن عباس ولأن العبد يملك في النكاح فملك التسري كالحر وقولهم إن العبد لا يملك المال ممنوع فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من باع عبدا وله مال] فجعل المال له ولأنه آدمي فيملك المال كالحر وذلك لأنه بأدميته يتمهد لأهلية الملك إذ كان الله تعالى خلق الأموال للآدميين ليستعينوا بها على القيام بوظائف التكاليف وأداء العبادات قال الله تعالى : { خلق لكم ما في الأرض جميعا } والعبد داخل في العموم ومن أهل التكاليف والعبادات فيكون أهلا للملك وكذلك الملك في النكاح وإذا ثبت الملك للجنين مع كونه نطفة لا حياة فيها باعتبار ماله إلى الأدمية فالعبد الذي هو آدمي مكلف أولى ولا يجوز له التسري إلا بإذن سيده ولو ملكه سيده جارية لم يكن له وطؤها حتى يأذن له فيه لأن ملكه ناقص ولسيده نزع منه متى شاء من غير فسخ سقط فلم يكن له التصرف فيه إلا بإذن سيده فإن أذن له فقال تسراها أو أذنت لك في وطئها أو ما دل عليه أبيع له وما ولد له من التسري فحكمه حكم ملكه لأن الجارية مملوكة له فكذلك ولدها وإن تسرى بغير إذن سيده فالولد ملك لسيده

فصل : وإذا أذن له السيد في أكثر من واحدة فله التسري بما شاء نص عليه أحمد لأن من جاز له التسري جاز له بغير حصر كالحر وإن أذن له وأطلق فله التسري بواحدة وكذلك إذا أذن له في التزوج لم يجز أن يتزوج أكثر من واحدة وبهذا قال أصحاب الرأي وقال أبو ثور : إذ أذن له في التزوج فعقد على اثنتين في عقد جاز
 ولنا أن الإذن المطلق يتناول أقل ما يقع عليه الإسم يقينا وما زاد مشكوك فيه فيبقى على الأصل كما لو أذن له في طلاقه امرأته لم يكن له أن يطلق أكثر

من طلقة ولأن الزائد عن الواحدة يحتمل أن يكون غير مراد فيبقى على أصل التحريم كما لو شك في أصل الإذن

فصل : نقل محمد بن ماهان عن أحمد : لا بأس للعبد أن يتسرى إذا أذن له سيده فإن رجع السيد فليس له أن يرجع إذا أذن له مرة وتسرى وكذلك نقل عنه إبراهيم بن هانيء ويعقوب بن بختان ولم أر عنه خلاف هذا فظاهره أنه إذا تسرى بإذن السيد لم يملك السيد الرجوع لأنه يملك به البضع فلم يملك سيده فسخه قياسا على النكاح وقال القاضي : يحتمل أنه أراد بالتسري ههنا التزويج وسماه تسريا مجازا ويكون للسيد الرجوع فيما ملك عبده وظاهر كلام أحمد خلاف هذا وذلك لأنه ملكه بضعا أبيح له وطؤه فلم يملك رجوعه فيه كما لو

زوجه

فصل : وعليه إطعام بهائمهم وسقيها والقيام بها والإنفاق عليها وما تحتاج إليه من علفها وسقيها أو إقامة من يرعاها لما [روى ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عذبت امرأة في هرة حبستها حتى ماتت جوعا فلا هي أطعمتها ولا هي أرسلتها تأكل من خشاش الأرض] متفق عليه

[جزء 9 - صفحة 313]

مسألة ولا يحملها ما لا تطيق

مسألة : ولا يحملها ما لا تطيق

لأنها في معنى العبد وقد منع النبي صلى الله عليه وسلم تكليف العبد ما لا يطيق ولأن فيه تعذيب الحيوان الذي له حرمة في نفسه ولا يجلب من لبنها ما يضر بولدها لأن كفايته واجبة على مالكة ولبن أمه مخلوق له فأشبه ولد الأمة فإن امتنع عن الإنفاق عليها أجبر على ذلك فإن أبى أو عجز أجبر على بيعها أو ذبحها إن كانت مما تذبح وقال أبو حنيفة : لا يجبره السلطان بل يأمره به كما يأمره بالمعروف وينهاه عن المنكر لأن البهيمة لا يثبت لها حق من جهة الحكم ألا ترى أنه لا يصح منها الدعوى ولا ينصب عنها خصم فصارت كالزرع والشجر ولنا أنها نفقة حيوان واجبة عليه فكان للسلطان إجباره عليها كنفقة العبد فإن عجز عن الإنفاق وامتنع من البيع بيعت عليه كما يباع العبد إذا أعسار سيده بنفقته وكما يفسخ نكاحه إذا أعسر بنفقة امرأته فإن عطبت البهيمة فلم ينتفع بها فإن كانت مما لا يؤكل أجبر على الأنفاق عليها كالعبد الزمن وإن كانت مما يؤكل خير بين ذبحها والإنفاق عليها ما ذكرناه

[جزء 9 - صفحة 319]

كتاب الجنایات

الجنايات كل فعل عدوان على نفس أو مال لكنها في العرف مخصوصة بما يحصل فيه التعدي على الأبدان وسموا الجنايات على الأموال غصبا ونهباً وسرقة وخيانة وإتلافاً وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى : { ولا تقتلوا النفس التي حرم الله إلا بالحق ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً } وقال : { وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ } وقال : { ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم } الآية وأما السنة فروى عبد الله بن مسعود قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : لا يحل دم امرئ مسلم يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه والمفارق للجماعة] متفق عليه وروى عثمان وعائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم مثله في أي وأخبار كثيرة ولا خلاف بين الأمة في تحريمه فإن فعله إنسان متعمداً فسق وأمره إلى الله إن شاء عذبه وإن شاء غفر له وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم وقال ابن عباس : لا تقبل توبته للآية التي ذكرناها وهي من آخر ما نزل ولم ينسخها شيء ولأن لفظ الآية لفظ الخبر والأخبار لا يدخلها نسخ ولا تغيير لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقاً ولنا قول الله تعالى : { إن الله لا يغفر أن يشرك به ويغفر ما دون ذلك لمن يشاء } فجعله داخلًا في المشيئة وقال تعالى : { إن الله يغفر الذنوب جميعاً } وفي الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم : [إن رجلاً قتل مائة رجل ظلماً ثم سأل هل له من توبة ؟ فدل على عالم فسأله فقال : ومن يحول بينك وبين التوبة ولكن أخرج من قرية السوء إلى القرية الصالحة فاعبد الله فيها فخرج تائباً فأدركه الموت في الطريق فاختمت فيه ملائكة الرحمة وملائكة العذاب فبعث الله عز وجل ملكاً فقال : قيسوا ما بين القريتين فإلى أيهما أقرب فاجعلوه من أهلها فوجدوه أقرب إلى القرية الصالحة بشير فاجعلوه من أهلها] أخرجه مسلم ولأن التوبة تصح من الكفر فمن القتل أولى والآية محمولة على من قتله مستحلاً ولم يتب أو على أن هذا جزاؤه إن جازاه الله وله العفو إن شاء وقوله : لا يدخلها النسخ قلنا : يدخلها التخصيص والتأويل

[جزء 9 - صفحة 320]

مسألة والقتل على أربعة أضرب عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ مسألة : والقتل على أربعة أضرب عمد وشبه عمد وخطأ وما أجري مجرى الخطأ أكثر أهل العلم يرون القتل منقسماً إلى عمد وشبه عمد وخطأ روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال الشعبي والنخعي وقاتدة وحماد وأهل العرق والثوري والشافعي وأصحاب الرأي وأنكر مالك شبه العمد وقال : ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فأما شبه العمد فلا يعمل به عندنا وجعله من قسم العمد وحكي

عنه مثل قول الجماعة وهو الصواب لما [روى عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن في دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون في بطونها أولادها] وراه أبو داود وفي لفظ : [قتل خطأ العمد] وهذا نص يقدم على ما ذكره وقسمه شيخنا في هذا الكتاب أربعة أقسام فزاد ما أجري مجرى الخطأ على ما ذكرناه وكذلك قسمه أبو الخطاب وهو أن ينقلب النائم على شخص فيقتله ومن يقتل به بالسبب كحفر البئر ونحوه وكذلك قتل غير المكلف وهذه الصور عند الأكثرين من قسم الخطأ أعطوه حكمه

[جزء 9 - صفحة 321]

مسألة والعمد أن يقتله بما يغلب على الظن موته به عالما بكونه آدميا معصوما وهو تسعة أقسام
مسألة : والعمد أن يقتله بما يغلب على الظن موته به عالما بكونه آدميا معصوما وهو تسعة أقسام
أحدها : أن يخرج بما له مور في البدن م تحديد أو غيره مثل أن يخرج بسكين أو يغرزه بمسلة أو ما في معناه مما يحدد ويجرح من الحديد والنحاس والرصاص والذهب والفضة والزجاج والحجر والخشب والقصب والعظم فهذا كله إذا جرح به جرحا كبيرا فمات فهو قتل عمد لا اختلاف فيه بين العلماء فيما علمنا فأما إن جرحه صغيرا كشرطة الحجام أو غرزه بإبرة أو شوكة أو جرحه جرحا صغيرا يكبر في غير مقتل فمات في الحال ففي كونه عمدا وجهان أحدهما : لا قصاص فيه قاله ابن حامد لأن الظاهر أنه لم يمت منه ولأنه لا يقتل غالبا أشبه العصا والسوط
والثاني : فيه القصاص لأن المحدد لا يعتبر فيه غلبة الظن في حصول القتل به بدليل ما لو قطع شحمة أذنه أو أناملته ولأنه لما لم تمكن إدراة الحكم وضبطه بغلبة الظن وجب ربطه بكونه محددًا ولا يعتبر ظهور الحكمة في أحاد صور المظنة بل يكفي احتمال الحكمة ولذلك ثبت الحكم به فيما إذا بقي ضمنا مع أن العمد لا يختلف مع اتحاد الآلة والفعل بسرعة افضاء وإبطائه ولأن في البدن مقاتل خفية وهذا له سراية ومور فأشبهه الجرح الكبير وهذا ظاهر كلام الخرقى فإنه لم يفرق بين الصغير والكبير وهذا مذهب أبي حنيفة ولـ لشافعي من التفصيل نحو مما ذكرنا

[جزء 9 - صفحة 322]

مسألة فإن بقي من ذلك ضمنا حتى مات أو كان الغرز بها في مقتل كالفؤاد والخصيتين فهو عمد محض
مسألة : فإن بقي من ذلك ضمنا حتى مات أو كان الغرز بها في مقتل كالفؤاد والخصيتين فهو عمد محض
أما إذا كان الجرح في مقتل كالعين والفؤاد والخاصرة والصدغ أو أصل الأذن فمات فهو عمد محض يجب به القصاص وكذلك إن بالغ في إدخال الإبرة ونحوها في البدن لأنه يشتد ألمه ويفضي إلى القتل كالكبير وإن بقي من ذلك ضمنا حتى مات ففيه القود لأن الظاهر أنه مات به قاله أصحابنا وقيل : لا يجب به القصاص لأنه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهرا كان شبهة في درء القصاص ولو كانت العلة أن القتل لا يحصل به غالبا لما افترق بين موته في الحال وموته متراخيا كسائر ما لا يجب به القصاص

مسألة وإن قطع سلعة من أجنبي بغير إذنه فمات فعليه القود لأنه جرحه بغير إذنه جرحا لا يجوز له فكان عليه
مسألة : وإن قطع سلعة من أجنبي بغير إذنه فمات فعليه القود لأنه جرحه بغير إذنه جرحا لا يجوز له فكان عليه القود إذا تعمد كغيره وإن قطعها حاكم من صغير أو وليه فمات فلا قود لأن له فعل ذلك وقد فعله لمصلحته فأشبهه ما لو ختنه

الثاني : أن يضربه بمثقل فوق عمود الفسطاط أو ما يغلب على الظن موته به كاللت والكودين والسندان أو حجر كبير أو يلقي عليه حائطا أو سقفا أو يلقيه من شاهق أو يكرر الضرب بصغير أو يضربه في مقتل أو في حال ضعف قوة من مرض أو صغر أو كبر أو حر أو برد أو نحوه
وجملة ذلك أنه إذا قتله بغير محدد يغلب على الظن حصول الزهوق عند استعماله فهو عمد موجب للقصاص وبه قال النخعي و الزهري و ابن سيرين و حماد و عمرو بن دينار و ابن أبي ليلى و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو يوسف و أبو محمد وقال الحسن : لا قود في ذلك وروي ذلك عن الشعبي وقال ابن المسيب و عطاء و طاوس : العمد ما كان بالسلاح وقال ابو حنيفة : لا قود إلا أن يكون قتله بالنار وعنه في مثقل الحديد روايتان واحتج بقول النبي صلى الله عليه وسلم : [ألا إن في قتل عمدا خطأ قتيل السوط والعصا والحجر مائة من الإبل] فسماه عمدا خطأ وأوجب فيه الدية دون القصاص ولأن العمد لا يمكن اعتباره بنفسه فيجب ضبطه بمظنته ولا يمكن اعتباره بما يقتل غالبا لحصول العمد بدونه في الجرح الصغير فوجب ضبطه بالجرح ولنا قول الله تعالى : { ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا } وهذا مقتول ظلما وقوله سبحانه : { كتب عليكم القصاص في القتلى } و [روى أنس أن يهوديا قتل جارية على أوضاع لها بحجر فقتله رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجرين] متفق عليه و [روى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : ومن قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد] متفق عليه ولأنه يقتل غالبا أشبه المحدد وأما الحديث فمحمول

على المثقل الصغير لأنه ذكر العصا والسوط وقرن به الحجر فدل على أنه أراد ما اشبههما وقولهم لا يمكن ضبطه ممنوع فإنما نوجب القصاص بما يتيقن حصول الغلبة به وإذا شككنا لم نوجبه مع الشك والجرح الصغير قد سبق القول فيه ولأنه لا يصح ضبطه بالجرح بدليل ما لو قتله بالنار والمراد بعمود الفسطاط الذي ذكره ههنا العمدة التي تتخذها العرب لبيوتها وفيها دقة وإنما حد الموجب للقصاص بفوق عمود الفسطاط لأن النبي صلى الله عليه وسلم لما سئل عن المرأة التي ضربت جاريتها بعمود الفسطاط فقتلها وجنيتها قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة وقضى بالدية على عاقلتها والعاقلة لا تحمل العمدة فدل على أن القتل بعمود الفسطاط ليس بعمد وإن كان أعظم منه كعمد الخيام فهو كبير يقتل غالبا فيجب فيه القصاص ومن هذا النوع أن يلقي عليه جدارا أو صخرة أو خشبة عظيمة أو يلقيه من شاهق فيهلكه ففيه القود لأنه يقتل غالبا ومن ذلك أن يضربه بمقتل صغير أو حجر أو يلكره بيده في مقتل أو في حال ضعف المضروب لمرص أو صغر أو في حر مفرط أو برد شديد بحيث يقتله بتلك الضربة أو كرر الضرب حتى قتله بما يقتل غالبا فقتله ففيه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا أشبه المثقل الكبير وإن لم يكن كذلك ففيه لدية لأن عمد الخطأ إلا أن يصغر جدا كالضربة بالقلم والأصبع في غير مقتل ونحو هذا مما لا يتوهم القتل به فلا قود فيه ولا دية لأنه لم يمت به وكذلك إن مسه بالكبير ولم يضربه به لأن الدية إنما تجب بالقتل وليس هذا قتلا النوع الثالث : ألقاه في زبية أسد أو أنهشه كلبا أو سبعا أو حية أو أسعه عقربا من القواتل ونحو ذلك فقتله فيجب به القصاص إذا جمع بينه وبين أسد أو نحوه في مكان ضيق كزبية أو نحوها فقتله فهو عمد فيه القصاص إذا فعل به السبع فعلا يقتل مثله وإن فعل به فعلا لو فعله الآدمي لم يكن عمدا لم يجب القصاص به لأن السبع صار آلة للآدمي فكان فعله كفعله فإن ألقاه مكتوبا بين يدي الأسد أو النمر في فضاء فقتله فعليه القود وكذلك إن جمع بينه وبين حية في مكان ضيق فنهشته فقتله فعليه القود وقال القاضي لا ضمان عليه في الصورتين وهو قول أصحاب الشافعي لأن الأسد والحية يهربان من الآدمي ولأن هذا سبب غير ملجئ

ولنا أن هذا يقتل غالبا فكان عمدا محضا كسائر الصور وقولهم أنهما يهربان لا يصح فإن الأسد يأخذ الآدمي المطلق فكيف يهرب من مكتوف ألقى له لياكله ؟ والحية إنما تهرب في مكان واسع أما إذا ضاق المكان فالغالب أنها تدفع عن نفسها بالنهش على ما هو العادة وقد ذكر القاضي فيمن ألقى مكتوبا في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته أن وجوب القصاص روايتين وهذا تناقض شديد فإنه نفى الضمان بالكلية في صورة كان القتل فيها أغلب وأوجب القصاص في كان فيها أنذر والصحيح أنه لا قصاص ههنا ويجب الضمان لأنه فعل به فعلا متعمدا تلف به لأنه يقتل مثله غالبا وإن أنهشه حية أو سبعا فقتله فعليه القود إذا كان ذلك مما يقتل غالبا فإن كان مما لا يقتل غالبا كتعبان الحجاز أو سبع صغير ففيه وجهان : أحدهما : فيه القود لأن الجرح لا يعتبر فيه غلبة حصول القتل به وهذا جرح ولأن الحية من جنس ما يقتل غالبا

والثاني : هو شبه عمد لأنه لا يقتل غالبا أشبه الضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير وإن السعه عقربا من القوائل فقتلته فهو كما لو أنهشه حية يوجب القصاص لأنه يقتل غالبا فإن كتفه وألقاه في أرض غير مسبحة فأكله سبع أو نهشته حية فهو شبه عمد وقال أصحاب الشافعي : هو خطأ محض ولنا أن فعل به فعلا لا يقتل مثله غالبا فأفضى إلى هلاكه أشبه ما لو ضربه بعصا فمات وكذلك إن ألقاه مشدودا في موضع لم يعهد وصول زيادة الماء إليه فإن كان في موضع بعلم وصول زيادة الماء إليه في ذلك الوقت فمات به فهو عمد محض وإن كانت الزيادة غير معلومة إما لكونها تحتمل الوجود وعدمه أو لا تعهد أصلا فهو شبه عمد

النوع الرابع : ألقاه في ماء يغرقه أو نار لا يمكنه التخلص منها إما لكثرة الماء والنار وإما لعجزه عن التخلص لمرض أو ضعف أو صغر أو كونه في حفرة على الصعود منها ونحو هذا أو ألقاه في بئر ذات نفس فمات عالما بذلك فهذا كله عمد لأنه يقتل غالبا وإن ألقاه في ماء يسير فقدر على الخروج منه فلبث فيه اختيارا حتى مات فلا شيء فيه لأن هذا الفعل لم يقتله وإنما حصل موته بلبثه فيه وهو فعل نفسه فلم يضمنه غيره فإن تركه في نار يمكنه التخلص منها لقلتها أو كونه في طرف منها يمكنه الخروج بأدنى حركة فلم يخرج حتى مات فلا قود لأن هذا لا يقتل غالبا وهل يضمنه ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا يضمنه لأنه مهلك لنفسه بإقامته فلم يضمنه كما لو ألقاه في ماء يسير لكن يضمن ما أصابت النار منه

والثاني : يضمنه لأنه جان بالإلقاء المفضي إلى الهلاك وترك التخلص لا يسقط الضمان كما لو فصدته فترك شد فصاده مع إمكانه أو جرحه فترك مداواة جرحه وفارق الماء اليسير لأنه لا يهلك بنفسه ولهذا يدخله الناس للغسل والسباحة وأما النار فيسيرها مهلك وإنما تعلم قدرته على التخلص بقوله : أنا قادر على التخلص أو نحو هذا لأن النار لها حرارة شديدة فربما أزعجته حرارتها عن معرفة ما يتخلص به أو اذهبت عقله بألمها وروعيتها

الخامس : خنقه بحبل أو غيره أو سد فمه وأنفه أو عصر خصيته حتى مات إذا منع خروج نفسه بأن يخنقه بحبل أو غيره وهو نوعان : أحدهما : أن يخنقه بأن يجعل في عنقه خراطة ثم يعلقه في خشبة أو شيء بحيث يرتفع عن الأرض فيخنق ويموت فهذا عمد سواء مات في الحال أو بقي زمنا لأن هذا أوحى أنواع الخنق وهو الذي جرت العادة بفعله في اللصوص واشباههم من المفسدين

الثاني : أن يخنقه وهو على الأرض بيديه أو حبل أو يغمه بوسادة أو شيء يضعه على فيه وأنفه أو يضع يديه عليهما فيموت فهذا إن فعل به ذلك في مدة يموت في مثلها غالبا فمات فهو عمد فيه القصاص وبه قال عمر بن عبد العزيز والنخعي و الشافعي وإن كان في مدة لا يموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ ويلتحق بذلك ما لو عصر خصيته عصرا شديدا فقتله بعصر يقتل مثله غالبا وإن لم يكن كذلك فهو شبه عمد إلا أن يكون ذلك يسيرا في الغاية بحيث لا يتوهم الموت منه فلا يوجب ضمانا لأنه بمنزلة لمسسه ومتى خنقه وتركه متألما حتى مات ففيه القود لأنه مات من سراية جنايته فهو كسراية الجرح وإن تنفس

وصح ثم مات فلا قود لأن الظاهر أنه لم يمتم منه فأشبهه ما لو اندمل الجرح ثم مات

السادس : حبسه ومنعه الطعام أو الشراب حتى مات جوعا وعطشا في مدة يموت في مثلها غالبا فعليه القود لأن هذا يقتل غالبا وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال فإذا عطشه في شدة الحر مات في الزمن القليل وإن كان ريان والزمن بارد أو معتدل لم يمتم إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه فإن كان في مدة يموت في مثلها غالبا ففيه القود وإن كان في مدة لا يموت في مثلها غالبا فهو عمد الخطأ وإن شككنا فيها لم يجب القود لأننا شككنا في السبب ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات

السابع : سقاه سما لا يعلم به أو خلطه بطعام فأطعمه أو خلطه بطعامه فأكله وهو لا يعلمه فمات فعليه القود إذا كان مثله يقتل غالبا وقال الشافعي في أحد قولي : لا قود عليه لأنه أكله مختارا فأشبهه ما لو قدم إليه سكيناً فطعن بها نفسه ولأن أنس بن مالك روى [أن يهودية أتت النبي صلى الله عليه وسلم بشاة مسمومة فأكل منها النبي صلى الله عليه وسلم وبشر بن البراء فلم يقتلها النبي صلى الله عليه وسلم] قال : وهل تجب الدية ؟ فيه قولان قلنا حديث اليهودية حجة لنا فإن أبا سلمة قال فيه فمات بشر فأمر بها النبي صلى الله عليه وسلم فقتلت أخرجه أبو داود ولأن هذا يقتل غالبا ويتخذ طريقا إلى القتل كثيرا فأوجب القصاص كما لو أكرهه على شربه فأما حديث أنس فلم يذكر فيه أن أحدا مات منه ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ويجوز أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم لم يقتلها قبل أن يموت بشر فلما مات أرسل إليها النبي صلى الله عليه وسلم فاعترفت فقتلها فنقل أنس صدر القصة دون آخرها ويتعين حمله عليه جميعا بين الخبرين ويجوز أن يترك قتلها لكونها ما قصدت قتل بشر إنما قصدت قتل النبي صلى الله عليه وسلم فاقتل بالنسبة إلى بشر وفارق تقديم السكين فإنها لا تقدم إلى الإنسان ليقتل بها نفسه إنما تقدم إليه لينتفع بها وهو عالم بمضرتها ونفعها فأشبهه ما لو قدم إليه السم وهو عالم به فأما إن أكله وهو عالم به وهو بالغ عاقل فلا ضمان عليه كما لو قدم إليه سكيناً فوجأ بها نفسه

[جزء 9 - صفحة 330]

مسألة فإن خلط السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله فأكله فلا ضمان عليه
مسألة : فإن خلط السم بطعام نفسه فدخل إنسان منزله فأكله فلا ضمان عليه

لأنه لم يفعله وإنما الداخل قتل نفسه فأشبهه ما لو حفر في داره بئرا فدخل رجل فوقع فيها وسواء قصد بذلك قتل الداخل مثل أن يعلم أن طالما يريد هجوم داره فترك السم في الطعام ليقتله فهو كما لو حفر بئرا في داره ليقع

فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ولو دخل رجل بإذنه فأكل الطعام المسموم
بغير إذنه لم يضمنه لذلك

مسألة وإن ادعى القاتل بالسم أنني لم أعلم أنه سم قاتل لم يقبل قوله في
أحد الوجهين
مسألة : وإن ادعى القاتل بالسم أنني لم أعلم أنه سم قاتل لم يقبل قوله في
أحد الوجهين

لأن السم من جنس ما يقتل غالبا فأشبهه ما لو جرحه وقال لم أعلم أنه يموت
منه والثاني : لا قود عليه لأنه لا يجوز أن يخفى عليه أنه قاتل وهذا شبهة
ليسقط به القود فيكون شبه عمد

فصل : فإن سقى إنسانا سما أو خلطه بطعامه فأكل وهو لا يعلم به وهو مما لا
يقتل مثله غالبا فهو شبه عمد فإن اختلف فيه هل يقتل غالبا أو لا وثم بينة تشهد
عمل بها وإن قالت تقتل النضو الضعيف دون القوي أو غير ذلك عمل على
حسب ذلك فإن لم يكن أحدهما بينة فالقول قول الساقى لأن الأصل عدم
وجوب القصاص فلا يثبت بالشك ولأنه أعلم بصفة ما يسقى فإن ثبت أنه قاتل
فقال لم أعلم به ففيه الوجهان المذكوران

الثامن : أن يقتله بسحر يقتل غالبا فيلزمه القود لأنه قتله بما يقتل غالبا فأشبهه
قتله بالسكين وإن كان مما لا يقتل غالبا أو كان مما يقتل ولا يقتل ففيه الدية
دون القصاص لأنه عمد الخطأ فأشبهه ضرب العصا

التاسع : أن يشهدا على رجل بقتل عمد أو زنا أو ردة فيقتل بذلك ثم يرجعا
ويقولا عمدنا قتله أو يقول الحاكم علمت كذبهما وعمدت قتله أو يقول ذلك
الولي فهذا كله عمد محض موجب للقصاص إذا كملت شروطه وبهذا قال
الشافعي وقال أبو حنيفة : لا قصاص عليهما لأنه سبب غير ملجىء فلا يوجب
القصاص كحفر البئر

ولنا ما روي القاسم بن عبد الرحمن أن رجلين شهدا عند علي كرم الله وجهه
على رجل أنه سرق فقطعه ثم رجعا عن شهادتهما فقال علي : لو أعلم أنكما
تعمدتا لقطعتم أيديكما وغرمهما دية يده ولأنهما توصلا إلى قتله بسبب يقتل
غالبا فوجب عليهما كالمكره وكذلك الحاكم إذا حكم على رجل بالقتل عالما
بذلك متعمدا فقتله واعترف بذلك وجب القصاص والكلام فيه كالقصاص في
الشاهدين ولو أن الولي الذي باشر قتله أقر بعلمه بكذب الشهود وتعمد قتله
فعليه القصاص لا نعلم فيه خلافا فإن أقر الشاهدان والحاكم والولي جميعا
بذلك فعلى الولي القصاص لأنه باشر القتل عمدا وعدوانا وينبغي أن لا يجب
على غيره شيء لأنهم متسببون والمباشرة تبطل حكم التسبب كالدافع مع
الحافز ويفارق هذا ما إذا لم يقر لأنه لم يثبت حكم مباشرة القتل في حقه
ظلما فكان وجوده كعدمه ويكون القصاص على الشاهدين والحاكم لأن الجميع
متسببون وإن صار الأمر إلى الدية فهي عليهم أثلاثا ويحتمل أن يتعلق الحكم
بالحاكم وحده لأن سببه أخص من سببهم فإن حكمه واسطة بين شهادتهم
وقتله فأشبهه المباشر مع المتسبب فإن كان الولي المقر بالتعمد لم يباشر

القتل وإنما وكل فيه فأقر الوكيل بالعلم وتعمد القتل ظلما فهو القاتل وحده لأنه المباشر للقتل عمدا ظلما من غير إكراه فتعلق الحكم به كما لو قتل في غير هذه الصورة وإن لم يعترف بذلك فالحكم يتعلق بالولي كما لو باشره فصل : قال رضي الله عنه : ويشبه العمد أن يقصد الجناية بما لا يقتل غالبا فيقتل إما لقصد العدوان عليه أو لقصد التأديب له فيسرف فيه كالضرب بالسوط والعصا والحجر الصغير أو يلكزه بيده أو يلقيه في ماء يسير أو يقتله بسحر لا يقتل غالبا وسائر ما لا يقتل غالبا أو يصيح بصبي أو معتوه وهما على سطح فيسقطان أو يغتفل عاقلا فيصيح به فيسقط فهو يشبه عمد إذا قتل لأنه قصد الضرب دون القتل ويسمى خطأ العمد وعمد الخطأ لاجتماع العمد والخطأ فيه فإنه عمد الفعل وأخطأ في القتل فهذا لا قود فيه والدية على العاقلة في قول أكثر أهل العلم وجعله مالك عمدا في بعض ما حكى عنه موجبا للقصاص لأنه ليس في كتاب الله إلا العمد والخطأ فمن زاد قسما ثالثا زاد على النص ولأنه قتله بفعل عمده فكان عمدا كما لو غرزه بإبرة وحكى عنه مثل قول الجماعة وقال أبو بكر عبد العزيز : تجب الدية في مال القاتل وهو قول ابن شبرمة لأنه موجب فعل عمد فكان في مال القاتل كسائر جنائيات العمد ولنا ما [روى أبو هريرة قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها ف قضى النبي صلى الله عليه وسلم : أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها] متفق عليه فأوجب ديتها على العاقلة والعاقلة لا تحمل العمد وأيضا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [ألا إن في قتل خطأ العمد قتيل السوط والحجر والعصا مائة من الإبل] وفي لفظ [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : عقل شبه العمد مغلظ مثل عقل العمد ولا يقتل صاحبه] رواه أبو داود وهذا نص وقوله هذا قسم ثالث قلنا نعم هذا ثبت بالسنة والقسمان الأولان ثبتا بالكتاب ولأنه قتل لا يوجب القود فكانت ديته على العاقلة كقتل الخطأ

فصل : والخطأ على ضربين أحدهما : أن يرمي الصيد ويفعل ما له فعله فيؤول إلى إتلاف إنسان معصوم فعليه الكفارة والدفع على العاقلة بغير خلاف قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم أن القتل الخطأ أن يرمي الرامي شيئا فيصيب غيره لا أعلمهم يختلفون فيه هذا قول عمر بن عبد العزيز و قتادة و النخعي و الزهري و ابن شبرمة و الثوري و مالك و الشافعي واصحاب الرأي والأصل في وجوب الدية والكفارة قول الله سبحانه وتعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا } وسواء كان المقتول مسلما أو كافرا له عهد لقول الله تعالى : { وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله وتحرير رقبة مؤمنة } ولا قصاص في شيء من هذا لأن الله تعالى أوجب به الدية ولم يذكر قصاصا و [قال النبي صلى الله عليه وسلم : رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه] ولأنه لم يوجب القصاص في عمد الخطأ ففي الخطأ أولى الضرب الثاني : أن يقتل في دار الحرب من يظنه حربيا ويكون مسلما أو يرمي إلى صف الكفار فيصيب مسلما أو يتترس من الكفارة بمسلم ويخاف على المسلمين إن لم يرمهم فيرميهم فيقتل المسلم فهذا تجب به الكفارة روي

ذلك عن ابن عباس وبه قال عطاء و مجاهد و عكرمة و قتادة و الأوزاعي و أبو حنيفة وفي وجوب الدية على العاقلة روايتان :
إحداهما : تجب وهو قول مالك و الشافعي لقول الله تعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ فتحريم رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا } وقال صلى الله عليه وسلم : [ألا إن في قتل خطأ العمدة قتل السوط والعصا مائة من الإبل] ولأنه قتل مسلما خطأ فوجب دية كما لو كان في دار الإسلام والثانية : لا تجب الدية لقول الله تعالى : { فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحريم رقبة مؤمنة } ولم يذكر دية وتركه ذكرها في هذا القسم مع ذكرها في الذي قبله وبعده ظاهر في أنها غير واجبة وذكره لهذا قسما مفردا يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ويخص بها عموم الخبر الذي روه وهذا ظاهر المذهب

[جزء 9 - صفحة 335]

مسألة والذي أجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله أو يقتل بالسبب مثل أن يحفر بئرا أو ينصب
مسألة : والذي أجري مجرى الخطأ كالنائم ينقلب على إنسان فيقتله أو يقتل بالسبب مثل أن يحفر بئرا أو ينصب سكيناً أو حجراً فيؤول إلى إتلاف إنسان وعمد الصبي والمجنون فهذا كله لا قصاص فيه والدية على العاقلة وعليه الكفارة في ماله لأنه خطأ فيكون هذا حكمه لما ذكرناه
فصل : قال رحمه الله : ويقتل الجماعة بالواحد إذا كان فعل كل واحد منهم لو انفرد القصاص عليه روي ذلك عن عمر وعلي والمغيرة بن شعبة وابن عباس وبه قال سعيد بن المسيب والحسن و أبو سلمة و عطاء و قتادة وهو مذهب مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أبي ثور و أصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى : لا يقتلون وتجب الدية عليهم والمذهب الأول يروي ذلك عن ابن الزبير و الزهري و ابن سيرين و حبيب بن أي ثابت و عبد الملك و ربيعة و داود و ابن المنذر و جكاه ابن أبي موسى عن ابن عباس و روي ذلك عن معاذ و ابن الزبير و الزهري أنه يقتل منهم واحدا و يأخذ من الباقيين حصصهم من الدية لأن كل واحد منهم مكافئ له فلا يستوفى أبدا إلا ببدل واحد كما لا تجب ديات لمقتول واحد ولأن الله تعالى قال : { الحر بالحر } وقال : { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس } ومقتضاه أنه لا يؤخذ بالنفس أكثر من نفس واحدة ولأن التفاوت في الأوصاف يمنع بدليل أن الحر لا يؤخذ بالعبد فالتفاوت في العدد أولى قال ابن المنذر : لا حجة مع من أوجب قتل الجماعة بواحد ولنا إجماع الصحابة رضي الله عنهم فروى سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل سبعة من أهل صنعاء قتلوا رجلا وقال : لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلهم جميعا وعن علي أنه قتل ثلاثة قتلوا رجلا وعن ابن عباس أنه قتل جماعة بواحد ولم يعرف لهم في عصرهم مخالف فكان إجماعاً لأنها عقوبة تجب

للواحد على الواحد فوجبت للواحد على الجماعة كحد القذف ويفارق الدية
فإنها تتبعض والقصاص لا يتبعض ولأن القصاص لو سقط بالاشتراك أدى إلى
التسارع إلى القتل به فيؤدي إلى إسقاط حكمه الردع والزجر

[جزء 9 - صفحة 336]

مسألة وإن جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة فهما سواء في القصاص والدية
مسألة : وإن جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة فهما سواء في القصاص والدية
وجملة ذلك أنه لا يعتبر في وجوب القصاص على المشتركين التساوي في
سببه فلو جرحه أحدهما جرحا والآخر مائة أو أوضحه أحدهما وشبجه الآخر آمة
أو أحدهما جائفة والآخر غير جائفة فمات كانا سواء في القصاص والدية لأن
اعتبار التساوي يفضي إلى سقوط القصاص عن المشتركين إذ لا يكاد جرحان
يتساويان من كل وجه ولو احتمل التساوي لم يثبت الحكم لأن الشرط يعتبر
العلم بوجوده ولا يكتفى باحتمال الوجود بل الجهل بوجوده كالعلم بعدمه في
إسقاط الحكم لأن الجرح الواحد يحتمل أن يموت منه دون المائة كما يحتمل
أن يموت من الموضحة دون الآمة ومن غير الجائفة دون الجائفة ولأن الجراح
إذا صارت نفسا سقط اعتبارها فكان حكم الجماعة كحكم الواحد ألا ترى أنه لو
قطع أطرافه كلها فمات وجبت دية واحدة كما لو قطع طرفه فمات ؟
فصل : إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع أحدهم يده والآخر رجله وأوضحه
ثالث فمات فللولي قتل جميعهم والعفو عنهم إلى الدية فيأخذ من كل واحد
ثلثها وله أن يعفو عن واحد فيأخذ منه ثلث الدية ويقتل الآخرين وأن يعفو عن
اثنين فيأخذ منهما ثلثي الدية ويقتل الثالث وإن برأت جراحة أحدهم ومات من
الجرحين الآخرين فله أن يقتص من الذي برأ جرحه يمثل جرحه ويقتل الآخرين
أو يأخذ منهما دية كاملة أو يقتل أحدهما ويأخذ من الآخر نصف الدية وله أن
يعفو عن الذي برأ جرحه ويأخذ منه دية جرحه وإن ادعى الموضح أن جرحه برأ
قبل موته وكذبه شريكاه نظرت في الولي فإن صدقه ثبت حكم البرء بالنسبة
إليه فلا يملك قتله ولا مطالبته بثلث الدية وله أن يقتص منه موضحة أو يأخذ
منه أرشها ولم يقبل قوله في حق شريكه لأن الأصل عدم البرء فيها لكن إن
اختار الولي القصاص فلا فائدة لهما في إنكار ذلك لأن له أن يقتلها سواء
برأت أو لم تبرأ وإن اختار الدية لم يلزمهما أكثر من ثلثيها وإن كذبه الولي حلف
وله الاقتصاص منه أو مطالبته بثلث الدية ولم يكن له مطالبة شريكه بأكثر من
ثلثيها وإن شهد له شريكاه ببرئها لزمهما الدية كاملة لإقرارهما بوجودها وللولي
أخذها منهما إن صدقهما وإن لم يصدقهما وعفا إلى الدية لم يكن له أكثر من
ثلثها لأنه يدعي أكثر من ذلك وتقبل شهادتهما إن كانا قد تابا وعدلا لأنهما لا
يجران إلى أنفسهما بذلك نفعاً فيسقط القصاص ولا يلزمه أكثر من أرش
موضحة

مسألة وإن قطع أحدهما يده من الكوع والآخر من المرفق فهما قاتلان
 مسألة : وإن قطع أحدهما يده من الكوع والآخر من المرفق فهما قاتلان
 أما إذا برأت جراحة الأول قبل قطع الثاني فالقاتل الثاني وحده وعليه القود أو
 الدية كاملة إن عفا عن قتله فله قطع يد الأول أو نصف الدية وإن لم تبرأ فهما
 قاتلان وعليهما القصاص في النفس أو الدية إن عفا عنهما وبهذا قال الشافعي
 وقال أبو حنيفة : القاتل هو الثاني وحده ولا قصاص على الأول في النفس لأن
 قطع الثاني قطع سرية قطعه ومات بعد زوال جنايته فأشبهه ما لو اندمل جرحه
 وقال مالك : إن قطعه الثاني عقيب قطع الأول قتلا جميعا وإن عاش بعد قطع
 الأول حتى أكل وشرب ومات عقيب قطع الثاني فالقاتل هو الثاني وحده وإن
 عاش بعدهما حتى أكل وشرب فلأولياء أن يقسموا على أيهما شاء ويقتلوه
 ولنا أنهما قطعان لو مات بعد كل واحد منهما وحده لوجب عليه القصاص فإذا
 مات بعدهما وجب عليهما القصاص كما لو كانا في يدين ولأن القطع الثاني لا
 يمنع حياته بعده فلا يسقط حكم ما قبله كما لو كانا في يدين ولا نسلم زوال
 جنايته ولا قطع سرايته فإن الألم الحاصل بالقطع الأول لم يزل وإنما انضم إليه
 الألم الثاني فضعفت النفس عن احتمالهما فزهقت بهما فكان القتل بهما
 ويخالف الاندمال فإنه لا يبقى معه الألم الذي حصل في الأعضاء الشريفة
 فافترقا وإن ادعى الأول أن جرحه اندمل فصدقه الولي سقط عنه القتل ولزمه
 القصاص في اليد أو نصف الدية وإن كذبه شريكه واختار الولي القصاص فلا
 فائدة له في تكذيبه لأن قتله واجب وإن عفا عنه إلى الدية فالقول قوله مع
 يمينه ولا يلزمه أكثر من نصف الدية وإن كذب الولي الأول حلف وكان له قتله
 لأن الأصل عدم ما ادعاه وإن ادعى الثاني اندمال جرحه فالحكم فيه كالحكم
 في الأول إذا ادعى ذلك

مسألة وإن فعل أحدهما فعلا لا تبقى معه الحياة كقطع حشوته أو مريئه أو
 ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل
 مسألة : وإن فعل أحدهما فعلا لا تبقى معه الحياة كقطع حشوته أو مريئه أو
 ودجيه ثم ضرب عنقه آخر فالقاتل هو الأول ويعزر الثاني وإن شق الأول بطنه
 أو قطع يده ثم ضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني وعلى الأول ضمان ما أتلّف
 بالقصاص والدية
 وجملة ذلك أنه إذا جنى عليه اثنان جنائتين نظرنا فإن كانت الأولى أخرجته من
 حكم الحياة مثل قطع حشوته وإبانتها منه أو ذبحه ثم ضرب عنقه الثاني فالأول

هو القاتل لأنه لا يبقى مع جنائته حياة والقود عليه خاصة ويعزر الثاني كمالو جنى على ميت وإن عفا الولي إلى الدية فهي على الأول وحده وإن كان جرح الأول تبقى الحياة معه مثل شق البطن من غير إبانة الحشوة أو قطع طرف ثم ضر عنقه آخر فالثاني هو القاتل لأنه لم يخرج بجرح الأول عن حكم الحياة فيكون الثاني هو المفوت لها فعليه القصاص في النفس والدية كاملة إن عفا عنه ثم ينظر في جرح الأول فإن كان موجبا للقصاص كقطع الطرف فالولي مخير بين قطع طرفه والعفو على ديته أو العفو مطلقا وإن كان لا يوجب القصاص كالجائفة ونحوها فعليه الأرش وإنما جعلنا عليه القصاص لأن الثاني بفعله قطع سراية الأول فصار كالمندمل الذي لا يسري وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم فيه مخالفا ولو كان جرح الأول يفضي إلى الموت لا محالة إلا أنه لا يخرج به من حكم الحياة وتبقى معه الحياة المستقرة مثل خرق المعى أو أم الدماغ فضرب الثاني عنقه فالقاتل هو الثاني لأنه فوت حياة مستقرة وقتل من هو في حكم الحياة بدليل أن عمر رضي اله عنه لما جرح دخل عليه الطبيب فسقاه لنا فخرج يصد فعلم الطبيب أنه ميت فقال أعهد إلى الناس فعهد إليهم وأوصى وجعل الخلافة إلى أهل الشورى فقبل الصحابة عهده وأجمعوا على قبول وصاياه لما كان حكم الحياة باقيا كان الثاني مفوتا لها فكان هو القاتل كما لو قتل عليلا لا يرجى براء علة

[جزء 9 - صفحة 340]

مسألة فإن رماه من شاهق فتلقاه آخر بسيف ففقدته فالقصاص على الثاني مسألة : فإن رماه من شاهق فتلقاه آخر بسيف ففقدته فالقصاص على الثاني لأنه فوت حياته قبل المصير إلى حياة يياس فيها من حياته فأشبه ما لو رماه إنسان يسهم قاتل فقطع آخر عنقه قبل وقوع السهم به أو ألقى عليه صخرة فأطار آخر رأسه بالسيف قبل وقوعها عليه وبهذا قال الشافعي إن رماه من مكان يجوز أن يسلم منه وإن رماه من شاهق لا يسلم منه الواقع ففيه وجهان أحدهما : كقولنا والثاني : الضمان عليهما بالقصاص والدية عند سقوطه لأن كل واحد منهما سبب للإتلاف ولنا أن الرمي سبب والقتل مباشرة فانقطع حكم السبب كالدافع مع الحافر والجرح مع الذابح وكالصور التي ذكرناها وما ذكروه باطل بالأصول المذكورة

مسألة وإن ألقاه في لجة فالتقمه الحوت فالقود على الرامي في أحد الوجهين مسألة : وإن ألقاه في لجة فالتقمه الحوت فالقود على الرامي في أحد الوجهين إذا كانت اللجة لا يمكنه التخلص منها فالقود على الرامي لأنه ألقاه في مهلكة هلك بها من غير واسطة يمكن إحالة الحكم عليها أشبه ما لو مات بالغرق أو

هلك بوقوعه على صخرة والثاني لا قود عليه لأنه بهلك بها أشبه ما لو قتله آدمي آخر فأما إن ألقاه في ماء يسير فأكله سيع أو التقمه حوت أو تمساح فلا قود عليه لأن الذي فعله لا يقتل غالبا وعليه ضمانه لأنه هلك بفعله

[جزء 9 - صفحة 341]

مسألة وإن أكره أنسانا على القتل فقتل فالقصاص عليهما
مسألة : وإن أكره إنسانا على القتل فقتل فالقصاص عليهما
وقال أبو حنيفة يجب القصاص على الأمر دون المأمور لأن المأمور صار بالإكراه بمنزلة الآلة والقصاص إنما يجب على مستعمل الآلة وقال أبو يوسف لا يجب على واحد منهما لأن الأمر غير مباشر إنما هو متسبب والقصاص لا يجب على المتسبب مع المباشر دليله الدافع مع الحافر والمأمور مسلوب الاختيار وقال زفر يجب على المأمور ولا يجب على الأمر لأن المأمور مباشر فيجب عليه وحده كالدافع مع الحافر
ولنا على أبي حنيفة أن المأمور قاتل فوجب عليه القصاص كما لو لم يأمر والدليل على أنه قاتل أنه ضرب بالسيف ولأن القتل جرح أو فعل يتعقبه الزهوق وهذا كذلك ولأنه يأثم إثم القاتل قولهم إنه بمنزلة الآلة لا يصح فإنه يأثم والآلة لا تأثم قولهم إنه مسلوب الاختيار لا يصح فإنه قصد استبقاء نفسه بقتل هذا وهذا يدل على قصده واختيار نفسه ولا خلاف في أنه يأثم ولو سلم الاختيار لم يأثم كالمجنون والدليل على أن الأمر قاتل أنه تسبب إلى قتله بما يفضي إليه غالبا فوجب عليه القصاص كما لو أنهشه حية أو أسدا أو رماه بسهم ولأنه أجهأ إلى الهلاك أشبه ما لو ألقاه عليه

[جزء 9 - صفحة 342]

مسألة وإن أمر من لا يميز أو مجنونا أو عبده الذي لا يعلم أن القتل محرم فقتل القصاص على الأمر
مسألة : وإن أمر من لا يميز أو مجنونا أو عبده الذي لا يعلم أن القتل محرم فقتل فالقصاص على الأمر
إذا أمر عبده بقتل رجل وكان العبد ممن لا يعلم تحريم القتل كمن نشأ في غير بلاد الإسلام وجب القصاص على الأمر فأما إن أقام في بلاد الإسلام بين أهله فلا يخفى عليه تحريم القتل ولا يعذر في فعله ومتى كان عالما بذلك فالقصاص على العبد ويؤدب سيده لأمره بما أفضى إلى القتل بما يراه الإمام من الحبس والتعزير وإذا لم يكن عالما أدب العبد ونقل أبو طالب عن أحمد قال : يقتل المولى ويحبس العبد حتى يموت لأن العبد سوط المولى وسيفه كذا قال علي

وأبو هريرة قال علي رضي الله عنه يستودع السجن وممن قال بهذه الجملة الشافعي وممن قال إن السيد يقتل علي وأبو هريرة وقال قتادة : يقتل جميعا وقال سليمان بن موسى : لا يقتل الأمر ولكن يديه ويعاقب ويحبس لأنه لم يباشر القتل ولا ألجا إليه فلم يجب عليه القصاص كما لو علم العبد خطر القتل ولنا أن العبد إذا لم يكن عالما بخطر القتل فهو معتقد بإباحته وذلك شبهة تمنع القصاص كما لو اعتقده صيدا فرماه فقتل إنسانا ولأن حكمة القصاص الزجر والردع ولا يحصل ذلك في معتقد الإباحة وإذا لم يجب عليه وجب على السيد لأنه آلة لا يمكن إيجاب القصاص عليه فوجب على المتسبب به كما لو أنهشته حية فقتلته أو ألقاه في زبية أسد فأكله ويفارق هذا ما إذا علم خطر القتل فالقصاص على العبد لا يمكن إيجابه عليه وهو مباشر له فانقطع حكم الأمر كالدافع مع الحافر ولو أمر صبيا لا يميز أو ومجنونا أو أعجميا لا يعلم خطر القتل فقتل فالحكم فيه كالحكم في العبد يقتل الأمر دون المباشر فأما إن أمره بزنا أو سرقة ففعل لم يجب الحد على الأمر لأن الحد لا يجب إلا على المباشر والقصاص يجب بالتسبب ولذلك وجب على المكره والشهود في القصاص

[جزء 9 - صفحة 343]

مسألة وإن أمر كبيرا عاقلا عالما بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل
مسألة : وإن أمر كبيرا عاقلا عالما بتحريم القتل به فقتل فالقصاص على القاتل
لا نعلم فيه خلافا لأنه قاتل ظلما فوجب عليه القصاص كما لو لم يؤمر

مسألة وإن أمر السلطان بقتل إنسان بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وإن لم يعلم فعلى الأمر
مسألة : وإن أمر السلطان بقتل إنسان بغير حق من يعلم ذلك فالقصاص على القاتل وإن لم يعلم فعلى الأمر
إذا كان المأمور يعلم أن المأمور يقتله لا يستحق القتل فالقصاص عليه لأنه غير معذور في فعله فإن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق] وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال : [من أمركم من الولاة بمعصية الله فلا تطيعوه] فلزم القصاص كما لو أمره غير السلطان وإن لم يعلم ذلك فالقصاص على الأمر دون المأمور لأن المأمور معذور لوجوب طاعة الإمام في غير المعصية والظاهر أنه لا يأمر إلا بالحق وإن كان الأمر غير السلطان فالقصاص على القاتل كما بكل حال علم أو لم يعلم لأنه لا يلزمه طاعته وليس له القتل بحال بخلاف السلطان فإن إليه القتل في الردة والزنا وقطع الطريق إذا قتل القاطع ويستوفي القصاص للناس وهذا ليس إليه شيء من ذلك

فصل : إذا أكرهه السلطان على قتل أحد أو جلده بغير حق فمات فالقصاص عليهما وقد ذكرناه وإن وجبت الدية كانت عليهما فإن كان الإمام يعتقد جواز القتل دون المأمور كمسلم قتل ذمياً أو حر قتل عبداً فقتله فقال القاضي : الضمان عليه دون الإمام لأن الإمام أمره لما أدى اجتهاده إليه والمأمور يعتقد تحريمه فلم يكن له أن يقبل أمره فإذا قبله لزمه الضمان لأنه قتل من لا يحل له قتله قال شيخنا : وينبغي أن يفرق بين العامي والمجتهد فإن كان مجتهداً فالحكم فيه على ما ذكره القاضي وإن كان مقلداً فلا ضمان عليه لأن له تقليد الإمام فيما رآه وإن كان الإمام يعتقد تحريمه والقاتل يعتقد حله فالضمان على الأمر كما لو أمر السيد عبده الذي لا يعتقد تحريم القتل به

[جزء 9 - صفحة 344]

مسألة وإن أمسك إنساناً لآخر فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت في إحدى الروايتين
مسألة : وإن أمسك إنساناً لآخر فقتله قتل القاتل وحبس الممسك حتى يموت في إحدى الروايتين
أما وجوب القصاص على القاتل فلا خلاف فيه لأنه قتل من يكافئه عمداً بغير حق وأما الممسك فإن لم يعلم أن القاتل يقتله فلا شيء علي لأنه متسبب والقاتل مباشر فيسقط حكم المتسبب وإن أمسكه ليقتله مثل أن أمسكه حتى ذبحه فاختلفت الرواية عن أحمد فروي عنه أنه يحبس حتى يموت وهذا قول عطاء وربيعة وروي ذلك عن علي وروي عن أحمد أنه يقتل أيضاً وهو قول مالك قال سليمان بن موسى : الاجتماع فينا أن يقتل لأنه لو لم يمسه ما قدر على ما قتله وبإمساكه تمكن من قتله فالقتل حاصل بفعلهما فيكونان شريكين فيه فيجب عليهما القصاص كما لو جرحاه وقال أبو حنيفة و الشافعي وأبو ثور وابن المنذر يعاقب ويأثم ولا يقتل لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [إن أعتى الناس على الله من قتل غير قاتله] والممسك غير قاتل ولأن الإمساك سبب غير ملجئ فإذا اجتمعت معه المباشرة كان الضمان على المباشر كما لو لم يعلم الممسك أنه يقتله
ولنا لما روى الدار قطني بإسناده [عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : إذا أمسك الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل ويحبس الذي أمسك لأنه حبسه إلى الموت فيحبس الآخر إلى الموت كما لو حبسه عن الطعام والشراب حتى مات فإننا نفعل به ذلك حتى يموت]
فصل : فإن اتبع رجلاً ليقتله فهرب منه فادركه آخر فقطع رجله ثم أدركه الثاني فقتله فإن كان الأول حبسه بالقطع ليقتله الثاني فعليه القصاص في القطع وحكمه في القصاص في النفس حكم الممسك لأنه حبسه على القتل وإن لم يقصد حبسه فعليه القطع دون القتل كالذي أمسكه غير عالم وفيه وجه آخر ليس عليه إلا القطع بكل حال أو الأول أصح لأنه الحابس له بفعله فأشبهه

الحابس بأمساكه فإن قيل : فلم اعتبرتم قصد الإمساك ههنا وأنتم لا تعتبرون إرادة القتل في الجرح قلنا : إذا مات من الجرح فقد مات من سرايته وأثره فيعتبر قصد الجرح الذي هو السبب دون قصد الأثر في مسألتنا إنما كان موته بامر غير السراية والفعل ممكن له فاعتبر قصده لذلك الفعل كما لو أمسكه

[جزء 9 - صفحة 346]

مسألة وإن كتفه وطرحه في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فحكمه حكم
الممسك
مسألة : وإن كتفه وطرحه في أرض مسبعة أو ذات حيات فقتلته فحكمه حكم
الممسك
ذكره القاضي وقد مضى الكلام فيه قال شيخنا : والصحيح أنه لا قصاص فيه لأنه مما لا يقتل غالبا وتجب فيه الدية لأنه فعل به فعلا متعمدا لا يقتل غالبا فتلف به فهو شبه عمد وهكذا ذكره في كتابه الكافي
فصل : وإن اشترك في القتل اثنان لا يجب القصاص على أحدهما كالأب والأجنبي في قتل الولد والحر والعبد في قتل العبد والخاطيء ففي وجوب القصاص على الشريك روايتان أظهرهما وجوبه على شريك الأب والعبد وسقوطه عن شريك الخاطيء ظاهر المذهب وجوب القصاص على شريك الأب وبه قال مالك و الشافعي و أبو ثور وعن أحمد رواية أخرى لا قصاص على واحد منهما وهو قول أصحاب الرأي لأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كقتل العامد والخاطيء والصبي والبالغ والمجنون والعاقل ولنا أنه شارك في القتل العمد العدوان فيمن يقتل به لو انفرد بقتله فوجب عليه القصاص كشريك الأجنبي وقولهم إن فعل الأب غير موجب ممنوع فإنه يقتضي الإيجاب لكونه تمحض عمدا عدوانا الجنائية به أعظم اثما وأكبر جرما ولذلك خصه الله تعالى بالنهي فقال : { ولا تقتلوا أولادكم } ثم قال : { إن قتلهم كان خطأ كبيرا } ولما سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن أعظم الذنب قال : [أن تجعل لله ندا وهو خلقك ثم أن تقتل ولدك خشية أن يطعم معك] فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ولأنه قطع للرحم التي أمر الله بوصلها ووضع الإساءة موضع الإحسان فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه وإنما امتنع الوجوب في حق الأب لمعنى مختص بالمحل لا لقصور في السبب الموجب فلا يمنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه وأما شريك الخاطيء ففيه روايتان : إحداهما : يجب القصاص فهو كمسألتنا ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب فإن فعل الخاطيء غير موجب للقصاص ولا صالح له والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمد الوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق الروح بخلاف مسألتنا وكذلك كل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما لمعنى فيه من غير قصور في السبب فهو في وجوب القصاص على شريكه كالأب وشريكه كالمسلم والذمي في قتل ذمي والحر والعبد في

قتل العبد إذا كان القتل عدواناً فإن القصاص لا يجب على المسلم ولا على الحر لحرية وانتفاء مكافأة المقتول له وهذا المعنى لا يتعدى إلى فعل شريكه فلم يسقط القصاص عنه وقد روي عن أبي عبد الله إن سئل عن حر وعبد قتلا عبداً عمداً قال أما الحر فلا يقتل بالعبد والعبد إن شاء سيده أسلمه وإلا فداه بنصف قيمة العبد وظاهر هذا أن لا قصاص على العبد فيخرج مثل هذا في كل قتل شارك فيه من لا يجب عليه القصاص

فصل : فإن اشترك في القتل صبي ومجنون وبالغ فالصحيح من المذهب أنه لا قصاص على البالغ وبهذا قال الحسن والأوزاعي وإسحاق وأبو حنيفة وأصحابه وهو أحد قولي الشافعي وعن أحمد رواية أخرى أن القود يجب على البالغ العاقل حكاه ابن المنذر عن أحمد وحكي ذلك عن مالك وهو القول الثاني لـ لشافعي وروي عن قتادة والزهرري وحماد لأن القصاص عقوبة يجب عليه جزاء لفعله فمتى كان فعله عمداً وعدواناً وجب عليه القصاص ولا نظر إلى فعل شريكه بحال ولأنه شارك في القتل عمداً وعدواناً فوجب عليه القصاص كشریک الأجنبي وذلك لأن الإنسان إنما يؤخذ بفعل نفسه لا بفعل غيره فعلى هذا يعتبر فعل الشريك منفرداً فمتى تمحض عمداً وعدواناً وكان المقتول مكافئاً له وجب عليه القصاص وبنى الشافعي قوله على أن عمد الصبي والمجنون إذا تعمداه عمد لأنهما يقصدان القتل وإنما سقوط القصاص عنهما لمعنى وهو عدم التكليف فلم يقتض سقوطه عن شريكهما كالأبوة

ولنا أنه شارك من لا إثم عليه في فعله فلم يلزمه قصاص كشریک الخاطيء ولأن الصبي والمجنون ليس لهما قصد صحيح ولهذا لا يصح إقرارهما فكان حكم فعلهما حكم الخطأ ولهذا تحمله العاقلة فيكون الأولى عدم وجوب القصاص

فصل : ولا يجب القصاص على شريك الخاطيء في قول أكثر أهل العلم وبه قال الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أن عليه القصاص وحكي عن مالك أنه شارك في القتل عمداً وعدواناً فأشبهه شريك العامد ولأن مؤاخذته بفعله وفعله عمد عدوان

ولنا أنه قال لم يتمحض عمداً فلم يجب به القصاص كشيبه العمد وكما لو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأً ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب فإذا كانا عامدين فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه وههنا إذا أقمنا فعل الخاطيء مقام فعل العامد صار كأنه قتله بعمد وخطأً وهذا غير موجب والله أعلم

[جزء 9 - صفحة 349]

مسألة وفي شريك السبع وشريك نفسه وجهان
مسألة : وفي شريك السبع وشريك نفسه وجهان :

وصورة ذلك أن يجرحه أسد أو نمر أو جرحه إنسان ثم جرح هو نفسه متعمدا فهل يجب على شريكه قصاص ؟ فيه وجهان ذكرهما أبو عبد الله بن حامد واختلف فيه عن الشافعي وقال أصحاب الرأي لا قصاص عليه لأنه شارك من لا قصاص عليه فلم يلزمه القصاص كشريك الخاطيء ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب فلم يوجب كالقتل الحاصل من عمد وخطأ ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطيء وفعله مضمون فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى والوجه الثاني : عليه القصاص وهو قول أبي بكر وروي عن أحمد أنه قال إذا جرحه رجل ثم جرح الرجل نفسه فمات فعلى شريكه القصاص لأنه قتل عمد تمحض فوجب القصاص على الشريك فيه كشريك الأب فأما إن جرح الرجل نفسه خطأ منه كأن أراد ضرب غيره فأصاب نفسه فلا قصاص على شريكه في اصح الوجهين وفيه وجه آخر أن عليه القصاص بناء على الروايتين في شريك الخاطيء

[جزء 9 - صفحة 350]

مسألة ولو جرحه إنسان عمدا فداوى جرحه بسم أو خاطه في اللحم أو فعل ذلك وليه أو الإمام فمات ففي مسألة : ولو جرحه إنسان عمدا فداوى جرحه بسم أو خاطه في اللحم أو فعل ذلك وليه أو الإمام فمات ففي وجوب القصاص على الجرح وجهان إذا جرحه إنسان فداوى بسم وكان سم ساعة يقتل في الحال فقد قتل نفسه وقطع سراية الجرح وجرى مجرى من ذبح نفسه بعد أن جرح وينظر في الجرح فإن كان موجبا للقصاص فلوليه استيفاؤه وإن لم يكن موجبا فلوليه الأرش وإن كان السم لا يقتل غالبا وقد يقتل ففعل الرجل في نفسه عمد خطأ والحكم في شريكه كالحكم في شريك الخاطيء ولما لم يجب القصاص فعلى الجرح نصف الدية وإذا كان السم يقتل غالبا بعد مدة احتمل أن يكون عمد الخطأ أيضا لأنه لم يقصد القتل إنما قصد التداوي فيكون كالذي قبله واحتمل أن يكون في حكم العمد فيكون في شريكه الوجهان المذكوران في المسألة قبلها وإن جرح رجلا فخاط جرحه أو أمر غيره فخاطه له وكان ذلك مما يجوز أن يقتل فحكمه حكم ما لو شرب سما يجوز أن يقتل على ما مضى فيه وإن خاطه غيره بغير إذنه كرها فهما قاتلان عليهما القود وإن خاطه وليه والإمام وهو ممن لا ولاية عليه فهما كالأجنبي وإن كان لهما عليه ولاية فلا قود عليهما لأن فعلهما جائز إذ لهما مداواته فيكون ذلك خطأ وهل على الجرح القود ؟ فيه وجهان

[جزء 9 - صفحة 351]

باب شروط القصاص

وهي رابعة : أحدها : أن يكون الجاني مكلفا فأما الصبي والمجنون فلا قصاص عليهما لا خلاف بين أهل العلم في أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه كالتائم والمغمى عليه ونحوهما لما [روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : رفع القلم عن ثلاثة عن التائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يبلغ وعن المجنون حتى يفيق] ولأن القصاص عقوبة مغلظة فلم تجب على الصبي وزائل العقل كالحدود ولأنهم ليس لهم قصد صحيح فهم كالقاتل خطأ

فصل : فإن اختلف الجاني وولي الجناية فقال الجاني : كنت صبيًا حال الجناية وقال ولي الجناية : كنت بالغًا فالقول قول الجاني مع يمينه إذا احتمل الصدق لأن الأصل الصغر وبرائة ذمته من القصاص وإن قال قتلته وأنا مجنون وأنكر الولي جنونه فإن عرف له حال جنون فالقول قوله مع يمينه أيضا لذلك وإن لم يعرف له حال جنون فالقول قول الولي لأن الأصل السلامة وكذلك إن عرف له حال ثم عرف زواله قبل القتل وإن ثبت لأحدهما بما ادعاه بينة حكم له وإن أقاما بينتين تعارضتا فإن شهدت البينة أنه كان زائل العقل فقال الولي : كنت سكران وقال القاتل : كنت مجنونًا فالقول قول القاتل مع يمينه لأنه أعرف بنفسه ولأن الأصل براءة ذمته واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه فأما إن قتله وهو عاقل ثم جن لم يسقط عنه سواء ثبت ذلك ببينة أو إقرار لأن رجوعه غير مقبول ويقتص منه في حال جنونه ولو ثبت عليه الحد بإقراره ثم جن لم يقيم عليه حال جنونه لأن رجوعه يقبل فيحتمل أنه لو كان صحيحا رجع مسألة : وفي السكران وشبهه روايتان أصحهما : وجوبه عليه إذا قتل السكران وجب عليه القصاص ذكره القاضي : وذكر أبو الخطاب أن وجب القصاص عليه مبني على طلاقه وفيه روايتان فيكون في وجوب القصاص عليه وجهان أحدهما : لا يجب عليه لأنه زائل العقل أشبه المجنون ولأنه غير مكلف فأشبهه الصبي

ولنا أن الصحابة رضي الله عنهم أقاموا سكره مقام قذفه فأوجبوا عليه حد القاذف فلولا أن قذفه موجب للحد عليه لما وجب الحد بمظنته وإذا وجب الحد فالقصاص المتمحض حق أمي أولى ولأنه حكم لو لم يجب عليه القصاص والحد لأفضى إلى من أراد أن يعصي الله تعالى شرب ما يسكره ثم يقتل ويزني ويسرق ولا يلزمه عقوبة ولا مآثم وبصير عصيانه سببا لسقوط عقوبة الدنيا والآخرة عنه ولا وجه لهذا وفارق الطلاق لأنه قول يمكن الغاؤه بخلاف القتل فإن شرب أو أكل ما يزيل عقله غير الخمر على وجه محرم فإن زال عقله بالكلية بحيث صار مجنونًا فلا قصاص عليه وإن كان يزول قريبا ويعود من غير تداو فهو كالسكران على ما فصل فيه

فصل : الثاني : أن يكون المقتول معصوما فلا يجب القصاص بقتل حربي لا نعلم فيه خلافا ولا يجب بقتله دية ولا كفارة لأنه مباح الدم على الإطلاق أشبه الخنزير ولأن الله تعالى أمر بقتله فقال الله تعالى : { اقتلوا المشركين حيث وجدتموهم } وسواء كان القاتل مسلما أو ذميا لما ذكرنا وكذلك المرتد لا يجب بقتله قصاص ولا يدة ولا كفارة وإن قتله ذمي وهذا قول بعض أصحاب

الشافعي وقال بعضهم : يجب القصاص على الذمي بقتله والدية إذا عفا عنه لأنه لا ولاية له في قتله وقال بعضهم يجب القصاص دون الدية لأنه لا قيمة له ولنا أنه مباح الدم أشبه الحربي ولأن من لا يضمنه المسلم لا يضمنه الذمي كالحربي وليس على قاتل الزاني المحصن قصاص ولا دية ولا كفارة وهذا ظاهر مذهب الشافعي وحكى بعضهم وجها أن على قاتله القود لأن قتله إلى الأمام فيجب القتل على من قتله سواه كمن عليه القصاص إذا قتله غير مستحقه ولنا أنه مباح الدم قتله متحتم فلم يضمن كالحربي ويبطل ما قاله بالمرتد وفارق القاتل فإن قتله غير متحتم وهو مستحق على طريق المعاوضة فاخص بمستحقه وههنا يجب قتله لله تعالى فأشبه المرتد وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتم قتله

[جزء 9 - صفحة 353]

مسألة وإن قطع مسلم أو ذمي يد مرتد أو حربي فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع لأنه لم يجز على معصوم
مسألة : وإن قطع مسلم أو ذمي يد مرتد أو حربي فأسلم ثم مات فلا شيء على القاطع لأنه لم يجز على معصوم وإن رمى حريبا فأسلم قبل أن يقع السهم فلا شيء عليه لأنه رمى رميا فأمورا به وإن رمى مرتدا فأسلم قبل وقوع السهم به فلا قصاص لأنه رمى من ليس بمعصوم أشبه الحربي وفي وجوب الدية وجهان : أحدهما : لا تجب قياسا على الحربي والثاني : تجب لأن الذمي ههنا محرم لما فيه من الاقتيات على الإمام

[جزء 9 - صفحة 354]

مسألة ولو قطع يد مسلم فارتد ثم مات فلا شيء على القاطع في أحد الوجهين
مسألة : ولو قطع يد مسلم فارتد ثم مات فلا شيء على القاطع في أحد الوجهين
لأنها نفس مرتد غير معصوم ولا مضمون وكذلك لو قطع يد ذمي فصار حريبا ثم مات من جراحه وأما اليد فالصحيح أنه لا قصاص فيها وذكر القاضي وجها في وجوب القصاص فيها لأن القطع استقر حكمه بانقطاع حكم سرايته فأشبه ما لو قطع طرفه ثم قتله أو جاء آخر فقتله ولـ لشافعي في وجوب القصاص قولان
ولنا أنه قطع صار قتلا لم يجب به القتل فلم يجب به القطع كما لو قطع من غير مفصل وفارق ما قاسوا عليه فإن القطع لم يصر قتلا وهل تجب دية الطرف

فيه وجهان : أحدهما : لا ضمان فيه لأن قتل لغير معصوم والثاني : يجب لأن سقوط حكم سرية الجرح لا يسقط ضمانه كما لو قطع طرف رجل ثم قتله آخر فعلى هذا هل يجب ضمانه بدية المقطوع أو بأقل الأمرين من دية أو دية النفس فيه وجهان :

أحدهما : تجب دية المقطوع فلو قطع يديه ورجليه ثم ارتد ومات ففيه ديتان لأن الردة قطعت حكم السرية فأشبهه انقطاع حكمها باندمالها أو بتقل الآخر له والثاني : يجب أقل الأمرين لأنه لو لم يرتد لم يجب أكثر من دية النفس فمع الردة أولى ولأن قطع صار قتلا فلا يوجب أكثر من دية كما لو لم يرتد وفارق الوجه الأول فإنه لم يصر قتلا ولأن الاندمال والقتل منع وجود السرية والردة منعت ضمانها ولم يمنع جعلها قتلا ولا لشافعي من التفصيل نحو ما قلنا

[جزء 9 - صفحة 355]

مسألة وإن عاد إلى الإسلام ثم مات وجب القصاص على قاتله مسألة : وإن عاد إلى الإسلام ثم مات وجب القصاص على قاتله نص عليه أحمد في رواية محمد بن الحكم وقال القاضي : يتوجه عندي أن زمن الردة إن كان مما تسري فيه الجنابة لم يجب القصاص في النفس : وهل يجب في الطرف الذي قطع في إسلامه ؟ على وجهين وهذا مذهب الشافعي لأن القصاص يجب بالجنابة والسرية كلها فإذا لم يوجد جميعها في الإسلام لم يجب القصاص كما لو جرحه أحدهما في الإسلام والآخر في الردة فمات منهما ولنا أنه مسلم حال الجنابة والموت فوجب القصاص بقتله كما لو لم يرتد واحتمال السرية حال الردة لا يمنع لأنها غير معلومة فلا يجوز ترك السبب المعلوم باحتمال المانع كما لو لم يرتد فإنه يحتمل أن يموت بمرض أو سبب آخر أو بالجرح مع شيء آخر يؤثر في الموت فأما الدية فتجب كاملة ويحتمل وجوب نصفها لأنه مات من جرح مضمون وسرية غير مضمونة فيوجب نصف الدية كما لو جرحه إنسان وجرح نفسه فمات منهما فأما إن كان زمن الردة لا تسري في مثله الجنابة ففيه الدية والقصاص وقال الشافعي في احد قوليه : لا قصاص فيه لأنه انتهى إلى حال لو مات لم يجب القصاص ولنا أنهما متكافئان في حال الجنابة والسرية والموت فأشبه ما لو لم يرتد وإن كان الجرح خطأ وجبت الكفارة بكل حال لأنه فوت نفسا معصومة فصل : وإن جرحه وهو مسلم فارتد ثم جرحه جرحا آخر ثم اسلم ومات منهما فلا قصاص فيه لأنه مات من جرحين مضمون وغير مضمون ويجب فيه نصف الدية لذلك وسواء تساوى الجرحان أو زاد أحدهما مثل أن قطع يديه وهو مسلم فارتد فقطع رجله أو كان بالعكس لأن الجرح في الحالين كجرح رجلين وهل يجب القصاص في الطرف الذي قطعه في حال إسلامه ؟ يحتمل وجهين بناء على من قطع طرفه وهو مسلم فارتد ومات في رده ولو قطع طرفه في رده أولا فأسلم ثم قطع طرفه الآخر ومات منهما فالحكم فيها كالتي قبلها

فصل : وإن قطع مسلم يد نصراني فتمجس وقلنا لا يقر فهو كما لو جنى على مسلم فارتد وإن قلنا : يقر عليه وجبت دية مجوسي وإن قطع يد مجوسي فتنصر ثم مات وقلنا يقر به وجبت دية نصراني ويجيء على قول أبي بكر والقاضي أن تجب دية نصراني في الأولى ودية مجوسي في الثانية كقولهم فيمن جنى على عبد ذمي فأسلم وعتق ثم مات من الجناية ضمنه بقيمة عبد ذمي اعتبارا بحال الجناية وسنذكر ذلك إن شاء الله تعالى
فصل الثالث : أن يكون المجني عليه مكافئا للجاني وهو أن يساويه في الدين والحرية أو الرق فيقتل الحر المسلم بالحر المسلم ذكرا كان أو أنثى لقول الله تعالى : { كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد }

[جزء 9 - صفحة 357]

مسألة وبقتل العبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتهما أو اختلفت مسألة : وبقتل العبد المسلم بالعبد المسلم تساوت قيمتهما أو اختلفت هذا قول أكثر أهل العلم روي ذلك عن عمر بن عبد العزيز و سالم و النخعي و الشعبي و الزهري و قتادة و الثوري و مالك و الشافعي و أبي حنيفة وعن أحمد رواية أخرى أن من شرط القصاص تساوي قيمتهم وإن اختلفت قيمتهم لم يجر بينهم قصاص و ينبغي أن يختص هذا بما إذا كانت قيمة القاتل أكثر فإن مات أقل فلا وهذا قول عطاء و قال ابن عباس : ليس في العبيد قصاص في نفس ولا جرح لأنهم أموال

ولنا قول الله تعالى : { يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد } وهذا نص الكتاب فلا يجوز خلافه ولأن تفاوت القيمة كتفاوت الدية والفضائل فلا يمنع القصاص كالعلم والشرف والذكورية والأنوثية فصل : ويجري القصاص بينهم فيما دون النفس به قال عمر بن عبد العزيز و سالم و الزهري و قتادة و مالك و الشافعي و أبو ثور و ابن المنذر وعن أحمد لا يجري القصاص بينهم فيما دون النفس وهو قول الشعبي و النخعي و الثوري و أبي حنيفة لأن الأطراف مال فلا يجري القصاص فيها كالبهائم ولأن التساوي في الأطراف معتبر في جريان القصاص بدليل أنه لا يأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الأصابع بالناقصة وأطراف العبيد لا تتساوى

ولنا قول الله تعالى : { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين } الآية ولأنه أحد أنواع القصاص فجري بين العبيد كالقصاص في النفس فصل : وإذا وجب القصاص في طرف العبد فللعبد استيفاؤه والعفو عنه دون السيد

فصل : ويقتل العبد القن بالمكاتب والمكاتب به ويقتل كل واحد منهما بالمدير وأم الولد ويقتل المدير وأم الولد بكل واحد منهم لأن الكل عبيد فيدخلون في قوله تعالى : { والعبد بالعبد } وقد دل على كون المكاتب عبدا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [المكاتب عبد ما بقي عليه درهم] وسواء كان قد أدى

من كتابته شيئاً أو لم يؤدّ وسواء ملك ما يؤدي أو لم يملك إلا إذا قلنا أنه إذا ملك ما يؤدي صار حراً فلا يقتل بالعبد لأن الحر لا يقتل بالعبد وإن أدى ثلاثة أرباع الكتابة لم يقتل أيضاً إذا قلنا أنه يصير حراً ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة قال : يقتل به وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتب له وفاء ووارث سوى مولاه لم يقتل به لأنه حين الجرح كان المستحق المولى وحين الموت الوارث ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين ولنا قول الله تعالى : { النفس بالنفس } وقوله : { العبد بالعبد } ولأنه لو كان قنا لوجب بقاء القصاص فإذا كان مكاتباً كان أولى كما لو لم يخلف وارثاً وما ذكره فشيء بنوه على أصولهم ولا نسلهم

فصل : إذا قتل الكافر الحر عبداً مسلماً لم يقتل لأن الحر لا يقتل بالعبد لعدم التكافؤ ولأنه لا يحد بقذفه فلا يقتل به كالأب مع الابن وعليه قيمته ويقتل لنقض العهد إن قلنا ينتقض عهده وفيه روايتان ذكرناهما في موضع ذلك وعلى الرواية الأخرى لا يقتل وعليه قيمته ويؤدب بما يراه الإمام أو نائبه

فصل : وإن قتل عبد مسلم حراً كافراً لم يقتل به لأن المسلم لا يقتل بالكافر وإن قتل من نصفه حر عبداً لم يقتل به لأنه لا يقتل نصف الحر بعبده وإن قتله حر لم يقتل به لأن النصف الرقيق لا يقتل به الحر وإن قتل من نصفه حر مصله قتل به لأن القصاص يقع بين الجماعتين من غير تفصيل وهما متساويان

[جزء 9 - صفحة 359]

مسألة ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر
مسألة : ويقتل الذكر بالأنثى والأنثى بالذكر

هذا قول عامة أهل العلم منهم النخعي والشعبي والزهري وعمر بن عبد العزيز ومالك وأهل المدينة والشافعي وإسحاق وأصحاب الرأي وغيرهم وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال : يقتل الرجل بالمرأة ويعطى أولياؤه نصف الدية رواه سعيد وروي نحوه عن أحمد وحكي ذلك عن الحسن وعطاء وحكي عنهما مثل قول الجماعة ولعل من ذهب إلى القول الثاني يحتج بقول علي

ولنا قوله تعالى : { النفس بالنفس } وقوله : { الحر بالحر } مع عموم سائر النصوص وقد ثبت أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل يهودياً رض رأس جارية من الأنصار و [روى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والسنن وأن الرجل يقتل بالمرأة] وهو كتاب مشهور عند أهل العلم متلقى بالقبول عندهم ولأنهما شخصان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل كل واحد منهما بالآخر كالرجلين ولا يجب مع القصاص شيء لأنه قصاص واجب فلم يجب معه شيء على المقتص كسائر القصاص واختلاف الأبدال لا عبرة به في القصاص بدليل أن الجماعة يقتلون بالواحد والنصراني يؤخذ بالمجوسي مع

اختلاف دينهما ويؤخذ العبد بالعبد مع اختلاف قيمتهما ويقتل كل واحد من الرجل والمرأة بالخنثى ويقتل بهما لأنه لا يخلو إما أن يكون رجلا أو امرأة

[جزء 9 - صفحة 360]

مسألة وعن أحمد لا يقتل العبد بالعبد إلا أن تستوي قيمتهما ولا عمل عليه وقد ذكرناه
مسألة : وعن أحمد لا يقتل العبد بالعبد إلا أن تستوي قيمتهما ولا عمل عليه وقد ذكرناه

مسألة ويقتل الكافر بالمسلم
مسألة : ويقتل الكافر بالمسلم
لأن النبي صلى الله عليه وسلم قتل اليهودي الذي رض رأس جارية من الأنصار على أوصاح لها ولأنه إذا قتل بمثله فبمن هو فوقه أولى وكذلك يقتل العبد بالحر والمرتد بالذمي وإن عاد إلى الإسلام نص عليه لذلك
فصل : ويقتل المرتد بالذمي ويقدم القصاص علي القتل بالردة لأنه حق آدمي وإن عفا عنه ولي القصاص فله دية المقتول فإن أسلم المرتد فهو في ذمته وإن قتل بالردة أو مات تعلقت بماله وإن قطع طرفا من مسلم أو ذمي فعليه القصاص فيه أيضا وقا بعض أصحاب الشافعي : لا يقتل المرتد بالذمي ولا يقطع طرفه بطرفه لأن أحكام الإسلام في حقه باقية بدليل وجوب العبادات عليه ومطالبته بالإسلام
ولنا أنه كافر فيقتل بالذمي الأصلي وقولهم أن أحكام الإسلام باقية غير صحيح فإنه قد زالت عصمته ورحمته وحل نكاح المسلمات وشراء العبيد المسلمين وصحة العبادات وغيرهما وأما مطالبته بالإسلام فهو حجة عليهم لأنه يدل على تغليب كفره وأنه لا يقر على رده لسوء حاله فإذا قتل بالذمي مثله فمن هو دونه أولى ولا يمنع إسلامه وجوب القصاص عليه لأنه بعد استقرار وجوب القصاص عليه والأصل في كل واجب بقاؤه فأشبه ما لو قتله وهو عاقل ثم جن

[جزء 9 - صفحة 361]

مسألة ولا يقتل مسلم بكافر أي كافر كان
مسألة : ولا يقتل مسلم بكافر أي كافر كان
هذا قول أكثر أهل العلم وروي ذلك عن عمر وعثمان وعلي وزيد بن ثابت ومعوية رضي الله عنهم وبه قال ابن عبد العزيز وعطاء والحسن وعكرمة و

