

المغنى

لَمُؤَفِّقِ الدِّينِ أُمِّي مُحَمَّدٍ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ أَحْمَدَ بْنِ مُحَمَّدٍ بْنِ قُدَّامَةَ
الْمَقْدِسِيِّ الْجَمَاعِيِّ الدَّمَشْقِيِّ الصَّالِحِيِّ الْحَنْبَلِيِّ

٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

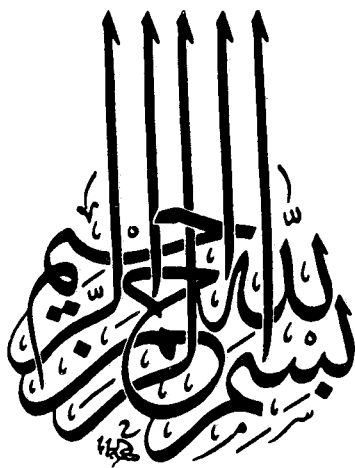
الدكتور

عبد بن عبد المحسن الترمكي

الجزء الحادي عشر

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

حقوق الطبع محفوظة
الطبعة الأولى
١٤٠٦ هـ = ١٩٨٦ م
الطبعة الثانية
١٤١٢ هـ = ١٩٩٢ م
الطبعة الثالثة
١٤١٧ هـ = ١٩٩٧ م
مصححة ، منقحة



العليا - غرب مؤسسة التحلية - ت : ٤٦٥١٦٨٩ / ٤٦٣١٧٢٢
ص . ب . : ٦٤٦٠ - الرياض ١١٤٤٢ - تليفاكس : ٤٦٣١٣٣٦
المملكة العربية السعودية

دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإيلاء

الإيلاء في اللغة: الحلف . يقال: آلى يولى إيلاءً وأليته . وجمع الألية ألياء ، قال الشاعر^(١) :

قَلِيلُ الْأَلْيَاءِ حَافِظٌ لِيَمِينِهِ إِذَا صَدَرَتْ مِنْهُ الْأَلِيَّةُ بَرَّتْ

/ ويُقال: تَأَلَّى يَتَأَلَّى . وفي الخبر: « مَنْ يَتَأَلَّ عَلَى اللَّهِ يُكَذِّبُهُ » . فأما الإيلاء في الشرع ، فهو الحلف على ترك وطء المرأة . والأصل فيه قول الله تعالى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾^(٢) . وكان أبي بن كعب وابن عباس يقرآن : « يُقْسِمُونَ »^(٣) .

١٢٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَالْمَوْلَى الَّذِي يَخْلِفُ بِاللَّهِ عَزَّ وَجَلَّ أَنْ لَا يَطَّأَ زَوْجَتَهُ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ)

وجعلته أن شروط الإيلاء أربعة ؛ أحدها ، أن يخلف بالله تعالى أو بصفة من صفاته . ولا خلاف بين أهل العلم في أن الحلف بذلك إيلاء . فأما إن حلف على ترك الوطء بغير هذا ، مثل أن حلف بطلاق ، أو عتاق ، أو صدقة المال ، أو الحج ، أو الظهار ، ففيه روايتان ؛ أحدهما ، لا يكون مؤلًا . وهو قول الشافعي القديم . والرواية الثانية ، هو مؤل . وروى عن ابن عباس ، أنه قال : كل يمين منعت جماعها ، فهي إيلاء^(٤) .

(١) البيت لكثير عزة . ديوانه ٣٢٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر : تفسير القرطبي ٣ / ١٠٢ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب كل يمين منعت الجماع ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٨١ .

وبذلك قال الشَّعْبِيُّ، والنَّخَعِيُّ، ومَالِكٌ، وأَهْلُ الْحِجَازِ، والثَّوْرِيُّ، وأَبُو حَنِيفَةَ، وأَهْلُ الْعِرَاقِ، والشَّافِعِيُّ، وأَبُو ثَوْرٍ، وأَبُو عُبَيْدٍ، وغيرُهم ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مَنَعَتْ جَمَاعَهَا فَكَانَتْ إِيلَاءً، كَالْحَلِفِ بِاللَّهِ تَعَالَى، وَلِأَنَّ تَعْلِيْقَ الطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ عَلَى وَطْئِهَا حَلْفٌ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ قَالَ : مَتَى حَلَفْتُ بِطَلَاكِكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . طَلَّقْتُ فِي الْحَالِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : كُلُّ يَمِينٍ مِنْ حَرَامٍ أَوْ غَيْرِهَا، يَجِبُ بِهَا كَفَّارَةٌ، يَكُونُ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا . وَأَمَّا الطَّلَاقُ وَالْعَتَاقُ، فَلَيْسَ الْحَلْفُ بِهِ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقٌّ آدَمِيٌّ، وَمَا أُوجِبَ كَفَّارَةٌ تَعَلَّقَ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى . وَالرَّوَايَةُ الْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ ؛ لِأَنَّ الْإِيلَاءَ الْمُطْلَقَ إِنَّمَا هُوَ الْقَسَمُ، وَهَذَا قَرَأَ أَبُو أَبِي وَابْنُ عَبَّاسٍ : « يُقْسِمُونَ » . مَكَانَ : ﴿ يُؤْلُونَ ﴾ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي تَفْسِيرِ ﴿ يُؤْلُونَ ﴾ . قَالَ : يَحْلِفُونَ بِاللَّهِ . هَكَذَا ذَكَرَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ . وَالتَّعْلِيْقُ بِشَرْطٍ لَيْسَ بِقَسَمٍ، وَهَذَا لَا يُؤْتَى فِيهِ بِحَرْفِ الْقَسَمِ، وَلَا يُجَابُ بِجَوَابِهِ، وَلَا يَذْكُرُهُ أَهْلُ الْعَرَبِيَّةِ فِي بَابِ الْقَسَمِ، فَلَا يَكُونُ إِيلَاءً، وَإِنَّمَا يُسَمَّى حَلْفًا تَجَوُّزًا، لِمُشَارَكَةِ الْقَسَمِ فِي الْمَعْنَى الْمَشْهُورِ فِي الْقَسَمِ، وَهُوَ الْحَثُّ عَلَى الْفِعْلِ أَوْ الْمَنْعُ مِنْهُ، أَوْ تَوْكِيدُ الْحَبَرِ، وَالْكَلَامُ عِنْدَ إِطْلَاقِهِ لِحَقِيقَتِهِ؛ وَبَدَلُ عَلَى هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٢) . وَإِنَّمَا يَدْخُلُ الْغُفْرَانُ فِي الْيَمِينِ بِاللَّهِ . وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ / : « مَنْ حَلَفَ بِغَيْرِ اللَّهِ فَقَدْ أَشْرَكَ » ^(٣) . وَقَوْلُهُ : « إِنْ اللَّهَ يَنْهَاكُمْ أَنْ تَحْلِفُوا بِآبَائِكُمْ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّ غَيْرَ

ظ ٥٨/٨

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) أخرجه الترمذى ، فى : باب حدثنا قتيبة ، حدثنا أبو خالد ... ، من كتاب النذور . عارضة الأحوذى ١٨ / ٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١ / ٤٧ ، ٢ / ٣٤ ، ٦٩ ، ٨٧ ، ١٢٥ .

(٤) أخرجه البخارى ، فى : باب أيام الجاهلية ، من كتاب مناقب الأنصار ، وفى : باب من لم ير إكفار من قال ذلك متأولاً أو جاهلاً ، من كتاب الأدب ، وفى : باب لا تحلفوا بآبائكم ، من كتاب الأيمان ، وفى : باب السؤال بأسماء الله تعالى والاستعاذة بها ، من كتاب التوحيد ، صحيح البخارى ٥ / ٥٣ ، ٨ / ٣٣ ، ١٦٤ ، ٩ / ١٤٧ . ومسلم ، فى : باب النهى عن الحلف بغير الله تعالى ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٧ ، ١٢٦٦ . كما أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى كراهية الحلف بغير الله ، وباب حدثنا قتيبة ، من كتاب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٦ - ١٨ . والنسائى ، فى : باب التشديد فى الحلف بغير الله تعالى ، وباب الحلف بالآباء ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٧ / ٤ ، ٥ . وابن ماجه ، فى : باب النهى أن يحلف بغير الله ، =

الْقَسَمِ حَلْفٌ ، لَكِنْ الْحَلْفُ بِإِطْلَاقِهِ إِنَّمَا يَنْصَرِفُ إِلَى الْقَسَمِ ، وَإِنَّمَا يُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِ الْقَسَمِ بِدَلِيلٍ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْقَسَمَ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ لَا يَكُونُ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةً وَلَا شَيْئًا يَمْنَعُ مِنَ^(٥) الْوُطْءِ ، فَلَا يَكُونُ إِيلَاءً ، كَالْحَبْرِ بِغَيْرِ قَسَمٍ^(٦) . وَإِذَا قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فَلَا يَكُونُ مُوَلِيًّا^(٧) إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ بِمَا يَلْزَمُهُ بِالْحِنْثِ فِيهِ^(٨) حَقٌّ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ . أَوْ : فَأَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَى^(٩) كَظْهَرِ أُمِّي . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ سَنَةٍ أَوْ الْحَجِّ أَوْ صَدَقَةٍ . فَهَذَا يَكُونُ إِيلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ بَوَاطُئُهَا حَقٌّ يَمْنَعُهُ مِنْ وَطِئِهَا خَوْفُهُ مِنْ وَجُوبِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ بِالْوُطْءِ حَقٌّ ، وَلَا يَصِيرُ قَازِفًا بِالْوُطْءِ ؛ لِأَنَّ الْقَذْفَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَصِيرَ زَانِيَةً بِوُطْئِهَا ، كَمَا لَا تَصِيرُ زَانِيَةً بِطُلُوعِ الشَّمْسِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ هَذَا الشَّهْرِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا بَعْدَ مُضِيِّهِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ حَقٌّ ، فَإِنَّ صَوْمَ هَذَا الشَّهْرِ لَا يَتَصَوَّرُ بَعْدَ مُضِيِّهِ ، فَلَا يُلْزَمُ بِالنَّذْرِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى صَوْمِ أُمْسٍ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى أَنْ أَصَلِّيَ عَشْرِينَ رَكْعَةً . كَانَ مُوَلِيًّا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مَالٌ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِمَالٍ ، فَلَا يَكُونُ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَى أَنْ أَكْتُبَ فِي السُّوْقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الصَّلَاةَ تَجِبُ بِالنَّذْرِ ، فَكَانَ الْحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَالصَّوْمِ وَالْحَجِّ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(١٠) لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الصَّلَاةَ تَخْتِاجُ إِلَى الْمَاءِ وَالسُّتْرَةِ . وَأَمَّا الْمَشْنِيُّ فِي السُّوْقِ ، فَمِقْيَاسُ الْمَذْهَبِ عَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛

= من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٧٧ . والإمام مالك ، في : باب جامع الأيمان ، من كتاب النذور والأيمان . الموطأ ٢ / ٤٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ٧ ، ٨ ، ١١ ، ١٧ ، ٢٠ ، ٤٨ ، ٧٦ ، ٥ / ٦٢ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : « القسم » .

(٧) في م : « مواليا » .

(٨) في الأصل : « فيكون » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) في م : « ذكره » .

لأنه يلزمه بالحنث في هذا النذر أحد شيئين ؛ إما الكفارة ، وإما المشئ ، فقد صار الحنث موجباً لحق عليه ، فعلى هذا يكون مولياً بنذر فعل المباحات والمعاصي أيضاً ، فإن نذر المعصية موجب للكفارة في ظاهر المذهب ، وإن سلمنا ، فالفرق بينهما أن المشئ لا يجب بالنذر ، بخلاف مسألتنا . وإذا استثنى في يمينه ، لم يكن مولياً في قول الجميع ؛ لأنه لا يلزمه كفارة بالحنث ، فلم يكن الحنث موجباً لحق عليه . وهذا إذا كانت اليمين بالله تعالى ، أو كانت يميناً مكفرةً ، فأما الطلاق والعتاق ، فمن جعل الاستثناء فيهما غير مؤثر ، فوجوده كعدمه / ، ويكون مولياً بهما ، سواء استثنى أو لم يستثن .

فصل : الشرط الثاني ، أن يخلف على ترك الوطء أكثر من أربعة أشهر . وهذا قول ابن عباس ، وطاوس ، وسعيد بن جبير ، ومالك ، والأوزاعي ، والشافعي ، وأبي ثور ، وأبي عبيد^(١١) . وقال عطاء ، والثوري ، وأصحاب الرأي : إذا حلف على أربعة أشهر فما زاد ، كان مولياً . وحكى ذلك القاضي وأبو الحسين رواية عن أحمد ؛ لأنه ممتنع من الوطء باليمين أربعة أشهر ، فكان مولياً ، كما لو حلف على ما زاد . وقال النخعي ، وقتادة ، وحماد ، وابن أبي ليلى ، وإسحاق : من حلف على ترك الوطء في قليل من الأوقات أو كثير ، وتركها^(١٢) أربعة أشهر ، فهو مؤل ؛ لقول الله تعالى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾^(١٣) . وهذا مؤل ؛ فإن الإيلاء الحلف ، وهذا خالف . ولنا ، أنه لم يمنع نفسه من الوطء باليمين أكثر من أربعة أشهر ، فلم يكن مولياً ، كما لو حلف على ترك قبلتها . والآية حجة لنا ؛ لأنه جعل له تريض أربعة أشهر ، فإذا حلف على أربعة أشهر أو ما دونها ، فلا معنى للتريض ؛ لأن مدة الإيلاء تنقضي قبل ذلك أو مع^(١٤) انقضائه . وتقدير التريض بأربعة أشهر يقتضي كونه في مدة تناولها

(١١) في م : « وأبي عبيدة » .

(١٢) في ١ : « تركها » .

(١٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(١٤) في م : « ومع » .

الإيلاء ، ولأن المطالبة إنما تكون بعد ^(١٥) «أربعة أشهر» ^(١٥) ، فإذا انقضت المدة بأربعة فما دون ، لم تصح المطالبة من غير إيلاء ، وأبو حنيفة ومن وافقه بنوا ذلك على قولهم في الفية أنها تكون في مدة الأربعة الأشهر ^(١٦) ، وظاهر الآية خلافه ؛ فإن الله تعالى قال : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ فَاءُوا﴾ ^(١٧) . فعقب ^(١٨) الفية ^(١٩) عقيب التربص بفاء التعقيب ، فيدل على تأخرها عنه . إذا ثبت هذا ، فحكى عن ابن عباس ، أن المولى من يحلف على ترك الوطء أبداً أو مطلقاً ^(٢٠) ؛ لأنه إذا حلف على ما دون ذلك ^(٢١) ، أمكنه التخلُّص بغير حنث ، فلم يكن مؤلِّياً ، كما لو حلف لا وطئها في مدينة بعينها . ولنا ، أنه لا يمكنه التخلُّص بعد التربص من يمينه بغير حنث ، فأشبه المطلق ، بخلاف اليمين على مدينة معينة ، فإنه يمكنه ^(٢٢) التخلُّص بغير الحنث ^(٢٣) ، ولأن الأربعة الأشهر مدة تنضر المرأة بتأخير الوطء عنها ، فإذا حلف على أكثر منها كان مؤلِّياً كالأبد . ودليل الوصف ما روى أن عمر ، رضي الله عنه ، كان يطوف ليلة في المدينة ، فسمع امرأة تقول ^(٢٤) :

ظ ٥٩/٨

/ تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَأَزْوَرُ جَانِبُهُ وَلَيْسَ إِلَيَّ جَنِي خَلِيلُ الْأَعْبَةِ
فَوَاللَّهِ لَوْلَا اللَّهُ لَا شَيْءَ غَيْرُهُ لَزَعَزَعَ مِنْ هَذَا السَّرِيرِ جَوَانِبُهُ

(١٥-١٥) في ١ : « الأربعة الأشهر » . وفي ب : « أربعة الأشهر » .

(١٦) في الأصل ، ب ، م : « أشهر » .

(١٧) ورد تمام الآية في ١ : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا ﴾ .

(١٨) في ١ : « فعقت » .

(١٩) في ب ، م : « الفية » .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى

٧ / ٣٨٠ . والإمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢ / ٤٢ . وعبد

الرزاق ، في : باب الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٤٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في

الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٦ .

(٢١) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

(٢٢) في ب ، م : « يمكن » .

(٢٣) في ١ : « حنث » .

(٢٤) تقدمت القصة والأبيات في ١٠ : ٢٤٠ ، ٢٤١ .

مَخَافَةُ رَبِّي وَالْحَيَاءُ يَكْفِيهِ وَأَكْرِمُ بَعْلِي أَنْ تُنَالَ مَرَائِبَهُ
 فَسَأَلَ عَمْرُ نِسَاءً : كَمْ تَصْبِرُ الْمَرْأَةُ عَنِ الزَّوْجِ ؟ فَقُلْنَ : شَهْرَيْنِ ، وَفِي الثَّلَاثِ يَقِلُّ
 الصَّبْرُ ، وَفِي الرَّابِعِ يَنْفَدُ الصَّبْرُ . فَكَتَبَ إِلَى أَمْرَاءِ الْأَجْنَادِ ، أَنْ لَا تَحْبِسُوا رَجُلًا عَنْ
 أَمْرَاتِهِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ .

فصل : وَإِذَا عَلِقَ الْإِبِلَاءُ بِشَرْطِ مُسْتَحِيلٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا وَطْئْتُكَ حَتَّى تَصْعِدِي
 السَّمَاءَ ، أَوْ تَقْلَبِي الْحَجَرَ ذَهَبًا ، أَوْ يَشِيبَ الْغُرَابُ . فَهُوَ مُوَلٌّ ؛ لِأَنَّ مَعْنَى ذَلِكَ تَرُكُ
 وَطْئِهَا ؛ فَإِنَّ مَا يُرَادُ إِحَالَةً وَجُودِهِ يُعْلَقُ عَلَى الْمُسْتَحِيلَاتِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى فِي الْكُفَّارِ : ﴿ وَلَا يَدْخُلُونَ الْجَنَّةَ حَتَّى يَلِجَ الْجَمَلُ فِي سَمِّ الْخِيَاطِ ﴾ (٢٥) . وَمَعْنَاهُ لَا يَدْخُلُونَ
 الْجَنَّةَ أَبَدًا . وَقَالَ بَعْضُهُمْ (٢٦) :

إِذَا شَابَ الْغُرَابُ أَتَيْتُ أَهْلِي وَصَارَ الْقَارُ كَاللَّبَنِ الْحَلِيبِ

وَأِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئْتُكَ حَتَّى تَحْبِلِي . فَهُوَ مُوَلٌّ ؛ لِأَنَّ حَبْلَهَا بِغَيْرِ وَطْءٍ مُسْتَحِيلٌ
 عَادَةً ، فَهُوَ كَصُعُودِ السَّمَاءِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :
 لَيْسَ بِمُوَلٍّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً يَغْلُبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ آيَسَةً ،
 فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ حَمْلَهَا . قَالَ الْقَاضِي :
 وَإِذَا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ بِنْتٌ تَسْعُ سِنِينَ (٢٧) ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا مُمَكِّنٌ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْحَمْلَ بِذَوْنِ الْوَطْءِ مُسْتَحِيلٌ عَادَةً ، فَكَانَ تَغْلِيْقُ الْيَمِينِ عَلَيْهِ إِبِلَاءً ، كَصُعُودِ
 السَّمَاءِ . وَدَلِيلُ اسْتِحَالَتِهِ قَوْلُ مَرْيَمَ : ﴿ أَنَّى يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ
 بَغِيًّا ﴾ (٢٨) . وَقَوْلُهُمْ : ﴿ يَا أُخْتُ هَرُونَ مَا كَانَ أَبُوكَ أَمْرًا سَوِيًّا وَمَا كَانَتْ أُمُّكَ

(٢٥) سورة الأعراف ٤٠ .

(٢٦) تقدم في : ١٠ / ٤٧٥ .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سورة مريم ٢٠ .

بَعِيًّا ﴿٢٩﴾ . ولولا استحالتُه لَمَا نَسَبُوهَا إِلَى الْبَغَاءِ بِوُجُودِ (٣٠) الْوَلَدِ ، وَأَيْضًا قَوْلُ
عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : الرَّجْمُ حَقٌّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ ، إِذَا قَامَتْ بِهِ الْبَيِّنَةُ ، أَوْ كَانَ
الْحَبْلُ ، أَوْ الْإِعْتِرَافُ (٣١) . وَلَئِنْ الْعَادَةُ أَنَّ الْحَبْلَ لَا يُوجَدُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ . فَإِنْ قَالُوا :
يُمْكِنُ حَبْلُهَا مِنْ وَطْءٍ غَيْرِهِ (٣٢) ، أَوْ بَاسْتِدْخَالِ مَيِّتِهِ . قُلْنَا : أَمَّا الْأَوَّلُ فَلَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ
لَوْ صَرَّحَ بِهِ فَقَالَ : لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تَحْبِلِي مِنْ غَيْرِي . أَوْ : مَا دُمْتُ فِي نِكَاحِي . أَوْ :
حَتَّى تُزْنِي . كَانَ مُؤَلِّيًا ، وَلَوْ (٣٣) صَحَّ مَا ذَكَرُوهُ لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا . وَأَمَّا الثَّانِي فَهُوَ مِنْ
الْمُسْتَحِيلَاتِ عَادَةً ، إِنْ وُجِدَ كَانَ مِنْ خَوَارِقِ الْعَادَاتِ ، بِدَلِيلِ مَا / ذَكَرْنَاهُ . وَقَدْ قَالَ
أَهْلُ الطَّبِّ : إِنَّ الْمَنِي إِذَا بَرَدَ لَمْ يُحَلِّقْ مِنْهُ وَلَكِنْ . وَصَحَّحَ قَوْلَهُمْ قِيَامُ الْأَدِلَّةِ الَّتِي ذَكَرْنَا
بَعْضُهَا ، وَجَرِيَانُ الْعَادَةِ عَلَى وَفْقِ مَا قَالُوهُ . وَإِذَا كَانَ تَعْلِيْقُهُ عَلَى مَوْتِهِ أَوْ مَوْتِهَا أَوْ مَوْتِ
زَيْدٍ أَيْلَاءَ ، فَتَعْلِيْقُهُ عَلَى حَبْلِهَا بِغَيْرِ وَطْءٍ أَوَّلَى . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ بِقَوْلِي : حَتَّى تَحْبِلِي .
السَّبْبِيَّةَ ، وَلَمْ أُرِدِ الْعَايَةَ . وَمَعْنَاهُ لَا أَطَّاكَ لِتَحْبِلِي . قُبِلَ مِنْهُ ، وَلَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ
بِحَالِفٍ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ ، وَإِنَّمَا هُوَ حَالِفٌ عَلَى قَصْدِ تَرْكِ الْحَبْلِ بِهِ ، فَإِنْ حَتَّى تُسْتَعْمَلَ
بِمَعْنَى السَّبْبِيَّةِ .

فصل : وَإِنْ عُلِّقَ عَلَى غَيْرِ مُسْتَحِيلٍ ، فَذَلِكَ عَلَى خَمْسَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا

(٢٩) سورة مريم ٢٨ .

(٣٠) في ١ ، م : « لوجود » .

(٣١) أخرجه البخاري ، في : باب الاعتراف بالزنى ، وباب رجم الحبل من الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح
البخاري ٨ / ٢٠٨ ، ٢٠٩ . ومسلم ، في : باب رجم الثيب في الزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم
٣ / ١٣١٧ . وأبو داود ، في : باب في الرجم ، من كتاب الحدود . سنن أبي داود ٢ / ٤٥٦ . والترمذي ، في :
باب ما جاء في تحقيق الرجم ، من كتاب الحدود . عارضة الأحوذى ٦ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . وابن ماجه ، في : باب
الرجم ، من كتاب الحدود . سنن ابن ماجه ٢ / ٨٥٣ ، ٨٥٤ . والدارمي ، في : باب في حد المحصنين بالزنا ، من
كتاب الحدود . سنن الدارمي ٢ / ١٧٩ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ
٢ / ٨٢٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ١ / ٤٠ ، ٥٥ .

(٣٢) في ب ، م : « الغير » .

(٣٣) في ١ : « فلو » .

يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَقِيَامِ السَّاعَةِ ، فَإِنَّ لَهَا أَعْلَامَاتٍ تَسْبِقُهَا ، فَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وكذلك إِنْ قَالَ : حَتَّى تَأْتِيَ الْهِنْدُ . أَوْ نَحْوَهُ . فهذا مُوَلٌّ ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . الثَّانِي ، مَا الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَخُرُوجِ الدَّجَالِ ، وَالذَّائِبَةِ ، وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ ، أَوْ يَقُولُ : حَتَّى أَمُوتَ . أَوْ : تَمُوتَنِي . أَوْ : يَمُوتَ وَلَدُكَ . أَوْ : زَيْدٌ . أَوْ : حَتَّى يَقْدَمَ زَيْدٌ مِنْ مَكَّةَ . وَالْعَادَةُ أَنَّهُ لَا يَقْدَمُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَكُونُ ^(٣٤) مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي نِكَاحِي هَذَا . وكذلك لَوْ عَلَّقَ الطَّلَاقَ عَلَى مَرَضِهَا ، أَوْ مَرَضِ إِنْسَانٍ بَعِيْنِهِ . الثَّالِثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى أَمْرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُوجَدَ ، أَحْتِمَالًا مُتَسَاوِيًا ، كَقُدُومِ زَيْدٍ مِنْ سَفَرٍ قَرِيبٍ ، أَوْ مِنْ سَفَرٍ لَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ ، فهذا لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ خَلْفَهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَا يُظَنُّ ذَلِكَ . الرَّابِعُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يُوجَدُ فِي أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ يُظَنُّ ذَلِكَ ، كَذُبُولِ بَقْلِ ، وَجَفَافِ ثَوْبٍ ، وَمَجِيءِ الْمَطَرِ فِي أَوَانِهِ ، وَقُدُومِ الْحَاجِّ فِي زَمَانِهِ . فهذا لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِتَرْكِ وَطِئِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ شَهْرًا . الْخَامِسُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مِنْهَا ، هِيَ قَادِرَةٌ عَلَيْهِ ، أَوْ فِعْلٍ مِنْ غَيْرِهَا . وذلك يَنْقَسِمُ أَقْسَامًا ثَلَاثَةً ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلٍ مُبَاحٍ لَا مَشَقَّةَ فِيهِ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَدْخُلِيَ الدَّارَ . أَوْ : تَلْبَسِي هَذَا الثَّوْبَ . أَوْ : حَتَّى أَتَنَفَّلَ بِصَوْمٍ يَوْمَ . أَوْ : حَتَّى أَكْسُوكَ . فهذا لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنُ الْوُجُودِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ / عَلَيْهَا فِيهِ ، فَاشْتَبَهَ الَّذِي قَبْلَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مُحَرَّمٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَشْرَبِيَ الْحَمْرَ . أَوْ : تَزْنِي . أَوْ : تُسْقِطِي وَلَدَكَ . أَوْ : تُتْرَكِي صَلَاةَ الْفَرَضِ . أَوْ : حَتَّى أَقْتُلَ زَيْدًا . أَوْ نَحْوَهُ . فهذا إِبْلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عُلِّقَ بِمُتَنَبِّعٍ شَرْعًا ، فَاشْتَبَهَ الْمُتَنَبِّعَ حَسًّا . الثَّالِثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا عَلَى فَاعِلِهِ فِيهِ مَضَرَّةٌ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تُسْقِطِي صَدَاقَكَ عَنِّي . أَوْ :

٦٠/٨ ظ

(٣٤) فِي ١ ، ب : فَإِنَّهُ يَكُونُ . .

حتى تَكْفُلِي وَلَدِي . أو : تَهْبِئِي دَارَكَ . أو : حتى يَبِيعَنِي أَبُوكَ دَارَهُ . أو : نحو (٣٥)
 ذلك . فهذا إِيْلَاءٌ ؛ لِأَنَّ أَخْذَهُ لِمَالِهَا أَوْ مَالٍ غَيْرِهَا مِنْ غَيْرِ رِضَى صَاحِبِهِ مُحَرَّمٌ ، فَجَرَى
 مَجْرَى شَرْبِ الْحَمْرِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى أُعْطِيكَ مَالًا . أو : أَفْعَلُ فِي حَقِّكَ
 جَمِيلًا . لم يَكُنْ إِيْلَاءً ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ لِدَلَالِكَ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ وَلَا مُمْتَنِعٍ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِهِ :
 حَتَّى أَصُومَ يَوْمًا .

فصل : وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . لم يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ وَطْأَهَا
 بِغَيْرِ حَنْثٍ ، وَلَئِنَّهُ مُحْسِنٌ فِي كَوْنِهِ أَلَزَمَ نَفْسَهُ اجْتِنَابَ سَخَطِهَا . وَعَلَى قِيَاسِ ذَلِكَ كُلِّ
 حَالٍ يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ فِيهَا بِغَيْرِ حَنْثٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ مُكْرَهَةً ، أَوْ مُحْزُونَةً . وَنَحْوُ
 ذَلِكَ ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ مَرِيضَةً . لم يَكُنْ مُوَلِيًّا لِذَلِكَ ، إِلَّا
 أَنْ يَكُونَ بِهَا مَرَضٌ لَا يُرْجَى بُرُوءُهُ ، أَوْ لَا يَزُولُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ مُوَلِيًّا ؛
 لِأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . فَإِنْ قَالَ ذَلِكَ لَهَا وَهِيَ صَحِيحَةٌ ، فَمَرَضَتْ
 مَرَضًا يُمَكِّنُ بُرُوءَهُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، لم يَصِرْ مُوَلِيًّا ، وَإِنْ لم يُرْجَ بُرُوءُهَا ، صَارَ مُوَلِيًّا .
 وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَ الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يَزُولُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صَارَ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَا
 يُرْجَى زَوَالُهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ حَائِضًا . وَلَا نَفْسَاءً ، وَلَا مُحْرَمَةً ، وَلَا
 صَائِمَةً . وَنَحْوُ هَذَا ، لم يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مُحَرَّمٌ مَمْنُوعٌ مِنْهُ شَرْعًا ، فَقَدْ أَكَّدَ مَنَعَ
 نَفْسِهِ مِنْهُ بِبَيِّنَةٍ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ طَاهِرًا . أو : لَا وَطِئْتُكَ وَطْأُ مَبَاحًا . صَارَ
 مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ فِي الْفَيْئَةِ ، فَكَانَ مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ قَالَ :
 وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي قُبْلِكَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ لَيْلًا . أو : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نَهَارًا . لم
 يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ يُمَكِّنُ بُدُونِ الْحَنْثِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي هَذِهِ الْبَلَدَةِ .
 أو : فِي هَذَا الْبَيْتِ . أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِنَ الْأَمَكِنَةِ الْمُعَيَّنَةِ ، لم يَكُنْ مُوَلِيًّا . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ،
 وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ / ، وَالتَّعْمَانِيِّ ، وَصَاحِبِيهِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَإِسْحَاقُ : هُوَ

مُولٍ ؛ لَأَنَّهُ حَالِفٌ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمَكِّنُ وَطْئَهَا بِغَيْرِ حِنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، كَمَا لَوْ اسْتَشْنَى فِي يَمِينِهِ .

فصل : وَإِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا عَامًّا ، ثُمَّ كَفَّرَ عَنْ يَمِينِهِ ، انْحَلَّ الْإِيلَاءُ . قَالَ الْأَثَرُمُ : قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : الْمُوَلَّى يُكْفَرُ عَنْ ^(٣٦) يَمِينِهِ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ؟ قَالَ : يَذْهَبُ عَنْهُ الْإِيلَاءُ ، وَلَا يُوقَفُ بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ^(٣٦) ، وَذَهَبَ الْإِيلَاءُ حِينَ ذَهَبَتِ الْيَمِينُ . وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَمْنُونًا مِنَ الْوَطْءِ بِيَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَنْ حَلَفَ وَاسْتَشْنَى . فَإِنْ كَانَ تَكْفِيرُهُ قَبْلَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، انْحَلَّ الْإِيلَاءُ حِينَ التَّكْفِيرِ ، وَصَارَ كَالْحَالِفِ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَإِنْ كَفَّرَ ^(٣٧) بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ وَقَبْلَ الْوَقْفِ ^(٣٨) ، صَارَ كَالْحَالِفِ عَلَى أَكْثَرِ مِنْهَا ، إِذَا مَضَتْ مُدَّةُ يَمِينِهِ قَبْلَ وَقْفِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ إِنْ شَاءَ فَلَانٌ . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا حَتَّى يَشَاءَ ، فَإِذَا شَاءَ صَارَ مُوَلِّيًا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ مُمْتَنِعًا مِنَ الْوَطْءِ حَتَّى يَشَاءَ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا حَتَّى يَشَاءَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطْئُكَ إِنْ شِئْتَ . فَكَذَلِكَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ جَوَابًا لِكَلَامِهِ صَارَ مُوَلِّيًا ، وَإِنْ أَخَّرَتْ الْمَشِيشَةَ ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَخْيِيرٌ لَهَا ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَقَوْلِهِ : اخْتَارِي فِي الطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَلَّقَ الْيَمِينَ عَلَى الْمَشِيشَةِ بِحَرْفِ إِنْ ، فَكَانَ عَلَى التَّرَاجِي ، كَمَشِيشَةٍ غَيْرِهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَهَلَّا قُلْتُمْ : لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ فَإِنَّهُ عَلَّقَ ذَلِكَ بِإِرَادَتِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : لَا وَطْئُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا ، أَنَّهَا إِذَا شَاءَتْ ، انْعَقَدَتْ يَمِينُهُ مَانِعَةً مِنْ وَطْئِهَا ، بِحَيْثُ لَا يُمَكِّنُهُ بَعْدَ ذَلِكَ الْوَطْءُ بِغَيْرِ حِنْثٍ . وَإِذَا قَالَ : وَاللَّهِ ^(٣٩) لَا وَطْئُكَ إِلَّا بِرِضَاكَ . فَمَا حَلَفَ إِلَّا عَلَى تَرْكِ وَطْئِهَا فِي بَعْضِ

(٣٦) سقط من : ١ .

(٣٧) في ١ : « كان » .

(٣٨) في ب ، م : « الوقوف » .

(٣٩) سقط من : ب .

الأحوال ، وهو حال سَخَطِهَا ، فِيمَكِنُهُ الْوَطْءُ فِي الْحَالِ الْأُخْرَى بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِذَا طَالَبْتُهُ بِالْفَيْقَةِ ، فَهُوَ بِرِضَاها . وَلَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تَشَائِي . فَهُوَ كَقَوْلِهِ : إِلَّا بِرِضَاكَ . وَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا بِذَلِكَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ يَشَاءَ أَبُوكَ . أَوْ : فَلَنْ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّقَهُ بِفِعْلٍ مِنْهُ يُمَكِّنُ وُجُودَهُ فِي الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٤٠) . إِمْكَانًا غَيْرَ بَعِيدٍ ، وَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ ، وَلَا فِيهِ مَضَرَّةٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ تَدْخُلِي الدَّارَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ إِلَّا أَنْ / تَشَائِي . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، وَكَانَ بِمَنْزِلَةِ قَوْلِهِ : إِلَّا بِرِضَاكَ . أَوْ : حَتَّى تَشَائِي . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : إِنْ شَاءَتْ فِي الْمَجْلِسِ ، لَمْ يَصِرْ^(٤١) مُوَلِّيًا ،^(٤٢) وَإِلَّا صَارَ مُوَلِّيًا^(٤٣) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِنْ شَاءَتْ عَلَى الْفَوْرِ عَقِيبَ كَلَامِهِ ، لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا ، وَإِلَّا صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْمَشِيعَةَ عِنْدَهُمْ عَلَى الْفَوْرِ ، وَقَدْ فَاتَتْ بِتَرَاخِيها . وَقَالَ الْقَاضِي : تَنْعَقِدُ يَمِينُهُ ، فَإِنْ شَاءَتْ انْحَلَّتْ ، وَإِلَّا فَهِيَ مُنْعَقِدَةٌ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ يَمِينُهُ مِنْ وَطْئِهَا إِلَّا عِنْدَ إِرَادَتِهَا ،^(٤٤) فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : إِلَّا بِرِضَاكَ . أَوْ : حَتَّى تَشَائِي . وَلِأَنَّهُ عَلَّقَهُ عَلَى وُجُودِ الْمَشِيعَةِ^(٤٥) ، أَشْبَهَ مَا لَوْ عَلَّقَهُ عَلَى مَشِيعَةٍ غَيْرِهَا . فَأَمَّا قَوْلُ الْقَاضِي : فَإِنْ أَرَادَ وُجُودَ الْمَشِيعَةِ عَلَى الْفَوْرِ . فَهُوَ كَقَوْلِهِمْ . وَإِنْ أَرَادَ وُجُودَ الْمَشِيعَةِ عَلَى التَّرَاخِي ، تَنْحَلُّ بِهِ الْيَمِينُ ، لَمْ يَكُنْ ذَلِكَ إِبْلَاءً ؛ لِأَنَّ تَعْلِيْقَ الْيَمِينِ عَلَى فِعْلِ يُمَكِّنُ وُجُودَهُ فِي مُدَّةِ^(٤٦) الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ^(٤٧) ، إِمْكَانًا غَيْرَ بَعِيدٍ ، لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . فَهُوَ إِبْلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يَقْتَضِي التَّأْيِيدَ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ مُدَّةً . أَوْ : لِيَطُولَنَّ تَرْكِي لِجَمَاعِكَ . وَنَوَى مُدَّةً تَزِيدُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ

(٤٠) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م ، : « أَشْهُر » .

(٤١) فِي ١ : « يَكُن » .

(٤٢-٤٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٣-٤٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْر .

(٤٤-٤٥) فِي ١ : « أَرْبَعَةُ أَشْهُر » .

أشهر ، فهو إيلاء ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ ، فَأَنْصَرَفَ إِلَيْهِ بَيْنَتِهِ . وَإِنْ نَوَى مُدَّةً قَصِيرَةً ،
 لم يكن إيلاءً لذلك . وإن لم يتو شئاً ، لم يكن إيلاءً ؛ لأنه يَقَعُ عَلَى الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ ، فلا
 يَتَعَيَّنُ لِلكَثِيرِ . فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ
 أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . أَوْ : فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ . أَوْ : لَا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ ،
 فَإِذَا مَضَتْ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . ففیه وجهان ؛ أحدهما : ليس بمول ؛
 لأنه حَالِفٌ بِكُلِّ يَمِينٍ عَلَى مُدَّةٍ نَاقِصَةٍ عَنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، فلم يكن مولياً ، كما لو لم يتو^(٤٥)
 إلا مدتها ،^(٤٦) ولأنه يُمكنه الوطء بالنسبة إلى كُلِّ يَمِينٍ عَقِيبَ مُدَّتِهَا^(٤٧) مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ
 فيها ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ اقْتَصَرَ عَلَيْهَا . وَالثَّانِي ، يَصِيرُ مُوَلِّياً ؛ لأنه مَنَعَ نَفْسَهُ مِنَ الْوَطْءِ بِيَمِينِهِ
 أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مُتَوَالِيَةٍ ، فَكَانَ مُوَلِّياً ، كَمَا لَوْ مَنَعَهَا بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولأنه لَا يُمكنه
 الْوَطْءُ بَعْدَ الْمُدَّةِ إِلَّا بِحَنْثٍ فِي يَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَفَ عَلَى ذَلِكَ بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولو لم
 يكن هذا إيلاءً ، أَفْضَى إِلَى أَنْ يَمْتَنَعَ^(٤٧) مِنَ الْوَطْءِ طُولَ ذَهْرِهِ بِالْيَمِينِ ، فلا يكون
 مُوَلِّياً . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي كُلِّ مُدَّتَيْنِ مُتَوَالِيَتَيْنِ يَزِيدُ مَجْمُوعُهُمَا عَلَى أَرْبَعَةٍ ، كَثَلَاثَةِ
 أَشْهُرٍ وَثَلَاثَةِ ، أَوْ ثَلَاثَةِ وَشَهْرَيْنِ ، لَمَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّعْلِيلَيْنِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . لم يكن مولياً في الحال ؛ لأنه لَا
 يَلْزُمُهُ بِالْوَطْءِ حَقٌّ ، لَكِنْ إِنْ وَطِئَهَا صَارَ مُوَلِّياً ؛ لَأَنَّهَا تَبْقَى يَمِينًا تَمْنَعُ الْوَطْءَ عَلَى
 التَّابِيدِ . وَهَذَا الصَّحِيحُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . / وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ قَدِيمٍ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِّياً^(٤٦) مِنْ
 الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمكنه الْوَطْءُ إِلَّا بِأَنْ يَصِيرَ مُوَلِّياً^(٤٦) ، فَيُلْحَقَهُ بِالْوَطْءِ ضَرَرٌ . وَكَذَلِكَ
 عَلَى هَذَا الْقَوْلِ ، إِنْ قَالَ : وَطِئْتُكَ فَوَاللَّهِ لَا دَخَلْتُ الدَّارَ . يَكُونُ^(٤٨) مُوَلِّياً مِنَ الْأَوَّلِ ،
 فَإِنْ وَطِئَهَا انْحَلَّ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطِئِهَا بِيَمِينٍ وَلَا غَيْرِهَا ، وَإِنَّمَا

و ٦٢/٨

(٤٥) فِي الْأَصْلِ : « يَبْقَ » .

(٤٦) - (٤٧) سَقَطَ مِنْ الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرَ .

(٤٧) فِي ١ ، م : « يَمْنَعُ » .

(٤٨) فِي ١ ، ب ، م : « لَمْ يَكُنْ » .

بَقِيَ مُتَمَتِّعًا بِالْيَمِينِ مِنْ دُخُولِ الدَّارِ . وَلَنَا ، أَنَّ يَمِينَهُ مُعَلَّقَةٌ بِشَرْطٍ ، ففِيمَا قَبْلَهُ لَيْسَ بِحَالِفٍ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًّا ، وَلَأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوُطْءُ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًّا ، كَمَا لَوْلَمْ يَقُلْ شَيْئًا . وَكَوْنُهُ يَصِيرُ مُوَلِّيًّا ، لَا يَلْزِمُهُ بِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا يَلْزِمُهُ بِالْحَنْثِ . وَلَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًّا فِي الْحَالِ ؛ لِأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوُطْءُ مَتَى شَاءَ بِغَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَكُنْ مَمْنُوعًا مِنَ الوُطْءِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ ، فَإِذَا وَطِئَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنَ السَّنَةِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، صَارَ مُوَلِّيًّا . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَفِي (٤٩) قَوْلُهُ الْقَدِيمِ ، يَكُونُ مُوَلِّيًّا فِي الْإِتِّدَاءِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا . وَقَدْ أَجَبْنَا عَنْهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ سَنَةً إِلَّا يَوْمًا . فَكَذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ مُنْكَرٌ ، فَلَمْ يَخْتَصْ يَوْمًا دُونَ يَوْمٍ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَالَ : صُمْتُ (٥٠) رَمَضَانَ إِلَّا يَوْمًا . لَمْ يَخْتَصْ الْيَوْمَ الْآخِرَ . وَلَوْ قَالَ : لَا أَكَلَمُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا يَوْمًا . لَمْ يَخْتَصْ يَوْمًا مِنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَصِيرُ مُوَلِّيًّا فِي الْحَالِ . وَهُوَ قَوْلُ زُفَرٍ ؛ لِأَنَّ الْيَوْمَ الْمُسْتَثْنَى يَكُونُ مِنْ آخِرِ الْمُدَّةِ ، كَالتَّاجِيلِ وَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، بِخِلَافِ قَوْلِهِ : لَا وَطِئْتُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً ، فَإِنَّ الْمَرَّةَ لَا تَخْتَصُّ وَقْتًا بَعَيْنِهِ . وَمَنْ نَصَرَ الْأَوَّلَ فَفَرَّقَ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ التَّاجِيلِ وَمُدَّةِ الْخِيَارِ ، مِنْ حَيْثُ إِنَّ التَّاجِيلَ وَمُدَّةَ الْخِيَارِ ، تَجِبُ الْمَوَالَاةُ فِيهِمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَتَخَلَّلَهُمَا يَوْمٌ لَا أَجَلَ فِيهِ وَلَا خِيَارٍ ؛ لِأنَّهُ لَوْ جَازَتْ لَهُ الْمُطَالَبَةُ فِي أَثْنَاءِ الْأَجَلِ ، لَزِمَ قَضَاءُ الدَّيْنِ ، فَيَسْقُطُ التَّاجِيلُ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَلَوْ لَزِمَ الْعَقْدُ فِي أَثْنَاءِ مُدَّةِ الْخِيَارِ ، لَمْ يُعْذَلِ الْجَوَازُ ، فَتَعَيَّنَ جَعْلُ الْيَوْمِ الْمُسْتَثْنَى مِنْ آخِرِ الْمُدَّةِ ، بِخِلَافِ مَا نَحْنُ فِيهِ ، فَإِنَّ جَوَازَ الوُطْءِ فِي يَوْمٍ مِنْ أَوَّلِ السَّنَةِ أَوْ أَوْسَطِهَا ، لَا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِ الْيَمِينِ فِيمَا بَقِيَ مِنَ الْمُدَّةِ ، فَصَارَ ذَلِكَ كَقَوْلِهِ : لَا وَطِئْتُكَ فِي السَّنَةِ إِلَّا مَرَّةً . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . فَهوَ إِيلَاءٌ

(٤٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥٠) سقط من : الأصل .

وَاحِدٌ ، حَلَفَ عَلَيْهِ يَمِينَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ عَامًا آخَرَ سِوَاهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . دَخَلَتْ الْمُدَّةُ الْقَصِيرَةُ فِي الطَّوِيلَةِ ؛ لِأَنَّهَا بَعْضُهَا ، وَلَمْ يَجْعَلْ أَحَدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، أَوْ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، فَيَكُونُ إِيلَاءٌ وَاحِدًا ، لَهَا وَقْتُ وَاحِدٌ ، وَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ نَوَى بِأَحَدِي الْمُدَّتَيْنِ غَيْرِ الْأُخْرَى فِي هَذِهِ أَوْ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا آخَرَ . أَوْ : نِصْفَ عَامٍ آخَرَ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ، فَإِذَا مَضَى فَوَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . فَهَمَا إِيلَاءَانِ فِي زَمَانَيْنِ ، لَا يَدْخُلُ حُكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ، أَحَدُهُمَا مُنَجَّزٌ ، وَالْآخَرُ مُتَأَخَّرٌ ، فَإِذَا مَضَى حُكْمُ أَحَدِهِمَا ، بَقِيَ حُكْمُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِزَمَنٍ غَيْرِ زَمَنِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ حُكْمٌ يَنْفَرِدُ بِهِ . فَإِنْ قَالَ فِي الْمُحَرَّمِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ هَذَا الْعَامَ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ^(٥١) مِنْ رَجَبٍ إِلَى تَمَامِ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا . أَوْ قَالَ فِي الْمُحَرَّمِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ فِي رَجَبٍ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ^(٥٢) . فَهَمَا إِيلَاءَانِ فِي مُدَّتَيْنِ ، بَعْضُ أَحَدَاهُمَا دَاخِلٌ فِي الْأُخْرَى . فَإِنْ فَاءَ فِي رَجَبٍ ، أَوْ فِيمَا بَعْدَهُ مِنْ بَقِيَّةِ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَيْثُ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَتُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِيلَاءَيْنِ . وَإِنْ فَاءَ قَبْلَ رَجَبٍ ، أَوْ بَعْدَ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَيْثُ فِي إِحْدَى الْيَمِينَيْنِ دُونَ الْأُخْرَى . وَإِنْ فَاءَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، حَيْثُ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ لِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ : وَاللَّهِ لَا أَقْرُبُكُمْ . اثْبَتْنِي ذَلِكَ عَلَى أَصْلٍ ، وَهُوَ الْحِنْثُ بِفِعْلِ بَعْضِ الْمَحْلُوفِ عَلَيْهِ أَوَّلًا ، فَإِنْ قُلْنَا : يَحْنُثُ . فَهُوَ مُؤَلِّمٌ مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ بِغَيْرِ حِنْثٍ ، فَصَارَ مَا نَعَا لِنَفْسِهِ مِنْ وَطْءِ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ فِي الْحَالِ ، فَإِنْ ^(٥٢) وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، حِنْثٌ ، وَانْحَلَّتْ يَمِينُهُ ، وَزَالَ الْإِيلَاءُ مِنَ الْبَوَاقِي . وَإِنْ طَلَّقَ بَعْضَهُنَّ ، أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَنْحَلَّ الْإِيلَاءُ فِي الْبَوَاقِي . وَإِنْ قُلْنَا : لَا

(٥١-٥٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥٢) في : أ : « فَإِذَا » .

يَحْنُثُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . لم يكن مَوْلِيًا مِنْهُمْ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ وَطْءُ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمْ مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ ، فَلَمْ يَمْتَنِعْ نَفْسَهُ بِيَمِينِهِ مِنْ وَطْئِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مَوْلِيًا مِنْهَا . فَإِنْ وَطِئَ ثَلَاثًا ، صَارَ مَوْلِيًا مِنَ الرَّابِعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْأُهَا مِنْ غَيْرِ حَنْثٍ فِي يَمِينِهِ . وَإِنْ مَاتَ بَعْضُهُنَّ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، انْحَلَّتْ يَمِينُهُ ، وَزَالَ الْإِيلَاءُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْنُثُ بِوَطْئِهَا ، وَإِنَّمَا يَحْنُثُ بِوَطْءِ الْأَرْبَعِ . فَإِنْ رَاجَعَ الْمُطَلَّقَةَ ، أَوْ تَزَوَّجَهَا بَعْدَ بَيِّنَتَيْنِهَا ، عَادَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّا إِذَا قُلْنَا : يَحْنُثُ بِفِعْلِ الْبَعْضِ . فَوَطِئَ وَاحِدَةً ، حَنْثٌ / ، وَلَمْ يَنْحَلِّ الْإِيلَاءُ فِي الْبَوَاقِي ؛ لِأَنَّ الْإِيلَاءَ مِنْ أَمْرَةٍ لَا يَنْحَلُّ بِوَطْءِ غَيْرِهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ حَنْثٌ فِيهَا ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْحَلَّ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ، وَلَأَنَّهُ إِذَا وَطِئَ وَاحِدَةً حَنْثٌ ، وَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، فَلَا يَلْزِمُهُ بِوَطْءِ الْبَاقِيَاتِ شَيْءٌ ، فَلَمْ يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطْئِهَا بِحُكْمِ يَمِينِهِ ، فَانْحَلَّ الْإِيلَاءُ ، كَمَا لَوْ كَفَّرَهَا . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا يَكُونُ مَوْلِيًا مِنْهُمْ حَتَّى يَطْأَ ثَلَاثًا ، فَيَصِيرَ مَوْلِيًا مِنَ الرَّابِعَةِ . وَحَكَى الْمُزْنِيُّ ، عَنِ الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ يَكُونُ مَوْلِيًا مِنْهُمْ كُلُّهُمْ ، يُوقَفُ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمْ ، فَإِذَا أَصَابَ بَعْضُهُنَّ ، خَرَجَتْ مِنْ حُكْمِ الْإِيلَاءِ ، وَيُوقَفُ لِمَنْ بَقِيَ حَتَّى يَفِيءَ أَوْ يُطَلَّقَ ، وَلَا يَحْنُثُ حَتَّى يَطْأَ الْأَرْبَعِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَكُونُ مَوْلِيًا مِنْهُمْ كُلُّهُمْ ، فَإِنْ تَرَكَهُمْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، بَنَ مِنْهُ جَمِيعًا بِالْإِيلَاءِ ، وَإِنْ وَطِئَ بَعْضَهُنَّ ^(٥٣) ، سَقَطَ الْإِيلَاءُ فِي حَقِّهَا ، وَلَا يَحْنُثُ إِلَّا بِوَطْئِهَا جَمِيعًا . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ لَا يَحْنُثُ بِوَطْئِهَا ، لَا يَكُونُ مَوْلِيًا مِنْهَا ، كَالَّتِي لَمْ ^(٥٤) يَخْلِفَ عَلَيْهَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُ وَاحِدَةً مِنْكُمْ . وَتَوَى وَاحِدَةً بَعِينَهَا ، تَعَلَّقَتْ يَمِينُهُ بِهَا وَحْدَهَا ، وَصَارَ مَوْلِيًا مِنْهَا دُونَ غَيْرِهَا . وَإِنْ تَوَى وَاحِدَةً مُبْهَمَةً مِنْهُمْ ^(٥٥) ، لَمْ يَصِرْ مَوْلِيًا مِنْهُمْ فِي الْحَالِ ، فَإِذَا وَطِئَ ثَلَاثًا ، كَانَ مَوْلِيًا مِنَ ^(٥٦) الرَّابِعَةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ تَخْرُجَ

(٥٣) فِي ب : « إِحْدَاهُنَّ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِنَّ » .

(٥٦) فِي ب : « فِي » .

المُولَى مِنْهَا بِالْقَرْعَةِ ، كَالطَّلَاقِ إِذَا أَوْقَعَهُ فِي مُبْهَمَةٍ مِنْ نِسَائِهِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ^(٥٧) ، صَارَ مُوَلِيًّا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ وَطْءُ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ إِلَّا بِالْحِنْثِ ، فَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، أَوْ مَائَتَ ، كَانَ مُوَلِيًّا مِنَ الْبَوَاقِي . وَإِنْ وَطِئَ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ ، حَيْثُ وَانْحَلَّتْ يَمِينُهُ . وَسَقَطَ حُكْمُ الْإِيلَاءِ فِي الْبَاقِيَاتِ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ ، فَإِذَا حِنْثَ فِيهَا مَرَّةً ، لَمْ يَحْنَثْ مَرَّةً ثَانِيَةً . وَلَا يَبْقَى حُكْمُ الْيَمِينِ بَعْدَ حِنْثِهِ فِيهَا ، بِخِلَافِ مَا إِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً أَوْ مَائَتَ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَحْنَثْ ثُمَّ ، فَبَقِيَ حُكْمُ يَمِينِهِ فِي مَنْ بَقِيَ مِنْهُنَّ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّهُ إِذَا أَطْلَقَ ، كَانَ الْإِيلَاءُ فِي وَاحِدَةٍ غَيْرِ مُعَيَّنَةٍ . وَهُوَ اخْتِيَارُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَفْظُهُ تَنَاوُلُ وَاحِدَةٍ مُنْكَرَةً ، فَلَا يَقْتَضِي الْعُمُومَ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّنْكِيرَ فِي سِيَاقِ النَّفْيِ تَعْمٌ ، كَقَوْلِهِ : ﴿ مَا اتَّخَذَ صَاحِبَةً ﴾ ^(٥٨) . وَقَوْلِهِ : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفْوًا أَحَدٌ ﴾ ^(٥٩) . وَقَوْلِهِ : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ ﴾ ^(٦٠) . وَلَوْ قَالَ إِنْسَانٌ : وَاللَّهِ لَا شَرِبْتُ مَاءً مِنْ إِدَاوَةٍ . حَيْثُ بِالشَّرْبِ مِنْ أَىِّ إِدَاوَةٍ كَانَتْ ، فَيَجِبُ حَمْلُ اللَّفْظِ عِنْدَ الْإِطْلَاقِ عَلَى مُقْتَضَاهُ فِي الْعُمُومِ . وَإِنْ قَالَ : تَوَيْتُ وَاحِدَةً مُعَيَّنَةً ، أَوْ وَاحِدَةً مُبْهَمَةً . قِيلَ / مِنْهُ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ احْتِمَالًا غَيْرَ بَعِيدٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا أَبْهَمَ الْمُحْلُوفَ عَلَيْهَا ، فَلَهُ أَنْ يُعَيِّنَهَا بِقَوْلِهِ . وَأَصْلُ هَذَا مَذْكُورٌ فِي الطَّلَاقِ .

ظ ٦٣/٨

فصل : فَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْكُنَّ . صَارَ مُوَلِيًّا مِنْهُنَّ كُلِّهِنَّ فِي الْحَالِ ، وَلَا يُقْبَلُ قَوْلُهُ : تَوَيْتُ وَاحِدَةً مِنْهُنَّ مُعَيَّنَةً ، وَلَا مُبْهَمَةً ؛ لِأَنَّ لَفْظَهُ كُلُّ أَزَالَتِ احْتِمَالِ الْخُصُوصِ ، وَمَتَى حِنْثَ فِي الْبَعْضِ ، انْحَلَّ الْإِيلَاءُ فِي الْجَمِيعِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا .

(٥٧) فِي الْأَصْلِ : « طَلَّقَ » .

(٥٨) سُورَةُ الْجِنِّ ٣ . وَفِي النَّسَخِ : « وَلَمْ يَتَّخِذْ صَاحِبَةً » .

(٥٩) سُورَةُ الْإِحْلَاصِ ٤ .

(٦٠) سُورَةُ النُّورِ ٤٠ .

وقال القاضي ، وبعض أصحاب الشافعي : لا تنحل في الباقيات . ولنا ، أنها يمين^(٦١) واحدة حيث فيها ، فسقط حكمها ، كما لو حلف على واحدة ، ولأن اليمين الواحدة إذا حيث فيها مرة ، لم يمكن الحث فيها مرة أخرى ، فلم يبق ممتنعاً من وطء الباقيات بحكم اليمين ، فلم يبق الإيلاء كسائر الأيمان التي حيث فيها ، وفي هذه المواضع التي قلنا بكونه^(٦٢) مؤلياً منهم كلهن إذا طالبن كلهن بالفيعة ، وقف لهن كلهن ، وإن طالبن في أوقات مختلفة ففيه روايتان ؛ أحدهما ، يوقف للجميع وقت مطالبة أولاهن . قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد . والثانية ، يوقف لكل واحدة منهم عند مطالبتها . اختاره أبو بكر . وهو مذهب الشافعي ، فإذا وقف للأولى^(٦٣) ، وقف للثانية ، فإن طلقها ، وقف للثالثة ، فإن طلقها ، وقف للرابعة . وكذلك من مات منهن ، لم يمنع من وقفه للأخرى ؛ لأن يمينته لم تنحل ، وإيلاؤه باق ؛ لعدم حثه فيهن . وإن وطئ إحداهن حين وقف لها ، أو قبله ، انحلت يمينه ، وسقط حكم الإيلاء في الباقيات ، على ما قلناه . وعلى قول القاضي ، ومن وافقه : يوقف للباقيات ، كما لو طلق التي وقف لها .

فصل : فإن قال : كلما وطئت واحدة منكن فضرائرها طالبت . فإن قلنا : ليس هذا بإيلاء . فلا كلام . وإن قلنا : هو إيلاء . فهو مؤل منهم جميعاً ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهم إلا بطلاق ضرائرها ، فيوقف لهن ، فإن فاء إلى واحدة ، طلق ضرائرها ، فإن كان الطلاق بائناً ، انحلت الإيلاء^(٦٤) ؛ لأنه لم يبق ممنوعاً من وطئها بحكم يمينه . وإن كان رجعيًا ، فراجعهن ، بقي حكم الإيلاء في حقهن ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة

(٦١) في الأصل : « يمينه » .

(٦٢) في الأصل : « يكون » .

(٦٣) في م زيادة : « وطلقها » .

(٦٤) في ب زيادة : « في حقهن » .

إِلَّا بِطَلَاقِ ضَرَائِرِهَا . وكذلك إِنْ رَاجَعَ بَعْضُهُنَّ لَدُنْكَ ، إِلَّا أَنَّ الْمُدَّةَ تُسْتَأْنَفُ مِنْ حِينِ الرَّجْعَةِ . ولو كَانَ الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فَعَادَ فَتَزَوَّجَهُنَّ ، أَوْ تَزَوَّجَ بَعْضُهُنَّ ، عَادَ حُكْمُ الْإِيلَاءِ ، وَاسْتَوْفِيَتِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينِ النِّكَاحِ . وَسَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فِي الْعِدَّةِ ، أَوْ / بَعْدَهَا ، أَوْ بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَإِصَابَةٍ ؛ لِمَا سَنَذْكُرُهُ فِيمَا بَعْدُ . وَإِنْ قَالَ : تَوَيْتُ وَاحِدَةً بِعَيْنِهَا . قَبْلَ مِنْهُ ، وَتَعَلَّقْتُ يَمِينَهُ بِهَا ، فَإِذَا وَطَّئْتُهَا طَلَّقَ ضَرَائِرَهَا ، وَإِنْ وَطَّئْتُ غَيْرَهَا ، لَمْ يَطْلُقْ مِنْهُنَّ شَيْءٌ ، وَيَكُونُ مُوَلِيًّا مِنْ^(٦٥) الْمُعَيَّنَةِ دُونَ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي يَلْزَمُهُ بَوَاطُنُهَا الطَّلَاقُ دُونَ غَيْرِهَا .

فصل : الشرط الثالث ، أن يحلف على ترك الوطء في الفرج . ولو قال : والله لا وَطَّئْتُكَ فِي الدُّبْرِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْرِكِ الْوُطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَلَا تَتَضَرَّرُ الْمَرْأَةُ بِتَرْكِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ ، وَقَدْ أَكَّدَ مَنَعَ نَفْسِهِ مِنْهُ بِيَمِينِهِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ^(٦٦) لَا وَطَّئْتُكَ دُونَ الْفَرْجِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى الْوُطْءِ الَّذِي يُطَالَبُ بِهِ فِي الْفَيْقَةِ ، وَلَا ضَرَّرَ عَلَى الْمَرْأَةِ فِي تَرْكِهِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا جَامِعَتُكَ إِلَّا جِمَاعَ سَوْءٍ . سُئِلَ عَمَّا أَرَادَ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الْجِمَاعَ فِي الدُّبْرِ . فَهُوَ مُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ فِي الْفَرْجِ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنْ لَا أَطَّأَهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ جِمَاعًا ضَعِيفًا ، لَا يَزِيدُ عَلَى التِّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ فِي الْفَيْقَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ وَطْئًا لَا يَبْلُغُ التِّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ . فَهُوَ مُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوُطْءُ الْوَاجِبُ عَلَيْهِ فِي الْفَيْقَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وَإِنْ لَمْ تُكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَلَيْسَ بِمُوَلٍ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ مَا يَكُونُ بِهِ مُوَلِيًّا . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا جَامِعَتُكَ جِمَاعَ سَوْءٍ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى تَرْكِ الْوُطْءِ ، إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ صِفَتِهِ الْمَكْرُوهَةِ .

فصل : الشرط الرابع ، أن يكون المحلوف عليها امرأة ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى :

(٦٥) فِي ب : () .

(٦٦) لَمْ يَرُدِّ فِي م .

﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ (٦٧) . ولأنَّ غيرَ الزَّوْجَةِ لا حَقَّ لها في وطئه ، فلا يكونُ مُوَلِّيًا منها ، كالأُجْنَبِيَّةِ . فإنَّ حَلْفَ على تَرْكِ وطءِ أَمَتِهِ ، لم يكنْ مُوَلِّيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وإنَّ حَلْفَ على تَرْكِ وطءِ أُجْنَبِيَّةٍ ، ثمَّ نَكَحَهَا ، لم يكنْ مُوَلِّيًا ؛ لذلك . وبه قال الشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالِكٌ : يَصِيرُ مُوَلِّيًا إِذَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ يَمِينِهِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِنْ وَطْءِ امْرَأَتِهِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ ، فَكَانَ مُوَلِّيًا ، كَمَا لو حَلَفَ فِي الزَّوْجِيَّةِ . وَحُكِيَ عَنْ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ إِنْ مَرَّتْ بِهِ امْرَأَةٌ ، فَحَلَفَ أَنَّ لَا يَقْرِبُهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لم يكنْ مُوَلِّيًا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فَلَانَّةَ ، فَوَاللَّهِ لَا يَقْرِبُهَا . صَارَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ الْيَمِينَ إِلَى حَالِ / الزَّوْجِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ مَا لو حَلَفَ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا (٦٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ﴾ . وهذه ليست مِنْ نِسَائِهِ ، وَلَأنَّ الْإِيلَاءَ حُكْمٌ مِنْ أَحْكَامِ النِّكَاحِ ، فلم يَتَقَدَّمْهُ كَالطَّلَاقِ وَالْقَسَمِ ، وَلَأنَّ الْمُدَّةَ تُضْرَبُ لَهُ لِقَصْدِهِ الْإِضْرَارَ بِهَا بِيَمِينِهِ ، وَإِذَا كَانَتِ الْيَمِينُ قَبْلَ النِّكَاحِ ، لم يكنْ قَاصِدًا لِلْإِضْرَارِ ، فَأَشْبَهَ الْمُمْتَنِعَ بِغَيْرِ يَمِينٍ . قال الشَّرِيفُ أَبُو جَعْفَرٍ : وَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ : يَصِحُّ الظُّهَارُ قَبْلَ النِّكَاحِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ . فعلى هذا التَّعْلِيلِ يَصِحُّ الْإِيلَاءُ قَبْلَ النِّكَاحِ . وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

فصل : فَإِنْ آلَى مِنَ الرَّجْعِيَّةِ ، صَحَّ إِيلَاؤُهُ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ ؛ وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابْنُ حَامِدٍ ، أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَصِحُّ إِيلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقْطَعُ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ إِذَا طَرَأَ ، فَلَأنَّ يَمْنَعُ صِحَّتَهُ ابْتِدَاءً أَوَّلَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا زَوْجَةٌ (٦٩) يَلْحَقُهَا طَلَاؤُهُ ، فَصَحَّ إِيلَاؤُهُ مِنْهَا ، كَغَيْرِ الْمُطَلَّقةِ . وَإِذَا آلَى مِنْهَا احْتَسَبَ الْمُدَّةُ (٧٠)

(٦٧) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٦٨) في م : « تزويجها » .

(٦٩) في ب : « زوجته » .

(٧٠) في ب ، م : « بالمدّة » .

مِنْ حِينَ آلَى^(٧١) ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْعِدَّةِ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ الْخَرَقِيِّ أَنْ لَا يُحْتَسَبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ إِلَّا مِنْ حِينَ رَاجَعَهَا ، لِأَنَّ ظَاهِرَ كَلَامِهِ أَنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُحَرَّمَةٌ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَتْ الْبَائِنَ ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ إِذَا طَرَأَ قَطَعَ الْمُدَّةَ ، ثُمَّ لَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِشَيْءٍ مِنَ الْمُدَّةِ قَبْلَ رَجْعَتِهَا ، فَأَوْلَى أَنْ لَا يَسْتَأْنِفَ الْمُدَّةَ فِي الْعِدَّةِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ مَنْ صَحَّ إِيلَاؤُهُ ، اخْتَسِبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ مِنْ حِينَ إِيلَائِهِ ، كَمَا لَمْ تَكُنْ مُطْلَقَةً^(٧٢) ، وَلِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ ، فَاخْتَسِبَ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ فِيهَا ، كَمَا لَمْ يُطْلَقْهَا^(٧٣) . وَفَارَقَ الْبَائِنَ ، فَإِنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً ، وَلَا يَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْهَا^(٧٤) بِحَالٍ ، فَهِيَ كَسَائِرِ الْأَجْنِيَّاتِ .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، مُسْلِمَةٍ كَانَتْ أَوْ ذِمِّيَّةً ، حُرَّةً كَانَتْ أَوْ أَمَةً ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَةٌ ، فَصَحَّ الْإِيلَاءُ مِنْهَا كَالْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ . وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ قَبْلَ الدُّخُولِ وَبَعْدَهُ . وَهَذَا قَالَ النَّحْعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ : إِنَّمَا يَصِحُّ^(٧٥) الْإِيلَاءُ بَعْدَ الدُّخُولِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ وَالْمَعْنَى ، وَلِأَنَّهُ^(٧٦) مُمْتَنِعٌ مِنْ جِمَاعِ زَوْجَتِهِ بِيَمِينِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا بَعْدَ الدُّخُولِ . وَيَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنَ الْمَجْنُونَةِ وَالصَّغِيرَةِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يُطَالَبُ بِالْفَيْئَةِ فِي الصَّغَرِ وَالْجُنُونِ ؛ لِأَنَّهُمَا / لَيْسَا مِنْ أَهْلِ الْمُطَالَبَةِ . فَأَمَّا الرِّقَاءُ وَالْقِرْنَاءُ ، فَلَا يَصِحُّ الْإِيلَاءُ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ مُتَعَذِّرٌ دَائِمًا ، فَلَمْ تَنْعَقِدِ الْيَمِينُ عَلَى تَرْكِهِ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَصْنَعُدُ السَّمَاءَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ ، وَتُضْرَبَ لَهُ الْمُدَّةُ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا ، فَهِيَ كَالْمَرِيضَةِ . فَعَلَى هَذَا يَنْبَغِي أَنْ يَقَى فَيْئَةُ

و٦٥/٨

(٧١) في ١ : « الْإِيلَاءُ » .

(٧٢-٧٣) سقط من : ب .

(٧٣) في م : « وَمِنْهَا » .

(٧٤) سقط من : أ ، ب .

(٧٥) سقطت الواو من : أ ، ب ، م .

المَعْدُور ؛ لَأَنَّ الْفَيْئَةَ بِالْوَطْءِ فِي حَقِّهَا مُتَعَذِّرَةٌ ، فَلَا تُمَكِّنُ الْمُطَالَبَةُ بِهِ ، فَاشْتَبَهَ الْمَجْبُوبَ .

فصل : وَيَصِيحُّ الْإِيلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلِّفٍ قَادِرٍ عَلَى الْوَطْءِ . وَأَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ ، فَلَا يَصِيحُّ إِيْلَاؤُهُمَا ؛ لَأَنَّ الْقَلَمَ مَرْفُوعٌ عَنْهُمَا ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ تَجِبُ بِمُخَالَفَتِهِ كَفَّارَةٌ أَوْ حَقٌّ ، فَلَمْ يَتَّعِدْ مِنْهُمَا كَالنَّذِيرِ . وَأَمَّا الْعَاجِزُ عَنِ الْوَطْءِ ، فَإِنْ كَانَ لِعَارِضٍ ^(٧٦) مَرْجُوٌّ زَوَالُهُ كَالْمَرَضِ وَالْحَبْسِ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ ، فَصَحَّ مِنْهُ الْإِمْتِنَاعُ مِنْهُ ^(٧٧) ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْجُوٍّ الزَّوَالِ كَالْجَبِّ وَالشَّلْلِ ، لَمْ يَصَحَّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ ، فَلَمْ تَتَّعِدْ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَقْلِبَ الْحِجَارَةَ ذَهَبًا ، وَلِأَنَّ الْإِيلَاءَ الْيَمِينُ الْمَانِعَةُ مِنَ الْوَطْءِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُهُ يَمِينُهُ ، فَإِنَّهُ مُتَعَذِّرٌ مِنْهُ ، وَلَا تَضُرُّ الْمَرْأَةَ يَمِينُهُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِيحَّ الْإِيلَاءُ مِنْهُ قِيَاسًا عَلَى الْعَاجِزِ بِمَرَضٍ أَوْ خَبَسٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَأَمَّا الْحَصِيُّ الَّذِي سُلِّتَ بَيْضَتَاهُ ، أَوْ رُضَّتْ ، فَيُمْكِنُ مِنْهُ الْوَطْءُ ، وَيُنْزَلُ مَاءٌ رَقِيقًا ، فَيَصِيحُّ إِيْلَاؤُهُ . وَكَذَلِكَ الْمَجْبُوبُ الَّذِي بَقِيَ مِنْ ذَكَرِهِ مَا يُمْكِنُ الْجِمَاعُ بِهِ .

فصل : وَيَصِيحُّ إِيْلَاءُ الذَّمِّ وَيَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ إِذَا تَقَاضَوْا إِلَيْنَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَإِنْ أَسْلَمَ ، لَمْ يَنْقَطِعْ حُكْمُ إِيْلَائِهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَسْلَمَ ، سَقَطَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَقَالَ أَبُو يَوْسَفَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْنُثُ إِذَا جَامَعَ ، لِكَوْنِهِ غَيْرَ مُكَلِّفٍ ، وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ بِطَّلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ ، فَهُوَ مُؤَلِّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيحُّ عَنْقَهُ وَطَّلَاقَهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ﴾ . وَلِأَنَّهُ مَانِعٌ نَفْسَهُ بِالْيَمِينِ مِنْ جِمَاعِهَا ، فَكَانَ مُؤَلِّيًا كَالْمُسْلِمِ ،

(٧٦) فِي ١ ، ب : « الْعَارِضُ » .

(٧٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

ولأنَّ^(٧٨) مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ ، كَالْمُسْلِمِ ، وَمَنْ صَحَّتْ يَمِينُهُ عِنْدَ الْحَاكِمِ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ كَالْمُسْلِمِ .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ فِي الْإِيْلَاءِ الْعُضْبُ ، وَلَا قَصْدُ الْإِضْرَارِ . رُويَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . / وَرُويَ عَنْ عَلِيٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَيْسَ فِي إِصْلَاحِ إِيْلَاءٍ^(٧٩) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : إِنَّمَا الْإِيْلَاءُ فِي الْعُضْبِ^(٨٠) . وَنَحْوُ ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ : مَنْ حَلَفَ لَا يَطَأُ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَقْطَعَ وَلَدَهُ ، لَا يَكُونُ إِيْلَاءً ، إِذَا أَرَادَ الْإِصْلَاحَ لَوْلَاهُ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلَأَنَّهُ مَانِعٌ^(٨١) نَفْسَهُ عَنْ^(٨٢) جَمَاعِهَا يَمِينِهِ ، فَكَانَ مُوَلِيًّا ، كَحَالِ الْعُضْبِ ، يُحَقِّقُهُ^(٨٣) أَنَّ حُكْمَ الْإِيْلَاءِ يَثْبُتُ لِحَقِّ الزَّوْجَةِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ سَوَاءً قَصْدُ الْإِضْرَارِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ ، كَاسْتِيفَاءِ دُيُونِهَا ، وَإِثْلَافِ مَالِهَا ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالظَّهَارَ وَسَائِرَ الْأَيْمَانِ سَوَاءٌ فِي الْعُضْبِ وَالرَّضَى ، فَكَذَلِكَ الْإِيْلَاءُ ، وَلِأَنَّ حُكْمَ الْيَمِينِ فِي الْكُفَّارَةِ وَغَيْرِهَا سَوَاءٌ فِي الْعُضْبِ وَالرَّضَى ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِيْلَاءِ . وَأَمَّا إِذَا حَلَفَ أَنْ لَا يَطَأَهَا حَتَّى تَقْطَعَ وَلَدَهُ ، فَإِنْ أَرَادَ وَقْتُ الْفِطَامِ ، وَكَانَتْ مُدَّتُهُ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَهُوَ مُوَلٍ ، وَإِنْ أَرَادَ فَعَلَ الْفِطَامِ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ قَبْلَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، وَلَيْسَ بِمُحَرَّمٍ ، وَلَا فِيهِ تَقْوِيَةٌ حَقٌّ لَهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ، كَالْوَحْلِ لَا يَطَأُهَا حَتَّى تَدْخُلَ الدَّارَ .

فصل : فِي الْأَلْفَاظِ الَّتِي يَكُونُ بِهَا مُوَلِيًّا ، وَهِيَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، مَا هُوَ صَرِيحٌ

(٧٨) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَلَئِنْ » .

(٧٩) أَخْرَجَ نَحْوَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْإِيْلَاءِ فِي الْغَضَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِيْلَاءِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٧ / ٣٨٢ ، ٣٨٢ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْإِيْلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٢ / ٢٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : الْإِيْلَاءُ فِي الرِّضَى وَالْغَضَبِ ... ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفِ ٥ / ١٤١ .

(٨٠) أَخْرَجَهُ سَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْإِيْلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٢ / ٢٥ .

(٨١-٨٢) فِي أ : « لِنَفْسِهِ مِنْ » .

(٨٢) فِي ب ، م : « بِحَقِّهِ » .

في الحُكْمِ والبَاطِنِ جميعًا ، وهى ^(٨٣) ثَلَاثَةُ أَلْفَاظٍ ؛ قَوْلُهُ : وَاللَّهُ لَا أُنْيَاكَ ^(٨٤) ، وَلَا أُذْخِلُ ، وَلَا أُغَيِّبُ أَوْ أُولِجُ ذَكَرِي فِي فَرْجِكَ . وَلَا أَقْضِضْتُكَ . لِلْبِكْرِ خَاصَّةً ، فَهَذِهِ صَرِيحَةٌ ، وَلَا يَدِينُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ غَيْرَ الْإِيلَاءِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، صَرِيحٌ ^(٨٥) فِي الْحُكْمِ ، وَيَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهِيَ عَشْرَةُ أَلْفَاظٍ : لَا وَطِئْتُكَ ، وَلَا جَامَعْتُكَ ، وَلَا أَصَبْتُكَ ، وَلَا بَاشَرْتُكَ ، وَلَا مَسَسْتُكَ ، وَلَا قَرَيْتُكَ ، وَلَا أَتَيْتُكَ ، وَلَا بَاضَعْتُكَ ، وَلَا بَاعَلْتُكَ ، وَلَا اغْتَسَلْتُ مِنْكَ . فَهَذِهِ صَرِيحَةٌ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْعُرْفِ فِي الْوَطْءِ . وَقَدْ وَرَدَ الْقُرْآنُ بَعْضُهَا فَقَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَا تُبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ﴾ ^(٨٦) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ ^(٨٧) . وَأَمَّا الْجِمَاعُ وَالْوَطْءُ ، فَهُمَا أَشْهُرُ الْأَلْفَاظِ فِي الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَوْ قَالَ : أُرَدْتُ بِالْوَطْءِ الْوَطْءُ بِالْقَدَمِ ، وَبِالْجِمَاعِ ^(٨٨) الْجِمَاعُ ^(٨٩) ، وَبِالْإِصَابَةِ الْإِصَابَةُ بِالْيَدِ . دِينَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ / وَالْعُرْفِ . وَقَدْ اخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيمَا عَدَا الْوَطْءَ وَالْجِمَاعَ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي غَيْرِ الْجِمَاعِ . وَقَالَ فِي : لَا بَاضَعْتُكَ : لَيْسَ بِصَرِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنَ التَّقَاءِ الْبُضْعَتَيْنِ ، الْبُضْعَةُ مِنَ الْبَدَنِ بِالْبُضْعَةِ مِنْهُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « فَاطِمَةُ بُضْعَةٌ مِنِّي » ^(٩٠) . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْوَطْءِ عُرْفًا ، وَقَدْ وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ وَالسُّنَّةُ ، فَكَانَ

٦٦/٨ و

(٨٣) في م : « وهو » .

(٨٤) في الأصل ، ا ، م : « آتاك » .

(٨٥) في م : « تصریح » .

(٨٦) سورة البقرة ٢٢٢ .

(٨٧) سورة البقرة ١٨٧ .

(٨٨) سورة البقرة ٢٣٧ .

(٨٩-٨٩) في الأصل : « الاجتماع بالأجسام » .

(٩٠) أخرجه البخارى ، في : باب مناقب قرابة رسول الله ﷺ ومنقبه فاطمة ، وباب ذكر أصحابه النبي ، وباب مناقب فاطمة عليها السلام ، من كتاب فضائل الصحابة وفي : باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف ، من =

صَرِيحًا ، كَلْفِظِ الْوَطْءِ وَالْجِمَاعِ ، وَكَوْنُهُ حَقِيقَةً فِي غَيْرِ الْجِمَاعِ يَنْطُلُ بِلَفْظَةِ الْوَطْءِ وَالْجِمَاعِ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : فَارْتُكِّ ، وَسَرَّحْتُكَ . فِي الْفَافِ الطَّلَاقِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : هِيَ صَرِيحَةٌ فِي الطَّلَاقِ ، مَعَ كَوْنِهَا حَقِيقَةً فِي غَيْرِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُهُ : بِاضْعَتِكَ . فَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنْ الْبُضْعِ ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ هَذَا اللَّفْظُ فِي غَيْرِ الْوَطْءِ ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يَكُونَ صَرِيحًا مِنْ سَائِرِ الْأَلْفَافِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَا لَا يَكُونُ إِبْلَاءً إِلَّا بِالنِّيَّةِ ، وَهُوَ مَا عَدَا هَذِهِ الْأَلْفَافَ ، مِمَّا يَحْتَمِلُ الْجِمَاعَ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسَكَ شَيْءٌ . لَا سَاقَفَ رَأْسِي رَأْسَكَ . لَا سُؤْأَنَّكَ . لِأَغِيظَنَّكَ . لَتَطُولَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . لَا مَسَّ جِلْدِي جِلْدَكَ . لَا قَرَبْتُ فِرَاشَكَ . لَا آوَيْتُ مَعَكَ . لَا نِمْتُ عَنْكَ . فَهَذِهِ إِنْ أَرَادَ بِهَا الْجِمَاعَ ، وَاعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، كَانَ مُؤَلِيًا ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ لَيْسَتْ ظَاهِرَةً فِي الْجِمَاعِ ، كَظُهُورِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَلَمْ يَرِدِ النَّصُّ بِاسْتِعْمَالِهَا فِيهِ ، إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ ^(٩١) مُنْقَسِمَةٌ إِلَى مَا يَنْتَقِرُ فِيهِ إِلَى نِيَّةِ الْجِمَاعِ وَالْمُدَّةِ مَعًا ، وَهِيَ قَوْلُهُ : لَأُسْؤَأَنَّكَ ، وَلَأَغِيظَنَّكَ ، وَلَتَطُولَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . فَلَا يَكُونُ مُؤَلِيًا حَتَّى يَنْوِيَ تَرْكَ الْجِمَاعِ فِي مُدَّةٍ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ غِيظَهَا يَكُونُ بِتَرْكِ الْجِمَاعِ فِيمَا دُونَ ذَلِكَ ^(٩٢) ، وَفِي سَائِرِ هَذِهِ الْأَلْفَافِ يَكُونُ مُؤَلِيًا بِنِيَّةِ الْجِمَاعِ فَقَطْ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَيَطُولَنَّ تَرْكِي لَجِمَاعِكَ ، أَوْ لَوَطْطَتِكَ ، أَوْ لِإِصَابَتِكَ . فَهَذَا صَرِيحٌ فِي تَرْكِ الْجِمَاعِ ، وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْمُدَّةِ دُونَ نِيَّةِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا جَمَاعَتَكَ إِلَّا جِمَاعًا ضَعِيفًا . لَمْ يَكُنْ مُؤَلِيًا ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ جِمَاعًا لَا يَتَلَفُّ التَّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَدْخَلْتُ جَمِيعَ

= كتاب النكاح . صحيح البخارى ٥ / ٢٦ ، ٢٨ ، ٣٦ ، ٧ / ٤٧ . ومسلم ، فى باب فضائل فاطمة بنت النبى ﷺ ، من كتاب فضائل الصحابة . صحيح مسلم ٤ / ١٩٠٢ ، ١٩٠٣ . وأبو داود ، فى باب ما يكره أن يجمع بينهن من النساء ، من كتاب النكاح . سنن أبى داود ١ / ٤٧٨ . والترمذى ، فى باب فضل فاطمة بنت محمد ﷺ ، من كتاب المناقب . عارضة الأحوذى ١٣ / ٢٤٦ ، ٢٤٧ . وابن ماجه ، فى باب الغيرة ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١ / ٦٤٣ ، ٦٤٤ . والإمام أحمد ، فى المسند ٤ / ٣٢٦ ، ٥ . والبيهقى ، فى باب من يعتق بالملك ، من كتاب العتق . السنن الكبرى ١٠ / ٢٨٨ ، ٢٨٩ .

(٩١) سقط من : ب .

(٩٢) فى ب : « الفرج » .

ذَكَرِي فِي فَرْجِكَ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ الَّذِي يَحْصُلُ بِهِ الْفَيْئَةُ ، يَحْصُلُ بِدُونِ إِيْلَاجِ
جَمِيعِ الذَّكَرِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَوْلَجْتُ حَشَتَيْ فِي / فَرْجِكَ . كَانَ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْفَيْئَةَ
لَا تَحْصُلُ بِدُونِ ذَلِكَ .

فصل : وإذا^(٩٣) قَالَ لِإِحْدَى زَوْجَتَيْهِ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى :
أَشْرَكْتُكَ مَعَهَا . لَمْ يَصِرْ مُوَلِّيًا مِنَ الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ بِاللَّهِ لَا يَصِحُّ إِلَّا بِلَفْظِ صَرِيحٍ مِنْ
اسْمٍ أَوْ صِفَةٍ ، وَالتَّشْرِيكُ بَيْنَهُمَا كِنَايَةٌ ، فَلَمْ تَصِحَّ بِهِ الْيَمِينُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَكُونُ
مُوَلِّيًا^(٩٤) مِنْهُمَا . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَأَنْتِ طَالِقٌ . ثُمَّ قَالَ لِلْأُخْرَى : أَشْرَكْتُكَ
مَعَهَا . وَتَوَى^(٩٥) ، فَقَدْ صَارَ طَلَاقُ الثَّانِيَةِ مُعَلَّقًا عَلَى وَطِئِهَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَصِحُّ
بِالْكِنَايَةِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ ذَلِكَ إِيْلَاءٌ فِي الْأَوَّلَى . صَارَ إِيْلَاءٌ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ فِي
مَعْنَاهَا ، وَإِلَّا فَلَيْسَ بِإِيْلَاءٍ فِي وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا . وَكَذَلِكَ لَوْ آلَى رَجُلٌ مِنْ زَوْجَتِهِ ، فَقَالَ آخَرُ
لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ مِثْلُ فُلَانَةٍ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : هُوَ مُوَلٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْقَسَمِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًا بِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ^(٩٥) يُشَبِّهْهَا بِهَا .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِيْلَاءُ بِكُلِّ لُغَةٍ مِنَ الْعَجَمِيَّةِ وَغَيْرِهَا ، مِمَّنْ يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ ، وَمِمَّنْ
لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَنْعَقِدُ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَتَجِبُ بِهَا الْكَفَّارَةُ . وَالْمُوَلَّى هُوَ الْحَالِفُ بِاللَّهِ
عَلَى قَرْكِ وَطْءِ زَوْجَتِهِ ، الْمُتَمَتِّعُ مِنْ ذَلِكَ بِيَمِينِهِ . فَإِنْ آلَى بِالْعَجَمِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ،
وَهُوَ لَا يَذَرِي مَعْنَاهَا ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ، وَإِنْ تَوَى مُوجِبَهَا عِنْدَ أَهْلِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا
آلَى بِالْعَرَبِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ قَصْدُ الْإِيْلَاءِ بِلَفْظٍ لَا يَذَرِي مَعْنَاهُ . فَإِنْ
اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَعْرِفَتِهِ بِذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُتَكَلِّمًا بِغَيْرِ لِسَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ
عَدَمُ مَعْرِفَتِهِ بِهَا . فَأَمَّا إِنْ آلَى الْعَرَبِيُّ بِالْعَرَبِيَّةِ ، ثُمَّ قَالَ : جَرَى عَلَى لِسَانِي مِنْ غَيْرِ

(٩٣) فِي ب ، م ، : « وَإِنْ » .

(٩٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ، .

قَصْدٌ . أو قال ذلك الْعَجَمِيُّ فِي إِيْلَائِهِ بِالْعَجَمِيَّةِ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ .

فصل : ومُدَّةُ الإِيْلَاءِ فِي حَقِّ الْأَحْرَارِ وَالْعَبِيدِ وَالْمُسْلِمِينَ وَأَهْلِ الذِّمَّةِ سَوَاءٌ ، وَلَا فَرْقَ بَيْنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ ، وَالْمُسْلِمَةِ وَالذِّمِّيَّةِ ، وَالصَّغِيرَةِ وَالْكَبِيرَةِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ مُدَّةَ إِيْلَاءِ الْعَبِيدِ شَهْرَانِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُمْ عَلَى النَّصْفِ فِي الطَّلَاقِ ، وَعَدَدِ الْمَنْكُوحَاتِ ، فَكَذَلِكَ فِي مُدَّةِ الإِيْلَاءِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ : إِيْلَاؤُهُ مِنَ الْأَمَةِ شَهْرَانِ ، وَمِنَ الْحُرَّةِ أَرْبَعَةٌ . وَقَالَ الشَّعْبِيُّ : إِيْلَاءُ الْأَمَةِ نِصْفُ إِيْلَاءِ الْحُرَّةِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ تَتَعَلَّقُ بِهِ الْبَيِّنَةُ عَنْدهُ ، فَاخْتَلَفَ ^(٩٦) بِالرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ كَالطَّلَاقِ ، وَلِأَنَّهَا مُدَّةٌ يَثْبُتُ ابْتِدَاؤها بِقَوْلِ الزَّوْجِ ، فَوَجَبَ أَنْ / يَخْتَلَفَ بِرُقِّ الْمَرْأَةِ وَحُرِّيَّتِهَا ، كَمُدَّةِ الْعِدَّةِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهَا مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِلْوَطْءِ ، فَاسْتَوَى فِيهَا الرُّقُّ وَالْحُرِّيَّةُ ، كَمُدَّةِ الْعِنَةِ ، وَلَا تُسَلَّمُ أَنَّ الْبَيِّنَةَ تَتَعَلَّقُ بِهَا ، ثُمَّ يَطْلُ ذَلِكَ بِمُدَّةِ الْعِنَةِ ، وَيُخَالِفُ مُدَّةَ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ مَبْنِيَّةٌ عَلَى الْكَمَالِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْإِسْتِبْرَاءَ يَحْصُلُ بِقُرْءٍ وَاحِدٍ ، وَأَمَّا مُدَّةُ الإِيْلَاءِ فَإِنَّ الْإِسْتِمْتَاعَ بِالْحُرَّةِ أَكْثَرُ ، وَكَانَ يَنْبَغِي أَنْ تَتَقَدَّمَ مُطَالَبَتُهَا مُطَالَبَةَ الْأَمَةِ ، وَالْحَقُّ عَلَى الْحُرِّ فِي الْإِسْتِمْتَاعِ أَكْثَرُ مِنْهُ عَلَى الْعَبْدِ ، فَلَا تَجُوزُ الزِّيَادَةُ فِي مُطَالَبَةِ الْعَبْدِ عَلَيْهِ .

٦٧/٨ و

١٢٩٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَرَافَعْتَهُ ، أَمَرَ بِالْفَيْئَةِ ^(١)) ، وَالْفَيْئَةُ الْجَمَاعُغُ)

وجملة ذلك أَنَّ الْمُؤَلَّى يَتَرَبَّصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، كَمَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَلَا يُطَالَبُ بِالْوَطْءِ ^(٢)

(٩٦) فِي ب ، م : « وَاخْتَلَفَ » .

(١) فِي ب ، م : « الْفَيْئَةُ » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

فِيهِنَّ ، فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَرَافَعَتْهُ امْرَأَتُهُ إِلَى الْحَاكِمِ ، وَقَفَهُ ، وَأَمَرَهُ بِالْفَيْئَةِ ، فَإِنْ أَبَى أَمَرَهُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَا تَطْلُقُ زَوْجَتَهُ بِنَفْسِ مُضَيِّ الْمُدَّةِ . قَالَ أَحْمَدُ فِي الْإِيلَاءِ : يُوقَفُ ، عَنْ الْأَكْبَرِ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ؛ عَنْ عَمْرِو شَيْءٍ يَدُلُّ عَلَى ذَلِكَ ، وَعَنْ عُثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَجَعَلَ يُثَبِّتُ حَدِيثَ عَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ عَمْرٍ ، وَعَائِشَةُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي الدَّرْدَاءِ . وَقَالَ سَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ : كَانَ تِسْعَةَ عَشَرَ رَجُلًا مِنْ أَصْحَابِ مُحَمَّدٍ ﷺ يُوقِفُونَ فِي الْإِيلَاءِ ^(٣) . وَقَالَ سُهَيْلُ بْنُ أَبِي صَالِحٍ : سَأَلْتُ اثْنَيْ عَشَرَ مِنْ أَصْحَابِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَكُلُّهُمْ يَقُولُ : لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، حَتَّى يَمْضِيَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، فَيُوقَفُ ، فَإِنْ فَاءَ ، وَإِلَّا طَلَّقَ ^(٤) . وَهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعُرْوَةُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّدِ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَسْرُوقٌ ، وَقُبَيْصَةُ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، فَهِيَ تَطْلِيقَةٌ بَاطِنَةٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عُثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَرَوَى عَنْ أَبِي بَكْرٍ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَمَكْحُولٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، تَطْلِيقَةٌ رَجْعِيَّةٌ . وَيُحْكِي عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ أَنَّهُ كَانَ يَقْرَأُ : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا ﴾ فِيهِنَّ ﴿ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ ^(٥) . وَلِأَنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لاسْتِدْعَاءِ الْفِعْلِ مِنْهُ ، فَكَانَ ذَلِكَ فِي الْمُدَّةِ كَمُدَّةِ الْعَنَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤُولُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِنْ فَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾ . وَظَاهِرُ

(٣) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالْإِيلَاءِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٤ / ٦١ ، ٦٢ . وَابْيَهَقِيَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : يُوقَفُ الْمَوْلَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيلَاءِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٧٦/٧ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، فِي : الْبَابِ الثَّانِي فِي الْإِيلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُسْنَدُ ٤٢/٢ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : يُوقَفُ الْمَوْلَى عِنْدَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٢ / ٣٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَوْلَى يُوقَفُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنَفُ ٥ / ١٣٢ .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الطَّلَاقِ وَالْخُلْعِ وَالْإِيلَاءِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٤ / ٦١ . وَابْيَهَقِيَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : يُوقَفُ الْمَوْلَى ... ، مِنْ كِتَابِ الْإِيلَاءِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٧٧/٧ .

(٥) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٦ .

ذلك أن الفَيْتَةَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ / لِذِكْرِهِ الْفَيْتَةَ بَعْدَهَا بِالْفَاءِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلتَّعْقِيبِ ، ثم قال : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٦) . ولو وَقَعَ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، لم يَحْتَجْ إِلَى عَزْمِ عَلَيْهِ ، وقوله : ﴿ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ يَقْتَضِي أَنَّ الطَّلَاقَ مَسْمُوعٌ ، ولا يكونُ الْمَسْمُوعُ إِلَّا كَلَامًا ، ولأنَّهَا مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لَهُ تَأْجِيلًا ، فلم يَسْتَحِقْ الْمُطَالَبَةَ فِيهَا ، كَسَائِرِ الْأَجَالِ ، ولأنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ لَمْ يَتَقَدَّمْهَا إِيقَاعٌ ، فلا يَتَقَدَّمُهَا وَقُوعٌ ، كَمُدَّةِ الْعِنَّةِ . ومُدَّةُ الْعِنَّةِ حُجَّةٌ لَنَا ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا ^(٧) بِمُضِيِّهَا ، ولأنَّ مُدَّةَ الْعِنَّةِ ضَرِبَتْ لَهُ لِيُخْتَبَرَ فِيهَا ، ويُعَرَفَ عَجْزُهُ عَنِ الْوَطْءِ بِتَرْكِهِ فِي مُدَّتِهَا ، وهذه ضَرِبَتْ تَأْخِيرًا لَهُ وَتَأْجِيلًا ، ولا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجَلِ ، كَالَّذِينَ .

فصل : وابتداء المدة من حين اليمين ، ولا يفتقر إلى ضربٍ مُدَّةٍ ؛ لِأَنَّهَا ثَبَتَتْ بِالنَّصِّ وَالْإِجْمَاعِ ، فلم تفتقر إلى ضربٍ ^(٨) ، كَمُدَّةِ الْعِنَّةِ . ولا يُطَالَبُ بِالْوَطْءِ فِيهَا ؛ لما ذَكَرْنَا ، فَإِنْ وَطِئَهَا ^(٩) فِيهَا فَقَدْ عَجَلَ ^(١٠) حَقَّهَا قَبْلَ مَحَلِّهِ ، وَخَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ ، كَمَنْ عَلَيْهِ ذَنْبٌ ^(١١) دَفَعَهُ قَبْلَ الْأَجَلِ . وهكذا إِنْ وَطِئَ بَعْدَ الْمُدَّةِ ، قَبْلَ الْمُطَالَبَةِ أَوْ بَعْدَهَا ، خَرَجَ مِنَ الْإِيلَاءِ . وسواءٌ وَطِئَهَا ، وَهِيَ عَاقِلَةٌ أَوْ مَجْنُونَةٌ ، أَوْ يَقْظَانَةٌ أَوْ نَائِمَةٌ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ ، فَإِنْ وَطِئَهَا وَهُوَ مَجْنُونٌ ، لم يَحْنُثْ . ذَكَرَهُ ابْنُ حَامِدٍ . وهو قَوْلُ الشَّعْبِيِّ . وقال أَبُو بَكْرِ : يَحْنُثُ ، وَعَلَيْهِ الْكُفَّارَةُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ مَا حَلَفَ عَلَيْهِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مُكَلِّفٍ ، وَالْقَلَمُ عَنْهُ مَرْفُوعٌ ، وَيُخْرَجُ بِوَطْئِهِ عَنِ الْإِيلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا ، وَحَصَلَ مِنْهُ فِي حَقِّهَا مَا يَحْصُلُ مِنَ الْعَاقِلِ ، وَإِنَّمَا تَسْقُطُ الْكُفَّارَةُ عَنْهُ لِرَفْعِ الْقَلَمِ عَنْهُ . ذَكَرَ هَذَا ابْنُ حَامِدٍ . وهو أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي مَا

(٦) سورة البقرة ٢٢٧ .

(٧) في م زيادة : « إلا » .

(٨) في ان زيادة : « مدة » .

(٩) في ا : « وطئ » .

(١٠) في ا ، ب ، م : « عجلها » .

(١١) سقط من : ا ، م .

يدل على أنه يبقى مؤلّياً ؛ فإنه قال : إذا وطئ بعد إفاقة ، تجب عليه الكفارة ؛ لأن وطأه الأول ما حث به ، وإذا بقيت يمينه ، بقي الإيلاء ، كما لو لم يطأ . وهذا قول المزني . ويتبع أن يستأنف له مدة الإيلاء من حين وطئ ؛ لأنه لا يتبع أن يطالب بالفيئة مع وجودها منه ، ولا يطلق عليه ؛ لانتهائها وهي موجودة ، ولكن تضرب له مدة لبقاء حكم يمينه . وقيل : تضرب له المدة إذا عقل ؛ لأنه حينئذ يمنع من الوطء بحكم يمينه . ومن قال بالأول قال : قد وفاها حقها ، فلم يبق الإيلاء ، كما لو حث ، ولا يمنع انتفاء الإيلاء مع اليمين ، كما لو حلف لا يطأ أجنبية ، ثم تزوجها .

فصل : وإن وطئ العاقل ناسياً ليمينه ، فهل يحث ؟ على روايتين . فإن قلنا : يحث . انحل إيلاه ، وذهبت يمينه . وإن قلنا : لا يحث . فهل ينحل إيلاه ؟ على وجهين ، قياساً على المجنون . وكذلك يخرج فيما إذا آلى من إحدى زوجتيه ، ثم وجدها على فراشه ، فظنّها الأخرى ، فوطئها ؛ لأنه جاهل بها ، والجاهل كالناسي في الحث . وكذلك إن ظنّها أجنبية فبأنت زوجته . وإن استدحلت ذكره وهو نائم ، لم يحث ؛ لأنه لم يفعل ما حلف عليه ، ولأن القلم مرفوع عنه . وهل يخرج من حكم الإيلاء ؟ يحتمل وجهين ؛ أحدهما ، يخرج ؛ لأن المرأة وصلت إلى حقها ، فأشبه ما لو وطئ . والثاني ، لا يخرج من حكم الإيلاء ؛ لأنه ما وفاها حقها ، وهو باق على الامتناع من الوطء بحكم اليمين ، فكان مؤلّياً ، كما لو لم يفعل به ذلك . والحكم فيما إذا وطئ وهو نائم كذلك ؛ لأنه لا يحث به .

فصل : وإن وطئها وطئاً محرماً ، مثل أن وطئها حائضاً ، أو نفساء ، أو محرمة ، أو صائمة صوم فريض ، أو كان محرماً ، أو صائماً ، أو مظاهراً ، حث ، وخارج من الإيلاء . وهذا مذهب الشافعي . وقال أبو بكر : قياس المذهب أن لا يخرج من الإيلاء ؛ لأنه وطئ لا يؤمر به في الفيئة ، فلم^(١٢) يخرج به من الإيلاء ، كالوطء في

(١٢) في ١ : فلا .

الدُّبُرِ . ولا يصحُّ هذا ؛ لأنَّ يَمِينَهُ انْحَلَّتْ ، ولم يَتَّقِ مُمْتَنِعًا مِنَ الْوَطْءِ بِحُكْمِ الْيَمِينِ ، فلم يَتَّقِ الْإِيلَاءَ ، كَالو كَفَرٍ عَنْ^(١٣) يَمِينِهِ ، أَوْ كَالو وَطِئَهَا مَرِيضَةً . وقد نصَّ أحمدٌ ، في من حَلَفَ ، ثم كَفَرَ يَمِينَهُ ؛ أَنَّهُ لَا يَتَّقِي مُوَلِّيَا ، لِعَدَمِ حُكْمِ الْيَمِينِ مَعَ أَنَّهُ مَا وَفَّاهَا حَقَّهَا ، فَلَا نَزُولَ بِزَوَالِ الْيَمِينِ بِجَنَّتِهِ فِيهَا أَوَّلَى . وقد ذكر القاضي في الْمُحْرِمِ^(١٤) وَالْمُظَاهِرِ ، أَنَّهُمَا إِذَا وَطِئَا فَقَدْ وَفَّيَاهَا حَقَّهَا . وفَارَقَ الْوَطْءَ فِي الدُّبُرِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ بِهِ ، وليس بِمَحَلٍّ لِلْوَطْءِ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا آلى منها ، وثُمَّ عُدَّزَ يَمْنَعُ الْوَطْءَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كَمَرَضِهِ ، أَوْ حَبْسِهِ ، أَوْ إِخْرَامِهِ ، أَوْ صِيَامِهِ ، حُسِبَتْ عَلَيْهِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينَ إِيْلَائِهِ ؛ لِأَنَّ^(١٥) الْمَانِعَ مِنْ جِهَتِهِ ، وقد وَجَدَ التَّمَكِينُ الَّذِي عَلَيْهَا . ولذلك لو أَمَكَّنْتَهُ مِنْ نَفْسِهَا ، وَكَانَ مُمْتَنِعًا لِعُدُّرٍ ، وَجَبَتْ لَهَا التَّفَقُّةُ . وَإِنْ طَرَأَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الْأَعْذَارِ بَعْدَ الْإِيلَاءِ ، أَوْ جُنْ ، لم تَنْقُطِ الْمُدَّةُ ؛ لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ الْمَانِعُ مِنْ جِهَتِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ حَيْضًا ، لم يَمْنَعُ ضَرْبُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ لَمْ يُمَكِّنْ ضَرْبُ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْحَيْضَ فِي الْغَالِبِ لَا يَخْلُو مِنْهُ شَهْرٌ ، فَيُؤَدَّى ذَلِكَ إِلَى إسْقَاطِ حُكْمِ الْإِيلَاءِ ، وَإِنْ طَرَأَ الْحَيْضُ ، لم يَقْطَعْ الْمُدَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ^(١٦) . وَفِي التَّفَاسِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ كَالْحَيْضِ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَهُ أَحْكَامُ الْحَيْضِ . وَالثَّانِي ، هُوَ كَسَائِرِ الْأَعْذَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَادِرٌ / غَيْرُ مُعْتَادٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْأَعْذَارِ . وَأَمَّا سَائِرُ الْأَعْذَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ كَصِغَرِهَا ، وَمَرْضِيهَا ، وَحَبْسِهَا ، وَإِخْرَامِهَا ، وَصِيَامِهَا وَاعْتِكَافِهَا الْمَفْرُوضَيْنِ ، وَنُسُوزِهَا ، وَغَيْبَتِهَا ، فَهِيَ وَجَدَ مِنْهَا شَيْءٌ حَالَ الْإِيلَاءِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ الْمُدَّةُ حَتَّى يَزُولَ ؛ لِأَنَّ الْمُدَّةَ تُضْرَبُ لَامْتِنَاعِهِ

٦٨/٨ ظ

(١٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(١٤) في ب : المجد ، تحريف .

(١٥) في ١ ، ب ، م : لأنه .

(١٦) في ب ، م : ذكرناه .