الزهري و ابن شبرمة و مالك و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أبو عبيد و أبو ثور و ابن المنذر و قال النخعي و الشعبي و أصحاب الراي : يقتل المسلم بالذمي خاصة قال أحمد : الشعبي و النخعي قالا : دية المجوسي والنصراني مثل دية المسلم وإن قتله يقتل به سبحانه الله هذا عجب يصير المجوسي مثل المسلم ما هذا القول ؟ واستشعه وقال النبي صلى الله عليه وسلم يقول : [لا يقتل مسلم بكافر] وهو يقول يقتل بكافر فأى شيء أشد من هذا ؟ واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها لقوله تعالى : { النفس بالنفس } وقوله : { الحر بالحر } وبما روى أن البيلماني [أن النبي صلى الله عليه وسلم أقاد مسلما ذمي وقال : أنا أحق من وفى بدمته] ولأنه معصوم عصمة مؤبدة فيقتل به قاتله كالمسلم

ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [المسلمون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم لا يقتل مؤمن بكافر] رواه أحمد و أبو داود و في لفظ : [لا يقتل مسلم بكافر] رواه البخاري و أبو داود وعن علي أنه قال من السنة أن لا يقتل مؤمن بكافر رواه الإمام أحمد لأنه منقوص بالكفر فلا يقتل به المسلم كالمستأمن والعمومات مخصوصات بحديثنا وحديثهم ليس له إسناد قاله أحمد وقال الدار قطني : يرويه ابن البيلماني وهو ضعيف إذا أسند فكيف إذا أرسل ؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم بخلاف الذمي ووافق أبو حنيفة الجماعة في المستأمن أن المسلم لا يقاد به وهو المشهور عن أبي يوسف وعنه يقتل به لما سبق في الذمي

ولنا أنه ليس بمحقون الدم على التأيد فأشبهه الحربي مع ما ذكرنا من الأدلة في الأدلة التي قبلها

فصل : ويقتل الذمي بالذمي سواء اتفقت أديانهم أو اختلفت فيقتل النصراني باليهودي والمجوسي نص عليه أحمد في النصراني يقتل بالمجوسي إذا قتله قتل فكيف يقتل به وأديانها مختلفة ؟ قال : اذهب إلى أن النبي صلى الله عليه وسلم قتل رجلا بامرأة يعني أنه قتله بها مع اختلاف دينهما ولأنهما تكافأ في العصمة بالذمة ونقيضه الكفر فجرى مجرى القصاص بينهما كما لو تساوى دينهما وهذا مذهب الشافعي

[جزء 9 - صفحة 362]

مسألة ولا يقتل حر بعبد

مسألة : ولا يقتل حر بعبد

روي هذا عن أبي بكر وعمر وعلي وزيد وابن الزبير رضي الله عنهم وبه قال الحسن و عطاء و عمر بن عبد العزيز و عكرمة و عمرو بن دينار و مالك و الشافعي و أبو ثور و روي ذلك عن الشعبي وروي عن سعيد بن المسيب و النخعي و قتادة و الثوري و أصحاب الرأي أنه يقتل به لعموم الآيات والأخبار

لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [المؤمنون تتكافأ دماؤهم] ولأنه آدمي معصوم أشبه الحر
ولنا ما روى الإمام أحمد بإسناده عن علي رضي الله عنه أنه قال : من السنة أن لا يقتل حر بعبد و [عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : لا يقتل حر بعبد] رواه الدارقطني ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه مع التساوي في السلامة فلا يقتل به كالأب مع ابنه ولأن العبد منقوص بالرق فلم يقتل به كالمكاتب إذا ملك ما يؤدي والعمومات مخصوصة بهذا فنقيس عليه

[جزء 9 - صفحة 363]

مسألة إلا أن يجرحه وهو مثله أو يقتله ثم يسلم القاتل أو الجرح أو يعتق فيموت المجروح فإنه يقتل به
مسألة : إلا أن يجرحه وهو مثله أو يقتله ثم يسلم القاتل أو الجرح أو يعتق فيموت المجروح فإنه يقتل به
وجملة ذلك أن الاعتبار في التكافؤ بحالة الوجوب كالحد فعلى هذا إذا قتل ذمي ذمياً أو جرحه ثم أسلم الجرح ومات المجروح أو قتل عبد عبداً أو جرحه ثم عتق القاتل أو الجرح ومات المجروح وجب القصاص لأنهما متكافئان حال الجناية ولأن القصاص قد وجب فلا يسقط بما طرأ كما لو جن
فصل : ولا يقتل السيد بعبد في قول أكثر أهل العلم وحكي عن النخعي وداود أنه يقتل به لما روى قتادة [عن الحسن بن سمرة قال : إن النبي صلى الله عليه وسلم قال : من قتل عبده قتلناه ومن جده جدهناه] رواه سعيد والإمام أحمد و الترمذي وقال حديث حسن غريب مع العمومات والمعنى في التي قبلها

ولنا ما ذكرناه في التي قبلها و [عن عمر رضي الله عنه أنه قال لو لم أسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول : لا يقاد المملوك من مولاه والوالد من ولده لأقده منك] رواه النسائي و [عن علي رضي الله عنه أن رجلاً قتل عبده فجلده النبي صلى الله عليه وسلم مائة ونفاه عاماً ومحا اسمه من المسلمين] رواه سعيد و الخلال قال أحمد ليس بشيء من قبل إسحاق بن أبي فروة ورواه عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهما قالاً : من قتل عبده جلد مائة وحرّم سهمه مع المسلمين] فأما حديث سمرة فلم يثبت قال أحمد : الحسن لم يسمع من سمرة إنما هي صحيفة وقال غيره : إنما سمع الحسن بن سمرة ثلاثة أحاديث ليس هذا منها ولأن الحسن أفتى بخلافه فإنه يقول : لا يقتل الحر بعبد وقال : إذا قتل السيد عبده يضرب ومخالفته له تدل على ضعفه

فصل : ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد بغير خلاف علمناه بينهم ويقتل العبد بالحر وسيده لأنه إذا قتل بمثله فيمن هو أكمل منه أولى مع عموم النصوص الواردة في ذلك ومتى وجب القصاص على العبد فعفا ولي الجناية إلى المال

فله ذلك ويتعلق أرشها برقبته لأنه موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص فإن شاء سيده إن يسلمه إلى ولي الجناية لم يلزمه أكثر من ذلك لأنه سلم إليه ما تعلق حقه به وإن قال ولي الجناية بعه وادفع إلي ثمنه لم يلزمه ذلك لأنه لم يتعلق بذمته شيء وإنما يتعلق بالرقبة التي سلمها فبريء منها وفيه وجه آخر أنه يلزمه ذلك كما يلزمه بيع الرهن وإن امتنع من تسليمه واختار فداءه فهل تلزمه قيمته أو أرش الجناية ؟ على روايتين تذكران في غير هذا الموضوع

[جزء 9 - صفحة 365]

مسألة وإن جرح مسلم كافرا فأسلم المجروح ثم مات مسلما بسرماية الجرح لم يقتل به قاتله لعدم التكافؤ
مسألة : وإن جرح مسلم كافرا فأسلم المجروح ثم مات مسلما بسرماية الجرح لم يقتل به قاتله لعدم التكافؤ
حال الجناية وعليه دية مسلم لأن اعتبار الأرش بحال استقرار الجناية وهذا قول ابن حامد بدليل ما لو قطع يدي رجل ورجليه فسرى إلى نفسه ففيه دية واحدة ولو اعتبر حال الجناية وجب ديتان ولو قطع حريد عبد ثم عتق ومات لم يجب القود لعدم التكافؤ حال الجناية وعلى الجاني دية حر اعتبارا بحال الاستقرار وهو قول ابن حامد كالمسألة قبلها ومذهب الشافعي وللسيد أقل الأمرين من نصف قيمته أو نصف دية حر والباقي لورثته لأن نصف قيمته إن كانت أقل فهي التي وجدت في ملكه فلا يكون له أكثر منها لأن الزائد حصل بحرته ولا حق له فيما حصل بها وإن كان الأقل الدية لم يستحق أكثر منها لأن نقص القيمة حصل بسبب من جهة السيد وهو العتق وذكر القاضي أن أحمد نص في رواية حنبل فيمن فقا عيني عبد ثم عتق ومات أن على الجاني قيمته للسيد وهذا يدل على أن الاعتبار بحال الجناية وهو اختيار أبي بكر و القاضي و أبي الخطاب قال أبو الخطاب : من قطع يد ذمي ثم أسلم ومات ضمنه بدية ذمي ولو قطع يد عبد فأعتقه سيده ومات فعلى الجاني قيمته للسيد لأن حكم القصاص معتبر بحال الجناية دون حال السراية وكذلك الدية والأول أصح إن شاء الله تعالى قال شيخنا لأن سرماية الجرح مضمونة فإذا اتلف جرا مسلما وجب ضمانه بدية كاملة كما لو قتله بجرح ثان وقول أحمد فيمن فقا عيني عبد عليه قيمته للسيد لا خلاف فيه وإنما الخلاف في وجوب الزائد على القيمة من دية الحر للورثة ولم يذكره أحمد ولأن الواجب مقدر بما تفضي إليه السراية دون ما تتلفه الجناية بدليل أن من قطعت يده ورجلاه فسرى القطع إلى نفسه لم يلزم الجاني أكثر من دية ولو قطع أصبعه فسرى إلى نفسه لوجب الدية كاملة فكذلك إذا سرت إلى نفس حر مسلم تجب دية كاملة فأما إن قطع يد مرتد أو حربي فسرى ذلك إلى نفسه لم يجب قصاص ولا يده ولا كفارة سواء أسلم قبل السراية أو لم يسلم لأن الجرح غير مضمون فلم تضمن سرايته بخلاف التي قبلها

مسألة وإن رمى مسلم ذميا عبدا فلم يقع السهم به حتى عتق وأسلم فلا قود
وعليه دية حر مسلم إذا مات من
مسألة : وإن رمى مسلم ذميا عبدا فلم يقع السهم به حتى عتق وأسلم فلا قود
وعليه دية حر مسلم إذا مات من الرمية
هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وقال أبو بكر : يجب القصاص لأنه قتل
مكافئا له عمدا عدوانا فوجب القصاص كما لو كان حرا مسلما كذلك حال
الرمي يحققه أن الاعتبار بحال الإصابة بدليل ما لو رمى فلم يصبه حتى ارتد أو
مات لم يلزمه شيء ولو رمى عبدا كافرا فعتق أو أسلم غرمه بدية حر مسلم
ولنا على درء القصاص أنه لم يقصد إلى نفس مكافئه فلم يجب عليه قصاص
كما لو رمى حربيا أو مرتدا فأسلم وقال أبو حنيفة : يلزمه في العبد دية عبد
لمولاه لأن الإصابة ناشئة عن إرسال السهم فكان الاعتبار بها كحالة الجرح
ولنا أن الإصابة حصلت في حر فكان ضمانه ضمان الأحرار كما لو قصد هدفا أو
طائرا فأصاب حرا ثم يبطل بما إذا رمى حيا فأصابه ميتا أو عبدا صحيحا فأصابه
بعد قطع يديه لم تجب ديته لورثته وعنده تجب لمولاه ولو رمى كافرا فأصابه
السهم بعد أن أسلم كانت ديته لورثته المسلمين وعند أبي حنيفة لورثته الكفار
ولنا أنه مات مسلما حرا فكانت ديته للمسلمين كما لو كان مسلما حال الرمي
فوجوب المال معتبر بحال الإصابة لأنه يدل على المحل فيعتبر عن المحل الذي
فات بها فيجب بقدره وقد فات بها نفس مسلم حر والقصاص جزاء الفعل
فيعتبر الفعل فيه والإصابة معا لأنهما طرفاه فلذلك لم يجب القصاص بقتله
فصل : ولو قطع يد عبد ثم عتق ومات أو يد ذمي ثم أسلم ومات ففيه وجهان :
أحدهما : الواجب دية حر مسلم لورثته ولسيده منها أقل الأمرين من ديته أو
أرش جنائته اعتبارا بحال استقرار الجناية وقال القاضي وأبو بكر تجب قيمة
العبد بالغة ما بلغت مصروفة إلى السيد اعتبارا بحال الجناية لأنها الموجب
للضمان فاعتبرت حال وجودها ومقتضى قولهما ضمان الذمي الذي أسلم بدية
ذمي ويلزمهما على هذا أن يصرفاها إلى ورثته من أهل الذمة وهو غير صحيح
لأن الدية لا تخلو من أن تكون مستحقة للمجني عليه أو لورثته فإن كانت له
وجب أن تكون لورثته المسلمين كسائر أمواله وأملاكه كالذي كسبه بعد جرحه
وإن كانت تحدث على ملك ورثته فورثته هو المسلمون دون الكفار
فصل : وإن قطع أنف عبد قيمته ألف دينار فاندمل ثم أعتقه السيد وجبت
قيمته بكمالها للسيد وإن أعتقه ثم اندمل فكذلك لأنه إنما استقر بالاندمال ما
وجب بالجناية والجناية كانت في ملك سيده وإن مات من سراية الجرح فكذلك
في قول أبي بكر والقاضي وهو قول المزني لأن الجناية يراعى فيها حال
وجودها وذكر القاضي أن أحمد نص عليه في رواية حنبل فيمن فقا عيني عبد

ثم أعتق ومات ففيه قيمته لا الدية ومقتضى قول الخرقى أن الواجب فيه دية حر وهو مذهب الشافعي لأن اعتبار الجنابة بحال الاستقرار وقد ذكرناه فصل : فإن قطع يد عبد فأعتق ثم عاد فقطع رجله واندمل القطعان فلا قصاص في اليد لأنها قطعت في حال رقه ويجب فيها نصف قيمته أو ما نقصه العبد لسيدته إذا قلنا إن العبد يضمن بما نقصه ويجب القصاص في الرجل التي قطعها إبان حرته أو نصف الدية إن عفا عن القصاص لورثته وإن اندمل قطع اليد وسرى قطع الرجل إلى نفسه ففي اليد نصف القيمة لسيدته وعلى القاطع القصاص في النفس أو الدية كاملة لورثته وإن اندمل قطع الرجل وسرى قطع اليد ففي الرجل القصاص بقطعها أو نصف الدية لورثته ولا قصاص في اليد ولا في سرايتها وعلى الجاني دية حر لسيدته منها أقل الأمرين من أرش القطع أو دية الحر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر والقاضي تجب قيمة العبد لسيدته اعتبارا بحال جنائته وإن سرى الجرحان لم يجب القصاص في النفس ولا اليد لأنه مات من جرحين موجب وغيره موجب فلم يجب القصاص كما لو جرحه جرحين خطأ وعمدا ولكن يجب القصاص في الرجل لأنه قطعها من حر فإن اقتص منه وجب نصف الدية لأنه مات من جنائته وقد استوفى منه ما يقابل نصف الدية وللسيد أقل الأمرين من نصف القيمة أو نصف الدية فإن زاد نصف الدية على نصف القيمة كان الزائد للورثة وإن عفا ورثته عن القصاص فلهم أيضا نصف الدية فإن كان قاطع الرجل غير قاطع اليد واندمل الجرحان فعلى قاطع اليد نصف القيمة ليدته وعلى قاطع الرجل القصاص فيها أو نصف الدية وإن سرى الجرحان إلى نفسه فلا قصاص على الأول لأنه قطع يد عبد وعليه نصف دية حر لأن المجني عليه حر في حال استقرار الجنابة وعلى الثاني القصاص في النفس إذا كان عمدا القطع لأنه شارك في القتل عمدا عدوانا فهو كشريك الأب ويتخرج أن لا قصاص عليه في النفس لأن الروح خرجت من سراية قطعين موجب وغير موجب بناء على شريك الأب وإن عفا عنه إلى الدية فعليه نصف دية حر وإن قلنا بوجود القصاص في النفس خرج في وجوبه في الطرف روايتان وإن قلنا لا يجب في النفس وجب في الرجل فصل : وإن قلع عين عبد ثم عتق ثم قطع آخر يده ثم قطع آخر رجله فلا قود على الأول سواء اندمل جرحه أو سرى وأما الآخران فعليهما القصاص في الطرفين إن وقف قطعهما أو ديتهما إن عفا عنهما وإن سرت الجراحات كلها فعليهما القصاص فعليهما في النفس لأن جنائتهما صارت أنفسا وفي ذلك وفي القصاص في الطرف اختلاف ذكرناه وإن عفا عنهما فعليهما الدية أثلاثا وفيما يستحقه السيد وجهان : أحدهما : أقل الأمرين من نصف القيمة أو ثلث الدية على قياس قول أبي بكر لأنه بالقطع استحق نصف القيمة فإذا صارت نفسا وجب فيها ثلث الدية فكان له أقل الأمرين والثاني : له أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية لأن الجنابة إذا صارت نفسا كان الاعتبار بما ألت إليه ألا ترى أنه لو جنى الجانيان الآخران قبل العتق أيضا لم يكن على الأول إلا ثلث القيمة ولا يزيد حقه بالعتق كما لو قلع رجل عينه ثم باعه سيده ثم قطع آخر يده وآخر رجله ثم مات فإنه يكون للأول ثلث القيمة وإن كان أرش الجنابة نصف القيمة فإذا قلنا بالوجه الأول قطع أصبعه أو

هشمه أو الجانيان في الحربة قطعاً يديه فالدية عليهم أثلاثاً للسيد منها أقل
الأميرين من أرش الإصبع وهو عشر القيمة أو ثلث الدية ولو كان الجاني في
حال الرق قطع يديه والجانيان في الحربة قطعاً رجله وجبت الدية أثلاثاً وكان
للسيد منها أقل الأمرين من جميع قيمته أو ثلث الدية وعلى الوجه الآخر له في
الفرعين أقل الأمرين من ثلث القيمة أو ثلث الدية
فصل : فإن كان الجانيان في حال الرق والواحد في حال الحربة فمات فعليهم
الدية وللسيد من ذلك في أحد الوجهين أقل الأمرين من أرش الجنائيتين أو ثلثي
الدية وعلى الآخر أقل الأمرين من ثلثي القيمة أو ثلثي الدية
فصل : فإن كان الجناة أربعة واحد في الرق وثلاثة في الحربة ومات كان للسيد
في أحد الوجهين الأقل من أرش الجناية أو ربع الدية وإن كان الثلاثة في الرق
والواحد في الحربة كان للسيد أقل الأمرين من أرش الجنائيات أو ثلاثة أرباع
الدية في أحد الوجهين وفي الآخر الأقل من ثلاثة أرباع القيمة أو ثلاثة أرباع
الدية ولو كانوا عشرة واحد في الرق وتسعة في الحربة فالدية عليهم فللسيد
فيها بحساب ما ذكرنا على اختلاف الوجهين
فصل : وإن قطع يده ثم عتق فقطع آخر رجله ثم عاد الأول فقتله بعد الاندمال
فعليه القصاص للورثة ونصف القيمة للسيد وعلى الآخر القصاص للورثة في
الرجل أو نصف الدية فإن كان قبل الاندمال فعلى الجاني الأول القصاص في
النفس دون اليد لأنه قطعها في رقه فإن اختار الورثة القصاص في النفس
سقط حق السيد لأنه لا يجوز أن يستحق عليه النفس وأرش الطرف قبل
الاندمال فإن الطرف داخل في النفس في الأرش فإن اختاروا العفو فعليه
الدية دون أرش الطرف لأن أرش الطرف يدخل في النفس وللسيد أقل
الأميرين من نصف القيمة أو أرش الطرف والباقي للورثة وأما الثاني فعليه
القصاص في الرجل لأن القتل قطع سرايتها فصار كما لو اندملت فإن عفا عنه
فعليه نصف الدية وإن كان الثاني هو الذي قتله قبل الاندمال فعليه القصاص
في النفس وهل يقطع طرفه ؟ على روايتين فإن عفا الورثة فعليه دية واحدة
وأما الأول فعليه نصف القيمة للسيد ولا قصاص عليه وإن كان القاتل ثالثاً فقد
استقر القطعان ويكون على الأول نصف القيمة لسيدته وعلى الثاني القصاص
في الرجل أو نصف الدية لورثته وعلى الثالث القصاص في النفس أو الدية
فصل : وإذا قطع رجل يد عبد ثم أعتقه ثم اندمل جرحه فلا قصاص عليه ولا
ضمان لأنه إنما قطع يده عبده وإنما استقر بالاندمال ما وجب بالجراح وإن مات
بعد العتق بسراية الجرح فلا قصاص فيه لأن الجناية كانت على مملوكه وفي
وجوب الضمان وجهان : أحدهما : لا يجب شيء لأنه مات بسراية جرح غير
مضمون أشبه ما لو مات بسراية القطع في الحد وسراية القود ولأننا تبينا أن
القطع كان قتلاً فيكون قاتلاً لعبده فلا يلزمه ضمانه كما لو لم يعتقه وهذا
مقتضى قول أبي بكر والثاني : يضمنه بما زاد على أرش القطع من الدية لأنه
مات وهو حر بسراية قطع عدوان فيضمن كما لو كان القاطع أجنبياً لكن يسقط
أرش القطع لأنه في ملكه ويجب الزائد لورثته فإن لم يكن وارثاً سواه وجب
ليث المال ولا يرث السيد شيئاً لأن القاتل لا يرث

مسألة ولو قتل من يعرفه ذميا عبدا فبان أنه قد عتق وأسلم فعليه القصاص
مسألة : ولو قتل من يعرفه ذميا عبدا فبان أنه قد عتق وأسلم فعليه القصاص
لأنه قتل من يكافئه بغير حق اشبه ما لو علم حاله

مسألة وإن كان يعرفه مرتدا فكذلك عند أبي بكر
مسألة : وإن كان يعرفه مرتدا فكذلك عند أبي بكر
لما ذكرنا قال : ويحتمل ان لا يلزمه إلا الدية لأنه لم يقصد قتل معصوم فلم
يلزمه قصاص كما لو قتل في دار الحرب من يظنه حربيا فبان أنه بعد أن أسلم
فصل : الرابع أن لا يكون ابا للمقتول فلا يقتل الوالد بولده وإن سفل والأب
والأم في ذلك سواء

وجملة ذلك أن الأب لا يقتل بولده ولا بولد ولده وإن نزلت درجته وسواء في
ذلك ولد البنين وولد البنات وممن نقل عنه أو الوالد لا يقتل بولده ولا بولد ولده
عمر بن الخطاب وبه قال ربيعة و الثوري و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق
وأصحاب الرأي وقال ابن نافع وابن عبد الحكم و ابن المنذر يقتل به لظاهر آي
الكتاب والأخبار الموجبة للقصاص ولأنهما حران مسلمان من أهل القصاص
فوجب أن يقتل كل واحد منهما بصاحبه كالأجنيين وقال ابن المنذر : قد رووا
في هذا الباب أخبارا وقال مالك : إن قتله حذفا بالسيف ونحوه لم يقتل به وإن
ذبحه أو قتله قتلا لا يشك في أنه عمد إلى قتله دون تأديبه أقيده به
ولنا ما روى عمر بن الخطاب وابن عباس [أن رسول الله صلى الله عليه
وسلم قال : لا يقتل والد بولده] أخرج النسائي حديث عمر ورواهما ابن ماجه
وذكرهما ابن عبد البر وقال : هو حديث مشهور عند أهل العلم بالحجاز والعراق
مستفيض عندهم يستغنى بشهرته وقبوله والعمل به عن الاسناد فيه حتى يكون
الاسناد في مثله مع شهرته تكلفا ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [أنت
ومالك لأبيك] وقضية هذه الإضافة تمليكه إياه فإذا لم تثبت حقيقة الملكية
تثبت حقيقة الملكية الإضافة شبهة في درء القصاص لأنه يدرأ بالشبهات ولأنه
سبب ايجاده فلا ينبغي أن يتسلط بسببه على إعدامه وما ذكرناه يخص
بالعمومات ويفارق الأب سائر الناس فإنهم لو قتلوا بالحذف بالسيف وجب
عليهم القصاص والأب بخلافه

فصل : والجد وإن علا كالأب في هذا وسواء كان من قبل الأب أو من قبل الأم
في قول أكثر مسقطي القصاص عن الاب وقال الحسن بن حي : يقتل به
ولنا أنه والد فيدخل في عموم النص ولأن ذلك حكم يتعلق بالولادة فاستوى فيه
القريب والبعيد كالمحرمية والعتق إذا تملكه والجد من قبل الأم كالذي من قبل
الأب وقال النبي صلى الله عليه وسلم : [إن ابني هذا سيد]

فصل : ويستوي في ذلك الأب ولأم في الصحيح من المذهب وعليه العمل عند مسقطي القصاص عن الأب وعن أحمد ما يدل على أنه لا يسقط عن الأم فإن مهناً عنه في أم ولد قتلت سيدها عمدا تقتل قال : من يقتلها ؟ قال ولدها وخرجها أبو بكر على روايتين :

إحدهما : أن الأم تقتل بولدها ولأنها لا ولاية لها عليه أشبه الأخ والصحيح الأول لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يقتل والد بولده] ولأنها أحد الأبوين فأشبهت الأب ولأنها أولى بالبر فكانت أولى بنفي القصاص عنها والولاية غير معتبرة بدليل انتفاء القصاص عن الأب بقتل ولده الكبير الذي لا ولاية له عليه وعن الأب المخالف في الدين أو الرقيق والجددة وإن علت في ذلك كالأم

وسواء في ذلك من قبل الأب أو من قبل الأم لما ذكرناه في الجد فصل : وسواء في ذلك اتفاقهما في الدين والحرية أو اختلافهما فيه لأن انتفاء القصاص لشرف الأبوة وهو موجود في كل حال فلو قتل الكافر ولده المسلم أو قتل المسلم ولده أو قتل العبد ولده الحر أو قتل الحر ولده العبد لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده

فصل : إذا تداعى نفسان نسب صغير مجهول النسب ثم قتلاه قبل الحاقه بواحد منهما فلا قصاص عليهما لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنتهما وإن ألحقه القافة بأحدهما ثم قتلاه لم يقتل أبوه وقتل الآخر لأنه شريك الأب في قتل الابن وإن رجعا جميعا عن الدعوى لم يقبل رجوعهما لأن النسب حق للولد فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به كما لو أقر له بحق سواء أو كما لو ادعاه واحد فألحق به ثم جرده وإن رجع أحدهما صح رجوعه وثبت نسبه من الآخر لأن رجوعه لا يبطل نسبه ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ويجب على الراجع لأنه شارك الأب وإن عفا فعليه نصف الدية ولو اشترك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد وأتت بولد يمكن أن يكون منهما فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما لم يجب القصاص وإن نفيًا نسبه لم ينتف بقوله لأنه لحق بالفراش فلا ينتفي إلا باللعان وفارق التي قبلها من وجهين :

أحدهما : أن أحدهما إذا رجع عن دعواه لحق الآخر وههنا لا يلحق بذلك والثاني : أن ثبوت نسبه تم بالاعتراف فيسقط بالجحد وههنا ثبت بالاشترار فلا ينتفي بالجحد ومذهب الشافعي في هذا الفصل كما قلنا سواء

[جزء 9 - صفحة 376]

مسألة ويقتل الولد بكل واحد منهما في أظهر الروايتين
مسألة : ويقتل الولد بكل واحد منهما في أظهر الروايتين
هذا قول جماعة أهل العلم منهم مالك و الشافعي و إسحاق وأصحاب الرأي
وحكى بعض أصحابنا عن أحمد ان الابن لا يقتل بأبيه لأنه لا تقبل شهادته له بحق النسب فلا يقتل به كالأب مع ابنه والصحيح أنه يقتل به للآيات والأخبار وموافقة القياس ولأن الأب أعظم حرمة وحقا من الأجنبي فإذا قتل بالأجنبي فبالأب

أولى ولأنه يحد بقذفه فيقتل به كالأجنبي ولا يصح قياس الابن على الأب لأن حرمة الوالد على الولد أكد والابن مضاف إلى أبيه بلام التملك بخلاف الولد مع الوالد وقد ذكر أصحابنا حديثين متعارضين [عن سراقه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا يقاد الأب من ابنه ولا الابن من أبيه] والثاني : أنه كان يقيد الأب من ابنه ولا يقيد الابن من أبيه وهذا الحديث لا نعرفه ولم نجده في كتب السنن المشهورة ولا ظن له أصلا فهما متعارضان متدافعان يجب اطراحهما والعمل بالنصوص الواضحة الثابتة والإجماع الذي لا تجوز مخالفته

مسألة ومتى ورث ولده القصاص أو شيئا منه أو ورث القاتل شيئا من دمه سقط القصاص فلو قتل أحد الزوجين
مسألة : ومتى ورث ولده القصاص أو شيئا منه أو ورث القاتل شيئا من دمه سقط القصاص فلو قتل أحد الزوجين صاحبه ولهما ولد لم يجب القصاص لأنه لو وجب لوجب لولده ولا يجب للولد قصاص على أبيه لأنه إذا لم يجب بالجناية عليه فلأن لا يجب له بالجناية على غيره أولى وسواء كان الولد ذكرا أو أنثى أو كان للمقتول ولد سواء أو من يشاركه في الميراث أو لم يكن لأنه لو ثبت القصاص لوجب له جزء منه ولا يمكن وجوبه وإذا لم يثبت بعضه سقط كله لأنه لا يتبعص وصار كما لو عفا بعض مستحقي القصاص عن نصيبه منه فإن لم يكن للمقتول ولد منهما وجب القصاص في قول أكثر أهل العلم منهم عمر بن عبد العزيز و النخعي و الثوري و الشافعي و أصحاب الراي وقال الزهري : لا يقتل الزوج بامرأته لأنه ملكها بعقد النكاح أشبه الأمة ولنا عموم النصوص ولأنهما شخصان متكافئان يحد كل واحد منهما بقذف صاحبه فقتل به كالأجنبيين وقوله إنها ملكه غير صحيح فإنها حرة وإنما ملك منفعة الاستمتاع فأشبهه المستأجرة ولهذا تجب عليه ديتها وبرثها وورثتها ولا يرث منها إلا قدر ميراثه ولو قتلها غيره كانت ديتها أو القصاص لورثتها بخلاف الأمة

[جزء 9 - صفحة 377]

مسألة ولو قتل رجل أخا زوجته فورثته ثم ماتت فورثتها ولده سقط عنه القصاص وسواء كان لها ولد من غيره أو لا
مسألة : ولو قتل رجل أخا زوجته فورثته ثم ماتت فورثتها ولده سقط عنه القصاص وسواء كان لها ولد من غيره أو لا
لأن القصاص فيما ورثه ولده فيسقط جميعه لأن القصاص لا يتبعص فأشبه ما لو عفا أحد الشريكين وكذلك لو قتلت المرأة أخا زوجها فصار القصاص أو جزء لابنها سقط القصاص سواء صار إليه ابتداء أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره
لما ذكرنا

فصل : ولو قتل رجل أخاه فورثه ابن القاتل أو أحد يرث ابنه منه شيئا لم يجب القصاص لما ذكرنا

فصل : وإذا قتل أحد أبوي المكاتب المكاتب أو عبدا له لم يجب القصاص لأن الوالد لا يقتل بولده ولا يثبت للولد على والده قصاص وإن اشترى المكاتب أحد أبويه ثم قتله لم يجب القصاص لأن السيد لا يقتل بعبده

[جزء 9 - صفحة 378]

مسألة : ولو قتل أباه أو أخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عن الأول لأنه ورث بعض دم نفسه
مسألة : ولو قتل أباه أو أخاه فورثه أخواه ثم قتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عن الأول لأنه ورث بعض دم نفسه

مسألة وإن قتل أحد الابنين اباه والآخر أمه وهي زوجة الأب سقط القصاص عن الأول لذلك وله أن يقتص
مسألة : وإن قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه وهي زوجة الأب سقط القصاص عن الأول لذلك وله أن يقتص من أخيه ويرثه لأن القتل بحق لا يمنع الميراث إذا قتل أحد الابنين أباه والآخر أمه والزوجة بينهما موجودة حال قتل الأول فالقصاص على القاتل الثاني دون الأول لأن القاتل الثاني ورث جزءا من دم الأول فلما قتل ورثه قاتل الأول فصار له جزء من دم نفسه فسقط القصاص ووجب له القصاص على أخيه فإن قتله ورثه إن لم يكن له وارث سواه لأنه قتل بحق وإن عفا عنه إلى الدية وجبت وتقاصا بما بينهما وما فضل لأحدهما فهو على أخيه

فصل : وإن لم تكن زوجة الأب فعلى كل واحد منهما القصاص لأخيه لأنه ورث الذي قتله أخوه وحده دون قاتله فإن بادر أحدهما فقتل أخاه فقد استوفي حقه وسقط عنه القصاص لأنه يرث أخاه لكونه قتلا بحق فلا يمنع الميراث إلا أن يكون للمقتول ابن أو ابن ابن يحجب القاتل فيكون له قتل عمه ويرثه إن لم يكن له وارث سواه فإن تشاحا في المبتدئ منهما بالقتل احتمل أن يبدأ بقتل القاتل الأول لأنه أسبق واحتمل أن يقرع بينهما وهو قول القاضي ومذهب الشافعي لأنهما تساويا في الاستحقاق فصرنا إلى القرعة وأيهما قتل صاحبه أولا إما بمبادرة أو قرعة ورثه في قياس المذهب إن لم يكن له وارث سواه وسقط عنه القصاص وإن كان محجوبا عن ميراثه كله فلوارث القاتل قتل الآخر وإن عفا أحدهما عن الآخر ثم قتل المعفو عنه العافي ورثه أيضا وسقط عنه ما وجب عليه من الدية وإن تعافيا جميعا على الدية تقاصا بما استويا فيه ووجب لقاتل الأم الفضل على قاتل الأب لأن عقلها نصف عقل الأب وبترج أن يسقط القصاص عنهما في استحقاقه كسقوط الديتين إذا تساوتا ولأنه لا سبيل إلى

استيفائهما معا واستيفاء أحدهما دون الآخر حيف لا يجوز فتعين السقوط وإن كان لكل واحد منهما ابن يحجب عمه عن ميراث أبيه فإذا قتل أحدهما صاحبه ورثه ابنه وللأبن أن يقتل عمه ويرثه ابنه ويرث كل واحد من الابنين مال أبيه ومال جده الذي قتله عمه دون الذي قتله أبوه وإن كان لكل واحد منهما بنت فقتل أحدهما صاحبه سقط القصاص عنه لأنه ورث نصف مال أخيه ونصف قصاص نفسه فسقط عنه القصاص وورث مال أبيه الذي قتله أخوه ونصف مال أخته ونصف مال أبيه الذي قتله هو وورثت البنت التي قتل أبوها نصف مال أبيها ونصف مال جدها الذي قتله عمها ولها على عمها نصف دية قتيله فصل : أربعة أخوة قتل الأول الثاني والثالث الرابع : فالقصاص على الثالث لأنه لما قتل الرابع لم يرثه وورثه الأول وحده وقد كان للرابع نصف قصاص الأول فرجع نصف قصاصه إليه فسقط ووجب للثالث نصف الدية وكان للأول قتل الثالث لأنه لم يرث من دم نفسه شيئاً فإن قتله ورثه في ظاهر المذهب ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني فإن عفا عنه إلى الدية وجبت عليه بكاملها يقاصه بنصفها وإن كان لهما ورثه كان فيها من التفصيل مثل الذي في التي قبلها

[جزء 9 - صفحة 380]

مسألة وإن قتل من لا يعرفه وادعى كفره لم يقبل
مسألة : وإن قتل من لا يعرفه وادعى كفره لم يقبل
لأنه محكوم بإسلامه بالدار ولهذا يحكم بإسلام اللقيط ويكون القول قول الولي وكذلك إن ادعى رقه لأن الأصل الحرية والرقة طارىء وكذلك لو ضرب ملفوفاً فقدته وادعى أنه كان ميتاً لم يقبل لأن الأصل الحياة وإن قطع طرف إنسان وادعى شلله لم يقبل لأن الأصل السلامة

[جزء 9 - صفحة 381]

مسألة وإن قتل رجلاً في داره وادعى أنه دخل يكابره على أهله أو ماله فقتله دفعا عن نفسه وانكر وليه فالقول
مسألة : وإن قتل رجلاً في داره وادعى أنه دخل يكابره على أهله أو ماله فقتله دفعا عن نفسه وانكر وليه فالقول قول الولي
وجملة ذلك أنه إذا قتل رجلاً وادعى أنه وجدته مع امرأته أو أنه قتله دفعا عن نفسه أو أنه دخل منزله يكابره على ماله فلم يقدر على دفعه إلا بقتله لم يقبل إلا بينة ولزمه القصاص إذا أنكر وليه روي نحو ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال الشافعي وأبو ثور وابن المنذر ولا أعلم فيه مخالفاً وسواء وجد في دار القاتل أو في غيرها أو وجد معه سلاح أو لم يوجد لما روي عن علي رضي الله

عنه أنه سئل عن وجد مع امرأته رجلا فقتله فقال : إن لم يأت بأربعة شهداء فليعط برمته ولأن الأصل عدم ما يدعيه فلا يثبت بمجرد الدعوى فأما إن اعترف الولي بذلك فلا قصاص عليه ولا دية لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كان يوما يتغذى إذ جاء رجل يعدو وفي يده سيف ملطخ بالدم ووراءه قوم يعدون خلفه فجاء حتى جلس مع عمر فجاء الآخرون فقالوا : يا أمير المؤمنين إن هذا قتل صاحبنا فقال له عمر : ما يقولون ؟ فقال : يا أمير المؤمنين إني ضربت فخذني امرأتي فإن كان بينها أحد فقد قتلتها فقال عمر : ما يقول : قالوا : يا أمير المؤمنين إنه ضرب بالسيف فوق في وسط الرجل وفخذ المرأة فأخذ عمر سيفه فهزه ثم إليه وقال ان عادوا فعد رواه سعيد في سننه وروي عن الزبير أنه كان يوما قد تخلف عن الجيش ومعه جارية له فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئاً فأعطاهما طعاماً كان معه فقالا : تخل عن الجارية فضربهما بسيفه فقطعهما بضربة واحدة ولأن الخصم اعترف بما يبيح قتله فسقط حقه كما لو أقر بقتله قصاصاً أو في حد يوجب قتله وإن ثبت بيينة فكذلك

[جزء 9 - صفحة 382]

مسألة وإن تجرح اثنان وادعى كل واحد منهما أنه جرح صاحبه دفعا عن نفسه وأنكر الآخر وجب القصاص
مسألة : وإن تجرح اثنان وادعى كل واحد منهما أنه جرح صاحبه دفعا عن نفسه وأنكر الآخر وجب القصاص والقول قول المنكر
لأن سبب القصاص قد وجد وهو الجراح والأصل عدم ما يدعيه الآخر وقال شيخنا : يجب الضمان لذلك والقول قول كل واحد منهما مع يمينه في نفي القصاص لأن ما يدعيه محتمل فيندريء به القصاص لأنه يندريء بالشبهات هذا الذي ذكره في كتاب الكافي والأول أقيس لأنه لو كان دعوى ما يمنع القصاص إذا احتمل مانع منه لما وجب القصاص في المسائل المتقدمة والحكم بخلافه والله أعلم

فصل : أجمع أهل العلم على أن القود لا يجب إلا بالعمد ولا نعلم في وجوبه بقتل العمد إذا اجتمعت شروطه وانتفت الموانع خلافاً وقد دلت عليه الآيات والأخبار بعمومها فقال تعالى : { ومن قتل مظلوماً فقد جعلنا لوليه سلطاناً فلا يسرف في القتل } وقال تعالى : { كتب عليكم القصاص في القتلى } وقال تعالى : { ولكم في القصاص حياة } يريد والله أعلم أن وجوب القصاص يمنع الإقدام على القتل خوفاً على نفسه من القتل فيبقى الحياة فيمن أريد قتله وقال تعالى : { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس } وقال النبي صلى الله عليه وسلم : [من قتل له قتيلاً فهو بخير النظرين إما أن يقتل وإما أن يفدي] متفق عليه وروى أبو شريح الخزاعي قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أصيب بدم فهو بالخيار بين إحدى ثلاث فإن أراد الرابعة فخذوا على يديه أن يقتل أو يعفو أو يأخذ الدية] رواه أبو داود

فصل : وأجمع أهل العلم على أن الحر المسلم يقاد به قاتله وإن كان مجدع الأطراف معدوم الحواس والقاتل صحيح سوي الخلق أو كان بالعكس وكذلك إن تفاوتوا في العلم والشرف والغنى والفقر والصحة والمرض والقوة والضعف والكبر والصغر ونحو ذلك لا يمنع القصاص بالاتفاق وقد دلت عليه العمومات التي تلونهاها وقول النبي صلى الله عليه وسلم : [المؤمنون تتكافأ دماؤهم] ولأن اعتبار التساوي في الصفات والفضائل يفضي إلى إسقاط القصاص بالكلية وفوات حكمة الردع والزجر فوجب أن يسقط اعتباره كالطول والقصر والسواد والبياض

فصل : ويجري القصاص بين الولاة والعمال وبين رعيتهم لعموم الآيات والأخبار التي ذكرناها لا نعلم في هذا خلافا وثبت عن أبي بكر رضي الله عنه أنه قال لرجل شكنا إليه عاملا أنه قطع ظلما : لئن كنت صادقا لأفدتك منه وثبت أن عمر كان يقيد من نفسه وروى أبو داود قال : [خطب عمر فقال إنني لم أبعث عمالي ليضربوا أبشاركم ولا ليأخذوا أموالكم فمن فعل به ذلك فليرفعه إلي أقصه منه فقال عمرو بن العاص : لو أن رجلا أدب بعض رعيتك أتقصه منه ؟ قال أي والذي نفسي بيده أقصه وقد رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم أقص من نفسه ولأن المؤمنين تتكافأ دماؤهم] وهذان حران مسلمان ليس بينهما إيلاد فيجوز القصاص بينهما كسائر الرعية

فصل : ولا يشترط في وجوب القصاص كون القتل في دار الإسلام بل متى قتل في دار الحرب مسلما عالما بإسلامه عامدا فعليه القود سواء كان قد هاجر أو لم يهاجر وبه قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يجب القصاص بالقتل في غير دار الإسلام فإن لم يكن المقتول هاجر لم يضمه بقصاص ولا دية عمدا قتله أو خطأ وإن كان قد هاجر ثم عاد إلى دار الحرب كرجلين مسلمين دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما صاحبه ضمنه بالدية ولم يجب القود وحكي عن أحمد رواية كقوله ولو قتل رجل أسيرا مسلما في دار الحرب لم يضمه إلا بالدية ولم يجب القود عمدا قتله أو خطأ

ولنا ما ذكرنا من الآيات والأخبار ولأنه قتل من يكافئه عمدا ظلما فوجب عليه القود كما لو قتله في دار الإسلام ولأن كل ددار يجب فيها القصاص إذا كان فيها إمام يجب وإن لم يكن فيها إمام كدار الإسلام

فصل : وقتل الغيلة وغيره سواء في القصاص والعفو وذلك للولي دون السلطان وبه قال أبو حنيفة و الشافعي و ابن المنذر وقال مالك : الأمر عندنا أن يقتل به وليس لولي الدم أن يعفو عنه وذلك إلى السلطان والغيلة عنده أن يخدع الإنسان فيدخل بيتا أو نحوه فيقتل أو يؤخذ ماله ولعله يحتج بحديث عمر رضي الله عنه في الذي قتل غيلة لو تمالأ عليه أهل صنعاء لأقدهم به وبقياسه على المحارب

ولنا عموم قوله تعالى : { فقد جعلنا لوليه سلطانا } وقول النبي صلى الله عليه وسلم : [فأهله بين خيرتين] ولأنه قتل في غير المحاربة فكان أمره إلى وليه كسائر القتلى وقول عمر : لأقدهم به أي أمكنت الولي من استيفاء القود منهم

باب استيفاء القصاص

ويشترط له ثلاثة شروط : أحدها : أن يكون من يستحقه مكلفا فإن كان صبيا أو مجنونا لم يجز استيفاؤه ويحبس القاتل حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون إذا كان من يستحق القصاص واحدا غير مكلف صغيرا أو مجنونا كصبي قتل أمه وليست زوجة لأبيه فالقصاص له وليس لأبيه ولا لغيره استيفاؤه وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة و مالك له استيفاؤه وكذلك الحكم في الوصي والحاكم في الطرف دون النفس وذكر أبو الخطاب في موضع في الأب روايتين وفي موضع وجهين أحدهما : كقولهما ولأن القصاص أحد بدلي النفس فكان للأب استيفاؤه كالدية

ولنا أنه لا يملك إيقاع الطلاق بزوجه فلا يملك استيفاء القصاص له كالوصي ولأن القصد التشفي ودرك الغيظ ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي ويخالف الدية فإن الغرض يحصل باستيفاء الأب فافترقا ولأن الدية إنما يملك استيفاءها إذا تعينت والقصاص لا يتعين فإنه يجوز العفو إلى الدية والصلح إلى مال أكثر منها أو أقل والدية بخلاف ذلك

فصل : وكل موضع يجب تأخير الاستيفاء فإن القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويعقل المجنون ويقدم الغائب وقد حبس معاوية هذبة بن خشرم في قصاص حتى بلغ ابن القتيل في عصر الصحابة فلم ينكر ذلك وبذل الحسن والحسين وسعيد بن العاص لابن القتيل سبع ديات فلم يقبلها فإن قيل فلم لا يخلى سبيله كالمعسر بالدين قلنا لأن في تخليته تضييعا للحق لأنه لا يؤمن هربه والفرق بينه وبين المعسر من وجوه أحدها : أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار فلا يحبس بما لا يجب والقصاص ههنا واجب وإنما تعذر المستوفي الثاني : أن المعسر إذا حبسناه تعذر الكسب لقضاء الدين فلا يفيد بل يضر من الجانبين وههنا الحق نفسه يفوت بالتخية لا بالحبس الثالث : أنه قد استحق قتله وفيه تفويت نفسه ونفعه فإذا تعذر تفويت نفسه جاز تفويت نفعه لامكانه فإن قيل فلم يحبس من أجل الغائب وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مكلفا رشيدا ولذلك لو وجد بعض ماله مغصوبا لم يملك انتزاعه ؟ قلنا لأن في القصاص حقا للميت وللحاكم عليه ولاية ولهذا ينفذ وصاياه من الدية ويقضي ديونه منها فنظيره أن يجد الحاكم من تركة الميت في يد إنسان شيئا غصبا والوارث غائب فإنه يأخذه ولو كان القصاص لحي في طرفه لم يتعرض لمن هو عليه فإن أقام القاتل كفيلا بنفسه ليخلي سبيله له لم يجز لأن الكفالة لا تصح في القصاص فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل فإن تعذر إحضار المكفول به فلا يمكن استيفاؤه من غير القاتل فلم تصح الكفالة به كالحمد ولأن فيه تغريبا بحق المولى عليه فإنه ربما خلى سبيله فهرب فصاع الحق

مسألة : وإن كانا محتاجين إلى النفقة فهل لوليها العفو إلى الدية ؟ يحتمل وجهين

إذا وجب القصاص لصغير أو مجنون فليس لوليه العفو عن القصاص إلى غير مال لأنه لا يملك إسقاط حقه وكذلك إن عفا إلى مال وكان الصبي في كفاية وقد ذكرناه فإن كان فقيرا محتاجا إلى النفقة جاز ذلك في أحد الوجهين قال القاضي : وهو الصحيح والثاني : لا يجوز لأنه لا يملك إسقاط قصاصه ونفقته في بيت المال والصحيح الأول فإن وجوب النفقة في بيت المال لا يغنيه إذا لم يحصل وأما إذا كان مستحق القصاص مجنونا فقيرا فلوليه العفو إلى المال لأنه ليست له حالة معتادة ينتظر فيها إفاقته ورجوع عقله بخلاف الصبي

[جزء 9 - صفحة 386]

مسألة فإن قتل قاتل أبيهما أو قطعاً قاطعهما قهرا احتمل أن يسقط حقهما واحتمل أن تجب دية أبيهما
مسألة : فإن قتل قاتل أبيهما أو قطعاً قاطعهما قهرا احتمل أن يسقط حقهما واحتمل أن تجب دية أبيهما لهما في مال الجاني ويرجع ورثة الجاني على عاقلتهما
إذا وثب الصبي أو المجنون على القاتل فقتله أو على القاطع فقطعه ففيه وجهان :
أحدهما : يصير مستوفيا لحقه لأنه عين حقه أتلفه فأشبهه ما لو كانت وديعة عند رجل والثاني : لا يصير مستوفيا لأنه ليس من أهل الاستيفاء فتجب له دية أبيه في مال الجاني لأن عمد الصبي خطأ وعلى عاقلته دية القاتل كما ل أتلف أجنبيا بخلاف الوديعة فإنها لو تلفت من غير تعد بريء منها المودع ولو هلك من غير فعل لم يبرأ من الجناية

[جزء 9 - صفحة 387]

مسألة وإن اقتصا ممن لا تحمل ديته العاقلة كالعبد سقط حقهما وجهها واحدا لأنه لا يمكن إيجاب ديته على العاقلة
مسألة : وإن اقتصا ممن لا تحمل ديته العاقلة كالعبد سقط حقهما وجهها واحدا لأنه لا يمكن إيجاب ديته على العاقلة فلم يكن إلا سقوطه
فصل : الثاني اتفاق جميع الأولياء على استيفائه وليس لبعضهم الاستيفاء دون بعض لأنه يكون مستوفيا لحق غيره بغير إذنه ولا ولاية عليه فأشبهه الدين

مسألة فإن فعل فلا قصاص عليه
مسألة : فإن فعل فلا قصاص عليه

وبه قال أبو حنيفة وهو أحد قولي الشافعي والقول الآخر عليه القصاص لأنه ممنوع من قتله وبعضه غير مستحق له وقد يجب القصاص بإتلاف بعض النفس بدليل ما لو اشترك الجماعة في قتل واحد ولنا أنه مشارك في استحقاق القتل فلم يجب عليه القصاص كما لو كان مشاركا في ملك الجارية ووطنها ولأنه محل يملك بعضه فلم تجب العقوبة المقدره باستيفائه كالأصل ويفارق إذا قتل الجماعة واحدا فإننا لم نوجب القصاص بقتل بعض النفس وإنما نجعل كل واحد منهم قاتلا لجميعها وإن سلمنا وجوبه عليه لقتل بعض النفس فمن شرطه المشاركة لمن فعله كفعله في العمد والعدوان ولا يتحقق ذلك ههنا

[جزء 9 - صفحة 388]

مسألة وعليه لشركائه حقهم من الدية ويسقط عن الجاني في أحد الوجهين وفي الآخر لهم ذلك في تركة الجاني
مسألة : وعليه لشركائه حقهم من الدية ويسقط عن الجاني في أحد الوجهين وفي الآخر لهم ذلك في تركة الجاني ويرجع ورثة الجاني على قاتله وجملة ذلك أنه يجب للولي الذي لم يقتل قسطه من الدية لأن حقه من القصاص سقط بغير اختياره فأشبهه ما لو مات القاتل أو عفا بعض الأولياء وهل يجب ذلك على قاتل الجاني أو في تركة الجاني ؟ فيه وجهان ولـ الشافعي قولان :
أحدهما : يرجع على قاتل الجاني لأنه أتلف محل حقه فكان الرجوع عليه بعوض نصيبه كما لو كانت له وديعة فأتلفها والثاني : يرجع في تركة الجاني كما لو أتلفه أجنبي أو عفا شريكه عن القصاص وقولنا : أتلف محل حقه يبطل بما إذا أتلف مستأجره أو غريمه أو امرأته أو كان المتلف أجنبيا ويفارق الوديعة فإنها مملوكة لهما فوجب عوض ملكه أما الجاني فليس بمملوك للمجني عليه وإنما له عليه حق فأشبهه ما لو أتلف غريمه فعلى هذا يرجع ورثة الجاني على ما قاتله بدية مورثهم إلا قدر حقه منها فعلى هذا لو كان الجاني أقل دية من قاتله مثل امرأة قتلت رجلا له ابنان قتلها أحدهما بغير إذن الآخر فالآخر نصف دية أبيه في تركة المرأة التي قتلته ويرجع ورثتها بنصف ديتهما على قاتلها وهو ريع دية الرجل وعلى الوجه الأول يرجع الابن الذي لم يقتل على أخيه بنصف دية المرأة لأنه لم يفوت على أخيه إلا نصف المرأة ولا يمكن أن يرجع على ورثة المرأة بشيء لأن أخاه الذي قتلها أتلف جميع الحق وهذا يدل على ضعف هذا الوجه ومن فوائده أيضا صحة إبراء من حكمنا بالرجوع عليه وملك مطالبته وإن قلنا يرجع على ورثة الجاني صح إبراؤهم وملكوا الرجوع على قاتل مورثهم بقسط أخيه العافي وإن قلنا يرجع على شريكه ملك منها سواء أمكن ورثته أن يستوفوا من الشريك أو لم يمكنهم وإن قلنا يرجع على شريكه لم يكن له مطالبة ورثة الجاني سواء كان شريكه موسرا أو معسرا

فصل : وإن عفا بعضهم سقط القصاص وإن كان العافي زوجا أو زوجة أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل لما نذكره والقصاص حق لجميع الورثة من ذوي الأنساب والأسباب الرجال والنساء والصغار والكبار فمن عفا منهم صح عفوهم وسقط القصاص ولم يكن لأحد عليه سبيل وهذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء و النخعي و الحكم و حماد و الثوري و أبو حنيفة و الشافعي وروي معنى ذلك عن عمر و طاوس و الشعبي و قتادة و الزهري و ابن شبرمة و الليث و الأوزاعي : ليس للنساء عفو والمشهور عن مالك أنه موروث للعصبات خاصة وهو وجه لأصحاب الشافعي لأنه ثبت لدفع الثأر فاختص به العصبات كولاية النكاح ولهم وجه ثالث أنه لذوي الأنساب دون الزوجين لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [من قتل له قتيلا فأهله بين خيرتين : بين أن يقتلوا أو يأخذوا العقل] وأهله ذوو رحمة وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء وقيل : هو رواية عن مالك لأن حق غير العافي لم يرض بإسقاطه وقد تؤخذ النفس ببعض النفس بدليل قتل الجماعة بالواحد

ولنا عموم قوله عليه الصلاة والسلام : [فأهله بين خيرتين] وهذا عام في جميع أهله والمرأة من أهله بدليل قول النبي صلى الله عليه وسلم : [من يعذرني من رجل بلغ أذاه في أهلي وما علمت على أهلي إلا خيرا وما كان يدخل على أهلي إلا معي يريد عائشة وقال له أسامة : يا رسول الله أهلك ولا نعلم إلا خيرا] وروى زيد بن وهب أن عمر أتى برجل قتل قتيلا فجاء ورثة المقتول ليقتلوه فقالت امرأة المقتول وهي أخت القاتل : قد عفوت عن حقي فقال عمر الله أكبر عتق القاتل رواه أبو داود وفي رواية عن زيد قال : دخل رجل على امرأته فوجد عندها رجلا فقتلها ؟ فقال بعض إخوتها : قد تصدقت فقضى لسائرهم بالدية وروى قتادة أن عمر رفع اليه رجل قتل رجلا فجاء أولاد المقتول وقد عفا بعضهم فقال عمر لابن مسعود : ما تقول ؟ فقال : إنه قدر أحرز من القتل فضرب على كتفه فقال كنيف مليء علما والدليل على أن القصاص لجميع الورثة ما ذكرناه في مسألة القصاص بين الصغير والكبير ولأن من ورث الدية ورث القصاص كالعصبة وإذا عفا بعضهم صح عفوهم عن سائر حقوقه وزوال الزوجية لا يمنع استحقاق القصاص كما لو يمنع استحقاق الدية وسائر حقوقه الموروثة ومتى ثبت أنه حق مشترك بين جميعهم سقط بإسقاط من كان من أهل الإسقاط منهم لأن حقه منه له فينفذ تصرفه فيه فإذا سقط سقط جميعه لأنه مما لا يتبعض كالطلاق والعتق ولأن القصاص حق مشترك بينهم لا يتبعض مبناه على الدور والإسقاط فإذا أسقط بعضهم سرى إلى الباقي كالعتق والمرأة أحد المستحقين فسقط بإسقاطها كالرجل ومتى عفا أحدهم فللباقين حقه من الدية سواء عفا مطلقا أو إلى الدية وبه قال أبو حنيفة و الشافعي ولا نعلم لهم مخالفا مما قال بسقوط القصاص وذلك لأن حقه من القصاص سقط بغير رضاه فيثبت له البدل كما لو ورث القاتل بعض دمه أو مات ولما ذكرنا من خبر عمر رضي الله عنه

مسألة وإن قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود وإلا فلا قود وعليهم دينه
 مسألة : وإن قتله الباقون عالمين بالعفو وسقوط القصاص به فعليهم القود وإلا فلا قود وعليهم دينه
 وجملة ذلك أنه إذا قتله الشريك الذي لم يعف عالما بعفو شريكه وسقوط القصاص به فعليه القصاص سواء حكم به الحاكم أو لم يحكم وبهذا قال أبو حنيفة و أبو ثور و هو الظاهر من مذهب الشافعي وقيل له قول آخر لا يجب القصاص لأن فيه شبهة لوقوع الخلاف فيه
 ولنا أنه قتل معصوما مكافئا له عمدا يعلم أن لا حق له فيه فوجب عليه القصاص كما لو حكم بالعفو حاكم والاختلاف لا يسقط القصاص فإنه لو قتل مسلما بكافر قتلناه به مع الاختلاف في قتله فأما إن قتله قبل العلم بالعفو فلا قصاص عليه وبه قال أبو حنيفة وقال الشافعي في أحد قولييه عليه القصاص لأنه قتل عمد عدوان لمن لا حق له في قتله
 ولنا أنه معتقد ثبوت حقه في مع أن الأصل بقاؤه فلم يلزمه قصاص كالوكيل إذا قتل بعد عفو الموكل قبل علمه بعفوه ولا فرق بين أن يكون الحاكم قد حكم بالعفو أو لم يحكم به لأن الشبهة موجودة مع انتفاء العلم معدومة عند وجوده وقال الشافعي : متى قتله بعد حكم الحاكم لزمه القصاص علم بالعفو أو لم يعلم وقد بينا الفرق بينهما ومتى حكمنا عليه بوجوب الدية إما لكونه معذورا وإما للعفو عن القصاص فإنه يسقط عنه منها ما قابل حقه على القاتل قصاصا ويجب عليه الباقي فإن كان الولي عفا إلى غير مال فالواجب لورثة القاتل ولا شيء عليه وإن كان عفا إلى الدية فالواجب لورثة القاتل وعليهم نصيب العافي من الدية وقيل فيه : إن حق العافي من الدية على القاتل ولا يصح لأن الحق لم يبق متعلقا بعينه وإنما الدية واجبة في ذمته فلم تنقل إلى القاتل كما لو قتل غريمه

مسألة وسواء كان الجميع حاضرين أو بعضهم غائب لما ذكرناه
 مسألة : وسواء كان الجميع حاضرين أو بعضهم غائب لما ذكرناه
 فصل : فإن كان القاتل هو العافي فعليه القصاص سواء عفا مطلقا أو إلى مال بهذا قال عكرمة و الثوري و مالك و الشافعي و ابن المنذر وروي عن الحسن : تؤخذ منه الدية ولا يقتل وقال عمر بن عبد العزيز : الحكم فيه إلى السلطان ولنا قوله تعالى : { فمن اعتدى بعد ذلك فله عذاب أليم } قال ابن عباس و عطاء و الحسن و قتادة في تفسيرها أي بعد أخذه الدية وعن الحسن عن جابر

بن عبد الله قال [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أعفي من قتل بعد
أخذه الدية] ولأنه قتل معصوما مكافئا فوجب عليه القصاص كما لو لم يكن
قتل
فصل : وإذا عفا عن القاتل مطلقا صح ولم يلزمه عقوبة وبهذا قال الشافعي و
إسحاق و ابن المنذر و أبو ثور وقال مالك و الليث و الأوزاعي : يضرب ويحبس
سنة
ولنا أنه إنما كان عليه حق واحد وقد أسقطه مستحقه فلم يجب عليه شيء آخر
كما لو أسقط الدية عن القاتل خطأ

[جزء 9 - صفحة 393]

مسألة وإن كان بعضهم صغيرا أو مجنونا فليس للبالغ العاقل استيفاء حتى
يصيرا مكلفين في المشهور وعنه له ذلك
مسألة : وإن كان بعضهم صغيرا أو مجنونا فليس للبالغ العاقل استيفاء حتى
يصيرا مكلفين في المشهور وعنه له ذلك
وجملة ذلك أن ورثة القاتل إذا كانوا أكثر من واحد لم يجز لبعضهم استيفاء
القود إلا بإذن الباقيين فإن كان بعضهم غائبا انتظر قدومه ولم يجز للحاضر
الاستقلال بالاستيفاء بغير خلاف علمناه وإن كان بعضهم صغيرا أو مجنونا
فظاهر مذهب أحمد أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يبلغ الصغير ويفيق
المجنون وبه قال ابن شبرمة و ابن أبي ليلى و الشافعي و أبو يوسف و إسحاق
ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز رحمه الله وعن أحمد رواية أخرى للكبار
والعقلاء استيفاؤه به قال حماد و مالك و الأوزاعي و الليث و أبو حنيفة لأن
الحسن بن علي رضي الله عنهما قتل ابن ملجم قصاصا وفي الورثة صغار فلم
ينكر ذلك ولأن القصاص هي استحقاق استيفائه وليس للصغير هذه الولاية
ولنا أنه قصاص غير متحتم ثبت لجماعة معينين فلم يجز لأحدهم استيفاؤه
استقلالاً كما لو كان لحاضر وغائب ولأنه أحد بدليل النفس فلم ينفرد به بعضهم
كالدية والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقا أربعة أمور :
أحدها : أنه لو كان منفردا لاستحقه ولو نافاه الصغر مع غيره لنافاه منفردا
كولاية النكاح
الثاني : أنه لو بلغ لاستحق ول لم يكن مستحقا عند الموت لم يكن مستحقا
بعده كالرقيق إذا أعتق بعد موت أبيه
الثالث : أنه لو صار الأمر إلى المال لاستحق ولو لم يكن مستحقا للقصاص لما
استحق بدله كالأجنبي
الرابع : أنه لو مات الصغير لاستحق ورثته ولو لم يكن حقا له لم يرثه كسائر ما
لا يستحقه وأما ابن ملجم فقد قيل : إنه قتله لكفره لأنه قتل عليا مستحلا لدمه
معتقدا كفره متقربا إلى الله تعالى بذلك وقيل : قتله لسعيه في الأرض
بالفساد وإظهار السلاح فيكون كقاطع الطريق إذا قتله وقتله متحتم وهو إلى

الإمام و الحسن هو الإمام ولذلك لم ينتظر الغائبين من الورثة ولا خلاف بيننا في وجوب انتظارهم وإن قدرنا أنه قتله قصاصا فقد اتفقنا على خلافه فكيف يحتج به بعضنا على بعض ؟

[جزء 9 - صفحة 395]

مسألة وكل من ورث المال ورث القصاص على حسب ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الأرحام
مسألة : وكل من ورث المال ورث القصاص على حسب ميراثه من المال حتى الزوجين وذوي الأرحام
لأنه حق يستحقه الوارث من جهة مورثه فأشبهه المال

مسألة ومن لا وارث له وليه الإمام إن شاء اقتص وإن شاء عفا فله أن يفعل من ذلك ما يرى فيه المصلحة

مسألة : ومن لا وارث له وليه الإمام إن شاء اقتص وإن شاء عفا فله أن يفعل من ذلك ما يرى فيه المصلحة للمسلمين فإن أحب القصاص فله ذلك وإن أحب العفو إلى مال فله ذلك وإن أحب العفو إلى غير مال لم يملكه لأن ذلك للمسلمين ولا حظ لهم في هذا وهذا قول أصحاب الرأي لأنهم لا يرون العفو إلى مال إلا برضا الجاني

فصل : وإذا اشترك جماعة في قتل واحد فعفي عنهم إلى الدية فعليهم دية واحدة وإن عفي عن بعضهم فعلى المعفو عنه قسطه من الدية لأن الدية بدل المحل وهو أحد فتكون ديته واحدة سواء أتلفه واحد أو جماعة وقال ابن أبي موسى : فيه رواية أخرى أن على كل واحد دية كاملة لأن له قتل كل واحد منهم فكان على كل واحد منهم دية نفس كاملة لو قلع الأعور عين صحيح فإنه يجب عليه دية عينه وهو دية كاملة والصحيح الأول لأن الواجب بدل المتلف ولا يختلف باختلاف المتلف ولذلك لو قتل عبد قيمته الفان حرا ولم يملك العفو على أكثر من الدية وأما القصاص فهو عقوبة على الفعل فيتعدد بعدده
فصل : قال الشيخ رحمه الله الثالث : أن يؤمن في الاستيفاء التعدي إلى غير القاتل فوجب القصاص على حامل أو حملت بعد وجوبه لم تقتل حتى تضع الولد وتسقيه اللبن لا نعلم في ذلك خلافا وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف أما في النفس فلقول الله تعالى : { فلا يسرف في القتل } وقتل الحامل قتل لغير الحامل فيكون إسرافا ورأى ابن ماجه بإسناده عن عبد الرحمن بن غنم قال : حدثنا نساء ومعاذ بن جبل وأبو عبيدة بن الجراح وعبادة بن الصامت وشداد بن أوس قالوا بأن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : [إذا قتلت المرأة عمدا لم تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملا وحتى تكفل ولدها وإن زنت لم ترحم حتى تضع ما في بطنها وحتى تكفل ولدها] وهذا

نص ولأن النبي صلى الله عليه وسلم قال للغامدية المقررة بالزنا : [ارجعي حتى تضعي ما في بطنك - ثم قال لها - ارجعي حتى ترضعيه] ولأن هذا إجماع من أهل العلم لا نعلم فيه اختلافاً وأما الاقتصاص في الطرف فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجاني وإلى زيادة في حقه فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجاني وتفويت نفس معصومة أولى وأحرى لأن في القصاص منها قتلا لغير الجاني وهو حرام وإذا وضعت لم تقتل حتى تسقي الولد اللبن لأن الولد يتضرر لتركه ضرراً كبيراً ثم إن لم يكن للولد من يرضعه لم يجز قتلها حتى يجيء أو أن فطامه لما ذكرنا من الخبرين ولأنه لما أخرج الاستيفاء لحفظه وهو حمل فلأن يؤخر لحفظه بهد رضعه أولى إلا أن يكون القصاص فيما دون النفس ويكون الغالب بقاؤها وعدم ضرر الاستيفاء منها فيستوفى وإن وجد له مرضعة راتبة جاز الاستيفاء منها لأنه يستغني عنها بلبن المرضعة وكذلك إن كانت مترددة أو نساء يتناوبن يرضعنه أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها ويتسحب للولي تأخيرها لما على الولد من الضرر في اختلاف اللبن عليه وشرب لبن البهيمة

[جزء 9 - صفحة 397]

مسألة وحكم الحد في ذلك حكم القصاص لما ذكرنا من الحديث ولأنه في معنى القصاص
مسألة : وحكم الحد في ذلك حكم القصاص لما ذكرنا من الحديث ولأنه في معنى القصاص

مسألة وإن ادعت الحمل ففيه وجهان
مسألة : وإن ادعت الحمل ففيه وجهان :
أحدهما : تحبس حتى يبين حملها لأن للحمل أمارات خفية تعلمها من نفسها ولا يعلمها غيرها فوجب أن يحتاط للحمل حتى يتبين انتفاء ما ادعته ولأنه أمر يختصها فقبل قولها فيه كالحيض والثاني : أنها ترى أهل الخبرة ذكره القاضي فإن شهدن بحملها أخرت وإن شهدن ببراءتها لم تؤخر لأن الحق حال عليها فلا يؤخر بمجرد دعواها فإن أشكل على القوابل أو لم يوجد من يعرف ذلك أخرت حتى يتبين لأننا إذا أسقطنا القصاص من خوف الزيادة فتأخيرها أولى

مسألة وإن اقتص من حامل وجب ضمان حنايتها على قاتلها
مسألة : وإن اقتص من حامل وجب ضمان جنائيتها على قاتلها
وقال أبو الخطاب : يجب على السلطان الذي مكنه من الاستيفاء وعليهما الإثم إن كانا عالمين أو كان منهما تفريط وإن علم أحدهما أو فرط فالإثم عليه فإن

لم تلق الولد فلا ضمان فيه لأننا لا نعلم وجوده وحياته وإن انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش فيه مثله ففيه غرة وإن انفصل حيا لوقت يعيش مثله فيه ثم مات من الجنابة وجبت ديته وينظر فإن كان الإمام والولي عالمين بالحمل وتحريم الاستيفاء أو جاهلين بالأمرين أو بأحدهما أو كان الولي عالما بذلك دون الممكن له من الاستيفاء فالضمان عليه وحده لأنه مباشر والحكم الذي يمكنه صاحب سبب فكان الضمان على المباشر دون المسبب كالحافر مع الدافع فإن علم الحاكم دون الولي فالضمان على الحاكم وحده لأن المباشر معذور فكان الضمان على المسبب كالسيد إذا أمر عبده الأعجمي الذي لا يعرف تحريم القتل به وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء وقال القاضي : إن كان أحدهما عالما وحده فالضمان عليه وحده وإن كانا غير عالمين فالضمان على الحاكم لأنه الذي يعرف الأحكام والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده وإن كانا جاهلين ففيه وجهان : أحدهما : الضمان على الإمام كما لو كانا عالمين والثاني : على الولي وهو مذهب الشافعي وقال أبو الخطاب الضمان على الحاكم ولم يفرق وقال المزني الضمان على الولي في كل حال لأنه المباشر والسبب غير ملجئ فكان الضمان عليه كالدافع مع الحافر وكما لو أمر من يعلم تحريم القتل به فقتل وقد ذكرنا ما يقتضي التفريق وهو اختيار شيخنا

فصل : قال الشيخ رحمه الله ولا يستوفي القصاص إلا بحضرة السلطان وحكاه عن أبي بكر وهو مذهب الشافعي لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه فلا يؤمن الحيف مع قصد التشفي فإن استوفاه من غير حضرة السلطان وقع الموقع ويعزر لافتياته بفعل ما منع فعله ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضور السلطان إذا كان القصاص في النفس ل [أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم برجل يقوده بنسعة فقال : إن هذا قتل أخي فاعترف بقتله فقال النبي صلى الله عليه وسلم : اذهب فاقتله] رواه مسلم بمعناه ولأنه اشترط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو إجماع أو قياس ولم يثبت ذلك ويستحب أن يحضر شاهدين لئلا يجحد المجني عليه الاستيفاء

[جزء 9 - صفحة 398]

مسألة وعليه تفقد الآلة فإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول مسألة : وعليه تفقد الآلة فإن كانت كالة منعه الاستيفاء بها لئلا يعذب المقتول وقد [روى شداد بن أوس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته] رواه مسلم ويمنعه من الاستيفاء بآلة مسمومة لأنها تفسد البدن وربما منعت غسله فإن عجل فاستوفى بآلة كالة أو مسمومة عزر لفعله ما لا يجوز

مسألة وينظر السلطان في الولي فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه بالقوة
والمعرفة مكنه منه
مسألة : وينظر السلطان في الولي فإن كان يحسن الاستيفاء ويقدر عليه
بالقوة والمعرفة مكنه منه
لقول الله تعالى : { ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فلا يسرف في
القتل } وقال عليه الصلاة والسلام : [من قتل له قتيلا فإلهه بين خيرتين : إن
أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية] ولأنه حق له متميز فكان له استيفاؤه بنفسه
إذا أمكنه كسائر الحقوق ولأن المقصود التشفي وتمكينه منه أبلغ في ذلك

مسألة وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل
مسألة : وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء أمره بالتوكيل
لأنه عاجز عن استيفاء حقه فيوكل من يحسن فإن ادعى الولي المعرفة
بالاستيفاء فأمكنه السلطان من ضرب عنقه فضرب عنقه فأبانه فقد استوفى
حقه وإن أصاب غيره وأقر بتعمد ذلك عزر فإن قال أخطأت وكانت الضربة
قريبا من العنق كالرأس والمنكب قبل قوله مع يمينه لأن هذا مما يجوز الخطأ
في مثله وإن كان بعيدا كالوسط والرجلين لم يقبل قوله لأن مثل هذا لا يقع
الخطأ فيه ثم إن أراد العود ففيه وجهان أحدهما : لا يمكن منه لأنه ظهر منه أنه
لا يحسن الاستيفاء ويحتمل أن يعود إلى مثل فعله والثاني : يمكن منه قاله
القاضي لأن الظاهر تحزره عن مثل ذلك ثانيا :

مسألة فإن احتاج الوكيل إلى أجره فمن مال الجاني فقد قيل يؤخذ العوض من
بيت المال
مسألة : فإن احتاج الوكيل إلى أجره فمن مال الجاني فقد قيل يؤخذ العوض
من بيت المال
قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفي الحدود والقصاص لأن
هذا من مصالح العامة فإن لم يحصل ذلك فالأجرة على الجاني لأنها أجرة لإيفاء
الحق الذي عليه فكانت الأجرة عليه كأجرة الكيال في بيع المكيل ويحتمل أن
تكون على المقتص لأنه وكيله فكانت الأجرة على موكله كسائر المواضع والذي
على الجاني التمكين دون الفعل ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه لم يمكن منه
ولأنه لو كانت عليه أجرة الوكيل لزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه وإن قال

الجاني : أنا أقتص لك من نفس لم يلزم تمكينه ولم يجر له ذلك قال الله تعالى
{ ولا تقتلوا أنفسكم } ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ولأن
القصاص حق عليه لغيره فلم يكن هو المستوفي له كالبائع لا يستوفي من
نفسه

مسألة والولي مخير بين الاستيفاء بنفسه إن كان يحسن وبين التوكيل
مسألة : والولي مخير بين الاستيفاء بنفسه إن كان يحسن وبين التوكيل
لأن الحق له فيتصرف فيه على حسب اختياره كسائر الحقوق وقيل : ليس له
أن يستوفي في الطرف بنفسه بحال لأنه لا يؤمن أن يجني عليه بما لا يمكن
تلافيه : وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعي القصاص
فيمكن منه كالقصاص في النفس

مسألة وإن تشاح أولياء المقتول في الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة
مسألة : وإن تشاح أولياء المقتول في الاستيفاء قدم أحدهم بالقرعة
إذا تشاح الأولياء في المتولي للاستيفاء أمروا بتوكيل واحد منهم أو من غيرهم
ولم يجر أن يتولاه أن يتولاه جميعهم لما فيه من تعذيب الجاني واعدد أفعالهم
فإن لم يتفقوا على أحد وتشاحوا وكان كل واحد منهم يحسن الاستيفاء أقرع
بينهم لأن الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح صرنا إلى القرعة كما لو تشاحوا
في تزويج موليتهم فمن خرجت له القرعة أمر الباقيون بتوكيله ولا يجوز له
الاستيفاء بغير أذنهم فإن لم يتفقوا على التوكيل منعوا الاستيفاء حتى يوكلوا
فصل : قال رحمه الله : ولا يستوفي القصاص في النفس إلا بالسيف في
إحدى الروايتين والأخرى يفعل به كما فعل فلو قطع يديه ثم قتله فعل به كذلك
وإن قتله بجرح أو غرفة أو غير ذلك فعل به مثل فعله وإن قطع يده من مفصل
أو غيره أو أوضه فمات فعل به كفعله فإن مات والا ضربت عنقه وقال
القاضي : يقتل ولا يزداد على ذلك رواية واحدة جملة ذلك أن الرجل إذا جرح
رجلا ثم ضرب عنقه فالكلام في المسألة في حالين أحدهما : أن يختار الولي
القصاص فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية لاستيفاء فروي عنه لا يستوفي
إلا بالسيف في العنق وبه قال عطاء و الثوري و أبو يوسف و محمد لما [روي
عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا قود إلا بالسيف] رواه ابن ماجه
ولأن القصاص أحد بدلي النفس فدخل الطرف في حكم الجملة كالدية فإنه لو
صار الأمر إلى الدية لم يجب إلا دية النفس ولأن القصد من القصاص في
النفس تعطيل وإتلاف الجملة وقد أمكن هذا بضرب العنق فلا يجوز تعذيبه
بإتلاف أطرافه كما لو قتله بسيف كال فإنه لا يقتل بمثله والرواية الثانية : عن
أحمد أنه قال : إنه لأهل أن يفعل به كما فعل يعني أن للمستوفي أن يقطع
أطرافه ثم يقتله وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز و مالك و الشافعي و أبي
حنيفة و أبي ثور لقول الله تعالى : { وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به }
وقوله سبحانه : { فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم }

ولأن النبي صلى الله عليه وسلم رض رأس يهودي لرضه رأس جارية من الأنصار بين حجرين ولأن الله تعالى قال : { والعين بالعين } وهذا قد قلع عينه فيجب أن يقطع عينه للآية وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : [من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه] ولأن القصاص موضوع على المماثلة ولفظه يشعر به فيجب أن يستوفى منه مثل ما فعل كما لو ضرب العنق آخر غيره فأما حديث : [لا قود إلا بالسيف] فقال أحمد ليس اسناده بجيد الحال الثاني : أن يصير الأمر إلى الدية إما بعفوا الولي أو كون الفعل خطأ أو شبه عمد أو غير ذلك فالواجب دية واحدة وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم : تجب دية الأطراف المقطوعة ودية النفس لأنه لما قطع سراية الجرح بقتله صار كالمستقر فأشبه ما لو قتله غيره

ولنا أنه قاتل قبل استقرار الجرح فدخل أرش الجراحة في أرش النفس كما لو سرت إلى نفسه والقصاص في الأطراف لا يجب على إحدى الروايتين وإن وجب فإن القصاص لا يشبه الدية لأن سراية الجرح لا تسقط القصاص فيه وتسقط ديته

فصل : وإن قلنا للولي أن يستوفي مثل ما فعل بوليه فأحب أن يقتصر على ضرب عنقه فله ذلك وهو أفضل وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني أو بعضها ثم عفا عن قتله جاز لأنه تارك بعض حقه وإن قطع بعض أطرافه ثم عفا إلى الدية لم يكن له ذلك لأن جميع ما فعل به لم يجب به إلا دية واحدة فلا يجوز أن يستوفي بعضه ويستحق كمال الدية فإن فعل فله ما بقي من الدية فإن لم يبق منها شيء فلا شيء له وإن قلنا ليس له أن يستوفي إلا بضرب العنق فاستوفى بمثل ما فعل فقد أساء ولا شيء عليه سوى المأثم لأن فعل الجاني في الأطراف لم يوجب شيئاً يختص بها فكذلك فعل المستوفي وإن قطع طرفاً واحداً ثم عفا إلى الدية لم يكن له إلا اتمامها وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ثم عفا احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية لأنه لا يستحق أكثر من الدية وقد فعل ما يوجب أكثر منها فكانت الزيادة عليه واحتمل أن لا يلزمه شيء فإذا ترك قتله وعفا فأولى أن لا يلزمه شيء ولأنه فعل بعض ما فعل موليه فلم يلزمه شيء لأنه لو قتله لم يلزمه شيء كما لو قلنا إن له أن يستوفي مثل ما فعل به

فصل : فإن قطع يديه أو رجله أو جرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد فسرى بالنفس فله القصاص في النفس وهل له أن يستوفي القصاص قبل القتل ؟ على روايتين ذكرهما القاضي وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة إحداهما : ليس له قطع الطرف وهو مذهب أبي حنيفة لأن ذلك يفضي إلى الزيادة على جناية الأول والقصاص يعتمد المماثلة فمتى خيف فيه الزيادة سقط كما لو قطع يده من نصف الذراع والثانية : يجب القصاص في الطرف فإن مات وإلا ضربت عنقه وهذا مذهب الشافعي لما ذكرناه في أول المسألة وذكر أبو الخطاب أنه لا يقتصر منه في الطرف رواية واحدة وأنه لا يصح تخريجه على الروايتين في المسألة لافضاء هذا إلى الزيادة بخلاف المسألة قال شيخنا : والصحيح تخريجه على الروايتين وليس هذا بزيادة لأن فوات النفس بسراية فعله وسراية فعله كفعله فأشبه ما لو قطعه ثم قتله ولأن زيادة الفعل في

الصورة محتمل في الاستيفاء كما لو قتله فلم يمكن قتله في الاستيفاء إلا
بضربتين

فصل : فإن جرحه جرحا لا قصاص فيه ولا يلزم فوات الحياة به كالجائفة أو
قطع اليد من نصف الذراع أو الرجل من نصف الساق فمات منه أو قطع يدا
ناقصة الأصابع أو شلاء أو زائدة ويد القاطع أصلية صحيحة فالصحيح في
المذهب أنه ليس له فعل ما فعل ولا يقتص إلا بالسيف في العنق ذكره أبو بكر
والقاضي وقال غيرهما فيه رواية أخرى أن له أن يقتص بمثل فعله لأنه صار قتلا
فكان له القصاص بمثل فعله كما لو رضى رأسه بحجر فقتله به والصحيح الأول
لأن هذا لو انفرد لم يكن فيه قصاص فلم يجز القصاص فيه مع القتل كما لو
قطع يمينه ولم يكن للقاطع يمين لم يكن له أن يقطع يساره وفارق ما إذا رضى
رأسه فمات لأن ذلك الفعل قتل مفرد وههنا قطع وقتل والقطع لا يوجب
قصاصا فبقي مجرد القتل فإذا جمع المستوفي بينهما فقد زاد قطعاً لم يرد
الشرع باستيفائه فيكون حراما وسواء في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقبه وبين
ما إذا قطع فسرى إلى النفس

فصل : فأما إن قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع أو اليد ولا يد له أو قطع العين ولا
عين له فمات المجنى عليه فإنه يقتل بالسيف في العنق ولا قصاص في طرفه
لا أعلم فيه خلافاً لأن القصاص إنما يكون في مثل العضو المتلف وهو ههنا
معدوم ولأن القصاص فعل مثل ما فعل الجاني ولا سبيل إليه ولأنه لو قطع ثم
عفا عن القتل لصار مستوفيا رجلا ممن لم يقع له مثلها وهذا غير جائز
فصل : وإن قتله بغير السيف مثل أن قتله بحجر أو هدم أو تغريق أو خنق فهل
يستوفى القصاص بمثل ما فعله على روايتين إحداهما : يستوفى وهو قول
مالك و الشافعي و الثانية : لا يستوفى إلا بالسيف في العنق وهو مذهب أبي
حنيفة فيما إذا قتله بمثقل الحديد على إحدى الروايتين عنده أو جرحه فمات
ووجه الروايتين ما تقدم في أول المسألة ولأن هذا لا يؤمن معه الزيادة على ما
فعله القاتل فلا يجب القصاص بمثل آتته كما لو قطع الطرف بآلة كالة أو
مسمومة أو بالسيف فإنه لا يستوفى بمثله ولأن هذا لا يقتل به المرتد فلا
يستوفى به القصاص كما لو قتله بتجريع الخمر أو السحر ولا تفريع على هذه
الرواية فأما على الرواية الأخرى فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم يمت قتله
بالسيف وهذا أحد قولي الشافعي والقول الثاني : أنه يكرر عليه ذلك الفعل
حتى يموت به لأنه قتله بذلك فله قتله بمثله
ولنا أنه قد فعل به مثل فعله فلم يزد عليه كما لو جرحه جرحا أو قطع منه
طرفا فاستوفى منه الولي مثله فلم يمت به فإنه لا يكرر عليه الجرح بغير
خلاف ويعدل إلى ضرب عنقه

مسألة فإن قتله بمحرم في نفسه كتجريح الخمر واللواط ونحوه قتل بالسيف
رواية واحدة
مسألة : فإن قتله بمحرم في نفسه كتجريح الخمر واللواط ونحوه قتل بالسيف
رواية واحدة
إذا قتله بما يحرم لعينه كتجريح الخمر واللواط أو سحره لم يقتل بمثله اتفاقا
ويقتل بالسيف وحكى أصحاب الشافعي فيمن قتله باللواط وتجريح الخمر وجهها
أنه يدخل في دبره خشبة يقتله بها ويجرعه الماء حتى يموت
ولنا أن هذا محرم لعينه فوجب العدول عنه إلى القتل بالسيف كما لو قتله
بالسحر وإن حرقه فقال بعض أصحابنا : لا يحرق لأن التحريق محرم لحق الله
تعالى لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [لا يعذب بالنار إلا رب النار] وهذا
داخل في عموم الخبر وهذا مذهب أبي حنيفة وقال القاضي : الصحيح أن فيه
روايتين كالتغريق إحداهما : يحرق وهو مذهب الشافعي لما روى البراء بن
عازب قال من حرق حرقناه ومن غرق غرقناه وحملوا الحديث الأول على غير
القصاص

مسألة ولا يجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة ولا قطع شيء من أطرافه
فإن فعل فلا قصاص فيه وتجب فيه
مسألة : ولا يجوز الزيادة على ما أتى به رواية واحدة ولا قطع شيء من
أطرافه فإن فعل فلا قصاص فيه وتجب فيه دية سواء عفا عنه أو قتله
إذا زاد مستوفي القصاص في النفس على حقه مثل أن يقتل وليه فيقطع
المقتص أطرافه أو بعضها نظرنا فإن عفا عنه بعد قطع طرفه فعليه ضمان ما
أتلف بديته وبهذا قال أبو حنيفة وقال مالك و الشافعي و ابن المنذر و أبو
يوسف و محمد لا ضمان عليه ولكن قد أساء ويعزر وسواء عفا عن القاتل أو
قتله لأنه قطع طرفا من جملة استحق اتلافها فلم يضمنه كما لو ضطع اصبعا
من يد استحق قطعها
ولنا أنه قطع طرفا قيمة حال القطع بغير حق فوجب عليه ضمانه كما لو عفا
عنه ثم قطعه أو كما لو قطعه أجنبى فأما إن قطعه ثم قتله احتمل أن يضمنه
أيضا لأنه يضمنه إذا عفا عنه فكذلك إذا لم يعف لأن العفو إحسان فلا يكون
موجبا للضمان واحتمل أن لا يضمنه وهو قول أبي حنيفة لأنه لو قطع متعديا ثم
قتل لم يضمن الطرف فلأن لا يضمنه إذا كان القتل مستحقا أولى فأما
القصاص فلا يجب في الطرف بحال ولا نعلم فيه خلافا لأن القصاص عقوبة
تدرأ بالشبهات والشبهة ههنا متحققة لأنه مستحق لاتلاف هذا الطرف ضمنا
لاستحقاقه اتلاف الجملة ولا يلزم من سقوط القصاص أن لا تجب الدية بدليل
امتناعه لعدم المكافأة فأما إن كان الجاني قطع طرفه ثم قتله فاستوفى منه
بمثل فعله فقد ذكرناه فيما مضى وإن قطع طرفا غير الذي قطعه الجاني كان
قطع الجاني يده فقطع المستوفي رجله احتمل أن يكون بمنزلة ما لو قطع يده
لاستواء ديتهما واحتمل أن تلزمه دية الرجل لأن الجاني لم يقطعها فأشبهه ما لو
لم يقطع يده

فصل : فأما ان كانت الزيادة في الاستيفاء من الطرف مثل أن يستحق قطع أصبع فقطع اثنتين فحكمه حكم القاطع ابتداء ان كان عمدا من مفصل أو شجه يجب في مثلها القصاص فعليه القصاص في الزيادة وان كان خطأ أو جرحا لا يوجب القصاص مثل من يستحق موضحة فاستوفى هاشمة فعليه أرش الزيادة إلا أن يكون ذلك بسبب من الجاني كاضطرابه حال الاستيفاء فلا شيء على المقتص لأنه حصل بفعل الجاني فإن اختلفا هل فعله عمدا أو خطأ ؟ فالقول قول المقتص مع يمينه لأن هذا مما يمكن الخطأ فيه وهو أعلم بمقصده وإن قال المقتص حصل هذا باضطرابك أو فعل من جهتك فالقول قول المقتص منه لأنه منكر فإن سرى الاستيفاء الذي حصلت فيه الزيادة إلى نفس المقتص منه أو إلى بعض أعضائه مثل أن قطع أصبعه فسرى إلى جميع يده أو اقتص منه بألة كالة أو مسمومة أو في حال حر مفرط أو وبرد شديد فسرى فقال القاضي على المقتص نصف الدية لأنه تلف بفعلين جائز ومحرم ومضمون وغير مضمون فانقسم الواجب عليها نصفين كما لو جرحه جرحا في رده وجرحا بعد إسلامه فمات منهما وهذا كله مذهب الشافعي قال شيخنا : ويحتمل أن يلزمه ضمان السراية كلها فيما إذا اقتص بألة مسمومة أو كالة لأن الفعل كله محرم بخلاف قطع الأصبعين

فصل : فأما ان قطع بعض أعضائه ثم قتله بعد أن برأت الجراح مثل من قطع يديه ورجليه فبرأت جراحته ثم قتله فقد استقر حكم القطع ولولي القتل الخيار إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات لنفسه وبديه ورجليه لكل واحد دية وإن شاء قتله قصاصا بالقتل وأخذ ديتين لأطرافه وإن أحب قطع اطرافه الأربعة وأخذ دية بنفسه

وإن أحب قطع يديه وأخذ ديتين لنفسه ورجليه وإن أحب قطع طرفا واحدا وأخذ دية الباقي وكذلك سائر فروعها لأن حكم القطع استقر قبل القتل بالاندمال فلم يتغير حكمه بالقتل الحادث بعده كما لو قتله أجنيبي ولا نعلم خلافا في هذا فصل : فإن اختلف الجاني والولي في اندمال الجرح قبل القتل وكانت المدة بينهما يسيرة لا يحتمل اندماله في مثلها فالقول قول الجاني بغير يمين وان اختلفا في مضي المدة فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الأصل عدم مضيها وان كانت المدة مما يحتمل البرء فيها فالقول قول الولي مع يمينه لأنه قد وجد سبب وجوب دية اليدين بقطعهما والجاني يدعي سقوط ديتهما بالقتل والأصل عدم ذلك فإن كانت للجاني بينة ببقاء المجني ضمنا حتى قتله حكم له ببينة وإن كانت للولي ببرئه حكم له أيضا فإن تعارضتا قدمت بينة الولي لأنها مثبتة للبرء ويحتمل أن يكون القول قول الجاني إذا لم يكن لهما بينة لأن الأصل بقاء الجراحة وعدم اندمالها وإن قطع أطرافه فمات واختلفا هل برأ قبل الموت أو مات بسراية الجرح أو قال الولي : إنه مات بسبب آخر كأن لذغ أو ذبح نفسه أو ذبحه غيره فالحكم فيما إذا مات بغير سبب كالحكم فيما إذا قتله سواء وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ففيه وجهان :

أحدهما : تقديم قول الجاني لأن الظاهر ابقاء الجناية والأصل عدم سبب آخر فيكون الظاهر معه والثاني : القول قول ولي الجناية لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وجد سببهما حتى يوجد ما يزيلهما فإن كانت دعواهما بالعكس فقال

الولي مات من سراية قطعك فعليك القصاص في النفس فقال الجاني بل اندملت جراحته قبل موته أو ادعى موته بسبب آخر فالقول قول الولي مع يمينه لأن الجرح سبب للموت وقد تحقق والأصل عدم الاندمال وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به وسواء كان الجرح مما يجب به القصاص في الطرف كقطع اليد من مفصل أو لا يوجبه كالجائفة والقطع من غير مفصل وهذا كله مذهب الشافعي

فصل : فإن قتل واحد جماعة فرضوا بقتله قتل لهم ولا شيء لهم سواء وجملة ذلك أنه إذا قتل واحد اثنين أو أكثر فاتفق أولياؤهم على قتله بهم فتل لهم لأن الحق لهم وقد رضوا به ولا شيء لهم سواء لأن الحق لا يتسع لأكثر من واحد فإن أراد أحدهم القود والآخرين الدية قتل لمن اختار القود وأعطى الباقيون دية قتلاهم من مال القاتل سواء كان المختار للقود الأول أو الثاني أو من بعده وسواء قتلهم دفعة واحدة أو دفعتين أو دفعات فإن بادر أحدهم فقتله وجب للباقيين دية قتلاهم في ماله أيهم كان وقال أبو حنيفة و مالك : يقتل بالجماعة وليس لهم إلا ذلك فإن طلب بعضهم الدية فليس له وإن بادر أحدهم فقتله سقط حق الباقيين لأن الجماعة لو قتلوا واحدا قتلوا به فكذلك إذا قتلهم واحد قتل بهم كالواحد بالواحد وقال الشافعي : لا يقتل إلا بواحد سواء اتفقوا على الطلب للقصاص أو لم يتفقوا لأنه إذا كان لكل واحد استيفاء القصاص فاشترأهم في المطالبة لا يوجب تداخل حقوقهم كسائر الحقوق ولنا على أبي حنيفة قول النبي صلى الله عليه وسلم : [فمن قتل له قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية] فظاهر هذا أن أهل كل قتيلا يستحقون ما اختاروه من القتل أو الدية فإذا اتفقوا على القتل وجب لهم وإن اختار بعضهم الدية وجبت له بظاهر الخبر ولأنهما جنايتان لا تتداخلان إذا كانتا خطأ أو إحداهما فلم تتداخل في العمد كالجناية على الأطراف وقد سلموها

ولنا على الشافعي أنه محل تعلقت به حقوق لا يتسع لها مع رضا المستحقين به عنها فيكتفى به كما لو قتل عبد عبدا خطأ فرضي سيدهم بأخذه عنهم ولأنهم رضوا بدون حقهم فجاز كما لو رضي صاحب الصحيحة بالشلاء وولي الحر بالعبد والمسلم بالكافر وفارق ما إذا كان القتل خطأ فإن أرش الجناية يجب في الذمة والذمة تتسع لحقوق كثيرة وما ذكره أبو حنيفة و مالك فلا يصح لأن الجماعة إنما قتلوا بالواحد لئلا يؤدي الاشتراك إلى إسقاط القصاص تغليظا للقصاص ومبالغة في الزجر وفي مسألتنا ينعكس هذا فإنه إذا علم أن القصاص واجب عليه بقتل واحد ولا يزداد يقتل الثاني والثالث بادر إلى قتل من يريد قتله فيصير هذا كإسقاط القصاص عنه ابتداء مع الدية

[جزء 9 - صفحة 411]

مسألة وإن تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال اعيد للأول

مسألة : وإن تشاحوا فيمن يقتله منهم على الكمال اقيد للأول
لأن حقه أسبق ولأن المحل صار مستحقا له بالقتل الأول فإن عفا ولي الأول
فلولي الثاني قتله وإن طالب ولي الثاني قبل طلب الأول بعث الحاكم إلى ولي
الأول فأعلمه وإن بادر الثاني فقتله فقد أساء وسقط حق الأول إلى الدية فإن
كان ولي الأول غائبا أو صغيرا أو مجنونا انتظر وإن عفا أولياء الجميع إلى
الديات فلهم ذلك فإن قتلهم دفعة واحدة وتشاحوا في المستوفي أقرع بينهم
فيقدم من تقع له القرعة لتساوي حقوقهم فإن بادر غيره فقتله استوفى حقه
وسقط حق الباقيين إلى الدية فإن قتلهم متفرقا وأشكل الأول وادعى ولي كل
واحد أنه الأول ولا بينة لهم فأقر القاتل لأحدهم قدم باقراره وإلا أقرعنا بينهم
لاستواء حقوقهم

[جزء 9 - صفحة 412]

مسألة وإن قتل وقطع طرفا قطعه طرفه أولا ثم قتل لولي المقتول سواء تقدم
القتل أو تأخر
مسألة : وإن قتل وقطع طرفا قطعه طرفه أولا ثم قتل لولي المقتول سواء
تقدم القتل أو تأخر
وبهذا قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك ولا يقطع لأنه إذا قتل تلف فلا فائدة
في القطع فأشبهه ما لو كان لواحد
ولنا أنهما جنايتان على رجلين فلم تتداخلان كقطع يدي رجلين وما ذكره من
القياس لا يصح فإنه قد قال لو قطع يد رجل ثم قتله يقصد المثلة به قطع وقتل
ونحن نوافق على هذا في رواية فقد حصل الإجماع منا ومنه على انتفاء
التداخل في الأصل فكيف نقيس عليه ؟ ولكنه ينقلب دليلا عليه فنقول قطع
وقتل فيستوفي منه مثل ما فعل كما لو فعله برجل واحد يقصد المثلة ويثبت
الحكم في محل النزاع بطريق التنبيه فإنه إذا لم يتداخل حق الواحد فحق
الإثنين أولى ويبطل بهذا ما قاله من المعنى
فصل : فأما إن قطع يد رجل ثم قتل آخر ثم سرى القطع إلى نفس المقطوع
فمات فهو قاتل لهما فإذا تشاحا في المستوفي للقتل بالذي قتله لأن وجوب
القتل عليه به أسبق فإن القتل بالذي قطعه إنما وجب عند السراية وهي
متأخرة عن قتل الآخر وأما القطع فإن قلنا أنه يستوفى منه مثل ما فعل فإنه
يقطع له أولا ثم يقتل للذي قتله ويجب للأول نصف الدية وإن قلنا لا يستوفى
القطع وجبت له الدية كاملة ولم يقطع طرفه ويحتمل أن يجب له القطع على
كل حال لأن القطع إنما يدخل في القتل عند استيفاء القتل فإذا تعذر استيفاء
القتل وجب استيفاء الطرف لوجود مقتضيه وعدم المانع من استيفائه كما لو
لم يسرف

فصل : وإن قطع أصبعا من يمين لرجل ويمينا لآخر وكان قطع الإصبع أسبق
قطعت أصبعه قصاصا وخير الآخر بين العفو إلى الدية وبين القصاص وأخذ دية

الأصبع ذكره القاضي وهو اختيار ابن حامد ومذهب الشافعي لأنه وجد بعض حقه فكان له استيفاء الموجود وأخذ بدل المفقود كمن أتلف مثليا لرجل فوجد بعض المثل وقال أبو بكر : يتخير بين القصاص ولا شيء له معه وبين الدية هذا قياس قوله وهو مذهب أبي حنيفة لأنه لا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية كالنفس وإن كان قطع اليد سابقا على قطع الإصبع قطعت يمينه قصاصا ولصاحب الإصبع أرشها ويفارق هذا ما إذا قتل رجلا ثم قطع آخر حيث قدمنا استيفاء القطع مع تأخره لأن قطع اليد لا يمنع التكافؤ في النفس بدليل أننا نأخذ كامل الأطراف بناقصها فإن ديتهما واحدة وبعض الإصبع يمنع التكافؤ في اليد بدليل أننا لا نأخذ الكاملة بالناقصة واختلاف ديتهما وإن عفا صاحب اليد قطعت الاصبع لصاحبها إن اختار قطعها

[جزء 9 - صفحة 414]

مسألة وإن قطع أيدي جماعة فحكمهم حكم القتل على ما ذكرنا من التفصيل الاختلاف
مسألة : وإن قطع أيدي جماعة فحكمهم حكم القتل على ما ذكرنا من التفصيل والاختلاف إلا أن أصحاب الرأي قالوا : إذا قطع يميني رجلين يقاد لهما جميعا ويغرم لهما دية اليد في ماله نصفين وهذا لا يصح لأنه يفرض إلى إيجاب القود في بعض العضو والدية في بعض والجمع بين البدل والمبدل في محل واحد ولم يرد الشرع به ولا نظير له يقاس عليه

باب العفو عن القصاص
أجمع أهل العلم على إجازة العفو عن القصاص وأنه أفضل والأصل في ذلك الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقوله تعالى في سياق قوله : { كتب عليكم القصاص في القتلى } { فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان } وقال تعالى : { وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس } الآية إلى قوله : { فمن صدق به فهو كفارة له } قيل في تفسيره : فهو كفارة للجاني بعفو صاحب الحق عنه وقيل فهو كفارة للعافي بصدقته
وأما السنة ف [إن أنس بن مالك قال : ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم رفع إليه شيء فيه قصاص إلا أمر فيه بالعفو] روه أبو داود وفي حديثه في قصة الربيع بنت النضر حين كسرت سن جارية فأمر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فعفا القوم
مسألة : والواجب بقتل العمد أحد شئئين القصاص أو الدية في ظاهر المذهب والخيرة في ذلك إلى الولي إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء عفا إلى غير شيء والعفو أفضل لما ذكرنا

اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في موجب العمد فروي عنه أن موجب القصاص عينا لقول النبي صلى الله عليه وسلم [من قتل عمدا فهو قود] ولقوله سبحانه : { كتب عليكم القصاص } والمكتوب لا يتخير فيه ولأنه متلف يجب به البدل فكان معنيا كسائر أبدال المتلفات وبه قال النخعي و مالك و أبو حنيفة قالوا : ليس للأولياء إلا القتل إلا أن يصطلحا على الدية برضا الجاني والمشهور في المذهب أن الواجب أحد شيئين وأن الخيرة في ذلك إلى الولي إن شاء اقتص وإن شاء أخذ الدية وإن شاء قتل البعض إذا كان القاتلون جماعة لأن كل من لهم قتله فلهم العفو عنه كالمفرد ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض لأنهما شخصان فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر كما لو قتل واحد رجلا ومتى اختار الأولياء أخذ الدية من القاتل أو من بعض القتلة فإن لهم هذا متى رضي الجاني وبهذا قال سعيد بن المسيب و ابن سريين و عطاء و مجاهد و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و ابن المنذر و هي رواية عن مالك لقول الله تعالى : { فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان } قال ابن عباس : كان في بني إسرائيل القصاص ولم يكن فيهم الدية فأنزل الله تعالى هذه الآية : { كتب عليكم القصاص في القتلى } الآية { فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان } والعفو : أن يقبل في العمد فاتباع بالمعروف يتبع الطالب بمعروف ويؤدي إليه المطلوب بإحسان { ذلك تخفيف من ربكم ورحمة } مما كتب على من قبلكم رواه البخاري و [روى أبو هريرة قال : قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال : من قتل له قتيل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد] متفق عليه و [روى أبو شريح أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : ثم أنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل وأنا والله عاقلة فمن قتل بعده قتيلا فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية] رواه أبو داود وغيره ولأن القتل المضمون إذا سقط فيه القصاص من غير ابراء ثبت المال كما لو عفا بعض الورثة وبخالف سائر المتلفات لأن بدلها يجب من جنسه وههنا يجب في الخطأ وعمد الخطأ من غير الجنس فإذا رضي في العمد ببذل الخطأ كان له ذلك لأنه أسقط بعض حقه ولأن القاتل أمكنه إحياء نفسه ببذل الدية فلزمة وينتقض ما ذكره بما إذا كان رأس الشاج أصغر أو يد القاطع أنقص فإنهم سلموا فيهما وأما الخبر الذي ذكره فاملراد به وجوب القود ونحن نقول به ولـ الشافعي قولان كالروايتين فإذا قلنا موجبة القصاص فله العفو إلى الدية والعفو مطلقا فإذا عفا مطلقا لم يجب شيء وهذا ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم : تجب الدية لئلا يطل الدم وليس بشيء لأنه لو عفا عن الدية بعد وجوبها صح عفو فمتى عفا عن القصاص مطلقا إلى غير مال لم يجب شيء إذا قلنا الواجب القصاص عينا فإن عفا عن الدية لم يصح عفو لأنها لم تجب وإن قلنا الواجب أحد شيئين لا بعينه فعفا عن القصاص مطلقا أو إلى الدية وجبت الدية لأن الواجب غير معين فإذا ترك أحدهما تعين الآخر وإن اختار الدية سقط القصاص ولم يملك طلبه لأن الواجب أحد شيئين فإذا تعين أحدهما سقط الآخر فإن اختار القصاص تعين لذلك فإن اختار بعد ذلك العفو إلى الدية فله ذلك ذكره القاضي لأن القصاص أعلى فكان له الانتقال إلى الأدنى ويكون بدلا عن القصاص وليست التي وجبت

بالقتل كما قلنا في الرواية الأولى أن الواجب القصاص عينا وله العفو إلى الدية ويحتمل أنه ليس له ذلك لأنه أسقطها باختياره القود فلم يعد إليها وعنه أن الواجب القصاص عينا وله العفو إلى الدية وإن سخط الجاني لما ذكرنا فصل : إذا جنى عبد على حر جناية موجبة للقصاص فاشتراه المجني عليه بأرش الجناية سقط القصاص لأن عدوله إلى الشراء اختيار للمال ولا يصح الشراء لأنهما إن لم يعرفا قدر الأرش فالثمن مجهول وإن عرفا عدد الإبل وأسنانها فصفتها مجهولة والجهل بالصفة كالجهل بالذات في فساد البيع ولذلك لو باعه شيئا بحمل جذع غير معروف بالصفة لم يصح فإن قدر الأرش بذهب أو فضة فباعه به صح

فصل : ومتى كان القصاص لمجنون أو لصغير لم يجز إلى غير مال للولي لأنه لا يملك إسقاط حقه قد ذكرناه

فصل : ويصح عفو المفلس والمجور عليه لسفه عن القصاص لأنه ليس بمال وإن أراد المفلس القصاص لم يكن لغرمائه إجباره على تركه وإن أحب العفو عنه إلى مال فله ذلك لأن فيه حظا للغرماء وإن أراد العفو إلى غير مال أنبنى على الروايتين إن قلنا إن الواجب القصاص عينا فله ذلك لأنه لم يثبت له مال يتعلق به حق الغرماء وإن قلنا الواجب أحد شيئين لم يملكه لأن المال يجب بقوله عفوت عن القصاص فقله على غير مال إسقاط له بعد وجوبه وتعيينه ولا يملك ذلك وهكذا الحكم في السفية ووارث المفلس وإن عفا المريض على غير مال فذكر القاضي في موضع أنه يصح سواء خرج من الثلث أو لم يخرج وذكر أن أحمد نص على ذلك وقال في موضع : يعتبر خروجه من ثلثه ولعله ينبني على الروايتين في موجب العمد على ما مضى

[جزء 9 - صفحة 418]

مسألة وإن مات القاتل وجبت الدية في تركته
مسألة : وإن مات القاتل وجبت الدية في تركته
لأنه تعذر استيفاء القصاص من غير إسقاط فوجبت الدية كقتل غير المكافئ وإن لم يخلف تركه سقط الحق لتعذر استيفائه

مسألة وإن قطع أصبعاً عمدا فعفا عنه ثم سرت إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمام الدية وإن
مسألة : وإن قطع أصبعاً عمدا فعفا عنه ثم سرت إلى الكف أو النفس وكان العفو على مال فله تمام الدية وإن عفا على غير مال فلا شيء له على ظاهر كلامه ويحتمل أن له تمام الدية وإن عفا مطلقاً أنبنى على الروايتين في موجب العمد

وجملة ذلك أنه إذا جنى على إنسان فيما دون النفس جناية توجب القصاص كالأصبع فعفا عن القصاص ثم سرت الجناية الى نفسه فمات لم يجب القصاص وبه قال أبو حنيفة و الشافعي وحكي عن مالك : أن القصاص يجب لأن الجناية صارت نفسا ولم يعف عنها

ولنا أنه يتعذر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه فسقط في النفس كما لو عفا بعض الأولياء ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع امكانه لم يجب في سرايتها كما لو قطع يد مرتد فاسلم ثم مات منها ثم ينظر فإن كان عفا على مال فله الدية كاملة وإن عفا على غير مال وجبت الدية إلا أرش الجرح الذي عفا عنه وبهذا قال الشافعي وقال ابو حنيفة : تجب الدية كاملة لأن الجناية صارت نفسا وحقه في النفس لا فيما عفا عنه وإنما سقط القصاص للشبهة وإن قال عفوت عن الجناية لم يجب شيء لأن الجناية لا تختص القطع وقال القاضي فيما إذا عفا عن القطع ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء وبه قال أبو يوسف و محمد لأنه قطع غير مضمون فكذلك سرايته ولنا أنها سرية جناية أوجبت الضمان فكانت مضمونة كما لو لم يعف وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره والمعفو عنه عشر الدية لأن الجناية أوجبت ما سقط ما وجب دون ما لم يجب فإذا صارت نفسا وجب بالسرية ما لم يعف عنه ولم يسقط أرش الجرح إذا لم يعف وإنما تكملت الدية بالسرية

فصل : فإن كان الجرح لا قصاص فيه كالجائفة ونحوها فعفا عن القصاص فيه ثم سرى الى النفس فلولىه القصاص لأن القصاص لم يجب في الجرح فلم يصح العفو عنه وإنما وجب القصاص بعد عفوه وله العفو عن القصاص وله كمال الدية وإن عفا عن دية الجرح صح وله بعد السرية دية النفس وأرش الجرح ولا يمتنع وجوب القصاص في النفس مع أنه لا يجب كمال الدية بالعفو عنه كما لو قطع يدا فاندملت واقتص منها ثم انتقضت وسرت الى النفس فله القصاص في النفس وليس له العفو إلا على نصف الدية فإن قطع يده من نصف الساعد فعفا عن القصاص ثم سرى فعلى قول أبي بكر لا يسقط القصاص في النفس لأن القصاص لم يجب فهو كالجائفة ومن جرز القصاص من الكوع اسقط القصاص في النفس كما لو كان القطع من الكوع وقال المزني : لا يصح العفو عن دية الجرح قبل اندماله فلو قطع يدا فعفا عن ديتها وقصاصها ثم اندملت لم تسقط ديتها وسقط قصاصها لأن القصاص قد وجب فيها فصح العفو عنه بخلاف الدية ولا يصح لأن دية الجرح إنما وجبت بالجناية إذ هي السبب ولهذا لو جنى على طرف عبد ثم باعه قبل برئه كان أرش الطرف لبائعه لا لمشتريه وتأخير المطالبة لا يلزم منه عدم الوجوب وامتناع صحة العفو كالدين المؤجل لا يملك المطالبة به ويصح اسقاطه كذا ههنا

فصل : وإن قطع اصبعاً فعفا المجني عليه وعن القصاص ثم سرت الى الكف ثم اندمل لم يجب القصاص لما ذكرنا في النفس ولأن القصاص سقط في الاصبع بالعفو فصارت اليد ناقصة لا تؤخذ بها الكاملة ثم إن كان العفو الى الدية وجبت دية اليد كاملة وإن كان على غير مال خرج فيه من الخلاف ما ذكرنا فيما إذا سرت الى النفس فعلى هذا يجب ههنا دية الكف إلا دية الاصبع ذكره أبو

الخطاب وهو مذهب الشافعي وقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء وهو قول أبي يوسف و محمد لأن العفو عن الجناية عفو عما يحدث منها وقد قال القاضي : إن القياس فيما إذا قطع اليد ثم سرى الى النفس أن يجب نصف الدية فيلزمه أن يقول مثل ذلك ههنا
فصل : فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها صح ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في كلام أحمد

[جزء 9 - صفحة 421]

مسألة وإن قال الجاني عفوت مطلقا أو عفوت عنها وعن سرايتها قال بل عفوت الى مال أو عفوت عنها دون
مسألة : وإن قال الجاني عفوت مطلقا أو عفوت عنها وعن سرايتها قال : بل عفوت إلى مال أو عفوت عنها دون سرايتها فالقول قول المجني عليه أو وليه إن كان الخلاف معه
لأن الأصل عدم العفو عن الجميع وقد ثبت العفو عن البعض باقراره فيكون القول في عدم سواه قوله

مسألة وإن قتل الجاني العافي عمدا فلوليه القصاص أو الدية كاملة وقال القاضي له القصاص أو تمام الدية
مسألة : وإن قتل الجاني العافي عمدا فلوليه القصاص أو الدية كاملة وقال القاضي : له القصاص أو تمام الدية
إذا قطع يده فعفا عنه ثم عاد الجاني فقتل العافي فلوليه القصاص وهو ظاهر مذهب الشافعي وقال بعضهم : لا قصاص ولأن العفو حصل عن بعضه فلا يقتل به كما لو سرى القطع الى نفسه
ولنا أن القتل انفرد عن القطع فعفوه عن القطع لا يمنع ما وجب بالقتل كما لو كان القاطع غيره وإن اختار الدية فقال القاضي إن كان العفو عن الطرف الى غير دية فله بالقتل نصف الدية وهو ظاهر مذهب الشافعي لأن القتل إذا تعقب الجناية قبل الاندمال كان السراية ولذلك لو لم يعف لم يجب أكثر من دية والقطع يدخل في القتل في الدية دون القصاص ولذلك لو أراد القصاص كان له أن يقطع ثم يقتل ولو صار الأمر الى الدية لم يجب إلا دية واحدة وقال أبو الخطاب : له العفو الى دية كاملة وهو قول بعض أصحاب الشافعي لأن القطع منفرد عن القتل فلم يدخل حكم إحداهما في الآخر كما لو اندمل ولأن القتل موجب للقتل فأوجب الدية كاملة كما لو لم يتقدمه عفو وفارق السراية فإنها لم توجب قتلا ولأن السراية عفي عن سببها والقتل لم يعف عن شيء منه ولا عن سببه وسواء فيما ذكرنا كان العافي عن الجرح أخذ دية طرفه أو لم يأخذها

مسألة وإذا وكل رجلا في القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليه وهل يضمن العافي ؟
 مسألة : وإذا وكل رجلا في القصاص ثم عفا ولم يعلم الوكيل حتى اقتص فلا شيء عليه وهل يضمن العافي ؟ يحتمل وجهين ويتخرج أن يضمن الوكيل ويرجع به على الموكل في أحد الوجهين لأنه غره والآخر لا يرجع به ويكون الواجب حالا في ماله وقال أبو الخطاب يكون على عاقلته إذا وكل من يستوفي القصاص صح نص عليه أحمد فإن وكله ثم غاب وعفا الموكل عن القصاص واستوفى الوكيل نظرنا فإن كان عفوه بعد القتل لم يصح لأن حقه قد استوفي وإن كان قبله وقد علم الوكيل به فقد قتله ظلما فعليه القود كما لو قتله ابتداء وإن كان قتله قبل العلم بعفو الموكل فقال أبو بكر : لا ضمان على الوكيل فإنه لا تفريط منه فإن العفو حصل على وجه لا يمكن الوكيل استدراكه فلم يلزمه ضمان كما لو عفا بعد ما رماه وهل يلزم الموكل الضمان ؟ فيه قولان :

أحدهما : لا ضمان عليه لأن عفوه لم يصح لما ذكرنا من حصوله في حال لا يمكنه استدراك الفعل فوقع القتل مستحقا له فلم يلزمه ضمان ولأن العفو إحسان فلا يقتضي وجوب الضمان والثاني : عليه الضمان لأن قتل المعفو عنه حصل بأمره وتسليطه على وجه لا ذنب للمباشر فيه فكان الضمان على الأمر كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم وقال غير أبي بكر يخرج في صحة العفو وجهان بناء على الروايتين وهل ينعزل بعزل الموكل قبل علمه أو لا ؟ ولشافعي قولان كالوجهين فإن قلنا : لا يصح العفو فلا ضمان على أحد لأنه قتل من يجب قتله بأمر مستحقه وإن قلنا يصح العفو فلا قصاص فيه لأن الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه فأشبهه ما لو قتل في دار الحرب من يعتقده حربيا وتجب الدية على الوكيل لأنه لو علم لوجب عليه القصاص فإذا لم يعلم تعلق به الضمان كما لو قتل مرتدا قبل علمه بإسلامه ويرجع بها على الموكل لأنه غره بتسليطه على القتل وتفريطه في ترك إعلامه بالعفو فيرجع عليه كالغار في النكاح بحرية أمة ويحتمل ان لا يرجع عليه ولأن العفو إحسان منه فلا يقتضي الرجوع عليه بخلاف الغار بالحرية فعلى هذا تكون الدية في مال الوكيل اختاره القاضي وتكون حالة لأنه متعمد للقتل لكونه قصده وإنما سقط عنه القصاص لمعنى آخر فهو كقتل الأب وقال أبو الخطاب : تكون على عاقلته لأنه أجري مجرى الخطأ فأشبهه ما لو قتل في دار الحرب مسلما يعتقده حربيا وهذا ظاهر كلام الخرقى لأنه ليس بعمد محض ولهذا لم يجب به القصاص فيكون عمد الخطأ فتحمله العاقلة وهذا اختيار شيخنا وقد دل على ذلك خبر المرأة التي قتلت جاريتها وجنينها بمسطح فقضى النبي صلى الله عليه وسلم بالدية على عاقلتها فعلى قول القاضي إن كان الموكل عفا إلى الدية فله الدية في تركة الجاني ولورثة الجاني مطالبة الوكيل بديته وليس

للموكل مطالبة الوكيل بشيء فإن قيل فلم قلت فيما إذا كان القصاص لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدية ولأخيه مطالبة به في وجه ؟ قلنا ثم أتلّف حقه فرجع ببذله عليه وههنا أتلّفه بعد سقوط حق الموكل عنه فافترقا وإن قلنا أن الوكيل يرجع على الموكل احتمال أن يسقط الديتان لأنه لا فائدة في أن يأخذها الورثة من الوكيل ثم يدفعوها إلى الموكل ثم يردّها الموكل إلى الوكيل فيكون تكليفا لكل واحد منهم بغير فائدة ويحتمل أن يجب ذلك لأن الدية الواجبة في ذمة الوكيل لغير من للوكيل الرجوع عليه وإنما يتساقط الديتان إذا كان لكل واحد من الغريمين على صاحبه مثل ما له عليه ولأنه قد يكون الديتان مختلفتين بأن يكون أحد المقتولين رجلا والآخر امرأة فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني دية من الوكيل ويدفعون إلى الموكل دية عليه ثم يردّ الموكل إلى الوكيل قدر غرمه وإن أحوال ورثة الجاني على الوكيل صح فإن كان الجاني أقل دية مثل أن يكون امرأة قتلت رجلا فقتلها الوكيل فلورثتها إحالة الموكل بديتها لأنه القدر الواجب لهم على الوكيل فيسقط عن الوكيل والموكل جميعا ويرجع الموكل على ورثتها بنصف دية عليه وإن كان الجاني رجلا قتل امرأة فقتله الوكيل فلورثة الجاني إحالة الموكل بدية المرأة لأن الموكل لا يستحق عليهم أكثر من ديتها ويطالبون الوكيل بنصف دية الجاني ثم يرجع به على الموكل

[جزء 9 - صفحة 425]

مسألة وإن عفا قاتله بعد الجرح صح وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية مسألة : وإن عفا قاتله بعد الجرح صح وسواء عفا بلفظ العفو أو الوصية لأن الحق له فصح العفو عنه كماله وممن قال بصحة عفو المجروح عن دمه مالك و طاوس و الحسن و قتادة و الأوزاعي فإن قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها ولم يكن له في سرايتها قصاص ولا دية في كلام أحمد وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : عفوت عن الجناية وما يحدث منها ففيه قولان : أحدهما : أنه وصية فينبني على الوصية للقاتل وفيه قولان : أحدهما : لا يصح فتجب دية النفس إلا دية الجرح والثاني : يصح فإن خرج من الثلث سقطت وإلا سقط منها بقدر الثلث ووجب الباقي والقول الثاني : ليس بوصية لأنه إسقاط في الحياة فلم يصح ولزمه دية النفس إلا دية الجرح ولنا أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه فسقط كما لو أسقط الشفعة بعد البيع إذا ثبت هذا فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لا يخرج لأن موجب العمد القود في إحدى الروايتين أو أحد شيئين في الرواية الأخرى فما تعينت الدية ولا تعينت الوصية بمال ولذلك صح العفو من المفلس إلى غير مال وأما جناية الخطأ فإذا عفا عنها وعمّا يحدث منها اعتبر خروجها من الثلث سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غير ذلك فإن خرجت من الثلث صح عفوه عن الجميع وإن لم تخرج من الثلث سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث وبهذا قال مالك و

الثوري وأصحاب الرأي ونحوه قال عمر بن عبد العزيز و الأوزاعي و إسحاق لأن الوصية ههنا بمال

[جزء 9 - صفحة 426]

مسألة وإن أبرأه من الدية أو وصى له بها فهي وصية لقاتل هل تصح لقاتل ؟
على روايتين
مسألة : وإن أبرأه من الدية أو وصى له بها فهي وصية لقاتل هل تصح لقاتل ؟
على روايتين
إحداهما : تصح لكونها له لأنها بدل عنه وتعتبر من الثلث كبقية أمواله هكذا ذكره في كتاب المقنع ولم يفرق بين العمد والخطأ والذي ذكره في كتاب المغني ما ذكر في التي قبل هذه المسألة

مسألة ولا يحتمل أن يصح عفو عن المال ولا وصية به لقاتل ولا غيره إذا قلنا إنه يحدث على ملك الورثة لأنه
مسألة : ولا يحتمل أن يصح عفو عن المال ولا وصية به لقاتل ولا غيره إذا قلنا إنه يحدث على ملك الورثة لأنه يكون مال غيره فلم يكن له التصرف فيه كسائر أموال الورثة

مسألة وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته أو العبد من الجناية المتعلق أرشها برقبته لم يصح
مسألة : وإن أبرأ القاتل من الدية الواجبة على عاقلته أو العبد من الجناية المتعلق أرشها برقبته لم يصح
لأنه أراه من حق على غيره أشبه ما لو أبرأ زيدا من دين على عمر وإن أبرأ العاقلة أو السيد صح لأنه أبرأهما من حق عليهما فصح كالدين الواجب عليهما

مسألة وإن وجب لعبد قصاص في الطرف أو جرح أو تعزير قذف فله طلبه والعفو عنه
مسألة : وإن وجب لعبد قصاص في الطرف أو جرح أو تعزير قذف فله طلبه والعفو عنه
لأنه مختص به وليس ذلك ولسيده لأنه ليس بحق له إلا أن يموت العبد فإذا مات العبد انتقل عنه إلى السيد وصح عفو عنه

باب ما يوجب القصاص فيما دون النفس
كل من أقيد بغيره في النفس أقيد به فيما دونها ومن لا فلا لأن النفس أعلى
فإذا أقيد في الأعلى ففي الأدنى بطريق أولى وعنه لا قصاص بين العبيد في
الأطراف لأنها أموال وقد ذكرناه والمذهب الأول ومن لا يجري القصاص بينهما
في النفس لا يجري بينهما في الطرف كالأب مع ابنه والحر مع العبد والمسلم
مع الكافر فلا يقطع طرفه بطرفه لعدم المكافأة فيقطع الحر المسلم بالحر
المسلم والعبد بالعبد والذمي بالذمي والذكر بالأنثى والأنثى بالذكر ويقطع
الناقص بالكامل كالعبد بالحر والكافر بالمسلم وبهذا قال مالك و الثوري و
الشافعي و أبو ثور و إسحاق و ابن المنذر وقال أبو حنيفة : لا قصاص في
الطرف بين مختلفي البذل فلا يقطع الكامل بالناقص ولا الناقص بالكامل ولا
الرجل بالمرأة ولا المرأة بالرجل ولا الحر بالعبد بالحر ولا العبد بالعبد ويقطع
المسلم بالكافر والكافر بالمسلم لأن التكافؤ معتبر في الأطراف بدليل أن
الصحيحة لا تؤخذ بالشلاء ولا الكاملة بالناقصة فلذا لا يؤخذ طرف الرجل
بطرف المرأة ولا طرفها بطرفه كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى

ولنا أن من جرى القصاص بينهما في النفس جرى في الطرف كالحرين وما
ذكره يبطل بالقصاص في النفس فإن التكافؤ معتبر بدليل أن المسلم لا يقتل
بمستأمن ثم يلزمه أن يأخذ الناقصة الكاملة لأن المماثلة قد وجدت وزيادة
فوجب أخذها بها إذا رضي المستحق كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع
وأما اليسار واليمنى فيجرىان مجرى النفسين لاختلاف محلتهما ولهذا يستوي
بدلتهما فعلم أنها ليست بناقصة عنها شرعا ولا العلة فيهما ذلك
مسألة : ولا يجب إلا بمثل الموجب في النفس وهو العمد المحض كما لا يجب
في النفس إلا بذلك ووجوب القصاص فيما دون النفس والأطراف إذا أمكن
ثابت بالنص والإجماع

أما النص فقول الله تعالى : { والجروح قصاص } وقوله تعالى : { وكتبنا
عليهم فيها أن النفس بالنفس والعين بالعين } الآية و [روى أنس بن مالك :
أن الربيع بنت النضر كسرت ثنية جارية فعرضوا عليهم الإرش فأبوا إلا
القصاص فجاء أخوها أنس بن النضر فقال : يا رسول الله تكسر ثنية الربيع ؟
والذي بعثك بالحق لا تكسر ثنيتهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم : يا أنس
كتاب الله القصاص قال فعفا القوم فقال النبي صلى الله عليه وسلم : إن من
عباد الله من لو أقسم على الله لأبره [متفق عليه وأجمع المسلمون على
جرىان القصاص فيما دون النفس إذا أمكن ولأن ما دون النفس كالنفس في
الحاجة إلى حفظه بالقصاص فكان كالنفس في وجوبه

فصل : فأما الخطأ فلا قصاص فيه إجماعا فلا قصاص فيه إجماعا لأنه لا يوجب
القصاص في النفس وهي الأصل ففيما دونها أولى ولا يجب في شبه العمد وهو
أن يقصد ضربه بما لا يفضي إلى ذلك غالبا مثل أن يضربه بحصاة لا يوضح مثلها
فتوضحه فلا يجب به القصاص لأنه شبه عمد ولا يجب القصاص إلا بالعمد

المحض وقال أبو بكر يجب به القصاص ولا يراعى فيه ذلك لعموم الآية
والصحيح الأول والآية مخصوصة بالخطأ فكذلك هذا ولأنه لا يجب به القصاص
في النفس فكذلك الجراح

[جزء 9 - صفحة 429]

مسألة وهو نوعان أحدهما الأطراف فتؤخذ العين بالعين والأنف بالأنف والأذن
بالأذن والسن بالسن والجفن
مسألة : وهو نوعان : أحدهما : الأطراف فتؤخذ العين بالعين والأنف بالأنف
والأذن بالأذن والسن بالسن والجفن بالجفن والشفة بالشفة واليد باليد والرجل
بالرجل
أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الأطراف وقد ثبت ذلك بالآية وبخبر
الربيع الذي ذكرناه

مسألة ويشترط للقصاص في الطرف ثلاثة شروط أحدها أن يكون القطع من
مفصل أو له حد ينتهي إليه كمارن
مسألة : ويشترط للقصاص في الطرف ثلاثة شروط : أحدها : أن يكون القطع
من مفصل أو له حد ينتهي إليه كمارن الأنف وهو ما لان منه فإن قطع القصبة
أو قطع من نصف الساعد أو الساق فلا قصاص في أحد الوجهين وفي الآخر
يقتص من حد المارن ومن الكوع والكعب وهل يجب له أرش الباقي ؟ على
وجهين : أجمعوا على جريان القصاص في الأنف للآية والمعنى ويؤخذ الكبير
بالصغير والاقنى بالأفطس وأنف الأشم بأنف الأشم الذي لا شتم له لأن ذلك
لعلة في الدماغ والأنف صحيح كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم فإن كان بأنفه
جذام أخذ به الأنف الصحيح ما لم يسقط منه شيء لأن ذلك مرض فإن سقط
منه شيء لم يؤخذ به الصحيح إلا أن يكون من أحد جانبيه فيؤخذ من الصحيح
مثل ما بقي منه أو يأخذ أرش ذلك والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن
وهو ما لان منه دون القصبة لأن ذلك حد ينتهي إليه فه كاليد يجب القصاص
فيما انتهى الى الكوع فإن قطع الأنف كله مع القصبة فعليه القصاص في
المارن وحكومة للقصبة هذا قول ابن حامد ومذهب الشافعي وفيه وجه آخر أنه
لا يجب مع القصاص حكومة كيلا يجمع في عضو واحد بين قصاص ودية وقياس
قول أبي بكر أنه لا يجب القصاص ههنا لأنه يضع الجديدة في غير الموضع الذي
وضعها فيه الجاني فيه فلم يملك ذلك لقوله فيمن قطع اليد من نصف الذراع أو
الكف : وذكر القاضي ههنا كقول أبي بكر وفي نظائره مثل قول ابن حامد ولا
يصح التفريق مع التساوي وإن قطع بعض الأنف قدر بالأجزاء وأخذ منه بقدر
ذلك ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض

أنف المجني عليه لكبره ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن والأيسر بمثله ويؤخذ الحاجز لأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه إلى حد
فصل : وتؤخذ العين بالعين للآية ولا يشترط التساوي في الصغر والكبر والصحة والمرض لأن اعتبار ذلك يفضي الى سقوط القصاص بالكلية
فصل : وتؤخذ الأذن بالأذن أجمع أهل العلم على أن الأذن تؤخذ بالأذن وقد دلت الآية على ذلك ولأنها تنتهي إلى حد فاصل فاشبهت اليد وتؤخذ الكبيرة بالصغيرة وتؤخذ أذن السميع بمثلها وبأذن الأصم وتؤخذ أذن الأصم بكل واحد منهما لتساويهما فإن ذهب السميع نقص في الرأس لأنه محله وليس بنقص فيهما وتؤخذ الصحيحة بالمشقوبة لأن الثقب ليس بعيب وإنما يفعل في العادة للقرط والتزين به فإن كان الثقب في غير محله أو كانت مخرومة أخذت بالصحيحة ولم تؤخذ الصحيحة بها لأن الثقب إذا انخرم صار نقصا فيها والثقب في غير محله عيب ويخير المجني عليه بين أخذ الدية إلا قدر النقص وبين أن يقتص فيما سوى العيب ويتركه من أذن الجاني وفي وجوب الحكومة له في قدر النقص وجهان وإن قطع بعض اذنه فله أن يقتص من أذن الجاني بقدر ما قطع من أذنه بقدر ذلك بالأجزاء فيؤخذ النصف بالنصف وعلى حسب ذلك وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يجري القصاص في البعض لأنه لا ينتهي الى حد ولنا أنه يمكن تقدير المقطوع وليس فيها كسر عظم فجرى القصاص في بعضها كالذكر وبهذا ينتقض ما ذكره

فصل : وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ الصحيحة بها ؟ فيه وجهان : أحدهما : لا تؤخذ بها لأنها ناقصة معيبة فلم تؤخذ بها الصحيحة كاليد الشلاء وسائر الأعضاء

والثاني : تؤخذ بها لأن المقصود منها جمع الصوت وحفظ محل السمع والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء
فصل : فإن قطع أذنه فأبانها فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت فقال القاضي : يجب القصاص وهو قول الثوري و الشافعي و إسحاق لأنه وجب بالإبانة وقد وجدت وقال أبو بكر : لا قصاص فيها وهو قول مالك لأنها لم تبين على الدوام فلم يستحق إبانة أذن الجاني دواما فإن سقطت بعد ذلك قريبا أو بعيدا فله القصاص ويرد ما أخذ وعلى قول أبي بكر : إذا لم تسقط له دية الأذن وهو قول أصحاب الرأي وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية ؟ وقال مالك : لا عقل لها إذا عادت مكانها فاما إن قطع بعض أذنه فالتصق فله أرش الجرح ولا قصاص فيه وإن قطع أذن إنسان فاستوفى منه فألصق الجاني أذنه فالتصقت فطلب المجني عليه إبانتها لم يكن له ذلك لأن الإبانة قد حصلت والقصاص قد استوفى فلم يبق قبله حق فاما إن كان المجني عليه لم يقطع جميع الأذن إنما قطع بعضها فالتصق كان للمجني عليه قطع جميعها لأنه استحق إبانة جميعها ولم يكن أبانه والحكم في السن كالحكم في الأذن

فصل : ومن ألصق أذنه بعد إبانتها أو سنة فهل تلزم إبانتها ؟ فيه وجهان مبنيان على الروايتين فيما بان في الآدمي هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا هو نجس لزمته إزالتها ما لم يخف الضرر بذلك كما لو جبر ساقه بعظم نجس وإن قلنا بطهراتها لم تلزمه إزالتها اختاره أبو بكر وهو قول عطاء بن أبي رباح و عطاء

الخراساني وهو الصحيح لأنه جزء آدمي طاهر في حياته وموته فكان طاهرا كحالة اتصاله فأما إن قطع بعض أذنه فالتصقت لم يلزمه إبانته على الروائين جميعا لأنها لم تصر ميتة لعدم إبانته ولا قصاص فيها قاله القاضي وهذا مذهب الشافعي لأنه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها

[جزء 9 - صفحة 432]

مسألة وتقطع العين بالعين

مسألة : وتقطع العين بالعين

أجمع أهل العلم على القصاص في العينين يروى ذلك عن مسروق و الحسن و ابن سيرين و الشعبي و الزهري و الثوري و مالك و الشافعي و أبي ثور و أصحاب الرأي وروي عن علي رضي الله عنه لقول الله تعالى : { والعين بالعين } ولأنها تنتهي إلى مفصل فجرى القصاص كاليد وتؤخذ عين الشاب بعين الشيخ المريضة وعين الكبير بعين الصغير والأعمش ولا تؤخذ الصحيحة بالقائمة لأنه يأخذ أكثر من حقه وتؤخذ القائمة بالصحيحة لأنها دون حقه كما تؤخذ الشلاء بالصحيحة ولا أرش له معها لأن التفاوت في الصفة فصل : فإن قلع عينه بأصبعه لم يجز أن يقتص بأصبعه لأنه لا يمكن المماثلة فيه فإن لطمه فأذهب ضوء عينه لم يجز أن يقتص منه باللطمة لأن المماثلة فيها غير ممكنة ولهذا لو انفردت من إذهب الضوء لم يجب فيها قصاص ويجب القصاص في البصر فيعالجه بما يذهب بصره من غير أن يقطع عينه وسنذكر ذلك وذكر القاضي أنه يقتص منه باللطمة فيلطمه المجني عليه مثل لطمته فإن ذهب ضوء عينه وإلا كان له أن يذهب به نذكره وهو مذهب الشافعي ولا يصح هذا فإن اللطمة لا يقتص منها منفردة فلا يقتص منها إذا سرت إلى العين كالشجة دون الموضحة ولأن اللطمة إذا لم تكن في العين لا يقتص منها بمثلها مع الأمن من إفساد العضو ففي العين مع وجود ذلك أولى ولأنه قصاص فيما دون النفس فلم يجز بغير الآلة المعدة له كالموضحة وقال القاضي : لا يجب القصاص إلا أن تكون اللطمة تذهب بذلك غالبا فإن كانت لا تذهب بالنظر غالبا فذهبت بها فهو شبه عمد لا قصاص فيه وهو قول الشافعي لأنه فعل لا يفضي إلى الفوات غالبا فلم يجب به القصاص بكل حال لعموم قوله تعالى : { والعين بالعين } ولأن اللطمة إذا أسالت العين كانت بمنزلة الجرح ولا يعتبر فيه الإفضاء إلى التلف غالبا

فصل : فإن لطم عينه فذهب بصرها أو ابيضت وشخصت فإن أمكن معالجة عين الجاني حتى يذهب بصرها وتبيض وتشخص من غير جناية علي الحدقة فعل ذلك وإن لم يمكن الإذهب بعض ذلك مثل ذهاب البصر دون أن تبيض وتشخص فعليه حكومة للذي لم يمكن القصاص فيه كما لو جرحه هاشمة فإنه يقتص موضحة ويأخذ أرش باقي جرحه وعلى قول أبي بكر : لا يستحق مع القصاص أرش وقال القاضي : إذا لطمه مثل لطمته فذهب ضوء عينه ولم

تبيض ولم تشخص فإن أمكن معالجتها حتى تبيض وتشخص من غير الحدقة فعلة فإن تعذر ذلك فلا شيء عليه كما لو اندملت موضحة المجني عليه وحشة قبيحة وموضحة الجاني حسنة جميلة لم يجب شيء كذلك ههنا وبناء هذا على أن اللطمة حصل بها القصاص كما حصل بجرح الموضحة وقد بينا فساد هذا

[جزء 9 - صفحة 435]

مسألة ويؤخذ السن بالسن
مسألة : ويؤخذ السن بالسن
وهو إجماع أهل العلم للآية وحديث الربيع ولأن القصاص فيها ممكن لأنها محدودة في نفسها وتؤخذ الصحيحة بالصحيحة والمكسورة بالصحيحة لأنه يأخذ بعض حقه وهل له أرش الباقي ؟ فيه وجهان ذكرناهما
فصل : ولا يقتص إلا من سن من أثمر أي سقطت رواضعه ثم نبتت يقال لمن سقطت رواضعه ثغر فهو مثغور فإذا نبتت قيل أثمر وأثمر لغتان وإن قلع سن من لم يثمر لم يقتص من الجاني في الحال وهذا قول مالك و الشافعي وأصحاب الراي لأنها تعود بحكم العادة فلا يقتص منها كالشعر فإن عاد بدل السن في محلها مثلها على صفتها فلا شيء على الجاني كما لو قلع شعره ثم نبت وإن عادت مائلة عن محلها أو متغيرة عن صفتها كان عليه حكومة لأنها لو لم تعد ضمن السن فإذا عادت ناقصة ضمن ما نقص وإن عادت قصيرة ضمن ما نقص بالحساب ففي ثلثها ثلث ديتهما وعلى هذا الحساب وإن عادت والدم يسيل ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل العلم بالطب فإن قالوا قد يئس من عودها فالمجني عليه مخير بين القصاص أو الدية فإن مات المجني عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق له غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درئه وتجب الدية لأن القلع موجود والعود مشكوك فيه ويحتمل أنه إذا مات قبل مجيء وقت عودها أن لا يجب شيء لأن العادة عودها فأشبهه ما لو حلق شعره فمات قبل نباته فأما إن قلع سن من قد أثمر وجب القصاص له في الحال لأن الظاهر عدم عودها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وقال القاضي : يسأل أهل الخبرة فإن قالوا لا تعود فله القصاص في الحال وإن قالوا : يرجي عودها إلى وقت ذكره لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت وهذا قول بعض أصحاب الشافعي لأنها تحتمل العود فأشبهت سن من لم يثمر إذا ثبت هذا فإنها إن لم تعد فلا كلام وإن عادت لم يجب قصاص ولا دية وهذا قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي وقال في الآخر : لا يسقط الأرش لأن هذه السن لا تستخلف عادة فإذا عادت كانت هبة مجددة ولذلك لا ينتظر عودها في الضمان ولنا أنها سن عادت فسقط الأرش كسن من لم يثمر وندرة وجودها لا يمنع ثبوت حكمها إذا وجدت فعلى هذا إن كان أخذ الأرش رده وإن كان استوفى القصاص لم يجز قلع هذه قصاصا لأنه لم يقصد العدوان وإن عادت سن الجاني

دون سن المجني عليه لم تقلع في أحد الوجهين لئلا يأخذ سنين بسن وإنما قال الله تعالى : { السن بالسن } والثاني تقلع وإن عادت مرات لأنه اعدم سنه بالقلع فكان له اعدام سنة ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين
فصل : فإن قلع سنا فاقتص منه ثم عادت سن المجني عليه فقلعها الجاني ثانية فلا شيء عليه لأن سن المجني عليه لما عادت وجب للجاني عليه دية سنة فلما قلعها وجب على الجاني ديتها للمجني عليه فقد وجب لكل واحد منهما دية سن فيتقاصان

[جزء 9 - صفحة 437]

مسألة ويؤخذ الجفن بالجفن
مسألة : ويؤخذ الجفن بالجفن
لقوله تعالى : { والجروح قصاص } ولأنه يمكن القصاص فيه لانتهائه الى مفصل وهذا مذهب الشافعي ويؤخذ جفن البصير بمثله ويجفن الضرير ويؤخذ جفن الضرير بمثله ويجفن لأنهما تساويا في السلامة من النقص وعدم البصر نقص في غيره لا يمنع أخذ أحدهما بالآخر كأذن الأصم

مسألة وتؤخذ الشفة بالشفة
مسألة : وتؤخذ الشفة بالشفة
وهي ما جاوز الذقن والخذين علوا وسفلا لقول الله تعالى : { والجروح قصاص } ولأن لها حدا تنتهي اليه يمكن القصاص منه فوجب كاليدين
فصل : ويؤخذ اللسان باللسان للآية ولأن له حدا ينتهي اليه فاقتص منه كالعين ولا نعلم في هذا خلافا ولا يؤخذ لسان ناطق بأخرس لأنه أفضل منه ويؤخذ الأخرس بالناطق لأنه دون حقه ويؤخذ بعض اللسان بالبعض لأنه أمكن القصاص في جميعه فأمكن في بعضه كالسن ويقدر ذلك بالأجزاء ويؤخذ منه بالحساب

مسألة وتؤخذ اليد باليد
مسألة : وتؤخذ اليد باليد
لقول الله تعالى : { والجروح قصاص } وقد أجمع أهل العلم على جريان القصاص في الأطراف للآية ولحديث الربيع ويشترط لذلك ثلاثة شروط : أحدها : الأمن من الحيف وهو أن يكون القطع من مفصل فإن كان من غير مفصل فلا قصاص فيه من موضع القطع بغير خلاف نعلمه لما [روى نمر بن جابر عن أبيه أن رجلا ضرب رجلا على ساعده بالسيف فقطعها من غير مفصل فاستعدى عليه النبي صلى الله عليه وسلم فأمر له بالدية فقال : أني أريد

القصاص فقال : خذ الدية بارك الله لك فيها ولم يقض له بالقصاص [رواه ابن ماجه

وفي قطع اليد ثمان مسائل : أحدها : قطع الأصابع من مفاصلها فالقصاص واجب فيها لأن لها مفاصل ويمكن القصاص فيها من غير حيف وان اختار الدية فله نصفها لأن في كل اصبع عشر الدية الثانية : قطعها من نصف الكف فليس له القصاص من موضع القطع لأنه ليس بمفصل فلا يؤمن الحيف فيه وإن أرد قطع الأصابع ففيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك اختاره أبو بكر لأنه يقتص من غير موضع الجناية فلم يجز كما لو كان القطع من الكوع يحققه أن امتناع قطع الأصابع إذا قطع من الكوع إنما كان لعدم المقتضي أو وجود مانع وأيهما كان فهو متحقق إذا كان القطع من نصف الكف والثاني : له قطع الأصابع ذكره أصحابنا وهو ذهب الشافعي لأنه يأخذ دون حقه لعجزه عن استيفاء حقه فأشبهه ما لو شجحه هاشمة فاستوفى موضحة ويفارق ما إذا قطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه فلم يجز العدول الى غيره وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان : أحدهما : ليس له ذلك لأنه يجمع بين القصاص والأرش في عضو واحد فلم يجز كما لو قطع من الكوع والثاني : له أرش نصف الكف لأنه حق له تعذر استيفاؤه فوجب أرشه كسائر ما هذا حاله وإن اختار الدية فله نصفها لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية فما دونه أولى

الثالثة : قطع من الكوع فله قطع يده من الكوع لأنه مفصل وليس له قطع الأصابع لأنه غير محل الجناية ولا يستوفى منه مع امكان الاستيفاء من محلها الرابعة : قطع من نصف الذراع فليس له أن يقطع من ذلك الموضع لأنه ليس بمفصل وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه وله نصف الدية وحكومة في المقطوع من الذراع وهل له القطع من الكوع ؟ فيه وجهان كما ذكرنا فيمن قطع من نصف الكف ومن جوز القطع من الكوع فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان ويخرج أيضا في جواز قطع الأصابع وجهان فإن قطع منها لم يكن له حكومة في الكف لأنه أمكنه أخذه قصاصا فلم يكن له طلب أرشه كما لو كانت الجناية من الكوع

الخامسة : قطع من المرفق فله القصاص منه لأنه مفصل وليس له القطع من الكوع لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله والاقتصاص من محل الجناية عليه فلم يجز العدول الى غيره وإن عفا الى الدية فله دية اليد وحكومة للساعد السادسة : قطعها من العضد فلا قصاص فيها في أحد الوجهين وله دية اليد وحكومة للساعد العضد والثاني : له القصاص من المرفق وهل له حكومة في الزائد ؟ على وجهين وهل له القطع من الكوع ؟ يحتمل وجهين :

السابعة : قطع من المنكب فالواجب القصاص لأنه مفصل إذا لم يخف جائفة وإن اختار الدية فله دية اليد وحكومة لما زاد

الثامنة : خلع عظم المنكب ويقال له : مشط الكتف فيرجع فيه الى اثنين من ثقات أهل الخبرة فإن قالوا : يمكن الاستيفاء من غير أن تصير جائفة استوفى وإلا صار الأمر إلى الدية وفي جواز الاستيفاء من المرفق أو إما دونه مثل ما

ذكرنا في نظائره ومثل هذه المسائل في الرجل فالساق كالذراع والفخذ كالعضد والورك كعظم الكتف والقدم كالکف فتقاس عليها للنص والمعنى

[جزء 9 - صفحة 440]

مسألة ويؤخذ كل واحد من الأصابع والكف والمرفق والذكر والانثيين بمثله
مسألة : ويؤخذ كل واحد من الأصابع والكف والمرفق والذكر والانثيين بمثله
لقوله تعالى : { والجروح قصاص } ولما ذكرنا في اليد باليد ولا نعلم بين أهل
العلم خلافا في ان القصاص يجري في الذكر ولأن له حدا ينتهي اليه ويمكن
القصاص فيه من غير حيف فوجب فيه القصاص كالأنف ويستوي في ذلك ذكر
الصغير والكبير والشيخ والشاب والذكر الكبير والصغير والصحيح والمريض لأن
ما وجب فيه القصاص من الأطراف لم يختلف بهذه المعاني كذلك الذكر ويؤخذ
كل واحد من المجبوب والأغلف بصاحبه لأن الغلظة زيادة يستحق إزالتها فهي
كالمعدومة ويؤخذ كل واحد من الخصي والعنين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد
بالعبد والذمي بالذمي ويؤخذ بعضه ببعض ويعتبر بالأجزاء دون المساحة فيؤخذ
النصف بالنصف وما زاد ونقص فحساب ذلك كالأنف والأذن على ما ذكرناه

[جزء 9 - صفحة 441]

مسألة ويجري القصاص في الانثيين كما ذكرنا من النص والمعنى
مسألة : ويجري القصاص في الأنثيين كما ذكرنا من النص والمعنى
ولا نعلم فيه خلافا فإن قطع أحدهما وقال أهل الخبرة : أنه يمكن أخذها مع
سلامة الأخرى جاز وان قالوا : لا يؤمن تلف الأخرى لم يقتص منها خشية
الحيف و يجب فيها نصف الدية وإن أمن تلف الأخرى أخذت اليمنى باليمنى
واليسرى باليسرى كاليدين

مسألة وهل يجري القصاص في الألية ؟ على وجهين
مسألة : وهل يجري القصاص في الألية ؟ على وجهين :
يجب القصاص في الأليين النابتين بين الفخذ والظهر بجانبى الدبر في أحد
الوجهين وهو ظاهر مذهب الشافعي والوجه الثاني : لا يجب وهو قول المزني
لأنهما لحم متصل بلحم أشبه لحم الفخذ ووجه الأول قوله تعالى : { والجروح
قصاص } ولأن لهما حدا ينتهيان إليه فجرى القصاص فيهما كالذكر

مسألة وفي القصاص في شفري المرأة وجهان
مسألة : وفي القصاص في شفري المرأة وجهان :
أحدهما : لا قصاص فيهما لأنه لحم لا مفصل له ينتهي اليه فأشبهه لحم الفخذين
وهو قول القاضي والثاني : فيهما القصاص لأن انتهاءهما معروف فأشبهها
الشفيتين وجفني العينين وهو قول أبي الخطاب ولأصحاب الشافعي وجهان
كهذين
فصل : فإن قطع ذكر خنثى مشكل أو أنثيه أو شفريه فطلب القصاص لم يجب
اليه في الحال ونقف الأمر حتى تبين حاله لأننا لا نعلم أن المقطوع عضو أصلي
وإن اختار الدية وكان يرجى انكشاف حاله أعطينا اليقين وتكون له حكومة في
المقطوع وإن كان قطع جميعها فله دية امرأة في الشفريين وحكومة في الذكر
والأنثيين وإن يئس من انكشاف حاله أعطي نصف دية الذكر والأنثيين ونصف
دية الشفريين وحكومة في نصف ذلك كله

[جزء 9 - صفحة 442]

مسألة وإذا وضح إنسانا فذهب ضوء عينه أو سمعه أو شمه فإنه يوضحه فإنه
جرح يمكن الاقتصاص منه من غير
مسألة : وإذا وضح إنسانا فذهب ضوء عينه أو سمعه أو شمه فإنه يوضحه فإنه
جرح يمكن الاقتصاص منه من غير حيف
لأن له حدا ينتهي اليه ثم إن ذهب ذلك والا استعمل فيه ما يذهب من غير أن
يجني على حدقته أو أذنه أو أنفه لأنه يستوفي حقه من غير زيادة فيعالج بما
يذهب بصره من غير أن يقلع عينه كما روى يحيى بن جعدة أن أعرابيا قدم
بحلوبة له الى المدينة فساومه فيها مولى لعثمان رضي الله عنه فنازعه فلطمه
ففقأ عينه فقال له عثمان : هل لك إن اضعف لك الدية وتعفو عنه ؟ فأبى
فرفعهما الي علي رضي الله عنه فدعا علي بمرأة فأحماها ثم وضع القطن
على عينه الأخرى ثم أخذ المرأة بكلبتين فأدناها حتى سال إنسان عينه وإن
وضع فيها كافورا يذهب بضوئها من غير أن يجني على الحدقة جاز وكذلك
السمع والشم وإن لم يمكن الا بالجناية على هذه الأعضاء سقط القصاص
لتعذر المماثلة ولأن توهم الزيادة يسقط القود فحقيقته أولى
فصل : وإن شجه دون الموضحة فأذهب ضوء عينه لم يقتص منه مثل شجته
بغير خلاف علمناه لأنها لا قصاص فيها إذا لم يذهب ضوء العين فكذلك إذا ذهب
ويعالج ضوء العين بمثل ما ذكرنا فإن كانت الشجة فوق الموضحة فله إن
يقتص موضحة فإن ذهب ضوء العين وإلا استعمل فيه ما يزيله من غير أن يجني
على الحدقة واختلف اصحاب الشافعي في القصاص في البصر في هذه
المواضع فقال بعضهم : لا قصاص فيه لأنه لا يجب بالسراية عندهم كما لو قطع
اصبعه فسرى القطع الى التي تليها فأذهبها وقال بعضهم : يجب القصاص ههنا

قولا واحدا لأن ضوء العين لا تمكن مباشرته بالجنابة فيقتص منه بالسراية كالنفس فيقتص من البصر بما ذكرنا في مثل هذا
فصل : الشرط الثاني : المماثلة في الموضوع : فيؤخذ كل واحدة من اليمنى واليسرى والعليا والسفلى من الشفتين والاجفان بمثلها لأن القصاص يعتمد المماثلة هذا قول أكثر أهل العلم منهم مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وحكي عن ابن سيرين و شريك : أن احدهما تؤخذ بالأخرى لاستوائهما في الخلقة والمنفعة
ولنا أن كل واحدة منهما تختص باسم فلا تؤخذ احدهما بالأخرى كاليد مع الرجل وكذلك كل ما انقسم الى يمين ويسار كاليدين والرجلين والاذنين والمنخرين والثديين والاليتين والانشيين لا تؤخذ احدهما بالأخرى وكذلك كل ما انقسم الى أعلى وأسفل كالجفنين والشفتين لا يؤخذ الأعلى بالأسفل ولا الأسفل بالأعلى لذلك

[جزء 9 - صفحة 444]

مسألة وتؤخذ الأصبع والسن والأنملة بمثلها في الموضوع والاسم ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا في الموضوع والاسم
مسألة : وتؤخذ الأصبع والسن والأنملة بمثلها في الموضوع والاسم ولا تؤخذ أنملة بأنملة إلا أن يتفقا في الموضوع والاسم ولا تؤخذ عليا بسفلى ولا وسطى والوسطى والسفلى لا تؤخذان بغيرهما

مسألة فلو قطع أنملة رجل العليا وقطع الوسطى من آخر ليس له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل
مسألة : فلو قطع أنملة رجل العليا وقطع الوسطى من آخر ليس له عليا فصاحب الوسطى مخير بين أخذ عقل أنملته وبين أن يصبر حتى تقطع العليا ثم يقتص من الوسطى لأنه يستوفي حقه بذلك
فصل : فإن قطع من ثالث السفلى فلأول أن يقتص من العليا ثم للثاني يقتص من الوسطى ثم للثالث أن يقتص من السفلى سواء جاءوا جميعا أو واحدا بعد واحد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لاقتصاص إلا في العليا لأنه لم يجب في غيرها حال الجنابة لتعذر استيفائه فلم يجب بعد ذلك كما لو كان غير مكافئ حال الجنابة ثم صار مكافئا بعده
ولنا : أن تعذر القصاص لاتصال محله بغيره لا يمنعه إذا زال الاتصال كالحامل إذا جنت ثم وضعت ويفارق عدم التكافؤ لأنه تعذر لمعنى فيه وههنا تعذر لاتصال غيره به فأما إن جاء صاحب الوسطى أو السفلى يطلب القصاص قبل صاحب العليا لم يجب إليه لأن في استيفائه إتلاف أنمله لا يستحقها وقبل لهما : إما أن تصبرا حتى تعلما ما يكون من الأول فإن اقتص فلكما القصاص وإن عفا فلا

قصاص لكما وإما أن ترضيا بالعقل فإن جاء صاحب العليا فاقتص فللثاني
الاقتصاص وحكم الثالث مع الثاني حكم الثاني مع فإن عفا فلكما العقل وإن
قالا نحن نصبر ومنتظر بالقصاص ان تسقط العليا بمرض أو نحوه ثم نقتص لم
يمنعا من ذلك فإن قطع صاحب الوسطى الوسطى والعليا فعليه دية العليا تدفع
إلى صاحب العليا وإن قطع الاصبع كلها فعليه القصاص في الانملة الثالثة وعليه
أرش العليا للأول وأرش السفلى على الجاني لصاحبها وإن عفا الجاني عن
قصاصها وجب أرشها يدفعه إليه ليدفعه إلى المجني عليه
فصل : فإن قطع أنملة رجل العليا ثم قطع أنملي آخر العليا والوسطى من
تلك الاصبع فللأول قطع العليا لأن حقه أسبق ثم يقطع الثاني الوسطى وبأخذ
أرش العليا من الجاني فإن بادر الثاني فقطع الأنمليتين فقد استوفى حقه وتعذر
استيفاء القصاص للأول وله الأرش على الجاني وإن كان قطع الأنمليتين أولا
قدمنا صاحبها في القصاص ووجب لصاحب العليا أرشها وإن بادر صاحبها
فقطعها فقد استوفى حقه وتقطع الوسطى للأول وبأخذ الأرش للعليا ولو قطع
أنملة رجل العليا ولم يكن للقاطع عليا فاستوفى الجاني من الوسطى فإن عفا
إلى الدية تقاصا وتساقطا لأن ديتهما واحدة وإن اختار الجاني القصاص فله ذلك
ويدفع أرش العليا ويجيء على قول أبي بكر : أن لا يجب القصاص لأن ديتهما
واحدة واسم الانملة يشملهما فتساقطا كقوله في إحدى اليدين بدلا عن الأخرى

[جزء 9 - صفحة 445]

مسألة ولا تؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها
لعدم التماثل وإن تراضيا عليه
مسألة : ولا تؤخذ أصلية بزائدة ولا زائدة بأصلية ولا زائدة بزائدة في غير محلها
لعدم التماثل وإن تراضيا عليه لم يجز
وجملة ذلك أن ما لا يجوز أخذه قصاصا لا يجوز بتراضيهما لأن الدماء لاتستباح
بالإباحة والبذل ولذلك لو بذلها ابتداء لم يحل له أخذها ولا يحل لأحد قتل نفسه
ولا قطع طرفه فلا يحل لغيره ببذله

[جزء 9 - صفحة 446]

مسألة فلو تراضيا على إحدى اليدين بدلا عن الأخرى فقطعها المقتص سقط
القول
مسألة : فلو تراضيا على إحدى اليدين بدلا عن الأخرى فقطعها المقتص سقط
القول

لأن القدر سقط في الأولى باسقاط صاحبها وفي الثانية بإذن صاحبها في قطعها
وديتهما متساوية وهذا قول أبي بكر وكذلك لو قطعها تعديا سقط القصاص
لأنهما تساويا في الدية والألم والاسم فتقاصا وتساقطا ولأن إيجاب القصاص
يفضي إلى قطع يدي كل واحد منهما وإذهب منفعة الجنس والحق الضرر
العظيم بهما جميعا ولا تفريع على هذا القول لوضوحه وكل واحد من القطعين
مضمون سرايته ولأنه عدوان وقال ابن حامد : إن كان أحدهما عدوانا فلكل
واحد منهما القصاص على صاحبه وإن أخذها بتراضيهما فلا قصاص في الثانية
لرضا صاحبها ببذلها وإذنه في قطعها وفي وجوبه في الأولى وجهان : أحدهما :
يسقط لما ذكرناه والثاني : لا يسقط لأنه رضي بتركه بعوض لم يثبت له فكان
له الرجوع إلى حقه كما لو باعه سلعة بخمر وقبضه إياه فعلى هذا له القصاص
بعد اندمال الأخرى وللجاني دية يده فإذا وجب للمجني عليه دية يده وكانت
الديتان واحدة تقاصا وإن كانت إحداهما أكثر من الأخرى كالرجل مع المرأة
وجب الفضل لصاحبه

مسألة وإن قال له أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها أجزأت على قول أبي
بكر سواء قطعها عالما بها أو جاهلا
مسألة : وإن قال له أخرج يمينك فأخرج يساره فقطعها أجزأت على قول أبي
بكر سواء قطعها عالما بها أو جاهلا
وعلى قول ابن حامد وإن أخرجها عمدا عالما أنها يساره وأنها لا تجزىء فلا
ضمان على قاطعها ولا قود لأنه بذلها باخراجه لها لا على سبيل العوض وقد
يقوم الفعل في ذلك مقام النطق بدليل أنه لا فرق بين قوله : خذ هذا فكله
وبين استدعاء ذلك منه فيعطيه إياه ويفارق هذا ما إذا قطع يد إنسان وهو
ساكت لأنه لم يوجد منه البذل وينظر في المقتص فإن فعل ذلك عالما بالحال
عزر لأنه ممنوع منه لحق الله تعالى وهل يسقط القصاص في اليمنى ؟ على
وجهين : أحدهما : يسقط لأن قاطع اليسار تعدى بقطعها فلم يملك قطع اليد
الأخرى كما لو وقطع يد السارق اليسرى مكان يمينه فإنه لا يملك قطع يمينه
والوجه الثاني : لا يسقط وهو مذهب الشافعي وفرقوا بين القصاص وقطع
السارق من وجوه ثلاثة أحدها : أن الحد مبني على الإسقاط بخلاف القصاص :
الثاني : أن اليسار لا تقطع في السرقة وإن عدمت يمينه لأنه يفوت منفعة
الجنس بخلاف القصاص والثالث : أن اليد لو سقطت بأكلة أو قصاص سقط
القطع في السرقة فجاز أن يسقط بقطع اليسار بخلاف القصاص فإنه لا
يسقط وينتقل إلى البديل ولكن لا تقطع يمينه حتى تندمل يساره لئلا يؤدي إلى
ذهاب نفسه فإن قيل : ليس لقطع يمين رجل ويسار آخر يؤخر أحدهما إلى
اندمال الآخر ؟ قلنا : الفرق بينهما أن القطعين مستحقان قصاصا فلماذا جمعنا
بينهما وفي مسألتنا أحدهما غير مستحق فلا نجمع بينهما فإذا اندملت اليسار
قطعنا اليمين فإن سرى قطع اليسار إلى نفسه كانت هدرًا ويجب في تركته دية
اليمنى لتعذر الاستيفاء فيها بموته

مسألة وإن أخرجها دهشة أو ظنا منه أنها تجزىء فعلى القاطع ديتها إن علم أنها يسار وأنها لا تجزىء ويعزر
مسألة : وإن أخرجها دهشة أو ظنا منه أنها تجزىء فعلى القاطع ديتها إن علم أنها يسار وأنها لا تجزىء ويعزر
وقال بعض الشافعية : عليه القصاص لأنه قطعها مع العلم بأنه ليس له قطعها ولنا : أنه قطعها ببذل صاحبها فلم يجب عليه القصاص كما لو علم بأذنها وإن كان جاهلا فلا تعزير عليه وعليه الضمان بالدية لأنه بذلها له على وجه البذل فكانت مضمونة عليه لأنه لو كان عالما بها كانت مضمونة عليه وما وجب ضمانه في العمد وجب في الخطأ كإتلاف المال والقصاص باق له في اليمين ولا يقتص حتى تندمل اليسار فإن عفا وجب بذلها ويتقاصان وإن سرت اليسار إلى نفسه كانت مضمونة بدية كاملة وقد تعذر قطع اليمينى ووجب له نصف الدية فيتقاصان به ويبقى نصف الدية لورثة الجاني فإن اختلفا في بذلها فقال الجاني : إنما بذلها بدلا عن اليمين وقال المجني عليه : بذلتها بغير عوض أو قال : أخرجتها دهشة قال : بل عالما فالقول قول الجاني لأنه أعلم بنيته ولأن الظاهر أن الإنسان لا يبذل طرفه للقطع تبرعا مع أن عليه قطعاً مستحقاً وهذا مذهب الشافعي

مسألة وإن كان من عليه القصاص مجنوناً مثل من يجن بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها للقوق
مسألة : وإن كان من عليه القصاص مجنوناً مثل من يجن بعد وجوب القصاص عليه فعلى قاطعها للقوق إن كان عالماً بها وأنها لا تجزىء لأنه قطعها تعدياً بغير حق وإن جهل أحدهما فعليه الدية لأن بذل المجنون ليس بشبهة

مسألة وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً
مسألة : وإن كان من له القصاص مجنوناً ومن عليه القصاص عاقلاً فأخرج إليه يساره أو يمينه فقطعها ذهبت هدراً
لأنه لا يصح منه الاستيفاء ولا يجوز البذل له ولا ضمان عليه لأنه اتلفها ببذل صاحبها لكن إن كان المقطوع اليمينى فقد تعذر استيفاء القصاص فيها لتلفها فتكون للمجنون ديتها