من وطئها ، والمنع ههنا من قبلها . وإن وُجد^(١٧) شيء من هذه الأسباب ، استؤنفت المدة ، ولم يثن على ما مضى ؛ لأن قوله سبحانه : ﴿ تَرْتُبُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ يقتضي متوالية . فإذا قطعتها ، وجب استئنافها ، كمدة الشهرين^(١٨) في صوم الكفارة . وإن حث^(١٩) وهرث من يده ، انقطعت المدة . وإن بقيت في يده وأمكنه وطؤها ، احتسب عليه بها^(٢٠) . فإن قيل : فهذه الأسباب منها ما لا صنع لها فيه ، فلا ينبغي أن تقطع المدة ، كالحيض . قلنا : إذا كان المنع لمعنى فيها ، فلا فرق بين كونه يفعلها ، أو بغير فعلها . كما أن البائع إذا تعذر عليه تسليم المعقود عليه ، لم يتوجه له المطالبة بعوضه ، سواء كان لعذر أو غير عذر . وإن آلى في الردة ، لم تضر له المدة إلا من حين رجوع المرتد منها إلى الإسلام . وإن طرأت الردة في أثناء المدة ، انقطعت ؛ لأن النكاح قد تشعث وحرّم الوطء ، فإذا عاد إلى الإسلام ، استؤنفت المدة ، سواء كانت الردة منها أو من أحدهما . وكذلك إن أسلم أحد الزوجين الكافرين ، أو خالعا ، ثم تزوجها . والله أعلم .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فلها المطالبة بالفية إن لم يكن عذر . فإن طالبته ، فطلب الإمهال ، فإن لم يكن له عذر ، لم يمهل ؛ لأنه حق توجه عليه ، لا عذر له فيه ، فلم يمهل به ، كالذنين الحال ، ولأن الله تعالى جعل المدة أربعة أشهر ، فلا تجوز الزيادة عليها بغير عذر ، وإنما يؤخر قدر ما يتمكن من^(٢١) الجماع في حكم العادة ؛ فإنه لا يلزمه الوطء في مجلسه ، وليس ذلك بإمهال . فإن قال : أمهلوني حتى آكل فأني جائع ، أو حتى^(٢٢) ينهضم الطعام فأني كظيظ^(٢٣) . أو أصلي الفرض ، أو أفطر من

(١٧) في الأصل : حدث .

(١٨) في ب ، م : شهرين .

(١٩) في ا ، ب ، م : حثت .

(٢٠) في الأصل : به .

(٢١) في م : مع .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب ، م .

(٢٣) الكظيظ : الممتلئ بالطعام حتى لا يطيق النفس .

صَوْمِي . أَمْهَلْ بِقَدْرِ ذَلِكَ ؛ فَإِنَّهُ يُعْتَبَرُ أَنْ يَصِيرَ إِلَى حَالٍ يُجَامِعُ فِي مِثْلِهَا فِي الْعَادَةِ .
 وَكَذَلِكَ يُمَهَّلُ حَتَّى يَرْجِعَ إِلَى بَيْتِهِ ؛ ^(٢٤) «لَأَنَّ الْعَادَةَ فَعُلَ ذَلِكَ فِي بَيْتِهِ» . وَإِنْ كَانَ لَهَا عُذْرٌ
 يَمْنَعُ مِنْ وَطْئِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْفَيْئَةِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ مُمْتَنِعٌ مِنْ جِهَتِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا
 مُطَالَبَةٌ بِمَا يَمْنَعُهُ مِنْهُ ، وَلِأَنَّ الْمُطَالَبَةَ فَرَعٌ ^(٢٥) «الاسْتِحْقَاقِ» ، وَهِيَ لَا تَسْتَحِقُّ الْوَطْءَ فِي
 هَذِهِ الْأَحْوَالِ ، وَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ مِنَ الْفَيْئَةِ /
 الْوَاجِبَةِ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، وَلَكِنْ تَأَخَّرَ الْمُطَالَبَةُ إِلَى حَالٍ زَوَالَ الْعُذْرِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ
 الْعُذْرُ قَاطِعًا لِلْمُدَّةِ كَالْحَيْضِ ، أَوْ كَانَ الْعُذْرُ حَدَثَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ .

فصل : فَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بَعْدَ وَجُوبِهَا ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : يَسْقُطُ
 حَقُّهَا ، وَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بَعْدَهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : هَذَا قِيَاسُ الْمَذْهَبِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ
 بِإِسْقَاطِ حَقِّهَا مِنَ الْفَسْخِ لِعَدَمِ الْوَطْءِ ، فَسَقَطَ حَقُّهَا مِنْهُ ، كَأَمْرَةِ الْعَيْنِ إِذَا رَضِيَتْ
 بِعَنْتِهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَسْقُطَ حَقُّهَا ، وَلَهَا الْمُطَالَبَةُ مَتَى شَاءَتْ . وَهَذَا مَذْهَبُ
 الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا تَثْبُتُ لِرَفْعِ الضَّرَرِ بِتَرْكِ مَا يَتَجَدَّدُ مَعَ الْأَحْوَالِ ، فَكَانَ لَهَا الرُّجُوعُ ، كَمَا
 لَوُاعَسَرَ بِالنَّفَقَةِ ، فَعَفَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ بِالْفَسْخِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ ، وَفَارَقَ الْفَسْخُ لِلْعِنَةِ ؛ فَإِنَّهُ
 فَسَخَ لَعَيْنِهِ ، فَمَتَى رَضِيَتْ بِالْعَيْبِ ، سَقَطَ حَقُّهَا ، كَمَا لَوْ عَفَا الْمُشْتَرَى عَنْ عَيْبِ
 الْمَبِيعِ ، وَإِنْ سَكَتَتْ عَنِ الْمُطَالَبَةِ ، ثُمَّ طَالَبَتْ بَعْدَ ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا يَثْبُتُ عَلَى
 التَّرَاحِي ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِتَأْخِيرِ الْمُطَالَبَةِ ، كَاسْتِحْقَاقِ النَّفَقَةِ .

فصل : وَالْأَمَةُ كَالْحُرَّةِ فِي اسْتِحْقَاقِ الْمُطَالَبَةِ ، سَوَاءً عَفَا السَّيِّدُ عَنْ ذَلِكَ أَوْ لَمْ يَعْفُ ؛
 لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، حَيْثُ كَانَ الْاسْتِمْتَاعُ يَحْصُلُ لَهَا . فَإِنْ تَرَكَّتِ الْمُطَالَبَةَ ، لَمْ يَكُنْ لِمَوْلَاهَا
 الطَّلَبُ ؛ لِأَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ . فَإِنْ قِيلَ : حَقُّهُ فِي الْوَلَدِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَجْزِ الْعَزْلُ عَنْهَا ^(٢٦) «إِلَّا بِإِذْنِهِ» .
 قُلْنَا : لَا يَسْتَحِقُّ عَلَى الزَّوْجِ اسْتِيلَادَ الْمَرْأَةِ ؛ وَلِذَلِكَ ^(٢٧) «لَوْ حَلَفَ لَيَعْزِلَنَّ

(٢٤-٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في الأصل ، ب ، م ، د : مع .

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : الأصل ، م . وفي ب : « وذلك » .

عنها ، أو لا يَسْتَوِلِدُها ، لم يَكُنْ مُوَلِّيًا ، ولو أَنَّ المُوَلِّىَ وَطِئَ بِحَيْثُ يُوجَدُ التَّقَاءُ
الْخِتَانَيْنِ ، حَصَلَتِ الْفَيْقَةُ ، وزالَتِ عَنْهُ الْمُطَالِبَةُ ، وإن لم يَنْزِلْ ، وإنَّمَا اسْتَوْدَنَ السَّيِّدُ فِي
الْعَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْأَمَةِ ، فَرُبَّمَا نَقَصَ قِيَمَتَهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ صَغِيرَةً ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَلَيْسَ لَهَا الْمُطَالِبَةُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا غَيْرُ
مُعْتَبَرٍ ، وَلَيْسَ لَوَلِيِّهِمَا الْمُطَالِبَةُ لَهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا طَرِيقُهُ الشَّهْوَةُ ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا
فِيهِ ^(٢٨) . فَإِنْ كَانَا مِمَّنْ لَا يُمَكِّنُ وَطَأُهَا ، لَمْ يُحْتَسَبْ عَلَيْهِ بِالْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الْمَنْعَ مِنْ
جِهَتَيْهِمَا . وَإِنْ كَانَ وَطَأُهَا مُمَكِّنًا . فَإِنْ أَفَاقَتِ الْمَجْنُونَةُ ، أَوْ بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ ، قَبْلَ
انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ، ثُمَّ مَتِ الْمُدَّةُ ، ثُمَّ لَهَا الْمُطَالِبَةُ ، وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْمُدَّةِ ،
فَلَهُمَا الْمُطَالِبَةُ يَوْمَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ثَابِتٌ ، وَإِنَّمَا تَأَخَّرَ لِعَدَمِ إِمْكَانِ الْمُطَالِبَةِ . وَقَالَ
الشَّافِعِيُّ : لَا تُضْرَبُ الْمُدَّةُ فِي الصَّغِيرَةِ حَتَّى تَبْلُغَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : تُضْرَبُ الْمُدَّةُ ،
سواء أُمَكِّنَ الْوَطْءُ أَوْ لَمْ يُمَكِّنِ الْوَطْءُ ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ فَأَيْ يَلْسَانِهِ ، / وَإِلَّا بَانَتْ بِانْقِضَاءِ
الْمُدَّةِ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ عِنْدَهُ ^(٢٩) فِي النَّاشِئِ ، وَالرَّثَقَاءِ ، وَالْقَرْنَاءِ ، وَالتَّى غَابَتْ فِي
الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ هَذَا إِيلَاءٌ صَحِيحٌ ، فَوَجِبَ أَنْ تَتَعَقَّبَهُ الْمُدَّةُ ، كَالَّتِي يُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا . وَلَنَا ،
أَنَّ حَقَّهَا مِنَ الْوَطْءِ يَسْقُطُ بَعْدُزِّ جَمَاعِهَا ، فَوَجِبَ أَنْ تَسْقُطَ الْمُدَّةُ الْمَضْرُوبَةُ لَهُ ، كَمَا
يَسْقُطُ أَجَلُ الدَّيْنِ بِسُقُوطِهِ . وَأَمَّا الَّتِي أُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا ، فَتُضْرَبُ لَهُ الْمُدَّةُ فِي حَقِّهَا ؛
لِأَنَّهُ إِيلَاءٌ صَحِيحٌ مِمَّنْ يُمَكِّنُهُ جَمَاعُهَا ، فَتُضْرَبُ لَهُ الْمُدَّةُ كَالْبَالِغَةِ ، وَمَتَى ^(٣١) قَصَدَ
الإِضْرَارَ بِهِمَا ^(٣٢) بَتَرِكَ الْوَطْءِ أَثِمَ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَالَ لَهُ : اتَّقِ اللَّهَ فَإِنَّمَا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِنَّمَا أَنْ
تُطَلَّقَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٣٣) . وَقَالَ تَعَالَى :

٢٦٩/٨ ط

(٢٨) سقط من : ب .

(٢٩) سقط من : الأصل ، م . وفي ١ : ثم لهما ، .

(٣٠) في الأصل : عنه ، .

(٣١) في ١ ، ب ، م : والتى ، .

(٣٢) في ١ ، ب ، م : بها ، .

(٣٣) سورة النساء ١٩ .

﴿فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيعٍ بِإِحْسَانٍ﴾^(٣٤) . وليس الإضْرَارُ مِنَ الْمُعَاشَرَةِ بِالْمَعْرُوفِ .

١٣٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْفَيْئَةُ : الْجَمَاعُ)

ليس في هذا اختلافٌ بحمدِ الله . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْفَيْءَ الْجَمَاعُ . كذلك قال ابنُ عَبَّاسٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ . وَبِهِ قَالَ مَسْرُوقٌ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدَةَ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، إِذَا لَمْ يَكُنْ عُذْرٌ . وَأَصْلُ الْفَيْءِ الرَّجُوعُ ، وَلِذَلِكَ يُسَمَّى الظِّلُّ بَعْدَ الزَّوَالِ فَيْئًا ؛ لِأَنَّهُ رَجَعَ مِنَ الْمَغْرِبِ إِلَى الْمَشْرِقِ ، فَسُمِّيَ الْجَمَاعُ مِنَ الْمُؤَلَى فَيْئَةً ؛ لِأَنَّهُ رُجِعَ^(١) إِلَى فِعْلِ مَا تَرَكَهُ . وَأَذْنَى الْوَطْءِ الَّذِي تَحْصُلُ بِهِ الْفَيْئَةُ ، أَنْ تَغِيبَ الْحَشْفَةُ فِي الْفَرْجِ ؛ فَإِنَّ أَحْكَامَ الْوَطْءِ تَتَعَلَّقُ بِهِ . وَلَوْ وَطِئَ دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ فِي الدُّبُرِ ، لَمْ يَكُنْ فَيْئَةً ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْلُوفٍ عَلَى تَرْكِهِ ، وَلَا يَزُولُ الضَّرَرُ بِفِعْلِهِ .

فصل : وَإِذَا فَاءٌ ، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ سِيرِينَ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَأَبُو عُبَيْدَةَ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَلَهُ قَوْلٌ آخَرُ : لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ . وَهُوَ قَوْلُ الْحَسَنِ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ : كَانُوا يَقُولُونَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْ فَعَلُوا فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ ﴾^(٢) . قَالَ قَتَادَةُ : هَذَا خَالَفَ النَّاسَ . يَعْنِي قَوْلَ الْحَسَنِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَكِنْ يُوَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾ الْآيَةَ إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا

(٣٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(١) في م : رجع .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

حَلَفْتُمْ ﴿٣﴾ . وقال سبحانه : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾ (٤) . وقال النبي ﷺ : « إِذَا حَلَفْتَ عَلَى يَمِينٍ ، فَرَأَيْتَ غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا / ، فَأْتِ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ ، وَكَفَّرْ عَنْ يَمِينِكَ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٥) . وَلِأَنَّهُ حَالِفٌ حَانِثٌ فِي يَمِينِهِ ، فَلَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ كَمَا لَوْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ فَرِيضَةٍ ثُمَّ فَعَلَهَا ، وَالْمَغْفِرَةُ لَا تُنَافِي الْكَفَّارَةَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَدْ غَفَرَ لِرَسُولِهِ ﷺ مَا تَقَدَّمَ مِنْ ذَنْبِهِ وَمَا تَأَخَّرَ ، وَقَدْ كَانَ يَقُولُ : « إِنِّي وَاللَّهِ لَا أُخْلِفُ عَلَى يَمِينٍ فَأَرَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا ، إِلَّا أَتَيْتُ الَّذِي هُوَ خَيْرٌ ، وَحَلَلْتُهَا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦) .

فصل : وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق ، وَقَعَ بِنَفْسِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ ، وَقَدْ وَجَدَتْ . وإن كان على نذر ، أو عتق ، أو صَوم ، أو صلاة ، أو صدقة ، أو حج ، أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات ، فهو مُحْخِرٌ بَيْنَ الْوَفَاءِ بِهِ وَبَيْنَ كَفَّارَةِ

(٣) سورة المائدة ٨٩ .

(٤) سورة التحريم ٢ .

(٥) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ لَا يُوَاحِذُكُمْ اللَّهُ بِاللُّغُو فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾ ، وباب لا تخلفوا بآياتكم ، من كتاب الأيمان والنذور ، وفي : باب من لم يسأل الإمامة أعانته الله ، وباب من سأل الإمامة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخاري ٨ / ١٥٩ ، ١٦٥ ، ٩ / ٧٩ . ومسلم ، في : باب نذب من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٩ ، ١٢٧١ ، ١٢٧٤ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب اليمين في قطيعة الرحم ، وباب الرجل يكفر قبل أن يحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبي داود ٢ / ٢٠٤ ، ٢٠٥ . والترمذي ، في : باب ما جاء في من حلف ... ، وباب ما جاء في الكفارة قبل الحنث ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٧ / ١٠ ، ١١ . والنسائي ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب الكفارة قبل الحنث ، وباب الكفارة بعد الحنث ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٧ / ٩-١٢ . وابن ماجه ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، وباب من قال : كفارتها تركها ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨١ ، ٦٨٢ . والدارمي ، في : باب من حلف على يمين فرأى غيرها خيرا منها ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمي ٢ / ١٨٦ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢ / ١٨٥ ، ٢٠٤ ، ٢١١ ، ٢١٢ ، ٣٦١ ، ٣ / ٧٦ ، ٤ / ٢٥٦ ، ٢٥٧ ، ٢٥٩ ، ٥ / ٦١-٦٣ .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب ومن الدليل على أن الخمس لنواب المسلمين ، من كتاب الخمس . وفي : باب الدجاج ، من كتاب الذبائح ، وفي : باب الكفارة قبل الحنث وبعده ، من كتاب الكفارات ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَاللَّهُ خَلَقَكُمْ وَمَا تَعْمَلُونَ ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٤ / ١٠٩ ، ٧ / ١٢٣ ، ٨ / ١٨٣ ، ٩ / ١٩٧ . ومسلم ، في : باب نذب من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٧٠ .

يمين ؛ لأنه نذر لجأح وغضب ، فهذا حكمه . وإن علق طلاقها الثلاث بوطئها ، لم يؤمر بالفيقة ، وأمر بالطلاق ؛ لأن الوطء غير ممكن ؛ لكونها تبين منه بإيلاج الحشفة ، فيصير مستمتعا بأجنبية . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي . وأكثرهم قالوا : تجوز الفيقة ؛ لأن النزاع ترك للوطء ، وترك الوطء ليس بوطء . وقد ذكر القاضي أن كلام أحمد يقتضي روايتين ، كهذين الوجهين . واللائق بمذهب أحمد تحريمه ؛ لوجوه ثلاثة ، أحدها أن آخر الوطء حصل في أجنبية كما ذكرنا ؛ فإن النزاع يلتذ به كما يلتذ بالإيلاج ، فيكون في حكم الوطء ، ولذلك قلنا في من طلع عليه الفجر وهو مجامع ، فنزع : أنه يفطر . والتحریم ههنا أولى ؛ لأن الفطر بالوطء . ويمكن منع كون النزاع وطئا ، والمحرّم ههنا الاستمتاع ، والنزع استمتاع ، فكان محرّما ، ولأن لمسها على وجه التلذذ بها محرّم ، فلمس الفرج بالفرج أولى بالتحریم . فإن قيل : فهذا إنما يحصل ضرورة ترك الوطء المحرم . قلنا : فإذا لم يمكن الوطء إلا بفعل محرّم حرم ضرورة ترك الحرام . كما لو اختلط لحم الخنزير بلحم مباح ، لا يمكنه أكله إلا بأكل لحم الخنزير ، حرم ، ولو اشتبهت ميتة بمذكاة ، أو امرأته بأجنبية ، حرم الكل . الوجه الثاني ، أنه بالوطء يحصل الطلاق بعد الإصابة ، وهو طلاق بدعة ، وكما يحرم إيقاعه بلسانه ، يحرم تحقيق سببه . الثالث ، أنه ^(٧) يقع به طلاق البدعة من وجه آخر ، وهو جمع ^(٨) الثلاث ، فإن وطئ ، فعليه أن ينزع حين ^(٩) يولج الحشفة ، ولا يزيد على ذلك ، ولا يلبث ولا يتحرك عند النزاع ؛ لأنها أجنبية ، فإذا فعل ذلك ، فلا حد ولا مهر ؛ لأنه تارك للوطء ، وإن لبث أو تمم الإيلاج ، / فلا حد عليه ، لتمكين الشبهة منه ، لكونه وطئا بغضه في زوجته ، وفي المهر وجهان ؛ أحدهما ، يلزمه ؛ لأنه حصل منه وطء محرّم في محل غير مملوك ، فأوجب المهر ، كما لو أولج بعد النزاع . والثاني ،

ط ٧٠/٨

(٧) في ا ، ب ، م : أن .

(٨) في ا : بجمع .

(٩) في ب : حتى .

لَا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَابَعَ الْإِيلَاجَ فِي مَحَلِّ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ تَابِعًا لَهُ فِي سَقُوطِ الْمَهْرِ . وَإِنْ نَزَعَ ، ثُمَّ أَوْلَجَ ، وَكَانَا جَاهِلَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ، وَعَلَيْهِ الْمَهْرُ لَهَا ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ . وَإِنْ (١٠) كَانَ عَالَمِينَ بِالتَّحْرِيمِ ، فَعَلَيْهِمَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِيلَاجٌ فِي أَجَنِيَّةٍ بغيرِ شَبَهَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ وَطَّئَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا مُطَاوَعَةٌ عَلَى الزَّنى ، وَلَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَنَى لَا شَبَهَةَ فِيهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا يَخْفَى عَلَى كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ ، وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْكَلَامَ فِي الْعَالَمِينَ ، وَلَيْسَ هُوَ فِي مَظَنَّةِ الْخَفَاءِ ؛ فَإِنَّ أَكْثَرَ الْمُسْلِمِينَ يَعْلَمُونَ أَنَّ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ مُحَرَّمٌ لِلْمَرْأَةِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا ، وَالْآخَرُ جَاهِلًا ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ هُوَ الْعَالِمُ ، فَعَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَلَهَا الْمَهْرُ ، وَلَا يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ زَانٍ مُحْدُوذٌ . وَإِنْ كَانَتْ هِيَ الْعَالِمَةُ دُونَهُ ، فَعَلَيْهَا الْحَدُّ وَحْدَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَالنَّسَبُ لَاحِقٌ بِالزَّوْجِ ، لِأَنَّ وَطْأَهُ وَطْءُ شَبَهَةٍ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطَّئْتُكَ ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَفْرُبُهَا حَتَّى يُكْفَرَ . وَهَذَا نَصٌّ فِي تَحْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الْوَطْءِ فِي الْمَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا أَعْظَمُ تَحْرِيمًا مِنَ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا . وَإِذَا وَطَّئَ هُنَا ، فَقَدْ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَزَالَ حُكْمُ الْإِيلَاجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ أَحْمَدَ إِنَّمَا أَرَادَ ، إِذَا وَطَّئَهَا مَرَّةً ، فَلَا يَطَّأُهَا حَتَّى يُكْفَرَ ؛ لِكَوْنِهِ صَارَ بِالْوَطْءِ مُظَاهِرًا ، إِذْ لَا يَصِحُّ تَقْدِيمُ الْكُفَّارَةِ عَلَى الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبُهَا ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الْحُكْمِ عَلَى سَبَبِهِ . وَلَوْ كَفَّرَ قَبْلَ الظَّهَارِ لَمْ يُجْزِئْهُ . وَقَدْ رَوَى إِسْحَاقُ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِنْ قَرَيْتُكَ إِلَى سَنَةٍ . قَالَ : إِنْ جَاءَتْ تَطَلُّبٌ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَغْضُلَهَا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، يُقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تَقِيَّ ، وَإِمَّا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ كُفَّارَةٌ ، وَإِنْ أَبَى ، وَأَرَادَتْ مُفَارَقَتَهُ ، طَلَّقَهَا الْحَاكِمُ عَلَيْهِ . فَيَنْبَغِي أَنْ تُحْمَلَ الرِّوَايَةُ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

الأولى على المنع من الوطء بعد الوطء الذى صار به مظاهراً ؛ لما ذكرناه ، فتكون الروايتان متفقتين . والله تعالى أعلم .

١٣٠١ - مسألة ؛ قال : (أو يكون له عُذر من مَرَضٍ ، أو إِخْرَامٍ ، أو شَيْءٍ لَا يُمَكِّنُ مَعَهُ الْجِمَاعُ / ، فيقول : متى قَدَرْتُ جَامِعَهَا . فَيَكُونُ ذَلِكَ مِنْ قَوْلِهِ فَيَتَّهَنُ لِلْعُذْرِ)

٧١/٨

وجملة ذلك أنه إذا مضت المدة ، وبالمولى عُذر يمنع الوطء من مَرَضٍ ، أو حَيْضٍ ، أو غير حق ، أو غيره ، لزمه أن يفيء بلسانه ، فيقول : متى قَدَرْتُ جَامِعَهَا . أو نحو^(١) هذا . ومن قال : يفيء بلسانه إذا كان ذا عُذْر . ابن مسعود ، وجابر بن زيد ، والنخعي ، والحسن ، والثوري ، والثوري ، والأوزاعي ، وعكرمة ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي . وقال سعيد بن جبير : لا يكون الفئء إلا بالجماع^(٢) ، في جلي العذر وغيره . وقال أبو ثور : إذا لم يقدر ، لم يوقف حتى يصيح ، أو يصل إن كان غائبا ، ولا تلزمه الفئء بلسانه ؛ لأن الضرر بترك الوطء لا يزول بالقول . وقال بعض الشافعية : يحتاج أن يقول : قد ندمت على ما فعلت ، وإن قَدَرْتُ وَطِئْتُ . ولنا ، أن القصْد بالفئء ترك ما قصده من الإضرار ، وقد ترك قصْد الإضرار بما أتى به من الاعتذار ، والقول مع العذر يقوم مقام فعل القادر ، بدليل أن^(٣) إشهاد الشفيع على الطلب بالشفعة عند العجز عن طلبها ، يقوم مقام طلبها في الحضور في إثباتها . ولا يحتاج أن يقول : ندمت ؛ لأن الغرض أن يظهر رجوعه عن المقام على اليمين ، وقد حصل بظهور عزمه عليه . وحكى أبو الخطاب عن القاضي ، أن فئء المَعذُور أن يقول : فئت إليك . وهو قول الثوري ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . والذي ذكره القاضي في « المجرد » مثل ما ذكر

(١) في م : « ونحو » .

(٢) في ١ ، ب ، م : « الجماع » .

(٣) سقط من : ١ .

الْخَرَقِيُّ ، وَهُوَ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ وَعْدَهُ بِالْفِعْلِ عِنْدَ الْقُدْرَةِ عَلَيْهِ ، دَلِيلٌ عَلَى تَرْكِ^(٤) قَصْدِ
الْإِضْرَارِ ، وَفِيهِ نَوْعٌ مِنَ الْإِعْتِذَارِ ، وَإِخْبَارٌ بِإِزَالَتِهِ لِلضَّرَرِ^(٥) عِنْدَ إِمْكَانِهِ ، وَلَا يَخْصُلُ
بِقَوْلِهِ : فَتَتْ إِلَيْكَ . شَيْءٌ مِنْ هَذَا . فَأَمَّا الْعَاجِزُ لِحَبِّ^(٦) أَوْ شَلَلٍ ، فَفَيْتَتْهُ أَنْ يَقُولَ : لَوْ
قَدَرْتُ لَجَامَعْتُهَا . لِأَنَّ ذَلِكَ يُزِيلُ مَا حَصَلَ بِإِيْلَائِهِ .

فصل : والإحرام كالمرضى ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخَرَقِيِّ . وَكَذَلِكَ عَلَى قِيَاسِهِ الْإِعْتِكَافُ
الْمَنْدُورُ وَالظُّهَارُ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّ الْمُظَاهَرَ لَا يُمَهِّلُ ، وَيُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ . فَيُخْرِجُ مِنْ
هَذَا أَنَّ كُلَّ عَذْرِ مِنْ فِعْلِهِ يَمْنَعُهُ الْوُطْءَ لَا يُمَهِّلُ مِنْ أَجْلِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ
الْإِمْتِنَاعَ بِسَبَبٍ مِنْهُ ، فَلَا يُسْقِطُ حُكْمًا وَاجِبًا عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا لَا يُؤْمَرُ بِالْوُطْءِ ؛ لِأَنَّهُ
مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ يُؤْمَرُ بِالطَّلَاقِ . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْوُطْءِ بِأَمْرِ لَا
يُمْكِنُ الْخُرُوجُ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ الْمَرِيضَ . فَأَمَّا الْمُظَاهَرُ ، فَيَقَالُ لَهُ : إِمَّا أَنْ تُكْفَرَ وَتَقِيَّ ،
وَأِمَّا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ قَالَ : أُمَهِّلُونِي حَتَّى أَطْلُبَ رَبَّةً ، أَوْ أُطْعِمَ . فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى
التَّكْفِيرِ فِي الْحَالِ ، وَإِنَّمَا يَقْصِدُ الْمُدَافَعَةَ وَالتَّأْخِيرَ ، لَمْ يُمَهِّلْ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ حَالٌ عَلَيْهِ .
وَإِنَّمَا يُمَهِّلُ لِلْحَاجَةِ ، وَلَا حَاجَةَ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، أُمَهِّلْ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ ؛ لِأَنَّهَا قَرِيبَةٌ ، وَلَا
يُزَادُ عَلَى ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ قَرَضَهُ الصِّيَامَ ، فَطَلَبَ الْإِمْهَالَ لِيَصُومَ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ ، لَمْ
يُمَهِّلْ ؛ لِأَنَّهُ كَثِيرٌ . وَيُخْرِجُ أَنْ يَقِيَّ بِلِسَانِهِ فَيْتَةَ الْمَعْذُورِ ، وَيُمَهِّلُ حَتَّى يَصُومَ ،
كَقَوْلِنَا فِي الْمُحْرِمِ . فَإِنْ وَطِئَهَا فَقَدْ عَصَى ، وَانْحَلَّ إِيْلَاؤُهُ . وَلَهَا مَنَعُهُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا
الْوُطْءَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهِمَا . وَقَالَ الْقَاضِي : يَلْزَمُهَا التَّمَكِينُ ، وَإِنْ اِمْتَنَعَتْ سَقَطَ حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ
حَقَّهَا فِي الْوُطْءِ ، وَقَدْ بَذَلَهُ لَهَا ، وَمَنْى وَطِئَهَا فَقَدْ وَفَّاهَا حَقَّهَا ، وَالتَّحْرِيمُ عَلَيْهِ دُونَهَا .
وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطْءٌ حَرَامٌ ، فَلَا يَلْزَمُ التَّمَكِينُ مِنْهُ ، كَالْوُطْءِ فِي الْحَيْضِ وَالتَّنَافُسِ . وَهَذَا يَنْقُضُ
دَلِيلَهُمْ . وَلَا نُسَلِّمُ كَوْنَ التَّحْرِيمِ عَلَيْهِ دُونَهَا ؛ فَإِنَّ الْوُطْءَ مَتَى حَرَّمَ عَلَى أَحَدِهِمَا حَرَّمَ عَلَى

(٤) فِي ب : قَوْلٌ .

(٥) فِي ب : الضَّرَرُ .

(٦) فِي الْأَجْمَلِ ، ب : يَجِبُ .

الآخر ؛ لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاص أحدهما بالتحریم ، لاختصت المرأة بتحریم الوطء في الحيض والنفس وإحرامها وصيامها ؛ لاختصاصها^(٧) بسببه .

فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يملكه^(٨) أداؤه ، طوّل بالفئة ؛ لأنه قادر عليها بأداء ما عليه . فإن لم يفعل ، أمر بالطلاق . وإن كان عاجزاً عن أدائه ، أو حيس ظلماً ، أمر بفئة المذور . وإن انقضت وهو غائب ، والطريق آمن ، فلها أن تؤكل من يطالبه بالمسير إليها ، أو حملها إليه ، فإن لم يفعل ، أخذ بالطلاق . وإن كان الطريق مخوفاً ، أو له عذر يمنعه ، فاء فئة المذور .

فصل : فإن كان مغلوباً على عقله بجنون أو إغماء ، لم يطالب ؛ لأنه لا يصلح للخطاب ، ولا يصح منه الجواب ، وتأخر المطالبة إلى حال القذرة ، وزوال العذر ، ثم يطالب حينئذ . وإن كان مجبواً ، قلنا : يصح إيلأؤه . فاء فئة المذور ، فيقول : لو قدرت جامعتهما .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فادعى أنه عاجز عن الوطء ، فإذا^(٩) كان قد وطئها مرة ، لم تسمع دعواه العنة ، كما لا تسمع دعوها عليه ، ويؤخذ بالفئة ، أو بالطلاق ، كغيره ، وإن لم يكن وطئها ، ولم تكن حاله معروفة ، فقال القاضي : تسمع دعواه ، ويقبل قوله ؛ لأن التعيين من العيوب التي لا يقف عليها غيره . وهذا ظاهر نص الشافعي . ولها / أن تسأل الحاكم ، فيضرب له مدة العنة بعد أن يفيء فئة أهل الأعدار . وفيه وجه آخر ، أنه لا يقبل قوله^(١٠) ؛ لأنه متهم في دعوى ما ينقط عنه : أتوجه عليه الطلب به^(١١) ، والأصل سلامته منه . وإن ادعت أنه قد أصابها مرة ،

٧٢/٨

(٧) سقط من : ب .

(٨) في م : يمكن .

(٩) في الأهل : فإن .

(١٠-١٠) في م : بقل قبوله .

(١١) في ب : فيه .

وَأَتَكَرَّ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ بِضَرْبِ مُدَّةِ الْعُنَّةِ ، لَا عِترافها بِعَدَمِ عُنَّتِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي عَدَمِ الْإِصَابَةِ .

١٣٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى قَدَرَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، أَمَرَ بِالطَّلَاقِ)

وجملة الأمر أن المولى إذا وقف ، وطولب بالفَيْقَةِ وهو قادرٌ عليها ، فلم يفعل ، أَمَرَ بالطَّلَاقِ . وهذا قول كل من يقول : يُوقَفُ المولى ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(١) . فإذا امتنع من أداء الواجب عليه ، فقد امتنع من الإنساکِ بالمعروف ، فَيُؤْمَرُ بالتسريح بالإحسان . وإن كان معذورا ، ففَاء بلسانه ، ثم قَدَرَ على الوطءِ ، أَمَرَ به ، فإن فعل ، وإلا أَمَرَ بالطَّلَاقِ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : إذا فَاء بلسانه ، لم يطالب بالفَيْقَةِ مرةً أُخرى ، وَخَرَجَ من الإيلاءِ . وهو قول الحسن ، وعِكْرَمَةَ ، والأوزاعي ؛ لِأَنَّهُ فَاءَ مَرَّةً ، فَخَرَجَ من الإيلاءِ ، ولم تَلْزَمْهُ فَيْقَةٌ ثانية ، كما لو فَاءَ بالوطءِ . وقال أبو حنيفة : تُسْتَأْنَفُ لَهُ مُدَّةُ الْإِيلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّاهَا حَقَّهَا بِمَا أُمِكنَهُ من الفَيْقَةِ ، فلا يطالب إلا بعد استئناف مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، كما لو طَلَّقَهَا . ولنا ، أَنَّهُ أُخْرَ حَقَّهَا لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، فإذا قَدَرَ عليه ، لَزِمَهُ أَنْ يُوَفِّيَهَا إِيَّاهُ ، كَالَّذِينَ عَلَى الْمُعْسِرِ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ . وما ذكره فليس بحَقِّها ، ولا يزول الضرر عنها به ، وإنما وَعَدَهَا بالوفاءِ ، وَلَزِمَهَا الصَّبْرُ عَلَيْهِ وَإِنْظَارُهُ ^(٢) كَالْغَرِيمِ الْمُعْسِرِ .

فصل : وليس على مَنْ فَاءَ بلسانه كَفَّارَةٌ ، وَلَا جَنْثٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلِ الْمُخْلُوفَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَعَدَ بِفَعْلِهِ ، فَهُوَ كَمَنْ عَلَيْهِ ذَنْبٌ حَلَفَ أَنْ لَا يُؤْفِيَهُ ، ثُمَّ أَعْسَرَ بِهِ ، فَقَالَ : مَتَى قَدَرْتُ وَفَيْتُهُ .

(١) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٢) في م : ١ وإنكاره ، تحريف .

١٣٠٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يُطَلَّقْ ، طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ)

وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفئقة بعد التريض ، أو امتنع المездور من الفئقة بلسانه ، أو امتنع من الوطء بعد زوال عذره ، أمر بالطلاق . فإن طلق^(١) ، وقع طلاقه الذى أوقعه ، واحدة كانت أو أكثر . وليس للحاكم إجباره على أكثر من طلقه ؛ لأنه يحصل الوفاء بحققها بها ؛ فإنها^(٢) تنفضى إلى البيئونة ، والتخلص من ضرره . وإن امتنع من الطلاق ، طلق الحاكم عليه . وهذا قال مالك . وعن / أحمد ، رواية أخرى ، ليس للحاكم الطلاق عليه ؛ لأن ما خير الزوج فيه بين أمرين ، لم يقيم الحاكم مقامه فيه ، كالاختيار لبعض الزوجات فى حق من أسلم ونحته أكثر من أربع نسوة ، أو أختان . فعلى هذا يخيسه ، ويضيئ عليه ، حتى يفيء ، أو يطلق . وللشافعى قولان ، كالروايتين . ولنا ، أن ما دخلته الثبابة ، وتعين مستحقه ، وامتنع من هو عليه ، قام الحاكم مقامه فيه ، كمضاء الدين ، وفارق الاختيار ، فإنه ما تعين مستحقه . وهذا أصح فى المذهب . وليس للحاكم أن يأمر بالطلاق ولا يطلق إلا أن تطلب المرأة ذلك ؛ لأنه حق هنا . وإنما الحاكم يستوفى لها الحق ، فلا يكون إلا عند طلبها .

٧٢/٨ ط

فصل : والطلاق الواجب على المولى رجعى ، سواء أوقعه بنفسه ، أو طلق الحاكم عليه . وهذا قال الشافعى . قال الأثرم : قلت لأبى عبد الله فى المولى : فإن طلقها . قال : تكون واحدة ، وهو أحق بها . وعن أحمد ، رواية أخرى ، أن فرقة الحاكم تكون بائنا . ذكر أبو بكر الروائتين جميعا . وقال القاضى : المنصوص عن أحمد ، فى فرقة الحاكم ، أنها تكون بائنا ؛ فإن فى رواية الأثرم : وقد سئل إذا طلق عليه السلطان ، أتكون واحدة ؟ فقال : إذا طلق فهى واحدة ، وهو أحق بها ، فأما تفريق السلطان ، فليس فيه رجعة . وقال أبو ثور : طلاق المولى بائن ، سواء طلق هو ، أو طلق عليه الحاكم ؛

(١) سقط من : م .

(٢) فى م : فإنه .

لأنها فرقة لرفع الضرر ، فكان بائنا ، كفرقة العتة ، ولأنها لو كانت رجعية ، لم يندفع الضرر ؛ لأنه يرتجعها ، فيبقى الضرر . وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا . ووجه الأول ؛ أنه طلاق صادق مذكولا بها من غير عوض ، ولا استيفاء عَدَدٍ ، فكان رجعيًا ، كالطلاق في غير الإيلاء . ويفارق فرقة العتة ؛ لأنها فسخّ لعيب ، وهذه طَلَقَةٌ ، ولأنه لو أُبيع له ارتجاعها ، لم يندفع عنها الضرر ، وهذه يندفع عنها الضرر ؛ فإنه إذا ارتجعها ، ضُرِبَتْ له مُدَّةٌ أُخرى ، ولأنَّ العَيْنَيْنِ قد يُبس من وَطئه ، فلا فائدة في رجعتيه ، وهذا غير عاجز ، ورجعته دليل على رغبته وإقلاعه عن الإصرار بها ، فافترقا . والله تعالى أعلم .

١٣٠٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ طَلَّقَ عَلَيْهِ ثَلَاثًا ، فَهِيَ ثَلَاثٌ)

وجملة الأمر أن المولى إذا امتنع من الفیفة والطلاق معا^(١) ، وقام الحاكم مقامه ، فإنه يملك من الطلاق ما يملكه المولى ، وإليه الخيرة فيه ، إن شاء طلق واحدة ، وإن شاء اثنتين ، وإن شاء ثلاثا ، / وإن شاء فسخ . قال القاضي : هذا ظاهر كلام أحمد . وقال الشافعي : ليس له إلا واحدة ؛ لأن إيفاء الحق يخصل بها ، فلم يملك زيادة عليها ، كما لم يملك الزيادة على وفاء الدين في حق الممتنع . ولنا ، أن الحاكم قائم مقامه ، فملك من الطلاق ما يملكه ، كما لو وكله في ذلك . وليس ذلك زيادة على حقها ؛ فإن حقها الفرقة ، غير أنها تتنوع ، وقد يرى الحاكم المصلحة في تحريمها عليه ، ومنعه رجعتها ؛ لعلَّه بسوء قصده ، وحصول المصلحة ببعده^(٢) . قال أبو عبد الله : إذا قال : فرقت بينكما^(٣) . فإنما هو فسخ . وإذا قال : طلقك واحدة . فهي واحدة . وإذا قال : ثلاثا . فهي ثلاث .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : ١ بعده .

(٣) في م : ١ بينكم .

١٣٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً ، وَزَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ أَكْثَرُ ^(١) مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الْحُكْمُ كَمَا حَكَمْنَا فِي الْأَوَّلِ)

وجملة الأمر أنه إذا طلق المولى ، أو طلق الحاكم عليه أقل من ثلاث ، فله رجعتها . وعن أبي عبد الله ، رحمه الله ، رواية أخرى ، أن تفريق الحاكم ليس فيه رجعة ؛ فإنه قال : وأما تفريق السلطان ، فليس فيه رجعة في العدة ، ولا بعدها . فعلى هذه الرواية ، يكون طلاق الحاكم بائنا ، ليس فيه رجعة . وقال أبو بكر : في كل فرقة فرقة الحاكم روايتان ، لعائنا كانت أو غيره ؛ إحداها ، تحرم على التأبيد . واختارها . والثانية ، له المراجعة فيها بعقد جديد . وهذا الصحيح . وليس في كلام أحمد ما يقتضى تحريمها عليه . وقوله : ليس فيه رجعة في العدة ولا بعدها . يمكن حمله على أنه ليس له رجعتها بغير نكاح جديد ؛ لأنه قد صرح في سائر الروايات به ، ولأنه لم يوجد سبب يقتضى تحريمها عليه ، وتفريق الحاكم لا يقتضى سوى التفريق بينهما في هذا النكاح ، ولذلك لو فرق بينهما لأجل العنة ، لم تحرم عليه . وأما فرقة اللعان ، فإنها تحصل بدون تفريق الحاكم . ولو حصلت بتفريق الحاكم غير أن المقتضى للتفريق والتحريم اللعان ، بدليل أنه لا يجوز إقرارهما على النكاح وإن تراضوا به ، بخلاف مسألتنا . وأما على قول الخرقي ، فإن الطلاق إذا كان دون الثلاث ، فهو رجعي ، سواء كان من المولى ، أو ^(٢) الحاكم . وهذا مذهب الشافعي ؛ ^(٣) لأن الحاكم نائبه ، فلا يقع طلاقه مفيداً ، كما لم يفده طلاق المولى كالوكيل . فإن لم يراجع حتى انقضت عدتها ، بائناً ، ولم يلحقها طلاق ثان . وهذا مذهب الشافعي ^(٤) ، وروى عن علي : إذا سبق حد الإيلاء حد الطلاق ، فهما تطليقتان ، وإن سبق حد الطلاق حد الإيلاء ، فهي واحدة . ويقتضيه

(١) سقط من : م .

(٢) في ب زيادة : م .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مذهبُ الرُّهْرِيِّ . وهذا مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ بِانْقِضَاءِ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، ^(٤) مِنْ غَيْرِ إِيْقَاعٍ . / وقد سَبَقَ ذِكْرُ ذَلِكَ . فَأَمَّا إِنْ فَسَخَ الْحَاكِمُ النِّكَاحَ ، فَلَيْسَ لِلْمَوْلَى الرُّجُوعُ عَلَيْهَا إِلَّا بِنِكَاحٍ جَدِيدٍ ، سِوَاءِ كَانَ فِي الْعِدَّةِ أَوْ بَعْدَهَا . وَلَا يُنْقَضُ بِهِ عَدَدُ طَلَاقِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَلَاقٍ ، فَأَشْبَهَ فَسَخَ النِّكَاحِ لَعَيْنِهِ أَوْ عُنْتِهِ . وَإِنْ طَلَّقَ الْمَوْلَى أَوْ الْحَاكِمُ ثَلَاثًا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ إِلَّا بَعْدَ زَوْجٍ ثَانٍ وَإِصَابَةٍ وَنِكَاحٍ جَدِيدٍ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا طَلَّقَ دُونَ الثَّلَاثِ ، فَرَاغَهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَإِنَّ مُدَّةَ الْإِيلَاءِ تَنْقَطِعُ بِالطَّلَاقِ ، وَلَا يُحْتَسَبُ عَلَيْهِ بِمَا قَبْلَ الرَّجْعَةِ مِنَ الْمُدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَمْنُوعَةً مِنْهُ ^(٥) بِغَيْرِ الْيَمِينِ ، فَانْقَطَعَتِ الْمُدَّةُ كَمَا لَوْ كَانَ الطَّلَاقُ بَاثِنًا ، فَإِنْ رَاجَعَ ، اسْتَوْنَفَتِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينَ رَجَعَتْهُ ، فَإِنْ كَانَ الْبَاقِي مِنْهَا أَقَلَّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، سَقَطَ الْإِيلَاءُ ، وَإِنْ كَانَ أَكْثَرَ مِنْهَا تَرَبَّصْنَا بِهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، ثُمَّ وَقَفْنَاهُ لِنَفْيٍّ أَوْ يُطَلَّقَ ، ثُمَّ يَكُونُ الْحُكْمُ هَهُنَا كَالْحُكْمِ فِي وَقْفِهِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ طَلَّقَ ، أَوْ طَلَّقَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ وَاحِدَةً ، ثُمَّ رَاجَعَ ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، انْتَهَزْنَاهُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ^(٦) ، ثُمَّ طَوَّلَ بِالْفَيْئَةِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَإِنْ طَلَّقَ ، فَقَدْ كَمَلَتِ الثَّلَاثُ ، وَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَقْتَضِي مَذْهَبُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ، أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ اسْتَوْنَفَتِ الْمُدَّةُ ^(٧) الْأُخْرَى مِنْ حِينَ طَلَّقَ ، فَلَوْ تَمَّتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، وَقَفَ ثَانِيًا ، فَإِنْ فَاءَ ، وَإِلَّا أَمَرَ بِالطَّلَاقِ . وَنَحْوُ هَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَإِنْ انْقَضَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، بَاثِنٌ ، وَانْقَطَعَ الْإِيلَاءُ ، فَإِنْ رَاجَعَ فِي الْعِدَّةِ قَبْلَ مُدَّةِ الْإِيلَاءِ ، تَرَبَّصَ بِهِ تَمَامَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ طَلَّقَ . وَعَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، أَنَّ الطَّلَاقَ يَهْدِمُ الْإِيلَاءَ . وَهَذَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مَعْنَاهُ أَنَّهُ يَقْطَعُ مُدَّتَهُ ، فَلَا يُحْتَسَبُ بِمُدَّتِهِ قَبْلَ الرَّجْعَةِ ؛ فَيَكُونُ قَوْلُ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) ف ب : « العدة » .

الْخَرْقَى مِثْلَهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يُزِيلُ حُكْمَهُ بِالْكُلِّيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ وَقَّعَهَا بِالطَّلَاقِ ، فَسَقَطَ حُكْمُ الْإِيلَاءِ ، كَالَوْ وَطَّعَهَا . وَالْجَوَابُ عَنْ هَذَا ، أَنَّ حُكْمَ الْيَمِينِ بَاقٍ فِي الْمَنْعِ مِنَ الْوَطْءِ ، فَيَبْقَى الْإِيلَاءُ ، كَالَوْ لَمْ يُطَلَّقْ ، بِخِلَافِ الْفَيْعَةِ ، فَإِنَّهَا تَرْفَعُ الْيَمِينَ ، لِحُصُولِ الْحِنْثِ فِيهَا .

١٣٠٦ - مسألة : قال : (وَلَوْ وَقَفْنَا بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَقَالَ : قَدْ أَصْبَتْهَا . فَإِنْ كَانَتْ نَيْيَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ مَعَ يَمِينِهِ)

وهذا قول الشافعي ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ بَقَاءُ النِّكَاحِ ، وَالْمَرْأَةُ تَدْعِي مَا يَلْزِمُهَا بِهِ رَفْعُهُ ، وَهِيَ تَدْعِي مَا يُوَافِقُ الْأَصْلَ ، وَيُتَّقِيهِ ، فَكَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ . كَالَوْ أَدْعَى الْوَطْءَ فِي الْعَتَةِ ، وَلَئِنْ هَذَا أَمْرٌ / خَفِيَ وَلَا يُعْلَمُ إِلَّا مِنْ جِهَتِهِ ، فَقَبِلَ قَوْلَهُ فِيهِ ، كَقَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي حَيْضِهَا . وَتَلَزَمُ الْيَمِينَ ؛ لِأَنَّ مَا تَدْعِيهِ الْمَرْأَةُ مُحْتَمِلٌ ، فَوَجَبَ تَقْبُلُهُ بِالْيَمِينِ . وَنَصَّ أَحْمَدُ ، فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِ ، عَلَى أَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ يَمِينٌ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ بَكْرًا ، وَاخْتَلَفَا^(١) فِي الْإِصَابَةِ ، أَرَبَّتِ النِّسَاءُ الثَّقَاتِ ، فَإِنْ شَهِدَنَ بِثُبُوتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ شَهِدَنَ بِنَكَارَتِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطَّعَهَا زَالَتْ بِكَارِئِهَا . وَظَاهِرُ قَوْلِ الْخَرْقَى ؛ أَنَّهُ لَا يَمِينُ هَهُنَا ؛ لِقَوْلِهِ فِي بَابِ الْعَيْنِينَ : فَإِنْ شَهِدَنَ بِمَا قَالَتْ ، أَجَلَ سَنَةٍ . وَلَمْ يَذْكُرْ يَمِينَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ تَشْهَدُهَا ، فَلَا تَجِبُ الْيَمِينُ مَعَهَا .

و٧٤/٨

فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها ، فادّعى أَنَّهُ أَصَابَهَا ، وَكَذَّبَتْهُ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، وَأَرَادَ رَجْعَتَهَا ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلُهَا ، فَتَقْبَلُ قَوْلَهُ فِي الْإِصَابَةِ فِي الْإِيلَاءِ ، وَلَا تَقْبَلُهُ فِي اثْبَاتِ الرَّجْعَةِ لَهُ^(٢) ، وَقَدْ سَبَقَ تَعْلِيلُ ذَلِكَ فِي كِتَابِ الرَّجْعَةِ .

(١) فِي ١ ، ب : « أَوْ اخْتَلَفَا » .

(٢) سَقَطَ مِنْ ١ :

(٣) فِي الْأَصْلِ ١ ، ب : « بَاب » . وَتَقَدَّمَ فِي ١٠٠ / ٥٦٨ .

١٣٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، فَلَمْ يُصْنِهَا حَتَّى طَلَّقَهَا ،
وَالْقَضْتُ عِدَّتَهَا مِنْهُ ؛ ثُمَّ نَكَحَهَا ، وَقَدْ بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ الْإِبْلَاءِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ،
وَقَفَّ لَهَا ، كَمَا وَصَفْتُ)

وجملة الأمر أن المولى إذا أبان زوجته ، انقطعت مدة الإبلاء ، بغير خلاف علمناه
سواء بآث بفسخ ، أو طلاق ثلاث ، أو بخلع ، أو بائضاء عديتها من ^(١) الطلاق
الرجعي ؛ لأنها صارت أجنبية عنه ، ولم يبق شيء من أحكام نكاحها . فإن عاد
فزوجها ، عاد حكم الإبلاء من حين تزوجها ، واستؤنفت المدة حيثئذ ، فإن كان
الباقى من مدة يمينه ^(٢) أربعة أشهر فما دون ، لم يثبت حكم الإبلاء ؛ لأن مدة التريض
أربعة أشهر ، وإن كان أكثر من أربعة أشهر ، تريض أربعة أشهر ، ثم وقف لها ، فإما أن
ينفى ، أو يطلق ، وإن لم يطلق ، طلق الحاكم عليه . وهذا قول مالك . وقال أبو
حنيفة : إن كان الطلاق أقل من ثلاث ، ثم تركها حتى انقضت عدتها ، ثم نكحها ،
عاد الإبلاء ، وإن استوفى عدد الطلاق ، لم يعد الإبلاء ؛ لأن حكم النكاح الأول زال
بالكلية ، ولهذا ترجع إليه على طلاق ثلاث ، فصار إيلاءه في النكاح الأول كإيلائه من
أجنبية . وقال أصحاب الشافعي : يتحصل من أقواله ثلاثة أقاويل ؛ قولان كالمذهبين ،
وقول ثالث : لا يعود حكم الإبلاء بحال . وهو قول ابن المنذر ؛ لأنها صارت بحال لو
آلى منها لم يصح إيلاءه / ، فبطل حكم الإبلاء منها ، كالمطلقة ثلاثاً . ولنا ، أنه ممتنع
من وطء امرأته يمين في حال نكاحها ، فثبت له حكم الإبلاء ، كما لو لم يطلق ، وفارق
الإبلاء من الأجنبية ؛ فإنه لا يقصد باليمين عليها الإضرار بها ، بخلاف مسألتنا .

فصل : ولو آلى من امرأته الأمة ، ثم اشتراها ، ثم اعتقها ، وتزوجها ، عاد

(١) في م نهادة : حين .

(٢) في ١ : الإبلاء .

الإيلاء . ولو كان المولى^(٣) عبداً ، فاشترته امرأته ، ثم أعتقته ، وتزوجته ، عاد الإيلاء . ولو بآنت الزوجة بردة ، أو إسلام من أحدهما أو غيره ، ثم تزوجها تزويجاً جديداً ، عاد الإيلاء ، وتُستأنف المدة في جميع ذلك . وسواء عادت إليه بعد زوج ثان أو قبله ؛ لأنَّ اليمين كانت منه في حال الزوجية ، فيبقى حكمها ما وجدت الزوجية . وهكذا لو قال لزوجته : إن دخلت الدار فوالله لا جامعتك . ثم طلقها ، ثم نكحت غيره ، ثم تزوجها الأول ، عاد حكم الإيلاء ؛ لأنَّ الصفة المعقودة في حال الزوجية لا تنحل بزوال الزوجية ، فإن دخلت الدار في حال البيوتة ، ثم عاد فزوجها ، لم يثبت حكم الإيلاء في حقه ؛ لأنَّ الصفة وجدت في حال كونها أجنبية ، ولا ينعقد الإيلاء بالحليف على الأجنبية بخلاف ما إذا دخلت وهي امرأته .

١٣٠٨ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ آلَى مِنْهَا ، وَاخْتَلَفَا فِي مُضِيِّ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ فِي أَنَّهَا لَمْ تَمُضْ مَعَ يَمِينِهِ)

إنما كان كذلك ؛ لأنَّ الاختلاف في مضى المدة يثبتني على الخلاف في وقت يمينه ؛ فإنهما لو اتفقا على وقت^(١) اليمين ، حُسِبَ مِنْ ذَلِكَ الْوَقْتِ ، فعلم هل انقضت المدة أو^(٢) لا . وزال الخلاف . أما إذا اختلفا في وقت اليمين ، فقال : حلفت في غرة رمضان . وقالت : بل حلفت في غرة شعبان . فالقول قوله ؛ لأنه صدر من جهته ، وهو أعلم به . فكان القول قوله ، كما لو اختلفا في أصل الإيلاء ، ولأنَّ الأصل عدم الحليف في غرة شعبان ، فكان قوله في نفيه موافقاً للأصل . قال الخرقي : ويكون ذلك مع يمينه . وهو مذهب الشافعي . وذهب أبو بكر ، إلى أنه لا يمين عليه . قال القاضي : وهو أصح ؛ لأنه اختلاف في أحكام النكاح ، فلم تُشرع فيه يمين ، كما لو ادعى زوجية امرأة

(٣) سقط من : ب .

(١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢) في ب : د أم ، .

فَأَثَرُهُ . وَوَجْهُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْيَمِينُ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ » ^(٣) .
وَلَأَنَّهُ حَقٌّ لَا دَمِيَّ يَجُوزُ بِذَلِكَ ، فَيُسْتَحْلَفُ فِيهِ ، كَالدُّيُونِ .

٧٥٠/٨ / فصل : فَإِنْ تَرَكَ الْوَطْءَ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْإِيلَاءَ الْحَلْفَ . وَلَكِنْ إِنْ
تَرَكَ ذَلِكَ لِعُذْرٍ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ غَيْبَةٍ ، وَنَحْوِهِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ مَدَّةٌ ، وَإِنْ تَرَكَهُ مُضِرًّا بِهَا ،
فَهَلْ تُضْرَبُ لَهُ مَدَّةٌ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُضْرَبُ لَهُ مَدَّةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ
وَطَّئَهَا ، وَإِلَّا دُعِيَ بَعْدَهَا إِلَى الْوَطْءِ ، فَإِنْ امْتَنَعَ مِنْهُ ، أُمِرَ بِالطَّلَاقِ ، كَمَا يُفْعَلُ ^(٤) فِي
الْإِيلَاءِ ، سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُ أَضَرَّ بِهَا بِتَرْكِ الْوَطْءِ فِي مَدَّةِ الْإِيلَاءِ ، فَيَلْزَمُ حُكْمُهُ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ ،
وَلَأَنَّ مَا وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا لَمْ يَحْلِفْ ، كَالْتَفَقَةِ وَسَائِرِ
الْوَاجِبَاتِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْيَمِينَ لَا تَجْعَلُ غَيْرَ الْوَاجِبِ وَاجِبًا إِذَا أَقْسَمَ عَلَى تَرْكِهِ ، فَوُجُوبُهُ
مَعَهَا يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِهِ قَبْلُهَا ، وَلَأَنَّ وُجُوبَهُ فِي الْإِيلَاءِ إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ ^(٥) حَاجَةِ الْمَرْأَةِ ، وَإِزَالَةِ
الضَّرَرِ عَنْهَا ، وَضَرَرُهَا لَا يَحْتَلِفُ بِالْإِيلَاءِ وَعَدَمِهِ ، فَلَا يَحْتَلِفُ الْوُجُوبُ . فَإِنْ قِيلَ :
فَلَا يَتَّقَى لِلْإِيلَاءِ أَثَرٌ ، فَلِمَ أَفْرَدْتُمْ ^(٦) لَهُ بَابًا ؟ قُلْنَا : بَلْ لَهُ أَثَرٌ ؛ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِ
الْإِضْرَارِ ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ قَصْدُ الْإِضْرَارِ ، اكْتَفَى بِدَلَالَتِهِ ، وَإِذَا لَمْ
تُوجَدْ الْيَمِينُ ، اخْتَجْنَا إِلَى دَلِيلٍ سِوَاهُ يَدُلُّ عَلَى الْمُضَارَّةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْإِيلَاءُ لِدَلَالَتِهِ عَلَى
الْمُقْتَضَى لَا لِعَيْنِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَا تُضْرَبُ لَهُ مَدَّةٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛
لَأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْلٍ ، فَلَمْ تُضْرَبْ لَهُ مَدَّةٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ ، وَلَأَنَّ تَعْلِيلَ الْحَكَمِ
بِالْإِيلَاءِ يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، إِذْ لَوْ ثَبَتَ هَذَا الْحُكْمُ بِدُونِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَثَرٌ . وَاللَّهُ
أَعْلَمُ .

(٣) تقدم ترجمته في : ٥٢٥ / ٦ .

(٤) في ١ : يؤمر .

(٥) في م : لدفع .

(٦) في ب : أفرد .

كتاب الظهار

الظهار : مُشتَقٌّ مِنَ الظَّهَرِ ، وَإِنَّمَا خَصَّصُوا الظَّهَرَ بِذَلِكَ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَرْكُوبٍ يُسَمَّى ظَهْرًا ، لِحَصُولِ الرُّكُوبِ عَلَى ظَهْرِهِ فِي الْأَغْلَبِ ، فَشَبَّهُوا الزَّوْجَةَ بِذَلِكَ . وَهُوَ مُحَرَّمٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ^(١) . وَمَعْنَاهُ أَنَّ الزَّوْجَةَ لَيْسَتْ كَالْأُمِّ فِي التَّحْرِيمِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ مَا مِنْ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ الَّتِي تَظَاهَرُونَ مِنْهُمْ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾ ^(٣) . وَالْأَصْلُ فِي الظَّهَارِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ الَّذِينَ يَظَاهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ ^(٤) . وَالآيَةُ الَّتِي بَعْدَهَا . وَأَمَّا / السُّنَّةُ ، فَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ خُوَيْلَةَ بِنْتِ مَالِكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ ، قَالَتْ : ظَاهَرَنِي مَنَّى أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ ، فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَشْكُو ^(٦) ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُجَادِلُنِي فِيهِ ، وَيَقُولُ : « اتَّقِ اللَّهَ ؛ فَإِنَّهُ ابْنُ عَمَلِكِ » . فَمَا بَرِحْتُ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا ﴾ ^(٧) . فَقَالَ : « يَنْتَقِ رَقَبَةً » . فَقُلْتُ ^(٨) : لَا يَجِدُ . قَالَ : « فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ » . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ ، مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ . قَالَ : « فَلْيُطْعِمْ سِتِينَ مِسْكِينًا » . قُلْتُ : مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ .

ظ ٧٥/٨

(١) سورة المجادلة ٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٤ .

(٣) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٣/١ ، ٥١٤ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤١٠/٦ ، ٤١١ .

(٤) في النسخ : « تظاهروا » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة المجادلة ١ .

(٧) في ١ ، ب ، م : « فقالت » .

قال : « فَأُتِيَ ^(٨) سَاعِيْنُهُ بِعَرَقٍ مِنْ ثَمَرٍ » . فقلتُ : يا رسولَ الله ، فَأُتِيَ أَعْيُنُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ . قال : « قَدْ أَحْسَنْتَ ، اذْهَبِي فَأَطْعِمِي عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمَلِكِ » . قال الأَصْمَعِيُّ : العَرَقُ ، بفتح العين والرَّاءِ : هو ما سُفَّ ^(٩) مِنْ خُوصٍ ، كالزَّئِبِلِ الْكَبِيرِ . وَرَوَى أَيْضًا ^(١٠) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ الْبَيَاضِيِّ ، قال : كُنْتُ أَصِيبُ مِنَ النَّسَاءِ مَا لَا يُصِيبُ غَيْرِي ، فَلَمَّا دَخَلَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، خِفْتُ أَنْ أَصِيبَ مِنْ أَمْرَأَتِي شَيْئًا يَتَّبَعُ ^(١١) حَتَّى أَصْبِحَ ، فَظَاهَرْتُ مِنْهَا حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، فَبَيْنَا هِيَ تَخْدُمُنِي ذَاتَ لَيْلَةٍ ، إِذْ تَكَشَّفَ لِي مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَمْ أَلْبَثْ أَنْ نَزَوْتُ عَلَيْهَا ، فَلَمَّا أَصْبَحْتُ خَرَجْتُ إِلَى قَوْمِي ، فَأَخْبَرْتُهُمُ الْخَبَرَ ، وَقُلْتُ : أَمْشُوا مَعِيَ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . قَالُوا : لَا وَاللَّهِ . فَأَنْطَلَقْتُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخْبَرْتُهُ الْخَبَرَ ، فَقَالَ : « أَنْتَ بِذَاكَ يَا سَلَمَةُ ؟ » ^(١٢) . فقلتُ : أَنَا بِذَاكَ يَا رَسُولَ اللَّهِ ، وَأَنَا صَابِرٌ لِلْحَكِيمِ اللَّهِ ، فَاحْكُمْ فَيَّ مَا أَرَاكَ اللَّهُ . قال : « حَرَّرَ رَقَبَةً » . قلتُ : وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا أَمْلِكُ رَقَبَةً غَيْرَهَا . وَضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِي . قال : « فَصُمِّ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ » . قلتُ : وَهَلْ أَصَبْتُ الَّذِي أَصَبْتُ إِلَّا مِنَ الصَّيَامِ ؟ قال : « فَأَطْعِمِ وَسَقَا مِنْ ثَمَرِ بَيْنِ سِتِّينَ مِسْكِينًا » . قلتُ : وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ ، لَقَدْ بَتْنَا وَحَشِينِ ^(١٣) ، مَا لَنَا طَعَامٌ . قال : « فَأَنْطَلِقِي إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِي زُرَيْقٍ ، فَلْيَذْفَعْهَا إِلَيْكَ » . قال : « فَأَطْعِمِ

(٨) في الأصل : « فَأَنَا » .

(٩) سُفَّ : أَيْ تُسِج .

(١٠) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٣/١ .

كما أخرجه الترمذی ، في : باب ومن سورة المجادلة ، من أبواب التفسير . عارضة الأحوذی ١٨٥/١٢ ، ١٨٦ .

والدارمی ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمی ١٦٣/٢ ، ١٦٤ . والإمام أحمد ، في : المسند

٣٧/٤ . وانظره في ٣٨٢/٤ .

(١١) التابع : الوقوع في الشر من غير فكرة وروية .

(١٢) أی : أَنْتِ الْمَلِيْمَةُ بِذَاكَ ، أَوْ أَنْتِ الْمُرْتَكِبَةُ لَهُ ؟

(١٣) يقال : رجل وحش . إذا كان جائعا ، لا طعام له .

سَيِّئِينَ مَسْكِينًا وَنَقًا مِنْ ثَمَرٍ ، وَكُلُّ أَنْتَ وَعِيَالُكَ بِقِيَّتِهَا » . فَرَجَعْتُ إِلَى قَوْمِي ، فَقُلْتُ : وَجَدْتُ عِنْدَكُمْ الضَّيِّقَ وَسُوءَ الرَّأْيِ ، وَوَجَدْتُ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ السَّعَةَ وَحُسْنَ الرَّأْيِ ، وَقَدْ أَمَرَ لِي بِصَدَقَتِكُمْ .

فصل : وكلُّ زَوْجٍ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظَهَارُهُ ، وهو البالغُ العاقلُ ، سواءً كان مسلمًا أو كافرًا ، حرًّا أو عبدًا . / قال أبو بكرٍ : وظهارُ السَّكْرَانِ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاقِهِ . قال القاضي : وكذلك ظهارُ الصَّبِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاقِهِ . والصَّحِيحُ أَنَّ ظَهَارَ الصَّبِيِّ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مُوجِبَةٌ لِلْكَفَّارَةِ ، فَلَمْ تَتَّعِدْ مِنْهُ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ وَجَبَتْ لَهَا فِيهِ مِنْ قَوْلِ الْمُنْكَرِ وَالزُّورِ ، وَذَلِكَ مَرْفُوعٌ عَنِ الصَّبِيِّ ؛ لَكَوْنِ الْقَلَمِ مَرْفُوعًا عَنْهُ . وَقَدْ قِيلَ : لَا يَصِحُّ ظَهَارُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(١٤) . وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ الرِّقَابَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ ظَهَارُهُ ، كَالْحُرِّ . فَأَمَّا إِبْجَابُ الرِّقَةِ ، فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى مَنْ يَجِدُهَا ، وَلَا يَنْقُي الظَّهَارُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَجِدُهَا ، كَالْمُعْسِرِ ، فَرَضُهُ الصِّيَامُ . وَيَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِيِّ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَصِحُّ مِنْهُ ، وَهِيَ الرَّافِعَةُ لِلتَّحْرِيمِ ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، وَدَلِيلُ أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَصِحُّ مِنْهُ ، أَنَّهَا عِبَادَةٌ تَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ، فَلَا تَصِحُّ مِنْهُ ، كَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظَهَارُهُ ، كَالْمُسْلِمِ . فَأَمَّا مَا ذَكَرُوهُ فَيَنْطَلُ بِكَفَّارَةِ الصَّيِّدِ إِذَا قَتَلَهُ فِي الْحَرَمِ ، وَكَذَلِكَ الْحَدُّ يُقَامُ عَلَيْهِ . وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ التَّكْفِيرَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنْهُ الْعَتَقُ وَالْإِطْعَامُ ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الصَّوْمُ ^(١٥) ، فَلَا تَمْتَنِعُ صَحَّةُ الظَّهَارِ بِامْتِنَاعِ بَعْضِ أَنْوَاعِ الْكَفَّارَةِ ، كَمَا فِي حَقِّ الْعَبْدِ . وَالنِّيَّةُ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ لِتَعْيِينِ الْفِعْلِ لِلْكَفَّارَةِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْكَافِرِ ، كَالنِّيَّةِ فِي كِنَايَاتِ الطَّلَاقِ . وَمَنْ يُحْنَقُ ^(١٦) فِي الْأَخْيَانِ ، يَصِحُّ ظَهَارُهُ فِي إِفَاقَتِهِ ، كَمَا يَصِحُّ طَلَاقُهُ فِيهِ .

(١٤) سورة المجادلة ٣ .

(١٥) في ١ ، ب : « الصيام » .

(١٦) الخنق : داء يمتنع معه نفوذ النفس إلى الرئة والقلب .

فصل : وَمَنْ لَا يَصِحُّ طَلَاقُهُ لَا يَصِحُّ ظَهَارُهُ ، كَالنِّكَاحِ ، وَالزَّائِلِ الْعَقْلِ بِجُنُونٍ ، أَوْ إِغْمَاءٍ ، أَوْ نَوْمٍ ، أَوْ غَيْرِهِ . لَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا يَصِحُّ ظَهَارُ الْمُكَرَّهِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ : يَصِحُّ ظَهَارُهُ . وَالْخِلَافُ فِي ذَلِكَ مَبْنِيٌّ عَلَى الْخِلَافِ فِي صِحَّةِ طَلَاقِهِ . وَقَدْ مَضَى ذَلِكَ ^(١٧) .

فصل : وَيَصِحُّ الظَّهَارُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، كَبِيرَةٍ كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةٍ ، مُسَلِّمَةً كَانَتْ أَوْ ذَمِيمَةً ، مُمَكِّنًا وَطُؤُهَا أَوْ غَيْرَ مُمَكِّنٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يَصِحُّ الظَّهَارُ مِنَ الْتِي لَا يُمَكِّنُ وَطُؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ وَطُؤُهَا ، وَالظَّهَارُ لِتَحْرِيمِ وَطُؤِهَا . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ يَصِحُّ طَلَاقُهَا ^(١٨) ، فَصَحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَغَيْرِهَا .

٧٦/٨ ظ

١٣٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي / ، أَوْ كَظْهَرِ امْرَأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ ، أَوْ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٍ . أَوْ حَرَّمَ غَضَضًا مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَلَا يَطَّأُهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ)

في هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أَنَّهُ مَتَى شَبَّهَ امْرَأَتَهُ بِمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ ، فَقَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي ، أَوْ أُخْتِي ، أَوْ غَيْرِهَا . فَهُوَ مُظَاهَرٌ . وَهُنَّ ^(١) عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَهَذَا ظَهَارٌ إِجْمَاعًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ تَصْرِيحَ الظَّهَارِ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . وَفِي حَدِيثِ خُوَيْلَةَ امْرَأَةِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ ، أَنَّهُ قَالَ لَهَا : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَذَكَرَ ذَلِكَ لِرَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَأَمَرَهُ بِالْكَفَّارَةِ . الضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يُشَبَّهَهَا بِظَهَرِ مَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ مِنْ ذَوِي رَحِمِهِ ، كَجَدَّتِهِ

(١٧) تقدم في ٣٥٠/١٠ ، ٣٥١ .

(١٨) في ١ : « طلاقه » .

(١) في م : « وهذا » .

وَعَمَّتِهِ وَخَالَتِهِ وَأُخْتِهِ . فِهَذَا ظَهَرَ فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَهُوَ جَدِيدُ قَوْلِي ^(١) الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ فِي الْقَدِيمِ : لَا يَكُونُ الظَّهَارُ إِلَّا بِأُمٍّ أَوْ جَدَّةٍ ؛ لِأَنَّهَا أُمٌّ أَيْضًا ، لِأَنَّ اللَّفْظَ الَّذِي وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ مُحْتَصًى بِالْأُمِّ ، فَإِذَا عَدَلَ عَنْهُ ، لَمْ يَتَعَلَّقْ بِهِ مَا أَوْجَبَهُ اللَّهُ تَعَالَى فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُنَّ مُحَرَّمَاتٌ بِالْقَرَابَةِ ، فَأَشْبَهْنَ الْأُمَّ . فَأَمَّا الْآيَةُ فَقَدْ قَالَ فِيهَا : ﴿ وَانَّهُنَّ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ^(٢) . وَهَذَا مَوْجُودٌ فِي مَسْأَلَتِنَا ، فَجَرَى مَجْرَاهُ . وَتَعْلِيْقُ الْحَكِيمِ بِالْأُمِّ لَا يَمْنَعُ ثُبُوتِ الْحَكِيمِ فِي غَيْرِهَا إِذَا كَانَتْ مِثْلَهَا . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، أَنْ يُشَبَّهَهَا بِظَهْرٍ مِنْ تَحَرُّمٍ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ سِوَى الْأَقَارِبِ ، كَالْأُمَّهَاتِ الْمُرْضِعَاتِ ، وَالْأَخَوَاتِ ^(٣) مِنْ الرِّضَاعَةِ ، وَحَلَائِلِ الْأَبَاءِ وَالْأَبْنَاءِ ، وَالْأُمَّهَاتِ النَّسَاءِ ، وَالرَّبَائِبِ اللَّائِي دَخَلَ بِأُمِّهِنَّ ، فَهُوَ ظَهَارٌ أَيْضًا . وَالْخِلَافُ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا . وَوَجْهُ الْمَذْهَبَيْنِ مَا تَقَدَّمَ ، وَيَزِيدُ ^(٤) فِي الْأُمَّهَاتِ ^(٥) الْمُرْضِعَاتِ دُخُولُهَا فِي عُمُومِ الْأُمَّهَاتِ ، فَتَكُونُ دَاخِلَةً فِي النَّصِّ ، وَسَائِرُهُنَّ فِي مَعْنَاهَا ، فَيُثَبِّتُ ^(٦) فِيهِنَّ حَكْمَهَا .

الفصل الثاني : إِذَا شَبَّهَهَا بِظَهْرٍ مِنْ تَحَرُّمٍ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا مُؤَقَّتًا ؛ كَأُخْتِ امْرَأَتِهِ ، وَعَمَّتِهَا ، أَوْ الْأُجْنَبِيَّةِ ^(٧) . فَقَدْ أَحْمَدُ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ ظَهَارٌ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ وَقَوْلُ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَيْسَ بِظَهَارٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ ، فَلَا يَكُونُ التَّشْبِيهُ بِهَا ظَهَارًا ، كَالْحَائِضِ ، وَالْمُحَرَّمَةِ مِنْ نِسَائِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِمُحَرَّمَةٍ / ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَبَّهَهَا بِالْأُمِّ ، وَلِأَنَّ مُجَرَّدَ قَوْلِهِ :

٧٧/٨ و

(٢) فِي ب : « قَوْلٌ » .

(٣) سُورَةُ الْمَجَادِلَةِ ٢ .

(٤) فِي م : « وَالْأَخْوَالُ » .

(٥-٥) فِي الْأَصْلِ : « بِالْأُمَّهَاتِ » .

(٦) فِي ب ، م : « ثَبَّتَ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « وَالْأُجْنَبِيَّةُ » .

أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . ظَهَارٌ إِذَا نَوَى بِهِ الظَّهَارَ ، وَالتَّشْبِيهُ بِالْمُحَرَّمَةِ تَحْرِيمٌ ، فَكَانَ ظَهَارًا ، فَأَمَّا الْحَائِضُ فَيَبَاحُ الِاسْتِمْتَاعُ بِهَا فِي غَيْرِ الْفَرْجِ ، وَالْمُحَرَّمَةُ يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، وَلَمْ تُسْأَلْ بِغَيْرِ^(٨) شَهْوَةٍ ، وَلَيْسَ فِي وَطْءٍ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا^(٩) حُدٌّ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّ الظَّهَارَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ ذَوَاتِ الْمَحَارِمِ^(١٠) مِنَ النِّسَاءِ ، لَا مِنْ الرِّجَالِ^(١١) . قَالَ : فَبِهَذَا أَقُولُ .

فصل : وَإِنْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِ أَبِيهِ ، أَوْ^(١٢) بِظَهْرِ غَيْرِهِ^(١٣) مِنَ الرِّجَالِ ، أَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ الْبَهِيمَةِ . أَوْ : أَنْتِ عَلَى كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ . فَفِي ذَلِكَ كُلُّهُ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ ظَهَارٌ . قَالَ الْمَيْمُونِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنْ ظَاهَرَ مِنْ ظَهْرِ الرَّجُلِ ؟ . قَالَ : فَظَهَرُ الرَّجُلِ حَرَامٌ ، يَكُونُ ظَهَارًا . وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ صَاحِبُ مَالِكٍ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُنَى . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَيْسَ بِظَهَارٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ بِمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلِاسْتِمْتَاعِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى كِبَالِ زَيْدٍ . وَهَلْ فِيهِ كُفَّارَةٌ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، فِيهِ كُفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَحْرِيمٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَرَّمَ مَالَهُ . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ . نَقَلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ شَبَّهَ امْرَأَتَهُ بِظَهْرِ الرَّجُلِ : لَا يَكُونُ ظَهَارًا . وَلَمْ أَرَهُ يُلْزَمُهُ فِيهِ شَيْئًا^(١٤) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ لَامْرَأَتِهِ بِمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلِاسْتِمْتَاعِ ، أَشْبَهَ التَّشْبِيهِ بِمَا لَيْسَ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ^(١٥) فِي قَوْلِهِ^(١٦) : أَنْتِ عَلَى كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ : إِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ كَانَ طَلَاقًا ، وَإِنْ نَوَى الظَّهَارَ كَانَ ظَهَارًا ، وَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ كَانَ يَمِينًا ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ ظَهَارٌ . وَالْأُخْرَى ، هُوَ يَمِينٌ . وَلَمْ يَتَحَقَّقْ عِنْدِي مَعْنَى إِرَادَةِ^(١٧) الظَّهَارِ وَالْيَمِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٨) فِي م : مِنْ غَيْرٍ .

(٩) فِي ب ، م : مِنْهَا .

(١٠-١١) فِي أ : فَقَالَ : لَا مِنْ الرِّجَالِ . فِي ب ، م : مِنَ النِّسَاءِ . وَسَقَطَ : لَا مِنْ الرِّجَالِ .

(١١-١٢) فِي م : بِظَهْرِهِ .

(١٢) فِي م : شَيْءٌ .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

(١٤) فِي م : إِرَادَتِهِ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتَ عِنْدِي ، أَوْ مَعِي ، كَظَهَرَ أُمِّي . كَانَ ظَهَارًا بِمَنْزِلَةِ عَلِيٍّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَافَ فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : جُمَلْتُكَ ، ^(١٥) أَوْ بِدُنْكَ ^(١٦) ، أَوْ جَسْمُكَ ، أَوْ ذَاتُكَ ، أَوْ كُلُّكَ عَلَيَّ كَظَهَرَ أُمِّي . كَانَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهَا . فَهُوَ كَقَوْلِهِ : أَنْتَ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ كَظَهَرَ أُمِّي . كَانَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِ فَانْصَرَفَ الْحُكْمُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتَ طَالِقٌ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، فَإِنَّهَا إِذَا كَانَتْ كَظَهَرَ / أُمَّهُ ، ^(١٥) فَظَهَرَ أُمُّهُ ^(١٥) ، مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ . ٧٧/٨ ظ

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتَ عَلَيَّ كَأُمِّي . أَوْ : مِثْلُ أُمِّي . وَنَوَى بِهِ الظَّهَارَ ، فَهُوَ ظَهَارٌ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ الْعُلَمَاءِ ؛ مِنْهُمْ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَصَاحِبَاهُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ . وَإِنْ نَوَى بِهِ الْكَرَامَةَ وَالتَّوْقِيرَ ، أَوْ أَنَّهَا مِثْلُهَا فِي الْكِبَرِ ، أَوْ الصِّفَةِ ، فَلَيْسَ بِظَهَارٍ . وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي نَبِيِّهِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : هُوَ صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رَوَاتَانِ ، أَظْهَرُهُمَا أَنَّهُ لَيْسَ بِظَهَارٍ حَتَّى يَنْوِيَهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ يُسْتَعْمَلُ فِي الْكَرَامَةِ أَكْثَرَ مِمَّا يُسْتَعْمَلُ فِي التَّحْرِيمِ ، فَلَمْ يَنْصَرِفْ إِلَيْهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ ، كَكِنَايَاتِ الطَّلَاقِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ أَنَّهُ شَبَّهَ أَمْرًا بِهِ بِجُمْلَةٍ أُمَّهُ ، فَكَانَ مُشَبَّهًا لَهَا بِظَهَرِهَا ، فَيَثْبُتُ الظَّهَارُ كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِهِ مُنْفَرِدًا . وَالَّذِي يَصُحُّ عِنْدِي فِي ^(١٦) قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، أَنَّهُ إِنْ وَجِدَتْ قَرِينَةٌ تَدُلُّ عَلَى الظَّهَارِ ، مِثْلُ أَنْ يُخْرِجَهُ مَخْرَجَ الْحَلِيفِ ، فَيَقُولُ : إِنْ فَعَلْتَ كَذَا فَأَنْتَ عَلَيَّ مِثْلُ أُمِّي . أَوْ قَالَ ذَلِكَ حَالَ الْخُصُومَةِ وَالْعَضَبِ ، فَهُوَ ظَهَارٌ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا أَخْرَجَهُ ^(١٧) مَخْرَجَ الْحَلِيفِ ، فَالْحَلْفُ يَرَادُ لِلْامْتِنَاعِ مِنْ شَيْءٍ ، أَوِ الْحَثِّ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِتَحْرِيمِهَا عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ كَوْنَهَا مِثْلُ أُمِّهِ فِي صِفَتِهَا

(١٥-١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في م : « خرج » .

أو كرامتها . لا يتعلّق على شَرَط ، فیدلّ^(١٨) على أنّه إنّما أراد الظّهارة ، ووقوع ذلك في حال الخصومة والغضب ، دليل على أنّه أراد به ما يتعلّق بأذاها ، ويوجب اجتنابها ، وهو الظّهارة . وإنّ عُدَم هذا فليس بظهار ؛ لأنّه مُحْتَمِلٌ لغير الظّهارة احتمالاً كثيراً ، فلا يَتَّعِنُ الظّهارة فيه بغير دليل . ونحو هذا قول أبي ثور . وهكذا قال : أنتِ علىّ كأُمّي ، أو : مثلُ أُمّي . أو قال : أنتِ أُمّي ، أو : امرأتى أُمّي . مع الدليل الصّارِف له إلى الظّهارة ، كان ظهاراً ؛ إمّا بِنَيّْة ، أو ما يَقُومُ مقامها . وإن قال : أُمّي امرأتى . أو : مثلُ امرأتى . لم يَكُنْ ظهاراً ؛ لأنّه تَشْبِيهٌ لأُمّه ، وَوصفٌ لها ، وليس بوصفٍ لامرأته .

الفصل الثالث : أنّه إذا قال : أنتِ علىّ حرام . فإنّ تَوَيُّ به الظّهارة ، فهو ظهار ، في قول عامّتهم . وبه يقول أبو حنيفة ، والشافعي . وإنّ تَوَيُّ به الطلاق ، فقد ذكرناه في باب الطلاق^(١٩) ، وإن أطلق ففيه روايتان ؛ إحداهما ، هو ظهار . ذكره الخِرَقِيُّ في موضع آخر . ونصّ عليه أحمد ، في رواية جماعة من أصحابه . وذكره إبراهيم الحَرَبِيُّ ، عن عثمان ، وابن عباس ، وأبي قلابة ، وسعيد بن جبّير ، وميمون بن مهران ، والبتّي ، /
أنّهم قالوا : الحرام ظهار . وروى عن أحمد ما يدلّ على أنّ التّحريم يَمِينٌ . وروى عن ابن عباس ، أنّه قال : إنّ التّحريم يَمِينٌ في كتاب الله عزّ وجلّ ، قال الله عزّ وجلّ : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ ثم قال : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمِنِكُمْ ﴾^(٢٠) .
وأكثر الفقهاء على أنّ التّحريم إذا لم يَتَوَيُّ به الظّهارة ، ليس بظهار . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ، والشافعي . ووجه ذلك الآية المذكورة ، وأنّ التّحريم يتنوّع ، منه ما هو بظهار وبطلاق وبحيض وبإحرام^(٢١) وصيام ، فلا يكون التّحريم صَرِيحاً في واحد منها ، ولا

(١٨) في ١ ، ب : يدل .

(١٩) تقدم في : ٣٩٧/١٠ .

(٢٠) سورة التحريم ١ ، ٢ .

وانظر ما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤/٤٠ . وانظر أيضاً ما

تقدم في : ٣٩٨/١٠ .

(٢١) في م : وإحرام .

يَنْصَرِفُ إِلَيْهِ بِغَيْرِ نِيَّةٍ^(٢٢) ، كما لا يَنْصَرِفُ إِلَى تَحْرِيمِ الطَّلَاقِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ تَحْرِيمٌ أَوْقَعَهُ فِي أَمْرَاتِهِ ، فَكَانَ بِإِطْلَاقِهِ ظَاهِرًا ، كَتَشْبِيهِهَا بِظَهْرِ أُمِّهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ التَّحْرِيمَ يَتَنَوَّعُ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّ تِلْكَ الْأَنْوَاعَ مُتَنَفِّئَةً ، وَلَا يَخْصُلُ بِقَوْلِهِ مِنْهَا إِلَّا الطَّلَاقُ ، وَهَذَا أَوَّلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ تَبَيَّنَ بِهِ الْمَرْأَةُ ، وَهَذَا يُحَرِّمُهَا مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَكَانَ أَذْنَى التَّحْرِيمَيْنِ ، فَكَانَ أَوَّلَى . فَأَمَّا إِنْ قَالَ ذَلِكَ لِمُحَرَّمَةٍ عَلَيْهِ بِخِيضٍ أَوْ نُحْوِهِ ، وَقَصَدَ الظَّهَارَ ، فَهُوَ ظَاهَرٌ ، وَإِنْ قَصَدَ أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِذَلِكَ السَّبَبِ ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَلَيْسَ بِظَاهَرٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْخَبَرَ عَنْ حَالِهَا ، وَيَحْتَمِلُ إِنْشَاءَ التَّحْرِيمِ فِيهَا بِالظَّهَارِ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ تَعْيِينٍ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : الْحِلُّ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ . أَوْ : مَا أَثْقَلَبُ إِلَيْهِ حَرَامٌ . وَلَهُ امْرَأَةٌ ، فَهُوَ مَظَاهِرٌ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ فِي الصُّورِ الثَّلَاثِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ لَفْظَهُ يَفْتَضِي الْعُمُومَ ، فَيَتَنَاوَلُ الْمَرْأَةَ بِعُمُومِهِ . وَإِنْ صَرَّحَ بِتَحْرِيمِ الْمَرْأَةِ ، أَوْ نَوَاهَا ، فَهُوَ آكُذُ . قَالَ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ قَالَ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ ؛ مِنْ أَهْلِ ، وَمَالٍ : عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ، هُوَ يَمِينٌ . وَتُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، فِي ظَاهِرِ كَلَامِ أَحْمَدَ هَذَا . وَاخْتَارَ ابْنُ عَقِيلٍ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ كَفَّارَتَانِ لِلظَّهَارِ وَلِتَحْرِيمِ الْمَالِ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ تَنَاوَلَهُمَا ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ انْفَرَدَ أَوْ جَبَّ كَفَّارَةٌ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدَةٌ فَلَا تُوجِبُ كَفَارَتَيْنِ ، كَمَا لَوْ تَظَاهَرَ مِنْ امْرَأَتَيْنِ ، أَوْ حَرَّمَ مِنْ مَالِهِ شَيْئَيْنِ . وَمَا ذَكَرَهُ يَنْتَقِضُ بِهَذَا . وَفِي قَوْلِ أَحْمَدَ : هُوَ يَمِينٌ . إِشَارَةٌ إِلَى التَّعْلِيلِ بِمَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ الْوَاحِدَةَ لَا تُوجِبُ أَكْثَرَ مِنْ كَفَّارَةٍ . وَإِنْ نَوَى بِقَوْلِهِ : مَا أَحَلَّ اللَّهُ عَلَى حَرَامٍ . وَغَيْرِهِ مِنْ لَفْظَاتِ الْعُمُومِ الْمَالِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا كَفَّارَةٌ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّ اللَّفْظَ الْعَامَّ يَجُوزُ اسْتِعْمَالُهُ فِي الْخَاصِّ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ الْحَرَامَ بِإِطْلَاقِهِ / لَيْسَ بِظَاهَرٍ . لَا يَكُونُ هُنَا مَظَاهِرًا ، إِلَّا أَنْ يَتَوَيَّ الظَّهَارَ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي حَرَامٌ . فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الظَّهَارِ ، لَا يَنْصَرِفُ إِلَى غَيْرِهِ ، سِوَاءِ تَوَيَّ الطَّلَاقِ أَوْ لَمْ يَتَوَيَّهِ . وَلَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ بِحَمْدِ اللَّهِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالظَّهَارِ ، وَبَيَّنَّه بِقَوْلِهِ : حَرَامٌ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ^(٢٣) كَظْهِرِ أُمِّي . أَوْ :

٧٨/٨ ظ

(٢٢) فِي م : « النِّيَّةُ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

كأُمِّي . فكذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولَي الشافعي . والقول الثاني ، إذا نَوَى الطَّلَاقَ فهو طلاقٌ . وهو قول أبي يوسف ومحمد ، إلا أن أبا يوسف قال : لا أقبل قوله في نفي الظَّهَارِ . ووجه قولهم ، أن قوله : أنتِ على حرامٍ . إذا نَوَى به الطَّلَاقَ فهو طلاقٌ ، وزيادةُ قوله : كظهرِ أُمِّي . بعد ذلك لا ينفى الطَّلَاقَ ، كما لو قال : أنتِ طالقٌ كظهرِ أُمِّي . ولنا ، أنه أتى بصريحِ الظَّهَارِ ، فلم يكن طلاقًا ، كالتى قبلها . وقولهم : إن التحريمَ مع نيةِ الطَّلَاقِ طلاقٌ . لا تُسلمه . وإن سلمناه لكنه فسَّرَ لفظه ههنا بصريحِ الظَّهَارِ بقوله ، فكان العملُ بصريحِ القولِ أولى من العملِ بالنيةِ .

فصل : وإن قال : أنتِ طالقٌ كظهرِ أُمِّي . طَلَّقْتَ ، وسقط قوله ^(٢٤) : كظهرِ أُمِّي . لأنه أتى بصريحِ الطَّلَاقِ أولاً ، وجعلَ قوله : كظهرِ أُمِّي . صفةً له . فإن نَوَى بقوله : كظهرِ أُمِّي . تأكيدَ الطَّلَاقِ ، لم يكن ظَهَارًا ، كما لو أُلْتُقَ ، وإن نَوَى به الظَّهَارَ ، وكان الطَّلَاقُ بائنًا ، فهو كالظَّهَارِ من الأجنبية ؛ لأنه أتى به بعدَ يَتَوَاتَرِها بالطَّلَاقِ . وإن كان رَجْعِيًّا ، كان ظَهَارًا صحيحًا . ذكره القاضي . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنه أتى بلفظِ الظَّهَارِ في مَنْ هِيَ زَوْجَةٌ . وإن نَوَى بقوله : أنتِ طالقٌ . الظَّهَارَ ، لم يكن ظَهَارًا ؛ لأنه نَوَى الظَّهَارَ بصريحِ الطَّلَاقِ . وإن قال : أنتِ على كظهرِ أُمِّي طالقٌ . وقع الظَّهَارُ والطَّلَاقُ معًا ، سواءً كان الطَّلَاقُ بائنًا ، أو رَجْعِيًّا ؛ لأنَّ الظَّهَارَ سَبَقَ الطَّلَاقَ .

فصل : فإن قال : أنتِ على حرامٍ . ونَوَى الطَّلَاقَ والظَّهَارَ معًا ، كان ظَهَارًا ، ولم يكن طلاقًا ؛ لأنَّ اللفظَ الواحدَ لا يكونُ ظَهَارًا وطلاقًا ، والظَّهَارُ أولى بهذا اللفظِ ، فيَنصَرِفُ إليه . وقال بعضُ أصحابِ الشافعي : يقالُ له ^(٢٥) : اختر أيهما شِئْتَ . وقال بعضهم : إن قال : أردتُ الطَّلَاقَ والظَّهَارَ . كان طلاقًا ؛ لأنه بدأ به . وإن قال : أردتُ

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) سقط من : الأصل .

الظَّهَارَ وَالطَّلَاقَ ، كان ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِهِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا لَهُ ، وَيَلْزَمُهُ مَا بَدَأَ بِهِ .
ولنا ، أَنَّهُ أَتَى بِلَفْظَةِ الْحَرَامِ يَتَوَى بِهَا الظَّهَارَ ، فَكَانَتْ ظَهَارًا ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ / الظَّهَارُ
بِنَيْتِهِ ، وَلَا يَكُونُ طَلَاقًا ؛ لِأَنَّهُ زَا حَمَتْ نَيْتَهُ نِيَّةَ الظَّهَارِ ، وَتَعَذَّرَ الْجَمْعُ^(٢٦) ، وَالظَّهَارُ
أَوَّلَى بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا وَاحِدٌ ، وَهُوَ التَّحْرِيمُ ، فَيَجِبُ أَنْ يُغْلَبَ مَا هُوَ الْأَوَّلَى ،
أَمَّا الطَّلَاقُ فَإِنَّ مَعْنَاهُ الْإِطْلَاقُ ، وَهُوَ حُلُّ قَيْدِ التَّكَاجُجِ ، وَإِنَّمَا التَّحْرِيمُ حُكْمٌ لَهُ فِي بَعْضِ
أَحْوَالِهِ ، وَقَدْ يَنْفَكُ عَنْهُ ؛ فَإِنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُطْلَقَةٌ مُبَاحَةٌ . وَإِنَّمَا التَّخْيِيرُ فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ
الْلَفْظَةَ قَدْ ثَبَتَ حُكْمُهَا حِينَ لَفَظَ بِهَا ؛ لَكَوْنِهِ أَهْلًا وَالْحُلُّ قَابِلًا ، وَلِهَذَا لَوْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُ
طَلَاقٌ ، لَكَانَتْ عِدَّتُهَا مِنْ حِينَ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ ، وَلَيْسَ إِلَيْهِ^(٢٧) رَفْعُ حُكْمٍ ثَبَتَ فِي الْمَحَلِّ
بِاخْتِيَارِهِ^(٢٨) ، وَإِنْدَالُهُ بِإِرَادَتِهِ ، وَالْقَوْلُ الْآخَرُ مُبْنًى عَلَى أَنَّ لَهُ الْاِخْتِيَارَ . وَهُوَ فَاسِدٌ عَلَى مَا
ذَكَرْنَا . ثُمَّ إِنَّ الْاِعْتِبَارَ بِجَمِيعِ لَفْظِهِ ، لَا بِمَا بَدَأَ بِهِ ، وَلِلذَلِكَ لَوْ قَالَ : طَلَّقْتُ هَذِهِ أَوْ هَذِهِ . لَمْ
يَلْزَمْ طَلَاقُ الْأَوَّلَى .

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا شَبَّهَ عُضْوًا مِنْ أَمْرَاتِهِ بِظَهَرِ أُمِّهِ أَوْ عُضْوٍ^(٢٩) مِنْ أَعْضَائِهَا ،
فَهُوَ مَظَاهَرٌ ، فَلَوْ قَالَ : فَرَجُلِكَ ، أَوْ ظَهْرُكَ ، أَوْ رَأْسُكَ ، أَوْ جِلْدُكَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ،
أَوْ بَدَنِهَا ، أَوْ رَأْسِهَا ، أَوْ يَدِهَا . فَهُوَ مَظَاهَرٌ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ . وَهُوَ نَصٌّ^(٣٠) الشَّافِعِيُّ .
وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَيْسَ بِمَظَاهِرٍ حَتَّى يُشَبَّهَ جُمْلَةً أَمْرَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ بِاللَّهِ
لَا يَمَسُّ عُضْوًا مِنْهَا ، لَمْ يَسِرْ إِلَى غَيْرِهِ ، فَكَذَلِكَ الْمُظَاهَرَةُ ، وَلَئِنْ هَذَا لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ
عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ؛ لِأَنَّ تَشْبِيهَ جُمْلَتِهَا تَشْبِيهَ لِمَحَلِّ^(٣١) الْاِسْتِمْتَاعِ بِمَا
يَتَأَكَّدُ تَحْرِيمُهُ ، وَفِيهِ تَحْرِيمٌ لَجُمْلَتِهَا ، فَيَكُونُ أَكَّدٌ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ شَبَّهَهَا بِمَا يَحْرُمُ

(٢٦) م : : الجميع .

(٢٧) ف ب : : له .

(٢٨) م : : واختياره .

(٢٩) في النسخ : : عضوا .

(٣٠) ف ا : : قول .

(٣١) ف ب : : بمحل .

النَّظَرُ إِلَيْهِ مِنَ الْأُمِّ ، كَالْفَرْجِ ، وَالْفَخِذِ ، وَنَحْوِهِمَا ، فَهُوَ مُظَاهَرٌ ، وَإِنْ لَمْ يَحْرُمْ النَّظَرُ إِلَيْهِ ، كَالرَّأْسِ ، وَالْوَجْهِ ، لَمْ يَكُنْ مُظَاهَرًا ؛ لِأَنَّهُ شَبَّهَهَا بِعُضْوٍ لَا يَحْرُمُ النَّظَرُ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُظَاهَرًا ، كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِعُضْوٍ زَوْجِيٍّ لَهُ ^(٣٢) أُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِعُضْوٍ مِنْ أُمِّهِ ، فَكَانَ مُظَاهَرًا ، كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِهَا ، وَفَارَقَ الزَّوْجَةَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِهَا لَمْ يَكُنْ مُظَاهَرًا ، وَالنَّظَرُ إِنْ لَمْ يَحْرُمْ ، فَإِنَّ التَّلَذُّذَ يَحْرُمُ ، وَهُوَ الْمُسْتَفَادُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : كَشَعَرِ أُمِّي ، أَوْ سَنِّهَا ، أَوْ ظُفْرِهَا . أَوْ شَبَّهَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ مِنْ أَمْرَاتِهِ بِأُمِّهِ ، أَوْ بِعُضْوٍ مِنْ أَعْضَائِهَا ^(٣٣) ، لَمْ يَكُنْ مُظَاهَرًا ؛ لِأَنَّهُا لَيْسَتْ مِنْ أَعْضَاءِ الْأُمِّ الثَّابِتَةِ ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِإِضَافَتِهِ إِلَيْهَا ، فَكَذَلِكَ الظَّهَارُ ^(٣٤) . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : كَزَوْجِ أُمِّي . فَإِنَّ الزَّوْجَ لَا يُوصَفُ بِالتَّحْرِيمِ ، وَلَا هُوَ مَحِلٌّ / لِلإِسْتِمْتَاعِ . وَكَذَلِكَ الرِّيقُ ، وَالْعَرَقُ ، وَالذَّمْعُ . وَإِنْ قَالَ : وَجْهِي مِنْ وَجْهِكَ حَرَامٌ . فَلَيْسَ بِظَهَارٍ ، نَصٌّ عَلَيْهِ أَحَدٌ ، وَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ يَقُولُهُ النَّاسُ ، لَيْسَ بِشَيْءٍ . وَكَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا يُسْتَعْمَلُ كَثِيرًا فِي غَيْرِ الظَّهَارِ ، وَلَا يُؤَدِّي مَعْنَى الظَّهَارِ ، فَلَمْ يَكُنْ ظَهَارًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَا أَكُلُّكَ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنَا مُظَاهَرٌ ، أَوْ عَلَيَّ الظَّهَارُ ، أَوْ عَلَيَّ الْحَرَامُ ، أَوْ الْحَرَامُ لِي لَزِمَ . وَلَا نَبِيَّةَ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظَّهَارِ ، وَلَا نَوَى بِهِ الظَّهَارَ . وَإِنْ نَوَى بِهِ ^(٣٥) الظَّهَارَ ، أَوْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرِينَةٌ ^(٣٥) تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ الظَّهَارَ ، مِثْلُ أَنْ يُعَلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَيَقُولُ : عَلَيَّ الْحَرَامُ إِنْ كَلَّمْتُكَ . اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعَيْ تَحْرِيمِ الزَّوْجَةِ ، فَصَحَّ بِالْكِنَايَةِ مَعَ النَّبِيَّةِ ، كَالطَّلَاقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الظَّهَارُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِذَا وَرَدَّ بِهِ بِصَرِيحٍ لَفْظِهِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِيهِ ، وَلَئِنْ يَمِينٌ مُوجِبَةٌ

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في م زيادة : « الثلاثة » .

(٣٤) في أ : « المظاهرة » .

(٣٥) في الأصل ، ب : « نية » .

للكفارة ، فلم يثبت حُكْمُهُ بغيرِ الصَّريحِ ، كاليمين بالله تعالى .

فصل : يُكْرَهُ أَنْ يُسَمَّى الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ بِمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ ، كَأُمِّهِ ، أَوْ أُخْتِهِ ، أَوْ بَنْتِهِ ؛
لما رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٣٦) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي تَمِيمَةَ الْهَجِيمِيِّ ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لَامْرَأَتِهِ : يَا أُخْتِي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَخْتُكَ هِيَ ! » . فَكَرِهَ ذَلِكَ ، وَنَهَى عَنْهُ . وَلَأَنَّهُ لَفْظٌ يُشَبِّهُ لَفْظَ الظَّهَارِ . وَلَا تَحْرُمُ بِهَذَا ، وَلَا يَثْبُتُ حُكْمُ الظَّهَارِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَقُلْ لَهُ : حَرُمْتُ عَلَيْكَ . وَلَئِنْ هَذَا اللَّفْظُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظَّهَارِ وَلَا تَوَاهُ بِهِ^(٣٧) ، فَلَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ . وَفِي الْحَدِيثِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أُرْسِلَ إِلَيْهِ جَبَّارٌ ، فَسَأَلَهُ عَنْهَا - يَعْنِي عَنْ سَارَةَ - فَقَالَ : إِنَّهَا أُخْتُي^(٣٨) . وَلَمْ يُعَدِّ ذَلِكَ ظَهَارًا .

الفصل الخامس : أَنَّ الْمُظَاهَرَ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطْءُ امْرَأَتِهِ قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ . وليس في ذلك اختلافٌ إِذَا كَانَتِ الْكُفْرَةُ عِتْقًا أَوْ صَوْمًا ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾^(٣٩) . وَقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾^(٣٩) . وَأَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ التَّكْفِيرَ بِالْإِطْعَامِ مِثْلُ ذَلِكَ ، وَأَنَّهُ يَحْرُمُ وَطْؤُهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ ؛ مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَذَهَبَ أَبُو ثَوْرٍ إِلَى إِبَاحَةِ الْجِمَاعِ قَبْلَ التَّكْفِيرِ بِالْإِطْعَامِ . وَعَنْ أَحْمَدَ مَا يَقْتَضِي ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَمْنَعْ الْمَسِيْسَ قَبْلَهُ ، كَمَا فِي الْعِتْقِ وَالصِّيَامِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى عِكْرِمَةُ ، عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي تَظَاهَرْتُ مِنْ امْرَأَتِي ، فَوَقَعْتُ عَلَيْهَا قَبْلَ أَنْ أُكْفَرَ . / فَقَالَ : « مَا حَمَلَكَ عَلَى ذَلِكَ ، يَرْحَمُكَ اللَّهُ ؟ » قَالَ : رَأَيْتُ خُلُوعَهَا فِي ضَوْءِ الْقَمَرِ . قَالَ : « فَلَا تُقْرَبُهَا حَتَّى تَفْعَلَ مَا أَمَرَكَ^(٤٠) اللَّهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ،

٨٠/٨

(٣٦) في : باب في الرجل يقول لامرأته : يا أختي ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٢/١ .

(٣٧) في ب : « له » .

(٣٨) تقدم تخريجه في ٥١٤/٩ . عند قول أبي هريرة : تلك أمكم يا بني ماء السماء .

(٣٩) سورة المجادلة ٤ ، ٤ .

(٤٠) في ١ : « أمر » .

والتِّرْمِذِيُّ^(٤١) ، وقال : حديثٌ حَسَنٌ . ولأنَّه مُظَاهِرٌ لم يُكْفَرْ ، فَحَرَّمَ عَلَيْهِ جَمَاعُهَا ، كما لو كانت كَفَّارَتُهُ الْعِتْقُ أو الصِّيَامُ ، وَتَرَكُ النَّصَّ عَلَيْهَا لَا يَمْنَعُ قِيَاسُهَا عَلَى الْمَنْصُوصِ الَّذِي فِي مَعْنَاهَا .

فصل : فَأَمَّا التَّلَذُّذُ بِمَادُونِ الْجَمَاعِ^(٤٢) ، مِنْ الْقُبَلَةِ ، وَاللَّمْسِ ، وَالْمُبَاشَرَةِ فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ ، ففِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَحْرُمُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَا حَرَّمَ الْوَطْءَ مِنَ الْقَوْلِ حَرَّمَ دَوَاعِيَهُ ، كَالطَّلَاقِ وَالْإِحْرَامِ وَالثَّانِيَّةُ ، لَا يَحْرُمُ . قَالَ أَحْمَدُ : أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ بِتَحْرِيمِهِ مَالٌ ، فَلَمْ يَتَجَاوِزْهُ التَّحْرِيمُ ، كَوَطْءِ الْحَائِضِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الظُّهَارُ مِنْ أُمَّتِهِ ، وَلَا أُمِّ وَلَدِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عُمرَ ، وَعَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَمْرٍو ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ . وَرَوَى عَنِ الْحَسَنِ ، وَعِكْرِمَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَعَمْرٍو ابْنِ دِينَارٍ ، وَسُلَيْمَانَ بْنَ يَسَّارٍ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالْحَكِيمَ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَمَالِكٍ ، فِي الظُّهَارِ مِنَ الْأُمَّةِ كَفَّارَةٌ تَامَّةٌ ؛ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ لَهُ ، فَصَحَّ الظُّهَارُ مِنْهَا كَالزَّوْجَةِ . وَعَنِ الْحَسَنِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، إِنْ كَانَ يَطَّأُهَا فَهُوَ ظُهَارٌ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَطَّأُهَا^(٤٣) فَهُوَ كَتَحْرِيمِ مَالِهِ . وَقَالَ عَطَاءٌ : عَلَيْهِ نِصْفُ كَفَّارَةِ حُرَّةٍ ؛ لِأَنَّ الْأُمَّةَ عَلَى النِّصْفِ مِنَ الْحُرَّةِ

(٤١) أخرجه أبو داود ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥١٥ . والتِّرْمِذِيُّ ، في : باب ما جاء في المظاهر يواقع قبل أن يكفر ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٧٧/٥ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٣٦/٦ .