فصلاً : فإن وثب المجنون عليه فقطع يده التي لا قصاص فيها فعلى عاقلته ديتها وله القصاص في الأخرى وان قطع الأخرى فهو مستوف حقه في أحد الوجهين لأن حقه متعين فيها فإذا أخذها قهراً سقط حقه كما لو أتلّف وديعته والثاني : لا يسقط حقه وله عقل يده وعقل يد الجاني على عاقلته لأن المجنون لا يصح منه الاستيفاء ويفارق الوديعة إذا أتلّفها لأنها تلفت بغير تفريط وليس لها بدل إذا تلفت بذلك واليد بخلافه فإنها لو تلفت بغير تفريط كانت عليه ديتها وكذلك الحكم في الصغير فإن اقتصا مما لا تحمله العاقلة سقط حقهما وجهاً واحداً وقد ذكرناه

فصل : الثالث استواءهما في الصحة والكمال لأن القصاص يعتمد المماثلة فلا تؤخذ صحيحة بشلاء ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا ذات أظفار بما لا أظفار لها ولا عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس لا نعلم أحداً من أهل العلم قال بوجوب قطع يد أو رجل أو لسان صحيح بأشل إلا ما حكى داود أنه أوجب ذلك لاشتراكهما في الاسم فأخذه به كالأذنين

ولنا إن الشلاء لا نفع فيها سوى الجمال فلا تؤخذ بما فيه نفعة كالعين الصحيحة لا تؤخذ بالقائمة وما ذكر له قياس وهو لا يقول بالقياس وإذا لم يوجب القصاص في العينين مع قوله تعالى : { والعين بالعين } لأجل تفاوتهما في الصحة والعمى فلأن لا يوجب ذلك فيما لا نص فيه أولى ؟

فصل : ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع بناقصة الأصابع فلو قطع من له خمس أصابع يد من له أربع أو ثلاث أو قطع من له أربع أصابع يد من له ثلاث لم يجب القصاص لأنها فوق حقه وهل له أن يقطع من أصابع الجاني بعدد أصابعه ؟ فيه وجهان ذكرناهما فيما إذا قطع من نصف الكف وإن قطع ذو اليد الكاملة يداً فيها أصبع شلاء وباقيها صحاح لم يجز أخذ الصحيحة بها لأنه أخذ كامل بناقص وفي الاقتصاص من الأصابع الصحاح وجهان ؟ فإن قلنا له أن يقتص فله الحكومة في الشلاء وأرّش ما تحتها من الكف وهل يدخل ما تحت الأصابع الصحاح في قصاصها أو تجب به حكومة ؟ فيه وجهان ؟

فصل : وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها أصبع زائدة وجب القصاص فيها ذكره ابن حامد لأن الزائدة عيب ونقص في المعنى فلم يمنع وجودها القصاص منها كالسلعة فيها والجراح واختار القاضي أنها لا تقطع بها وهو مذهب الشافعي لأنها زيادة فعلى هذا إن كان للمجني عليه أيضاً أصبع زائدة في محل الزائدة من الجاني وجب القصاص لاستوائهما وإن كانت في غير محلها ولم يكن للمجني عليه أصبع زائدة لم تؤخذ يد الجاني وهل يملك قطع الأصابع ؟ ينظر فإن كانت الزائدة ملصقة بإحدى الأصابع فليس له قطع تلك الأصبع لأن في قطعها إضراراً بالزائدة وهل له قطع الأصابع الأربع ؟ على وجهين وإن لم تكن ملصقة بواحدة منهن فهل له قطع الخمس ؟ على وجهين وإن كانت الزائدة نابثة في أصبع في أنميتها العليا لم يجز قطعها وإن كانت نابثة في السفلى أو الوسطى فله قطع ما فوقها من الأنامل في أحد الوجهين وبأخذ أرّش الأنملة التي تعذر قطعها في أحد الوجهين ويتبع ذلك خمس الكف

فصل : وإن قطع ذو يد لها أظفار يد من لا أظفار له لم يجز القصاص لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة وإن كانت مقطوعة ذات أظفار إلا أنها خضراء أو

مستحشفة أخذت بها السليمة لأن ذلك علة ومرض والمرض لا يمنع القصاص
بدليل أنا نأخذ الصحيح بالسقيم

[جزء 9 - صفحة 452]

مسألة ولا تؤخذ عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس ولا ذكر صحيح
بأشل
مسألة : ولا تؤخذ عين صحيحة بقائمة ولا لسان ناطق بأخرس ولا ذكر صحيح
بأشل
لأنها ليست مماثلة لها ولأنه يأخذ أكثر من حقه فاشبهت اليد الصحيحة بالشلاء
ولا تؤخذ بها

مسألة ولا يؤخذ ذكر فحل بذكر خصي ولا عينين
مسألة : ولا يؤخذ ذكر فحل بذكر خصي ولا عينين
ذكره الشريف وهو قول مالك لأنه لا منفعة فيهما فإن ذكر العينين لا يوجد منه
وطء ولا انزال والخصي لا يولد له ولا يكاد يقدر على الوطاء ولا ينزل فهما
كالأشل ولأن كل واحد منهما ناقص فلا يؤخذ به الكامل كاليد الناقصة الكاملة
ويحتمل أن يؤخذ بهما قال أبو الخطاب : يؤخذ غيرهما بهما في أحد الوجهين
وهو مذهب الشافعي لأنهما عضوان صحيحان ينقبضان وينبسطان فيؤخذ بهما
غيرهما كذكر الفحل غير العين وإنما عدم الإنزال لذهاب الخصية والعنة لعله
في الظهر فلم يمنع ذلك من القصاص بهما كأذن الأصم وأنف الأخرم وقال
القاضي : لا يؤخذ ذكر الفحل بالخصي لتحقق نقصه والاياس من برئه وفي
أخذه بذكر العينين وجهان أحدهما : يؤخذ به الصحيح لأنه غير مايوس من زوال
عنته ولذلك يؤجل سنة بخلاف الخطأ والصحيح الأول : لأنه إذا ترددت الحال بين
كونه مساويا للآخر وعدمه لم يجب القصاص لأن الأصل عدمه فلا يجب بالشك
سيما وقد حكمنا بانتفاء التساوي لقيام الدليل على عنته وثبوت عنته ويؤخذ كل
واحد من الخصي والعينين بمثله لتساويهما كما يؤخذ العبد بالعبد والذمي بالذمي

[جزء 9 - صفحة 453]

مسألة إلا مارن الأشم الصحيح فإنه يؤخذ بأنف الأخرم الذي لا يشم
مسألة : إلا مارن الأشم الصحيح فإنه يؤخذ بأنف الأخرم الذي لا يشم
لأن ذلك لعله في الدماغ والأنف صحيح كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لكون
ذهاب السمع نقص في الرأس لأنه محله وليس بنقص في الأذن ويؤخذ الصحيح

بالمخروم والمستحشف لأن كونه مستحشفا مرض فلا يمنع من أخذه به لأنه يقوم مقام الصحيح

مسألة وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لما ذكرنا
مسألة : وتؤخذ أذن السميع بأذن الأصم لما ذكرنا
وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة وهل تؤخذ بها الصحيحة ؟ كاليد الشلاء
وسائر الأعضاء والثاني تؤخذ بها لأن المقصود جمع الصوت وحفظ محل السمع
والجمال وهذا يحصل بها كحصوله بالصحيحة بخلاف سائر الأعضاء

[جزء 9 - صفحة 454]

مسألة ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمثله إذا أمن من قطع الشلاء
التلف
مسألة : ويؤخذ المعيب من ذلك كله بالصحيح وبمثله إذا أمن من قطع الشلاء
التلف
إذا كان القاطع أشل والمقطوعة سالمة فإن شاء المجني عليه أخذ الدية فله
أخذ دية لا نعلم فيه خلافاً لأنه عجز عن استيفاء حقه على الكمال بالقصاص
فكانت له الدية كما لو لم يكن للقاطع يد وهذا قول أبي حنيفة و مالك و
الشافعي وإن اختار القصاص سئل أهل الخبرة فإن قالوا : إنه إذا قطع لم تنسد
العروق ويدخل الهواء إلى البدن فيفسده سقط القصاص لأنه لا يجوز أخذ نفس
بطرف وإن أمن هذا فله القصاص لأنه رضي بدون حقه فكان له ذلك كما لو
رضي المسلم بالقصاص من الذمي والحر من العبد ولا يجب له مع القصاص
أرش لأن الشلاء كالصحيحة في الخلقة وإنما نقصت في الصفة فلم يكن له
أرش كالصورتين المذكورتين واختار أبو الخطاب أن له الأرش مع القصاص
على قياس قوله في عين الأعور إذا قلعت لأنه أخذ الناقص بالزائد والأول أصح
وهو اختيار الخرقى فإن الحاق هذا الفرع بالأصول المتفق عليها أولى من
الحاقه بفرع مختلف فيه خارج عن الأصول مخالف للقياس
فصل : وتؤخذ الشلاء بالشلاء إذا أمن في الاستيفاء الزيادة وقال أصحاب
الشافعي لا تؤخذ بها في أحد الوجهين لأن الشلل علة والعلل يختلف تأثيرها في
البدن فلا تتحقق المماثلة بينهما
ولنا : أنهما متماثلان في ذات العضو وصفته فجاز أخذ إحداهما بالأخرى
كالصحيحة بالصحيحة

[جزء 9 - صفحة 455]

مسألة وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه
مسألة : وتؤخذ الناقصة بالناقصة إذا تساوتا فيه بأن يكون المقطوع من يد الجاني كالمقطوع من يد المجني عليه
لأنهما تساوتا في الذات والصفة فإن اختلفا فكان المقطوع من يد أحدهما الإبهام ومن الأخرى أصبع غيرها لم يجب القصاص لأن فيه أخذ اصبع غيرها وإن كانت إحداهما ناقصة أصبعا والأخرى ناقصة تلك الاصبع وغيرها جاز أخذ الناقصة أصبعين بالناقصة أصبعا وهل له أخذ اصبعه الزائدة ؟ فيه وجهان ولا يجوز أخذ الأخرى بها لأن الكاملة لا تؤخذ بالناقصة

مسألة وتؤخذ الناقصة بالكاملة لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة على وجهين

مسألة : وتؤخذ الناقصة بالكاملة لأنها دون حقه وهل له أخذ دية الأصابع الناقصة ؟ على وجهين :

أحدهما : له ذلك وهو قول الشافعي واختيار ابن حامد والثاني : ليس له مع القصاص أورش وهو مذهب أبي حنيفة وقياس قول أبي بكر لئلا يفضي الى الجمع بين قصاص ودية في عضو واحد

وقال القاضي : قياس قوله سقوط القصاص كقوله فيمن قطعت يده من نصف الذراع وليس هذا كذلك لأنه يقتض من موضع الجناية ويضع الحديد في موضع وضعها الجاني فملك ذلك كما لو جنى عليه فوق الموضحة أو كان رأس الشاح أصغر أو أخذ الشلاء بالصحيحة ويفارق القاطع من نصف الذراع لأنه لا يمكنه القصاص من موضع الجناية هكذا حكاه الشريف عن أبي بكر

فصل : وإن كانت يد القاطع والمجني عليه كاملتين وفي يد المجني عليه اصبع زائدة فعلى قول ابن حامد : لا عبرة بالزائدة لأنها بمنزلة الخراج والسلعة

وعلى قول غيره له قطع يد الجاني وهل له حكومة في الزائدة ؟ على وجهين وإن قطع من له خمس أصابع أصلية كف من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة أو قطع من له أربع أصابع أصلية وأصبع زائدة كف من له خمس أصابع أصلية فلا قصاص في الصورة الأولى لأن الأصلية لا تؤخذ بالزائدة وله القصاص في الصورة الثانية في قول ابن حامد لأن الزائدة لا عبرة بها وقال : غيره إن لم تكن الزائدة في محل الأصلية فلا قصاص أيضا لأن الأصبعين مختلفان وإن كانت في محل الأصلية فقال القاضي : يجري القصاص وهو مذهب الشافعي

ولا شيء له لنقص الزائدة قال شيخنا : وهذا فيه نظر لأنها متى كانت في محل الأصلية كانت أصلية لأن الزائدة هي التي زادت عن عدد الاصابع أو كانت في غير محل الأصابع وهذا له خمس أصابع في محلها فكانت كلها أصلية فإن قالوا معنى كونها زائدة أنها ضعيفة مائلة عن سمت الأصابع قلنا ضعفها لا يوجب كونها زائدة كذكر العينين وأما ميلها عن سمت الأصابع فإنها إن لم تكن نابتة من

محل الأصبغ المعدومة فسد قولهم أنها في محلها وإن كانت نابذة في موضعها
وإنما مال راسها أو اعوجت فهو مرض لا يخرجها عن كونها أصلية
فصل : إذا قطع أصبعه فأصابه من جرحها أكلة في يده وسقطت من مفصل
ففيها القصاص على ما نذكره في سراية الجنابة وإن بادر صاحبها فقطعها من
الكوع لئلا تسري إلى سائر جسده ثم اندمل جرحه فعلى الجاني القصاص في
الأصبع والحكومة فيما تأكل من الكف ولا شيء عليه فيما قطعه المجني عليه
لأنه تلف بفعله وإن لم تندمل ومات من ذلك فالجاني شريك نفسه فيحتمل
وجوب القصاص عليه ويحتمل أن لا يجب بحال لأن فعل المجني عليه إنما قصد
به المصلحة فهو عمد الخطأ وشريك الخاطيء لا قصاص عليه ويكون عليه
نصف الدية وإن قطع المجني عليه موضع الأكلة نظرت فإن قطع لحما ميتا ثم
سرت الجنابة فالقصاص على الجاني لأنه سرابة جرحه خاصة وإن كان في لحم
حي فمات فهو كما لو قطعها خوفا من سرايتها وقد ذكرناه
فصل : إذا قطع أنملة لها طرفان إحداها زائدة والأخرى أصلية فإن كانت
أنملة القاطع ذات طرفين أيضا أخذت بها وإن لم تكن ذات طرفين قطعت
وعليه حكومة في الزائدة وإن كانت المقطوعة ذات طرف واحد وأنملة القاطع
ذات طرفين أخذت بها في قول ابن حامد وعلى قول غيره لا قصاص فيها وله
دية أنملة وإن ذهب الطرف الزائد فله الاستيفاء وإن قال أنا أصبر حتى يذهب
الزائد ثم اقتص فله ذلك لأنه القصاص حقه فلا يجبر على تعجيل استيفائه

[جزء 9 - صفحة 457]

مسألة وإن اختلفا في شلل العضو وضحته فالقول قول المجني عليه في أحد
الوجهين
مسألة : وإن اختلفا في شلل العضو وضحته فالقول قول المجني عليه في أحد
الوجهين
لأن الظاهر من الناس سلامة الأعضاء وخلق الله تعالى لهم بصفة الكمال
والثاني القول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته من دية عضو سالم ولأنه لو
كان سالما لم يخف لأنه يظهر فيراه الناس
فصل : قال رحمه الله : وإن قطع بعض لسانه أو مارنه أو شفته أو حشفته أو
أذنه أخذ مثله يقدر بالأجزاء كالنصف والثلث والربع لقول الله تعالى :
{ والجروح قصاص } وقال أبو الخطاب : لا يؤخذ بعض اللسان بالبعض ذكره
صاحب المحرر
ولنا : أنه يؤخذ جميعه بجميعه فأخذ بعضه ببعضه كالأنف ولا يؤخذ بالمساحة لأنه
يفضي إلى أخذ لسان الجاني جميعه ببعض لسان المجني عليه

[جزء 9 - صفحة 458]

مسألة وإن كسر بعض سنه برد من سن الجاني مثله إذا أمن قلعها
مسألة : وإن كسر بعض سنه برد من سن الجاني مثله إذا أمن قلعها
يجري القصاص في بعض السن لحديث الربيع حين كسرت سن جارية فأمر
النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص ويقدر ذلك بالأجزاء النصف بالنصف وكل
جزء بمثله ولا يؤخذ بالمساحة لئلا يفضي الى أخذ جميع سن الجاني ببعض سن
المجنبي عليه ويكون القصاص بالمبرد لتؤمن الزيادة فإننا لو أخذنا بالكسر لم
نأمن أن يتصدع أو ينقلع أو ينكسر من غير موضع القصاص ولا يقتص حتى يقول
أهل الخبرة أنه يؤمن انقلاعها أو السواد فيها لأن توهم الزيادة يمنع القصاص
في الأعضاء كما لو قطعت يده من غير مفصل فإن قيل فقد أجزتم القصاص
في الأطراف مع توهم سرايتها الى النفس فلم منعتم منها لتوهم السراية منه
الى بعض العضو قلنا وهم السراية الى النفس لا سبيل الى التحرز منه فلو
اعتبرناه في المنع افضى الى سقوط القصاص في الأطراف بالكلية فسقط
اعتباره أما السراية الى بعض العضو فتارة نقول انما يمنع القصاص فيها احتمال
الزيادة في الفعل لا في السراية مثل من يستوفي من بعض الذراع فإنه يحتمل
أكثر مما فعل به وكذلك من كسر سنا ولم يصدعها فكسر المستوفي سنه
وصدعها أو قطعها أو كسر أكثر مما كسر من سنة فقد زاد على المثل
والقصاص يعتمد المماثلة وتارة نقول إن السراية في بعض العضو إنما تمنع إذا
كانت ظاهرة ومثل هذا يمنع في النفس ولهذا منعناه من الاستيفاء بألة كالة أو
مسمومة وفي وقت افراط الحر والبرد تحرزا من السراية
فصل : وإن قلع سنا زائدة وهي التي تنبت فضلة في غير سمت الأسنان خارجة
عنها الى داخل الفم أو الى الشفة وكانت للجاني مثلها في موضعها فللمجنبي
عليه القصاص أو حكومة في سنه وإن لم يكن له مثلها في محلها فليس له إلا
الحكومة وإن كانت إحدى الزائدتين أكبر من الأخرى ففيه وجهان أحدهما : لا
تؤخذ بها لأن الحكومة فيها أكثر فلا يقلع بها ما هو أقل قيمة منها والثاني : لا
بها لأنها سنان متساويتان في الموضوع فتؤخذ كل واحدة منهما بالأخرى
كالأصليتين ولأن الله تعالى قال : { والسن بالسن } وهو عام فيدخل فيه محل
النزاع وإن قلنا يثبت القياس في الزائدتين بالاجتهاد فالثابت بالاجتهاد معتبر بما
ثبت بالنص واختلاف القيمة لا يمنع القصاص بدليل جريانه بين العبيد وبين الذكر
والأنثى في النفس والأطراف على أن كبر السن لا يوجب كبر قيمتها فإن السن
الزائدة نقص وعيب وكثرة العيب زيادة في النقص لا في القيمة ولأن كبر السن
الأصلية لا يزيد في قيمتها فالزائدة كذلك

مسألة ولا يقتص من السن حتى يبأس من عودها وهي سن من قد أثمر أي سقطت رواضعه ثم نبتت فإن قلع
مسألة : ولا يقتص من السن حتى يبأس من عودها وهي سن من قد أثمر أي سقطت رواضعه ثم نبتت فإن قلع سن من لم يثمر لم يقتص من الجاني في الحال لأنها تعود بحكم العادة فلم يجب ضمانها كالشعر

مسألة فإن عاد بدل السن على صفتها في موضعها فلا شيء على الجاني وإن مضى زمن عودها ولم تعد
مسألة : فإن عاد بدل السن على صفتها في موضعها فلا شيء على الجاني وإن مضى زمن عودها ولم تعد سئل أهل الخبرة فإن قالوا قد يئس من عودها خير المجني عليه بين القصاص وبين دية السن

مسألة وإن مات المجني عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص
مسألة : وإن مات المجني عليه قبل الإياس من عودها فلا قصاص لأن الاستحقاق غير متحقق فيكون ذلك شبهة في درء القصاص وتجب الدية لأن القطع موجود والعود مشكوك فيه

مسألة فإن قطع سن كبير فقال القاضي يسأل أهل الخبرة
مسألة : فإن قطع سن كبير فقال القاضي يسأل أهل الخبرة فإن قالوا لا تعود فله القصاص في الحال وإن قالوا يرجى عودها الى وقت معلوم لم يقتص حتى يأتي ذلك الوقت فإن لم تعد وجب القصاص

مسألة وإن اقتص من سن فعادت غرم سن الجاني لأنه قد تبين أن القصاص لم يكن يجب وبضمنها بالدية دون
مسألة : وإن اقتص من سن فعادت غرم سن الجاني لأنه قد تبين أن القصاص لم يكن يجب وبضمنها بالدية دون القصاص لأنه لم يقصد التعدي وإن عادت سن الجاني رد ما أخذ إذا لم تعد سن المجني عليه

مسألة وإن عادت سن المجني عليه قصيرة أو معيبة فعلى الجاني أرش نقصها بالحساب
مسألة : وإن عادت سن المجني عليه قصيرة أو معيبة فعلى الجاني أرش نقصها بالحساب

ففي نصفها نصف ديتهما ونحو ذلك وإن عادت والدم يسيل منها أو مائلة عن محلها ففيها حكومة لأنه نقص حصل بفعله وقد ذكرنا هذه المسائل في مسألة ويؤخذ السن بالسن

فصل : قال رحمه الله : النوع الثاني الجراح فيجب القصاص في كل جرح ينتهي الى عظم كالموضحة وجرح العضد والفخذ والساق والقدم لقول الله تعالى : { والجروح قصاص } فيجب في كل جرح ينتهي الى عظم يمكن استيفاؤه من غير زيادة كالموضحة في الرأس والوجه وذلك لأن الله تعالى نص على القصاص في الجروح فلو لم يجب ههنا لسقط حكم الآية وفي معنى الموضحة كل جرح ينتهي الى عظم فيما سوى الرأس والوجه كالساعد والعضد والفخذ والساق يجب فيه القصاص في قول أكثر اهل العلم وهو منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه : لا قصاص فيها لأنه لا مقدر فيها وهو غير صحيح لمخالفته قوله تعالى : { والجروح قصاص } ولأنه أمكن استيفاؤه بغير حيف ولا زيادة لكونه ينتهي الى عظم فأشبهه الموضحة والتقدير في الموضحة ليس هو المقتضي للقصاص ولا عدمه مانعا وإنما كان التقدير في الموضحة لكثرة شينها وشرف محلها ولهذا قدر ما فوقها من شجاج الرأس والوجه ولا قصاص فيه

فصل : ولا يستوفى القصاص فيما دون النفس بالسيف ولا بألة يخشى منها الزيادة سواء كان الجرح بها أو غيرها لأن القتل إنما استوفى بالسيف لأنه آتته وليس ثم شيء يخشى التعدي اليه فيجب أن يستوفى فيما دون النفس بآلته ويتوقى ما يخشى منه الزيادة الى محل لا يجوز استيفاؤه ولأننا منعنا القصاص بالكلية فيما تخشى الزيادة في استيفائه فلأن نمنع الآلة التي يخشى منها ذلك أولى فإن كان الجرح موضحة أو ما أشبهها فبالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ولا يستوفى إلا من له علم بذلك كالجرائحي ومن أشبهه فإن لم يكن للولي علم بذلك أمر بالاستتابة وإن كان له علم فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد أنه يمكن منه لأنه أحد نوعي القصاص فيمكن من استيفائه إذا كان يحسن القتل ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ولا يليه إلا نائب الامام أو من يستتبه ولي الجناية وهو مذهب الشافعي لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفي أن يحيف في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه وربما أفضى لى النزاع والاختلاف بأن يدعي الجاني الزيادة وينكرها المستوفي

[جزء 9 - صفحة 462]

مسألة ولا يجب القصاص فيما سوى ذلك من الشجاج والجروح كما دون الموضحة أو أعظم منها
مسألة : ولا يجب القصاص فيما سوى ذلك من الشجاج والجروح كما دون الموضحة أو أعظم منها

وممن روي عنه منع القصاص فيما دون الموضحة الحسن و أبو عبيد و أصحاب الرأي ومنعه فيما فوقها عمر بن عبد العزيز و عطاء و النخعي و الزهري و الحكم و ابن شبرمة و الثوري و مالك و الشافعي و أصحاب الرأي ولا نعلم أحدا أوجب القصاص فيما فوق الموضحة إلا ما روي عن ابن الزبير أنه أقاد من المنقلة وليس بثابت عنه قال ابن المنذر : ولا أعلم أحدا خالف ذلك ولأنها جراحات لا تؤمن الزيادة فيها فأشبهه الجائفة وأما دون الموضحة فقد روي عن مالك أن القصاص يجب في الدامية والباضعة والسحاق وروي نحوه عن أصحاب الرأي

ولنا : أنها جراحة لا تنتهي الى عظم فلم يجب فيها قصاص كالجائفة ولأنه يؤمن فيها الزيادة فأشبهه كسر العظام وبيان ذلك أنه إن اقتص من غير تقدير أفضى الى أن يأخذ أكثر من حقه وإن اعتبر مقدار العمق افضى ان يقتص من الباضعة والسحاق موضحة ومن الباضعة سمحاقا لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيرا بحيث يكون عمق باضعته كعمق الشجاج أو سمحاقا ولأننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها فكذلك في غيرها

فصل : ولا قصاص في المأمومة من شجاج الرأس ولا في الجائفة والمأمومة هي التي تصل الى جلدة الدماغ والجائفة هي التي تصل الى الجوف وليس فيهما قصاص عند أحد من أهل العلم نعلمه إلا ما روي عن ابن الزبير أنه أقص من المأمومة فأنكر الناس عليه وقالوا ما سمعنا أحدا أقص منها قبل ابن الزبير وروي عن علي رضي الله : لا قصاص في المأمومة وهو قول مكحول و الزهري و الشعبي وقال عطاء و النخعي : لا قصاص في الجائفة وروي ابن ماجة في سننه عن العباس بن عبد المطلب [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا قود في المأمومة ولا في الجائفة ولا في المنقلة] ولأنهما جرحان لا تؤمن الزيادة فيهما فلم يجب فيهما قصاص ككسر العظام

[جزء 9 - صفحة 463]

مسألة إلا أن تكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص موضحة بغير خلاف بين أصحابنا
مسألة : إلا أن تكون أعظم من الموضحة كالهاشمة والمنقلة والمأمومة فله أن يقتص موضحة بغير خلاف بين أصحابنا
وهو مذهب الشافعي لأنه يقتصر على بعض حقه ويقتص من محل جنايته فإنه إنما وضع السكين في موضع وضعها الجاني لأن سكين الجاني وصلت الى العظم ثم تجاوزته بخلاف قاطع الساعد فإنه لم يضع سكينه في الكوع

[جزء 9 - صفحة 464]

مسألة ولا شيء له مع القصاص على قول أبي بكر
مسألة : ولا شيء له مع القصاص على قول أبي بكر
لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية كما لو قطع الشلاء بالصحيحة
وكما في الأنفس إذا قتل الكافر بالمسلم العبد بالحر وقال ابن حامد له ما بين
دية موضحة ودية تلك الشجة وهو مذهب الشافعي لأنه تعذر القصاص فيه
فانتقل الى البدل كما لو قطع أصبعيه فلم يمكن الاستيفاء إلا من واحدة وفارق
الشلاء بالصحيحة فإن الزيادة ثم من حيث المعنى وليست مميزة بخلاف
مسألتنا فيأخذ في الهاشمة خمسا من الإبل وفي المنقلة عشرة

مسألة ويعتبر قدر الجرح بالمساحة فلو أوضح إنسانا في بعض رأسه مقدار
ذلك البعض جمع رأس الشجاج وزيادة
مسألة : ويعتبر قدر الجرح بالمساحة فلو أوضح إنسانا في بعض رأسه مقدار
ذلك البعض جمع رأس الشجاج وزيادة كان له أن يوضحه في جميع رأسه وفي
الأرشف للزائد وجهان
وجملة ذلك أنه إذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها فإن كان على موضعها
شعر أزاله ويعمد الى وضع الشجة من رأس المشجوج فيعلم طولها وعرضها
بخشبة أو خيط ويضعها على رأس الشجاج ويعلم طرفيه بسواد أو غيره ويأخذ
حديدة عرضها كعرض الشجة فيضعها في أول الشجة ويجرها الى آخرها فيأخذ
مثل الشجة طولاً وعرضاً ولا يراعي العمق لأن حده العظم ولو روعي لتعذر
الاستيفاء لأن الناس يختلون في قلة اللحم وكثرته وهذا كما يستوفى الطرف
بمثله وإن اختلفا في الصغر والكبر والرقعة والغلظة فإن كان رأس الشجاج
المشجوج سواء استوفى قدر الشجة وإن كان رأس الشجاج أصغر لكنه يتسع
للشجة استوفيت وإن استوعبت رأس الشجاج كله لأنه استوفاه بالمساحة ولا
يمنع الاستيفاء زيادتها على مثل موضعها من رأس الجاني لأن الجميع رأس وان
كان قدر الشجة يزيد على رأس الجاني فإنه يستوفى الشجة في جميع رأس
الشجاج ولا يجوز أن ينزل الى جهته لأنه يقتص في عضو آخر غير العضو المجني
عليه ولا ينزل الى قفاه لما ذكرنا ولا يستوفى بقية الشجة في موضع آخر من
رأسه لأنه يكون مستوفيا موضحتين واضعا للحديدة في غير الموضع الذي
وضعها فيه الجاني واختلف أصحابنا فيماذا يصنع ؟ فذكر القاضي أن ظاهر كلام
أبي بكر أنه لا أرشف له فيما بقي كيلا يجمع بين قصاص ودية في جرح واحد وهذا
مذهب أبي حنيفة فعلى هذا يتخير بين الاستيفاء في جميع رأس الشجاج ولا أرشف
له وبين العفو الى دية موضحة وقال ابن حامد : وبعض أصحابنا له أرشف ما بقي
وهو مذهب الشافعي لأن القصاص تعذر فيما جنى عليه فكان له أرشفه كما لو
تعذر في الجميع فعلى هذا تقدر شجة الجاني من الشجة في رأس المجني عليه
ويستوفى أرشف الباقي فإن كانت بقدر ثلثها فله أرشف ثلث موضحة وإن زادت
على هذا أو نقصت فبالحساب من أرشف الموضحة ولا يجب له أرشف موضحة
كاملة لئلا يفضي الى إيجاب القصاص ودية موضحة وإن أوضحه في جميع رأسه

ورأس الجاني أكبر فللمجني عليه أن يوضح منه بقدر مساحة موضحة من أي الطرفين شاء لأنه جنى عليه في ذلك الموضع كله وإن استوفى قدر موضحته يوضح منه بقدر مساحة موضحة من أي الطرفين شاء لأنه جنى عليه في ذلك الموضع كله وإن استوفى قدر موضحته ثم تجاوزها واعترف أنه عمد ذلك فعليه القصاص في ذلك القدر فإذا اندملت موضحته استوفى منه القصاص في موضع الاندمال لأنه موضع الجناية وإن ادعى الخطأ فالقول قوله لأنه محتمل وهو أعلم بقصده وعليه أرش موضحة فإن قيل فهذه الموضحة كلها لو كانت عدوانا لم يجب فيها إلا دية موضحة فكيف يجب في بعضها دية موضحة قلنا لأن المستوفى لم يكن جناية إنما الجناية الزائدة والزائد لو انفرد لكان موضحة فكذلك إذا كان معه ما ليس بجناية بخلاف ما إذا كانت كلها عدوانا فإن الجميع جناية واحدة

فصل : إذا أوضحه في جميع رأسه ورأس الجاني أكبر فأراد أن يستوفى القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره منع من ذلك لأنه يأخذ موضحتين بواحدة وديتهما مختلفة ويحتمل الجواز لأنه لا يجاوز موضع الجناية ولا قدرها فإن قال أهل الخبرة : إن في ذلك زيادة ضرر أو شين لم يجز ولأصحاب الشافعي كهذين القولين فإن كان رأس المجني عليه أكبر فأوضحه الجاني في مقدمه ومؤخره موضحتين قدرهما جميع رأس الجاني فله الخيار بين أن يوضحه موضحة واحدة في جميع رأسه أو يوضحه موضحتين يقتصر في كل واحدة منهما على قدر موضحته ولا أرش لذلك وجهها واحدا لأنه ترك الاستيفاء مع إمكانه وإن عفا إلى الأرش فله أرش موضحتين وإن شاء اقتص من احدهما وأخذ أرش الأخرى

فصل : فإن كانت الجناية غير الرأس الوجه وكانت في ساعد فزادت على ساعد الجاني لم ينزل إلى الكف ولم يصعد إلى العضد وإن كانت في الساق لم ينزل إلى القدم ولم يصعد إلى الفخذ لأنه عضو آخر فلا يقتص منه كما لم ينزل من الرأس إلى الوجه ولم يصعد من الوجه إلى الرأس

فصل : إذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضا شجه لا يتسع لها مثل موضعها من رأس الشاج فأراد أن يستوفى من وسط الرأس فيما بين الأذنين لكونه يستع لمثل تلك ففيه وجهان : أحدهما : لا يجوز لأنه غير الموضع الذي شجه فيه فلم يجز له لاستيفاء منه كما لو أمكنه استيفاء حقه من محل الشجة واحتمل الجواز لأن الرأس عضو واحد فإذا لم يمكنه استيفاء حقه من محل شجته جاز من غيره كما لو شجه في مقدم رأسه شجة قدرها جميع رأس الشاج جاز إتمام استيفائها من مؤخر رأس الجاني وهذا منصوص الشافعي وهكذا يخرج فيما إذا كان الجرح في موضع من الساق والقدم والذراع والعضد وإن أمكن الاستيفاء من محل الجناية لم يجز العدول عنه وجهها واحدا

فصل : قال : وإذا اشترك جماعة في قطع طرف أو جرح موجب للقصاص وتساوت أفعالهم مثل أن يضعوا الحديد على يده ويتحاملوا عليه جميعا حتى تبين فعلى جميعهم القصاص في أشهر الروايتين وهي التي ذكرها الخرقى وبذلك قال مالك و أبو ثور وقال الحسن و الزهري الثوري وأصحاب الرأي و ابن المنذر لا يقطع يدان بيد واحدة وهي الرواية الأخرى لأنه روي عنه أن الجماعة لا

يقتلون بالواحد وهذا تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد لأن الأطراف يعتبر التساوي فيها بدليل أنا لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ولا كاملة الأصابع بناقصة ولا أصلية بزائدة ولا يمينا بيسار ولا يسارا بيمين ولا تساوي بين الطرف والأطراف فوجب امتناع القصاص بينهما ولا يعتبر التساوي في النفس فإننا نأخذ الصحيح بالمريض وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها ولأنه يعتبر في القصاص في الأطراف التساوي في نفس القطع بحيث لو قطع كل واحد من جانب الآخر لم يجب القصاص بخلاف النفس ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيرا فوجب القصاص زجرا عنه كي لا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل والاشتراك المختلف فيه لا يقع إلا في غاية الندرة فلا حاجة الى الزجر عنه ولأن إيجاب القصاص على المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك أو عن الاشتراك المعتاد وإيجابه على المشتركين في الطرف لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ولا عن شيء من الاشتراك إلا عن صورة نادرة الوقوع بعيدة الوجود يحتاج في وجودها إلى تكلف فيإيجاب القصاص الزجر عنها يكون منعا لشيء لا يكاد يقع لصعوبته وإطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله وهذا لا فائدة فيه بخلاف الاشتراك في النفس يحققه أن وجوب القصاص في الطرف والنفس على الجماعة بواحد على خلاف الأصل لكونه أخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت عليه ويخل بالتماثيل المنصوص على النهي عما عداه وإنما خولف هذا الأصل زجرا عن الاشتراك الذي يقع القتل به غالبا ففيما عداه يجب البقاء على أصل التحريم ولأن النفس أشرف من الطرف لا يلزم من المحافظة عليها بأخذ الجماعة بالواحد المحافظة على ما دونها بذلك

ولنا ما روي أن شاهدين شهدا عند علي رضي الله عنه على رجل بالسرقة فقطع يده ثم جاء بأخر فقالا : هو السارق وأخطأنا في الأول فرد شهادتهما على الثاني وغرمهما دية الأول وقال لو علمت أنكما تعمدتما لقطعكما فأخبر أن القصاص على كل واحد منهما لو تعمدما قطع يد واحدة ولأنه أحد نوعي القصاص فيؤخذ فيه الجماعة بالواحد كالأنفس وأما اعتبار التساوي فمثله في الأنفس فإننا نعتبر التساوي فيها فلا نأخذ مسلما بكافر ولا حرا بعبد وأما أخذ صحيح الأطراف بمقطوعها فلأن الطرف ليس هو من النفس المقتص منها وإنما يؤخذ تبعاً ولذلك كانت ديتهمما واحدة بخلاف اليد الناقصة والشلاء مع الصحيحة فإن ديتهمما مختلفة وأما اعتبار التساوي في الفعل فإنما اعتبر في اليد لأنه يمكن مباشرتها بالقطع فإذا قطع كل واحد منهما من جانب فإن فعل كل واحد منهما متميزا عن فعل الآخر فلا يجب علي إنسان قطع محل لم يقطع مثله وأما النفس فلا يمكن مباشرتها بالفعل وإنما أفعالهم في البدن فيفضي ألمه إليها فيزهق ولا يتميز ألم فعل أحدهما من ألم فعل الآخر فكانا كالقاطعين في محل واحد ولذلك لا يستوفي من الطرف إلا في المفصل الذي قطع الجاني منه ولا يجوز تجاوزه في النفس لو قتله بجرح في جنبه أو بطنه أو غير ذلك كان الاستيفاء من العتق دون المحل الذي وقعت الجناية فيه إذا ثبت هذا فإن الجناية إنما تجب على المشتركين في الطرف إذا اشتركوا فيه على وجه لا يتميز فعل أحدهم من فعل الآخر إما بأن شهدوا عليه بما يوجب قطعه فيقطع

ثم يرجعوا عن الشهادة أو يكرهوا انسانا على قطع طرف فيجب قطع
المكرهين والمكره أو يلقوا صخرة على طرف انسان فيقطعه أو يقطعوا يدا أو
يقلعوا عينا بضربة واحدة أو يضعوا حديدة على مفصل ويتحاملوا عليها جميعا أو
يمدوها فتيين ونحو ذلك

[جزء 9 - صفحة 471]

مسألة وإن تفرقت أفعالهم أو قطع كل واحد من جانب فلا قصاص عليهم رواية
واحدة
مسألة : وإن تفرقت أفعالهم أو قطع كل واحد من جانب فلا قصاص عليهم
رواية واحدة
لأن كل واحد منهم لم يقطع اليد ولم يشارك في قطع جميعها وإن كان فعل كل
واحد منهم يمكن الاقتصاص بمفرده اقتص منه وهذا مذهب الشافعي

مسألة وسراية الجناية مضمونة بالقصاص أو الدية
مسألة : وسراية الجناية مضمونة بالقصاص أو الدية
سراية الجناية مضمونة بغير خلاف لأنها أثر جناية والجناية مضمونة فكذلك
أثرها ثم ان سرت الى النفس أو ما لا يمكن مباشرته بالاتلاف مثل ان هشمه
في راسه فيذهب ضوء عينه وجب القصاص فيه ولا خلاف في ذلك في النفس
وفي ضوء العين خلاف ذكرناه فيما مضى وان سرت الى ما يمكن مباشرته
بالاتلاف مثل ان قطع اصبعاً فتأكلت أخرى وسقطت ففيه القصاص وأيضا في
قول امامنا و أبي حنيفة و محمد بن الحسن وقال أكثر الفقهاء : لا قصاص في
الثانية وتجب ديتها لأن ما أمكن مباشرته بالجناية لا يجب القود فيه بالسراية
كما لو رمى سهما الى شخص فمرق منه الى آخر
ولنا أن ماوجب فيه القود بالجناية وجب بالسراية كالنفس ولأنه أحد نوعي
القصاص فأشبهه ما ذكرنا وفارق ما ذكرناه فإن ذلك فعل وليس بسراية ولأنه ل
قصد ضرب رجل فأصاب آخر لم يجب القصاص ولو قصد قطع إبهامه فقطع
سبابته وجب القصاص ولو ضرب إبهامه فمرق الى سبابته وجب القصاص فيها
فافترقا ولأن الثانية تلفت بفعل أوجب القصاص فوجب القصاص فيها كما لو
رمى إحدهما فمرق الى الأخرى

[جزء 9 - صفحة 473]

مسألة وإن شل ففيه ديته

مسألة : وإن شل ففيه ديته
وبهذا قال مالك و الشافعي قالوا : يجب الأرش في الثانية التي شلت
والقصاص في الأولى وقال ابو حنيفة : لا يجب القصاص فيها ويجب أرشهما
جميعا ولأن حكم السراية لا ينفرد عن الجناية بدليل ما لو سرت الى النفس
فإذا لم يجب القصاص في إحداها لم يجب في الأخرى ولنا انها جناية موجبة
للقصاص لو لم تسر فأوجبه إذا سرت كالتى تسري الى سقوط أخرى وكما لو
قطع يد حبلى فسرى الى جنينها وبهذا يبطل ما ذكره وفارق الأصل لأن السراية
مقتضية للقصاص كاقضاء الفعل له فاستوى حكمهما وههنا بخلافه ولأن ما
ذكره غير صحيح فإن القطع إذا سرى الى النفس وجب القصاص في النفس
وسقط في القطع فخالف حكم الجناية حكم السراية فسقط ما قاله إذا ثبت
ذلك فإن الأرش يجب في ماله فلا تحمله العاقلة لأنه جناية عمد وإنما لم يجب
القصاص فيه لعدم المماثلة في القطع فإذا قطع اصبعه فشلت أصابعه الباقية
وكفه فعفا عن القصاص وجب له نصف الدية وإن اقتص من الأصبع فله في
الأصابع الباقية أربعون من الإبل ويتبعها ما حاذها من الكف وهو أربعة أخماسه
فيدخل أرشه فيها ويبقى خمس الكف فيه وجهان : أحدهما : : يتبعها في
الأرش فلا شيء له فيه والثاني : فيه الحكومة لأن ما يقابل الأربع يتبعها في
الأرش لاستوائهما في الحكم وحكم التي اقتص منها مخالف لحكم الأرش فلم
يتبعها

[جزء 9 - صفحة 474]

مسألة وسراية القود غير مضمونة فلو قطع اليد قصاصا فسرى إلى النفس فلا
شيء على القاطع
مسألة : وسراية القود غير مضمونة فلو قطع اليد قصاصا فسرى إلى النفس
فلا شيء على القاطع
وبهذا قال الحسن و ابن سيرين و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو يوسف و
محمد و ابن المنذر وروي ذلك عن أبي بكر و عمر و علي رضي الله عنهم وقال
عطاء و طاوس و عمرو بن دينار و الحارث العكلي و الشعبي و النخعي و
الزهري و أبو حنيفة : عليه الضمان قال ابو حنيفة : عليه كمال الدية في ماله
وقال غيره : هي على عاقلته لأنه فوت نفسه ولا يستحق إلا طرفه فلزمته ديته
كما لو ضرب عنقه ولأنها سراية قطع مضمون فكانت مضمونة كسراية الجناية
والدليل على أنه مضمون أنه مضمون بالقطع الأول لأنه في مقابلته
ولنا أن عمر و عليا رضي الله عنهما قالوا من مات من حد أو قصاص لا دية له
الحق قتله رواه سعيد بمعناه ولأنه قطع مستحق مقدر فلا تضمن سرايته كقطع
السارق وفارق ما قاسوا عليه فإنه ليس ما فعله مستحقا إذا ثبت هذا فلا فرق
بين سرايته الى النفس بأن يموت منها أو ألى ما دونها مثل أن يقطع أصبعها
فتسرى الى كفه

[جزء 9 - صفحة 475]

مسألة ولا يقتص في الطرف إلا بعد برئه
مسألة : ولا يقتص في الطرف إلا بعد برئه
في قول أكثر أهل العلم منهم النخعي و الثوري و أبو حنيفة و مالك و إسحاق و
أبو ثور وروي ذلك عن عطاء و الحسن قال ابن المنذر : كل أحفظ عنه من أهل
العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ ويتخرج لنا أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء
وبناء على قولنا : إنه إذا سرى الى النفس يفعل به كما لو فعل هذا قول
الشافعي قال : ولو سأل القود ساعة قطعت أصبعه أقدمته لما [روى جابر أن
رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فقال يا رسول الله : أقدمني قال : حتى تبرا
فأبى وعجل فاستقاد له رسول الله صلى الله عليه وسلم فعبيت رجل
المستقيد وبرأت رجل المستقاد منه فقال له النبي صلى الله عليه وسلم :
ليس لك شيء إنك عجلت] رواه سعيد مرسلا ولأن القصاص في الطرف لا
يسقط بالسراية فوجب أن يملكه في الحال كما لو برأ
ولنا ما [روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن يستقاد من الجرح
حتى يبرأ المجروح] رواه الدار قطني عن عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده
عن النبي صلى الله عليه وسلم ولأن الجرح لا يدري أقتل هو أو لا فينبغي أن
ينتظر ليعلم ما حكمه فقد رواه وفي سياقه [فقال يا رسول الله عرجت فقال
: قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك] ثم نهى أن يقتص م نجرح
حتى يبرأ صاحبه وهذه زيادة يجب قبولها وهي متأخرة عن الاقتصاص فتكون
ناسخة له وفي نفس الحديث ما يدل على أن استقاداته قبل البرء معصية لقوله
: [قد نهيتك فعصيتني] وما ذكروه ممنوع وهو مبنى الخلاف

[جزء 9 - صفحة 477]

مسألة فإن فعل ذلك سقط حقه من سرايته فلو سرى إلى نفسه كان هدرا ولو
سرى القصاص الى نفس الجاني
مسألة : فإن فعل ذلك سقط حقه من سرايته فلو سرى إلى نفسه كان هدرا
ولو سرى القصاص إلى نفس الجاني كان هدرا أيضا وقال الشافعي : هي
مضمونة لأنها سراية جناية فكانت مضمونة كما لو لم يقتص
ولنا الخبر المذكور ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجال فبطل حقه كقاتل
موروثه وبهذا فارق من لم يقتص فعلى هذا لو سرى القطعان جميعا فمات
الجاني والمستوفي فهما هدر وقال أبو حنيفة : يجب ضمان كل واحد منهما لأن
سراية كل واحد منهما مضمونة ثم يتقاصان وقال الشافعي : ان مات المجني

عليه اولا ثم مات الجاني كان قصاصا به لأنه مات من سرية القطع فقد مات بفعل المجني عليه وإن مات الجاني فكذلك في أحد الوجهين وفي الآخر يكون موت الجاني هدرا ولولي المجني عليه نصف الدية فأما إن سرى أحد القطعين دون صاحبه فعندنا هو هدر لا ضمان فيه وعند أبي حنيفة يجب ضمان سرايته وعند الشافعي ان سرت الجناية فهي مضمونة وإن سرى الاستيفاء لم يجب ضمانه ومبنى ذلك على ما تقدم من الخلاف

فصل : وإن اندمل جرح الجناية فاقتص منه ثم انتقض فسرى فسرايته مضمونة وسرية الاستيفاء غير مضمونة لأنه اقتص بعد جوز القصاص فعلى هذا لو قطع يدي رجل فبرأ فاقتص ثم انتقض جرح المجني عليه فمات فلوليه قتل الجاني لأنه مات من جنايته وقال ابن أبي موسى : إذا جرحه فبرأ ثم انتقض فمات فلا قود فيه

ولنا أن الجناية لو سرت الى النفس قبل الاندمال وجب القصاص فكذلك بعده وان عفا الى الدية فلا شيء له لأنه استوفى بالقطع ما قيمته دية وهو يداه وان سرى الاستيفاء لم يجب ايضا شيء لأن القصاص قد سقط بموته والدية لا يمكن ايجابها لما ذكرنا وإن كان المقطوع بالجناية يدا فوليه بالخيار بني القصاص في النفس وبين العفو الى نصف الدية ومتى سقط القصاص بموت الجاني أو غيره وجب نصف الدية في تركة الجاني أو ماله أن كان حيا فصل : ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ واقتص ثم انتقض جرح المسلم ومات فلوليه قتل الكتابي والعفو الى أرش الجرح وفي قدره وجهان : أحدهما : نصف الدية لأنه قد استوفى بدل يده بالقصاص وبدلها نصف ديته فبقي له نصفها كما لو كان القاطع مسلما

والثاني : له ثلاثة أرباعها : لأن يد اليهودي تعدل نصف ديته وذلك ربع دية المسلم فقد استوفى ربع ديته وبقي له ثلاثة أرباعها وإن كان قطع يدي المسلم فاقتص منه ثم مات المسلم فعفا وليه الى مال انبنى على الوجهين : وإن قلنا : تعتبر قيمة يد اليهودي فله ههنا نصف الدية وإن قلنا : الاعتبار بقيمة يد المسلم فلا شيء له ههنا لأنه قد استوفى بدل يديه وهما جميع ديته ولو كان القطع في يديه ورجليه فعفا الى الدية لم يكن له شيء وجهها واحدا لأن دية ذلك دية المسلم ولو كان الجاني امرأة فالحكم على ما ذكرنا سواء لأن ديتها نصف دية الرجل

فصل : إذا قطع يد رجل من الكوع ثم قطعها آخر من المرفق فمات بسرايتهما فللولي قتل القاطعين وليس له أن يقطع طرفيهما في أحد الوجهين وفي الآخر له قطع يد القاطع من الكوع فإن قطعها ثم عفا عنه فله نصف الدية وأما الآخر فإن كانت يده مقطوعة من الكوع قطعها من المرفق ثم عفا فله دية إلا قدر الحكومة في الذراع ولو كانت يد القاطع من المرفق صحيحة لم يجز قطعها رواية واحدة لأنه يأخذ صحيحة بمقطوعة وإن قطع أيديهما وهما صحيحان أو قطع رجلان يديه فقطع أيديهما ثم سرت الجناية فمات من قطعهما فليس لوليها العفو الى الدية لأنه قد استوفى ما قيمته دية وإن اختار قتلها فله ذلك

كتاب الديات
الأصل في وجوب الدية الكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب فقول الله تعالى :
{ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله إلا أن يصدقوا }
وأما السنة : فروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم [أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب لعمر بن حزم كتابا إلى أهل اليمن فيه الفرائض والسنن والديات وقال فيه : وفي النفس مائة من الإبل] رواه النسائي في سننه و مالك في موطئه قال ابن عبد البر : وهو كتاب ومشهور عند أهل السير ومعروف عند أهل العلم معرفة يستغنى بشهرتها عن الإسناد لأنه أشبه المتواترة في مجيئه في أحاديث كثيرة تأتي في مواضعها من الباب إن شاء الله تعالى وأجمع أهل العلم على وجوب الدية في الجملة
مسألة : كل من أتلغ إنسانا أو أجزاء منه بمباشرة أو سبب فعليه دية سواء كان مسلما أو ذميا أو مستأمنا أو مهادنا
لما ذكرنا من الآية وفيها : { وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله } وعبر عن الذمة بالميثاق وحديث أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حزم حين كتب له النبي صلى الله عليه وسلم كتابا إلى أهل اليمن ذكر فيه الديات وأجمع أهل العلم على ذلك في الجملة

مسألة فإن كان القتل عمدا محضا فهي في مال الجاني حالة
مسألة : فإن كان القتل عمدا محضا فهي في مال الجاني حالة
أجمع أهل العلم على أن دية العمد تجب في مال القاتل لا تحملها العاقلة وهذا يقتضيه الأصل وهو أن بدل المتلف يجب على المتلف وأرش الجناية على الجاني [قال النبي صلى الله عليه وسلم : لا يجني جان إلا على نفسه] وقال لبعض أصحابه حين رأى معه ولده : [ابنك هذا ؟ - قال نعم قال : - أما إنه لا يجني عليك ولا تجني عليه] ولأن موجب الجناية أثر فعل الجاني فيجب أن يختص بضررها كما يختص بنفعها فإنه لو كسب كان كسبه لغيره وقد ثبت حكم ذلك في سائر الجنایات والاكساب وإنما خولف هذا الأصل في قتل الحر المعذور فيه لكثرة الواجب وعجز الجاني في الغالب عن تحمله مع وجوب الكفارة عليه وقيام عذره تخفيفا عنه ورفقا به والعامد لا عذر له فلا يستحق التخفيف ولا يوجد فيه المعنى المقتضي للمواساة في الخطأ إذا ثبت هذا فإنها تجب حالة وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة تجب في ثلاثة سنين لأنها دية آدمي فكانت مؤجلة كدية شبه العمد

ولنا أن ما وجب بالعمد المحض كان حالا كالقصاص وأرشد اطراف العبد ولا يشبه شبه العمد لأن القاتل معذور لكونه لم يقصد القتل وإنما أفضى إليه من غير اختيار منه فأشبهه الخطأ ولهذا تحمله العاقلة ولأن القصد التخفيف وعن العاقلة الذين لم يصدر منهم جنابة وحملوا أداء مال مواساة فلاق بحالهم التخفيف عنهم وهذا موجود في الخطأ وشبه العمد على السواء وأما العمد فإنما يحمله الجاني في غير حال العذر فوجب أن يكون ملحقا ببديل سائر المتلفات ويتصور الخلاف معه فيما إذا قتل ابنه أو قتل اجنبيا وتعذر استيفاء القصاص لعفو بعضهم أو غير ذلك

[جزء 9 - صفحة 483]

مسألة وإن كان شبه عمد أو خطأ أو ما جرى مجراه فعلى عاقلته مسألة : وإن كان شبه عمد أو خطأ أو ما جرى مجراه فعلى عاقلته دية شبه العمد على العاقلة في ظاهر المذهب وبه قال الشعبي و النخعي و الحكم و الشافعي و الثوري و إسحاق و أصحاب الراي و ابن المنذر وقال ابن سيرين و الزهري و ابن شبرمة و قتادة و ابو ثور : هي على القاتل في ماله واختاره أبو بكر عبد العزيز لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد ولنا ما [روى أبو هريرة قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها] متفق عليه ولأنه نوع قتل لا يوجب قصاصا فوجبت دية على العاقلة كالخطأ ويخالف العمد لأنه يغلظ من كل وجه لقصده الفعل وإرادته القتل وعمد الخطأ يغلظ من وجه وهو قصده الفعل ويخفف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الاسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ولا نعلم في أنها تجب مؤجلة خلافا بين أهل العلم وروي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وبه قال الشعبي و النخعي و قتادة و أبو هاشم و عبيد الله بن عمر و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و ابن المنذر وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة لأنها بدل متلف ولم ينقل إلينا ذلك عمن يعد خلافه خلافا وتخالف الدية سائر المتلفات لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفا عليهم وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعا وأما دية الخطأ فلا نعلم خلافا في أنها على العاقلة قال ابن المنذر : أجمع على هذا كل من نحفظ عنه من أهل العلم وقد ثبتت الأخبار عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية الخطأ على العاقلة وأجمع أهل العلم على القول به ولأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية عمد الخطأ على العاقلة بما قد روينا من

الحديث وفيه تنبيه على أن العاقلة تحمل دية الخطأ والحكمة في ذلك ان الجنايات الخطأ تكثر ودية الأدمي كثيرة فأيجابها على الجاني في ماله يححف به فاقتضت الحكمة ايجابها على العاقلة على سبيل المواساة للقاتل وللإعانة له تخفيفا عنه اذا كان معذورا في فعله

فصل : فأما الكفارة ففي مال القاتل لا يدخلها تحمل وقال أصحاب الشافعي : تكون في بيت المال في أحد الوجهين لأنها تكثر فأيجابها عليه يححف به ولنا أنها كفارة فاختمت بمن وجد منه سببها كسائر الكفارات وكما لو كانت صوما ولأن الكفارة شرعت للتكفير عن الجاني ولا يكفر عنه بعقل غيره وتفارق الدية فإنها إنما شرعت لجبر المحل وذلك يحصل بها كيفما كان ولأن النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالدية على العاقلة لم يكفر عن القاتلة وما ذكره لا أصل له ولا يصح قياسه على الدية لوجوه : أحدها : أن الدية لم تجب في بيت المال وإنما وجبت على العاقلة ولا يجوز أن يثبت حكم الفرع مخالفا لحكم الأصل

الثاني : أن الدية كثيرة فأيجابها على القاتل يححف به والكفارة بخلافها الثالث : أن الدية وجبت مواساة للقاتل وجعل حظ القاتل من الواجب الكفارة فأيجابها على غيره قطع للمواساة ويوجب على الجاني أكثر مما وجب عليه وهذا لا يجوز

فصل : ولا يلزم القاتل شيء من دية الخطأ وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : هو كواحد من العاقلة لأنها وجبت عليهم إعانة له فلا يزيدون عليه فيها

ولنا ما [روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المرأة على عاقلتها] متفق عليه وهذا يقتضي أنه قضى عليهم جميعها ولأنه قاتل لم تلزمه الدية فلم يلزمه بعضها كما لو أمره الإمام بقتل رجل فقتله يعتقد أنه لحق فبان مظلوما ولأن الكفارة تلزم القاتل في ماله وذلك يعدل قسطه من الدية وأكثر منه فلا حاجة الى إيجاب شيء من الدية عليه

[جزء 9 - صفحة 486]

مسألة وان القى انسانا على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته أو طلب انسانا بسيف مجرد فهرب فوقع في شيء تلف به

مسألة : وإن ألقى انسانا على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته أو طلب انسانا بسيف مجرد فهرب فوقع في شيء تلف به بصيرا أو ضريرا أو حفر بئرا في فئائه أو وضع حجرا أو صب ماء في طريقه أو بالت فيها دابته وبده عليها أو رمى فيها قشر بطيخ فتلف به إنسان وجبت عليه ديته

يجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا ألقى انسانا على أفعى أو ألقاها عليه فقتلته فعليه ضمانه لأنه تلف بعدوانه فأشبهه ما لو جنى عليه

مسألة فإن طلب إنسانا بالسيف مشهورا فهرب منه فتلّف في هربه ضمنه
 مسألة : فإن طلب إنسانا بالسيف مشهورا فهرب منه فتلّف في هربه ضمنه
 سواء سقط من شاهق أو انخسف به سقف أو خر في بئر أو لقيه سبع
 فافترسه أو غرق في ماء أو احترق بنار وسواء كان المطلوب صغيرا أو كبيرا
 أعمى أو بصيرا عاقلا أو مجنونا وقال الشافعي : لا يضمن البالغ العاقل البصير
 إلا أن ينخسف به سقف فإن فيه الصغير والمجنون والأعمى قولين : لأنه هلك
 بفعل نفسه فلم يضمنه الطالب كما لو لم يطلبه
 ولنا أنه هلك بسبب عدوانه فضمنه كما لو حفر له بئرا أو نصب له سكيناً أو سم
 طعامه ووضع ما ذكره يبطل بهذه الأصول وإن طلبه بشيء يخيفه به
 كالكلب ونحوه فهو كما لو طلبه بسيف مشهور لأنه في معناه
 فصل : ولو شهر سيفاً في وجه إنسان أو دلاه من شاهق فمات من روعته أو
 ذهب عقله فعليه دية فإن صاح بصبي أو مجنون صيحة شديدة فخر من سطح
 أو نحوه فمات أو ذهب عقله أو تغفل عاقلاً فصاح به فأصابه ذلك فعليه دية
 تحملها العاقلة فإن تعمد ذلك فهو شبه عمد وإلا فهو خطأ ووافق الشافعي في
 الصبي وله في البالغ قولان ولنا أنه تسبب إلى إتلافه فضمنه كالصبي
 فصل : وإن قدم إنساناً إلى هدف يرميه الناس فأصابه سهم من غير تعمد
 فضمنه على عاقلة الذي قدمه لأن الرامي كالحافر والذي قدمه كالمدافع فكان
 الضمان على عاقلته وإن عمد الرامي رمية فالضمان عليه لأنه باشر وذلك
 متسبب فأشبهه الممسك والقاتل وإن لم يقدمه أحد فالضمان على الرامي
 وتحمله عاقلته وإن كان خطأ لأنه قتله

[جزء 9 - صفحة 488]

مسألة وإن حفر في فنائه بئرا لنفسه أو في طريق لغير مصلحة المسلمين أو
 في ملك غيره بغير إذنه أو وضع في
 مسألة : وإن حفر في فنائه بئرا لنفسه أو في طريق لغير مصلحة المسلمين أو
 في ملك غيره بغير إذنه أو وضع في ذلك حجراً أو صب فيه ماء أو رمى قشر
 بطيخ فهلك به إنسان ضمنه
 لأنه تلف بعدوانه وروي عن شريح أنه ضمن رجلاً حفر بئراً فوق وقع فيها رجل
 فمات وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وهو قول الثوري و الشافعي و
 إسحاق

مسألة وإن بالت فيها دابته فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب
 الدابة الضمان إذا كان راكباً

مسألة : وإن بالت فيها دابته فزلق به حيوان فمات به فقال أصحابنا على صاحب الدابة الضمان إذا كان راكبا أو قائدا أو سائقا لأنه تلف حصل من جهة دابته التي يده عليه فأشبه ما لو جنت بيدها أو فمها وقياس المذهب أنه لا يضمن ما تلف بذلك لأنه لا يدل له على ذلك ولا يمكن التحرز منه فهو كما لو أتلفت برجلها وبفارق ما إذا تلفت بيدها أو فمها لأنه يمكنه حفظهما

مسألة وإن حفر بئرا ووضع آخر حجرا أو نصب سكيننا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فالضمان
مسألة : وإن حفر بئرا ووضع آخر حجرا أو نصب سكيننا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فالضمان على واضع الحجر وناصب السكين دون الحافر لأن الحجر كالدافع له وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده وبهذا قال الشافعي ولو وضع رجل حجرا ثم حفر آخر عنده بئرا أو نصب سكيننا فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءه إنسان وأماله آخر فسأل ما فيه كان الضمان على الآخر منهما وإن وضع إنسان حجرا أو حديدة في ملكه أو حفر فيه بئرا فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لأنه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وإن وضع حجرا في ملكه ونصب أجنيبي فيه سكيننا أو حفر بئرا بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم فلو وضع اثنان حجرا وواحد حجرا فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثا في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب الضمان عليهم سواء وإن اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بها وقال زفر على الاثنین النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لأن فعله مساو لفعلهما وإن حفر إنسان بئرا ونصب آخر فيها سكيننا فوقع إنسان في البئر على السكين فمات فقال ابن حامد : الضمان على الحافر لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص أحمد على أن الضمان عليهما قال أبو بكر : لأنهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة

فصل : وإن حفر بئرا في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه لأنه غير متعد وكذلك إن حفرها في موات أو وضع حجرا أو نصب شركا أو شبكة أو منجلا ليصيد بها لأنه لم يتعد بذلك وإن فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان ما تلف به لأنه متعد وسواء أذن له الإمام أو لم يأذن لأنه ليس للإمام أن يأذن فيما يضر بالمسلمين ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به فإن كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها يضر بالمسلمين ضمن وإن حفر في مكان

لا يضر بالمسلمين وكان حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو بغير إذنه وقال أصحاب الشافعي : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يتناع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن الإمام ولا نسلم ان للإمام أن يأذن في هذا وإنما يأذن في القعود لأن ذلك لا يدوم ويمكن إزالته في الحال فأشبهه القعود في المسجد ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام فكذلك الحفر

فصل : وإن حفر بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة : يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان ضمن ثلثي التالف لأنه تعدي في نصيب شريكه وقال أبو يوسف : عليه نصف الضمان لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه أحدهما جرحا وجرحه الآخر جرحين

ولنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيها كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجب تعدية لجميع الحفر فكان موجب الجميع الضمان ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فإن له فيها حقا ومع ذلك يضمن الجميع والحكم فيما إذا له بعض الشركاء في الحفر دون البعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع

فصل : وإن حفر إنسان في ملكه بئرا فوق وقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه وإن دخل بإذنه والبئر ظاهرة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه فأشبهه ما لو قدم إليه سكين فقتل بها نفسه فإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل حتى يقع فيها ضمنه وبهذا قال شريح و الشعبي و النخعي و حماد و مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقالوا في الآخر : لا يضمنه لأنه هلك بفعل نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكره وإن اختلفا فقال صاحب الدار : ما أذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذنه له فالقول قول المالك لأنه منكر وإن قال : كانت مكشوفة وقال الآخر : كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع لأن الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك لأن الأصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك

مسألة وإن غضب صغيراً فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية وإن مات
بمرض فعلى وجهين
مسألة : وإن غضب صغيراً فنهشته حية أو أصابته صاعقة ففيه الدية وإن مات
بمرض فعلى وجهين : لأنه تلف في يده العادية
أحدهما : يضمه كالعبد الصغير والثاني : لا يضمه لأنه حر لا تثبت اليد عليه في
الغصب أشبه الكبير

مسألة وإن اصطدم نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر
مسألة : وإن اصطدم نفسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر
روي هذا عن علي رضي الله عنه ولا يجب القصاص سواء كان اصطدامهما
عمداً أو خطأ لأن الصدمة لا تقتل غالباً فالقتل الحاصل بها مع العمد عمد الخطأ
ولا فرق بين البصيرين والأعميين والبصير والأعمى فإن كان امرأتين حاملين
فهما كالرجلين فإن أسقطت كل واحدة منهما جنيناً فعلى كل واحدة نصف
ضمان جنينها ونصف ضمان جنين صاحبها لأنهم اشتركتا في قتله وعلى كل
واحدة منهما عتق ثلاث رقاب : واحدة لقتل صاحبها واثنان لمشاركتها في
الجنينين فإن أسقطت إحداهما دون الأخرى اشتركتا في ضمانه وعلى كل
واحدة منهما عتق رقتين وإن اصطدم راكب وماش فهو كما لو كانا ماشيين
وإن اصطدم راكباً فماتا فهو كما لو كانا ماشيين

مسألة وإن كانا راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر
مسألة : وإن كانا راكبين فماتت الدابتان فعلى كل واحد منهما قيمة دابة الآخر
وجملة ذلك أن على كل واحد من المصطدمين ضمان ما تلف من الآخر من
نفس أو دابة أو مال سواء كانت الدابتان فرسين أو بغلين أو حمارين أو جملين
أو كان أحدهما فرساً والآخر غيره مقبلين كانا أو مدبرين وبهذا قال أبو حنيفة
وصاحبه وإسحاق وقال مالك والشافعي : على كل واحد منهما نصف قيمة ما
تلف من الآخر لأن التلف حصل بفعلهما فكان الضمان منقسماً عليهما كما لو
جرح إنسان نفسه وجرحه غيره فمات منهما
ولنا أن كل واحد منهما مات من صدمة صاحبه وإنما هو قريبها إلى محل الجناية
فلزم الآخر ضمانها كما لو كانت واقفة بخلاف الجراحة إذا ثبت هذا فإن قيمة
الدابتين إن تساويا تقاصتا سقطتا إن كانت إحداهما أكثر من الأخرى فلصاحبها
الزيادة إن ماتت إحدى الدابتين فعلى الآخر قيمتها وإن نقصت فعليه نقصها فإن
كان أحدهما يسير بين يدي الآخر فأدركه الثاني فصدمه فماتت الدابتان أو
إحداهما فالضمان على اللاحق لأنه الصادم والآخر مصدوم

مسألة إلا أن يكون أحدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر ضمان الواقف ودابته
مسألة : إلا أن يكون أحدهما يسير والآخر واقفا فعلى السائر ضمان الواقف ودابته
نص أحمد على هذا لأن السائر هو الصادم المتلف فكان الضمان عليه فإن مات هو أو دابته فهو هدر لأنه أتلف نفسه ودابته إن انحرف الواقف فصادفت الصدمة انحرافه فهما كالسائرين لأن التلف حصل من فعلهما

[جزء 9 - صفحة 494]

مسألة إلا أن يكون في طريق ضيق قاعدا أو واقفا فلا ضمان عليه فيه وعليه ضمان ما تلف به
مسألة : إلا أن يكون في طريق ضيق قاعدا أو واقفا فلا ضمان عليه فيه وعليه ضمان ما تلف به
إذا كان الواقف متعديا بوقوفه مثل أن يقف في طريق ضيق فالضمان عليه دون السائر لأن التلف حصل بتعديه فكان الضمان عليه كما لو وضع حجرا في الطريق أو جلس في طريق ضيق فعثر به إنسان

مسألة وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى عاقلته ديتهما
مسألة : وإن أركب صبيين لا ولاية له عليهما فاصطدما فماتا فعلى عاقلته ديتهما
لأنه متعد بذلك وتلفهما بسبب جنايته

مسألة وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر إنسانا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته
مسألة : وإن رمى ثلاثة بمنجنيق فقتل الحجر إنسانا فعلى عاقلة كل واحد منهم ثلث ديته
لا يخلو ذلك من حالين أحدهما : أن يكون المقتول واحدا منهم والثاني : أن يكون من غيرهم فإن كان من غيرهم فالدية على عواقلهم أثلاثا لأن العاقلة تحمل الثلث فما زاد وسواء قصدوا رمي أحد بعينه أو قصدوا رمي جماعة أو لم يقصدوا ذلك لأنهم إن لم يقصدوا قتل آدمي معصوم فهو خطأ دية الخطأ وإن قصدوا رمي جماعة أو واحدا بعينه فهو شبه عمد لأن قصد الواحد بالمنجنيق لا يكاد يفضي إلى إتلافه فيكون شبه عمد تحمله العاقلة في ثلاث سنين وعلى قول أبي بكر لا تحمل العاقلة شبه العمد فلا تحمله ههنا

الحال الثاني : أن يصيب واحدا منهم فعلى كل واحد كفارة ولا تسقط عن أصابه الحجر لأنه شارك في قتل نفس مؤمنة والكفارة إنما تجب لحق الله تعالى فوجبت عليه بالمشاركة في نفسه كوجوبها بالمشاركة في قتل غيره وأما الدية ففيها ثلاثة أوجه :

أحدها : أن على عاقلة كل واحد منهم ثلث دية المقتول لو رثته لأن كل واحد منهم مشارك في قتل نفس مؤمنة خطأ فلزمته ديتها كالأجانب وهذا ينبني على أن جناية المرء على نفسه وأهله خطأ تتحمل عقلها عاقلته الوجه الثاني : أن ما قابل فعل المقتول ساقط لا يضمه أحد لأنه شارك في إتلاف حقه فلم يضمن ما قابل فعله كما لو شارك في قتل بهيمته أو عبده وهذا الذي ذكره القاضي في المجرد ولم يذكر غيره وهو مذهب الشافعي الثالث : أن يلغى فعل المقتل في نفسه تجب ديته بكمالها على عاقلة الآخرين نصفين قال أبو الخطاب : هذا قياس المذهب بناء على مسألة المتصادمين قال شيخنا : والذي ذكره القاضي أحسن وأصح في النظر وقد روي نحو ذلك عن عل رضي الله عنه في مسألة القارضة والقابضة والواقصة قال الشعبي : وذلك أن ثلاث جوار اجتمعن فارن فركبت إحداهن على عنق أخرى وقرصت الثالثة المركوبة فقمصت فسقطت الراكبة فوقصت عنقها فماتت فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فقضى بالدية أثلاثا على عواقلهن وألغى الثلث الذي قابل فعل الواقصة لأنها أعانت على قتل نفسها وهذه شبيهة بمسألتنا ولأن المقتول شارك في القتل فلم تكمل الدية على شريكه كما لو قتلوا واحدا من غيرهم فإن رجح الحجر فقتل اثنين من الرماة فعلى الوجه الأول تجب ديتهما على عواقلهم أثلاثا وعلى كل واحد منهم كفارتان وعلى الوجه الثاني يجب على عاقلة الحي منهم لكل ميت ثلث ديته وعلى عاقلة كل واحد من الميتين ثلث دية صاحبه يلغى فعلى نفسه وعلى الوجه الثالث على عاقلة الحي لكل واحد منهم نصف الدية يجب على عاقلة كل احد من الميتين نصف الدية لصاحبه

[جزء 9 - صفحة 496]

مسألة وان كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم في الصحيح من المذهب

مسألة : وإن كانوا أكثر من ثلاثة فالدية حالة في أموالهم في الصحيح من المذهب إلا على الوجه الذي اختاره أبو الخطاب فإنهم إذا كانوا أربعة فقتل الحجر أحدهم فإنه يجب على عاقلة كل واحد من الثلاثة الباقيين ثلث الدية لأنهم يحملونها كلها فأما إن كانوا أكثر من أربعة أو كان المقتول من غيرهم وهم أربعة فإن الدية حالة في أموالهم لأن المقتول يلغى فعله في نفسه ويكون هدرًا لأنه لا يجب عليه لنفسه شيء ويكون باقي الدية في أموال شركائه حالا لأن التأجيل في الديات إنما يكون فيما تحمله العاقلة وهذا دون الثلث والعاقلة لا تحمل ما دون الثلث وذكر أبو بكر فيها رواية أخرى : أن العاقلة تحملها لأن الجناية فعل

واحد أوجب دية تزيد على الثلث والصحيح الأول لأن كل واحد منهم يختص بموجب فعله دون فعل شركائه وحمل العاقلة إنما شرع للتخفيف على الجاني فيما يشق يثقل وما دون الثلث يسير على ما نذكره الذي يلزم كل واحد أقل من الثلث وقوله : إنه فعل واحد قلنا بل هي أفعال فإن فعل كل واحد غير الآخر وإنما موجب واحد فاشبه ما لو جرحه كل واحد جرحاً فماتت النفس بجمعها إذا ثبت هذا فالضمان معلق بمن مد الحبال ورمى الحجر دون من وضعه في الكفة أمسك الخشب اعتباراً بالمباشر كمن وضع سهماً في قوس إنسان رماه صاحب القوس فالضمان على الرامي دون الواضع

[جزء 9 - صفحة 497]

مسألة وإن جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ فلا شيء له وعنه على عاقلته ديته فلورثته ودية طرفه لنفسه
مسألة : وإن جنى إنسان على نفسه أو طرفه خطأ فلا شيء له وعنه على عاقلته ديته لورثته ودية طرفه لنفسه
أما إذا كانت الجناية عمداً فلا شيء له إجماعاً وإن كانت خطأً فكذلك في إحدى الروايتين قياساً على العمد ولما روي أن عامر بن الأكوع يوم خيبر رجع سيفه عليه فقتله ولم ينقل أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى فيه بدية ولا غيرها ولو كانت واجبة لبينها النبي صلى الله عليه وسلم ولنقل ظاهراً والرواية الثانية : أن ديته على عاقلته لورثته ودية طرفه لنفسه وهو ظاهر كلام الخرقى ذكره فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فرجع الحجر فقتل أحدهم لما روي أن رجلاً ساق حمراً فضربه بعصا كانت معه فطارت منها شظية فاصابت عينه ففقدتها فجعل عمر بن الخطاب رضي الله عنه ديته على عاقلته وقال : هي يد من أيدي المسلمين لم يصيبها اعتداء على أحد ولم يعرف له مخالف ولأنه قتل خطأً فكانت ديته على عاقلته كما لو قتل غيره والأول أصح في القياس وهذا قول أكثر أهل العلم منهم ربيعة و مالك و الثوري و الشافعي و أصحاب الراي لما ذكرت من حديث عامر بن الأكوع حين رجع سيفه عليه يوم خيبر فمات ولأن وجوب الدية على العاقلة على خلاف الأصل مواساة للجاني وتخفيفاً عنه وليس ههنا على الجاني شيء يخفف عنه ولا يقتضي النظر أن تكون جنايته على نفسه على غيره ويفارق هذا ما إذا كانت الجناية على غيره فإنه لو لم تحمله العاقلة لأجحف به وجوب الدية لكثرتها وقال القاضي : الرواية الثانية أظهر عنه فعلى هذه الرواية إن كانت العاقلة هي الورثة لم يجب شيء لأنه لا يجب للإنسان شيء على نفسه فإن كان بعضهم وارثاً سقط عن الوراث ما يقابل ميراثه فإن كانت جنايته على نفسه شبه عمد فهو كالخطأ في أحد الوجهين وفي الآخر لا تحمله العاقلة بحال

مسألة وإذا نزل رجل في بئر فحرق عليه آخر فمات الأول من سقطته فعلى عاقلته ديته
مسألة : وإذا نزل رجل في بئر فحرق عليه آخر فمات الأول من سقطته فعلى عاقلته ديته
وجملة ذلك أنه إذا نزل رجل في بئر فسقط عليه آخر فقتله فعليه ضمانه كما لو رمى عليه حجرا ثم ينظر فإن كان عمد رمي نفسه عليه وهو مما يتقل غالبا فعليه القصاص وإن كان مما لا يقتل غالبا فهو شبه عمد وإن وقع خطأ فالدية على عاقلته محققة وإن مات الثاني بوقوعه على الأول فدمه هدر لأنه مات بفعله وقد روى علي بن رباح اللخمي أن رجلا كان يقود أعمى فوقا في بئر خر البصير فوق الأعمى فوق البصير فقتله فقضى عمر بعقل البصير على الأعمى فكان الأعمى ينشد في الموسم
يا أيها الناس لقيت منكرا * هل يعقل الأعمى الصحيح المبصرا ؟ * خرا معا كلاهما تكسرا
وهذا قول ابن الزبير و شريح و النخعي و الشافعي و إسحاق قال شيخنا : ولو قال قائل ليس على الأعمى ضمان البصير لأنه الذي قاده الى المكان الذي وقع فيه وكان سبب وقوعه عليه ولذلك لو فعله قصدا لم يضمنه بغير خلاف وكان عليه ضمان الأعمى إلا أن يكون مجمعا عليه فلا يجوز مخالفة الإجماع ويحمل أنه إنما لم يجب الضمان على القائد لوجهين :
أحدهما : أنه مأذون فيه من جهة الأعمى فلم يضمن ما تلف به كما لو حفر له بئرا في داره بإذنه فتلف بها
الثاني : أنه فعل مندوب اليه مأمور به فأشبهه ما لو حفر في سابلة ينتفع بها المسلمون فإنه لا يضمن ما تلف بها وإن مات الثاني فدمه هدر لأنه لا صنع لغيره في هلاكه

مسألة وإن وقع عليهما ثالث فمات الثاني به فعلى عاقلة الثالث ديته
مسألة : وإن وقع عليهما ثالث فمات الثاني به فعلى عاقلة الثالث ديته لأنه تلف من سقطته وإن مات الأول من سقطتهما فديته على عاقلتهما لأنه مات بوقوعهما عليه ودية الثاني على الثالث لأنه انفرد بالوقوع عليه فانفرد بديته ودم الثالث هدر لأنه لا صنع لغيره في هلاكه هذا إذا كان الوقوع هو الذي قتله فإن كان البئر عميقا يموت الواقع بمجرد وقوعه لم يجب ضمان على أحد لأن كل واحد منهم بوقعته لا بفعل غيره وإن احتمل الأمرين فكذلك لأن الأصل عدم الضمان

مسألة وإن كان الأول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث
مسألة : وإن كان الأول جذب الثاني وجذب الثاني الثالث فلا شيء على الثالث
لأنه لا فعل له ووجب دية على الثاني في أحد الوجهين لأنه هو جذبه وباشره
بذلك والمباشر تقطع حكم المتسبب كالحافر مع الدافع والثاني : دية على
الأول والثاني نصفين لأن الأول جذب الثاني الجاذب للثالث فصار مشاركا
للثاني في إتلافه ودية الثاني على عاقلة الأول في أحد الوجهين لأنه هلك بجذبه
وإن هلك بسقوط الثالث عليه فقد هلك بجذبة الأول وجذبة نفس الثالث
فسقط فعل نفسه كالمصطدمين وتجب دية بكمالها على الأول ذكره القاضي
والوجه الثاني : يجب على الأول نصف دية ويهدر نصفها في مقابلة فعل نفسه
وهذا مذهب الشافعي ويتخرج وجه ثالث وهو : وجوب نصف دية على عاقلته
لورثته كما قلنا فيما إذا رمى ثلاثة بالمنجنيق فقتل الحجر احدهم وأما الأول إذا
مات بوقوعهما عليه ففيه الأوجه الثلاثة لأنه مات من جذبه وجذبة الثاني
لثالث فتجب دية كلها على عاقلة الثاني ويلغى فعل نفسه على الوجه الأول
وعلى الثاني يهدر نصف دية المقابل لفعل نفسه ويجب نصفها على الثاني
وعلى الثالث يجب نصفها على عاقلته لورثته

فصل : وإن جذب الثالث رابعا فمات جميعهم بوقوع بعضهم على بعض فلا
شيء على الرابع لأنه لم يفعل شيئا في نفسه ولا غيره وفي دية وجهان :
أحدهما : أنها على عاقلة الثالث المباشر لجذبه والثاني : على عاقلة الأول
والثاني والثالث لأنه مات من جذب الثلاثة فكانت دية على عواقلهم وأما الأول
فقد مات بجذبه وجذبة الثاني وجذبة الثالث ففيه ثلاثة أوجه :
أحدها : أنه يلغى فعل نفسه وتجب دية على عاقلة الثاني والثالث نصفين
والثاني : يجب على عاقلتهما ثلثاهما ويسقط ما قابل فعل نفسه
والثالث : يجب ثلثها على عاقلته لورثته وأما الجاذب الثاني فقد مات بالأفعال
الثلاثة وفيه هذه الأوجه الثلاثة المذكورة في الأول سواء وأما الثالث ففيه مثل
هذه الأوجه الثلاثة ووجهان آخران
أحدهما : أن دية بكمالها على الثاني لأنه المباشر لجذبه فسقط فعل بفعله
والثاني : أن على عاقلته نصفها ويسقط النصف الثاني في مقابلة فعله في
نفسه

فصل : وإن وقع بعضهم على بعض فماتوا نظرت فإن كان موتهم بغير وقوع
بعضهم على بعض مثل أن يكون البئر عميقا يموت الواقع فيه بنفس الوقوع أو
كان فيه ما يغرق الواقع فيقتله أو أسد يأكلهم فليس على بعضهم ضمان بعض
لعدم تأثير فعل بعضهم في هلاك بعض وإن شككنا في ذلك لم يضمن بعضهم
بعضا لأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك وإن كان موتهم بوقوع بعضهم
على بعض فدم الرابع هدر لأن غيره لم يفعل في هشيئا وإنما هلك بفعله وعليه
دية الثالث لأنه قتله بوقوعه عليه ودية الثاني عليه وعلى الثالث نصفين ودية
الأول على الثلاثة أثلاثا

مسألة وإن خر رجل في زبية أسد ف جذب آخر وجذب الثاني ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فالقياس

مسألة : وإن خر رجل في زبية أسد ف جذب آخر وجذب الثاني ثالثا وجذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فالقياس أن دم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثاني وعلى عاقلته الثاني دية الثالث وعلى عاقلته الثالث وعلى عاقلته الرابع وعلى عاقلته الثلاثة أثلاثا الحكم في هذه المسألة أنه لا شيء على الرابع لأنه لم يفعل شيئا وديته على عاقلته الثالث في أحد الوجهين وفي الثاني على عواقل الثلاثة أثلاثا ودم الأول هدر وعلى عاقلته دية الثاني وأما دية الثالث فعلى الثاني في أحد الوجهين وفي الآخر على الأول والثاني نصفين هذه تسمى مسألة الزبية وقد روى حنش الصنعاني أن قوما من أهل اليمن حفروا زبية للأسد فاجتمع الناس على رأسها فهوى فيها واحد ف جذب ثانيا وجذب الثاني ثالثا ثم جذب الثالث رابعا فقتلهم الأسد فرفع ذلك إلى علي رضي الله عنه فقال : للأول ربع الدية لأنه هلك فوقه ثلاثة وللثاني ثلث الدية لأنه هلك فوقه اثنان وللثالث نصف الدية لأنه هلك فوقه واحد وللرابع كمال الدية وقال : فإني أجعل الدية على من حضر رأس البئر فرفع ذلك إلى النبي صلى الله عليه وسلم فقال : هو كما قال : رواه سعيد بن منصور حدثنا أبو عوانة وأبو الأحوص عن سماك بن حرب عن أنس بنحو هذا المعنى قال أبو الخطاب : فذهب أحمد إلى ذلك توفيقا على خلاف القياس وقد ذكر بعض أهل العلم أن هذا الحديث لا يثبت أهل النقل وأنه ضعيف والقياس ما قلناه فلا ينتقل عنه إلى ما لا يدري ثبوته ولا معناه

مسألة ومن اضطر إلى طعام إنسان أو شرابه به مثل ضرورته فممنعه حتى مات ضمنه نص عليه

مسألة : ومن اضطر إلى طعام إنسان أو شرابه وليس به مثل ضرورته فممنعه حتى مات ضمنه نص عليه

وجملة ذلك أن من أخذ طعام إنسان أو شرابه في برية أو مكان لا يقدر فيه على طعام وشراب فهلك بذلك أو هلكت بهيمته فعليه ضمان ما تلف به لأنه سبب هلاكه وكذلك إن اضطر إلى طعام وشراب لغيره فطلبه منه فممنعه إياه مع غناء عنه في تلك الحال فمات بذلك ضمنه المطلوب منه لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك ولأنه إذا اضطر فصار أحق به ممن هو في يده وله أخذه قهرا فإذا منعه إياه تسبب إلى هلاكه بمنعه ما يستحقه فلزمه ضمانه

كما لو أخذ طعامه وشرايه فهلك بذلك وظاهر كلام احمد أن الدية في ماله لأنه
تعمد هذا الفعل الذي يقتل مثله غالبا وقال القاضي : يكون على عاقلته لأن هذا
لا يوجب القصاص فيكون شبه عمد وإن لم يطلبه منه لم يضمنه لأنه لم يمنعه
ولم يوجد منه فعل تسبب به إلى هلاكه وخرج ابو الخطاب كل من أمكنه انجاء
انسان من مهلكة فلم ينجه منها مع قدرته على ذلك أنه يجب عليه ضمانه قياسا
على ما إذا طلب الطعام فمنعه إياه مع غناء عنه حتى هلك
ولنا أن هذا لم يهلكه ولم يكن سببا في هلاكه فلا يضمنه كما لو يعلم بحاله
وقياس هذا على المسألة التي ذكرها غير صحيح لأنه في الأولى منعه منعاً كان
سببا في هلاكه فيضمنه بفعله الذي تعدى به وههنا لم يفعل شيئا يكون سببا

[جزء 9 - صفحة 503]

مسألة وإن افزع انسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث ديته وعنه لا شيء عليه
مسألة : وإن افزع انسانا فأحدث بغائط فعليه ثلث ديته وعنه لا شيء عليه
وجملة ذلك أنه إذا ضرب انسانا حتى أحدث فإن عثمان رضي الله عنه قضى
فيه بثلث الدية قال احمد : لا اعرف شيئا يدفعه وبه قال إسحاق وعنه لا شيء
عليه وهو قول أبي حنيفة و مالك و الشافعي لأن الدية انما تجب لإتلاف منفعة
أو عضو أو إزالة جمال وليس ههنا شيء من ذلك وهذا هو القياس وإنما ذهب
من ذهب الى إيجاب الثلث لقضية عثمان لأنها في مظنة الشهرة ولم ينقل
خلافهما فيكون إجماعا ولأن قضاء الصحابي فيما يخالف القياس يدل على أنه
توقيف وسواء كان الحدث ببول أو غائط أو ريح قاله القاضي وكذلك الحكم
فيما إذا افزعه حتى أحدث والأولى إن شاء الله التفريق بين الريح وغيرها إن
كان قضاء عثمان في الغائط والبول لأن ذلك أفحش فلا يقاس عليه
فصل : إذا أكره رجلا على قتل إنسان فقتله فصار الأمر الى الدية فهي عليهما
لأنهما كالشريكين ولو أكره رجل امرأة على الزنا فحملت وماتت من الولادة
ضمنها لأنها ماتت بسبب فعله وتحمله العاقلة إلا أن لا يثبت ذلك باعترافه
فتكون الدية عليه لأن العاقلة لا تحمل اعترافا ولذلك إن شهد شاهدان على
رجل بقتل عمد فقتل ثم رجعا عن الشهادة لزمهما الضمان كالشريكين في
الفعل ويكون الضمان في مالهما لا تحمله العاقلة لأنها لا تحمل الاعتراف وهذا
ثبت باعترافهما

فصل : إذا قتل رجلا و ادعى أنه كان عبدا أو القى عليه حائطا و ادعى أنه كان
ميتا وأنكر وليه فالقول قول الولي مع يمينه وهو أحد قولي الشافعي : وقال
في الآخر : القول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته وما ادعاه محتمل فلا
يزول عن اليقين بالشك
ولنا أن الأصل حياة المجني عليه وحرته فيجب الحكم ببقائه كما لو قتل مسلما
وادعى أنه ارتد قبل قتله وبهذا يبطل ما ذكره وإن قطع عضوا و ادعى شلله أو
قلع عينا و ادعى عماها وأنكر المجني عليه فالقول قوله لأن الأصل السلامة

وهكذا لو قطع ساعدا وادعى أنه لم يكن عليه كف أو ساقا وادعى أنه لم يكن لها قدم وقال القاضي : ان اتفقا على أنه كان بصيرا فالقول قول المجني عليه وإلا فالقول قول الجاني وهذا مذهب الشافعي لأن هذا مما يتعذر إقامة البينة عليه فإنه لا يخفى على اهله وجيرانه ومعامله وصفة أداء الشهادة عليه أنه كان يتبع الشخص بسره ويتوقى ما يتوقاه البصير ويتجنب البئر واشباهه في طريقه ويعدل في العطفات خلف من يطلبه ولنا أن الأصل السلامة : فكان القول قول من يدعيها كما لو اختلفا في إسلام المقتول في دار الإسلام وفي حياته قولهم لا يتعذر إقامة البينة عليه قلنا : وكذلك لا يتعذر إقامة البينة على ما يدعيه الجاني فإيجابها عليه أولى من إيجابها على من يشهد له الأصل ثم تبطل بسائر المواضع التي سلموها فإن قالوا ههنا ما يثبت أن الأصل وجود البصر قلنا : الظاهر يقوم مقام الأصل ولهذا رجحنا قول من يدعي حرته وإسلامه فصل : ومن أدب ولده أو امرأته في النشوز أو المعلم صبيه أو السلطان رعيته ولم يسرف فأفضى الى تلفه لم يضمنه لأنه أدب مأذون فيه شرعا فلم يضمن ما تلف به كالحد والتعزير

[جزء 9 - صفحة 505]

مسألة ويتخرج وجوب الضمان على ما قاله فيما إذا أرسل السلطان الى امرأة ليحضرها فاجهضت جنينا أو مسألة : ويتخرج وجوب الضمان على ما قاله فيما إذا أرسل السلطان الى امرأة ليحضرها فاجهضت جنينا أو ماتت فعلى عاقلته الدية وجملة ذلك أن السلطان اذا بعث الى امرأة ليحضرها فأسقطت جنينا فمات ضمنه لما روي أن عمر رضي الله عنه بعث إلى امرأة مغبية كان يدخل عليها قالت : يا ويلها ما لها ولعمر ؟ فيينا هي في الطريق إذ فزعت فضربها الطلق فألقت ولدا فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم ان ليس عليك شيء إنما أنت وال ومؤدب وصمت علي فأقبل عيه عمر فقال : ما تقول يا أبا الحسن ؟ فقال : إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وإن كانوا قالوا في هواك فلم ينصحوا لك ان ديتك عليك لأنك أفزعتها فألقته فقال عمر : أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك ولو فزعت المرأة فماتت وجبت ديتها أيضا ووافق الشافعي في ضمان الجنين وقال : لا تضمن المرأة لأن ذلك ليس بسبب لهلاكها في العادة ولنا أنها نفس هلكت بإرساله اليها فضمنها كجنينها أو نفس هلكت بسببه فغرمها كما لو ضربها فماتت قوله : إنه ليس بسبب عادة قلنا : إذا كانت حاملا فهو سبب للإسقاط والإسقاط سبب للهلاك ثم لا يعتبر في الضمان كونه سببا معتادا فإن الضربة والضربتين بالسوط ليست سببا للهلاك في العادة ومتى

أفصت إليه وجب الضمان وإن استعدى إنسان على امرأة فألقت جنينها أو ماتت فزعا فعلى عاقلة المستعدي الضمان إن كان ظالما لها وإن كانت هي الظالمة فاحضرها عند الحاكم فينبغي ان لا يضمنها لأنها سبب إحضارها بظلمها فلا يضمنها غيرها ولأنه استوفى حقه فلم يضمن ما تلف به كالقصاص ولكن يضمن جنينها لأنه تلف بفعله فأشبهه ما لو اقتص منها

[جزء 9 - صفحة 506]

مسألة وإن سلم ولده الى السابح ليعلمه فغرق لم يضمنه ويحتمل أن تضمنه العاقلة
مسألة : وإن سلم ولده إلى السابح ليعلمه فغرق لم يضمنه ويحتمل أن تضمنه العاقلة
أما إذا سلم ولده الصغير الى السابح ليعلمه السباحة فغرق فالضمان على عاقلة السابح لأنه سلمه اليه ليحتاط في حفظه فإذا غرق نسب الى التفريط في حفظه : وقال القاضي : قياس المذهب أنه لا يضمنه لأنه فعل ما جرت العادة به لمصحلتيه فلم يضمن ما تلف به كما إذا ضرب المعلم الصبي ضربا معتادا فتلف به فأما الكبير إذا غرق فليس على السابح شيء إذا لم يفرط لأن الكبير في يد نفسه لا ينسب التفريط في هلاكه إلى غيره

[جزء 9 - صفحة 507]

مسألة وإن أمر إنسانا أن ينزل بثرا أو يصعد شجرة فهلك بذلك لم يضمنه
مسألة : وإن أمر إنسانا أن ينزل بثرا أو يصعد شجرة فهلك بذلك لم يضمنه لأنه لم يجز ولم يتعد فأشبهه ما لو أذن له ولم يأمره إلا أن يكون الأمر السلطان فهل يضمنه ؟ على وجهين :
أحدهما : لا يضمنه كغيره والثاني : يضمنه لأنه يخاف منه إذا خالفه وهو مأمور بطاعته إلا أن يكون المأمور صغيرا لا يميز فيضمنه لأنه تسبب إلى إتلافه

مسألة وإن وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمنه
مسألة : وإن وضع جرة على سطحه أو حائطه أو حجرا فرمته الريح على إنسان فقتله أو شيء أتلفه لم يضمنه
لأن ذلك بغير فعله ووضع ذلك كان في ملكه ويحتمل أن يضمن إذا وضعها متطرفة لأنه تسبب إلى إلقتها وتعدى بوضعها فأشبهه ما لو بنى حائطا مائلا

مسألة وإن أخرج جناحا إلى الطريق أو ميزانا فسقط على إنسان فأتأفه ضمنه
مسألة : وإن أخرج جناحا إلى الطريق أو ميزانا فسقط على إنسان فأتلفه
ضمنه

لأن إخراج الجناح الى الطريق غير جائز لأنه تصرف في غير ملكه إذا كان
الطريق نافذا أو غير نافذ ولم يأذن فيه أصحابه إذا سقط على شيء فأتلفه
ضمنه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو وضع البناء على أرض الطريق وكذلك
الحكم في الميزاب وفي ذلك اختلاف وتفصيل ذكرناه في الغصب والله أعلم

[جزء 9 - صفحة 508]

باب مقادير ديات النفس
دية الحر المسلم مائة من لإبل أو مائتا بقرة أو ألفا شاة أو ألف مثقال أو اثنا
عشر ألف درهم فهذه الخمس أصول في الدية إذا أحضر من عليه الدية شيئا
منها لزم قبوله
جملة ذلك أنا إذا قلنا : إن هذه الخمس أصل في الدية إذا أحضر من عليه الدية
من القاتل أو العاقلة شيئا منها لزم أخذه ولم يكن له المطالبة بغيره ساء كان
من أهل ذلك النوع أو لم يكن لأنها أصول في قضاء الواجب يجرىء واحد منهما
فكانت الخيرة الى من وجبت عليه كخصال الكفارة وشاتي الجبران في الزكاة
مع الدراهم وكذلك الحكم في الحال إذا قلنا إنها أصل
فصل : ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أن الإبل أصول في الدية وأن دية الحر
المسلم مائة من الإبل وقد دلت عليه الأحاديث الواردة منها حديث عمرو بن
حزم وحديث عبد الله بن عمرو وفي دية خطأ العمدة وحديث ابن مسعود في
دية الخطأ وسنذكرها إن شاء الله تعالى
قال القاضي : لا يختلف المذهب أن أصول الدية الإبل والذهب والورق والبقر
والغنم فهذه خمسة لا يختلف المذهب فيها وهذا قول عمر و عطاء و طاوس و
الفرهاء السبعة وبه قال الثوري و ابن ابي ليلى و ابو يوسف و محمد بن حزم
روى في كتابه [أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب إلى أهل اليمن : وإن
في النفس المؤمنة مائة من الإبل وعلى أهل الورق ألف دينار] رواه النسائي
و [روى ابن عباس أن رجلا من بني عدي قتل فجعل النبي صلى الله عليه
وسلم ديته اثني عشر ألفا] رواه أبو داود و ابن ماجه وروى الشعبي أن عمر
جعل على أهل الذهب ألف دينار وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن
عمر قام خطيبا فقال : ألا أن الإبل قد غلت قال : فقوم على أهل الذهب ألف
دينار وعلى أهل الورق اثني ألفا وعلى أهل البقر مائتي بقرة وعلى أهل الشاة
ألفي شاة وعلى أهل الحلل مائتي حلة رواه أبو داود
مسألة : وفي الحلل روايتان

إحداهما : ليست أصلا لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [ألا إن في قتيل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل] والثانية : أنها أصل لما ذكرنا من قول عمر حين أقام خطيبا فجعل على أهل الحلال مائتي حلة رواه أبو داود وهذا كان بمحضر من الصحابة فكان إجماعا وكل حلة برادن

[جزء 9 - صفحة 509]

مسألة وعن أحمد رحمه الله أن الإبل هي الأصل خاصة
مسألة : وعن أحمد رحمه الله أن الإبل هي الأصل خاصة
وهذا ظاهر كلام الخرقى وذكرها أبو الخطاب عن أحمد وهو قول طاوس و
الشافعي و ابن المنذر لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [ألا إن في قتيل
عمد الخطأ قتيل السوط مائة من الإبل] ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق
بين دية العمد والخطأ فغلط بعضها وخفف بعضها ولا يتحقق هذا في غير الإبل
ولأنه بدل متلف حقا لآدمي فكان متعينا كعوض الأموال وحديث ابن عباس
يحتمل أن النبي صلى الله عليه وسلم أوجب الورق بدلا عن الإبل وإنما الخلاف
في كونها أصلا وحديث عمرو بن شعيب يدل على أن الأصل الإبل فإن إيجابه
لهذه المذكورات على سبيل التقويم لغلاء الإبل ولو كانت أصولا بنفسها لم يكن
إيجابها تقويما للإبل ولا كان لغلاء الإبل أثر في ذلك ولا لذكره معنى وقد روي
أنه كان يقوم الإبل قبل أن تغلو بثمانية آلاف درهم ولذلك قيل : إن دية الذمي
أربعة آلاف وديته نصف الدية فكان ذلك أربعة آلاف حين كانت الدية ثمانية آلاف
فصل : إذا قلنا أن الأصول خمسة فإن قدرها ما ذكرنا في المسألة في أول
الباب ولم يختلف القائلون بهذه الأصول في قدرها من المذهب ولا من سائرها
إلا الورق فإن الثوري و أبا حنيفة قالوا : قدرها من الورق عشرة آلاف وحكي
ذلك عن ابن شبرمة لما روى الشعبي أن عمر جعل على أهل الورق عشرة
آلاف ولأن الدينار معدول في الشرع بعشرة دراهم بدليل أن نصاب الذهب
عشرون مثقالا ونصاب الفضة مائتا درهم وبما ذكرناه قال الحسن و عروة و
مالك و الشافعي في قول وروي ذلك عن عمر وعلي و ابن عباس لما ذكرنا من
حديث ابن عباس وحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن عمر ولأن
الدينار معدول بأثني عشر درهما بدليل أن عمر فرض الجزية على الغني أربعة
دنانير أو ثمانية وأربعين درهما وعلى المتوسط دينارين أو أربعة وعشرين
درهما وعلى الفقير دينارين أو اثني عشر درهما وهذا أولى مما ذكرناه في
نصاب الزكاة لأنه لا يلزم أن يكون نصاب أحدهما معدولا بنصاب الآخر كما أن
السائمة من بهيمة الأنعام ليس نصاب شيء منها معدولا بنصاب غيره قال ابن
عبد البر : ليس في جعل الدية عشرة آلاف عن النبي صلى الله عليه وسلم
حديث مرسل ولا مسند وحديث الشعبي عن عمر يخالفه حديث عمرو بن
شعيب عن أبيه عن جده عنه

مسألة وإذا قلنا إن الإبل هي الأصل خاصة فعلى من عليه الدية تسليمها إلى مستحقها سليمة من العيوب وأيهما
 مسألة : وإذا قلنا إن الإبل هي الأصل خاصة فعلى من عليه الدية تسليمها إلى مستحقها سليمة من العيوب وأيهما أراد العدول عنها إلى غيرها فللآخر منعه لأن الحق متعين فيها فاستحقت كالمثل في المتلفات المتلفة وإن اعوزت الإبل أو لم توجد إلا بأكثر من ثمن المثل فله العدول إلى ألف دينار أو اثني عشر ألف درهم وهذا قول الشافعي في القديم وقال في الجديد : تجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت لحديث عمرو بن شعيب عن عمر في تقويم الإبل ولأن ما ضمن بنوع من المال وجبت قيمته عند تعذره كذوات الأمثال ولأن الإبل إذا أجزأت إذا قلت قيمتها فينبغي أن تجب وإن كثرت قيمتها كالدينير إذا غلت أو رخصت وهكذا ينبغي أن يقول إذا غلت الإبل كلها فأما إن كانت الإبل موجودة بثمن مثلها إلا أن هذا لم يجدها لكونها في غير بلده فإن قوم الدية من الدراهم باثني عشر ألفاً ومن الذهب ألف دينار

مسألة فإن كان القتل عمداً أو شبه عمد وجبت أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون
 مسألة : فإن كان القتل عمداً أو شبه عمد وجبت أرباعاً خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وعنه أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها اختلفت الرواية عن أحمد في مقدارها فروى جماعة عن أحمد أنها أرباع وكذلك ذكره الخرقى وهو قول الزهري وربيعه و مالك و سليمان بن يسار و ابي حنيفة وروي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وروى جماعة عن أحمد أنها ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه في بطونها أولادها وبهذا قال عطاء و محمد بن الحسن و الشافعي وروي ذلك عن عمر و زيد و ابي موسى و المغيرة رضي الله عنهم لما [روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : من قتل مؤمناً متعمداً دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية وهي ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون خلفه] وما صولحوا عليه فهو لهم وذلك لتشديد القتل رواه الترمذي وقال : هو حديث حسن غريب و [عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال : ألا إن في قتل عمد الخطأ قتيل السوط والعصا مائة من الإبل منها أربعون خلفه في بطونها أولادها] رواه الإمام أحمد و أبو داود و عن عمرو بن شعيب أن رجلاً يقال له قتادة حذف ابنه بالسيف فقتله فأخذ عمر منه الدية ثلاثين حقة وثلاثين جذعة وأربعين خلفه رواه مالك في الموطأ ووجه الأول ما روى الزهري [عن السائب بن يزيد قال : كانت الدية على عهد رسول الله

صلى الله عليه وسلم أرباعاً : حمسا وعشرين جذعة وخمسا وعشرين حقة
 وخمسا وعشرين بنت لبون وخمسا وعشرين بنت مخاض [ولأنه حق يتعلق
 بجنس الحيوان فلا يعتبر فيه الحمل كالزكاة والأضحية والخلفة الحامل وقول
 النبي صلى الله عليه وسلم : [في بطونها أولادها] تأكيد وهل يعتبر في
 الخلفات كونها ثنيا ؟ على وجهين : أحدهما : لا يعتبر لأن النبي صلى الله عليه
 وسلم أطلق الخلفات ولم يقيد بها فأى ناقة حملت فهي خلفه تجزىء في الدية
 واعتبار السن تقييد لا يصار إليه إلا بدليل والثاني : يشترط لأن في بعض ألفاظ
 الحديث : [أربعون خلفه ما بين ثنية عامها إلى بازل] ولأن سائر أنواع الإبل
 مقدرة السن فكذلك الخلفة والذي ذكره القاضي هو الأول والثنية التي لها
 خمس سنين ودخلت السادسة وقلما تحمل الثنية ولو أحضرها خلفه سقطت
 قبل قبضها فعليه بدلها

فصل : فإن اختلفا في حملها رجع إلى أهل الخبرة كما يرجع إلى حمل المرأة
 في القوالب وإن تسلمها الولي ثم قال : لم تكن حوامل وقد ضمرت أجوافها
 فقال الجاني : بل قد ولدت عندك نظرت فإن قبضها بقول أهل الخبرة فالقول
 قول الجاني لأن الظاهر إصابتهم وإن قبضها بغير قولهم فالقول قول الولي لأن
 الأصل عدم الحمل

[جزء 9 - صفحة 513]

مسألة وإن كان القتل خطأ وجبت أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن
 مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
 مسألة وإن كان القتل خطأ وجبت أخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون ابن
 مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة
 لا يختلف المذهب أن دية الخطأ أخماس كما ذكرنا وهذا قول ابن مسعود و
 النخعي وأصحاب الرأي و ابن المنذر وقال عمر بن عبد العزيز و سليمان بن
 يسار و الزهري و الليث و ربيعة و مالك و الشافعي : هي أخماس إلا أنهم جعلوا
 مكان بني مخاض بني لبون وهكذا رواه سعيد في سننه عن النخعي عن ابن
 مسعود قال الخطابي : [روي أن النبي صلى الله عليه وسلم ودى الذي قتل
 بخير بمائة من إبل الصدقة وليس في أسنان الصدقة ابن مخاض] وروي عن
 علي و الحسن و الشعبي و الحارث العكلي و إسحاق : أنها ارباع كدية العمد
 سواء وعن زيد أنها ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وعشرون ابن لبون وعشرون
 بنت مخاض قال طاوس : ثلاثون حقة وثلاثون بنت لبون وثلاثون بنت مخاض
 وعشر بني لبون ذكور لما [روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول
 الله صلى الله عليه وسلم قضى أن من قتل خطأ فديته من الإبل ثلاثون بنت
 مخاض وثلاثون بنت لبون وثلاثون حقة وعشر بنت لبون ذكور] رواه ابو داود و
 ابن ماجه وقال أبو ثور : الديات كلها أخماس كدية الخطأ لأنها بدل متلف فلا
 يختلف بالعمد والخطأ كسائر المتلفات وحكي عنه ان دية العمد مغلظة ودية

شبه الخطأ والعمد اخماس لأن شبه العمد تحمله العاقلة فكان أخماسا كدية الخطأ

ولنا ما روى عبد الله بن مسعود قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : في دية الخطأ عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنت لبون] رواه أبو داود و النسائي و ابن ماجة ولأن ابن لبون يجب على طريق البديل عن ابنة مخاض في الزكاة إذا لم يجدها فلا يجمع بين البديل والمبدل في واجب ولأن موجبهما واحد فيصير كأنه أوجب أربعين ابنة مخاض ولأن ما قلناه الأقل والزيادة عليه لا تثبت إلا بتوقيف على من ادعاه الدليل فأما قتيل خيبر فلا حجة لهم فيه لأنهم لم يدعوا القتل إلا عمدا فتكون ديته دية العمد وهي من أسنان الصدقة والخلاف في دية الخطأ وقول أبي ثور يخالف آثار المروية التي ذكرناها فلا يعول عليه

[جزء 9 - صفحة 515]

مسألة ويؤخذ في البقر النصف مسنات والنصف أتبعة وفي الغنم النصف ثنايا والنصف أجدعة إذا كانت الغنم ضانا
مسألة : ويؤخذ في البقر النصف مسنات والنصف أتبعة وفي الغنم النصف ثنايا والنصف أجدعة إذا كانت الغنم ضانا لأن دية الإبل من الأسنان المقدرة في الزكاة فكذلك للبقر والغنم

مسألة ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك إذا كان سليما من العيوب وقال أبو الخطاب تعتبر أن تكون القيمة
مسألة : ولا تعتبر القيمة في شيء من ذلك إذا كان سليما من العيوب وقال أبو الخطاب : تعتبر أن تكون القيمة لكل بعير مائة وعشرين درهما وظاهر هذا أنه يعتبر في الأصول كلها أن تبلغ دية من الأثمان والأول أولى الصحيح أنه لا يعتبر قيمة الإبل بل متى وجدت على الصفة المشروطة وجب أخذها وهو ظاهر كلام الخرقى وسواء قلت قيمتها أو كثرت وهو ظاهر مذهب الشافعي وذكر أصحابنا أن مذهب احمد ان تؤخذ مائة من الإبل قيمة كل بعير منها مائة وعشرون درهما فإن لم يقدر على ذلك أدى اثني عشر درهم أو الف دينار لأن عمر قوم الإبل على أهل الذهب ألف مثقال وعلى أهل الورق اثني عشر ألف درهم فدل على أن ذلك قيمتها ولأن هذه أبدال محل واحد فيجب أن تتساوى في القيمة كالمثل والقيمة في بدل القرض والمثل في المثليات ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [في النفس المؤمنة مائة من الإبل] وهذا مطلق فتقيده يخالف اطلاقه فلم يجب إلا بدليل ولأنها كانت تؤخذ على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وقيمتها ثمانية آلاف وقول عمر في حديثه : إن الإبل قد غلت فقومها على أهل الورق اثني عشر ألفا دليل على أنها في حال

رخصها أقل قيمة من ذلك وقد كانت تؤخذ في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وصدرا من خلافه عمر مع رخصها وقلة قيمتها ونقصها عن مائة وعشرين فأيجاب ذلك فيها خلاف سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولأن النبي صلى الله عليه وسلم فرق بين دية الخطأ والعمد فغلظ دية العمد وخفف دية الخطأ وأجمع عليه أهل العلم واعتبارها بقيمة واحدة تسوية بينهما وجمع بين ما فرق الشارع وإزالة التخفيف والتغليظ جميعا بل هو تغليظ لدية الخطأ لأن اعتبار ابنة مخاض بقيمة ثنية أو جذعة يشق جدا فيكون تغليظا لدية الخطأ وتخفيفا لدية العمد وهذا خلاف ما قصده الشارع وورد به ولأن العادة نقص قيمة بنات المخاض عن قيمة الحقائق والجذعات فلو كانت تؤدي على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم بقيمة واحدة ويعتبر فيها ذلك لنقل ولم يجز الإخلال به لأن ما ورد الشرع به مطلقا إنما يحمل على العرف والعادة فإذا أريد به ما يخالف العادة وجب بيانه وإيضاحه لئلا يكون تلبيسا في الشريعة وإيهامهم أن حكم الله خلاف ما هو حكمه على الحقيقة والنبي صلى الله عليه وسلم بعث للبيان قال الله تعالى : { لتبين للناس ما نزل إليهم } فكيف يحمل قولهم على الإلباس والألغاز ؟ هذا لا يحل ثم لو حمل الأمر على ذلك لكان ذكر الأسنان عبثا غير مفيد فإن فائدة ذلك إنما هو لكون اختلاف أسنانها مظنة لاختلاف القيم فأقيم مقامه ولأن الإبل الأصل في الدية فلا يعتبر قيمتها بغيرها كالذهب والورق ولأنه أصل في الوجوب فلا تعتبر قيمتها كالإبل في السلم وشاة الجبران وحديث عمرو بن شعيب حجة لنا فإن الإبل كانت تؤخذ قبل أن تغلو ويقومها عمر وقيمتها أكثر من اثني عشر ألفا وقد قيل إن قيمتها كانت ثمانية آلاف ولذلك قال عمر : دية الكتابي أربعة آلاف وقولهم : أنها أبدال محل واحد فلنا أن نمنع ونقول : البديل إنما هو الإبل وغيرها معتبر بها وإن سلمنا فهو منتقض بالذهب والورق فإنه لا يعتبر تساويهما وينتقض أيضا بشاة الجبران مع الدراهم وأما بدل القرص والمتلف فإنما هو المثل خاصة والقيمة بدل عنه ولذلك لا تجب الا عند العجز عنه بخلاف مسألتنا فإن قيل : فهذا حجة عليكم لقولكم إن الإبل هي الأصل وغيرها بدل عنها فيجب أن يساويها كالمثل والقيمة قلنا : إذا ثبت لنا هذا ينبغي أن يقوم غيرها بها ولا تقوم هي بغيرها لأن البديل يتبع الأصل ولا يتبع الأصل البديل على أنا نقول : إنما يصير إلى التقدير بهذا لأن عمر رضي الله عنه قومها في وقته بذلك فوجب المصير إليه كيلا يؤدي إلى التنازع والاختلاف في قيمة الإبل الواجبة كما قدر لبن المصرة بصاع من التمر نفيا للتنازع في قيمته فلا يوجب هذا أن يرد الأصل إلى التقويم فيفضي إلى عكس حكمة الشرع ووقوع التنازع فيه قيمة الإبل مع وجودها بعينها على أن المعتبر في بدلي القرص مساواة المفروض فاعتبر كل واحد من بدليه به والدية غير معتبرة بقيمة المتلف ولهذا لا تعتبر صفاته وهكذا قول أصحابنا في تقويم البقر والشاة والحلل أن يكون مبلغ الواجب من كل صنف منها اثني عشر ألفا فتكون قيمة كل بقرة أو حلة ستين درهما وقيمة كل شاة ستة دراهم لتساوي الأبدال كلها

مسألة ويؤخذ في الحل المتعارف من ذلك باليمن
مسألة : ويؤخذ في الحل المتعارف من ذلك باليمن
وهي مائتا حلة كل حلة بردان فتكون اربعمائة بردة فإن تنازعا جعلت قيمة كل
حلة ستين درهما ليبلغ قيمة الجميع اثني عشر ألف درهم
فصل : ولا يقبل في الإبل معيب ولا أعجف ولا يعتبر فيها أن تكون من جنس
إبله ولا إبل بلده وقال القاضي وأصحاب الشافعي : الواجب عليه من جنس
إبله سواء كان القاتل أو العاقلة لأن وجوبها على سبيل المواساة فيجب كونها
من جنس ما لهم كالزكاة فإذا كان عند بعض العاقلة عراب وعند بعضهم بخاتي
أخذ من كل واحد من جنس ما عنده وإن كان عند واحد صنفان ففيه وجهان :
أحدهما : يؤخذ من كل صنف بقسطه والثاني : يؤخذ من الأكثر فإن استويا دفع
من أيهما شاء فإن دفع من غير إبله خيرا من إبله أو مثلها جاز كما لو أخرج في
الزكاة خيرا من الواجب وإن كان أدون لم يقبل إلا أن يرضى المستحق وإن لم
يكن له إبل فمن غالب إبل البلد فإن لم يكن في البلد إبل وجبت من غالب إبل
أقرب البلاد إليه فإن كانت إبله عجافا أو مراضا كلف تحصيل صحاح من صنف
ما عنده لأنه بدل متلف فلا يؤخذ فيه معيب كقيمة الثوب المتلف ونحو هذا قال
أصحابنا في البقر والغنم
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في النفس المؤمنة مائة من الإبل أطلق
الإبل فمن قيدها احتاج الى دليل ولأنها بدل متلف فلم يختص بجنس ماله كبدل
سائر المتلفات ولأنها حق ليس سببه المال فلم يعتبر فيه كونه من جنس ماله
كالمسلم فيه والقرض ولأن المقصود بالدية جبر المفوت والجبر لا يختص
بجنس مال من وجب عليه وفارق الزكاة فإنها وجبت على سبيل المواساة
ليشارك الفقراء الأغنياء فيما أنعم الله عليهم به فاقتضى كونه من جنس
أموالهم وهذا بدل متلف فلا وجه لتخصيصه بماله وقولهم : انها مواساة لا يصح
وانما وجبت جبرا للفئات كبدل المال المتلف وانما العاقلة تواسي القاتل فيما
وجب بجنايته ولهذا لا تجب من جنس أموالهم اذا لم يكونوا ذوي إبل والواجب
بجنايته إبل مطبقة فتواسيه في تحملها ولأنها لو وجبت من جنس ما لهم لو
جبت المريضة من المرض والصغيرة من الصغار كالزكاة
فصل : ودية المرأة نصف دية الرجل إذا كانت المرأة حرة مسلمة فديتها نصف
دية الحر المسلم أجمع على ذلك أهل العلم ذكره ابن المنذر وابن عبد البر
وحكى غيرهما عن ابن عليه والأصم أنهما قالا : ديتها كدية الرجل لقوله عليه
الصلاة والسلام : [في النفس المؤمنة مائة من الإبل] وهذا قول شاذ يخالف
إجماع الصحابة وسنة النبي صلى الله عليه وسلم فإن في كتاب عمر وابن حزم
دية المرأة على النصف من دية الرجل وهو أخص مما ذكروه وهما في كتاب
واحد فيكون ما ذكرنا مفسرا لما ذكروه مخصصا له

مسألة وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية فإذا زادت صارت على النصف

مسألة : وتساوي جراح المرأة جراح الرجل إلى ثلث الدية فإذا زادت صارت على النصف روي هذا عن عمر وابنه وزيد بن ثابت وبه قال سعيد بن المسيب وعمر بن عبد العزيز و عروة و الزهري و قتادة و ربيعة و مالك قال ابن عبد البر وهو قول فقهاء المدينة السبعة وجمهور أهل المدينة وحكي عن الشافعي في القديم وقال الحسن : يستويان إلى النصف وروي عن علي رضي الله عنه انها على النصف فيما قل أو أكثر وروي ذلك عن ابن سيرين وبه قال الثوري و الليث و ابن أبي ليلى و ابن شبرمة و أبي حنيفة وأصحابه و الشافعي في ظاهر مذهبه واختاره ابن المنذر لأنهما شخصان تختلف ديتهما فاختلف أرش أطرافهما كالمسلم والكافر ولأنها جناية لها أرش فكان من المرأة على النصف من الرجل كاليد وروي عن ابن مسعود أنه قال : تعاقل المرأة الرجل إلى النصف عشر الدية فإذا زاد على ذلك فهي على النصف كأنها تساويه في الموضحة وروي عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها] أخرجه النسائي وهو نص يقدم على ما سواه قال ربيعة قلت لـ سعيد بن المسيب كم في أصبع المرأة ؟ قال : عشر : قلت : اصبعين ؟ قال : عشرون قلت : ففي ثلاث أصابع ؟ قال : ثلاثون قلت : ففي أربع ؟ قال : عشرون فقلت لما عظمت مصيبتها قل عقلها ؟ قال هكذا السنة يا ابن أخي وهذا مقتضى سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه سعيد ولأنه اجماع الصحابة رضي الله عنهم إذ لم ينقل عنهم خلاف ذلك إلا عن علي ولا نعلم ثبوت ذلك عنه ولأن ما دون الثلث يستوي فيه الذكر والأنثى بدليل الجنين فإنه يستوي فيه دية الذكر والأنثى فأما الثلث نفسه ففيه روايتان إحداهما : يستويان فيه لأنه لم يعتبر حد القلة ولهذا صحت الوصية به والثانية : يختلفان فيه وهو الصحيح لقوله عليه الصلاة والسلام : [حتى يبلغ الثلث] وحتى للغاية ويجب أن تكون مخالفة لما قبلها لقول الله تعالى : { حتى يعطوا الجزية } ولأن الثلث في حد الكثرة لقوله عليه الصلاة والسلام : [والثلث كثير] ولأن العاقلة تحمله فدل على أنه مخالف لما دونه فأما دية نساء سائر أهل الأديان فقال أصحابنا تساوي دياتهن ديات رجالهم إلى الثلث لعموم قوله عليه الصلاة والسلام : [عقل المرأة مثل عقل الرجل حتى يبلغ الثلث من ديتها] ولأن الواجب دية امرأة فساوت دية الرجل من أهل ديتها كالمسلمين ويحتمل أن تساوي المرأة الرجل إلى ثلث دية الرجل المسلم لأنه القدر الكثير الذي ثبت له التنصيف في الأصل وهو دية وهكذا أرش جراحة المسلمين

مسألة ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى وذلك ثلاثة أرباع دية الذكر لأنه يحتمل الذكورية
مسألة : ودية الخنثى المشكل نصف دية ذكر ونصف دية أنثى وذلك ثلاثة أرباع دية الذكر لأنه يحتمل الذكورية والأنوثة
وهذا قول أصحاب الرأي وعند الشافعي : الواجب دية أنثى لأنها اليقين فلا يجب الزائد بالشك ولنا أنه يحتمل الذكورية والأنوثة احتمالا واحدا وقد يؤسنا من انكشاف حاله فيجب التوسط بينهما والعمل بكلا الاحتمالين
فصل : ويقاد به الذكر والأنثى لأنهما لا يختلفان في القود ويقاد به بكل واحد منهما فأما جراحه فإن كانت دون الثلث استوى الذكر والأنثى لأن أدنى حاله أن يكون امرأة وهي تساوي الذكر على ما بينا وفيما زاد ثلاثة أرباع حر ذكر
فصل : ودية الكتابي : نصف دية المسلم إذا كان حرا ونساؤهم على النصف من دياتهم هذا ظاهر المذهب وهو قول عمر بن عبد العزيز و عروة و مالك وعمر بن شعيب وعنه أنها ثلث دية المسلم إلا أنه رجح عنها فروي عنه صالح أنه قال : كنت أقول دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف وأنا اليوم أذهب الى نصف دية المسلم حديث عمرو بن شعيب وحديث عثمان الذي يرويه الزهري عن سالم عن ابيه وهذا صريح في الرجوع عنه وروي عن عمر وعثمان أن ديته أربعة آلاف درهم وبه قال سعيد بن المسيب و عطاء و عكرمة و عمرو بن دينار و الشافعي و إسحاق و ابو ثور لما [روى عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف أربعة آلاف] وروي ان عمر رضي الله عنه جعل دية اليهودي والنصراني أربعة آلاف دية المجوسي ثمانمائة درهم

وقال علقمة و مجاهد و النخعي و الثوري و ابو حنيفة : ديته كدية المسلم وروي ذلك عن عمر وعثمان وابن مسعود ومعابرة رضي الله عنهم وقال ابن عبد البر : هو قول سعيد بن المسيب و الزهري لما [روى عمرو بن شعيب عن ابيه عن جده أنه قال : دية اليهودي والنصراني مثل دية المسلم] ولأن الله سبحانه ذكر في كتابه دية المسلم وقال : { ودية مسلمة إلى أهله } وقال في الذمي مثل ذلك ولم يفرق فدل على أن ديتهما واحدة ولأنه حر ذكر معصوم فتكمل ديته كالمسلم

ولنا ما [روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : دية المعاهد نصف دية المسلم] وفي لفظ [أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى أن عقل أهل الكتاب نصف عقل المسلمين] رواه الامام أحمد وفي لفظ [دية المعاهد نصف دية الحر] قال الخطابي : ليس في دية أهل الكتاب شيء أبين من هذا ولا بأس بأسناده وقد قال به أحمد وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أولى فأما حديث عبادة فلم يذكره أصحاب السنن والظاهر أنه ليس بصحيح وحديث عمر إنما كان ذلك حين كانت الدية ثمانية آلاف فأوجب فيه نصفها أربعة آلاف ودليل ذلك ما [روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال كانت قيمة الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

ثمانمائة دينار وثمانية آلاف درهم ودية أهل الكتاب يؤمئذ النصف [فهذا بيان وشرح يزيل الإشكال وفيه جمع للأحداث فيكون دليلا لنا ولو لم يكن كذلك لكان قول النبي صلى الله عليه وسلم مقديا على قول عمر وغيره بغير إشكال فقد كان عمر رضي الله عنه إذا بلغه عن النبي صلى الله عليه وسلم سنة ترك قوله وعمل بها فكيف يسوغ لأحد أن يحتج بقوله في ترك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وأما ما احتج به الآخرون فإن الصحيح من حديث عمرو بن شعيب ما رويناه أخرجه الأئمة في كتبهم دون ما رووه وأما ما رووه من قول الصحابة فقد روي عنهم خلافه فيحمل قولهم في إيجاب الدية كاملة على سبيل التعليل قال أحمد : إنما غلظ عثمان الدية عليه لأنه كان عمدا فلما ترك القود غلظ عليه وكذلك حديث معاوية ومثل هذا ما روي عن عمر رضي الله عنه حين انتحر رقيق حاطب ناقة لرجل من بني فحل فقال عمر لحاطب : إني أراك تجيعهم لأغرمك غرما يشق عليك فغرمه مثلي قيمتها

[جزء 9 - صفحة 524]

مسألة وجراحاتهم على النصف من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم قياسا عليهم
مسألة : وجراحاتهم على النصف من دياتهم كجراحات المسلمين من دياتهم قياسا عليهم
قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله جني على مجوسي في عينه وفي يده ؟ قال : يكون بحساب ديته كما أن المسلم يؤخذ بالحساب فكذلك هذا قيل قطع يده ؟ قال بالنصف من ديته

مسألة ونساؤهم على النصف من دياتهم
مسألة : ونساؤهم على النصف من دياتهم
لا نعلم في هذا خلافا قال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على أن دية المرأة نصف دية الرجل ولأنه لما كان دية نساء المسلمين على النصف من دياتهم كذلك نساء أهل الكتاب قياسا عليهم

مسألة ودية المجوسي والوثني ثمانمائة درهم
مسألة : ودية المجوسي والوثني ثمانمائة درهم
ذهب أكثر أهل العلم في دية المجوسي قال أحمد : ما أقل من اختلف في دية المجوسي وممن قال ذلك عمر وعثمان وابن مسعود و سعيد بن المسيب و سليمان بن يسار و عطاء و عكرمة و الحسن و مالك و الشافعي و إسحاق و يروي عن عمر بن عبد العزيز أنه قال : دية نصف دية المسلم كدية الكتابي

لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [سنو بهم سنة أهل الكتاب] وقال النخعي والشعبي وأصحاب الرأي : ديته كدية المسلم لأنه آدمي حر معصوم فأشبهه المسلم

ولنا قول من سمي من الصحابة ولم نعرف لهم في عصرهم مخالفا فكان إجماعا وقوله : [سنوا بهم سنة أهل الكتاب] يعني في أخذ جزيتهم وحقن دمائهم بدليل أن ذبائهم ونساءهم لا تحل لنا ولا يجوز اعتباره بالمسلم ولا بالكتابي لنقصان ديته وأحكامه عنهما فينبغي أن تنقص ديته كنقص المرأة عن دية الرجل وسواء كان المجوسي ذميا أو مستأمنا لأنه محقون الدم ونساؤهم على النصف من دياتهم وجراح كل واحد معتبرة من ديته كالمسلم

[جزء 9 - صفحة 525]

مسألة فأما عبدة الأوثان وسائر من ليس له كتاب كالترك ومن عبد ما استحسنت فلا ذمة لهم وإنما تحقن دماؤهم
مسألة : فأما عبدة الأوثان وسائر من ليس له كتاب كالترك ومن عبد ما استحسنت فلا ذمة لهم وإنما تحقن دماؤهم بالأمان فإذا قتل من له أمان منهم فديته دية مجوسي لأنها أقل الديات فلا ينقص عنها ولأنه كافر ذو عهد لا تحل منكاحته فأشبهه المجوسي

مسألة ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه
مسألة : ومن لم تبلغه الدعوة فلا ضمان فيه :
من لم تبلغه الدعوة من الكفار إن وجد لم يجز قتله حتى يدعى فإن قتل قبل الدعوة من غير أن يعطى أمانا فلا ضمان فيه لأنه لا عهد له ولا أمان فأشبهه امرأة الحربي وابنه الصغير وإنما حرم قتله لتبلغه الدعوة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو الخطاب : إن كان ذا دين فديته دية أهل دينه وهو مذهب الشافعي لأنه محقون الدم أشبه من له أمان والأول فإن هذا ينتقض بصبيان أهل الحرب ومجانينهم ولأنه كافر لا عهد له فلن يضمن كالصبيان أما إن كان له عهد ففيه دية أهل دينه فإن لم يعرف دينه ففيه دية المجوسي لأنه اليقين والزيادة مشكوك فيها

فصل : ودية العبد والأمة قيمتهما بالغة ما بلغت وعنه لا يبلغ بها دية الحر أجمع أهل العلم على أن في العبد الذي لا تبلغ قيمته دية الحر قيمته فإن بلغت قيمته دية أو زادت عليها فذهب أحمد رحمه الله في المشهور عنه إلى أن فيه قيمته بالغة ما بلغت عمدا كان القتل أو خطأ سواء ضمن باليد أو بالجناية وهذا قول سعيد بن المسيب والحسن بن سيرين وعمر بن عبد العزيز وإياس بن معاوية والزهرري ومكحول ومالك والأوزاعي والشافعي وإسحاق وأبي يوسف وقال النخعي والشعبي والثوري وأبو حنيفة ومحمد : لا يبلغ به دية

الحر وحكاها أبو الخطاب رواية عن احمد وقال أبو حنيفة : ينقص عن دية الحر دينارا وعشرة دراهم القدر الذي يقطع به السارق هذا إذا ضمن بالجنابة وإن ضمن باليد مثل أن يغصب عبدا فيموت في يده فإن قيمته تجب وإن زادت على دية الحر واحتجوا بأنه ضمان آدمي فلم يزد على دية الحر كضمان الحر وذلك لأن الله تعالى لما أوجب في الحر دية لا تزيد وهو أشرف لخلوه عن نقص الرق كان تنبيهها على أن العبد المنقوص لا يزداد عليها فتجعل مالية العبد معيارا للقدر الواجب فيه ما لم يزد على الدية فإن زاد علمنا خطأ ذلك فنرده الى دية الحر كأرش ما دون الموضحة يجب فيه ما تخرجه الحكومة ما لم يزد على أرش الموضحة فنرده اليها

ولنا أنه مال متقوم فيضمن بكمال قيمته بالغة ما بلغت كالفرس او مضمون بقيمته فكانت جميع القيمة مضمونة كما لو ضمنه باليد ويخالف الحر فإنه ليس مضمونا بالقيمة وإنما ضمن بما قدره الشرع فلم يتجاوزهُ ولأن ضمان الحر ليس بضمان مال ولذلك لم يختلف باختلاف صفاته وهذا ضمان مال يزيد بزيادة المالية وينقص بنقصانها فاختلفا

فصل : ولا فرق في هذا الحكم بين القن من العبيد والمدير والمكاتب وأم الولد قال الخطابي : أجمع عوام الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم في جنابته والجنابة عليه إلا إبراهيم النخعي فإنه قال في المكاتب : يودى بقدر ما أدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد وروي في ذلك شيء عن علي رضي الله عنه وقد روى أبو داود في سننه والإمام أحمد في مسنده : حدثنا محمد بن عبد الله حدثنا هشام بن أبي عبد الله قال حدثني يحيى بن أبي كثير عن عكرمة [عن ابن عباس قال قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في المكاتب يقتل] أنه يؤدي ما أدى من كتابته دية الحر وما بقي دية العبد وقال الخطابي : إذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخا أو معارضا بما هو أولى منه

[جزء 9 - صفحة 527]

مسألة وفي جراحه إن لم يكن مقدرا في الحر ما نقصه بعد التثام الجرح كسائر الأموال وإن كان مقدرا في الحر

مسألة : وفي جراحه إن لم يكن مقدرا في الحر ما نقصه بعد التثام الجرح كسائر الأموال وإن كان مقدرا في الحر فهو مقدر في العبد من قيمته ففي يده نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته نقصته الجنابة أقل من ذلك أو أكثر وعنه أنه يضمن بما نقص اختاره الخلال وجملة ذلك أن الجنابة على العبد يجب ضمانها بما نقص من قيمته لأن الواجب إنما وجب جبرا لما فات بالجنابة ولا تجبر إلا بإيجاب ما نقص من القيمة فيجب ذلك كما لو كانت الجنابة على غيره من الحيوانات وسائر المال ولا يجب زيادة على ذلك لأن حق المجني عليه قد انجبر فلا تجب له زيادة على ما فوته الجاني عليه هذا هو الأصل ولا نعلم فيه

خلافًا فيما ليس فيه مقدر شرعي فإن كان الفأنت بالجناية مؤقتا في الحر كیده وموضحته ففیه عن أحمد روايتان : إحداهما : ان فيه أيضا ما نقصه بالغًا ما بلغ وذكر أبو الخطاب أنه اختار الخلال وروى الميموني عن أحمد أنه قال : انما يأخذ قيمة ما نقص منه على قول ابن عباس وروي هذا عن مالك فيما عدا موضحته ومنقلته وهاشمته وجائفته لأن ضمانه الأموال فيجب فيه ما نقص كالبهائم ولأن ما ضمن بالقيمة بالغًا ما بلغ ضمن نقصه بما نقص كسائر الأموال ولأن مقتضى الدليل ضمان الفأنت بما نقص خالفناه فيما وقت في الحر كما خالفناه في ضمان نفسه بالدية الموقفة ففي الوقت يبقى فيهما على مقتضى الدليل والرواية الأخرى أن ما كان مؤقتا في الحر فهو مؤقت في العبد من قيمته ففي يده أو عينه أو شفته نصف قيمته وفي موضحته نصف عشر قيمته وما أوجب الدية في الحر كالأنف واللسان واليدين والرجلين والعينين والأذنين أوجب قيمة العبد مع بقاء ملك السيد عليه وروي هذا عن علي رضي الله عنه وروي نحوه عن سعيد بن المسيب وبه قال ابن سيرين و عمر بن عبد العزيز والشافعي والثوري قال أحمد : هذا قول سعيد بن المسيب وقال آخرون : ما أصيب به العبد فهو على ما نقص من قيمته والظاهر أن هذا لو كان قول علي لما احتج أحمد إلا به دون غيره إلا أن أبا حنيفة والثوري قالا : ما أوجب الدية من الحر يتخير سيد العبد فيه بين أن يغرمه قيمته ويصير ملكا للجاني وبين أن لا يضمه شيئًا لئلا يؤدي الى اجتماع البديل والمبدل لرجل واحد وروي عن إياس بن معاوية فيمن قطع يد عبد عمدا أو قلع عينه هو له وعليه ثمنه ووجه هذه الرواية قول علي رضي الله عنه ولم يعرف له من الصحابة مخالف ولأنه آدمي يضمن بالقصاص والكفارة فكان في أطرافه مقدر كالحر ولأن أطرافه فيها مقدر من الحر فكان فيها مقدر من العبد كالشجاج الأربع عند مالك وما وجب في شجاجه مقدر وجب في أطرافه كالحر وعلى أبي حنيفة قول علي وإن هذه الأعضاء فيها مقدر فوجب ذلك مع بقاء ملك السيد في العبد كاليد الواحدة وسائر الأعضاء وقولهم : إنه اجتمع البديل والمبدل لواحد لا يصح لأن القيمة ههنا بدل العضو واحدة والرواية الأولى أقيس وأولى إن شاء الله تعالى ولم يثبت ما روي عن علي وإن ثبت فقد روي عن ابن عباس خلافه فلا يبقى حجة والقياس على الحر لا يصح لأنهم لم يسووا بينه وبين الحر فيما ليس فيه مقدر شرعي فإنهم أوجبوا فيه ما نقصه وإن كان في عضو فيه مقدر شرعي فإنهم أوجبوا فيه ما نقصه وإن كان في عضو فيه مقدر كالجناية على الإصبع من غير قطع إذا نقصت قيمته العشر أو أكثر بخلاف الحر وقد ذكرنا دليل ذلك في صدر المسألة

فصل : والأمة مثل العبد فيما ذكرنا وفيه من الخلاف ما فيه إلا أنها تشبه بالحر ولا تفريع على الرواية الأولى فأما على الثانية فإن بلغت قيمتها احتمل أن ترد الى النصف فيكون في ثلاث أصابع ثلاثة أعشار قيمتها وفي أربع أصابع خمسها كما أن المرأة تساوي الرجل في الجراح الى ثلث ديتها فإذا بلغت الثلث ردت الى النصف والأمة امرأة فيكون أرشها من قيمتها كأرش الحر ويحتمل أن لا ترد الى النصف لأن ذلك في الحر على خلاف الأصل لكون الأصل زيادة الأرش

بزيادة الجناية وإن كل ما زاد نقصها وضررها زاد في ضمانها فإذا خولف بقينا
في الأمة على وفق الأصل

[جزء 9 - صفحة 530]

مسألة ومن نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وكذلك في جراحه
مسألة : ومن نصفه حر ففيه نصف دية حر ونصف قيمته وكذلك في جراحه
وجملة ذلك أن من نصفه حر إذا جنى عليه الحر فلا قود عليه لأنه ناقص بالرق
فأشبهه ما لو كان كله رقيقاً وإن كان قاتله عبداً أقيد منه لأنه أكمل من الجاني
وإن كان نصف القاتل حراً وجب القود لتساويهما وإن كانت الحرية في القاتل
أكثر لم يجب القود لعدم المساواة بينهما وفي ذلك كله إذا لم يكن القاتل عبداً
فعليه نصف دية حر ونصف قيمته إذا كان عمداً وإن كان خطأ ففي ماله نصف
قيمته لأن العاقلة لا تحمل العبد والنصف على العاقلة لأنها دية حر في الخطأ
وهكذا الحكم في جراحه إذا كان قدر من أرشها يبلغ ثلث الدية مثل أن يقطع
أنفه أو يديه وإن قطع إحدى يديه فالجميع على الجاني لأن نصف دية اليد ربع
ديته فلا تحملها العاقلة لنقصها عن الثلث

مسألة وإذا قطع خصيتي عبد أو أنفه أو أذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملك
السيد عنه وإن قطع ذكره ثم
مسألة : وإذا قطع خصيتي عبد أو أنفه أو أذنيه لزمته قيمته للسيد ولم يزل ملك
السيد عنه وإن قطع ذكره ثم خصاه لزمته قيمته لقطع الذكر وقيمته مقطوع
الذكر وملك سيده باقي عليه
وفي ذلك اختلاف ذكرناه وعلى الرواية الأخرى يلزمه ما نقص من قيمته
ودليلهما ما سبق

فصل : ودية الجنين الحر المسلم إذا سقط ميتاً غرة عبد أو أمة قيمتها خمس
من الإبل موروثه عنه كأنه سقط حياً ذكرًا كان أو أنثى وهو نصف عشر الدية
يقال : غرة عبد بالصفة وغرة عبد بالإضافة والصفة أحسن لأن الغرة اسم للعبد
نفسه قال مهلهل :

(كل قتيل في كليب غره ... حتى ينال القتل آل مره)
وجملة ذلك أن في جنين الحرة المسلمة غرة هذا قول أكثر أهل العلم منهم
عمر رضي الله عنه و عطاء و الشعبي و النخعي و الزهري و مالك و الثوري و
الشافعي و إسحاق و أبو ثور و أصحاب الرأي وقد [روي أن عمر استشار
الناس في أملاص المرأة فقال المغيرة بن شعبة : شهدت النبي صلى الله عليه
وسلم قضى فيه بغرة عبد أو أمة لتأتين بمن يشهد معك فشهد له محمد بن
مسلمة] و [عن أبي هريرة قال : اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما
الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا إلى رسول الله صلى الله عليه

وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن دية جنينها عبد أو أمة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم [متفق عليه والغرة عبد أو أمة سميا بذلك لأنهم من أنفس الأموال و الأصل في الغرة الخيار فإن قيل فقد روي في هذا الخبر [أو فرس أو بغل] قلنا هذا لم يثبت رواه عيسى بن يونس ووهم فيه قاله أهل النقل والحديث الصحيح إنما فيه عبد أو أمة

فصل : وإنما تجب الغرة إذا سقط من الضربة ويعلم ذلك بأن يسقط عقيب الضرب أو تبقى منها متألمة الى أن يسقط ولو قتل حاملا ولم يسقط جنينها أو ضرب من في جوفها حركة أو انتفاخ فسكن الحركة واذهبها لم يضمن الجنين وبهذا قال مالك و قتادة و الأوزاعي و الشافعي و ابن المنذر وحكي عن الزهري أن عليه غرة لأن الظاهر أنه قتل الجنين فوجب الغرة كما لو أسقطت ولنا أنه لا يثبت حكم الولد إلا بخروجه ولذلك لا يصح له وصية ولا ميراث ولأن الحركة يجوز أن تكون لريح في البطن سكنت فلا يجب الضمان بالشك وأما إذا ألقته ميتا فقد تحقق والظاهر تلفه من الضربة فيجب ضمانه سواء ألقته في حياتها أو بعد موتها وبهذا قال الشافعي وقال مالك و أبو حنيفة : أن ألقته بعد موتها لم يضمنه لأنه يجري مجرى أعضائها وموتها سقط حكم أعضائها ولنا أنه جنين تلف بجنايته وعلم ذلك بخروجه كما لو سقط في حياتها ولأنه لو سقط حيا ضمنه فكذلك إذا سقط ميتا كما لو أسقطته في حياتها وما ذكروه غير صحيح لأنه لو كان كذلك لكان إذا سقط ميتا ثم ماتت لم يضمنه كأعضائها ولأنه آدمي موروث فلا يدخل في ضمان أمه كما لو خرج حيا فإن ظهر بعضه من بطن أمه ولم يخرج باقية ففيه الغرة وبه قال الشافعي وقال مالك و ابن المنذر لا تجب حتى تلقيه لأن النبي صلى الله عليه وسلم إنما أوجب الغرة في الجنين الذي ألقته المرأة وهذه لم تلق شيئا فأشبهه ما لو لم يظهر منه شيء ولنا أنه قاتل لجنينها فلزمته الغرة كما لو ظهر جميعه ويفارق ما لو لم يظهر منه شيء فإنه لم يتقين قتله ولا وجوده وكذلك إن ألقته يدا أو رجلا أو رأسا أو جزءا من أجزاء الأدمي تجب الغرة لأننا تيقنا أنه من جنين وإن ألقته رأسين أو أربع أيد لم يجب أكثر من غرة لأن ذلك يجوز أن يكون من جنين واحد ويجوز أن يكون من جنينين فلم تجب الزيادة مع الشك لأن الأصل براءة الذمة ولذلك لم يجب ضمانه إذا لم يظهر فإن أسقطت ما ليس فيه صورة آدمي فلا شيء فيه لأنه لا يعلم أنه جنين وأن ألقته مضغعة فشهد ثقات من القوابل أن فيه صورة خفية ففيه غرة وإن شهدن أنه مبتدأ خلق آدمي لو بقي تصور ففيه وجهان : أصحهما : لا شيء فيه لأنه لم يتصور فلم يجب فيه شيء كالعلاقة ولأن الأصل براءة الذمة فلا نشغلها بالشك والثاني : فيه غرة لأنه مبتدأ خلق آدمي أشبه ما لو تصور وهذا يبطل بالمضغعة والعلاقة

فصل : والغرة عبد أو أمة وهو قول أكثر أهل العلم وقال عروة و طاوس و مجاهد : عبد أو أمة أو فرس لأن الغرة اسم لذلك وقد جاء في حديث أبي هريرة قال : [قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في الجنين بغرة أو أمة أو فرس أو بغل] وجعل ابن سيرين مكان الفرس مائة شاة ونحوه قال الشعبي لأنه روي في حديث النبي صلى الله عليه وسلم أنه جعل في ولدها مائة شاة رواه أبو داود وروى عن عبد الملك ابن مروان أنه قضى في الجنين

إذا أملص بعشرين دينارا فإذا كان مضغة فأربعين فإذا كان عظما فستين فإذا كان العظم قد كسي لحما فثمانين فإن تم خلقه وكسي شعره فمائة دينار وقال قتادة إذا كان علقة فثلث غرة وإذا كان مضغة فثلثي غرة ولنا قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم في إملاص المرأة بعبد أو أمة وسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم قاضية على ما خالفها وذكر الفرس والبغل وهم انفرد به عيسى بن يونس عن سائر الرواة وهو متروك في البغل بغير خلاف فكذلك في الفرس والحديث الذي ذكرناه أصح ما روي فيه وهو متفق عليه وقد قال به أكثر أهل العلم فلا يلتفت الى ما خالفه وقول عبد الملك بن مروان تحكم بتقدير لم يرد به الشرع وكذلك قتادة وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم أحق بالاتباع من قولهما إذا ثبت هذا فإنه يلزمه الغرة فإن أراد دفع بدلها ورضي المدفوع اليه جاز لأنه حق آدمي فجاز ما تراضيا عليه وأيهما امتنع من قبول البديل فله ذلك لأن الحق لهما فلا يقبل بدلها إلا برضاهما فصل : وقيمة الغرة خمس من الإبل وذلك نصف عشر الدية روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما وبه قال النخعي و الشعبي و ربيعة و مالك و الشافعي و إسحاق واصحاب الرأي ولأن ذلك أقل ما قدره الشرع في الجنائيات وهو أرش موضحة ودية السن فرددناه اليه فإن قيل فقد وجب في الأنملة ثلاثة أبعرة وثلث ذلك دون ما ذكره قلنا الذي نص عليه صاحب الشريعة صلى الله عليه وسلم أرش الموضحة وهو خمس من الإبل وإذا كان أبوا الجنين كتابيين ففيه غرة قيمتها نصف قيمة الغرة الواجبة في المسلم وفي جنين المجوسية غرة قيمتها أربعون درهما فلما تعذر وجود غرة بهذه الدراهم وجبت الدراهم لأنه موضع حاجة وإذا اتفق نصف عشر الدية من الأصول كلها بأن تكون قيمتها خمسا من الإبل وخمسين دينارا أو ستمائة درهم فلا كلام وان اختلفت قيمة الإبل ونصف عشر الدية من غيرها مثل ان كانت قيمة الإبل أربعين دينارا أو أربعمائة درهم فظاهر كلام الخرقى أنها تقوم بالإبل لأنها الأصل وعلى قول غيره من أصحابنا تقوم بالذهب أو الورق فتجهل قيمتها خمسين دينارا أو ستمائة درهم فإن اختلفا قومت على أهل الذهب به وعلى أهل الورق به فإن كان من أهل الذهب والورق جميعا قومها من هي عليه بما شاء منهما لأن الخيرة الى الجاني في دفع ما شاء من سائر الأصول ويحتمل أن تقوم بأدناهما على كل حال لذلك وإذا لم يجد الغرة انتقل الى خمس من الإبل على قول الخرقى وعلى قول غيره ينتقل الى خمسين دينارا أو ستمائة درهم فصل : والغرة موروثه عنه كأنه سقط حيا لأنها دية له وبديل عنه فيرثها ورثته كما لو قتل بعد الولادة وبهذا قال مالك وأصحاب الرأي وقال الليث : لا تورث بل يكون بدله لأمه كعضو من أعضائها فأشبهه يدها ولنا أنها دية آدمي حر فوجب أن تكون موروثه عنه كما لو ولدته حيا ثم مات وقوله إنه كعضو من أعضائها لا يصح لأنه لو كان عضوا لدخل بدله في دية أمه كيدها ولما منع من القصاص من أمه وإقامة الحد عليها من أجله ولما وجبت الكفارة من أجله بقتله ولما صح عقته دونها ولاعتقها دونه ولأن كل نفس تضمن بالدية تورث كدية الحي فعلى هذا إذا اسقطت جنينا ميتا ثم ماتت فإنها ترث نصيبها من الغرة ثم يرثها ورثتها وإن اسقطته حيا ثم مات قبلها ثم ماتت فإنها

ترث نصيبها من ديتة ثم يرثها ورثتها وإن ماتت قبله ثم القته ميتا لم يرث أحدهما صاحبه وإن خرج حيا ثم ماتت قبله ثم مات أو ماتت ثم خرج حيا ثم مات ورثها ثم يرثه ورثته وإن اختلف وراثتهما في أولهما موتا فحكمهما حكم الغرقى على ما ذكر في موضعه ويجيء على قول الخرقى في المسألة التي ذكرها إذا ماتت امرأة وابنها أن يحلف ورثة كل واحد منهما ويختصوا بميراثه وإن ألفت جنينا ميتا أو حيا ثم مات ثم ألفت آخر حيا ففس الميت غرة وفي الحي الأول دية إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله ميرثهما الآخر ثم يرثه ورثته إن مات وإن كانت الأم قد ماتت بعد الأول وقبل الثاني فإن دية الأول منها الأم والجنين الثاني ثم إذا ماتت الأم يرثها الثاني ثم يصير ميراثه لورثته فإن ماتت الأم بعدهما ورثتهما جميعا

فصل : إذا ضرب بطن امرأة فألقت أجنة ففي كل واحد غرة وبهذا قال الزهري و مالك و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر قال : ولا احفظ عن غيرهم خلافهم وذلك لأنه ضمان آدمي فتعدد بتعدد كالديات وإن القتهم أحياء لوقت يعيشون في مثله ثم ماتوا ففي كل واحد منهم دية كاملة وإن كان بعضهم حيا فمات وبعضهم ميتا ففي الحي دية وفي الميت غرة

فصل : ويستوي في ذلك الذكر والأنثى في أنه يجب في كل واحد غرة لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين بغرة وهو يطلق على الذكر والأنثى ولأن المرأة تساوي الذكر فيما دون الثلث

[جزء 9 - صفحة 537]

مسألة ولا يقبل في الغرة خنثى ولا معيب ولا من له دون سبع سنين مسألة : ولا يقبل في الغرة خنثى ولا معيب ولا من له دون سبع سنين وجملة ذلك أن الغرة تجب سليمة من العيوب وإن قل العيب لأنه حيوان يجب بالشرع فلم يقبل فيه المعيب كالشاة في الزكاة ولأن الغرة الخيار والمعيب ليس من الخيار ولا يقبل فيها هرمة ولا معيبة ولا خنثى ولا خصي وإن كثرت قيمته لأن ذلك عيب ولا من له دون سبع سنين قاله القاضي وأبو الخطاب وأصحاب الشافعي لأنه محتاج إلى من يكفله ويحضنه وليس من الخيار وظاهر كلام الخرقى أن سننها غير مقدر وهو قول أبي حنيفة وذكر بعض أصحاب الشافعي أنه لا يقبل فيها غلام بلغ خمس عشرة سنة لأنه لا يدخل على النساء ولا ابنة عشرين لأنها تتغير وهذا تحكم لم يرد الشرع به فيجب أن لا يقبل وما ذكره من الحاجة إلى الكفالة باطل بمن له فوق السبع ولأن بلوغه قيمة الكبير مع صغره يدل على أنه خيار ولم يشهد لما ذكره نص ولا له أن يقاس عليه والشاب البالغ أكمل من الصبي عقلا وبنية وأقدر على التصرف وأنفع في الخدمة وأقصى للحاجة وكونه لا يدخل على النساء إن أريد به النساء الأجنبية فلا حاجة إلى دخوله عليهن وإن أريد به سيدته فليس بصحيح فإن الله تعالى قال : { ليستأذنكم الذين ملكت أيمانكم والذين لم يبلغوا الحلم منكم ثلاث

مرات { الى قوله : { ليس عليكم ولا عليهم جناح بعدهن طوافون عليكم بعضكم على بعض } ثم لو لم يدخل على النساء لحصل من منعه أضعاف ما يحصل من دخوله وفوات شيء الى ما هو أنفع منه لا يعد فواتا كمن اشترى بدرهم ما يساوي درهمين لا يعد فواتا ولا خسرانا
فصل : ولا يعتبر لون الغرة وذكر عن ابي عمرو بن العلاء ان الغرة لا تكون إلا بيضاء ولا يقبل عبد أسود ولا جارية سوداء
ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بعبد أو أمة وأطلق والسواد غالب على عبيدهم وإمائهم ولأنه حيوان تجب ديته فلم يعتبر لونه كالإبل في الدية

[جزء 9 - صفحة 538]

مسألة وإن كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة أمه ذكرنا كان أو أنثى
مسألة : وإن كان الجنين مملوكا ففيه عشر قيمة أمه ذكرنا كان أو أنثى
وجملته أنه إذا كان جنين الأمة مملوكا فسقط من الضربة ميتا ففيه عشر قيمة أمه هذا قول الحسن و قتادة و مالك و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر و بنحوه قال النخعي و الزهري وقال زيد بن أسلم : يجب فيه عشر قيمة غرة وهو خمسة دنائير وقال الثوري و أبو حنيفة وأصحابه : يجب فيه نصف عشر قيمته إن كان ذكرا أو عشر قيمته إن كات أنثى لأن الغرة الواجبة في جنين الحرة هي نصف عشر دية الرجل وعشر دية الأنثى وهذا متلف فاعتباره بنفسه أولى من اعتباره بأمه ولأنه جنين مضمون تلف بالضربة فكان فيه نصف الواجب فيه إذا كان ذكرا كبيرا أو عشر الواجب إذا كان أنثى كجنين الحرة وقال محمد بن الحسن : مذهب أهل المدينة يفضي الى أن يجب في الجنين الميت أكثر من قيمته إذا كان حيا

ولنا أنه جنين مات بالجناية في بطن أمه فلم يختلف ضمانه بالذكورية والأنوثة كجنين الحرة ودليلهم نقله عليهم فنقول جنين مضمون تلف بالجناية فكان الواجب فيه عشر ما يجب في أمه كجنين الحرة وما ذكره من مخالفة الأصل معارض بأن مذهبهم يفضي الى تفضيل الأنثى على الذكر وهو خلاف الأصول ولأنه لو اعتبر بنفسه لوجب قيمته كلها كسائر المضمونات بالقيمة ومخالفتهم أشد من مخالفتنا لأننا اعتبرناه إذا كان ميتا بأمه وإذا كان حيا بنفسه فجاز أن تزيد قيمة الميت على الحي مع اختلاف الجهتين كما جاز أن يزيد البعض على الكل في أن من قطع أطراف إنسان الأربعة كان الواجب عليه أكثر من دية النفس كلها وهم فضلوا الأنثى على الذكر مع اتحاد الجهة وأوجبوا فيما يضمن بالقيمة عشر قيمة أمه تارة ونصف عشرها أخرى وهذا لا نظير له إذا ثبت هذا فإن قيمة أمه معتبرة يوم الجناية عليها وهذا منصوص الشافعي وقال بعض أصحابه : يقوم حين أسقطت لأن الاعتبار في ضمان الجناية بالاستقرار ويتخرج لنا وجه مثل ذلك

ولنا أنه لم يتخلل بين الجناية وحال الاستقرار ما يوجب تغيير بدل النفس فكان الاعتبار بحال الجناية كما لو جرح عبدا ثم نقصت السوق لكثرة الجلب ثم مات فإن الاعتبار بقيمته يوم الجناية ولأن قيمته تتغير بالجناية وتنقص فلم تقوم في حال نقصها الحاصل بالجناية كما لو قطع يدها فمات من سرايتها أو قطع يدها فمرضت بذلك ثم اندملت جراحتها

فصل : وولد المدبرة والمكاتبة والمعتقة بصفة وأم الولد إذا حملت من غير مولاهما حكمه حكم ولد الأمة لأنه مملوك فأما جنين المعتق بعضها فهو مثلها فيه من الحرية مثل ما فيها وإذا كان نصفها حرا فنصفه حر فيه نصف غرة لورثته وفي النصف الباقي نصف عشر قيمة أمه لسيدة

فصل : وإن وطئ أمه بشبهة أو غر بأمه فتزوجها وأحبها فضررها ضارب فألقت جنينا فهو حر وفيه غرة موروثه عنه لورثته وعلى الواطئ عشر قيمتها لسيدة لأنه لولا اعتقاد الحرية لكان هذا الجنين مملوكا لسيدة على ضاربه عشر قيمة أمه فلما اعتق بسبب الوطاء فقد حال بين سيدها وبين هذا القرد فالزمانه ذلك للسيد سواء كان مقدر الغرة أو أكثر منها أو أقل

فصل : إذا أسقط جنينا ذمية قد وطئها مسلم وذمي في طهر واحد وجب فيه اليقين وهو ما في الجنين الذمي فإن ألحق بعد ذلك بالذمي فقد وفى ما عليه وإن لحق بمسلم فعليه تمام الغرة وإن ضرب بطن نصرانية فأسقطت فادعت أو ادعى ورثته أنه من مسلم حملت به من وطئ شبهة أو زنا فاعترف الجاني فعليه غرة كاملة وإن كان مما تحمله العاقلة فاعترفت أيضا فالغرة عليها وإن أنكرت حلفت وعليها ما في جنين الذميين والباقي على الجاني لأنه ثبت باعترافه والعاقلة لا تحمل اعترافا وإن اعترفت العاقلة دون الجاني فالغرة عليها مع دية أمه وإن أنكر الجاني والعاقلة فالقول قولهم مع إيمانهم أنا لا نعلم أن هذا الجنين من مسلم ولا يلزمهما اليمين مع البت لأنها يمين على النفي في فعل الغير فإذا اختلفوا وجبت دية ذمي لأن الأصل أن ولدها تابع لها ولأن الأصل براءة الذمة وإن كان مما لا تحمله العاقلة فالقول قول الجاني وحده مع يمينه ولو كانت النصرانية امرأة مسلم فادعى الجاني أن الجنين من ذمي بوطئ شبهة أو زنا فالقول قول ورثة الجنين لأن الجنين محكوم بإسلامه فإن الولد للفراس

فصل : إذا كانت الأمة بين شريكين فحملت بمملوك فضررها أحدهما فأسقطت فعليه كفارة لأنه اتلف آدميا ويضمن لشريكه نصف عشر قيمة أمه ويسقط ضمان نصيبه لأنه ملكه وإن أعتقها الضارب بعد ضربها وكان معسرا ثم أسقطت عتق نصيبه من ومن ولدها وعليه لشريكه نصف قيمة الأم وعليه نصف غرة من أجل النصف الذي صار حرا يورث عنه بمنزلة مال الجنين ترث أمه بقدر ما فيها من الحرية والباقي لورثته هذا قول القاضي وقياس قول ابن حامد وهو مذهب الشافعي وقياس قول أبي بكر وأبي الخطاب لا يجب على الضارب ضمان ما أعتقه لأنه حين الجناية لم يكن مضمونا عليه والاعتبار في الضمان بحال الجناية وهي الضرب ولهذا اعتبرنا قيمة الأم حال الضرب وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وهو الصحيح إن شاء الله تعالى لأن الإلتلاف حصل بفعل غير مضمون فأشبه ما لو جرح حربيا فأسلم ثم مات بالسراية ولأن موته

يحتمل أن يكون قد حصل بالضرب فلا يتجدد ضمانه بعد موته والأصل براءة ذمته وإن كان المعتق موسرا سرى العتق اليها والى جنينها وفي الضمان الوجهان فعلى قول القاضي في الجنين غرة موروثه عنه وعلى قياس قول أبي بكر عليه ضمان نصيب شريكه من الجنين بنصف عشر قيمة أمه ولا يضمن أمه لأنه قد ضمنها باعناقها فلا يضمنها بتلفها وإن كان المعتق الشريك الذي لم يضرب وكان معسرا فلا ضمان على الشريك في نصيبه لأن العتق لم يسر اليه وعليه في نصيب شريكه من الجنين نصف غرة يرثها ورثته على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب شريكه بنصف عشر قيمة أمه ويكون لسيدة اعتبارا بحال الجناية وكذلك الحكم في ضمان الأم إذا ماتت من الضربة وإن كان المعتق موسرا سرى العتق اليهما وصارا حرين وعلى المعتق ضمان الأم ولا يضمن نصف الجنين لأنه يدخل في ضمان الأم كما يدخل في بيعها وعلى الضارب ضمان الجنين بغرة موروثه عنه على قول القاضي وعلى قياس قول أبي بكر يضمن نصيب الشريك بنصف عشر قيمة أمه وليس عليه ضمان نصيبه لأنه ملكه حال الجناية عليه وأما ضمان الأم ففي أحد الوجهين فيها دية حرة لسيدة منها أقل الأمرين من ديته أو قيمتها وعلى الآخر يضمنها بقيمتها لسيدة كما تقدم من قطع يد عبد ثم عتق ومات

فصل : ولو ضرب بطن أمته ثم أعتقها ثم أسقطت جنينا ميتا لم يضمنه في قياس قول أبي بكر لأن جنايته لم تكن مضمونة في ابتدائها فلم تضمن سرايتها كما لو جرح مرتدا فأسلم ثم مات ولأن موت الجنين يحتمل أنه حصل بالضربة في مملوكه ولم يتجدد بعد العتق ما يوجب الضمان وعلى قول ابن حامد عليه غرة : لا يرث منها شيئا لأن اعتبار الجناية بحال استقرارها ولو كانت الأمة لشريكين فضرباها ثم أعتقها معا فولدت جنينا ميتا فعلى قول أبي بكر على كل واحد منهما نصف عشر قيمة أمه لشريكه لأن كلا منهما جنى على الجنين ونصفه لشريكه فسقط عنه ضمانه ولزمه ضمان نصفه الذي لشريكه بنصف عشر قيمة أمه اعتبارا بحال الجناية وعلى قول ابن حامد على كل واحد منهما نصف الغرة للأم منها الثلث وباقيها للورثة ولا يرث القاتل منها شيئا

[جزء 9 - صفحة 543]

مسألة وإن ضرب بطن أمه فعتقت ثم أسقطت الجنين ففيه غرة مسألة : وإن ضرب بطن أمه فعتقت ثم أسقطت الجنين ففيه غرة على قول ابن حامد والقاضي لأنه كان حرا اعتبارا بحال الاستقرار وعلى قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشر قيمة أمه اعتبارا بحال الجناية لأنها كانت في حال كونه عبدا ويمكن منع كونه صار حرا لأن الظاهر تلفه بالجناية وبعد تلفه لا يمكن تحريره فعلى قول هذين يكون الواجب فيه لسيدة وعلى قول ابن حامد يكون الواجب فيه أقل الأمرين من الغرة وعشر قيمة أمه لأن الغرة إن كانت أكثر لم يستحق الزيادة لأنها زادت بالحرية الحاصلة لزوال ملكه وإن كانت أقل

لم يكن له أكثر منها لأن النقص حصل بإعتاقه فلا يضمن له كما لو قلع يد عبد فاعتقه سيده ثم مات بسرابة الجنابة كان له أقل الأمرين من دية حر أو نصف قيمته وما فضل عن حق السيد لورثة الجنين فأما إن ضرب بطن الأمة فاعتق السيد جنينها وحده نظرت فإن أسقطته حيا لوقت يعيش مثله ففيه دية حر نص عليه أحمد وإن كان لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة لأنه حر على قول ابن حامد وعلى قول أبي بكر عليه عشر قيمة أمه وإن أسقطته ميتا ففيه عشر قيمة أمه لأننا لا نعلم كونه حيا حال إعتاقه ويحتمل أن تجب عليه الغرة لأن الأصل بقاء حياته فأشبهه ما لو أعتق أمه