(٤٢) في ب : « الفرج » .

(٤٣) في ب : « يظاهر » .

في كثير من أحكامها ، وهذا من أحكامها ، فتكون على التصيف . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ ^(٤٤) فَخَصَّهِنَّ بِهِ ؛ وَلِأَنَّهُ ^(٤٥) لَفْظٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الزَّوْجَةِ ، فَلَا تَحْرُمُ بِهِ الْأُمَّةُ ، كَالطَّلَاقِ ، وَلِأَنَّ الظَّهَارَ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ ، فَتَقِلُّ حُكْمُهُ وَبَقِيَ مَحِلُّهُ . قَالَ أَحْمَدُ : قَالَ أَبُو قَلَابَةَ ، وَقَتَادَةُ : إِنَّ الظَّهَارَ كَانَ طَلَاقًا فِي الْجَاهِلِيَّةِ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَى الْمُظَاهِرِ مِنْ أَمَتِهِ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَتَوَجَّهُ هَذَا عَلَى مَذْهَبِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَتْ ^(٤٦) عَلَيْهِ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ كَانَ ظَهَارًا ، وَلَكِنْ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ؛ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لِمُبَاجٍ مِنْ مَالِهِ ، فَكَانَتْ فِيهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، كَتَحْرِيمِ سَائِرِ مَالِهِ . قَالَ نَافِعٌ : حَرَّمَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ جَارِيَتَهُ ، فَأَمَرَهُ اللَّهُ أَنْ يُكْفَرَ يَمِينَهُ ^(٤٧) . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا ^(٤٨) يَلْزَمَهُ شَيْءٌ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا قَالَتْ / لَزَوْجَهَا : أَنْتَ عَلَى كَظْهِرِ أُنَى . لَا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ . وَإِنْ قَالَ لِأَمَتِهِ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . فَعَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ . إِلَى قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾ ^(٤٩) . نَزَلَتْ فِي تَحْرِيمِ النَّبِيِّ ﷺ لَجَارِيَتِهِ فِي قَوْلِ بَعْضِهِمْ . وَيُخَرَّجُ عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى أَنْ تَلْزَمَهُ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ ظَهَارٌ . وَالْأَوَّلُ هُوَ الصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

٨٠/٨ ط

فصل : وَيَصِحُّ الظَّهَارُ مُؤَقَّتًا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي شَهْرًا ، أَوْ حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ . فَإِذَا مَضَى الْوَقْتُ زَالَ الظَّهَارُ ، وَحَلَّتِ الْمَرْأَةُ ^(٥٠) بِلَا كَفَّارَةٍ ، وَلَا يَكُونُ عَائِدًا إِلَّا ^(٥١) بِالْوَطْءِ فِي الْمُدَّةِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأُبَى ثَوْرٍ ، وَأَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَقَوْلُهُ الْآخَرُ : لَا يَكُونُ

(٤٤) سورة المجادلة ٣ .

(٤٥) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٤٦) في ١ : « كان » .

(٤٧) أورده السيوطي ، في الدر المنثور ٦/٢٤٠ .

(٤٨) سقط من : م .

(٤٩) سورة التحريم ١ ، ٢ .

(٥٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

ظهاراً . وبه قال ابنُ أبي ليلى ، واللَّيْثُ ؛ لأنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بلفظِ الظَّهَارِ مُطْلَقًا ، وهذا لم يُطْلَقْ ، فَأَشْبَهَ ما لو شَبَّهَها بِمَنْ تَحْرُمُ عليه في وَقْتِ دُونَ وَقْتِ . وقال طائِفٌ : إذا ظاهَرَ في وَقْتِ ، فعليه الكفَّارةُ ، وإنَّ بَرَّ . وقال مالِكٌ : يَسْقُطُ التَّائِيْتُ ، ويكونُ ظهاراً^(٥١) مُطْلَقًا ؛ لأنَّ هذا لَفْظٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، فإذا وَقَّتْ لم يَتَوَقَّتْ كالطَّلَاقِ . ولنا ، حديثُ سَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ ، وقوله : ظاهَرْتُ^(٥٢) مِنْ^(٥٣) امْرَأَتِي حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضانَ . وأخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ أَصَابَهَا في الشَّهْرِ ، فَأَمَرَهُ بالكفَّارةِ . ولم يَعتَبَرْ عليه تَقْيِيدُهُ ، ولأنَّه مَنَعَ نَفْسَهُ منها بِيَمِينٍ لها كَفَّارةٌ ، فَصَحَّ مُوقَّتًا كالإِيلَاءِ ، وفارَقَ الطَّلَاقَ ؛ فَإِنَّهُ يُزِيلُ الْمِلْكَ ، وهو^(٥٤) يُوقِعُ تَحْرِيمًا يَرْفَعُهُ التَّكْفِيرُ ، فَجازَ تَأْيِيْتُهِ . ولا يَصِحُّ قَوْلُ مَنْ أَوْجَبَ الكَفَّارةَ وإنَّ بَرَّ ؛ لأنَّ اللهَ تَعَالَى إِنَّمَا أَوْجَبَ الكَفَّارةَ على الذين يَعُودُونَ لِمَا قالُوا ، وَمَنْ بَرَّ وَتَرَكَ الْعَوْدَ في الْوَقْتِ الذي ظاهَرَ فلم يُعَدِّ لِمَا قالَ ، فلا تَجِبُ عليه كَفَّارةٌ . وفارَقَ التَّشْبِيهَ بِمَنْ لا تَحْرُمُ عليه على التَّائِيْدِ ؛ لأنَّ تَحْرِيمَها غيرُ كامِلٍ ، وهذه حَرَمَها^(٥٥) في هذه المُدَّةِ تَحْرِيمًا مُشَبَّهًا بِتَحْرِيمِ ظَهْرِ أُمِّهِ . على أَنَّنا مَنَعُ الحُكْمِ فيها . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّهُ لا يَكُونُ عائِدًا إِلَّا بِالوْطِءِ في المُدَّةِ . وهذا هو المنصُوصُ عن الشَّافِعِيِّ . وقال بعضُ أَصحابِهِ : إنَّ لم يُطْلَقْها عَقِبَ الظَّهَارِ ، فهو عائِدٌ عليه الكَفَّارةُ^(٥٦) . وقال أبو عُبَيْدٍ : إذا أَجْمَعَ على غَشْيَانِها في الْوَقْتِ ، لَزِمَتْهُ الكَفَّارةُ . وإلَّا فلا ؛ لأنَّ الْعَوْدَ الْعَزْمَ على الْوْطِءِ . ولنا ، حديثُ سَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ ، وأنَّه لم يُوجِبْ عليه الكَفَّارةَ إِلَّا بِالوْطِءِ ، ولأنَّها يَمِينٌ لم يَحْنُثْ فيها ، فلا يَلْزُمُهُ / كَفَّارَتُها ، كَالْيَمِينِ باللهِ تَعَالَى ، ولأنَّ المُظَاهَرَ في وَقْتِ ، عازِمٌ على إِمْسَاكِ زَوْجَتِهِ في ذلك الْوَقْتِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ عليه الكَفَّارةَ بذلك ، كان قَوْلُهُ كقول

(٥١) في ١ ، ب : « مظاهرا » .

(٥٢) في ب ، م : « تظاهرت » .

(٥٣) سقط من : ب .

(٥٤) في الأصل : « وهذا » .

(٥٥) في ب : « تحريمها » .

(٥٦) في ١ ، م : « بالكفارة » .

طاوُس ، فلا مَعْنَى لِقَوْلِهِ : يَصِحُّ الظَّهَارُ مُؤَقَّتًا ؛ لِعَدَمِ تَأْثِيرِ التَّائِيَةِ (٥٧) .

فصل : ويصحُّ تعليقُ الظَّهَارِ بالشُّرُوطِ ، نحو أن يقولَ : إن دَخَلْتُ الدَّارَ ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ، (٥٨) وإن شاء زَيْدٌ ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي (٥٩) . فَمَتَى شَاءَ زَيْدٌ أَوْ دَخَلَتِ الدَّارَ ، صَارَ مُظَاهِرًا ، وإلَّا فلا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ ، فَجَازَ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ كَالْإِلَاءِ ، وَلأنَّ أَصْلَ الظَّهَارِ أَنَّهُ كَانَ طَلَاقًا ، وَالطَّلَاقُ يَصِحُّ تَعْلِيْقُهُ بِالشَّرْطِ (٦٠) ، فَكَذَلِكَ الظَّهَارُ ، وَلأنَّهُ قَوْلٌ تَحْرُمُ بِهِ الزَّوْجَةُ ، فَصَحَّ تَعْلِيْقُهُ عَلَى شَرْطٍ كَالطَّلَاقِ . ولو قال لامرأته : إن تظاهرتُ مِن امرأتِي الأُخْرَى ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ تَظَاهَرَ مِنَ الأُخْرَى ، صَارَ مُظَاهِرًا مِنْهُمَا جَمِيعًا . وإن قال : إن تَظَاهَرْتُ مِنْ فُلَانَةِ الأُجْنِبِيَّةِ ، فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ قَالَ لِلأُجْنِبِيَّةِ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . صَارَ مُظَاهِرًا مِنْ امْرَأَتِهِ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى الظَّهَارَ مِنَ الأُجْنِبِيَّةِ ، وَمَنْ لَا فَلَ . وَسَنَذْكُرُ ذَلِكَ (٦١) فِي مَوْضِعِهِ (٦٢) ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : فإن قال : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي ، إن شاء اللهُ . لَمْ يَتَعَقَّدْ ظَهَارُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : إِذَا قَالَ لَامْرَأَتِهِ : عَلَيْهِ كَظْهِرُ أُمِّهِ إن شاء اللهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ، هِيَ (٦٣) يَمِينٌ . وَإِذَا قَالَ : مَا أَحَلَّ اللهُ عَلَيَّ حَرَامًا ، إن شاء اللهُ . وَلَهُ أَهْلٌ ، هِيَ يَمِينٌ ، لَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مُكْفَرَةٌ ، فَصَحَّ الاستِثْنَاءُ فِيهَا ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، أَوْ كَتَحْرِيمِ مَالِهِ . وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَقَالَ : إن شاء اللهُ . فَلَا حَنْثَ عَلَيْهِ » . رواه التِّرْمِذِيُّ (٦٤) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ غَرِيبٌ . وَفِي لَفْظٍ : « مَنْ

(٥٧) في ١ ، ب ، م : « الوقت » .

(٥٨-٥٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٥٩) في ١ : « بالشروط » .

(٦٠-٦١) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٦١) في ١ : « هو » .

(٦٢) في : باب ما جاء في الاستثناء في اليمين ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ١٢/٧-١٤ .

حَلَفَ فَاسْتَنْتَى ، فَإِنْ شَاءَ فَعَلَ ، وَإِنْ شَاءَ رَجَعَ غَيْرَ حِنْثٍ . رواه الإمام أحمد ، وأبو داود ، والنسائي^(٦٣) . وإن قال : أنتِ على حرام ، والله لا أكلمك إن شاء الله . عاد الاستثناء إليهما ، في أحد الوجهين ؛ لأن الاستثناء إذا تعقب جملاً ، عاد إلى جميعها ، إلا أن ينوي الاستثناء في بعضها ، فيعود إليه وحده . وإن قال : أنتِ على حرام إذا شاء الله ، أو إلا ما شاء الله ، أو إلى أن يشاء الله ، أو ما شاء الله . فكله استثناء يرفع حكم الظهار . وإن قال : إن شاء الله فأنيت حرام . فهو استثناء يرفع حكم الظهار ؛ لأن الشرط إذا تقدم يجاب بالفاء . وإن قال : إن شاء الله أنتِ حرام . فهو استثناء ؛ لأن الفاء مقدرة . وإن قال : إن شاء الله فأنيت حرام . صح أيضاً ، والفاء زائدة . وإن قال : أنتِ حرام إن شاء الله ، وشاء زيد . فشاء زيد ، لم يصير مظاهراً^(٦٤) ؛ لأنه علقه على مشيئتين ، فلا يحصل بإحدهما^(٦٥) .

٨١/٨ ظ

١٣١٠ - مسألة ، قال : (فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَتْ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَلْزَمَهُ الْكَفَّارَةُ . فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا ، لَمْ يَطْأُهَا حَتَّى يُكْفِّرَ ؛ لِأَنَّ الْحِنْثَ بِالْعَوْدِ ، وَهُوَ الْوُطْءُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الْمُظَاهِرِ قَبْلَ الْحِنْثِ) الكلام في هذه المسائل^(١) في ثلاثة فصول :

أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرّد الظهار ، فلو مات أحدهما أو فارقها قبل

= كما أخرجه النسائي ، في : باب الاستثناء ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ٢٣/٧ ، ٢٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٩/٢ .

(٦٣) أخرجه الإمام أحمد في : المسند ٦/٢ ، ١٠ ، ٤٨ ، ٤٩ ، ٦٨ ، ١٢٦ ، ١٢٧ ، ١٥٣ . وأخرجه أبو داود ، في : باب الاستثناء في العيّن ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن أبي داود ٢/٢٠٢ . وأخرجه النسائي ، في : باب من حلف فاستثنى ، من كتاب الأيمان والنذور . المجتبى ١٢/٧ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في باب الاستثناء في العيّن ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١/٦٨٠ . والدارمي ، في : باب في الاستثناء في العيّن ، من كتاب الأيمان والنذور . سنن الدارمي ١٨٥/٢ .

(٦٤) في ب ، م : « ظاهراً » .

(٦٥) في م : « بإحديهما » .

(١) في م : « المسألة » .

العَوْد ، فلا كَفَّارَةٌ عليه . وهذا قولُ عَطَاءٍ ، والنَّخَعِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والحسن ، والثَّوْرِيِّ ، ومَالِكٍ ، وأبي عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وقال طائِفٌ ، ومُجَاهِدٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتَادَةُ : عليه الكَفَّارَةُ بِمُجَرَّدِ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْكَفَّارَةِ ^(٢) ، وقد وَجَدَ ، وَلَأنَّ الكَفَّارَةَ وَجَبَتْ لِقَوْلِ الْمُتَكْرِ وَالزُّورِ ، وهذا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الظَّهَارِ . وقال الشَّافِعِيُّ : متى أَمْسَكَهَا بَعْدَ ظَهَارِهِ زَمَنًا يُمكنُهُ طَلَاُهَا فِيهِ ، فلم يُطَلِّقْهَا ، فعليه الكَفَّارَةُ . لِأنَّ ذلك هو العَوْدُ عِنْدَهُ . ولَنَا ، قولُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ ^(٣) . فَأَوْجَبَ الكَفَّارَةَ بِأَمْرَيْنِ ، ظَهَارٍ وَعَوْدٍ ، فلا تَثَبُّتٌ بِأَحَدِهِمَا ، وَلَأنَّ الكَفَّارَةَ فِي الظَّهَارِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، فلا يَحْنُثُ بِغَيْرِ الْحِنْثِ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ، وَالْحِنْثُ فِيهَا هو العَوْدُ ، وذلك فِعْلٌ مَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وهو الْجِمَاعُ ، وَتَرْكُ طَلَاُهَا لَيْسَ بِحِنْثٍ فِيهَا ، وَلَا فِعْلٌ لِمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، فلا تَجِبُ بِهِ الكَفَّارَةُ ، وَلَأنَّهُ لو كَانَ الْإِنْسَانُ عَوْدًا ، لَوَجَبَتْ الكَفَّارَةُ عَلَى الْمُظَاهِرِ الْمُوقَّتِ ^(٤) وَإِنْ بَرَّ . وقد نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ وَطْئِهَا . وكذلك إِنْ فَارَقَهَا ، سواءَ كَانَ ذَلِكَ مُتَرَاخِيًا عَنْ يَمِينِهِ ، أَوْ عَقِيْبِهِ . وَأَيُّهُمَا مَاتَ وَرَثَتُهُ صَاحِبُهُ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وقال قَتَادَةُ : إِنْ مَاتَتْ ، لم يَرِثْهَا حَتَّى يُكْفَرَ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ وَرِثَهَا إِذَا كَفَّرَ وَرِثَهَا وَإِنْ لَمْ يُكْفَرَ ، كَالْمَوْلَى مِنْهَا .

الفصل الثَّانِي : أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ مَنْ ظَاهَرَ مِنْهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لم يَحِلَّ لَهُ وَطْئُهَا حَتَّى يُكْفَرَ . سواءَ كَانَ الطَّلَاقَ ثَلَاثًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ . وسواءَ رَجَعَتْ إِلَيْهِ ^(٥) بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ ، أَوْ قَبْلَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وهو قولُ / عَطَاءٍ ، والحسن ، والزُّهْرِيِّ ، والنَّخَعِيِّ ، ومَالِكٍ ، وأبي عُبَيْدٍ . وقال قَتَادَةُ : إِذَا بَاثَتْ ، سَقَطَ الظَّهَارُ ، فَإِذَا عَادَ فَنَكَحَهَا ^(٦) ، فلا كَفَّارَةَ

٨٢/٨ و

(٢) فِي ب : « الكَفَّارَةُ » .

(٣) سُورَةُ الْمَجَادِلَةِ ٣ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « الْمَوْقِفُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٦) فِي م : « فَنَكَاحَهَا » .

عليه . وللشافعي قولان كالمذهبيين ، وقول ثالث ، إن كانت البينة بالثلاث ، لم يعد الظهار ، وإلا عاد . وبناءه على الأقاويل في عود صفة الطلاق في النكاح الثاني . ولنا ، عموم قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَطْهَرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ . وهذا قد ظاهر من امرأته ، فلا يحل أن يتامسا حتى يكفر ، ولأنه ^(٧) ظاهر من امرأته ، فلا يحل له مسها قبل التكفير ، كالتى لم يطلقها ، ولأن الظهار يمين مكفرة ، فلم يبطل حكمها بالطلاق ، كالإبلاء .

الفصل الثالث : أن العود هو الوطء ، فمتى وطئ لزمت الكفارة ، ولا تجب قبل ذلك ، إلا أنها شرط لحل الوطء ، فيؤمر بها من أراده ليستحلها بها ، كما يؤمر بعقد النكاح من أراد حل المرأة . وحكى نحو ذلك عن الحسن ، والزهري . وهو قول أبى حنيفة . إلا أنه لا يوجب الكفارة على من وطئ ، وهى عنده فى حق من وطئ كمن لا يطأ . وقال القاضى وأصحابه : العود العزم على الوطء . إلا أنهم لم يوجبوا الكفارة على العازم على الوطء ، إذا مات أحدهما أو طلق قبل الوطء ، إلا أبا الخطاب ، فإنه قال : إذا مات بعد العزم ، أو طلق ، فعليه الكفارة . وهذا قول مالك ، وأبى عبيد . وقد أنكرا أحمد هذا ، فقال : مالك يقول : إذا أجمع لزمت الكفارة . فكيف يكون هذا ! إذا ^(٨) طلقها بعد ما يجمع كان عليه كفارة ! إلا أن يكون يذهب إلى قول طاوس : إذا تكلم بالظهار لزمته مثل الطلاق . ولم يعجب أحمد قول طاوس . وقال أحمد ، فى قوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ . قال : العود ^(٩) الغشيان ، إذا أراد أن يغشى كفر . واحتج من ذهب إلى هذا بقوله تعالى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ . فأوجب الكفارة بعد العود قبل التماس ، وما يحرم ^(١٠) قبل الكفارة ، لا يجوز كونه متقدما عليها ، ولأنه قصد بالظهار تحريمها ، فالعزم على وطئها عود فيما قصده ^(١١) ،

(٧) فى الأصل زيادة : وقد .

(٨) فى ١ ، م : لو . وفى ب : أو .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) فى م : حرم .

(١١) فى ١ ، ب ، م : قصد .

ولأنَّ الظَّهَارَ تَحْرِيمٌ ، فإذا أَرَادَ اسْتِبَاحَتَهَا ، فَقَدْ رَجَعَ فِي ذَلِكَ التَّحْرِيمِ ، فَكَانَ عَائِدًا .
وقال الشَّافِعِيُّ : الْعَوْدُ إِمْسَاكُهَا بَعْدَ ظَهَارِهِ زَمَنًا يُمَكِّنُهُ طَلَاقُهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ ظَهَارَهُ مِنْهَا
يَقْتَضِي إِبَائَتَهَا ، فَإِمْسَاكُهَا عَوْدٌ فِيمَا قَالَ . وقال دَاوُدُ : الْعَوْدُ ، تَكَرُّرُ الظَّهَارِ مَرَّةً
ثَانِيَةً ؛ لِأَنَّ الْعَوْدَ فِي الشَّيْءِ إِعَادَتُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْعَوْدَ فِعْلٌ صِدْقٌ قَوْلِهِ ، وَمِنْهُ الْعَائِدُ فِي هَيْبَتِهِ ،
هو / الرَّاجِعُ فِي الْمَوْهُوبِ ، وَالْعَائِدُ فِي عِدَّتِهِ ، التَّارِكُ لِلْوَفَاءِ بِمَا وَعَدَ ، وَالْعَائِدُ فِيمَا
نُهِىَ عَنْهُ فَاعِلٌ الْمَنِيهِ عَنْهُ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نُهُوا عَنْهُ ﴾ . فَالْمُظَاهَرُ
مُحَرَّمٌ لِلْوَطْءِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَمَانِعٌ لَهَا مِنْهُ ، فَالْعَوْدُ فِعْلُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْعَوْدَ يَقْتَضِي
التَّكْثِيرَ ، وَالْوَطْءَ يَتَأَخَّرُ عَنْهُ . قُلْنَا : الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . أَى يُرِيدُونَ
الْعَوْدَ ، كَقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ﴾ ^(١٢) . أَى ، أَرَدْتُمْ ذَلِكَ . وَقَوْلُهُ
تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ ﴾ ^(١٣) . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا تَأْوِيلٌ ، ثُمَّ هُوَ رُجُوعٌ
إِلَى إِبْجَابِ الْكُفَّارَةِ بِالْعَزْمِ الْمُجَرَّدِ . قُلْنَا : دَلِيلُ التَّأْوِيلِ ، مَا ذَكَرْنَا . وَالْأَمْرُ ^(١٤)
بِالْكُفَّارَةِ عِنْدَ الْعَزْمِ فَإِنَّمَا أَمَرُ بِهَا شَرْطًا لِلْحِلِّ ، كَالْأَمْرِ بِالظَّهَارَةِ لِمَنْ أَرَادَ صَلَاةَ النَّافِلَةِ ،
وَالْأَمْرُ بِالنِّيَّةِ لِمَنْ أَرَادَ الصِّيَامَ . فَأَمَّا الْإِمْسَاكُ فَلَيْسَ بِعَوْدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْدٍ فِي الظَّهَارِ
الْمَوْقُوتِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْمُطْلَقِ ، وَلِأَنَّ الْعَوْدَ فِعْلٌ صِدْقٌ مَا قَالَهُ ، وَالْإِمْسَاكُ لَيْسَ بِصِدْقٍ لَهُ ،
وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الظَّهَارَ يَقْتَضِي إِبَائَتَهَا . لَا يَصِحُّ ، وَإِنَّمَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَهَا وَاجْتِنَابَهَا ،
وَلِذَلِكَ صَحَّ تَوْقِيتُهُ ، وَلِأَنَّهُ قَالَ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ . وَثُمَّ لِلتَّرَاخِي ، وَالْإِمْسَاكُ
غَيْرُ مُتَرَاخٍ . وَأَمَّا قَوْلُ دَاوُدَ فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ أَوْسًا وَسَلَمَةَ بَنَ صَخْرٍ
بِالْكُفَّارَةِ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ اللَّفْظِ ، وَلِأَنَّ الْعَوْدَ إِنَّمَا هُوَ فِي مَقُولِهِ دُونَ قَوْلِهِ ، كَالْعَوْدِ فِي الْهَيْبَةِ
وَالْعِدَّةِ ، وَالْعَوْدُ لِمَا نُهِىَ عَنْهُ ، وَيَدُلُّ عَلَى إِبْطَالِ هَذِهِ الْأَقْوَالِ كُلُّهَا أَنَّ الظَّهَارَ يَمِينٌ
مُكْفَرَةٌ ، فَلَا تَجِبُ الْكُفَّارَةُ إِلَّا بِالْحِنْثِ فِيهَا ، وَهُوَ فِعْلٌ مَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ كَسَائِرِ

(١٢) سورة المائدة ٦ .

(١٣) سورة النحل ٩٨ .

(١٤) في ١ ، ب ، م ، : « وأما الأمر » .

الأيمان ، وتَجِبُ الكَفَّارَةُ بِذَلِكَ كَسَائِرِ الْإِيمَانِ ، وَلَأَنَّهُا يَمِينٌ تَقْتَضِي تَرْكَ الْوَطْءِ ، فَلَا تَجِبُ كَفَّارُهَا إِلَّا بِهِ ، كَالْإِبْلَاءِ .

١٣١١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِمَرْأَةٍ أَجْنَبِيَّةٍ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . لَمْ يَطَّأَهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ)

وجُمِلَتْهُ ، أَنَّ الظَّهَارَ مِنَ الْأَجْنَبِيَّةِ يَصِيحُ ، سِوَاءَ مَا كَانَ ذَلِكَ لِمَرْأَةٍ بَعِيْنَهَا ، أَوْ قَالَ : كُلُّ النِّسَاءِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . وَسِوَاءَ أَوْفَعِهِ مُطْلَقًا ، أَوْ عَلَّقَهُ عَلَى التَّزْوِيجِ ، فَقَالَ : كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . وَمَتَى تَزَوَّجَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ، لَمْ يَطَّأَهَا حَتَّى يُكْفِّرَ . يُرَوَى ^(١) نَحْوُ هَذَا عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعُرْوَةُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ حُكْمُ الظَّهَارِ قَبْلَ التَّزْوِيجِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَيُرَوَّى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ ^(٢) . / وَالْأَجْنَبِيَّةُ لَيْسَتْ مِنْ نِسَائِهِ ، وَلَئِنَّ الظَّهَارَ يَمِينٌ وَرَدَ الشَّرْعُ بِحُكْمِهَا مُقَيَّدًا بِنِسَائِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتَ حُكْمُهَا فِي الْأَجْنَبِيَّةِ ، كَالْإِبْلَاءِ ؛ فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ . كَمَا قَالَ : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ ^(٣) . وَلَأَنَّهُ لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ ^(٤) ، فَلَمْ يَصِحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَأَمْتِهِ ، وَلَأَنَّهُ حَرَمٌ مُحَرَّمَةٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ حَرَامٌ . وَلَأَنَّهُ نَوْعٌ تَحْرِيمٍ ، فَلَمْ يَتَقَدِّمِ النِّكَاحُ ، كَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فَلَانَةَ ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . فَتَزَوَّجَهَا . قَالَ : عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ^(٥) . وَلَأَنَّهُ يَمِينٌ مُكْفَّرَةٌ ، فَصَحَّ

٨٣/٨ و

(١) فِي ب : (رَوَى) .

(٢) سُورَةُ الْمَجَادِلَةِ ٣ .

(٣) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٦ .

(٤) فِي ب : (زَوْجَةٌ) .

(٥) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ ظَهَارِ الْحَرِّ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُوطَأُ ٥٥٩/٢ . وَلَيْسَ فِي الْمُسْنَدِ . انْظُرِ

الْإِرْوَاءَ ١٧٦/٧ .

انِعْقَادُهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى . أَمَّا الْآيَةُ ، فَإِنَّ التَّخْصِيصَ خَرَجَ مَخْرَجَ الْعَالِبِ ؛ فَإِنَّ الْعَالِبَ أَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا يُظَاهَرُ مِنْ نِسَائِهِ ، فَلَا يُوجِبُ تَخْصِيصَ الْحُكْمِ بِهِنَّ ، كَمَا أَنَّ تَخْصِيصَ الرَّبِيبَةِ الَّتِي فِي حِجْرِهِ بِالذَّكَرِ ، لَمْ يُوجِبْ اخْتِصَاصَهَا بِالتَّحْرِيمِ ، وَأَمَّا الْإِبْلَاءُ ، فَإِنَّمَا اخْتَصَّ حُكْمُهُ بِنِسَائِهِ ؛ لَكَوْنِهِ يَقْصِدُ الْإِضْرَارَ بِهِنَّ دُونَ غَيْرِهِنَّ ، وَالْكَفَّارَةُ وَجَبَتْ هَهُنَا لِقَوْلِ الْمُنْكَرِ وَالزُّورِ ، وَلَا يَخْتَصُّ^(٦) ذَلِكَ بِنِسَائِهِ ، وَيفَارِقُ الظَّهَارُ الطَّلَاقَ مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الطَّلَاقَ حُلُّ قَيْدِ النِّكَاحِ ، وَلَا يُمْكِنُ حُلُّهُ قَبْلَ عَقْدِهِ ، وَالظَّهَارُ تَحْرِيمٌ لِلوَطْءِ ، فَيَجُوزُ تَقْدِيمُهُ عَلَى الْعَقْدِ كَالْحَيْضِ . الثَّانِي ، أَنَّ الطَّلَاقَ يَرْفَعُ الْعَقْدَ ، فَلَمْ يَجْزْ أَنْ يَسْبِقَهُ ، وَهَذَا لَا يَرْفَعُهُ ، وَإِنَّمَا تَتَعَلَّقُ^(٧) الْإِبَاحَةُ عَلَى شَرْطٍ ، فَجَازَ تَقْدِيمُهُ . وَأَمَّا الظَّهَارُ مِنَ الْأَمَةِ ، فَقَدْ انْعَقَدَ يَمِينًا وَجَبَتْ بِهِ الْكَفَّارَةُ ، وَلَمْ تَجِبْ بِهِ^(٨) كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ أَمْرًا لَهُ حَالُ التَّكْفِيرِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وَإِذَا قَالَ : كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ تَزَوَّجَ نِسَاءً ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ ، فَعَلِيهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، سَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ^(٩) أَوْ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدٌ ، فَكَفَّارَتُهَا وَاحِدَةٌ . كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسَاءٍ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . وَعَنْهُ ، أَنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ كَفَّارَةً ؛ فَلَوْ تَزَوَّجَ اثْنَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ فَعَلِيهِ^(١٠) كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، ثُمَّ إِذَا تَزَوَّجَ أُخْرَى ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ ، فَعَلِيهِ^(١١) كَفَّارَةٌ أُخْرَى . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الثَّالِثَةَ وَجَدَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا الَّذِي يَثْبُتُ بِهِ الظَّهَارُ ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ إِلَيْهَا بَعْدَ التَّكْفِيرِ عَنِ الْأُولَيَيْنِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ لَهَا / كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْهَا ابْتِدَاءً . وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . وَقَالَ : أَرَدْتُ أَنَّهَا مِثْلُهَا فِي التَّحْرِيمِ فِي الْحَالِ . دِينَ فِي ذَلِكَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

٨٣/٨ ظ

(٦) فِي ١ ، م : « بِمَخْصَرٍ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، ب : « تَعَلَّقَ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب ، م .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظَرَ .

لا يُقْبَل ؛ لَأَنَّهُ صَرِيحٌ لِلظَّهَارِ ، فَلَا يُقْبَلُ صَرْفُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَالثَّانِي : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيْهِ ، كَمَا أَنَّ أُمَّهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

١٣١٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . وَأَرَادَ فِي تِلْكَ الْحَالِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا ؛ لَأَنَّهُ صَادِقٌ . وَإِنْ أَرَادَ فِي كُلِّ حَالٍ ، لَمْ يَطَّأَهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِكَفَّارَةِ الظَّهَارِ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ لَهَا : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ . الْإِنْخِبَارَ عَنْ حُرْمَتِهَا فِي الْحَالِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لَأَنَّهُ صَادِقٌ ؛ لَكَوْنِهِ وَصَفَهَا بِصِفَتِهَا ، وَلَمْ يَقُلْ مُنْكَرًا وَلَا زُورًا . وَكَذَلِكَ لَوْ أُطْلِقَ هَذَا الْقَوْلُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ تَحْرِيمَهَا فِي كُلِّ حَالٍ ، فَهُوَ ظَهَارٌ ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْحَرَامِ ، إِذَا أُريدَ بِهَا الظَّهَارُ ، ظَهَارٌ فِي الزَّوْجَةِ ^(١) ، فَكَذَلِكَ فِي الْأُجْنَبِيَّةِ ، فَصَارَ كَقَوْلِهِ : أَنْتِ عَلَى كَظْهَرِ أُمِّي .

١٣١٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ ظَاهَرَ مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَهِيَ أُمَةٌ ، فَلَمْ يُكْفَرْ حَتَّى مَلَكَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، وَلَمْ يَطَّأَهَا حَتَّى يُكْفَرَ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّ الظَّهَارَ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، أُمَةٌ كَانَتْ أَوْ حُرَّةً . فَإِذَا ظَاهَرَ مِنْ زَوْجَتِهِ الْأُمَةَ ، ثُمَّ مَلَكَهَا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُنَا فِي بَقَاءِ حُكْمِ الظَّهَارِ ؛ فَذَكَرَ الْخِرَقِيُّ هَهُنَا أَنَّهُ بَاقٍ ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ الْوَطْءُ حَتَّى يُكْفَرَ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَصَّ عَلَيْهِ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ مَا ذَكَرَ الْخِرَقِيُّ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ ^(١) . وَهَذَا قَدْ ^(٢) ظَاهَرَ مِنْ أَمْرَاتِهِ ، فَلَمْ يَحِلَّ لَهُ

(١) فِي ب : « الزَّوْجِيَّة » .

(١) سُورَةُ الْمَجَادَلَةِ ٣ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

مَسْهُهَا حَتَّى يُكْفَرَ ، وَلَأنَّ الظَّهَارَ قَدْ صَحَّ فِيهَا ، وَحُكْمُهُ لَا يَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ الْمُنْزِلِ لِلْمَلِكِ
وَالْحِلِّ ، فَبِمَلِكِ الْيَمِينِ أَوَّلَى ، وَلَأنَّهَا يَمِينٌ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِكُفَّارَةٍ ، فَوَجِبَتْ دُونَ
غَيْرِهَا ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : يَسْقُطُ الظَّهَارُ بِمَلِكِهِ لَهَا ، وَإِنْ
وَطَفَهَا حَنِثٌ ، وَعَلَيْهِ كُفَّارَةُ يَمِينٍ ، كَمَا لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ، وَهِيَ أُمَّتُهُ ؛ ^(٣) لَأنَّهَا خَرَجَتْ عَنْ
النِّزَاجَاتِ ، وَصَارَ وَطْؤُهَا بِمَلِكِ الْيَمِينِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوجِبًا لِكُفَّارَةِ الظَّهَارِ ، كَمَا لَوْ
تَظَاهَرَ مِنْهَا وَهِيَ أُمَّتُهُ ^(٤) . / وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ هَذَا أَنْ تُبَاحَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ؛ لِأنَّهُ أَسْقَطَ
الظَّهَارَ ، وَجَعَلَهُ يَمِينًا ، كَتَحْرِيمِ أُمَّتِهِ . فَإِنْ أَعْتَقَهَا عَنْ كُفَّارَتِهِ ، صَحَّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ . فَإِنْ
تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، حَلَّتْ لَهُ بِغَيْرِ كُفَّارَةٍ ؛ لِأنَّهُ كَفَرَ عَنْ ظَهَارِهِ بِإِعْتَاقِهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ
إِجْزَاؤُهَا عَنِ الْكُفَّارَةِ الَّتِي وَجِبَتْ بِسَبَبِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُ أُمَّةً ، فَلِلَّهِ عَلَى عِتْقِ
رَقَبَةٍ . فَمَلَكَتُ أُمَّةً ، فَأَعْتَقَهَا . وَإِنْ أَعْتَقَهَا عَنْ غَيْرِ الْكُفَّارَةِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، عَادَ حُكْمُ
الظَّهَارِ ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يُكْفَرَ .

و ٨٤/٨

١٣١٤ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ (: وَلَوْ تَظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسَائِهِ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ ، لَمْ يَكُنْ
عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ كُفَّارَةٍ ^(١))

وَجُمِلَتْهُ أَنَّهُ إِذَا تَظَاهَرَ ^(٢) مِنْ نِسَائِهِ الْأَرْبَعِ بِلَفْظٍ وَاحِدٍ ، فَقَالَ : أَتُنْتَنِّ عَلَى كَظْهَرِ
أُمِّي . فَلَيْسَ عَلَيْهِ أَكْثَرُ مِنْ كُفَّارَةٍ . بِغَيْرِ خِلَافٍ فِي الْمَذْهَبِ . وَهُوَ قَوْلُ عَلِيٍّ ، وَعُمَرَ ،
وَعُرْوَةَ ، وَطَاوُسٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ،
وَالشَّافِعِيَّ فِي الْقَدِيمِ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، وَالتَّحَوُّيُّ ، وَالتَّزْهَرِيُّ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ،
وَالْحَكَمُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ : عَلَيْهِ لِكُلِّ امْرَأَةٍ كُفَّارَةٌ ؛

(٣-٣) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في الزيادة : « واحدة » .

(٢) في ١ : « تظاهر » .

لأنه وَجَدَ^(٣) الظَّهَارَ وَالْعَوْدَ فِي حَقِّ^(٤) كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ^(٥) كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ أَفْرَدَهَا بِهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ^(٦) قَوْلِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، رَوَاهُ عَنْهُمَا الْأَثَرُ^(٧) ، وَلَا نَعْرِفُ لهما فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ الظَّهَارَ كَلِمَةٌ تَجِبُ بِمُخَالَفَتِهَا الْكُفَّارَةُ ، فَإِذَا وَجَدَتْ فِي جَمَاعَةٍ أَوْجَبَتْ كَفَّارَةً وَاحِدَةً ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى . وَفَارَقَ مَا إِذَا ظَاهَرَ^(٨) بِكَلِمَاتٍ ؛ فَإِنَّ كُلَّ كَلِمَةٍ تَقْتَضِي كَفَّارَةً تَرْفَعُهَا ، وَتُكَفِّرُ إِثْمَهَا . وَهُنَا الْكَلِمَةُ وَاحِدَةٌ ، فَالْكَفَّارَةُ الْوَاحِدَةُ تَرْفَعُ حُكْمَهَا ، وَتَمْحُو إِثْمَهَا ، فَلَا يَبْقَى لَهَا حُكْمٌ .

فصل : ومفهوم كلام الخرقى ، أنه إذا ظاهر منهن بكلمات ، فقال لكل واحدة : أنتِ على كظهر أمي . فإن لكل يمين كفارة . وهذا قول غزوة ، وعطاء . قال أبو عبد الله ابن حامد : المذهب رواية واحدة في هذا . قال القاضي : المذهب عندي ما ذكره الشيخ أبو عبد الله . وقال^(٩) أبو بكر : فيه رواية أخرى ، أنه يُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . واختار ذلك ، وقال : هذا الذي قلناه أتباعاً لعمر بن الخطاب ، والحسن ، وعطاء ، وإبراهيم ، وربيعة ، وقبيصة ، وإسحاق ؛ لأن كَفَّارَةَ الظَّهَارِ / حَقٌّ لِلَّهِ تَعَالَى ، فلم تَتَكَرَّرْ بِتَكَرُّرِ سَبَبِهَا ، كَالْحَدِّ ، وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ الطَّلَاقُ . ولنا ، أَنَّهَا أَيْمَانٌ مُتَكَرِّرَةٌ عَلَى أَغْيَانٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ كَفَّرْ ثُمَّ ظَاهَرَ ، وَلِأَنَّهَا أَيْمَانٌ لَا يَخْتَفِئُ فِي

(٣) في ١ ، م : « وجب » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ : « امرأة » .

(٦) سقط من : ١ ، ب .

(٧) وأخرج قول عمر الدارقطني ، في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن الدارقطني ٣/٣١٩ . والبيهقي ، في : باب الرجل يظاهر من أربع نسوة له بكلمة واحدة ، من كتاب الظهار . السنن الكبرى ٧/٣٨٣ . وعبد الرزاق ، في : باب المظاهر من نسائه في قول واحد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦/٤٣٨ ، ٤٣٩ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الظهار ، من كتاب الطلاق . السنن ٢/١٦ .

(٨) في م زيادة : « منها » .

(٩) سقطت الواو من : ١ ، ب ، م .

إحداها بالجنث في الأخرى ، فلا تُكفرها كفارة واحدة ، كالأصل ، ولأن الظهار معني
يوجب الكفارة ، فتتعدّد الكفارة بتعدّده في المحال المختلفة ، كالقتل ، ويفارق الحد ،
فإنه عقوبة تُدرأ بالشبهات . فأما إن ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفر ، فكفارة واحدة ؛
لأن الجنث واحد ، فوجب^(١٠) كفارة واحدة ، كما لو كانت اليمين واحدة .

فصل : إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال لأخرى^(١١) : أشركتكَ معها ، أو أنت
شريكتها ، أو كهى . ونوى المظاهرة من الثانية ، صار مظاهراً منها . بغير خلاف
علمناه . وبه يقول مالك ، والشافعي . وإن أطلق ، صار مظاهراً أيضاً ، إذا كان عقيب
مظاهرة من الأولى . ذكره أبو بكر . وبه قال مالك . قال أبو الخطاب : ويحتمل أن لا
يكون مظاهراً . وبه قال الشافعي ؛ لأنه ليس بصريح في الظهار ، ولا نوى به الظهار ،
فلم يكن ظهراً ، كما لو قال ذلك قبل أن يظاهر من الأولى ، ولأنه يحتمل أنها شريكها
في دينها ، أو في الخصومة ، أو في النكاح ، أو سوء الخلق ، فلم تخصص^(١٢) بالظهار
إلا بالنية ، كسائر الكنايات . ولنا ، أن الشراكة والتشبيه لا بد أن يكون في شيء ،
فوجب تعليقه بالذكر معه ، كجواب السؤال فيما إذا قيل له^(١٣) : ألك امرأة ؟
فقال : قد طلقته . وكالعطف مع المعطوف عليه ، والصفة مع الموصوف .
وقولهم : إنه كناية لم ينو بها الظهار . قلنا : قد وجد دليل النية ، فيكتفى بها . وقولهم :
إنه يحتمل . قلنا : ما ذكرنا من القرينة يُزيل الاحتمال . وإن بقي احتمال ما ، كان
مرجوحاً ، فلا يلتفت إليه ، كلاحتمال في اللفظ الصريح .

١٣١٥ - مسألة ؛ قال : (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب
المضرة بالعمل)

(١٠) في انهاده : « به » .

(١١) في ١ : « للأخرى » .

(١٢) في الأصل : « يتخصص » .

(١٣) سقط من : ب .

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق ، عتق رَقَبَةٍ ، لا يُجزئُه غير ذلك .
بغير خلاف عِلْمناه^(١) بين أهل العلم . والأصل في ذلك قول الله تعالى / ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ إلى قوله :
﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾^(٢) . وقول النبي ﷺ
لأوس بن الصّامت ، حين ظاهر من امرأته : « يَعْتِقُ رَقَبَةً » . قلت : لا يجد . قال :
« فَيَصُومُ »^(٣) . وقوله لسلمة بن صخرٍ مثل ذلك^(٤) . فَمَنْ وَجَدَ رَقَبَةً يَسْتَعْنِي عَنْهَا ،
أَوْ وَجَدَ ثَمَنَهَا فَاضِلًا عَنْ حَاجَتِهِ ، وَوَجَدَهَا بِهِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا الْإِعْتَاقُ ؛ لِأَنَّهُ وَجُودُ
الْمُبْدَلِ إِذَا مَنَعَ الْإِنْتِقَالَ إِلَى الْبَدَلِ ، كَانَتْ الْقُدْرَةُ^(٥) عَلَى ثَمَنِهِ تَمْنَعُ الْإِنْتِقَالَ ، كَلِمَاءُ
وَتَمْنِهِ ، يَمْنَعُ الْإِنْتِقَالَ إِلَى التَّيْمُمِ .

المسألة الثانية : أنه لا يُجزئُه إِلَّا عَتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ، وسائر
الكفارات . هذا ظاهر المذهب . وهو قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ،
وإسحاق ، وأبي عبيد . وعن أحمد ، رواية ثانية ، أنه يُجزئُ فيما عدا كفارة القتل ، من
الظَّهَارِ وغيره ، عَتَقَ رَقَبَةً ذِمِّيَّة . وهو قول عطاء ، والنخعي ، والثوري ، وأبي ثور ،
وأصحاب الرأي ، وابن المنذر ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَطْلَقَ الرَقَبَةَ فِي هَذِهِ الْكَفَّارَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ
يُجْزِيَ مَا تَنَاقَلَ الْإِطْلَاقُ . وَلَنَا ، مَا رَوَى معاوية بن الحكم ، قال : كانت لي جارية ،
فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقُلْتُ : عَلَى رَقَبَةٍ أَفَاعَتْقُهَا ؟ فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَيْنَ
اللَّهُ ؟ » قَالَتْ : فِي السَّمَاءِ . قَالَ : « مَنْ أَنَا ؟ » . قَالَتْ : أَنْتَ رَسُولُ اللَّهِ . فَقَالَ

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٣) تقدم التخریج في صفحة : ٥٤ ، ٥٥ .

(٤) سقط من : ب .

رسول الله ﷺ: « أَعْتَقَهَا ؛ فَإِنَّهَا مُؤْمِنَةٌ ». أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، وَالنَّسَائِيُّ^(٥) . فَعَلَّلَ جَوَازَ إِعْتَاقِهَا عَنِ الرَّقَبَةِ الَّتِي عَلَيْهِ بِأَنَّهَا مُؤْمِنَةٌ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْزَى عَنِ الرَّقَبَةِ الَّتِي عَلَيْهِ إِلَّا مُؤْمِنَةٌ ، وَلَئِنَّهُ تَكْفِيرٌ بَعِثَ ، فَلَمْ يَجْزْ إِلَّا مُؤْمِنَةٌ ، كَكَفَّارَةِ الْقَتْلِ . وَالْمُطْلَقُ يُحْمَلُ عَلَى الْمُقَيَّدِ مِنْ جِهَةِ الْقِيَاسِ إِذَا وَجِدَ الْمَعْنَى فِيهِ ، وَلَا بُدَّ مِنْ تَقْيِيدِهِ ، فَإِنَّا أَجْمَعُنَا عَلَى أَنَّهُ لَا يُجْزَى إِلَّا رَقَبَةً سَلِيمَةً مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنًا ، فَالتَّقْيِيدُ بِالسَّلَامَةِ مِنَ الْكُفْرِ أَوْلَى .

المسألة الثالثة : أَنَّهُ لَا يُجْزَى إِلَّا رَقَبَةً سَالِمَةً مِنَ الْعُيُوبِ الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنًا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ تَمْلِيكَ الْعَبْدِ مَنَافِعَهُ ، وَتَمْكِينَهُ^(٦) مِنَ التَّصَرُّفِ لِنَفْسِهِ ، وَلَا يَحْصُلُ هَذَا مَعَ مَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنًا ، فَلَا يُجْزَى الْأَعْمَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمْكِنُهُ الْعَمَلُ فِي أَكْثَرِ الصَّنَائِعِ ، وَلَا الْمُقْعَدُ ، وَلَا الْمَقْطُوعُ / الْيَدَيْنِ أَوْ الرَّجْلَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْيَدَيْنِ آلَةُ الْبَطْشِ ، فَلَا يُمْكِنُهُ الْعَمَلُ مَعَ فَقْدِهِمَا ، وَالرَّجْلَانِ آلَةُ الْمَشْيِ ، فَلَا يَتَهَيَّأُ لَهُ كَثِيرٌ مِنَ الْعَمَلِ مَعَ تَلَفِهِمَا . وَالشَّلْلُ كَالْقَطْعِ فِي هَذَا . وَلَا يُجْزَى الْمَجْنُونُ جُنُونًا مُطَبَّقًا ، لِأَنَّهُ وَجَدَ فِيهِ الْمَعْنِيَانِ ، ذَهَابُ مَنَفَعَةِ الْجِنْسِ ، وَحُصُولُ الضَّرَرِ بِالْعَمَلِ . وَهَذَا كُلُّهُ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحَكَّى عَنْ دَاوُدَ ، أَنَّهُ جَوَّزَ عِتْقَ^(٧) كُلِّ رَقَبَةٍ يَقَعُ عَلَيْهَا الْأَسْمُ ، أَخْذًا بِإِطْلَاقِ اللَّفْظِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا نَوْعُ كَفَّارَةٍ ، فَلَمْ يُجْزَى مَا يَقَعُ عَلَيْهِ الْأَسْمُ كَالْإِطْعَامِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُجْزَى أَنْ يُطْعِمَ مُسَوِّسًا وَلَا عَفْنًا ، وَإِنْ كَانَ يُسَمَّى طَعَامًا . وَالْآيَةُ مُقَيَّدَةٌ بِمَا ذَكَرْنَاهُ .

ظ ٨٥/٨

فصل : وَلَا يُجْزَى مَقْطُوعُ الْيَدِ ، أَوْ الرَّجْلِ ، وَلَا أَشْلُهَا ، وَلَا مَقْطُوعُ إِنْهَامِ الْيَدِ ، أَوْ

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الْكَلَامِ فِي الصَّلَاةِ وَنَسَخَ مَا كَانَ مِنْ إِبَاحَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٣٨٢/١ . وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْكَلَامِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السُّهُورِ . الْمُجْتَبَى ١٤/٣ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَشْمِيتِ الْعَاطِسِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ فِي الرَقَبَةِ الْمُؤْمِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ وَالنَّذُورِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٢١٣/١ ، ٢٠٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٤٧/٥ - ٤٤٩ .

(٦) فِي ١ ، ب ، م : « وَيُمْكِنُهُ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب ، م .

سَبَّابَتِهَا^(٨) ، أو الوُسْطَى ؛ لَأَنَّ نَفْعَ الْيَدِ يَذْهَبُ بِذَهَابِ هَوَآءٍ ، وَلَا يُجْزِئُ مَقْطُوعُ
الْخِنْصَرِ وَالْبِنْصَرِ مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ ؛ لَأَنَّ نَفْعَ الْيَدِ مِنْهُمَا^(٩) يَزُولُ أَكْثَرُهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ قُطِعَتْ كُلُّ
وَاحِدَةٍ^(١٠) مِنْ يَدٍ جَارٍ ؛ لَأَنَّ نَفْعَ الْكَفَّيْنِ بَاقٍ ، وَقُطْعُ أُثْمَلَةِ الْإِبْهَامِ كَقُطْعِ جَمِيعِهَا ؛ فَإِنَّ
نَفْعَهَا يَذْهَبُ بِذَلِكَ ؛ لَكَوْنِهَا أُثْمَلَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْإِبْهَامِ لَمْ يَمْنَعْ ؛ لَأَنَّ مَنَفْعَتَهَا لَا
تَذْهَبُ ؛ فَإِنَّهَا تَصِيرُ كَالْأَصَابِعِ الْقَصَارِ ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ أَصَابِعُهُ كُلُّهَا غَيْرَ الْإِبْهَامِ قَدْ
قُطِعَتْ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا أُثْمَلَةٌ ، لَمْ يَمْنَعْ . وَإِنْ قُطِعَ مِنَ الْإِصْبَعِ أُثْمَلَتَانِ ، فَهُوَ
كَقُطْعِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِمَنَفْعَتِهَا . وَهَذَا جَمِيعُهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
يُجْزِئُ مَقْطُوعُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ أَوْ إِحْدَى الرَّجْلَيْنِ ، وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ جَمِيعًا مِنْ
خِلَافِ أَجْزَأَتْ ؛ لَأَنَّ مَنَفْعَةَ الْجِنْسِ بَاقِيَةٌ ، فَأَجْزَأَتْ فِي الْكُفَّارَةِ ، كَالْأَعْوَرِ ، فَأَمَّا إِنْ
قُطِعَتْ مِنْ وَفَاقٍ ، أَى مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يُجْزِئْ ؛ لَأَنَّ مَنَفْعَةَ الشَّيْءِ تَذْهَبُ . وَلَنَا ، أَنَّ
هَذَا يُؤَثِّرُ فِي الْعَمَلِ ، وَيَضُرُّ ضَرَرًا بَيِّنًا ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْنَعَ إِجْزَاءُهَا ، كَمَا لَوْ قُطِعَتْ مِنْ
وَفَاقٍ . وَيُخَالِفُ الْعَوْرَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَضُرُّ ضَرَرًا بَيِّنًا . وَالْإِجْزَاءُ بِالضَّرَرِ أَوَّلَى مِنَ الْإِجْزَاءِ
بِمَنَفْعَةِ الْجِنْسِ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ ذَهَبَ شَمُّهُ ، أَوْ قُطِعَتْ أُذُنَاهُ مَعًا ، أَجْزَأُ مَعَ ذَهَابِ مَنَفْعَةِ
الْجِنْسِ ، وَلَا يُجْزِئُ الْأَعْرَاجُ إِذَا كَانَ عَرَجًا كَثِيرًا فَاحِشًا ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، فَهُوَ
كَقُطْعِ الرَّجْلِ . وَإِنْ كَانَ عَرَجًا يَسِيرًا^(١١) ، لَمْ^(١٢) يَمْنَعْ الْإِجْزَاءُ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ قَلِيلُ
الضَّرَرِ

فصل : وَيُجْزِئُ الْأَعْوَرُ فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ قَوْلٌ آخَرُ ، لَا يُجْزِئُ ؛
لَأَنَّهُ نَقْصٌ يَمْنَعُ التَّضْعِيحَةَ وَالْإِجْزَاءَ فِي الْهَدْيِ ، فَأَشْبَهَ الْعَمَى . وَالصَّحِيحُ

(٨) فِي الْأَصْلِ : « شَيْئًا مِنْهَا » .

(٩) فِي م : « الْيَدَيْنِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(١١) فِي م : « كَثِيرًا » .

(١٢) فِي ١ ، م : « لَا » .

(١٣) فِي م : « الْأُخْرَى » .

ما ذَكَرْنَاهُ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ ، وَتَمْلِيكُ الْعَبْدِ الْمَنَافِعَ ، / وَالْعَوْرُ لَا يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلَئِنَّهُ لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَ قَطْعَ إِحْدَى الْأُذُنَيْنِ . وَيُفَارِقُ الْعَمَى ؛ فَإِنَّهُ يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيِّنًا ، وَيَمْنَعُ كَثِيرًا مِنَ الصَّنَائِعِ ، وَيَذْهَبُ بِمَنْفَعَةِ الْجِنْسِ . وَيُفَارِقُ قَطْعَ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَعْمَلُ بِإِحْدَاهُمَا مَا يَعْمَلُ بِهِمَا ، وَالْأَعْوَرُ يُدْرِكُ بِإِحْدَى الْعَيْنَيْنِ مَا يُدْرِكُ بِهِمَا . وَأَمَّا الْأُضْحِيَّةُ وَالْهَدْيُ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ مِنْهُمَا مُجَرَّدُ الْعَوْرِ ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ انْخِسَافُ الْعَيْنِ ، وَذَهَابُ الْعُضْوِ الْمُسْتَطَابِ ، وَلَئِنْ الْأُضْحِيَّةُ يَمْنَعُ فِيهَا قَطْعُ الْأُذُنِ وَالْقَرْنِ ، وَالْعَتَقُ لَا يَمْنَعُ فِيهِ إِلَّا مَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ . وَيُجْزَى الْمَقْطُوعُ الْأُذُنَيْنِ . وبذلك قال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَزُفَرٌ : لَا يُجْزَى . لِأَنَّهُمَا عُضْوَانِ فِيهِمَا الدِّيَّةُ ، أَشَبَّهَا الْيَدَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ قَطْعَهُمَا لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ الضَّرَرَ الْبَيِّنَ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ، كَنَقْصِ السَّمْعِ ، بِخِلَافِ قَطْعِ الْيَدَيْنِ . وَيُجْزَى مَقْطُوعُ الْأَنْفِ كَذَلِكَ ^(١٤) . وَيُجْزَى الْأَصَمُّ إِذَا فَهِمَ بِالْإِشَارَةِ . وَيُجْزَى الْأَخْرَسُ إِذَا فَهِمَتْ إِشَارَتُهُ وَفَهُمَ بِالْإِشَارَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُجْزَى ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْجِنْسِ ذَاهِبَةٌ ، فَأَشْبَهَ زَائِلَ الْعَقْلِ . وَهَذَا الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ الْحَرَسَ نَقَصٌ كَثِيرٌ ، يَمْنَعُ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْكَامِ ، مِثْلَ الْقَضَاءِ ، وَالشَّهَادَةِ ، وَأَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَفْهَمُ إِشَارَتَهُ ، فَيَتَضَرَّرُ فِي تَرْكِ اسْتِعْمَالِهِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ الْحَرَسُ وَالصَّمَمُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُجْزَى . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِاجْتِمَاعِ النَّفْصَيْنِ فِيهِ ، وَذَهَابِ مَنْفَعَتِي الْجِنْسِ . وَوَجْهُ الْإِجْزَاءِ ، أَنَّ الْإِشَارَةَ تَقُومُ مَقَامَ الْكَلَامِ فِي الْإِفْهَامِ ^(١٥) ، وَيُثْبِتُ فِي حَقِّهِ أَكْثَرُ الْأَحْكَامِ ، فَيُجْزَى فِي الْعَتَقِ ، كَالَّذِي ذَهَبَ شَمُّهُ . فَأَمَّا الَّذِي ذَهَبَ شَمُّهُ فَيُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ وَلَا بغيرِهِ . فَأَمَّا الْمَرِيضُ ، فَإِنْ كَانَ مَرْجُوًّا الْبُرْءِ ، كَالْحُمَّى ، وَمَا أَشَبَّهَا ، أَجْزَأُ فِي الْكُفَّارَةِ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْجُوًّا الزَّوَالِ ، كَالسُّلِّ ، وَنَحْوِهِ ، لَمْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّ زَوَالَه

(١٤) في ١ ، ب ، م : « لذلك » .

(١٥) في الأصل : « الكلام » .

يَنْدُرُ ، وَلَا يَتِمَّكُنْ مِنَ الْعَمَلِ مَعَ بَقَائِهِ . وَأَمَّا نِضُو^(١٦) الْخَلْقِ ، فَإِنْ كَانَ يَتِمَّكُنْ مَعَهُ مِنَ الْعَمَلِ أَجْزَأً ، وَلَا فَلَ . وَيُجْزَى الْأَحْمَقُ ، وَهُوَ الَّذِي يُخْطِئُ عَلَى بَصِيرَةٍ^(١٧) ، وَيَصْنَعُ الْأَشْيَاءَ لِغَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَيَرَى الْخَطَأَ صَوَابًا ، وَمَنْ يُخْثِقُ فِي الْأَخْيَانِ ، وَالْحَصِيَّ ، وَالْمَجْبُوبَ ، وَالرِّقَاءَ ، وَالْكَبِيرَ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، لَا يَمْنَعُ تَمْلِيكَ الْعَبْدِ مَنَافِعَهُ ، وَتَكْمِيلَ أَحْكَامِهِ ، فَيَحْصُلُ الْإِجْزَاءُ بِهِ كَالسَّالِمِ مِنَ الْعُيُوبِ .

ط ٨٦/٨

فصل : وَيُجْزَى عِتْقُ الْجَانِي وَالْمَرْهُونِ ، وَعِتْقُ / الْمُفْلِسِ عَبْدَهُ ، إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ عِتْقِهِمْ ، وَعِتْقُ الْمُدْبِرِ ، وَالْحَصِيَّ^(١٨) ، وَلَوْلَدِ الزَّئِي ؛ لِكَمَالِ الْعِتْقِ فِيهِمْ .

فصل : وَلَا يُجْزَى عِتْقُ الْمَعْصُوبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَمْكِينِهِ مِنْ مَنَافِعِهِ ، وَلَا غَايِبِ غِيَّةٍ مُنْقَطِعَةٍ لَا يُعْلَمُ خَبْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ حَيَاتُهُ ، فَلَا يُعْلَمُ صِحَّةُ عِتْقِهِ . وَإِنْ لَمْ يَنْقَطِعْ خَبْرُهُ ، أَجْزَأُ عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ صَحِيحٌ . وَلَا يُجْزَى عِتْقُ الْحَمِلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُثَبِّتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ فِطْرَتُهُ ، وَلَا يُتَيَقَّنُ أَيْضًا وَجُودُهُ ، وَحَيَاتُهُ ، وَلَا عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُسْتَحَقٌّ بِسَبَبِ غَيْرِ الْكَفَّارَةِ ، وَالْمَلِكِ فِيهَا غَيْرُ كَامِلٍ ، وَلِهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا . وَقَالَ طَاوُسٌ ، وَابْنُ تَيْمِيَّةٍ : يُجْزَى عِتْقُهَا ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ صَحِيحٌ . وَلَا يُجْزَى عِتْقُ مُكَاتِبٍ أَدَّى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا . وَسَنَذْكُرُ هَذَا فِي الْكَفَّارَاتِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

١٣١٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ، فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْمُظَاهَرَ إِذَا لَمْ يَجِدْ رَقَبَةً ، أَنْ فَرَضَهُ صِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتِمَّاسًا ﴾^(١) . وَحَدِيثُ أُوسِ بْنِ الصَّامِتِ ، وَسَلَمَةَ بْنِ صَخْرِ^(٢) . وَأَجْمَعُوا عَلَى

(١٦) النضر : الهزيل .

(١٧) فِي ١ ، م : « بَصِيرَةٌ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١) سُورَةُ الْمُجَادَلَةِ ٤ .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُمَا فِي صَفْحَةِ ٥٤ ، ٥٥ .

أَنْ مَنْ وَجَدَ رَقَبَةً فَاضِلَةً عَنْ حَاجَتِهِ ، فَلَيْسَ لَهُ الْإِثْقَالُ إِلَى الصَّيَامِ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ رَقَبَةٌ يَحْتَاجُ إِلَى خِدْمَتِهَا لِزَمَنِ^(٣) ، أَوْ كَبِيرٍ ، أَوْ مَرَضٍ ، أَوْ عَظِيمٍ خَلْقٍ ، وَنَحْوِهِ مِمَّا يُعْجِزُهُ عَنْ خِدْمَةِ نَفْسِهِ ، أَوْ يَكُونُ مِمَّنْ لَا يَخْدُمُ نَفْسَهُ فِي الْعَادَةِ ، وَلَا يَجِدُ رَقَبَةً فَاضِلَةً عَنْ خِدْمَتِهِ^(٤) ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ الْإِغْتَاقُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : مَتَى وَجَدَ رَقَبَةً ، لَزِمَهُ إِغْتَاقُهَا ، وَلَمْ يَجُزْ لَهُ الْإِثْقَالُ إِلَى الصَّيَامِ ، سِوَاءَ كَانَ مُحْتَاجًا إِلَيْهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى شَرَطَ فِي الْإِثْقَالِ إِلَى الصَّيَامِ أَنْ لَا يَجِدَ رَقَبَةً ، بِقَوْلِهِ : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ﴾ . وَهَذَا وَاجِدٌ . وَإِنْ وَجَدَ ثَمَنَهَا ، وَهُوَ مُحْتَاجٌ إِلَيْهَا ، لَمْ يَلْزِمُهُ شِرَاؤها . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَلْزِمُهُ شِرَاؤها^(٥) ؛ لِأَنَّ وَجْدَانَ ثَمَنِهَا كَوِجْدَانِهَا . وَلَنَا ، أَنَّ مَا اسْتَعْرِفَتْهُ حَاجَةُ الْإِنْسَانِ ، فَهُوَ كَالْمَعْدُومِ ، فِي جَوَازِ الْإِثْقَالِ إِلَى الْبَدَلِ ، كَمَنْ وَجَدَ مَاءً يَحْتَاجُ إِلَيْهِ لِلْعَطَشِ ، يَجُوزُ لَهُ الْإِثْقَالُ إِلَى التَّيْمُمِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ ، وَهُوَ مِمَّنْ يَخْدُمُ نَفْسَهُ عَادَةً ، لَزِمَهُ إِغْتَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ فَاضِلٌ عَنْ حَاجَتِهِ . بِخِلَافِ مَنْ لَمْ تَعْرِ عَادَتُهُ بِخِدْمَةِ نَفْسِهِ ، فَإِنَّ عَلَيْهِ مَشَقَّةً فِي إِعْتَاقِ خَادِمِهِ ، وَتَضْيِيعًا لِكَثِيرٍ مِنْ حَوَائِجِهِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ خَادِمٌ يَخْدُمُ امْرَأَتَهُ ، وَهِيَ مِمَّنْ عَلَيْهِ إِخْدَامُهَا ، أَوْ كَانَ لَهُ رَقِيقٌ / يَتَقَوَّتُ بِخَرَاجِهِمْ ، أَوْ دَارٌ يَسْكُنُهَا ، أَوْ عَقَارٌ يَحْتَاجُ إِلَى غَلَّتِهِ لِمُوتِهِ ، أَوْ عَرْضٌ لِلتَّجَارَةِ لَا يَسْتَغْنِي عَنْ رِبْحِهِ فِي مُوتِهِ ، لَمْ يَلْزِمَهُ الْعِتْقُ . وَإِنْ اسْتَغْنَى عَنْ شَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ مِمَّا يُمَكِّنُهُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِهِ رَقَبَةً ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِدٌ لِلرَّقَبَةِ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ رَقَبَةٌ تَخْدُمُهُ ، يُمَكِّنُهُ بَيْعُهَا وَشِرَاءُ رَقَبَتَيْنِ بِثَمَنِهَا ، يَسْتَغْنِي بِخِدْمَةِ إِحْدَاهَا ، وَيَعْتِقُ الْأُخْرَى ، لَزِمَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي ذَلِكَ . وَهَكَذَا لَوْ كَانَتْ لَهُ ثِيَابٌ فَاخِرَةٌ ، تَزِيدُ عَلَى مَلَابِسِ مِثْلِهِ ، يُمَكِّنُهُ بَيْعُهَا ، وَشِرَاءُ مَا يَكْفِيهِ فِي لِبَاسِهِ وَرَقَبَةٍ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ دَارٌ ، يُمَكِّنُهُ بَيْعُهَا ، وَشِرَاءُ مَا يَكْفِيهِ لِسُكْنَى مِثْلِهِ وَرَقَبَةٍ ، أَوْ ضَيْعَةٌ يَفْضُلُ مِنْهَا عَنْ كِفَايَتِهِ مَا يُمَكِّنُهُ بِهِ^(٦)

و ٨٧/٨

(٣) الزَّمَنُ : الْعِلَّةُ الْمُلَازِمَةُ .

(٤) فِي ١ : « حَاجَتُهُ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب ، م .

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

شِرَاءُ رَقَبَةٍ ، لَزِمَهُ . وَيُرَاعَى فِي ذَلِكَ الْكِفَايَةُ الَّتِي يَحْرُمُ مَعَهَا اخْتِذُ الزَّكَاةِ ، فَإِذَا فَضَّلَ عَنْ ذَلِكَ شَيْءٌ ، وَجَبَتْ فِيهِ الْكَفَّارَةُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ جَمِيعُهُ عَلَى نَحْوِ مِمَّا قُلْنَا . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ سُرِّيَّةٌ ، لَمْ يَلْزَمْهُ ^(٧) إِعْتَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَانُجُ إِلَيْهَا . وَإِنْ أُمَكَّنَهُ بَيْعُهَا ، وَشِرَاءُ سُرِّيَّةٍ أُخْرَى ، وَرَقَبَةٍ يَعْتَقُهَا ، لَمْ يَلْزَمْهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ ^(٨) قَدْ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهَا مَقَامَهَا ، سَيِّمًا إِذَا كَانَ بِدُونِ ثَمَنِهَا .

فصل : فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا حِينَ وَجُوبِ الْكَفَّارَةِ ، إِلَّا أَنَّ مَالَهُ غَائِبٌ ، فَإِنْ كَانَ مَرْجُوًّا الْحُضُورِ قَرِيبًا ، لَمْ يَجُزِ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصِّيَامِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ بِمَنْزِلَةِ الْإِتِّظَارِ لِشِرَاءِ الرَّقَبَةِ ، وَإِنْ كَانَ بَعِيدًا ، لَمْ يَجُزِ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصِّيَامِ فِي غَيْرِ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ فِي الْإِتِّظَارِ . وَهَلْ يَجُوزُ ذَلِكَ فِي كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجُوزُ ؛ لَوْجُودِ الْأَصْلِ فِي مَالِهِ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الْكَفَّارَاتِ . وَالثَّانِي ، يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْمَسِيْسُ ، فَجَازَ لَهُ الْإِتِّقَالُ لِمَوْضِعِ الْحَاجَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ عُذِمَ الْمَاءُ أَوْ ثَمَنُهُ ^(٩) ، جَازَ لَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى التَّيْمِيمِ ، وَإِنْ كَانَ قَادِرًا عَلَيْهِمَا فِي بَلَدِهِ . قُلْنَا : الطَّهَارَةُ تَجِبُ لِأَجْلِ الصَّلَاةِ ، وَلَيْسَ لَهُ تَأْخِيرُهَا عَنْ وَقْتِهَا ، فَدَعَتْ ^(١٠) الْحَاجَةَ إِلَى الْإِتِّقَالِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلَأَنَّا لَوْ مَنَعْنَاهُ مِنَ التَّيْمِيمِ لَوْجُودِ الْقُدْرَةِ فِي بَلَدِهِ ، بَطَلَتْ رُخْصَةُ التَّيْمِيمِ ، فَإِنَّ كُلَّ أَحَدٍ يَقْدِرُ عَلَى ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ وَجَدَ ثَمَنَ الرَّقَبَةِ ، وَلَمْ يَجِدْ رَقَبَةً يَشْتَرِيهَا ، فَلَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصِّيَامِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ ثَمَنَ الْمَاءِ وَلَمْ يَجِدْ مَا يَشْتَرِيهِ . وَإِنْ وَجَدَ رَقَبَةً تُبَاعُ بِزِيَادَةٍ عَلَى ^(١١) ثَمَنِ الْمِثْلِ تُجْحَفُ بِمَالِهِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شِرَاؤها ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُجْحَفُ بِمَالِهِ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الرَّقَبَةِ / بِثَمَنِ يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، لَا

(٧) فِي م : « يَلْزِمُهَا » .

(٨) فِي ب : « الْعَرَضُ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « وَثَنَهُ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « فَدَعَتْ » .

(١١) فِي ب : « عَنْ » .

يُجْحَفُ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ بَيَّعَتْ بِثَمَنِ مِثْلِهَا . والثاني ، لَا يَلْزُمُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِدْ رَقَبَةً^(١٢) بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، أَشْبَهَ الْعَادِمَ . وَأَصْلُ الْوَجْهَيْنِ ، الْعَادِمُ لِلْمَاءِ إِذَا وَجَدَهُ بَرِيَادَةً عَلَى ثَمَنِ مِثْلِهِ ، فَإِنْ وَجَدَ رَقَبَتَهُ بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، إِلَّا أَنَّهَا رَقَبَةٌ رَفِيعَةٌ ، يُمَكِّنُ أَنْ يَشْتَرِيَ بِثَمَنِهَا رَقَابًا مِنْ غَيْرِ جَنْسِهَا ، لَزِمَهُ شِرَاؤها ؛ لِأَنَّهَا بِثَمَنِ مِثْلِهَا ، وَلَا يُعَدُّ شِرَاؤها بِذَلِكَ الثَّمَنِ ضَرَرًا ، وَإِنَّمَا الضَّرَرُ فِي إِعْتَاقِهَا ، وَذَلِكَ لَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ ، كَمَا لَوْ كَانَ^(١٣) مَالِكًا هَا^(١٤) .

١٣١٧ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أَفْطَرَ فِيهِمَا^(١) مِنْ عُذْرٍ بَنَى ، وَإِنْ أَفْطَرَ مِنْ غَيْرِ عُذْرٍ ابْتَدَأَ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى وَجُوبِ التَّابِعِ فِي الصَّيَامِ فِي كَفَّارَةِ الظُّهَارِ ، وَأَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ مَنْ صَامَ بَعْضَ الشَّهْرِ ، ثُمَّ قَطَعَهُ لَغَيْرِ عُذْرٍ ، وَأَفْطَرَ ، أَنَّ عَلَيْهِ اسْتِنَافَ الشَّهْرَيْنِ ؛ وَإِنَّمَا كَانَ كَذَلِكَ لَوُرُودِ لَفْظِ الْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ بِهِ ، وَمَعْنَى التَّابِعِ الْمَوَالاةُ بَيْنَ صِيَامِ أَيَّامِهَا^(٢) ، فَلَا يُفْطَرُ فِيهِمَا^(٣) ، وَلَا يَصُومُ عَنْ^(٤) غَيْرِ الْكُفَّارَةِ . وَلَا يَفْتَقِرُ التَّابِعُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَيَكْفِيهِ فِعْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ شَرْطٌ ، وَشَرَائِطُ الْعِبَادَاتِ لَا تَحْتَاجُ إِلَى نِيَّةٍ ، وَإِنَّمَا تَجِبُ النِّيَّةُ لِأَفْعَالِهَا . وَهَذَا أَحَدُ الْوُجُوهِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّهَا وَاجِبَةٌ لِكُلِّ لَيْلَةٍ ؛ لِأَنَّ ضَمَّ الْعِبَادَةِ إِلَى الْعِبَادَةِ إِذَا كَانَ شَرْطًا ، وَجَبَتِ النِّيَّةُ فِيهِ ، كَالْجَمْعِ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ . وَالثَّالِثُ ، يَكْفِي^(٥) نِيَّةُ التَّابِعِ فِي اللَّيْلَةِ الْأُولَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَتَابَعٌ وَاجِبٌ فِي الْعِبَادَةِ ، فَلَمْ يَفْتَقِرْ إِلَى نِيَّةٍ ، كَالْمُتَابَعَةِ بَيْنَ الرُّكْعَاتِ . وَيُفَارِقُ الْجَمْعُ بَيْنَ الصَّلَاتَيْنِ ،

(١٢) سقط من : ب .

(١٣-١٤) في ١ : « مَالِكُهَا » .

(١) في الأصل ، م : « فِيهَا » .

(٢) أى : الْكُفَّارَةُ . وَفِي م : « أَيَّامُهَا » .

(٣) أى في الشهرين . وَفِي ب ، م : « فِيهَا » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ١ ، ب ، م : « وَيَكْفِي » .

فَإِنَّ ذَلِكَ رُخْصَةٌ ، فَافْتَقَرَ إِلَى نِيَّةِ التَّرْخُصِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِالْمُتَابَعَةِ بَيْنَ الرُّكْعَاتِ .
وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الصَّائِمَةَ مُتَّابِعًا ، إِذَا حَاضَتْ قَبْلَ إِثْمَامِهِ ، تَقْضِي إِذَا
طَهَرَتْ ، وَثَبَتِي . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْحَيْضَ لَا يُمَكِّنُ التَّحَرُّزَ مِنْهُ فِي الشَّهْرَيْنِ إِلَّا بِتَأْخِيرِهِ إِلَى
الْإِيَّاسِ ، وَفِيهِ تَغْرِيرٌ بِالصَّوْمِ ؛ لِأَنَّهَا رُبَّمَا مَاتَتْ قَبْلَهُ . وَالتَّنَافُسُ كَالْحَيْضِ ، فِي أَنَّهُ لَا
يَقْطَعُ التَّابِعَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَتِهِ فِي أَحْكَامِهِ ، وَلِأَنَّ الْفِطْرَ لَا يَخْصُلُ فِيهِمَا
بِفَعْلِهِمَا ، وَإِنَّمَا ذَلِكَ الزَّمَانُ كَرَمَانَ اللَّيْلِ فِي حَقِّهِمَا . وَالْوَجْهَ الثَّانِي ، أَنَّ التَّنَافُسَ يَقْطَعُ
التَّابِعَ ؛ لِأَنَّهُ فِطْرٌ أَمَكَّنَ التَّحَرُّزَ مِنْهُ ، لَا يَتَكَرَّرُ كُلَّ عَامٍ . فَقَطَعَ التَّابِعَ ، كَالْفِطْرِ لغيرِ
عُذْرٍ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الْحَيْضِ ؛ لِأَنَّهُ أُنْذِرُ مِنْهُ ، وَيُمْكِنُ التَّحَرُّزُ عَنْهُ . وَإِنْ أَفْطَرَ
لِمَرَضٍ مَخُوفٍ ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ أَيْضًا . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَبِهِ قَالَ ابْنُ
الْمُسَيَّبِ / ، وَالْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَطَاوُسٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَمَالِكٌ ،
وإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْقَدِيمِ . وَقَالَ فِي
الْجَدِيدِ : يَنْقَطِعُ التَّابِعُ . وَهَذَا قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالْحَكَمِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ،
وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ بِفَعْلِهِ ، فَلَزِمَهُ الْإِسْتِثْنَاءُ ، كَمَا لَوْ أَفْطَرَ لِسَفَرٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
أَفْطَرَ لِسَبَبٍ ^(١) لَا صَنْعَ لَهُ فِيهِ ، فَلَمْ يَقْطَعِ التَّابِعَ ، كَأَفْطَارِ الْمَرْأَةِ لِلْحَيْضِ . وَمَا ذَكَرُوهُ
مِنَ الْأَصْلِ مَمْنُوعٌ . وَإِنْ كَانَ الْمَرَضُ غَيْرَ مَخُوفٍ ، لَكُنْهُ يُبَيِّحُ الْفِطْرَ ، فَقَالَ أَبُو
الْخَطَّابِ : فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقْطَعُ التَّابِعَ ؛ لِأَنَّهُ مَرَضٌ أَبَاحَ الْفِطْرَ ، أَشْبَهَ
الْمَخُوفَ . وَالثَّانِي ، يَقْطَعُ التَّابِعَ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ اخْتِيَارًا ، فَانْقَطَعَ التَّابِعُ ، كَمَا لَوْ أَفْطَرَ
لغيرِ عُذْرٍ . فَأَمَّا الْحَامِلُ وَالْمَرَضِيُّ ، فَإِنْ أَفْطَرَا خَوْفًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا ، فَهِمَا كَالْمَرِيضِ ،
وَإِنْ أَفْطَرَا خَوْفًا عَلَى وَلَدَيْهِمَا . فَفِيهِمَا وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْقَطِعُ التَّابِعُ . اخْتَارَهُ
أَبُو الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّهُ فِطْرٌ أُبَيِّحَ لَهُمَا بِسَبَبٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِاخْتِيَارِهِمَا ، فَلَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ ، كَمَا لَوْ
أَفْطَرَا خَوْفًا عَلَى أَنْفُسِهِمَا . وَالثَّانِي ، يَنْقَطِعُ ؛ لِأَنَّ الْخَوْفَ عَلَى غَيْرِهِمَا ، وَلِذَلِكَ
يَلْزَمُهُمَا الْفِدْيَةُ مَعَ الْقَضَاءِ . وَإِنْ أَفْطَرَ لِجُنُونٍ ، أَوْ إِغْمَاءٍ ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ ؛ لِأَنَّهُ

و ٨٨/٨

عُذْرٌ لَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْحَيْضِ .

فصل : وَإِنْ أَفْطَرَ لِسَفَرٍ مُبِيحٍ لِلْفِطْرِ ، فَكَلَامُ أَحْمَدَ يَحْتَمِلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ وَأُظْهِرُهُمَا ، أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ فِي رِوَايَةِ الْأَثَرِمِ : كَانَ السَّفَرُ غَيْرَ الْمَرَضِ ، وَمَا يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ أَوْكَدَ مِنْ رَمَضَانَ . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَقْطَعُ التَّتَابُعَ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَنْقَطِعَ بِهِ التَّتَابُعَ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : فِيهِ قَوْلَانِ كَالْمَرَضِ . وَمِنْهُمْ مَنْ يَقُولُ : يَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ يَحْصُلُ بِاخْتِيَارِهِ ، فَقَطَعَ التَّتَابُعَ ، كَمَا لَوْ أَفْطَرَ لِعَظْمٍ غَيْرِ عُذْرٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ فِطْرٌ لِعُذْرِ مُبِيحٍ لِلْفِطْرِ^(٧) ، فَلَمْ يَنْقَطِعْ بِهِ التَّتَابُعُ ، كَمَا فِطَارِ الْمَرْأَةِ لِلْحَيْضِ^(٨) ، وَفَارَقَ الْفِطْرَ لِعَظْمٍ غَيْرِ عُذْرٍ ، فَإِنَّهُ لَا يَبَاحُ . وَإِنْ أَكَلَ يَظُنُّ أَنَّ الْفَجْرَ لَمْ يَطْلُعْ ، وَقَدْ كَانَ طَلَعَ ، أَوْ أَفْطَرَ يَظُنُّ أَنَّ الشَّمْسَ قَدْ غَابَتْ ، وَلَمْ تَغِبْ ، أَفْطَرَ . وَيَتَخَرَّجُ فِي انْقِطَاعِ التَّتَابُعِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَنْقَطِعُ ؛ لِأَنَّهُ فِطْرٌ لِعُذْرٍ . وَالثَّانِي ، يَقْطَعُ^(٩) التَّتَابُعَ ؛ لِأَنَّهُ يَفْعَلُ أَخْطَأَ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ظَنَّ أَنَّهُ قَدْ أَتَمَّ الشَّهْرَيْنِ فَبَانَ خِلَافُهُ . وَإِنْ / أَفْطَرَ نَاسِيًا لِلْوُجُوبِ التَّتَابُعَ ، أَوْ جَاهِلًا بِهِ أَوْ^(١٠) ظَنًّا مِنْهُ أَنَّهُ قَدْ أَتَمَّ الشَّهْرَيْنِ ، انْقَطَعَ التَّتَابُعُ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ لِحَبْلِهِ ، فَقَطَعَ التَّتَابُعَ ، كَمَا لَوْ ظَنَّ أَنَّ الْوَاجِبَ شَهْرٌ وَاحِدٌ . وَإِنْ أَكْرَهَ عَلَى الْأَكْلِ أَوْ الشُّرْبِ^(١١) ، بِأَنْ أَوْجَرَ الطَّعَامَ أَوْ الشَّرَابَ ، لَمْ يُفْطَرَ . وَإِنْ أَكَلَ خَوْفًا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُفْطَرُ . وَلَمْ يَذْكُرْ غَيْرَ ذَلِكَ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُفْطَرُ . فَعَلَى ذَلِكَ هَلْ يَقْطَعُ التَّتَابُعَ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَقْطَعُهُ ؛ لِأَنَّهُ عُذْرٌ مُبِيحٌ لِلْفِطْرِ ، فَأَشْبَهَ الْمَرَضَ . وَالثَّانِي ، يَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ بِفِعْلِهِ لِعُذْرِ نَادِرٍ .

ط ٨٨/٨

(٧) فِي م : « فَقَطَ » . خَطَأً .

(٨) فِي م : « بِالْحَيْضِ » .

(٩) كَذَا ، وَالْأَوْفَقُ : « يَنْقَطِعُ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ م .

(١١) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَالشُّرْبِ » .

فصل : وإن أفطرَ في أثناءِ الشهرينِ لغيرِ عُذرٍ ، أو قَطَعَ التَّابِعَ بِصَوْمٍ نَذِرٍ ، أو قَضَاءٍ ، أو تَطَوُّعٍ ، أو كَفَّارَةٍ أُخرى ، لَزِمَهُ اسْتِثْنَاؤُ الشَّهْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْلَ بالتَّابِعِ الْمُشْتَرِطِ ^(١٢) ، وَيَقَعُ صَوْمُهُ عَمَّا نَوَاهُ ، لِأَنَّ هَذَا الزَّمَانَ لَيْسَ بِمُسْتَحَقٍّ مُتَعَيِّنٍ لِلْكَفَّارَةِ ، وَلِهَذَا يَجُوزُ صَوْمُهَا فِي غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ شَهْرِ رَمَضَانَ ، فَإِنَّهُ مُتَعَيِّنٌ لَا يَصْلُحُ لغيرِهِ . وَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ ^(١٣) نَذْرُ صَوْمٍ غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، أَخْرَجَهُ إِلَى فَرَاغِهِ مِنَ الْكَفَّارَةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَعَيِّنًا فِي وَقْتٍ بَعِيْنِهِ ، أَخَّرَ الْكَفَّارَةَ عَنْهُ ، أَوْ قَدَّمَهَا عَلَيْهِ إِنْ أَمَكَنَ . وَإِنْ كَانَ أَيَّامًا مِنْ كُلِّ شَهْرٍ ، كَيَوْمِ الْخَمِيسِ ، أَوْ أَيَّامِ الْبَيْضِ ، قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَيْهِ ، وَقَضَاهُ بَعْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ فُي بِنَذْرِهِ لَا تَقْطَعُ التَّابِعُ ، وَلَزِمَهُ الْاسْتِثْنَاءُ ، فَيُفْضَى إِلَى أَنْ لَا يَتِمَّكَنَ مِنَ التَّكْفِيرِ ، وَالنَّذْرُ يُمَكِّنُ قَضَاءَهُ ، فَيَكُونُ هَذَا عُذْرًا فِي تَأْخِيرِهِ كَالْمَرِضِ ^(١٤) .

١٣١٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَصَابَهَا فِي لَيَالِي الصَّوْمِ ، أَفْسَدَ مَا مَضَى مِنْ صِيَامِهِ ، وَابْتَدَأَ الشَّهْرَيْنِ)

وبهذا قال مالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتِمَّاسَا ﴾ ^(١) . فَأَمَرَ بِهِمَا خَالِيَيْنِ عَنْ وَطْءٍ ، وَلَمْ يَأْتِ بِهِمَا عَلَى مَا أُمِرَ ، فَلَمْ يُجْزَئِهِ ، كَمَا لَوْ وَطِئَ نَهَارًا ، وَلِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لِلوَطْءِ لَا يَخْتَصُّ النَّهَارَ ، فَاسْتَوَى فِيهِ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ كَالِاعْتِكَافِ . وَرَوَى الْأَثَرُمُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ التَّابِعَ لَا يَنْقَطِعُ بِهَذَا ، وَيُنْبِئُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا يَبْطُلُ الصَّوْمُ ، فَلَا يُوجِبُ الْاسْتِثْنَاءَ ، كَوَطْءِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ التَّابِعَ فِي الصِّيَامِ عِبَارَةٌ عَنْ إِتْبَاعِ صَوْمِ يَوْمٍ لِّلَّذِي قَبْلَهُ ، مِنْ غَيْرِ فَارِقٍ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ وَإِنْ وَطِئَ لَيْلًا ، وَارْتِكَابُ النَّهْيِ

(١٢) في م : « المشروط » .

(١٣-١٤) في ب ، م : « صوم نذر » .

(١٤) في الأصل ، م : « كالمرضى » .

(١) سورة المجادلة ٤ .

فِي الْوُطْءِ قَبْلَ إِثْمَامِهِ إِذَا لَمْ يُخَلَّ بِالتَّابِعِ الْمُشْتَرَطِ ، لَا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ وَإِجْزَاءَهُ ، كَالْوُطْئِ قَبْلَ الشَّهْرَيْنِ ، أَوْ لَوْ (٢) وَطِئَ لَيْلَةَ أَوَّلِ الشَّهْرَيْنِ وَأَصْبَحَ صَائِمًا ، وَالْإِتْيَانُ / بِالصَّيَامِ قَبْلَ التَّمَّاسِ فِي حَقِّ هَذَا لَا سَبِيلَ إِلَيْهِ ، سَوَاءَ بَنَى أَوْ اسْتَأْنَفَ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا ، فِي نَهَارِ الشَّهْرَيْنِ عَامِدًا ، أَفْطَرَ ، وَانْقَطَعَ التَّابِعُ ، إجماعًا ، إِذَا كَانَ غَيْرَ مَعْدُورٍ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا ، نَهَارًا نَاسِيًا ، أَفْطَرَ ، وَانْقَطَعَ التَّابِعُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا يُعَدُّ فِيهِ بِالنِّسْيَانِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ (٣) لَا يُفْطِرُ ، وَلَا يَنْقَطِعُ التَّابِعُ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْمُفْطِرَ نَاسِيًا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَكَلَ نَاسِيًا . وَإِنْ أُبِيحَ لَهُ الْفِطْرُ لَعُدَّ ، فَوُطِئَ غَيْرَهَا نَهَارًا ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ ؛ لِأَنَّ الْوُطْءَ لَا أَثَرَ لَهُ فِي قَطْعِ التَّابِعِ . وَإِنْ وَطِئَهَا ، كَانَ كَوُطِئِهَا لَيْلًا ، هَلْ يَنْقَطِعُ (٤) التَّابِعُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ وَطِئَ غَيْرَهَا لَيْلًا ، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ مُخَلَّ بِإِتْبَاعِ الصَّوْمِ الصَّوْمِ ، فَلَمْ يَقْطَعْ (٥) التَّابِعُ ، كَالْأَكْلِ لَيْلًا . وَلَيْسَ فِي هَذَا اخْتِلَافٌ نَعْلَمُهُ . وَإِنْ لَمَسَ الْمُظَاهَرَ مِنْهَا ، أَوْ بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ عَلَى وَجْهِ يُفْطِرُ بِهِ ، قَطَعَ التَّابِعُ ؛ لِإِخْلَالِهِ بِمُؤَالَاةِ الصَّيَامِ ، وَإِلَّا فَلَا يَنْقَطِعُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٣١٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ ، فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْمُظَاهَرَ إِذَا لَمْ يَجِدِ الرِّقْبَةَ ، وَلَمْ يَسْتَطِعِ الصَّيَامَ ، أَنْ فَرَضَهُ إِطْعَامُ سِتِّينَ مَسْكِينًا ، عَلَى مَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ ، وَجَاءَ فِي سُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ ، سَوَاءً عَجَزَ عَنِ الصَّيَامِ لِكَبَرِهِ ، أَوْ مَرَضَ يَخَافُ بِالصَّوْمِ تَبَاطُوهَ أَوْ الزِّيَادَةَ فِيهِ ، أَوْ الشَّبَقَ فَلَا يَصْبِرُ فِيهِ عَنِ الْجِمَاعِ ، فَإِنَّ (١) أَوْسَ بْنَ الصَّامِتِ ، لَمَّا أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالصَّيَامِ ، قَالَتْ

(٢) سقط من : م .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في ب : يقطع ، .

(٥) في م : يقطع ، .

(١) في ب : قال ، .

امرأته : يا رسول الله ، إنه شيخ كبير ، ما به من صيام . قال : « فَلْيُطْعَمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا »^(٢) . ولما أَمَرَ سَلَمَةَ بْنَ صَخْرٍ بِالصَّيَامِ قال : وهل أَصَبْتُ الَّذِي أَصَبْتُ إِلَّا مِنْ الصَّيَامِ ! قال : « فَأَطْعِم »^(٣) . فَنَقَلَهُ إِلَى الْإِطْعَامِ لَمَّا أَخْبَرَ أَنَّ بِهِ مِنَ الشَّبَقِ وَالشَّهْوَةِ مَا يَمْنَعُهُ مِنَ الصَّيَامِ . وَقَسْنَا عَلَى هَذَيْنِ مَا يُشَبِّهُهُمَا فِي مَعْنَاهُمَا . وَيجوزُ أَنْ يَنْتَقِلَ إِلَى الْإِطْعَامِ إِذَا عَجَزَ عَنِ الصَّيَامِ لِلْمَرَضِيِّ ، وَإِنْ كَانَ مَرْجُوًّا الزَّوَالَ ؛ لَدُخُولِهِ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَلأنَّهُ لَا يَعْلَمُ أَنْ لَهُ نِهَايَةً ، فَأَشْبَهَهُ الشَّبَقُ . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَنْتَقِلَ لِأَجْلِ السَّفَرِ ؛ لِأَنَّ السَّفَرَ لَا يُعْجِزُهُ^(٤) عَنِ الصَّيَامِ ، وَلَهُ نِهَايَةٌ يَنْتَهِي إِلَيْهَا ، وَهُوَ مِنْ أَفْعَالِهِ الْاِخْتِيَارِيَّةِ . وَالوَاجِبُ فِي الْإِطْعَامِ إِطْعَامُ / سِتِّينَ مِسْكِينًا ، لَا يُجْزِئُهُ أَقَلُّ مِنْ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَوْ أَطْعَمَ مِسْكِينًا وَاحِدًا فِي سِتِّينَ يَوْمًا ، أَجْزَأَهُ . وَحَكَاهُ الْقَاضِي أَبُو الْحُسَيْنِ رَوَايَةً عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ هَذَا الْمُسْكِينِ لَمْ يَسْتَوْفِ قُوَّتَ يَوْمِهِ مِنْ هَذِهِ الْكُفَّارَةِ ، فَجَازَ أَنْ يُعْطَى مِنْهَا ، كَالْيَوْمِ الْأَوَّلِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَهَذَا لَمْ يُطْعَمْ إِلَّا وَاحِدًا ، فَلَمْ يَمْتَثِلِ الْأَمْرَ ، وَلأنَّهُ لَمْ يُطْعَمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا ، فَلَمْ يُجْزِئْهُ ، كَمَا لَوْ دَفَعَهَا إِلَيْهِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، وَلأنَّهُ لَوْ جَازَ الدَّفْعُ إِلَيْهِ فِي أَيَّامٍ ، لَجَازَ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، كَالزَّكَاةِ وَصَدَقَةِ الْفِطْرِ ، يُحَقِّقُ هَذَا أَنَّ اللَّهَ أَمَرَ بِعَدَدِ الْمَسَاكِينِ ،^(٥) لَا بِعَدَدِ الْأَيَّامِ ، وَقَائِلُ هَذَا يَعْتَبِرُ عَدَدَ الْأَيَّامِ دُونَ عَدَدِ الْمَسَاكِينِ^(٦) ؛ وَالْمَعْنَى فِي الْيَوْمِ الْأَوَّلِ أَنَّهُ لَمْ يَسْتَوْفِ حَقَّهُ مِنْ هَذِهِ الْكُفَّارَةِ ، وَفِي الْيَوْمِ الثَّانِي قَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ مِنْهَا ، وَأَخَذَ مِنْهَا قُوَّتَ يَوْمٍ ، فَلَمْ يَجْزَ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهِ فِي الْيَوْمِ الثَّانِي ، كَمَا لَوْ أَوْصَى إِنْسَانٌ بِشَيْءٍ لِسِتِّينَ مِسْكِينًا .

(٢) تقدم تحريجه في صفحة ٥٤ .

(٣) تقدم تحريجه في صفحة ٥٥ .

(٤) في ب : « يعجز » .

(٥-٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

١٣٢٠ - مسألة ؛ قال : (لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدٌّ مِنْ بُرٍّ أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ)

وجملة الأمر ، أن قَدَرَ الطَّعَامُ فِي الْكَفَّارَاتِ كُلَّهَا مُدٌّ مِنْ بُرٍّ لِكُلِّ مِسْكِينٍ ، أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ . وَمِمَّنْ قَالَ : مُدٌّ بُرٍّ . زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ عُمَرَ . حَكَاهُ عَنْهُمْ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَرَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُ ، وَعَنْ عَطَاءٍ ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ مُوسَى . وَقَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ يَسَارٍ : أَذْرَكْتُ النَّاسَ إِذَا أَعْطَوْا فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، أَعْطَوْا^(٦) مُدًّا مِنْ حِنْطَةٍ بِالمُدِّ الْأَصْغَرِ ، مُدَّ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : يُطْعِمُ مُدًّا مِنْ أَى الْأَنْوَاعِ كَانَ . وَهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لَمَّا رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٧) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، عَنْ أَوْسِ بْنِ أَخِي عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ - يَعْنِي الْمُظَاهِرَ - خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ ، إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي حَدِيثِ الْمُجَامِعِ فِي رَمَضَانَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِعَرَقٍ فِيهِ خَمْسَةُ عَشَرَ صَاعًا ، فَقَالَ : « خُذْهُ وَنَصَّدُقْ بِهِ »^(٨) . وَإِذَا ثَبَّتَ فِي الْمُجَامِعِ بِالْخَبَرِ ، ثَبَّتَ فِي الْمُظَاهِرِ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ ، وَلَئِنَّهُ إِطْعَامٌ وَاجِبٌ ، فَلَمْ يَخْتَلِفْ بِاخْتِلَافِ أَنْوَاعِ الْمُخْرَجِ ، كَالْفِطْرَةِ وَفِدْيَةِ الْأَذَى . وَقَالَ مَالِكٌ : لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدَّانِ مِنْ جَمِيعِ الْأَنْوَاعِ . وَمِمَّنْ قَالَ : مُدَّانِ مِنْ قَمْحٍ ؛ بِجَاهِدٍ ، وَعِكْرَمَةَ ، وَالشَّعْبِيَّ ، وَالنَّحَعِيُّ^(٩) ؛ لِأَنَّهَا كَفَّارَةٌ تَشْتَمِلُ عَلَى صِيَامٍ وَإِطْعَامٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ ، كَفِدْيَةِ الْأَذَى . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ / الرَّأْيِ : مِنَ الْقَمْحِ مُدَّانِ ، وَمِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ صَاعٌ ، لِكُلِّ مِسْكِينٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ : « فَأَطْعِمُ وَسَقَا مِنْ تَمْرٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « الْمُسْنَدِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا^(١٠) . وَرَوَى الْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ يُوسُفَ بْنِ

٩٠/٨ و

(٦) سقط من : م .

(٧) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٤/١ .

(٨) تقدم تخريجه في : ٣٦٦/٤ ، ويضاف إليه : وأخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٢٠٨/٢ .

(٩) سقط من : أ .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥ .

عبد الله بن سلام ، عن خُوَيْلَةَ : فقال لى رسول الله ﷺ : « فَلْيُطْعِمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسَقًا مِنْ تَمْرٍ » . وفى رواية أبى داود : وَالْعَرَقَ سِتُّونَ صَاعًا^(١١) . وَرَوَى ابْنُ ماجه^(١٢) ، بإسناده عن ابن عباس ، قال : كَفَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ ، وَأَمَرَ النَّاسَ : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَنَصْفُ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وَرَوَى الْأَثَرُمُ ، بإسناده عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قال : أَطْعِمْ عَتَى صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ^(١٣) . وَلَأنَّهُ إِطْعَامٌ لِلْمَساكِينِ ، فَكان صَاعًا مِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ ، كَصَدَقَةِ الْفَطْرِ . وَلَنَا ، ما رَوَى الْإمامُ أَحْمَدُ ، ثنا إِسْماعِيلُ ، ثنا أَيُّوبُ ، عن أبى يَزِيدَ^(١٤) الْمَدَنِيُّ قال : جاءت امرأة مِنْ بنى بَيَّاضَةَ بِنِصْفِ وَسْقٍ شَعِيرٍ ، فقال النَّبِيُّ ﷺ لِلْمُظَاهِرِ : « أَطْعِمْ هَذَا ؛ فَإِنْ مُدِّى شَعِيرٍ مَكَانَ مُدِّ بُرٍّ »^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ . وَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ مُدُّ بُرٍّ ، أَنَّهُ قَوْلُ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَأَبى هُرَيْرَةَ ، وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فى الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا^(١٦) ، فَكان إجماعًا^(١٧) ، وَيَدُلُّ عَلَى^(١٧) أَنَّهُ نِصْفُ صَاعٍ مِنَ التَّمْرِ أَوْ الشَّعِيرِ^(١٨) ، ما رَوَى عَطَاءُ بْنُ يَسَّارٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قال لَخُوَيْلَةَ^(١٩) أُمْرَأَةُ أَوْسٍ بْنِ الصَّامِتِ : « اذْهَبِي إِلَى فَلَانِ الْأَنْصَارِيِّ ، فَإِنَّ عِنْدَهُ شَطْرَ وَسْقٍ مِنْ تَمْرٍ ، أَخْبَرَنِي أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَتَصَدَّقَ بِهِ ، فَلْتَأْخُذْ بِهِ ، فَلْيَتَصَدَّقْ بِهِ عَلَى سِتِّينَ مِسْكِينًا »^(٢٠) . وفى حَدِيثِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ

(١١) حَدِيثُ خُوَيْلَةَ تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فى صَفْحَةِ ٥٤ عَنْ غَيْرِ الْحَلَالِ .

(١٢) فى : باب كَمْ يَطْعَمُ فى كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، مِنْ كِتَابِ الْكُفَّاراتِ . سنن ابن ماجه ٦٨٢ / ١ .

(١٣) أَخْرَجَهُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فى : باب إِطْعَامِ عَشْرَةِ مَساكِينٍ أَوْ كَسْوَتِهِمْ ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمانِ وَالنَّذورِ . الْمُصَنَّفُ ٥٠٧ / ٨ .

(١٤) فى ب : « زَيْدٌ » . وَتَقْدِمُ تَصْحِيحِهِ فى : ٣٨٣ / ٤ .

(١٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فى : ٣٨٣ / ٤ ، وَيُورِى مِنْهُ الْمُسْنَدُ .

(١٦) فى الْأَصْلِ : « مُخَالَفَةٌ » .

(١٧-١٧) فى أ ، ب ، م : « وَعَلَى » .

(١٨) فى الْأَصْلِ ، ب ، م : « وَالشَّعِيرِ » .

(١٩) فى النسخ : « لَخُوَيْلَةَ » .

(٢٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فى : باب مَنْ لَهْ الْكُفَّارَةُ بِالْإِطْعَامِ ، مِنْ كِتَابِ الظَّهَارِ . السنن الكبرى ٣٨٩ / ٧ ، ٣٩٠ .

وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فى : باب ما جَاءَ فى الظَّهَارِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السنن ١٥٠ / ٢ .

النَّبِيُّ ﷺ قال : « إِنِّي سَاعِيْنُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ » . قلتُ : يا رسولَ الله ، فإنِّي سَاعِيْنُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ . قال : « قَدْ أَحْسَنْتَ ، اذْهَبِي فَأَطْعِمِي ^(٢١) بِهَا عَنْهُ ^(٢٢) سِتِّينَ مِسْكِيْنًا ، وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمَلِكٍ ^(٢٣) » . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي سَلَمَةَ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنَّهُ قَالَ : الْعَرَقُ زَبِيلٌ يَأْخُذُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا . فَعَرَقَانِ يَكُونَانِ ثَلَاثِينَ صَاعًا ، لِكُلِّ مِسْكِيْنٍ نِصْفُ صَاعٍ ، وَلِأَنَّهَا كَفَّارَةٌ تُشْتَمِلُ عَلَى صِيَامٍ وَإِطْعَامٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ مِسْكِيْنٍ نِصْفُ صَاعٍ مِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ ، كِفْذِيَّةُ الْأَدَى . فَأَمَّا رِوَايَةُ أَبِي دَاوُدَ أَنَّ « الْعَرَقَ سِتُّونَ صَاعًا ^(٢٤) » . فَقَدْ ضَعَّفَهَا وَقَالَ : غَيْرُهَا أَصَحُّ مِنْهَا . وَفِي الْحَدِيثِ مَا يُدُلُّ عَلَى الضَّعْفِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ فِي سِيَاقِ قَوْلِهِ : « إِنِّي سَاعِيْنُهُ بِعَرَقٍ » . فَقَالَتْ امْرَأَتُهُ : إِنِّي سَاعِيْنُهُ / بِعَرَقٍ آخَرَ . قَالَ : « فَأَطْعِمِي بِهَا عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِيْنًا » . فَلَوْ كَانَ الْعَرَقُ سِتِّينَ صَاعًا ، لَكَانَتِ الْكَفَّارَةُ مِائَةً وَعِشْرِينَ صَاعًا ، وَلَا قَائِلَ بِهِ . وَأَمَّا حَدِيثُ الْمُجَامِعِ الَّذِي أَعْطَاهُ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا ، فَقَالَ : « تَصَدَّقْ بِهِ ^(٢٥) » . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ اقْتَصَرَ عَلَيْهِ إِذْ ^(٢٦) لَمْ يَجِدْ سِوَاهُ ^(٢٧) ، وَلِذَلِكَ لَمَّا أَخْبَرَهُ بِحَاجَتِهِ إِلَيْهِ أَمَرَهُ بِأَكْلِهِ . وَفِي الْحَدِيثِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهِ ^(٢٨) : « قَرِيبٌ مِنْ عِشْرِينَ صَاعًا » . وَلَيْسَ ذَلِكَ مَذْهَبًا لِأَحَدٍ ^(٢٩) ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ

ظ ٩٠/٨

(٢١-٢٢) في ١ : « بهما » .

(٢٢) تقدم تخريجه في : صفحة ٥٤ .

(٢٣) في : باب في الظهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥١٤/١ .

(٢٤) تقدم تخريجه في : ٣٦٦/٤ .

(٢٥) في ١ ، م : « إذا » .

(٢٦) في ب : « غيره » .