فصل : إذا ضرب ابن المعتقة الذي ابوه عبد بطن امرأة ثم عتق ابوه ثم أسقطت جنينا وماتت احتمل ان تكون ديتهما في مال الجاني على ما تقدم ذكره واحتمل أن تكون الدية على مولى الأم وعصابته في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجنابة وعلى قياس قول ابن حامد على مولى الأب وأقاربه اعتبارا بحال الإسقاط وإن ضرب ذمي بطن امرأته الذمية ثم أسلم ثم أسقطت لم تحمله عاقلته وإن ماتت معه فكذلك لأن عاقلته المسلمين لا يعقلون عنه لأنه كان حين الجنابة ذميا وأهل الذمة لا يعقلون عنه لأنه حين الإسقاط مسلم ويحتمل أن يكون عقله على عاقلته من أهل الذمة في قياس قول أبي بكر اعتبارا بحال الجنابة ويكون في الجنين ما يجب الكافر لأنه حين الجنابة محكوم بكفره وعلى قياس قول ابن حامد يجب فيه غرة كاملة ويكون عقله وعقل أمه على عاقلته المسلمين اعتبارا بحال الاستقرار

[جزء 9 - صفحة 545]

مسألة وإن كان الجنين محكوما بكفره ففيه عشر دية
مسألة : وإن كان الجنين محكوما بكفره ففيه عشر دية
وبهذا قال الشافعي وأبو ثور وأصحاب الرأي قال ابن المنذر : لم أحفظ عن غيرهم خلافهم لأن جنين الحرة المسلمة مضمونة بعشر دية أمه فكذلك جنين الكافرة إلا أن أصحاب الرأي يرون دية الكافرة كدية المسلمة فلا يتحقق عندهم بينهما اختلاف

مسألة وإن كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا اعتبر أكثرهما دية فيجب عشر دية كتابية على كل حال
مسألة : وإن كان أحد أبويه كتابيا والآخر مجوسيا اعتبر أكثرهما دية فيجب عشر دية كتابية على كل حال
لأن ولد المسلم من الكافرة يعتبر بأكثرهما دية كذا ههنا ولأن الضمان إذا وجد في أحد أبويه ما يوجب وفي الآخر ما يسقط غلب الإيجاب بدليل ما لو قتل المحرم صيدا متولدا من مأكول وغيره ولا فرق فيما ذكرنا بين الذكر والأنثى

لأن السنة لم تفرق بينهما وبه يقول الشافعي وإسحاق وأبو ثور وأصحاب الرأي وعامة أهل العلم
فصل : ولو ضرب بطن كتابية حامل من كتابي فأسلم أحد أبويه ثم أسقطته
ففيه الغرة في قول ابن حامد والقاضي وهو ظاهر كلام أحمد ومذهب
الشافعي لأن الضمان بحال استقرار الجنابة والجنين محكوم بإسلامه عند
استقرارها وفي قول أبي بكر وأبي الخطاب فيه عشر دية كتابية لأن الجنابة
عليه في حال كفره

مسألة وان سقط الجنين حيا ثم مات ففيه دية حر ان كان حرا أو قيمته أن كان
مملوكا

مسألة : وإن سقط الجنين حيا ثم مات ففيه دية حر إن كان حرا أو قيمته إن
كان مملوكا

إذا كان سقوطه لوقت يعيش مثله وهو ان تضعه لستة أشهر فصاعدا وإلا
فحكمه حكم الميت هذا قول عامة أهل العلم قال ابن المنذر : اجمع كل من
نحفظ عنه من أهل العلم على أن في الجنين يسقط حيا من الضرب دية كاملة
منهم زيد بن ثابت و عروة و الزهري و الشعبي و قتادة و ابن شبرمة و مالك و
الشافعي و إسحاق و أبو ثور وأصحاب الرأي وذلك لأنه مات من جنابته بعد
ولادته في وقت يعيش لمثله فأشبهه قتله بعد وضعه وفي هذه المسائل ثلاثة
فصول :

أحدها : أنه انما يضمن بالدية إذا وضعه حيا فمن علمت حياته ثبت له هذا
الحكم سواء ثبت باستهلاله أو ارتضاعه أو تنفسه أو عطاسه أو غير ذلك مما
تعلم به حياته هذا ظاهر قول الخرقي وهو مذهب الشافعي وروي عن أحمد أنه
لا يثبت له حكم الحياة إلا بان يستهل وهذا قول الزهري و قتادة و مالك و
إسحاق وروي معنى ذلك عن عمر وابن عباس و الحسن بن علي و جابر بن عبد
الله رضي الله عنهم لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [إذا استهل المولود
ورث وورث] مفهومه أنه لا يرث إذا لم يستهل والاستهلال : الصياح قاله ابن
عباس و القاسم و النخعي لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [ما من مولود
يولد إلا مسه الشيطان فيستهل صارخا إلا مريم وابنها] فلا يجوز غير ما قاله
رسول الله صلى الله عليه وسلم والأصل في تسمية الصياح استهلالا لأن من
عادة الناس إذا رأوا الهلال صاحوت ورأوا بعضهم بعضا فسمي صياح المولود
استهلالا لأنه في ظهوره بعد خفائه كالهلال وصياحه كصياح من يتراءاه
ولنا أنه قد علمت حياته فأشبهه المستهل والخبر يدل بمعناه وتنبهه على ثبوت
الحكم في سائر الصور فإن شربه اللبن أدل على حياته من صياحه وعطاسه
ضرب منه فهو كصياحه وأما الحركة والاختلاج المنفرد فلا يثبت به حكم الحياة
لأنه قد يتحرك بالاختلاج وبسبب آخر وهو خروجه من مضيق فإن اللحم يختلج
سيما إذا عصر ثم ترك فلم تثبت بذلك حياته

الفصل الثاني : أنه إنما يجب ضمانه إذا علم موته بسبب الضربة ويحصل ذلك
بسقوطه في الحال أو موته أو بقاءه متألما إلى أن يموت أو بقاء أمه متألما

الى أن تسقطه فيعلم بذلك موته بالجناية كما لو ضرب رجلا فمات عقيب ضربه أو بقي ضمنا حتى مات وإن ألقته حيا فجاء آخر فقتله وكانت فيه حياة مستقرة فعلى الثاني القصاص إذا كان عمدا أو الدية كاملة وإن لم تكن فيه حياه مستقرة بل كانت حركته كحركة المذبوح فالقاتل هو الأول وعليه الدية كاملة ويؤدب الثاني وإن بقي الجنين حيا وبقي زمنا سالما لا ألم به لم يضمنه الضارب لأن الظاهر أنه لم يمت من جنايته

الفصل الثالث : أن الدية إنما تجب فيه إذا كان سقوطه لستة أشهر فصاعدا فإن كان لودن ذلك ففيه غرة كما لو سقط ميتا وبهذا قال المزني وقال الشافعي : فيه دية كاملة لأننا علمنا حياته وقد تلف من جنايته ولنا أنه لم تعلم فيه حياة يتصور بقاءه لها فلم تجب فيه دية كما لو ألقته ميتا وكالمذبوح وقولهم : إنا علمنا حياته قلنا : وإذا أسقط ميتا وله ستة أشهر فقد علمنا حياته أيضا

[جزء 9 - صفحة 548]

مسألة وإن اختلفا في حياته ولا بينة لهما ففي أيهما يقدم قوله ؟ وجهان مسألة : وإن اختلفا في حياته ولا بينة لهما ففي أيهما يقدم قوله ؟ وجهان : أحدهما : يقدم قول الولي لأن الأصل حياته فإن الجنين إذا بلغ أربعة أشهر نفخ فيه الروح والثاني : قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته من الدية الكاملة : فصل : إذا ادعت المرأة على رجل أنه ضربها فأسقط جنينها فأنكر الضرب فالقول قوله مع يمينه لأن الأصل عدم الضرب وإن أقر بالضرب أو قامت به بينة وأنكر أن تكون أسقطت فالقول قوله أيضا مع يمينه لأنه لا يعلم أنها أسقطت ولا يلزمه اليمين على البت لأنها يمين على نفي فعل الغير والأصل عدمه وإن ثبت الإسقاط والضرب ببينة أو إقرار فادعى أنها أسقطته من غير ضربه فإن كانت أسقطته عقيب ضربه فالقول قولها لأن الظاهر أنه مته لوجوده عقيب شيء يصلح أن يكون سببا له وإن ادعى أنها ضربت نفسها أو شربت دواء أو فعل ذلك غيرها فحصل الإسقاط فأنكرته فالقول قولها مع يمينها لأن الأصل عدم ذلك وإن أسقطت بعد الضرب بأيام وكانت متألما الى حين الإسقاط فالقول قولها وإن لم تكن متألما فالقول قوله مع يمينه كما لو ضرب إنسانا فلم يبق متألما ولا ضمنا ومات بعد أيام وإن اختلفا في وجود التألم فالقول قوله لأن الأصل عدمه وإن كانت متألما في بعض المدة فادعى أنها برأت وزال ألمها وأنكرت ذلك فالقول قولها لأن الأصل بقاءه ثبت إسقاطها من الضربة فادعت سقوطه حيا وأنكرها فالقول مع يمينه إلا أن يقوم لها بينة باستهلاله لأن الأصل عدم ذلك وإن ثبتت حياته فادعت أنه لوقت يعيش مثله فأنكرها فالقول قولها مع يمينها لأن ذلك لا يعلم إلا من جهتها ولا يمكن إقامة البينة عليه فقبل قولها فيه كانقضاء عدتها ووجود حيضها وطهرها وإن أقامت بينة باستهلاله وأقام الجاني بينة بخلافها قدمت بينتها لأنها مثبتة فقدمت على

النافية لأن المبتنة معها زيادة علم وإن ادعت أنه مات عقيب إسقاطه وادعى أنه عاش مدة فالقول قولها لأن الأصل عدم حياته وإن أقام كل واحد منهما بينة يدعواه قدمت بينة الجاني لأن معها زيادة علم وإن ثبت أنه عاش مدة فاعدت أنه بقي متألماً حتى مات فأنكر فالقول قوله لأن الأصل عدم المتألم فإن أقاما بينتين قدمت بينتها لأن معها زيادة علم ويقبل في استهلال الجنين وسقوطه وبقائه متألماً قول امرأة واحدة لأنه مما لا يطلع عليه الرجل غالباً لأن الغالب أنه لا يشهد الولادة إلى النساء والاستهلال يتصل بها وهن يشهدن حال المرأة وولادتها وحال الطفل ويعرفن علله وأمراضه وقوته وضعفه دون الرجال وإن اعترف الجاني باستهلاله أو ما يوجب فيه دية كاملة فالدية في مال الجاني لا تحمله العاقلة لأنها لا تحمل اعترافاً وإن كانت مما تحمل العاقلة فيه الغرة فهي على العاقلة وباقي الدية في مال القاتل

فصل : وإن انفصل منها جنينان ذكر وأنثى فاستهل أحدهما واتفقوا على ذلك واختلفوا في المستهل فقال الجاني هو الأنثى وقال وارث الجنين : هو الذكر فالقول قول الجاني مع يمينه لأن الأصل براءة ذمته من الزائد على دية الأنثى فإن كان لأحدهما بينة قدم بها وإن كان لهما بينتان وجبت دية الذكر لأن البينة قد قامت باستهلاله والبينة المعارضة لها نافية له والإثبات مقدم على النفي فإن قيل فينبغي أن تجب ديتهم قلنا لا تجب دية الأنثى لأن المستحق لها لم يدعها وهو مكذب للبينة الشاهدة بها فإن ادعى الاستهلال منها ثبت ذلك بالبنتين وإن لم تكن بينة فاعترف الجاني باستهلال الذكر فأنكرت العاقلة فالقول قولهم مع أيمانهم فإذا حلفوا كان عليهم دية الأنثى وغرة إن كانت تحمل الغرة وعلى الضارب تمام دية الذكر وهو نصف الدية لا تحمله العاقلة لأنه ثبت باعترافه وإن اتفقوا على أن أحدهما استهل ولم يعرف بعينه لزم العاقلة دية أنثى لأنها متيقنة وتما دية الذكر مشكوك فيه والأصل براءة الذمة منه فلم يجب بالشك وتجب الغرة في الذي لم يستهل

فصل : إذا ضربها فألقت يداً ثم ألقت جنيناً فإن كان القاؤهما متقارباً أو بقيت المرأة متألمة إلى أن ألقته دخلت اليد في ضمان الجنين لأن الظاهر أن الضرب قطع يده وسرى إلى نفسه فأشبهه ما لو قطع يد رجل فسرى القطع إلى نفسه ثم إن كان الجنين سقط ميتاً أو حياً لوقت لا يعيش مثله ففيه غرة وإن ألقت حياً لوقت يعيش لمثله ففيه دية كاملة وإن بقي حياً فلم يمت فعلى الضارب ضمان اليد بديتها بمنزلة من قطع يد رجل فاندملت وقال القاضي وبعض أصحاب الشافعي : يسأل القوابل فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة ففيها نصف الغرة وإن قلن يد من خلقت فيه الحياة ففيها نصف الدية ولنا أن الجنين إنما يتصور بقاء الحياة فيه إذا كان حياً قبل ولادته بمدة طويلة أقلها شهران على ما دل عليه حديث الصادق الصدوق في أنه ينفخ فيه الروح بعد أربعة أشهر وأقل ما يبقى بعد ذلك شهران لأنه لا يحيى إذا وضعته لأقل من ستة أشهر والكلام فيما إذا لم يتخلل بين الضربة والإسقاط مدة طويلة تزيد ظن سقوطه بها فيعلم حينئذ أنها كانت بعد وجود الحياة فيه وأما إن ألقت اليد وزال الألم ثم ألقت الجنين ضمن اليد وحدها بمنزلة من قطع يداً فاندملت ثم مات صاحبها ثم ينظر فإن ألقت ميتاً أو لوقت لا يعيش لمثله ففي اليد نصف

غرة لأن في جميعه غرة ففي يده نصف ديته وإن ألقته حيا لوقت يعيش لمثله ثم مات أو عاش وكان بين القاء اليد وبين القائه مدة يحتمل أن تكون الحياة لم تخلق فيه قبلها أري القوابل ههنا فإن قلن إنها يد من لم تخلق فيه الحياة وجب نصف غرة وإن قلن إنها يد من خلقت فيه الحياة ولم يمض له ستة أشهر وجب فيه نصف الغرة لأنها يد من لا يجب فيه أكثر من غرة فأشبهت يد من لم تنفخ فيه الروح وإن اشكل الأمر عليهن وجب نصف الغرة لأنه اليقين وما زاد مشكوك فيه فلا يجب بالشك

فصل : وإذا شربت الحامل دواء فألقت جنينا فعليها غرة لا تترث منها شيئا لا نعلم بين أهل العلم خلافا في ذلك لأنها أسقطت الجنين بفعلها وجنيتها فلزمها ضمانه بالغرة كما لو جنى عليه غيرها ولا تترث من الغرة شيئا لأن القاتل لا يرث من دية المقتول ويرثها سائر ورثته فإن كان الجاني المسقط للجنين أباه أو غيره فعليه غرة لا يرث منها شيئا لما ذكرنا

فصل : وإن جنى على بهيمة فألقت جنينها ففيه ما نقصها في قول عامة أهل العلم وحكي عن أبي بكر أن فيه عشر قيمة أمه ولأنها جنانية على حيوان يملك بيعه أسقطت جنينه أشبه جنين الأمة وهذا لا يصح لأن الجنانية على الأمة تقدر من قيمتها في ظاهر المذهب ففي يدها نصف قيمتها وفي موضعها نصف عشر قيمتها وقد وافق أبو بكر على ذلك فقدر جنينها من قيمتها كبعض أعضائها والبهيمة إنما تجب بالجنانية عليها قدر نقصها فكذلك في جنينها ولأن الأمة آدمية ألحقت بالأحرار في تقدير أعضائها من قيمتها بخلاف البهيمة

فصل : ودية الأعضاء كدية النفس فإن كان الواجب من الذهب والورق لم تختلف بعمد ولا خطأ وإن كان من الإبل وجبت في العمد ارباعا على إحدى الروائيتين وفي الأخرى يجب خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمسها خلفات وفي الخطأ تجب أخماسا فإن لم تمكن قيمته مثل أن يوضعه عمدا فإنه يجب أربعة ارباعا والخامس من أحد الأجناس الأربعة قيمته ربع قيمة الأربع وإن قلنا بالرواية الأخرى وجب خلفتان وحقة وجذعة ويعتبر قيمته نصف قيمة حقة ونصف قيمة جذعة وإن كانت خطأ وجب الخمس من الأجناس الخمسة من كل جنس بغير وإن كان الواجب دية أنملة وقلنا تجب من ثلاثة أجناس وجب بغير وثلاث من الخلفات وحقة وجذعة وإن قلنا ارباعا وجب ثلاثة وثلاث قيمتها نصف قيمة الأربعة وثلاثها وإن كان خطأ فقيمتها ثلث قيمة الخمس وعند أصحابنا أن قيمة كل بغير مائة وعشرون درهما أو عشرة دنانير فلا فائدة في تعيين أسنانها وإن اختلفت قيمة الدنانير والدرهم مثل أن كانت العشرة الدنانير تساوي مائة درهم فقياس قولهم إذا جاء بما قيمته عشرة دنانير لزم المجني عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير لزمه المجني عليه قبوله لأنه لو جاءه بالدنانير قبلوها فلزمه قبول ما يساويها

فصل : قال الشيخ رحمه الله : وذكر أصحابنا أن القتل تغلظ ديته بالحرم والإحرام والأشهر الحرم والرحم المحرم فيزداد لكل واحد ثلث الدية فإذا اجتمعت الحرمات الأربع وجب ديتان وثلاث وجملة ذلك أن الدية تغلظ بثلاثة أشياء : إذا قتل في الحرم والأشهر الحرم وإذا قتل محرما ونص أحمد التغليظ فيما إذا قتل محرما في الحرم وفي الشهر

الحرام فأما ان قتل ذا رحم محرم فقال ابو بكر : تغلظ ديته وقال القاضي :
ظاهر كلام أحمد انها لا تغلظ وقال أصحاب الشافعي : تغلظ بالحرم والأشهر
الحرم وذو الرحم وفي التغلظ بالإحرام وجهان وممن روي عنه التغلظ :
عثمان وابن عباس والسعيدان و عطاء و طاوس و مجاهد و سليمان بن يسار و
جابر بن زيد و قتادة و الأوزاعي و مالك و الشافعي و إسحاق و اختلف القائلون
بالتغلظ في صفته فقال اصحابنا : يغلظ لكل واحد من الحرمات ثلث الدية فإذا
اجتمعت الحرمات الأربع وجبت ديتان وثلث

قال أحمد في رواية ابن منصور فيمن قتل محرما في الشهر فعليه اربعة
وعشرون الفا وهذا قول التابعين القائلين بالتغلظ وقال اصحاب الشافعي :
صفة التغلظ ايجاب دية العمد في الخطأ ولا يتصور التغلظ في غير الخطأ ولا
يجمع بين تغليظين وهذا قول مالك إلا أنه يغلظ في العمد فإذا قتل ذا رحم
محرر عمدا فعليه ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون خلفه وتغليظها في
الذهب والفضة ان ينظر كم قيمة اسنان الإبل غير مغلظة وقيمتها مغلظة ؟ ثم
يحكم بزيادة ما بينهما كانت قيمتها مخففة ستمائة وفي العمد ثمانمائة وذلك
ثلث الدية المخففة وعند مالك تغلظ في الأب والأم والجد دون غيرهم واحتجا
على صفة التغلظ بما روي عن عمر رضي الله عنه : انه اخذ من قتادة
المدلجي دية ابنه حين حذفه بالسيف ثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفه
ولم يزد عليه في العدد شيئا وهذه قصة اشتهرت فلم تنكر فكانت إجماعا ولأن
ما أوجب التغلظ أوجه في الأسنان دون القدر كالضمان ولا يجمع بين تغليظين
لأن ما أوجب التغلظ بالضمان إذا اجتمع سببان تداخلا كالحرم والإحرام في
قتل الصيد وعلى أنه لا يغلظ بالإحرام لأن الشرع لم يرد بتغليظه واحتج اصحابنا
بما روى ابن أبي نجيح ان امرأة وطئت في الطواف فقضى عثمان رضي الله
عنه فيها بستة آلاف وألفين تغليظا للحرم

وعن ابن عمر أنه قال : من قتل في الحرم او ذا رحم او في الشهر الحرام
فعليه دية وثلث وعن ابن عباس ان رجلا قتل رجلا في الشهر الحرام وفي البلد
الحرام فقال : ديته اثنا عشر ألفا وللشهر الحرام أربعة آلاف وللبلد الحرام
أربعة آلاف وهذا مما يظهر وينتشر ولم ينكر فثبت إجماعا وهذا فيه الجمع بين
تغليظات ثلاث ولأنه قول التابعين القائلين بالتغلظ واحتجوا على التغلظ في
العمد أنه إذا غلظ الخطأ مع العذر فيه ففي العمد مع عدم العذر أولى وكل من
غلظ الدية أوجب التغلظ في بدل الطرف بهذه الأسباب لأن ما أوجب تغليظ
دية النفس أوجب تغليظ دية الطرف

[جزء 9 - صفحة 555]

مسألة وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلظ لشيء من ذلك وهو قول الحسن
والشعبي والنخعي وأبي حنيفة

مسألة : وظاهر كلام الخرقى أن الدية لا تغلظ لشيء من ذلك وهو قول الحسن و الشعبي و النخعي و أبي حنيفة و ابن المنذر وروي ذلك عن الفقهاء السبعة و عمر بن عبد العزيز وغيرهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم قال : [في النفس المؤمنة مائة من الإبل] ولم يزد على ذلك وعلى أهل الذهب الف مثقال وفي حديث أبي شريح [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : وأنتم يا خزاعة قد قتلتم هذا القتيل من هذيل وأنا والله عاقله فمن قتل له قتيل بعد ذلك فأهله بين خيرتين إن أحبوا قتلوا وإن أحبوا أخذوا الدية] وهذا القتيل كان بمكة في حرم الله تعالى ولم يزد النبي صلى الله عليه وسلم على الدية ولم يفرق بين الحرم وغيره وقال الله تعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله } وهذا يقتضي أن تكون الدية واحدة في كل مكان وكل حال ولأن عمر أخذ من قتادة المدلجي دية ابنه لم يزد على مائة

وروى الجوزجاني بإسناده عن أبي الزناد أن عمر بن عبد العزيز كان يجمع الفقهاء فكان مما أحيا من تلك السنن بقول فقهاء المدينة السبعة ونظرائهم أن ناسا كانوا يقولون أن الدية تغلظ في الشهر الحرام أربعة آلاف فتكون ستة عشر ألفا فالغى عمر ذلك بقول الفقهاء وأثبتها اثني عشر ألف درهم في الشهر الحرام والبلد الحرام وغيرهما قال ابن المنذر : وليس بثابت ما روي عن الصحابة في هذا ولو صح ففعل عمر في حديث قتادة أولى وهو مخالف لغيره فيقدم على قول من خالفه وهو أصح الرواية مع موافقة الكتاب والسنة والقياس فصل : ولا تغلظ الدية بموضع غير حرم مكة وقال أصحاب الشافعي : تغلظ الدية بالقتل في المدينة على قوله القديم لأنها مكان يحرم صيده فأشبهت حرم مكة ولا يصح القياس لأنها ليست محلا للمناسك فأشبهت سائر البلدان ولا يصح قياسها على الحرم ل [أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : أي بلد هذا ؟ أليست البلدة ؟ - قال - فإن دماءكم وأموالكم بينكم حرام كحرمة يومكم هذا في شهركم هذا في بلدكم هذا] وهذا يدل على أنه أعظم البلاد حرمة و [قال النبي صلى الله عليه وسلم : إن أعتى الناس على الله رجل قتل في الحرم ورجل قتل غير قاتله ورجل قتل بدخل في الجاهلية] وتحرم الصيد ليس هو العلة في التغليظ وإن كان من جملة المؤثر فقد خالف تحريمه تحريم الحرم فإنه لا يجب الجزاء على من قتل فيه صيدا ولا يحرم الرعي فيه ولا الاحتشاش منه ولا ما يحتاج إليه من الرجل والعارضة والقائمة وشبهه

[جزء 9 - صفحة 557]

مسألة إن قتل مسلم كافرا عمدا ضعفت الدية على قاتله لإزالة القود كما حكم عثمان رضي الله عنه
مسألة : إن قتل مسلم كافرا عمدا ضعفت الدية على قاتله لإزالة القود كما حكم عثمان رضي الله عنه

روى احمد عن عبد الرزاق عن معمر عن الزهري عن سالم عن ابيه ان رجلا قتل رجلا من اهل الذمة فرفع الى عثمان فلم يقتله وغلظ عليه الف دينار فذهب اليه احمد رحمه الله وله نظائر في مذهبه فإنه أوجب على الأعور إذا قلع عين صحيح مماثلة لعينه دية كاملة لما درأ عنه القصاص وأوجب على سارق التمر المعلق مثلي قيمته لما درأ عنه القطع وذهب جمهور العلماء الى أن دية الذمي في العمد والخطأ واحد لعموم الأخبار فيها وكما لو قتل حر عبدا عمدا فإنه لا تضعف القيمة عليه ولأنه بدل متلف فلم يتضاعف بالعمد كسائر الأبدال

فصل : قال الشيخ رحمه الله : وإن جنى العبد خطأ فسيده بالخيار بين فدائه بالأقل من قيمته أو أرش جنايته أو تسليمه لبيع في الجناية وجملة ذلك أن جناية العبد إذا كانت موجبة للمال أو كانت موجبة للقصاص فعفا عنها الى المال تتعلق برقبته لأنه لا يخلو من أن تتعلق برقبته أو ذمته أ ذمة سيده أو لا يجب شيء ولا يمكن إلغاؤها لأنها جناية آدمي فوجب اعتبارها كجناية الحر ولأن جناية الصغير والمجنون غير ملغاة مع عذره وعدم تكليفه فالعبد أولى ولا يمكن تعليقها بذمته لأنه يفضي الى الغائها أو تأخير حق المجني عليه الى غير غاية ولا بذمة السيد لأنه لم يحن فتعين تعليقها برقبة العبد ولأن الضمان موجب جنايته فتعلق برقبته كالقصاص ثم لا يخلو أرش الجناية من أن يكون بقدر قيمته أو أقل أو أكثر فإن كان بقدرها فما دون فالسيد مخير بين ان يفديه بأرش جنايته أو يسلمه الى ولي الجناية فيملكه وبهذا قال الثوري و محمد بن الحسن و إسحاق وروي ذلك عن الشعبي و عطاء و مجاهد و عروة و الحسن و الزهري و حماد لأنه ان دفع أرش الجناية فهو الذي وجب للمجني عليه فلم يملك المطالبة بأكثر منه وإن سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به ولأن حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها وإن طالب المجني عليه السيد بتسليمه اليه لم يجبر عليه السيد لما ذكرنا

[جزء 9 - صفحة 558]

مسألة وإن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان
مسألة : وإن كانت الجناية أكثر من قيمته ففيه روايتان :
إحدهما : هي كالتى قبلها يخير بين تسليمه أو أن يفديه بقيمته أو أرش جنايته لأنه إذا أدى قيمته فقد أدى قدر الواجب عليه فلم يلزمه أكثر من ذلك كما لو كانت الجناية بقدر قيمته والرواية الثانية يلزمه تسليمه أو أن يفديه بأرش الجناية بالغة ما بلغت وهذا قول مالك لأنه إذا عرض للبيع ربما رغب فيه راغب بأكثر من قيمته فإذا أمسكه فقد فوت تلك الزيادة على المجني عليه ول الشافعي قولان كالروايتين ووجه الرواية الأولى : أن الشرع قد جعل له فدائه فكان الواجب قدر قيمته كسائر المتلفات

مسألة وإن سلمه إليه السيد فأبى ولي الجناية قبوله وقال : به أنت وادفع
ثمنه إلي فهل يلزم السيد ذلك
مسألة : وإن سلمه إليه السيد فأبى ولي الجناية قبوله وقال : به أنت وادفع
ثمنه إلي فهل يلزم السيد ذلك ؟ على روايتين
إحدهما : لا يلزمه لأنه إذا سلم العبد فقد أدى المحل الذي تعلق الحق به ولأن
حق المجني عليه لا يتعلق بأكثر من الرقبة وقد أداها والثانية : يلزمه لأن الجناية
تقتضي وجوب أرشها وأرشها هو قيمة العبد

مسألة وإن جنى عمدا فعفا الولي على القصاص على رقبة فهل يملكه بغير
رضا السيد ؟ على روايتين
مسألة : وإن جنى عمدا فعفا الولي على القصاص على رقبة فهل يملكه بغير
رضا السيد ؟ على روايتين
إحدهما : لا يملكه لأنه إذا لم يملكه بالجناية فلأن لا يملكه بالعفو أولى ولأنه
أحد من عليه قصاص فلا يملك بالعفو كالحر ولأنه إذا عفا عن القصاص انتقل
حقه إلى المال فصار كالجاني جنايته موجبة للمال والثانية أنه يملكه لأنه
مملوك استحق اتلافه فاستحق ابقاءه على ملكه كعبده الجاني عليه
فصل : قال أبو طالب سمعت أبا عبد الله يقول إذا أمر غلامه فجنى فعليه ما
جنى وإن كان أكثر من ثمنه وإن قطع يد حر فعليه يد الحر وإن كان ثمنه أقل
وإن أمره سيده أن يخرج رجلا فما جنى فعليه قيمة جنايته وإن كان أكثر من
ثمنه وإن قطع يد حر لأنه بأمره وكان علي وأبو هريرة يقولان : إذا أمر عبده أن
يقتل فإنما هو سوطه يقتل المولى ويحبس العبد وقال أحمد بن بهز : حدثنا
حماد بن سلمة حدثنا قتادة عن حلاس أن عليا قال : إذا أمر الرجل عبده فقتل
إنما هو كسوطه أو كسيفه يقتل المولى والعبد يستودع السجن ولأنه فوت شيئا
بأمره فكان على السيد ضمانه كما لو استدان بأمره

مسألة وإن جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص وإن كان بعضها بعد
بعض
مسألة : وإن جنى على اثنين خطأ اشتركا فيه بالحصص وإن كان بعضها بعد
بعض

وبهذا قال الحسن و ربيعة و أصحاب الرأي و الشافعي وعن شريح أنه قال :
يقضى لآخرهم وبه قال الشعبي و قتادة لأنها جناية ورثت على محل مستحق
فقدم صاحبها على المستحق قبله كجناية المملوك الذي لم يجز وقال شريح
في عبد شح رجلا ثم آخر ثم فقال شريح : يدفع الى الأول أن يفديه مولاه ثم
يدفع الى الثاني ثم يدفع الى الثالث
ولنا أنهم تساووا في سبب تعلق الحق فتساووا في الاستحقاق كما لو جنى
عليهم دفعة واحدة بل لو قدم بعضهم كان الأول أولى لأن حقه أسبق

مسألة وإن عفا أحدهما أو مات المجني عليه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق
الباقيين بجميع العبد أو بحصتهم منه
مسألة : وإن عفا أحدهما أو مات المجني عليه فعفا بعض ورثته فهل يتعلق حق
الباقيين بجميع العبد أو بحصتهم منه ؟ على وجهين :
أحدهما : يستحق جميع العبد لأن سبب استحقاقه موجود وإنما امتنع ذلك
لمزاحمة الآخر له وقد زال المزاحم فثبت له الحق جميعه لوجود المقتضي
وزوال المانع فهو كما لو جنى على إنسان ففداه سيده ثم جنى على آخر
والثاني : لا يستحق إلا حصته لأنه لم يثبت له قبل العفو إلا حصته فكذلك بعده
لأن العفو عما يلزم السيد عفو عنه لا عن غيره
فصل : فإن اعتق السيد عبده الجاني عتق وضمن ما تعلق به من الأرش لأنه
أتلف محل الجناية على من تعلق حقه به فلزمه غرماته كما لو قتله وينبني قدر
الضمان على الروايتين فيما إذا اختار إمساكه بعد الجناية لأنه منع من تسليمه
بإعتاقه فهو بمنزلة امتناعه من تسليمه باختيار فدائه ونقل ابن منصور عن
أحمد أنه إن أعتقه عالما بجنائه فعليه دية المقتول وإن لم يكن عالما بها فعليه
قيمة العبد لأنه إذا أعتقه مع العلم كان مختارا لفدائه بخلاف ما إذا لم يعلم فإنه
لم يختار الفداء لعدم علمه به فلم يلزمه أكثر من قيمة ما فوته
فصل : وإن باعه أو وهبه صح لما ذكرنا في البيع ولم يزل تعلق الجناية عن
رقبته فإن كان المشتري عالما بحاله فلا خيار لأنه دخل على بصيرة وينتقل
الخيار في فدائه وتسليمه اليه كالسيد الأول وإن لم يعلم فله الخيار بين
امساكه ورده كسائر المعيبات

[جزء 9 - صفحة 561]

مسألة وإن جرح العبد حرا فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولا مال له وقيمة
العبد عشر دية الحر واختار السيد
مسألة : وإن جرح العبد حرا فعفا عنه ثم مات من الجراحة ولا مال له وقيمة
العبد عشر دية الحر واختار السيد فدائه وقلنا يفديه بقيمته صح العفو في ثلثه

لأنه ثلث ما مات عنه ويبقى الثلثان للورثة وإن قلنا يفديه بديته صح العفو في خمسة أسداسه وللورثة سدسه لأن العفو صح في شيء من قيمته وله بزيادة الفداء تسعة أشياء بقي للورثة ألف إلا عشرة أشياء تعدل شيئين اجبر وقابل يصر ألف يعدل اثني عشر شيئاً فالشيء إذا يعدل نصف سدس الدية وللورثة شيئان فتعدل السدس والله أعلم

فصل في الجناية على العبد : إذا قتل عبد مثله عمدا فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو فإن عفا الى مال تعلق المال برقبة القاتل لأنه وجب بجنايته وسيده مخير بين فدائه وتسليمه فإن اختار فداه بأقل الأمرين من قيمته أو قيمة المقتول لأنه إن كان الأقل قيمته لم يلزمه أكثر منها لأنها بدل عنه وإن كان الأقل قيمة المقتول فليس لسيده أكثر منها لأنها بدل عبده وعنه رواية أخرى أن سيده إن اختار فداءه فداه بأرش الجناية بالغا ما بلغ وقد ذكرناه

فصل : فإن قتل عشرة أعبد عبدا عمدا فعليهم القصاص فإن اختار السيد قتلهم فله ذلك وإن عفا الى مال تعلق قيمة عبده برقابهم على كل واحد منهم عشرها يباع منه بقدرها أو يفديه سيده وإن اختار قتل بعضهم والعفو عن البعض فله ذلك لأن له قتل الجميع والعفو عنهم وإن قتل عبد عبيدين لرجل واحد فله قتله والعفو عنه فإن قتله سقط حقه وإن عفا الى مال تعلق قيمة العبيدين برقبته فإن كانا لرجلين فكذلك إلا أن القاتل يقتل بالأول منهما لأن حقه اسبق فإن عفا عنه الأول قتل بالثاني وإن قتلها دفعة واحدة أقرع بين السيدين فمن وقعت له القرعة اقتص وسقط حق الآخر وإن عفا عن القصاص أو عفا سيد القاتل الأول الى مال برقبة العبد وللثاني ان يقتص لأن تعلق المال بالرقبة لا يسقط حق القصاص كما لو جنى العبد المرهون فإن قتله الآخر سقط حق الأول من القيمة لأنه لم يبق محل يتعلق به وإن عفا الثاني تعلق قيمة الثاني برقبته أيضا ويباع فيهما ويقسم ثمنه على قدر القيمتين ولم يقدم الأول بالقيمة كما قدمناه بالقصاص لأن القصاص لا يتبعض بينهما والقيمة يمكن تبعيضها فإن قيل : فحق الأول أسبق قلنا لا يراعى السابق كما لو اتلف أموالا لجماعة واحدا بعد واحد

فصل : فإن قتل العبد عبدا بين شريكين كان لهما القصاص والعفو فإن عفا أحدهما سقط القصاص وينتقل حقهما الى القيمة لأن القصاص لا يتبعض فإن قتل عبيدين لرجل واحد فله ان يقتص منه لأحدهما أيهما كان وسقط حقه من الآخر وله أن يعفو عنه الى مال وتعلق قيمتها جميعا برقبته

[جزء 9 - صفحة 564]

باب ديات الأعضاء ومنافعها
وهي نوعان : أحدهما : الشجاج وهي ما كان في الرأس والوجه وتذكرها في بابها الثاني : ما كان في سائر البدن وينقسم قسمين أحدهما : قطع عضو

والثاني : قطع لحم والمضمون في الآدمي ضربان : احدهما : ما ذكرنا والثاني : تفويت منفعة كإذهاب السمع والبصر والشم والذوق والعقل ونحو ذلك من أتلف ما في الإنسان منه شيء واحد ففيه الدية وهو الذكر والأنف واللسان الناطق ولسان الصبي الذي يحركه بالبكاء

وجملة ذلك أن كل عضو لم يخلق الله سبحانه منه إلا واحدا كالأنف واللسان فيه دية كاملة لأن في إتلافه إذهاب منفعة الجنس وإذهابها كالنفس مسألة : وما فيه منه شيئا فففيهما الدية وفي أحدهما نصفها كالعينين والأذنين والشفيتين واللحيين وتديي المرأة وتندوتي الرجل واليدين والرجلين والخصيتين والاليتين

لأن في إتلافهما إذهاب منفعة الجنس فكان فيهما الدية وفي أحدهما نصفها وهذه الجملة مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا وقد روى الزهري [عن أبي بكر بن محمد بن عمرو بن حازم عن أبيه عن جده أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كتب له وكان في كتابه : وفي الأنف إذا أوعب جدعه الدية وفي اللسان الدية وفي الشفتين الدية وفي البيضتين الدية وفي الذكر الدية وفي الصلب الدية وفي العينين الدية وفي الرجل الواحدة نصف الدية] رواه النسائي ورواه ابن عبد البر وقال : كتاب عمرو بن حزم معروف عند العلماء وما فيه متفق عليه إلا قليلا وعن أحمد في الشفة السفلى ثلثا الدية وفي العليا ثلثها يروى هذا عن زيد بن ثابت لأن النفع بالسفلى أعظم لأنها تدور وتتحرك وتحفظ الريق والطعام والأولى أصح لقول أبي بكر الصديق وعلي رضي الله عنهما ولأن كل شئيين وجبت الدية فيهما وجب نصفها في أحدهما كاليدين ولا عبرة بزيادة النفع كاليمنى مع اليسرى

[جزء 9 - صفحة 565]

مسألة وفي المنخرين ثلثا الدية وفي الحاجز ثلثها وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة

مسألة : وفي المنخرين ثلثا الدية وفي الحاجز ثلثها وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة

وجملة ذلك أن ما في البدن منه ثلاثة ففيها الدية وفي واحد ثلثها وذلك المخران والحاجز بينهما وبهذا قال إسحاق وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن المارن يشتمل على ثلاثة أشياء من جنس فتوزعت الدية على عددها كسائر ما فيه عدد من الأصابع والأجفان وعنه في المنخرين الدية وفي الحاجز حكومة حكاها أبو الخطاب قال أحمد في كل زوجين من الانسان الدية وهو الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأن المنخرين ليس في البدن لهما ثالث فأشبهها اليدين ولأنه بقطع المنخرين اذهب الجمال كله والمنفعة فأشبهه قطع اليدين فعلى هذا الوجه في قطع أحد المنخرين نصف الدية وإن قطع معه الحاجز ففيه حكومة وإن قطع نصف الحاجز أو أقل أكثر لم يزد على حكومة وعلى الأول في

قطع احد المنخرين ونصف الحاجز نصف الدية وفي قطع جميعه مع المنخر ثلثا الدية وفي قطع جزء من الحاجز أو أحد المنخرين بقدره من ثلث الدية يقدر بالمساحة وان شق الحاجز ففيه حكومة وان بقي منفرجا فالحكومة فيه أكثر والأول أظهر لأن ما كان فيه ثلاثة أشياء ينبغي أن يوزع على جميعها كما وزعت الدية ارباعا على ما هو أربعة أشياء كأجفان العينين وانصافا على ما هو اثنان كاليدين

[جزء 9 - صفحة 566]

مسألة وفي الأجفان الأربعة الدية وفي كل واحد ربعها
مسألة : وفي الأجفان الأربعة الدية وفي كل واحد ربعها كما ذكرنا فيما فيه منه اثنان

مسألة وفي اصابع اليدين الدية وكذلك أصابع الرجلين وفي كل اصبع عشرينها
مسألة : وفي أصابع اليدين الدية وكذلك أصابع الرجلين وفي كل أصبع عشرينها لأنها عشر على عددها كما قسمت على عدد الأجفان ولما [روى ابن عباس قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : دية أصابع اليدين والرجلين عشر من الإبل لكل أصبع] قال الترمذي : هذا حديث حسن صحيح وفي لفظ قال : [قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : هذه وهذه سواء] يعني الإبهام والخنصر أخرجه البخاري

مسألة وفي كل أنملة ثلث عقلها
مسألة : وفي كل أنملة ثلث عقلها
لأن في كل اصبع ثلاث أنامل فتقسم دية الأصبع عليها كما قسمت دية اليد الأصابع بالسوية إلا الإبهام فإنها مفصلان ففي كل مفصل نصف عقلها وهو خمس من الإبل

مسألة وفي الظفر خمس دية الأصبع وهكذا ذكره أبو الخطاب
مسألة : وفي الظفر خمس دية الأصبع وهكذا ذكره أبو الخطاب
يعني إذا قلعه ولم يعد والتقدير يرجع فيها الى التوقيف فإن لم يكن فيها توقيف فالقياس أن فيه حكومة كسائر الجراح التي ليس فيها مقدر

[جزء 9 - صفحة 567]

مسألة وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد أضر يعني ألقى أسنانه
ثم عادت والأضراس والأنياب

مسألة : وفي كل سن خمس من الإبل إذا قلعت ممن قد أضر يعني ألقى
أسنانه ثم عادت والأضراس والأنياب كالأسنان ويحتمل أن يجب فيها دية واحدة
لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن دية الأسنان خمس خمس في كل سن وقد
روي ذلك عن عمر بن الخطاب وابن عباس ومعاوية و سعيد بن المسيب و
عروة و عطاء و طاوس و قتادة و الزهري و مالك و الثوري و الشافعي إسحاق
و أبي حنيفة و محمد بن الحسن وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله
عليه وسلم : [في السن خمس من الإبل] رواه النسائي وعن عمرو بن
شعيب عن ابيه عن جده [عن النبي صلى الله عليه وسلم قال : في الأسنان
خمس خمس] رواه أبو داود فأما الأضراس فأكثر أهل العلم على أنها مثل
الأسنان منهم عروة و طاوس و قتادة و الزهري و مالك و الثوري و الشافعي و
إسحاق و أبو حنيفة و محمد بن الحسن وروي ذلك عن ابن عباس ومعاوية
وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في الأضراس بغير وروي عن
سعيد بن المسيب أنه قال : لو كنت أنا لجعلت في الأضراس بغيرين بغيرين
فتلك الدية سواء رواه مالك في موطنه وعن عطاء نحوه وحكي عن أحمد أن
فيها دية واحدة فتعين حمل هذه الرواية على مثل قول سعيد للإجماع على أن
في كل سن خمسا من الإبل وورود الحديث به فيكون في الأسنان والأنياب
ستون بغيرا لأن فيه أربع ثنايا وأربع ربايعات وأربعة انياب فيها خمس خمس
وفيه عشرون ضرسا في كل جانب عشرة خمسة من فوق وخمسة من أسفل
فيكون فيها أربعون بغيرا في كل ضرس بغيران فتكمل الدية وحجة من قال هذا
أنه ذو عدد تجب فيه الدية فلم تزد دية على دية الإنسان كالأصابع والأجفان
وسائر ما في البدن ولأنها تستعمل على منفعة جنس فلم تزد ديتها على الدية
كسائر منافع الجنس ولأن الأضراس تختص بالمنفعة دون الجمال والأسنان فيها
منفعة وجمال فاختلفا في الأرش

ولنا ما روى أبو داود بإسناده عن ابن عباس [أن النبي صلى الله عليه وسلم
قال : الأصابع سواء الثنية والضرس سواء والأسنان سواء هذه وهذه سواء]
وهذا نص وقوله في الأحاديث المتقدمة : [في الأسنان خمس خمس] ولم
يفصل يدخل في عمومها الأضراس لأنها أسنان ولأن كل دية وجبت في جملة
كانت مقسومة على العدد دون المنافع كالأصابع والأجفان وقد أوما ابن عباس
الى هذا فقال : لا اعتبرها بالأصابع فأما ما ذكروه من المعنى فلا بد من مخالفة
القياس فيه فمن ذهب الى قولنا خالف المعنى الذي ذكروه ومن ذهب الى
قولهم خالف التسوية الثانية بقياس سائر الأعضاء من جنس واحد فكان ما
ذكرناه مع موافقة الأخبار وقول أكثر أهل العلم أولى وأما على قول عمر إن
في كل ضرس بغيرا فيخالف القياس والأخبار جميعا فإنه لا يوجب الدية الكاملة
وإنما يوجب ثمانين بغيرا ويخالف بين الأعضاء المتجانسة والله أعلم

مسألة قال إذا قلعت ممن قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت
سنه لم يعد بدلها
مسألة : قال : إذا قلعت ممن قد ثغر وهو الذي أبدل أسنانه وبلغ حدا إذا قلعت
سنه لم يعد بدلها
يقال : ثغر وأثغر إذا كان كذلك فأما سن الصبي الذي لم يثغر فلا يجب بقلعها
في الحال شيء هذا قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي ولا أعلم فيه مخالفا
وذلك لأن العادة عود سنه فلم يجب فيها في الحال شيء كنتف شعره لكن
ينظر عودها فإن مضت مدة يئس من عودها وجبت ديتها قال احمد : يتوقف
سنة لأنها الغالب في نباتها وقال القاضي : إذا سقطت أخواتها ولم تعد هي
أخذت الدية وإن نبت مكانها أخرى لم تجب ديتها كما لو نتف شعره فعاد مثله
لكن ان عادت قصيرة او مشوهة ففيها حكومة لأن الظاهر أن ذلك بسبب
الجنابة عليها فإن أمكن تقدير نقصها عن نظيرتها ففيها ديتها بقدر ما نقص
وكذلك ان كانت فيها ثلثة أمكن تقديرها فيه بقدر ما ذهب منها كما لو كسر من
سنه ذلك القدر وإن نبتت أطول من أخواتها ففيها حكومة لأن ذلك عيب وقيل :
لا شيء فيها لأن هذا زيادة والصحيح الأول لأن ذلك شين حصل بسبب الجنابة
فأشبهه نقصها وإن نبتت مائلة عن صف الأسنان حيث لا ينتفع بها ففيه ديتها لأن
ذلك كذهابها وإن كانت ينتفع بها ففيها حكومة للشين الحاصل بها ونقص نفعها
وإن نبتت صفراء أو حمراء أو متغيرة ففيها حكومة لنقص جمالها وإن نبتت
سوداء أو خضراء ففيها روايتان حكاهما القاضي : إحداهما : فيها دية والثانية :
حكومة كما لو سودها من غير قلعها وإن مات الصبي قبل اليأس من عدوها
فعلى وجهين أحدهما : لا شيء له لأن الظاهر أنه لو عاش عادت فلم يجب فيها
شيء كما لو نتف شعره والثاني : فيه الدية لأنه قلع سنا يئس من عودها
فوجب ديتها كما لو مضى زمن تعود في مثله فلم تعد وإن قلع سن من قد ثغر
وجبت ديتها في الحال لأن الظاهر أنها لا تعود فإن عادت لم تجب الدية وإن كان
قد أخذها ردها وبهذا قال أصحاب الرأي وقال مالك : لا يرد شيئاً لأن العادة أنها
لا تعود فمتى عادت هبة من الله مجددة فلا يسقط بذلك ما وجب له بقلع سنه
وعن الشافعي كالمذهبيين
ولنا أنه عاد له في مكانها مثل التي قلعت فلم يجب له شيء كالذي لم يثغر وإن
عادت ناقصة أو مشوهة فحكمها حكم سن الصغير إذا عادت على ما ذكرنا ولو
قلع سن من لم يثغر فمضت مدة يئس من عودها وحكم بوجود الدية فعادت
بعد ذلك فهي كسن الكبير إذا عادت
فصل : وإن قلع سنا مضطربة لكبر أو مرض فكانت منافعها باقية من المضغ
وحفظ الطعام والريق وجبت ديتها وكذلك إن ذهب بعض منافعها وبقي بعضها
لأن جمالها وبعض منافعها باق فكملت ديتها كاليد المريضة ويد الكبير وإن
ذهبت منافعها كلها فهي كاليد الشلاء على ما نذكره إن شاء الله تعالى وإن قلع

سنا فيها داء آكلة فإن لم يذهب شيء من أجزائها ففيها دية السن الصحيحة لأنها كاليد المريضة وإن سقط من أجزائها شيء سقط من ديتها بقدر الذهاب منها ووجب الباقي وإن كانت أحد ثنيتيه قصيرة نقص من ديتها بقدر نقصها كما لو نقصت بكسرهما

فصل : وإن جنى على سنه جان فاضطربت وطالت عن الأسنان وقيل أنها تعود الى مدة الى ما كانت عليه انتظرت اليها فإن ذهبت وسقطت وجبت ديتها وإن عادت كما كانت فلا شيء فيها كما لو جنى على يد فمرضت ثم برأت وإن بقي فيها اضطراب ففيها حكومة وإن قلعتها قالع فعليه ديتها كاملة كما ذكرنا في الفصل الذي قبل هذا وعلى الأول حكومة لجنايته وإن مضت مدة ولم تعد إلى ما كانت عليه ففيها حكومة وإن قلعتها قالع فعليه ديتها كما ذكرنا وإن قالوا : يرجى عودها من غير تقدير مدة وجبت الحكومة فيها لثلا يفضي الى إهدار الجناية وإن عادت سقطت الحكومة كما ذكرنا في غيرها

[جزء 9 - صفحة 571]

مسألة وتجب دية اليد والرجل في قطعهما من الكوع والكعب فإن قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية

مسألة : وتجب دية اليد والرجل في قطعهما من الكوع والكعب فإن قطعهما من فوق ذلك لم يزد على الدية وقال القاضي في الزائد حكومة أجمع أهل العلم على وجوب الدية في اليدين والرجلين ووجوب نصفها في إحداهما وقد [روي عن معاذ بن جبل أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : في اليدين الدية وفي الرجلين الدية] وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : [وفي اليد خمسون من الإبل] واليد التي تجب فيها الدية من الكوع لأن اسم اليد عند الاطلاق ينصرف اليها لأن الله تعالى لما أمر بقطع يد السارق كان الواجب قطعها من الكوع فإن قطع يده من فوق الكوع فقطعها من المرفق أو نصف الساعد فليس عليه إلا دية واحدة نص عليه في رواية أبي طالب وهذا قول عطاء و قتادة و ابن أبي ليلى و مالك وهو قول بعض اصحاب الشافعي وظاهر مذهبه عن اصحابه انه يجب مع دية اليد حكومة لما زاد لأن اسم اليد لها الى الكوع ولأن المنفعة المقصودة في اليد من البطش والأخذ والدفع بالكف وما زاد تابع للكف والدية تجب في قطعها من الكوع فيجرب في الزائد حكومة قال أبو الخطاب : وهو قول القاضي

ولنا أن اليد اسم للجميع الى المنكب بدليل قوله تعالى : { وأيديكم الى المرافق } ولما نزلت آية التيمم مسح الصحابة الى المناكب وقال ثعلب : اليد الى المنكب وفي عرف الناس ان جميع ذلك يسمى يدا فإذا قطعها من فوق الكوع فما قطع إلا يدا فلا يلزمه أكثر من ديتها فأما قطعها في السرقة فلأن المقصود يحصل به وقطع بعض الشيء يسمى قطعاً له كما يقال قطع ثوبه إذا قطع جانباً منه وقولهم : إن الدية تجب في قطعها من الكوع قلنا : ولذلك تجب

بقطع الأصابع منفردة ولا يجب بقطعها من الكوع أكثر مما يجب بقطع الأصابع والذكر يجب في قطعه من أصله مثل ما يجب في قطع حشفته وأما إذا قطع يده من الكوع ثم قطعها من المرفق وجب في المقطوع ثانيا حكومة لأنه وجب عليه دية اليد بالقطع الأول فوجب بالثاني حكومة كما لو قطع الأصابع ثم قطع الكف أو كما لو فعل ذلك اثنان

فصل : وإن كان له كفان في ذراع أو يداً على عضد وإحداهما باطشة دون الأخرى أو إحداهما بطشاً أو في سمت الذراع والأخرى منحرفة عنه أو إحداهما تامة والأخرى ناقصة فالأولى هي الأصلية والأخرى زائدة ففي الأصلية ديتها والقصاص بقطعها عمداً وفي الزائدة حكومة سواء قطعها مفردة أو مع الأصلية وعلى قول ابن حامد لا شيء فيها لأنها عيب فهي كالسلعة في اليد وإن استويا من كل الوجوه وكانتا غير باطشتين ففيهما ثلث دية اليد أو حكومة ولا تجب دية اليد كاملة لأنهما لا نفع فيهما فهما كاليد الشلاء وإن كانتا باطشتين ففيهما جميعاً دية اليد وهل تجب حكومة مع ذلك ؟ على وجهين بناء على أن الزائدة هل فيها حكومة أو لا ؟ وإن قطع إحداهما فلا قود لاحتمال أن تكون هي الزائدة فلا تقطع الأصلية بها وفيها نصف ما فيهما لتساويهما وإن قطع أصبعاً من إحداهما وجب أرش نصف أصبع وفي الحكومة وجهان وإن قطع ذو اليد التي لها طرفان وجب القصاص فيهما على قول ابن حامد لأن هذا نقص لا يمنع القصاص كالسلعة في اليد وعلى قول غيره لا يجب لئلا يأخذ يدين بيد واحدة ولا نقطع إحداهما لأننا لا نعرف الأصلية فنأخذها ولا نأخذ زائدة بأصلية

فصل : وفي الرجلين الدية بغير خلاف وفي إحداهما نصفها لما ذكرنا من الحديث والمعنى في اليدين وفي تفصيلها كما ذكرنا من التفصيل في اليدين ومفصل الكعيبين ههنا مثل مفصل الكوع في اليدين وفي قدم الأعرج وبد الأعسم الدية لأن العرج لمعنى في غير القدم والعسم : اعوجاج في الرسغ وليس ذلك عيباً في قدم ولا كف فلم يمنع كمال الدية فيهما وذكر أبو بكر أن في كل واحد منهما ثلث الدية كاليد الشلاء ولا يصح لأنهما لم تبطل منفعتهما فلم تنقص ديتهما بخلاف اليد الشلاء فإن كان له قدمان في رجل واحدة فالحكم على ما ذكرنا في اليدين وإن كانت إحدى القدمين أطول من الأخرى وكان الطويل مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي وإن كان زائداً عنها والآخر مساوياً للرجل الأخرى فهو الأصلي وإن كان له في كل رجل قدمان يمكنه المشي على الطويلتين مشياً مستقيماً فهما الأصليتان وإن لم يمكنه فقطع وأمكنه المشي على القصيرين فهما الأصليان والآخران زائدان فإن أشبل الطويلين ففيهما الدية لأن الظاهر أنهما الأصليان فإن قطعهما قاطع فأمكنه المشي على القصيرين تبين أنهما الأصليان وإن لم يمكنه فالطويلان هما الأصليان

مسألة وفي مارن الأنف وحشفة الذكر وحلمتي الثديين دية العضو كاملة
مسألة : وفي مارن الأنف وحشفة الذكر وحلمتي الثديين دية العضو كاملة
في الأنف الدية إذا قطع كرنه بغير خلاف بينهم حكاه ابن المنذر وابن عبد البر
عمن يحفظه من أهل العلم وفي كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه
وسلم أنه قال : [وفي الأنف إذا أوعب جدعا الدية] وفي رواية مالك في
الموطأ إذا أوعى جدعا يعني استوعب واستؤصل ولأنه عضو فيه جمال ومنفعة
ليس في البدن منه الا شيء واحد فأشبهه اللسان
فصل : وإنما الدية في مارنه وهو ما لان منه هكذا قال الخليل وغيره ولأنه
يروى [عن طاوس أنه قال : كان في كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم
في الأنف إذا أوعب مارنه جدعا الدية] وفي بعضه اذا قطع بقدره من الدية
يتمسح ويعرف قدر ذلك يروى هذا عن عمر بن عبد العزيز والشعبي والشافعي

مسألة ويحتمل ان يجب على من استوعب الأنف جدعا دية وحكومة في
القصة
مسألة : ويحتمل أن يجب على من استوعب الأنف جدعا دية وحكومة في
القصة

إذا قطع المارن مع القصة ففيه الدية في قياس المذهب ويحتمل ان يجب في
المارن وحكومة في القصة وهذا مذهب الشافعي لأن المارن وحده موجب
للدية فوجبت الحكومة في الزائد كما لو قطع القصة وحدها مع قطع لسان
ولنا قوله عليه الصلاة والسلام : [في الأنف إذا أوعب جدعا الدية] ولأنه عضو
واحد فلم يجب فيه أكثر من دية واحدة كالذكر إذا قطع من أصله وبهذا يبطل ما
ذكره ويفارق اذا قطع لسانه وقصيته لأنهما عضوان فلا تدخل دية أحدهما في
الآخر أما العضو الواحد فلا يبعد أن يجب في جميعه ما يجب في بعضه كالذكر
تجب في حشفته الدية التي تجب في جميعه وفي الثدي كله ما في حلمته فأما
ان قلع الأنف وما تحته من اللحم ففي اللحم حكومة لأنه ليس من الأنف فأشبهه
ما لو قطع الذكر واللحم الذي تحته

[جزء 9 - صفحة 575]

مسألة وفي الذكر الدية
مسألة : وفي الذكر الدية أجمع أهل العلم على ذلك لأن في كتاب النبي صلى
الله عليه وسلم لعمر بن حزم : [وفي الذكر الدية] وذكر الصغير والكبير
والشيخ والشاب سواء في الدية لعموم الحديث وسواء قدر على الجماع أو لم
يقدر
وفي حشفة الذكر الدية وهو قول أهل العلم ولا نعلم فيه مخالفا لأن منفعتة
تكمل بالحشفة كما تكمل منافع اليد بالأصابع فكملت الدية بقطعها كالأصابع

وان قطع الذكر كله او الحشفة وبعض العصابة لم يجب أكثر من الدية كما لو قطع الأصابع وبعض الكف

[جزء 9 - صفحة 576]

مسألة وفي الثديين الدية

مسألة : وفي الثديين الدية

ولا نعلم خلافا في أن في ثديي المرأة الدية وفي الواحد منهما نصف الدية قال ابن المنذر اجمع كل من نحفظ عنه من اهل العلم على ان في ثدي المرأة نصف الدية وفي الثديين الدية وممن حفظنا عنه ذلك الحسن و الشعبي و الزهري و مكحول و قتادة و مالك و الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي ولأن فيهما جمالا ونفعا فأشبهها اليدين والرجلين

مسألة وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما

مسألة : وفي قطع حلمتي الثديين ديتهما

نص عليه أحمد وروي نحوه هذا عن الشعبي و النخعي و الشافعي وقال مالك و الثوري : ان ذهب اللبن وجبت ديتهما وإلا وجبت حكومة بقدر شينه ونحوه قال قتادة : اذا ذهب الرضاع بقطعهما ففيهما الدية ولنا أنه ذهب منهما ما تذهب المنفعة بذهابه فوجبت ديتهما كالأصابع مع الكف وحشفة الذكر وبيان ذهاب المنفعة ان بهما يشرب الصبي ويرتضع فهما كالأصابع في الكف وان قطع الثديين كلهما فليس فيهما الا دية كما لو قطع الذكر كله وان حصل مع قطعهما جائفة وجب فيها ثلث الدية مع ديتهما وان ضربهما فأشلهما ففيهما الدية كما لو أشل يديه وان جنى عليهما من صغيرة ثم ولدت فلم ينزل لها لبن سئل أهل الخبرة فإن قالوا إن الجناية سبب قطع اللبن فعليه ما على من ذهب باللبن بعد وجوده وإن قالوا : ينقطع بغير الجناية لم يجب عليه أرشه لأن الأصل براءة ذمته فلا يجب فيها شيء بالشك وان جنى عليهما فنقص لبنهما او جنى على ثديين ناهدين فكسرهما أو صار بهما مرض ففيه حكومة لنقصه الذي نقصهما

[جزء 9 - صفحة 577]

مسألة وفي ثديي الرجل وهما التندوتان الدية

مسألة : وفي ثديي الرجل وهما التندوتان الدية

وبه قال إسحاق وحكي ذلك قولان لـ لشافعي لأنه ذهب بالجمال من منفعة فلم يجب دية كما لو أتلف العين القائمة واليد الشلاء وقال الزهري في حكمة الرجل خمسين من الإبل وعن زيد بن ثابت فيه ثمن الدية ولنا أن ما وجب فيه الدية من المرأة وجب فيه من الرجل كسائر الأعضاء ولأنهما عضوان في البدن يحصل بهما الجمال ليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجب فيهما الدية كاليدين ولأنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيهما الدية كالشعور الأربعة عند أبي حنيفة وكأذني الأصم وأنف الأخرم عند الجميع ويفارق العين القائمة لأنه ليس فيها جمال كامل ولأنها عضو قد ذهب منه ما تجب الدية فلم تكمل ديته كاليدين إذا شلتا بخلاف مسألتنا وما في اللثة منها يسمى سنخا فإذا كسر السن ثم جاء آخر فقلع السنخ ففي السن ديتها وفي السنخ حكومة كما لو قطع إنسان أصابع رجل ثم قطع آخر كفه وإن قلعه الأول بسنخها لم يجب فيها أكثر من ديتها كما لو قطع اليد من كوعها وإن فعل ذلك في مرتين فكسر السن ثم عاد فقلع السنخ ففيه ديتها وحكومة لأن ديتها وجبت بالأول ثم وجب عليه بالثاني حكومة كما لو فعله غيره وكذلك لو قطع الأصابع ثم قطع الكف وإن كسر بعض الظاهر ففيه من دية السن بقدره إن كان ذهب النصف وجب نصف الأرش وإن كان الذاهب الثلث وجب الثلث وإن جاء آخر فكسر بقيتها فعليه بقية الأرش فإن قلع الثاني بقيتها بسنخها نظرنا فإن كان الأول كسرهما عرضا فليس على الثاني للسنخ شيء لأنه تابع لما قلعه من ظاهر السن فصار كما لو قطع الأول من كل أصبع م ناصبعه أنملة ثم قطع الثاني يده من الكوع وإن كان الأول كسر نصف السن طولا دون سنخه فجاء الثاني فقطع الباقي بالسنخ كله فعليه دية النصف الباقي وحكومة لنصف السنخ الذي بقي من كسر الأول كما لو قطع الأول اصبعين من يد ثم جاء الثاني فقطع الكف كله فإن اختلف الثاني والمجني عليه فيما قلعه الأول فالقول قول المجني عليه لأن الأصل سلامة السن وإن انكشف اللثة عن بعض السن فالدية في قدر الظاهر عادة دون ما انكشف على خلاف العادة وإن اختلفا في قدر الظاهر اعتبر ذلك بأخواتها فإن لم لها شيء يعتبر به ولم يمكن أن يعرف ذلك من أهل الخبرة فالقول قول الجاني لأن الأصل براءة ذمته ويحتمل أن يجب على من استوعب جدعا دية وحكومة في القصة وهذا مذهب الشافعي وقد ذكر كقطع اليد من نصف الساعد

[جزء 9 - صفحة 579]

مسألة وفي العينين الدية

مسألة : وفي العينين الدية

أجمع أهل العلم على ذلك وعلى أن في العين الواحدة نصفها لقول النبي صلى الله عليه وسلم : [وفي العينين الدية] وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : [وفي العين الواحدة خمسون من الإبل] رواه مالك في الموطأ ولأن

العينين من أعظم الجوارح نفعا فكانت فيهما الدية وفي احدهما نصفها كاليدين اذا ثبت هذا فيستوي في ذلك الصغيرتان والكبيرتان والملححتان والقيححتان والصحيحتان والمريضتان والحولاء والرمصاء فإن كان فيهما بياض لا ينقص البصر لم تنقص الدية وان نقص من البصر من الدية بقدره

مسألة وفي الأذنين الدية

مسألة : وفي الأذنين الدية

روي ذلك عن عمر وعلي وبه قال عطاء و مجاهد و الحسن و قتادة و الثوري و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي و مالك في احدى الروايتين عنه وقال في الأخرى : فيها حكومة لأن الشرع لم يرد فيهما بتقدير ولا يثبت التقدير بالقياس ولنا أن في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : [وفي الأذنين الدية] ولأن عمر وعليا قضيا فيهما بالدية فإن قيل فقد روي عن ابي بكر الصديق انه قضى في الأذن بخمسة عشر بعيرا قلنا : لم يثبت ذلك قاله ابن المنذر : ولأن ما كان في البدن منه عضوان كان فيما الدية وفي احدهما نصف الدية بغير خلاف بين القائلين بوجوب الدية فيهما

[جزء 9 - صفحة 580]

مسألة وفي اللحيين الدية

مسألة : وفي اللحيين الدية

وهما العظمان فيما الأسنان السفلى لأن فيهما نفعا وجمالا وليس في البدن مثلهما فكانت فيهما الدية كسائر ما في البدن منه شيئان وفي أحدهما نصفها كإحدى اليدين والرجلين ونحوهما مما في البدن منه شيئان

مسألة وفي الأليتين الدية

مسألة : وفي الأليتين الدية

قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من اهل العلم يقولون في الأليتين الدية وفي كل واحد منهما نصفها منهم عمرو بن شعيب و النخعي و الشافعي وأصحاب الرأي ولأنهما عضوان من جنس فيهما جمال ظاهر ومنفعة كاملة فإنه يجلس عليهما كالوسادتين فوجبت فيهما الدية وفي إحداهما نصفها كاليدين والأليتان هما ما علا وشرف عن الظهر وعن استواء الفخذين وفيهما الدية إذا اخذتا الى العظم الذي تحتها وفي ذهاب بعضهما بقدره لأن ما وجب فيه الدية وجب في بعضه بقدره فإن جهل المقدار وجبت حكومة لأنه نقص لم يعرف قدره

مسألة وفي الأثيين الدية

مسألة : وفي الأثيين الدية

لا نعلم في هذا خلافا وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم :
[وفي البيضتين الدية] ولأن فيهما الجمال والمنفعة فإن النسل يكون بهما
فأشبهها اليدين وروى الزهري عن سعيد بن المسيب أنه قال : مضت السنة ان
في الصلب الدية وفي الأثيين الدية وفي احدهما نصف الدية في قول اكثر
اهل العلم وحكي عن سعيد بن المسيب ان في اليسرى ثلثي الدية وفي اليمنى
لأن نفع اليسرى اكثر لأن النسل يكون منها
ولنا ان ما وجبت الدية في شيئين منه وجب في احدهما نصفها كاليدين وسائر
الأعضاء ولأنهما ذوا عدد تجب فيه الدية فاستوت ديتهما كالأصابع وما ذكروه
ينتقض بالأصابع وكلك الأجنان تستوي ديتهما مع اختلاف نفعهما ثم يحتاج الى
إثبات الذي ذكره وان رض أنثيه أو أشلهما كملت ديتهما كما لو أشل يديه أو
ذكره وان قطع أنثيه فذهب نسله لم يجب اكثر من دية لأن ذلك نفعهما فلم
تزد الدية بذهابه معهما كالبصر مع ذهاب العينين وان قطع احدهما فذهب
النسل لم يجب اكثر من نصف الدية لأن ذهابه غير متحقق

مسألة وفي إسكتي المرأة الدية

مسألة : وفي إسكتي المرأة الدية

والإسكتان هما اللحم المحيط بالفرج من جانبه إحاطة الشفتين بالفم وأهل
اللغة يقولون : الشفران حاشيتا الاسكتين كما ان أشفار العينين أهدابهما
وفيها دية المرأة إذا قطعاً وبهذا قال الشافعي وقاله الثوري إذا لم يقدر على
جماعها وقضى به محمد بن سفيان اذا بلغا العظم وذلك لأن فيهما جمالا
ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فوجبت فيهما الدية كسائر ما في
البدن منه شيئان وفي احدهما نصف الدية كما ذكرنا في غيرهما وان جنى
عليهما فأشلهما وجبت ديتهما كما لو جنى على شفثيه فأشلهما ولا فرق بين
كونهما غليظتين أو دقيقتين قصيرتين أو طويلتين من بكر أو ثيب أو صغيرة أو
كبيرة أو محفوظة أو غير محفوظة لأنهما عضوان فيهما الدية فاستوى فيه
جميع ما ذكرنا كسائر أعضائها ولا فرق بين الرتقاء وغيرها لأن الرتق عيب في
غيرهما فلم ينقص ذلك من ديتهما كما أن الصمم لم ينقص دية الأذنين والخفض
هو الختان في حق المرأة

مسألة وفي ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك عانة الرجل
مسألة : وفي ركب المرأة حكومة وهو عانة المرأة وكذلك عانة الرجل
لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لما قدر فيه فإن أخذ منه شيء مع فرج المرأة
وذكر الرجل ففيه الحكومة مع الدية كما لو أخذ مع الأنف أو الشفتين من اللحم
الذي حولها

مسألة وفي اللسان الدية إذا كان ناطقا
مسألة : وفي اللسان الدية إذا كان ناطقا
أجمع أهل العلم على وجوب الدية في لسان الناطق وروي ذلك عن أبي بكر
وعمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهما وبه قال أهل المدينة وأهل الكوفة
وأصحاب الرأي وأهل الحديث وغيرهم وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم
لعمر بن حزم : [وفي اللسان الدية] ولأن فيها جمالا ومنفعة فأشبه الأنف
فأما الجمال فقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم فقد [روي عن النبي
صلى الله عليه وسلم عن الجمال فقال : في اللسان] ويقال : جمال الرجل
في لسانه والمرء بأصغريه قلبه ولسانه ويقال : ما الإنسان لولا اللسان الا
صورة ممثلة او بهمية مهملة وأما النفع فإن به تبلغ الأغراض وتستخلص
الحقوق وتدفع الآفات وتقضى الحاجات وتتم العبادات في القراءة والذكر
والشكر والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر والتعليم والدلالة على الحق
المبين والصراط المستقيم وبه يذوق الطعام ويستعين في مضغه وتقليبه
وتنقية الفم وتنظيفه فهو أعظم الأعضاء نفعا وأتمها جمالا فإيجاب الدية في
غيره تنبيه على إيجابها فيه وإنما تجب الدية في اللسان الناطق وأما الأخرس
فسنذكره في موضعه إن شاء الله تعالى

فصل : فإن قطع لسان صغير لم يتكلم لطفوليته وجبت ديته وبهذا قال
الشافعي وقال أبو حنيفة : لا يجب لأنه لسان لا كلام فيه فأشبه الأخرس
ولنا أن ظاهره السلامة وإنما لم يتكلم لأنه لا يحسن الكلام فوجبت به الدية
كالكبير ويخالف الأخرس فإنه علم أن لسانه أشل ألا ترى أن اعضاءه لا يبطش
بها وتجب فيها الدية ؟ فإن بلغ حدا يتكلم مثله فلم يتكلم فقطع لسانه فلم تجب
فيه الدية لأن الظاهر أنه لا يقدر على الكلام فهو كللسان الأخرس وإن كبر
فنطق ببعض الجروف وجبت فيه بقدر ما ذهب من الحروف لأننا تبينا انه كان
ناطقا وإن كان قد بلغ الى حد يتحرك بالبكاء وغيره فلم يتحرك فقطعه قاطع
فلا دية فيه لأن الظاهر انه لو كان صحيحا لتحرك وإن لم يبلغ الى حد يتحرك
ففيه الدية لأن الظاهر سلامته وإن قطع لسان كبير وادعى أنه كان أخرس ففيه
ما ذكرنا فيما إذا اختلفا في شلل العضو بعد قطعه من الخلاف
فصل : وفي أجفان العينين الدية وفي أحدها ربع الدية لأن كل عدد تجب في
جميعه الدية يجب في الواحد منها بحصته كالأصابع وهذا قول الثوري و
الشافعي وأصحاب الرأي وعن مالك انه لا مقدر فيها بل يرجع فيه إلى اجتهاد
الحاكم

ولنا أنها أعضاء فيها جمال ظاهر ونفع كامل فإنها تكن العين وتقيها وتحفظها من الحر والبرد ولولاها لقبح منظرها فوجبت فيها الدية كاليدين وعن الشعبي انه يجب في الأعلى ثلثا الدية وفي الأسفل ثلثها لأنه أكثر نفعاً ولنا أن كل عدد تجب الدية في جميعه تجب بالحصه في الواحد منه كالأصابع فإن قلع العينين بأشجارهما وجبت ديتان لأنهما جنسان تجب الدية بكل واحد منهما منفردا فوجب بإتلافهما جملة ديتان كاليدين والرجلين وتجب الدية في أشفار عين الأعمى وهي الأجفان لأن ذهاب بصره عيب في غير الأجفان فلم يمنع وجوب الدية فيهما كذهاب الشم لا يمنع وجوب الدية في الأنف

[جزء 9 - صفحة 584]

مسألة وفي قطع بعض المارن والأذن والحلمة واللسان والشفة والحشفة والأنملة وشق الحشفة طولاً بالحساب
مسألة : وفي قطع بعض المارن والأذن والحلمة واللسان والشفة والحشفة والأنملة وشق الحشفة طولاً بالحساب من ديته يقدر بالأجزاء كالثلث والرابع ثم يؤخذ مثله من الدية
لأن ما وجبت الدية في جميعه وجبت في بعضه فإن كان الذاهب النصف وجب نصف الدية وإن كان الثلث وجب ثلثها وإن كان اقل أو أكثر وجب بحساب ذلك كما تسقط دية اليد على الأصابع

[جزء 9 - صفحة 585]

مسألة وفي شلل العضو وإذهاب نفعه والجنابة على الشفتين بحيث لا يطبقان على الأسنان الدية
مسألة : وفي شلل العضو وإذهاب نفعه والجنابة على الشفتين بحيث لا يطبقان على الأسنان الدية
لأنه عطل نفعهما فأشبهه ما لو أشل يده وكذلك ان استرختا فصارتا لا ينفصلان عن الأسنان لأنه عطل جمالهما
فصل : وان جنى على يديه فأشلهما وجبت ديتهما لأنه فوت منفعتهما فهو كما لو أعمى عينيه أو أخرس لسانه وإن أشل الذكر ففيه ديته لأنه ذهب بنفعه أشبه ما لو أشل لسانه وكذلك إن أشل انثيه كما لو أشل يديه وكذلك إن جنى على الاسكتين فأشلهما ففيهما الدية كما لو جنى على الشفتين فأشلهما ففيهما الدية وكذلك الأصابع إذا أشلها لما ذكرنا وسائر الأعضاء إلا الأذن وسنذكرهما ان شاء الله تعالى

مسألة وفي تسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته وعنه في تسويد السن
ثلث ديتها وقال أبو بكر فيها حكومة
مسألة : وفي تسويد السن والظفر بحيث لا يزول ديته وعنه في تسويد السن
ثلث ديتها وقال أبو بكر : فيها حكومة
إذا جنى على سنة فسودها فحكي عن أحمد في ذلك روايتان :
إحداهما : تجب ديتها كاملة وهو ظاهر كلام الخرقى وپروى عن زيد بن ثابت وبه
قال سعيد بن المسيب و الحسن و ابن سيرين و شريح و الزهري و عبد الملك
بن مروان و النخعي و مالك و الليث و الثوري و أصحاب الراي وهو أحد قولي
الشافعي والرواية الثانية : عن أحمد أنه إن أذهب منفعتها من المضغ عليها
ونحوه ففيها ديتها وإن لم يذهب نفعها ففيها حكومة وهذا قول القاضي والقول
الثاني لـ الشافعي وهو المختار عند أصحابه وهو أقيس لأنه لم يذهبها بمنفعتها
فلم تكمل ديتها كما لو اصفرت وهذا قول أبي بكر
ولنا انه قول زيد بن ثابت ولم يعرف له مخالف من الصحابة فكان إجماعاً ولأنه
أذهب الجمال على الكمال فكملت ديتها كما لو قطع اذن الأصم وأنف الأخرس
والظفر كذلك قياساً على السن وعن أحمد رواية ثالثة : ان في تسويد السن
ثلث ديتها والتقدير لا يثبت إلا بالتوقيف
فصل : فأما إن اصفرت او احمرت لم تكمل لأنه لم يذهب الجمال على الكمال
وفيهما حكومة وإن اخضرت احتمل ان يكون كتسويدها لأنه ذهب بجمالها
واحتمل ان لا يكون فيه إلا حكومة لأن ذهاب جمالها لتسويدها أكثر فلم يلحق به
غيره كمالو حمرها فعلى قول من أوجب ديتها متى قلعت بعد تسويدها ففيها
ثلث ديتها أو حكومة على ما نذكره إن شاء الله تعالى وعلى قول من لم يوجب
فيها إلا حكومة يجب في قلعتها ديتها كما لو صفرها
فصل : فإن جنى على سنة فذهبت حدتها وكلت ففي ذلك حكومة وعلى قالها
بعد ذلك دية كاملة لأنها سن صحيحة كاملة فكملت ديتها كالمضطربة وإن ذهب
منها جزء ففي الذاهب بقدره وإن قلعتها قالع نقص من ديتها بقدر ما ذهب كما
لو كسر منها جزءاً

[جزء 9 - صفحة 587]

مسألة وفي العضو الأشل من اليد والرجل والذكر والثدي ولسان الأخرس
والعين القائمة وشحمة الأذن
مسألة : وفي العضو الأشل من اليد والرجل والذكر والثدي ولسان الأخرس
والعين القائمة وشحمة الأذن وذكر الخصي والعينين والسن السوداء والثدي
دون حلمته والذكر دون حشفته وقصبة الأنف واليد والأصبع الزائدين حكومة
وعنه ثلث ديته

أما اليد الشلاء وهي اليابسة التي ذهبت منها منفعة البطش وكذلك الرجل مثلها في الحكم قياسا عليها والعين القائمة التي ذهب بصرها وصورتها باقية كصورة الصحيحة والسن السوداء فعن أحمد رحمه الله فيهن حكومة لأنه لا يمكن إيجاب دية كاملة لكونها قد ذهبت منفعتها ولا مقدر فيها فتجب الحكومة كاليد الزائدة وعنه : فيهن ثلث الدية كما [روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في العين القائمة السادة لمكانها بثلث الدية وفي اليد الشلاء إذا قطعت بثلث ديتها وفي السن السوداء إذا قلعت بثلث ديتها] رواه النسائي واخرجه أبو داود في العين وحدها وهو قول عمر ورواه قتادة عن خلاص عن عبد الله بن بريدة عن يحيى بن يعمر عن أبيه عن ابن عباس ان عمر رضي الله عنه قضى في العين القائمة اذا قلعت واليد الشلاء اذا قطعت والسن السوداء اذا كسرت بثلث دية كل واحدة منهن ولأنها كاملة الصورة فكان فيها مقدر كالصحيحة وقولهم لا يمكن إيجاب مقدر ممنوع فإننا قد ذكرنا التقدير وبيناه

فصل : قال القاضي : قول أحمد في السن السوداء ثلث ديتها محمول على سن ذهبت منفعتها بحيث لا يمكنه ان يعرض بها شيئاً أو كانت تتفتت فاما ان كانت منفعتها باقية ولم يذهب منها إلا لونها ففيه كمال ديتها سواء قلت منفعتها بأن يعجز عن عض الأشياء الصلبة أو لم يعجز لأنها باقية المنفعة فكمثلت ديتها كسائر الأعضاء وليس على من سودها إلا حكومة وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا : والصحيح من مذهب أحمد ما يوافق ظاهر كلامه لظاهر الأخبار وقضاء عمر وقول أكثر أهل العلم ولأنه ذهب بجمالها بتسويدها فكمثلت ديتها على من سودها كتسويد الوجه ولم يجب على متلفها أكثر من ثلث ديته كاليد الشلاء وكالسن البيضاء اذا انقلعت ونبتت مكانها سواداً لمرض فيها فإن القاضي وأصحاب الشافعي سلموا انها لا تكمل ديتها