(٢٧) يعني به حديث أبي هريرة ، الذي أخرجه البخاري ، في : باب إذا جامع في رمضان ولم يكن له شيء فتصدق عليه فليكفر ، من كتاب الصوم . صحيح البخاري ٤١/٣ . ومسلم ، في : باب تغليظ تحريم الجماع في نهار رمضان على الصائم ... ، من كتاب الصيام . صحيح مسلم ٧٨١/٢ . ولم يرد فيه عندهما تعيين مقدار المكل أنه قريب من عشرين صاعا ، كما أورد المؤلف . وأخرجه ابن خزيمة ، في : باب ذكر الدليل على أن النبي ﷺ إنما أمر هذا الجماع بالصدقة ... ، من كتاب الصيام . صحيح ابن خزيمة ٢١٩/٣ . وأبو داود ، في : باب كفارة من أتى أهله في رمضان ، من كتاب الصيام . سنن أبي داود ٥٥٨/١ . والبيهقي ، في : باب رواية من روى الأمر بقضاء يوم ... ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى ٢٢٧/٤ . وعبد الرزاق ، في : باب من يطل الصيام ... ، من كتاب الصيام . المصنف ١٩٥/٤ . وانظر : فتح الباري ١٦٩/٤ .

(٢٨) في ١ ، م : « لأحمد » .

اقتصَرَ على البَعْضِ الذي لم يَجِدْ سِوَاهُ . وحديثُ أوسِ ابنِ أخِي عُبَادَةَ مُرْسَلٌ ، يَرْوِيهِ عَنْهُ عَطَاءٌ ولم يُذَكِّرْهُ ، على أَنَّهُ حُجَّةٌ لَنَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْطَاهُ عَرَقًا ، وَأَعَانَتْهُ امْرَأَتُهُ بِأَخَرٍ ، فَصَارَا جَمِيعًا ثَلَاثِينَ صَاعًا . وسائرُ الأخبارِ تَجْمَعُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَخْبَارِنَا بِحَمْلِهَا عَلَى الْجَوَازِ ، وَأَخْبَارُنَا عَلَى الْإِجْزَاءِ ، وقد عَضَّدَ هَذَا أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ رَأَى بَعْضُهَا ، ومذهبهُ أَنَّ الْمُدَّ مِنْ الْبُرِّ يُجْزَى ، وكذلك أَبُو هُرَيْرَةَ ، وسائرُ ما ذَكَرْنَا مِنَ الْأَخْبَارِ ، مع الإجماعِ الذي نقله سَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ . واللهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَبَقِيَ الْكَلَامُ فِي الْإِطْعَامِ فِي أُمُورٍ ثَلَاثَةٍ ؛ كَيْفِيَّتُهُ ، وَجِنْسُ الطَّعَامِ ، وَمُسْتَحِقُّهُ . فَأَمَّا كَيْفِيَّتُهُ ، فَظَاهِرُ الْمَذْهَبِ أَنَّ الْوَاجِبَ تَمْلِيكَ كُلِّ إِنْسَانٍ مِنَ الْمَسَاكِينِ ^(٢٩) الْقَدْرَ ^(٣٠) الْوَاجِبَ لَهُ مِنَ الْكِفَّارَةِ ، وَلَوْ غَدَى الْمَسَاكِينُ أَوْ عَشَّاهُمْ لَمْ يُجْزَئِهِ ، سِوَاءَ فَعَلْ ذَلِكَ بِالْقَدْرِ الْوَاجِبِ ، أَوْ أَقَلَّ ، أَوْ أَكْثَرَ ، وَلَوْ غَدَى كُلُّ وَاحِدٍ بِمُدٍّ ، لَمْ يُجْزَئِهِ ، إِلَّا أَنْ يَمْلِكَهُ إِيَّاهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَاةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزَئُهُ إِذَا أَطْعَمَهُمُ الْقَدْرَ الْوَاجِبَ لَهُمْ . وَهُوَ قَوْلُ النَّحْوِيِّ ، وَأَبَى حَنِيفَةَ . وَأَطْعَمَ أَنَسٌ فِي فِدْيَةِ الصِّيَامِ ^(٣١) . قَالَ أَحْمَدُ : أَطْعَمَ شَيْئًا كَثِيرًا ، وَصَنَعَ ^(٣٢) الْجِفَانَ . وَذَكَرَ حَدِيثَ حَمَّادِ بْنِ سَلَمَةَ ، عَنْ ثَابِتٍ ، عَنْ أَنَسٍ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ ^(٣٣) . وَهَذَا قَدْ أَطْعَمَهُمْ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُجْزَئَهُ ، وَلَئِنَّهُ أَطْعَمَ الْمَسَاكِينَ ، فَأَجْزَاهُ ، كَمَا لَوْ مَلَكَهُمْ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَنْقُولَ عَنِ الصَّحَابَةِ إِعْطَاؤُهُمْ ؛ فَفِي قَوْلِ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَأَبَى هُرَيْرَةَ ، مُدٌّ لِكُلِّ فَقِيرٍ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِكَعْبٍ فِي فِدْيَةِ الْأَدَى :

(٢٩) سقط من: الأصل .

(٣٠) في ب : « للقدر » .

(٣١) تقدم في : ٣٨٤ / ٤ . وأخرجه الدارقطني ، في : باب طلوع الشمس بعد الإفطار ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى

الدارقطني ٢٠٧ / ٢ . والبيهقي ، في : باب الشيخ الكبير لا يطيق الصوم ... ، من كتاب الصيام . السنن الكبرى

٤ / ٢٧١ . وعبد الرزاق ، في : باب الشيخ الكبير ، من كتاب الصيام . المصنف ٤ / ٢٢٠ . والطبراني ، في :

المعجم الكبير ١ / ٢١٤ .

(٣٢) في الأصل : « وضع » .

(٣٣) سورة المجادلة ٤ .

« أَطْعِمُ ثَلَاثَةَ أَصْعُجٍ مِنْ تَمْرٍ ، بَيْنَ سِتَّةِ مَسَاكِينٍ » (٣٤) . ولأنَّه مَالٌ وَجَبَ لِلْفُقَرَاءِ شَرْعًا ، فَوَجَبَ تَمْلِيكُهُمْ إِيَّاهُ كَالزَّكَاةِ . فَإِنْ قُلْنَا : يُجْزَى . اشْتَرَطَ أَنْ يُعَدَّيْهِمْ بِسِتِّينَ مُدًّا فَصَاعِدًا ؛ لِيَكُونَ قَدَّ أَطْعَمَهُمْ قَدَرُ الْوَاجِبِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُجْزَى أَنْ يُعَدَّيْهِمْ ، فَقَدَّمَ إِلَيْهِمْ سِتِّينَ مُدًّا ، وَقَالَ / : هَذَا يَبْنِيكُمْ بِالسُّوْيَةِ . فَقَبِلُوهُ ، أَجْزَأُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُمُ التَّصَرُّفُ فِيهِ وَالِانْتِفَاعُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يُجْزَى ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : بِالسُّوْيَةِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : خُذُوهَا عَنْ كَفَّارَتِي . يَقْتَضِي السُّوْيَةَ ، لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرُ حَقِّهِ ، أَجْزَأُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ شَغْلُ ذِمَّتِهِ ، مَا لَمْ يَعْلَمْ وَصُولَ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ دَفَعَ الْحَقَّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ مُشَاعًا ، فَقَبِلُوهُ ، فَبَرَّئَ مِنْهُ ، كَذِيُونِ غُرْمَائِهِ .

٩١/٨ و

فصل : وَلَا يَجِبُ التَّنَابُعُ فِي الْإِطْعَامِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِمْ ، وَقِيلَ لَهُ : تَكُونُ عَلَيْهِ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، فَيُطْعِمُ الْيَوْمَ وَاحِدًا ، وَآخَرَ بَعْدَ أَيَّامٍ ، وَآخَرَ بَعْدَ (٣٥) حَتَّى يَسْتَكْمِلَ عَشْرَةَ ؟ فَلَمْ يَرِ بِذَلِكَ بَأْسًا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمْ يَشْتَرِطِ التَّنَابُعَ فِيهِ . وَلَوْ وَطِئَ فِي أَثْنَاءِ الْإِطْعَامِ ، لَمْ تَلْزَمْهُ إِعَادَةُ مَا مَضَى مِنْهُ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَسْتَأْنِفُ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ فِي أَثْنَاءِ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ ، فَوَجَبَ الْاسْتِنَافُ ، كَالصِّيَامِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَطِئَ فِي أَثْنَاءِ مَا لَا يُشْتَرِطُ التَّنَابُعَ فِيهِ ، فَلَمْ يُوجِبِ الْاسْتِنَافُ ، كَوَطِئِ غَيْرِ الْمُظَاهَرِ مِنْهَا ، أَوْ كَالْوَطِئِ فِي كَفَّارَةِ الْيَمِينِ ، وَبِهَذَا فَارَقَ الصِّيَامُ .

١٣٢١ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَلَوْ أُعْطِيَ مَسْكِينًا مُدَّيْنِ مِنْ كَفَّارَتَيْنِ فِي يَوْمٍ وَاحِدٍ ، أَجْزَأُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَائِعَيْنِ)

وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ الْقَدْرَ الْوَاجِبَ إِلَى الْعَدَدِ الْوَاجِبِ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ الْمُدَّيْنِ فِي يَوْمَيْنِ . وَالْآخَرَى ، لَا يُجْزَى . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَوْفَى قُوَّتَ

(٣٤) تقدم تخريجه في : ١١٦ ، ١٤٥ / ٥ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

يوم من كفارة ، فلم يُجزئهُ الدَّفْعُ إليه ثانيًا في يَوْمِهِ ، كما لو دَفَعَهُمَا ^(١) إليه من كفارة واحدة . فعلى هذه الرواية ، يُجزئُهُ عن إحدَى الكَفَّارَتَيْنِ . وهل له الرجوعُ في الأخرى ؟ يُنظَرُ ؛ فإن ^(٢) كان أَعْلَمَهُ أَنَّهَا عن كفارة ، فله الرجوعُ ، وإلا فلا . وَيَتَخَرَّجُ أَنْ لَا يَرْجِعَ بشيءٍ ، على ما ذكرناه في الزكاة . والرواية الأولى أَقْبَسُ وَأَصَحُّ ، فإنَّ اعتبارَ عَدَدِ المساكين ، أَوْلَى من اعتبارِ عَدَدِ الأَيَّامِ ، ولو دَفَعَ إليه ذلك في يومين أَجْزَأ ، ولأنَّه لو كان الدَّفْعُ اثْنَيْنِ ، أَجْزَأُ عَنْهُمَا ، فكذلك إذا كان الدَّفْعُ واحدًا . ولو دَفَعَ سِتِّينَ مُدًّا إلى ثلاثين فقيرًا من كفارة واحدة ، أَجْزَأُ مِنْ ذَلِكَ ثلاثون ، وَيُطْعَمُ ثلاثين آخَرِينَ ، وإن دَفَعَ السِتِّينَ مِنْ كَفَّارَتَيْنِ . أَجْزَأُ ذَلِكَ ، على إحدَى الروائَتَيْنِ ، ولا يُجزئُ في الأخرى ^(٣) إلا عن ^(٤) / ثلاثين . والأمرُ الثاني ، أَنَّ المُجْزِئَ في الإطعام ما يُجزئُ في الفِطْرَةِ ، وهو البُرُّ ، والشَّعِيرُ ، والتَّمْرُ ، والزَّيْبُ ، سواء كانت قُوَّتُهُ أو لم تَكُنْ ، وما عداها . فقال القاضي : لا يُجزئُ إخراجُه ، سواء كان قُوَّتَ بَلَدِهِ أو لم يَكُنْ ؛ لأنَّ الحَبَرَ وَرَدَ بإخراج هذه الأصناف ، على ما جاء في الأحاديث التي رَوَيْنَاهَا ، ولأنَّه الجنسُ المُخْرَجُ في الفِطْرَةِ ، فلم يُجزئْ غَيْرُهُ ، كما لو لم يَكُنْ قُوَّتَ بَلَدِهِ . وقال أبو الحَطَّابِ : عندى أَنَّهُ يُجزئُهُ الإخراجُ من جميع الحبوب التي هي قُوَّتُ بَلَدِهِ ، كالذُّرَّةِ ، والدُّخْنِ ، والأُرْزِّ ؛ لأنَّ اللَّهَ تَعَالَى قال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ^(٥) . وهذا ممَّا يُطْعِمُهُ أَهْلُهُ ، فَوَجَبَ أَنْ يُجزئَهُ بظَاهِرِ النَّصِّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . فإن أَخْرَجَ غَيْرَ قُوَّتِ بَلَدِهِ ، أَجْوَدَ مِنْهُ ، فَقَدْ زَادَ خَيْرًا ، وإن كان أَتَقَصَّ ، لم يُجزئَهُ ، وهذا أَجْوَدُ .

فصل : والأفضلُ عند أبي عبد الله ، إخراجُ الحَبِّ ؛ لأنَّه يَخْرُجُ بِهِ مِنَ الْخِلَافِ ، وَهِيَ حَالَةٌ كَمَالِهِ ، لأنَّه يُدْخَرُ فِيهَا ، وَيَتَهَيَّأُ لِمَنَافِعِهِ كُلِّهَا ، بِخِلَافِ غَيْرِهِ . فإن أَخْرَجَ

(١) في الأصل : « دفعهما » .

(٢) في م : « فإذا » .

(٣-٣) في ١ ، ب ، م : « عن إلا » .

(٤) سورة المائدة ٨٩ .

دَقِيقًا جَارَ ، لَكِنْ يَزِيدُ عَلَى قَدَرٍ^(٥) الْمُدُّ قَدْرًا يَبْلُغُ الْمُدَّ حَبًّا ، أَوْ يُخْرِجُهُ بِالْوَزْنِ ؛ لِأَنَّ
لِلْحَبِّ رَيْعًا ، فَيَكُونُ فِي مِكْيَالِ الْحَبِّ أَكْثَرُ مِمَّا فِي مِكْيَالِ الدَّقِيقِ . قَالَ الْأَثْرَمُ : قِيلَ^(٦)
لَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : فَيُعْطَى الْبُرُّ وَالْدَّقِيقُ ؟ فَقَالَ : أَمَّا الَّذِي جَاءَ فَالْبُرُّ ، وَلَكِنْ إِنْ أَعْطَاهُمْ
الدَّقِيقَ بِالْوَزْنِ ، جَازَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُجْزِئُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِحَالِ الْكَمَالِ ، لِأَجْلِ مَا
يَقُوتُ بِهِ مِنْ وُجُوهِ الْإِثْفَاعِ ، فَلَمْ يَجْزُ ، كَالْهَرِيسَةِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :
﴿ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . وَالْدَّقِيقُ مِنْ
أَوْسَطِ مَا يُطْعَمُهُ أَهْلُهُ ، وَلِأَنَّ الدَّقِيقَ أَجْزَاءُ الْحِنْطَةِ ، وَقَدْ كَفَّاهُمْ مُؤْتَتَهُ وَطَحْنَهُ ، وَهَيَأُ
وَقَرَبَهُ مِنَ الْأَكْلِ ، وَفَارَقَ الْهَرِيسَةَ ، فَإِنَّهَا تَتَلَفُ عَلَى قُرْبٍ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْإِثْفَاعُ بِهَا فِي غَيْرِ
الْأَكْلِ فِي تِلْكَ الْحَالِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَعَنْ أَحْمَدَ ، فِي إِخْرَاجِ الْخُبْزِ رَوَاتَيْنِ ؛
إِحْدَاهُمَا ، يُجْزِئُ . اخْتَارَهَا الْخِرَقِيُّ . وَنَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فِي رَوَايَةِ الْأَثْرَمِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : قُلْتُ
لَأَبِي عَبْدِ اللَّهِ : رَجُلٌ أَخَذَ ثَلَاثَةَ عَشَرَ رَطْلًا وَثُلُثًا دَقِيقًا ، وَهُوَ كَفَّارَةُ الْيَمِينِ ، فَخَبَزَهُ
لِلْمَسَاكِينِ ، وَقَسَمَ الْخُبْزَ عَلَى عَشْرَةِ مَسَاكِينٍ ، أَيُجْزِئُهُ ذَلِكَ ؟ قَالَ : ذَلِكَ أَعْجَبُ
إِلَيَّ ، وَهُوَ الَّذِي جَاءَ فِيهِ الْحَدِيثُ أَنَّ يُطْعَمَهُمْ مُدُّ بُرٍّ ، وَهَذَا إِنْ فَعَلَ فَأَرْجُو أَنْ يُجْزِئَهُ .
قُلْتُ : إِنَّمَا قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ ﴾ . فَهَذَا قَدْ أَطْعَمَ عَشْرَةَ مَسَاكِينٍ ،
وَأَوْفَاهُمُ الْمُدَّ . قَالَ : أَرْجُو أَنْ يُجْزِئَهُ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ .
وَقُلْتُ الْأَثْرَمُ ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَنَّ أَحْمَدَ سَأَلَهُ رَجُلٌ عَنِ الْكَفَّارَةِ ، قَالَ : أَطْعِمُهُمْ خُبْزًا وَتَمْرًا ؟
قَالَ : لَيْسَ فِيهِ تَمْرٌ . قَالَ : فَخُبْزٌ ؟ قَالَ : لَا ، وَلَكِنْ بُرًّا أَوْ دَقِيقًا بِالْوَزْنِ ، رَطْلٌ وَثُلُثٌ لِكُلِّ
مَسْكِينٍ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يُجْزِئُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ خَرَجَ عَنْ حَالِ الْكَمَالِ
وَالْإِدْحَارِ فَاشْتَبَهَ الْهَرِيسَةَ . وَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ مِنْ
أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . وَهَذَا مِنْ أَوْسَطِ مَا يُطْعَمُ أَهْلُهُ ، وَلَيْسَ الْإِدْحَارُ

٩٢/٨ و

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) في ب: « قلت » .

مقصودًا في الكفارة ، فإنها مُقدَّرة بما يَقُوتُ المسكين في يومه ، فيدُلُّ ذلك على أنَّ المقصودَ كِفَايَتُهُ في يومه ، وهذا قد هَيَّاه للأكل المُعتادِ للاقتيات ، وكفاهم مُؤَنَّتَهُ ، فأشبه ما لو تَقَيَّ الحِنْطَةَ وَغَسَلَهَا . وَأَمَّا الْهَرِيسَةُ وَالْكَبُولَا^(٧) وَخَوُّهُمَا ، فَلَا يُجْزَى ؛ لَأَنَّهُمَا خَرَجَا عَنِ الْاِقْتِيَاتِ الْمُعتَادِ إِلَى حَيِّزِ الْإِدَامِ . وَأَمَّا السَّوِيقُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يُجْزَى ؛ لِذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ يُقْتَاتُ فِي بَعْضِ الْبُلْدَانِ ، وَلَا يُجْزَى مِنَ الْخُبْزِ وَالسَّوِيقِ أَقْلٌ مِنْ شَيْءٍ يُعْمَلُ مِنْ مُدٍّ ، فَإِنْ أَخَذَ مُدَّ حِنْطَةٍ ، أَوْ رَطَلًا وَثُلَاثًا مِنَ الدَّقِيقِ ، وَصَنَعَهُ خُبْزًا ، أَجْزَاهُ . وَقَالَ الْخَرَقِيُّ : يُجْزَى رَطَلَانِ . قَالَ الْقَاضِي : الْمُدُّ يَجِيءُ مِنْهُ رَطَلَانِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ رَطَلَيْنِ مِنَ الْخُبْزِ لَا تَكُونُ إِلَّا مِنْ مُدٍّ ، وَذَلِكَ بِالرَّطْلِ الدَّمَشَقِيِّ خَمْسُ أَوَاقٍ وَأَقْلٌ مِنْ خَمْسِ أَوْقِيَّةٍ ، وَهَذَا فِي الْبَرِّ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمُخْرَجُ مِنَ الشَّعِيرِ ، فَلَا يُجْزَى إِلَّا ضِعْفُ ذَلِكَ ، عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ .

فصل : وَلَا تُجْزَى الْقِيَمَةُ فِي الْكَفَّارَةِ . نَقَلَهَا الْمِمْوْنِيُّ ، وَالْأَثَرُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَخَرَّجَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزَى . وَهُوَ مَا رَوَى الْأَثَرُ ، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ أَحْمَدَ ، قَالَ : أَعْطَيْتُ فِي كَفَّارَةِ خَمْسَةِ دَوَائِقٍ ؟ فَقَالَ : لَوْ اسْتَشَرْتَنِي قَبْلَ أَنْ تُعْطِيَ لَمْ أُشِرْ عَلَيْكَ ، وَلَكِنْ أَعْطِ^(٨) مَا بَقِيَ مِنَ الْأَثْمَانِ عَلَى مَا قُلْتُ لَكَ . وَسَكَتَ عَنِ الَّذِي أَعْطَى . وَهَذَا لَيْسَ بِرَوَايَةٍ ، وَإِنَّمَا سَكَتَ عَنِ الَّذِي أَعْطَى ؛ [لَأَنَّهُ]^(٩) مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَلَمْ يَرِ التَّضْيِيقُ عَلَيْهِ فِيهِ .

الْأَمْرُ الثَّالِثُ ، أَنَّ مُسْتَحَقَّ الْكَفَّارَةِ هُمُ الْمَسَاكِينُ الَّذِينَ يُعْطَوْنَ مِنَ الزَّكَاةِ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَالْفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فِيهِمْ ؛ لِأَنَّ فِيهِمُ الْمَسْكَنَةَ وَزِيَادَةً ، وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا . فَأَمَّا الْأَغْنِيَاءُ فَلَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْكَفَّارَةِ ، سِوَاءَ كَانُوا مِنْ أَصْنَافِ الزَّكَاةِ ، كَالْعَزَاةِ وَالْمُؤَلَّفَةِ قُلُوبُهُمْ^(١٠) ، أَوْ لَمْ يَكُونُوا ؛ لِأَنَّ

(٧) الكبولا : العصيدة .

(٨) في م زيادة : « على » .

(٩) تكملة لازمة .

(١٠) سقط من : الأصل ، ب ، م .

الله تعالى خصَّ بها المساكينَ ، واختلف أصحابنا في المُكاتب ؛ فقال القاضي ، في «المُجرَّد» ، وأبو الخطاب ، في «الهداية» : لا يجوز دفعها إليه . وهو مذهب الشافعي . وقال الشريف أبو جعفر ، وأبو الخطاب ، في «مسائلهما» : يجوز الدفع إليه . وهو مذهب أبي حنيفة ، وأبي ثور ؛ لأنه يأخذ من الزكاة لحاجته ، فأشبهه المسكين . ووجه الأولي أن الله تعالى خصَّ بها المساكينَ ، والمُكاتبون صنف آخر ، فلم يجز الدفع إليهم ، كالغزاة والمؤلفة ، ولأن الكفارة قد رت بقوت يوم لكل مسكين ، وصرفت^(١١) إلى من يحتاج إليها للاقتيات ، والمُكاتب لا يأخذ لذلك ، فلا يكون في معنى المسكين . ويُفارق الزكاة ، فإن الأغنياء يأخذون منها ، وهم الغزاة ، والعاملون عليها^(١٢) ، والمؤلفة ، والعارمون ، ولأنه غني بكسبه أو بسيده ، فأشبهه العامل . ولا خلاف بينهم في أنه لا يجوز دفعها إلى عبد ؛ لأن نفقته واجبة على سيده ، وليس هو من أصناف الزكاة ، ولا إلى أم ولد ؛ لأنها أمة نفقتها على سيدها ، وكسبها له ، ولا إلى من تلزمه نفقته . وقد ذكرنا ذلك في الزكاة^(١٣) ، وفي دفعها إلى الزوج وجهان ؛ بناء على دفع الزكاة إليه . ولا يجوز دفعها إلى كافر . وهذا قال الشافعي . وخرج أبو الخطاب وجهها في إعطائهم ، بناء على الرواية في إعتاقهم . وهو قول أبي ثور ، وأصحاب الرأي ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿إطعام عشرة مسكين﴾ . وأطلق ، فيدخلون في الإطلاق . ولنا ، أنه كافر ، فلم يجز الدفع إليه ، كمساكين أهل الحرب ، وقد سلمه أصحاب الرأي ، والآية مخصوصة بأهل الحرب ، فنقيس عليهم سائر الكفار ، ويجوز صرفها إلى^(١٤) الكبير ، والصغير^(١٥) ، إن كان ممن يأكل الطعام . وإذا أراد صرفه إلى الصغير ، فإنه يدفعه^(١٥) إلى وليه ، يقبض له ؛ فإن الصغير لا يصح منه القبض . فأما من لا يأكل الطعام ،

(١١) في ١ : «فصرفت» .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٣) تقدم في : ٩٨/٤ وما بعدها .

(١٤-١٥) في ٣ : «الصغير والكبير» .

(١٥) في الأصل : «يدفع» .

فظاهرُ كلامِ الجَرْحِيِّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْكُلُهُ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ دَفْعِ الْقِيَمَةِ .
وقال أبو الحَطَّابِ : يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ مُسْكِنٌ يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْكَبِيرَ . وإذا
قلنا : يَجُوزُ^(١) الدَّفْعُ إِلَى الْمُكَاتِّبِ ، جازَ لِلسَّيِّدِ الدَّفْعُ مِنْ كَفَّارَتِهِ إِلَى مُكَاتِّبِهِ ؛ لِأَنَّهُ
يَجُوزُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ مِنْ زَكَاتِهِ .

فصل : ويجوزُ دَفْعُ الْكُفَّارَةِ إِلَى مَنْ ظَاهِرُهُ الْفَقْرُ ، فَإِنْ بَانَ غَنِيًّا ، فهل تُجْزِيهِ ؟ فيه
وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي الزَّكَاةِ . وَإِنْ بَانَ كَافِرًا ، أَوْ عَبْدًا ، لم يُجْزِئِهِ ، وَجْهًا
وَاحِدًا .

١٣٢٢ - / مسألة ؛ قال : (وَمَنْ ابْتَدَأَ صَوْمَ الظَّهَارِ مِنْ أَوَّلِ شَعْبَانَ ، أَفْطَرَ يَوْمَ
الْفِطْرِ ، وَبَنَى ، وَكَذَلِكَ إِنْ ابْتَدَأَ مِنْ أَوَّلِ ذِي الْحِجَّةِ ، أَفْطَرَ يَوْمَ النَّحْرِ وَأَيَّامَ
التَّشْرِيقِ ، وَبَنَى عَلَى مَا مَضَى مِنْ صِيَامِهِ)

وجملةُ ذلك ، أَنَّهُ إِذَا تَخَلَّلَ صَوْمَ الظَّهَارِ زَمَانٌ لَا يَصِحُّ صَوْمُهُ عَنْ الْكُفَّارَةِ ، مِثْلُ أَنْ
يَبْتَدِئَ الصَّوْمَ مِنْ أَوَّلِ شَعْبَانَ ، فَيَتَخَلَّلَهُ رَمَضَانُ وَيَوْمُ الْفِطْرِ ، أَوْ يَبْتَدِئَ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ ،
فَيَتَخَلَّلَهُ يَوْمُ النَّحْرِ وَأَيَّامُ التَّشْرِيقِ ، فَإِنَّ التَّتَابُعَ لَا يَنْقُطِعُ بِهَذَا ، وَيَبْنَى عَلَى مَا مَضَى مِنْ
صِيَامِهِ . وقال الشَّافِعِيُّ : يَنْقُطِعُ التَّتَابُعُ ، وَيُلْزَمُهُ الْإِسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ فِي أَثْنَاءِ
الشَّهْرَيْنِ بِمَا كَانَ يُمَكِّنُهُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا^(١) إِذَا أَفْطَرَ بغيرِ^(٢) ذلك ، أَوْ صَامَ^(٣) عَنْ
نَذِيرٍ ، أَوْ كُفَّارَةٍ أُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَمَنٌ مَنَعَهُ الشَّرْعُ عَنْ صَوْمِهِ فِي الْكُفَّارَةِ ، فَلَمْ يَقْطَعْ
التَّتَابُعَ ، كَالْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ .^(٤) فَإِنْ قَالُوا : الْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ^(٥) غَيْرُ مُمَكِّنٍ التَّحَرُّزُ مِنْهُ .
قلنا : قَدْ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنَ النَّفَاسِ بِأَنْ لَا تَبْتَدِئَ الصَّوْمَ فِي حَالِ الْحَمْلِ ، وَمِنْ الْحَيْضِ

(١٦) فِي ب : « يَجُوزُ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢) فِي ب : « لَغِيرِ » .

(٣) فِي إِهَادَةِ : « نَذْرًا وَكُفَّارَةً » .

(٤-٥) سَقَطَ مِنْ : ب . وَفِي م : « فَإِنْ قَالَ : وَالْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ » .

إذا كان طهرها يزيد على الشهرين ، بأن تبتدئ الصوم عقيب طهرها من الحيضة ، ومع هذا فإنه لا ينقطع التتابع به ، ولا يجوز للمأموم مفارقة إمامه لغير عذر ، ويجوز أن يدخل معه المسبوق في أثناء الصلاة ، مع علمه بلزوم مفارقتها قبل إتمامها . ويخرج في أيام التشريق رواية أخرى ، أنه يصومها عن الكفارة ، ولا يفطر إلا يوم التحرّ وحده . فعلى هذا ، إن أفطرها استأنفها^(٥) ؛ لأنها أيام أمكنه^(٦) صيامها في الكفارة ، ففطرها يقطع التتابع كغيرها . إذا ثبت هذا ، فإنه إن ابتدأ الصوم من أول شعبان ، أجزأه صوم شعبان عن شهر ، ناقصاً كان أو تاماً . وأما سؤال ، فلا يجوز أن يبدأ به من أوله ؛ لأن أوله يوم الفطر ، وصومه حرام ، فيشرع في صومه من اليوم الثاني ، ويتم شهرًا بالعدد ثلاثين يومًا . وإن بدأ من أول ذى الحجة إلى آخر المحرم ، قضى أربعة أيام ، وأجزأه ؛ لأنه بدأ بالشهرين من أولهما . ولو ابتدأ صوم الشهرين من يوم الفطر ، لم يصح صوم يوم الفطر ، ويصح^(٧) صوم بقية الشهر ، وصوم ذى القعدة ، ويحتسب له بذى القعدة ، ناقصاً كان أو تاماً ؛ لأنه بدأه من أوله . وأما سؤال ، فإن كان تاماً صام يومًا من ذى الحجة ، مكان يوم الفطر ، وأجزأه ، وإن كان ناقصاً ، صام من ذى الحجة / يومين ؛ لأنه لم يبدأ من أوله . وإن بدأ بالصيام من أول أيام التشريق ، قلنا : يصح^(٨) صومها عن الفرض . فإنه يحتسب له بالمحرم ، ويكمل صوم ذى الحجة بتمام ثلاثين يومًا من صفر . وإن قلنا : لا يصح صومها عن الفرض . صام مكانها من صفر .

٩٣/٨ ط

فصل : ويجوز أن يبتدئ صوم الشهرين من أول شهر ، ومن أثنائه ، لا نعلم في هذا خلافاً ؛ لأن الشهر اسم لما بين الهلالين ولثلاثين يوماً ، فأيهما صام فقد أدى الواجب ، فإن بدأ من أول شهر ، فصام شهرين بالأهلة ، أجزأه ذلك ، تأمين كانا أو ناقصين ،

(٥) في ١ ، ب ، م : : استأنف .

(٦) في ١ : : يمكنه .

(٧) في م : : وصح .

(٨) سقط من : الأصل .

إجماعًا . وهذا قال الثَّوْرِيُّ ، وأهل العراق ، ومالكٌ في أهل الحجاز ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وغيرهم ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ . وهذان شهرانِ مُتَتَابِعَانِ : وإنَّ بَدْأَ مِنْ أَثْنَاءِ شَهْرٍ ، فصامَ سِتِّينَ يَوْمًا . أَجْزَأَهُ ، بغيرِ خِلَافٍ أَيْضًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . فَأَمَّا إِنْ صَامَ شَهْرًا بِالْهَيْلَالِ ، وَشَهْرًا بِالْعَدَدِ ، فصامَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا مِنَ الْمُحَرَّمِ ، وَصَفَرَ^(٩) جَمِيعَهُ ، وَخَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا^(١٠) مِنْ رَبِيعٍ ، فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ ، سَوَاءً كَانَ صَفَرًا تَامًا أَوْ نَاقِصًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ الشُّهُورِ بِالْأَهْلَةِ ، لَكِنْ تَرَكْنَاهُ فِي الشَّهْرِ الَّذِي بَدَأَ مِنْ وَسْطِهِ لِعَتَقْدِهِ ، فَفِي الشَّهْرِ الَّذِي أُمِكنَ اعْتِبَارُهُ يَجِبُ أَنْ يُعْتَبَرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ : لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا شَهْرَانِ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّا لَمَّا ضَمَمْنَا إِلَى الْخَمْسَةِ عَشَرَ^(١١) مِنَ الْمُحَرَّمِ خَمْسَةَ عَشَرَ مِنْ صَفَرٍ ، فَصَارَ ذَلِكَ شَهْرًا ، صَارَ^(١٢) ابْتِدَاءُ صَوْمِ الشَّهْرِ الثَّانِي^(١٣) مِنْ أَثْنَاءِ شَهْرٍ أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ الزُّهْرِيِّ .

فصل : فَإِنْ نَوَى صَوْمَ شَهْرِ رَمَضَانَ عَنِ الْكَفَّارَةِ ، لَمْ يُجْزِئُهُ عَنِ رَمَضَانَ ، وَلَا عَنِ الْكَفَّارَةِ ، وَانْقَطَعَ التَّتَابُعُ ، حَاضِرًا كَانَ أَوْ مُسَافِرًا ؛ لِأَنَّهُ تَخَلَّلَ صَوْمَ الْكَفَّارَةِ فِطْرٌ غَيْرُ مَشْرُوعٍ . وَقَالَ مُجَاهِدٌ ، وَطَاوُسٌ : يُجْزِئُهُ عَنْهُمَا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ كَانَ حَاضِرًا ، أَجْزَأَهُ عَنِ رَمَضَانَ دُونَ الْكَفَّارَةِ ؛ لِأَنَّ تَعْيِينَ النِّيَّةِ غَيْرُ مُشْتَرِطٍ لِرَمَضَانَ ، وَإِنْ كَانَ فِي سَفَرٍ ، أَجْزَأَهُ عَنِ الْكَفَّارَةِ دُونَ رَمَضَانَ . وَقَالَ صَاحِبَاهُ : يُجْزِئُ عَنِ رَمَضَانَ دُونَ الْكَفَّارَةِ ، سَفَرًا وَحَضْرًا . وَلَنَا ، أَنَّ رَمَضَانَ مُتَعَيَّنٌ لَصَوْمِهِ^(١٤) ، مُحَرَّمٌ صَوْمُهُ عَنْ غَيْرِهِ .

(٩) منع صفر من الصرف على قول أبي عبيدة . انظر : تاج العروس (ص ف ر) ١٢ / ٣٣٠ ، ٣٣١ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١-١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في ١ ، م : « صام » .

(١٣) في ب : « التالي » .

(١٤) في الأصل : « لصومه » .

فلم يُجزئْهُ عن غيره ، كيَوْمَي الْعِيدَيْنِ ، ولا يُجزِئُ عن رمضان ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ/ مَا نَوَى »^(١٥) . وهذا ما نَوَى رمضان ، فلا يُجزئْهُ ، ولا فرق بين الحَضَرِ والسَّفَرِ ؛ لأنَّ الزَّمانَ مُتَعَيِّنٌ ، وَإِنَّمَا جازَ فِطْرُهُ في السَّفَرِ رُخْصَةً ، فإذا تَكَلَّفَ وصامَ ، رَجَعَ إلى الأصلِ . فإنَّ سافرَ في رمضانَ المُتَخَلِّلَ لصَوْمِ الكُفَّارَةِ وأفطرَ ، لم يَنْقَطِعِ التَّائِبُ ؛ لأنَّه زمنٌ لا يَسْتَحِقُّ صَوْمَهُ عن الكُفَّارَةِ ، فلم يَنْقَطِعِ التَّائِبُ بِفِطْرِهِ كاللَّيْلِ .

١٣٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْمُظَاهَرُ عَبْدًا ، لَمْ يُكْفَرْ إِلَّا بِالصِّيَامِ ، وَإِذَا صَامَ ، فَلَا يُجزِئْهُ إِلَّا شَهْرَانِ مُتَابِعَانِ)

قد ذَكَرْنَا أَنَّ ظَهَرَ الْعَبْدِ صَحِيحٌ وكُفَّارَتُهُ بِالصِّيَامِ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ ﴾^(١٦) . والعبدُ لا يَسْتَطِيعُ الإِغْتِاقَ ، فهو كالْحُرِّ الْمُعْسِرِ ، وَأَسْوَأُ مِنْهُ حَالًا ، وظاهرُ كلامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لا يُجزِئُهُ غَيْرُ الصِّيَامِ ، سواءَ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ في التَّكْفِيرِ^(١٧) بِالْعِتْقِ ، أو لم يَأْذِنْ^(١٨) . وحُكِيَ هذا عن الحسنِ ، وأبي حنيفةً ، والشافعي . وعن أحمدَ ، روايةً أُخْرَى ، إِنَّ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ في التَّكْفِيرِ^(١٩) بِالْمَالِ ، جازَ . وهو مذهبُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وأبي ثَوْرٍ ؛ لأنَّه بِإِذْنِ سَيِّدِهِ يَصِيرُ قَادِرًا على التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، فجازَ له ذلك ، كالحُرِّ . وعلى هذه الرواية ، يجوزُ له التَّكْفِيرُ بِالْإِطْعَامِ عِنْدَ الْعَجْزِ عن الصِّيَامِ . وهل له الْعِتْقُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، « لا يَجُوزُ »^(٢٠) . وحُكِيَ هذا عن مالكٍ ، وقال : أرجو أن يُجزِئَهُ الإِطْعَامُ . وأنكَرَ ذلك ابنُ الْقَاسِمِ صاحِبُهُ ، وقال : لا يُجزِئُهُ إِلَّا الصِّيَامُ ؛ وذلك لأنَّ الْعِتْقَ يَقْتَضِي الْوَلَاءَ ، وَالْوَلَايَةَ ، وَالْإِرْثَ ، وليس ذلك لِلْعَبْدِ . والروايةُ الثَّانِيَةُ ، له الْعِتْقُ . وهو قولُ الْأَوْزَاعِيِّ . واختارَهَا أَبُو بَكْرٍ ؛ لأنَّ مَنْ صَحَّ تَكْفِيرُهُ بِالْإِطْعَامِ ، صَحَّ

(١٥) تقدم تخريجه في : ١٥٦/١ .

(١٦) سورة المجادلة ٤ .

(١٧) في ب : « بالتكفير » .

(١٨) في الأصل زيادة : « له » .

(١٩-٤) سقط من : م .

بالعتق ، ولا يَمْتَنِعُ صِحَّةُ الْعِتْقِ مع انْتِفَاءِ الْإِثْرِ . كما لو أَعْتَقَ مَنْ يُخَالِفُهُ فِي دِينِهِ ، وَلَئِنْ
المَقْصُودُ بِالْعِتْقِ إسْقاطُ الْمِلْكِيَّةِ عَنِ الْعَبْدِ ، وتَمْلِكُهُ نَفْعُ نَفْسِهِ ، وَخُلُوصُهُ مِنْ ضَرَرِ
الرَّقِّ ، وما يَخْصُلُ مِنْ تَوَابِعِ ذَلِكَ ليس هو المَقْصُودُ ، فلا يَمْتَنِعُ مِنْ صِحَّتِهِ ما يَخْصُلُ مِنْهُ
المَقْصُودُ ، لا مَتَناعُ بَعْضِ تَوَابِعِهِ . وَوجهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ الْعَبْدَ مَالٌ ، لا يَمْلِكُ الْمَالُ ، فَيَقْعُ
تَكْفِيرُهُ بِالْمَالِ بِمَالٍ غَيْرِهِ ، فلم يُجْزِئْهُ ، كما لو أَعْتَقَ عَبْدَ غَيْرِهِ عَنْ ^(٥) كَفَّارَتِهِ . وعلى كِلْتَا
الرَّوَايَتَيْنِ ، لا يَلْزَمُهُ التَّكْفِيرُ بِالْمَالِ ، وإنْ أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِيهِ ؛ لِأَنَّ قَرْضَهُ الصِّيَامَ ، فلم يَلْزَمْهُ
غَيْرُهُ ، كما لو أَدِنَ مُوسِرٌ لِحُرٍّ مُعْسِرٍ فِي التَّكْفِيرِ مِنْ مَالِهِ . ولو ^(٦) كان عاجِزاً عَنِ الصِّيَامِ ،
فَأَدِنَ لَهُ / سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ بما شاءَ مِنَ الْعِتْقِ وَالْإِطْعَامِ ، فإنْ ^(٧) لَهُ التَّكْفِيرُ بِالْإِطْعَامِ ؛ لِأَنَّ
مَنْ لا يَلْزَمُهُ الْإِعْتاقُ مع قُدْرَتِهِ عَلَى الصِّيَامِ ، لا يَلْزَمُهُ مع عَجْزِهِ عَنْهُ ، كَالْحُرِّ الْمُعْسِرِ ،
وَلِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي التَّزَامِ الْمِنَّةِ الْكَبِيرَةِ فِي قَبُولِ الرَّقْبَةِ ، ولا يَلْزَمُ مِثْلُ ^(٨) ذَلِكَ فِي الطَّعَامِ ؛
لِقِلَّةِ الْمِنَّةِ فِيهِ . وهذا ^(٩) فيما إِذَا ^(١٠) أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ قَبْلَ الْعُودِ ، فإنْ عادَ وَجَبَتْ
الْكُفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، ثمْ أَدِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي التَّكْفِيرِ ، انْتَبَى مع ذَلِكَ على أَصْلٍ آخَرَ ، وهو أَنَّ
التَّكْفِيرَ هل هو مُعْتَبَرٌ بِحَالَةِ الْوُجُوبِ ، أوْ باغْلَظِ الْأَحْوالِ ؟ وسنَدُكُ ذَلِكَ إنْ شاءَ اللَّهُ
تعالى . وعلى كُلِّ حَالٍ ، فإذا صامَ ، لا يُجْزِئُهُ إِلَّا شَهْرانِ مُتَتَابِعَيْنِ ؛ لَدُخُولِهِ فِي عُمُومِ
قَوْلِهِ تعالى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ ﴾ . ولأنَّهُ صَوْمٌ فِي كُفَّارَةٍ فَاسْتَوَى فِيهِ الْحُرُّ
وَالْعَبْدُ ، كَكُفَّارَةِ الْيَمِينِ . وبهذا قالَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّحْعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وإِسْحاقُ . ولا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفاً ، إِلَّا ما رَوَى عَنْ عَطَاءٍ ، أَنَّهُ قالَ ^(١١) : لو صامَ
شَهْرًا ، أَجْزَأَهُ ^(١٢) . وقالَ النَّحْعِيُّ ، ثم رَجَعَ عَنْهُ إلى قولِ الْجَماعَةِ .

فصل : والاعتبارُ فِي الكُفَّارَةِ بِحَالَةِ الْوُجُوبِ ، فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ ، وهو ظاهِرُ

٩٤/٨ ظ

(٥) فِي ١ ، م : ٥ مِنْ ٤ .

(٦) فِي م : ٥ وَإِنْ ٤ .

(٧) فِي ١ : ٥ كَانَ ٤ .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : ١ ، ب ، م .

(١١) فِي ب : ٥ لِأَجْزَأَهُ ٤ .

كَلَامِ الْخِرَفِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : إِذَا حَنَثَ وَهُوَ عَبْدٌ ، فَلَمْ يُكْفَرْ حَتَّى عَتَقَ ، فَعَلِيهِ الصَّوْمُ لَا يُعْزِرُهُ غَيْرُهُ . وَكَذَلِكَ قَالَ الْأَثَرِيُّ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يُسْأَلُ عَنْ عَبْدٍ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ ، فَحَنَثَ فِيهَا وَهُوَ عَبْدٌ ، فَلَمْ يُكْفَرْ حَتَّى عَتَقَ ، أَيَكْفَرُ كَفَّارَةً حُرًّا أَوْ كَفَّارَةَ عَبْدٍ ؟ قَالَ : يُكْفَرُ كَفَّارَةَ عَبْدٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يُكْفَرُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ يَوْمَ حَنَثٍ ، ^(١٢) لَا يَوْمَ حَلَفَ . قُلْتُ لَهُ : حَلَفَ وَهُوَ عَبْدٌ ، وَحَنَثَ وَهُوَ حُرٌّ ؟ قَالَ : يَوْمَ حَنَثٍ ^(١٣) . وَاجْتَنَبَ فَقَالَ : افْتَرَى وَهُوَ عَبْدٌ — أَيْ ^(١٤) ثُمَّ أُعْتِقَ — فَإِنَّمَا يُجْلَدُ جَلْدَ الْعَبْدِ . وَهُوَ أَحَدُ أَقْوَالِ الشَّافِعِيِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ يُعْتَبَرُ يَسَارُهُ وَإِعْسَارُهُ حَالٌ وَجُوبُهَا عَلَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا حَالَ الْوُجُوبِ ، اسْتَقَرَّ وَجُوبُ الرَّقَبَةِ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِإِعْسَارِهِ بَعْدَ ذَلِكَ . وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا ، فَفَرَضَهُ الصَّوْمُ ، فَإِذَا أَيْسَرَ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ الْإِنْتِقَالُ إِلَى الرَّقَبَةِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، الْإِعْتِبَارُ بِأَغْلَظِ الْأَحْوَالِ مِنْ حِينَ الْوُجُوبِ إِلَى حِينَ التَّكْفِيرِ ، فَمَتَى وَجَدَ رَقَبَةً فِيمَا بَيْنَ الْوُجُوبِ إِلَى حِينَ التَّكْفِيرِ ، لَمْ يُعْزِرْهُ إِلَّا الْإِعْتِقَاقُ . وَهَذَا قَوْلُ ثَانٍ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ يَجِبُ فِي الذِّمَّةِ بِوُجُودِ مَالٍ ، فَاعْتَبِرَ فِيهِ أَغْلَظُ الْحَالَيْنِ كَالْحَجِّ . وَلَهُ قَوْلُ ثَالِثٍ ، أَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهُ بَدَلٌ مِنْ غَيْرِ جَنْسِهِ ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ فِيهِ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ ، كَالْوَضُوءِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَجِبُ عَلَى وَجْهِ / الطُّهْرَةِ ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ فِيهَا بِحَالَةِ الْوُجُوبِ ^(١٥) كَالْحَدِّ ، أَوْ نَقُولُ : مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الصِّيَامُ فِي الْكَفَّارَةِ ، لَمْ يَلْزَمْهُ غَيْرُهُ ، كَالْعَبْدِ إِذَا أُعْتِقَ ^(١٦) ، وَيُفَارِقُ الْوَضُوءَ ، فَإِنَّهُ لَوْ تَيَمَّمَ ثُمَّ وَجَدَ الْمَاءَ ، بَطَلَ تَيَمُّمُهُ ، وَهَهُنَا لَوْ صَامَ ، ثُمَّ قَدَّرَ عَلَى الرَّقَبَةِ ، لَمْ يَبْطُلْ صَوْمُهُ ، وَلَيْسَ الْإِعْتِبَارُ فِي الْوَضُوءِ بِحَالَةِ الْأَدَاءِ ، فَإِنَّ أَدَاءَهُ فَعَلُهُ ، وَلَيْسَ الْإِعْتِبَارُ بِهِ ، وَإِنَّمَا الْإِعْتِبَارُ بِأَدَاءِ الصَّلَاةِ ، وَهِيَ غَيْرُ الْوَضُوءِ . وَأَمَّا الْحَجُّ فَهُوَ عِبَادَةُ الْعُمْرِ ، وَجَمِيعُهُ وَقْتُهَا ، فَمَتَى قَدَّرَ عَلَيْهِ فِي جُزْءٍ مِنْ وَقْتِهِ ، وَجَبَ ، بِخِلَافِ مَسَائِلِنَا . ثُمَّ يَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِالْعَبْدِ إِذَا عَتَقَ ^(١٧) ، فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ

٩٥/٨

(١٢-١٣) سقط من: الأصل . نقل نظر .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ١ ، ب ، م ، د : أعْتَقَ .

الانتقال إلى العتق مع ما ذكره . فإن قيل : العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ، ولا تجزئته ، فلما لم تجزئته الزيادة ، لم يلزمه بتغير الحال ، بخلاف مسألتنا . قلنا : هذا لا أثر له . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا أيسر ، فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق ، جاز له ، في ظاهر كلام الخِرقي ؛ فإنه قال : ومن دخل في الصوم ، ثم قدر على الهدي ، لم يكن ^(١٦) له الانتقال إليه ^(١٧) إلا أن يشاء . وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ، ويجزئته ، إلا أن يكون الحائث عبداً ، فليس له إلا الصوم وإن عتق . وهو قول الشافعي ، على القول الذي توافقنا فيه ؛ وذلك لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يجزئته كسائر الأصول . فأما إن استمر به العجز حتى شرع ^(١٨) في الصيام ، لم يلزمه الانتقال إلى العتق . بغير خلاف في المذهب . وهو مذهب الشافعي ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وهو أحد قولَي الحسن . وذهب ابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، إلى أنه يلزمه العتق ؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل ، فلزمه العود إليه ، كالمتميم يجد الماء قبل الصلاة ، أو في أثناءها . ولنا ، أنه لم يقدر على العتق قبل تلبيسه بالصيام ، فلم يسقط عنه ، كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ، ولا يشبهه الوضوء ، فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل ، وههنا بخلافه ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل . فلم يلزمه الانتقال ^(١٩) إليه ، كالمتمتع يجد الهدي بعد الشروع في صيام السبعة .

فصل : إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقته في الظهار زمن العود ، لا وقت المظاهرة ؛ لأن الكفارة لا تجب / حتى يعود ، ووقته ^(٢٠) في اليمين ، زمن الحنث ، لا وقت اليمين ، وفي القتل زمن الزهوق ، لا زمن الجرح ، وتقديم الكفارة قبل الوجوب

(١٦-١٧) في ب ، م : « عليه الخروج » .

(١٧) في ب : « يشرع » .

(١٨) في م : « الانتقام » .

(١٩) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

تعجيل لها قبل وجوبها ، لوجود سببها ، كتعجيل الزكاة قبل الحول وبعد وجوب النصاب .

فصل : وإذا كان المظاهر ذمياً ، فتكفيره بالعتق ، أو الإطعام ؛ لأنه يصح منه في غير الكفارة ، فصَحَّ منه فيها ، ولا يجوز بالصَّيام ؛ لأنه عبادة مَحْضَةٌ ، والكافر ليس من أهلها ، ولأنَّه لا يصحُّ منه في غير الكفارة ، فلا يصحُّ منه فيها ، ولا يُجزئُه في العتق إلا عتق رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ، فإن كانت في ملكه ، أو ورثها ، أجزأت عنه ، وإن لم يكن كذلك ، فلا سبيل له إلى شراء رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ؛ لأنَّ الكافر لا يصحُّ منه شراء المُسْلِم ، ويتعيَّن تكفيره بالإطعام ، إلا أن يقول لمُسْلِمٍ : أعتق عبدك عن كفارتى ، وعلى ثمنه . فيصح ، في إحدى الروايتين . وإن أسلم الذمى قبل التَّكْفِيرِ بالإطعام ، فحكمه حكم العبد ، يعتق قبل التَّكْفِيرِ بالصَّيام ، على ما مضى ؛ لأنه في معناه . وإن ظاهره وهو مُسْلِمٌ ، ثم ارتدَّ ، فصام في رِدَّتِه عن كفارته ، لم يصح . وإن كفر بعتق أو إطعام ، فقد أطلق أحد القول أنَّه لا يُجزئُه . وقال القاضي : المذهب أنَّ ذلك موقوف ، فإن أسلم تَبَيَّنَّا أنَّه أجزأه ، وإن مات أو قُتِلَ تَبَيَّنَّا أنَّه لم يصحَّ منه ، كسائر تصرُّفاته .

١٣٢٤ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ وَطِئَ قَبْلَ أَنْ يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ ، كَانَ عَاصِيًا ، وَعَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ الْمَذْكُورَةُ)

قد ذكرنا أنَّ المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التَّكْفِيرِ ؛ لقول الله تعالى في العتق والصَّيام : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ ^(١) . فإن وطئ عَصَى رَبَّه لمُخَالَفَةً أَمْرِهِ ، وَتَسْتَقْرُّ الْكَفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، فلا تَسْقُطُ بعد ذلك بِمَوْتِ ، ولا طلاق ، ولا ^(٢) غيره ، وتُحْرِمُ زوجته عليه باقٍ بحاله ، حتى يُكْفَرَ . هذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن سعيد بن المُسَيَّب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ، ومُورِقِ الْعِجْلِيِّ ^(٣) ، وأبى مجلز ،

(١) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) مورق بن مشمرج العجلي البصري ، تابعي ، ثقة ، توفي بعد المائة . تهذيب التهذيب ١٠ / ٣٣١ .

والتَّحِيَّيَّ ، وعبد الله بن أَذْيَنَةَ ، ومالك ، والشَّوْرِيَّ ، والأَوْزَاعِيَّ ، والشَّافِعِيَّ ، وإسحاق ، وأبي ثَوْرٍ . وَرَوَى الْخَلَّالُ ، عن الصَّلْتِ بْنِ دِينَارٍ ، قال : سألتُ عَشْرَةَ مِنْ الفقهاء عن المَظَاهِرِ يُجَامِعُ^(٤) قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ ؟ قالوا : ليس عليه إِلَّا كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . الحسن^(٥) ، وابن سِيرِينَ ، ويكر المَزْنِيَّ ، ومُورِقُ الْعِجْلِيِّ ، وعطاء ، وطاؤس ، ومجاهد ، وعِكْرِمَةُ ، وَقَتَادَةَ ، وقال وَكِيعٌ^(٦) : و / أَظُنُّ الْعَاشِرَ نَافِعًا . وَحُكِّيَ عَنْ عمرو بن العاصي ، أَنَّ عَلَيْهِ كَفَّارَتَيْنِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ قَبِيصَةَ ، وسعيد بن جُبَيْرٍ ، والزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةَ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ^(٧) يُوجِبُ كَفَّارَةً ، وَالظُّهَارُ مُوجِبٌ لِأُخْرَى^(٨) . وقال أبو حنيفة : لَا تَثْبُتُ الْكَفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطٌ لِلِإِبَاحَةِ بَعْدَ الْوَطْءِ . كَمَا كَانَتْ قَبْلَهُ . وَحُكِّيَ عَنْ بَعْضِ النَّاسِ أَنَّ الْكَفَّارَةَ تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ فَاتٌ وَقَتُّهَا ؛ لَكُونِهَا وَجَبَتْ قَبْلَ الْمَسِيئِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ حِينَ ظَاهَرَ ثُمَّ وَطِئَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِكَفَّارَةٍ وَاحِدَةٍ^(٩) . وَلِأَنَّهُ وَجَدَ الظُّهَارَ وَالْعَوْدَ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾^(١٠) . فَأَمَّا قَوْلُهُمْ : فَاتٌ وَقَتُّهَا . فَيَنْطَلُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَبِالصَّلَاةِ ، وَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ يَجِبُ قِضَاؤُهَا بَعْدَ فَوَاتِ وَقَتِّهَا .

١٣٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرِزْوَجِهَا : أَتَيْتُ عَلَى كَظْهِرِ أَبِي . لَمْ تَكُنْ مُظَاهِرَةً ، وَلَزِمَتْهَا كَفَّارَةُ الظُّهَارِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أَتَتْ بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّوْرِ)

(٤) في ١ : « يطأ زوجته » .

(٥) أى : العشرة هم ؛ الحسن ...

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « ولأن » .

(٨) في م : « للأخرى » .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

(١٠) سورة المجادلة ٣ . ولم يرد : ﴿ مؤمنة ﴾ في ١ ، ب ، م .

وجملة ذلك أن المرأة إذا قالت لزوجها : أنت علي كظهر أبي . (١) أو قالت : إن تزوجت فلاناً ، فهو علي كظهر أبي (٢) . فليس ذلك بظهار . قال القاضي : لا تكون مظهرة ، رواية واحدة . وهذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الزهري ، والأوزاعي : هو ظاهر . ورؤي ذلك عن الحسن ، والنخعي ، إلا أن النخعي قال : إذا قالت ذلك بعد ما تزوج ، فليس بشيء . ولعلمهم يحتجون بأنها أخذ الزوجين ظاهر من الآخر ، فكان مظاهراً كالرجل . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ (٣) . فخصهم بذلك ، ولأنه قول يوجب تحريماً في الزوجة ، يملك الزوج رفعه ، فاختص به الرجل ، كالطلاق ، ولأن الحلل في المرأة حق للرجل (٤) ، فلم يملك المرأة إزالته ، كسائر حقوقه . إذا ثبت هذا ، فاختلف (٥) عن أحمد في الكفارة ، فتقل عنه جماعة : عليها كفارة الظهار . لما روى الأثرم ، بإسناده عن إبراهيم ، أن عائشة بنت طلحة قالت : إن تزوجت مصعب بن الزبير ، فهو علي كظهر أبي . فسألت أهل المدينة ، فرأوا أن عليها الكفارة . وروى علي (٥) بن مسهر ، عن الشيباني ، قال : كنت جالساً في المسجد ، أنا وعبد الله بن معقل المزني ، فجاء رجل حتى جلس إلينا ، فسألته : من أنت ؟ فقال : أنا مولى لعائشة بنت طلحة ، التي (٦) / اعتقتني عن ظهارها ، خطبها مصعب بن الزبير ، فقالت : هو علي كظهر أبي إن تزوجته . ثم رغب فيه بعد (٧) ، فاستفتت أصحاب رسول الله ﷺ ، وهم يومئذ كثير ، فأمروها أن تعتق رقية وتزوجها (٨) ،

٩٦/٨ ظ

(١-٢) سقط من : الأصل ، نقل نظر .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) في ١ : « للزوج » .

(٤) أي : النقل .

(٥) في الأصل ، ب ، م : « عن » خطأ . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٧ / ٣٨٣ .

(٦) في ١ : « الذي » .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) في ١ ، ب : « وتزوجها » .

فَأَعْتَقْتَنِي وَتَزَوَّجْتَهُ . وَرَوَى سَعِيدٌ^(٩) هَذَيْنِ الْخَبْرَيْنِ مُحْتَصِرَيْنِ ، وَلَأَنَّهُمَا زَوْجٌ أَتَى
بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّورِ ، فَلَزِمَهُ كَفَّارَةُ الظُّهَارِ كَالْآخَرِ ، وَلَأَنَّ الْوَاجِبَ كَفَّارَةُ يَمِينٍ ،
فَاسْتَوَى فِيهَا الزُّوجَانِ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ : لَيْسَ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ . وَهُوَ قَوْلُ
مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، وَلَيْسَ بِظُهَارٍ ، فَلَمْ
يُوجِبْ كَفَّارَةً ،^(١٠) كَالسَّبِّ وَالْقَذْفِ . وَلَأَنَّهُ قَوْلٌ لَيْسَ بِظُهَارٍ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةً^(١١)
الظُّهَارِ ، كَسَائِرِ الْأَقْوَالِ ، أَوْ تَحْرِيمٌ مِمَّا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الظُّهَارُ ، فَأَشْبَهَ الظُّهَارَ مِنْ أَمَتِهِ .
وَالرَّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ : عَلَيْهَا كَفَّارَةُ الْيَمِينِ . قَالَ أَحْمَدُ :^(١٢) « قَدْ ذَهَبَ »^(١٣) عَطَاءٌ مَذْهَبًا حَسَنًا ،
جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِثْلَ الطَّعَامِ وَمَا أَشْبَهَ . وَهَذَا أَقْبَسُ عَلَى مَذْهَبِ أَحْمَدَ ،
وَأَشْبَهُ بِأَصُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِظُهَارٍ ، وَمُجَرَّدُ الْقَوْلِ مِنَ الْمُنْكَرِ وَالزُّورِ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةَ
الظُّهَارِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْكَذِبِ ، وَالظُّهَارِ قَبْلَ الْعَوْدِ ، وَالظُّهَارِ مِنْ أَمَتِهِ وَأَمِّ وَلَدِهِ ، وَلَأَنَّهُ
تَحْرِيمٌ لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ فِي الْمَحَلِّ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةَ الظُّهَارِ ، كَتَحْرِيمِ سَائِرِ الْحَلَائِلِ .
وَلَأَنَّهُ ظُهَارٌ مِنْ غَيْرِ أَمْرَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ الظُّهَارَ مِنْ أَمَتِهِ ، وَمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ ، فِي
عَتَقِ الرَّقَبَةِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِعْتَاقُهَا تَكْفِيرًا لِيَمِينِهَا ، فَإِنَّ عَتَقَ الرَّقَبَةَ أَحَدٌ خِصَالِ كَفَّارَةِ
الْيَمِينِ ، وَبَيَّعَ حَمْلَهُ عَلَى هَذَا ؛ لَكُونَ^(١٤) الْمَوْجُودَ مِنْهَا لَيْسَ بِظُهَارٍ ، وَكَلَامُ أَحْمَدَ ، فِي
رَوَايَةِ الْأَثَرِ ، لَا يَقْتَضِي وَجُوبَ كَفَّارَةِ الظُّهَارِ ، إِنَّمَا قَالَ : الْأَخْوَاطُ أَنْ تُكْفَّرَ . وَكَذَا
حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَلَا شَكَّ فِي أَنَّ الْأَخْوَاطَ التَّكْفِيرُ بِأَغْلَظِ الْكُفَّارَاتِ ، لِيُخْرِجَ مِنَ
الْخِلَافِ ،^(١٥) وَلَكِنْ لَيْسَ^(١٦) ذَلِكَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي

(٩) فِي : بَابُ مَا جَاءَ فِي ظُهَارِ النِّسَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنُ ١٩ / ٢ .

كَأَخْرَجَ الْأَوَّلُ عَبْدَ الرَّزَّاقِ فِي : بَابِ ظَهَارِهَا قَبْلَ نِكَاحِهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٦ / ٤٤٤ .

(١٠-١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب . نَقَلَ نَظَرَ .

(١١-١٢) فِي ١ : « وَذَهَبَ » .

(١٢) فِي ١ : « لِيَكُونَ » .

(١٣-١٤) فِي ب : « وَلَيْسَ » .

معنى المنصوص ، وإنما هو تخريم للحلال من غير ظهار ، فأشبه ما لو حرم أمته ، أو طعامه . وهذا قول عطاء . والله أعلم .

فصل : وإذا قلنا بوجوب الكفارة عليها ، فلا تجب عليها حتى يطأها وهي مطاوعة ، فإن طلقها ، أو مات أحدهما قبل وطئها ، أو أكرهها^(١٤) على الوطء ، فلا كفارة عليها ؛ لأنها يمين ، فلا تجب كفارتها قبل الحنث فيها ، كسائر الأيمان . ولا يجب تقديمها قبل المسيس ، / ككفارات سائر الأيمان ، ويجوز تقديمها لذلك^(١٥) ، وعليها تمكين زوجها من وطئها قبل التكفير ؛ لأنه حق له عليها ، فلا يسقط يمينها ، ولأنه ليس بظهار ، وإنما هو تخريم لحلال ، فلا يثبت تخريماً ، كما لو حرم طعامه . وحكى أن ظاهر كلام أبي بكر ، أنها لا تملك قبل التكفير ، إلحاقاً بالرجل . وليس ذلك بجيد ؛ لأن الرجل الظهار منه صحيح ، ولا يصح ظهار المرأة ، ولأن الرجل حق الرجل^(١٦) ، فملك رفته ، والجل حق عليها ، فلا تملك إزالته . والله أعلم .

٩٧/٨ و

١٣٢٦ - مسألة ؛ قال : (وإذا ظاهر من زوجته مراراً ، فلم يكفر ، فكفارة واحدة)

هذا ظاهر المذهب ، سواء كان في مجلس أو مجالس ، ينوي بذلك التأكيد ، أو الاستيناف ، أو أطلق . نقله عن أحمد جماعة . واختاره أبو بكر ، وابن حامد ، والقاضي^(١) . وروى ذلك عن علي ، رضي الله عنه . وبه قال عطاء ، وجابر بن زيد ، وطاوس ، والشعبي ، والزهري ، ومالك ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور . وهو قول الشافعي القديم . ونقل عن أحمد ، في من حلف أيماناً كثيرة ، فإن أراد تأكيد اليمين ، فكفارة واحدة . فمفهومه أنه إن نوى الاستيناف فكفارتان . وبه قال الثوري ، والشافعي في الجديد . وقال أصحاب الرأي : إن كان في مجلس واحد ، فكفارة واحدة ، وإن

(١٤) في النسخ : « إكراهها » .

(١٥) في ب : « كذلك » .

(١٦) في أ : « للرجل » .

(١) سقط من : ب .

كان في مجالس ، فكفارات . ورؤي ذلك عن علي ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ؛ لأنه قولٌ
يوجبُ تحريمَ الزَّوْجَةِ ، فإذا نَوَى الاستِنَافَ تَعَلَّقَ بِكُلِّ مَرَّةٍ حُكْمُ حَالِهَا ^(٢) ،
كالطَّلَاقِ . ولنا ، أنه قولٌ لم يُؤثِّرْ تحريمًا في الزَّوْجَةِ ، فلم تَجِبْ به كفارةُ الظَّهَارِ ،
كاليمينِ بالله تعالى ، ولا يَحْفَى أَنَّهُ لم يُؤثِّرْ تحريمًا ، فإنها قد حُرِّمَتْ بالقولِ الأوَّلِ ، ولم يَزِدْ
تحريمُها ، ولأنَّه لفظٌ يَتَعَلَّقُ به كفارةٌ ، فإذا كَرَّرَهُ كَفَاهُ كَفَّارَةٌ ^(٣) واحدةٌ ، كاليمينِ بالله
تعالى ^(٤) . وأما الطَّلَاقُ ، فما زَادَ عن الثَّلَاثِ ^(٥) ، لا يَثْبُتُ له حُكْمٌ بالإجماع ، وهذا
يَتَّبَقُ ما ذَكَرُوهُ . وأما الثَّلَاثَةُ ، فإنَّها تُثَبِّتُ تحريمًا زائدًا ، وهو التَّحْرِيمُ قَبْلَ زَوْجِ
وإِصَابَةِ ، بخلافِ الظَّهَارِ الثَّانِي ، فإنه لا يَثْبُتُ به تحريمٌ ، فَتَطِيرُهُ ما زَادَ على الطَّلَاقِ
الثَّلَاثَةِ ، لا يَثْبُتُ له حُكْمٌ ، فكذلك الظَّهَارُ الثَّانِي . فأما إنْ كَفَّرَ عن الأوَّلِ ، ثم ظَاهَرَ ،
لَزِمَتْهُ لِلثَّانِي كَفَّارَةٌ ، بلا خلافٍ ؛ لأنَّ الظَّهَارَ الثَّانِي مِثْلُ الأوَّلِ ، فإنه حَرَّمَ الزَّوْجَةَ
المُحَلَّلَةَ ^(٦) ، فَأَوْجَبَ الكَفَّارَةَ كالأوَّلِ ، بخلافِ ما قَبْلَ التَّكْفِيرِ .

٩٧/٨ ظ

فصل : والنِّيةُ شَرْطٌ في صِحَّةِ الكَفَّارَةِ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ
بِالنِّيَّاتِ » ^(٧) . ولأنَّ الْعِتْقَ يَقَعُ مُتَبَرِّعًا به ، وعن كَفَّارَةِ أُخْرَى ، أو نَذِيرٍ ، فلم يَنْصَرَفْ إلى
هذه الكَفَّارَةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ ، وَصِفَتُهَا أَنْ يَنْوِيَ الْعِتْقَ ، أو الصِّيَامَ ، أو الإطْعَامَ عن الكَفَّارَةِ ،
فإن ^(٨) زَادَ الواجِبَةَ كان تَأْكِيدًا ، وإلَّا أَجْزَأَتْ نِيَّتُهُ الكَفَّارَةَ . وإن نَوَى وُجُوبَهَا ، ولم يَنْوِ
الكَفَّارَةَ ، لم يُجْزِئْهُ ؛ لأنَّ الْوُجُوبَ يَتَنَوَّعُ عن كَفَّارَةٍ ونَذِيرٍ ، فَوَجِبَ تَمْيِيزُهُ . ومَوْضِعُ
النِّيَّةِ مع التَّكْفِيرِ ، أو قَبْلَهُ يَسِيرُ . وهذا الذي نَصَّ عليه الشَّافِعِيُّ ، وقال به بعضُ
أَصْحَابِهِ . وقال بعضهم : لا يُجْزِئُ حَتَّى يَسْتَصْحِبَ النِّيَّةَ ، وإنْ كَانَتْ الكَفَّارَةُ صِيَامًا

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ب زيادة : « قال » .

(٥) في ب ، م : « ثلاث » .

(٦) في م : « المحلة » .

(٧) تقدم تحريمه في : ١٥٦/١ .

(٨) في ب : « فإذا » .

اشْتَرَطَ نِيَّةَ الصَّيَامِ عَنِ الْكُفَّارَةِ فِي كُلِّ لَيْلَةٍ ؛ لِقَوْلِهِ ﷺ : « لَا صِيَامَ لِمَنْ لَمْ يُبَيِّنِ الصَّيَامَ مِنَ اللَّيْلِ » ^(٩) . وَإِنْ اجْتَمَعَتْ عَلَيْهِ كُفَّارَاتٌ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يَجِبْ تَعْيِينُ سَبَبِهَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ كَانَ مُظَاهِرًا مِنْ أَرْبَعِ نِسَاءٍ ، فَأَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ ظَهَارِهِ ، أَجْزَأَهُ عَنْ إِحْدَاهُنَّ ، وَحَلَّتْ لَهُ وَاحِدَةٌ غَيْرُ مُعَيَّنَةٍ ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، فَأَجْزَأَتْهُ نِيَّةٌ مُطْلَقَةٌ ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ صَوْمٌ يَوْمَيْنِ مِنْ رَمَضَانَ . وَقياسُ المذهبِ أَنْ يُقْرِعَ بَيْنَهُنَّ ، فَتَخْرُجَ بِالْقُرْعَةِ الْمُحَلَّلَةُ مِنْهُنَّ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ أَنْ يَصْرِفَهَا إِلَى أَيَّتِهِنَّ شَاءَ ، فَتَحُلَّ . وَهَذَا يُفْضَى إِلَى أَنَّهُ يَتَخَيَّرُ بَيْنَ كَوْنِ هَذِهِ الْمَرْأَةِ مُحَلَّلَةً لَهُ ، أَوْ مُحَرَّمَةً عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الظَّهَارُ مِنْ ثَلَاثِ نِسْوَةٍ ، فَأَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ إِحْدَاهُنَّ ، ثُمَّ صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابَعَيْنِ ^(١٠) عَنْ أُخْرَى ، ثُمَّ مَرِضَ ، فَأَطْعَمَ سِتِّينَ مَسْكِينًا عَنْ أُخْرَى ، أَجْزَأَهُ ، وَحَلَّ لَهُ الْجَمِيعُ ، مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ وَلَا تَعْيِينٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : يُقْرِعُ بَيْنَهُنَّ ، فَمَنْ تَقَعُ لَهَا الْقُرْعَةُ ، فَالْعَتَقُ لَهَا ، ثُمَّ يُقْرِعُ بَيْنَ الْبَاقِيَتَيْنِ ، فَمَنْ تَقَعُ لَهَا الْقُرْعَةُ فَالصَّيَامُ لَهَا ، وَالْإِطْعَامُ عَنِ الثَّلَاثَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ هَذِهِ الْخِصَالِ لَوْ انْفَرَدَتْ ، احْتَأَجَّتْ إِلَى قُرْعَةٍ ، فَكَذَلِكَ إِذَا اجْتَمَعَتْ . وَلَنَا ، أَنَّ التَّكْفِيرَ قَدْ حَصَلَ عَنِ الثَّلَاثِ ، وَزَالَتْ حُرْمَةُ الظَّهَارِ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى قُرْعَةٍ ، كَمَا لَوْ أَعْتَقَ ثَلَاثَةَ أَعْبِيدٍ ^(١١) عَنْ ظَهَارٍ هُنَّ دَفْعَةٌ وَاحِدَةٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ الْكُفَّارَةُ مِنْ أَجْناسٍ ؛ كَظَهَارٍ ، وَقَتْلٍ ، وَجِمَاعٍ / فِي رَمَضَانَ ، وَيَمِينٍ ، فَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَا يَفْتَقَرُ إِلَى تَعْيِينِ السَّبَبِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا عِبَادَةٌ وَاجِبَةٌ ، فَلَمْ تَفْتَقِرْ صِحَّةَ أَدَائِهَا إِلَى تَعْيِينِ سَبَبِهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَحْتَمِلُ أَنْ يَشْتَرِطَ تَعْيِينُ سَبَبِهَا ، وَلَا تَجْزِي بِنِيَّةٍ ^(١٢) مُطْلَقَةٍ . وَحَكَاهُ أَصْحَابُ

٩٨/٨ و

(٩) تقدم تخريجه في : ٣٣٤ / ٤ .

(١٠) سقط من : الأصل ، ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في م : نية .

الشَّافِعِيُّ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُمَا عِبَادَتَانِ مِنْ جِنْسَيْنِ ، فَوَجِبَ تَعْيِينُ النَّيَّةِ لِهَذَا ، كَمَا لَوْ وَجِبَ عَلَيْهِ صَوْمٌ مِنْ قَضَاءٍ وَنَذْرٍ ، فَعَلَى هَذَا لَوْ كَانَتْ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةً ، لَا يُعْلَمُ سَبَبُهَا ، فَكَفَّرَ كَفَّارَةً وَاحِدَةً ، أَجْزَأُهَا ، عَلَى الْوَجْهِ الْأَوَّلِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الثَّانِي ، يَنْبَغِي أَنْ يَلْزِمَهُ التَّكْفِيرُ بَعْدَ أَسْبَابِ الْكُفَّارَاتِ ، كُلِّ وَاحِدَةٍ عَنْ سَبَبٍ ، كَمَنْ نَسِيَ صَلَاةً مِنْ يَوْمٍ لَا يَعْلَمُ عَيْنَهَا ، فَإِنَّهُ يَلْزِمُهُ خَمْسُ صَلَوَاتٍ ، وَلَوْ عَلِمَ أَنَّ عَلَيْهِ صَوْمَ يَوْمٍ ، لَا يَعْلَمُ أَمِنْ قَضَاءٍ هُوَ ، أَوْ نَذْرٍ ، لَزِمَهُ صَوْمُ يَوْمَيْنِ . فَإِنْ كَانَ عَلَيْهِ صَوْمُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، لَا يَذَرِي أَمَى مِنْ كَفَّارَةِ يَمِينٍ ، أَوْ قَضَاءٍ ، أَوْ نَذْرٍ ، لَزِمَهُ صَوْمُ تِسْعَةِ أَيَّامٍ ، كُلُّ ثَلَاثَةٍ عَنْ وَاحِدَةٍ مِنَ الْجِهَاتِ الثَّلَاثِ .

فصل : وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبدين ، لم يحل من أربعة أحوال ؛ أحدها ، أَنْ يَقُولَ : أَعْتَقْتُ هَذَا عَنْ هَذِهِ الْكَفَّارَةِ ، وَهَذَا عَنْ هَذِهِ . فَيُجْزِئُهُ ، إجماعاً . الثاني ، أَنْ يَقُولَ : أَعْتَقْتُ هَذَا عَنْ إِحْدَى الْكَفَّارَتَيْنِ ، وَهَذَا عَنْ الْأُخْرَى . مِنْ غَيْرِ تَعْيِينٍ ، فَيَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَ مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ ، كَكَفَّارَتَيْ ظَهَارٍ ، أَوْ كَفَّارَتَيْ قَتْلِ ، أَجْزَأُهَا . وَإِنْ كَانَا^(١٣) مِنْ جِنْسَيْنِ ، كَكَفَّارَةِ ظَهَارٍ ، وَكَفَّارَةِ قَتْلِ ، خُرَّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ فِي اشْتِرَاطِ تَعْيِينِ السَّبَبِ ؛ إِنْ قُلْنَا : يُشْتَرَطُ . لَمْ يُجْزِئُهُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُشْتَرَطُ . أَجْزَأُهَا عَنْهُمَا . الثَّالِثُ ، أَنْ يَقُولَ : أَعْتَقْتُهُمَا عَنْ الْكَفَّارَتَيْنِ . فَإِنْ كَانَا مِنْ جِنْسٍ وَاحِدٍ^(١٤) أَجْزَأُ عَنْهُمَا ، وَيَقَعُ كُلُّ وَاحِدٍ عَنْ كَفَّارَةٍ ، لِأَنَّ^(١٥) عُرِفَ الشَّرْعُ وَالِاسْتِعْمَالُ إِعْتَاقَ الرِّقَبَةِ عَنْ الْكَفَّارَةِ ، فَإِذَا أُطْلِقَ ذَلِكَ ، وَجِبَ حَمْلُهُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، خُرَّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ . الرَّابِعُ ، أَنْ يَعْتِقَ كُلَّ وَاحِدَةٍ عَنْهُمَا جَمِيعًا ، فَيَكُونُ مُعْتَقًا عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْكَفَّارَتَيْنِ نِصْفَ الْعَبْدَيْنِ ، فَيَنْبَغِي ذَلِكَ عَلَى أَصْلِ آخَرٍ ، وَهُوَ إِذَا أَعْتَقَ نِصْفَ رَقَبَتَيْنِ عَنْ كَفَّارَةٍ ، هَلْ يُجْزِئُهُ أَوْ لَا ؟ فَعَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ يُجْزِئُهُ ؛ لِأَنَّ

(١٣) فِي م : « كَانَا » .

(١٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١٥) فِي م : « وَلَئِنْ » .

الأشْقَاصَ بِمَنْزِلَةِ / الأشخاص ، فيما لَا يَمْنَعُ مِنْهُ الْعَيْبُ الْيَسِيرُ ، بِدَلِيلِ الزَّكَاةِ ، فَإِنَّ مَنْ مَلَكَ نِصْفَ ثَمَانِينَ شَاةً ، كَانَ بِمَنْزِلَةِ مَنْ مَلَكَ أَرْبَعِينَ ، وَلَا تَلْزَمُ الْأُضْحِيَّةُ ، فَإِنَّهُ يَمْنَعُ مِنْهُ الْعَيْبُ الْيَسِيرُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ ، وَابْنُ حَامِدٍ : لَا يُجْزِئُهُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ مَا أَمَرَ بِصَرْفِهِ إِلَى شَخْصٍ فِي الْكَفَّارَةِ ، لَمْ يُجْزَ تَفْرِيقُهُ عَلَى اثْنَيْنِ ، كَالْمَدِّ فِي الْإِطْعَامِ وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، وَلَهُمْ وَجْهٌ ثَالِثٌ ، وَهُوَ أَنَّهُ إِنْ كَانَ بَاقِيَهُمَا حُرًّا أَجْزَأً^(١٦) ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ مَتَى كَانَ بَاقِيَهُمَا حُرًّا ، حَصَلَ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ وَالتَّصَرُّفُ . وَخَرَّجَهُ الْقَاضِي وَجْهًا لَنَا أَيْضًا ، إِلَّا أَنَّ لِلْمُعْتَرِضِ عَلَيْهِ أَنْ يَقُولَ : إِنَّ تَكْمِيلَ الْأَحْكَامِ مَا حَصَلَ بِعِتْقِ هَذَا ، وَإِنَّمَا حَصَلَ بِانْضِمَامِهِ إِلَى عِتْقِ النِّصْفِ الْآخَرِ ، فَلَمْ يُجْزِئُهُ . فَإِذَا قُلْنَا : لَا يُجْزِئُ عِتْقُ النِّصْفَيْنِ . لَمْ يُجْزِئُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ عَنْ شَيْءٍ مِنَ الْكَفَّارَتَيْنِ . وَإِنْ قُلْنَا : يُجْزِئُ . وَكَانَتِ الْكَفَّارَتَانِ مِنْ جِنْسٍ^(١٧) ، أَجْزَأُ الْعِتْقُ عَنْهُمَا . وَإِنْ كَانَتَا مِنْ جِنْسَيْنِ ، فَقَدْ قِيلَ : يُخَرَّجُ عَلَى الْوَجْهَيْنِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يُجْزِئُ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ عِتْقَ النِّصْفَيْنِ عَنْهُمَا كَعِتْقِ عَبْدَيْنِ عَنْهُمَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ قَبْلَهُ ؛ لِأَنَّ الْحُكْمَ لَا يَجُوزُ تَقْدِيمُهُ عَلَى سَبَبِهِ ، فَلَوْ قَالَ لَعَبْدِهِ : أَنْتَ حُرٌّ السَّاعَةَ عَنْ ظَهَارِي إِنْ تَظَهَّرْتُ^(١٨) . عَتَقَ ، وَلَمْ يُجْزِئُهُ عَنْ ظَهَارِهِ إِنْ تَظَاهَرَ^(١٩) ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَى سَبَبِهَا الْمُخْتَصِّ ، فَلَمْ يُجْزَ ، كَمَا لَوْ قَدَّمَ كَفَّارَةَ الْيَمِينِ عَلَيْهَا ، أَوْ كَفَّارَةَ الْقَتْلِ عَلَى الْجَرْجِ . وَلَوْ قَالَ لَامْرَأَتِهِ : إِنْ دَخَلْتَ الدَّارَ فَأَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . لَمْ يُجْزَ التَّكْفِيرُ قَبْلَ دُخُولِ الدَّارِ ؛ لِأَنَّهُ تَقْدِيمٌ لِلْكَفَّارَةِ قَبْلَ الظَّهَارِ . فَإِنْ أَعْتَقَ عَبْدًا عَنْ ظَهَارِهِ ، ثُمَّ دَخَلْتَ الدَّارَ ، عَتَقَ الْعَبْدُ ، وَصَارَ مُظَاهَرًا ، وَلَمْ يُجْزِئُهُ ؛ لِأَنَّ الظَّهَارَ مُعَلَّقٌ عَلَى شَرْطٍ ، فَلَا يُوجَدُ قَبْلَ وُجُودِ شَرْطِهِ . وَإِنْ قَالَ لَعَبْدِهِ : إِنْ تَظَاهَرْتُ^(٢٠) ، فَأَنْتَ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي . ثُمَّ قَالَ لَامْرَأَتِهِ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . عَتَقَ الْعَبْدُ ، لَوْجُودِ

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب زيادة : « آخر » .

(١٨) في م : « تظاهرت » .

(١٩) في الأصل ، ١ : « يظهر » .

(٢٠) في الأصل ، ١ : « تظهرت » .

الشرط ، وهل يُجزئُه عن الظَّهَارِ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُجْزِئُهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢١) عَتَقَ بَعْدَ الظَّهَارِ ، وَقَدْ نَوَى إِعْتَاقَهُ عَنِ الْكُفَّارَةِ . وَالثَّانِي ، لَا يُجْزِئُهُ ^(٢٢) ؛ لِأَنَّ عِتْقَهُ مُسْتَحَقٌّ بِسَبَبِ آخَرَ ، وَهُوَ الشَّرْطُ ، وَلِأَنَّ النِّيَّةَ لَمْ تَوْجَدْ عِنْدَ عِتْقِ الْعَبْدِ ^(٢٣) ، وَالنِّيَّةُ عِنْدَ التَّعْلِيقِ لَا تُجْزِئُ ؛ لِأَنَّهُ تَقْدِيمٌ لَهَا عَلَى سَبَبِهَا . وَإِنْ قَالَ لِعَبْدِهِ : إِنْ ظَاهَرْتُ ^(٢٤) فَأَنْتَ حُرٌّ عَنْ ظَهَارِي . فَالْحُكْمُ فِيهِ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ تَعْلِيقٌ لِعِتْقِهِ عَلَى الْمُظَاهَرَةِ .

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٢) في الأصل : « التعليق » . وفي ١ : « عتق » . وفي م : « العتق » .

(٢٣) في الأصل ، ١ ، ب : « يظاهر » .

/ كتاب اللعان

وهو مُسْتَقٌّ مِنَ اللَّعْنِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنَ الزَّوْجَيْنِ يَلْعَنُ نَفْسَهُ فِي الْخَامِسَةِ إِنْ كَانَ كَاذِبًا . وَقَالَ الْقَاضِي : سُمِّيَ بِذَلِكَ لِأَنَّ الزَّوْجَيْنِ لَا يَنْفَكَا مِنْ أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا كَاذِبًا ، فَتَحْصُلُ اللَّعْنَةُ عَلَيْهِ ، وَهِيَ الطَّرْدُ وَالْإِبْعَادُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ الْآيَاتُ ^(١) . وَرَوَى سَهْلُ بْنُ سَعْدٍ السَّاعِدِيُّ ، أَنَّ عُوَيْمِرًا الْعَجَلَانِيَّ ، أَتَى رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَرَأَيْتَ رَجُلًا وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَيَقْتُلُهُ ^(٢) فَتَقْتُلُونَهُ ، أَمْ كَيْفَ يَفْعَلُ ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ ^(٣) فِيكَ وَفِي صَاحِبَيْكَ ، فَادْهَبْ فَأْتِ بِهَا » . قَالَ سَهْلٌ : فَتَلَاعَنَّا ، وَأَنَا مَعَ النَّاسِ عِنْدَ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَلَمَّا فَرَعَا ، قَالَ عُوَيْمِرٌ : كَذَبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أَمْسَكْتُهَا . فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا ^(٤) قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٦) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ : جَاءَ هِلَالُ بْنُ أُمَيَّةَ ، وَهُوَ أَحَدُ الثَّلَاثَةِ الَّذِينَ تَابَ اللَّهُ عَلَيْهِمْ ، فَعَجَّاءَ مِنْ أَرْضِهِ عِشَاءً ، فَوَجَدَ عِنْدَ أَهْلِهِ رَجُلًا ، فَرَأَى بَعَيْنَيْهِ ، وَسَمِعَ بِأُذُنَيْهِ ، فَلَمْ يَهْجُهُ ^(٧) حَتَّى أَصْبَحَ ، ثُمَّ عَدَا عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنِّي جِئْتُ أَهْلِي ، فَوَجَدْتُ عَنْدهُمْ رَجُلًا ، فَرَأَيْتُ بَعَيْنِي ، وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي .

(١) من السادسة إلى التاسعة من سورة النور .

(٢) في ب : « فقتله » . وفي الصحيحين : « أيقته » .

(٣) لم يرد في : ب . وفي صحيح مسلم : « قد نزل فيك » .

(٤-٤) في م : « بحضرة » .

(٥) تقدم تخريجه في : ١٠ / ٣٣٠ .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٨ / ٣٧٣ .

(٧) في م : « يهجه » . ولم يهجه : أى لم يزعج هلال ذلك الرجل ولم ينفره .

فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا جَاءَ بِهِ ، وَاشْتَدَّ عَلَيْهِ ، فَنَزَلَتْ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ^(٨) أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ^(٩) ﴿ أَتَيْتَنِي كَذِبَتُهُمَا ^(٩) ﴾ فَسَرَّيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أَبَشِّرْ يَا هَلَالُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا » . قَالَ هَلَالُ : قَدْ كُنْتُ أَرْجُو ذَلِكَ مِنْ رَبِّي تَبَارَكَ وَتَعَالَى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَرْسِلُوا إِلَيْهَا » . ^(١٠) « فَأَرْسِلُوا إِلَيْهَا ^(١٠) » ، فَتَلَاها عَلَيْهِمَا ^(١١) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَذَكَرَهُمَا ، وَأَخْبَرَهُمَا أَنَّ عَذَابَ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا . فَقَالَ هَلَالُ : وَاللَّهِ لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهَا . فَقَالَتْ : كَذَبَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَاعْنُوا بَيْنَهُمَا » . فَقِيلَ لِهَلَالٍ : اشْهَدْ . فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ، فَلَمَّا كَانَتْ الْخَامِسَةُ قِيلَ : يَا هَلَالُ ، اتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ / مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمَوْجِبَةَ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يُجْلِدْنِي عَلَيْهَا . فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . ثُمَّ قِيلَ لَهَا : اشْهَدِي . فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ، فَلَمَّا كَانَتْ الْخَامِسَةُ قِيلَ لَهَا : اتَّقِي اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمَوْجِبَةَ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَتَلَكَّأَتْ سَاعَةً ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ لَا أَفْضَحُ قَوْمِي . فَشَهِدَتْ الْخَامِسَةَ ، أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ . فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَقَضَى أَنْ لَا يَبْتَئَ لَهَا عَلَيْهِ ، وَلَا قُوَّةَ ، مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّقَانِ ^(١٢) مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ ، وَلَا مُتَوَفًى عَنْهَا ، وَقَالَ : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَصْبَحَ أَرْبَعًا ^(١٣) أَثْبِيحَ ^(١٤) حَمْشَ ^(١٥) السَّاقَيْنِ ، فَهُوَ

ظ ٩٩/٨

(٨-٨) ورد في واحدها .

(٩) في ١ ، ب ، م : « كليهما » .

(١٠-١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في الأصل ، ١ ، ب : « عليهم » . والمثبت في : م ، وسنن أبي داود .

(١٢) في ١ ، م : « يفترقان » .

(١٣) في ١ ، ب ، م : « أويضح » . والأريضح : تصغير الأريصح ، وهو خفيف الأبتين .

(١٤) الأثبيح : تصغير الأثبيح ، وهو الناقء الثبيح وهو ما بين الكاهل ووسط الظهر .

(١٥) في م : « أمش » . وحمش الساقين : دقيقهما .

لِهَلَالٍ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ ^(١٦) جَعْدًا ^(١٧) جُمَالِيًّا ^(١٨) خَدَّلَجَ السَّاقِينَ ^(١٩) سَابِعَ
الْأَلْيَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ . فجاءت به أَوْرَقٌ ، جَعْدًا ، جُمَالِيًّا ، خَدَّلَجَ
السَّاقِينَ ، ^(٢٠) سَابِعَ الْأَلْيَتَيْنِ ^(٢١) ، فقال رسول الله ﷺ : « لَوْلَا الْإِيْمَانُ ، لَكَانَ لِي
وَلَهَا شَأْنٌ » . قال عِكْرَمَةُ : فكان بعد ذلك أميرًا على مُضَرَ ^(٢٢) ، وما يُدْعَى لِأَبٍ ^(٢٣) .
ولأنَّ الزَّوْجَ يُتَتَلَّى بِقَذْفِ امْرَأَتِهِ لِيَنْفَى الْعَارَ وَالنَّسَبَ الْفَاسِدَ ، وَتَتَعَدَّرُ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، فَجُعِلَ
اللُّعَانُ بَيِّنَةً لَهُ ، ولهذا لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ اللُّعَانِ ، قال النَّبِيُّ ﷺ : « أَبَشِّرْ يَا هَلَالُ ، فَقَدْ
جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا » .

١٣٢٧ - مسألة : قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَإِذَا قَذَفَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ الْبَالِغَةَ
الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ ، فَقَالَ لَهَا : زَنَيْتِ . أَوْ : يَا زَانِيَةً . أَوْ : رَأَيْتُكَ تَزْنِينَ . وَلَمْ يَأْتِ
بِالْبَيِّنَةِ ، لَزِمَهُ الْحَدُّ ، إِنْ لَمْ يَلْتَعِنْ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا) .
الكلامُ في هذه المسألة في فُصُولٍ :

أَحَدُهَا ، في صِفَةِ الزَّوْجَيْنِ اللَّذَيْنِ يَصِحُّ اللَّعَانُ مِنْهُمَا ^(١) . وقد اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ
فِيهِمَا ، فَرُويَ أَنَّهُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ مُكَلَّفَيْنِ ، سَوَاءً كَانَا مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ ، أَوْ
عَدَلَيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ ، أَوْ مُحْدُوذَيْنِ فِي قَذْفٍ ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَذَلِكَ . وبه قال سعيدُ ابن
المُسَيَّبِ ، وسليمانُ بنُ يسَارٍ ، والحَسَنُ ، وَرَبِيعَةُ ، ومالكٌ ، وإِسْحَاقُ . قال أحمدُ ،
في روايةِ إِسْحَاقَ ^(٢) بن منصورٍ : جميعُ الأزْوَاجِ يَلْتَعِنُونَ ؛ الْحُرُّ مِنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةُ

(١٦) الأورق : الأسمر .

(١٧) الجعد من الشعر : خلاف السبط والقصير منه .

(١٨) الجمالي : الضخم الأعضاء التام الأوصال .

(١٩) خدلج الساقين : تمتلئهما وعظيمهما .

(٢٠-٢١) سقط من : ب .

(٢٢) في النسخ : « مصر » . والمثبت من سنن أبي داود .

(٢٣) في الأصل ، ا ، م : « الأب » .

(١) في ب ، م : « بينهما » .

(٢) سقط من : ب ، م .

إذا كانت زَوْجَةً ، ^(٣) وكذلك الْعَبْدُ مِنَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ إذا كانت زَوْجَةً ^(٣) ، وكذلك /
 الْمُسْلِمُ مِنَ الْيَهُودِيَّةِ وَالنَّصْرَانِيَّةِ . وعن أحمد ، رواية أُخْرَى : لَا يَصِحُّ اللَّعَانُ إِلَّا مِنْ
 زَوْجَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، عَدْلَيْنِ ، حُرَّيْنِ ، غَيْرِ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ . وَرَوَى هَذَا عَنْ
 الزُّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَحَمَّادٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَعَنْ مَكْحُولٍ : لَيْسَ
 بَيْنَ الْمُسْلِمِ وَالذَّمِّيِّ لِعَانٌ . وَعَنْ عَطَاءٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، فِي الْمَحْدُودِ فِي الْقَذْفِ : يُضْرَبُ
 الْحَدُّ ، وَلَا يُلَاعِنُ . وَرَوَى فِيهِ حَدِيثٌ لَا يَثْبُتُ . كَذَلِكَ ^(٤) قَالَ الشَّافِعِيُّ ،
 وَالسَّاجِيُّ ^(٥) . وَلَئِنْ ^(٦) اللَّعَانُ شَهَادَةٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا
 أَنْفُسُهُمْ ﴾ ^(٧) . فَاسْتَشْنَى أَنْفُسَهُمْ مِنَ الشُّهَدَاءِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ
 أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ ﴾ ^(٨) . فَلَا يُقْبَلُ مِمَّنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ مِمَّنْ لَا
 يُحَدُّ بِقَذْفِهَا ، لَمْ يَجِبِ اللَّعَانُ ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لِإِسْقَاطِ الْحَدِّ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى :
 ﴿ وَبَدَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ ^(٩) . وَلَا حَدٌّ هُنَا ، فَيَنْتَفِي
 اللَّعَانُ لَا تَنْفَائِهِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي « الْمُجَرَّدِ » أَنَّ مَنْ لَا يَجِبُ الْحَدُّ بِقَذْفِهَا ، وَهِيَ الْأَمَةُ ،
 وَالذَّمِّيَّةُ ، وَالْمَحْدُودَةُ فِي الزَّيْنِ ، لِزَوْجِهَا لِعَانُهَا ؛ لِتَنْفِي الْوَلَدِ خَاصَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ لِعَانُهَا
 لِإِسْقَاطِ الْقَذْفِ وَالتَّعْزِيرِ ، لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ ، وَاللَّعَانُ إِنَّمَا يُشْرَعُ لِإِسْقَاطِ حَدٍّ ، أَوْ تَنْفِي
 وَلَدٍ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَاحِدٌ مِنْهُمَا لَمْ يُشْرَعِ اللَّعَانُ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ
 أَزْوَاجَهُمْ ﴾ ^(١٠) . الْآيَةُ ، وَلَئِنَّ اللَّعَانَ يَمِينٌ ، فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى مَا شَرَطُوهُ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ،
 وَدَلِيلُ أَنَّهُ يَمِينٌ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْلَا الْأَيْمَانُ ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » ^(١١) .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) في ب ، م : « وكذلك » .

(٥) زكريا بن يحيى بن عبد الرحمن الساجي الحافظ ، كان من الثقات الأئمة ، وله كتاب « اختلاف الفقهاء » ، توفي سنة سبع وثلاثمائة . ترجمه السبكي ، في طبقات الشافعية الكبرى ٣ / ٢٩٩ - ٣٠١ .

(٦) سقطت الواو من : م .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٨ .

(٩) تقدم تخريجه في : ٣٧٣ / ٨ .

وَأَنَّهُ يَفْتَقِرُ إِلَى اسْمِ اللَّهِ تَعَالَى ، وَيَسْتَوِي فِيهِ الذَّكْرُ وَالْأُنْثَى . وَأَمَّا تَسْمِيَتُهُ شَهَادَةً ، فَلَقَوْلُهُ فِي يَمِينِهِ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ . فَسَمِيَ ذَلِكَ شَهَادَةً وَإِنْ كَانَ يَمِينًا ، كَمَا قَالَ تَعَالَى : ﴿ إِذَا جَاءَكَ الْمُنَافِقُونَ قَالُوا نَشْهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ اللَّهِ ﴾ ^(١٠) وَلَأَنَّ الزَّوْجَ يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِ الْوَلَدِ ، فَيُشَرِّعُ لَهُ طَرِيقًا إِلَى نَفْيِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ امْرَأَتُهُ مِمَّنْ يُحَدُّ بِقَذْفِهَا . وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ هِيَ الْمَنْصُوصَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي رَوَايَةِ الْجَمَاعَةِ . وَمَا يُخَالِفُهَا شَاذٌ فِي الثَّقَلِ . وَأَمَّا قَوْلُ الْخَرَقِيِّ : وَإِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ الْبَالِغَةَ الْحُرَّةَ الْمُسْلِمَةَ . فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ شَرَطَ هَذَا الْوُجُوبَ الْحَدَّ عَلَيْهِ ، لَا لِنَفْيِ اللَّعَانِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ هَذَا شَرَطًا عِنْدَهُ فِي الْمَرْأَةِ ، لِتَكُونَ مِمَّنْ يَجِبُ عَلَيْهِ الْحَدُّ بِقَذْفِهَا ، فَيَنْفِيهِ بِاللَّعَانِ ، وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الزَّوْجِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ يَجِبُ عَلَيْهِ بِقَذْفِ الْمُحْصَنَةِ ، وَإِنْ / كَانَ ذِمِّيًّا أَوْ فَاسِقًا . فَأَمَّا قَوْلُهُ : مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا . فَبِهِ نَظَرٌ ؛ لِأَنَّهُ أَوْجَبَ عَلَيْهِ بِقَذْفِ زَوْجَتِهِ الْمُسْلِمَةِ ، وَالْكَافِرُ لَا يَكُونُ زَوْجًا لِمُسْلِمَةٍ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى تَأْوِيلٍ لَفْظِهِ بِحَمْلِهِ عَلَى أَحَدِ شَيْئَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا : أَنَّهُ أَرَادَ أَنَّ الزَّوْجَ يُلَاعِنُ زَوْجَتَهُ ، وَإِنْ كَانَ كَافِرًا ، فَرَدَّ ذَلِكَ إِلَى اللَّعَانِ ، لَا إِلَى ^(١١) الْحَدِّ . الثَّانِي ، أَنَّهُ أَرَادَ مَا إِذَا أَسْلَمَتْ زَوْجَتَهُ ، فَقَذَفَهَا فِي عِدَّتِهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَ الزَّوْجُ ، فَإِنَّهُ يُلَاعِنُ .

١٠٠/٨ ط

فصل : وَلَا فَرْقَ بَيْنَ كَوْنِ الزَّوْجَةِ مَدْخُولًا بِهَا ، أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، فِي أَنَّهُ يُلَاعِنُهَا . قَالَ ابْنُ الْمُثَنِّ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ عِلْمَاءِ الْأَمْصَارِ ؛ مِنْهُمْ عَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، بظَاهِرِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . فَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، فَلَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ مِنْهُ ^(١٢) . كَذَلِكَ قَالَ الْحَسَنُ ، وَسَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا صَدَاقَ لَهَا ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ حَصَلَتْ بِلِعَانِهِمَا جَمِيعًا ، فَأَشْبَهَ الْفُرْقَةَ لَعِينٍ فِي أَحَدِهِمَا .

(١٠) سورة المنافقون ١

(١١) سقط من : الأصل

(١٢) في ب : « منها » .

فصل : فإن كان أحد الزوجين غير مكلف ، فلا إعان بينهما ؛ لأنه قولٌ تخصل به
الفرقة ، ولا يصح من غير مكلف ، كالطلاق ، أو يمين ، فلا تصح من غير
المكلف^(١٣) ، كسائر الأيمان . ولا يخلو غير المكلف من أن يكون الزوج ، أو
الزوجة ، أو هُما ؛ فإن كان الزوج فله حالان ؛ أحدهما ، أن يكون طفلاً . والثاني ، أن
يكون بالغاً زائل العقل . فإن كان طفلاً لم يصح منه القذف ، ولا يلزمه به حد ؛ لأن القلم
مرفوع عنه ، وقوله غير معتبر ، وإن أتت امرأته بولد ؛ نظرنا ، فإن كان لدون عشر
سنتين ، لم يلحقه الولد ، ويكون منفياً عنه ؛ لأن العلم يحيط بأنه ليس منه ، فإن الله عز
وجل لم يجز العادة بأن يولد له لدون ذلك ، فينتفى عنه ، كما لو أتت به^(١٤) المرأة لدون
سنة أشهر منذ تزوجها . وإن كان ابن عشر^(١٥) فصاعداً ، فقال أبو بكر : لا يلحق به
إلا بعد البلوغ أيضاً ؛ لأن الولد لا يخلق إلا من ماء الرجل والمرأة ، ولو أنزل لبلع . وقال
ابن حامد : يلحق به . قال القاضي : وهو ظاهر كلام أحمد . وهذا مذهب الشافعي ؛
لأن الولد يلحق بالإمكان ، وإن خالف الظاهر ، ولهذا لو أتت بولد لسنة أشهر من حين
العقد ، لحق بالزوج ، وإن كان خلاف الظاهر ، وكذلك يلحق به إذا أتت / به لأربع
سنتين ، مع ندرته . وليس له نفية في الحال ، حتى يتحقق بلوغه بأحد أسباب البلوغ ،
فله نفى الولد أو استلحاقه^(١٦) . فإن قيل : فإذا ألحقتم به الولد ، فقد حكمتهم
ببلوغه ، فهلاً سمعتم نفية وإعائه ؟ قلنا : إلحاق 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 بالغاً انتفى عنه الولد ، وإن كان بالغاً انتفى عنه
باللعان^(١٧) . قلنا : إلا أنه لا يجوز أن يتبدى اليمين مع الشك في صحتها ، فسقطت

١٠١/٨ و

(١٣) في الأصل : « مكلف » .

(١٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٥) في الزيادة : « سنتين » .

(١٦) في م : « واستلحاقه » .

(١٧) في ب ، م : « اللعان » .

للسَّكِّ فيها . الثاني ، إذا كان زائل العقل لجنون^(١٨) ، فلا^(١٩) حُكْم لِقَذْفِهِ ؛ لأنَّ القَلَمَ عنه مرفوعٌ أيضًا ، وإنَّ اتَّيَّ امرأته بولده ، فنَسَبَهُ لا حَقَّ به لِإِمْكَانِهِ ، ولا سَبِيلَ إِلَى نَفْيِهِ مع زوال عقله ، فإذا عقل ، فله نَفْيُ الْوَلَدِ حينئذٍ واسْتِلْحَاقُهُ . وإنَّ ادَّعَى أَنَّهُ كان ذاهبَ العقل حين قَذَفَهُ ، وأنْكَرَتْ ذلك ، ولأَحَدُهُما بَيِّنَةٌ بما قال ، ثَبَّتَ قَوْلُهُ . وإنَّ لم يَكُنْ لواحدٍ منهما بَيِّنَةٌ ، ولم يَكُنْ له حالةٌ عَلِمَ فيها زوالَ عقله ، فالقولُ قولُها مع يَمِينِها ؛ لأنَّ الْأَصْلَ وَالظَّاهِرَ الصَّحَّةَ وَالسَّلَامَةَ . وإنَّ عُرِفَتْ له حالةٌ جُنُونٍ ، ولم تُعْرَفْ له حالةٌ إِفَاقَةٍ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ، وإنَّ عُرِفَتْ له حالةٌ جُنُونٍ وحالةٌ إِفَاقَةٍ ، ففيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُما ، القولُ قولُها . قال القاضي : هذا قياسُ قولِ أَصْحَابِنَا في الْمَلْفُوفِ إِذَا ضَرَبَهُ فَقَدَّهُ ، ثم ادَّعَى أَنَّهُ كان مَيِّتًا ، وقال الوليُّ : كان حيًّا . والوجهُ الثاني ، أَنَّ القولَ قولُهُ ؛ لأنَّ الْأَصْلَ بَرَاءَةُ ذِمَّتِهِ مِنَ الْحَدِّ ، فلا يَجِبُ بالسَّكِّ ، ولأنَّ الْحَدَّ يَسْقُطُ بِالشُّبْهِةِ ، ولا يُشْبِهُ هذا الْمَلْفُوفَ ، لأنَّ الْمَلْفُوفَ قد عَلِمَ أَنَّهُ كان حيًّا ، ولم يُعْلَمَ منه ضِدُّ ذلك ، فَظَنُّهُ في مَسْأَلَتِنَا أَنَّهُ يُعْرَفُ له حالةٌ إِفَاقَةٍ ، ولا يُعْلَمُ منه ضِدُّها ، وفي مَسْأَلَتِنَا قد تَقَدَّمَ له حالةٌ جُنُونٍ ، فيَجُوزُ أَنْ تَكُونَ قد اسْتَمَرَّتْ إِلَى حِينٍ قَذَفَهُ . وَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ غَيْرَ مُكَلَّفَةٍ ، فَقَذَفَهَا الزَّوْجُ ؛ نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَتْ طِفْلَةً لَا يُجَامَعُ مِثْلُهَا ، فلا حَدَّ عَلَى قَاضِيهَا ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ يُتَيَقَّنُ كَذِبُهُ فِيهِ ، وبرَاءَةُ عَرَضِهَا مِنْهُ ، فلم يَجِبْ به حَدٌّ كَمَا لو قال : أَهْلُ الدُّنْيَا زَنَاقَةٌ . وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ لِلْسَّبِّ ، لا لِلْقَذْفِ ، ولا يُحْتَاجُ في التَّعْزِيرِ إِلَى مُطَالَبَةٍ ؛ لِأَنَّهُ مَشْرُوعٌ لِتَأْذِيهِ ، وَلِلْإِمَامِ فَعَلُهُ إِذَا رَأَى ذَلِكَ . فَإِنْ كَانَتْ يُجَامَعُ مِثْلُهَا ، كَابْنَةِ / تِسْعِ سِنِينَ ، فعليه الْحَدُّ ، وليس لَوَلِيِّهَا ولا لها الْمُطَالَبَةُ به حَتَّى تَبْلُغَ ، فإذا بَلَغَتْ فَطَالَبتُ ، فلها الْحَدُّ ، وله إِسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ ، وليس له لِعَانُهَا قَبْلَ الْبُلُوغِ ؛ لأنَّ اللَّعَانَ يُرَادُ إِسْقَاطُ الْحَدِّ أَوْ نَفْيُ الْوَلَدِ ، ولا حَدَّ عَلَيْهِ قَبْلَ بُلُوغِهَا ، ولا وَلَدٌ فَيَنْفِيهِ ، فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ حُكِمَ بِبُلُوغِهَا ؛ لأنَّ الْحَمْلَ أَحَدُ أَسْبَابِ الْبُلُوغِ ، ولأنَّهُ لا يَكُونُ إِلَّا مِنْ نُطْفَتِهَا ، فَمِنْ ضَرُورَتِهِ إِنْزَالُهَا ، وهو مِنْ أَسْبَابِ بُلُوغِهَا .

ظ ١٠١/٨

(١٨) في ١ : مجنون .

(١٩) في ب ، م : فلا .

وإن قَذَفَ امرأته المجنونة بِرَأْيِ أَصَافِهِ إِلَى حَالِ إِفَاقَتِهَا ، أَوْ قَذَفَهَا وَهِيَ عَاقِلَةٌ ، ثُمَّ جُنَّتْ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالَبَةُ ، وَلَا لِوَلِيِّهَا قَبْلَ إِفَاقَتِهَا ؛ لِأَنَّ هَذَا طَرِيقُهُ التَّشْفِي ، فَلَا يَتَوَبُّ عَنْهُ الْوَلِيُّ فِيهِ ، كَالْقَصَاصِ ، فَإِذَا أَفَاقَتْ فَلَهَا الْمُطَالَبَةُ بِالْحَدِّ ، وَلِلزَّوْجِ اسْتِقَاطُهُ بِاللَّعَانِ ، وَإِنْ أَرَادَ لِعَانُهَا فِي حَالِ جُنُونِهَا ، وَلَا وَلَدَ يَنْفِيهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لَعَدِمَ الْحَاجَةَ إِلَيْهِ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَتَوَجَّهْ عَلَيْهِ حَدٌّ فَيُسْقَطْهُ ، وَلَا نَسَبٌ فَيَنْفِيَهُ . وَإِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَالَّذِي يَقْتَضِيهِ الْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يُلَاعِنُ ، وَيَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَنْتَفِي بِاللَّعَانِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَهَذِهِ لَا يَصِحُّ مِنْهَا لِعَانٌ . وَقَدْ نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي الْخُرُسَاءِ ، أَنَّ زَوْجَهَا لَا يُلَاعِنُ . فَهَذِهِ أَوَّلَى . وَقَالَ الْخَرَقِيُّ فِي الْعَاقِلَةِ : لَا يُعْرَضُ لَهُ حَتَّى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فَلَمْ يُشْرَعْ لِلَّعَانِ مَعَ جُنُونِهِ ^(٢٠) ، كَالزَّوْجِ ، وَلَئِنْ لِعَانَ الزَّوْجَ وَحْدَهُ لَا يَنْتَفِي بِهِ الْوَلَدُ ، فَلَا فَائِدَةٌ فِي مَشْرُوعِيَّتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِنَفْيِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ ^(٢١) إِلَى نَفْيِهِ ، فَيُشْرَعُ ^(٢٢) لَهُ طَرِيقٌ إِلَى نَفْيِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ . وَظَاهِرُ مَذْهَبِهِ أَنَّ لَهُ لِعَانَهَا مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ ، لِدُخُولِهِ فِي عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وَلِأَنَّهُ زَوْجٌ مُكَلَّفٌ ، قَازِفٌ لَامْرَأَتِهِ ، الَّتِي يُؤَلِّدُ لِمِثْلِهَا ، فَكَانَ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَهَا ، كَمَا لَوْ كَانَتْ عَاقِلَةً .

فصل : فَأَمَّا الْأُخْرُسُ وَالْخُرُسَاءُ ؛ فَإِنْ كَانَا غَيْرَ مَعْلُومِي الْإِشَارَةِ وَالكِتَابَةِ ، فَهُمَا كَالْمَجْنُونَيْنِ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُتَصَوَّرُ مِنْهُمَا لِعَانٌ ، وَلَا يُعْلَمُ مِنَ الزَّوْجِ قَذْفٌ ، وَلَا مِنَ الْمَرْأَةِ مُطَالَبَةٌ . وَإِنْ كَانَا مَعْلُومِي الْإِشَارَةِ وَالكِتَابَةِ ، فَقَدْ قَالَ أَحْمَدُ ؛ إِذَا كَانَتِ الْمَرْأَةُ خُرُسَاءً لَمْ تُلَاعِنْ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُعْلَمُ مُطَالَبَتُهَا . وَحَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَإِسْحَاقُ ^(٢٣) ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي الْأُخْرَسِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّعَانَ لَفْظٌ يَقْتَضِي إِلَى الشَّهَادَةِ ، فَلَمْ يَصِحَّ مِنَ الْأُخْرَسِ ، / كَالشَّهَادَةِ الْحَقِيقِيَّةِ ، وَلَئِنْ

(٢٠) في ١ : مجنونه .

(٢١) في ١ : يحتاج .

(٢٢) في ب ، م : فشرع .

(٢٣) سقط من : م .

الْحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، ^(٢٤) وَالْإِشَارَةُ لَيْسَتْ ^(٢٥) صَرِيحَةً كَالنُّطْقِ ، فَلَا ^(٢٥) تَخْلُو مِنْ
 اِحْتِمَالٍ وَتَرُدُّ ، فَلَا يَجِبُ الْحَدُّ بِهَا ، كَمَا لَا يَجِبُ عَلَى أَجَنَبِيٍّ بِشَهَادَتِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي ،
 وَأَبُو الْخَطَّابِ : هُوَ كَالنَّاطِقِ فِي قَذْفِهِ وَلِعَانِهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ
 طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ قَذْفُهُ وَلِعَانُهُ ، كَالنَّاطِقِ ، وَيُفَارِقُ الشَّهَادَةَ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ حُصُولَهَا مِنْ
 غَيْرِهِ ، فَلَمْ تَدْعُ الْحَاجَةَ إِلَى الْأَخْرَسِ ، وَفِي اللَّعَانِ لَا يَحْصُلُ إِلَّا مِنْهُ ، فَدَعَتِ الْحَاجَةَ إِلَى
 قَبُولِهِ مِنْهُ ، كَالطَّلَاقِ . وَالْأَوَّلُ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْقَذْفِ وَجُوبُ الْحَدِّ ، وَهُوَ يُدْرَأُ
 بِالشُّبُهَاتِ ^(٢٦) ، وَمَقْصُودُ اللَّعَانِ الْأَصْلِيُّ نَفْيُ النَّسَبِ ، وَهُوَ يُثَبَّتُ بِالْإِمْكَانِ ، مَعَ
 ظُهُورِ اثْنَتَيْنِ ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُشْرَعَ مَا يَنْفِيهِ ، وَلَا مَا يُوجِبُ الْحَدَّ مَعَ الشُّبُهَةِ الْعَظِيمَةِ ،
 وَلِذَلِكَ لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الشَّهَادَةَ تَحْصُلُ مِنْ غَيْرِهِ . قُلْنَا : قَدْ لَأُحْصَلَ إِلَّا
 مِنْهُ ؛ لِاخْتِصَاصِهِ بِرُؤْيَا الْمُشْهُودِ بِهِ ^(٢٧) ، أَوْ سَمَاعِهِ ^(٢٨) إِيَّاهُ .

فصل : فَإِنْ قَذَفَ الْأَخْرَسُ وَلَاعَنَ ^(٢٩) ثُمَّ تَكَلَّمَ ، فَأُنْكَرَ الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ ، لَمْ يُقْبَلْ
 إِنْكَارُهُ لِلْقَذْفِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لَغَيْرِهِ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِنْكَارُهُ لَهُ ، وَيُقْبَلُ
 إِنْكَارُهُ لِلَّعَانِ فِيمَا عَلَيْهِ ، فَيُطَالَبُ بِالْحَدِّ ، وَيُلْحَقُهُ النَّسَبُ ، وَلَا تَعُودُ الزَّوْجِيَّةُ . فَإِنْ
 قَالَ : أَنَا الْأَعِنُ لِلْحَدِّ وَنَفْيُ النَّسَبِ . كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ أَنَّهُ لَمْ يُلَاعِنَ ،
 فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يُلَاعِنَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ .

فصل : فَإِنْ قَذَفَهَا وَهُوَ نَاطِقٌ ، ثُمَّ خَرِسَ ، وَأُيسَ مِنْ نُطْقِهِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ
 الْأَخْرَسِ ^(٣٠) الْأَصْلِيِّ ، وَإِنْ رُجِيَ عَوْدُ نُطْقِهِ ، وَزَوَّالَ خَرِسِهِ ، انْتِظَرَ بِهِ ذَلِكَ ، وَيُرْجَعُ

(٢٤-٢٤) في ب ، م : « والشهادة لنسبة » .

(٢٥) في الأصل ، ا : « ولا » .

(٢٦) في م : « بالشهادة » .

(٢٧) في م : « له » .

(٢٨) في م : « إسماعه » .

(٢٩) في ب ، م : « أو لاعن » .

(٣٠) سقط من : م .

في معرفة ذلك إلى قول عدلين من أطباء المسلمين . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .
 وذكر بعضهم أنه يلاعن في الحالين بالإشارة ؛ لأن أمانة بنت أبي العاصي أصممت ،
 فقيل لها : لفلان كذا ، ولفلان كذا ؟ فأشارت أن نعم . فأروا أنها وصية . وهذا لا حجة
 فيه ؛ لأنه لم يذكر من الراوي لذلك ، ولم يعلم أنه قول من قوله حجة ، ولا علم هل كان
 ذلك لحرس يرجى زواله أو لا ؟ وقال أبو الخطاب في من اعتقل لسانه ، وأيس من
 نطقه : هل يصح لعانه بالإشارة ؟ على وجهين .

فصل : وكل موضع لا لعان فيه ، فالتسبب لا حق فيه ، ويجب بالقذف موجب من
 الحد والتعزير ، إلا أن يكون القاذف صبيًا ، أو مجنونًا ، فلا ضرب / فيه ، ولا لعان . ١٠٢/٨ ظ
 كذلك قال الثوري ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ،
 وابن المنذر . وقال : ولا أحفظ عن غيرهم خلافهم .

الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير الزوجين ، فإذا قذف أجنبية محصنة ، حد ولم
 يلاعن ، وإن لم تكن محصنة عزر ، ولا لعان أيضًا . ولا خلاف في هذا ؛ وذلك ^(٣١) لأن
 الله تعالى قال : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ
 ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(٣٢) . ثم خص الزوجات من عموم هذه الآية بقوله سبحانه وتعالى :
 ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ففيما عداهن يبقى على قضية العموم . وإن ملك أمة ،
 ثم قذفها ، فلا لعان ، سواء كانت فراشًا له ، أو لم تكن ، ولا حد عليه بقذفها ، ويعزر .
 فإن أتت بولد نظرنه ؛ فإن لم يعترف بوطئها ، لم يلحقه نسبه ، ولم يحتاج إلى نفيه ، وإن
 اعترف بوطئها ، صارت فراشًا له . وإذا أتت بولد لمدة الحمل من يوم الوطء لحقه .
 وهذا قال مالك ، والشافعي . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : لا تصير فراشًا له حتى يقر
 بولدها ، فإذا أقر به صارت فراشًا له ^(٣٣) ، ولحقه أولادها بعد ذلك ؛ لأنها لو

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) سورة النور ٤ .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ب .

صارت فراشاً بالوطء^(٣٤)، لصارت فراشاً^(٣٥) بإباحته ، كالزوجة . ولنا ، أن سعداً نازع
عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ، فقال : هو أخى ، وابن وليدة أبى ، ولد على فراشه .
فقال النبي ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » .
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٣٥) . وَرَوَى ابْنُ عُمَرَ ، أَنَّ^(٣٦) عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَا بَالُ رَجُلٍ
يَطْأُونَ وَلَا يَنْدَهُمْ ، ثُمَّ يَغْزِلُونَهُنَّ ، لَا تَأْتِيَنِي وَلِيدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّهُ أَلَمَ بِهَا ، إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ
وَلَدَهَا ، فَأَغْرِلُوا بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ اتْرُكُوا^(٣٧) . وَلَأنَّ الْوَطْءَ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، فَإِذَا
كَانَ مَشْرُوعاً صَارَتْ بِهِ الْمَرْأَةُ فِرَاشاً ، كَالنِّكَاحِ ، وَلَأنَّ الْمَرْأَةَ إِنَّمَا سُمِّيَتْ فِرَاشاً تَجَوُّزاً ، إِنَّمَا
لِمُضَاجَعَتِهِ لَهَا عَلَى الْفِرَاشِ ، وَإِنَّمَا لِكُونِهَا تَحْتَهُ فِي حَالِ الْمُجَامَعَةِ ، وَكِلَا الْأَمْرَيْنِ
يَحْصُلُ فِي الْجِمَاعِ ، وَقِيَاسُهُمُ الْوَطْءَ عَلَى الْمَلِكِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ
الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ مِنْهُ الْوَلَدُ بِدُونِ الْوَطْءِ ، وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُرَادُ إِلَّا^(٣٨)
لِلْوَطْءِ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَا يَنْتَقِذُ فِي مَحَلٍّ يَحْرُمُ الْوَطْءُ فِيهِ ، كَالْمَجُوسِيَّةِ
وَالْوَنِيَّةِ وَذَوَاتِ^(٣٩) مُحَارِمِهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنْ أَرَادَ نَفْسِي وَلِدَ أُمَّتِهِ الَّتِي يَلْحَقُهَا وَلَدُهَا / ،
فَطَرِيقُهُ أَنْ يَدَّعَى أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ وَطْئِهِ لَهَا بِخِيضَةٍ ، فَيَنْتَفِي بِذَلِكَ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ
يَغْزِلُ عَنْهَا ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ بِذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى رَسُولِ
اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي جَارِيَةً ، وَأَنَا أَطُوفُ عَلَيْهَا ، وَأَنَا أُكْرَهُ أَنْ تَحْمِلَ . فَقَالَ :
« اغْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . قَالَ : فَلَبِثَ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَتَاهُ ،
فَقَالَ : إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ حَمَلَتْ . قَالَ : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رَوَاهُ أَبُو

١٠٣/٨

(٣٤-٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) تقدم تخريجه في : ٣١٦/٧ .

(٣٦) في م : « عن » .

(٣٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب القضاء في أمهات الأولاد ، من كتاب الأقضية . الموطأ ٧٤٢/٢ . والبيهقي ،
في : باب الولد للفراش والوطء ... ، من كتاب اللعان . السنن الكبرى ٤١٣/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب الرجل
يطأ سريته وينتفى من حملها ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٣٢/٧ .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) في م : « وذواتي » .

داود^(٤٠) . وروى عن أبى سعيد ، أنه قال : كنتُ أغزِلُ عن جاريتي ، فولدتُ أحبَّ الخلقِ إليَّ^(٤١) . يعنى ابنه . ولحديث عمر الذى ذكرناه . ولأنه حكّم تعلّق بالوطء ، فلم يُعتَبَر معه الإنزال ، كسائر الأحكام . وقد قيل : إنّه ينزل من الماء ما لا يحسُّ به . وإن أقرّ بالوطء دون الفرج ، أو فى الدُّبر ، لم تُصِرْ بذلك فراشاً ؛ لأنّه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، ولأنّه ينتفى عنه الولد بدعوى الاستبراء إذا أثبت به بعد الاستبراء بمدة الحمل ، فهنا أولى . وروى عن أحمد ، أنها تصيرُ فراشاً ؛ لأنّه قد يُجامع ، فيسبِقُ الماء إلى الفرج . ولأصحاب الشافعى وجهان كهذين . وإذا ادّعى الاستبراء قبل قوله بغير يمين ، فى أحد الوجهين ؛ لأنّ من قبل قوله فى الاستبراء ، قبل بغير يمين ، كالمرأة تدعى انقضاء عدتها . وفى الآخر ، يستحلف . وهو مذهب الشافعى ؛ لعموم قوله عليه السلام : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٤٢) . ولأنّ الاستبراء غير مُختصّ به ، فلم يُقبل قوله فيه بغير يمين ، كسائر الحقوق ، بخلاف العدة . ومتى لم يدع الاستبراء ، لحقه ولدها ، ولم ينتف عنه . وقال الشافعى ، فى أحد قوليّه : له نفية باللّعان ؛ لأنّه ولد^(٤٣) لم يرض به ، فأشبه ولد المرأة . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ ﴾ . فخصّ بذلك الأزواج ، ولأنّه ولد يلحقه نسبه من غير الزوجة ، فلم يملك نفية باللّعان ، كما لو طوى أجنبية بشبهة ، فالحققت القافة ولدها به ، ولأنّ له طريقاً إلى نفى الولد بغير اللّعان ، فلم يحتج إلى نفية باللّعان ، فلا يُشرع ، ولأنّه إذا وطئ أمته ولم يستبرئها ، فأتى بولد ، احتمل أن يكون منه ، فلم يجز له نفية ؛ لكون النسب يلحق بالإمكان ، فكيف مع^(٤٣) الظهور ووجود^(٤٤) سببه ! ولو ادّعى الاستبراء . فأتى بولدين ، فأقرّ بأحدهما / ونفى الآخر ، لحقاه معاً ؛ لأنّه لا يمكن جعل أحدهما منه

١٠٣/٨ ظ

(٤٠) تقدم ترجمته فى : ٢٣٠/١٠ .

(٤١) تقدم ترجمته فى : ٥٢٥/٦ .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣-٤٤) فى م : « ظهور وجود » .

والآخر من غيره ، وهما حمل واحد ، ولا يجوز نفى الولد المقر به عنه ^(٤٤) مع إقراره به ^(٤٥) ، فوجب إلحاقهما به معا . وكذلك إن أثبت أمته التي لم يعترف بوطئها بتوأمين ، فاعترف بأحدهما ، ونفى الآخر .

فصل : وإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ، ثم قذفها ، وبينهما ولد يُريدُ نفية ، فله أن يلاعِنَ نفية ، ولا حدَّ عليه . وإن لم يكن بينهما ولد ، حد ولا لعانَ بينهما . وهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد ، وليس له نفية ، ولا اللعان ؛ لأنها أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنيبات ، أو إذا لم يكن بينهما ولد . ولنا ، أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح ، فكان له نفية ، كما لو كان النكاح صحيحا ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه ^(٤٥) لا حاجة إلى القذف ؛ لكونها أجنبية ، ويفارق سائر الأجنيبات ؛ لأنه لا يلحقه ولدهن ، فلا حاجة به إلى قذفهن ، ويفارق الزوجة . فإنه يحتاج إلى قذفها مع عدم الولد ، لكونها خاتنه ^(٤٦) وغاظته وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحد ؛ لأنه لعان مشروع ^(٤٧) نفى النسب ^(٤٧) ، فأسقط الحد ، كاللعان في النكاح الصحيح . وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يثبت ؛ لأنه لعان صحيح ، أشبه لعان الزوجة . والثاني ، لا يثبت ؛ لأن الفرق لم تحصل به ، فإنه لا نكاحَ بينهما يحصل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرق 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 يظن أنها زوجته .

(٤٤-٤٤) في ١ : « موقع إقراره » .

(٤٥) في ١ : « لأنه » .

(٤٦) في م : « حالته » تحريف .

(٤٧-٤٧) في م : « لنفي الحد » .

فصل : فلو أَبَانَ زَوْجَتَهُ ، ثُمَّ قَذَفَهَا بِزَنَى أَضَافَهُ إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَهِيَ كَالْمَسْأَلَةِ قَبْلَهَا ؛ إِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَلَهُ أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللَّعَانِ ، وَإِلَّا حُدَّ وَلَمْ يُلَاعِنَ . وَهَذَا قَالِ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُحَدُّ ، وَيَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ، وَلَا يُلَاعِنُ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ . وَوَجْهُ الْمَذْهَبَيْنِ مَا تَقَدَّمَ فِي الَّتِي قَبْلَهَا . وَقَالَ عَثْمَانُ الْبَيْهَقِيُّ : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ / بَيْنَهُمَا وَلَدٌ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَالْحَسَنِ ، أَنَّهُ يُلَاعِنُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ مُضَافًا إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ زَوْجَتَهُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِذَا كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ فِيهِ حَاجَةٌ إِلَى الْقَذْفِ ، فَشُرِعَ ، كَمَا لَوْ قَذَفَهَا وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ وَلَدٌ ، فَلَا حَاجَةَ بِهِ إِلَيْهِ ، وَقَدْ قَذَفَهَا وَهِيَ أَجْنَبِيَّةٌ ^(٤٨) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يُضْفِئْهُ إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ . وَمَتَى لَاعِنَهَا لَنَفَى وَلَدَهَا انْتَفَى ، وَسَقَطَ عَنْهُ الْحَدُّ . وَفِي ثُبُوتِ التَّحْرِيمِ الْمُؤَبَّدِ وَجْهَانِ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَهَا قَبْلَ وَضْعِ الْوَلَدِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ كَانَ لَهُ لِعَانُهَا بَعْدَ الْوَضْعِ ، كَانَ لَهُ لِعَانُهَا قَبْلَهُ ، كَالزَّوْجَةِ . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ، وَهُوَ ظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ عِنْدَهُ لَا يَنْتَفِي فِي حَالِ الْحَمْلِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا يُثْبِتُ هَهُنَا لِأَجْلِ الْوَلَدِ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ يُلَاعِنَ إِلَّا بَعْدَ تَحْقِيقِهِ بَوْضَعِهِ ، بِخِلَافِ الزَّوْجَةِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ لِعَانُهَا مَعَ عَدَمِ الْوَلَدِ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي نَفْيِ الْحَمْلِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ .

فصل : إِذَا اشْتَرَى زَوْجَتَهُ الْأَمَةَ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِوَطْئِهَا ، ثُمَّ أَثْبَتَ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، كَانَ لَاحِقًا بِهِ ، وَلَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ إِلَّا بِدَعْوَى الْاِسْتِبْرَاءِ ؛ لِأَنَّهُ مُلْحَقٌ بِهِ بِالْوَطْءِ فِي الْمِلْكِ دُونَ النِّكَاحِ ، لَكُنْ الْمَلِكُ حَاضِرًا ، فَصَارَ كَالزَّوْجِ الثَّانِي ، يَلْحَقُ بِهِ الْوَلَدُ وَإِنْ أُمِّكَنْ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَوَّلِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَقَرَّ بِوَطْئِهَا ، أَوْ أَقَرَّ بِهِ فَأُثْبِتَ بِوَلَدٍ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ وَطِئَ ، كَانَ مُلْحَقًا بِالنِّكَاحِ ، إِنْ أُمِّكَنْ ذَلِكَ ، وَلَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ ، وَهَلْ يُثْبِتُ هَذَا اللَّعَانُ التَّحْرِيمَ الْمُؤَبَّدَ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : إِذَا قَذَفَ مُطْلَقَتَهُ الرَّجْعِيَّةَ ، فَلَهُ لِعَانُهَا ، سَوَاءً كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . قَالَ أَبُو طَالِبٍ : سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ تَطْلِيقَةً أَوْ تَطْلِيقَتَيْنِ ، ثُمَّ يَقْذِفُهَا .

(٤٨) فِي الْأَصْلِ : « قَذَفَ » .

قال : قال ابن عباس : لا يُلاعِنُ ، ويُجلَدُ . وقال ابن عمر : يُلاعِنُ ما كانت^(٤٩) في العِدَّة . قال : وقول ابن عمر أجود ؛ لأنَّها زَوْجَتُهُ^(٥٠) ، وهو يرثُها وترثه ، فهو يُلاعِنُ . وهذا قال جابر بن زيد ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وقتادة ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عُبَيْد ، وأبو ثور ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وروى ذلك عن ابن عمر ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ فكان له لعانها ، كما لو لم يُطْلَقْها .

فصل : وإن قَذَفَ زَوْجَتَهُ ثم أبانها ، فله لعانها . نصَّ / عليه أحمد ، سواء كان له ولد أو لم يكن . وروى ذلك عن ابن عباس . وبه قال الحسن ، والقاسم بن محمد ، ومكحول^(٥١) ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عُبَيْد ، وأبو ثور ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحارث العُكْلِيُّ ، وجابر بن زيد ، وقتادة ، والحَكَمُ : يُجلَدُ . وقال حماد بن أبي سليمان ، وأصحابُ الرَّأْيِ : لا حدَّ ولا لعان ؛ لأنَّ اللِّعَانَ إِنَّمَا يكونُ بينَ الزَّوْجَيْنِ ، وليس هذان بزَوْجَيْنِ ، ولا يحدُّ ؛ لأنَّه لم يَقْذِفْ أَجْنَبِيَّةً . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وهذا قد رَمَى زَوْجَتَهُ^(٥٢) ، فيدخل في عموم الآية ، وإذا^(٥٣) لم يُلاعِنْ وجب الحدُّ بعموم قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ . ولأنَّه قاذِفٌ لِرَزْوَاجَتِهِ ، فوجب أن يكون له أن يُلاعِنَ ، كما لو كانا على النِّكاح إلى حالة اللِّعَانِ .

فصل : فإن قالت : قَذَفْنِي قبل أن يَتَزَوَّجَنِي . وقال^(٥٤) : بل بَعْدَهُ . أو قالت : قَذَفْنِي بعد ما بَنَتْ منه^(٥٥) . وقال : بل قبله . فالقول قولُه ؛ لأنَّ القول قولُه في أصْل

(٤٩) في م : « دامت » .

(٥٠) في الأصل ، ا : « زوجة » .

(٥١) سقط من : الأصل .

(٥٢) في ب : « زوجه » .

(٥٣) سقطت الواو من : ا ، م .

(٥٤) في زيادة : « لا » .

القَذْفُ ، فكذلك في وقته . وإن قالت أجنبية : قَذَفْتَنِي ^(٥٥) . فقال : كُنْتَ زَوْجَتِي حينئذٍ . فأنكرت الزَّوْجِيَّةَ ، فالقول قولها ؛ لأنَّ الأصلَ عَدَمُهَا .

فصل : ولو قَذَفَ أجنبيةً ، ثم تزَّوجَهَا ، فعليه الحَدُّ ، ولا يُلاعِنُ ؛ فإنه ^(٥٦) وَجِبَ في حالِ كَوْنِهَا أجنبيةً ، فلم يَمْلِكِ اللِّعَانُ من أَجْلِهِ ، كما لو لم يَتَزَوَّجَهَا . وإن قَذَفَهَا بعدَ تَزَوُّجِهَا بِزَنَى أَضَافَهُ إلى ما قبلِ النِّكَاحِ ، حُدَّ ، ولم يُلاعِنُ ، سواءَ كانَ ثُمَّ وَلَدَ أو لم يَكُنْ . وهو ^(٥٧) قولُ مالِكٍ وأبي ثَوْرٍ . وروى ذلك عن سعيد بن المسيَّب ، والشَّعْبِيِّ . وقال الحسنُ ، وزُرَّارَةُ بن أَوْفَى ، وأصحابُ الرَّأْيِ : له أن يُلاعِنَ ؛ لأنَّه قَذَفَ امرأته ، فَيَدْخُلُ ^(٥٨) في عَمُومِ قولِهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه قَذَفَ امرأته ، فَأَشْبَهَ ما لو قَذَفَهَا ولم يَضِفْهُ إلى ما قبلِ النِّكَاحِ . وحكى الشَّريْفُ أبو جَعْفَرٍ عن أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى كذلك . وقال الشافعيُّ : إن لم يَكُنْ ثُمَّ وَلَدَ ، لم يُلاعِنُ ، وإن كان بينهما وَلَدٌ ، ففيه وَجْهَانِ . ولنا ، أَنَّهُ قَذَفَهَا قَدْ فُضِّلَ مَضَافًا إلى حالِ البَيِّنُونَةِ ، أَشْبَهَ ما لو قَذَفَهَا وهى بائِنٌ ، وفارَقَ قَذْفَ الزَّوْجِيَّةِ ، لأنَّه مُحتاجٌ إليه لأنَّها غَاضَتُهُ وَخَانَتْهُ ، وإن كان بينهما وَلَدٌ ، فهو مُحتاجٌ إلى نَفْيِهِ ، وههنا إِذَا / تَزَوَّجَهَا وهو يَعْلَمُ زَنَاهَا ، فهو الْمُفْرَطُ في نِكَاحِ حَامِلٍ من الزَّنى ، فلا يُشْرَعُ له طَرِيقٌ إلى نَفْيِهِ .

فصل : ولو قال لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا يَارَازِيَّةَ . فنَقَلَ مُهَنَّا ، قال : سألتُ أَحْمَدَ ، عن رَجُلٍ قال لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ يَارَازِيَّةَ . ثَلَاثًا ، فقال : يُلاعِنُ . قلتُ : فَإِنَّهُمْ يقولون : يُحَدُّ ، ولا يَلْزَمُهَا ^(٥٩) إِلَّا واحدةٌ . قال : بَقَسَ ما يقولون . فهذا يُلاعِنُ ؛ لأنَّه قَذَفَهَا قَبْلَ الْحُكْمِ بَيِّنُونَتِهَا ، فَأَشْبَهَ قَذْفَ الرَّجْعِيَّةِ . وأما في المسأَلَةِ الْأُولَى ، فإن كان بينهما وَلَدٌ ، فَإِنَّهُ يُلاعِنُ ؛ لِتَنْفِيهِ ، وَإِلَّا حُدَّ ولم يُلاعِنَ ؛ لأنَّه يَتَعَيَّنُ إِضَافَةُ الْقَذْفِ إلى حالِ

(٥٥) في م : « قَذَفْنِي » .

(٥٦) في م : « لَأَنَّهُ » .

(٥٧) في ب : « وهذا » .

(٥٨) في ب : « فَيَدْخُلُ » .

(٥٩) في ب : « يَلْزَمُهُ » .

الرَّوْجِيَّةُ ؛ لِاسْتِحَالَةِ الرَّئِي مِنْهَا بَعْدَ طَلَاقِهِ لَهَا ، فَصَارَ كَأَنَّهُ قَالَ لَهَا بَعْدَ إِبَائَتِهَا : زَنَيْتِ إِذْ كُنْتُ زَوْجَتِي . عَلَى مَا قَرَّرْنَاهُ .

الفصل الثالث : أَنَّ كُلَّ قَذْفٍ لِلزَّوْجَةِ يَجِبُ بِهِ اللَّعَانُ ، سَوَاءٌ قَالَ لَهَا : زَنَيْتِ . أَوْ : رَأَيْتُكَ تَزْنِينَ . سَوَاءٌ كَانَ الْقَافِذُ أَعْمَى أَوْ بَصِيرًا . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهَذَا قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ . وَقَالَ يَحْيَى الْأَنْصَارِيُّ ، وَأَبُو الزِّنَادِ ، وَمَالِكٌ : لَا يَكُونُ اللَّعَانُ إِلَّا بِأَحَدِ أَمْرَيْنِ : إِمَّا رُؤْيَا ، وَإِمَّا انْكَارَ لِلْحَمْلِ ؛ لِأَنَّ آيَةَ اللَّعَانِ نَزَلَتْ فِي هِلَالِ بْنِ أُمَيَّةَ ، وَكَانَ قَالَ : رَأَيْتُ بِعَيْنِي ، ^(٦٠) وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي ^(٦١) . فَلَا يَثْبُتُ اللَّعَانُ إِلَّا فِي مِثْلِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ الْآيَةَ . وَهَذَا رَامَ لِرَوْجَتِهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ مَعْنَى يَتَخَلَّصُ بِهِ مِنْ مُوجِبِ الْقَذْفِ ، فَشَرَعَ ^(٦٢) فِي حَقِّ كُلِّ رَامٍ لِرَوْجَتِهِ ، كَالْيَمِينَةِ . وَالْأَخْذُ بِعُمُومِ اللَّفْظِ أَوْلَى مِنْ تَخْصُوصِ السَّبَبِ ، ثُمَّ لَمْ يَعْمَلُوا بِهِ فِي قَوْلِهِ : وَسَمِعْتُ بِأُذُنِي . وَسَوَاءٌ قَذَفَهَا بِرَأْيٍ فِي الْقُبُلِ أَوْ فِي الدُّبُرِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَثْبُتُ اللَّعَانُ بِالْقَذْفِ بِالْوَطْءِ فِي الدُّبُرِ . وَبَنَاهُ عَلَى أَصْلِهِ ، فِي أَنَّ ذَلِكَ لَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَامَ لِرَوْجَتِهِ بِوَطْءٍ فِي فَرْجِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَذَفَهَا بِالْوَطْءِ فِي قُبُلِهَا . وَأَمَّا إِنْ قَذَفَهَا بِالْوَطْءِ دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ بِشَيْءٍ مِنَ الْفَوَاحِشِ غَيْرِ الرَّئِي ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، وَلَا لِعَانَ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَهَا بِمَا لَا يَجِبُ بِهِ الْحَدُّ ، فَلَمْ يَثْبُتْ بِهِ الْحَدُّ وَاللَّعَانُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَهَا بِضَرْبٍ / النَّاسِ وَأَذَاهُمْ ^(٦٣) .

ظ ١٠٥/٨

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ الْمُحْصَنَةَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَحُكِمَ بِفَسْقِهِ ، وَرَدَّ ^(٦٤) شَهَادَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ أَوْ يُلَاعِنَ ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، أَوْ اِمْتَنَعَ مِنَ اللَّعَانِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجِبُ

(٦٠-٦١) فِي الْأَصْلِ ، ١ : وَشَهِدَتْ بِسَمْعِي .

(٦١) فِي ١ ، ب ، م : فَيُشَرِّعُ .

(٦٢) فِي ١ : أَوْ أَذَاهُمْ .

(٦٣) فِي ١ : وَرَدَتْ .

اللَّعَانُ دُونَ الْحَدِّ ، فَإِنْ أَبِي حُبْسَ حَتَّى يُلَاعِنَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ ﴾ .
الآيَات . فلم يُوجِبْ بِقَذْفِ الْأَزْوَاجِ إِلَّا اللَّعَانَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَدَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ . وهذا عامٌّ فِي الزَّوْجِ وَغَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا خَصَّ الزَّوْجَ بِأَن أَقَامَ لِعَانَهُ مَقَامَ الشَّهَادَةِ ، فِي نَفْيِ الْحَدِّ وَالْفِسْقِ وَرَدَّ الشَّهَادَةَ عَنْهُ . وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْبَيِّنَةُ وَالْأَحَدُ فِي ظَهْرِكَ » ^(٦٤) . وقوله له ^(٦٥) لِمَا لَاعَنَ : « عَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ » ^(٦٦) . ولأنَّه قَازِفٌ يَلْزِمُهُ الْحَدُّ لَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَلَزِمَهُ إِذَا لَمْ يَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ الْمَشْرُوعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . فَأَمَّا إِنْ قَذَفَ ^(٦٧) غَيْرَ مُحْصَنَةٍ ^(٦٨) كَالْكِتَابِيَّةِ ، وَالْأَمَةِ ، وَالْمَجْنُونَةِ ، وَالطُّفْلَةِ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَ عَلَيْهِنَ الْمَعْرَةَ بِالْقَذْفِ ، وَلَا يُحَدُّ لَهُنَّ حَدًّا كَامِلًا لِنُقْصَانِهِنَّ بِذَلِكَ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فِسْقٌ ، وَلَا رُدٌّ شَهَادَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ . قَالَ الْقَاضِي : وَلَيْسَ لَهُ إسْقَاطُ هَذَا التَّعْزِيرِ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ إِذَا لَتَفِيَ النَّسَبُ ، أَوْ لَدَرِيَ الْحَدُّ ، وَلَيْسَ هَهُنَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَهُ إسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ إسْقَاطَ الْحَدِّ الْكَامِلِ بِاللَّعَانِ ، فَإِسْقَاطُ مَا ذُوْنهُ أَوْلَى . وَلِلْقَاضِي أَنْ يَقُولَ : لَا يَلْزَمُ مَنْ مَشْرُوعِيَّتُهُ لِدَفْعِ الْحَدِّ الَّذِي يَعْظُمُ ضَرْرُهُ ، مَشْرُوعِيَّتُهُ لِدَفْعِ مَا يَقِلُّ ضَرْرُهُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ طِفْلَةً لَا يَتَصَوَّرُ وَطُوءُهَا ، فَإِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ وَالْأَذَى ، وَلَيْسَ لَهُ إسْقَاطُهُ بِاللَّعَانِ . كَذَا هَهُنَا . وَأَمَّا إِنْ كَانَ لِأَحَدٍ هَؤُلَاءِ ، وَلَا يُرِيدُ تَفْيِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِنَفْيِهِ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ / أَحْمَدَ ، فِي الْأَمَةِ وَالْكِتَابِيَّةِ ، سَوَاءً كَانَ لَهَا وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا مَضَى .

١٠٦/٨

(٦٤) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٨ .

(٦٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧-٦٨) في م : (٦٧-٦٨) ، غيرهما .

١٣٢٨ - مسألة ؛ قال : (ولا يُعْرَضُ لَهُ ، حَتَّى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ) .

يعنى لا يُعْرَضُ لَهُ بإقامة الحَدِّ عليه ، ولا طَلَبِ اللِّعَانِ منه ، حتى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ بذلك ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ حَقُّهَا ، فلا يُقَامُ مِنْ غَيْرِ طَلَبِهَا ، كَسَائِرِ حُقُوقِهَا . وليس لَوَلِيِّهَا الْمُطَالِبَةُ عَنْهَا إِنْ كَانَتْ مَجْنُونَةً أَوْ مَحْجُورًا عَلَيْهَا ، وَلَا لَوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَسَيِّدِ الْأُمَةِ الْمُطَالِبَةُ بِالْتَّعْزِيرِ مِنْ أَجْلِهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا حَقٌّ ثَبَتَ لِلتَّشْفِيِّ ، فلا يَقُومُ الْغَيْرُ فِيهِ مَقَامَ الْمُسْتَحَقِّ ، كَالْقَصَاصِ . فَإِنْ أَرَادَ الزَّوْجُ اللِّعَانَ مِنْ غَيْرِ مُطَالِبَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ نَسَبٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ، وكذلك كُلُّ مَوْضِعٍ سَقَطَ فِيهِ الْحَدُّ ، مثلُ إِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةُ بِزَنَاهَا ، أَوْ أَثَرَاتِهِ مِنْ قَدْفِهَا ، أَوْ حَدُّهَا ثُمَّ أَرَادَ لِعَانَهَا ، وَلَا نَسَبَ هُنَاكَ يُنْفَى ، فَإِنَّهُ لَا يُشْرَعُ اللَّعَانُ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ، إِلَّا بَعْضَ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ قَالُوا : لَهُ الْمُلَاعَنَةُ ؛ لِإِزَالَةِ الْفِرَاشِ . وَالصَّحِيحُ عَنْهُمْ مِثْلُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ ؛ لِأَنَّ إِزَالَةَ الْفِرَاشِ مُمَكِّنَةٌ ^(١) بِالطَّلَاقِ ، وَالتَّحْرِيمُ الْمُؤَبَّدُ لَيْسَ ^(٢) بِمَقْصُودٍ يُشْرَعُ ^(٣) اللَّعَانُ مِنْ أَجْلِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ ذَلِكَ ضِمْنًا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ هُنَاكَ وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِنَفْيِهِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ لَمَّا قَذَفَ امْرَأَتَهُ ، وَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَأَخْبَرَهُ ، أُرْسِلَ إِلَيْهَا ، فَلَا عَنَ بَيْنَهُمَا ، وَلَمْ تُكُنْ طَالِبَتَهُ ^(٤) . وَلِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى نَفْيِهِ ، فَشُرِعَ ^(٥) لَهُ طَرِيقٌ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ طَالَبَتْهُ ، وَلِأَنَّ نَفْيَ النَّسَبِ الْبَاطِلِ حَقٌّ لَهُ ، فَلَا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا بِهِ ، كَمَا لَوْ طَالَبَتْ بِاللِّعَانِ وَرَضِيَتْ بِالْوَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُشْرَعَ اللَّعَانُ هُنَا ، كَمَا لَوْ قَذَفَهَا فَصَدَّقَتْهُ ، وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ مُوَجَّهِي

(١) فِي النسخ : « تَمَكَّنَهُ » .

(٢) فِي ١ ، ب زِيَادَةً : « هُوَ » .

(٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « شَرَعَ » .

(٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٨ / ٣٧٣ .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « فَيُشْرَعُ » .

القَذْف ، فلا يُشْرَعُ مع عَدَمِ الْمُطَالِبَةِ ، كَالْحَدِّ .

فصل : وإذا قَذَفَهَا ثم مات قبل إلعانها ، أو قبل إتمام^(٦) إلعانها ، سَقَطَ اللَعَانُ ، وَلَحِقَهُ الْوَلَدُ^(٧) ، وورثته ، في قول الجميع ؛ لأنَّ اللَعَانَ لم يُوجَدْ ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُهُ . وإن مات بعد أن أكْمَلَ إلعانها ، وقبل إلعانها ، فكذلك . وقال الشافعي : تَبَيَّنُ بِلَعَانِهِ ، وَيَسْقُطُ^(٨) التَّوَارِثُ ، وَيَتَنَفَّى / الْوَلَدُ ، وَيَلْزَمُهَا الْحَدُّ ، إِلَّا أَنْ تَلْتَعِنَ . ولنا ، أَنَّهُ مات قبل إكْمَالِ اللَعَانِ ، أَشْبَهَ ما لو مات قبل إكْمَالِ الْتِعَانِهِ^(٩) ، وذلك لأنَّ الشَّرْعَ إِنَّمَا رَتَّبَ هذه الأحكامَ على اللَعَانِ التَّامِّ^(١٠) ، وَالْحُكْمُ لَا يَثْبُتُ قَبْلَ كَمَالِ سَبَبِهِ . وإن ماتت المرأة قبل اللَعَانِ ، فقد ماتت على الزَّوْجِيَّةِ ، وَيَرِثُهَا في قول عامة أهل العلم . وروى عن ابن عباس : إن التَّعَنَ ، لم يَرِث . ونحو ذلك عن الشَّعْبِيِّ ، وَعِكْرِمَةَ ؛ لأنَّ اللَعَانَ يُوجِبُ فُرْقَةً تَبَيَّنُ بها ، فَمَنَعَ^(١١) التَّوَارِثُ ، كما لو التَّعَنَ في حَيَاتِهَا . ولنا ، أَنَّهُ ماتت على الزَّوْجِيَّةِ ، فَوَرِثَهَا ، كما لو لم يَلْتَعِنَ ، ولأنَّ اللَعَانَ سَبَبُ الْفُرْقَةِ فلم يَثْبُتْ حُكْمُهُ^(١٢) بعد موتها كالطَّلَاقِ ، وفارَقَ اللَعَانُ في الْحَيَاةِ ، فَإِنَّهُ يَقْطَعُ الزَّوْجِيَّةَ ، على أَنَّا قد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لو لَاعَنَهَا ولم تَلْتَعِنَ هِيَ ، لم تَنْقَطِعِ الزَّوْجِيَّةُ أَيْضًا ، فَهَهُنَا أَوْلَى . فإن قيل : أليس قد قُلْتُمْ : لو التَّعَنَ من الْوَلَدِ الْمَيِّتِ ونَفَاهُ لم يَرِثَهُ فكذلك الزَّوْجَةُ ؟ قُلْنَا : لو التَّعَنَ الزَّوْجُ وحده دونها ، لم يَتَنَفَّى الْوَلَدُ ، ولم يَثْبُتْ حُكْمُ اللَعَانِ ، على ما ذكرنا ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِذَا نَفَى الْوَلَدُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ لم يَكُنْ منه أَصْلًا في حَالٍ من الْأَحْوَالِ ، وَالزَّوْجَةُ قد كانت أَمْرًا تَقْبَلُ فِيهَا قَبْلَ اللَعَانِ ، وَإِنَّمَا يُزِيلُ نِكَاحَهَا اللَعَانُ^(١٣) ، كما يُزِيلُهُ الطَّلَاقُ . فإذا ماتت قبله ، فقد

(٦) في الأصل : « تمام » .

(٧) في ب : « النسب » .

(٨) في أ : « وسقط » .

(٩) في أ : « لعانه » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في أ ، ب ، م : « فيمنع » .

(١٢) في م : « حكم » .

(١٣) في ب : « باللعان » .

ماتت قبل وجود ما يُزيله ، فيكون موجوداً حال الموت ، فيوجب التوارث ، وينقطع بالموت ، فلا يمكن انقطاعه مرةً أخرى . وإن أراد الزوج اللعان ، ولم تكن طالبت بالحد في حياتها ، لم يكن له أن يلتعن ، سواء كان ثم ولد يُريد نفية أو لم يكن . وقال الشافعي : إن كان ثم ولد يُريد نفية ، فله أن يلتعن . وهذا يبنى على أصل ، وهو أن اللعان إنما يكون بين الزوجين ، فإن لعان الرجل وحده لا يثبت به حكم ، وعندهم بخلاف ذلك . فأمّا إن كانت طالبت بالحد في حياتها ، فإن أولياءها يقومون في الطلب به مقامها ، فإن طُلب به ، فله إسقاطه باللعان . ذكره القاضي ، وإلا فلا ؛ لأنه ^(١٤) لا حاجة إليه مع عدم الطلب ، فإنه لا حدّ عليه . وقال أصحاب الشافعي : إن كان للمرأة وارث غير الزوج ، فله اللعان ، ليسقط الحدّ عن نفسه ، وإلا فلا ؛ لعدم الحاجة إليه .

فصل : وإذا مات المَقْدُوف قبل المطالبة بالحدّ ، سقط ، ولم يكن لورثته الطلب

به . وقال أصحاب الشافعي يُورث ، وإن لم يكن طالب به ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرِثَتِهِ » ^(١٥) . ولأنه حقّ ثبت ^(١٦) له في الحياة ، يُورث إذا طالب به ، فيورث وإن لم يُطالب به ، كحقّ القصاص . ولنا ، أنه حدّ تُعتبر فيه المطالبة ، فإذا لم يوجد الطلب من المالك ، لم يجب ، كحدّ القطع في السرقة ، والحديث يدلّ على أن الحقّ المترك يُورث ، وهذا ليس بمتروك ، وأمّا حقّ القصاص ، فإنه حقّ يجوز الاعتراض عنه ، ويتنقل إلى المال ، بخلاف ما نحن فيه ، فأمّا إن طالب به ثم مات ، فإنه ترثه العصباء من النسب دون غيرهم ؛ لأنه حقّ يثبت لدفع العار ، فاخصّ به العصباء ، كولاية النكاح . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . ومتى ثبت للعصباء ، فلهم استيفاءه . وإن طلب أحدُهم وحده ، فله استيفاءه . وإن عفى بعضهم ، لم يسقط ، وكان للباقيين استيفاءه . ولو بقي واحد ، كان له استيفاء جميعه ؛ لأنه حقّ يراد للردّ ع

١٠٧/٨ و

(١٤) في الأصل : « فإنه » .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١٥٢ / ٨ .

(١٦) في الأصل ، ١ : « يثبت » .

وَالزَّجَرِ ، فَلَمْ يَتَبَعْضْ ، كَسَائِرِ الْحُدُودِ ، وَلَا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهُ يَرَادُ لِدَفْعِ الْعَارِ عَنِ الْمَقْدُوفِ ، وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَصَبَاتِ يَقُومُ مَقَامَهُ فِي اسْتِيفَائِهِ ، فَيُثَبِّتُ لَهُ جَمِيعُهُ ، كَوَلَايَةِ النِّكَاحِ ، وَيُفَارِقُ حَقَّ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَفُوتُ إِلَى بَدَلٍ ، وَلَوْ أَسْقَطْنَاهُ هُنَا ، لَسَقَطَ حَقُّ غَيْرِ الْعَافِي إِلَى غَيْرِ^(١٧) بَدَلٍ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ قَدَفَ امْرَأَتَهُ فَمَاتَتْ بَعْدَ الْمُطَالَبَةِ ، وَلَهَا أَحَدٌ مِنَ عَصَبَاتِهَا غَيْرُهُ ، فَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا عَصَبَتِهَا ، وَلَيْسَ لَهَا أَحَدٌ سِوَاهُ ، سَقَطَ . وَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْ عَصَبَتِهَا غَيْرُهُ ، فَلَهُ الطَّلَبُ بِهِ ، وَلَا يَسْقُطُ ؛ لَمَّا^(١٨) ذَكَرْنَا ، مِنْ أَنَّهُ يَكْمُلُ لِكُلِّ وَاحِدٍ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ .

فصل : وَإِذَا قَدَفَ امْرَأَتَهُ ، وَلَهُ بَيِّنَةٌ ، تَشْهَدُ بِزِنَاهَا ، فَهُوَ مُحْخِرٌ بَيْنَ لِعَانِهَا وَبَيْنَ إِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا بَيِّنَتَانِ ، فَكَانَتْ لَهُ الْخِيَرَةُ فِي إِقَامَةِ أَيَّتَهُمَا شَاءَ ، كَمَنْ لَهُ بَدَنَيْنِ شَاهِدَانِ وَشَاهِدٌ وَامْرَأَتَانِ ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا يَحْصُلُ بِهَا مَا لَا يَحْصُلُ بِالْأُخْرَى ، فَإِنَّهُ يَحْصُلُ بِاللِّعَانِ نَفْيُ النَّسَبِ الْبَاطِلِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ بِالْبَيِّنَةِ ، وَيَحْصُلُ بِالْبَيِّنَةِ ثُبُوتُ زِنَاهَا ، وَإِقَامَةُ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، وَلَا يَحْصُلُ بِاللِّعَانِ ، فَإِنْ لَاعَنَهَا^(١٩) وَنَفَى وَلَدَهَا ، ثُمَّ أَرَادَ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، فَإِذَا أَقَامَهَا ، ثَبَتَ مُوَجِبُ اللَّعَانِ وَمُوجِبُ الْبَيِّنَةِ ، وَإِنْ أَقَامَ الْبَيِّنَةَ أَوَّلًا ، ثَبَتَ الزَّئِمَى وَمُوجِبُهُ ، وَلَمْ يَتَّيَفِ عَنْهُ الْوَلَدُ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنَ الزَّئِمَى / كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ . وَإِنْ أَرَادَ لِعَانَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، وَلَيْسَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ قَدْ انْتَفَى عَنْهُ بِإِقَامَةِ الْبَيِّنَةِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَعَلِيَ قَوْلُ الْقَاضِي ، لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ . وَقَدْ ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيمَا مَضَى .

فصل : وَإِنْ قَدَفَهَا ، فَطَالَبَتْهُ بِالْحَدِّ ، فَأَقَامَ شَاهِدَيْنِ عَلَى إِقْرَارِهَا بِالزَّئِمَى ، سَقَطَ عَنْهُ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ تَصْدِيقُهَا إِيَّاهُ ، وَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ^(٢٠) ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا يَجِبُ إِلَّا

(١٧) فِي م : د غيروه .

(١٨) فِي أ ، ب ، م : د بما .

(١٩) فِي الْأَصْل : د لعانها .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل ، ب .

بالإقرار^(٢١) أربع مرّات ، ويسقط بالرجوع^(٢٢) عن الإقرار ، وهل يثبت الإقرار بالزنى بشاهدين ؟ قال أبو بكر : فيه قولان ؛ أحدهما ، يثبت بشاهدين ، كسائر الأقاير . واختاره . والثاني ، لا يثبت به^(٢٣) ؛ لأنه لا يثبت به المقر به ، فلا يثبت به الإقرار به ، كرجل وامرأتين . وإن لم تكن له بينة حاضرة ، فقال : لى بينة غائبة ، أقيمها على الزنى . أمهل اليومين والثلاثة ؛ لأن ذلك قريب ، فإن أتى بالبينّة ، وإلا حُدّ ، إلا أن يُلاعِن إذا كان زوّجا . فإن قال : قدفتها وهى صغيرة . وقالت : قدفنى وأنا كبيرة . وأقام كل واحد منهما بينة بما قال ، فهما قدفان . وكذلك إن اختلفا فى الكفر والرّق أو الوقت ؛ لأنه لا تنافى بينهما ، إلا أن يكونا مؤرّختين^(٢٤) تاريخا واحدا ، فيسقطان ، فى أحد الوجهين ، وفى الآخر ، يُفرغ بينهما^(٢٥) ، فمن خرجت قرعته ، قدمت بينته .

فصل : فإن شهد شاهدان أنّه قدف فلانة وقدفنا . لم تُقبل شهادتهما ؛ لا عتِرافهما بعداوتيهما ، وشهادة العدو لا تُقبل على عدوه . فإن أبرأه وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بذلك القذف ، لم تُقبل ؛ لأنها ردّت للتهمة ، فلم تُقبل بعد ، كالفاسق إذا شهد فردّ شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها . ولو اتّهما ادّعى عليه أنّه قدفهما ، ثم أبرأه وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بقذف زوجته ، قبلت شهادتهما ؛ لأنهما لم يُردّا فى هذه الشهادة . ولو شهدا أنّه قدف امرأته ، ثم ادّعى بعد ذلك أنّه قدفهما ، فإن أضافا دَعَوَاهُمَا إلى ما قبل شهادتهما ، بطلت شهادتهما ؛ لا عتِرافهما أنّه كان عدوا لهما حين شهدا عليه . وإن لم يُضيفاها إلى ذلك الوقت ، وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما ، لم يُحكم بها ؛ لأنه لا يُحكم عليه بشهادة عدوين ، وإن كان^(٢٦) بعد الحكم ، لم يُبطل ؛

(٢١) فى الأصل : « بإقرار » .

(٢٢) فى ب ، م : « الرجوع » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(٢٤) فى ا ، ب ، م : « مؤرخين » .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) فى ب ، م : « كانا » .

لأنَّ الحُكْمَ تَمَّ قَبْلَ وُجُودِ المَانِعِ ، كَظُهُورِ الفَسْقِ . وإن شَهِدَا أَنَّهُ قَذَفَ امْرَأَتَهُ وَأَمَّنَا ، لم تُقْبَلْ / شَهِادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهَا رُدَّتْ فِي البَعْضِ لِلتُّهْمَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ تُرَدَّ (٢٧) فِي الكُلِّ (٢٧) .
وإن شَهِدَا عَلَى أَبِيهِمَا أَنَّهُ قَذَفَ ضَرَّةً أُمَّهُمَا ، قُبِلَتْ شَهِادَتُهُمَا . وبهذا قال مالِكُ ، وأبو حنيفة ، والشافعيُّ في الجديد . وقال في القديم : لا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهما يَجْرَانِ إِلَى أُمَّهُمَا نَفْعًا ، وهو أَنَّهُ يُلَاعِنُهَا ، فَتَبِينُ ، وَيَتَوَقَّرُ عَلَى أُمَّهُمَا . وليس بشيءٍ ، لِأَنَّ لِعَانَهُمَا يَنْبَغِي عَلَى مَعْرِفَتِهِ بَزْنَاهَا ، لا عَلَى الشَّهَادَةِ عَلَيْهِ بِمَا لَا يَعْتَرِفُ بِهِ . وإن شَهِدَا بِطَلَاقِ الضَّرَّةِ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهما (٢٨) يَجْرَانِ إِلَى أُمَّهُمَا نَفْعًا ، وهو تَوَفِيرُهُ عَلَى أُمَّهُمَا . والثاني ، تُقْبَلُ ، لِأَنَّهما لا يَجْرَانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا .

فصل : ولو شَهِدَ شاهِدٌ أَنَّهُ أَقَرَّ بالعَرَبِيَّةِ أَنَّهُ قَذَفَهَا ، وشَهِدَ آخَرُ (٢٩) أَنَّهُ أَقَرَّ بِذلك بالعَجَمِيَّةِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ، لِأَنَّ الاختِلَافَ فِي العَرَبِيَّةِ والعَجَمِيَّةِ عَائِدٌ إِلَى الإِقْرَارِ دُونَ الْقَذْفِ ، وَيجوزُ أَنْ يَكُونَ الْقَذْفُ وَاحِدًا وَإِلِقْرَارُهُ فِي مَرَّتَيْنِ ، وَذلك لو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ يَوْمَ الخَمِيسِ بِقَذْفِهَا ، وشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ أَقَرَّ بِذلك يَوْمَ الجُمُعَةِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِما ذَكَرْنَاهُ . وإن شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَرَبِيَّةِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ (٣٠) أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَجَمِيَّةِ ، أو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الجُمُعَةِ (٣١) ، (٣٢) أو شَهِدَ (٣٢) أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَرَبِيَّةِ أو يَوْمَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَجَمِيَّةِ أو يَوْمَ الجُمُعَةِ (٣٣) ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَكْمُلُ الشَّهَادَةُ . وهو قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، ومَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الوَقْتَ لَيْسَ ذِكْرُهُ شَرْطًا فِي الشَّهَادَةِ بِالْقَذْفِ ، وَذلك

(٢٧-٢٧) فِي م : « لِلْكُلِّ » .

(٢٨) فِي النسخِ زِيَادَةٌ : « لَا » .

(٢٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « آخَرُ » .

(٣١) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « أَوْ بِالْعَجَمِيَّةِ » . وَفِي ب ، م ، نِزَادَةٌ : « أَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقَرَّ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالْعَرَبِيَّةِ أَوْ بِالْعَجَمِيَّةِ » .

(٣٢-٣٢) فِي ب ، م : « أَوْ أَشْهَدُ » .

(٣٣) فِي ب ، م ، نِزَادَةٌ : « أَوْ يَوْمَ الخَمِيسِ وشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الجُمُعَةِ » .

اللسان ، فلم يؤثر الاختلاف فيه ^(٣٤) ، كما لو شهد أحدهما أنه أقر بقذفها ^(٣٥) يوم الخميس بالعربية ، وشهد الآخر أنه أقر بقذفها يوم الجمعة بالعجمية . والآخر ، لا تكمل الشهادة . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنهما قذفان لم تتم الشهادة على واحد منهما ، فلم تثبت ، كما لو شهد أحدهما أنه تزوجها يوم الخميس ، وشهد الآخر أنه تزوجها يوم الجمعة ، وفارق الإقرار بالقذف ، فإنه يجوز أن يكون المقر به واحدا ، أقر به في وقتين بلسانين .

١٣٢٩ - مسألة ؛ قال : (فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما ، لم يجتمعا أبدا) .

في هذه المسألة مسألتان :

١٠٨/٨ ظ إحداهما : أن الفرقة / بين المتلاعنين لا تحصل إلا بتلاعنهما ^(١) جميعا ، وهل يعتبر تفريق الحاكم بينهما ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، أنه معتبر فلا تحصل الفرقة حتى يفرق الحاكم بينهما . وهو ظاهر كلام الخرقى ، وقول أصحاب الرأي ؛ لقول ابن عباس في حديثه : ففرق رسول الله ﷺ بينهما ^(٢) . 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 ﷺ ^(٣) . وهذا يقتضي إمكان إمساكها ، وأنه وقع طلاقه ، ولو كانت الفرقة وقعت قبل ذلك ، لما وقع طلاقه ، ولا أمكنه إمساكها . ولأن سبب هذه الفرقة يقف على الحاكم ، فالفرقة المتعلقة به لا ^(٤) تقع إلا بحكم الحاكم ، كفرقة العتية .

(٣٤) سقط من : ١ ، م .

(٣٥) في ١ : « أنه قذفها » .

(١) في م : « بلعناهما » .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٣٣٠/١٠ .

(٤) في ١ ، ب ، م : « لم » .

والرأوية الثانية ، تحصلُ الفرقةُ بمُجرّدِ لِعَانِهما . وهى اختيارُ أى بكرٍ ، وقولُ مالكٍ ، وأبى عُبَيْدٍ^(٥) ، وأبى ثَوْرٍ ، ودَاوُدَ ، وزُفَرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . ورُوِيَ ذلكُ عن ابنِ عباسٍ ؛ لما رُوِيَ عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قالَ : المُتَلَاعِنانِ يُفَرِّقُ بينهما ، ولا يَجْتَمِعانِ أَبَدًا . رواه سعيدٌ^(٦) . ولأنَّهُ مَعْنَى يَفْتَضِي التَّحْرِيمَ المُؤَبَّدَ ، فلم يَقِفْ على حُكْمِ الحاكمِ ، كالرَّضَا عَ ، ولأنَّ الفرقةَ لو لم تُحْصَلْ إِلَّا بِتَفْرِيقِ الحاكمِ ، لَسَاغَ تَرْكُ التَّفْرِيقِ إذا كَرِهَاهُ ، كالتَّفْرِيقِ لِلْعَيْبِ^(٧) وللإِعْسَارِ^(٨) ، وَلَوْ جَبَّ أَنَّ الحاكمَ إذا لم يُفَرِّقْ بينهما ، أن يَنْقَى النِّكَاحُ مُسْتَمِرًّا ، وقولُ النَّبِيِّ ﷺ : « لا سَبِيلَ لَكَ عَلَيْهَا »^(٩) . يَدُلُّ على هذا ، وَتَفْرِيقُهُ بينهما ، بِمَعْنَى إِعْلَامِهِ لهما بِحُصُولِ^(١٠) الفرقةِ ، وعلى كِلْتَا الرُّوَايَتَيْنِ ، لا تحصلُ الفرقةُ قبلَ تَمَامِ اللِّعَانِ مِنهما . وقال الشافعيُّ ، رَحِمَهُ اللهُ تعالى : تحصلُ الفرقةُ بِلِعَانِ الزَّوْجِ وحدهُ ، وإن لم تَلْتَمِسِ المَرْأَةُ ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ حَاصِلَةٌ بِالْقَوْلِ ، فَتَحْصُلُ بِقَوْلِ الزَّوْجِ وحدهُ ، كالطَّلَاقِ . ولا نَعْلَمُ أَحَدًا وافقَ الشَّافِعِيَّ على هذا القولِ ، وَحُكِيَ عن البَيْهَقِيِّ أَنَّهُ لا يَتَعَلَّقُ بِاللِّعَانِ فُرْقَةٌ ؛ لما رُوِيَ أَنَّ العَجْلَانِيَّ لَمَّا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، فَأَنْفَذَهُ رَسُولُ اللهِ ﷺ^(١١) ، وَلَوْ وَقَعَتِ الفُرْقَةُ ، لَمَّا نَفَذَ طَلَّاقَهُ . وكلا القولَيْنِ لا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فرَّقَ بين المُتَلَاعِنَيْنِ . رواه عبدُ اللهِ بنُ عمرَ ، وسَهْلُ بنُ سعيدٍ ، وأَخْرَجَهُما مسلمٌ^(١٢) . وقال سَهْلٌ : فَكَانَتْ سُنَّةٌ لِمَنْ^(١٣) كانَ بَعْدَهُما ، أَنْ يُفَرِّقَ بين المُتَلَاعِنَيْنِ .

(٥) في ١ ، ب ، م ، زيادة : « عنه » .

(٦) في : باب ما جاء في اللعان ، من كتاب الطلاق . السنن ١ / ٣٦٠ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب ما يكون بعد التعان الزوج ... ، من كتاب اللعان . السنن الكبرى ٧ / ٤١٠ .

(٧) في ١ : « بالعيب » .

(٨) في ١ ، ب ، م : « والإعسار » .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣ / ٨ .

(١٠) في الأصل : « حصول » .

(١١) أخرجه أبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢١ .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٣٠ / ١٠ .

(١٣) في الأصل : « من » .

إِنَّمَا وَرَدَ بِالتَّفْطِيقِ بَعْدَ كَمَالِ السَّبَبِ ، فَلَمْ يَجْزُ قَبْلَهُ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ تَحَكُّمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ ، ثُمَّ يَبْتَطِلُ بِمَا إِذَا شَهِدَ بِالذَّيْنِ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ وَاحِدَةً . أَوْ بَمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ الْيَمِينُ إِذَا أَتَى بِأَكْثَرِ حُرُوفِهَا ، وَبِالْمَسَابِقَةِ إِذَا قَالَ : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إَصَابَاتٍ . فَسَبَقَ إِلَى ثَلَاثَةِ ، وَسَائِرِ^(١٧) الْأَسْبَابِ ، فَأَمَّا إِذَا تَمَّ اللَّعَانُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتْلَاعَتَيْنِ ، وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُمَا . وَرَوَى مَالِكٌ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عُمَرَ ، أَنَّ رَجُلًا / لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا ، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ . وَرَوَى سُفْيَانُ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ ، قَالَ : شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتْلَاعَتَيْنِ . أَخْرَجَهُمَا سَعِيدُ^(١٨) . وَمَتَى قُلْنَا : إِنَّ الْفُرْقَةَ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِتَفْطِيقِ الْحَاكِمِ . فَلَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا ، فَالْتِكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ مَا يَبْتَطِلُ النِّكَاحُ لَمْ يُوجَدْ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَلَاعِنِ .

فصل : وفُرْقَةُ اللَّعَانِ فَسَخَ . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : هِيَ طَلَاقٌ ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ مِنْ جِهَةِ الرُّوجِ ، تَخْتَصُّ النِّكَاحَ ، فَكَانَتْ طَلَاقًا ، كَالْفُرْقَةِ بِقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فُرْقَةٌ تُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فَكَانَتْ فَسْخًا ، كَفُرْقَةِ الرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ ، وَلَا تَوَى بِهِ الطَّلَاقُ ، فَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا ، كَسَائِرِ مَا يَنْفَسِخُ بِهِ النِّكَاحُ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَلَاقًا ، لَوَقَعَ يَلْعَانِ الرُّوجِ دُونَ لِعَانِ الْمَرْأَةِ .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « وَسَائِرُ » .

(١٨) فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٣٥٩/١ .

كَأَخْرَجَ الْأَوَّلُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ يَلْحَقُ الْوَلَدَ بِالْمَلَاعِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، وَفِي : بَابِ مِيرَاثِ الْمَلَاعِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٧/ ٧٢ ، ٨/ ١٩١ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : كِتَابِ اللَّعَانِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢/ ١١٣٢ ، ١١٣٣ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ أَبْوَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأَوْحَدِيِّ ٥/ ١٨٨ ، ١٨٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ نَفَى الْوَلَدِ بِاللَّعَانِ وَالْحَاقَةِ بِأُمِّهِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَجْتَبَى ٦/ ١٤٦ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ١/ ٦٦٩ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢/ ١٥١ . وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي اللَّعَانِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُوطَأُ ٢/ ٥٦٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢/ ٢٧ ، ٦٤ ، ٧١ ، ١٢٦ .

فصل : وذكر بعض أهل العلم ، أن الفرقَةَ إِنَّمَا حَصَلَتْ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ وَغَضَبَهُ قد وَقَعَ بِأَحَدِهِمَا لِتَلَاغُيْهِمَا ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال عِنْدَ الْخَامِسَةِ : « إِنَّهَا الْمُوجِبَةُ ^(١٩) » . أى إِنهَا تُوجِبُ لَعْنَةَ اللَّهِ وَغَضَبَهُ ، وَلَا نَعْلَمُ مَنْ هُوَ مِنْهُمَا يَقِينًا ، فَفَرَقْنَا بَيْنَهُمَا خَشْيَةً أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَلْعُونُ ، فَيَعْلُوْا امْرَأَةً غَيْرَ مَلْعُونَةٍ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ ، كَمَا لَا يَجُوزُ أَنْ يَعْلُوَ الْمُسْلِمَةُ كَافِرٌ ، وَيُمْكِنُ أَنْ يُقَالَ عَلَى ^(٢٠) هَذَا : ^(٢١) « لَوْ كَانَ هَذَا ^(٢٢) » الاحْتِمَالُ مَا نَعَا مِنْ دَوَامِ نِكَاحِهِمَا ، لَمَنَعَهُ مِنْ نِكَاحٍ غَيْرِهَا ، فَإِنَّ هَذَا الاحْتِمَالُ مُتَحَقِّقٌ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْمُوجِبُ لِلْفَرْقَةِ وَقُوعُ اللَّعْنَةِ وَالْعُضْبِ بِأَحَدِهِمَا غَيْرَ مُعَيَّنٍ ، فَيُفْضَى إِلَى عُلُوِّ مَلْعُونٍ لَغَيْرِ مَلْعُونَةٍ ، أَوْ إِلَى إِمْسَاكِهِ لِمَلْعُونَةٍ مَغْضُوبٍ عَلَيْهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ سَبَبَ الْفَرْقَةِ الثُّفْرَةُ الْحَاصِلَةُ مِنْ إِسَاءَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ ، فَإِنَّ الرَّجُلَ إِنْ كَانَ صَادِقًا ، فَقَدْ أَشَاعَ فَاحِشَتَهَا ، وَفَضَحَهَا عَلَى رُءُوسِ الْأَشْهَادِ ، وَأَقَامَهَا مُقَامَ خَزْيٍ ، وَحَقَّقَ ^(٢٣) عَلَيْهَا اللَّعْنَةَ وَالْعُضْبَ ، وَقَطَعَ نَسَبَ وَلَدِهَا ، وَإِنْ كَانَ كَاذِبًا ، فَقَدْ أَضَافَ إِلَى ذَلِكَ بُهْتَهَا وَقَذَفَهَا بِهِذِهِ الْفِرْيَةِ الْعَظِيمَةِ ، وَالْمَرْأَةُ إِنْ كَانَتْ صَادِقَةً ، فَقَدْ أَكْذَبَتْهُ عَلَى رُءُوسِ الْأَشْهَادِ ، وَأَوْجَبَتْ عَلَيْهِ لَعْنَةَ اللَّهِ ، وَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً ، فَقَدْ أَفْسَدَتْ فِرَاشَهُ ، وَخَانَتْهُ فِي نَفْسِهَا ، وَالزَّوْمَتَهُ الْعَارَ وَالْفُضِيحَةَ ، وَأَخْرَجَتْهُ إِلَى هَذَا الْمَقَامِ الْمُخْزِي ، فَحَصَلَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا / ثُفْرَةٌ مِنْ صَاحِبِهِ ، لَمَا حَصَلَ إِلَيْهِ مِنْ إِسَاءَةٍ لَا يَكَادُ يَلْتَمِمْ لَهَا مَعَهَا حَالٌ ، فَاقْتَضَتْ حِكْمَةُ الشَّارِعِ ^(٢٤) انْحِتَامَ الْفَرْقَةِ بَيْنَهُمَا ، وَإِزَالَةَ الصُّحْبَةِ الْمُتَمَحِّضَةِ مَفْسَدَةً ، وَلِأَنَّهُ إِنْ كَانَ كَاذِبًا عَلَيْهَا ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُسَلَّطَ عَلَى إِمْسَاكِهَا ، مَعَ مَا صَنَعَ مِنَ الْقَبِيحِ إِلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ صَادِقًا ، فَلَا يَنْبَغِي أَنْ يُمْسِكَهَا مَعَ عِلْمِهِ بِحَالِهَا ، وَلِهَذَا قَالَ

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ب : « وجعل » .

(٢٣) في الأصل : « الشرع » .

العجلاني : كَذَبْتُ عليها إن أَمَسَكْتُهَا . المسألة الثانية ، أَنَّهَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ بِاللَّعَانِ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فَلَا تَحِلُّ لَهُ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ ، فِي أَنَّهُ إِذَا لَمْ يُكْذِبْ نَفْسَهُ لَا تَحِلُّ لَهُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَوْلًا شَاذًا ، وَأَمَّا إِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَالَّذِي رَوَاهُ الْجَمَاعَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا لَا تَحِلُّ لَهُ أَيْضًا . وَجَاءَتْ الْأَخْبَارُ عَنْ عَمْرِ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَعَلِيِّ بْنِ أَبِي طَالِبٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَنَّ الْمُتَلَاعِنَيْنِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا . وَبِهِ قَالَ الْحَسَنُ ، وَعَطَاءٌ ، وَجَابِرُ بْنُ زَيْدٍ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو يُوسُفَ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً أُخْرَى : إِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، حَلَّتْ لَهُ ، وَعَادَ فِرَاشُهُ بِجَالِهِ . وَهِيَ رَوَايَةٌ شَاذَةٌ . شَذَّهَا حَنْبَلٌ عَنْ أَصْحَابِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرِ : لَا نَعْلَمُ أَحَدًا رَوَاهَا ^(٢٤) غَيْرَهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ تُحْمَلَ هَذِهِ الرِّوَايَةُ عَلَى مَا إِذَا لَمْ يُفَرَّقْ بَيْنَهُمَا الْحَاكِمُ ، فَأَمَّا مَعَ تَفْرِيقِ الْحَاكِمِ بَيْنَهُمَا ، فَلَا وَجْهَ لِبَقَاءِ النِّكَاحِ بِجَالِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ مَذْهَبَ الْبُتِّي ، أَنَّ اللَّعَانَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فُرْقَةٌ . وَعَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ : إِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَهُوَ خَاطِبٌ مِنَ الْخُطَّابِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ؛ لِأَنَّ فُرْقَةَ اللَّعَانِ عِنْدَهُمَا طَلَاقٌ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ جُبَيْرٍ : إِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، رُدَّتْ إِلَيْهِ مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى سَهْلُ بْنُ سَعِيدٍ ، قَالَ : مَضَتْ السَّنَةُ فِي الْمُتَلَاعِنَيْنِ أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا ^(٢٥) . رَوَاهُ الْجَوْزَجَانِيُّ ، فِي كِتَابِهِ بِإِسْنَادِهِ . وَرَوَى مِثْلَ هَذَا عَنْ الزُّهْرِيِّ وَمَالِكٍ . وَلَئِنَّهُ تَحْرِيمٌ لَا يَرْتَفِعُ قَبْلَ الْحَدِّ وَالتَّكْذِيبِ ، فَلَمْ يَرْتَفَعْ بِهِمَا ، كَتَحْرِيمِ الرِّضَاعِ .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ ، فَاشْتَرَاهَا مُلَاعِنُهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢٦) تَحْرِيمٌ مُؤَبَّدٌ ، فَحَرُمَتْ بِهِ عَلَى مُشْتَرِيهَا ، كَالرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّ الْمُطَلَّقَ ثَلَاثًا إِذَا اشْتَرَى مُطَلَّقَتَهُ ، لَا ^(٢٧) تَحِلُّ لَهُ قَبْلَ زَوْجٍ وَإِصَابَةٍ ، فَهَهُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ هَذَا التَّحْرِيمُ مُؤَبَّدٌ ، وَتَحْرِيمُ الطَّلَاقِ / ١١٠/٨ ظ

(٢٤) فِي ب ، م : رَوَاهُ .

(٢٥) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ فِي ٣٣٠/١٠٠ .

(٢٦) فِي م : لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : لَمْ .

ليس بمؤيد ، ولأن^(٢٨) تحريم الطلاق يختص النكاح ، وهذا لا يختص به . وهذا مذهب الشافعي .

١٣٣ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْحَدُّ)

وجملة ذلك أن الرجل إذا قَذَفَ امرأته ، ثم أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فلها عليه الْحَدُّ ، سواء أَكْذَبَهَا قَبْلَ لِعَانِهَا أو بَعْدَهُ . وهذا قول الشافعي ، وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا نَعْلَمُ لَهُمْ مُخَالَفًا ؛ وذلك لِأَنَّ اللَّعَانَ أُقِيمَ مُقَامَ الْبَيِّنَةِ فِي حَقِّ الزَّوْجِ ، فإذا أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَأَنَّ^(١) لِعَانَهُ^(٢) كَذِبٌ ، وزيادة في هتكها ، وتكرار لقذفها ، فلا أَقْلَ من أن يَجِبَ الْحَدُّ^(٣) الذي كان واجبًا بالقذف المُجَرَّد . فإن عاد عن إكذاب نفسه ، وقال : لى بَيِّنَةٌ أُقِيمُهَا بِرِئَاها . أو أراد إسقاط الْحَدِّ عنه بِاللَّعَانِ ، لم يُسْمَعْ منه ؛ لِأَنَّ الْبَيِّنَةَ وَاللَّعَانَ لَتَحْقِيقِ مَا قَالَهُ ، وقد أَقْرَبَ بِكَذِبِ نَفْسِهِ ، فلا يُسْمَعُ منه خِلَافُهُ ، وهذا فيما إذا كانت الْمَقْدُوفَةُ مُحْصَنَةً ، فإن كانت غير مُحْصَنَةٍ ، فعليه التَّعْزِيرُ .

فصل : وَيَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ ، سواء كان الولد^(٤) حَيًّا أو مَيِّتًا ، غَنِيًّا كان أو فقيرًا . وهذا قال الشافعي ، وأبو ثور . وقال الثَّوْرِيُّ : إذا اسْتَلْحَقَ الْوَلَدَ الْمَيِّتَ نَظَرْنَا ؛ فإن كان ذا مَالٍ ، لم يَلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَدْعَى مَالًا ، وإن لم يَكُنْ ذا مَالٍ ، لَحِقْهُ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إن كان الولدُ الْمَيِّتُ تَرَكَ وَلَدًا ، ثَبَتَ نَسَبُهُ مِنَ الْمُسْتَلْحَقِ ، وَتَبِعَهُ نَسَبُ ابْنِهِ ، وإن لم يَكُنْ^(٥) تَرَكَ وَلَدًا ، لم يَصِحَّ اسْتِلْحَاقُهُ ، ولم يَثْبُتْ نَسَبُهُ ، ولا يَرِثُ مِنْهُ الْمُدْعَى شَيْئًا ؛ لِأَنَّ نَسَبَهُ مُنْقَطِعٌ بِالْمَوْتِ ، فلم يَصِحَّ اسْتِلْحَاقُهُ ، فإذا كان له وَلَدٌ كان مُسْتَلْحَقًا لَوَلَدِهِ ، وَتَبِعَهُ نَسَبُ الْمَيِّتِ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا وَلَدٌ نَفَاهُ بِاللَّعَانِ ، فكان له

(٢٨) في ب : « وليس » .

(١) في الأصل : « أن » .

(٢) في م : « لعانها » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل ، ا .

استلحاقه ، كما لو كان حياً ، أو كان له ولد ، ولأن ولد الولد يتبع نسب الولد ، وقد جعل أبو حنيفة نسب الولد تابعاً لنسب أبيه ، فجعل الأصل تابعاً للفرع ، وذلك باطل . فأما قول الثوري : إنه إنما يدعى مالا . قلنا : إنما يدعى النسب والميراث ، والمال تبع له . فإن قيل : فهو متهمة في أن غرضه حصول الميراث . قلنا : إن^(٥) النسب لا تمنع التهمة لحوقه ، بدليل أنه لو كان له أخ يعاذه ، فأقر بأبي ، لزمه ، وسقط ميراث أخيه ، ولو كان الابن حياً وهو غني ، والأب فقير ، فاستلحقه ، فهو متهمة في إيجاب نفقته على أبيه ، وقيل قوله ، فكذاك ههنا ، ثم كان ينبغي أن يثبت النسب ههنا ؛ لأنه حق للولد ، ولا /تهمة فيه ، ولا يثبت الميراث المختص بالتهمة ، ولا يلزم من انقطاع^(٦) التبج انقطاع^(٦) الأصل . قال القاضي : ويتعلق باللعان أربعة أحكام ؛ حقان عليه ، وجوب الحد ، ولحوق النسب . وحقان له ؛ الفرقة ، والتحرير المؤبد ، فإذا أكدب نفسه ، قيل قوله فيما عليه ، فلزمه الحد والنسب ، ولم يقبل فيما له ، فلم تزل الفرقة ، ولا التحريم المؤبد .

١١١/٨ و

فصل : فإن لم يكذب نفسه ، ولكن لم يكن له بينة ، ولا لعن ، أقيم عليه الحد . فإن أقيم عليه بعضه ، فبذل اللعان ، وقال : أنا الأعن . قيل منه ؛ لأن اللعان يسقط^(٧) جميع الحد ، فيسقط بعضه ، كالبينة^(٨) . فإن ادعت زوجته أنه قدفها بالزنى ، فأنكر ، فأقامت عليه بينة أنه قدفها بالزنى ، فقال : صدقت البينة ، وليس ذلك قدفاً ؛ لأن القدف الرمي بالزنى كذباً ، وأنا صادق فيما رميتها به . لم يكن ذلك إكذاباً لنفسه ؛ لأنه مصر على رميها بالزنى ، وله إسقاط الحد باللعان . ومذهب الشافعي في هذا الفصل كمدھينا . فإن قال : ما زنت ، ولا رميتها بالزنى . فقامت البينة عليه بقدفها ، لزمه الحد ، ولم تسمع بينته ولا لعانه . نص عليه أحمد ؛ لأن قوله :

(٥) سقط من : الأصل .

(٦-٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٧) في ١ : « أسقط » .

(٨) في ١ ، م : « بالبينة » .

ما زلت . تَكْذِيبُ الْبَيِّنَةِ وَاللَّعَانِ^(٩) ، فلا تُثَبِّتُ له حُجَّةٌ قد أَكْذَبَهَا . وَجَرَى هذا مَجْرَى قوله في الْوَدِيعَةِ إِذَا ادُّعِيَتْ عليه ، فقال : ما أودعني . فقامت عليه الْبَيِّنَةُ بِالْوَدِيعَةِ ، فادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلْفَ^(١٠) ، لم يُقْبَلْ . ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء . أو لا^(١١) يَسْتَحِقُّ عَلَى شيء . فقامت عليه الْبَيِّنَةُ ، فادَّعَى الرَّدَّ أو التَّلْفَ ، قُبِلَ منه .

١٣٣١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ قَذَفَهَا ، وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا ، وَتَمَّ اللَّعَانُ بَيْنَهُمَا بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ ، نَفَى عَنْهُ ، إِذَا ذَكَرَهُ فِي اللَّعَانِ)

وجملة ذلك أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ وَلَدًا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ^(١٢) منه ، فهو ولده في الْحُكْمِ ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ »^(١٣) . ولا يَنْتَفِي عَنْهُ إِلَّا أَنْ يَنْفِيَهُ بِاللَّعَانِ التَّامِّ ، الذي اجْتَمَعَتْ شُرُوطُهُ ، وهي أربعة ؛ أحدها ، أَنْ يُوجَدَ اللَّعَانُ^(١٤) مِنْهُمَا جَمِيعًا . وهذا قول عامة أهل العلم . وقال الشافعي : يَنْتَفِي بِلَعَانِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ نَفَى الْوَلَدِ إِنَّمَا كَانَ بِيَمِينِهِ وَالتَّعَانِ^(١٥) ، لا بِيَمِينِ الْمَرْأَةِ عَلَى تَكْذِيبِهِ ، ولا مَعْنَى لِيَمِينِ الْمَرْأَةِ فِي نَفَى النَّسَبِ ، وهي ثَبَاتُهُ وَتَكْذُوبُ قَوْلٍ مِنْ يَنْفِيهِ ، وَإِنَّمَا لِعَانُهَا لِذَرْءِ الْحَدِّ عَنْهَا^(١٦) ، كما قال الله ١١١/٨ ظ تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ / أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ﴾^(١٧) . ولنا ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا نَفَى الْوَلَدَ عَنْهُ بَعْدَ تَلَاْعِنِهِمَا ، فلا يجوزُ النَّفْيُ بَعْضُهُ ، كَبَعْضِ لِعَانِ الزَّوْجِ . والثاني : أَنْ تَكْمَلَ الْفَاظُ اللَّعَانِ مِنْهُمَا جَمِيعًا . الشرط الثالث ، أَنْ يَبْدَأَ بِلَعَانِ الزَّوْجِ قَبْلَ الْمَرْأَةِ ، فَإِنْ بَدَأَ بِلَعَانِ الْمَرْأَةِ لَمْ يُعْتَدَّ بِهِ . وبه قال

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في ب : « والتلف » .

(١١) في ا ، ب ، م : « ولا » .

(١٢) في ا : « أن يكون » .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٣١٦/٧ .

(١٤) في م : « باللعان » .

(١٥) في الأصل : « ولعانه » .

(١٦) في م : « منها » .

(١٧) سورة النور ٨ .

أبو ثور ، وابن المنذر . وقال مالك ، وأصحاب الرأي : إن فعل أخطأ السنة ، والفرقة جائزة ، ويتنفي الولد عنه ؛ لأن الله تعالى عطف لعانها على لعانه بالواو ، وهي لا تقتضي ترتيباً^(٧) ، ولأن اللعان قد وجد منهما جميعاً ، فأشبه ما لو ربت . وعند الشافعي ، لا يتم اللعان إلا بالترتيب ، إلا أنه^(٨) يكفي عنده لعان الرجل وحده لنفي الولد ، وذلك حاصل مع إخلاله بالترتيب ، وعدم كمال ألفاظ اللعان من المرأة . ولنا ، أنه أتى باللعان على غير ما ورد به القرآن والسنة ، فلم يصح ، كما لو اقتصر على لفظة واحدة ، ولأن لعان الرجل يثبت لإثبات زناها ونفي ولدها ، ولعان المرأة للإثكار ، فقدمت بينة الإثبات ، كتقديم الشهود على الأيمان ، ولأن لعان المرأة لدرء العذاب عنها ، ولا يتوجه عليها ذلك إلا بلعان الرجل ، فإذا قدمت لعانها على لعانه ، فقد قدمت على وقته ، فلم يصح ، كما لو قدمته على القذف . الشرط الرابع ، أن يذكر نفي الولد في اللعان ، فإن^(٩) لم يذكر ، لم ينتف^(١٠) ، إلا أن يعيد اللعان ويذكر نفيه . وهذا ظاهر كلام الخرقي ، واختيار القاضي ، ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : لا يحتاج إلى ذكر الولد ونفيه ، ويتنفي بزوال الفراش ؛ لأن حديث سهل بن سعد ، الذي وصف فيه اللعان ، لم يذكر فيه الولد ، وقال فيه : ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وقضى أن لا يدعى ولدها^(١١) لأب ، ولا يرمى ولدها . رواه أبو داود^(١٢) . وفي حديث رواه مسلم^(١٣) ، عن عبد الله^(١٤) ، أن رجلاً لا عن امرأته على عهد رسول الله ﷺ ، ففرق النبي ﷺ بينهما ، وألحق الولد

(٧) في ١ ، ب ، م : « ترتيبها » .

(٨) في الأصل زيادة : « مما » .

(٩) في ب ، م : « فإذا » .

(١٠) في زيادة : « عنه » .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٢١ .

(١٣) تقدم تخريجه في : ٣٧٣ / ٨ .

(١٤) أي ابن عمر .

بأمه . ولنا ، أن من سقط حقه باللعان ، كان ذكره شرطاً ، كالمرأة ، ولأن غاية ما في اللعان أن يثبت زناها ، وذلك لا يوجب نفى الولد ، كما لو أقرت به ، أو قامت به بينة ، فأما حديث سهل بن سعيد ، فقد روى فيه : وكانت حاملاً ، فأنكر حملها . من رواية البخاري^(١٥) . وروى عن^(١٦) ابن / عمر ، أن رجلاً لأعن امرأته في زمن رسول الله ﷺ ، وانتفى من ولدها ، ففرق رسول الله ﷺ بينهما ، وألحق الولد بالمرأة^(١٧) . والزيادة من الثقة مقبولة . فعلى هذا ، لا بد من ذكر الولد في كل لفظة ، ومع اللعن في الخامسة ؛ لأنها من لفظات اللعان . وذكر الخرقى شرطاً خامساً ، وهو تفريق الحاكم بينهما . وهذا على الرواية التي تشترط تفريق الحاكم لوقوع الفرقة ، فأما على الرواية الأخرى ، فلا يشترط تفريق الحاكم لنفي الولد ، كما لا يشترط لدرء الحد عنه ، ولا لمسح النكاح . وشرط أيضاً شرطاً سادساً ، وهو أن يكون قد قذفها . وهذا شرط اللعان^(١٨) ، فإنه لا يكون إلا بعد القذف ، وسنذكره إن شاء الله تعالى .

فصل : وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يكون بينهما دون سبعة أشهر . فاستلحق^(١٩) أحدهما ، ونفى الآخر ، لحقاً 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 تابعاً لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما نفاه ؛ لأن النسب يحتاط لإثباته لا لنفيه ، ولهذا لو أثبت امرأته بولد يُمكن كونه منه ، ويُمكن أن يكون من غيره ، ألحقناه به احتياطاً ، ولم نقطعه عنه احتياطاً لنفيه . فإن كان قد قذف أمهما وطالبته بالحد ، فله إسقاطه باللعان . وحكى عن القاضي ، أنه يُحد ، ولا يملك إسقاطه

(١٥) في : باب التلاعن في المسجد ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٦٩/ ٧ .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) هو الذي تقدم ترجمته في : ٣٧٣/ ٨ .

(١٨) في الأصل : « اللعان » .

(١٩) في م : « فاستحق » .

باللَّعَانِ . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنَّه باستلحاقه اعترفَ بكذبِهِ في قَذْفِهِ ، فلم يُسَمَّعْ إنكارُهُ بعدَ ذلك . وَوجهُ الأوَّلِ ، أنَّه لا يَلْزَمُ من كَوْنِ الولدِ منه ، انْتِفَاءُ الزَّئِي عنها ، كما لا يَلْزَمُ من وُجُودِ الزَّئِي منها كَوْنُ الولدِ منه ، ولذلك لو أَقرَّتْ بِالزَّئِي ، أو قامتْ به بَيِّنَةٌ ، لم يَنْتَفِ الولدُ عنه ، فلا تَنافِي بين إلعانه وبين استلحاقه^(٢٠) للولد . وإن استلحقَ أحدُ^(٢١) التَّوَامِيْنِ وسَكَتَ عن الآخرِ ، لِحَقِّهِ ؛ لأنَّه لو نَفَاهُ لِلْحَقِّهِ^(٢٢) ، فإذا سَكَتَ عنه كان أَوَّلَى ، ولأنَّ امرأته متى أَثَبَّ بَوْلِدَ ، لِحَقِّهِ ما لم يَنْفِهِ عنه^(٢٣) باللَّعَانِ^(٢٤) . وإن نَفَى أَحَدَهُما ، وسَكَتَ عن الآخرِ ، لِحَقِّهِما جَمِيعًا . فإن قيل : أَلَا تَقِيَّتُمُ الْمَسْكُوتَ عنه ؛ لأنَّه قد نَفَى أخاه ، وهما حَمْلٌ واحدٌ ؟ قلنا : لِحُوقِ النَّسَبِ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ ، وهو يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْإِمْكَانِ ، وإن كان / لم يَثْبُتِ الْوَطْءُ ، ولا يَنْتَفِي^(٢٥) إِلَّا بِمَكَانِ النَّفْيِ^(٢٥) ، ١١٢/٨ ظ فافترقا . فإن أَثَبَّ بَوْلِدَ ، فَنَفَاهُ ، وَلَا عَنَ لِنَفْيِهِ ، ثم وَلَدَتْ آخَرُ لِأَقْلَ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لم يَنْتَفِ الثَّانِي بِاللَّعَانِ الْأَوَّلِ ؛ لأنَّ اللَّعَانَ تَنَاوَلَ الْأَوَّلَ وَحْدَهُ ، ويحتاجُ في نَفْيِ الثَّانِي إِلَى إلعانِ ثَانٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَنْتَفِي بِنَفْيِهِ من غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى إلعانِ ثَانٍ ؛ لأنَّهُمَا حَمْلٌ واحدٌ ، وقد لَا عَنَ لِنَفْيِهِ مَرَّةً ، فلا يحتاجُ إِلَى إلعانِ ثَانٍ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . فإن أَقرَّ بِالثَّانِي ، لِحَقِّهِ هو وَالْأَوَّلُ ؛ لما ذَكَرْنَاهُ ، وإن سَكَتَ عَن نَفْيِهِ ، لِحَقِّهِ أَيْضًا . فَأَمَّا إِنْ نَفَى الْوَلَدَ بِاللَّعَانِ ، ثم أَثَبَّ بَوْلِدَ آخَرَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فهذا من حَمْلٍ آخَرَ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ وَلَدَيْنِ من حَمْلٍ واحدٍ مُدَّةُ الْحَمْلِ ، ولو أُمِكنَ لم تَكُنْ هَذِهِ مُدَّةُ حَمْلٍ كَامِلٍ . فإن نَفَى هَذَا الْوَلَدَ بِاللَّعَانِ ، انْتَفَى ، ولا يَنْتَفِي بِغَيْرِ اللَّعَانِ ؛ لأنَّه حَمْلٌ مُنْفَرِدٌ ، وإن استلحقَّه ، أو تَرَكَ نَفْيَهُ ، لِحَقِّهِ وإن كانتْ قد بَاثَتْ بِاللَّعَانِ ؛ لأنَّه يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قد وَطَّعَهَا بَعْدَ وَضْعِ

(٢٠) في ١ ، ب ، م : « استلحاقه » .

(٢١) في ١ : « بأحد » .

(٢٢) في ١ : « لحقه » .

(٢٣) في ١ ، ب ، م : « عن » .

(٢٤) في ب ، م : « اللعان » .

(٢٥-٢٥) في ب ، م : « الإمكان للنفي » .

الأوّل . وإن لآعنها قبل وَضْعِ الأوّل ، فَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهَا بَاتَتْ بِاللَّعَانِ ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الأوّل ، وَكَانَ حَمْلُهَا الثَّانِي بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا فِي غَيْرِ نِكَاحٍ ، فَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى نَفْيِهِ .

فصل : وإن مات أحدُ التَّوَامَيْنِ ، أَوْ مَاتَا مَعًا ، فَلَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لِنَفْيِ نَسَبِهِمَا . وَهَذَا^(٢٦) قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزُمُهُ نَسَبُ الْحَيِّ ، وَلَا يُلَاعِنُ إِلَّا لِنَفْيِ الْحَدِّ ؛ لِأَنَّ الْمَيِّتَ لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ ، فَإِنَّ نَسَبَهُ قَدْ انْقَطَعَ بِمَوْتِهِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى نَفْيِهِ بِاللَّعَانِ ، كَمَا لَوْ مَاتَتِ امْرَأَتُهُ ، فَإِنَّهُ لَا يُلَاعِنُهَا بَعْدَ مَوْتِهَا ، لِقَطْعِ النِّكَاحِ ، لَكُونَهُ قَدْ انْقَطَعَ ، وَإِذَا لَمْ يَنْتَفِ الْمَيِّتُ لَمْ يَنْتَفِ الْحَيُّ ؛ لِأَنَّهُمَا حَمْلٌ وَاحِدٌ . وَلَنَا ، أَنَّ الْمَيِّتَ يُنْسَبُ إِلَيْهِ ، فَيَقَالُ : ابْنُ فُلَانٍ . وَيَلْزُمُهُ تَجْهِيزُهُ ، وَتَكْفِينُهُ ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُ نَسَبِهِ ، وَإِسْقَاطُ مُوْتِنِهِ ، كَالْحَيِّ ، وَكَأَنَّ لَوْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ .

١٣٣٢ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، لَحِقَهُ الْوَلَدُ) .

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا لَاعَنَ امْرَأَتَهُ ، وَنَفَى وَلَدَهَا ، ثُمَّ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، لَحِقَهُ الْوَلَدُ إِذَا كَانَ حَيًّا . بَغِيرِ خِلَافٍ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَإِنْ كَانَ مَيِّتًا ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ أَيْضًا . فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، سَوَاءٌ كَانَ لَهُ وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَسَوَاءٌ خَلَّفَ مَالًا أَوْ لَمْ يُخَلِّفْ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ التَّسَبُّبَ حَقٌّ لِلْوَلَدِ ، فَإِذَا أَقْرَبَهُ / ، لَزِمَهُ ، وَسَوَاءٌ^(١) تَقَدَّمَ إِنْكَارُهُ لَهُ أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ نَفْيِهِ عَنْهُ نَفْيُهُ لَهُ ، فَإِذَا أَكْذَبَ نَفْسَهُ . فَقَدْ زَالَ سَبَبُ النَّفْيِ ، وَبَطَلَ ، فَوَجَبَ أَنْ يَلْحَقَهُ نَسَبُهُ بِحُكْمِ النِّكَاحِ الْمَوْجِبِ لِلْحُقُوقِ نَسَبِهِ بِهِ .

فصل : والقَدْفُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَضْرِبٍ ؛ وَاجِبٌ ، وَهُوَ أَنْ يَرَى امْرَأَتَهُ تَزْنِي فِي طَهْرِ لَمْ يَطَّأَهَا^(٢) فِيهِ ، فَإِنَّهُ يَلْزُمُهُ اغْتِرَالُهَا حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا ، فَإِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ

(٢٦) فِي ١ : « وَبِهِ » .

(١) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب .

(٢) فِي ١ : « بِجَامِعِهَا » .

حين الزنى ، وأمكنه نفيه عنه ، لزمه قذفها ، ونفى ولدها ؛ لأن ذلك يجري مجرى اليقين في أن الولد من الزاني ، فإذا لم ينفه ، لحقه الولد ، وورثه ، وورث أقاربه ، وورثوا منه ، ونظر إلى بناته وأخواته ، وليس ذلك بجائز ، فيجب نفيه لإزالة ذلك . ولو أقرت بالزنى ، ووقع في قلبه صدقها ، فهو كما لو رآها . الثاني ، أن يراها تزنى ، أو يثبت عنده زناها ، وليس ثم ولد يلحقه نسبه ، أو ثم ولد لكن لا يعلم أنه من الزنى ، أو يخبره بزناها ثقة يصدقها ، أو يشيع في الناس أن فلاناً يفجر بفلانة ، ويشاهده عندها ، أو داخلاً إليها أو خارجاً من عندها ، أو يغلب على ظنه فجورها ، فهذا له قذفها ؛ لأنه روى عن عبد الله ، أن رجلاً أتى النبي ﷺ ، فقال : أرأيت رجلاً وجد مع امرأته رجلاً ، فتكلم جلدتموه ، أو قتل قتلتموه ، أو سكت سكت على غيظ^(٣) . فذكر أنه يتكلم أو يسكت ، ولم ينكر عليه النبي ﷺ . ولأن النبي ﷺ لم ينكر على هلال والعجلاني قذفهما حين رأيا^(٤) . وإن سكت جاز ، وهو أحسن ؛ لأنه يمكنه فراقها بطلاقها ، ويكون فيه سترها وستر نفسه ، وليس ثم ولد يحتاج إلى نفيه . الحال الثالث ، محرم ، وهو ما عدا ذلك ، من قذف أزواجه والأجانب ؛ فإنه من الكبائر ، قال الله تعالى : ﴿ إِنَّ الَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ الْغَافِلَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ لُعُنُوا فِي الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴾^(٥) . وقال النبي ﷺ : « أَيُّمَا امْرَأَةٍ أَدْخَلْتَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، فَلَيْسَتْ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ ، وَلَنْ يُدْخِلَهَا اللَّهُ جَنَّتُهُ ، وَأَيُّمَا رَجُلٍ جَحَدَ وَلَدَهُ وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ ، احْتَجَبَ اللَّهُ مِنْهُ ، وَفَضَحَهُ عَلَى رُؤُوسِ الْأَوَّلِينَ وَالْآخِرِينَ » . رواه أبو داود^(٦) .

(٣) أخرجه مسلم ، في : كتاب اللعان . صحيح مسلم ١١٣٣/٢ . وأبو داود ، في : باب في اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٢/١ . وابن ماجه ، في : باب اللعان ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٦٩/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤٢١/١ ، ٤٢٢ ، ٤٤٨ .
(٤) تقدم تخرج حديثهما في : ٣٧٣/٨ ، ٣٣٠/١٠ .
(٥) سورة النور ٢٣ .
(٦) في : باب التغليظ في الانتفاء ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٥/١ .

١١٣/٨ ظ قوله : « وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ » . يَعْنِي يَرَاهُ مِنْهُ / ، فَكَمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تُدْخَلَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، حَرَّمَ عَلَى الرَّجُلِ جَحْدَ وَلَدِهِ . وَلَا يَجُوزُ قَذْفُهَا بِخَبَرٍ مَنْ لَا يُوثَقُ بِخَبَرِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَى الْكَذِبِ عَلَيْهَا ، وَلَا بُرُوثُهُ رَجُلًا خَارِجًا مِنْ عِنْدِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَفِيزَ زِنَاهَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ سَارِقًا ، أَوْ هَارِبًا ، أَوْ لِحَاجَةٍ ، أَوْ لَعَرَضٍ فَاسِدٍ ، فَلَمْ يُمْكِنَهُ ، وَلَا لِاسْتِفَاضَةِ ذَلِكَ فِي النَّاسِ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ تَدُلُّ عَلَى صِدْقِهِمْ ؛ لِإِحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ أَعْدَاؤُهَا أَشَاعُوا ذَلِكَ عَنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الاسْتِفَاضَةَ أَقْوَى مِنْ خَبَرِ الثَّقَةِ . وَلَا بِمُخَالَفَةِ^(٧) الْوَلَدِ لَوْنٍ وَالِدَيْهِ أَوْ شَبَهَهُمَا ، وَلَا لِشَبَهِهِ بِغَيْرِ وَالِدَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي قُرَازَةَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ امْرَأَتِي جَاءَتْ بِوَلَدٍ أَسْوَدَ . يُعَرِّضُ بَنَفِيهِ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَمَا أَلْوَانُهَا ؟ » . قَالَ : حُمْرٌ . قَالَ : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ ؟ » . قَالَ : إِنَّ فِيهَا لَوُرْقًا^(٨) . قَالَ : « فَأَنْتَ أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » . قَالَ : عَسَى أَنْ يَكُونَ نَزَعُهُ عِرْقٌ . قَالَ : « فَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ^(٩) نَزَعُهُ عِرْقٌ » . قَالَ : وَلَمْ يُرَخِّصْ لَهُ فِي^(١٠) الْإِنْتِفَاءِ مِنْهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . وَلِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ مِنْ آدَمَ وَحَوَّاءَ ، وَالْوَأْنُ هُمْ وَخِلْقُهُمْ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَوْلَا مُخَالَفَتُهُمْ شَبَهَ وَالِدَيْهِمْ ، لَكَانُوا عَلَى صِفَةٍ^(١٢) وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ دَلَالََةَ الشَّبَهِ ضَعِيفَةٌ ، وَدَلَالَةُ وَلَا دَرْتَهُ عَلَى الْفَرَّاشِ قَوِيَّةٌ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ الْقَوِيِّ لِمُعَارَضَةِ الضَّعِيفِ ، وَلِذَلِكَ لَمَّا تَنَازَعَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، فِي ابْنِ وَلِيدَةَ

= كما أخرجه النسائي ، في : باب التغليظ في الانتفاء من الولد . المجتبى ١٤٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب من أنكر ولده ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والدارمي ، في : باب من جحد ولده وهو يعرفه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٣/٢ .

(٧) في الأصل : « لمخالفة » .

(٨) في م : « أورقا » .

(٩) في الزيادة : « قد » .

(١٠) سقط من : أ ، ب ، م .

(١١) تقدم تحريجه ، في : ٨ / ٣٧٢ .

(١٢) في أ ، م : « خلقه » .