فصل : فإن نبتت أسنان صبي سواداً ثم ثغر عادت فديتها تامة لأن هذا جنس خلق على هذه الصورة اشبه من خلق اسود الجسم والوجه جميعا وان نبتت اولا بيضاء ثم ثغر عادت سواداً سئل اهل الخبرة فإن قالوا : ليس السواد لعة ولا مرض ففيها كمال ديتها وان قالوا ذلك لمرض فعلى قالها ثلث ديتها او حكومة وقد سلم القاضي واصحاب الشافعي الحكم في هذه الصورة وهو حجة عليهم فيما خالفوا فيه ويحتمل ان يكون الحكم فيما كانت سواداً من ابتداء الخلقة هكذا لأن المرض قد يكون في فيه من ابتداء خلقته فيثبت حكمه في نقص ديتها كما لو كان طارئاً

فصل : وفي لسان الأخرس روايتان أيضا كاليد الشلاء وكذلك كل عضو ذهبت منفعته وبقيت صورته كالرجل الشلاء والأصبع والذكر إذا شلا وذكر الخصي والعين إذا قلنا لا تكمل ديتهما وأشباه هذا كله يتخرج على روايتين : إحداهما : فيه ثلث الدية والأخرى : حكومة

فصل : فأما اليد والرجل والأصبع أو السن الزوائد ونحو ذلك فليس فيه إلا حكومة وقال القاضي هو في معنى اليد الشلاء فيخرج على الروايتين والذي ذكره شيخنا اصح لأنه لا تقدير في هذا ولا هو في معنى المقدر ولا يصح قياس هذا على العضو الذي ذهبت منفعته وبقي جماله لأن هذه الزوائد لا جمال فيها

انما هي شين في الخلقة وعيب يرد به المبيع وتنقص بالقيمة فكيف يصح قياسه على ما يحصل به الجمال ؟ ثم لو حصل به جمال ما لكنه يخالف جمال العضو الذي يحصل به تمام الخلقة ويختلف في نفسه اختلافا كثيرا فوجبت فيه الحكومة ويحتمل ان لا يجب فيه شيء لما ذكرنا

فصل : قد ذكرنا أن في الأصبع الزائدة حكومة وبه قال الثوري و الشافعي وأصحاب الرأي وعن زيد بن ثابت ان فيها ثلث دية الأصبع وذكر القاضي انه قياس المذهب على رواية ايجاب ثلث دية اليد في اليد الشلاء والأول اصح على ما ذكرنا ولا يصح قياسها على اليد الشلاء لما ذكرنا من الفرق بينهما والله أعلم

فصل : واختلفت الرواية في قطع الذكر دون حشفته وعلى قياسه الثدي دون حلمته وقطع الكف بعد اصابه فروى ابو طالب عن أحمد فيه ثلث دية وكذلك شحمة الأذن وعن أحمد في ذلك كله حكومة وهذا هو الصحيح لعدم التقدير فيه وامتناع قياسه على ما فيه تقدير لأن الأشل بقيت صورته وهذا لم يتبق صورته إنما بقي بعض ما فيه الدية أو أصل ما فيه الدية فأما قطع الذراع بعد قطع الكف والساق بعد قطع القدم فينبغي ان تجب الحكومة فيه وجها واحدا لأن ايجاب ثلث دية اليد فيه يفضي الى أن يكون الواجب فيها مع بقاء الكف والقدم وذهابهما واحدا مع تفاوتهما وعدم النص فيهما

[جزء 9 - صفحة 590]

مسألة وعنه في ذكر الخصي والعنين كمال دية

مسألة : وعنه في ذكر الخصي والعنين كمال دية

أما ذكر العنين فأكثر أهل العلم على وجوب الدية فيه لأن في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : [وفي الذكر الدية] ولأنه غير ما يوس من جماعة وهو عضو سليم في نفسه فكملة دية كذكر الشيخ وذكر القاضي فيه عن احمد روايتين : إحداهما : تجب فيه الدية لذلك والثانية : لا تكمل دية وهو قول قتادة لأن منفعته الإنزال والإحبال والجماع وقد عدم ذلك منه في حال الكمال فلم تكمل دية كالأشل وبهذا فارق ذكر الصبي والشيخ واختلفت الرواية في ذكر الخصي فعنه فيه دية كاملة وهو قول سعيد بن عبد العزيز و الشافعي و ابن المنذر للخبر ولأن منفعة الذكر الجماع وهو باق فيه والثانية : لا يجب فيه وهو قول مالك و الثوري واصحاب الرأي و قتادة و إسحاق لما ذكرنا في ذكر العنين ولأن المقصود منه تحصيل النسل ولا يوجد ذلك منه فلم تكمل دية كالأشل والجماع يذهب في الغالب بدليل أن البهائم يذهب جماعها بخصائها والفرق بين ذكر العنين وذكر الخصي ان الجماع في ذكر العنين ابعده منه في ذكر الخصي والياس من الإنزال متحقق في ذكر الخصي دون ذكر العنين

[جزء 9 - صفحة 591]

مسألة فإذا قلنا لا تكمل الدية في قطع ذكر الخصي ان قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع
مسألة : فإذا قلنا لا تكمل الدية في قطع ذكر الخصي إن قطع الذكر والأنثيين دفعة واحدة أو قطع الذكر ثم قطع الأنثيين لزمته ديتان وإن قطع الأنثيين ثم قطع الذكر لزمته دية واحدة للأنثيين وفي الذكر حكومة أو ثلث دية قال القاضي ونص أحمد على هذا وان قطع نصف الذكر بالطول فقال اصحابنا فيه نصف الدية والأولى ان تجب الدية كاملة لأنه ذهب بمنفعة الجماع به فوجبت الدية كاملة كما لو أشله أو كسر صلبه فذهب جماعه وان قطع قطعة منه مما دون الحشفة وكان البول يخرج على ما كان عليه وجب بقدر القطعة من جميع الذكر من الدية وان خرج البول من موضع القطع وجب الأكثر من حصة القطعة من الدية أو الحكومة وان ثقب ذكره فيما دون الحشفة فصار البول يخرج من الثقب ففيه حكومة لذلك

مسألة وان أشل الأنف أو الأذن أو عوجهما ففيه حكومة وفي قطع الأشل منهما كمال الدية

مسألة : وإن أشل الأنف أو الأذن أو عوجهما ففيه حكومة وفي قطع الأشل منهما كمال الدية

إذا ضرب أنفه فأشله ففيه حكومة وان قطعه قاطع بعد ذلك ففيه دية وكذلك الأذن اذا جنى عليها فاستحشفت واستحشافها كشلل سائر الأعضاء ففيها حكومة وهذا أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : في ذلك ديتها وكذلك قوله في الأنف إذا أشله لأن ما وجبت ديته بقطعه وجبت بشلله كاليد والرجل ولنا ان نفع الأذن باق بعد استحشافها وجمالها فإن نفعها جمع الصوت ومنع دخول الماء والهوام في صماخه وهذا باق بعد شللها فإن قطعها قاطع بعد شللها ففيها ديتها لأنه قطع أذنا قطع أذنا فيها جمالها ونفعها فوجبت ديتها كالصحيحة وكما لو قلع عينا عمياء أو حواء وكذلك الأنف نفعه جمع الرائحة ومنع وصول الهوام الى دماغه وهذا باق بعد الشلل بخلاف سائر الأعضاء فإن جنى على الأنف فعوجه أو غير لونه ففيه حكومة في قولهم جميعا وكذلك الأذن إذا عوجها أو غير لونها ففيها حكومة كالأنف

فصل : فإن قطع الأنف إلا جلدة بقي معلقا بها فلم يلتحم واحتيج الى قطع الجلدة ففيه دية لأنه قطع جميعه بعضه بالمباشرة وبعضه بالسبب فاشبه ما لو سري قطع بعضه الى قطع جميعه وان رده فالتحم ففيه حكومة لأنه لم بين وإن أبانه فرده فالتحم فقال ابو بكر : ليس فيه إلا حكومة كالتي قبلها وقال القاضي : فيه دية وهو مذهب الشافعي لأنه أبان أنفه فلزمته دية كما لو لم يلتحم ولأن ما أبين قد نجس فيلزمه ان يبينه بعد التحامه ومن قال بقول أبي بكر منع نجاسته ووجوب إباتته لأن أجزاء الآدمي كجملته بدليل سائر الحيوانات وجملته طاهرة فكذلك أجزاءه

مسألة وتجب الدية في أنف الأخرس والمخزوم
مسألة : وتجب الدية في أنف الأخرس والمخزوم
لأن أنف الأخرس لا عيب فيه وإنما العيب في غيره فوجب دية كأنف غير
الأخرس وأما المخزوم فأنفه كامل غير أنه معيب فأشبهه العضو المريض ولذلك
تجب في أذن الأصم لأن الصمم نقص في غير الأذن فلم يؤثر في ديتها كالعمى
لا يؤثر في دية الأجران وهذا قول الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا

مسألة وإن قطع أنفه فذهب شمه وجبت ديتان لأن الشم في غير الأنف فلا
تدخل دية أحدهما في الآخر
مسألة : وإن قطع أنفه فذهب شمه وجبت ديتان لأن الشم في غير الأنف فلا
تدخل دية أحدهما في الآخر وكذلك إذا قطع أذنه فذهب سمعه يجب ديتان لأن
السمع في غير الأذن فهو كالبصر مع الأجران والنطق مع الشفتين

مسألة وسائر الأعضاء إذا أذهبها بمنفعتها لم يجب إلا دية واحدة كالعين إذا
قلعت فذهب ضوءها لم يجب إلا دية
مسألة : وسائر الأعضاء إذا أذهبها بمنفعتها لم يجب إلا دية واحدة كالعين إذا
قلعت فذهب ضوءها لم يجب إلا دية واحدة
لأن الضوء فيها ومثل ذلك سائر الأعضاء إذا أذهبها بنفعها لم يجب إلا دية واحدة
لأن نفعها فيها فدخلت دية في ديتها ولأن منافعها تابعة لها تذهب بذهابها
فوجب دية العضو دون المنفعة كما لو قتله لم يجب إلا دية
فصل : في دية المنافع قال الشيخ رحمه الله : في كل حاسة دية كاملة وهي
السمع والبصر والشم والذوق لا خلاف في وجوب الدية بذهاب السمع قال ابن
المنذر : أجمع عوام أهل العلم على أن في السمع الدية روي ذلك عن عمر وبه
قال مجاهد و قتادة و الثوري و الأوزاعي و أهل الشام و أهل العراق و مالك و
الشافعي و ابن المنذر ولا أعلم عن غيرهم خلافهم وقد روي أن النبي صلى الله
عليه وسلم قال : [وفي السمع الدية] وروي أبو المهلب عن أبي قلابة أن رجلا
رمى رجلا بحجر في رأسه فذهب سمعه وعقله ولسانه ونكاحه فقضى فيه عمر
بأربع ديات والرجل حي ولأنها حاسة تختص بنفع فكان في الدية كالبصر وإن
ذهب السمع من إحدى الأذنين وجب نصف الدية كما لو ذهب البصر من إحدى
العينين

[جزء 9 - صفحة 594]

مسألة وفي البصر الدية

مسألة : وفي البصر الدية

لأن كل عضوين وجبت الدية بذهابهما وجبت بإذهاب نفعهما كاليدين إذا أشلهما وفي ذهاب بصر إحداهما نصف الدية كما لو أشل يدا واحدة وليس في اذهابهما بنفعهما أكثر من دية واحدة كاليدين وإن جنى على رأسه جناية ذهب بها بصره فعليه دية لأنه ذهب بسبب جنايته وإن لم يذهب بها فداواها فذهب بالمدواة فعليه الدية لأنه ذهب بسبب فعله

مسألة وفي الشم الدية

مسألة : وفي الشم الدية

لأنه حاسة يختص بمنفعة فكان في ذهابها الدية كسائر الحواس ولا نعلم في هذا خلافا قال القاضي في كتاب عمرو بن حزم عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال : [وفي المشام الدية]

فصل وفي الذوق الدية وكذلك قال ابو الخطاب لأن الذوق حاسة فأشبهه الشم وقياس المذهب أنه لا دية فيه فإنه لا يختلف في أن لسان الأخرس لا دية فيه وقد نص أحمد على أن فيه ثلث الدية ولو وجب في الذوق دية لوجبت في ذهابه مع ذهاب اللسان بطريق الأولى واختلف اصحاب الشافعي فمنهم من قال : قد نص الشافعي على وجوب الدية فيه ومنهم من قال : لا نص له فيه ومنهم من قال قد نص على أن في لسان الأخرس حكومة وإن ذهب الذوق بذهابه قال شيخنا : والصحيح إن شاء الله أنه لا دية فيه لأن في إجماعهم على أن لسان الأخرس لا تكمل الدية فيه إجماعا على أنها لا تكمل في ذهاب الذوق بمفرده لأن كل عضو لا تكمل الدية فيه بمنفعته لا تكمل في منفعة دونه كسائر الأعضاء ولا تفرع على هذا القول

[جزء 9 - صفحة 595]

مسألة وكذلك تجب في الكلام والعقل والمشى والأكل والنكاح

مسألة : وكذلك تجب في الكلام والعقل والمشى والأكل والنكاح

إذا جنى عليه فخرس وجبت دية لأن كل ما تعلقت الدية بإتلافه تعلقت بإتلاف منفعة كاليد

مسألة وفي ذهاب العقل الدية

مسألة : وفي ذهاب العقل الدية
ولا نعلم فيه خلافا روي ذلك عن عمر وزيد رضي الله عنهما وإليه ذهب من بلغنا
قوله من الفقهاء وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم [وفي
العقل الدية] ولأنه أكبر المعاني قدرا وأعظم الحواس نفعا فإنه يتميز من
البهيمة ويعرف به حقائق المعلومات ويهتدي إلى مصالحه ويتقي ما يضره
ويدخل به في التكليف وهو شرط في ثبوت الولايات وصحة التصرفات وأداء
العبادات فكان بإيجاب الدية أحق من بقية الحواس فإن نقص عقله نقصا
معلوما وجب بقدره

فصل : فإن ذهب عقله بجناية لا توجب أرشا كاللطمة والتخويف ونحو ذلك
ففيه الدية لا غير وإن أذهب بجناية توجب أرشا كالجراح أو قطع عضو وجبت
الدية وأرشف الجرح وبهذا قال مالك و الشافعي في الجديد وقال أبو حنيفة و
الشافعي في القديم : يدخل الأقل منهما في الأكثر فإن كانت الدية أكثر من
أرشف الجرح وجبت وحدها وإن كان أرشف الجرح أكثر كان قطع يديه ورجليه
فذهب عقله وجبت دية الجرح ودخلت دية العقل فيه لأن ذهاب العقل تختل
معه منافع الأعضاء فدخل أرشها فيه كالموت

ولنا أن هذه جناية أذهبت منفعة من غير محلها مع بقاء النفس فلم يتداخل
الأرشان كما لو أوضحه فذهب بصره أو سمعه ولأنه لو جنى على أذنه أو أنفه
فذهب شمه لم يدخل أرشهما في دية الأنف والأذن مع قربهما منهما فههنا
أولى وما ذكروه لا يصح لأنه لو دخل أرشف الجرح في دية العقل لم يجب أرشفه
إذا زاد على دية العقل كما أن دية الأعضاء كلها مع القتل لا يجب أكثر من دية
النفس فلا يصح قولهم إن منافع الأعضاء تبطل بذهاب العقل فإن المجنون
تضمن منفعه وأعضاؤه بعد ذهاب عقله بما تضمن به منافع الصحيح وأعضاؤه
ولو ذهبت منفعه وأعضاؤه لم تضمن كما لا تضمن منافع الميت وأعضاؤه وإذا
جاز أن تضمن بالجناية عليها بعد الجناية عليه جاز ضمانها مع الجناية عليه كما
لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره بجراحة في غير محلها

فصل : فإن جنى عليه فأذهب عقله وشمه وبصره وكلامه وجب أربع ديات مع
أرشف الجرح قال ابو قلابة رمى رجل رجلا بحجر فذهب عقله وسمعته وبصره
ولسانه فقضى عليه عمر بأربع ديات وهو حي ولأنه أذهب منافع في كل واحد
منها دية فوجبت عليه دياتها كما لو أذهبها بجنایات فإن مات من الجناية لم يجب
إلا دية واحدة لأن ديات المنافع كلها تدخل في دية النفس كديات الأعضاء

[جزء 9 - صفحة 597]

مسألة وفي ذهاب المشي الدية
مسألة : وفي ذهاب المشي الدية لأنها منفعة مقصودة فوجبت فيها الدية
كالكلام

فصل : وفي كسر الصلب الدية إذا لم ينجر لما [روي في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم وفي الصلب الدية] وعن سعيد بن المسيب قال : مضت السنة أن في الصلب الدية وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله عليه وسلم وبه قال زيد بن ثابت و عطاء و الحسن و الزهري و مالك وقال القاضي وأصحاب الشافعي : ليس في كسر الصلب دية إلا أن يذهب مشيه أو جماعة فتجب الدية لتلك المنفعة لأنه عضو لم تذهب منفعته فلم يجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء

ولنا الخبر ولأنه عضو ليس في البدن مثله فيه جمال ومنفعة فوجبت فيه الدية بمفرده كالأنف وإن ذهب مشيه بكسر صلبه ففيه الدية في قول الجميع ولا يجب أكثر من دية لأنها منفعة تلزم كسر الصلب غالباً فاشبه ما لو قطع رجله

مسألة وفي ذهاب الأكل الدية
مسألة : وفي ذهاب الأكل الدية لأنها منفعة مقصودة فوجبت فيه الدية كالشم والنكاح

مسألة فإن كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية
مسألة : فإن كسر صلبه فذهب نكاحه ففيه الدية
روي ذلك عن علي رضي الله عنه لأنه نفع مقصود فأشبه ذهاب المشي وإن ذهب جماعه ومشيه وجبت ديتان في ظاهر كلام أحمد في رواية ابنه عبد الله لأنهما منفعتان تجب الدية بذهاب كل واحدة منهما منفردة فإذا اجتمعتا وجبت ديتان كالسمع والبصر وعن أحمد فيهما دية واحدة لأنهما نفع عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب كلامه وذوقه وإن جبر صلبه فعادت إحدى المنفعتين دون الأخرى لم يجب إلا دية إلا أن تنقص الأخرى فتجب حكومة لنقصها أو تنقص من جهة تذهب الجماع فالقول قول المجني عليه مع يمينه لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته وإن كسر صلبه فشل ذكره اقتضى كلام أحمد وجوب ديتين لكسر الصلب واحدة وللذكر أخرى وفي قول القاضي ومذهب الشافعي في الذكر دية وحكومة لكسر الصلب وإن ذهب ماءه دون جماعة احتتمل وجوب الدية ويروى هذا عن مجاهد قال بعض أصحاب الشافعي هو الذي يقتضيه مذهب الشافعي لأنه ذهب بمنفعة مقصودة فوجبت الدية كما لو ذهب بجماعة أو كما لو قطع أنثيه أو رضهما واحتمل أن لا تجب الدية كاملة لأنه لم يذهب بالمنفعة كلها

[جزء 9 - صفحة 598]

مسألة ويجب في الحذب

مسألة : ويجب في الحدب
تجب الدية في الحدب لأن في كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم
: [وفي الصلب الدية] ولأنه أبطل عليه منفعة مقصودة وجمالا اشبه ما لو
أذهب مشيه

[جزء 9 - صفحة 599]

مسألة وفي الصعر الدية وهو ان يضربه فيصير الوجه الى جانب
مسألة : وفي الصعر الدية وهو ان يضربه فيصير الوجه إلى جانب
وأصل الصعر داء يأخذ البعير فيلتوي منه عنقه قال الله تعالى : { ولا تصعر
خدك للناس } أي لا تعرض عنهم بوجهك تكبرا كإمالة وجه البعير الذي به
الصعر فمن جنى على انسان جناية فعوج عنقه حتى صار وجهه في جانب فعليه
دية كاملة روي ذلك عن زيد بن ثابت رضي الله عنه وقال الشافعي : ليس فيه
إلا حكومة لأنه إذهب جمال من غير منفعة
ولنا ما روى مكحول عن زيد بن ثابت انه قال : وفي الصعر الدية ولم يعرف له
في الصحابة مخالف فكان إجماعا ولأنه أذهب الجمال والمنفعة فوجبت فيه دية
صلأكسائر المنافع وقولهم لم تذهب منفعة لا يصح فإنه لا يقدر على النظر
أمامه واتقاء ما يحذره اذا مشى وإذا نابه أمر أو دهمه عدو لم يمكنه العلم به
ولا اتقاؤه ولا يمكنه لي عنقه ليتعرف ما يريد نظره ويتعرف ما يضره مما ينفعه
فصل : فإن جنى عليه فصار الالتفات او ابتلاع الماء عليه شاقا ففيه حكومة لأنه
لم يذهب بالمنفعة كلها ولا يمكن تقديرها وان صار بحيث لا يمكنه ازدراد ريقه
فهذا لا يكاد يبقى وان بقي مع ذلك ففيه الدية لأنه تفويت منفعة ليس لها مثل
في البدن

مسألة وفي تسويد الوجه اذا لم يزل الدية
مسألة : وفي تسويد الوجه إذا لم يزل الدية وقال الشافعي فيه حكومة لأنه لا
مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر
ولنا أنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأصم او أنف
الأخشم وقوله ليس بنظير لمقدر ممنوع فإنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب
الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى فإن زال السواد رد ما
أخذه لسواده لزوال سبب الضمان فإذا إن صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة
لأنه لم يذهب بالجمال على الكمال

[جزء 9 - صفحة 600]

مسألة وإذا لم يستمسك الغائظ والبول ففي كل واحد من ذلك دية كاملة
مسألة : وإذا لم يستمسك الغائظ والبول ففي كل واحد من ذلك دية كاملة
وجملة ذلك أنه إذا ضرب بطنه فلم يستمسك الغائظ أو المثانة فلم يستمسك
البول فوجب فيه الدية وبهذا قال ابن جريح و أبو ثور و أبو حنيفة ولا نعلم فيه
مخالفا إلا أن ابن ابي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى ان فيها ثلث الدية
لأنها باطنة فهي كاقضاء المرأة والصحيح الأول لأن كل واحد من هذين المحلين
عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة
كسائر الأعضاء المذكورة فإن نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائظ
منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحد منهما
الدية كالسمع والبصر وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني
ديتان كما لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة

مسألة وفي نقص شيء من ذلك ان علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يوما
ويفريق يوما أو ذهاب بصر
مسألة : وفي نقص شيء من ذلك إن علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن
يوما ويفريق يوما أو ذهاب بصر إحدى العينين أو سمع إحدى الأذنين لأن ما وجب
فيه الدية وجب بعضها في بعضه كالأصابع واليدين
فصل : وإن نقص الذوق نقصا بأن لا يدرك أحد المذاق الخمس وهي الحلاوة
والحموضة والمرارة والملوحة والعدوية فإذا لم يدرك أحدها وأدرك الباقي
ففيه خمس الدية وفي اثنين خمساها وفي ثلاث ثلاثة أخماسها وإن لم يدرك
واحدة فعليه الدية إذا قلنا تجب الدية في ذهاب الذوق وإلا ففيه حكومة

[جزء 9 - صفحة 601]

مسألة وفي بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفا
مسألة : وفي بعض الكلام بالحساب يقسم على ثمانية وعشرين حرفا يعتبر
ذلك بحروف المعجم هي ثمانية وعشرون حرفا سوى لا فإن مخرجها مخرج
اللام والألف فمهما نقص من الحروف نقص من الدية بقدره لأن الكلام تم
بجميعها فالذاهب يجي أن يكون عوضه من الدية كقدره من الكلام ففي الحرف
الواحد ربع سبع الدية وفي الحرفين نصف سبعها وفي الأربعة سبعها ولا فرق
بين ما خف على اللسان من الحروف أو ثقل لأن كل ما وجب فيه المقدر لم
يختلف لاختلاف قدره كالأصابع ويحتمل ان تقسم الدية على الحروف التي
للسان فيها عمل دون الشفوية وهي الباء والميم والفاء والواو ودون حروف
الحلق الستة الهمز والحاء والهاء والخاء والعين والغين فهذه عشرة بقي ثمانية
عشر حرفا للسان تقسم ديته عليها لأن الدية تجب بقطع اللسان وذهاب هذه

الحروف وحدها مع بقائه فإذا وجبت الدية فيها بمفردها وجب في بعضها بقسطه منها ففي الواحد نصف تسع الدية وفي الاثنين تسعها وفي الثلاثة سدسها وهذا قول بعض أصحاب الشافعي وإن جنى على شفته فذهب بعض الحروف وجب فيه بقدره وكذلك ان ذهب بعض حروف الحلق بجنايته وينبغي ان يجب بقدره من ثمانية وعشرين وجها واحدا وان ذهب حرف فعجز عن كلمة لم يجب غير ارش الحرف لأن الضمان إنما يجب لما تلف وان ذهب حرف فأبدل مكانه حرفا آخر يقول كأن يقول درهم فصار يقول دلهم أو دعهم أو ديهم فعليه ضمان الحرف الذاهب لأن ما يبديل لا يقوم مقام الذاهب في القراءة ولا غيرها فإن جنى عليه فذهب البديل وجبت ديته أيضا لأنه أصل وان جنى عليه جان فأذهب بعض الحروف وجنى عليه آخر عليه فأذهب بقية الكلام فعلى كل واحد منهما بقسطه كما لو ذهب الأول ببصر إحدى العينين وذهب الآخر ببصر الأخرى وإن كان الثغ من غير جنابة عليه فذهب انسان بكلامه ففيه الدية الكاملة لأن الظاهر زوالها وكذلك الكبير إذا أمكن إزالة لثغته بالتعليم

[جزء 9 - صفحة 602]

مسألة وإن لم يعلم قدره مثل أن صار مدهوشا يفرع مما لا يفرع ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره
مسألة : وإن لم يعلم قدره مثل أن صار مدهوشا يفرع مما لا يفرع ويستوحش إذا خلا فهذا لا يمكن تقديره فيجب فيه ما تخرجه الحكومة لأنه لا تقدير فيه

مسألة فإن نقص سمعه أو بصره أو شممه أو حصل في كلامه تمتمة أو عجلة أو فأفأة ففيه حكومة لما حصل من
مسألة : فإن نقص سمعه أو بصره أو شممه أو حصل في كلامه تمتمة أو عجلة أو فأفأة ففيه حكومة لما حصل من النقص والشين ولم تجب الدية لأن المنفعة باقية فإن جنى عليه جان آخر فأذهب كلامه ففيه الدية كاملة كما لو جنى على عينه جان فعمشت ثم جنى آخر فأذهب بصرها فإن نقص ذوقه نقصا غير مقدر بأن يحس المذاق كله إلا أن لا يدركه على الكمال ففيه حكومة كما لو نقص بصره أو سمعه نقصا لا يتقدر

[جزء 9 - صفحة 603]

مسألة وإن نقص مشيه أو انحنى قليلا أو تقلست شفته بعض التقلس أو تحركت سنه أو ذهب اللبن من ثدي المرأة

مسألة : وإن نقص مثليه أو انحنى قليلا أو تقلست شفته بعض التقلس أو تحركت سنه أو ذهب اللب من ثدي المرأة ونحو ذلك ففيه حكومة لما ذكرنا

مسألة وإن قطع بعض اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرهما فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع
مسألة : وإن قطع بعض اللسان فذهب بعض الكلام اعتبر أكثرهما فلو ذهب ربع اللسان ونصف الكلام أو ربع الكلام ونصف اللسان وجب نصف الدية إذا قطع بعض لسانه فذهب بعض كلامه فإن استويا مثل أن يقطع ربع لسانه فيذهب ربع كلامه وجب ربع الدية بقدر الذاهب منهما كما لو قطع إحدى عينيه فذهب بصرها وإن ذهب من أحدهما أكثر من الآخر كأن قطع ربع لسانه فذهب نصف كلامه أو قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه وجب بقدر الأكثر وهو نصف الدية في الحالين لأن كل واحد من اللسان والكلام مضمون بالدية منفردا فإذا انفرد نصفه بالذهاب وجب النصف ألا ترى أنه لو ذهب نصف الكلام ولم يذهب من اللسان شيء وجب نصف الدية ؟ ولو ذهب اللسان ولم يذهب من الكلام شيء وجب نصف الدية

مسألة وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع الآخر بقيته فذهب بقية الكلام فعلى الأول نصف
مسألة : وإن قطع ربع اللسان فذهب نصف الكلام ثم قطع الآخر بقيته فذهب بقية الكلام فعلى الأول نصف الدية وعلى الثاني نصفها ويحتمل أن يجب عليه نصف الدية وحكومة لربع اللسان
في هذه المسألة ثلاثة أوجه : أحدها : على الثاني نصف الدية وهذا قول القاضي وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي لأن السالم نصف اللسان وباقية أشل بدليل ذهب نصف الكلام والثاني : عليه نصف الدية وحكومة للربع الأشل لأنه لو كان جميعه أشل لكانت فيه حكومة أو ثلث الدية فإذا كان بعضه أشل ففي ذلك البعض حكومة أيضا والثالث : عليه ثلاثة أرباع الدية وهذا الوجه الثاني لأصحاب الشافعي لأنه قطع ثلاثة أرباع لسانه فذهب نصف كلامه فوجب عليه ثلاثة أرباع الدية كما لو قطعه أولا ولا يصح القول بأن بعضه أشل لأن العضو متى كان فيه بعض النفع لم يكن بعضه أشل كالعين إذا كان بصرها ضعيفا واليد إذا كان بطشها ضعيفا

فصل : وإن قطع نصف لسانه فذهب ربع كلامه فعليه نصف ديته وإن قطع الآخر بقيته فعليه ثلاثة أرباع الدية وهذا أحد الوجهين لأصحاب الشافعي والآخر عليه نصف الدية لأنه لم يقطع إلا نصف لسانه ولنا أنه ذهب بثلاثة أرباع الكلام فلزمته ثلاثة أرباع ديته كما لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام بقطع نصف اللسان في الأول ولأنه لو ذهب ثلاثة أرباع الكلام مع بقاء اللسان لزمته ثلاثة أرباع الدية فلأن يجب بقطع نصف اللسان أولى ولو لم يقطع الثاني نصف اللسان لكن جنى عليه جناية أذهب بقية كلامه مع بقاء لسانه

لكان عليه ثلاثة أرباع ديته لأنه ذهب بثلاثة أرباع ما فيه الدية فكان عله ثلاثة أرباع الدية كما لو جنى على صحيح فذهب ثلاثة أرباع كلامه مع بقاء لسانه فصل : إذا قطع بعض لسانه عمدا فاقترض المجني عليه من مثل ما جنى عليه فذهب من كلام الجاني مثل ما ذهب من كلام المجني عليه أو أكثر فقد استوفى حقه ولا شيء في الزائد من سراية القود وهي غير مضمونة وأن ذهب أقل فللمقتص دية ما بقي لأنه لم يستوف بدله فصل : إذا كان للسانه طرفان فقطع أحدهما فذهب كلامه ففيه الدية لأن ذهب الكلام بمفرده يوجب الدية وإن ذهب بعض الكلام نظرت فإن كان الطرفان متساويين وكان ما قطعه بقدر ما ذهب من الكلام وجب فإن كان أحدهما أكثر وجب الأكثر على ما مضى وإن لم يذهب من الكلام شيء وجب بقدر ما ذهب من اللسان من الدية وإن كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان فهو خلقة زائدة وفيه حكومة وإن قطع جميع اللسان وجبت الدية من غير زيادة سواء كان الطرفان متساويين أو مختلفين وقال القاضي إن كانا متساويين ففيهما الدية وإن كان أحدهما منحرفا عن سمت اللسان وجبت الدية وحكومة في الخلقة الزائدة ولنا إن هذه الزيادة عيب ونقص يرد بها المبيع وينقص من ثمنه فلم يجب فيها شيء كالسلعة في اليد وربما عاد القولان الى شيء واحد لأن الحكومة لا يخرج بها شيء إذا كانت الزيادة عيبا

[جزء 9 - صفحة 605]

مسألة وإن قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه لم يجب إلا دية وإن ذهب مع بقاء اللسان وجبت ديتان مسألة : وإن قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه لم يجب إلا دية وإن ذهب مع بقاء اللسان وجبت ديتان إذا جنى على لسان ناطق فأذهب كلامه وذوقه ففيه ديتان وإن قطع لسانه فذهب معا لم يجب إلا دية واحدة لأنهما يذهبان تبعا لذهابه فوجبت ديته دون ديتهما كما لو قتل إنسانا لم يجب إلا دية واحدة ولو ذهبت منافعه مع بقائه ففي كل منفعة دية فصل : فإن جنى على لسانه فذهب كلامه أو ذوقه ثم عاد لم تجب الدية لأننا تبينا أنه لم يذهب ولو ذهب لم يعد وإن كان قد قبض الدية ردها وإن قطع لسانه فعاد لم تجب الدية وإن كان قد أخذها ردها قاله أبو بكر وظاهر مذهب الشافعي أنه لا يرد لأن العادة لم تجر بعوده واختصاص هذا بعوده يدل على أنها هبة مجددة ولنا أنه عاد ما وجبت فيه الدية فوجب رد الدية كالأسنان وسائر ما يعود وأن قطع إنسان نصف لسانه فذهب كلامه كله ثم قطع آخر بقيته فعاد كلامه لم يجب رد الدية لأن الكلام الذي كان باللسان قد ذهب ولم يعد الى اللسان وإنما

عاد في محل آخر بخلاف التي قبلها وان قطع لسانه فذهب كلامه ثم عاد
اللسان دون الكلام لم يرد الدية لأنه قد ذهب ما تجب الدية فيه بانفراده وان
عاد كلامه دون لسانه لم يردّها أيضا لذلك

[جزء 9 - صفحة 606]

مسألة وان كسر صلبه فذهب مشيه ونكاحه ففيه ديتان لأجل ذهاب المشي
والجماع
مسألة : وان كسر صلبه فذهب مشيه ونكاحه ففيه ديتان لأجل ذهاب المشي
والجماع
وعن أحمد فيهما دية واحدة لأنهما عضو واحد فلم يجب فيهما أكثر من دية
واحدة كما لو قطع لسانه فذهب نطقه وذوقه

مسألة وإن اختلفا في نقص سمعه وبصره فالقول قول المجني عليه مع يمينه
مسألة : وإن اختلفا في نقص سمعه وبصره فالقول قول المجني عليه مع يمينه
لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته فيحلفه الحاكم ويوجب الحكومة
فصل : فإن ادعى أن إحدى عينيه نقص ضوءها عصبت المريضة وأطلقت
الصحيحة ونصب له شخص وتباعد فكلما قال قد رأيتّه ووصف لونه علم صدقه
حتى ينتهي رؤيته علم موضعها ثم تشد الصحيحة وتطلق المريضة وينصب له
شخص ثم يذهب حتى ينتهي رؤيته ثم يدار الشخص الى جانب فيصنع به مثل
ذلك ثم يعلم عند المسافتين وتذرعان ويقابل بينهما فإن كانا سواء فقد صدق
وينظر كم بين مسافة رؤية العليّة والصحيحة ؟ ويحكم له من الدية بقدر ما
بينهما وان اختلفت المسافتان فقد كذب وعلم أنه قصر مسافة المريضة ليكثر
الواجب له فيردد حتى تستوي المسافة بين الجانبين والأصل في هذا ما روي
عن علي رضي الله عنه قال ابن المنذر : أحسن ما قيل في ذلك ما قاله علي
أمر بعينه فعصبت وأعطى رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره
ثم أمر فحط عند ذلك ثم أمر بعينه الأخرى فعصبت وفتحت الصحيحة وأعطى
رجلا بيضة فانطلق بها وهو ينظر حتى انتهى بصره ثم حط عند ذلك ثم حول
الى مكان آخر ففعل مثل ذلك فوجوده سواء فأعطاه بقدر ما نقص من بصره
من مال الآخر قال القاضي : وإذا زعم أهل الطب أن بصره يقل اذا بعدت
المسافة ويكثر اذا قربت وأمكن هذا في المذارعة عمل عليه وبيانه أنهم اذا
قالوا ان الرجل اذا كان يبصر الى مائة ذراع ثم أراد أن يبصر الى مائتي ذراع
احتاج للمائة الثانية الى ضعف ما يحتاج اليه للمائة الأولى من البصر فعلى هذا
اذا ابصر بالصحيحة الى مائتين وأبصر بالعليّة الى مائة علمنا انه قد نقص ثلثا
نصر عينه فيجب له ثلثا ديتها قال شيخنا : وهذا لا يكاد ينضبط في الغالب وكل
ما لا ينضبط فيه حكومة وإن جنى على عينيه فندرت أو أحولت أو عمشتا ففي

ذلك حكومة كما لو ضرب يده فأعوجت والجنابة على الصبي والمجنون كالجنابة على البالغ والعاقل لكن يفترقان في أن البالغ العاقل خصم لنفسه والخصم للصبي والمجنون وليهما فإذا توجهت اليمين عليهما لم يحلف الولي عنهما فإن بلغ الصبي وأفاق المجنون حلفا حينئذ ومذهب الشافعي في هذا الفصل كله كمذهبنا

فصل : فإن ادعى المجني عليه نقصا في سمع أحد أذنيه سدنا العليلة وأطلقنا الصحيحة وأقمنا من يصيح يحدثه وهو متباعد إلى أن يقول اني لا اسمع فإذا قال ذلك غير عليها الصوت والكلام فإن بان انه يسمع وإلا فقد كذب فإذا انتهى إلى آخر سماعه قدرت المسافة وسدت الصحيحة وأطلقت المريضة وحدثه وهو يتباعد حتى يقول اني لا أسمع فإذا قال ذلك غير عليه الكلام فإن تغيرت صفته لم يقبل قوله وإن لم تتغير صفته حلف وقبل قوله وتمسح المسافتان وينظر ما تنقص العليلة فيجب بقدره فإن قال اني أسمع العالي ولا أسمع الخفي فهذا لا يمكن تقديره فيجب فيه حكومة

فصل : فإن أهل الخبرة انه يرجح عود سمعه إلى مدة تنتظر إليها وان لم يكن لذلك غاية لم ينتظر

[جزء 9 - صفحة 608]

مسألة وان اختلفا في ذهاب بصره أري أهل الخبرة مسألة : وإن اختلفا في ذهاب بصره أري أهل الخبرة فيرجع في ذلك إلى قول مسلمين عدلين منهم لأن لهما طريقا إلى معرفة ذلك لمشاهدتهما العين التي هي محل البصر بخلاف السمع فإن لم يوجد أهل الخبرة أو تعذر معرفة ذلك اعتبر بأن يوقف في عين الشمس ويقرب الشيء إلى عينه في أوقات غفلته فإن طرف عينه وخاف من الذي يخوف به فهو كاذب والا حكم له واذا علم ذهاب بصره وقال أهل الخبرة لا يرجي عوده وجبت الدية وان قالوا يرجي عوده إلى مدة عينوها تنتظر إليها ولم يعط الدية حتى تنقضي المدة فإن لم يعد استقرت على الجاني الدية فإن مات المجني عليه قبل العود استقرت الدية سواء مات في المدة أو بعدها فإن جاء اجنبي فقلع عينه في المدة استقرت على الأول الدية أو القصاص لأنه أذهب البصر فلم يعد وعلى الثاني حكومة لأنه أذهب عينا لا ضوء لها يرجي عود ضوءها وان قال الأول عاد ضوءها وأنكر الثاني فالقول قول المنكر لأن الأصل معه وأن صدق المجني عليه الأول سقط حقه عنه ولم يقبل قوله على الثاني فأما إن قال أهل الخبرة يرجي عوده لكن لا يعرف له مدة وجبت الدية أو القصاص لأن انتظار ذلك إلى غير غاية يفضي إلى اسقاط موجب الجنابة والظاهر في البصر عدم العود والأصل يؤيده فإن عاد قبل استيفاء الواجب سقط وان عاد بعد الاستيفاء وجب رد ما أخذه منه لأننا تبينا انه لم يكن واجبا

[جزء 9 - صفحة 609]

مسألة وان اختلفا في ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينتظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات
مسألة : وإن اختلفا في ذهاب سمعه فإنه يتغفل ويصاح به وينتظر اضطرابه ويتأمل عند صوت الرعد والأصوات المزعجة فإن ظهر منه ازعاج أو التفات أو ما يدل على السمع فالقول قول الجاني مع يمينه
لأن ظهور الأمارات يدل على أنه سميع فغلبت جنبه المدعي وحلف لجواز أن يكون ما ظهر منه اتفاقا وان لم يوجد شيء من ذلك فالقول قول المجني عليه مع يمينه لأن الظاهر عدم السمع وحلف لجواز ان يكون احترز وتصبر وان ادعى ذلك في إحداهما سدت الأخرى وتغفل على ما ذكرنا

[جزء 9 - صفحة 610]

مسألة وان ادعى ذهاب شمه جربناه بالروائح الطيبة والمنتنة فإن هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجاني
مسألة : وإن ادعى ذهاب شمه جربناه بالروائح الطيبة والمنتنة فإن هش للطيب وتنكر للمنتن فالقول قول الجاني مع يمينه وإن لم يبين منه ذلك فالقول قول المجني عليه
لقولنا في اختلافهم في السمع والبصر وان ادعى المجني عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه لأنه لا يتوصل الى معرفة ذلك الا من جهته فقبل قوله فيه كما يقبل قول المرأة في انقضاء عدتها بالإقراء ويجب له من الدية ما تخرجه الحكومة وان ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وان كان بعد أخذها ردها لأننا تبينا انه لم يكن ذهب وان رجي عود شمه الى مدة انظر اليها وان ذهب شمه من أحد منخربه ففيه نصف الدية كما لو ذهب بصره من إحدى عينيه

مسألة وان اختلفا في ذهاب ذوقه أطعم الأشياء المرة فإن عبس للطعم المر سقطت دعواه
مسألة : وإن اختلفا في ذهاب ذوقه أطعم الأشياء المرة فإن عبس للطعم المر سقطت دعواه
لظهور ما يدل على خلاف ما ادعاه وإلا فالقول قوله مع يمينه لأنه لا يعلم إلا من جهته فقبل قوله فيه كالمسألة التي قبلها

فصل : ولا تجب دية الجرح حتى يندمل لأنه لا يدري أقتل هو أم ليس بقتل
فينبغي أن ينتظر حكمه وما الواجب فيه ولهذا لا يجوز الاستيفاء في العمد قبل
الاندمال فكذلك لا يجوز أخذ الدية قبله فنقول أحد موجبي الجناية فلا يجوز قبل
الاندمال كالآخر

[جزء 9 - صفحة 611]

مسألة ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى يئأس من عودها
مسألة : ولا تجب دية سن ولا ظفر ولا منفعة حتى يئأس من عودها
لأن ذلك مما يعود فلا يجب شيء مع احتمال العود كالشعر وإنما يعرف ذلك
بقول عدلين من أهل الخبرة إنها لا تعود أبدا

مسألة فلو قطع سن كبير أو ظفرا ثم نبت أو رده فالتحم فلم تجب الدية
مسألة : فلو قطع سن كبير أو ظفرا ثم نبت أو رده فالتحم فلم تجب الدية
نص أحمد في السن على ذلك في رواية جعفر بن محمد وهو قول أبي بكر
والظفر في معناها وقال القاضي : تجب ديتها وهو مذهب الشافعي وقد ذكرنا
توجيهها فيما إذا قطع أنفه فرده فالتحم فعلى قول أبي بكر يجب عليه حكومة
لنقصها إن نقصت وضعفها إن ضعفت وإن قلعتها قالع بعد ذلك وجبت ديتها لأنها
ذات جمال ومنفعة فوجبت ديتها كما لو لم تنقلع وعلى قول القاضي ينبي
حكمها على وجوب قلعتها فإن قلنا يجب فلا شيء على قالعها لأنه قد أحسن
بقلع ما يجب قلعه وإن قلنا لا يجب قلعتها احتمل أن تؤخذ ديتها لما ذكرنا
واحتمل أن لا تؤخذ ديتها لأنه قد وجبت له ديتها مرة فلا تجب ثانية ولكن فيها
حكومة فأما إن جعل مكانها سنا أخرى أو سن حيوان أو عظما فثبتت وجبت
ديتها وجها واحدا لأن سنه ذهبت بالكلية فوجبت ديتها كما لو لم يجعل مكانها
شيئا وإن قلعت هذه الثانية لم تجب ديتها لأنها ليست سنا له ولا هي من بدن
ولكن يجب فيها حكومة لأنها جناية أزال جمالها ومنفعته فأشبه ما لو خاط
جرحه بخيط فالتحم فقلعه إنسان فانفتح الجرح وزال التحامه ويحتمل أن لا
يجب شيء لأنه أزال ما ليس من بدنه فأشبه ما لو قلع أنف الذهب الذي جعله
المجدوع مكان أنفه والأول أولى لأن هذا كان قد التحم بخلاف أنف الذهب فإنه
يمكن اعادته كما كان وهذا إذا أعاده قد لا يلتحم

[جزء 9 - صفحة 612]

مسألة وإن ذهب سمعه أو بصره أو شمه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته

مسألة : وإن ذهب سمعه أو بصره أو شممه أو ذوقه أو عقله ثم عاد سقطت ديته لزوال سببها وإن كان قد أخذها ردها لأنها تبينا أنه أخذها بغير حق

مسألة وإن عاد ناقصا أو عادت السن أو الظفر قصيرا أو متغيرا فله أرش نقصه
مسألة : وإن عاد ناقصا أو عادت السن أو الظفر قصيرا أو متغيرا فله أرش نقصه
لأنه نقص حصل بجنايته أشبه ما لو نقصه مع بقائه

مسألة وإن قلع سنا صغيرا ويئس من عودها وجبت ديتها
مسألة : وإن قلع سنا صغيرا ويئس من عودها وجبت ديتها
لأنه أذهبها بجنايته إذهابا مستمرا فوجبت ديتها كسن الكبير وقال القاضي فيها حكومة لأن العادة عودها فلم تكمل ديتها كالشعر والصحيح الأول لأن الشعر لو لم يعد وجبت ديته مع أن العادة عوده

مسألة وعنه في الظفر إذا نبت على صفته خمسة دنانير وإن نبت متغيرا عشرة
مسألة : وعنه في الظفر إذا نبت على صفته خمسة دنانير وإن نبت متغيرا عشرة
والتقديرات بابها التوقيف ولا نعلم فيه توقيفا والقياس أنه لا شيء فيه إذا عاد على صفته وإن نبت متغيرا ففيه حكومة

مسألة وإن مات المجني عليه فادعى الجاني عود ما أذهبه فأنكر الولي فالقول قوله
مسألة : وإن مات المجني عليه فادعى الجاني عود ما أذهبه فأنكر الولي فالقول قوله
لأن الأصل عدم العود وإن جنى على سنه اثنان فاختلفا فالقول قول المجني عليه في قدر ما أ تلف كل واحد منهما لأن ذلك لا يعرف إلا من جهته فأشبه ما لو ادعى نقص سمعه أو بصره
فصل : قال رضي الله عنه : وفي كل واحد من الشعور الدية وهي شعر الراس واللحية والحاجبين وأهداب العينين
وبهذا قال أبو حنيفة و الثوري وممن أوجب في الحاجبين الدية سعيد بن المسيب و شريح و الحسن و قتادة وروي عن علي و زيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما قالوا : في الشعر الدية وقال مالك و الشافعي : فيه حكومة واختاره

ابن المنذر لأنه إتلاف جمال من غير منفعة فلم تجب فيه الدية كاليد الشلاء
والعين القائمة
ولنا أنه أذهب الجمال على الكمال فوجب فيه دية كاملة كأذن الأصم وأنف
الأخشم وقولهم لا منفعة فيه ممنوع فإن الحاجب يرد العرق عن العين ويفرقه
وهذب العين يرد عنها ويصونها فجرى مجرى أجفانها وما ذكروه ينتقض بالأصل
الذي قسنا عليه واليد الشلاء ليس جمالها كاملاً

[جزء 9 - صفحة 613]

مسألة وفي كل حاجب نصفها وفي كل هذب ربعها
مسألة : وفي كل حاجب نصفها وفي كل هذب ربعها
وجملة ذلك أن في إحدى الحاجبين نصف الدية لأن كل شئئين فيهما الدية في
أحدهما نصفها كاليدين وفي كل هذب ربعها لأن الدية إذا وجبت في أربعة أشياء
وجب في كل واحد ربعها كالأجفان

مسألة وفي بعض ذلك بقسطه من الدية يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن الأنف
ولا فرق في هذه الشعور بين
مسألة : وفي بعض ذلك بقسطه من الدية يقدر بالمساحة كالأذنين ومارن
الأنف ولا فرق في هذه الشعور بين كونها كثيفة أو خفيفة جميلة أو قبيحة أو
كونها من صغير أو كبير لأن سائر ما فيه الدية من الأعضاء لا تفترق في الحال
فيه بذلك

[جزء 9 - صفحة 614]

مسألة وإنما تجب ديته إذا أزاله على وجه لا يعود
مسألة : وإنما تجب ديته إذا أزاله على وجه لا يعود
مثل أن يقلب على رأسه ماء حاراً فيتلف منبت الشعر فينقطع بالكلية بحيث لا
يعود وإن رجي عوده إلى مدة انتظر إليها

مسألة فإن عاد سقطت الدية
مسألة : فإن عاد سقطت الدية
إذا عاد قبل أخذ الدية لم تجب فإن عاد بعد أخذها ردها والحكم فيه كالحكم في
ذهاب السمع والبصر فيما يرجى عوده وما لا يرجى

مسألة وان بقي من لحيته ما لا جمال فيه أو من غيره من الشعور ففيه وجهان
مسألة : وإن بقي من لحيته ما لا جمال فيه أو من غيره من الشعور ففيه
وجهان :

أحدهما : يؤخذ بالقسط لأنه محل يجب في بعضه بحصته فأشبهه الأذن ومارن
الأنف والثاني : تجب الدية كاملة لأنه أذهب المقصود كله فأشبهه ما لو أذهب
ضوء العينين ولأن جنايته ربما أحوجت الى إذهاب الباقي لزيادته في القبح على
ذهاب الكل فتكون جنايته سببا لذهاب الكل فأوجبت ديته كما لو ذهب بسارية
الفعل أو كما لو احتاج في دواء شجة الرأس الى ما أذهب ضوء عينه

مسألة ولا قصاص في شيء من هذه الشعور
مسألة : ولا قصاص في شيء من هذه الشعور
لأن إتلافها إنما يكون بالجناية على محلها وهو غير معلوم المقدار ولا تمكن
المساواة فيه فلا يجب القصاص فيه

[جزء 9 - صفحة 615]

مسألة وان قلع الجفن بهديه لم يجب إلا دية الجفن
مسألة : وإن قلع الجفن بهديه لم يجب إلا دية الجفن
لأن الشعور تزول تبعا لزوال الأجفان فلم يجب فيه شيء كالأصابع إذا قطع
الكف وهي عليه

مسألة وان قلع اللحيين بما عليهما من الأسنان وجبت ديتهما ودية الأسنان
مسألة : وإن قلع اللحيين بما عليهما من الأسنان وجبت ديتهما ودية الأسنان
ولم تدخل دية الأسنان في اللحيين كما تدخل دية الأصابع في اليد لوجوه :
أحدها : أن الأسنان ليست متصلة باللحيين وإنما هي مغرزة فيها بخلاف الأصابع
الثاني : أن أحدهما ينفرد باسمه عن الآخر بخلاف الأصابع مع الكف فإن اسم
اليد يشملهما الثالث : أن اللحيين يوجدان منفردين عن الأسنان فإنهما يوجدان
قبل وجود الأسنان ويبقيان بعد قلعهما بخلاف الكف مع الأصابع

مسألة وان قطع كفا بأصابعه لم يجب إلا دية الأصابع
مسألة : وإن قطع كفا بأصابعه لم يجب إلا دية الأصابع

لدخول الجميع في مسمى اليد وكما لو قطع ذكرا بحشفته لم يجب إلا دية الحشفة لدخولها في مسمى الذكر

مسألة وإن قطع كفا عليه بعض الأصابع دخل ما حاذى الأصابع في ديتها وعليه أرش باقي الكف
مسألة : وإن قطع كفا عليه بعض الأصابع دخل ما حاذى الأصابع في ديتها وعليه أرش باقي الكف
لأن الأصابع لو كانت سالمة كلها لدخل أرش الكف كله في دية الأصابع فكذلك ما حاذى الأصابع السالمة يدخل في ديتها وما حاذى المقطوعات ليس له ما يدخل في ديته فوجب أرشها كما لو كانت الأصابع كلها مقطوعة

مسألة وإن قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلا ديتها
مسألة : وإن قطع أنملة بظفرها فليس عليه إلا ديتها كما لو قطع كفا بأصابعها أو قطع جفنا بهديه
فصل : وفي عين الأعور دية كاملة نص عليه وبذلك قال الزهري و مالك و الليث و قتادة و إسحاق وقال مسروق و عبد الله بن مغفل و النخعي و الثوري و أبو حنيفة و الشافعي : فيها نصف الدية لقوله عليه الصلاة والسلام : [وفي العين خمسون من الإبل] وقوله صلى الله عليه وسلم : [وفي العينين الدية] يقتضي أن لا يجب فيها أكثر من ذلك سواء قلعهما واحد أو اثنان في وقت واحد أو في وقتين وقال الثانية قال عيني أعور فلو وجب عليه دية لوجب فيهما دية ونصف ولأن ما يضمن بنصف الدية مع نظيره يضمن به مع ذهابه كالأذن ويحتمل هذا كلام الخرقى لقوله وفي العين الواحدة نصف الدية ولم يفرق ولنا أن عمر وعثمان وعلياً وابن عمر قضوا في عين الأعور بالدية ولا نعلم لهم في الصحابة مخالفاً فيكون إجماعاً ولأن قلع عين الأعور يتضمن إذهاب البصر كله فوجب الدية كما لو أذهب من العينين ودليل ذلك أنه يحصل بها ما يحصل بالعينين فإنه يرى الأشياء البعيدة ويدرك الأشياء اللطيفة ويعمل أعمال البصراء ويجوز أن يكون قاضياً وبجزء في الكفارة وفي الأضحية إذا لم تكن العين مخسوفة فوجب في بصره دية كاملة كذي العينين فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يجب في ذهاب إحدى العينين نصف الدية لأنه لم ينقص قلنا لأنه لا يلزم من وجب شيء من دية العينين نقص دية الباقي بدليل ما لو جنى عليهما فأحولتا أو عمشتا أو نقص ضوءهما فإنه يجب أرش النقص ولا تنقص ديتهما بذلك ولأن النقص الحاصل لم يؤثر في تنقيص أحكامه ولا هو مضبوط في تفويت النفع فلم يؤثر في تنقيص الدية قلت : ولولا ما روي عن الصحابة لكان القول الآخر أولى لظاهر النص والقياس على ذهاب سمع إحدى الأذنين وما ذكر من المعاني موجود فيما إذا ذهب سمع أحد الأذنين ولم يوجبوا في الباقي دية كاملة

مسألة وان قلع الأعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمدا فلا قصاص
وعليه دية كاملة
مسألة : وإن قلع الأعور عين صحيح مماثلة لعينه الصحيحة عمدا فلا قصاص
وعليه دية كاملة
إذا قلع الأعور عين صحيح نظرنا فإن قلع العين التي لا تماثل عينه الصحيحة أو
قلع المماثلة خطأ فليس عليه إلا نصف الدية لا نعلم فيه خلافا لأن ذلك هو
الأصل وأن قلع المماثلة لعينه الصحيحة عمدا فلا قصاص وعليه دية كاملة وبهذا
قال سعيد بن المسيب و عطاء و مالك في إحدى روايته وقال في الأخرى :
عليه نصف الدية ولا قصاص وقال المخالفون في المسألة الأولى له القصاص
لقوله تعالى : { والعين بالعين } وان اختار الدية فله نصفها للخبر ولأنه لو
قلعها غيره لم يجب فيها إلا نصف الدية فلم يجب فيه إلا نصفها كالعين الأخرى
ولنا أن عمر وعثمان رضي الله عنهما قضيا بمثل مذهبنا ولا نعرف لهما مخالفا
في الصحابة فكان إجماعا ولأننا منعناه من إتلاف ضوء بديه كاملة
فوجبت عليه دية كاملة كما لو قلع عيني سليم ثم عمي الجاني ويحتمل أن يقلع
عينه ويعطى نصف الدية لأن ذلك يروى فيه أثر وقد روي عن علي رضي الله
عنه في الرجل إذا قتل امرأة يقتل بها ويعطى نصف الدية

مسألة وان قلع عيني صحيح عمدا خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين
الدية
مسألة : وإن قلع عيني صحيح عمدا خير بين قلع عينه ولا شيء له غيرها وبين
الدية
إذا قلع الأعور عيني صحيح عمدا فإن شاء قلع عينه ولا شيء له لأن عينه فيها
دية كاملة لما ذكرنا من قضاء الصحابة رضي الله عنهم فيها بالدية ولأنه أذهب
بصره كله فلم يكن له أكثر من إذهاب بصره وهو مبني على قضاء الصحابة وأن
عين الأعور تقوم مقام العينين وأكثر أهل العلم على أن له القصاص ونصف
الدية للعين الأخرى وهو مقتضى الدليل والله أعلم فأما إن قلعهما خطأ فليس
له إلا الدية كما لو قلعهما صحيح العينين وذكر القاضي فيما إذا قلعهما عمدا :
إن قياس المذهب وجوب ديتين إحداهما في العين التي استحق بها قلع عين
الأعور والأخرى في الأخرى لأنها عين الأعور
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم : [وفي العينين الدية] ولأنه قلع عينين
فلم يلزمه أكثر من الدية كما لو كان القالع صحيحا ولأنه لم يزد على تفويت
منفعة الجنس فلم يزد على الدية كما لو قطع أذنيه وما ذكره القاضي لا يصح
لأن وجوب الدية في إحدى عينيه لا يجعل الأخرى عين أعور على أن وجوب
الدية بقلع إحدى العينين قضية مخالفة للخبر والقياس صرنا إليها لإجماع
الصحابة عليها فيما عدا موضع الإجماع يجب العمل بهما والبقاء عليهما

مسألة وفي يد الأقطع نصف الدية وكذلك في رجله وعنه فيها دية كاملة وإن
اختار القصاص فله ذلك
مسألة : وفي يد الأقطع نصف الدية وكذلك في رجله وعنه فيها دية كاملة وإن
اختار القصاص فله ذلك لأنه عضو أمكن القصاص في مثله فكان الواجب فيه
القصاص أو دية مثله كما لو قطع أذن من له أذن واحدة
وعن أحمد رواية أخرى أن الأولى إن كانت قطعت ظلما وأخذ ديتها أو قطعت
قصاصا ففيها نصف ديتها وإن قطعت في سبيل الله ففي الباقية دية كاملة لأنه
عطل منافعه من العضوين جملة فأشبهه قلع عين الأعور والصحيح الأول لأن هذا
أحد العضوين اللذين تحصل بهما منفعة الجنس لا يقوم مقام العضوين فلم
يجب فيه دية كاملة كسائر الأعضاء وكما لو كانت الأولى أخذت قصاصا أو في
غير سبيل الله ولا يصح القياس على عين الأعور لثلاثة وجوه :
أحدها : أن عين الأعور حصل فيها ما يحصل بالعينين ولم يختلفا في الحقيقة
والأحكام إلا اختلافا يسيرا بخلاف أقطع اليد والرجل والثاني : أن عين الأعور لم
يختلف الحكم فيها باختلاف صفة ذهاب الأولى وههنا اختلف الثالث : أن هذا
التقدير والتعيين على هذا الوجه أمر لا يصار إليه بمجرد الرأي ولا توقيف فيه
فيصار إليه ولا نظير له فقياس عليه فالمصير إليه تحكم بغير دليل فيجب
اطراحه فأما أن قطعت أذن من قطعت أذنه أو منخر من قطع منخره لم يجب
فيه أكثر من نصف الدية رواية واحدة لأن منفعة كل أذن لا تتعلق بالأخرى
بخلاف العينين

باب الشجاج وكسر العظام
الشجة اسم لجرح الراس والوجه خاصة وهي عشر خمس لا مقدر فيها أولها :
الحارصة وهي التي تحرص الجلد أي تشقه قليلا ولا تدميه البازلة : وهي الدامية
التي تخرج منها دم يسير ثم الباضعة : وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم
المتلاحمة : وهي التي تترك في اللحم ثم السمحاق : التي بينها وبين العظم
قشرة رقيقة فهذه الخمس فيها حكومة في ظاهر المذهب
وجملة ذلك أن الشجاج عشر خمس لا توقيت فيها أولها الحارصة قاله
الأصمعي وهي التي تشق الجلد قليلا يعني تقشر شيئا يسيرا من الجلد لا يظهر
منه دم ومنه حرص القصار الثوب إذا شقه قليلا وقال بعضهم : هي الحارصة ثم
البازلة وهي التي ينزل منها الدم أي يسيل وتسمى الدامية أيضا والدامعة لقله

سيلان دمها تشبيها له بخروج الدمع من العين ثم الباضعة وهي التي تشق اللحم بعد الجلد ثم المتلاحمة وهي التي أخذت في اللحم يعني دخلت فيه دخولا كثيرا تزيد على الباضعة ولم تبلغ السمحاق ثم السمحاق وهي التي تصل الى قشرة رقيقة فوق العظم تسمى تلك القشرة سمحاقا وسميت الجراح الواصلة اليها بها ويسمونها أهل المدينة الملقا والملطاة وهي تأخذ اللحم كله حتى تخلص منه وهذه الشجاج الخمس لا توقيت فيها في ظاهر المذهب وهو قول أكثر الفقهاء يروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز و مالك و الأوزاعي و الشافعي وأصحاب الرأي وروى عن أحمد رواية أخرى أن في الدامية بعيرا وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة وفي السمحاق أربعة أبعرة لأن ذلك يروى عن زيد ابن ثابت وروى عن علي رضي الله عنه في السمحاق مثل ذلك رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان فيها نصف أرش الموضحة والصحيح الأول فإنها جراحات لم يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن روي عن مكحول قال : قضى النبي صلى الله عليه وسلم في الموضحة بخمس من الإبل ولم يقض فيما دونها ولأنه لم يثبت فيها مقدر له بتوقيف ولا قياس يصح فوجب الرجوع الى الحكومة كالحارصة وذكر القاضي أنه متى أمكن اعتبار هذه الجراحات من الموضحة مثل أن يكون في رأس المجني عليه موضحة الى جانبها قدرت هذه الجراحة منها فإن كانت بقدر النصف وجب نصف أرش الموضحة وإن كانت بقدر الثلث وجب ثلث الأرش وعلى هذا إلا أن تزيد الحكومة على قدر ذلك فيوجب ما تخرجه الحكومة فإذا كانت الجراحة قدر نصف الموضحة وشينها ينقص قدر ثلثها فيوجب ثلثي أرش الموضحة وان نقصت الحكومة أقل من النصف أوجب النصف فيوجب الأكثر مما تخرجه الحكومة أو قدرها من الموضحة لأنه اجتمع سببان موجبان الشين وقدرها من الموضحة فوجب فيها والدليل على إيجاب هذا المقدار ان هذا اللحم فيه مقدر فكان في بعضه بقدره من ديته كالمارن والحشفة والشفة والجفن وهذا مذهب الشافعي قال شيخنا : وهذا لا نعلمه مذهبا لـ أحمد ولا يقتضيه مذهبه ولا يصح لأن هذه جراحة تجب فيها الحكومة فلا يجب فيها مقدر كجراحات البدن ولا يصح قياس هذا على ما ذكره فإنه لا تجب فيه الحكومة ولا نعلم لما ذكره نظيرا وما لم يكن فيه من الجراح توقيت ولم يكن نظيرا لما وقتت ديته ففيه حكومة أما الذي فيه توقيت فهو الذي نص النبي صلى الله عليه وسلم عليه وبين قدر ديته كقوله : [في الأنف وفي اللسان الدية] وأما نظيره فهو ما كان في معناه ومقياسا عليه الأليتين والثديين والحاجبين وقد ذكرناه فما لم يكن من الموقت ولا مما يمكن قياسها كالشجاج التي دون الموضحة وجراح البدن سوى الجائفة وقطع الأعضاء وكسر العظام فليس فيه إلا الحكومة

فصل : قال الشيخ رحمه الله : وخمس فيها مقدر أولها الموضحة وهي التي توضح العظم أي تبرزه يعني أنها أبدت وضح العظم أي بياضه وأجمع أهل العلم على أن أرشها مقدر قاله ابن المنذر وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : [وفي الموضحة خمس من الإبل] وروى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده [عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : في المواضع خمس خمس] رواه أبو داود و النسائي و الترمذي وقال : حديث حسن وإنما

يجب ذلك في موضحة الحر فأما موضحة العبد فقد ذكرنا الخلاف فيها وموضحة المرأة كموضحة الرجل فيما يجب فيها عند أحمد رحمه الله لأن المرأة تساوي جراحها جراح الرجل الى ثلث الدية وعند الشافعي أن موضحة المرأة إنما يجب فيها نصف ما وجب في موضحة الرجل بناء على مذهبه في أن جراح المرأة على النصف من جراح الرجل في القليل والكثير والحديث الذي ذكرناه حجة عليه وفيه كفاية وأكثر أهل العلم على أن الموضحة في الرأس والوجه سواء وهو ظاهر المذهب روي ذلك عن أبي بكر وعمر رضي الله عنهم وبه قال شريح ومكحول و الشعبي و النخعي و الزهري و ربيعة و أبو حنيفة و الشافعي و إسحاق وعن أحمد أن في موضحة الوجه عشرة أبعرة روي ذلك عن سعيد بن المسيب لأن شينها أكثر وموضحة الرأس يسترها الشعر والعمامة وقال مالك : إذا كانت في أنف أو في اللحي الأسفل ففيها حكومة لأنها تبعد عن الدماغ فأشبهت موضحة سائر البدن

ولنا عموم الأحاديث وقول أبي بكر وعمر رضي الله عنهما : الموضحة في الرأس والوجه سواء ولأنها موضحة فكان أرشها خمسا من الإبل كغيرها مما سلموه ولا عبرة بكثرة الشين بدليل التسوية بين الكبيرة والصغيرة وما ذكره مالك لا يصح فإن الموضحة في الصدر أكثر ضررا وأقرب الى القلب ولا مقدر فيها ولأن ما قاله مخالف لظاهر النص وقد روي عن أحمد أنه قال : موضحة الوجه أحري أن يزداد في ديتها وليس معنى هذا أنه يجب فيها أكثر إنما معناه والله أعلم أنها أولى بإيجاب الدية فإنها إذا وجبت في موضحة الرأس مع قلة شينها واستتارها بالشعر وغطاء الرأس خمس من الإبل فلأن يجب ذلك في الوجه الظاهر الذي هو مجمع المحاسن وعنوان الجمال أولى وحمل كلام أحمد على هذا أولى من حمله على ما يخالف الخبر والأثر وقول أكثر أهل العلم بغير توقيف ولا قياس صحيح

فصل : ويجب أرش الموضحة في الصغيرة والكبيرة والبارزة والمستورة بالشعر لأن اسم الموضحة يشمل الجميع وحد الموضحة ما أفضى الى العظم ولو بقدر ابرة ذكره ابن القاسم و القاضي

فصل : وليس في الموضحة غير الرأس والوجه مقدر في قول أكثر أهل العلم منهم إمامنا و مالك و الثوري و الشافعي و إسحاق و ابن المنذر قال ابن عبد البر : ولا يكون في البدن موضحة يعني ليس فيها مقدر على جماعة العلماء إلا الليث بن سعد قال : الموضحة تكون في الجسد أيضا وقال الأوزاعي في جراحة الجسد : على النصف من جراحة الرأس وحكي نحو ذلك عن عطاء الخراساني قال : في الموضحة في سائر الجسد خمسة وعشرون دينارا ولنا أن اسم الموضحة إنما يطلق على الجراحة المخصوصة في الوجه والرأس وقول الخليفين الراشدين الموضحة في الرأس والوجه سواء يدل على أن باقي الجسد بخلافه ولأن الشين فيما في الرأس والوجه أكثر وأخطر مما في سائر البدن فلا يلحق به ثم ايجاب ذلك في سائر البدن يفضي الى أن يجب في موضحة العضو أكثر من ديته مثل أن يوضح أنملة ديتها ثلاثة وثلث ودية الموضحة خمس وأما قول الأوزاعي و عطاء الخراساني فتحكم لا نص فيه ولا يقتضيه القياس فيجب اطراحه

مسألة : فإن عمت الرأس ونزلت إلى الوجه فهل هي موضحة أو موضحتان ؟
على وجهين
إذا أوضحه في رأسه ومدّها الى وجهه فعلى وجهين : أحدهما : هي موضحة
واحدة لأن الوجه والرأس سواء في الموضحة فصارا كالعضو الواحد والثاني :
هما موضحتان لأنه أوضحه في عضوين فكان لكل واحد منهما حكم نفسه كما
لو أوضحه في رأسه ونزل الى القفا ذكر شيخنا في الكتاب المشروح قال : إذا
عمت الرأس ولم يذكره في كتابيه المغني و الكافي أطلق القول فيما اذا كان
بعضها في الرأس وبعضها في الوجه وان لم تعم الرأس فيها الوجهان وهو الذي
يقتضيه الدليل المذكور والله أعلم

[جزء 9 - صفحة 624]

مسألة وان أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة من الإبل أرش
موضحتين
مسألة : وإن أوضحه موضحتين بينهما حاجز فعليه عشرة من الإبل أرش
موضحتين
لأنهما موضحتان فإن خرق ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا موضحة واحدة
فيجب أرش موضحة فصار كما لو أوضح الكل من غير حاجز فإن اندملتا ثم
أزال الحاجز بينهما فعليه أرش ثلاث مواضع لأنه استقر عليه أرش الأولتين
بالاندمال ثم لزمته دية الثالثة وان اندملت إحدهما وزال الحاجز بفعله او
سراية الأخرى فعليه أرش موضحتين

[جزء 9 - صفحة 625]

مسألة فإن خرقه أجنبي فعلى الأول أرش موضحتين وعلى الثاني أرش
موضحة
مسألة : فإن خرقه أجنبي فعلى الأول أرش موضحتين وعلى الثاني أرش
موضحة
لأن فعل أحدهما لا يبنني على فعل الآخر فانفرد كل واحد منهما بحكم جنايته
وإن أزاله المجني عليه وجب على الأول أرش موضحتين لأن ما وجب بجنايته لا
يسقط بفعل غيره

مسألة فإن اختلفا فيمن خرقه فالقول قول المجني عليه
مسألة : فإن اختلفا فيمن خرقه فالقول قول المجني عليه

إذا قال الجاني : أنا شققت ما بينهما وقال المجني عليه : بل أنا أو أزالها آخر
سواك كان القول قول المجني عليه لأن سبب أرش موضحتين قد وجد والجاني
يدعي زواله والمجني عليه ينكره فالقول قول المنكر لأن الأصل معه ومثله لو
قطع ثلاث أصابع امرأة فعليه ثلاثون من الإبل فإن قطع الرابعة عاد الى
عشرين فإن اختلفا في قاطعهما فالقول قول المجني عليه لما ذكرنا وهذا على
مذهبنا لأن عندنا أن جراح المرأة تساوي جراح الرجل الى الثلث فإذا زادت
صارت الى النصف

مسألة وإن خرق ما بينها في الباطن بأن قطع اللحم بينها وترك الجلد الذي
فوقهما ففيها وجهان
مسألة : وإن خرق ما بينهما في الباطن بأن قطع اللحم الذي بينهما وترك الجلد
الذي فوقهما ففيها وجهان :
أحدهما : يلزمه أرش موضحتين لانفصالهما في الظاهر
والثاني : أرش موضحة لاتصالهما في الباطن وإن جرحه جراحا واحدة أوضحه
في طرفها وباقيها دون الموضحة ففيه أرش موضحتين لأن ما بينهما ليس
بموضحة

[جزء 9 - صفحة 626]

مسألة وإن شج جميع رأسه سمحاقا إلا موضعا منه أوضحه فعليه أرش موضحة
مسألة : وإن شج جميع رأسه سمحاقا إلا موضعا منه أوضحه فعليه أرش
موضحة
إذا شجه في رأسه شجة بعضه موضحة وبعضها دون الموضحة لم يلزمه أكثر
من أرش موضحة لأنه لو أوضح الجميع لم يلزمه أكثر من ذلك فلأن لا يلزمه في
الإيضاح في البعض أكثر من ذلك أولى وهكذا لو شجه شجة بعضها هاشمة
وباقيها دونها لم يلزمه أكثر من أرش هاشمة وإن كانت منقلة وما دونها أو
مأمومة وما دونها فعليه أرش منقلة أو مأمومة لما ذكرنا

مسألة ثم الهاشمة وهي التي توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الإبل
مسألة : ثم الهاشمة وهي التي توضح العظم وتهشمه ففيها عشر من الإبل
سميت هاشمة لهشمها العظم ولم يبلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها
تقدير وأكثر من بلغنا قوله من أهل العلم على أن أرشها مقدرة بعشر من الإبل
روى ذلك قبيصة بن ذؤيب عن زيد بن ثابت وبه قال قتادة و الشافعي و العنبري
ونحوه قول الثوري وأصحاب الرأي إلا أنهم قدروها بعشر الدية من الدراهم
وذلك على قولهم ألف درهم وكان الحسن لا يوقت فيها شيئا وحكي عن مالك

أنه قال : لا أعرف الهاشمة لكن في الإيضاح خمس وفي الهشم حكومة قال ابن المنذر : والنظر يدل على قول الحسن إذ لا سنة فيها ولا إجماع ولم ينقل عن النبي صلى الله عليه وسلم فيها تقدير فوجيت فيها الحكومة كما دون الموضحة

ولنا قول زيد ومثل ذلك الظاهر أنه توقيف ولأنه لا يعرف له مخالف في عصره ولأنها شجة فوق الموضحة تختص باسم فكان فيها مقدر كالمأمومة فصل : والهاشمة في الوجه والراس خاصة كما ذكرنا في الموضحة فإن هشمة هاشمتين بينهما حاجز ففيهما عشرون من الإبل على ما ذكرنا من التفصيل في الموضحة وتنوي الهاشمة الصغيرة والكبيرة كالموضحة وان شجه شجة بعضها موضحة وبعضها هاشمة وبعضها سمحاق وبعضها متلاحمة وجب أرش الهاشمة لأنه لو كان جميعها هاشمة أجزأ أرشها ولو انفرد القدر المهشوم وجب أرشها فلا ينتقض ذلك بما زاد من الأرش في غيرها

[جزء 9 - صفحة 627]

مسألة فإن ضربه بمنقل فهشمة من غير أن يوضحه ففيه حكومة ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف مسألة : فإن ضربه بمنقل فهشمة من غير أن يوضحه ففيه حكومة ولا تجب دية الهاشمة بغير خلاف لأن الأرش المقدر وجب في هاشمة معها موضحة وفي الواجب فيها وجهان : أحدهما : حكومة لأنه كسر عظم لا جرح معه فأشبهه كسر قصبية الأنف والثاني : فيها خمس من الإبل لأنه لو أوضح وهشم لوجب عشر خمس في الإيضاح وخمس في الهشم فإذا وجد أحدهما وجب خمس كالإيضاح وحده فصل : فإن أوضحه موضحتين هشم العظم في كل واحدة منهما واتصل الهشم في الباطن فهما هاشمتان لأن الهشم إنما يكون تبعاً للإيضاح فإذا كانتا موضحتين وكان الهشم هاشمتين بخلاف الموضحة فإنها ليست تبعاً لغيرها فافترقا

[جزء 9 - صفحة 628]

مسألة ثم المنقلة وهي التي توضح وتهشم وتنقل عظامها وفيها خمس عشرة من الإبل مسألة : ثم المنقلة وهي التي توضح وتهشم وتنقل عظامها وفيها خمس من الإبل

المنقلة زائدة على الهاشمة وهي تكسر العظام وتزيلها عن مواضعها فيحتاج الى نقل العظم ليلتئم وفيها خمس عشرة من الإبل بإجماع من أهل العلم
حكاه ابن المنذر وفي كتاب النبي صلى الله عليه وسلم لعمر بن حزم : [وفي المنقلة خمس عشرة من الإبل] وفي تفصيلها ما في تفصيل الموضحة والهاشمة على ما مضى

مسألة ثم المأمومة وهي التي تصل الى جلدة الدماغ وتسمى أم الدماغ وتسمى المأمومة أمة
مسألة : ثم المأمومة وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ وتسمى أم الدماغ وتسمى المأمومة أمة
قال ابن عبد البر : أهل العراق يقولون الأمة وأهل الحجاز المأمومة وهي الجراحة الواصلة الى أم الدماغ وهي جلدة فيها الدماغ تسمى أم الدماغ لأنها تحوطه وتجمعه فإذا وصلت الجراحة اليها سميت أمة ومأمومة وأرشها ثلث الدية في قول عامة أهل العلم إلا مكحولا فإنه قال : كان كانت عمدا ففيها ثلث الدية وإن كانت خطأ ففيها ثلثها
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم : [وفي المأمومة ثلث الدية] وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك وروي نحوه عن علي ولأنها شجة فلم يختلف أرشها بالعمد والخطأ في المقدار كسائر الشجاج ثم الدامغة وهي التي تجرح الجلد ففيها ما في المأمومة وقال القاضي : لم يذكر أصحابنا الدامغة لمساواتها المأمومة في أرشها وقيل فيها مع ذلك حكومة لخرق جلدة الدماغ ويحتمل أنهم تركوا ذكرها لكونها لا يسلم صاحبها في الغالب
فصل : فإن أوضحه رجل ثم هشمه الثاني ثم جعلها الثالث منقلة ثم جعلها الرابع مأمومة فعلى الأول أرش موضحة وعلى الثاني خمس امام أرش الهاشمة وعلى الثالث خمس تمام أرش المنقلة وعلى الرابع ثمانية عشر وثلث تمام أرش المأمومة
فصل : وفي الجائفة ثلث الدية وهي التي تصل الى باطن الجوف من بطن أو ظهر أو صدر أو نحر وهذا قول عامة أهل العلم منهم أهل المدينة والكوفة وأهل الحديث وأصحاب الرأي إلا مكحولا قال : فيها في العمدة ثلثا الدية
ولنا قول النبي صلى الله عليه وسلم في كتاب عمرو بن حزم [وفي الجائفة ثلث الدية] وعن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل ذلك ولأنها جراحة فيها مقدر فلم يختلف قدر أرشها بالعمد أو الخطأ كالموضحة ولا نعلم في جراح البدن الخالية عن قطع الأعضاء وكسر العظام مقدر غير الجائفة وذكر ابن عبد البر أن مالكا و أبا حنيفة و الشافعي والبتي واصحابهم اتفقوا على أن الجائفة لا تكون إلا في الجوف وقال ابن القاسم : الجائفة ما أفضى الى الجوف ولو بمغرز إبرة

فصل : وإن أجافه جائفتين بينهما حاجز فعليه ثلثا الدية وإن خرق الجاني ما بينهما أو ذهب بالسراية صارا جائفة واحدة فيها ثلث الدية لا غير وإن خرق ما بينهما اجنبي أو المجني عليه فعلى الأول ثلثا الدية وعلى الأجنبي الثاني ثلثها ويسقط ما قابل فعل المجني وإن احتاج الى خرق ما بينهما للمداواة فخرقها المجني عليه أو غيره بأمره أو خرقها ولي المجني عليه لذلك أو الطبيب بأمره فلا شيء عليه في خرق والحاجز وعلى الأول ثلثا الدية

[جزء 9 - صفحة 630]

مسألة وإن خرقه من جانب فخرج من الجانب الآخر فهي جائفتان
مسألة : وإن خرقه من جانب فخرج من الجانب الآخر فهي جائفتان
هذا قول أكثر أهل العلم منهم عطاء و قتادة و محمد و مالك و الشافعي
وأصحاب الرأي قال ابن عبد البر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك وحكي عن بعض
أصحاب الشافعي أنه قال هي جائفة واحدة وحكي أيضا عن أبي حنيفة لأن
الجائفة هي التي تنفذ من زاهر البدن الى الجوف وهذه الثانية إنما نفذت من
الباطن الى الظاهر

ولنا ما روى سعيد بن المسيب ان رجلا رمى رجلا بسهم فأنفذه فقضى ابو بكر
رضي الله عنه بثلثي الدية ولا مخالف له فيكون إجماعا أخرجه سعيد بن منصور
في سببه وروي عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده ان عمر رضي الله عنه
قضى في الجائفة إذا نفذت الى الجوف بأرث جائفتين ولأنه أنفذه من
موضعين فكان جائفتين كما لو أنفذه بضربتين وما ذكروه لا يصح فإن الاعتبار
بوصول الجرح الى الجوف لا بكيفية إيصاله إذا لا أثر لصورة الفعل مع التساوي
في المعنى ولأن ما ذكروه من الكيفية ليس بمذكور في خبر وإنما الغالب
والعادة وقوع الجائفة هكذا فلا يعتبر كما أن العادة والغالب حصولها بالحديد ولو
حصلت بغيره لكانت جائفة ثم ينتقض ما ذكروه بما لو أدخل يده في جائفة
إنسان فخرق بطنه من موضع آخر فإنه يلزمه أرث جائفة بغير خلاف نعلمه
ولذلك يخرج فيمن أوضح إنسانا في رأسه ثم أخرج رأس السكين من موضع
آخر فهي موضحتان وإن هشمه هاشمة لها مخرجان فهي هاشمتان وكذلك ما
أشبهه
فصل : فإن أدخل اصبعه في فرج بكر فأذهب بكارتها فليس بجائفة لأن ذلك
ليس بجوف