زَمْعَةٌ ، ورأى النَّبِيُّ ﷺ بِهِ ^(١٣) شَبَهَا بَيْنَا بُعْتَبَةَ ، الْحَقَّ الْوَلَدَ بِالْفِرَاشِ ، وَشَرَكَ الشَّبَةَ ^(١٤) . وهذا اختيارُ أبي عبد الله ابن حامد ، وأحدُ الوجهين لأصحابِ الشافعي . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، أنَّ ظاهرَ كلامِ أحمد ، جوازُ نفيه . وهو الوجهُ الثاني لأصحابِ الشافعي ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ ، في حديثِ اللَّعَانِ : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ جَعَلًا جُمَالِيًّا خَدَلَجَ السَّاقِينَ سَابِغَ الْأَلْيَتَيْنِ ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ » . فَأُثِّتَ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَانٌ ^(١٥) » . فَجَعَلَ الشَّبَةَ دَلِيلًا عَلَى نَفْيِهِ عَنْهُ ، ^(١٦) والصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وهذا الحديثُ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِهِ عَنْهُ ^(١٦) ، مع ما ^(١٧) تَقَدَّمَ مِنْ لِعَانِهِ وَنَفْيِهِ إِيَّاهُ ^(١٧) عَنْ نَفْسِهِ ، فَجَعَلَ الشَّبَةَ مُرْجَحًا لِقَوْلِهِ ، وَدَلِيلًا عَلَى تَصَدِيقِهِ ، وَمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَحَادِيثِ / يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ اسْتِقْلَالِ الشَّبَةِ بِالنَّفْيِ ، وَلَأنَّ هَذَا كَانَ فِي مَوْضِعِ زَالِ الْفِرَاشِ ، وَانْقَطَعَ نَسَبُ الْوَلَدِ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ بَقَاءِ الْفِرَاشِ الْمُقْتَضَى لِحُقُوقِ نَسَبِ الْوَلَدِ بِصَاحِبِهِ . وَإِنْ كَانَ يَغْزُلُ عَنْ امْرَأَتِهِ ، فَأُثِّتَ بِوَلَدِهِ ، لَمْ يُبَحِّحْ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَأَبِي سَعِيدٍ ^(١٨) . وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَنُحِبُّ الْأَثْمَانَ ، أَفَنَعْزِلُ عَنْهُنَّ ؟ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ خَلَقَهَا » . وَلَأنَّهُ قَدْ يَسْبِقُ مِنَ الْمَاءِ مَا لَا يُحِسُّ بِهِ فَيَتَعَلَّقُ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ لَا يَطْوُهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ فِي الدُّبْرِ ، فَأُثِّتَ بِوَلَدِهِ ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ أَنْ يَسْبِقَ الْمَاءُ إِلَى الْفَرْجِ فَيَتَعَلَّقَ بِهِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِ الْوَطْءِ فِي الْفَرْجِ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ ^(١٩) بِمَا دُونَهُ كَسَائِرِ الْأَحْكَامِ ، وَدَلَالَةُ عَدَمِ

١١٤/٨

(١٣) في ١ ، م : « فيه » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٦ / ٧ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣ / ٨ .

(١٦-١٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٨) تقدم التخرُّج ، في : ٢٢٩ / ١٠ .

(١٩) في ب زيادة : « به » .

الوطء في الفرج على انتفاء الولد أشد من دلالة مخالفة الولد لَوْنٍ والدينه . فأما إن وُجد أحد هذه الوجوه التي ذكرنا مع الزنى ، ويَحْتَمِلُ كَوْنُهُ مِنْهُ أَوْ مِنَ الزَّانِي ، مثل أن زَنَتْ في طَهْرِ أَصَابِهَا فِيهِ ، أَوْ زَنَتْ فَلَمْ يَعْتَزِلْهَا ، وَلَكِنَّهُ كَانَ يَعْزِلُ عَنْهَا ، أَوْ كَانَ لَا يَطُوهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ ، لَوْ كَانَ الْوَلَدُ شَبِيهًا بِالزَّانِي دُونَهُ ، لَزِمَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَعَ الزَّانِي يُوجِبُ نِسْبَتَهُ إِلَى الزَّانِي ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ بِوَلَدِ امْرَأَةٍ هَلَالٍ لِشَرِيكِ بْنِ سَخْمَاءَ ، بِشَبِيهِهِ لَهُ ، مَعَ لِعَانٍ هَلَالٍ لَهَا ، وَقَدْ فَهِمْنَا بِهَا . وَأَمَّا إِذَا أَثَبَّتَ زَوْجَتُهُ بِوَلَدٍ ، فَشَكَّ فِيهِ مِنْ غَيْرِ مَعْرِفَتِهِ لَزْنَاهَا ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ قَذْفُهَا ، وَلَا لِعَانُهَا ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْفَزَارِيِّ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَرَفَ زِنَاهَا ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْوَلَدَ مِنَ الزَّانِي ، وَلَا وَجِدَ دَلِيلَ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرِ .

فصل : فَإِنْ أَكْرَهَتْ زَوْجَتُهُ عَلَى الزَّانِي فِي طَهْرِ لَمْ يُصْنَفْ فِيهِ ، فَأُثْبِتَ بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْوَاطِئِ ، فَهُوَ مِنْهُ ، وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ قَذْفُهَا بِالزَّانِي ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِزِنَى مِنْهَا . وَقِيَاسُ الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ، وَيَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّ نَفْيَ الْوَلَدِ لَا يَكُونُ إِلَّا بِاللَّعَانِ ، وَمِنْ شَرْطِ اللَّعَانِ الْقَذْفُ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ لَا يَتِمُّ إِلَّا بِلِعَانِ الْمَرْأَةِ ، وَلَا يَصِحُّ اللَّعَانُ مِنَ الْمَرْأَةِ هَهُنَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تُكَذِّبُ الزَّوْجَ فِي إِكْرَاهِهَا عَلَى ذَلِكَ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ١١٤/٨ ط بعض أصحابنا أن^(٢٠) / فِي ذَلِكَ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى نَفْيِهِ ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ، كَمَا لَوْ زَنَتْ مُطَاوَعَةً . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهَذَا إِنَّمَا يَصِحُّ عِنْدَ الشَّافِعِيِّ لِأَنَّهُ يَرَى نَفْيَ الْوَلَدِ بِلِعَانِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ . وَأَمَّا مَنْ لَا يَرَى ذَلِكَ ، فَلَا يَصِحُّ عِنْدَهُ النَّفْيُ بِاللَّعَانِ هَهُنَا . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

١٣٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ نَفَى الْحَمْلَ فِي التِّعَانِهِ ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ^(١)) حَتَّى يَنْفِيَهُ عِنْدَ وَضْعِهَا لَهُ ، وَيُلَاعِنَ)

(٢٠) سقط من : ١ ، م .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

اختلف أصحابنا فيما إذا لاعن امرأته وهي حامل ، ونفى حملها في لعانها ، فقال الخِرَقِيُّ وجماعة : لا ينتفى الحمل بنفيه قبل الوضع ، ولا ينتفى حتى يلاعنها بعد الوضع ، وينتفى الولد فيه . وهذا قول أبي حنيفة ، وجماعة من أهل الكوفة ؛ لأن الحمل غير مُستيقن بجور أن يكون ريحاً ، أو غيرها ، فيصير نفيه مشروطاً بوجوده ، ولا يجوز تعليق اللعان بشرط . وقال مالك ، والشافعي ، وجماعة من أهل الحجاز : يصح نفى الحمل ، وينتفى عنه ، مُحْتَجِّين بحديث هلال ، وأنه نفى حملها فنفاه عنه النبي ﷺ ، وألحقه بالأم^(٢) . ولا خفاء بأنه كان حملاً ، ولهذا قال النبي ﷺ : « انظروها ، فإن جاءت به كذا وكذا » . قال ابن عبد البر : الآثار الدالة على صحة هذا القول كثيرة . وأوردوها . ولأن الحمل مظنون بأمارات تدل عليه ، ولهذا ثبت^(٣) للحامل أحكام تخالف فيها^(٤) الحائض ؛ 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 هو الصحيح ؛ لموافقه ظواهر الأحاديث ، وما خالف الحديث لا يُعْبَأُ به كائناً ما كان . وقال أبو بكر : ينتفى الولد بزوال الفراش ، ولا يحتاج إلى ذكره في اللعان . احتجاً بظواهر الأحاديث ، حيث لم يُثقل فيها نفى الحمل ، ولا التعرض لنفيه . وقد ذكرنا ذلك ، فأما من قال : إن الولد لا ينتفى إلا بنفيه بعد الوضع ، فإنه يحتاج في نفيه إلى إعادة اللعان بعد الوضع . وقال أبو حنيفة ومن وافقه : إن لاعنها حاملاً ، ثم أتت بالولد ، لزمه ، ولم يتمكن من نفيه ؛ لأن اللعان لا يكون إلا بين الزوجين ، وهذه قد بانث يلعانها في حال^(٥) حملها . وهذا فيه إزارمه ولد ليس منه ، وسد باب الانتفاء من أولاد الزنى ، والله تعالى قد جعل / له إلى ذلك طريقاً ، فلا يجوز سده ،

١١٥/٨ و

(٢) في م : « بالأم » . وتقدم ترجمته في : ٣٧٣/٨ .

(٣) في الأصل : « ثبت » .

(٤) في ١ ، ب ، م ، د : « بها » .

(٥) سقط من : الأصل .

وإنما تُعْتَبَرُ الزَّوْجِيَّةُ فِي الْحَالِ الَّتِي أَضَافَ الرَّثِيَّ إِلَيْهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ الَّذِي ^(٦) تَأْتِي بِهِ يَلْحَقُهُ إِذَا ^(٧) لَمْ يَنْفِهِ ، فَيَحْتَاجُ إِلَى نَفْيِهِ ، وَهَذِهِ كَانَتْ زَوْجَةً فِي تِلْكَ الْحَالِ ، فَمَلَكَ نَفْيَ وَلَدِهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

فصل : وَإِنْ اسْتَلْحَقَّ الْحَمْلَ ، فَمَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ . قَالَ : لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ . وَمَنْ أَجَازَ نَفْيَهُ ، قَالَ : ^(٨) يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَخْكُومٌ بِوُجُودِهِ ، بِدَلِيلِ وَجُوبِ النِّفَقَةِ ، وَوَقْفِ الْمِيرَاثِ ، فَصَحَّ الْإِقْرَارُ بِهِ كَالْمَوْلُودِ ، وَإِذَا اسْتَلْحَقَّهُ لَمْ يَمْلِكْ نَفْيَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ بَعْدَ الْوَضْعِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . قَالَ : لَوْ صَحَّ اسْتِلْحَاقُهُ لِلزَّيْمَةِ ^(٩) بَتْرِكِ نَفْيِهِ كَالْمَوْلُودِ ، وَلَا يَلْزَمُهُ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ . وَلِأَنَّ لِلشَّيْبَةِ ^(١٠) أَثْرًا فِي الْإِنْحِاقِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ الْمُلاَعِنَةِ ، وَذَلِكَ مُخْتَصٌّ بِمَا بَعْدَ الْوَضْعِ ، فَاخْتَصَّ صَحَةُ الْإِنْحِاقِ ^(١١) بِهِ . فَعَلَى هَذَا ، لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ ثُمَّ تَفَاهَ بَعْدَ وَضْعِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ سَكَتَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَنْفِهِ ، وَلَمْ يَسْتَلْحَقَّهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ عِنْدَ أَحَدٍ عَلِمْنَا قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وُجُودُهُ إِلَّا أَنْ يُلَاعِنَهَا ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَلْزَمَهُ الْوَلَدَ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَاهُ .

فصل : وَإِذَا وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ وَلَدًا ، فَسَكَتَ عَنْ نَفْيِهِ ، مَعَ إِمْكَانِهِ ، لَزِمَهُ نَسْبُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَتَقَدَّرُ ذَلِكَ بِثَلَاثِ ، بَلْ هُوَ عَلَى مَا جَرَتْ بِهِ الْعَادَةُ ، إِنْ كَانَ لَيْلًا فَحَتَّى يُصْبِحَ وَيَتَشِيرَ النَّاسُ ، وَإِنْ كَانَ جَائِعًا أَوْ ظَمْآنًا فَحَتَّى يَأْكُلَ أَوْ يَشْرَبَ ، أَوْ يَنَامَ إِنْ كَانَ نَاعِسًا ، أَوْ يَلْبَسَ ثِيَابَهُ وَيُسْرِجَ دَابَّتَهُ

(٦) فِي الْأَصْلِ : « الَّتِي » .

(٧) فِي م : « وَإِذَا » .

(٨) فِي أ ، ب ، م زِيَادَةٌ : « لَا » .

(٩) فِي م : « لَزِمَهُ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « فِي الشَّيْبَةِ » .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « الْاسْتِلْحَاقُ » .

وَيَرْكَبُ وَيُصَلِّي إِنْ حَضَرَتِ الصَّلَاةُ ، وَيُحَرِّزُ ^(١٢) مَالَهُ إِنْ كَانَ غَيْرَ مُحَرَّرٍ ^(١٣) ، وَأَشْبَاهُ هَذَا ^(١٤) مِنْ أَشْغَالِهِ ، فَإِنْ أَخَّرَهُ بَعْدَ هَذَا كُلِّهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ نَفْيُهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَهُ تَأْخِيرُ نَفْيِهِ يَوْمًا وَيَوْمَيْنِ اسْتِحْسَانًا ؛ لِأَنَّ النَّفْيَ عَقِيبَ الْوِلَادَةِ يَشْتَقُ ، فَقَدَّرَ بِالْيَوْمَيْنِ لِقَلَّتِهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ وَمُحَمَّدٌ : يَتَقَدَّرُ بِمُدَّةِ النَّفَاسِ ؛ لِأَنَّهَا جَارِيَةٌ مَجْرَى الْوِلَادَةِ فِي الْحُكْمِ . وَحُكِّيَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَمُجَاهِدٍ ، أَنَّ لَهُ نَفْيَهُ مَا لَمْ يَعْتَرِفْ بِهِ فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ، كَحَالَةِ الْوِلَادَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ خِيَارٌ لِدَفْعِ ضَرَرٍ مُتَحَقِّقٍ ، فَكَانَ عَلَى الْفَوْرِ ، كَخِيَارِ الشُّفْعَةِ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْوَلَدُ لِلْفِرَاسِ » ^(١٥) . عَامٌّ خَرَجَ مِنْهُ / مَا اتَّفَقْنَا عَلَيْهِ مَعَ السُّنَنِ الثَّابِتَةِ ، فَمَا عَدَاهُ يَبْقَى عَلَى عُمُومِ الْحَدِيثِ ، وَمَا ذَكَرَهُ أَبُو حَنِيفَةَ يَبْتَطِلُ بِخِيَارِ الرَّدِّ بِالْعَيْبِ ، وَالْأَخْذِ بِالشُّفْعَةِ ، وَتَقْدِيرُهُ بِمُدَّةِ النَّفَاسِ تَحْكُمُ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَمَا قَالَهُ عَطَاءٌ يَبْتَطِلُ أَيْضًا بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَا يَلْزَمُ الْقِصَاصُ ؛ فَإِنَّهُ ^(١٦) لِاسْتِيفَاءِ حَقٍّ لَا لِدَفْعِ ضَرَرٍ ، وَلَا الْحَمْلُ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٧) لَمْ يَتَحَقَّقْ ضَرَرُهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَهَلْ يَتَقَدَّرُ الْخِيَارُ فِي النَّفْيِ بِمَجْلِسِ الْعِلْمِ ، أَوْ بِإِمْكَانِ النَّفْيِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ بِنَاءً عَلَى الْمُطَالَبَةِ بِالشُّفْعَةِ ، فَإِنْ أَخَّرَ نَفْيَهُ عَنْ ذَلِكَ ، ثُمَّ ادَّعَى أَنَّهُ لَا يَعْلَمُ بِالْوِلَادَةِ ، وَأَمَكَّنَ صِدْقَهُ ، بِأَنْ يَكُونَ فِي مَوْضِعٍ يَخْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ فِي مَحَلَّةٍ أُخْرَى ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعِلْمِ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ ، مِثْلَ أَنْ يَكُونَ مَعَهَا فِي الدَّارِ ، لَمْ يُقْبَلْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَا يَكَادُ يَخْفَى عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : عَلِمْتُ وَلَا دَنَتَهُ ، وَلَمْ أَعْلَمْ أَنَّ لِي نَفْيَهُ . أَوْ : عَلِمْتُ ذَلِكَ ، وَلَمْ أَعْلَمْ أَنَّهُ عَلَى الْفَوْرِ . وَكَانَ مَعْنً يَخْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ ، كَعَامَّةِ النَّاسِ ، قُبِلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْفَى عَلَيْهِمْ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ حَدِيثَ عَهْدٍ بِإِسْلَامٍ ، وَإِنْ كَانَ فَقِيهًا ، لَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا

(١٢) فِي ب : « وَيَحُوزُ » .

(١٣) فِي الْأَصْل : « مُحَرَّوْز » .

(١٤) فِي م : « ذَلِكَ » .

(١٥) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي : ٣١٦/٧ .

(١٦) فِي أ ، م : « لِأَنَّهُ » .

(١٧) فِي أ : « فَإِنَّهُ » .

يُخْفَى عَلَيْهِ ذَلِكَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُقْبَلَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْفَقِيهَ يُخْفَى عَلَيْهِ كَثِيرٌ مِنَ الْأَحْكَامِ .
 وَقَالَ أَصْحَابُنَا : لَا يُقْبَلُ ذَلِكَ مِنَ الْفَقِيهِ ، وَيُقْبَلُ مِنَ النَّاشِئِ بِإِدَائِهِ ، وَحَدِيثُ الْعَهْدِ
 بِالْإِسْلَامِ . وَهَلْ يُقْبَلُ مِنْ سَائِرِ الْعَامَّةِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ . وَإِنْ كَانَ لَهُ عُذْرٌ يَمْنَعُهُ مِنَ
 الْحُضُورِ لِتَفْيِهِ ، كَالْمَرَضِ وَالْحَبْسِ ، أَوِ الْإِسْتِغَالِ بِحِفْظِ مَالٍ يَخَافُ ضَيَعَتَهُ ، أَوْ
 بِمُلَازِمَةِ غَرِيمٍ يَخَافُ فَوْتَهُ أَوْ غَيْبَتَهُ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ مُدَّةُ ذَلِكَ قَصِيرَةً ^(١٨) فَأُخِّرَهُ
 إِلَى ^(١٩) الْحُضُورِ لِيُزُولَ عُذْرُهُ ، لَمْ يَبْطُلْ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ عَلِمَ ذَلِكَ لَيْلًا فَأُخِّرَهُ إِلَى
 الصُّبْحِ ، وَإِنْ كَانَتْ تَتَطَاوَلُ ، فَأَمَكَّنَهُ التَّفْهِيمَ إِلَى الْحَاكِمِ لِيَبْعَثَ إِلَيْهِ مَنْ يَسْتَوْفِي عَلَيْهِ
 اللَّعَانَ وَالنَّفْيَ ، فَلَمْ يَفْعَلْ ، سَقَطَ نَفْيُهُ ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنَهُ ، أَشْهَدَ عَلَى نَفْسِهِ أَنَّهُ نَافٍ لَوْلَدِ
 امْرَأَتِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَقْدِرْ عَلَى نَفْيِهِ قَامَ ^(٢٠) الْإِشْهَادُ ^(٢١) مَقَامَهُ ،
 كَمَا يُقِيمُ الْمَرِيضُ الْفَيْئَةَ بِقَوْلِهِ ، بَدَلًا عَنِ الْفَيْئَةِ بِالْجَمَاعِ . فَإِنْ قَالَ : لَمْ أَصْدَقِ الْمُخْبِرَ
 عَنْهُ . نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ مُسْتَفِيضًا مُنْتَشِرًا ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ، ^(٢٢) وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَفِيضًا ،
 وَكَانَ الْمُخْبِرُ مَشْهُورَ الْعَدَالَةِ ، لَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ ^(٢٣) ، وَلَا قَبِلَ . وَإِنْ قَالَ : لَمْ أَعْلَمْ أَنَّ عَلَى
 ذَلِكَ . قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا يُخْفَى . وَإِنْ عَلِمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، فَأَمَكَّنَهُ السَّيْرُ ، فَاشْتَعَلَ / ١١٦/٨
 بِهِ ، لَمْ يَبْطُلْ خِيَارُهُ ، وَإِنْ أَقَامَ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ ، بَطَلَ ؛ لِأَنَّهُ أَخَّرَهُ لِغَيْرِ عُذْرٍ ، وَإِنْ كَانَتْ لَهُ
 حَاجَةٌ تَمْنَعُهُ مِنَ السَّيْرِ ، فَهُوَ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَإِنْ أَخَّرَ نَفْيَهُ لِغَيْرِ عُذْرٍ ، وَقَالَ :
 أَخَّرْتُ نَفْيَهُ رَجَاءً أَنْ يَمُوتَ ، فَاسْتَرَّ عَلَيْهِ وَعَلَى . بَطَلَ خِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخَّرَ نَفْيَهُ مَعَ الْإِمْكَانِ
 لِغَيْرِ عُذْرٍ .

فصل : فَإِنْ هُنَّ بِهِ ، فَأَمَّنَ عَلَى الدُّعَاءِ ، لَزِمَهُ . فِي قَوْلِهِمْ جَمِيعًا . وَإِنْ قَالَ : أَحْسَنَ
اللَّهُ جَزَاءَكَ . أَوْ : بَارَكَ اللَّهُ عَلَيْكَ . أَوْ : رَزَقَكَ اللَّهُ مِثْلَهُ . لَزِمَهُ الْوَلَدُ . وَبِهَذَا قَالَ

(١٨-١٩) في ١ : « فَأَخَّرَ » .

(١٩) في ب ، م : « كَانَ » .

(٢٠) بعد هذا في م زيادة : « قَائِمًا » .

(٢١-٢٢) سقط من : ب . نقل نظر . وسقط : « قَوْلُهُ » من : م .

أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يَلْزُمُهُ ؛ لَأَنَّهُ جَازَاهُ عَلَى قَصْدِهِ . وإذا قال : رَزَقَكَ اللَّهُ مثله . فليس ذلك إقرارًا ، ولا مُتَضَمِّنًا لَهُ . ولَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ جَوَابُ الرَّاضِي فِي الْعَادَةِ ، فَكَانَ إِقْرَارًا ، كَالثَّائِمِينَ عَلَى الدُّعَاءِ . وَإِنْ سَكَتَ ، كَانَ إِقْرَارًا . ذَكَرَهُ أَبُو بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ السُّكُوتَ صُلَحٌ دَالًّا^(٢٢) عَلَى الرِّضَى فِي حَقِّ الْبَكْرِ ، وَفِي مَوَاضِعَ أُخْرَى^(٢٣) ، فَهَهُنَا أَوْلَى . وَفِي كُلِّ مَوْضِعٍ لَزِمَهُ الْوَلَدُ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ تَفْيُهُ بَعْدَ ذَلِكَ . فِي قَوْلِ جَمَاعَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِيَّيُّ ، وَعُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ لَتَفْيِهِ مَا دَامَتْ أُمُّهُ عِنْدَهُ يَصِيرُ لَهَا الْوَلَدُ ، وَلَوْ أَقْرَبَهُ . وَالَّذِي عَلَيْهِ الْجُمْهُورُ أَوْلَى ؛ فَإِنَّهُ أَقْرَبَهُ ، فَلَمْ يَمْلِكْ جَحْدَهُ ، كَمَا لَوْ بَاءَتْ مِنْهُ أُمُّهُ ، وَلَأَنَّهُ أَقْرَبَ بِحَقِّ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَقْبَلْ مِنْهُ جَحْدَهُ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ .

١٣٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ جَاءَتْ امْرَأَتُهُ بِوَلَدٍ ، فَقَالَ : لَمْ تَزْنِ ، وَلَكِنْ لَيْسَ^(١) هَذَا الْوَلَدُ مِنِّي . فَهُوَ وَلَدُهُ فِي الْحُكْمِ ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ لَهَا)

وجملة ذلك أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا وَلَدَتْ . فَقَالَ زَوْجُهَا : لَيْسَ هَذَا الْوَلَدُ مِنِّي . أَوْ قَالَ : لَيْسَ هَذَا وَلَدِي . فَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِقَذْفٍ بظَاهِرِهِ ، لِاحْتِمَالِ أَنَّهُ^(٢) يَرِيدُ أَنَّهُ مِنْ زَوْجٍ آخَرَ ، أَوْ مِنْ وَطْءٍ بِشَبْهَةٍ^(٣) ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، وَلَكِنَّهُ يُسْأَلُ ، فَإِنْ قَالَ : زَنْتُ ، فَوَلَدَتْ هَذَا مِنَ الزَّنى . فَهَذَا قَذْفٌ يَثْبُتُ بِهِ اللَّعَانُ ، وَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ أَنَّهُ^(٤) لَا يُشَبِّهُنِي خَلْقًا وَلَا خُلُقًا . فَقَالَتْ : بَلْ أَرَدْتُ قَذْفِي . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِمُرَادِهِ ، وَلَا^(٥) سِيَّما إِذَا صَرَّحَ بِقَوْلِهِ : لَمْ

(٢٢) في م : دال . . والمثبت على أنه حال من السكوت .

(٢٣) في الأصل ، ب : د آخر . .

(١) سقط من : م .

(٢) في ا ، ب : د أن . .

(٣) في الأصل ، ا : د شبه . .

(٤) في ا ، ب ، م : د أن . .

(٥) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

تَزْنُ . وإن قال : وَطِئْتُ بِشُبْهَةٍ ، وَالْوَلَدُ مِنَ الْوَاطِئِ . فلا حَدَّ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْذِفْهَا ، وَلَا قَذَفَ وَاطِئَهَا . وإن قال : أَكْرَهْتُ عَلَى الزَّنى . فلا حَدَّ أَيْضًا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَقْذِفْهَا ، وَلَا لِعَانَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْذِفْهَا ، وَمِنْ / شَرِّطِ اللَّعَانَ الْقَذْفُ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ . وبهذا قال أَبُو حَنِيفَةَ . وذكر الْقَاضِي أَنَّ^(٦) فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الْآخِرَةِ^(٧) رَوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لَهُ اللَّعَانَ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى نَفْيِ الْوَلَدِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : وَطِئْتُ بِشُبْهَةٍ . فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ نَفْيَ النَّسَبِ بِعَرَضِ الْوَلَدِ عَلَى الْقَافَةِ^(٨) ، فَيُسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنِ اللَّعَانِ ، فَلَا يُشْرَعُ ، كَمَا لَا يُشْرَعُ لِعَانَ أُمِّهِ ، لَمَّا أُمَكِّنَ نَفْيُ نَسَبِ وَلَدِهَا بِدَعْوَى الْإِسْتِبْرَاءِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ بَعْدَ الْقَذْفِ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ . الْآيَةِ^(٩) . وَلَمَّا لَاعَنَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ هِلَالٍ وَامْرَأَتِهِ كَانَ بَعْدَ قَذْفِهِ إِيَّاهَا^(١٠) ، وَكَذَلِكَ لَمَّا لَاعَنَ بَيْنَ غُوَيْمِرِ الْعَجْلَانِيِّ وَامْرَأَتِهِ كَانَ بَعْدَ قَذْفِهِ إِيَّاهَا^(١١) ، وَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ إِلَّا فِي مِثْلِهِ ، وَلَئِنْ نَفَى اللَّعَانَ إِنَّمَا يَنْتَفِي بِهِ الْوَلَدُ بَتَمَامِهِ مِنْهَا ، وَلَا يَتَحَقَّقُ اللَّعَانُ مِنَ الْمَرْأَةِ هُنَا . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : وَطِئْتُ فَلَانَ بِشُبْهَةٍ ، وَأَنْتِ تَعْلَمِينَ الْحَالَ . فَقَدْ قَذَفَهَا ، وَلَهُ لِعَانُهَا ، وَنَفَى نَسَبِ وَلَدِهَا ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ . وَكَذَلِكَ قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ نَفْيُ نَسَبِهِ^(١٢) بِعَرَضِهِ عَلَى الْقَافَةِ^(٨) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاشْتَبَهَ عَلَيْكَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَامَ لَزُوجَتِهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَرْوَاجَهُمْ ﴾ . وَلِأَنَّهُ رَامَ لَزُوجَتِهِ بِالزَّنى ، فَمَلَكَ لِعَانَهَا وَنَفَى وَلَدَهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : زَنَى بِكَ فَلَانٌ . وَمَا

(٦) سقط من : ب .

(٧) في ب : « الأخرى » .

(٨) في م : « القاذفة » .

(٩) سورة النور ٦ .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٥ .

(١١) تقدم تخريجه في : ٣٣٠/١٠ .

(١٢) في ب : « نسب ولده » .

ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يُوجَدُ قَافَةً ، وَقَدْ لَا يَعْتَرِفُ الرَّجُلُ بِمَا نُسِبَ إِلَيْهِ ، أَوْ يَغِيبُ ، أَوْ يَمُوتُ ، فَلَا يَنْتَفِي الْوَلَدُ . وَإِنْ قَالَ : مَا وَلَدْتِهِ ^(١٣) وَإِنَّمَا التَّقَطُّتَهُ ^(١٤) أَوْ اسْتَعْرَتْهُ ^(١٥) . فَقَالَتْ : بَلْ هُوَ وَلَدِي مِنْكَ . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إِلَّا بَيِّنَةً . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبْنِ ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ، كَالَّذِينَ . قَالَ الْقَاضِي : وَكَذَلِكَ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهَا لِلْوِلَادَةِ ، فِيمَا إِذَا عُلِّقَ طَلَاقُهَا بِهَا ، وَلَا دَعْوَى الْأُمِّ لَهَا لِتَصِيرَ بِهَا أُمُّ وَلَدٍ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيهَا لِتَقْضَى عِدَّتُهَا بِهَا . فَعَلَى هَذَا لَا يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ إِلَّا أَنْ تُقِيمَ بَيِّنَةً ، وَهِيَ امْرَأَةٌ مُرْضِيَّةٌ ، تَشْهَدُ بِوِلَادَتِهَا لَهُ ، فَإِذَا ثَبَتَتْ وَلَادَتُهَا لَهُ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ عَلَى فِرَاشِهِ ، وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهُنَّ أَنْ يَكُنَّ مَنْ مَّا خَلَقَ اللَّهُ فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ^(١٦) . / وَتَحْرِيمُ كِتْمَانِهِ دَلِيلٌ عَلَى قَبُولِ قَوْلِهَا فِيهِ ، وَلَئِنَّهُ خَارِجٌ مِنَ الْمَرْأَةِ ، تَنْقُضِي بِهِ عِدَّتُهَا ، فَقَبِلَ قَوْلُهَا فِيهِ ، كَالْحَيْضِ ، ^(١٧) وَلَئِنَّهُ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْوِلَادَةِ ، فَقَبِلَ قَوْلُهَا فِيهِ ، كَالْحَيْضِ ^(١٧) . فَعَلَى هَذَا ، التَّسَبُّ لَاحِقٌ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ نَفْيُهُ بِاللُّعَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْكَارُهُ لَوِلَادَتِهَا إِيَّاهُ ، إِقْرَارٌ بِأَنَّهَا لَمْ تَلِدْهُ مِنْ زَنًى ، فَلَا يَقْبَلُ إِنْكَارُهُ لَذَلِكَ ، لِأَنَّهُ تَكْذِيبٌ لِنَفْسِهِ . وَالثَّانِي ، لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ رَامَ لَزْوَجَتِهِ ، وَنَافٍ لَوِلَادَتِهَا ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ^(١٨) بِاللُّعَانِ ، كَغَيْرِهِ .

فصل : وَمَنْ وَلَدَتْ امْرَأَتُهُ وَلَدًا لَا يُمَكِّنُ كَوْنُهُ مِنْهُ فِي النِّكَاحِ ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُهُ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى نَفْيِهِ ؛ لِأَنَّهُ يَعْلَمُ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ ، فَلَمْ يَلْحَقْهُ ، كَمَا لَوَأْتَتْ بِهِ عَقِيبَ نِكَاحِهَا ، وَذَلِكَ مِثْلُ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مُنْذُ ^(١٩) تَزَوَّجَهَا ، فَلَا يَلْحَقُ بِهِ ، فِي قَوْلِ كُلِّ مَنْ

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « وَلَدْتِهِ » .

(١٤) فِي الْأَصْلِ ، أ : « التَّقَطُّتِهِ » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « اسْتَعْرَتْهُ » .

(١٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٨ .

(١٧) ١٧-١٧ سَقِطٌ مِنْ : ب . نَقْلٌ نَظَرٌ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « نَفْيًا » .

(١٩) فِي ب ، م : « مِنْ حِينَ » .

عَلِمْنَا قَوْلَهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ
طِفْلًا لَهُ أَقْلٌ مِنْ عَشْرِ سِنِينَ ، فَأَثَبَتْ أَمْرًا بَوْلِدَ ، لَمْ يَلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٠) يُوجَدُ وَلَدٌ لِمِثْلِهِ ،
وَلَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ . وَإِنْ كَانَ لَهُ عَشْرٌ ، فَحَمَلَتْ أَمْرًا ، لَحَقَّ وَلَدُهَا ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
« وَاضْرِبُوهُمْ عَلَى الصَّلَاةِ لِعَشْرِ ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ^(٢١) » . وَقَالَ الْقَاضِي :
يَلْحَقُ بِهِ ، إِذَا أَثَبَتْ بِهِ لِسَعَةِ أَعْوَامٍ وَنَصِيفِ عَامٍ مُدَّةَ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ يُوَلَّدُ لَهَا لِسَعٌ ،
فكَذَلِكَ الْغُلَامُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَلْحَقْهُ حَتَّى يَبْلُغَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمَاءِ ، وَلَا
يَنْزِلُ حَتَّى يَبْلُغَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَمَنٌ يُمَكِّنُ الْبُلُوغُ فِيهِ ، فَيَلْحَقْهُ الْوَلَدُ ، كَالْبَالِغِ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ
عَمْرُو بْنَ الْعَاصِ ، وَابْنَهُ عَبْدَ اللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا إِلَّا اثْنَا عَشَرَ عَامًا ، وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ
بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمَا ، دَلِيلٌ عَلَى إِمْكَانِ الْوَطْءِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الْوَلَادَةِ ، وَأَمَّا قِيَاسُ الْغُلَامِ عَلَى
الْجَارِيَةِ ، فَغَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ يُمَكِّنُ الْاسْتِمْتَاعُ بِهَا لِسَعٌ عَادَةً ، وَالْغُلَامُ لَا يُمَكِّنُهُ
الْاسْتِمْتَاعُ لِسَعٌ ، وَقَدْ تَحِيضُ لِسَعٌ ، وَمَا عَهَدْنَا^(٢٢) بُلُوغَ غُلَامٍ لِسَعٍ . وَلَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ
امْرَأَةً فِي مَجْلَسٍ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا فِيهِ قَبْلَ غَيْبَتِهِ عَنْهُمْ ، ثُمَّ أَثَبَتْ أَمْرًا بَوْلِدَ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ
الْعَقْدِ ، أَوْ تَزَوَّجَ مُشْرِقِي بَعْرِيَّةٍ ، ثُمَّ مَضَتْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَأَثَبَتْ بَوْلِدَ ، لَمْ يَلْحَقْهُ .
وَبِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْحَقْهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَلْحَقْهُ
بِالْعَقْدِ ، وَمُدَّةُ الْحَمْلِ ، أَلَا تَرَى أَنَّكُمْ قُلْتُمْ : إِذَا مَضَى زَمَانُ الْإِمْكَانِ ، لَحِقَ الْوَلَدُ ، وَإِنْ
عَلِمَ / أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ الْوَطْءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ إِمْكَانُ الْوَطْءِ^(٢٣) فِي هَذَا^(٢٤) الْعَقْدِ ،
فَلَمْ يَلْحَقْ بِهِ الْوَلَدُ ، كَزَوْجَةِ ابْنِ سَنَةِ ، أَوْ كَالْوَلَدِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَفَارَقَ مَا قَاسُوا
عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِمْكَانَ إِذَا وَجَدَ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ قَطْعًا ، لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ وَطْئُهَا مِنْ حَيْثُ
لَا يَعْلَمُ ، وَلَا سَبِيلَ لَنَا إِلَى مَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الْوَطْءِ ، فَعَلَقْنَا الْحُكْمَ عَلَى إِمْكَانِهِ فِي النِّكَاحِ ، وَلَمْ

(٢٠) سقط من : م . وفي الأصل ، ب : هـ : لم .

(٢١) تقدم تحريمه في : ٣٥/٢ .

(٢٢) في ١ ، ب ، م : هـ : عهد .

(٢٣-٢٢) في م : هـ : بهذا .

يَجْزُ حَذْفُ الْإِمْكَانِ عَنِ الْاِغْتِبَارِ ، لِأَنَّهُ إِذَا انْتَفَى حَصَلَ الْيَقِينُ بِانْتِفَائِهِ عَنْهُ ^(٢٤) ، فَلَمْ يَجْزُ لِحَاقِهِ بِهِ مَعَ يَقِينٍ كَوْنِهِ لَيْسَ مِنْهُ . وَإِنْ وَلَدَتْ امْرَأَةٌ مَقْطُوعَ الذَّكَرِ وَالْأُنْثَيْنِ ، لَمْ يَلْحَقْ نَسَبُهُ بِهِ . فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّهُ يَسْتَحِيلُ مِنْهُ الْإِنْزَالُ وَالْإِبْلَاجُ . وَإِنْ قُطِعَتْ أُكْتِيَاهُ دُونَ ذَكَرِهِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْزِلُ مَا يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَقَالَ أَصْحَابُنَا : يَلْحَقُهُ النَّسَبُ ؛ لِأَنَّهُ يَتَصَوَّرُ مِنْهُ الْإِبْلَاجُ ، وَيَنْزِلُ مَاءً رَفِيقًا . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا لَا يُخْلَقُ ^(٢٥) مِنْهُ وَلَدٌ عَادَةً ، وَلَا وَجَدَ ذَلِكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قُطِعَ ذَكَرُهُ مَعَهُمَا ، وَلَا اعْتِبَارَ بِإِبْلَاجٍ لَا يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ ، كَمَا لَوْ أُولِجَ إِبْصَبُهُ . وَأَمَّا قَطْعُ ذَكَرِهِ وَحْدَهُ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يُسَاحِقَ ، فَيَنْزِلُ مَاءً يُخْلَقُ مِنْهُ الْوَلَدُ . وَلِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ اخْتِلَافٌ فِي ذَلِكَ ، عَلَى نَحْوِ مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْخِلَافِ عِنْدَنَا . قَالَ ابْنُ اللَّبَّانِ : لَا يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ فِي هَاتَيْنِ الصُّورَتَيْنِ . ^(٢٦) فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ ^(٢٦) . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَلْحَقُهُ بِالْفِرَاشِ . وَهُوَ غَلَطٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَلْحَقُ بِالْفِرَاشِ إِذَا أُمَكِّنَ ، أَلَا تَرَى أَنَّهَا إِذَا وَلَدَتْ بَعْدَ شَهْرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا لَمْ يَلْحَقْهُ ، وَهُنَا لَا يُمَكِّنُ ؛ لِفَقْدِ الْمَنِيِّ مِنَ الْمَسْئُولِ ، وَتَعَذُّرِ إِيصَالِ الْمَنِيِّ إِلَى قَعْرِ الرَّحِمِ مِنَ الْمَجْبُوبِ . وَلَا مَعْنَى لِقَوْلِ مَنْ قَالَ : يَجُوزُ أَنْ تَسْتَدْخِلَ الْمَرْأَةُ مَنِيَّ الرَّجُلِ ، فَتَحْمِلَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مَخْلُوقٌ مِنْ مَنِيِّ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ جَمِيعًا ، وَلِذَلِكَ يَأْخُذُ الشُّبْهَ مِنْهُمَا ، وَإِذَا اسْتَدْخَلَتْ الْمَنِيَّ بغيرِ جِمَاعٍ ، لَمْ تَحْدُثْ لَهَا لَدَّةٌ تُمْنِي بِهَا ، فَلَا يَخْتَلِطُ نَسَبُهُمَا ^(٢٧) ، وَلَوْ صَحَّ ذَلِكَ ، لَكَانَ الْأَجْنَبِيَّانِ الرَّجُلُ وَالْمَرْأَةُ إِذَا تَصَادَقَا أَنَّهَا اسْتَدْخَلَتْ مَنِيَّهُ ، وَأَنَّ الْوَلَدَ مِنْ ذَلِكَ الْمَنِيِّ ، يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ، وَمَا قَالَ ذَلِكَ أَحَدٌ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ وَهِيَ حَامِلٌ ^(٢٨) ، فَوَضَعَتْ وَلَدًا ، ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ قَبْلَ مُضِيِّ

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في ا : : يلحق . وفي م : : يخلق .

(٢٦-٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) في ا ، ب ، م : : منهما .

(٢٨) في الأصل : : حائض .

سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، فهو ^(٢٩) من الزَّوْجِ ^(٣٠) ؛ لَأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهُمَا حَمْلٌ وَاحِدٌ ، فَإِذَا كَانَ أَحَدُهُمَا منه ، فالْآخَرُ منه . وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا أَكْثَرُ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَلْحَقِ الزَّوْجُ ، وَانْتَفَى عَنْهُ مِنْ غَيْرِ / لِعَانٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ الْوَلَدَانِ حَمْلًا وَاحِدًا وَبَيْنَهُمَا مُدَّةُ الْحَمْلِ ، فَعَلِمَ أَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، وَانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَكَوْنِهَا أَجْنَبِيَّةً ، فَهِيَ كَسَائِرِ الْأَجْنَبِيَّاتِ . وَإِنْ طَلَّقَهَا ، فَاعْتَدَتْ بِالْأَقْرَاءِ ، ثُمَّ وَلَدَتْ وَلَدًا قَبْلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ آخِرِ أَقْرَائِهَا ، لَحِقَهِ ؛ لِأَنَّا تَيَقَّنَّا أَنَّهَا لَمْ تَحْمِلْهُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَنَعْلَمُ أَنَّهَا كَانَتْ حَامِلًا بِهِ ^(٣١) فِي زَمَنِ رُؤْيَةِ الدَّمِّ ، فَيَلْزَمُ أَنْ لَا يَكُونَ الدَّمُّ حَيْضًا ، فَلَمْ تَنْقُضِ عِدَّتِهَا بِهِ . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لَأَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْحَقْ بِالزَّوْجِ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الْعَبَّاسِ بْنِ سُرَيْجٍ . وَقَالَ غَيْرُهُ مِنْ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : يَلْحَقُ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ ، وَالْوَلَدُ يَلْحَقُ بِالْإِمْكَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَتَتْ بِهِ بَعْدَ الْحُكْمِ بِانْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فِي وَقْتٍ يُمَكِّنُ أَنْ لَا يَكُونَ مِنْهُ ، فَلَمْ يَلْحَقْهُ ، كَمَا لَوْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْإِمْكَانُ مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ أَوْ الْعِدَّةِ ، وَأَمَّا بَعْدَهَا ، فَلَا يُكْتَفَى بِالْإِمْكَانِ لِلْحَاقَةِ ، وَإِنَّمَا يُكْتَفَى بِالْإِمْكَانِ لِنَفْيِهِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْفِرَاشَ سَبَبٌ ، وَمَعَ وُجُودِ السَّبَبِ يُكْتَفَى بِإِمْكَانِ الْحِكْمَةِ وَاحْتِمَالِهَا ، فَإِذَا انْتَفَى السَّبَبُ وَآثَارُهُ ، فَيَنْتَفَى الْحُكْمُ لِانْتِفَائِهِ ، وَلَا يُلْتَقَتُ إِلَى مُجَرِّدِ الْإِمْكَانِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ . فَأَمَّا إِنْ وَضَعَتْهُ قَبْلَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِأَقَلِّ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لَحِقَ بِالزَّوْجِ ، وَلَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ إِلَّا بِاللِّعَانِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينِ الطَّلَاقِ ، وَكَانَ بَائِنًا ، انْتَفَى عَنْهُ بِغَيْرِ لِعَانٍ ؛ لِأَنَّا عَلِمْنَا أَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ الْفِرَاشِ . وَإِنْ كَانَ رَجْعِيًّا ، فَوَضَعَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا عِلَقَتْ بِهِ بَعْدَ الْبَيِّنُونَةِ . وَإِنْ وَضَعَتْهُ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ الطَّلَاقِ ، وَلِأَقَلِّ مِنْهَا مِنْذُ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، فَفِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَلْحَقُهِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَعْلُقْ بِهِ قَبْلَ طَلَاقِهَا ، فَأُشْبِهَتْ

(٢٩) فِي م : هَمْ .

(٣٠) فِي ب زِيَادَةٌ : فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : ١ .

البائن . والثانية ، يَلْحَقُهُ ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الرُّوْجَاتِ فِي السُّكْنَى وَالتَّنْفَقِ وَالطَّلَاقِ وَالظَّاهِرِ
وَالْإِلْيَاءِ وَالْحَلِّ ، فِي رِوَايَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

فصل : فَإِنْ غَابَ عَنْ زَوْجَتِهِ سِنِينَ ، فَبَلَغَتْهَا وَفَاتَهُ ، فَاَعْتَدْتُ ، وَنَكَحْتُ نِكَاحًا
صَحِيحًا فِي الظَّاهِرِ ، وَدَخَلَ بِهَا الثَّانِي ، وَأَوْلَدَهَا أَوْلَادًا ، ثُمَّ قَدِمَ الْأَوَّلُ ، فَسُيِّحَ نِكَاحُ
الثَّانِي ، وَرُدَّتْ إِلَى الْأَوَّلِ ، وَتَعَتَّدَ مِنَ الثَّانِي ، وَلَهَا عَلَيْهِ صَدَاقُ مِثْلِهَا ، وَالْأَوْلَادُ لَهُ ؛ لِأَنَّهُمْ
وُلِدُوا عَلَى فِرَاشِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَهْلِ
العراق / ، وَابْنِ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٍ ، وَأَهْلِ الْحِجَازِ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي
يُوسُفَ ، وَغَيْرِهِمْ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، إِلَّا أَبَا حَنِيفَةَ ، قَالَ : الْوَلَدُ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ صَاحِبُ
الْفِرَاشِ ، لِأَنَّ نِكَاحَهُ صَحِيحٌ ثَابِتٌ ، وَنِكَاحُ الثَّانِي غَيْرُ ثَابِتٍ ، فَأَشْبَهَ الْأَجْنَبِيَّ . وَلَنَا ،
أَنَّ الثَّانِيَّ انْفَرَدَ بِوَطْئِهَا فِي نِكَاحٍ يَلْحَقُ النَّسَبَ فِي مِثْلِهِ ، فَكَانَ الْوَلَدُ لَهُ دُونَ غَيْرِهِ ، كَوَلَدِ
الْأُمَةِ مِنْ زَوْجِهَا يَلْحَقُهُ دُونَ سَيِّدِهَا ، وَفَارَقَ الْأَجْنَبِيَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ لَهُ نِكَاحٌ .

ظ ١١٨/٨

فصل : وَإِنْ وَطِئَ رَجُلٌ امْرَأَةً لَا زَوْجَ لَهَا بِشُبْهَةٍ ، فَأُتِيَ بِوَلَدٍ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ . وَهَذَا
قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ الْقَاضِي : وَجَدْتُ بِحُطِّ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ ؛
لِأَنَّ النَّسَبَ لَا يَلْحَقُ إِلَّا فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، أَوْ فَاسِدٍ ، أَوْ مِلْكٍ يَمِينٍ ^(٣٢) ، أَوْ شُبْهَةٍ
مِلْكٍ ، وَلَمْ يُوجَدْ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ وَطِئَ لَا يَسْتَنْدُ إِلَى عَقْدٍ ، فَلَمْ يَلْحَقِ الْوَلَدُ فِيهِ
بِالْوَطْءِ ، كَالزَّوْنِيِّ . وَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ الْأَوَّلِ . قَالَ أَحْمَدُ : كُلُّ مَنْ ذَرَأَتْ عَنْهُ الْحَدُّ
الْحَقُّقَاتُ بِهِ الْوَلَدُ . وَلِأَنَّهُ وَطِئَ اعْتَقَدَ الْوَاطِئُ حِلَّهُ ، فَلَحِقَ بِهِ النَّسَبُ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ
الْفَاسِدِ . وَفَارَقَ وَطِئَ الزَّوْنِيِّ ، فَإِنَّهُ لَا يَعْتَقِدُ الْحِلَّ فِيهِ . وَلَوْ تَزَوَّجَ رَجُلَانِ أُخْتَيْنِ ، فَعُلِطَ
بِهِمَا عِنْدَ الدُّخُولِ ، فُرِفَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا إِلَى زَوْجِ الْأُخْرَى ، فَوَطِئَهَا ، وَحَمَلَتْ مِنْهُ ،
لَحِقَ الْوَلَدُ بِالوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ يَعْتَقِدُ حِلَّهُ ، فَلَحِقَ بِهِ النَّسَبُ ، كَالْوَطْءِ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ .

(٣٢) سقط من : أ ، ب ، م .

وقال أبو بكر: لا يكون الولد للواطئ، وإنما يكون للزَّوج. وهذا الذي يَقْتَضِيهِ مذهبُ
أبي حنيفة، لأنَّ الولدَ للفرَّاش. ولنا، أنَّ الواطئَ انْفَرَدَ بِوَطْئِهَا فيما يَلْحَقُ به النَّسَبُ،
فلَحِقَ به كما لو لم تكن ذات زَوْج، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحُكْمِ بِوَفَاتِهِ ثم بان
حيًّا، والخبرُ مخصوصٌ بهذا، فنَقِيسُ عليه ما كان في معناه. وإن^(٣٣) وَطِئَتْ امرأته أو أُمُّهُ
بشبهة في طهرٍ لم يُصْنِها فيه، فاعْتَرَلْها حتى أَثَتْ بولِدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ من حين الوطءِ، لَحِقَ
الواطئُ، وانْتَفَى عن الزَّوجِ من غيرِ إلعانٍ، وعلى قول^(٣٤) أبي بكرٍ^(٣٥)، وأبي حنيفة:
يَلْحَقُ بالزَّوجِ^(٣٥)؛ لأنَّ الولدَ للفرَّاش. وإن أنكر الواطئ الوطءَ، فالقولُ قوله بغيرِ
يَمِينٍ، ويَلْحَقُ نَسَبُ الولدِ بالزَّوجِ؛ لأنَّه لا يُمَكِّنُ إلْحاقَه بالمنكِرِ، ولا تُقْبَلُ
دَعْوَى الزَّوجِ في قَطْعِ نَسَبِ الولدِ. وإن أَثَتْ بالولدِ لدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ / من حين الوطءِ
لَحِقَ الزَّوجُ بكلِّ حالٍ؛ لأنَّنا نَعْلَمُ أَنَّهُ ليس من الواطئ. وإن اشتركا في وطئها في طهرٍ،
فَأَثَتْ بولِدٍ يُمَكِّنُ أن يكونَ منهما، لَحِقَ الزَّوجُ^(٣٦)؛ لأنَّ الولدَ للفرَّاش، وقد أُمَكِّنَ كونه
منه^(٣٧). وإن ادَّعى الزَّوجُ أَنَّهُ من الواطئ. فقال بعضُ أصحابنا: يُعْرَضُ على القَافَةِ
معهما فيلْحَقُ بمن ألْحَقْتَهُ به منهما، فإن ألْحَقْتَهُ بالواطئ لَحِقَهُ، ولم يَمْلِكْ نَفْيَهُ عن
نَفْسِهِ، وانْتَفَى عن الزَّوجِ بغيرِ إلعانٍ، وإن ألْحَقْتَهُ بالزَّوجِ لَحِقَهُ، ولم يَمْلِكْ نَفْيَهُ باللعانِ
في أصحِّ الروايتين. والأخرى، له ذلك. وإن ألْحَقْتَهُ^(٣٨) بهما، لَحِقَ بهما، ولم يَمْلِكْ
الواطئ نَفْيَهُ عن نَفْسِهِ. وهل يَمْلِكُ الزَّوجُ نَفْيَهُ باللعانِ؟ على روايتين. وإن لم تُوجَدْ
قَافَةٌ، أو أنكر الواطئ الوطءَ، أو اشْتَبَهَ على القَافَةِ، لَحِقَ الزَّوجُ؛ لأنَّ الْمُقْتَضَى
لِلْحَاقِ النَّسَبِ به مُتَحَقِّقٌ، ولم يُوجَدْ ما يُعَارِضُهُ، فَوَجِبَ إِبْثَابُ حُكْمِهِ. وَيَحْتَمِلُ أن

١١٩/٨

(٣٣) سقط من: م.

(٣٤-٣٥) سقط من: ب.

(٣٥) في ب، م: «الزوج».

(٣٦) في الزيادة: «بكل حال».

(٣٧) سقط من: الأصل.

(٣٨) في أ، م: «ألحقه».

يَلْحَقَ الزَّوْجَ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لَأَنَّ دَلَالََةَ قَوْلِ الْقَافَةِ ضَعِيفَةٌ ، وَدَلَالََةُ الْفِرَاشِ قَوِيَّةٌ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ دَلَالَتِهِ لِمُعَارَضَةِ دَلَالَةِ ضَعِيفَةٍ .

فصل : وإن^(٣٩) أَتَتْ امْرَأَتَهُ^(٤٠) بَوْلِدٍ ، فَادَّعَى أَنَّهُ مِنْ زَوْجِ قَبْلِهِ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتْ تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، لَمْ يَلْحَقْ بِالْأَوَّلِ بِحَالٍ ، وَإِنْ كَانَ^(٤١) بَعْدَ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ بَانَتْ مِنَ الْأَوَّلِ ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ أَيْضًا ، وَإِنْ وَضَعَتْهُ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي ، لَمْ يَلْحَقْ بِهِ ، وَيَنْتَفِي عَنْهُمَا ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَهُوَ وَلَدُهُ ، وَإِنْ كَانَ لِأَكْثَرٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي ، وَلِأَقْلٍ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ طَلَاقِ الْأَوَّلِ ، وَلَمْ يَعْلَمْ انْقِضَاءُ الْعِدَّةِ ، عُرِضَ عَلَى الْقَافَةِ ، وَلِحَقَّ^(٤٢) بِمَنْ أَلْحَقَتْهُ بِهِ مِنْهُمَا ، فَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِالْأَوَّلِ ، انْتَفَى عَنِ الزَّوْجِ بَغَيْرِ لِعَانٍ ، وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ بِالزَّوْجِ انْتَفَى عَنِ الْأَوَّلِ وَلِحَقَّ الزَّوْجَ . وَهَلْ لَهُ نَفْيُهُ بِاللِّعَانِ ؟ عَلَى رَوَايَتَيْنِ .

١٣٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَاللِّعَانُ الَّذِي يَرَى بِهِ مِنَ الْحَدِّ أَنْ يَقُولَ الزَّوْجُ بِمَحْضَرٍ مِنَ الْحَاكِمِ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ رَأَيْتُ . وَيُشِيرُ إِلَيْهَا . وَإِنْ لَمْ تُكُنْ حَاضِرَةً سَمَّاها^(١) ، وَنَسَبَهَا ، حَتَّى يُكْمَلَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ يُوقَفُ عِنْدَ الْحَامِسَةِ ، وَيُقَالُ لَهُ : ائْتِ اللَّهَ ، فَإِنَّهَا الْمُوجِبَةُ ، وَعَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ . فَإِنْ أَبَى إِلَّا أَنْ يُنِيمَ ، فَلْيَقُلْ : وَلَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزُّبَى . وَتَقُولُ هِيَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ كَذَبَ . / أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، ثُمَّ تُوقَفُ عِنْدَ الْحَامِسَةِ ، وَتُخَوَّفُ كَمَا تُخَوَّفُ الرَّجُلُ ، فَإِنْ أَبَتْ إِلَّا أَنْ تُنِيمَ ، فَلْتَقُلْ : وَغَضَبُ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ

١١٩/٨ ظ

(٣٩) في ١ : « وإذا » .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) في ١ : « كانت » .

(٤٢) في ١ ، ب ، م : « الحق » .

(١) في الأصل : « أسماها » .

كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي ^(٢) بِهِ مِنَ الزَّئِي .

في هذه المسألة مسألتان :

إحداهما : أن اللعان لا يصح إلا بمحض من الحاكم ، أو من يقوم مقامه . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن النبي ﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ، ولا عن بينهما ^(٣) . ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، وأيهما كان ، فمن شرطه الحاكم . وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما ، لم يصح ذلك ؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد ، فلم يجز بغير الحاكم ، كالحد . 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 نائيه ، كاللعان بين الحرين . ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزدوجة ، ثم لا يشبه اللعان الحد ؛ لأن الحد زجر وتأديب ، واللعان إما شهادة وإما يمين ، فافترقا ، ولأن اللعان داري للحد ، وموجب له ، فجرى مجرى إقامة البينة على الزنى والحكم به أو بنفيه . وإن كانت المرأة خفراً لا تبرأ لحوائجها ، بعث الحاكم نائيه ، وبعث معه عدولاً ، ليلاعنوا بينهما ، وإن بعث نائيه وحده جاز ؛ لأن الجمع غير واجب .

فصل : ويستحب أن يكون اللعان بمحض جماعة من المسلمين ، لأن ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد حضروه مع حدائنه أسنانهم ، فدل ذلك على أنه حضره جمع كثير ؛ لأن الصبيان إنما يحضرون المجالس تبعاً للرجال ، ولأن اللعان بُني على التغليظ ، مبالغة في الردع به ^(٤) والزجر ، وفعله في الجماعة أبلغ في ^(٥) ذلك . ويستحب أن لا ينقصوا عن أربعة ، لأن بينة الزنى الذي شرع اللعان من أجل الرمي به أربعة ، وليس

(٢) في م : « رماها » .

(٣) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ب : « من » .

شيء من هذا واجباً . ويُستحبُّ أن يتلَّعنا قِيامًا ، فيبدأ الزوجُ فيلتعن وهو قائمٌ ، فإذا فرغ قامت المرأة فالتعنَّت وهي قائمة ؛ لما روى عن النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ لِلهَلَالِ بْنِ أُمِيَّةَ : « قُمْ فَاشْهَدْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ »^(٦) . ولأنَّه إذا قام شاهدَه الناسُ ، فكان أبلغ في^(٧) شهرته ، فاستحبَّ ككثرة^(٨) الجمع ، وليس ذلك واجباً . وبهذا كله / قال أبو حنيفة ، والشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

و ١٢٠/٨

فصل : قال القاضي : ولا يُستحبُّ التَّغْلِيظُ في اللَّعَانِ بِمَكَانٍ وَلَا زَمَانٍ . وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لأنَّ الله تعالى أَطْلَقَ الْأَمْرَ بِذَلِكَ ، ولم يُقَيِّدْ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ ، فلا يجوزُ تَقْيِيدُهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ الرَّجُلَ بِإِخْضَارِ أَمْرَاتِهِ ، ولم يُخْصِّه بِزَمَنِ ، ولو خَصَّهُ بِذَلِكَ لَنَقِلَ ولم يُهْمَلْ . وقال أبو الْخَطَّابِ : يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَلَّعَنَا فِي الْأَزْمَانِ وَالْأَمَاكِنِ الَّتِي تُعْظَمُ . وهذا مذهبُ الشافعي ، إِلَّا أَنْ عِنْدَهُ فِي التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ قَوْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ التَّغْلِيظَ بِهِ مُسْتَحَبٌّ كَالزَّمَانِ . والثاني ، أَنَّهُ وَاجِبٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا عَنَ بَيْنَهُمَا^(٩) عِنْدَ الْمُتَّبِعِ ، فكان فِعْلُهُ بَيَانًا لِلْعَانِ . ومعنى التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ ، أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا بِمَكَّةَ لَا عَنَ بَيْنَهُمَا بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ ، فَإِنَّهُ أَشْرَفُ الْبِقَاعِ ، وَإِنْ كَانَا بِالْمَدِينَةِ^(١٠) فَعِنْدَ مُنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ ، وَفِي سَائِرِ الْبُلْدَانِ فِي جَوَامِعِهَا . وَأَمَّا الزَّمَانُ فَبَعْدَ الْعَصْرِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَحْبِسُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾^(١١) . وَأَجْمَعَ الْمُفَسِّرُونَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالصَّلَاةِ صَلَاةَ الْعَصْرِ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ^(١٢) : أَوْ بَيْنَ^(١٣) الْأَذَانَيْنِ ؛ لِأَنَّ الدُّعَاءَ بَيْنَهُمَا لَا يُرَدُّ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ،

(٦) تقدم ترجمته ، في : ٣٧٣/٨ .

(٧) في ١ ، ب : « من » .

(٨) في م : « كثرة » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ب ، م : « في المدينة » .

(١١) سورة المائدة ١٠٦ .

(١٢) في ب : « وبين » .

ولو^(١٣) اسْتَحَبَّ ذَلِكَ لَفَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، وَلَوْ فَعَلَهُ لَنَقِلَ ، وَلَمْ يَسْعَ^(١٤) تَرْكُهُ^(١٥) وإهماله . وَأَمَّا قَوْلُهُمْ : إِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَا عَنَ بَيْنَهُمَا عِنْدَ الْمِنْبَرِ . فَلَيْسَ هَذَا فِي شَيْءٍ مِنَ الْأَحَادِيثِ الْمَشْهُورَةِ . وَإِنْ ثَبَتَ هَذَا ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ^(١٦) كَانَ بِحُكْمِ الْإِتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّ مَجْلِسَهُ كَانَ عِنْدَهُ ، فَلَا عَنَ بَيْنَهُمَا فِي مَجْلِسِهِ . وَإِنْ كَانَ اللَّعَانُ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي اللَّعَانِ بَيْنَ الْمُسْلِمَيْنِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُعْلَظَ بِالْمَكَانِ^(١٧) ؛ لِقَوْلِهِ فِي الْأَيْمَانِ : وَإِنْ كَانَ لَهُمْ مَوَاضِعُ يُعْظَمُونَهَا ، وَيَتَّقُونَ^(١٨) أَنْ يَحْلِفُوا فِيهَا كَاذِبِينَ ، حُلُفُوا فِيهَا . فَعَلَى هَذَا ، يُلَاعَنُ بَيْنَهُمَا فِي مَوَاضِعِهِمُ الَّتِي^(١٩) يُعْظَمُونَهَا ؛ النَّصْرَانِيُّ فِي الْكَنِيسَةِ ، وَالْيَهُودِيُّ فِي الْبَيْعَةِ ، وَالْمَجُوسِيُّ فِي بَيْتِ النَّارِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُمْ مَوَاضِعُ يُعْظَمُونَهَا ، حَلَفَهُمُ الْحَاكِمُ فِي مَجْلِسِهِ ؛ لِتَعَذُّرِ التَّعْلِيلِ بِالْمَكَانِ . وَإِنْ كَانَتِ الْمُسْلِمَةُ حَائِضًا ، وَقُلْنَا : إِنَّ اللَّعَانَ بَيْنَهُمَا يَكُونُ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَفَّتْ عَلَى بَابِهِ ، وَلَمْ تَدْخُلْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ الْمَوَاضِعِ / إِلَيْهِ .

المسألة الثانية : فِي أَلْفَاظِ اللَّعَانِ وَصِفَتِهِ ، أَمَّا أَلْفَاظُهُ فَهِيَ خَمْسَةٌ فِي حَقِّ^(٢٠) كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَصِفَتُهُ أَنَّ الْإِمَامَ يَبْدَأُ بِالزَّوْجِ ، فَيَقِيْمُهُ ، وَيَقُولُ لَهُ : قُلْ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لِمَنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي هَذِهِ مِنَ الزَّنى . وَيُشِيرُ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ، وَلَا يَحْتَاجُ مَعَ الْحُضُورِ وَالْإِشَارَةِ إِلَى^(٢١) نِسْبَةٍ وَتَسْمِيَةٍ^(٢٢) ، كَمَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ

(١٣) فِي ١ ، ب : « قُلْ » .

(١٤) فِي ١ ، ب ، م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) فِي م : « إِذَا » .

(١٧) فِي م : « فِي الْمَكَانِ » .

(١٨) فِي م : « وَيَتَّقُونَ » .

(١٩) فِي م : « اللَّاقِ » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢١-٢٢) فِي م : « نَسَبَهَا وَتَسَمَّيْتُهَا » .

في سائر العقود ، وإن كانت غائبة أَسْمَاهَا وَنَسَبَهَا ، فقال : امرأتى فلانة بنت فلان^(٢٢) . ويرفع في نَسَبِهَا حتى تَنْتَفِي^(٢٣) المشاركة بينها وبين غيرها . فإذا شهد أربع مرات ، وقفه الحاكم ، وقال له : اتق الله ، فإنها الموجبة ، وعذاب^(٢٤) الدنيا أهون من عذاب الآخرة ، وكل شيء أهون من لعنة الله . ويأمر رجلاً فيضغ يده على فيه ، حتى لا يبادر بالخامسة قبل الموعظة ، ثم يأمر الرجل ، فيرسل يده عن فيه ، فإن رآه يَمْضِي في ذلك ، قال له : قل : وَأَنْ لَعَنَ اللَّهُ عَلَى إِنْ كُنْتُ مِنَ الْكَاذِبِينَ فيما رَمَيْتُ به زَوْجَتِي هذه من الزنى . ثم يأمر المرأة بالقيام ، ويقول لها : قولى : أشهد بالله أن زَوْجِي هذا لمن الكاذبين فيما رَمَانِي به من الزنى . وتُشِيرُ إليه ، وإن كان غائباً أَسْمَتَهُ وَنَسَبَتَهُ ، فإذا كررت ذلك أربع مرات ، وقفها ، وعظها كما ذكرنا في حق الزَّوْج ، ويأمر امرأة فتضغ يدها على فيها ، فإن رآها تَمْضِي على ذلك ، قال لها : قولى : وَأَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَى إِنْ كَانَ زَوْجِي هذا من الصادقين فيما رَمَانِي به من الزنى . قال إسحاق بن منصور : قلت لأحمد : كيف يُلاعَنُ ؟ قال : على ما في كتاب الله تعالى ، يقول أربع مرات : أشهد بالله أني فيما رَمَيْتُهَا به من الصادقين . ثم يُوقَفُ عند الخامسة ، فيقول : لَعَنَ اللَّهُ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . والمرأة مثل ذلك ، تُوقَفُ عند الخامسة ، فيقال لها اتق الله ، فإنها الموجبة ، تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَإِنْ حَلَفَتْ ، قالت : غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ . وعدد هذه الألفاظ الخمسة شَرْطٌ في اللعان ، فَإِنْ أَخْلَ بواحدة منها ، لم يصح ، على ما ذكرناه فيما مضى ، وَإِنْ أَبْدَلَ لفظاً منها ، فظاهر كلام الخِرْقِي أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُبْدَلَ قَوْلُهُ : إِنِّي مِنَ الصَّادِقِينَ . بقوله : لقد زَنْتُ . لأن معناه واحداً ، ويجوز لها إبدال : لئن لم الكاذبين . بقولها : لقد كَذَبَ . لأنه ذكر صفة اللعان كذلك . / وَاتَّبَاعُ لَفْظِ النَّصْرِ أَوْلَى وَأَحْسَنُ . وَإِنْ أَبْدَلَ لَفْظَ^(٢٥) : «أشهد» بلفظ من ألفاظ اليمين ، فقال : أَخْلِفُ

(٢٢) في زيادة : « ابن فلان » .

(٢٣) في م : « ينفي » .

(٢٤) سقطت الواو من : م .

(٢٥) في ب ، م : « لفظة » .

أو أقسِمُ أو أُولَى . لم يُعْتَدَّ به . وقال أبو الخطَّاب : فيه وجه آخر ، أنه يُعْتَدُّ به ؛ لأنه أتى بالمعنى ، فأشبه ما لو أبدل : إني لمن الصادقين . بقوله : لقد زنت . وللشافعي وجهان في هذا . والصحيح أنه لا يصح ؛ لأن ما اعتُبر فيه لفظ الشهادة ، لم يَقمْ غيره مقامه ، كالشهادات في الحقوق ، ولأن اللعان يُقصد فيه التَّغْلِيظُ ، واعتبار لفظ الشهادات أبلغ في التَّغْلِيظِ ، فلم يَجْزُ تركه ، ولهذا لم يَجْزُ أن يُقسِمَ بالله من غير كلمة تقوم مقام أشهد . والثاني ، يُعْتَدُّ به ؛ لأنه أتى بالمعنى ، أشبه ما قبله . وللشافعي وجهان كهذين . وإن أبدل لفظة اللعنة بالإبعاد ، لم يَجْزُ ؛ لأن لفظ اللعنة أبلغ في الرَّجْزِ وأشدُّ في أنفُسِ الناس ، ولأنه عدل عن المنصوص . وقيل : يجوز ؛ لأن معناهما واحد . وإن أبدلت المرأة لفظة الغضب باللَّعْنَةِ ، لم يَجْزُ ؛ لأن الغضب أغلظ ، ولهذا اُخْصِصَتِ المرأة به ؛ لأن المرأة^(٢٦) المُعَيَّرَةُ^(٢٧) بزناها أقبح ، وإثمها بفعل الزنى أعظم من إثمها بالقذف^(٢٨) . وإن أبدلتها بالسَّخَطِ ، خُرِّجَ على الوجهين^(٢٩) فيما إذا أبدل الرجل لفظ^(٣٠) اللعنة بالإبعاد . وإن أبدل الرجل لفظ^(٣١) اللعنة بالغضب ، اُحْتَمَلَ أن يجوز ؛ لأنه أبلغ ، واُحْتَمَلَ أن لا يجوز ؛ لمخالفته^(٣٢) المنصوص . قال الوزير يحيى بن محمد بن هُبَيْرَةَ^(٣٣) رحمه الله تعالى : من الفقهاء من اشترط أن يُزاد بعد قوله : من الصادقين : فيما رميتها به من الزنى . واشترط في نفيها عن نفسها : فيما رماها به من الزنى . ولا أراه يحتاج إليه ؛ لأن الله سبحانه أنزل ذلك وبيَّنه ، ولم يذكر هذا الاشتراط . وأما مَوْعِظَةُ الإمام

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في م : « القذف » .

(٢٩) في ١ ، م : « وجهين » .

(٣٠) في ب ، م : « لفظ » .

(٣١) في الأصل : « لمخالفة » .

(٣٢) يحيى بن محمد بن هُبَيْرَةَ الشيباني الحنبل ، وزير المقتدى وابنه ، كان مجلسه معمورا بالعلماء والفقهاء ، وألف ، ومات شهيدا مسموما . سنة ستين وخمسمائة . العبر ١٧٢/٤ ، ١٧٣ ، ذيل طبقات الحنابلة ١/٢٥١-٢٨٩ .

لهما بعد الرابعة ، وقبل الخامسة ، فهي مُسْتَحَبَّةٌ في قول أكثر أهل العلم ؛ لما رَوَى ابنُ عباسٍ قال : لَمَّا كَانَتِ الْخَامِسَةُ ، قِيلَ : يَا هَلَالُ ، اَتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّهَا الْمُوجِبَةُ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يَجْلِدْنِي عَلَيْهَا . فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ . فَلَمَّا ^(٣٣) كَانَتِ الْخَامِسَةُ ^(٣٣) ، قِيلَ لَهَا : اَتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمُوجِبَةَ الَّتِي تَوْجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَتَلَكَّأَتْ سَاعَةً ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ لَا أَفْضَحُ قَوْمِي . فَشَهِدَتِ الْخَامِسَةَ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ .

وروى / أبو إسحاق الجوزجاني ، بإسناده ، حديثَ الْمُتْلَاعَتَيْنِ ، قال : فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ، ثُمَّ أَمَرَ بِهِ فَأُمْسِكَ عَلَى فِيهِ ، فَوَعَظَهُ ، وَقَالَ : « وَيَحْكُ كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ لَعْنَةِ اللَّهِ » . ثُمَّ أُرْسِلَ ، فَقَالَ : لَعْنَةُ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . ثُمَّ دَعَاها ، فَقَرَأَ عَلَيْهَا ، فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ، ثُمَّ أَمَرَ بِهَا فَأُمْسِكَ عَلَى فِيهَا ، وَقَالَ : « وَيَحْكُ كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ » . وَذَكَرَ الْحَدِيثَ .

١٢١/٨ ظ

فصل : وَيُشْتَرَطُ فِي صِحَّةِ اللَّعَانِ شَرْوْطُ سِتَّةَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ بِمَحْضَرِ الْإِمَامِ أَوْ نَائِبِهِ . وَالثَّانِي ، أَنْ يَأْتِيَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِاللَّعَانِ بَعْدَ إِقَائِهِ عَلَيْهِ ، فَإِنْ بَادَرَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يُلْقِيَهُ الْإِمَامُ عَلَيْهِ ، لَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ قَبْلَ أَنْ يُحْلِفَهُ الْحَاكِمُ . الثَّالِثُ ، اسْتِكْمَالُ لَفْظَاتِ اللَّعَانِ الْخَمْسَةِ ، فَإِنْ نَقَصَ مِنْهَا لَفْظَةً ، لَمْ يَصِحَّ . الرَّابِعُ ، أَنْ يَأْتِيَ بِصُورَتِهِ ، إِلَّا مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْاِخْتِلَافِ فِي إِبْدَالِ لَفْظَةٍ بِمَثَلِهَا فِي الْمَعْنَى . الْخَامِسُ ، التَّرْتِيبُ ، فَإِنْ قَدَّمَ لَفْظَةَ اللَّعْنَةِ عَلَى شَيْءٍ مِنَ الْأَلْفَاظِ الْأَرْبَعَةِ ، أَوْ قَدَّمَ الْمَرْأَةَ لِعَانِهَا عَلَى لِعَانِ الرَّجُلِ ، لَمْ يُعْتَدَ بِهِ . السَّادِسُ ، الْإِشَارَةُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا إِلَى صَاحِبِهِ إِنْ كَانَ حَاضِرًا ، أَوْ تَسْمِيَتُهُ ^(٣٤) وَنِسْبَتُهُ إِنْ كَانَ غَائِبًا . وَلَا يُشْتَرَطُ حُضُورُهُمَا مَعًا ، بَلْ لَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا غَائِبًا عَنْ صَاحِبِهِ ،

(٣٣-٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) في م : « وتسميته » .

مثل أن لَاعَنَ الرَّجُلُ فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَرْأَةَ عَلَى بَابِهِ ، لَعَدِمَ إِمْكَانَ دُخُولِهَا^(٣٥) ، جاز .

فصل : وإن كان الزَّوْجَانِ يَعْرِفَانِ الْعَرَبِيَّةَ ، لم يُجْزَأَنْ يَلْتَعِنَا بغيرها ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ بِلَفْظِ الْعَرَبِيَّةِ . وإن كانا لا يُحْسِنَانِ ذَلِكَ ، جاز لهما الالْتِعَانُ بِلِسَانِهِمَا ؛ لموضع الحاجة ، فإن كان الحاكمُ يُحْسِنُ لِسَانَهُمَا ، أَجْزَأُ ذَلِكَ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَحْضُرَ مَعَهُ أَرْبَعَةٌ يُحْسِنُونَ لِسَانَهُمَا ، وإن كان الحاكمُ لا يُحْسِنُ لِسَانَهُمَا ، فَلابُدَّ مِنْ تَرْجُمان . قال القاضي : ولا يُجْزَى فِي التَّرْجَمَةِ أَقْلٌ مِنْ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهو قولُ الشافعي ، وظاهرُ قولِ الجرجاني ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : ولا يُقْبَلُ فِي التَّرْجَمَةِ عَنْ أَعْجَمِيٍّ حَاكَمٌ إِلَيْهِ ، إِذَا لم يَعْرِفْ لِسَانَهُ ؛ أَقْلٌ مِنْ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ . وذكر أبو الخطَّابُ رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزَى قَوْلُ عَدْلٍ^(٣٦) وَاحِدٍ .^(٣٧) وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ^(٣٧) ، وسندُكُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى .

١٣٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ يَنْتَهُمُ فِي اللَّعَانِ وَلَدٌ ، ذَكَرَ الْوَلَدَ ، فَإِذَا قَالَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ ، لَقَدْ زَنَيْتُ . يَقُولُ : / وَمَا هَذَا الْوَلَدُ وَلَدِي . وَتَقُولُ هِيَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ لَقَدْ كَذَبَ ، وَهَذَا الْوَلَدُ وَلَدُهُ)

و ١٢٢/٨

وجملةُ ذَلِكَ ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ اللَّعَانُ لِنَفْسِ وَلَدٍ ، فَلابُدَّ مِنْ ذِكْرِهِ فِي لِعَانِهِمَا . وقال الشافعي : لا تَحْتَاجُ الْمَرْأَةُ إِلَى ذِكْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَنْفِيهِ ، وَإِنَّمَا احْتِاجُ الزَّوْجِ إِلَى ذِكْرِهِ لِنَفْيِهِ . وقال أبو بكرٍ : لا يَحْتَاجُ وَاحِدٌ^(١) مِنْهُمَا إِلَى ذِكْرِهِ ، وَيَنْتَفِي بِزَوَالِ الْفِرَاشِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ سَقَطَ حَقُّهُ بِاللَّعَانِ ، اشْتَرَطَ ذِكْرُهُ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ ، وَالْمَرْأَةُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فَكَانَ ذِكْرُ الْوَلَدِ شَرْطًا فِي لِعَانِهَا كَالزَّوْجِ ، وَلَأَنَّهُمَا مُتَحَالِفَانِ^(٢) عَلَى شَيْءٍ ، فَيُشْتَرَطُ^(٣) ذِكْرُهُ فِي

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، أ : « دَخُولُهُ » .

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٧-٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مُخْتَلِفَانِ » .

(٣) فِي م : « فَاشْتَرَطَ » .

تَحَالِفُهُمَا كَالْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْيَمِينِ . وَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِقَوْلِ الزَّوْجِ : وَمَا هَذَا الْوَلَدُ وَلَدِي . وَمِنَ الْمَرْأَةِ بِقَوْلِهَا ^(٤) : وَهَذَا الْوَلَدُ وَلَدُهُ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُشْتَرَطُ أَنْ يَقُولَ : هَذَا الْوَلَدُ مِنْ زَنِيِّ ، وَلَيْسَ هُوَ ^(٥) مِنِّي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يُرِيدُ بِقَوْلِهِ : لَيْسَ هُوَ مِنِّي . يَعْنِي خَلْقًا وَخُلُقًا . وَلَمْ تَقْتَصِرْ عَلَى قَوْلِهِ ^(٥) : مِنْ زَنِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَعْتَقِدُ أَنَّ الْوَطْءَ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ زَنِيٌّ ، فَأَكْذُنَا بِذِكْرِهِمَا جَمِيعًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ نَفَى الْوَلَدَ فِي اللَّعَانِ فَانْكُفِيَ بِهِ ، كَمَا لَوْ ذَكَرَ اللَّفْظَيْنِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ التَّأْكِيدِ تَحْكُمُ بغيرِ دَلِيلٍ ، وَلَا يَنْتَفِي الاحْتِمَالُ بَضْمٍ لِاحْدَى اللَّفْظَتَيْنِ إِلَى الْأُخْرَى ، فَإِنَّهُ إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّهُ مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ ، وَاعْتَقَدَ ^(٦) أَنَّ ذَلِكَ زَنِيٌّ صَحَّ مِنْهُ أَنْ يَقُولَ اللَّفْظَيْنِ ^(٧) جَمِيعًا ، وَقَدْ يُرِيدُ أَنَّهُ لَا يُشَبِّهُنِي خَلْقًا وَخُلُقًا ، أَوْ أَنَّهُ ^(٨) مِنْ وَطْءٍ فَاسِدٍ . فَإِنْ لَمْ يَذْكُرِ الْوَلَدَ فِي اللَّعَانِ ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ . فَإِنْ أَرَادَ نَفْيَهُ ، أَعَادَ اللَّعَانَ ، وَيَذْكُرُ نَفْيَ الْوَلَدِ فِيهِ .

فصل : وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتُهُ بِالزَّنَى بَرَجُلٍ بَعِيْنَهُ ، فَقَدْ قَذَفَهُمَا ، وَإِذَا لَاعَنَهَا ^(٩) سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا ، سَوَاءٌ ذَكَرَ الرَّجُلُ فِي لِعَانِهِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، وَإِنْ لَمْ يُلَاعِنْ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمُطَالِبَةُ ، وَأَيُّهُمَا طَالِبٌ ، حَدُّهُ ، وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ ، فَلَا يُحَدُّ لَهُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ رَجُلًا بِالزَّنَى بامرأةٍ مُعَيَّنَةٍ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، إِلَّا فِي أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ حَدُّهُ بِلِعَانِهَا ^(١٠) . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْقَذْفُ لِلزَّوْجَةِ وَحْدَهَا ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِهَا حَقٌّ فِي الْمُطَالِبَةِ وَلَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ بْنِ أُمَيَّةَ قَذَفَ زَوْجَتَهُ بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، فَلَمْ يَحْدَّه

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في ١ ، ب زيادة : « هو » .

(٦) في الأصل : « فاعتقد » .

(٧) في ١ : « اللَّفْظَتَيْنِ » .

(٨) في الأصل ، ١ : « وأنه » .

(٩) في ب : « لاعنها » . وبعده زيادة : « عنه » .

(١٠) في ب : « بلعنها » .

١٢٢/٨ ظ النبي ﷺ، ولا عزَّره له^(١١). وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ: يجبُ / الحَدُّ لهما^(١٢). وهل يجبُ حدُّ واحدٍ^(١٣) أو حدَّانِ؟ على وجهين. وقال بعضهم: لا يجبُ إلَّا حدُّ واحدٍ، قولًا واحدًا. ولا خلافَ بينهم أنَّه إذا لَاعَنَ، وذكرَ الأجنبيَّ في لعانِهِ، أنَّه يسقطُ عنه حُكْمُهُ، وإن لم يذكرْه، فعلى وجهين. ولنا، أنَّ اللعانَ بيِّنَةٌ في أحدِ الطرفين، فكان بيِّنَةٌ في الطرفِ الآخرِ، كالشهادة، ولأنَّ به حاجةٌ إلى قَذْفِ الزَّاني، لما أفسدَ عليه من فراشه، وربما يحتاجُ إلى ذِكْرِهِ لِيَسْتَدِلَّ بِشَبِّهِ الْوَلَدِ لِلْمَقْدُوفِ على صِدْقِ قَاذِفِهِ، كما استدلَّ النبي ﷺ على صِدْقِ هِلَالٍ بِشَبِّهِ الْوَلَدِ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ، فوجِبَ أن يُسْقَطَ حُكْمَ قَذْفِهِ ما أسقطَ حُكْمَ قَذْفِهَا، قياسًا له عليها.

فصل: ولو قَذَفَ امرأته وأجنبيَّةً أو أجنبيًّا بكلمتين، فعليه حدَّانِ لهما، فيُخرُجُ من حدِّ الأجنبيَّةِ بالبيِّنَةِ خاصَّةً، ومن حدِّ الزَّوجةِ بالبيِّنَةِ أو اللِّعَانِ. وإن قَذَفَهُمَا بكلمةٍ، فكذلك، إلَّا أنَّه إذا لم يلاعِنْ، ولم تُقَمْ بيِّنَةٌ، فهل يُحدُّ لهما حدًّا واحدًا أو حدَّينِ؟ على روايتين؛ إحداهما، يُحدُّ حدًّا واحدًا. وبه قال أبو حنيفة، والشافعيُّ في القديم. وزاد أبو حنيفة: سواءً كان بكلمةٍ أو بكلماتٍ؛ لأنَّها^(١٤) حُدُودٌ من جنسٍ، فوجِبَ أن تُتَدَاخَلَ، كحُدُودِ الزَّنى. والثانية: إن طلبوا^(١٥) مُجْتَمِعِينَ فحدُّ واحدٍ، وإن طلبوا^(١٥) مُتَفَرِّقِينَ فلكلِّ واحدٍ حدٌّ؛ لأنَّهم إذا اجتمعوا في الطَّلَبِ، أمكنَ إيفاءُهم بالحدِّ الواحدِ، وإذا تفرَّقوا لم يُمكنَ جعلُ الحدِّ الواحدِ إيفاءً لمن لم يُطالب؛ لأنَّه لا يجوزُ إقامةُ الحدِّ له قبلَ المطالبةِ منه. وقال الشافعيُّ، في الجديد^(١٦): يُقامُ لكلِّ واحدٍ حدٌّ بكلِّ

(١١) تقدم تخرجه، في: ٣٧٣/٨.

(١٢) سقط من: ب، م.

(١٣) سقط من: الأصل.

(١٤) في: أ، ب، م: «لأنَّهما».

(١٥) في: أ، ب، م: «طالبوا».

(١٦) في: م: «الحد».

حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ لآدَمِيِّينَ^(١٧) ، فَلَمْ تَتَدَاخَلَ ، كَالذُّيُونِ . وَلَنَا ، عَلَى^(١٨) أَنَّهُ إِذَا قَذَفَهُمَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ يُجْزَى حَذُّ وَاحِدٍ ، أَنَّهُ^(١٩) يَظْهَرُ كَذِبُهُ فِي قَذْفِهِ ،^(٢٠) وَبِرَاءَةُ عَرَضِهِمَا^(٢١) مِنْ رَمِيهِ بِحَذِّ وَاحِدٍ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَذْفُ لَوَاحِدٍ . وَإِذَا قَذَفَهُمَا بِكَلِمَتَيْنِ ، وَجَبَ حَذُّانٍ ؛ لِأَنَّهُمَا قَذْفَانِ لِشَخْصَيْنِ ، فَوَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَذُّ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ الثَّانِي بَعْدَ حَذِّ الْأَوَّلِ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا قَذَفَ أَجْنَبِيَّتَيْنِ أَوْ أَجْنَبِيَّاتٍ ، فَالتَّفْصِيلُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ قَذَفَ أَرْبَعَ نِسَائِهِ ، فَالْحُكْمُ فِي الْحَذِّ كَذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ اللَّعَانَ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يُلَاعِنَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ لِعَانًا مُفْرَدًا ، وَيَبْدَأُ بِلِعَانِ التِّي تَبْدَأُ بِالْمُطَالِبَةِ ، فَإِنْ طَالَ بَيْنَ جَمِيعًا ، وَتَشَاحَحْنَ ، بَدَأُ / بِأَحَدَاهُنَّ بِالْقُرْعَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَشَاحَحْنَ^(٢٢) ، بَدَأُ بِلِعَانٍ مِنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ، وَلَوْ بَدَأَ بِوَاحِدَةٍ^(٢٣) مِنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ قُرْعَةٍ مَعَ الْمُشَاحَّةِ ، صَحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزَى لِعَانٌ وَاحِدٌ ، فَيَقُولُ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ زَوْجَاتِي هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعِ مِنَ الزَّنَى . وَتَقُولُ كُلُّ وَاحِدَةٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنَى . لِأَنَّهُ يَخْصُلُ الْمَقْصُودُ بِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ أَيْمَانٌ ، فَلَا تَتَدَاخَلُ لِمَجَاعَةٍ ، كَالْأَيْمَانِ فِي الذُّيُونِ .

و ١٢٣/٨

فصل : وَلَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ : يَا زَانِيَةُ بَنَتِ الزَّانِيَةَ . فَقَدْ قَذَفَهَا ، وَقَذَفَ أُمُّهَا بِكَلِمَتَيْنِ ، وَالْحُكْمُ فِي الْحَذِّ لهُمَا عَلَى مَا مَضَى مِنَ التَّفْصِيلِ فِيهِ . فَإِنْ اجْتَمَعَا فِي الْمُطَالِبَةِ ، فَقِي آيَتُهُمَا يُقَدَّمُ^(٢٤) ؟ فِيهِ^(٢٥) وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْأُمُّ ؛ لِأَنَّ حَقَّهَا آكَدُ ، لِكَوْنِهِ^(٢٦) لَا

(١٧) فِي ب ، م : « الْآدَمِيِّينَ » .

(١٨) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(١٩) فِي م : « لِأَنَّهُ » .

(٢٠) (٢٠ - ٢٠) فِي الْأَصْلِ : « فَبِرَاءَةِ عَرَضِهَا » .

(٢١) فِي م : « يَتَشَاحَحْنَ » .

(٢٢) فِي أ : « بِلِعَانِ وَاحِدَةٍ » .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « يَتَقَدَّمُ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(٢٥) فِي الْأَصْلِ : « لِكَوْنِهَا » .

يَسْقُطُ ^(٢٦) إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ ^(٢٦) ، وَلَآنَ ^(٢٧) لَهَا فَضِيلَةُ الْأُمُومَةِ . وَالثَّانِي ، تُقَدَّمُ ^(٢٨) الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهُ
بَدَأَ بِقَذْفِهَا . وَمَتَى حُدَّ لِأَحَدَاهُمَا ، ثُمَّ وَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِلْأُخْرَى ، لَمْ يُحَدَّ حَتَّى يَبْرَأَ
جُلْدُهُ مِنْ حَدِّ ^(٢٩) الْأُولَى . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الْحَدَّ هُنَا حَقٌّ لَأَدْمَى ، فَلِمَ لَا يُوَالَى بَيْنَهُمَا
كَالْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قُطِعَ يَدَي رَجُلَيْنِ ، قُطِعْنَا يَدَيْهِمَا ، وَلَمْ نُؤَخَّرْهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ حَدَّ
الْقَذْفِ لَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ سَبِّهِ قَبْلَ إِقَامَةِ حَدِّهِ ، فَالْمُؤَالَاةُ بَيْنَ حَدَّيْنِ فِيهِ تُخْرِجُهُ عَنْ
مَوْضُوعِهِ ، وَالْقِصَاصُ يَجُوزُ أَنْ تُقَطَعَ الْأَطْرَافُ كُلُّهَا فِي قِصَاصٍ وَاحِدٍ ، فَإِذَا جَازَ
لِوَاحِدٍ ، فَلَا تُثْنَيْنِ أُولَى .

فصل : وَإِنْ قَذَفَ مُحْصَنًا مَرَّاتٍ ، فَحَدُّ وَاحِدٍ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، سِوَاءَ قَذْفِهِ بَرْنَى آخَرَ ،
أَوْ كَرَّرَ الْقَذْفَ بِالْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا حَدَّانِ تَرَادَفَ سَبِّهِمَا ، فَتَدَاخَلَا ، كَالرَّثْنِ مَرَارًا . وَإِنْ
قَذَفَهُ فَحَدُّ لَهُ ، ثُمَّ قَذَفَهُ مَرَّةً أُخْرَى بِذَلِكَ الرَّثْنِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ كَذِبُهُ فِيهِ
بِالْحَدِّ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِظْهَارِ كَذِبِهِ فِيهِ ثَانِيًا ، وَلَمَّا جَلَدَ عَمْرُ أَبَا بَكْرَةَ حِينَ شَهِدَ عَلَى
الْمُغِيرَةِ بِنِ شُعْبَةَ ، أَعَادَ قَذْفَهُ ، فَهَمَّ عَمْرُ بِإِعَادَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : إِنْ جَلَدْتَهُ
فَارْجُمُ صَاحِبَهُ . فَتَرَكَه ^(٣٠) . وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ وَالشَّتْمِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً
أُخْرَى ، أَنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ ثَانِيًا ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ ثَانٍ بَعْدَ إِقَامَةِ ^(٣١) الْحَدِّ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ
^{١٢٣/٨} ظ قَذَفَهُ بَرْنَى ثَانٍ . وَأَمَّا إِنْ قَذَفَهُ بَرْنَى آخَرَ ، فَعَلَيْهِ حَدُّ آخَرُ ؛ لِأَنَّهُ قَذَفَ / لِمُحْصَنٍ لَمْ
يَحَدَّ فِيهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَاقَبَ الْحَدُّ كَالْأَوَّلِ ، وَلَآنَ سَبَبَ الْحَدِّ وَجَدَ بَعْدَ إِقَامَتِهِ ، فَأُعِيدَ

(٢٦-٢٦) فِي الْأَصْلِ : « بِالْبَيِّنَةِ » .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « وَلَئِنَّمَا » .

(٢٨) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م ، : « تَقْدِيمٌ » .

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « جُلْدٌ » .

(٣٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ شَهَادَةِ الزَّوْنِ إِذَا لَمْ يَكْمُلُوا أَرْبَعَةً ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٢٣٤/٨ ،

٢٣٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَقْذِفُ الرَّجُلَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْحُدُودِ . الْمُصَنَّفِ ٥٣٥/٩ .

(٣١) سَقَطَ مِنْ : ب .

عليه ، كالزنى والسَّرقة . وعن أحمد روايةٌ أخرى ، لا حَدَّ عليه في الثاني ؛ لأنَّه حَدٌّ لصاحبه مرةً ، فلا يُعاد عليه الحدُّ^(٣٢) ، كما لو قَذَفه بالزنى الأول . وعلى هذه الرواية يُعزَّرُ تَعزِيرُ السَّبِّ والشتيم . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارَبَ القَذْفُ الثاني من الحدِّ ، فأما إذا تباعدَ زمانُهُما ، وجَبَ الحدُّ بكلِّ حالٍ ؛ لأنَّه لا يجوزُ أن يكونَ حَدُّه مرةً من أجله يُوجِبُ^(٣٣) إطلاقَ عِرْضِهِ له . ومَذْهَبُ الشافعي في هذا كَمَذْهَبِنَا ، إلَّا أنَّهم حكَّوا عن الشافعي ، فيما إذا أعادَ القَذْفُ بزنى ثانٍ قبلَ إقامةِ الحدِّ ، قولَين ؛ أحدهما ، يجبُ حَدُّ واحدٍ . والثاني ، يجبُ حَدَّانِ . فأما إن^(٣٤) قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً ، ثم تَزَوَّجَهَا ، ثم قَذَفَهَا ، فعليه الحدُّ للقَذْفِ الأولِ ، ولا شيءَ عليه للثاني . في قول أبي بكرٍ . وحكى نحو ذلك عن الزُّهري ، والثوري ، وأصحابِ الرَّأي ؛ لأنَّه لو قَذَفَ أَجْنَبِيَّةً قَذْفَيْنِ ، لم يجبَ عليه أكثرُ من حَدٍّ واحدٍ . واختار القاضي أنَّه إن قَذَفَهَا بالزنى الأولِ ، لم يكنَ عليه أكثرُ من حَدٍّ واحدٍ^(٣٥) ، وليس له إسقاطُهُ إلَّا بالبيَّنة ، وإن قَذَفَهَا بزنى آخرَ ،^(٣٦) فهو على الروایتين فيما إذا قَذَفَ الأَجْنَبِيَّةَ ، ثم حَدَّها ، ثم قَذَفَهَا بزنى آخرَ^(٣٦) ، فإن قلنا : يجبُ حَدَّانِ . فطالبَتِ المرأةُ بِمُوجِبِ القَذْفِ الأولِ ، فأقامَ به بيَّنةً ، سَقَطَ عنه حَدُّه ، ولم يجبَ في الثاني حَدٌّ ؛ لأنَّها غيرُ مُحصَنةٍ ، وإن لم يَقُمْ به^(٣٧) بيَّنةً ، حَدَّها . ومتى طالبته بِمُوجِبِ الثاني ، فأقامَ به بيَّنةً ، أو لَاعَنَهَا ، سَقَطَ ، وإلَّا وجَبَ عليه الحدُّ به^(٣٧) أيضا ؛ لأنَّ هذا القَذْفَ مُوجِبُهُ غيرُ مُوجِبِ الأولِ ، فإنَّ الأولَ مُوجِبُهُ الحدُّ على الخُصُوصِ ، والثاني مُوجِبُهُ اللِّعَانُ أو الحدُّ^(٣٨) . وإن بدأتَ بالمُطالبةِ بِمُوجِبِ الثاني ، فأقامَ بيَّنةً به ، أو لَاعَنَ ، سَقَطَ حَدُّه ، ولها المُطالبةُ بِمُوجِبِ الأولِ ، فإن أقامَ به بيَّنةً ، وإلَّا حَدٌّ . قال

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) في ا ، ب ، م ، د : فوجب .

(٣٤) في م : د إلى ، خطأ .

(٣٥) سقط من : ب .

(٣٦-٣٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٧) سقط من : م .

(٣٨) في ا ، ب ، م ، د : والحد .

القاضي : إن أقام بالثاني بَيِّنَةً ، سَقَطَ مُوجِبُ الْأَوَّلِ . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنها صارت غيرَ مُحَصَّنَةٍ ، فلا يُثْبِتُ لها حَدَّ الْمُحَصَّنَاتِ . ولنا ، أن سُقُوطَ إحصانها في الثاني ، لا يُوجِبُ سُقُوطَه فيما قبل ذلك ، كما لو استوفى حَدَه قبل إقامة البَيِّنَةِ . ولعل هذا يَنْبَنِي (٣٩) على ما إذا قَذَفَ رَجُلًا فلم يُقِم / الحَدَّ على القاذِفِ حتى زَنَى المَقْدُوفُ . وإن لم يُقِم بَيِّنَةً عليهما ، ولم يَلْتَمِصْ للثاني ، لم يَجِبْ إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ . نص عليه أحمد ؛ لأنهما (٤٠) حَدَّانِ من جِنْسَيْنِ تَرَادَفَا ، لم (٤١) يُقَمَّ أَحدهما ، فتداخلا ، كما لو قَذَفَهَا وهي أَجْنَبِيَّةٌ قَذَفَيْنِ . ولو قَذَفَ زَوْجَتَه ، فحَدَّها ، ثم أعادَ قَذَفَهَا بذلك الزَّنى ، لم يُحَدَّ لها ؛ لما ذكرنا في إعادة قَذَفِ الْأَجْنَبِيِّ ، لكن (٤٢) يُعَزَّرُ لِلأَذَى (٤٣) والسَّبِّ ، وليس له إسقاطُ التَّعْزِيرِ بِاللُّعَانِ ؛ لأنه تَعْزِيرُ سَبِّ ، لا تَعْزِيرُ قَذَفٍ ، إِلَّا على الرواية التي تُلْزِمُ الْأَجْنَبِيَّ (٤٤) حَدًّا ثَانِيًا ؛ بإعادة القَذَفِ ، فإنه يَلْزِمُهُ هُنَا حَدٌّ ، وله إسقاطُه بِاللُّعَانِ . وإن وُلِدَ له ولدٌ بعد حَدِّه ، فذكرَ أنه من ذلك الزَّنى ، فله اللُّعَانُ لإسقاطه ، على (٤٥) كِلْتَا الرِّوَايَتَيْنِ ؛ لأنه مُحتَاجٌ إلى نَفْيِهِ . وإن قَذَفَهَا في الزَّوْجِيَّةِ قَذَفَيْنِ بَزْنَاءَيْنِ ، فليس عليه إِلَّا حَدٌّ وَاحِدٌ ، وَيَكْفِيهِ لِعَانٌ وَاحِدٌ ؛ لأنه يَمِينٌ ، فإذا كان الْحَقَّانِ (٤٦) لَوَاحِدٍ ، كَفَفَتْهُ (٤٦) يَمِينٌ وَاحِدَةٌ ، لكنَّه يَحْتَاجُ أن يَقُولَ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي (٤٧) لَمِنَ الصَّادِقِينَ (٤٧) فيما رَمَيْتُهَا به من الزَّنا عَيْنِي . وفارقَ ما إذا قَذَفَ زَوْجَتَيْنِ (٤٨) ، حيث لا يَكْفِيهِ لِعَانٌ وَاحِدٌ ؛ لأنَّ الِیْمینَ وَجِبَتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ

(٣٩) في ١ : مبنی .

(٤٠) في ب ، م : ولأنهما .

(٤١) في م : فلم .

(٤٢) في ١ : لكنه .

(٤٣) في ب : للأخرى .

(٤٤-٤٥) في الأصل ، ١ : حدان . وفي ب ، م : حدان .

(٤٥) في الأصل ، م : عن .

(٤٦-٤٧) سقط من : ب .

(٤٧-٤٨) في ١ : لصادق .

(٤٨) في الأصل : زوجه من .

منهما ، فلا تَدْخُلُ ، كسائر الأيمان . وإن أقام البينة بالأوّل ، سقط عنه موجب الثاني ؛ لأنّه زال إحصائها ، ولا إلعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفقه . وإن أقامها بالثاني لم يسقط الحدّ الأوّل ، وله إسقاطه بالللعان ، إلا على قول القاضي ، فإنّه يسقط بإقامة البينة على الثاني . وإن قدّفها في الزوجيّة ولا عنها ثم قدّفها بالزنى الأوّل ، فلا حدّ عليه ؛ لأنّه قد حَقَّقَه بِلَعَانِهِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُحَدَّ ، كما لو قدّفها به ^(٤٩) . أَجْنَبِيٌّ . وهو قول القاضي . ولو قدّفها به أَجْنَبِيٌّ ، أو بزنى غيره ، فعليه الحدّ ، في قول عامّة أهل العلم ، منهم ابن عباس ، والزهرى ، والشّعبي ، والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد . وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأي ، أنّهم قالوا : إن لم ينف بِلَعَانِهَا وَلَدًا ، حُدَّ قَاذِفُهَا ، وإن نفاه ، فلا حدّ على قاذِفِهَا ؛ لأنّه مُتَنَفِّ عن زوجها بالشرع . ولنا ، ما روى ابن عباس ، عن النبي ﷺ ، أنّه قال : « مَنْ رَمَاهَا ، أَوْ وَلَدَهَا ، فعَلَيْهِ الحدّ » . رواه أبو داود ^(٥٠) . وهذا نصّ ، فإنّه نصّ على من رمّاها ، مع / أن ولدها منفي عن الملاعن شرعًا ، ولأنّه لم يثبت زناها ، ولا زال إحصائها ، فيلزم قاذِفُهَا الحدّ بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(٥١) . وكما لو لم ينف ولدها . فأما إن أقام ^(٥٢) بينة ، فقدّفها قاذِفٌ بذلك الزنى ، أو غيره ، فلا حدّ عليه ؛ لأنّه قد زال إحصائها ، ولأنّ هذا القذف لم يدخل المعرفة عليها ، وإنما دخلت المعرفة بقيام البينة ، ولكنه يُعزَّرُ تَعْزِيرٌ ^(٥٣) ، السبّ والأذى . وهكذا كل من قامت البينة بزناؤه ، لا حدّ على قاذِفِهِ . وبه قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولكنه يُعزَّرُ تَعْزِيرَ السبّ والأذى ، ولا يَمْلِكُ الزَّوْجُ إسقاطه عن نفسه بالللعان ؛ لما قدّمناه . وإن قدّف زوجته

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٥١) سورة النور ٤ .

(٥٢) في م : « قام » .

(٥٣) في ١ : « بتعزير » .

وَلَا عَنْهَا^(٥٤) ، ثُمَّ قَذَفَهَا بِرُئْيَى آخَرَ ، فَعَلِيهِ الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهَا بَاءَتْ مِنْهُ بِاللِّعَانِ ، وَصَارَتْ أَجْنَبِيَّةً ، إِلَّا أَنْ يُضَيِّفَ الرُّئْيَى إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَعِنْدَ ذَلِكَ إِنْ كَانَ ثُمَّ نَسَبَ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَلَهُ الْمُلَاعَنَةُ لِتَفْيِهِ ، وَإِلَّا لَزِمَهُ الْحَدُّ ، وَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا .

١٣٣٧ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ التَّعَنَ هُوَ ، وَلَمْ تُلْتَعِنِ هِيَ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا ، وَالزَّوْجِيَّةُ بِحَالِهَا)

وجملة ذلك أنه إذا لاعنها ، وامتنعت هي^(١) من المُلَاعَنَةِ ، فلا حَدَّ عليها . وبه قال الحسن ، والأوزاعي ، وأصحاب الرأي . وروى ذلك عن الحارث العكلي ، وعطاء الخراساني . وذَهَبَ مَكْحُولٌ ، والشَّعْبِيُّ ، ومالك ، والشافعي^(٢) ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وأبو إسحاق الجوزجاني ، وابن المنذر ، إلى أن عليها الحد ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعُ شَهَدَاتٍ ﴾^(٣) . والعذاب الذي^(٤) يَذَرُوهُ لِعَانُهَا هُوَ الْحَدُّ الْمَذْكُورُ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٥) . ولأنه يلعانه حَقَّقَ زناها ، فَوَجَبَ عليها الحدُّ ، كما لو شهد عليها أربعة . ولنا ، أنه لم يتحقق من^(٦) زناها ، فلا يجب عليها الحدُّ ، كما لو لم يلعان ، ودليل ذلك أن تحقق زناها لا يخلو إما أن يكون يلعان الزوج ، أو ينكولها ، أو بهما ، ولا يجوز أن يكون يلعان الزوج وحده ؛ لأنه لو ثبت زناها به ، كما سُمِعَ لعانها ، ولا وَجَبَ الحدُّ على قاذفها ، ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، وكلاهما لا يثبت له الحقُّ على غيره ، ولا يجوز أن

(٥٤) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سورة النور ٨ .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النور ٢ .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

يُثْبِتُ بِنُكُولِهَا ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا / يُثْبِتُ بِالنُّكُولِ ، فَإِنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، فَلَا يُثْبِتُ بِهَا ؛
وذلك لِأَنَّ النُّكُولَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لَشِدَّةٍ خَفَرِهَا ، أَوْ لِعَقْلَةٍ عَلَى لِسَانِهَا ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ،
فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْحَدِّ الَّذِي اعْتَبِرَ فِي بَيِّنَتِهِ مِنَ الْعَدَدِ ضِعْفُ مَا اعْتَبِرَ فِي سَائِرِ الْحُدُودِ ،
وَاعْتَبِرَ فِي حَقِّهِمْ أَنْ يَصِفُوا صُورَةَ الْفِعْلِ ، وَأَنْ يُصَرِّحُوا بِلَفْظِهِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، مُبَالِغَةٌ فِي
نَفْيِ الشُّبُهَاتِ عَنْهُ ، وَتَوَسُّلاً إِلَى إِسْقَاطِهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ الَّذِي هُوَ فِي
نَفْسِهِ شُبْهَةٌ ، وَلَا^(٧) يُقْضَى بِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ وَلَا الْعُقُوبَاتِ ، وَلَا مَا عَدَا الْأَمْوَالَ ، مَعَ
أَنَّ الشَّافِعِيَّ لَا يَرَى الْقَضَاءُ بِالنُّكُولِ فِي شَيْءٍ ، فَكَيْفَ يُقْضَى بِهِ فِي أَعْظَمِ الْأُمُورِ وَأَبْعَدِهَا
ثُبُوتًا ، وَأَسْرَعِهَا سَقُوطًا ، وَلَئِنْهَا لَوْ أَقَرَّتْ بِلِسَانِهَا ، ثُمَّ رَجَعَتْ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ ،
فَلَأَنْ لَا يَجِبُ بِمُجَرَّدِ امْتِنَاعِهَا مِنَ الْيَمِينِ عَلَى بَرَاءَتِهَا أَوَّلَى ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْضَى فِيهِ
بِهِمَا ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُقْضَى فِيهِ بِالْيَمِينِ الْمُفْرَدَةِ ، لَا يُقْضَى فِيهِ بِالْيَمِينِ مَعَ النُّكُولِ ، كَسَائِرِ
الْحُقُوقِ ، وَلَئِنْ مَا فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الشُّبْهَةِ لَا يَنْتَهِي بِضَمِّ أَحَدِهِمَا إِلَى الْآخِرِ ، فَإِنَّ
احْتِمَالَ نُّكُولِهَا ، لِفَرْطِ حَيَاتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ النُّطْقِ بِاللُّعَانِ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، لَا يَزُولُ
بِلِعَانِ الزَّوْجِ ، وَالْعَذَابُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَبْسُ أَوْ غَيْرُهُ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ فِي الْحَدِّ ، وَإِنْ
احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَرَادُ ، فَلَا يُثْبِتُ الْحَدُّ بِالِاحْتِمَالِ ، وَقَدْ يُرْجَحُ مَا ذَكَرْنَاهُ بِقَوْلِ
عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ الْحَدَّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ ، إِذَا كَانَتْ بَيِّنَةٌ ، أَوْ كَانَ
الْحَمْلُ ، أَوْ الْإِعْتِرَافُ^(٨) . فَذَكَرَ مُوجِبَاتِ الْحَدِّ ، وَلَمْ يَذْكُرِ اللَّعَانَ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ
فِيمَا يُصْنَعُ بِهَا ؛ فَرَوَى^(٩) أَنَّهَا تُحْبَسُ حَتَّى تَلْتَعِنَ أَوْ تُقَرَّأَ رُبْعًا . قَالَ أَحْمَدُ : فَإِنْ أَبَتِ الْمَرْأَةُ
أَنْ تَلْتَعِنَ بَعْدَ التَّعَانِ الرَّجُلِ^(١٠) ، أُجْبِرَتْهَا عَلَيْهِ ، وَهَبْتُ أَنْ أُحْكَمَ عَلَيْهَا بِالرَّجْمِ ؛ لِأَنَّهَا
لَوْ أَقَرَّتْ بِلِسَانِهَا لَمْ أَرْجُحْهَا إِذَا رَجَعَتْ ، فَكَيْفَ إِذَا أَبَتِ اللَّعَانَ ! وَلَا يَسْقُطُ النَّسَبُ إِلَّا

(٧) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ١١ .

(٩) في ب ، وحاشية الزيادة : « عنه » .

(١٠) في ب : « الزوج » .

بالتعانيهما جميعاً ؛ لأنَّ الفراش قائمٌ حتى تلتعن ، والولد للفراش . قال القاضي : هذه الرواية أصحُّ . وهذا قولٌ من وافقنا في أنَّه لا حدَّ عليها ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ فيدلُّ على أنَّها إذا لم تشهدْ لا يذُرُّ^(١١) عنها العذابُ . والرواية الثانية ، يُحلى سبيلها . وهو قولُ أبي بكرٍ ؛ / لأنَّه لم يجبْ عليها الحدُّ ، فيجبُ تخليُّه سبيلها ، كما لو^(١٢) لم تكْمِلِ البيّنة . فأما الزَّوجيّةُ ، فلا تزولُ ، والولد لا ينتفى ما لم يتمَّ اللعانُ بينهما ، في قولِ عامّةِ أهلِ العِلْمِ ، إلَّا الشافعيُّ ، فإنَّه قضى بالفرقةِ ونفى الولدَ بمجرّدِ لعانِ الرَّجلِ^(١٣) . وقد ذكرنا ذلك .

١٣٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ أَقَرَّتْ ذَوْنَ الْأَرْبَعِ مَرَّاتٍ)

وجُمِلَتْه أن الرَّجلَ إذا قَذَفَ امرأته ، فصدَّقته ، وأقرَّتْ بالزَّنى مرَّةً ، أو مرَّتين ، أو ثلاثاً ، لم يجبْ عليها الحدُّ ؛ لأنَّه لا يثبتُ إلَّا بإقرارِ أربعِ مرَّاتٍ ، على ما يُذكرُ في الحدودِ ، ثم إن كان تصديقها له قبلَ لعانه ، فلا لعانَ بينهما ؛ لأنَّ اللعانَ كالبيّنة ، إنَّما يُقامُ مع الإنكارِ ، وإن كان بعدَ لعانه ، لم ثلّاعنُ هي ؛ لأنَّها لا تحلفُ مع الإقرارِ ، وحكمُها حكمُ ما لو امتنعتُ من غيرِ إقرارٍ . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعيُّ : إن صدَّقته قبلَ لعانه ، فعليها الحدُّ ، وليس له أن يُلّاعنَ ، إلَّا أن يكونَ ثمَّ نسَبٌ ينفيه ، فيُلّاعنُ وحده ، وينتفى النسبُ بمجرّدِ لعانه ، وإن كان بعدَ لعانه ، فقد انتفى النسبُ ، ولزِمَها الحدُّ ؛ بناءً على أن النسبَ ينتفى بمجرّدِ لعانه ، وتقعُ الفرقةُ ، ويجبُ الحدُّ ، وأنَّ^(١) الحدَّ يجبُ^(٢) بإقرارِ مرَّةٍ . وهذه الأصولُ قد مضى أكثرُها . ولو أقرَّتْ أربعاً ، وجبَ الحدُّ ، ولا لعانَ بينهما إذا لم يكنْ ثمَّ نسَبٌ ينفى . وإن رجعتْ سقطَ

(١١) في ب ، م : « يندري » .

(١٢) سقط من : أ ، م .

(١٣) في أ ، ب : « الزوج » .

(١) في ب ، م : « فإن » .

(٢) سقط من : ب ، م .

الْحَدُّ عَنْهَا ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْنَاهُ . وبه يقول الشافعي ، وأبو ثور^(٣) ، وأصحابُ الرَّأْيِ . فَإِنَّ الرَّجُوعَ عَنِ الْإِقْرَارِ بِالْحَدِّ مَقْبُولٌ ، وليس له أن يُلاعِنَ لِلْحَدِّ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ لِتَصْدِيقِهَا إِيَّاهُ . وَإِنْ أَرَادَ لِعَانُهَا لِنَفْيِ نَسَبٍ ، فظَاهِرُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الصُّوَرِ . وهو قولُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وقال الشافعي : لَهُ لِعَانُهَا لِنَفْيِ النَّسَبِ فِيهَا كُلِّهَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ عَفِيفَةً صَالِحَةً فَكَذَّبَتْهُ ، مَلَكَ نَفْيَ وَلَدِهَا ، فَإِذَا كَانَتْ فَاجِرَةً فَصَدَّقَتْهُ ، فَلَا أَنْ يَمْلِكَ نَفْيَ وَلَدِهَا أَوَّلَى . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّ نَفْيَ الْوَلَدِ إِنَّمَا يَكُونُ بِلِعَانِهَا مَعًا ، وَقَدْ تَعَذَّرَ اللَّعَانُ مِنْهَا^(٤) ؛ لِأَنَّهَا^(٥) لَا تُسْتَخْلَفُ عَلَى نَفْيِ مَا تُقَرُّ بِهِ ، فَتَعَذَّرَ نَفْيُ الْوَلَدِ لَتَعَذُّرِ سَبَبِهِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ الْقَذْفِ وَقَبْلَ اللَّعَانِ .

فصل : ولو قال لامرأته : يا زانية . فقالت : بك زنيْتُ . فلا حَدَّ عليها ، ولا عليه . وقال أصحابُ الشافعي : عليه حَدُّ الْقَذْفِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّهَا أَرَادَتْ بِذَلِكَ نَفْيَ الزَّنى عَنْ / نَفْسِهَا ، كَمَا يَسْتَعْمِلُ أَهْلُ الْعُرْفِ فِيهِمَا إِذَا قَالَ قَائِلٌ : سَرَقْتُ . قَالَ : مَعَكَ سَرَقْتُ . أَيْ أَنَا لَمْ أُسْرِقْ ؛ لَكُونِكَ^(٦) أَنْتَ لَمْ تَسْرِقْ . وَلَنَا ، أَنَّهَا صَدَّقَتْهُ فِي قَذْفِ إِيَّاهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَتْ^(٧) : صَدَقْتُ . وَلَا حَدَّ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ حَدَّ الزَّنى لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِالْإِقْرَارِ^(٨) أَرْبَعَ مَرَّاتٍ ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا حَدُّ الْقَذْفِ ؛ فَإِنَّهَا^(٩) لَمْ تَقْذِفْهُ ، وَإِنَّمَا أَقَرَّتْ عَلَى نَفْسِهَا بِزَنَائِهَا بِهِ ، وَيُمْكِنُ ذَلِكَ مِنْ غَيْرِ كَوْنِهِ زَانِيًا ، بَأَن يَطْنُهَا زَوْجَتَهُ وَهِيَ عَالِمَةٌ أَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ ، وَلِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ تُرِيدَ نَفْيَ ذَلِكَ عَنْهَا ، كَمَا ذَكَرُوهُ ، أَوْ أَنَّهُ لَمْ يَطْأُنِي سِوَاكَ ، فَإِنْ^(١٠) يَكُنْ زَنِيٌّ

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في ب ، م : « منها » .

(٥) في ا ، ب ، م : « ولأنها » .

(٦) في ا ، م : « لكنك » .

(٧) في ا ، م : « قال » .

(٨) في ا ، ب : « بإقرار » .

(٩) في ب ، م : « لأنها » .

(١٠) في ا ، م زيادة : « لم خطأ » .

فَأَنْتَ شَرِيكِي فِيهِ . وَلَا يَجِبُ الْحَدُّ مَعَ الْإِحْتِمَالِ ، ^(١١) وَلَا يَلْزَمُ مَنْ سَقُوطُهُ عَنِ الرَّجُلِ
بظَاهِرِ تَصْدِيقِهَا ، وَجُوبُهُ عَلَيْهَا مَعَ الْإِحْتِمَالِ ^(١٢) ؛ فَإِنَّ الْحَدَّ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَلَا يَجِبُ
بِهَا . وَلَوْ قَالَ : يَا زَانِيَةً . فَقَالَتْ : أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي . فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ فِيهَا كَالْتِي قَبْلَهَا : لَا حَدَّ
عَلَى الزَّوْجِ ؛ لِتَصْدِيقِهَا ^(١٣) لَهُ ، وَلَا عَلَى الْمَرْأَةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي التِّي قَبْلَهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ،
وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَيْسَ قَوْلُهَا قَذْفًا . قَالَ الشَّافِعِيُّ : إِلَّا أَنْ تُرِيدَ الْقَذْفَ ؛ لِأَنَّهُ
يَحْتَمِلُ أَنْ تُرِيدَ أَنَّهُ أَصَابَنِي وَهُوَ زَوْجِي ، فَإِنْ كَانَ ذَلِكَ ، فَهُوَ أَبْلَغُ مِنِّي فِيهِ . وَقَالَ
الْقَاضِي : عَلَيْهَا حَدٌّ لِقَذْفِهَا ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ لِتَصْدِيقِهَا إِيَّاهُ ، وَقَدْ أَنْتَ بِصَرِيحِ قَذْفِهِ
بِالزَّانِي ، فَوَجِبَ عَلَيْهَا الْحَدُّ ، كَمَا لَوْ قَالَتْ : أَنْتَ زَانٍ . ^(١٤) وَالْإِحْتِمَالُ مَعَ التَّصْرِيحِ
بِالْقَذْفِ ، لَا يَمْنَعُ الْحَدَّ ، كَمَا لَوْ قَالَتْ : أَنْتَ زَانٍ ^(١٥) . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : يَا زَانِيَةً . فَقَالَتْ :
بَلْ أَنْتَ زَانٍ . فَكُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا قَازِفٌ لِصَاحِبِهِ ، عَلَيْهِ حَدُّ الْقَذْفِ ؛ ^(١٦) إِلَّا أَنْ ^(١٧) الْمَرْأَةُ لَا
تَمْلِكُ إِسْقَاطَ حَدِّهَا إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ ، وَالزَّوْجُ يَمْلِكُ إِسْقَاطَهُ بِبَيِّنَةٍ أَوْ لِعَانٍ .

(١١-١٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) في ١ ، م : « بتصديقها » .

(١٣-١٤) في ب ، م : « لأن » .

كتاب العدة

الأصل في وجوب العدة ، الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(١) . وقوله سبحانه : ﴿ وَاللَّيَّ يَتَمَسَّنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيَّ لَمْ يَحِضْنَ وَأُولَاتُ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٢) . وقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ ^(٣) . وأما السنة ، فقول النبي ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُوَمِّنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تَحِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا » ^(٤) . وقال لفاطمة بنت قيس : « اعْتَدِي فِي بَيْتِ ابْنِ

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب الطيب للمرأة عند غسلها من الحيض ، من كتاب الحيض ، وفي : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز ، وفي : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وباب تلبس الحادة ثياب العصب ، من كتاب الطلاق صحيح البخاري ٨٥/١ ، ٩٩/٢ ، ٧٦/٧ ، ٧٧ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة وتحريمه في غير ذلك إلا ثلاثة أيام ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١١٢٣/٢ - ١١٢٧ . وأبو داود ، في : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، وباب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥ - ٥٣٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذى ١٧٢/٥ ، ١٧٣ . والنسائي ، في : باب الإحداد ، وباب سقوط الإحداد عن الكناية المتوفى عنها زوجها ، وباب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، وباب الحضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٤/٦ - ١٦٨ . وابن ماجه ، في : باب هل تحد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٧٤/١ . والدارمي ، في : باب النهي للمرأة عن الزينة في العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٧/٢ ، ١٦٨ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩٧/٢ ، ٥٩٨ . والإمام أحمد ، في : المستند ٨٥/٥ ، ٣٧/٦ ، ١٨٤ ، ٢٤٩ ، ٢٨١ ، ٢٨٦ ، ٢٨٧ ، ٣٢٤ - ٣٢٦ ، ٤٠٨ ، ٤٢٦ .

١٢٦/٨ ظ أم مكثوم^(٥) . / في آي وأحاديث كثيرة . وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها . وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعَهُنَّ وَسَّرُحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾^(٦) . ولأن العدة تجب لبراءة الرِّجَم ، وقد تيقناها ههنا . وهكذا كل فرقة في الحياة ، كالفسخ لِرِضَاع ، أو عَيْب ، أو عِتْق ، أو لِعَانٍ ، أو اختلاف دين .

فصل : وتجب العدة على الذميمة من الذمى والمسلم . وقال أبو حنيفة : إن لم تكن من دينهم ، لم تلزمها ؛ لأنهم لا يخاطبون بفروع الدين . ولنا ، عموم الآيات ، ولأنها بائن بعد الدخول ، أشبه المسلمة . وعدتها كعدة المسلمة ، في قول علماء الأمصار ؛ منهم مالك ، والثوري ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ومن تبعهم ، إلا ما روى عن مالك ، أنه قال : تعتد من الوفاة بحيضة . ولنا ، عموم قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ . ولأنها معتدة من الوفاة ، أشبهت^(٧) المسلمة .

فصل : والمعتدات ثلاثة أقسام ؛ معتدة بالحمل ، وهي كل امرأة حامل من زوج ، إذا فارقت زوجها بطلاق أو فسخ أو موته عنها ، حرة كانت أو أمة ، مسلمة أو كافرة ، فعدها بوضع الحمل ، ولو بعد ساعة ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولَئِ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . والثاني ، معتدة بالقروء ، وهي كل معتدة من فرقة في

(٥) تقدم ترجمته ، في : ٣٣١/١٠٠ ، ويضاف : وأخرجه النسائي ، في : باب إذا استشارت المرأة رجلا في من يحط بها هل يجزئها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٢/٦ .
(٦) سورة الأحزاب ٤٦ .
(٧) في الأصل : « وأشبهت » .

الحياة ، أو وطء في غير نكاح ، إذا كانت ذات قرء ، فعدتها بالقرء^(٨) ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . والثالث ، معتدة بالشهور ، وهي كل من تعتد بالقرء^(٩) إذا لم تكن ذات قرء ؛ لصغير ، أو يأس ، لقول الله تعالى : ﴿ وَاللَّيْ يَتَسَنَّ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيْ لَمْ يَحِضْنَ ﴾ . وذوات^(١٠) القرء إذا ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، اعتدت بتسعة أشهر للحمل . وعدة الآيسة ، وكل من توفي عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده ، حرة أو أمة ، فعدتها بالشهور ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ / وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾ .

و ١٢٧/٨

فصل : وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة الطلاق ، سواء كانت بخلع ، أو لعان ، أو رضاع ، أو فسخ بغي ، أو إغسار ، أو إعتاق ، أو اختلاف دين ، أو غيره ، في قول أكثر أهل العلم . وروى عن ابن عباس ، أن عدة الملائكة تسعة أشهر . وأبى ذلك سائر أهل العلم ، وقالوا : عدتها عدة الطلاق ؛ لأنها مفارقة في الحياة ، فأشبهت المطلقة . وأكثر أهل العلم يقولون : عدة المختلعة عدة المطلقة ؛ منهم سعيد بن المسيب ، وسالم بن عبد الله ، وعروة ، وسليمان بن يسار ، وعمر بن عبد العزيز ، والحسن ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرري ، وقتادة ، وخلاس بن عمرو ، وأبو عياض^(١١) ، ومالك ، والليث ، والأوزاعي ، والشافعي . وروى عن عثمان بن عفان ، وابن عمر ، وابن عباس ، وأبان بن عثمان ، وإسحاق ، وابن المنذر ، أن عدة المختلعة حيضة . ورواه ابن القاسم عن أحمد ، لما روى ابن عباس ، أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت منه ، فجعل النبي ﷺ عدتها حيضة . رواه النسائي^(١٢) . وعن ربيع بنت معوذ مثل ذلك ، وأن

(٨) في ب ، م : : القرء .

(٩) في الأصل ، ا : : القرء .

(١٠) في ب ، م : : وذات .

(١١) سقطت الواو من : ا . وتقدم في : ٤١٥/٥ .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٧/١٠ .

عثمان قَضَى به . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وابنُ ماجَه (١٣) . قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . وَلَئِنْهَا قُرُوءٌ بَعْدَ الدُّخُولِ فِي الْحَيَاةِ ، فَكَانَتْ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ، كَغَيْرِ الْخُلْعِ ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « قُرْءُ الْأَمَةِ حَيْضَتَانِ » (١٤) . عَامٌ ، وَحَدِيثُهُمْ يَرْوِيهِ عِكْرَمَةُ مُرْسَلًا ، قَالَ أَبُو بَكْرِ : هُوَ ضَعِيفٌ مُرْسَلٌ . وَقَوْلُ عَثْمَانَ وَابْنِ عَبَّاسٍ ، قَدْ خَالَفَهُ قَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ ، فَإِنَّهُمَا قَالَا : عِدَّتُهَا ثَلَاثُ حَيْضٍ . وَقَوْلُهُمَا أَوْلَى . وَأَمَّا ابْنُ عُمَرَ ، فَقَدْ رَوَى مَالِكٌ (١٥) ، عَنْ نَافِعٍ ، أَنَّهُ قَالَ : عِدَّةُ الْمُخْتَلَعَةِ عِدَّةُ الْمُطَلَّاقَةِ (١٦) . وَهُوَ أَصَحُّ عَنْهُ .

فصل : وَالْمَوْطُوءَةُ بِشُبْهَةِ تَعْتَدُّ عِدَّةَ الْمُطَلَّاقَةِ ، وَكَذَلِكَ الْمَوْطُوءَةُ فِي نِكَاحٍ فَاسِدٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ؛ لِأَنَّ وَطْءَ الشُّبْهَةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ ، فِي شَغْلِ الرَّحِمِ وَلِحُقُوقِ (١٧) النَّسَبِ ، كَالْوَطْءِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، فَكَانَ مِثْلَهُ فِيمَا تَحْصُلُ بِهِ الْبَرَاءَةُ . وَإِنْ وَطِئَتْ الْمَرْجُوعَةُ بِشُبْهَةِ ، لَمْ يَحِلَّ لِرِزْوَجِهَا وَطُوءُهَا قَبْلَ قَضَاءِ (١٨) عِدَّتِهَا ، كَمَا لَا يُقْضَى إِلَى ١٢٧/٨ ظِ اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ ، وَلَهُ الْاسْتِمْتَاعُ مِنْهَا بِمَا دُونَ / الْفَرْجِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ حُرِّمَ وَطُوءُهَا لِعَارِضٍ مُخْتَصٍّ بِالْفَرْجِ ، فَأُبَيِّحُ الْاسْتِمْتَاعَ مِنْهَا بِمَا دُونَهُ ، كَالْحَائِضِ .

فصل : وَالْمَزْنِيُّ بِهَا ، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةِ فِي الْعِدَّةِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالنَّخَعِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ . ذَكَرَهَا ابْنُ أَبِي مُوسَى . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ،

(١٣) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ عِدَّةِ الْمُخْتَلَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُجْتَبَى ١٥٣/٦ . وَابْنُ مَاجَه ، فِي : بَابِ عِدَّةِ الْمُخْتَلَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ١/٦٦٣ ، ٦٦٤ . كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ طُلُوقِ الْمُخْتَلَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَوْطَأُ ٢/٥٦٥ .

(١٤) تَقْدِيمُ تَحْرِيمِهِ ، فِي : ١٠/٥٣٤ .

(١٥) فِي : بَابِ طُلُوقِ الْمُخْتَلَعَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَوْطَأُ ٢/٥٦٥ .

(١٦) فِي ١ ، ب ، م : « مُطَلَّاقَةٌ » .

(١٧) فِي ١ ، ب ، م : « وَلِحُقُوقِ » .

(١٨) فِي ب ، م : « انْقِضَاءُ » .

(١٩) ورُوي عن أبي بكرٍ وعمرَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا : لا عِدَّةَ عَلَيْهَا . وهو قولُ الثَّوْرِيِّ ، والشافعي (٢٠) ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّ العِدَّةَ لِحِفْظِ النَّسَبِ ، ولا يَلْحَقُهُ نَسَبٌ . وقد رُوي عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، ما يُدَلُّ على ذلك . ولنا ، أَنَّهُ وَطءٌ يَقْتَضِي شُغْلَ الرَّجِيمِ ، فَوَجَبَتِ العِدَّةُ مِنْهُ ، كَوَطءِ الشَّبْهَةِ . وَأَمَّا وَجُوبُهَا كَعِدَّةِ الْمُطَلَّقةِ ، فَلأنَّهَا حُرَّةٌ ، فَوَجَبَ اسْتِبْرَافُهَا بِعِدَّةٍ كَامِلَةٍ ، كَالْمُوطِوءَةِ بِشَبْهَةٍ . وقولُهم : إِنَّمَا تَجِبُ لِحِفْظِ النَّسَبِ . لا يَصِحُّ ، فَإِنَّهَا لو اخْتَصَصَتْ بِذلك ، لَمَا وَجَبَتْ على الْمُلاعِنَةِ الْمَنْفِيِّ وَلَدُهَا ، وَالْأَيْسَةِ ، وَالصَّغِيرَةِ ، وَلَمَا وَجَبَ اسْتِبْرَاءُ الْأُمَةِ الَّتِي لا يَلْحَقُ وَلَدُهَا بِالْبَائِعِ ، وَلَوْ وَجَبَتْ لذلك ، لَكَانَ اسْتِبْرَاءُ الْأُمَةِ على الْبَائِعِ ، ثُمَّ لو ثَبِتَ أَنَّهَا وَجَبَتْ لذلك ، فَالْحَاجَةُ إِلَيْهَا دَاعِيَةٌ ؛ فَإِنَّ الْمَزْنِيَّ بِهَا إِذَا تَزَوَّجَتْ قَبْلَ الْاِعْتِدَادِ ، اشْتَبَهَ وَلَدُ الزَّوْجِ بِالْوَلَدِ مِنَ الزَّوْنِ (٢١) ، فَلَا يَحْصُلُ حِفْظُ النَّسَبِ .

١٣٣٩ - مسألة ؛ قال ، رحمه الله تعالى : (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ وَقَدْ خَلَا بِهَا ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثُ حِيضٍ غَيْرِ الْحَيْضَةِ الَّتِي طَلَّقَهَا فِيهَا)

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها : أَنَّ العِدَّةَ تَجِبُ على كُلِّ مَنْ خَلَا بِهَا زَوْجُهَا ، وإن لم يَمَسَّهَا . ولا خِلَافَ بين أهلِ العلمِ في وَجُوبِهَا على الْمُطَلَّقةِ بَعْدَ الْمَسِّيسِ ، فَأَمَّا إِنْ خَلَا بِهَا وَلَمْ يُصِبْهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، فَإِنَّ مَذْهَبَ أَحْمَدَ وَجُوبَ العِدَّةِ عَلَيْهَا . ورُويَ ذلكَ عن الخُلَفَاءِ الرَّاشِدِينَ ، وَزَيْدٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ . وَبِهِ قَالَ عُرْوَةُ ، وَعَلِيُّ بْنُ الْحُسَيْنِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالشافعيُّ في قَدِيمِ قَوْلِهِ (١) . وقال

(١٩-١٩) سقط من : ب .

(٢٠) في ب : المَرْئِي .

(٢١) في أ ، م : قَوْلُهُ .

الشافعي في الجديد : لا عِدَّةَ عليها ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ (١) . وهذا نص ، ولأنها مطلقة لم تَمَسَّ ، فأشبهت من لم يُحَلَّ بها . ولنا ، إجماع الصحابة ، روى (٢) الإمام أحمد ، والأثر ، بإسنادهما عن زرارة بن أوفى ، قال : قضى الخلفاء الراشدون أن من أرخى سِتْرًا ، أو أغلق بابًا ، فقد وجب / المهر ، ووجبت العِدَّةُ (٣) . ورواه الأثر أيضا عن الأحنف ، عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب ، عن عمر وزيد بن ثابت . وهذه قضايا اشتهرت ، فلم تُنكر ، فصارت إجماعا . وضعف أحمد ما روى في خلاف ذلك ، وقد ذكرناه في كتاب الصداق (٤) . ولأنه عقد على المنافع ، والتمكين (٥) فيه يجري مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة ، كعقد الإجارة ، والآية مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يُحَلَّ بها ؛ لأنه لم يوجد منها (٦) التمكين .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أنه لا فرق بين أن يحلوا بها مع المانع من الوطء ، أو مع عدمه ، سواء كان المانع حقيقيا ، كالجَبِّ والعَنَةِ والفتق والرتق ، أو شرعيا كالصوم والإحرام والحَيْضِ والنَّفَاسِ والظَّهَارِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ عُلِّقَ (٨) ههنا على الحُلُوِّ التي هي مظنة الإصاية دون حقيقتها ، ولهذا خلاها فأتت بوليد لمدة الحمل ، لحقه نسبه ، وإن لم يَطَأْ . وقد روى عن أحمد ، أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع ، فكذلك يخرج في العِدَّةِ . وروى عنه ، أن صوم شهر رمضان يمنع كمال الصداق مع الحُلُوِّ ، وهذا يدل

(٢) سورة الأحزاب ٤٩ .

(٣) في ١ : وروى .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ١٥٣/١٠ .

(٥) في ١٠ : ١٥٤/١٠ .

(٦) في م : ١ : فالتمكين .

(٧) سقط من : ب .

(٨) في ١ : ١ : تعلق .

على أنه متى كان المانع متأكداً ، كالإحرام وشبهه ، منع كمال الصداق ، ولم تجب العدة ؛ لأن الخلوة إنما أقيمت مقام المسيس ؛ لأنها مظنة له ، ومع المانع لا تتحقق المظنة . فأمّا إن خلاها ، وهى صغيرة لا يمكن وطؤها ، أو كان أعمى فلم يعلم بها ، فلا عدة عليها ، ولا يكمل صداقها ؛ لأن المظنة لا تتحقق مع ظهور استحالة المسيس .

الفصل الثانى : أن عدة المطلقة ، إذا كانت حرة وهى من ذوات القروء ، ثلاثة قروء . بلا خلاف بين أهل العلم ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۝ ﴾ . والقروء^(٩) فى كلام العرب يقع على الحيض والطهر جميعاً ، فهو من الأسماء المشتركة ، قال أحمد بن يحيى ثعلب : القروء الأوقات ، الواحد قروء ، وقد يكون حيضاً وقد يكون طهراً ؛ لأن كل واحد منهما يأتى لوقت . قال الشاعر^(١٠) :

كَرِهْتُ الْعَقْرَ عَقَرَ بَنَى تَمِيمٍ إِذَا هَبَّتْ لِقَائِهَا الرِّيحُ^(١١)

يعنى : لوقتها . وقال الخليل بن أحمد يقال : أقرأت المرأة : إذا دنا حيضها وأقرأت : إذا دنا طهرها ، وفى الحديث عن النبى ﷺ : « دعى الصلاة أيام أقرائك »^(١٢) .
فهذا الحيض . وقال الشاعر^(١٣) :

مُورِثَةٌ عَزَا وَفَى الْحَى رِفْعَةً لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نِسَائِكَا
فهذا الطهر . واختلف أهل العلم فى المراد بقوله سبحانه : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ۝ ﴾ . واختلفت الرواية فى ذلك عن أحمد ، فروى أنها الحيض . روى ذلك عن

(٩) فى الأصل : « والقروء » .

(١٠) هو مالك بن الحارث أخو بنى كاهل بن الحارث بن تميم بن سعد بن هذيل . انظر : ديوان الهذليين ٨١/٣ ، والبيت فيه ٨٣/٣ . وقد نسب لتأبط شراى : معجم البلدان ٣/٦٩٥ ، انظر ديوانه ٢٤٠ .

(١١) العقر هنا : القصر الذى يكون معتمداً لأهل القرية . معجم البلدان ٣/٦٩٥ .

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٢٧٧/١ .

(١٣) هو الأعشى ، والبيت فى ديوانه ٩١ .

عمر ، وعلى ، وابن عباس ، وسعيد بن المسيب ، والثوري ، والأوزاعي ، والعنبري ، وإسحاق ، وأبي عبيد ، وأصحاب الرأي . ورؤي ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان ابن عفان ، وأبي موسى ، وعبد بن الصامت ، وأبي الدرداء . قال القاضي : الصحيح عن أحمد ، أن الأقرء الحيض . وإليه ذهب أصحابنا ، ورجع عن قوله بالأطهار ، فقال : في رواية النيسابوري : كنت أقول : إنه الأطهار ، وأنا أذهب اليوم إلى أن الأقرء الحيض . وقال ، في رواية الأثرم ^(١٤) : كنت أقول الأطهار ، ثم وقفت لقول الأكابر . والرواية الثانية عن أحمد ، أن القروء الأطهار . وهو قول زيد ، وابن عمر ، وعائشة ، وسليمان بن يسار ، والقاسم بن محمد ، وسالم بن عبد الله ، وأبان بن عثمان ، وعمر بن عبد العزيز ، والزهري ، ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور . وقال أبو بكر بن عبد الرحمن : ما أدركت أحدا من فقهاءنا إلا وهو يقول ذلك . قال ابن عبد البر : رجع أحمد إلى أن القروء الأطهار ، قال ، في رواية الأثرم : رأيت الأحاديث عن قال : القروء الحيض . تختلف ، والأحاديث عن قال : إنه أحق بها حتى تدخل الحيضة الثالثة . أحاديثها صحاح وقوية ^(١٥) . واحتج من قال ذلك بقول الله تعالى : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ لِعَدَّتِهِنَّ ﴾ ^(١٦) . أي في عدتهن . كقوله تعالى : ﴿ وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَمَةِ ﴾ ^(١٧) . أي : في يوم القيامة . وإنما أمر بالطلاق في الطهر لا في الحيض . ويدل عليه قول النبي ﷺ ، في حديث ابن عمر : « مره فليراجعها حتى تطهر ، ثم تحيض ، ثم تطهر ، فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، فتلك العدة التي أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء » . متفق عليه ^(١٨) . وفي رواية ابن عمر : « فَطَلَّقُوهُنَّ فِي قُبُلِ عِدَّتِهِنَّ » .

(١٤) في زيادة : « قد » .

(١٥) سقطت الواو من : الأصل .

(١٦) سورة الطلاق ١ .

(١٧) سورة الأنبياء ٤٦ .

(١٨) تقدم ترجمه ، في ٤٤٤/١ .

(١٩) سقط من : الأصل .

ولأنها عِدَّةٌ عن طَلاقٍ مُجَرَّدٍ مُبَاحٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُعْتَبَرَ عَقِيبَ الطَّلَاقِ ، كَعِدَّةِ (٢٠) الْإِسَةِ والصَّغِيرَةِ (٢١) وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ / تعالى : ﴿ وَالَّذِي يَمْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنْ أَرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ (٢٢) . فَتَقْلَهُنَّ عِنْدَ عَدَمِ الْحَيْضِ إِلَى الْإِعْتِدَادِ بِالْأَشْهُرِ ، فَذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ الْحَيْضُ ، كَمَا قَالَ تَعَالَى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا ﴾ (٢٣) . الْآيَةُ ، وَلِأَنَّ الْمَعْهُودَ فِي لِسَانِ الشَّرْعِ اسْتِعْمَالُ الْقُرْءِ بِمَعْنَى الْحَيْضِ ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « تَدْعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٢٤) . وَقَالَ لِفَاطِمَةَ بِنْتِ أَبِي حُبَيْشٍ : « انْظُرِي ، فَإِذَا أَتَى قُرُوكَ ، فَلَا تُصَلِّي ، وَإِذَا مَرَّ قُرُوكَ ، فَتَطَهَّرِي ، ثُمَّ صَلِّي مَا بَيْنَ الْقُرْءِ إِلَى الْقُرْءِ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ (٢٥) . وَلَمْ يُعْهَدْ فِي لِسَانِهِ اسْتِعْمَالُهُ بِمَعْنَى الطُّهْرِ فِي مَوْضِعٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُهُ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي لِسَانِهِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « طَلَاقُ الْأُمَةِ طَلَقَتَانِ ، وَقُرُوءُهَا حَيْضَتَانِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ (٢٦) . فَإِنْ قَالُوا : هَذَا يَرْوِيهِ مُظَاهِرُ بْنُ أَسْلَمَ (٢٧) ، وَهُوَ مُنْكَرُ الْحَدِيثِ . قُلْنَا : قَدْ رَوَاهُ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عِيسَى ، عَنْ عَطِيَّةِ الْعَوْفِيِّ ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، كَذَلِكَ أَخْرَجَهُ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي « سُنَنِهِ » ، وَأَبُو بَكْرِ الْخَلَّالُ ، فِي « جَامِعِهِ » ، وَهُوَ نَصٌّ فِي عِدَّةِ الْأُمَةِ ، فَكَذَلِكَ عِدَّةُ الْحُرَّةِ . وَلِأَنَّ ظَاهِرَ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . وَجُوبُ التَّرَبُّصِ ثَلَاثَةٌ كَامِلَةٌ ، وَمَنْ جَعَلَ الْقُرُوءَ الْأَطْهَارَ ، لَمْ يُوجِبْ ثَلَاثَةً ؛ لِأَنَّهُ يَكْتَفِي بِطَهْرَيْنِ وَبَعْضِ الثَّالِثِ ، فَيُخَالِفُ ظَاهِرَ النَّصِّ ، وَمَنْ جَعَلَهُ الْحَيْضَ ، أَوْجِبَ ثَلَاثَةً

(٢٠) فِي ١ ، ب ، م : « وَكَعِدَةٍ » .

(٢١) فِي ب : « أَوْ الصَّغِيرَةِ » .

(٢٢) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٤ .

(٢٣) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٦ .

(٢٤) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٣٩٧/١ .

(٢٥) فِي : بَابِ الْأَقْرَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُجْتَبَى ١٧٦/٦ . وَانْظُرْ ٢٧٧/١ .

(٢٦) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٥٣٤/١٠ .

(٢٧) فِي النَّسَخِ : « مُسْلِمٌ » . وَانْظُرْ تَرْجِمَتَهُ فِي : تَهْذِيبِ التَّهْذِيبِ ١٨٣/١٠ .

كاملة ، فيوافق ظاهر النص ، فيكون أولى من مخالفته ، ولأن العدة استبراء ، فكانت بالحیض ، كاستبراء الأمة ، وذلك لأن الاستبراء لمعرفة براءة الرّجيم من الحمل ، والذي يدل عليه الحيض ، فوجب أن يكون الاستبراء به . فإن قيل : لا تسلم أن استبراء الأمة بالحيضة ، وإنما هو بالطهر الذي قبل الحيضة . كذلك قال ابن عبد البر ، وقال (٢٨) : قولهم : إن استبراء الأمة حيضة بإجماع . ليس كما ظنوا ، بل جائز لها عندنا أن تنكح إذا دخلت في الحيضة ، واستيقنت أن دمها دم حيض ، كذلك قال إسماعيل بن إسحاق ليحيى بن أكرم حين أدخل (٢٩) عليه في مناظرته إياه . قلنا : هذا يرده قول النبي ﷺ : « لا توطأ حامل حتى تضع ، ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة » (٣٠) . ولأن بالاستبراء (٣١) تعرف براءة الرّجيم ، وإنما يحصل بالحيضة ، لا بالطهر الذي قبلها ، ولأن العدة (٣٢) ظ ١٢٩/٨ تتعلق بخروج خارج / من الرّجيم ، فوجب أن تتعلق بالطهر ، كوضع الحمل ، يحققه أن العدة (٣٢) مقصودها معرفة (٣٣) براءة المرأة من الحمل ، فتارة تحصل بوضعه ، وتارة تحصل بما ينافيه ، وهو الحيض الذي لا يتصور وجوده معه . فأما (٣٤) قوله تعالى : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ ﴾ فيحتمل أنه أراد قبل عدتهن ، إذ لا يمكن حملها على الطلاق في العدة ، ضرورة أن الطلاق يسبق (٣٥) العدة ، لكونه سببها ، والسبب يتقدم (٣٦) الحكم ، فلا يوجد الحكم (٣٧) قبله ، والطلاق في الطهر تطليق قبل العدة إذا كانت الأقراء الحيض .

(٢٨) سقطت الواو من : ب .

(٢٩) في م : « دخل » .

(٣٠) تقدم تحريجه ، في : ٤٤٤/١ .

(٣١) في م : « الاستبراء » .

(٣٢-٣٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ا ، م : « فإن » .

(٣٥) في ا ، م : « سبق » .

(٣٦) في ب ، م ، زيادة : « على » .

(٣٧) سقط من : ب ، م .

الفصل الثالث : أَنَّ الْحَيْضَةَ الَّتِي تَطْلُقُ ^(٣٨) فِيهَا ، لَا تُحْسَبُ مِنْ عِدَّتِهَا . بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، فَتَنَاولَ ثَلَاثَةَ كَامِلَةٍ ، وَالَّتِي طَلَّقَ فِيهَا لَمْ يَتَّقَ مِنْهَا مَا يَتِمُّ بِهِ مَعَ اثْنَتَيْنِ ثَلَاثَةَ كَامِلَةٍ ، فَلَا يُعْتَدُّ بِهَا . وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ إِنَّمَا حُرِّمَ فِي الْحَيْضِ ؛ لِمَا فِيهِ مِنْ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا ، فَلَوْ اخْتَسَبَتْ ^(٣٩) بِتِلْكَ الْحَيْضَةِ قُرْءًا ، كَانَ أَقْصَرَ لِعِدَّتِهَا ، وَأَنْفَعَ لَهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُحَرَّمًا ^(٤٠) ، وَمَنْ قَالَ : الْقُرُوءُ الْأَطْهَارُ . ^(٤١) اخْتَسَبَ لَهَا بِالطُّهْرِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ قُرْءًا ، فَلَوْ طَلَّقَهَا وَقَدْ بَقِيَ مِنْ قُرْئِهَا لَحُظَةٌ ، حَسَبَهَا قُرْءًا ، وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ قَالَ : الْقُرُوءُ الْأَطْهَارُ ^(٤٢) . إِلَّا الزُّهْرِيُّ وَحْدَهُ ، قَالَ : تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ ^(٤٣) قُرُوءٍ سِوَى الطُّهْرِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ . وَحَكِيَ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ ، أَنَّهُ إِنْ كَانَ جَامِعًا فِي الطُّهْرِ ، لَمْ يَحْتَسِبْ بِبَقِيَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ زَمَنٌ حُرِّمَ فِيهِ الطَّلَاقُ ، فَلَمْ يَحْتَسِبْ بِهِ ^(٤٤) مِنْ الْعِدَّةِ ، كَزَمَنِ الْحَيْضِ . وَلَنَا ، أَنَّ الطَّلَاقَ حُرِّمَ فِي زَمَنِ الْحَيْضِ دَفْعًا لِضَرَرِ تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا ، فَلَوْ لَمْ يَحْتَسِبْ بِبَقِيَّةِ الطُّهْرِ قُرْءًا ، كَانَ الطَّلَاقُ فِي الطُّهْرِ أَضَرَّ بِهَا ، وَأَطْوَلُ عَلَيْهَا ، وَمَا ذَكَرَ عَنْ أَبِي عُبَيْدٍ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ فِي الْحَيْضِ لِكَوْنِهَا لَا تُحْتَسَبُ بِبَقِيَّتِهِ ، فَلَا يَجُوزُ أَنْ تُجْعَلَ الْعِلَّةُ فِي عَدَمِ الْإِحْتِسَابِ تَحْرِيمَ الطَّلَاقِ ، فَتَصِيرَ الْعِلَّةُ مَعْلُومًا ، وَإِنَّمَا تَحْرِيمُ الطَّلَاقِ فِي الطُّهْرِ الَّذِي أَصَابَهَا فِيهِ ، لِكَوْنِهَا مُرْتَابَةً ، وَلِكَوْنِهِ ^(٤٥) لَا يَأْمَنُ النَّدَمُ بِظُهُورِ حَمْلِهَا ، فَأَمَّا إِنْ انْقَضَتْ حُرُوفُ الطَّلَاقِ مَعَ انْقِضَاءِ الطُّهْرِ ، فَإِنَّ الطَّلَاقَ يَقَعُ فِي ^(٤٦) أَوَّلِ الْحَيْضَةِ ، وَيَكُونُ مُحَرَّمًا ، وَلَا تُحْتَسَبُ بِتِلْكَ

(٣٨) فِي ١ ، ب ، م : « طَلَّقَ » .

(٣٩) فِي الْأَصْلِ : « اخْتَسَبَ » .

(٤٠) فِي م : « مُحَرَّمًا » .

(٤١-٤٢) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤٢) فِي ١ : « ثَلَاثَةٌ » .

(٤٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤٤) فِي ١ : « وَلِكَوْنِهَا » .

(٤٥) سَقَطَ مِنْ : ١ .

الْحَيْضَةِ مِنْ عِدَّتِهَا ، وَتَحْتَاجُ أَنْ تَعْتَدَّ بِثَلَاثِ حَيْضٍ بَعْدَهَا ، أَوْ ثَلَاثَةِ أَطْهَارٍ ، عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى . وَلَوْ قَالَ لَهَا : أَنْتِ طَالِقٌ فِي آخِرِ طَهْرِكَ . أَوْ : فِي آخِرِ جُزْءٍ مِنْ طَهْرِكَ . أَوْ انْقَضَتْ حُرُوفُ^(٤٦) الْإِيقَاعِ ، وَلَمْ يَبْقَ مِنَ الطَّهْرِ إِلَّا زَمَنُ الْوُقُوعِ ، فَإِنَّهَا لَا تَحْتَسِبُ بِالطَّهْرِ الَّذِي وَقَعَ فِيهِ الطَّلَاقُ ؛ / لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَا تَكُونُ إِلَّا بَعْدَ وَقُوعِ الطَّلَاقِ ، وَلَيْسَ بَعْدَهُ طَهْرٌ تَعْتَدُّ بِهِ ، وَلَا يَجُوزُ الْاِعْتِدَادُ بِمَا قَبْلَهُ . وَلَا بِمَا قَارَبَهُ ، وَمَنْ جَعَلَ الْقُرْءَ الْحَيْضَ ، اِعْتَدَّهَا بِالْحَيْضَةِ الَّتِي تَلِي الطَّلَاقَ ؛ لِأَنَّهَا حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ ، لَمْ يَبْقَ فِيهَا طَلَاقٌ ، فَوَجَبَ أَنْ تَعْتَدَّ بِهَا قُرْءًا . وَإِنْ اِخْتَلَفَا ، فَقَالَ الزَّوْجُ : وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الْحَيْضِ . وَقَالَتْ : بَلْ فِي آخِرِ الطَّهْرِ . أَوْ قَالَ : انْقَضَتْ حُرُوفُ الطَّلَاقِ مَعَ انْقِضَاءِ الطَّهْرِ . وَقَالَتْ : بَلْ وَقَدْ بَقِيَ مِنْهُ بَقِيَّةٌ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا مَقْبُولٌ فِي الْحَيْضِ ، وَفِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ .

١٣٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، أُيِّسَتْ لِلزَّوْاجِ)

حكى أبو عبد الله ابنُ حامدٍ ، فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهَا فِي الْعِدَّةِ مَا لَمْ تَغْتَسِلْ ، فَيُباحُ لَزَوْجِهَا أَنْ يَرْجِعَا فِيهَا ، وَلَا يَحِلُّ لغيرِهِ نِكَاحُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : عَمْرٌ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ مَسْعُودٍ يَقُولُونَ : قَبْلَ أَنْ تَغْتَسِلَ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرِ الصَّدِّيقِ ، وَعُثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ، وَأَبِي مُوسَى ، وَعُبَادَةَ ، وَأَبِي الدَّرْدَاءِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . قَالَ شَرِيكَ : لَهُ الرَّجْعَةُ وَإِنْ فَرَطَتْ فِي الْغُسْلِ عِشْرِينَ سَنَةً . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : وَرَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، أَنَّهَا فِي عِدَّتِهَا ،^(١) وَلَزَوْجِهَا رَجَعْتُهَا حَتَّى يَمَضِيَ وَقْتُ الصَّلَاةِ الَّتِي طَهَّرَتْ فِي وَقْتِهَا . وَهَذَا قَوْلُ الثَّوْرِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ^(٢) إِذَا انْقَطَعَ الدَّمُ لِدُونَ أَكْثَرِ الْحَيْضِ ، فَإِنْ انْقَطَعَ لِأَكْثَرِهِ ، انْقَضَتْ الْعِدَّةُ بِانْقِطَاعِهِ . وَوَجْهُُ اعْتِبَارِ الْغُسْلِ قَوْلُ الْأَكْبَرِ^(٣) مِنَ الصَّحَابَةِ ، وَلَا مُخَالَفَ لَهُمْ فِي

(٤٦) فِي ١ ، م : « فحروف » .

(١-٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي ١ ، ب : « الْأَكْبَرُ » . وَفِي : « الْأَكْبَرَيْنِ » .

عَصْرِهِمْ ، فَيَكُونُ إِجْمَاعًا . وَلَئِنَّهَا مَمْنُوعَةٌ مِنَ الصَّلَاةِ بِحُكْمِ حَدِيثِ الْحَيْضِ ، فَأَشْبَهَتْ الْحَائِضَ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، أَنَّ الْعِدَّةَ تَنْقَضِي بِطَهْرِهَا مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، وَانْقِطَاعِ دَمِهَا . اخْتَارَهُ أَبُو الْخَطَّابِ . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ فِي الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٣) . وَقَدْ كَمَلَتْ الْقُرُوءُ ، بِدَلِيلِ وُجُوبِ الْغُسْلِ عَلَيْهَا ، وَوُجُوبِ الصَّلَاةِ ، وَفِعْلِ الصِّيَامِ ، وَصِحَّتِهِ مِنْهَا ، وَلَئِنَّهُ لَمْ يَتَّقِ حُكْمُ الْعِدَّةِ فِي الْمِيرَاثِ ، وَوُقُوعُ الطَّلَاقِ بِهَا ، وَاللَّعَانِ ، وَالتَّفَقُّعِ ، فَكَذَلِكَ فِيمَا ^(٤) نَحْنُ فِيهِ . قَالَ الْقَاضِي : إِذَا شَرَطْنَا الْغُسْلَ ، أَفَادَعَدَّمَهُ إِبَاحَةُ الرَّجْعَةِ وَتَحْرِيمُهَا عَلَى الْأَزْوَاجِ ، فَأَمَّا سَائِرُ الْأَحْكَامِ ، فَإِنَّهَا تَنْقَطِعُ بِانْقِطَاعِ / دَمِهَا .

١٣٠/٨ ظ

فصل : وَإِنْ قُلْنَا : الْقُرُوءُ ^(٥) الْأَطْهَارُ . فَطَلَّقَهَا وَهِيَ طَاهِرٌ ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِرُؤْيَةِ الدِّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، وَإِنْ طَلَّقَهَا حَائِضًا ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِرُؤْيَةِ الدِّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الرَّابِعَةِ . وَهَذَا قَوْلُ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ ، وَابْنِ عَمَرَ ، وَعَائِشَةَ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَسَالِمِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، وَأَبَانَ بْنِ عُثْمَانَ ، وَمَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَحُكِيَ عَنْهُ قَوْلُ آخَرٍ ، لَا تَنْقَضِي الْعِدَّةُ حَتَّى يَمْضِيَ مِنَ ^(٦) الدِّمِّ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ ؛ لَجَوَازِ أَنْ يَكُونَ الدِّمُّ دَمَ فَسَادٍ ، فَلَا نَحْكُمُ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ حَتَّى يَزُولَ الْإِحْتِمَالُ . وَحَكِيَ الْقَاضِي هَذَا إِحْتِمَالًا فِي مَذْهَبِنَا أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى جَعَلَ الْعِدَّةَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ، فَالزِّيَادَةُ عَلَيْهَا مُبْخَالِفَةٌ لِلنَّصِّ ، فَلَا يُعَوَّلُ عَلَيْهِ ، وَلَئِنَّهُ قَوْلٌ مِنْ سَمَيْنَا مِنَ الصَّحَابَةِ ، رَوَاهُ الْأَثَرُ عَنْهُمْ بِإِسْنَادِهِ ، وَلَفْظُ حَدِيثِ زَيْدِ بْنِ ثَابِتٍ : إِذَا دَخَلَتْ فِي الدِّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّالِثَةِ ، فَقَدْ بَرِئْتُ مِنْهُ ، وَبَرِئْتُ مِنْهَا ، وَلَا تَرْتُهُ وَلَا يَرْتُهَا ^(٧) .

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « مَا » .

(٥) أ : « الْأَقْرَاء » .

(٦) فِي م : « زَمَن » .

(٧) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْأَقْرَاءِ وَعِدَّةُ الطَّلَاقِ وَطَّلَاقِ الْحَائِضِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُوَطَّأُ ٥٧٧/٢ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ . انْظُرْ : الْبَابَ الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، تَرْتِيبُ الْمُسْنَدِ ٥٩/٢ = .

وقولهم: إِنَّ الدَّمَ ^(٨) يَجُوزُ أَنْ ^(٩) يَكُونَ دَمَ فَسَادٍ . قُلْنَا : قَدْ حُكِمَ بِكَوْنِهِ حَيْضًا فِي تَرْكِ الصَّلَاةِ ، وَتَحْرِيمِهَا عَلَى الزَّوْجِ ، وَسَائِرِ أَحْكَامِ الْحَيْضِ ، فَكَذَلِكَ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ . ثُمَّ إِنْ كَانَ التَّوَقُّفُ عَنِ الْحُكْمِ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ لِلْإِحْتِمَالِ ، فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ حَيْضٌ ، عَلِمْنَا أَنَّ الْعِدَّةَ قَدْ انْقَضَتْ حِينَ رَأَتْ الدَّمَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا : إِنْ حِضْتِ فَأَنْتِ طَالِقٌ . وَاخْتَلَفَ ^(٩) الْقَائِلُونَ بِهَذَا الْقَوْلِ ، فَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : الْيَوْمُ وَاللَّيْلَةُ مِنَ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ دَمٌ تَكْمُلُ بِهِ الْعِدَّةُ ، فَكَانَ مِنْهَا ، كَالَّذِي فِي أَثْنَاءِ الْأَطْهَارِ . وَمِنْهُمْ مَنْ قَالَ : لَيْسَ مِنْهَا ، إِنَّمَا يَتَبَيَّنُ بِهِ انْقِضَاؤُهَا ، وَلَأَنَّا لَوْ جَعَلْنَاهَا مِنْهَا ، أَوْجَبْنَا الزَّيَادَةَ عَلَى ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، وَلَكِنَّا نَمْنَعُهَا مِنَ التَّكَاجِ حَتَّى يَمْضِيَ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ ، وَلَوْ رَاجَعَهَا زَوْجُهَا فِيهَا ، لَمْ تَصِحَّ الرَّجْعَةُ . وَهَذَا أَصَحُّ الْوَجْهَيْنِ .

١٣٤١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَّةٌ ، فَإِذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْخَيْضَةِ الثَّانِيَةِ)

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَقُولُونَ : عِدَّةُ الْأُمَّةِ بِالْقُرْءِ قُرْءَانٍ . مِنْهُمْ ؛ عُمَرُ ، وَعَلِيٌّ ، وَابْنُ عُمَرَ ، وَسَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَعَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُتْبَةَ ، وَالْقَاسِمُ ، وَسَالِمٌ ، وَزَيْدُ بْنُ أَسْلَمَ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ ابْنِ سِيرِينَ ، عِدَّتُهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ مَضَتْ بِذَلِكَ سُنَّةٌ . وَهُوَ قَوْلُ دَاوُدَ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(١) . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « قُرْءُ الْأُمَّةِ خَيْضَتَانِ » ^(٢) . وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ، وَقَوْلُ عُمَرَ وَعَلِيٍّ وَابْنِ عُمَرَ ، وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ مُخَالَفًا فِي الصَّحَابَةِ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَهَذَا يَخُصُّ عُمُومَ الْآيَةِ . وَلِأَنَّهُ مَعْنَى ذُو عَدَدٍ ، يُبْنَى عَلَى التَّفَاضُلِ ، فَلَا تُسَاوَى فِيهِ الْأُمَّةُ الْحُرَّةُ ، كَالْحَدِّ . وَكَانَ

والبيهقي ، في : باب ما جاء في قوله عز وجل : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ، من كتاب العدد .

السنن الكبرى ٤١٥/٧ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) سقطت الواو من : أ ، ب ، م .

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) تقدم ترجمته ، في : ٥٣٤/١٠ .

القياسُ يَقْتَضِي أَنْ تَكُونَ حِيْضَةً وَنِصْفًا ، كما كان حُدُّها على النِّصْف من حُدِّ الحُرَّة ، إلَّا أنَّ الحَيْضَ لَا يَتَّبَعُ ، فَكَمَلَ حَيْضَتَيْنِ ، ولهذا قال عمرُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ : لو أَسْتَطِيعُ أَنْ أَجْعَلَ الْعِدَّةَ حِيْضَةً وَنِصْفًا لَفَعَلْتُ . فإذا تَقَرَّرَ هذا ، فائْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِالْعُسْلِ من الحِيْضَةِ الثَّانِيَةِ ، في إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ ، وفي الأُخْرَى ، بانْقِطَاعِ الدَّمِ من الحِيْضَةِ الثَّانِيَةِ . وعلى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنْ الْقُرْءُ الْأَطْهَارُ . فائْقِضَاءُ عِدَّتِهَا بِرُؤْيَةِ الدَّمِ من الحِيْضَةِ الثَّانِيَةِ .

١٣٤٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ مِنَ الْإِيسَاتِ ، أَوْ مِمَّنْ لَمْ يَحِضْنَ ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَهُ فِي كِتَابِهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَالَّذِي يَعْسَنُ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّذِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ^(١) . فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الْهِلَالِ ، اعْتُبِرَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلِ ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوْفِيَتْ لِلنَّاسِ وَالْحَجَّ ﴾ ^(٢) . وقال سُبْحَانَهُ : ﴿ إِنْ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرُمٌ ﴾ ^(٣) . ولم يَخْتَلِفِ النَّاسُ فِي أَنَّ الْأَشْهُرَ الْحُرُمَ ^(٤) مُعْتَبَرَةٌ بِالْأَهْلِ . وَإِنْ وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ ^(٥) اعْتَدَّتْ بَقِيَّتُهُ ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلِ ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ مِنَ الشَّهْرِ الثَّالِثِ تَمَامَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، تَحْتَسِبُ بَقِيَّةُ الْأَوَّلِ ، وَتَعْتَدُّ مِنَ الرَّابِعِ بِقَدْرِ مَا فَاتَهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، تَأْمًا كَانَ أَوْ نَاقِصًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنْ أَوَّلِ الْهِلَالِ ، كَانَتْ الْعِدَّةُ بِالْأَهْلِ ، فَإِذَا كَانَ مِنْ بَعْضِ الشَّهْرِ ، وَجَبَ قَضَاءُ مَا فَاتَ مِنْهُ .

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

(٣) سورة التوبة ٣٦ .

(٤) في م : « الحرام » .

(٥) في م : « الشهر » .

وخرَج أصحابنا وجهاً ثانياً ؛ أنَّ جميعَ الشُّهورِ مَحْسُوبَةٌ بالعددِ . وهو قولُ ابنِ بنتِ الشافعي ؛ لأنَّه إذا حُسِبَ الأوَّلُ بالعددِ ، كان ابتداءُ الثاني من بعضِ الشَّهرِ ، فيجبُ ١٣١/٨ ط أن يُحَسَّبَ بالعددِ ، وكذلك الثالثُ . ولنا ، أنَّ الشَّهرَ يَقَعُ على ما بين / الهَلالَيْنِ وعلى الثلاثينِ ، ولذلك إذا غَمَّ الشَّهرُ كَمَلَّ ثلاثينَ ، والأصلُ الهَلالُ ، فإذا أُمكِنَ اعتِبارُ الهَلالِ ، اعتَبِرَ^(٦) ، وإذا تَعَدَّرَ ، رُجِعَ^(٧) إلى العددِ . وفي هذا انفصالٌ عما ذَكَرَ لأبي حنيفة . وأمَّا التَّخْرِيجُ الذي ذَكَرناه ، فإنَّه لا يَلْزَمُ إتمامُ الشَّهرِ الأوَّلِ من الثاني ، ويجوزُ أن يكونَ تمامُه من الرَّابعِ .

فصل : وتُحَسَّبُ^(٨) العِدَّةُ من السَّاعةِ التي فارَقَها رَؤُوسُها فيها ، فلو فارَقَها نِصْفَ اللَّيْلِ ، أو نِصْفَ النَّهارِ ، اعتَدَّتْ من ذلك الوَقْتِ إلى مِثْلِهِ . في قولِ أَكثَرِ أَهْلِ العِلْمِ . وقال أبو عبدِ اللَّهِ ابنُ حامِدٍ : لا تُحْتَسَبُ بالسَّاعاتِ ، وإنَّما تُحْتَسَبُ بأَوَّلِ اللَّيْلِ والنَّهارِ ، فإذا أَطْلَقَها نهاراً ، احتَسَبَتْ^(٩) من أَوَّلِ اللَّيْلِ الذي يَلِيه ، وإنَّ^(١٠) طَلَّقَها ليلاً ، احتَسَبَتْ بأَوَّلِ النَّهارِ الذي يَلِيه . وهذا قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّ حِسَابَ السَّاعاتِ يَشُقُّ ، فسَقَطَ اعتِبارُه . ولنا ، قولُ اللَّهِ تعالى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ . فلا تجوزُ الزَّيادةُ عليها بغيرِ دليلٍ ، وحِسَابُ السَّاعاتِ مُمكِنٌ ، إمَّا يَقِينًا ، وإمَّا اسْتِظْهَارًا ، فلا وَجْهَ للزَّيادةِ على ما أَوْجَبَهُ اللَّهُ تعالى .

١٣٤٣ - مسألة ؛ قال : (والأمة شهران)

اختلفت الروايات^(١) عن أبي عبد الله في عِدَّةِ الأَمَةِ ، فأكثرُ الرِّواياتِ عنه ، أنَّها

(٦) في ١ ، م : « اعتبروا » .

(٧) في م : « رجعوا » .

(٨) في م : « وتجب » .

(٩) في الأصل : « احتسب » .

(١٠) في ب : « وإذا » .

(١) في الأصل ، ب : « الرواية » .

شَهْرَان . رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ ، وَاحْتَجَّ فِيهِ بِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : عِدَّةُ أُمِّ الْوَلَدِ حَيْضَتَانِ ، وَلَوْ لَمْ تَحِضْ كَانَ عِدَّتُهَا شَهْرَيْنِ . رَوَاهُ الْأَثَرُمُ عَنْهُ بِإِسْنَادِهِ ^(٢) . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَحَدُ أَقْوَالِ ^(٣) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَشْهُرَ بَدَلٌ مِنَ الْقُرُوءِ ، وَعِدَّةُ ذَاتِ الْقُرُوءِ قُرْآنٌ ، فَبَدَلُهَا شَهْرَانِ ، وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ بِالشُّهُورِ عَنْ غَيْرِ الْوَفَاةِ ، فَكَانَ عَدْدُهَا كَعَدْدِ الْقُرُوءِ ، لَوْ كَانَتْ ذَاتَ قُرُوءٍ ^(٤) ، كَالْحُرَّةِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ عِدَّتَهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ . تَقْلَهَا الْمَيْمُونِيُّ ، وَالْأَثَرُمُ ، وَاخْتَارَاهَا أَبُو بَكْرِ . وَهَذَا قَوْلُ عَلِيٍّ ^(٥) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ^(٥) ، وَابْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسَالِمٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَهُوَ قَوْلُ ثَانٍ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ نِصْفُ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، فَنِصْفُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ ، وَإِنَّمَا كَمَلْنَا لِذَاتِ الْحَيْضِ حَيْضَتَيْنِ ، لَتَعْدُرَ تَبْعِيضُ الْحَيْضَةِ ، فَإِذَا / صِرْنَا إِلَى الشُّهُورِ ، أُمُكِّنَ التَّنْصِيفُ ، فَوَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ ، كَمَا فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَالْمُحْرِمِ ، إِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ فِي جَزَاءِ الصَّبَدِ نِصْفُ مُدٍّ ، أَجْزَأَهُ إِخْرَاجُهُ ، فَإِنْ أَرَادَ الصِّيَامَ مَكَانَهُ ، صَامَ يَوْمًا كَامِلًا . وَلِأَنَّهَا عِدَّةٌ أُمُكِّنَ تَنصِيفُهَا ، فَكَانَتْ عَلَى النَّصْفِ مِنْ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ^(٦) ، كَعِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ بِالشُّهُورِ ، فَكَانَتْ عَلَى النَّصْفِ مِنْ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ^(٦) كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ^(٧) . وَالرَّوَايَةُ الثَّالِثَةُ ، أَنَّ عِدَّتَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَبِحِجَى الْأَنْصَارِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّالِثُ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ ^(٨) . وَلِأَنَّهُ اسْتَبْرَأَ

(٢) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عِدَّةِ الْأُمَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُدَدِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٤٢٥/٧ .

(٣) فِي ١ ، م : : قَوْلِي .

(٤) فِي ١ ، ب ، م : : قَرَأَ .

(٥) أَخْرَجَهُمَا ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا قَالُوا : كَمْ عِدَّةُ الْأُمَةِ إِذَا طَلَّقَتْ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ١٦٦/٥ ،

١٦٧ .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقْلَ نَظَرِ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٤ .

للأمة الآيسة بالشهور ، فكان ثلاثة أشهر ، كاستبراء الأمة إذا ملكها ، أو مات سيدها ، ولأن اعتبار الشهور ههنا للعلم ببراءة رحيما^(٩) ، ولا يحصل هذا بدون ثلاثة أشهر في الحرية والأمة جميعا ؛ لأن الحمل يكون نطفة أربعين يوما ،^(١٠) وعلقه أربعين يوما^(١١) ، ثم يصير مضغة ، ثم يتحرك ، ويغلو بطن المرأة ، فيظهر الحمل ، وهذا معنى لا يختلف بالرق والحرية ، ولذلك كان استبراء الأمة في حق سيدها ثلاثة أشهر . ومن رد هذه الرواية قال : هي مخالفة لإجماع الصحابة ؛ لأنهم اختلفوا على القولين الأولين ، ومتى اختلف الصحابة على قولين ، لم يجوز إحداث قول ثالث ؛ لأنه يفضي إلى تحطيتهم ، وخروج الحق عن قول جميعهم ، ولا يجوز ذلك ، ولأنها معتدة لغير الحمل^(١٢) ، فكانت دون عدة الحرية ، كذات القروء^(١٣) المتوفى عنها زوجها .

فصل : واختلف^(١٤) عن أحمد في السن الذي يصير به المرأة من الآيسات ، فعنه : أوله خمسون سنة ؛ لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة في بطنها ولدا بعد خمسين سنة . وعنه : إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ؛ لأنهن أقوى طبيعة . وقد ذكر الزبير بن بكار ، في كتاب « النسب » ، أن هند ابنت أبي عبيدة ابن عبد الله بن زمة^(١٥) ، ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن^(١٦) بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال : إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عريضة ، ولا تلد

(٩) في م : « الرحم » .

(١٠-١١) سقط من : أ .

(١١) في أ ، ب ، م : « الحل » .

(١٢) في م : « القراء » .

(١٣) أي النقل .

(١٤) في ب : « ربيعة » . وتقدم في ٤٤٦/١ .

(١٥) في ب : « حسين » . وصرح ما تقدم في ٤٤٦/١ إلى « موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن » . وانظر المسألة في : مقاتل الطالبين ٣٩٠ ، زهر الآداب ٨٩/١ . ولم ترد في نسب قريش لمصعب الذي بين أيدينا ، وورد نسبه فيه . انظر ٤٩٥-٥٠٦ .

لَسْتَيْنِ إِلَّا قُرَشِيَّةٌ . وللشافعي قولان ؛ أحدهما ، يُعْتَبَرُ السَّنُ الذِي يُتَيَقَّنُ أَنَّهَا ^(١٦) إِذَا بَلَغَتْهُ
 لَمْ تَحِضْ . قال بعضهم : / هو اثنانِ وسِتُونَ سَنَةً . والثاني ، يُعْتَبَرُ السَّنُ الذِي يَنَاسُ
 فِيهِ نِسَاءُ عَشِيرَتِهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ نَشَأَهَا كُنْشِيَّتُهَا ، وَطَبَعُهَا كَطَبَعِيَّتِهَا . والصَّحِيحُ ،
 إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ مَتَى ^(١٧) بَلَغَتِ الْمَرْأَةُ خَمْسِينَ سَنَةً ، فَانْقَطَعَ حَيْضُهَا عَنْ عَادَتِهَا
 مَرَّاتٍ لَغَيْرِ سَبَبٍ ، فَقَدْ صَارَتْ آيِسَةً ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْحَيْضِ فِي حَقِّ هَذِهِ نَادِرٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ
 عَائِشَةَ ، وَقِلَّةِ وُجُودِهِ ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَى هَذَا انْقِطَاعُهُ عَنْ الْعَادَاتِ مَرَّاتٍ ، حَصَلَ الْيَأْسُ
 مِنْ وُجُودِهِ ، فَلَهَا حِينَئِذٍ أَنْ تَعْتَدَ بِالْأَشْهُرِ ، وَإِنْ انْقَطَعَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَنْ
 ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَذَرِي مَا رَفَعَهُ . عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ
 الْخَمْسِينَ ، عَلَى الْعَادَةِ الَّتِي كَانَتْ تَرَاهُ فِيهَا ، فَهُوَ حَيْضٌ ، فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ
 الْحَيْضِ الْوُجُودُ فِي زَمَنِ الْإِمْكَانِ ، وَهَذَا يُمَكِّنُ وُجُودَ الْحَيْضِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ نَادِرًا .
 وَإِنْ رَأَتْهُ بَعْدَ السَّتِينَ ، فَقَدْ تُيَقَّنُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ ؛ ^(١٨) لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ ذَلِكَ . قَالَ
 الْخِرَقِيُّ : وَإِذَا رَأَتْهُ بَعْدَ السَّتِينَ ، فَقَدْ تُيَقَّنُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ ^(١٩) . فَعِنْدَ ذَلِكَ لَا تَعْتَدُ بِهِ ،
 وَتَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ ، كَالَّتِي لَا تَرَى دَمًا .

فصل : وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع سنين ؛ لأن المرجع فيه إلى الوجود ، وقد
وجد من تحيض لتسع . وقد روى عن الشافعي ، أنه قال : رأيت جدة لها إحدى
وعشرون سنة ^(١٩) . فهذه إذا أسقطت من عمرها مدة الحملين في الغالب عامًا ونصفًا ،
وقسمت الباقي بينها وبين ابنتها ، كانت كل واحدة منهما قد حملت لدون عشر سنين .
فإن رأت دما قبل ذلك ، فليس بحيض ؛ لأنه لم يوجد مثلها متكررًا ، والمعتبر من ذلك
ما تكرر ثلاث مرّات في حال الصحة ، ولم يوجد ذلك ، فلا يعتد به .

(١٦) في ١ ، ب ، م : « أنه » .

(١٧) في الأصل : « إذا » .

(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٩) تقدم في : ٤٤٧/١ . وقد ذكره البيهقي ، بإسناده عن الشافعي ، في : باب السن التي وجدت المرأة حاضت فيها ، من كتاب الحيض . السنن الكبرى ٣١٩/١ ، ٣٢٠ .

فصل : فَإِنْ بَلَغَتْ سِنًا تَحِيضُ فِيهِ النِّسَاءُ فِي الْغَالِبِ ، فَلَمْ تَحِضْ ، كَحَمْسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، ^(٢٠) وَهُوَ قَوْلُ ^(٢١) أَبِي بَكْرٍ . ^(٢٢) وَهُوَ مَذْهَبُ ^(٢٣) أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَضَعَفَ أَبُو بَكْرٍ الرَّوَايَةَ الْمُخَالَفَةَ لِهَذَا ، وَقَالَ : رَوَاهَا أَبُو طَالِبٍ ، فَخَالَفَ ^(٢٤) فِيهَا أَصْحَابَهُ ، وَذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ سَنَةً . قَالَ / الْقَاضِي : هَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى أَتَى عَلَيْهَا زَمَانُ الْحَيْضِ فَلَمْ تَحِضْ ، صَارَتْ ^(٢٥) مُرْتَابَةً ، يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِهَا حَمْلٌ مَنَعَ حَيْضُهَا ، فَيَجِبُ أَنْ تَعْتَدَّ بِسَنَةٍ ، كَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا بَعْدَ وُجُودِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاللَّيْ يَحِضْنَ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ^(٢٦) وَهَذِهِ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ^(٢٧) ، وَلِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِحَالِ الْمُعْتَدَّةِ ، لَا بِحَالِ غَيْرِهَا ، وَلِهَذَا لَوْ حَاضَتْ قَبْلَ بُلُوغِ سِنٍ يَحِيضُ لِمِثْلِهِ النِّسَاءُ فِي الْغَالِبِ ، مِثْلَ أَنْ تَحِيضَ وَلَهَا عَشْرُ سِنِينَ ، اعْتَدَّتْ بِالْحَيْضِ ، وَفَارَقَ مَنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا ^(٢٨) وَلَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ ^(٢٩) ؛ فَإِنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ الْقُرُوءِ ^(٣٠) ، وَهَذِهِ لَمْ تَكُنْ مِنْهُنَّ .

١٣٤٤ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَإِذَا طَلَّقَهَا طَلَاقًا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ ، وَهِيَ أَمَةٌ ، فَلَمْ تَنْقُضْ عِدَّتُهَا حَتَّى أُعْتِقَتْ ^(١) ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ . وَإِنْ طَلَّقَهَا طَلَاقًا لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةُ ^(٢) ، فَأُعْتِقَتْ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ أَمَةٍ)

(٢٠-٢١) في ١ ، ب : « وقول » .

(٢١-٢٢) في ب : « ومذهب » .

(٢٢) في ١ ، م : « فخالص » .

(٢٣) في الأصل ، ب : « حصلت » .

(٢٤) سورة الطلاق ٤ .

(٢٥-٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٦-٢٧) سقط من : ب .

(٢٧) في ١ : « الأقراء » .

(١) في ب : « أعتقها » .

(٢) في ١ ، م : « رجعة » .

هذا قول الحسن ، والشَّعْبِيُّ ، والضَّحَّاكُ ، وإسحاق ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وهو ^(٣) .
أحد أقوال الشافعي . والقول الثاني ، تَكْمِلُ عِدَّةَ أُمَةٍ ، سواء كانت بائناً أو رجعيةً . وهو
قول مالك ، وأبي ثور ؛ لأنَّ الحرَّيةَ طرأت بعد وجوبِ العِدَّةِ عليها ، فلا يُعْتَبَرُ حُكْمُهَا ،
كما لو كانت بائناً . أو كما لو طرأت بعد وجوبِ الاستبراء ، ولأنَّه معنى يَخْتَلِفُ بالرَّقِّ
والحرِّيةِ ، فكان الاعتبارُ بحالةِ الوجوبِ ، كالحَدِّ . وقال عطاء ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتَادَةُ :
تَبْنِي عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ بِكُلِّ حَالٍ . وهو القول الثالثُ للشافعي ؛ لأنَّ سَبَبَ العِدَّةِ الكَامِلَةِ
إِذَا وَجَدَ فِي أَثْنَاءِ العِدَّةِ ، انْتَقَلَتْ إِلَيْهَا وَإِنْ كَانَتْ بائِناً ، كما لو اعْتَدَتْ بالشُّهُورِ ثُمَّ رَأَتْ
الدَّمَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا إِذَا أُعْتِقَتْ ^(٤) ، وَهِيَ رَجْعِيَّةٌ ، فَقَدْ وَجَدَتْ الحرَّيةَ ، وَهِيَ زَوْجَةٌ تَعْتَدُ
عِدَّةَ الوَفَاةِ لو مَاتَ ، فَوَجَبَ أَنْ تَعْتَدَ عِدَّةَ الحَرَاثِ ، كما لو أُعْتِقَتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ . وَإِنْ
أُعْتِقَتْ وَهِيَ بائِنٌ ، فَلَمْ تُوجَدْ الحرَّيةُ فِي الزَّوْجِيَّةِ ، فَلَمْ تَجِبْ عَلَيْهَا عِدَّةُ الحَرَاثِ ، كَمَا لو
أُعْتِقَتْ بَعْدَ مُضِيِّ الْقَرَّيْنِ . وَلَأنَّ ^(٥) الرَّجْعِيَّةَ تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الوَفَاةِ لو مَاتَ ، فَتَنْتَقِلُ إِلَى
عِدَّةِ الحَرَاثِ ، وَالبَائِنُ لَا تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الوَفَاةِ ، فَلَا تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ الحَرَاثِ ، كَمَا لو انْقَضَتْ
عِدَّتُهَا . وَمَا ذَكَرْنَاهُ لِمَالِكٍ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا مَاتَ زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ ، فَإِنَّهَا تَنْتَقِلُ إِلَى عِدَّةِ /
الْوَفَاةِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ مَا نَحْنُ فِيهِ وَبَيْنَ مَا إِذَا حَاضَتِ الصَّغِيرَةُ ، أَنَّ الشُّهُورَ بَدَلٌ عَنْ
الْحَيْضِ ، فَإِذَا وَجَدَ الْمُبْدَلُ ، زَالَ حُكْمُ الْمُبْدَلِ ، كَالْمُتِمِّمِ يَجِدُ الْمَاءَ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ
هَهُنَا ، فَإِنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ لَيْسَتْ بِبَدَلٍ ، وَلِذَلِكَ تَبْنِي الْأُمَةُ عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا اتِّفَاقًا ،
وَإِذَا حَاضَتِ الصَّغِيرَةُ اسْتَأْنَفَتِ الْعِدَّةَ فَافْتَرَقَا ^(٦) ، وَتَخَالَفَ الْاسْتِبْرَاءُ ؛ فَإِنَّ الحرَّيةَ لو
قَارَنْتْ سَبَبَ وَجُوبِهِ ، لَمْ تَكْمُلْ ، أَلَا تَرَى أَنَّ أُمَّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا عَقَّتْ ^(٧) لَمَوْتِهِ ،
وَوَجَبَ الْاسْتِبْرَاءُ ، كَمَا يَجِبُ عَلَى التِّي لَمْ تَعْتِقْ ، وَلَأنَّ الْاسْتِبْرَاءَ لَا يَخْتَلِفُ بِالرَّقِّ
وَالْحُرِّيَّةِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

١٣٣/٨ ظ

(٣) فِي م : « وَهَذَا » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ب ، م : « عَقَّت » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « عِدَّة » .

(٦) فِي ١ ، م : « فَافْتَرَقَ » .

(٧) فِي ١ : « فَأَعْتَقَتْ » .

فصل : إذا عَتَقَتِ الأُمّةُ ثَحْتَ العَبْدِ ، فَاخْتَارَتْ نَفْسَهَا ، اغْتَدَتْ عِدَّةَ الحُرَّةِ ؛ لأنها بَانَتْ من زَوْجِهَا وهى حُرَّةٌ . وقد رَوَى الحسنُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، أَمَرَ بِرَبْرَةِ أَنْ تَعْتَدَ عِدَّةَ الحُرَّةِ^(٨) . وَإِنْ طَلَّقَهَا الْعَبْدُ طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، فَأَعْتَقَهَا سَيِّدُهَا ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ الحُرَّةِ ، سَوَاءً فَسَخَتْ ، أَوْ أَقَامَتْ عَلَى النِّكَاحِ ؛ لأنها عَتَقَتْ فِي عِدَّةِ رَجْعِيَّةٍ . وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ ، فَرَجَعَهَا فِي عِدَّتِهَا ، فَلَهَا الْخِيَارُ بَعْدَ رَجْعَتِهَا ،^(٩) فَإِنْ اخْتَارَتْ الْفَسْخَ قَبْلَ الْمَسِيْسِ ، فَهَلْ تَسْتَأْنِفُ الْعِدَّةَ ، أَمْ تُبْنِي عَلَى مَا مَضَى مِنْ عِدَّتِهَا ؟ . عَلَى وَجْهَيْنِ^(١٠) . فَإِنْ قُلْنَا : تَسْتَأْنِفُ . فَإِنَّهَا تَسْتَأْنِفُ عِدَّةَ حُرَّةٍ . وَإِنْ قُلْنَا : تُبْنِي . بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ .

١٣٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَهَا وَهِيَ مَمْنٌ قَدْ حَاضَتْ ، فَارْتَفَعَ خَيْضُهَا ، لَا تُدْرِي مَا رَفَعَهُ ، اغْتَدَتْ سَنَةً)

وجملة ذلك ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، وَهِيَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ ، فَلَمْ تَرَ الْخَيْضَ فِي عَادَتِهَا ، وَلَمْ تُدْرِ مَا رَفَعَهُ ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُ سَنَةً ؛ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ مِنْهَا تَتَرَبَّصُ فِيهَا لِتَعْلَمَ بَرَاءَةَ رَجِمِهَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ هِيَ غَالِبُ مُدَّةِ الْحَمْلِ ، فَإِذَا لَمْ يَبَيِّنِ الْحَمْلُ^(١١) فِيهَا ، عَلِمَ بَرَاءَةُ الرَّجِيمِ ظَاهِرًا ، فَتَعْتَدُ بَعْدَ ذَلِكَ عِدَّةَ الْإِسَابِ ، ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ . هَذَا قَوْلُ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . قَالَ الشَّافِعِيُّ : هَذَا قَضَاءُ عُمَرَ بَيْنَ الْمُهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ ، لَا يَنْكِرُهُ مِنْهُمْ مُنْكَرٌ عَلِمْنَاهُ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ الْحَسَنِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي قَوْلٍ آخَرَ : تَتَرَبَّصُ أَرْبَعَ سِنِينَ ، أَكْثَرَ مُدَّةِ الْحَمْلِ ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْمُدَّةَ هِيَ الَّتِي يُتَيَقَّنُ بِهَا بَرَاءَةُ رَجِمِهَا ، فَوَجَبَ اعْتِبَارُهَا اخْتِيَاطًا . وَقَالَ فِي الْجَدِيدِ : تَكُونُ فِي عِدَّةٍ أَبَدًا ، حَتَّى تَحِيضَ ، أَوْ تَبْلُغَ سِنَّ الْإِيَّاسِ ، تَعْتَدُ حِينَئِذٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ . وَهَذَا قَوْلُ / جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَطَاوُسٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالنَّحْعِيِّ ، ١٣٤/٨

(٨) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٦١/١ . وانظر ما تقدم في : ٦٩/١٠ ، ٧٠ .

(٩-٩) سقط من : ب .

(١٠) سقط من : الأصل .

وَالزُّهْرَى ، وَأَيُّ الزَّنَادِ ، وَالتَّوْرَى ، وَأَيُّ عُيَيْدٍ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِدَادَ بِالشُّهُرِ جُعِلَ بَعْدَ الْإِيَّاسِ ، فَلَمْ يَجْزُ قَبْلَهُ ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ آيَسَةً ، وَلِأَنَّهَا تَرْجُو عَوْدَ الدِّمِّ ، فَلَمْ تَعْتَدَ بِالشُّهُورِ ، كَمَا لَوْ تَبَاعَدَ حَيْضُهَا لِعَارِضٍ . وَلَنَا ، الْإِجْمَاعُ الَّذِي حَكَاهُ الشَّافِعِيُّ ، وَلِأَنَّ الْعَرَضَ بِالْإِعْتِدَادِ مَعْرِفَةُ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا ، وَهَذَا تَحْصُلُ بِهِ بَرَاءَةُ رَحِمِهَا ، فَكَتَفَى بِهِ ، وَهَذَا اكْتَفَى فِي حَقِّ ذَاتِ الْقُرْءِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، وَفِي حَقِّ الْآيَسَةِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَوْ رُوِيَ الْبَقِيْنَ ، لَاغْتَبِرَ أَقْصَى مُدَّةِ الْحَمْلِ ، وَلِأَنَّ عَلَيْهَا فِي تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ ضَرَرًا ، فَإِنَّهَا تُنَمُّعُ مِنَ الْأَزْوَاجِ ، وَتُحْبَسُ دَائِمًا ، وَتَتَضَرَّرُ الزَّوْجُ بِإِجْبَابِ السُّكْنَى وَالتَّفَقُّعِ عَلَيْهِ . وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : لَا تُطَوَّلُوا عَلَيْهَا الشُّقَّةَ ، كَفَّاهَا تِسْعَةُ أَشْهُرٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا مَضَتْ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ ، فَقَدْ عَلِمَ بَرَاءَةُ رَحِمِهَا ظَاهِرًا ، فَلَمْ اغْتَبِرْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بَعْدَهَا ؟ قُلْنَا : الْإِعْتِدَادُ بِالْقُرْءِ وَالْأَشْهُرِ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ عَدَمِ الْحَمْلِ ، وَقَدْ تَجِبُ الْعِدَّةُ مَعَ الْعِلْمِ بِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ عَلَتْ طَلَقُهَا بَوْضَعِ الْحَمْلِ ، فَوَضَعَتْهُ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَلَزِمَتْهَا الْعِدَّةُ .

فصل : فَإِنْ عَادَ الْحَيْضُ إِلَيْهَا فِي السَّنَةِ ، وَلَوْ فِي آخِرِهَا ، لَزِمَهَا الْإِثْتِقَالُ إِلَى الْقُرْءِ ؛ لِأَنَّهَا الْأَصْلُ ، فَبَطَلَ بِهَا حَكْمُ الْبَدَلِ . وَإِنْ عَادَ بَعْدَ مُضِيِّهَا وَنِكَاحِهَا ، لَمْ تَعُدْ إِلَى الْقُرْءِ ؛ لِأَنَّ عِدَّتَهَا انْقَضَتْ ، وَحَكَمْنَا بِصِحَّةِ نِكَاحِهَا ، فَلَمْ تَبْطُلْ ، كَمَا لَوْ اعْتَدَّتِ الصَّغِيرَةُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، وَتَزَوَّجَتْ ، ثُمَّ حَاضَتْ . وَإِنْ حَاضَتْ بَعْدَ السَّنَةِ ، وَقَبْلَ نِكَاحِهَا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَعُودُ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ انْقَضَتْ بِالشُّهُورِ ، فَلَمْ تَعُدْ ، كَالصَّغِيرَةِ . وَالثَّانِي ، تَعُودُ ؛ لِأَنَّهَا ^(١) مِنْ ذَوَاتِ الْقُرْءِ ، وَقَدْ قَدَّرَتْ عَلَى الْمُبْدَلِ قَبْلَ تَعَلُّقِ حَقِّ زَوْجِهَا ، فَلَزِمَهَا الْعَوْدُ ، كَمَا لَوْ حَاضَتْ فِي السَّنَةِ .

١٣٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَةً ، اغْتَدَّتْ بِأَحَدِ عَشَرَ شَهْرًا ، تِسْعَةً أَشْهُرًا لِلْحَمْلِ ، وَشَهْرَانِ لِلْعِدَّةِ)

(٢) سقط من : ب .

هذه المسألة مُبَيَّنَةٌ عَلَى أَصْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحُرَّةَ تَعْتَدُّ بِسَنَةٍ ، إِذَا ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَذَرِي مَا رَفَعَهُ . الثَّانِي ، أَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ الْآيِسَةِ شَهْرَانِ ، فَتَرَبِّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ تَتَسَاوَى فِيهَا الْحُرَّةُ وَالْأُمَةُ ، لَكَوْنِهِ أَمْرًا حَقِيقِيًّا ، فَإِذَا يَبَسَتْ مِنَ الْحَمْلِ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةً ^(١) الْآيِسَةِ شَهْرَيْنِ . وَعَلَى الرُّوَايَةِ الَّتِي جَعَلَ عِدَّتُهَا شَهْرًا وَنِصْفًا ، تَكُونُ ١٣٤/٨ ظ عِدَّتُهَا / عَشْرَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفًا . وَمَنْ جَعَلَهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ، فَعِدَّتُهَا سَنَةٌ كَالْحُرَّةِ ، سَوَاءٌ ^(٢) .

١٣٤٧ - مسألة ؛ قَالَ : (وَإِنْ عَرَفْتَ مَا رَفَعَ الْخَيْضَ ، كَانَتْ فِي عِدَّةٍ حَتَّى يَعُودَ الْخَيْضُ ، فَتَعْتَدُ بِهِ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ مِنَ الْآيَسَاتِ ، فَتَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَقْتِ تُصِيرُ فِي عِدَادِ الْآيَسَاتِ)

أَمَّا إِذَا عَرَفْتَ أَنَّ ^(١) ارْتِفَاعَ الْحَيْضِ بِعَارِضٍ ^(٢) ؛ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ نَفَاسٍ ، أَوْ رِضَاعٍ ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ زَوَالَ الْعَارِضِ ، وَعَوْدَ الدَّمِّ وَإِنْ طَالَ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ فِي سِنِّ الْإِيَّاسِ ^(٣) ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . ^(٤) فَتَعْتَدُ حِينَئِذٍ عِدَّةَ الْآيَسَاتِ . وَقَدْ رَوَى الشَّافِعِيُّ ، فِي «مُسْنَدِهِ» ^(٥) بِإِسْنَادِهِ عَنْ حَبَّانَ بْنِ مُنْقِذٍ ، أَنَّهُ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَقَةً وَاحِدَةً ، وَكَانَتْ ^(٦) لَهَا مِنْهُ بُنْيَةٌ تُرَضِّعُهَا ، فَبَاعَدَ حَيْضُهَا ، وَمَرِضَ حَبَّانُ ، فَقِيلَ لَهُ : إِنَّكَ إِنْ مِتَّ وَرِثَتْكَ . فَمَضَى إِلَى عَثْمَانَ ، وَعِنْدَهُ عَلِيُّ بْنُ وَزِيدٍ وَزَيْدٌ بْنُ ثَابِتٍ ، فَسَأَلَهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَقَالَ عَثْمَانُ لِعَلِيِّ

(١) فِي ب ، م : « مُدَّة » .

(٢) سَقَطَ مِنْ : م .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي ب : « لِعَارِضٍ » .

(٥) فِي ب ، م : « الْيَّاسِ » .

(٦) (٤-٤) فِي م : « فَتَعْتَدُ ذَلِكَ تَعْتَدُ » .

(٥) انْظُرْ : الْبَابَ الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، مِنْ تَرْتِيبِ الْمُسْنَدِ ٥٨/٢ .

كَأَمْخَرَجِهِ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عِدَّةٍ مِنْ تَبَاعُدِ حَيْضِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعِدَّةِ . السَّنَنِ الْكِبَرَى ٤١٩/٧ . وَعَبْدُ

الرِّزَّاقُ ، فِي : بَابِ تَعْتَدُ أَقْرَاعَهَا ، مَا كَانَتْ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفِ ٣٤٠/٦ ، ٣٤١ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَكَانَ » .

وزيد : مائريان ؟ فقالا : نرى أنها إن مائت ورثها ، وإن مات ورثته ؛ لأنها ليست من القواعد اللائى ^(٧) يمسن من المحيض ، ولا من الأبكار اللائى ^(٨) لم يئلفن المحيض . فرجع حبان إلى أهله ، فانتزع البنت منها ، فعاد إليها الحيض ، فحاضت خيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة ، فورثها عثمان ، رضى الله عنه . وروى الأثرم ، بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان ، أنه كانت عند جدّه امرأتان ؛ هاشميّة ، وأنصاريّة ، فطلق الأنصاريّة وهى مريضّة ، فمَرَّت بها سنّة ، ثم هلكت ولم تحض ، فقالت الأنصاريّة : لم أحض . فاحتصموا إلى عثمان ، رضى الله عنه ، فقضى لها بالميراث ، فلامت الهاشميّة عثمان ، فقال : هذا عمل ابن عمك ، هو أشار علينا بهذا . يعنى على ابن أبى طالب ، رضى الله عنه ^(٩) .

١٣٤٨ - مسألة ؛ قال : (وإن حاضت حيضة أو خيضتين ، ثم ارتفع خيضها لا تدرى ما رفعه ، لم تنقض عدتها إلا ^(١) بعد سنّة ^(٢) من وقت ^(٣) انقطاع الحيض)

وذلك لما روى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه قال ، فى رجل طلق امرأته فحاضت حيضة أو خيضتين ، فارتفع خيضها ، لا تدرى ما رفعه : تجلس تسعة أشهر ، فإذا ^(٤) لم

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) أخرجه الإمام مالك ، فى : باب طلاق المريض ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٧٢/٢ . والبيهقى ، فى : باب عدة من تباعد حيضها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤١٩/٧ . والإمام الشافعى ، انظر : الباب الخامس فى العدة ، من كتاب الطلاق ، من ترتيب المسند ٥٨/٢ ، ٥٩ . وعبد الرزاق ، فى : باب تعدد أقراءها ما كانت ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٤١/٦ ، ٣٤٢٤ . وسعيد بن منصور ، فى : باب المرأة تطلق تطلقاً أو تطليقتين ، من كتاب الطلاق . السنن ٣٠٨/١ . وابن أبى شيبة ، فى : باب ما قالوا فى الرجل يطلق امرأته فترتفع حيضها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٠/٥ ، ٢١١ .

(١) فى الأصل زيادة : « من » .

(٢-٢) فى ب ، م : « بعد » .

(٣) فى الأصل : « فإن » .

يَسْتَبِينَ بِهَا حَمْلٌ ، تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ^(٤) أَشْهُرٍ^(٥) ، فَذَلِكَ سَنَةٌ . وَلَا تُعْرِفُ لَهُ مُخَالَفًا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : قَضَى بِهِ عَمْرُ بْنُ الْمَهَاجِرِينَ وَالْأَنْصَارِ ، وَلَمْ^(٦) يَنْكِزْهُ مُنْكَرٌ . وَقَالَ الْأَثَرُمُ : سَمِعْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ، يُسْأَلُ عَنِ الرَّجُلِ يُطَلِّقُ امْرَأَتَهُ ، فَتَحِيضُ حَيْضَةً ، ثُمَّ يَرْتَفِعُ حَيْضُهَا . قَالَ : أَذْهَبَ إِلَى حَدِيثِ عَمْرِوَ إِذَا رَفَعَتْ^(٧) حَيْضَتُهَا فَلَمْ تَذَرِ مِمَّا ارْتَفَعَتْ ، فَإِنَّهَا تَنْتَظِرُ سَنَةً . قِيلَ لَهُ : فَحَاضَتْ دُونَ السَّنَةِ . فَقَالَ : / تَرْجِعُ إِلَى الْحَيْضِ^(٨) . قِيلَ لَهُ^(٩) : فَإِنْ ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا أَيْضًا لَا تَذَرِ مِمَّا ارْتَفَعَتْ ؟ قَالَ : تَعْتَدُ سَنَةً أُخْرَى . وَهَذَا قَوْلُ كُلِّ مَنْ وَافَقْنَا فِي الْمَسْأَلَةِ الْأُولَى ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهَا لَمَّا ارْتَفَعَتْ حَيْضَتُهَا ، حَصَلَتْ مُرْتَابَةً ، فَوَجِبَ أَنْ تَنْتَقِلَ إِلَى الْإِعْتِدَادِ بِسَنَةٍ ، كَمَا لَوْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا حِينَ طَلَّقَهَا ، وَوَجِبَ عَلَيْهَا سَنَةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ لَا تُنْبِئُ عَلَى عِدَّةٍ أُخْرَى ، وَلِذَلِكَ^(١٠) لَوْ حَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ يَحْسَبُ ، انْتَقَلَتْ إِلَى ثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ كَامِلَةٍ ، وَلَوْ اعْتَدَتْ الصَّغِيرَةُ شَهْرًا أَوْ شَهْرَيْنِ ، ثُمَّ حَاضَتْ ، انْتَقَلَتْ إِلَى ثَلَاثَةِ قُرُوءٍ .

فصل : فَإِنْ كَانَتْ^(١١) عَادَةُ الْمَرْأَةِ أَنْ يَتْبَاعِدَ مَا بَيْنَ حَيْضَتَيْهَا ، لَمْ تَنْقُصْ عِدَّتُهَا حَتَّى تَحِيضَ ثَلَاثَ حِيضٍ وَإِنْ طَالَتْ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ لَمْ يَرْتَفِعْ حَيْضُهَا ، وَلَمْ تَتَأَخَّرْ عَنْ عَادَتِهَا ،

(٤) فِي ب : (ثَلَاثَةٌ) .

(٥) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَوْطَأُ ٥٨٢/٢ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : بَابِ عِدَّةٍ مِنْ تَبَاعُدِ حَيْضِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعِدَّةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٤١٩/٧ ، ٤٢٠ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، انْظُرْ : الْبَابَ الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، مِنْ تَرْتِيبِ الْمُسْنَدِ ٥٨/٢ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ يَحْسَبُونَ أَنَّ يَكُونُ الْحَيْضُ قَدْ أَدْبَرَ عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٣٣٩/٦ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا قَالُوا فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ الْمَرْأَةَ فَتَرْفَعُ حَيْضَتَهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ٢٠٩/٥ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : (وَلَا) .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : (رَفَعَتْ) .

(٨) فِي أ ، م : (الْحَيْضَةُ) .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي ب : (وَكَذَلِكَ) .

(١١) فِي ب : (كَانَ) .

فهى من ذَوَاتِ الْقُرْوِ ، بَاقِيَةٌ عَلَى عَادَتِهَا ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ لَمْ يَتَبَاعَدْ حَيْضُهَا . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا مُخَالَفًا .

فصل : فِي عِدَّةِ الْمُسْتَحَاضَةِ ؛ لَا تَخْلُو إِذَا أَنْ يَكُونَ لَهَا حَيْضٌ مُحْكَمٌ بِهِ بَعَادَةُ أَوْ تَمْيِيزٌ ، أَوْ لَا تَكُونَ كَذَلِكَ ، فَإِنْ كَانَ لَهَا حَيْضٌ مُحْكَمٌ بِهِ بِذَلِكَ ، فَحُكْمُهَا فِيهِ حُكْمٌ غَيْرِ الْمُسْتَحَاضَةِ ، إِذَا مَرَّتْ لَهَا ثَلَاثَةُ قُرْوٍ ، فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . قَالَ أَحْمَدُ : الْمُسْتَحَاضَةُ تَعْتَدُ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا الَّتِي كَانَتْ تَعْرِفُ . وَإِنْ عَلِمَتْ ^(١٢) أَنَّهَا فِي كُلِّ شَهْرٍ حَيْضَةٌ ، وَلَمْ تَعْلَمْ مَوْضِعَهَا ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَإِنْ شَكَّتْ فِي شَيْءٍ ، تَرَبَّصَتْ حَتَّى تَسْتَيَقِنَ أَنَّ الْقُرْوَ الثَّلَاثَ قَدْ انْقَضَتْ . وَإِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً لَا تَمْيِيزُهَا ، أَوْ نَاسِيَةً لَا تَعْرِفُهَا وَقْتُهَا وَلَا تَمْيِيزُهَا ، فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ عِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَهُوَ قَوْلُ عِكْرِمَةَ ، وَقَتَادَةَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ حَمْنَةَ بِنْتَ جَحْشٍ أَنْ تَجْلِسَ فِي كُلِّ شَهْرٍ سِتَّةَ أَيَّامٍ أَوْ سَبْعَةَ ^(١٣) . فَجَعَلَ لَهَا حَيْضَةً فِي كُلِّ شَهْرٍ ^(١٤) تَتَرَكُّ فِيهَا الصَّلَاةُ وَالصِّيَامُ ، وَيُثَبَّتُ فِيهَا سَائِرُ أَحْكَامِ الْحَيْضِ ، فَيَجِبُ أَنْ تُنْقَضِيَ بِهِ الْعِدَّةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْحَيْضِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَّةُ ، تَعْتَدُ سَنَةً بِمَنْزِلَةٍ مَنْ رُفِعَتْ ^(١٥) حَيْضَتُهَا لَا تَذَرِي مَا رَفَعَهَا . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَتْ قَدْ اخْتَلَطَتْ ، وَلَمْ تَعْلَمْ إِقْبَالَ الدِّمِّ وَإِدْبَارَهُ ، اعْتَدَتْ سَنَةً ؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ ؛ لِأَنَّ بِهِ ^(١٦) يَتَبَيَّنُ الْحَمْلُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُمَا لَمْ يَتَيَقَّنَا لَهَا

(١٢) فِي ١ : ه : عرفت .

(١٣) تقدم تخريجهم ، فِي ١ : ٤٠٣ . ويضاف : وأخرجه ابن ماجه ، فِي : باب ما جاء فِي المستحاضة إِذَا اختلط عليها الدم ... ، من كتاب الطهارة وسننهما . سنن ابن ماجه ١ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ . والإمام أحمد ، فِي : المسند ٦ / ٣٨١ ، ٣٨٢ . والحاكم ، فِي : كتاب الطهارة . المستدرک ١ / ١٧٢ ، ١٧٣ . والدارقطني ، فِي : كتاب الحيض . سنن الدارقطني ١ / ٢١٤ . والبيهقي ، فِي : باب المبتدئة لَا تميز بين الدمين ، من كتاب الحيض . السنن الكبرى ١ / ٣٣٨ ، ٣٣٩ .

(١٤) فِي إنبادة : « ولأننا نحكم لها بحیضة فِي كل شهر » .

(١٥) فِي الأصل ، ١ : « رفعتها » . وفی ب : « رفعها » .

(١٦) سقط من : م .

١٣٥/٨ ط حَيْضًا ، مع أَنَّهَا من ذَوَاتِ الْقُرْوءِ ، فَكَانَتْ عِدَّتُهَا / سَنَةً ، كَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا .
وعلى الرِّوَايَةِ الْأُولَى ، يَتَبَيَّنُ أَنْ يُقَالُ : إِنَّنَا مَتَى حَكَمْنَا بِأَنَّ حَيْضَهَا سَبْعَةُ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ
شَهْرٍ ، فَمَضَى لَهَا شَهْرَانِ بِالْهَلَالِ وَسَبْعَةُ أَيَّامٍ مِنْ أَوَّلِ الثَّالِثِ ، فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا .
وإِنْ قُلْنَا : الْقُرْوءُ الْأَطْهَارُ . فَطَلَّقَهَا فِي آخِرِ شَهْرٍ ، ثُمَّ مَرَّ لَهَا شَهْرَانِ وَهَلَّ الثَّالِثُ ،
انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

١٣٤٩ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ طَلَّقَهَا وَهِيَ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ، فَلَمْ تَنْقُضْ
عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ حَتَّى حَاضَتْ ، اسْتَقْبَلَتِ الْعِدَّةَ بِثَلَاثِ حَيْضٍ إِنْ كَانَتْ حُرَّةً ،
وَبِحَيْضَتَيْنِ إِنْ كَانَتْ أَمَةً)

وجملته أَنَّ الصَّغِيرَةَ الَّتِي لَمْ تَحِضْ ، أَوْ الْبَالِغَةَ^(١) الَّتِي لَمْ تَحِضْ ، إِذَا اعْتَدَّتْ
بِالشُّهُورِ ، فَحَاضَتْ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا وَلَوْ بِسَاعَةٍ ، لَزِمَهَا اسْتِنَافُ الْعِدَّةِ . فِي قَوْلِ
عَامَّةِ عُلَمَاءِ الْأَمْصَارِ ، مِنْهُمْ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَقَتَادَةُ ،
وَالشَّعْبِيُّ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو
عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَهْلُ الْمَدِينَةِ ، وَأَهْلُ الْبَصْرَةِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الشُّهُورَ بَدَلٌ عَنْ
الْحَيْضِ ، فَإِذَا وَجَدَ الْمُبْدَلُ بَطَلَ حَكْمِ الْبَدَلِ ، كَالْتِمِثِ مَعَ الْمَاءِ . وَيَلْزُمُهَا أَنْ تَعْتَدَّ
بِثَلَاثِ حَيْضٍ إِنْ قُلْنَا : الْقُرْوءُ الْحَيْضُ . وَإِنْ قُلْنَا : الْقُرْوءُ الْأَطْهَارُ . فَهَلْ تَعْتَدُّ بِمَا مَضَى
مِنَ الطُّهْرِ قَبْلَ الْحَيْضِ قُرْءًا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَعْتَدُّ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ طُهُرٌ انْتَقَلَتْ مِنْهُ إِلَى
حَيْضٍ ، فَأَشْبَهَ الطُّهْرَ بَيْنَ الْحَيْضَتَيْنِ . وَالثَّانِي ، لَا تَعْتَدُّ بِهِ . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْقُرْءَ هُوَ الطُّهْرُ بَيْنَ حَيْضَتَيْنِ ، وَهَذَا لَمْ يَتَقَدَّمْهُ حَيْضٌ ، فَلَمْ يَكُنْ قُرْءًا .
فَأَمَّا إِنْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالشُّهُورِ ، ثُمَّ حَاضَتْ بَعْدَهَا وَلَوْ بِلَحْظَةٍ ، لَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِنَافُ
الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ مَعْنَى حَدَثِ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، كَالَّتِي حَاضَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ بِزَمَنِ
طَوِيلٍ ، وَلَا يُمَكِّنُ مَنَعُ هَذَا الْأَصْلِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ صَحَّ مَنَعُهُ ، لَمْ يَحْصُلْ لِمَنْ لَمْ تَحِضْ
الاعْتِدَادُ بِالشُّهُورِ بِحَالٍ .

فصل : وَلَوْ حَاضَتْ حَيْضَةً أَوْ حَيْضَتَيْنِ ، ثُمَّ صَارَتْ مِنَ الْإِسَابِ ، اسْتَأْنَفَتْ

(١) فِي : أ : هـ الْبَالِغَةُ .

العِدَّةَ بثلاثة أشهر ؛ لأنَّ العِدَّةَ لا تُلْفَقُ من جنسين ، وقد تَعَذَّرَ إتمامها بالحَيْضِ ، فَوَجَبَ تَكْمِيلُهَا بالأشهر . وإن ظَهَرَ بها حَمْلٌ من الزَّوْجِ ، سَقَطَ حُكْمُ مَا مَضَى وَتَبَيَّنَا^(٢) أَنَّ ما رَأَتْهُ من الدَّمِ لم يَكُنْ حَيْضًا ؛ لأنَّ الحَامِلَ لا تَحِيضُ . ولو حاضَتْ ثلاثَ حِيضٍ ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ لأقلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ انْقِضَتِ الحِيضَةُ الثَّالِثَةُ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الدَّمَ ليس بِحَيْضٍ ؛ لِأَنَّهَا / كَانَتْ حَامِلًا مَعَ رُؤْيَةِ الدَّمِ ، والحَامِلُ لا تَحِيضُ . ولو حاضَتْ ثلاثَ حِيضٍ ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ حَادِثًا بَعْدَ قِضَاءِ العِدَّةِ ، بِأَنْ تَأْتِيَ بِهِ^(٣) لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ فَرَعَتْ مِنْ عِدَّتِهَا ، لم تَلْحَقْ بِالزَّوْجِ ، وَحَكَمْنَا بِصِحَّةِ الِاعْتِدَادِ ، وَكَانَ هَذَا الْوَلَدُ حَادِثًا . وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِذَوْنِ ذَلِكَ ، تَبَيَّنَا أَنَّ الدَّمَ ليس بِحَيْضٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَجُودُهُ فِي مُدَّةِ الحَمْلِ .