[جزء 9 - صفحة 631]

مسألة وإن طعنه في خده فوصل إلى فيه ففيه حكومة

مسألة : وإن طعنه في خده فوصل إلى فيه ففيه حكومة
لأن باطن الفم حكم الظاهر لا حكم الباطن ويحتمل ان تكون جائفة لأنه
جرح وصل الى جوف مجوف فأشبهه ما لو وصل إلى البطن
فصل : فإن طعنه في وجنته فكسر العظم ووصل الى فيه فليس بجائفة لما
ذكرنا وقال الشافعي في أحد قوليه هو جائفة لأنه قد وصل الى جوف وقد
ذكرنا أن باطن الفم في حكم الظاهر بخلاف الجوف فعلى هذا يكون عليه دية
هاشمة لكسر العظم وفيما زاد حكومة وان جرحه في أنفه فأنفذه فهو كما لو
جرح في وجنته فأنفذه الى فيه في الحكم والخلاف وان جرحه في ذكره فوصل
الى مجرى البول من الذكر فليس بجائفة لأنه ليس بجوف يخاف التلف من
الوصول إليه بخلاف غيره

مسألة وان جرحه في وركه فوصل الجرح إلى جوفه او أوضحه فوصل الجرح
الى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة
مسألة : وإن جرحه في وركه فوصل الجرح إلى جوفه أو أوضحه فوصل الجرح
إلى قفاه فعليه دية جائفة وموضحة وحكومة لجرح القفا والورك
إذا جرحه في فخذه ومد السكين حتى بلغ الورك فأجافه فيه أو جرح الكتف
ومد السكين حتى بلغ الصدر فأجافه فيه فعليه أرش الجائفة وحكومة في
الجرح لأن الجرح في غير الجائفة فانفردت بالضمان كما لو لم يكن معها جائفة
وأن أوضحه فوصل الى قفاه فعليه دية موضحة لأنه أوضحه وعليه حكومة
لجرح القفا كما لو انفرد

[جزء 9 - صفحة 632]

مسألة وان أجافه ووسع آخر الجرح فهما جائفتان وعلى كل واحد منهما أرش
جائفة
مسألة : وإن أجافه ووسع آخر الجرح فهما جائفتان وعلى كل واحد منهما أرش
جائفة
لأن فعل كل واحد منهما لو انفرد كان جائفة فلا يسقط حكمه بانضمامه الى
فعل غيره لأن فعل الإنسان لا ينبغي على فعل غيره وإن وسعها الطبيب بإذنه
أو إذن وليه لمصلحته فلا شيء عليه

مسألة وإن وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة
مسألة : وإن وسع ظاهره دون باطنه أو باطنه دون ظاهره فعليه حكومة لأن
جنايته لم تبلغ الجائفة

فصل : وإن أدخل السكين في الجائفة ثم أخرجها عزر ولا شيء عليه وإن
خاطها فجاء آخر فقطع الخيط وأدخل السكين فيها قبل أن تلتحم عزر أشد
التعزير الذي قبله وغرم ثمن الخيوط وأجر الخياط ولم يلزمه أرش جائفة لأنه
لم يجفه

مسألة وإن التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة أخرى عليه أرشها
مسألة : وإن التحمت الجائفة ففتحها آخر فهي جائفة أخرى عليه أرشها
لأنه عاد على الصحة فصار كالذي لم يجرح وإن التحم بعضها دون بعض ففتق
ما التحم فعليه أرش جائفة لما ذكرنا وإن فتق غير ما التحم فليس عليه أرش
الجائفة وحكمه حكم من فعل مثله فعلة قبل أن يلتحم منها شيء وإن فتق
بعض ما التحم في الظاهر دون الباطن أو الباطن دون الظاهر فعليه حكومة
كما لو وسع جرحه كذلك

فصل : ومن وطىء زوجته وهي صغيرة ففتقها لزمه ثلث الدية ومعنى الفتق
خرق ما بين مسلك البول والمني وقيل بل معناه خرق ما بين القبل والدبر إلا
أن هذا بعيد لأنه يبعد أن يذهب بالوطء ما بينهما من الحاجز فإنه حاجز غليظ
قوي والكلام في ذلك في أمرين : أحدهما : في أصل وجوب الضمان والثاني :
في قدره أما الأول فإن الضمان إنما يجب بوطء الصغيرة أو النحيفة التي لا
تحمل الوطاء دون الكبيرة المحتملة له وبهذا قال أبو حنيفة وقال الشافعي :
يجب الضمان في الجميع لأنه جناية فيجب الضمان به كما لو كان في أجنبية
ولنا أنه وطاء مستحق فلم يجب ضمان ما تلف به كالبكارة ولأنه فعل مأذون
فيه ممن يصح إذنه فلم يضمن ما تلف بسرايته كما لو أذنت في مداواتها بما
يفضي إلى ذلك وكقطع السارق واستيفاء القصاص وعكسه الصغيرة والمكرهة
على الزنا إذا ثبت هذا فإنه يلزمه المهر المسمى في النكاح مع أرش الجناية
ويكون أرش الجناية في ماله إن كان عمدا محضا وهو أن يعلم أنها لا تطيقه
وإن وطاءه يفضيها فأما أن علم ذلك وكان مما يحتمل أن لا يفضي إليه فهو عمد
الخطأ فيكون على عاقلته إلا على قول من قال إن العاقلة لا تحمل عمد الخطأ
فيكون في ماله الثاني : في قدر الواجب وهو ثلث الدية وبه قال قتادة وأبو
حنيفة وقال : الشافعي : تجب الدية كاملة وروي عن عمر بن عبد العزيز لأنه
أُتلف منفعة الوطاء فلزمته الدية كما لو قطع إسكتيها

ولنا ما روي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قضى في الإفشاء بثلث
الدية ولم نعرف له في الصحابة مخالفا ولأن هذه جناية تخرق الحاجز بين
مسلك البول والذكر فكان موجبها ثلث الدية كالجائفة ولا نسلم أنها تمنع الوطاء
وأما قطع الإسكتين وإنما أوجب الدية لأنه قطع عضوين فيهما نفع وجمال
فأشبهه الشفتين

فصل : فإن استطلق بولها مع ذلك لزمته دية من غير زيادة وبهذا قال أبو حنيفة
وقال الشافعي : تجب دية حكومة لأنه فوت منفعتين فلزمه أرشهما كما لو
فوت كلامه وذوقه

ولنا أنه إتلاف عضو واحد لم يفت منافعه فلم يضمنه بأكثر من دية واحدة كما لو قطع لسانه فذهب ذوقه وكلامه وما قاله لا يصح لأنه لو أوجب دية المنفعتين لأوجب ديتين لأن استطلاق البول موجب لدية والإفضاء عنده موجب للدية منفردا ولم يقل به وإنما أوجب الحكومة ولم يوجد مقتضيها فإننا لا نعلم أحدا أوجب في الإفضاء حكومة فإن اندمل الحاجز وانسد وزال الإفضاء لم يجب ثلث الدية ووجب حكومة لجبر ما حصل من النقص

فصل : وإن أكره امرأة على الزنا فأفضاها لزمه ثلث ديتها ومهر مثلها لأنه حصل بوطء غير مستحق ولا مأذون فيه فلزمه ضمان ما تلف به كسائر الجنایات وهل يلزمه أرش البكارة مع ذلك ؟ فيه روايتان : إحداهما : لا يلزمه لأن أرش البكارة داخل في مهر المثل فإن مهر البكر أكثر من مهر الشيب فالتفاوت بينهما هو أرش عوض البكارة فلم يضمنه مرتين كما في حق الزوجية والثانية : يضمنه لأنه محل اتلفه بعدوانه فلزمه أرشه كما لو أتلفه بأصبعه فأما المطاوعة على الزنا إذا كانت كبيرة ففتقها فلا ضمان عليه في فتقها وقال الشافعي : يضمن لأن المأذون فيه الوطاء دون الفتق فأشبهه ما لو قطع يدها ولنا أنه ضرر حصل من فعل مأذون فيه فله فلم يضمنه كأرش بكارتها ومهر مثلها وكما لو أذنت في قطع يدها فسرى القطع الى نفسها وفارق ما إذا أذنت في وطئها فقطع يدها لأن ذلك ليس من المأذون فيه ولا من ضرورته

فصل : وإن وطئ امرأة بشبهة فأفضاها فعليه أرش إفضائها مع مهر مثلها لأن الفعل إنما أذن فيه اعتقادا أن المستوفي له هو المستحق فإذا كان غيره ثبت في حقه وجوب الضمان لما أتلف كما لو أذن في أخذ الدين لمن يعتقد أنه مستحقه فبان أنه غيره وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يجب لها أكثر الأمرين من مهر مثلها أرش إفضائها لأن الإرش لإتلاف العضو فلا يجمع بين ضمانه وضمن منفعته كما لو قلع عينا

ولنا أن هذه جنایة تنفك عن الوطاء فلم يدخل بدله فيها كما لو كسر صدرها وما ذكره غير صحيح فإن المهر يجب لاستيفاء منفعة البضع والأرش يجب لإتلاف الحاجز فلا تدخل المنفعة فيه

فصل : وإن استطلق بول المكروهة على الزنا والموطوءة بشبهة مع إفضائها فعليه ديتها والمهر وقال أبو حنيفة في الموطوءة بشبهة : لا يجمع بينهما ويجب أكثرهما وقد سبق الكلام معه في ذلك

فصل : وفي الضلع بعير وفي الترقوتين بعيران روى سعيد عن مطر عن قتادة عن سليمان بن عمر وسفيان عن زيد بن أسلم عن أسلم عن عمر في الضلع جمل والترقوة جمل وقال الخرقى : في الترقوة بعيران فظاهر قوله أن في كل ترقوة بعيرين فيكون في الترقوتين أربعة أبعرة وهذا قول زيد بن ثابت والترقوة العظم المستدير حول العنق من النحر الى الكتف ولكل واحد ترقوتان وقال القاضي المراد بقول الخرقى الترقوتين معا وإنما اكتفى بلفظ الواحد لإدخال الألف واللام المقتضية للاستغراق فيكون في كل ترقوة بعير وهذا قول عمر رضي الله عنه وبه قال سعيد بن المسيب و مجاهد وعبد الملك بن مروان و سعيد بن جبیر و قتادة و إسحاق وهو قول ل شافعي والمشهور من قوله عند أصحابه ان في كل واحد مما ذكرنا حكومة وهو قول مسروق و

أبي حنيفة و مالك و ابن المنذر لأنه عظم باطن لا يختص بجمال ومنفعة فلم
يجب فيه أرش مقدر كسائر أعضاء البدن ولأن التقدير إنما يكون بتوقيف أو
قياس صحيح وليس في هذا توقيف ولا قياس وروي عن الشعبي أن في
الترقوة أربعين ديناراً وقال عمرو بن شعيب في الترقوتين الدية وفي إحداهما
نصفها لأنهما عضوان ومنفعة وليس في البدن غيرهما من جنسهما فكملت
فيهما الدية كاليدين
ولنا قول عمر وزيد بن ثابت رضي الله عنهما وما ذكره ينتقض بالهاشمة فإنها
كسر عظم باطنة وفيها مقدر ولا يصح قولهم إنها لا تختص بجمال ومنفعة فإن
جمال هذه العظام ونفعها لا يوجد في غيرها ولا مشارك لها فيه وأما قول عمرو
بن شعيب فمخالف للإجماع فإننا لا نعلم أحدا قبله ولا بعده وافقه فيه

[جزء 9 - صفحة 637]

مسألة وفي كل واحد من الذراع والزند والعضد والساق بعيران
مسألة : وفي كل واحد من الذراع والزند والعضد والساق بعيران
قال القاضي : في الزند أربعة أبعرة لأن فيها أربعة عظام ففي كل عظم بعير
يروى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال أبو حنيفة و مالك و الشافعي
ك في حكمة لما تقدم
ولنا ما روى حدثنا هشيم أخبرنا يحيى بن سعيد عن عمرو بن شعيب أن عمرو
بن العاص كتب الى عمر في أحد الزندين إذا كسر فكتب اليه عمر : ان فيه
بعيرين وإذا كسر الزندين ففيهما أربعة من الإبل ورواه أيضا من طريق آخر
مثل ذلك وهذا لم يظهر له مخالف في الصحابه فكان إجماعا
فصل : ولا مقدر في غير هذه العظام في ظاهر قول الخرقى وهو قول أكثر
أهل العلم وقال القاضي : في عظم الساق بعيران وفي الساقين أربعة أبعرة
وفي الفخذ بعيران وفي الفخذين أربعة أبعرة فهذه تسعة عظام فيها مقدر
الضلع والترقوتان والزندان والساقان والفخذان وما عداهما لا مقدر فيه وقال
ابن عقيل وابو الخطاب وجماعة من أصحاب القاضي : في كل واحد من الذراع
والعضد بعيران وزاد ابو الخطاب عظم القدم لما روى سليمان بن يسار ان
عمر قضى في الذراع والفخذ والساق والزند إذا كسر واحد منهما فجبر ولم
يكن به دحور يعني عوجا بعير وان كان فيها دحور فبحساب ذلك وهذا الخبر ان
صح فهو مخالف لما ذهبوا اليه فلا يصلح دليلا عليه قال شيخنا : والصحيح إن
شاء الله انه لا تقدير في غير الخمس الضلع والترقوتين والزندين لأن التقدير
انما يثبت بالتوقيف ومقتضى الدليل وجوب الحكومة في هذه العظام الباطنة
كلها وإنما خالفناه في هذه العظام لقضاء عمر رضي الله عنه ففي ما عداه
يبقى على مقتضى الدليل

مسألة وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خרزة الصلب
والعصص ففيه الحكومة
مسألة : وما عدا ما ذكرنا من الجروح وكسر العظام مثل خرزة الصلب
والعصص ففيه الحكومة
ولا نعلم فيها مخالفا وان خالف فيها أحد فهو قول شاذ لا يستند الى دليل يعتمد
عليه ولا يصار اليه وخرزة الصلب ان أريد كسر الصلب ففيه الدية وقال
القاضي : فيه حكومة وهو مذهب الشافعي وقد ذكرناه

مسألة والحكومة ان يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به قد
برأت فما نقص فله مثله من الدية
مسألة : والحكومة أن يقوم المجني عليه كأنه عبد لا جناية به ثم يقوم وهي به
قد برأت فما نقص فله مثله من الدية فإن كان قيمته وهو صحيح عشرون
وقيمته وبه الجناية تسعة عشر ففيه نصف عشر دية
وهذا الذي ذكره في تفسير الحكومة قول اهل العلم لا نعلم فيه خلافا وبه قال
الشافعي والعبدي وأصحاب الرأي وغيرهم قال ابن المنذر : كل من نحفظ
عنه من أهل العلم يرى أن معنى قولهم حكومة أن يقال اذا أصيب الإنسان
بجرح لا عقل له معلوم كم قيمة هذا الجرح لو كان عبدا لم يجرح هذا الجرح ؟
فإذا قيل مائة دينار قيل وكم قيمته وقد أصابه هذا الجرح وانتهى برؤه ؟ قيل
خمسة وتسعون فالذي يجب على الجاني نصف عشر الدية وان قالوا تسعون
فعشر الدية وان زاد أو نقص فعلى هذا المثال وإنما كان كذلك لأن جملته
مضمونة بالدية فأجزاؤه مضمونة منها كما ان المبيع لما كان مضمونا وعلى
البائع بالثمن كان أرش عيبه مقدرا من الثمن فيقال كم قيمته لا عيب فيه ؟ فإذا
قالوا عشرة فيقال كم قيمته وفيه العيب ؟ فإذا قيل تسعة علم أنه نقص عشر
قيمته فيجب ان يرد من الثمن عشرة أي قدر كان ونقدره عبدا ليتمكن تقويمه
ويجعل العبد اصلا للحر فيما لا موقت فيه والحر اصلا للعبد فيما فيه توقيت في
المشهور من المذهب

مسألة إلا أن يكون في شيء فيه مقدر فلا يبلغ به أرش المقدر فإن كانت في
الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ
مسألة : إلا أن يكون في شيء فيه مقدر فلا يبلغ به أرش المقدر فإن كانت في
الشجاج التي دون الموضحة لم يبلغ بها أرش الموضحة فلو جرحه في وجهه

سمحاقا فنقصته عشر قيمته فمقتضى الحكومة وجوب عشر من الإبل ودية
الموضحة خمس

فهنا يعلم غلط المقوم لأن الجراحة لو كانت موضحة لم يزد على خمس مع
أنها سمحاق وزيادة عليها فلأن لا يجب في بعضها زيادة على خمس أولى وهذا
قول أكثر أهل العلم وبه يقول الشافعي وأصحاب الرأي ن وحكي عن مالك أنه
يجب ما تخرجه الحكومة كائنا ما كان لأنها جراحة لا مقدر فيها فوجب فيها ما
نقص كما لو كانت في سائر البدن

ولنا أنها بعض الموضحة لأنه لو أوضحه لقطع ما قطعه هذه الجراحة ولا يجوز
أن يجب في بعض الشيء أكثر مما يجب فيه ولأن الضرر في الموضحة أكبر
والشئ أعظم والمحل واحد فإذا لم يزد أرش الموضحة على خمس كان ذلك
تنبيه على أن لا يزداد ما دونها عليها وأما سائر البدن فما كان فيه موقت

كالأعضاء والعظام المعلومة والجائفة فلا يزداد جرح عظم على دية مثاله جرح
أنملة فبلغ أرشها بالحكومة خمسا من الإبل فإنه يرد الى دية الأنملة وإن كان
في اصبع فبلغ ما زاد على العشر بالحكومة رد الى العشر وإن جنى عليه في
خوفه دون الجائفة لم يزد على أرش الجائفة وما لم يكن كذلك وجب ما

أخرجته الحكومة لأن المحل مختلف فإن قيل فقد وجب في بعض البدن أكثر
مما وجب في جميعه ووجب في منافع اللسان أكثر من الواجب فيه قلنا إنما
وجبت دية النفس دية عن الروح وليست الأطراف بعضها بخلاف مسألتنا هذا
ذكره القاضي ويحتمل كلام الخرقى أن يختص امتناع الزيادة بالرأس والوجه
لقوله إلا أن تكون الجناية في وجه أو رأس فلا يجاوز به أرش الموقت

فصل : إذا خرجت الحكومة في شجاج الرأس التي دون الموضحة قدر أرش
الموضحة أو زيادة عيه فظاهر كلام الخرقى أنه يجب أرش الموضحة وقال
القاضي : يجب أن ينقص عنها شيئا على حسب ما يؤدي اليه الاجتهاد وهذا
مذهب الشافعي وهو الذي ذكره شيخنا في كتاب الكافي و المقنع لثلا يجب في

بعضها ما يجب في جميعها ووجه قول الخرقى أن مقتضى الدليل وجوب ما
أخرجته الحكومة وإنما سقط الزائد على أرش الموضحة لمخالفته النص أو
تنبيه النص فبيما لم يزد يجب البقاء على الأصل ولأن ما ثبت بالتنبيه يجوز أن
يساوي المنصوص عليه في الحكم ولا يلزم أن يزيد عليه كما انه لما نص على

وجوب فدية الأدنى في حق العذور لم يلزم زيادتها في حق من لا عذر له ولا
يمنتع أن يجب في البعض ما يجب في الكل بدليل وجوب دية الأصابع مثل دية
اليد كلها وفي حشفة الذكر مثل ما في جميعه فإن قيل هذا وجب بالتقدير
الشرعي لا بالتقويم قلنا : إذا ثبت الحكم بنص الشارع لم يمتنع ثبوت مثله

بالقياس عليه والاجتهاد المؤدي اليه وفي الجملة فالحكومة دليل على ترك
العمل بها في الزائد لمعنى مقصود في المساوي فيجب العمل بها لعدم
المعارض ثم وان صح ما ذكره فينبغي أن ينقص ادنى ما تزول به المساواة
المحدودة ويجب الباقي عملا بالدليل الموجب له

فصل : ولا يكون التقويم إلا بعد براء الجرح لأن أرش الجرح المقدر إنما يستقر
بعد برئه

[جزء 9 - صفحة 641]

مسألة فإن كانت الجراحة مما لا تنقص شيئاً بعد الاندمال
مسألة : فإن كانت الجراحة مما لا تنقص شيئاً بعد الاندمال مثل ان قطع اصبعاً
زائداً أو يداً أو قطع لحية امرأة فلم ينقصه ذلك بل زاده حسناً فالجاني محسن
بحنائه فلم يضمن كما لو قطع سلعة أو ثولولا أو بط جراحاً ويحتمل ان يضمن
قال القاضي : نص أحمد على هذا لأن هذا جزء من مضمون فلم يعر عن ضمان
كما لو أتلّف مقدر الأرش فزاد به جمالاً أو لم ينقصه شيئاً فعلى هذا يقوم في
أقرب الأحوال الى البرء لأنه لما سقط اعتبار قيمته بعد برئه قوم في أقرب
الأحوال اليه كولد المغرور لما تعذر تقويمه في البطن قوم عند الوضع لأنه
أقرب الأحوال التي أمكن تقويمه الى كونه في البطن

[جزء 9 - صفحة 642]

مسألة فإن لم ينقص في تلك الحال قوم حال جريان الدم
مسألة : فإن لم ينقص في تلك الحال قوم حال جريان الدم
لأنه لا بد من نقص للخوف عليه ذكره القاضي ولأصحاب الشافعي وجهان كما
ذكرنا وتقوم لحية المرأة كأنها لحية رجل في حال ينقصه ذهب لحيته وان أتلّف
سناً زائدة قوم وليست له سن زائدة ولا خلفها اصلية ثم يقوم وقد ذهبت
الزائدة فإن كانت المرأة اذا قدرناها ابن عشرين نقصها ذهب لحيته يسيراً
وإن قدرناها ابن اربعين نقصها كثيراً قدرناها ابن عشرين لأنه أقرب الأحوال
الى حال المجني عليه فأشبهه تقويم الجرح الذي لا ينقص بعد الاندمال فإننا
نقومه في أقرب الأحوال النص الى حال الاندمال والأول أصح إن شاء الله تعالى
فإن هذا لا مقدر فيه ولم ينقص شيئاً فأشبهه الضرب وتضمين النقص الحاصل
حال جريان الدم إنما هو تضمين الخوف عليه وقد زال فأشبهه ما لو لطمه
فاصفر وجهه حالة اللطمة أو احمر ثم زال وتقدير المرأة رجلاً لا يصح لأن
اللحية زين للرجل وعيب في المرأة وتقدير ما يعيب بما يزين لا يصح وكذلك
تقدير السن في حالة يراد زوالها بحالة يكره لا يجوز فإن الشيء بقدر بنظيره
ويقاس على مثله لا على ضده ومن قال بهذا الوجه فإنما يوجب أدنى ما يمكن
إيجابه وهو أقل نقص يمكن تقديره
فصل : فإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان لأنه لم ينقص به
جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه

[جزء 9 - صفحة 644]

باب العاقلة وما تحمله

عاقلة الإنسان عصبته كلهم قريبهم وبعيدهم من النسب والولاء إلا عمودي
نسبه أباه وأبناؤه وعنه أنهم من العاقلة أيضا
اختلفت الرواية عن أحمد رحمه الله في العاقلة فروي عنه أنهم جميع العصبات
من النسب والولاء يدخل فيهم الآباء والأبناء والإخوة وسائر العصبات من
العمومة وأبنائهم اختاره أبو بكر والشريف أبو جعفر وهو مذهب مالك و أبي
حنيفة لما [روى عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال : قضى رسول الله
صلى الله عليه وسلم أن عقل المرأة بين عصبته من كانوا لا يرثون منها شيئا
إلا ما فضل عن ورثتها وإن قتل فعقلها بين ورثتها] رواه أبو داود ولأنهم عصبه
فأشبهوا سائر العصبات يحققه ان العقل موضوع على التناصر وهم من أهله
ولأن العصبه في تحمل العقل كهم في الميراث في تقديم الأقرب فالأقرب
وأبناؤه وأبائه أحق العصبات بميراثه فكانوا أولى بتحمل عقله وفيه رواية ثانية
ان الآباء والأبناء ليسوا من العاقلة وهو قول الشافعي لما [روى أبو هريرة قال
: اقتتل امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها فاختموا إلى
رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بديه
المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم] متفق عليه وفي رواية : [ثم
ماتت القائلة فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم ميراثها لبنيتها والعقل على
العصبه] وفي رواية [عن جابر بن عبد الله قال : فجعل رسول الله صلى الله
عليه وسلم دية المقتولة على عاقلتها وبرأ زوجها وولدها قال : فقالت : عاقلة
المقتولة ميراثها لنا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ميراثها لزوجها
وولدها] رواه أبو داود إذا ثبت هذا في الأولاد قسنا عليه الوالد لأنه في معناه
ولأن مال ولده ووالده كماله ولهذا لم تقبل شهادتهم له ولا شهادته لهم ووجب
على كل واحد منهم الإنفاق على الآخر إذا كان محتاجا والآخر موسرا فلا يجب
في ماله دية كما لو تجب في مال القاتل وفيه رواية ثالثة أن الإخوة ليسوا من
العاقلة كالوالد والولد وهي ظاهر كلام الخرقى وغيره من اصحابنا يجعلونهم
من العاقلة بكل حال ولا نعلم عن غيرهم خلافهم
فصل : فإن كان الولد ابن عم أو كان الوالد والولد مولى أو عصبه مولى فإنه
يعقل في ظاهر كلام أحمد قاله القاضي وقال اصحاب الشافعي : لا يعقل لأنه
والد وولد فلم يعقل كما لو لم يكن كذلك
ولنا أنه ابن عم أو مولى فيعقل كما لو لم يكن ولدا وذلك لأن هذه القرابة أو
الولاء سبب يستقل بالحكم منفردا فإن وجد مع ما لا يثبت الحكم أثبته كما لو
وجد مع الرحم المجرد ولأنه يثبت حكمه في القرابة الأخرى بدليل أنه يلي
نكاحها مع أن الابن لا يلي النكاح عندهم
فصل : وسائر العصبات من العاقلة بعدوا أو قربوا من النسب والمولى وعصبته
وبهذا قال عمر بن عبد العزيز و النخعي و حماد و مالك و الشافعي ولا أعلم عن
غيرهم خلافهم وذلك لأنهم عصبه يرثون المال إذا لم يكن وارث اقرب منهم
فيدخلون في العقل كالقريب ولا يعتبر ان يكونوا وارثين في الحال بل متى

كانوا يرثون لولا الحجب عقلوا لأن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية بين عصابة المرأة من كانوا لا يرثون منها إلا ما فضل عن ورثتها ولأن الموالي من العصابات فأشبهوا المناسبين

فصل : العاقلة من يحمل العقل والعقل الدية سميت العاقلة لأنها تعقل لسان ولي المقتول وقيل إنما سميت العاقلة لأنهم يمنعون عن القاتل والمنع العقل ولهذا سمي بعض العلوم عقلا لأنه يمنع من الإقدام من المضار ولا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة العصابات وأن غيرهم من الإخوة من الأم وسائر ذوي الأرحام والزوج وكل من عدا العصابات ليسوا من العاقلة ولا يعقل المولى من أسفل وبه قال أبو حنيفة وأصحاب مالك وقال الشافعي في أحد قولي : يعقل لأنهما شخصان يعقل أحدهما صاحبه فيعقل الآخر عنه كالآخرين ولنا أنه ليس بعصبة له ولا وارث فلم يعقل عنه كالأجنبي وما ذكره يبطل بالذكر مع الأثني والغصير مع الكبير والعاقلة مع المجنون

فصل : ولا يعقل مولى الموالاة وهو الذي يوالي رجلا يجعل له ولاءه ونصرته ولا الحليف وهو الرجل يحالف آخر على أن يتناصرا على دفع الظلم ويتصافرا على من قصدهما أو قصد أحدهما ولا العديد وهو الذي لا عشيرة له ينضم إلى العشيرة فيعد نفسه منهم وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يعقل مولى الموالاة ويرث وقال مالك : إذا كان الرجل في غير عشيرته فعقله على القوم الذين هو معهم

ولنا أنه معنى يتعلق بالتعصيب فلا يستحق بذلك كولاية النكاح

فصل : ولا مدخل لأهل الديوان في العاقلة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يتحملون جميع الدية فإن عدموا فالأقارب حينئذ يعقلون لأن عمر رضي الله عنه جعل الدية على أهل الديوان في الأعطية إلى ثلاث سنين

ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالدية على عصابة العاقلة لأنه معنى لا يستحق به الميراث فلم يحمل به العقل كالجوار واتفاق المذاهب وقضاء النبي صلى الله عليه وسلم أولى من قضاء عمر على أنه ان صح ما ذكر عنه فيحتمل أنهم كانوا عشيرة القاتل

مسألة : وليس على فقير ولا صبي ولا زائل العقل ولا امرأة ولا خنثى مشكل ولا رقيق ولا مخالف لدين الجاني حمل شيء من الدية وعنه أن الفقير يحمل من العقل

أكثر أهل العلم على أنه لا مدخل لأحد من هؤلاء في تحمل العقل قال ابن المنذر : اجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم على أن المرأة والصبي الذي لم يبلغ لا يعقلان مع العاقلة وأجمعوا على أن الفقير لا يلزمه شيء وهذا قول مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وحكى بعض أصحابنا عن مالك و أبي حنيفة أن للفقير مدخلا في التحمل وعن أحمد مثل ذلك وحكاها أبو الخطاب لأنه من أهل النصرة فكان من العاقلة كالغني والصحيح الأول لأن تحمل العقل مواساة فلا تلزم الفقير كالزكاة ولأنها وجبت على العاقلة تخفيفا على القاتل فلا يجوز التثقيل بها على من لا جناية منه وفي إيجابها على الفقير تثقيل عليه وتكليف له ما لا يقدر عليه ولأننا اجمعنا على أنه لا يكلف أحد من العاقلة ما يثقل عليه ويجحف به وتحميل الفقير شيئا منها يثقل عليه ويجحف بماله وربما كان

الواجب عليه جميع ماله أو أكثر منه أو لا يكون له شيء أصلاً وأما الصبي
والمجنون والمرأة فلا يحملون منها لأن فيها معنى التناصر وليس هم من أهل
النصرة وكذلك المخالف في الدين ليس هو من أهل النصره أيضاً

[جزء 9 - صفحة 648]

مسألة ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر
مسألة : ويحمل الغائب كما يحمل الحاضر
وبهذا قال أبو حنيفة و قال مالك : يختص به الحاضر لأن التحمل بالنصرة وإنما
هي من الحاضرين ولأن في قسمه على الجميع مشقة وعن الشافعي
كالمذهبيين
ولنا الخبر وانهم استنوا في التعصيب والإرث فاستنوا في تحمل العقل
كالحاضرين ولأنه معنى يتعلق بالتعصيب فاستوى فيه الحاضر والغائب
كالميراث والولاية
فصل : ويعقل المريض إذا لم يبلغ حد الزمانة والشيخ إذا لم يبلغ حد الهرم
لأنهما من أهل النصره والمواساة وفي الزمن والشيخ الفاني وجهان : أحدهما :
لا يعقلان لأنهما ليسا من أهل النصره ولهذا لا يجب عليهما الجهاد ولا يقتلان إذا
كانا من أهل الحرب وكذلك يخرج في الأعمى لأنه مثلهما في هذا المعنى
والثاني : يعقلون لأنهم من أهل المواساة ولهذا تجب عليهم الزكاة وهذا
منتقض بالصبي والمجنون ومذهب الشافعي كمذهبنا

مسألة وخطأ الإمام والحاكم في احكامه في بيت المال وعنه على عاقلته
مسألة : وخطأ الإمام والحاكم في احكامه في بيت المال وعنه على عاقلته
لأن خطأه يكثر في احكامه فإيجاب ما يجب به على العاقلة يحذف بهم وبه قال
الأوزاعي و الثوري و أبو حنيفة و إسحاق ولأن الإمام والحاكم نائب عن الله
تعالى في احكامه وأفعاله فكان أرش جنائته في مال الله سبحانه ولا لشافعي
قولان كالروايتين وفيه رواية أخرى انه يجب على عاقلته لما روي ان عمر رضي
الله عنه بعث الى امرأة مغيبة كان يدخل عليها فقالت : يا ويلها مالها ولعمر ؟
فأسقطت ولدا فصاح الصبي صيحتين ثم مات فاستشار عمر رضي الله عنه
أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فأشار بعضهم أن ليس عليك شيء
انما أنت وال ومؤدب فقال : علي إن كانوا قالوا برأيهم فقد أخطأوا رأيهم وإن
كانوا في هواك ينصحوا لك ان ديتك عليك لأنك افزعتها فألقته فقال عمر :
أقسمت عليك أن لا تبرح حتى تقسمها على قومك

[جزء 9 - صفحة 649]

مسألة وهل يتعاقل اهل الذمة على روايتين
مسألة : وهل يتعاقل اهل الذمة ؟ على روايتين
أحدهما : يتعاقلون قياسا على المسلمين لأن قرابتهم تقتضي التوريث فاقتضت
التعاقل كالمسلمين ولأن ديانتهم أحرار معصومين فأشبهت ديانات المسلمين
والثانية : لا يتعاقلون لأن حمل العاقلة ثبت على خلاف الأصل لحرمة قرابة
المسلمين فلا يقاس عليهم غيرهم لا يساؤونهم في الحرمة

مسألة ولا يعقل حربي عن ذمي ولا ذمي عن حربي
مسألة : ولا يعقل حربي عن ذمي ولا ذمي عن حربي
لأنه لا يرث بعضهم من بعض فلا يعقل بعضهم عن بعض كغير العصابات وفي
الميراث احتمال أنهما يتوارثان فيخرج في التعاقل مثل ذلك ولا يعقل يهودي
عن نصراني ولا نصراني عن يهودي لأنه لا موالاة بينهم وهم أهل ملتين
مختلفين ويحتمل أن يتعاقلا بناء على الروايتين في توارثهما فإن تهود نصراني
أو تنصر يهودي وقلنا إنه يقر عقل عنه عصيته من أهل الدين الذي انتقل اليه
وهل يعقل عنه الذين انتقل عن دينهم ؟ على وجهين : وان قلنا لا يقر لم يعقل
عنه أحد لأنه كالمرتد والمرتد لا يعقل عنه أحد لأنه ليس بمسلم فيعقل عنه
المسلمون ولا ذمي فيعقل عنه أهل الذمة فتكون جنايته في ماله وكذلك كل
من لا تحمل عاقلة جنايته يكون موجبها في ماله كسائر الجنايات التي لا تحملها
العاقلة

[جزء 9 - صفحة 650]

مسألة ومن لا عاقلة له أو لم يكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيها عليه
ان كان ذميا
مسألة : ومن لا عاقلة له أو لم يكن له عاقلة تحمل الجميع فالدية أو باقيها عليه
ان كان ذميا
لأن بيت المال لا يعقل عنه وان كان مسلما ففيه روايتان :
إحداهما : : يؤدي عنه من بيت المال وهو مذهب الزهري و الشافعي لأن النبي
صلى الله عليه وسلم ودى الأنصاري الذي قتل بخبير من بيت المال وروي ان
رجلا قتل في زحام في زمن عمر فلم يعرف قاتله فقال علي لعمر : يا امير
المؤمنين لا يطل دم امرىء مسلم فأدى ديته من بيت المال ولأن المسلمين
يرثون من لا وارث له فيعقلون عنه عند عدم عاقلته كعصباته ومواليه والثانية :
لا يجب ذلك لأن بيت المال فيه حق النساء والصبيان والمجانين والفقراء ومن
لا عقل عليه فلا يجب صرفه فيما لا يجب عليهم ولأن العقل على العصابات

وليس بيت المال عصابة ولا هو لعصابة هذا فأما قتيل الأنصار فغير لازم لأن ذلك قتيل اليهود وبيت المال لا يعقل عن الكفار بحال وإنما النبي صلى الله عليه وسلم تفضل بذلك عليهم وقولهم إنهم يرثونه قلنا : ليس صرفه الى بيت المال ميراثا بل هو فيء ولهذا يؤخذ مال من لا وارث له من أهل الذمة الى بيت المال ولا يرثه المسلمون ثم ان العقل لا يجب على الوراث اذا لم يكن عصابة ويجب على العصابة وان لم يكن وارثا فعلى الرواية الأولى اذا لم يكن له عاقلة أدبت الدية كلها عنه من بيت المال وان كان له عاقلة لا تحمل الجميع أخذ الباقي من بيت المال وهل يؤدي من بيت المال دفعة واحدة أو في ثلاث سنين ؟ على وجهين احدهما : في ثلاث سنين كما يؤخذ من العاقلة والثاني : يؤدي دفعة واحدة وهو الصحيح لأن النبي صلى الله عليه وسلم أدى دية الأنصاري دفعة واحدة وكذلك عمر ولأن الدية بدل متلف لا تؤديه العاقلة فيجب كله في الحال كسائر ابدال المتلفات وإنما أجل على العاقلة تخفيفا عنهم ولا حاجة الى ذلك في بيت المال ولهذا يؤدي الجميع

فصل : فإن لم يمكن الأخذ من بيت المال فليس على القاتل شيء وهذا أحد قولي الشافعي ولأن الدية لزممت العاقلة ابتداء بدليل أنها لا يطالب بها غيرهم ولا يعتبر تحملهم ولا رضاهم ولا تجب على غير من وجبت عليه كما لو عدم القاتل فإن الدية لا تجب على أحد كذا ههنا فعلى هذا إن وجد بعض العاقلة حملوا بقسطهم وسقط الباقي فلا يجب على أحد قال شيخنا : ويحتمل أن تجب في مال القاتل اذا تعذر حملها عنه وهذا القول الثاني لـ لشافعي لعموم قوله تعالى : { ودية مسلمة إلى أهله } ولأن قضية الدليل وجوبها على الجاني جبرا للمحل الذي فوته وإنما سقط عن القاتل لقيام العاقلة مقامه في جبر المحل فإذا لم يوجد ذلك بقي واجبا عليه بمقتضى الدليل ولأن الأمر دائر بين ان يطل دم المقتول وبين ايجاب ديته على المتلف لا يجوز الأول لأن فيه مخالفة الكتاب والسنة وقياس الشريعة فتعين الثاني ولأن إهدار الدم المضمون لا نظير له وايجاب الدية على قاتل الخطأ له نظائر وقد قالوا في المرتد : تجب الدية في ماله لما لم يكن عاقلة والذمي الذي لا عاقلة له تلزمه الدية ومن رمى سهما ثم أسلم أو كان مسلما فارتد أو كان عليه الولاء لموالي امه فأنجر الى موالي ابيه ثم اصاب سهمه انسانا فنقول في دار الإسلام معصوم تعذر حمل عاقلته عقله فوجب على قاتله كهذه الصور وهذا أولى من إهدار دماء الأحرار في غالب الأحوال فإنه لا يكاد يوجد عاقلة تحمل الدية كلها ولا سبيل الى الأخذ من بيت المال فتضيه الدماء وتفوت حكمة ايجاب الدية قولهم أن الدية تجب على العاقلة عنه ابتداء ممنوع وإنما تجب على القاتل ثم تحملها العاقلة وان سلنا وجوبها عليهم ابتداء لكن مع وجودهم اما مع عدمهم فلا يمكن القول بوجوبها عليهم ثم ما ذكره منقوض بما أبدناه من الصور فعلى هذا تجب الدية على القاتل إن تعذر حمل جميعها أو باقيها إن حملت العاقلة بعضها

فصل : ولو رمى ذمي صيدا ثم أسلم ثم اصاب السهم آدميا فقتله لم يعقله المسلمون لأنه لم يكن مسلما حال رميه ولا المعاهدون لأنه قتل مسلما فتكون الدية في مال الجاني وهكذا لو رمى وهو مسلم ثم ارتد ثم قتل السهم انسانا

لم يعقله أحد ولو جرح ذمي ذميا ثم أسلم الجارح ومات المجروح وكان أرش جراحه يزيد على الثلث فعقله على عصبته من أهل الذمة وما زاد على أرش الجرح لا يحمله احد ويكون في مال الجاني لما ذكرنا فإن لم يكن أرش الجرح مما تحمله العاقلة فجميع الدية على الجاني وكذلك الحكم اذا جرح مسلم ثم ارتد ويحتمل ان تحمل العاقلة الدية كلها في المسألتين لأن الجناية وجدت وهو ممن تحمل العاقلة جنايته ولهذا وجب القصاص في المسألة الأولى اذا قتله عمدا ويحتمل ان لا تحمل العاقلة شيئا لأن الأرش انما يستقر باندمال الجرح وسرايته

فصل : إذا تزوج عبد معتقه فاولدها اولادا فولأؤهم لمولى أمهم فإن جنى أحدهم فالعقل على مولى أمه لأنه عصبته ووارثه فإن عتق أبوه ثم سرت الجناية أو رمى بسهم فلم يقع السهم حتى عتق أبوه لم يحمل عقله أحد لأن موالي الأم قد زال ولأؤهم عنه قبل قتله وموالي الأب لم يكن لهم عليه ولاء حال جنايته فتكون الدية عليه في ماله إلا أن يكون أرش الجرح مما تحمله العاقلة منفردا فيخرج فيه مثل ما قلناه في المسألة التي قبلها

[جزء 9 - صفحة 653]

مسألة ولا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ثلث الدية ويكون ذلك في مال الجاني
مسألة : ولا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ثلث الدية ويكون ذلك في مال الجاني حالا إلا غرة الجنين إذا مات مع أمه فإن العاقلة تحملها مع دية أمه وإن ماتا منفردين لم تحملهما العاقلة لنقصهما عن الثلث
وجملة ذلك ان العاقلة لا تحمل العمد سواء كان ممن يجب القصاص فيه أو لا يجب ولا خلاف في أنها لا تحمل دية ما يجب فيه القصاص وأكثر أهل العلم على أنها لا تحمل العمد بحال وحكي عن مالك أنها تحمل الجنايات التي لا قصاص فيها كالمأمومة والجائفة وهذا قول قتادة لأنها جناية لا قصاص فيها فأشبهت جناية الخطأ
ولنا ما [روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : لا تحمل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا] وروي عن ابن عباس موقوفا ولم نعرف له في الصحابة مخالفا فيكون إجماعا ولأنها جناية عمد فلا تحملها العاقلة كالموجبة للقصاص وجناية الأب على ابنه ولأن حمل العاقلة انما يثبت في الخطأ لكون الجاني معذور تخفيفا عنه ومواساة له والعامد غير معذور فلا يستحق المواساة ولا التخفيف فلم يوجد فيه المقتضي وبهذا فارق العمد الخطأ ثم يبطل ما ذكروه بقتل الأب ابنه فإنه لا قصاص فيه ولا تحمله العاقلة
فصل : فإن اقتص بحديدة مسمومة فسرى الى النفس ففيه وجهان : احدهما : تحمله العاقلة لأنه ليس بعمد محض اشبه عمد الخطأ والثانية : لا تحمله لأنه

قتل بآلة يقتل نلها غالبا فأشبهه من له القصاص ولو وكل في استيفاء القصاص ثم عفا عنه فقتله الوكيل من غير علم بعفوه فقال القاضي : لا تحمله العاقلة لأنه عمد قتله وقال ابو الخطاب : تحمله لأنه لم يقصد الجناية ومثل هذا خطأ بدليل ما لو قتل في دار الحرب مسلما يظنه حربيا فإنه عمد قتله وهو أحد نوعي الخطأ وهذا أصح ولأصحاب الشافعي وجهان كهذين

فصل : ولا تحمل العاقلة العبد يعني اذا قتل العبد قاتل وجبت قيمته في مال القاتل ولا شيء على عاقلته خطأ كان أو عمدا وهذا قول ابن عباس و الشعبي و الثوري و مكحول و النخعي و البتي و مالك و الليث و ابن أبي ليلى و إسحاق و أبي ثور وقال عطاء و الزهري و الحكم و حماد و أبو حنيفة : تحمله العاقلة لأنه آدمي يجب بقتله القصاص والكفارة فحملت العاقلة بدله كالحر وعن الشافعي كالمذهبين ووافقنا أبو حنيفة في دية اطرافه

ولنا حديث ابن عباس ولأن الواجب فيه قيمة تختلف صفاته فلم تحمله العاقلة كسائر القيم ولأنه حيوان لا تحمل العاقلة دية اطرافه فلم تحمل الواجب في نفسه كالفرس

فصل : ولا تحمل الصلح ومعناه ان يدعي عليه القتل فينكره ويصالح المدعي على مال فلا تحمله العاقلة لأنه مال ثبت بمصالحته واختياره فلم تحمله العاقلة كالذي ثبت باعترافه وقال القاضي معناه أن يصالح الأولياء عن دم العمد الى الدية والتفسير الأول أولى لأن هذا عمد يستغنى عنه بذكر العمد وممن قال لا تحمل العاقلة الصلح ابن عباس و الزهري و الشعبي و الثوري و الليث و الشافعي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو حملته العاقلة أدى الى أن يصالح بمال غيره ويوجب عليه حقا بقوله

فصل : ولا تحمل الاعتراف وهو ان يقر الإنسان على نفسه بقتل خطأ او شبه عمد فتجب الدية عليه فلا تحمله العاقلة لا نعلم فيه خلافا وبه قال ابن عباس و الشعبي و الحسن و عمرو بن عبد العزيز و الزهري و الثوري و مالك و الأوزاعي و الشافعي و إسحاق و أصحاب الرأي وقد ذكرنا حديث ابن عباس فيه ولأنه لو وجب عليهم لوجب باقرار غيرهم ولا يقبل اقرار شخص على غيره ولأنه متهم في أن يوطىء من يقر له بذلك ليأخذ الدية من عاقلته فيقاسمه اباها اذا ثبت هذا فإنه يلزمه ما اعترف به وتجب الدية عليه حالة في ماله في قول الأكثرين وقال أبو ثور وابن عبد الحكم : لا يلزمه شيء ولا يصح اقراره لأنه مقر على غيره لا على نفسه ولأنه لم يثبت موجب اقراره فكان باطلا كما لو اقر على غيره بالقتل

ولنا قوله تعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله } ولأنه مقر على نفسه بالجناية الموجبة للمال فصح اقراره كما لو اقر بتلاف مال أو بما لا تحمل ديته العاقلة ولأنه محل مضمون فيضمن اذا اعترف به كسائر المحال وإنما سقطت عنه الدية في محل الوفاق لتحمل العاقلة لها فإذا لم تحملها وجبت عليه كجناية المرتد

فصل : ولا تحمل العاقلة ما دون الثلث وبهذا قال سعيد بن المسيب و عطاء و مالك و إسحاق و عبد العزيز ابن ابي سلمة وقال الزهري لا تحمل الثلث ايضا وقال الثوري و أبو حنيفة : تحمل السن والموضحة وما فوقهما لأن النبي صلى

الله عليه وسلم جعل الغرة التي في الجنين على العاقلة وقيمتها نصف عشر الدية ولا تحمل ما دون ذلك ولأنه ليس فيه أرش مقدر والصحيح عن الشافعي أنها تحمل القليل والكثير لأن من حمل الكثير حمل القليل كالجاني في العمد ولنا ما روي عن عمر رضي الله عنه انه قضى في الدية ان لا يحمل منها شيء حتى تبلغ عقل المأمومة ولأن مقتضى الأصل وجوب الضمان على الجاني لأنه موجب جنايته وبدل متلفه فكان عليه كسائر الجنایات والمتلفات وإنما خولف في الثلث تخفيفا عن الجاني لكونه كثيرا يحفف به قال النبي صلى الله عليه وسلم : [الثلث كثير] ففيما دونه على قضية الأصل ومقتضى الدليل وهذا حجة على الزهري لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل الثلث كثيرا فأما دية الجنين فلا تحملها العاقلة إلا إذا مات مع أمه من الضربة لكون ديتهما جيمعا موجب جناية تزيد على الثلث وان سلمنا وجوبها على العاقلة فلأنها دية آدمي كاملة

فصل : وتحمل العاقلة دية الطرف إذا بلغ الثلث وهو قول من سميينا في الفصل الذي قبل هذا وحكي عن الشافعي انه قال في القديم لا تحمل ما دون الدية لأن ذلك يجري مجرى ضمان الأموال بدليل انه لا يجب فيه كفارة ولنا قول عمر رضي الله عنه ولأن الواجب دية جناية على حر تزيد على الثلث فحملتها العاقلة كدية النفس ولأنه كثير يجب ضمانا لحر اشبه ما ذكرنا وما ذكره يبطل بما إذا جنى على الأطراف بما يوجب الدية أو زيادة عليها فصل : وتحمل العاقلة دية المرأة بغير خلاف بينهم فيها وتحمل من جراحها ما يبلغ ارشه ثلث دية الرجل كدية أنفها فأما ما دون ذلك كدية يدها فلا تحمله العاقلة وكذلك الحكم في دية الكتابي ولا تحمل دية المجوسي لأنها دون الثلث

[جزء 9 - صفحة 658]

مسألة وتحمل غرة الجنين
مسألة : وتحمل غرة الجنين
إذا مات مع امه فإن العاقلة تحملها مع دية أمه نص عليه لأن ديتهما وجبت في حال واحدة بجناية واحدة مع زيادتهما على الثلث فحملتهما العاقلة كالدية الواحدة ولا تحملها إن مات منفردا أو مات قبل موت أمه نص عليه أحمد لأنه دون الثلث

مسألة وتحمل جناية الخطأ عن الحر إذا بلغت الثلث
مسألة : وتحمل جناية الخطأ عن الحر إذا بلغت الثلث وحكي عن الشافعي : لا تحمل ما دون الدية وقد ذكرناه وذكرنا دليله

مسألة وقال ابو بكر ولا تحمل العاقلة شبه العمد ويكون في مال القاتل في ثلاث سنين
مسألة : وقال أبو بكر ولا تحمل العاقلة شبه العمد ويكون في مال القاتل في ثلاث سنين :

وهي رواية عن أحمد وبه قال ابن سيرين و الزهري والحارث العكلي و ابن شبرمة و قتادة و أبو ثور وهي على القاتل في ماله لأنها موجب فعل قصده فلم تحمله العاقلة كالعمد المحض ولأنها دية مغلظة فأشبهت دية العمد وهكذا يجب أن يكون مذهب مالك لأن شبه العمد عنده من باب العمد والثانية : تحملها العاقلة ذكرها الخرقى وهي ظاهر المذهب وبه قال الشعبي و النخعي و الحكم و الشافعي و الثوري و إسحاق وأصحاب الرأي و ابن المنذر لما [روى أبو هريرة قال : اقتلت امرأتان من هذيل فرمت إحداهما الأخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية المرأة على عاقلتها] متفق عليه ولأنه نوع قتل لا يوجب القصاص فوجب دية على العاقلة كالخطأ ويخالف العمد المحض فإنه يغلط من كل وجه لقصده الفعل و ارادته القتل وعمد الخطأ يغلط من وجه وهو الأسنان وهو قصده الفعل ويخف من وجه وهو كونه لم يرد القتل فاقتضى تغليظها من وجه وهو الأسنان وتخفيفها من وجه وهو حمل العاقلة لها وتأجيلها ولا نعلم خلافا بين أهل العلم في أنها تجب مؤجلة روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس وبه قال الشعبي و النخعي و قتادة وعبد الله بن عمر و مالك و الشافعي و إسحاق و أبو ثور و ابن المنذر وقد حكى عن قوم من الخوارج أنهم قالوا : الدية حالة لأنها بدل متلف ولم ينقل إلينا ذلك عن يعد خلافا والدية تخالف سائر المتلفات لأنها تجب على غير الجاني على سبيل المواساة له فاقتضت الحكمة تخفيفها عليهم وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما قضيا بالدية على العاقلة في ثلاث سنين ولا مخالف لهما في عصرهما فكان إجماعا

[جزء 9 - صفحة 659]

مسألة وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيحمل كل إنسان ما يسهل
مسألة : وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر لكن يرجع فيه إلى اجتهاد الحاكم فيحمل كل إنسان ما يسهل ولا يشق
وجملة ذلك أنه لا خلاف بين أهل العلم في أن العاقلة لا تكلف من العقل ما يجحف بها ويشق عليها لأنه لازم لها من غير جنايتها على سبيل المواساة للقاتل والتخفيف عنه فلا يخفف عن الجاني بما يثقل على غيره ويجحف به كالزكاة ولأنه لو كان الإجحاف مشروعاً كان الجاني أحق به لأنه موجب جنايته وجزاء فعله فإذا لم يشرع في حقه ففي حق غيره أولى واحتلف أهل العلم فيما يحمله كل واحد منهم فقال أحمد : يحملون على قدر ما يطيقون فعلى هذا لا

يتقدر شرعا وإنما يرجع فيه الى اجتهاد الحاكم فيفرض على كل واحد قدرا سهلا ولا يؤدي وهذا مذهب مالك لأن التقدير لا يثبت إلا بتوقيف ولا يثبت بالرأي والتحكم ولا نص في هذه المسألة فوجب الرجوع فيها الى اجتهاد الحاكم كمقادير النفقات وعن أحمد رواية أخرى : أنه يفرض على الموسر نصف مثقال لأنه أقل ما يتقدر في الزكاة فكان معتبرا بها ويجب على المتوسط ربع مثقال لأن ما دون ذلك تافه لكون اليد لا تقطع فيه بدليل قول عائشة رضي الله عنها : لا يقطع في الشيء التافه وما دون ربع دينار لا قطع فيه وهذا اختيار ابي بكر ومذهب الشافعي وقال أبو حنيفة أكثر ما يجعل على الواحد أربعة دراهم وليس لأقله حد لأن ذلك يجب على سبيل المواساة للقرابة فلم يتقدر أقله كالنفقة قال : ويسوى بين الغني والمتوسط لذلك والصحيح الأول لما ذكرنا من أن التقدير إنما يصار اليه بتوقيف فيها وإنما يختلف بالغنى والمتوسط كالزكاة والنفقة ولا يختلف بالبعد والقرب لذلك

[جزء 9 - صفحة 660]

مسألة : واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه فقال بعضهم : يتكرر الواجب في الأحوال الثلاثة فيكون الواجب فيها دينارا ونصفا وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار
مسألة : واختلف القائلون بالتقدير بنصف دينار وربعه فقال بعضهم : يتكرر الواجب في الأحوال الثلاثة فيكون الواجب فيها دينارا ونصفا وعلى المتوسط ثلاثة أرباع دينار
لأنه حق يتعلق بالحوال على سبيل المواساة فيتكرر بتكرر الحوال كالزكاة وقال بعضهم : لا يتكرر لأن في الإيجاب زيادة على النصف إيجاب الزيادة فيكون مضرا ويعتبر الغنى والمتوسط عند رأس الحوال لأنه حال الوجوب فاعتبر الحوال عنده كالزكاة وإن اجتمع من العاقلة في درجة واحدة عدد كثير قسم الواجب على جميعهم فيلزم الحاكم كل إنسان على حسب ما يراه وإن قل وعلى الوجه الآخر يجعل على المتوسط نصف ما على الغني وبعم بذلك جميعهم وهو أحد قولي الشافعي وقال في الآخر : يختص الحاكم من شاء منهم فيفرض عليهم هذا القدر الواجب لئلا ينقص عن القدر الواجب ويصير إلى الشيء التافه ولأنه يشق فرما أصاب كل واحد قيراط فيشق جمعه ولنا أنهم استووا في القرابة فكانوا سواء كما لو قلوا كالميراث وأما التعلق بمشقة الجمع فلا يصح لأن مشقة زيادة الواجب أعظم من الجمع ثم هذا تعلق بالحكمة من غير أصل يشهد لها فلا يترك لها الدليل ثم هي معارضة بحقه الواجب على كل واحد منهم وسهولة الواجب عليهم ثم لا يخلو من أن يخص الحاكم بعضهم بالاجتهاد أو بغير اجتهاد فإن خصه بالاجتهاد ففيه مشقة عليه وربما لا يحصل له معرفة الأولى منهم بذلك فيتعذر الإيجاب وإن خصه بالتحكم أفضى إلى أنه يتخير بين أن يوجب على إنسان شيئا بشهوته من غير دليل وبين

أن لا يوجب عليه ولا نظير له وربما ارتشى من بعضهم واتهم وربما امتنع من فرض عليه شيء من أدائه لكونه يرى مثله لا يؤدي مع التساوي من كل الوجوه

[جزء 9 - صفحة 661]

مسألة ويبدأ بالأقرب فالأقرب فمتى اتسعت أموال الأقربين لها لم يتجاوزهم وإلا ننقل إلى من يليهم
مسألة : ويبدأ بالأقرب فالأقرب فمتى اتسعت أموال الأقربين لها لم يتجاوزهم وإلا ننقل إلى من يليهم
وجملة ذلك أنه يبدأ في قسمة الدية بين العاقلة بالأقرب فالأقرب فيقسم على الإخوة وبنينهم والأعمام وبنينهم ثم أعمام الأب ثم بنينهم ثم أعمام الجد ثم بنينهم كذلك أبدا حتى إذا انقرض المناسبون فعلى المولى المعتق ثم على عصبته ثم على مولى المولى ثم على عصبته الأقرب فالأقرب كالميراث سواء وان قلنا الآباء والأبناء من العاقلة بدىء بهم لأنهم أقرب ومتى اتسعت أموال قوم للعقل لم يعدهم إلى من بعدهم لأنه حق يستحق بالتعصيب فقدم الأقرب فالأقرب كالميراث وولاية النكاح وهل يقدم من يدلي بالأبوين على من يدلي بالأب ؟
على وجهين أحدهما : يقدم كالميراث وكتقدم الأخ على ابنه والثاني : يستويان لأن ذلك يستفاد بالتعصيب ولا اثر لقرابة الأم في التعصيب والأول أولى ان شاء الله تعالى لأن قرابة الأم تؤثر في الترجيح والتقديم وقوة التعصيب لاجتماع القرابتين على وجه لا تنفرد كل واحدة بحكم وذلك لأن القرابتين تنقسم إلى ما ينفرد كل واحدة منهما بحكم كإبن العم اذا كان أخا لأم فإنه يرث بكل واحدة من القرابتين ميراثا منفردا يرث السدس بالأخوة ويرث بالتعصيب بنوة العم وحجب إحدى القرابتين لا يؤثر في حجب الأخرى فهذا لا يؤثر في قوة ولا ترجيح ولذلك لا يقدم ابن العم الذي هو أخ لأم على غيره وإلى ما لا تنفرد كل واحدة منهما بحكم كإبن العم من أبوين من ابن عم من اب لا تنفرد إحدى القرابتين بميراث عن الأخرى فتؤثر في الترجيح وقوة التعصيب ولذلك اثيرت في التقديم في الميراث فكذلك في غيره وبما ذكرنا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : يسوى بين القريب والبعيد ويقسم على جميعهم لأن النبي صلى الله عليه وسلم جعل دية المقتولة على عصابة القاتلة
ولنا أنه حكم بالتعصيب فوجب ان يقدم فيه الأقرب فالأقرب كالميراث والخبر لا حجة فيه لأننا نقسمه على الجماعة إذا لم يف به الأقرب فنحمله على ذلك

[جزء 9 - صفحة 663]

مسألة وإن تساوى جماعة في القرب وزع القدر الذي يلزمهم بينهم

مسألة : وإن تساوى جماعة في القرب وزع القدر الذي يلزمهم بينهم
لأنهم استووا في القرابة المقتضية للعقل عنه فتساووا في حكمه كسائر
الأحكام وقد ذكرنا ذلك في مسألة وما يحمله كل واحد من العاقلة غير مقدر
فصل : ولا يحمل العقل من لا يعرف نسبه من القاتل إلا أن يعلم أنهم من قوم
يدخلون كلهم في العقل ومن لا يعرف ذلك منه لا يحمل وإن كان من قبيلته فلو
كان القاتل قريشياً لم يلزم قريشياً كلهم التحمل فإن قريشياً وإن كانوا كلهم
يرجعون إلى أب واحد إلا أن قبائلهم تفرقت وصار كل قوم ينتسبون إلى أب
يتميزون به فيقل عنهم من يشاركونهم في نسبتهم إلى الأب الأدنى ألا ترى أن
الناس كلهم بنو آدم فهم راجعون إلى أب واحد لكن إن كان من فخذ يعلم أن
جميعهم يتحملون وجب إن يتحمل جميعهم سواء عرف أحدهم أو لم يعرف
للعمل بأنه متحمل على أي وجه كان وإن لم يثبت نسب القاتل من أحد فالدية
في بيت المال لأن المسلمين يرثونه إذا لم يكن وارث بمعنى أنه يؤخذ ميراثه
لبيت المال فلذلك يعقلونه على هذا الوجه فإن وجد له من يحمل بعض العقل
فالباقى في بيت لذلك فإن قيل فهذا ينتقض بالذمي الذي لا وارث له فإن
ميراثه لبيت المال ولا يعقلون عنه قلنا إنما لم يعقلوا عنه لوجود المانع وهو
اختلاف الدين ولذلك لا يعقله عصبته المسلمون

[جزء 9 - صفحة 664]

مسألة وما تحمله العاقلة يجب مؤجلاً في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه إن كان
دية كاملة
مسألة : وما تحمله العاقلة يجب مؤجلاً في ثلاث سنين في كل سنة ثلثه إن كان
دية كاملة
لا خلاف بين أهل العلم في أن دية الخطأ على العاقلة حكاها ابن المنذر وأنها
مؤجلة في ثلاث سنين فإن عمر وعلياً رضي الله عنهما جعلتا دية الخطأ على
العاقلة في ثلاث سنين ولا نعرف لهما في الصحابة مخالفاً واتبعهم أهل العلم
على ذلك لأنه مال يجب على سبيل المواساة فلم يجب حالاً كالزكاة ويجب في
آخر كل حول ثلثها ويعتبر ابتداء السنة من حين وجوب الدية وبهذا قال
الشافعي وقال أبو حنيفة ابتداءها من حين حكم الحاكم لأنها مدة مختلف فيها
فكان ابتداءها من حين حكم الحاكم كمدة العنة
ولنا أنه مال مؤجل فكان ابتداء أجله من حين وجوبه كالدين المؤجل والسلام ولا
نسلم الخلاف فيها فإن الخوارج لا يعتد بخلافهم

مسألة وإن كان الواجب ثلث الدية وجب في رأس الحول الأول وإن كان نصفها
كدية اليد وجب في رأس

مسألة : وإن كان الواجب ثلث الدية وجب في رأس الحول الأول وإن كان نصفها كدية اليد وجب في رأس الحول الأول الثلث وباقيه في رأس الحول الثاني وإن كان دية امرأة أو كتابي فكذلك ويحتمل أن يقسم في ثلاث سنين وإن كان أكثر من دية كما لو جنى عليه فأذهب سمعه وبصره لم يزد في كل حول على الثلث

وجملة ذلك أن الواجب إذا كان دية كاملة فإنها تقسم في ثلاث سنين في كل سنة ثلثها سواء كانت دية النفس أو دية الطرف كدية جدع الأنف والأذنين وإن كان دون الدية نظرنا فإن كان الثلث كدية المأمومة وجب في آخر السنة الأولى ولم يجب منه شيء حال لأن العاقلة لا تحمل حالا وإن كان نصف الدية أو ثلثها كدية اليد أو دية المنخرين وجب الثلث في آخر السنة الأولى والباقي في آخر السنة الثانية وإن كان أكثر من دية مثل ان ذهب سمع إنسان وبصره ففي كل سنة ثلث لأن الواجب لو كان دون الدية لم ينقص في السنة عن الثلث فكذلك لا يزيد عليه إذا على الثلث وإن كان الواجب بالجناية على اثنين وجب لكل واحد ثلث في كل سنة لأن كل واحد له دية فيستحق ثلثها كما لو انفرد حقه وإن كان الواجب دون الثلث الدية كدية الأصعب لم تحمله العاقلة لأنها لا تحمل ما دون الثلث ويجب حالا لأنه متلف لا تحمله فكان حالا كالجناية على المال

[جزء 9 - صفحة 665]

مسألة فإن كانت الدية ناقصة كدية المرأة والكتابي ففيها وجهان
مسألة : فإن كانت الدية ناقصة كدية المرأة والكتابي ففيها وجهان :
أحدهما : تنقسم في ثلاث سنين بدل النفس فأشبهت الدية الكاملة والثاني :
يجب منها في العام الأول قدر ثلث الدية الكاملة وباقيها في العام الثاني لأن
هذه تنقص عن الدية فلم تنقسم في ثلاث سنين كأرش الطرف وهذا مذهب
ابي حنيفة ولا لشافعي كالوجهين فإن كانت الدية لا تبلغ ثلث الدية الكاملة كدية
المجوسي وهي ثمانمائة درهم ودية الجنين وهي خمس من الإبل لم تحمله
العاقلة لأنه ينقص عن الثلث فأشبهه دية السن والموضحة إلا ان يقتل الجنين مع
امه فتحمله العاقلة لأنها جناية واحدة وتكون دية الأم على الوجهين فإن قلنا هي
في عامين كانت دية الجنين واجبة مع ثلث دية الأم في العام الأول لأنها دية
أخرى ويحتمل ان يجب مع باقي دية الأم في العام الثاني إن قلنا دية الأم في
ثلاث سنين فهل تجب دية الجنين في ثلاثة أعوام أو لا ؟ على وجهين : فإذا قلنا
بوجوبها في ثلاث سنين وجبت في السنين التي وجبت فيها دية الأم لأنهما ديتان
لمستحقين فيجب في كل سنة ثلث ديتها وثلث ديته ويحتمل ان تجب في ثلاث
سنين أخرى لأن تلفهما موجب جناية واحدة

[جزء 9 - صفحة 666]

مسألة وابتداء الحول في الجرح من حين الاندمال وفي القتل من حين الموت
وقال القاضي إن لم يسر الجرح الى
مسألة : وابتداء الحول في الجرح من حين الاندمال وفي القتل من حين الموت
وقال القاضي : إن لم يسر الجرح الى شيء فحوله من حين القطع
وجملة ذلك أنه إذا كان الواجب دية نفس فابتداء حولها من حين الموت سواء
كان قتيلا موجبا او عن سراية جرح وإن كان الواجب دية جرح نظرت فإن كان
عن جرح اندمل من غير سراية مثل ان قطع يده فبرأت بعد مدة فابتداء المدة
من حين القطع لأن تلك حالة الوجوب ولهذا لو قطع يده وهو ذمي فأسلم ثم
اندملت وجب نصف دية يهودي وأما إن كان الجرح ساريا مثل أن قطع أصبعه
فسرى ذلك الى كفه ثم اندمل فابتداء المدة من حين الاندمال لأنها إذا سرت
فما استقر الأرش إلا من حين الاندمال هكذا ذكره القاضي وأصحاب الشافعي
وقال أبو الخطاب : تعتبر من حين الاندمال فيهما لأن الأرش لا يستقر إلا
بالاندمال فيهما

مسألة ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر سقط ما عليه وإن مات بعد
الحول لم يسقط ما عليه
مسألة : ومن مات من العاقلة قبل الحول أو افتقر سقط ما عليه وإن مات بعد
الحول لم يسقط ما عليه
من مات من العاقلة أو افتقر أو جن قبل الحول لم يلزمه شيء لا نعلم في هذا
خلافاً لأنه مال يجب في آخر الحول على سبيل المواساة فأشبه الزكاة وإن كان
ذلك بعد الحول لم يسقط الواجب وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة يسقط
بالموت لأنه خرج عن أهلية الوجوب فأشبه ما لو مات قبل الحول
ولنا أنه حق تدخله النيابة لا يملك إسقاطه في حياته فأشبه الديون وفارق ما
قبل الحول لأنه لم يجب ولم يستمر الشرط الى حين الوجوب فأما ان كان
فقيرا عند القتل فاستغنى عند الحول فقال القاضي يجب عليه لأنه وجد وقت
الوجوب وهو من أهله ويخرج على هذا من كان صبيا فبلغ أو مجنونا فأفاق عند
الحول وجب عليه لذلك ويحتمل أن لا يجب لأنه لم يكن من لأهل الوجوب حالة
السبب فلم يثبت الحكم فيه حالة الشرط كالكافر إذا ملك ما لا ثم أسلم عند
الحول لم تلزمه الزكاة فيه

[جزء 9 - صفحة 667]

مسألة وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة
مسألة : وعمد الصبي والمجنون خطأ تحمله العاقلة

لأنه لم يتحقق منه كمال القصد فتحمله العاقلة كشيء العمد ولأنه قتل لا يوجب القصاص لأجل العذر فأشبهه الخطأ وعنه في الصبي العاقل أن عمدته في ماله وهو أحد قولي الشافعي لأنه عمد يجوز تأديبه عليه فأشبهه القتل من البالغ والأول أولى وما ذكروه ينتقض بشبه العمد والله سبحانه وتعالى أعلم

باب كفارة القتل

من قتل نفساً محرمة خطأ أو ما أجري مجرى الخطأ أو شارك فيها أو ضرب بطن امرأة فألقت جنيناً ميتاً أو حياً ثم مات فعليه الكفارة الأصل في الكفارة القتل قوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة } الآية وأجمع أهل العلم على أن على القاتل خطأ كفارة سواء كان المقتول ذكراً أو أنثى ويجب في قتل الصغير والكبير سواء باشره بالقتل أو تسبب إلى قتله بسبب تضمن به النفس كحفر البئر ونصب السكين وشهادة الزور وبهذا قال مالك و الشافعي وقال أبو حنيفة : لا تجب بالتسبب لأنه ليس بقتل ولأنه ضمن بدله بغير مباشرة القتل فلم تلزمه الكفارة كالعاقلة ولنا أنه كالمباشرة في الضمان فكان كالمباشرة في الكفارة ولأنه سبب لإتلاف الأدمي يتعلق به ضمان فتعلقت به الكفارة كما لو كان راكباً فأوطأ دابته إنساناً وقياسهم ينتقض بالأب إذا أكره إنساناً على قتل ابنه فإن الكفارة تجب عليه من غير مباشرة وفارق العاقلة فإنها تحمل من غيرها ولم يصدر منها قتل ولا تسبب إليه وقولهم ليس بقتل ممنوع قال القاضي ويلزم الشهود الكفارة سواء قالوا : أخطأنا أو عمدنا وهذا يدل على أن القتل بالسبب تجب به الكفارة بكل حال ولا يعتبر فيه الخطأ والعمد لأنه وإن قصد اقتل فهو جار مجرى الخطأ في أنه لا يجب به القصاص

مسألة : ومن شارك في قتل يوجب الكفارة لزمته كفارة ويلزم كل واحد من شركائه كفارة

هذا قول أكثر أهل العلم منهم الحسن و عكرمة و النخعي و الثوري و مالك و الشافعي وأصحاب الرأي وعن أحمد أن علي المشركين كفارة واحدة حكاه أبو الخطاب وهو قول أبي ثور وحكي عن الأوزاعي وحكاه أبو علي الطبري عن الشافعي وأنكره سائر أصحابه واحتج لمن أوجب كفارة واحدة بقوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة } ومن تناول الواحد والجماعة ولم يوجب إلا كفارة واحدة ودية والدية لا تتعدد فكذلك الكفارة وإنها كفارة قتل فلم تتعدد بتعدد القاتلين إذا كان المقتول واحداً ككفارة الصيد الحرامي ولنا أنها لا تتبعض وهي من موجب قتل الأدمي فكمملت في حق كل واحد من المشتركين كالقصاص وتخالف كفارة الصيد فإنها تجب بدلاً ولهذا تجب في إبعاضه فكذلك الدية

مسألة ولو ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا أو حيا ثم مات فعليه الكفارة
مسألة : ولو ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا أو حيا ثم مات فعليه الكفارة
تجب الكفارة بإلقاء الجنين الميت إذا كان من ضرب بطنها وبه قال الحسن و
عطاء و الزهري و النخعي و الحكم و مالك و الشافعي و إسحاق وقال ابو
حنيفة لا تجب وقد مضت هذه المسألة في دية الجنين

مسألة مسلما كان المقتول أو كافرا حرا أو عبدا
مسألة : مسلما كان المقتول أو كافرا حرا أو عبدا
تجب الكفارة بقتل الكافر المضمون سواء كان ذميا أو مستأمنا وبهذا قال أكثر
أهل العلم وقال الحسن و مالك : لا كفارة فيه لقول الله تعالى : { ومن قتل
مؤمنا خطأ } فمفهومه انه لا كفارة في غيره
ولنا قوله تعالى : { وإن كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة إلى أهله
وتحرير رقبة مؤمنة } والذمي له ميثاق وهذا منطوق يقدم على دليل الخطاب
ولأنه آدمي مقتول ظلما فوجبت الكفارة بقتله كالمسلم

[جزء 9 - صفحة 669]

مسألة وتجب الكفارة بقتل العبد
مسألة : وتجب الكفارة بقتل العبد
وبه قال أبو حنيفة و الشافعي وقال مالك : لا تجب لأنه مضمون بالقيمة أشبه
البيهية
ولنا عموم قوله تعالى : { ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة } ولأنه
يجب القصاص بقتله فتجب الكفارة به كالحر ولأنه مؤمن فأشبهه الحر ويفارق
البهائم بذلك

مسألة وسواء كان القاتل كبيرا عاقلا أو صبيا أو مجنونا حرا أو عبدا
مسألة : وسواء كان القاتل كبيرا عاقلا أو صبيا أو مجنونا حرا أو عبدا
إذا كان القاتل صبيا مجنونا وجبت الكفارة في أموالهما وكذلك الكافر تجب
عليه الكفارة وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : لا كفارة على واحد منهم
لأنها عبادة محضة تجب بالشرع فلا تجب على الصبي والمجنون والكافر
كالصوم والصلاة وقياسا على كفارة اليمين
ولنا أنه حق مالي يتعلق بالقتل فتعلقت بهم كالدبة ويفارق الصوم والصلاة
فإنهما عبادتان بدنيتان وهذه مالية أشبهت نفقة الأقارب وأما كفارة اليمين فلا
تجب على الصبي والمجنون لأنها تتعلق بالقول ولا قول لهما وهذه تتعلق

بالفعل وفعلهما متحقق قد أوجب الضمان عليهما ويتعلق بالفعل ما لا يتعلق بالقول بدليل أن العتق يتعلق باحبالهما دون اعتاقهما بقولهما وأما الكافر فتجب عليه وتكون عقوبة له كالحدود والحر والعبد سواء لدخولهما في عموم الآية

مسألة ويكفر العبد بالصيام لأنه لا مال له وقد ذكرنا كفارة العبد فيما مضى
مسألة : ويكفر العبد بالصيام لأنه لا مال له وقد ذكرنا كفارة العبد فيما مضى
فصل : ومن قتل في دار الحرب مسلماً يعتقد كافرًا أو رمى إلى صف الكفارة فأصاب فيهم مسلماً فقتله فعليه كفارة لقوله تعالى : { فإن كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة }

[جزء 9 - صفحة 670]

مسألة فأما قتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغي والصائل فلا كفارة فيه
مسألة : فأما القتل المباح كالقصاص والحد وقتل الباغي والصائل فلا كفارة فيه

وجملة ذلك أن كل قتل مباح لا كفارة فيه كقتل الحربي والباغي والزاني المحصن والقتل قصاصاً وحداً لأنه قتل مأمور به والكفارة لا تجب لمحو المأمور به وأما الخطأ فلا يوصف بتحريم ولا إباحة لأنه كقتل المجنون والبهيمة لكن النفس الذاهبة به معصومة محرمة فلذلك وجبت الكفارة فيها وقال قوم الخطأ محرم لا إثم فيه وقيل ليس بمحرم لأن المحرم ما إثم فاعله وقوله تعالى : { وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمناً إلا خطأ } هذا استثناء منقطع وإلا في موضع لكن والتقدير لكن قد يقتله خطأ وقيل : إلا بمعنى ولا أي ولا خطأ وهذا يبعد لأن الخطأ لا يتوجه إليه النهي لعدم إمكان التحرز منه وكونه لا يدخل تحت الوسع ولأنها لو كانت بمعنى ولا لكانت عاطفة للخطأ على ما قبله وليس قبله ما يصلح عطفه عليه فأما قتل نساء أهل الحرب وصبيانهم فلا كفارة فيه لأنهم ليس لهم أيمان ولا أمان وإنما منع من قتلهم لانتفاع المسلمين بهم لكونهم يصيرون بالسبي رقيقاً ينتفع بهم وكذلك قتل من لم تبلغه الدعوة لا كفارة فيه لذلك ولذلك لم يضمنوا بشيء فأنشبهوا من قتله مباح

فصل : ومن قتل نفسه خطأ وجبت الكفارة في ماله وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة لا تجب لأن ضمان نفسه لا يجب فلم تجب الكفارة به كقتل نساء أهل الحرب وصبيانهم ووجه الأول عموم قوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقبة مؤمنة } ولأنه آدمي مقتول خطأ فوجبت الكفارة على قاتله كما لو قتله غيره قال شيخنا : وقول أبي حنيفة أقرب إلى الصواب إن شاء الله تعالى فإن عامر بن الأكوع قتل نفسه خطأ فلم يأمر النبي صلى الله عليه وسلم فيه بكفارة فأما قوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ } فإنما أريد بها إذا

قتل غيره بدليل قوله : { ودية مسلمة إلى أهله } وقاتل نفسه لا تجب فيه دية
بدليل قتل عامر بن الأكوع

[جزء 9 - صفحة 671]

مسألة وفي العمد وشبهه روايتان
مسألة : وفي العمد وشبهه روايتان إحداهما : لا كفارة فيه اختارها أبو بكر
والقاضي والأخرى فيه الكفارة
المشهور في المذهب أنه لا كفارة في قتل العمد وبه قال مالك و الثوري و
مالك و أبو ثور و ابن المنذر وأصحاب الرأي وعن أحمد رواية أخرى تجب فيه
الكفارة وحكي ذلك عن الزهري وهو قول الشافعي لما [روى وأثله بن الأسقع
قال : أتينا النبي صلى الله عليه وسلم بصاحب لنا قد أوجب بالقتل فقال :
اعتقوا عنه رقية يعتق الله بكل عضو منها عضوا منه من النار] ولأنها إذا وجبت
في قتل الخطأ ففي العمد أولى لأنه أعظم جرماً وحاجته الى تكفير ذنبه أعظم
ولنا مفهوم قوله تعالى : { ومن قتل مؤمناً خطأ فتحرير رقية مؤمنة } ثم ذكر
قتل العمد فلم يوجب فيه كفارة وجعل جزاءه جهنم فمفهومه أنه لا كفارة فيه
و [روي أن سويد بن الصامت قتل رجلاً فأوجب النبي صلى الله عليه وسلم
القوم ولم يوجب كفارة] وعمرو بن أمية الضمري قتل رجلين كانا في عهد
النبي صلى الله عليه وسلم فوداهما النبي صلى الله عليه وسلم ولم يأمره
بكفارة ولأنه فعل يوجب القتل فلا يوجب كفارة كزنا المحصن وحديث وأثله
يحتمل أنه كان خطأ وسماه موجبا أي فوت النفس بالقتل ويحتمل أنه كان شبه
عمد ويحتمل أنه أمرهم بالإعتاق تبرعاً ولذلك أمر غير القاتل بالإعتاق وما
ذكروه من المعنى لا يصح لأنها وجبت في الخطأ لتمحو إثمه لكونه لا يخلو من
تفريط فلا يلزم من ذلك إيجابها في موضع عظم الإثم فيه بحيث لا يرتفع بها إذا
ثبت هذا فلا فرق بين العمد الموجب للقصاص وما لا قصاص فيه كقتل الوالد
ولده والسيد عبده والحر العبد والمسلم الكافر لأن هذا من أنواع العمد
فصل : فأما شبه العمد : فقال شيخنا تجب فيه الكفارة ولم أعلم لأصحابنا فيه
قولا لكن مقتضى الدليل ما ذكرناه لأنه أجري مجرى الخطأ في نفي القصاص
وحمل العاقلة ديته وتأجيلها في ثلاث سنين فجرى مجراه في وجوب الكفارة
ولأن القاتل إنما لم يحمل شيئاً من الدية لتحمله الكفارة فلو لم تجب عليه
الكفارة لحمل من الدية لئلا يخلو القاتل عن وجوب شيء أصلاً ولم يرد الشرع
بهذا وقد ذكر في الكتاب المشروح رواية أنه كالعمد لأن ديته مغلظة وهي
اختيار أبي بكر لأن عنده أن الدية فيه يحملها القاتل فقد اشبه العمد في ذلك
فكان حكمه حكمه

فصل : وكفارة القتل عتق رقية مؤمنة بنص القرآن سواء كان القاتل أو
المقتول مسلماً أو كافراً فإن لم يجدها في ملكه فاضلة عن حاجته أو يجد ثمنها
فاضلاً عن كفايته فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وهذا ثابت بالنص أيضاً

فإن لم يستطع ففيه روايتان إحداهما : يثبت الصيام في ذمته ولا يجب شيء
آخر لأن الله تعالى لم يذكره ولو وجب لذكره والثانية : يجب إطعام ستين
مسكينا عند العجز عن الصوم ككفارة الظهر والفطر في رمضان وإن لم يكن
مذكورا في نص القرآن فقد ذكر ذلك في نظيره فيقاس عليه فعلى هذه
الرواية إن عجز عن الإطعام ثبت في ذمته حتى يقدر عليه ولا الشافعي في هذا
قولان كالروايتين والله أعلم