فصل : وإذا اِزْتَابَتِ الْمُعْتَدَّةُ ، ومعناه أَنْ تَرَى أَمَارَاتِ الحَمْلِ ؛ مِنْ حَرَكَةٍ أَوْ نَفْخَةٍ وَنَحْوِهَا^(٤) ، وَشَكَّتْ هَلْ هُوَ حَمْلٌ أَمْ لَا ؟ فَلَا يَحِلُّ مِنْ ثَلَاثَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ تَحْدُثَ بِهَا^(٥) الرِّبَّةُ قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا ، فَإِنَّمَا تَبْقَى فِي حُكْمِ الِاعْتِدَادِ حَتَّى تَزُولَ الرِّبَّةُ ، فَإِنْ بَانَ حَمْلًا ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِوَضْعِهِ ، فَإِنْ زَالَتْ وَبَانَ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَمْلٍ ، تَبَيَّنَا أَنَّ عِدَّتَهَا انْقَضَتْ بِالْقُرْءِ أَوْ الشُّهُورِ . فَإِنْ زُوِّجَتْ قَبْلَ زَوَالِ الرِّبَّةِ ، فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهَا تَزَوَّجَتْ وَهِيَ فِي حُكْمِ الْمُعْتَدَاتِ فِي الظَّاهِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا تَبَيَّنَ عَدَمُ الحَمْلِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّا تَبَيَّنَا أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا . الثَّانِي ، أَنْ تَظْهَرَ الرِّبَّةُ بَعْدَ قِضَاءِ عِدَّتِهَا وَالتَّزْوُجِ ، فَالنِّكَاحُ صَحِيحٌ ؛ لِأَنَّهُ وَجَدَ بَعْدَ قِضَاءِ العِدَّةِ ظَاهِرًا ، وَالحَمْلُ مَعَ الرِّبَّةِ مَشْكُوكٌ فِيهِ ، فَلَا يَزُولُ بِهِ مَا حُكِمَ بِصِحَّتِهِ ، لَكِنْ ، لَا يَحِلُّ لَزْوَجِهَا وَطُوبُهَا ؛ لِأَنَّا شَكَكْنَا فِي صِحَّةِ النِّكَاحِ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِمَنْ يُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ يَسْقَى

(٢) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَتَبَيَّنَ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(٤) فِي أ : « وَنَحْوُهُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « بِهِ » .

ماءه زرع غيره ، ثم ننظر ؛ فإن وضعت الولد لأقل من سبعة أشهر منذ تزوجها الثاني ووطئها ، فنيكاحه باطل ؛ لأنه نكحها وهي حامل ، وإن أثبت به لأكثر من ذلك ، فالولد لأحق به ، ونكاحه صحيح . الحال الثالث ، ظهرت الرية بعد قضاء العدة وقبل النكاح ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يحل لها أن تتزوج ، وإن تزوجت فالنكاح باطل ؛ لأنها تتزوج مع الشك في انقضاء العدة^(٦) ، فلم يصح ، كما لو وجدت الرية في العدة ، ولأننا لو صححنا النكاح ، لوقع موقوفاً ، ولا يجوز كون النكاح موقوفاً ، ولهذا لو أسلمت وتحلفت امرأته في الشك ، لم يجوز أن يتزوج أختها ؛ لأن نكاحها يكون موقوفاً على إسلام الأولى . والثاني ، يحل لها النكاح ، ويصح ؛ لأننا حكمنا بانقضاء العدة ، وحل النكاح ، وسقوط النفقة والسكنى ، فلا يجوز زوال ما حكم به بالشك^(٧) الطارىء ، ولهذا لا ينقض الحاكم ما حكم به بتغير اجتهاده ورجوع الشهود .

١٣٦/٨ ظ

فصل : وإذا طلق واحدة من نسائه لا يعينها ، / أخرجت بالقرعة ، وعليها العدة دون غيرها ، ونحسب^(٨) عدتها من حين طلق ، لا من حين القرعة . وإن طلق واحدة بعينها وأنسيها ، ففي قول^(٩) أصحابنا ، الحكم فيها كذلك . والصحيح أنه يحرم عليه الجميع ، فإن مات فعلى الجميع الاعتداد بأقصى الأجلين ، من عدة الطلاق والوفاء ؛ لأن النكاح كان ثابتاً بيقين ، وكل واحدة منهن^(١٠) يجوز أن تكون هي^(١١) المطلقة^(١٢) ، وأن تكون زوجة ، فوجب أقصى الأجلين إن كان الطلاق بائناً ، ليسقط الفرض بيقين ، كمن نسي صلاة من يوم لا يعلم عينها ، لزمه أن يصلي خمس صلوات ، لكن^(١٣)

(٦) في ١ : « عدتها » .

(٧) في ب ، م : « الشك » .

(٨) في الأصل : « وتجب » .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ١ ، ب : « منهما » .

(١١) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٢) في ب زيادة : « ويجوز » .

(١٣) في م : « ولكن » .

ابتداءً القُرْءِ^(١٤) من حين طَلَّقَ ، وابتداءً عِدَّةِ الْوَفَاةِ من حينِ الْمَوْتِ . وهذا مذهب الشافعي . وإن طَلَّقَ الْجَمِيعَ ثَلَاثًا بَعْدَ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهِنَّ كُلُّهُنَّ تَكْمِيلُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ من حينِ طَلْقَهُنَّ^(١٥) . وإن طَلَّقَ ثَلَاثًا وَأَنْسِيَهُنَّ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ طَلَّقَ وَاحِدَةً .

١٣٥٠ - مسألة ؛ قال (وَلَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَهُوَ خَرَّ أَوْ عَنَدَ ، قَبْلَ الدُّخُولِ أَوْ بَعْدَهُ ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا لِتَمَامِ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرِ ، إِنْ كَانَتْ حُرَّةً ، وَلِتَمَامِ شَهْرَيْنِ وَخَمْسَةِ أَيَّامٍ ، إِنْ كَانَتْ أَمَةً)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ عِدَّةَ الْحُرَّةِ الْمُسْلِمَةِ غَيْرِ ذَاتِ الْحَمْلِ مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ ، مَدْخُولًا بِهَا أَوْ غَيْرَ مَدْخُولٍ بِهَا ، سَوَاءً كَانَتْ كَبِيرَةً بِالْغَةِ أَوْ صَغِيرَةً لَمْ تَبْلُغْ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ﴾^(١) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ أَنْ تُجِدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٢) . فَإِنْ قِيلَ : « لَا حَمَلُكُمْ الْآيَةِ عَلَى الْمَدْخُولِ بِهَا ، كَمَا قُلْتُمْ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾^(٣) . قُلْنَا : إِنَّمَا خَصَّصْنَا هَذِهِ بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَّا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾^(٤) . وَلَمْ يَرِدْ تَخْصِيصُ عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلَا أَمَكْنُ قِيَاسُهَا عَلَى الْمُطَلَّاقَةِ فِي التَّخْصِيصِ لَوَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ عُمَرُ ، فَإِذَا مَاتَ انْتَهَى ، وَالشَّيْءُ إِذَا انْتَهَى تَقَرَّرَتْ أَحْكَامُهُ ، كَتَقَرَّرِ أَحْكَامُ الصَّيَّامِ بِدُخُولِ اللَّيْلِ ، وَأَحْكَامُ الْإِجَارَةِ

(١٤) في ب ، م : « القرء » .

(١٥) في ا ، ب ، م زيادة : « ثلاثا » .

(١) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٢) تقدم تخريجه ، في صفحة ١٩٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) سورة الأحزاب ٤٩ .

بإتقاضائها ، والعدّة من أحكامه . الثاني ، أن المطلقة إذا أتت بولد يمكن الزوج ١٣٧/٨
تكذيبها ونفيه باللعان ، وهذا / ممتنع في حق الميت ، فلا يؤمن أن تأتي بولد ، فيلحق
الميت نسبه ، وماله من ينفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدّة عليها لحفظها عن التصرف
والمبيت في غير منزلها ، حفظاً لها . إذا ثبت هذا ، فإنه لا يعتبر وجود الحيض في عدّة
الوفاة . في قول عامة أهل العلم . وحكى عن مالك ، أنها إذا كانت مدخولاً بها ،
وجب^(٥) أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، وأتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنه^(٦) لو اعتبر
الحيض في حقها ، لاعتبر ثلاثة قروء ، كالمطلقة . وهذا الخلاف يختص بذات
القرء ، فأما الآيسة والصغيرة ، فلا خلاف فيهما^(٧) ، وأما الأمة المتوفى عنها
زوجها^(٨) ، فعِدّتها شهران وخمسة أيام . في قول عامة أهل العلم ؛ منهم سعيّد بن
المسيّب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزهرى ، وقنادة ، ومالك ، والثوري ،
والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم ، إلا ابن سيرين ، فإنه
قال : ما أرى عدّة الأمة إلا كعدّة الحرّة ، إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة ، فإن
السنة أحق أن تتبع . وأخذ بظاهر النص وعمومه . ولنا ، اتفاق الصحابة ، رضى الله
عنهم ، على أن عدّة الأمة المطلقة على النصف من عدّة الحرّة ، فكذلك عدّة الوفاة .

فصل : والعشر المعتبرة في العدّة هي عشر ليالٍ بأيامها ، فتجب عشرة أيام مع
الليالي . وهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو عبيد ، وابن المنذر ، وأصحاب الرأي .
وقال الأوزاعي : يجب عشر ليالٍ وتسعة أيام ؛ لأنّ العشر تستعمل في الليالي دون
الأيام ، وإنما دخلت الأيام اللاتي في أثناء الليالي تبعاً . قلنا : العرب تغلب اسم التانيث
في العدد خاصة على المذكر ، فتطلق لفظ الليالي وتريد الليالي بأيامها ، كما

(٥) في ب ، م : « وجب » .

(٦) سقطت الواو من : الأصل .

(٧) في الأصل ، ب ، م : « فيها » .

(٨) سقط من : ا ، ب .

قال الله تعالى لَزَكْرِيَّا : ﴿عَايَتُكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا﴾ ^(٩) . يريدُ بِأَيَّامِهَا ^(١٠) ، بدليل أنه قال في موضع آخر : ﴿عَايَتُكَ إِلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا﴾ ^(١١) . يريدُ بِلَيَالِهَا . ولو نَذَرَ اعْتِكَافَ الْعَشْرِ الْأَخِيرِ مِنْ رَمَضَانَ ، لَزِمَهُ اللَّيَالِي وَالْأَيَّامُ . ويقول القائل : سِرْنَا عَشْرًا . يُرِيدُ اللَّيَالِي بِأَيَّامِهَا . فلم يَجُزْ نَقْلُهَا عَنْ الْعِدَّةِ إِلَى الْإِبَاحَةِ بِالشَّكِّ .

فصل : وإذا مات زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ ، اسْتَأْنَقَتْ عِدَّةَ الْوَفَاةِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا / ، بلا خلاف . وقال ابنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى ذَلِكَ . وذلك لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ ، وَيُنَالُهَا مِيرَاثُهُ ، فَاعْتَدَتْ لِلْوَفَاةِ ، كغَيْرِ الْمُطَلَّاقَةِ . وإن مات مُطَلَّقُ الْبَائِنِ فِي عِدَّتِهَا ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، إِلَّا أَنْ يُطَلَّقَ فِي مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ أَطْوَلَ الْأَجَلَيْنِ مِنْ عِدَّةِ الْوَفَاةِ أَوْ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ . نصَّ على هذا أَحْمَدُ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، وأبو حَنِيفَةَ ، ومُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وقال مالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : تَبْنِي عَلَى عِدَّةِ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ وَلَيْسَتْ زَوْجَةً لَهُ ، لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنَ النِّكَاحِ ، فَلَا تَكُونُ مَنْكُوحَةً . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَارِثَةٌ لَهُ ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، كَالرَّجْعِيَّةِ ، وَتَلْزِمُهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ ؛ لِمَا ذَكَرُوهُ فِي دَلِيلِهِمْ ، وَإِنْ مَاتَ الْمَرِيضُ الْمُطَلَّقُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالْحَيْضِ ، أَوْ بِالشَّهْوَرِ ، أَوْ بَوْضْعِ الْحَمْلِ ، أَوْ كَانَ طَلَاقُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ لِمَوْتِهِ . وقال القاضي : عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ إِذَا قُلْنَا : يَرِثُنَّ . لِأَنَّهُنَّ يَرِثُنَّ بِالزَّوْجِيَّةِ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، كَمَا لَوْ مَاتَ بَعْدَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ ^(١٢) قِضَاءِ الْعِدَّةِ . وَرَوَاهُ أَبُو طَالِبٍ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي الَّتِي انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وَذَكَرَ ابْنُ أَبِي مُوسَى فِيهَا رَوَاتَيْنِ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهَا لَا عِدَّةَ

(٩) سورة مريم ١٠ .

(١٠) في ب ، م : « أَيَّامُهَا » .

(١١) سورة آل عمران ٤١ .

(١٢) سقطت الواو من : ١ .

عليها ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ . وقال : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . وقال : ﴿ وَاللَّيَّ يَتَسَنَّ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيَّ لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ^(١٣) . فلا يجوز تخصيص هذه النصوص بالتحكم ، لأنها أجنبية تحل للأزواج ، ويحل للمطلق نكاح أختها وأربع سيواها ، فلم تجب عليها عدة لموته ، كما لو تزوجت ، وتخالف التي مات في عديتها ، فإنها لا تحل لغيره في هذه الحال ، ولم تنقض عديتها ، ولا تسلم أنها ترثه ، فإنها لو ورثته لأفضى إلى أن يرث الرجل ثمانى زوجات . فأما إن تزوجت إحدى هؤلاء ، فلا عدة عليها ، بغير خلاف نعلمه ، ولا ترثه أيضا . وإن كانت المطلقة البائن لا ترث ، كالأمه أو الحرة يطلقها العبد ، أو الذمية يطلقها المسلم ، والمختلعة أو فاعلة ما يفسخ نكاحها ، لم تلزمها عدة ، سواء مات زوجها في عديتها أو بعدها ، على قياس قول أصحابنا ، فهم عللوا نقلها إلى عدة الوفاة بإرثها ، وهذه ليست وارثة ، فأشبهت المطلقة في الصحة ، وأما المطلقة في الصحة إذا كانت بائنا ، فمات زوجها ، فإنها تبني على عدة الطلاق / ، ولا تعتد للوفاة . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وقال الثوري ، وأبو حنيفة : عليها أطول الأجلين ، كما لو طلقها في مرض موته . ولنا ، قوله سبحانه وتعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . ولأنها أجنبية منه في نكاحه ، وميراثه ، والحل له ، ووقوع طلاقه ، وظهاره ، وتحل له أختها وأربع سيواها ، فلم تعتد لوفاة ، كما لو انقضت عديتها . وذكر القاضي ، في المطلقة في المرض ، أنها ^(١٤) إذا كانت حاملا ، تعتد أطول الأجلين . وليس هذا بشيء ؛ فإن ^(١٥) وضع الحمل تنقضي به كل عدة ، ولا يجوز أن يجب عليها الاعتداد بغير الحمل ، على

(١٣) سورة الطلاق ٤ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : « لأن » .

ما سندكره في المسألة التي تلى هذه إن شاء الله تعالى .

١٣٥١ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَهِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، لَمْ تَنْقُضْ عِدَّتُهَا إِلَّا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، أَمَةً كَانَتْ أَوْ حُرَّةً)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ فِي جَمِيعِ الْأَعْصَارِ ، عَلَى أَنَّ الْمَطْلُقَةَ الْحَامِلَ تَنْقُضِي عِدَّتُهَا بِوَضْعِ حَمْلِهَا . وَكَذَلِكَ كُلُّ مُفَارَقَةٍ فِي الْحَيَاةِ . وَأَجْمَعُوا أَيْضًا عَلَى أَنَّ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ^(١) ، إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، أَجْلُهَا وَضَعُ حَمْلِهَا ، إِلَّا ابْنَ عَبَّاسٍ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ مِنْ وَجْهِ مُنْقَطِعٍ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ . وَقَالَ أَبُو السَّنَائِلِ بْنُ بَعْكُكٍ ، فِي حَيَاةِ النَّبِيِّ ﷺ ، فَرَدَّ عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ قَوْلَهُ ^(٢) . وَقَدْ رَوَى أَنَّ ^(٣) ابْنَ عَبَّاسٍ ^(٤) رَجَعَ إِلَى قَوْلِ الْجَمَاعَةِ لَمَّا بَلَغَهُ حَدِيثُ سُبَيْعَةَ ، وَكَرِهَ الْحَسَنُ ، وَالشَّعْبِيُّ ، أَنْ تُنْكَحَ فِي دِمِهَا . وَيُحْكَى عَنْ حَمَّادٍ ، وَإِسْحَاقَ ، أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تَنْقُضِي حَتَّى تَطْهَرَ . وَأَبَى سَائِرُ أَهْلِ الْعِلْمِ هَذَا الْقَوْلَ ، وَقَالُوا : لَوْ وَضَعَتْ بَعْدَ سَاعَةٍ مِنْ وَفَاةِ زَوْجِهَا ، حَلَّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ ، وَلَكِنْ ، لَا يَطُوهَا زَوْجُهَا حَتَّى تَطْهَرَ مِنْ نِفَاسِهَا وَتَغْتَسِلَ ؛ وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٥) . وَرَوَى عَنْ أَبِي بَنْ كَعْبٍ ، قَالَ : قُلْتُ لِلنَّبِيِّ ﷺ : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . لِلْمَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا أَوْ لِلْمُتَوَفَّى ^(٦) عَنْهَا ؟ قَالَ : ^(٧) « هِيَ لِلْمَطْلُوقَةِ ثَلَاثًا ، وَلِلْمُتَوَفَّى عَنْهَا » ^(٨) . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ : مَنْ

(١) سقط من : الأصل .

(٢) يأتي الحديث بتمامه في المسألة قريباً .

(٣) في م : « عن » .

(٤) في م زيادة : « أنه » .

(٥) سورة الطلاق ٤ .

ومن هنا إلى آخر الآية الذي سيأتي ، سقط من : الأصل ، ب ، نقل نظر .

(٦) في الأصل : « وللمتوفى » .

(٧) في زيادة : « زوجها » .

(٨-٨) سقط من : الأصل . والحديث أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١١٦/٥ .

شاء باهلته أو لاعنته ، أن الآية التي في سورة النساء القصصى : ﴿ وَأُولَئِكَ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . نزلت بعد التي في سورة البقرة : ﴿ وَالَّذِينَ يَتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ ^(٩) . يعنى أن هذه الآية هي الأخيرة ، فتقدم على ما خالفها من عموم الآية ^(١٠) المتقدمة ، ويخص بها عمومها . وروى عبد الله بن الأرقم ، أن سبيعة الأسلمية أخبرته ، أنها كانت تحت سعد بن حولة / ، وتوفى عنها في حجة الوداع وهي حامل ، فلم تنشب أن وضعت حملها بعد وفاته ، فلما تعلت ^(١١) من نفاسها ، تجملت للخطاب ، فدخل عليها أبو السنايل بن بعكك ، فقال : مالى أراك متجملة ، لعلك ترجين النكاح ؟ إنك والله ما أنت بناكح حتى تمر عليك أربعة أشهر وعشر . قالت سبيعة : فلما قال لى ذلك ، جمعت على ثيابى حين أمسيت ، فأتيت رسول الله ﷺ ، فسألت عن ذلك ، فأفتانى بأتى قد حلت حين وضعت حملى ، فأمرنى بالتزويج ^(١٢) إن بدألى . متفق عليه ^(١٣) . وقال ابن عبد البر : هذا حديث صحيح ، قد جاء من وجوه شتى ، كلها ثابتة ، إلا ما روى عن ابن عباس ، وروى عن علي من وجه منقطع . ولأنها معتدة حامل ، فتنقض عِدَّتُها بوضعها كالمطلقة ، يحققه أن العدة إنما شرعت لمعرفة براءتها من الحمل ، ووضعها أدل الأشياء على البراءة منه ، فوجب أن تنقض به ^(١٤) العدة ، ولأنه لا خلاف فى بقاء العدة ببقاء الحمل ، فوجب أن تنقض به ، كما فى حق المطلقة .

(٩) سورة البقرة ٢٣٤ . وانظر لأثر ابن مسعود تفسير القرطبي ١٧٥/٣ .

(١٠) فى ب ، م : « الآيات » .

(١١) تعلت من نفاسها : سلمات .

(١٢) فى النسخ : « التزويج » . والمثبت من الصحيحين .

(١٣) أخرجه البخارى ، فى : باب حدثني عبد الله بن محمد الجعفي ، من كتاب المغازي . صحيح البخارى

١٠٢/٥ ، ١٠٣ . ومسلم ، فى : باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها بوضع الحمل ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١١٢٢/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى عدة الحامل ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٨/١ ، ٥٣٩ .

(١٤) سقط من : أ ، ب ، م .

فصل : وإذا كان الحمل واحدًا ، انقضت العدة بوضعه ، وانفصال جميعه ، وإن ظهر بعضه ، فهي في عدتها حتى تنفصل باقيه ؛ لأنها لا تكون واضعة لحملها حتى ^(١٥) يخرج كله . وإن كان الحمل اثنين أو أكثر ، لم تنقض عدتها إلا بوضع الآخر ؛ لأن الحمل هو الجميع . هذا قول جماعة أهل العلم ، إلا أبا قلابة وعكرمة ، فإنهما قالا : تنقضى عدتها بوضع الأول ، ولا تتزوج حتى تضع الآخر . وذكر ابن أبي شيبة ^(١٦) ، عن قتادة ، عن عكرمة ، أنه قال : إذا وضعت أحدهما ، فقد انقضت عدتها . قيل له : فتتزوج ؟ قال : لا . قال قتادة : خصم ^(١٧) العبد . وهذا قول شاذ ، يخالف ظاهر الكتاب وقول أهل العلم ، والمعنى ، فإن العدة شرعت لمعرفة البراءة من الحمل ، فإذا علم وجود الحمل ، فقد ثبت وجود الموجب للعدة ، وانقضت البراءة الموجبة لإيقضاها ، ولأنها لو انقضت عدتها بوضع الأول ، لأبيح لها النكاح ، كما لو وضعت الآخر . فإن وضعت ولداً ، وشكت في وجود ثانٍ ، لم تنقض عدتها حتى تزول الرية ، وتثبت أنها لم يبق معها حمل ؛ لأن الأصل بقاؤها ، فلا يزول بالشك .

١٣٥٢ - مسألة : قال : (والحمل الذي تنقضى به العدة ، ما يتبين فيه / شيء من خلق الإنسان ، حرة كانت أو أمة)

وجملة ذلك ، أن المرأة إذا ألفت بعد فرقة زوجها شيئاً ، لم يخل من خمسة أحوال ؛ أحدها ، أن تضع ما بان فيه خلق آدمي ، من الرأس واليد والرجل ، فهذا تنقضى به العدة ، بلا خلاف بينهم . قال ابن المنذر : أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم ، على أن عدة المرأة تنقضى بالسقط إذا علم أنه ولد ، ومن نحفظ عنه ذلك ؛ الحسن ،

(١٥) في ١ ، م : « ما لم » .

(١٦) في : باب من قال : إذا وضعت إحداها فقد حلت ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٧٦/٥ .

(١٧) أى غلب .

وابن سيرين ، وشريح ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّحَّيْ ، والزَّهْرِيُّ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفة^(١) ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : إذا نُكِسَ في الخلق الرابع ؟ يعني تَنَقُّضِي به العِدَّة . فقال : إذا نُكِسَ في الخلق الرابع ، فليس فيه اختلاف ، ولكن إذا تَبَيَّنَ خَلْقُهُ^(٢) هذا أدل^(٣) . وذلك لأنَّه إذا بان فيه شيء من خَلْقِ الآدَمِيِّ ، عَلِمَ أَنَّهُ حَمْلٌ ، فَيَدْخُلُ في عُموم قوله تعالى ﴿ وَأُولَئِ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٤) . الحال الثاني ، أَلَقَتْ نُطْفَةً أَوْ دَمًا ، لا تَدْرِي هل هو ما يُخْلَقُ منه الآدَمِيُّ أَوْ لا ؟ فهذا لا يَتَعَلَّقُ به شيء من الأحكام ؛ لأنَّه لم يَثْبُتْ أَنَّهُ وَلَدٌ ، لا بِالمُشَاهَدَةِ ولا بِالْبَيِّنَةِ . الحال الثالث ، أَلَقَتْ مُضْغَةً لم تَبَيَّنْ فيها الخِلْقَةُ ، فَشَهِدَتْ ثِقَاتٌ مِنَ الْقَوَائِلِ ، أَنَّ فِيهِ صُورَةً خَفِيَّةً ، بَانَ بِهَا أَنَّهَا خِلْقَةُ آدَمِيٍّ ، فهذا في حُكْمِ الحال الأول ، لأنَّه قد تَبَيَّنَ بِشَهَادَةِ أَهْلِ الْمَعْرِفَةِ أَنَّهُ وَلَدٌ . الحال الرابع ، إذا أَلَقَتْ مُضْغَةً لا صُورَةَ فيها ، فَشَهِدَتْ ثِقَاتٌ مِنَ الْقَوَائِلِ أَنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، فَاخْتَلَفَ عَنْ أَحْمَدَ ، فَقَالَ أَبُو طَالِبٍ أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تَنَقُّضِي بِهِ ، وَلَا تَصِيرُ بِهِ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه لم يَبَيَّنْ فِيهِ خَلْقُ آدَمِيٍّ ، فَأَشْبَهَ الدَّمَ . وقد ذَكَرَ^(٥) هذا قولاً للشافعي ، وهو اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . ونقل الأثرم ، عن أَحْمَدَ ، أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تَنَقُّضِي بِهِ ، وَلَكِنْ تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ ؛ لأنَّه مَشْكُوكٌ فِي كَوْنِهِ وَلَدًا ، فَلَمْ يُحْكَمْ بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ الْمُتَيَقَّنَةِ بِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ ، وَلَمْ يَجُزْ بَيْعُ الْأُمَةِ الْوَالِدَةِ لَهُ مَعَ الشَّكِّ فِي رِقِّهَا ، فَيَثْبُتُ كَوْنُهَا أُمٌّ وَلَدٍ احْتِيَاظًا ، وَلَا تَنَقُّضِي الْعِدَّةَ احْتِيَاظًا . ونقل حَنْبَلٌ ، أَنَّهَا تَصِيرُ أُمٌّ وَلَدٍ ، وَلَمْ يَذْكُرِ الْعِدَّةَ ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : عَلَى هَذَا تَنَقُّضِي بِهِ الْعِدَّةُ . وهو قولُ الْحَسَنِ . وظاهر^(٥) ١٣٩/٨ ظ مذهب الشافعي ؛ / لأنَّهم شَهِدُوا بِأَنَّهُ خِلْقَةُ آدَمِيٍّ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ تَصَوَّرَ . والصَّحِيحُ أَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرَوَايَةٍ^(٦) فِي الْعِدَّةِ ، لأنَّه لم يَذْكُرْهَا ، وَلَمْ يَتَعَرَّضْ لَهَا . الحال الخامس ، أَنْ تَضَعَ

(١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢-٣) في أ : « وهذا أولى » .

(٣) سورة الطلاق ٤ .

(٤) في أ : « نقل » .

(٥) في ب : « وهذا ظاهر » .

(٦) في أ ، م : « برواية » .

مُضْعَةً لَا صُورَةَ فِيهَا ، وَلَمْ تَشْهَدْ الْقَوَابِلُ بِأَنَّهَا مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، فَهَذَا لَا تَنْقُضِي بِهِ عِدَّةً ، وَلَا تَصِيرُ بِهِ أُمَّ وَلَدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ وَلَدًا بَيِّنَةً وَلَا مُشَاهِدَةً ، فَأَشْبَهَ الْعَلَقَةَ ، وَلَا^(٧) تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِوَضْعِ مَا قَبْلَ الْمُضْغَةِ بِحَالٍ ، سَوَاءً كَانَ نُطْفَةً أَوْ عَلَقَةً ، وَسَوَاءً قِيلَ : إِنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ أَوْ لَمْ يَقُلْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَقَةً ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، لِإِتْمَاهِ دَمٌ ، لَا تَنْقُضِي بِهِ عِدَّةً ، وَلَا تَعْتَقُ بِهِ^(٨) أُمَّةً . وَلَا نَعْلَمُ مَخَالَفًا فِي هَذَا ، إِلَّا الْحَسَنَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا حَمْلٌ ، انْقَضَتْ بِهِ^(٩) الْعِدَّةُ ، وَفِيهِ الْغَرَّةُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . وَأَقْلُ مَا تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ مِنَ الْحَمْلِ ، أَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ ثَمَانِينَ يَوْمًا مِنْذُ أَمَكْنَتْهُ وَطُوهَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ خَلَقَ أَحَدُكُمْ لِيَجْمَعَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ ، فَيَكُونَ نُطْفَةً أَرْبَعِينَ يَوْمًا ، ثُمَّ يَكُونَ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ، ثُمَّ يَكُونَ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ »^(١٠) . وَلَا تَنْقُضِي الْعِدَّةَ بِمَا دُونَ الْمُضْغَةِ فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ بَعْدَ الثَّمَانِينَ ، فَأَمَّا مَا^(١١) بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَلَيْسَ فِيهِ إِشْكَالٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَسُ^(١٢) فِي الْخَلْقِ الرَّابِعِ .

فصل : وَأَقْلُ مُدَّةِ الْحَمْلِ سِتَّةُ أَشْهُرٍ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرُمُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي الْأَسْوَدِ ، أَنَّهُ رَفَعَ إِلَى عَمْرِ ، أَنَّ امْرَأَةً وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَهَمَّ عَمْرُ بِرَجْمِهَا ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : لَيْسَ لَكَ ذَلِكَ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾^(١٣) .

(٧) في ١ ، ب ، م : « فلا » .

(٨) في ب : « بها » .

(٩) أخرجه البخاري ، في : باب ذكر الملائكة ، من كتاب بدء الخلق ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَإِذْ قَالَ رَبُّكَ لِلْمَلَأِكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، من كتاب الأنبياء ، وفي : باب حديثنا أبو الوليد ... ، من كتاب القدر ، وفي : باب : ﴿ وَلَقَدْ سَبَقَتْ كَلِمَتُنَا لِعِبَادِنَا الْمُرْسَلِينَ ﴾ من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ١٣٥/٤ ، ١٦١ ، ١٥٢/٨ ، ١٦٥/٩ . ومسلم ، في : باب كيفية خلق آدمي في بطن أمه ... ، من كتاب القدر . صحيح مسلم ٢٠٣٦/٤ . وأبو داود ، في : باب في القدر ، من كتاب السنة . سنن أبي داود ٥٣٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء أن الأعمال بالخواتيم ، من كتاب القدر . عارضة الأحوذى ٣٠١/٨ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) في ١ ، ب ، م : « منكس » .

(١٢) سورة البقرة ٢٣٣ .

وقال تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ ^(١٣) . فحولان وستة أشهر ثلثون شهرا ، لا رجم عليها . فحلى عمر سبيلها ، ولدت مرة أخرى لذلك الحد ^(١٤) . ورواه الأثرم أيضا عن عكرمة ، أن ابن عباس قال ذلك . قال عاصم الأخول : فقلت لعكرمة : إنا بلغنا أن عليا قال هذا ^(١٥) . فقال عكرمة : لا ، ما قال هذا إلا ابن عباس . وذكر ابن قتيبة ، في « المعارف » ^(١٦) ، أن عبد الملك بن مروان ولد لستة أشهر . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم .

١٣٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَلَمْ تُنِكَحْ حَتَّى أَتَتْ بِوَلَدٍ بَعْدَ طَلَاقِهِ أَوْ مَوْتِهِ بِأَرْبَعِ سِنِينَ ، لِحَقِّهِ الْوَلَدُ ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِهِ)

ظاهر المذهب أن أقصى مدة الحمل أربع سنين . وبه قال الشافعي ، وهو المشهور عن مالك . / وروى عن أحمد ، أن أقصى مدته سنتان . وروى ^(١) ذلك عن عائشة . وهو مذهب الثوري ، وأبي حنيفة ؛ لما روت جميلة بنت سعد ، عن عائشة : لا تزيد المرأة على السنتين في الحمل ^(٢) . ولأن التقدير إنما يعلم بتوقيف أو اتفاق ، ولا توقيف ههنا ولا اتفاق ، إنما هو على ما ذكرنا ، ^(٣) وقد وجد ذلك ، فإن الضحاك بن مزاحم ^(٤) ، وهريم بن حيان ^(٥) ، حملت أم كل واحد منهما به سنتين ^(٦) ، وقال الليث : أقصاه ثلاث

(١٣) سورة الأحقاف ١٥ .

(١٤) وأخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أقل الحمل ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٢/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب التي تضع لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٤٩/٧ - ٣٥١ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٦/٢ .

(١٥) في ب زيادة : « قال » .

(١٦) المعارف ٥٩٥ . وفيه : « عبد الله بن مروان » . خطأ .

(١) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أكثر الحمل ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٣/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب المرأة تلد لسته أشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٦٧/٢ .

(٣-٣) سقط من : ب .

(٤) ذكر ابن قتيبة ، أنه ولد وهو ابن ستة عشر شهرا . المعارف ٥٩٤ .

(٥) ذكر ابن قتيبة أيضا ، أنه حبل به أربع سنين ؛ ولذلك سمى هرما . المعارف ٥٩٥ .

سَيْنِينَ ، حَمَلَتْ مَوْلَاةً لِعَمْرِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ثَلَاثَ سَيْنِينَ . وَقَالَ عَبَّادُ بْنُ الْعَوَّامِ : خَمْسُ سَيْنِينَ . وَعَنِ الزُّهْرِيِّ قَالَ : قَدْ تَحْمِلُ الْمَرْأَةُ سِتَّ سَيْنِينَ وَسَبْعَ سَيْنِينَ . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : لَيْسَ لَأَقْصَاهُ وَقْتُ يُوقَفُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَا نَصَّ فِيهِ ^(٦) ، يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْوُجُودِ ، وَقَدْ وَجَدَ الْحَمْلُ لِأَرْبَعٍ ^(٧) سَيْنِينَ ، فَرَوَى الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ قَالَ : قُلْتُ لِمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ : حَدِيثُ جَمِيلَةَ بِنْتِ سَعْدٍ ، عَنْ عَائِشَةَ : لَا تُزِيدُ الْمَرْأَةُ عَلَى السَّنَتَيْنِ فِي الْحَمْلِ . قَالَ مَالِكٌ : سُبْحَانَ اللَّهِ ، مَنْ يَقُولُ هَذَا ؟ هَذِهِ جَارَتُنَا امْرَأَةُ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلَانَ ^(٨) تَحْمِلُ أَرْبَعَ سَيْنِينَ قَبْلَ أَنْ تَلِدَ ^(٩) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَبْقَى مُحَمَّدُ بْنُ عَجْلَانَ ^(٨) فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعَ سَيْنِينَ ^(١٠) . وَقَالَ أَحْمَدُ : نِسَاءُ بَنِي عَجْلَانَ يَحْمِلْنَ أَرْبَعَ سَيْنِينَ ، وامْرَأَةُ عَجْلَانَ حَمَلَتْ ثَلَاثَ بَطُونٍ ، كُلُّ دَفْعَةٍ أَرْبَعَ سَيْنِينَ . وَيَقِي مُحَمَّدُ بْنُ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْحَسَنِ بْنِ ^(١١) الْحَسَنِ بْنِ عَلِيٍّ ^(١٢) فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعَ سَيْنِينَ . وَهَكَذَا إِبْرَاهِيمُ بْنُ نَجِيحٍ الْعُقَيْلِيُّ ، حَكَى ذَلِكَ أَبُو الْخَطَّابِ . وَإِذَا تَقَرَّرَ وَجُودُهُ ، وَجَبَ أَنْ يُحْكَمَ بِهِ ، وَلَا يُزَادَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مَا وَجَدَ ، وَلَئِنْ عَمَرَ ضَرَبَ لَامْرَأَةَ الْمَقْفُودِ أَرْبَعَ سَيْنِينَ ، وَلَمْ يَكُنْ ^(١٣) ذَلِكَ إِلَّا لِأَنَّهُ غَايَةُ الْحَمْلِ ، وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ، وَعَلِيٍّ ، وَغَيْرِهِمَا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا وَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سَيْنِينَ فَمَا دُونََ ، مِنْ يَوْمٍ مَوْتٍ ^(١٤) الزَّوْجِ أَوْ طَلَاقِهِ ، وَلَمْ تُكُنْ تَزَوَّجَتْ ، وَلَا وَطِئَتْ ، وَلَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا بِالْقُرْءِ ، وَلَا بَوَضْعِ الْحَمْلِ ، فَإِنَّ الْوَلَدَ لَاحِقٌ ^(١٥) بِالزَّوْجِ ، وَعِدَّتُهَا مُنْقَضِيَّةٌ بِهِ .

(٦) سقط من : م .

(٧) في الأصل ، ب : « أربع » .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في أكثر الحمل ، من كتاب العدد . السنن ٤٤٣/٧ .

(١٠) ذكر ابن قتيبة ، أن محمد بن عجلان حبل به أكثر من ثلاث سنين ، فلما ولد كانت قد نبتت أسنانه . المعارف

. ٥٩٥ .

(١١-١١) سقط من : الأصل . وفي ب : « الحسين » مكان : « الحسن » .

(١٢) في ب : « يذكر » .

(١٣) في أ : « مات » .

(١٤) في الأصل ، م : « لحق » .

فصل : وإنْ أَتَتْ بِالْوَلَدِ ^(١٥) بَعْدَ أَرْبَعِ ^(١٥) سِنِينَ مِنْذُ مَاتَ ، أَوْ بَاءَتْ مِنْهُ بِطَلَاقٍ أَوْ فَسْخٍ أَوْ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا إِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً ، لَمْ يَلْحَقْهُ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّا نَعْلَمُ أَنَّهَا عَلِقَتْ بِهِ بَعْدَ زَوَالِ النِّكَاحِ ، وَالْبَيِّنُونَ مِنْهُ ، وَكَوْنُهَا قَدْ صَارَتْ مِنْهُ أَجْنَبِيَّةً ، فَأُشْبِهَتْ سَائِرَ الْأَجْنَبِيَّاتِ . وَمَفْهُومُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ عِدَّتَهَا لَا تَنْقُضِي بِهِ ؛ لِأَنَّهُ ^(١٦) يَنْتَفِي عَنْهُ بِغَيْرِ لِعَانٍ ، فَلَمْ تَنْقُضِ عِدَّتُهَا مِنْهُ بَوْضِعُهُ ، كَمَا لَوْ أَتَتْ بِهِ لِأَقْلٍ / مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ نِكَاحِهَا .

وَقَالَ ^(١٧) أَبُو الْخَطَّابِ : هَلْ تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةُ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ عِدَّتَهَا تَنْقُضِي بِهِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ بَعْدَ نِكَاحِهِ ، بَأْنِ يَكُونُ قَدْ وَطَّئَهَا بِشُبْهَةٍ ، أَوْ جَلَدَ نِكَاحَهَا ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْقُضِي بِهِ الْعِدَّةَ ، وَإِنْ لَمْ يَلْحَقْ بِهِ ، كَالْوَلَدِ الْمَنْفِيِّ بِاللِّعَانِ ، وَهَذَا فَارَقَ الَّذِي أَتَتْ بِهِ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَإِنَّهُ يَنْتَفِي عَنْهُ يَقِينًا . ثُمَّ نَاقَضُوا قَوْلَهُمْ ، فَقَالُوا : لَوْ تَزَوَّجَتْ فِي عِدَّتِهَا ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ لِأَقْلٍ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ دَخَلَ بِهَا الثَّانِي ، وَلَا كَثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ حِينَ بَاءَتْ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَالْوَلَدُ مُنْتَفٍ عَنْهُمَا ، وَلَا تَنْقُضِي عِدَّتُهَا بَوْضِعُهُ عَنْ وَاحِدٍ مِنْهُمَا . وَهَذَا أَصَحُّ ؛ فَإِنْ اِحْتِمَالُ كَوْنِهِ مِنْهُ ، لَمْ يَكْفِ فِي إِثْبَاتِ نَسَبِ الْوَلَدِ مِنْهُ ، مَعَ أَنَّهُ يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْإِمْكَانِ ، فَلَا نَ لَا يَكْفِي فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ أَوَّلَى وَأُخْرَى . وَمَا ذَكَرُوهُ مُنْتَقِضٌ بِمَا سَلَّمُوهُ . وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْفَرْقِ بَيْنَ هَذَا وَبَيْنَ الَّذِي أَتَتْ بِهِ قَبْلَ ^(١٨) سِتَّةِ أَشْهُرٍ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ أَصَابَهَا قَبْلَ نِكَاحِهَا بِشُبْهَةٍ ، أَوْ بِنِكَاحٍ غَيْرِ هَذَا النِّكَاحِ الَّذِي أَتَتْ بِالْوَلَدِ فِيهِ ، فَاسْتَوَى . وَأَمَّا الْمَنْفِيُّ بِاللِّعَانِ فَإِنَّا نَقِينَا الْوَلَدَ عَنِ الزَّوْجِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ، وَنَقِينَا حُكْمَهُ فِي ^(١٩) كَوْنِهِ مِنْهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهَا ، حَتَّى أَوْجَبْنَا الْحَدَّ عَلَى قَاذِفِهَا وَقَاذِفِ وَلَدِهَا ، وَانْقِضَاءُ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَحْكَامِ الْمُتَعَلِّقَةِ بِهَا دُونَهُ ، فَثَبَّتَ ^(٢٠) .

(١٥-١٥) في م : : أربع .

(١٦) في م زيادة : : لا .

(١٧) سقطت الواو من : م .

(١٨) في ب ، م : : لأقل من .

(١٩) في ب : : عن .

(٢٠) في الأصل : : ثبت .

فصل : وإن أقربت المرأة بانقضاء عدتها بالقُرْو ، ثم أتت بوليدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فصاعداً من بعد انقضاءها ، لم يلحق نَسَبُهُ بالزَّوْج . وبه قال أبو حنيفة ، وابن سُرَيْج ، وقال مالك ، والشافعي : يَلْحَقُ به ، ما لم تتزَّوج ، أو يبلُغ أربعَ سنين . وكلام الخِرَقِيَّ يَحْتَمِلُ ذلك ؛ فَإِنَّهُ أَطْلَقَ قَوْلَهُ : إذا أتت بوليدٍ بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد ؛ وذلك لِأَنَّهُ وَلَدٌ يُمْكِنُ كَوْنُهُ مِنْهُ ، وليس معه مَنْ هو أَوْلَى مِنْهُ ، ولا مَنْ يُساوِيهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَلْحَقَ به ، كما لو أتت به بعد عَقْدِ النِّكَاحِ . ولنا ، أَنَّهَا أَتَتْ به بعد الْحُكْمِ بِقَضَاءِ عِدَّتِهَا ، وَحِلُّ النِّكَاحِ لَهَا بِمُدَّةِ (٢١) الْحَمْلِ ، فلم يَلْحَقْ به ، كما لو أتت به بعد انقضاء عِدَّتِهَا بِوَضْعِ حَمْلِهَا لِمُدَّةِ الْحَمْلِ ، وَإِنَّمَا يُعْتَبَرُ الْإِمْكَانُ مع بقاء النِّكَاحِ أو آثاره ، وقد زال ذلك . وإن انقضت عِدَّتُهَا (٢٢) بالشَّهْرِ ، ثم أتت بوليدٍ لِدُونِ أَرْبَعِ سِنِينَ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ (٢٣) كَانَتْ تَدَّعِي / الْإِيَّاسَ ، تَبَيَّنَا كِذْبَهَا ، فَإِنَّ مَنْ تَحْمِلَ لَيْسَتْ بِأَيْسَةٍ ، وَإِنْ كَانَتْ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحْضَنْ ، أَوْ مُتَوَفَّى عَنْهَا ، لَحِقَهُ وَلَدُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ فِي حَقِّهَا مَا يُنَافِي كَوْنَهَا حَامِلًا .

١٤١/٨ و

فصل : وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته ، فأنت بوليد ، لم يلحقه نَسَبُهُ ، ولم تنقضي العدة بوضعه ، وتعتد (٢٤) بالأشهر (٢٥) . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : إن مات وبها حمل ظاهر ، اعتدت عنه بالوضع ، وإن 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 بُعْدٌ . وهكذا الخلاف فيما إذا تزَّوجَ بامرأة ، ودخل بها ، وأتت بوليدٍ لِدُونِ (٢٦) سِتَّةِ أَشْهُرٍ من حين عَقْدِ النِّكَاحِ ، فَإِنَّهَا لَا تَعْتَدُ بِوَضْعِهِ

(٢١) في الأصل ، ١ : ٥ لمدة .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : ١ ، م .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في ب : ٥ دون .

عندنا ، وعنده تعتد به ، واحتج بقوله تعالى : ﴿ وَأُولَئِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . ولنا ، أن هذا حمل منفي عنه يقينا ، فلم تعتد 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 الوطء الذي علقت به منه ، سواء كان هذا الولد ملحقا بغير الصغير ، مثل أن يكون من عقد فاسد ، أو وطء شبهة ، أو كان من زنى لا يلحق بأحد ؛ لأن العدة تجب من كل وطء ، فإذا وضعت اعتدت من الصبي بأربعة أشهر وعشر ؛ لأن العدتين من رجلين لا يتداخلان . وإن كانت الفرقة في الحياة بعد الدخول ، كزوجة كبير دخل بها ، ثم طلقها ، وأتت بولد لدون سبعة أشهر منذ تزوجها ، فإنها تعتد بعد وضعه بثلاثة قروء . وكذلك إذا طلق الحصى المجبوب امرأته ، أو مات عنها ، فأنت بولد ، لم يلحقه نسبه ، ولم تنقض عدتها بوضعه ، وتنقضي به عدة الوطء ، ثم تستأنف عدة الطلاق ، أو عدة الوفاة ، على ما بيناه . وذكر القاضي أن ظاهر^(٢٧) كلام أحمد ، أن الولد يلحق به ؛ لأنه قد يتصور منه الإنزال ، بأن يحك موضع ذكره بفرجها فينزله . فعلى هذا القول يلحق به ؛ الولد ، وتنقضي به العدة . والصحيح أن هذا لا يلحق به ولد ؛ لأنه لم تجر به عادة ، فلا يلحق به ولدها ، كالصبي الذي لم يبلغ عشر سنين . ولو تزوج امرأة في مجلس الحاكم ، ثم طلقها في المجلس ،^(٢٨) أو تزوج المشرقي بالمغربية / ، ثم أتت بولد لا يمكن أن يكون منه بعد اجتماعهما بمدة الحمل^(٢٩) ، فإنه لا يلحقه نسبه ، ولا تنقضي العدة بوضعه .

١٣٥٤ - مسألة ؛ قال : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم تنقض عدتها حتى تزوجت من أصابها ، فرق بينهما ، وبنت على ما مضى من عدة الأول ، ثم استقبلت العدة من الثاني)

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨-٢٩) سقط من : ب .

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها ، إجماعاً ، أي عِدَّة كانت ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ ﴾ ^(١) . ولأنَّ العِدَّةَ إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرِّجَم ، لئلا يُفْضَى إلى اختلاط الميَاه ، وامتزاج الأنساب . وإن تزوجت ، فالنكاح باطل ؛ لأنها ممنوعة من النكاح لحق الزوج الأول ، فكان نكاحاً ^(٢) باطلاً ، كما لو تزوجت وهي في نكاحه ، ويجب أن يُفَرَّقَ بينه وبينها ، فإن لم يَدْخُلْ بها ، فالعِدَّةُ بحالها ، ولا تَنْقَطِعُ بالعقد الثاني ؛ لأنه باطل لا تصيرُ به المرأة فَرِاشاً ، ولا يُسْتَحَقُّ عليه بالعقد شيء ، وتُسْقَطُ ^(٣) سُكْنَاهَا وَتَفَقُّتُهَا عَنِ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ ؛ لأنها ناشِئٌ . وإن وطئها ، انقطعت العِدَّةُ ، سواء عَلِمَ التَّحْرِيمَ أَوْ جَهِلَهُ . وقال أبو حنيفة : لا تَنْقَطِعُ ؛ لأنَّ كونها فَرِاشاً لغير مَنْ له العِدَّةُ لا يَمْنَعُهَا ، كما لو وطئت بشبهة ^(٤) وهي زَوْجَةٌ ، فإنَّها تَعْتَدُ ، وإن كانت فَرِاشاً للزوج . وقال الشافعي ^(٥) : إن وطئها عالماً بأنَّها مُعْتَدَّةٌ ، وأنَّها ^(٦) تُحْرَمُ ، فهو زَانٍ ، فلا تَنْقَطِعُ العِدَّةُ بوطئه ؛ لأنها لا تصيرُ به فَرِاشاً ، ^(٧) ولا يَلْحَقُ به نَسَبٌ ، وإن كان جاهلاً أنَّها مُعْتَدَّةٌ ، أو بالتَّحْرِيمِ ، انقطعت العِدَّةُ بالوطء ؛ لأنها تصيرُ به فَرِاشاً ^(٨) ، والعِدَّةُ تُرَادُّ للاستبراء ، وكونها فَرِاشاً يُنَافِي ذلك ، فَوَجِبَ أَنْ يَقْطَعَها ، فأما طَرِيائُهُ عَلَيْهَا ، فلا يَجُوزُ . ولنا ، أن هذا وِطْءٌ بِشَبْهَةِ نِكَاحٍ ، فَتَنْقَطِعُ بِهِ العِدَّةُ ، كما لو جَهِلَ . وقولهم : إنَّها لا تصيرُ به ^(٩) فَرِاشاً . قلنا : لَكِنَّهُ لَا يَلْحَقُ نَسَبُ الْوَلَدِ الْحَادِثِ مِنْ وَطْئِهِ بِالزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، فهما شَيْئَانِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَعَلَيْهِ فِرَاقُهَا ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، وَجِبَ التَّفْرِيقُ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ فَارَقَهَا أَوْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، وَجِبَ عَلَيْهَا

(١) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م زيادة : « شيء » خطأ .

(٤) في ب : « لشبهة » .

(٥) في م : « القاضي » .

(٦) في الأصل ، أ ، ب : « وأنه » .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) سقط من : ب .

أَنْ تُكْمِلَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، وَعِدَّتُهُ وَجَبَتْ عَنْ وَطْءٍ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَإِذَا أَكْمَلْتَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ ، وَجَبَ عَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَ مِنَ الثَّانِي ، وَلَا تَتَدَاخَلَ الْعِدَّتَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَتَدَاخَلَانِ ، فَتَأْتِي بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ بَعْدَ مُفَارَقَةِ الثَّانِي ، تَكُونُ عَنْ بَقِيَّةِ عِدَّةِ الْأَوَّلِ وَعِدَّةٍ لِلثَّانِي ^(٩) ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مَعْرِفَةُ بَرَاءَةِ الرَّجِيمِ ، وَهَذَا تَحْصُلُ بِهِ بَرَاءَةُ الرَّجِيمِ مِنْهُمَا ^(١٠) جَمِيعًا . وَلَنَا ، مَا رَوَى مَالِكٌ ^(١١) ، / ١٤٢/٨

عَنْ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، أَنَّ طَلِيحَةَ كَانَتْ تَحْتَ رَشِيدِ الثَّقَفِيِّ ، فطَلَّقَهَا ، وَنَكَحَتْ ^(١٢) غَيْرَهُ فِي عِدَّتِهَا ، فَضَرَبَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، وَضَرَبَ زَوْجَهَا ضَرْبَاتٍ بِمُخَفِّقَةٍ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا . ثُمَّ قَالَ : أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ فِي عِدَّتِهَا ، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ اعْتَدْتَ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فَرَّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ اعْتَدْتَ بَقِيَّةَ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ اعْتَدْتَ مِنَ الْآخِرِ ، وَلَا يَنْكِحُهَا أَبَدًا . وَرَوَى ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَضَى فِي الَّتِي تَزَوَّجُ فِي عِدَّتِهَا ، أَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَتُكْمَلُ مَا أَقْسَدَتْ مِنْ عِدَّةِ الْأَوَّلِ ، وَتَعْتَدُ مِنَ الْآخِرِ ^(١٣) ، وَهَذَانِ قَوْلَا سَيِّدَيْنِ مِنَ الْخُلَفَاءِ ^(١٤) ، لَمْ يُعْرِفْ لِهَمَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ ، وَلَأَنَّهُمَا حَقَّانِ مَقْصُودَانِ لَادِمِيَّيْنِ ، فَلَمْ يَتَدَاخَلَا ، كَالدَّيْتَيْنِ وَالْيَمِينَيْنِ ، وَلَأَنَّهُ حَبْسٌ يَسْتَحِقُّهُ الرَّجَالُ

(٩) فِي ب ، م : « الثَّانِي » .

(١٠) فِي أ ، ب ، م : « مِنْهُمَا » .

(١١) فِي : بَابُ جَامِعٍ مَا لَا يَجُوزُ مِنَ النِّكَاحِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُوطَأُ ٥٣٦/٢ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، فِي : الْبَابِ الْخَامِسِ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . تَرْتِيبُ الْمُسْنَدِ ٥٦/٢ ، ٥٧ .

وَعِدَةُ الزَّوْجِ ، فِي : بَابِ نِكَاحِهَا فِي عِدَّتِهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ٢١٠/٦ .

(١٢) فِي م : « وَنَكَحَهَا » .

(١٣) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ اجْتِمَاعِ الْعِدَّتَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِدَّةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٤٤١/٧ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ،

انْظُرْ : الْبَابِ الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . تَرْتِيبُ الْمُسْنَدِ ٥٧/٢ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا قَالُوا فِي الْمَرْأَةِ

تَزَوَّجَ فِي عِدَّتِهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُصَنَّفُ ١٧٠/٥ .

(١٤) فِي الزَّهَادَةِ : « الرَّاشِدَيْنِ » .

على النساء ، فلم يجز أن تكون المرأة في حبس رجلين كحبس الزوجية^(١٥) .

١٣٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَهَا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْعِدَّتَيْنِ)

يعنى للزوج الثاني أن يتزوجها بعد انقضاء^(١) العِدَّتَيْنِ . فأما الزوج الأول ، فإن كان طلاقه ثلاثاً ، لم تحل له بهذا النكاح وإن وطئ فيه ؛ لأنه نكاح باطل ، وإن كان طلاقه دون الثلاث ، فله نكاحها أيضاً بعد العِدَّتَيْنِ . وإن كانت رجعية ، فله رجعتها في عِدَّتِها منه . وعن أحمد رواية أخرى ، أنها تحرم على الزوج الثاني على التأييد . وهو قول مالك ، وقديم قولي الشافعي ؛ لقول عمر : لَا يَنْكِحُهَا أَبَدًا^(٢) . ولأنه استعجل الحق قبل وقته^(٣) ، فحرمه في وقته ، كالوارث إذا قتل مورثه ، ولأنه يفسد النسب ، فيوقع التحريم المؤبد ، كاللعان . وقال الشافعي في الجديد : له نكاحها بعد قضاء^(٤) عِدَّةِ الأول ، ولا يمنع من نكاحها في عِدَّتِها منه ؛ لأنه^(٥) وطئ يُلحق به النسب ،^(٦) فلا يمنع^(٧) من نكاحها في عِدَّتِها منه ، كالوطء في النكاح ، ولأن العِدَّةَ إنما شرعت حفظاً للنسب ، وصيانة للماء ، والنسب لاحق به ههنا ، فأشبه ما لو خالعا ثم نكحها في عِدَّتِها ، وهذا حسن^(٨) موافق للنظر . ولنا ، على إباحتها بعد العِدَّتَيْنِ ، أنه لا يخلو ؛ إما أن يكون تحريمها^(٩) بالعقد ، أو بالوطء في النكاح الفاسد ، أو بهما ، وجميع ذلك لا يقتضي التحريم ، بدليل ما لو نكحها بلا ولي ووطئها ، ولأنه / لو زنى بها ، لم تحرم

١٤٢/٨ ط

(١٥) في ب ، م : « الزوجة » .

(١) في الأصل ، أ : « قضاء » .

(٢) تقدم في الصفحة السابقة .

(٣) في أ : « محله » .

(٤) في م : « انقضاء » . وهو موافق لما في متن الخرق .

(٥) في م : « ولأنه » .

(٦-٦) سقط من : ب .

(٧) في الأصل ، ب : « أحسن » .

(٨) في أ : « تحريماً » .

عليه على التأييد ، فهذا أولى ، ولأن آيات الإباحة عامة ، كقوله تعالى : ﴿ وَأَحِلَّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ ﴾ ^(٩) . وقوله : ﴿ وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ الْمُؤْمِنَاتِ ﴾ ^(١٠) . فلا يجوز تخصيصها بغير دليل ، وما روى عن عمر في تحريمها ، فقد خالفه على فيه ، وروى عن عمر ، أنه رجع عن قوله في التحريم إلى قول على ، فإن علياً قال : إذا انقضت عدتها ، فهو خاطب من الخطاب . فقال عمر : ردوا الجهالات إلى السنة . ورجع إلى قول على ^(١١) . وقياسهم يطل بما إذا رزى بها ، فإنه قد استعجل وطأها ، ولا تحرم عليه على التأييد . ووجه تحريمها ^(١٢) قبل انقضاء ^(١٣) عدة الثاني عليه قول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرِمُوا عَقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجْلَهُ ﴾ ^(١٤) . ولأنه وطأ يفسد به النسب ، فلم يجرز النكاح في العدة منه ، كوطء الأجنبي .

فصل : وكل معتدة من غير النكاح الصحيح ، كالزانية ، والموطوءة بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره . والأولى حل نكاحها لمن هي معتدة منه ، إن كان يلحقه نسب ولدها ؛ لأن العدة لحفظ مائه ، وصيانة نسبه ، ولا يضان ماؤه المحرم ^(١٥) عن مائه المحترم ، ولا يحفظ نسبه عنه ، ولذلك أبيع للمختلعة نكاح من خالعه ، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية ، لا يحل له نكاحها ؛ لأن نكاحها يفضي إلى اشتباه النسب ، فالواطئ كغيره ، في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

(٩) سورة النساء ٢٤ .

(١٠) سورة المائدة ٥ .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب الاختلاف في مهرها وتحريم نكاحها على الثاني ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤١/٧ ، ٤٤٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب من راجع امرأته وهو غائب ، من كتاب الطلاق . السنن ٣١٤/١ .

(١٢) في م زيادة : عليه .

(١٣) في ١ ، ب : قضاء .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٥) في الأصل ، ١ ، م : المحترم .

١٣٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَثَبْتُ بِوَلَدٍ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، أَرَى الْقَافَةَ ،
وَالْحَقَّ بِمَنْ الْحَقُّوهُ مِنْهُمَا ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، وَاعْتَدْتُ لِلْآخِرِ)

وجملته أنها إذا كانت حاملاً ، انقضت عِدَّتُهَا مِنْهُ ^(١) بوضع حملها ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَأُولَئِذَا أَهْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٢) . ثم تنظر ؛ فإن كان يُمكنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَأَرْبَعِ سِنِينَ فَمَا دُونَهَا مِنْ فِرَاقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ ، وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا ^(٣) مِنْهُ بِوَضْعِهِ ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ عَنِ الثَّانِي . وَإِنْ أُمَكِّنَ كَوْنُهُ مِنَ الثَّانِي وَحْدَهُ ^(٤) دُونَ الْأَوَّلِ ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا زَادَ إِلَى أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَاحِظْ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ بَاءَتْ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ مُلْحَقٌ ^(٥) بِالثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ، فَتَنْقَضِي بِهِ عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي ، ثُمَّ تَبْتَدِئُ عِدَّةَ الْأَوَّلِ . وَتَقْدُمُ عِدَّةَ الثَّانِي هُنَا عَلَى عِدَّةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ / الْحَمْلُ مِنْ إِنْسَانٍ وَالْعِدَّةُ مِنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ أُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَأَرْبَعِ سِنِينَ ، فَمَا دُونَهَا مِنْ بَيْنُونَتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، أَرَى الْقَافَةَ ، فَإِنَّ الْحَقَّقَةَ ^(٦) بِالْأَوَّلِ ، لِحَقِّقِ بِهِ ، كَالْوَأْمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ دُونَ الثَّانِي ، وَإِنْ أَلْحَقَّتْهُ بِالثَّانِي ، لِحَقِّقِ بِهِ ، وَكَانَ الْحُكْمُ كَالْوَأْمَكِّنُ كَوْنُهُ مِنَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ . وَإِنْ ^(٧) أَشْكَلَ أَمْرُهُ عَلَى الْقَافَةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ قَافَةً ، لَزِمَهَا أَنْ تَعْتَدَ بَعْدَ وَضْعِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَقَدْ أَثَبْتُ بِمَا عَلَيْهَا مِنْ عِدَّةِ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّانِي ، فَعَلَيْهَا أَنْ تُكْمَلَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ ، لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيَقِينٍ . فَأَمَّا الْوَلَدُ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَضِيعُ نَسَبُهُ ؛

(١) سقط من : ١ .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) في م زيادة : « به » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « ملصق » .

(٦) في ١ : « الحقوه » .

(٧) في ب ، م : « فإن » .

لأنه لا دليل على نسبته إلى واحد منهما ، فأشبه ما لو كان مجنونا ، لم ينتسب إلى واحد منهما . وقال أبو عبد الله ابن حامد : يترك حتى يبلغ ، فينتسب إلى أحدهما ، وإن ألحقته القافة بهما ، لحق بهما . ومقتضى المذهب أن تنقضى عدتها به من جمعا ؛ لأن نسبه ثبتت منهما ، كما تنقضى عدتها به من الواحد الذي يثبت نسبه منهما . وإن نفته القافة عنها ، فحكمه حكم ما لو أشكل أمره ، وتعتد بعد وضعه بثلاث قروء ، ولا ينتفى عنها بقول القافة ؛ لأن عمل القافة في ترجيح أحد صاحبي الفراش ، لا في النفي عن الفراش كله ، ولهذا لو كان صاحب الفراش واحدا فنفته ^(٨) القافة عنه ، لم ينتف عنه بقولها . فأما إن ولدت لدون ستة أشهر من وطء الثاني ، وأكثر من أربع سنين من فراق الأول ، لم يلحق بواحد منهما ، ولا تنقضى به عدتها منه ؛ لأننا نعلم أنه من وطء آخر ، فتنقضى به عدتها من ذلك الوطء ، ثم تتم ^(٩) عدة الأول ، وتستأنف عدة الثاني ؛ لأنه قد وجد ما يقتضى عدة ثالثة ، وهو الوطء الذي حملت منه ، فتجب عليها عدتان ، وإتمام العدة الأولى .

فصل : وإذا تزوج معتدة ، وهما عالمان بالعدة ، ونحرىم النكاح فيها ، ووطئها ، فهما زانيان ، عليهما حد الزنى ، ولا مهر لها ، ولا يلحقه النسب . وإن كانا جاهليين بالعدة ، أو بالتحرىم ، ثبت النسب ، وانتفى الحد ، وجب المهر . وإن علم هو دونها ، فعليه الحد والمهر ، ولا نسب له . وإن علمت هي دونه ، فعليها الحد ، ولا مهر لها ، والنسب للاحق به . وإنما ^(١٠) كان كذلك ؛ لأن هذا نكاح ^(١١) متفق على بطلانه ، فأشبهه نكاح ذوات محارمه .

فصل : وإذا خالغ الرجل زوجته ، أو فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها في عدتها . / ١٤٣/٨ ظ
في قول جمهور الفقهاء . وبه قال سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، والزهرى ،

(٨) في الأصل ، ١ : فنت .

(٩) في ١ : تتم .

(١٠) في الأصل : وإن مات .

(١١) في ١ : النكاح .

والحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وشذَّ بعض المتأخِّرين ، فقال : لا يحِلُّ له نِكَاحُها ، ولا خِطْبَتُها ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ . ولنا ، أنَّ العِدَّةَ لِحِفْظِ نَسَبِهِ ، وصِيَانَةِ مَائِهِ ، ولا يُصَانُ ماؤه عن مائِهِ إذا كانا من نِكَاحٍ صحيح ، فإذا تزَوَّجها ، انْقَطَعَتِ العِدَّةُ ؛ لأنَّ المرأةَ تصيرُ فراشاً له بعقده ، ولا يجوزُ أن تكونَ زَوْجَتَهُ ^(١٢) مُعْتَدَّةً . فإن وَطَّئها ، ثم طَلَّقها ، لَزِمَتْها عِدَّةٌ مُسْتَأْنَفَةٌ ، ولا شيءَ عليها من الأولى ؛ لأنَّها قد انْقَطَعَتْ وارتفعت . وإن طَلَّقها قبل أن يَمْسَها ، فهل تستأنفُ العِدَّةُ ، أو تَبْنِي على ما مَضَى ؟ قال القاضي : فيه روايتان ؛ إحداهما ، تستأنفُ . وهو قولُ أبي حنيفة ؛ لأنَّه طلاقٌ لا يَحُلُّو من عِدَّةٍ ، فأَوْجَبَ عِدَّةٌ مُسْتَأْنَفَةٌ ، كالأَوَّل . والثانية ، لا يَلْزِمُها اسْتِئْثافُ عِدَّةٍ . وهو قولُ الشافعي ، ومحمد بن الحسن ؛ لأنَّه طلاقٌ في نِكَاحٍ قبلِ الْمَسِيسِ ، فلم يُوجِبْ عِدَّةٌ ، لعمومِ قولِهِ سبحانه : ﴿ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ ^(١٣) . وذكر القاضي ، في « كتابِ الرِّوَايَتَيْنِ » أنَّه لا يَلْزِمُها اسْتِئْثافُ العِدَّةِ ، روايةً واحدةً ، لكن يَلْزِمُها إِمْتَامُ بَقِيَّةِ العِدَّةِ الأولى ؛ لأنَّ إسقاطها يُفْضِي إلى اختِلاطِ المِياهِ ، لأنَّه يَتَزَوَّجُ امرأةً وَيَطْوُها وَيَحْلَعُها ، ثم يَتَزَوَّجُها وَيُطَلِّقُها في الحالِ ، ويتزَوَّجُها الثاني ، في يومٍ واحدٍ . فإن حَلَعها حَامِلاً ثم تزَوَّجها حَامِلاً ، ثم طَلَّقها وهي حَامِلٌ ، انْقَضَتْ عِدَّتُها بِوَضْعِ الحَمْلِ ، على كِلتا الرِّوَايَتَيْنِ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالَفاً ، ولا تَنْقِضِي عِدَّتُها قبلَ ^(١٤) وَضْعِ حَمْلِها ^(١٥) بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُهُ . وإن وَضَعَتْ حَمْلَها قبلَ النِّكَاحِ الثاني ، فلا عِدَّةَ عليها للطلاقِ مِنَ النِّكَاحِ الثاني ، بغيرِ خِلافٍ أيضاً ؛ لأنَّه نَكَحَها بَعْدَ انْقِضَاءِ ^(١٥) عِدَّةِ الأَوَّل . وإن وَضَعَتْ ^(١٦)

(١٢) في م : زوجة .

(١٣) سورة الأحزاب ٤٩ .

(١٤-١٤) في م : وضعها .

(١٥) في الأصل : قضاء .

(١٦) في ١ : وضعت .

بعد النكاح الثاني ، وقبل طلاقه ، فمن قال : يلزمها استئناف عِدَّة . أوجب عليها الاعتداد بعد طلاق الثاني بثلاثة قُرُوء . ومن قال ^(١٧) : لا يلزمها استئناف عِدَّة . لم يوجب عليها ههنا عِدَّة ؛ لأنَّ العِدَّة الأولى انقضت بوضع الحمل ، إذ لا يجوز أن تعتدَّ الحامل بغير وضعه . وإن كانت من ذوات القُرُوء أو الشهور ^(١٨) ، فنكحها الثاني بعد مضيِّ / قرء أو شهر ، ثم مضى قرءان أو شهران قبل طلاقه من النكاح الثاني ، فقد انقضت العِدَّة بالنكاح الثاني ، فإن قلنا : تستأنف العِدَّة . فعليها عِدَّة تامة ، بثلاثة قُرُوء ، أو ثلاثة أشهر . وإن قلنا : تبني . أتمت العِدَّة الأولى بقراءين أو شهرين .

فصل : وإن طلقها طلاقاً رجعيًّا ، ثم ارتجعها في عدتها ووطئها ، ثم طلقها ، انقضت العِدَّة الأولى برجعته ؛ لأنه زال حكم الطلاق ، وتستأنف عِدَّة من الطلاق الثاني ؛ لأنه طلاق من نكاح اتصل به الميسس . وإن طلقها قبل أن يمسه ، فهل تستأنف عِدَّة ، أو تبني على العِدَّة الأولى ؟ فيه روايتان ؛ أولاها ، أنها تستأنف ؛ لأنَّ الرجعة أزلت شعث الطلاق الأول . وردتها إلى النكاح الأول ، فصار الطلاق الثاني طلاقاً من نكاح اتصل به الميسس . والثانية ، تبني ؛ لأنَّ الرجعة لا تزيد على النكاح الجديد ^(١٩) ، ولو نكحها ثم طلقها قبل الميسس ، لم يلزمها لذلك الطلاق عِدَّة ، فكذا الرجعة . فإن فسح نكاحها قبل الرجعة بخلع أو غيره ، احتمل أن يكون حكمه حكم الطلاق ؛ لأنَّ موجب العِدَّة موجب الطلاق ، ولا فرق بينهما ، واحتمل أن تستأنف العِدَّة ؛ لأنَّهما جنسان ، بخلاف الطلاق ، وإن لم يرتجعها بلفظه ، لكنه ^(٢٠) ووطئها في عدتها ، فهل تحصل بذلك ^(٢١) رجعة أو لا ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، تحصل به ^(٢٢) الرجعة ، فيكون حكمها حكم من ارتجعها بلفظه ثم ووطئها ،

(١٧) سقط من : الأصل ، م .

(١٨) في الأصل : « والشهور » .

(١٩) في م : « الجديدة » خطأ .

(٢٠) في م : « لكن » .

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

سَوَاءٌ . والثانية ، لا تَحْصُلُ الرَّجْعَةُ بِهِ ، وَيَلْزُمُهَا اسْتِثْنَاؤُ عِدَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ فِي زِنَاجٍ تَشَعَّتْ ، فَهُوَ كَوَطْءِ الشَّبْهَةِ . وَتَدْخُلُ بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ . وَإِنْ حَمَلَتْ مِنْ هَذَا الْوَطْءِ ، فَهَلْ تَدْخُلُ فِيهَا بَقِيَّةُ الْأَوَّلَى ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُمَا ^(٢٢) مِنْ رَجُلٍ وَاحِدٍ . وَالثَّانِي ، لَا تَدْخُلُ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ جِنْسَيْنِ . فَعَلَى هَذَا ، إِذَا وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، أَتَمَّتْ عِدَّةَ الطَّلَاقِ . وَإِنْ وَطِئَهَا وَهِيَ حَامِلٌ ، فَفِي تَدْخُلِ الْعِدَّتَيْنِ وَجْهَانِ ؛ فَإِنْ قُلْنَا : يَتَدَاخِلَانِ . فَأَنْقِضَاؤُهُمَا مَعًا بَوَاضِعَ الْحَمْلِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَتَدَاخِلَانِ . فَأَنْقِضَاءُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، وَاسْتِثْنَاءُ عِدَّةِ الْوَطْءِ بِالْقُرْءِ .

فصل : فَإِنْ طَلَّقَهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، فَتَكَحَّتْ فِي عِدَّتِهَا مَنْ وَطِئَهَا ، فَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّهَا تَبْنِي عَلَى عِدَّةِ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ تَسْتَأْنِفُ عِدَّةً لِلثَّانِي ^(٢٣) ، وَلِزَوْجِهَا الْأَوَّلِ رَجْعَتُهَا فِي بَقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الرَّجْعَةَ إِمْسَاكٌ لِلزَّوْجَةِ ، وَطَرِيَانُ / الْوَطْءِ مِنْ أَجْنَبِيٍّ عَلَى النِّكَاحِ ، لَا يَمْنَعُ الزَّوْجَ إِمْسَاكَ زَوْجَتِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَتْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . وَقِيلَ : لَيْسَ لَهُ رَجْعَتُهَا ؛ لِأَنَّهُا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَصِحَّ لَهُ ارْتِجَاعُهَا ، كَالْمُرْتَدَّةِ ^(٢٤) . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ فَإِنَّ التَّحْرِيمَ لَا يَمْنَعُ الرَّجْعَةَ ، كَالْإِحْرَامِ . وَيُفَارِقُ الرَّدَّةَ ؛ لِأَنَّهَا جَارِيَةٌ إِلَى بَيْنُونَةٍ بَعْدَ الرَّجْعَةِ ، بخِلَافِ الْعِدَّةِ . وَإِذَا انْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ رَجْعَتُهَا فِي عِدَّةِ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُا لَيْسَتْ مِنْهُ . وَإِذَا ارْتَجَعَهَا فِي عِدَّتِهَا مِنْ نَفْسِهِ ، وَكَانَتْ بِالْقُرْءِ أَوْ بِالْأَشْهُرِ ، انْقَطَعَتْ عِدَّتُهُ بِالرَّجْعَةِ ، وَابْتَدَأَتْ عِدَّةٌ مِنَ الثَّانِي ، وَلَا يَحِلُّ لَهُ وَطْؤُهَا حَتَّى تَقْضَى ^(٢٥) عِدَّةُ الثَّانِي ، كَمَا لَوْ وَطِئَتْ بِشَبْهَةٍ فِي صُلْبِ نِكَاحِهِ . وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً بِالْحَمْلِ ، لَمْ يُمْكِنْ شُرُوعُهَا فِي عِدَّةِ الثَّانِي قَبْلَ وَضْعِ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّهُا بِالْقُرْءِ ، فَإِذَا وَضَعَتْ حَمْلَهَا ، شَرَعَتْ فِي عِدَّةِ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَ الْحَمْلُ مُلْحَقًا بِالثَّانِي ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ

(٢٢) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهَا » .

(٢٣) فِي ١ ، ب ، م : « الثَّانِي » .

(٢٤) فِي ١ : « كَالْمُرْتَدَّةِ » .

(٢٥) فِي ١ ، ب ، م : « تَقْضَى » .

به عن الثاني، وتَقَدَّمُ^(٢٦) عِدَّةُ الثاني على عِدَّةِ^(٢٧) الأول، فإذا اكْمَلَتْهَا، شَرَعَتْ في إِمَامِ عِدَّةِ الأول، وله حينئذ أن يَرْتَجِعَهَا؛ لَأَنَّهَا فِي عِدَّتِهِ. وإن أَحَبَّ أن يَرْتَجِعَهَا في حَالِ حَمْلِهَا، ففيه وَجْهَان؛ أَحَدُهُمَا، ليس له ذلك؛ لَأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي عِدَّتِهِ، وهى مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ، فَأَشْبَهَتْ الْأَجْنَبِيَّةَ أَوِ الْمُرْتَدَّةَ. والثاني، له رَجْعُهَا؛ لَأَنَّ عِدَّتَهَا مِنْهُ لَمْ تَنْقُضْ، وَتَحْرِيمُهَا لَا يَمْنَعُ رَجْعَهَا، كَالْمُحَرَّمَةِ.

فصل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولدٌ من غيره، فمات وَلَدُهَا، فإن أَحْمَدَ قَالَ: يَعْزِلُ امرأته حتى تَحِيضَ حَيْضَةً. وهذا يَرَوَى عن علي بن أبي طالب، والحسين ابنه، ونحوه عن عمر بن الخطاب، وعن الحسين^(٢٨) بن علي، والصَّعْبِ بن جَثَامَةَ^(٢٩). وبه قال عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والنَّخَعِيُّ، ومالك، وإسحاق، وأبو عُبَيْدٍ. قال عمر بن عبد العزيز: لَا يَقْرُبُهَا حَتَّى يَنْظُرَ بِهَا حَمْلٌ أَمْ لَا؟ وَإِنَّمَا قَالُوا ذَلِكَ؛ لَأَنَّهَا إِنْ كَانَتْ حَامِلًا حِينَ مَوْتِهِ، وَرَثَهُ حَمْلُهَا، وَإِنْ حَدَثَ الْحَمْلُ بَعْدَ الْمَوْتِ، لَمْ يَرِثْهُ. فَإِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ وَلَدٌ أَوْ أَبٌ أَوْ جَدٌّ، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى اسْتِبْرَائِهَا؛ لَأَنَّ الْحَمْلَ لَا مِيرَاثَ لَهُ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا قَدْ تَبَيَّنَ حَمْلُهَا، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى اسْتِبْرَائِهَا؛ لَأَنَّ الْحَمْلَ مَعْلُومٌ، وَإِنْ كَانَتْ آيِسَةً، لَمْ يَحْتَجْ إِلَى اسْتِبْرَائِهَا؛ لِلْيَأْسِ مِنْ حَمْلِهَا، وَإِنْ كَانَتْ مَمَّنْ^(٣٠) يُمَكِّنُ حَمْلُهَا، وَلَمْ يَتَّبِعْ^(٣١) بِهَا حَمْلًا، وَلَمْ يَعْتَزِلْهَا زَوْجُهَا، فَأُتِيَ بِوَلَدٍ قَبْلَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ، وَرِثَ، وَإِنْ أُتِيَ بِهِ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينٍ / وَطَفَّهَا بَعْدَ مَوْتِ وَلَدِهَا، لَمْ يَرِثْ، لِأَنَّا لَا نَتَيَقَّنُ وُجُودَهُ حَالِ مَوْتِهِ. هذا يَرَوَى عن سُفْيَانَ. وهو قِيَاسُ قَوْلِ الشَّافِعِيِّ.

(٢٦) في م: «وتقدم».

(٢٧) سقط من: أ، ب، م.

(٢٨) في م: «الحسن».

(٢٩) الصَّعْبِ بن جَثَامَةَ بن قيس الليثي الحجازي، هاجر إلى النبي ﷺ، وروى عنه، وتوفي بعد خلافة أبي بكر تَهْذِيبُ التَهْذِيبِ ٤/٢١١، الإِصَابَةُ ٣/٤٢٦.

(٣٠) في الأصل نَهَادَةٌ: «لم».

(٣١) في م: «بين».

فصل : في أحكام المفقود ، إذا غاب الرجل عن امرأته ، لم يخل من حالين ؛ أحدهما ، أن تكون غيبة غير منقطعة ، يُعرف خبره ، ويأتي كتابه ، فهذا ليس لامرأته أن تزوج في قول أهل العلم أجمعين ، إلا أن يتعدّر الإنفاق عليها من ماله ، فلها أن تطلب فسخ النكاح ، فيفسخ نكاحه . وأجمعوا على أن زوجة الأسير لا تنكح حتى تعلم يقين وفاته . وهذا^(٣٢) قول النخعي ، والزهري ، ويحيى الأنصاري ، ومكحول ، والشافعي ، وأبي عبيد ، وأبي ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي . وإن أبى العبد ، فزوجته على الزوجية ، حتى تعلم موته أو رده . وبه قال الأوزاعي ، والثوري ، والشافعي ، وإسحاق . وقال الحسن : إباؤه طلاقه . ولنا ، أنه ليس بمفقود ، فلم يفسخ نكاحه ، كالحُر ، ومن تعدّر الإنفاق من ماله على زوجته ، فحكمها في الفسخ حكم ما ذكرنا ، إلا أن العبد نفقة زوجته على سيده ، أو في كسبه ، فيعتبر تعدّر الإنفاق من محل الوجوب . الحال الثاني ، أن يفقد ، وينقطع خبره ، ولا يعلم له موضع ، فهذا ينقسم قسمين ؛ أحدهما ، أن يكون ظاهر غيبته السلامة ، كسفر التجارة في غير مهلكة ، وإباق العبد ، وطلب العلم والسياسة ، فلا تزول الزوجية أيضا ، ما لم يثبت موته . روى^(٣٣) ذلك عن علي . وإليه ذهب ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي في الجديد . وروى ذلك عن أبي قلابة ، والنخعي ، وأبي عبيد . وقال مالك ، والشافعي في القديم : تترى أربع سنين ، وتعتد للوفاة أربعة أشهر وعشرا ، وتجل للأزواج ؛ لأنه إذا جاز الفسخ لتعدّر الوطء بالعنة ، وتعدّر النفقة بالإعسار ، فلأن يجوز ههنا لتعدّر الجميع أولى ، واحتجوا بحديث عمر في المفقود ، مع موافقة الصحابة له ، وتركيهم إنكاره . ونقل أحمد بن أصرم^(٣٤) ، عن أحمد : إذا مضى

(٣٢) سقطت الواو من : ١ ، ب .

(٣٣) في ب ، م : ٥ وروى ٤ .

(٣٤) أحمد بن أصرم بن خزيمة المزني ، سمع من الإمام أحمد وغيره ، وكان بصريا ، قدم مصر وكُتب عنه ، وخرج عنها فتوفى بدمشق ، في سنة خمس وثمانين ومائتين . طبقات الحنابلة ٢٢/١ :

عليه تسعون سنة ، قُسم ماله . وهذا يقتضي أن زوجته تعتد عدة الوفاة ثم تتزوج . قال أصحابنا : إنما اعتبرت تسعين سنة من يوم ولادته ؛ لأن الظاهر أنه لا يعيش أكثر من هذا ١٤٥/٨ ط العُمُر ، فإذا ^(٣٥) اقترن به انقطاع ^(٣٥) خبره ، وجب الحكم بموته ، / كما لو كان فقده بغيبة ظاهرها الهلاك . والمذهب الأول ؛ لأن هذه غيبة ظاهرها السلامة ، فلم يحكم بموته ، كما قبل الأربع سنين ، أو كما قبل التسعين ، ولأن هذا التقدير بغير توقيف ، والتقدير لا ينبغي أن يُصار إليه إلا بالتوقيف ؛ لأن تقديرها بتسعين سنة من يوم ولادته ، يُفضي إلى اختلاف العدة في حق المرأة باختلاف عُمر الزوج ، ولا نظير لهذا ، وخبر عمر ورد في من ظاهر غيبته الهلاك ، فلا يقاس عليه غيره . القسم الثاني ، أن تكون غيبته ظاهرها الهلاك ، كالذي يُفقد من بين أهله ليلاً أو نهاراً ، أو يخرج إلى الصلاة فلا يرجع ، أو يمضي إلى مكان قريب ليقتضي حاجته ويرجع ، فلا يظهر له خبر ، أو يفقد من ^(٣٦) بين الصنفين ، أو ينكسر بهم مركب فيعرق بعض رفقته ، أو يفقد في مهلكة ، كبرية الحجاز ونحوها ، فمذهب أحمد الظاهر عنه ، أن زوجته تترى أربع سنين ، أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد للوفاة أربعة أشهر وعشراً . وتجل للأزواج . قال الأثرم : قيل لأبي عبد الله : تذهب إلى حديث عمر ؟ قال : هو أحسنها يروى عن عمر من ثمانية وجوه . ثم قال ^(٣٧) : زعموا أن عمر رجع عن هذا . هؤلاء الكذابين ^(٣٨) . قلت : فروى من وجه ضعيف أن عمر قال بخلاف هذا ؟ قال : لا ، إلا أن يكون إنسان يكذب . وقلت له مرة : إن إنساناً قال لي : إن أبا عبد الله قد ترك قوله في المفقود بعدك . فضحك ، ثم قال : من ترك هذا القول أي شيء يقول ! وهو ^(٣٩) قول عمر وعثمان وعلي وابن عباس وابن الزبير . قال أحمد : خمسة من أصحاب النبي ﷺ . وبه قال عطاء ، وعمر بن

(٣٥-٣٥) في ١ : « انقطع » .

(٣٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٣٧) في الأصل : « قالوا » .

(٣٨) كذا على حكاية قوله .

(٣٩) في ١ ، ب ، م : « وهذا » .

عبد العزيز ، والحسن ، والزهرى ، وقتادة ، والليث ، وعلى بن المدينى ، وعبد العزيز ابن أبى سلمة . وبه يقول مالك ، والشافعى فى القديم ، إلا أن مالكاً قال : ليس فى انتظار من يفقد فى القتال وقت . وقال سعيد بن المسيب ، فى امرأة المفقود بين الصقيين : تترى سنة ؛ لأن غلبة هلاكه ههنا أكثر من غلبة غيره ، لوجود سببه . وقد نقل عن أحمد ، أنه قال : (٤٠) كنت أقول (٤١) : إذا تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت أربعة أشهر وعشراً . تزوجت . وقد ائبى فيها ، وهبى الجواب فيها ، (٤٢) لما اختلف (٤٣) الناس فيها ، فكأنى أحب السلامة . وهذا توقف يحتمل الرجوع عما قاله ، وتربص أبداً ، ويحتمل / التورع ، ويكون المذهب ما قاله أولاً . قال القاضى : أكثر أصحابنا على (٤٤) أن المذهب رواية واحدة ، وعندى أن المسألة على روايتين . وقال أبو بكر : الذى أقول به ، إن صح الاختلاف فى المسألة ، أن لا يحكم بحكم ثانٍ إلا بدليل على الانتقال ، وإن ثبت الإجماع ، فالحكم فيه على مانص عليه . وظاهر المذهب على ما حكيناه أولاً . نقله عن أحمد الجماعة ، وقد أنكر أحمد رواية من روى عنه الرجوع ، على ما حكيناه من رواية الأثرم . وقال أبو قلابة ، والنخعى ، والثورى ، وابن أبى ليلى ، وابن شبرمة ، وأصحاب الرأى ، والشافعى فى الجديد : لا تزوج امرأة المفقود حتى يتبين موته أو فراقه ؛ لما (٤٥) روى المغيرة (٤٦) ، أن النبى ﷺ قال : « امرأة المفقود امرأته ، حتى يأتيتها » (٤٧) . وروى الحكم ، وحماد ، عن على : لا تزوج امرأة

(٤٠-٤١) سقط من : ١ .

(٤١-٤٢) فى ١ : لا اختلاف .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) فى الأصل : ولا .

(٤٤) فى انزادة : بن شعبة .

(٤٥) فى ب ، م : يأتى .

(٤٦) فى النسخ : زوجها . والمثبت من سنن الدارقطنى ، وقد أخرجه فى : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن

الدارقطنى ٣/٣١٢ .

المفقود ، حتى يأتى موته أو طلاقه^(٤٧). ولأنه^(٤٨) شك في زوال الزوجية ، فلم تثبت به
الفرقة ، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة . ولنا ، ما روى الأثرم . والجورجاني ،
بإسنادهما عن عبيد بن عمير ، قال : فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى
عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقى ، فتربصى أربع سنين . ففعلت ، ثم أتته ،
فقال : انطلقى ، فاعتدى أربعة أشهر وعشرًا . ففعلت ، ثم أتته ، فقال : أين ولئى هذا
الرجل ؟^(٤٩) فجاء وليه^(٥٠) ، فقال : طلقها . ففعل ، فقال لها عمر : انطلقى ،
فتزوجى من شئت . فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال له^(٥١) عمر : أين كنت ؟
قال : يا أمير المؤمنين ، استهوتنى الشياطين ، فوالله ما أدرى فى أى أرض الله^(٥٢) ، كنت
عند قوم يستعبدوننى ، حتى اغتزلهم منهم قوم مسلمون ، فكنت فى ما غنموه ، فقالوا
لى^(٥٣) : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء من الجن ، فمالك وما لهم ؟ فأخبرتهم
خبرى ، فقالوا : بأى^(٥٤) أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هى أرضى .
فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرّة . فخير عمر ؛ إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ،
فاختار الصداق ، وقال : قد حبلى ، لا حاجة لى فيها^(٥٥) . قال أحمد : يروى عن عمر ،

(٤٧) أخرجه البيهقى ، فى : باب من قال بتخير المفقود ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٦/٧ . وعبد
الرزاق ، فى : باب التى لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٩٠/٧ . وسعيد بن منصور ، فى :
باب الحكم فى امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ٤٠٢/١ .

(٤٨) سقطت الواو من : م .

(٤٩-٤٩) سقط من : م .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) فى م زيادة : « كنت » .

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) سقط من : الأصل .

(٥٤) فى ١ ، ب : « بأيت » .

(٥٥) أخرجه البيهقى ، فى الباب السابق . السنن الكبرى ٤٤٥/٧ ، ٤٤٦ . وعبد الرزاق ، فى الباب السابق .
المصنف ٨٦/٧-٨٨ . وسعيد ، فى الباب السابق . السنن ٤٠١/١ ، ٤٠٢ .

من ثلاثة وجوه ، ولم يُعرف في الصحابة له مخالف . ورَوَى الجوزجاني وغيره ، بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ، ثم يُطلقها 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 تُنكر ، فكانت إجماعا . فأما الحديث الذي رَوَاهُ عن النبي ﷺ ، فلم يُثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رَوَاهُ عن علي ، فيرويه الحكم وحماد مرسلا ، والمُسند عنه مثل قولنا ، ثم يُحمل ما رَوَاهُ على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة ، جمعا بينه وبين ما رَوَيْنَاهُ . وقولهم : إنه شك في زوال الزوجية . ممنوع ، فإن الشك ما تساوى فيه الأمران ، والظاهر في مسألتنا هلاكه .

فصل : وهل يُعتبر أن يُطلقها ولي زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يعتبر ذلك ؛ لأنه في ^(٥٦) حديث عمر الذي رَوَيْنَاهُ ، وقد قال أحمد : هو أحسنها . وذكر في حديث علي ، أنه يُطلقها ولي زوجها . والثانية ، لا يُعتبر ذلك ، كذلك قال 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 تيفقت وفاته ، ولأنه قد ^(٥٧) وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج ، وأوجب عليها عدة الوفاة ، فأشبه ما لو شهد به شاهدان .

فصل : وهل يُعتبر ابتداء المدة من حين الغيبة أو من حين ضرب الحاكم المدة ؟ على روايتين ؛ إحداهما ، يُعتبر ابتداؤها من حين ضربها الحاكم ؛ لأنها مدة مختلف فيها ، فافتقرت إلى ضرب الحاكم ، كمدة العنة . والثانية ^(٥٨) ، من حين انقطع خبره ،

(٥٦) في ب : « من » .

(٥٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٨) في ا ، ب ، م : « والثاني » .

وَبَعْدَ أَثَرِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا ظَاهِرٌ فِي مَوْتِهِ ، فَكَانَ ابْتِدَاءُ الْمُدَّةِ مِنْهُ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ بِهِ شَاهِدَانِ .
وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَالرُّوَابِئِيِّ .

فصل : فَإِنْ قَدِمَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ قَبْلَ أَنْ تَتَزَوَّجَ ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ
الشَّافِعِيِّ : إِذَا ضَرَبَتْ لَهَا الْمُدَّةُ ، فَانْقَضَتْ ، بَطَلَ نِكَاحُ الْأَوَّلِ . وَالَّذِي ذَكَرْنَا أَوَّلَى ؛
لَأَنَّا إِنَّمَا أَبْخَنَّا لَهَا التَّزْوِيجَ لِأَنَّ الظَّاهَرَ مَوْتُهُ ، فَإِذَا بَانَ حَيًّا انْخَرَمَ ذَلِكَ الظَّاهَرُ ، وَكَانَ
النِّكَاحُ بِحَالِهِ ، كَمَا لَوْ شَهِدَتِ الْبَيِّنَةُ بِمَوْتِهِ ثُمَّ بَانَ حَيًّا ، وَلَئِنَّ أَحَدَ الْمَلَكَيْنِ ، فَأُشْبِهَ
مِلْكُ / الْمَالِ . فَأَمَّا إِنْ قَدِمَ بَعْدَ أَنْ تَزَوَّجَتْ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ قَبْلَ دُخُولِ الثَّانِي بِهَا ، فَهِيَ ١٤٧/٨
زَوْجَةُ الْأَوَّلِ ، تُرَدُّ إِلَيْهِ ، وَلَا شَيْءَ . قَالَ أَحْمَدُ : أَمَّا قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَهِيَ امْرَأَتُهُ ، وَإِنَّمَا
التَّخْيِيرُ بَعْدَ الدُّخُولِ . وَهَذَا قَوْلُ الْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَخَلَّاسِ بْنِ عَمْرٍو ، وَالتَّحْنَوِيِّ ،
وَقَتَادَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ . وَقَالَ الْقَاضِي : فِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُخَيَّرُ . وَأَخَذَهُ مِنْ
عُمُومِ قَوْلِ أَحْمَدَ : إِذَا تَزَوَّجَتْ امْرَأَتُهُ فَجَاءَ ، يُخَيَّرُ بَيْنَ الصَّدَاقِ وَبَيْنَ امْرَأَتِهِ . وَالصَّحِيحُ
أَنَّ عُمُومَ كَلَامِ أَحْمَدَ يُحْمَلُ عَلَى خَاصِّهِ فِي رَوَايَةِ الْأَثَرِمْ ، وَأَنَّهُ لَا تَخْيِيرَ إِلَّا بَعْدَ الدُّخُولِ ،
فَتَكُونُ زَوْجَةُ الْأَوَّلِ ، رَوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِإِنَّ النِّكَاحَ إِنَّمَا صَحَّ فِي الظَّاهَرِ دُونَ الْبَاطِنِ ، فَإِذَا
قَدِمَ تَبَيَّنَ أَنَّ النِّكَاحَ كَانَ بَاطِلًا ؛ ^(٥٩) لِأَنَّهُ صَادَفَ امْرَأَةً ذَاتَ زَوْجٍ ، فَكَانَ بَاطِلًا ^(٥٩) ، كَمَا
لَوْ شَهِدَتِ بَيِّنَةٌ بِمَوْتِهِ ، وَلَيْسَ عَلَيْهِ صَدَاقٌ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ فَاسِدٌ لَمْ يَتَّصِلْ بِهِ دُخُولٌ ،
وَتَعُودُ ^(٦٠) إِلَى ^(٦١) الزَّوْجِ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، كَمَا لَوْ لَمْ تَتَزَوَّجْ . وَإِنْ قَدِمَ بَعْدَ دُخُولِ الثَّانِي بِهَا . يُخَيَّرُ
الْأَوَّلُ بَيْنَ أَخْذِهَا ، فَتَكُونُ امْرَأَتُهُ ^(٦٢) بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ ، وَبَيْنَ أَخْذِ صَدَاقِهَا ، وَتَكُونُ زَوْجَةُ
الثَّانِي ^(٦٣) . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِإِجْمَاعِ الصَّحَابَةِ عَلَيْهِ ، فَرَوَى مَعْمَرٌ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ،
عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ عُمَرَ وَعُثْمَانَ قَالَا : إِنْ جَاءَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ ، يُخَيَّرُ بَيْنَ الْمَرْأَةِ وَبَيْنَ

(٥٩-٥٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٦٠) في م : « ويعود » .

(٦١) سقط من : ب ، م .

(٦٢) في ب ، م : « زوجته » .

(٦٣) في م : « للثاني » .

الصَّدَاقِ الَّذِي سَاقَ هُوَ . رَوَاهُ الْجُوزْجَانِيُّ ، وَالْأَثَرُ . وَقَضَى بِهِ الزُّبَيْرُ فِي مَوْلَاةٍ لَهُمْ .
 وَقَالَ عَلِيُّ ذَلِكَ فِي الْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ . وَلَمْ يُعْرِفْ لَهُمْ مُخَالَفَ فِي عَصْرِهِمْ ، فَكَانَ
 إِجْمَاعًا . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ أَمْسَكَهَا الْأَوَّلُ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ بِالْعَقْدِ الْأَوَّلِ . وَالْمَنْصُوصُ عَنْ
 أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ الثَّانِي إِلَى طَلَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحُهُ كَانَ بَاطِلًا فِي الْبَاطِنِ . وَقَالَ الْقَاضِي :
 قِيَاسُ قَوْلِهِ ، أَنَّهُ يَحْتَاجُ إِلَى طَلَاقٍ ؛ لِأَنَّهُ هَذَا نِكَاحٌ مُخْتَلَفٌ فِي صِحَّتِهِ ، فَكَانَ مَأْمُورًا
 بِالطَّلَاقِ لِيَقْطَعَ حُكْمَ الْعَقْدِ الثَّانِي ، كَسَائِرِ الْأَنْكِحَةِ الْفَاسِدَةِ ، وَيَجِبُ عَلَى الْأَوَّلِ
 اعْتِزَالُهَا حَتَّى تَقْضَى عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي . وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْهَا الْأَوَّلُ ، فَإِنَّهَا تَكُونُ مَعَ الثَّانِي ، وَلَمْ
 يَذْكُرُوا لَهَا عَقْدًا جَدِيدًا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَجِبُ أَنْ يَسْتَأْنِفَ لَهَا عَقْدًا ^(٦٤) ، لِأَنَّ تَبَيُّنًا بَطْلَانَ
 عَقْدِهِ بِمَجِيءِ الْأَوَّلِ ، وَيُحْمَلُ قَوْلُ الصَّحَابَةِ عَلَى هَذَا ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَيْهِ ، فَإِنَّ زَوْجَةَ
 الْإِنْسَانِ لَا تُصِيرُ زَوْجَةً لغيرِهِ بِمَجَرَّدِ تَرْكِهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : الْقِيَاسُ أَنَّ إِنْ ^(٦٥)
 حَكَمْنَا بِالْفُرْقَةِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، فَهِيَ امْرَأَةُ الثَّانِي ، وَلَا خِيَارَ لِلأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ مِنْهُ /
 بِفُرْقَةِ الْحَاكِمِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ فَسَخَ نِكَاحَهَا لِعُسْرَتِهِ ، وَإِنْ لَمْ نَحْكَمْ بِفُرْقَتِهِ بَاطِنًا ، فَهِيَ
 امْرَأَةُ الْأَوَّلِ ، وَلَا خِيَارَ لَهُ .

١٤٧/٨ ظ

فصل : وَمَتَى اخْتَارَ الْأَوَّلُ تَرْكَهَا ، فَإِنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الثَّانِي بِصَدَاقِهَا ؛ لِقَضَاءِ
 الصَّحَابَةِ بِذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ حَالُ بَيْنِهِ وَبَيْنَهَا بِعَقْدِهِ عَلَيْهَا ، وَدُخُولِهِ بِهَا . وَاخْتَلَفَ ^(٦٦) عَنْ
 أَحْمَدَ فِيمَا يَرْجِعُ بِهِ ؛ فَرَوَى عَنْهُ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِالصَّدَاقِ الَّذِي أَصْدَقَهَا هُوَ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي
 بَكْرٍ ، وَقَوْلُ الْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَعَلِيٍّ ^(٦٧) ابْنِ الْمَدِينِيِّ ، لِقَضَاءِ عَلِيٍّ وَعُثْمَانَ أَنَّهُ
 يُخَيَّرُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الصَّدَاقِ الَّذِي سَاقَ هُوَ ، وَلِأَنَّهُ ^(٦٨) أَثْلَفَ عَلَيْهِ الْمُعَوِّضَ ، فَارْجَعَ عَلَيْهِ

(٦٤) فِي ب زِيَادَةِ : « جَدِيدًا » .

(٦٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٦٦) أَيْ النُّقْلُ .

(٦٧) فِي م : « وَعَنْ » .

(٦٨) فِي ب زِيَادَةِ : « لَوْ » .

بالعوض ، كشهود الطلاق إذا رجعوا عن الشهادة . فعلى هذا ، إن كان لم يدفع إليها الصداق ، لم يرجع بشيء ، وإن كان قد دفع بعضه ، رجع بما دفع . ويحتمل أن يرجع عليه بالصداق ، وترجع المرأة بما بقي عليه من صداقها . وعن أحمد أنه يرجع عليه بالمهر الذي أصدقها الثاني ؛ لأن إثلاف البضع من جهته ، والرجوع^(٦٩) عليه بقيمته ، 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^(٧٠) منه ؟ فيه روايتان . ذكر ذلك أبو عبد الله ابن حامد ؛ إحداهما ، يرجع به ؛ لأنها غرامة لزمت الزوج بسبب وطئه لها ، فيرجع^(٧١) بها ، كالمغرور . والثانية ، لا يرجع بها . وهو أظهر ؛ لأن الصحابة لم يقضوا بالرجوع ، فإن سعيد بن المسيب روى ، أن عمر وعثمان قضيا في المرأة التي لا تدرى ما مهلك زوجها ، أن تربص^(٧٢) أربع سنين ، ثم تعتد عدة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، ثم تزوج إن بدا لها ، فإن جاء زوجها خيرا ؛ إما امرأته ، وإما الصداق ، فإن اختار الصداق ، فالصداق على زوجها الآخر ، وثبتت عنده ، وإن اختار امرأته ، عزلت عن زوجها الآخر حتى تنقضي عدتها ، وإن قدم زوجها وقد توفى زوجها الآخر ، ورثت ، واعتدت عدة المتوفى عنها ، وترجع إلى الأول . رواه الجوزجاني^(٧٣) . ولأن المرأة لا تعير منها ، فلم يرجع عليها بشيء ، كغيرها . فإن 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

(٦٩) في ب : « والمرجوع » .

(٧٠) في ب : « أخذت » .

(٧١) في ا ، ب ، م : « فرجع » .

(٧٢) في م : « تربص » . وهما بمعنى .

(٧٣) وأخرجه البيهقي ، في : باب من قال : تنتظر أربع سنين ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٥/٧ . وعبد

الرزاق ، في : باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٨٥/٧ .

يَرْجِعُ عَلَيْهَا . وَكَانَ قَدْ دَفَعَ إِلَيْهَا الصَّدَاقَ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ دَفَعَهُ إِلَيْهَا ، لَزِمَهُ دَفَعُهُ ، وَيُدْفَعُ إِلَى الْأَوَّلِ صَدَاقًا آخَرَ .

فصل : وَإِنْ اخْتَارَتِ امْرَأَةُ الْمَقْضُودِ الْمَقَامَ وَالصَّبْرَ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ ، فَلَهَا النَّفَقَةُ مَا دَامَ حَيًّا ، وَيُنْفَقُ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ حَتَّى يَتَبَيَّنَ أَمْرُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُحْكَمٌ لَهَا بِالزَّوْجِيَّةِ ، فَتَجِبُ لَهَا النَّفَقَةُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَتْ حَيَاتِهِ . ^(٧٤) فَإِذَا تَبَيَّنَ أَنَّهُ كَانَ حَيًّا ، وَقَدِمَ ، فَلَا كَلَامَ ، وَإِنْ ^(٧٥) تَبَيَّنَ أَنَّهُ مَاتَ ، أَوْ فَارَقَهَا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ إِلَى يَوْمِ مَوْتِهِ أَوْ بَيِّنُوْنَتِهَا مِنْهُ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالْبَاقِي ؛ لِأَنَّهَا تَبَيَّنَتْ أَنَّهَا أَنْفَقَتْ مَالَ غَيْرِهِ ، أَوْ أَنْفَقَتْ مِنْ مَالِهِ وَهِيَ غَيْرُ زَوْجَةٍ لَهُ . وَإِنْ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ ، فَضَرَبَ لَهَا مُدَّةً ، فَلَهَا النَّفَقَةُ فِي مُدَّةِ التَّرْبِصِ وَمُدَّةِ الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ التَّرْبِصِ لَمْ يَحْكَمْ فِيهَا ^(٧٥) بَيِّنُوْنَتِهَا مِنْ زَوْجِهَا ، فَهِيَ مَحْبُوسَةٌ عَلَيْهِ بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَأُشْبِهَ مَا ^(٧٦) قَبْلَ الْمُدَّةِ . وَأَمَّا مُدَّةُ الْعِدَّةِ ، فَلِأَنَّهَا غَيْرُ مُتَيَقَّنَةٍ ، بِخِلَافِ عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، فَإِنَّ مَوْتَهُ مُتَيَقَّنٌ ، وَمَا بَعْدَ الْعِدَّةِ إِنْ تَزَوَّجَتْ أَوْ فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ^(٧٧) ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا اسْقَطَتْهَا بِخُرُوجِهَا عَنْ حُكْمِ نِكَاحِهِ ، وَإِنْ لَمْ تَتَزَوَّجْ وَلَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَنَفَقَتُهَا بَاقِيَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ ^(٧٨) بَعْدَ مِنْ نِكَاحِهِ . وَإِنْ قَدِمَ الزَّوْجُ بَعْدَ ذَلِكَ ، وَرُدَّتْ إِلَيْهِ ، عَادَتْ نَفَقَتُهَا مِنْ حِينَ الرَّدِّ . وَقَدْ رَوَى الْأَثَرُمُ ، وَالْجَوْزْجَانِيُّ ، عَنْ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَا : تَنْتَظِرُ امْرَأَةُ الْمَقْضُودِ أَرْبَعَ سِنِينَ . قَالَ ابْنُ عَمَرَ : يُنْفَقُ ^(٧٩) عَلَيْهَا مِنْ مَالِ زَوْجِهَا . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : إِذَا أُجْحِفَ ذَلِكَ بِالْوَرِثَةِ ، وَلَكِنَّهَا تَسْتَدِينُ ، فَإِنْ جَاءَ زَوْجُهَا أَخَذَتْ مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ مَاتَ أَخَذَتْ مِنْ نَصِيبِهَا مِنَ الْمِيرَاثِ . وَقَالَا : يُنْفَقُ عَلَيْهَا بَعْدَ فِي الْعِدَّةِ بَعْدَ الْأَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ مَالِ زَوْجِهَا جَمِيعِهِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ^(٨٠) . وَإِنْ

(٧٤-٧٥) سقط من : الأصل ، م .

(٧٥) في الأصل ، ب : « فيه » .

(٧٦) في ب زيادة : « لو » .

(٧٧) في م : « بينها » .

(٧٨) في الأصل زيادة : « من » .

(٧٩) في ب : « وينفق » .

(٨٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : تنتظر أربع سنين ثم أربعة أشهر وعشرا ثم تحل ، من كتاب العدد . السنن =

قلنا : ليس لها أن تتزوّج . لم تُسقط نفقتها ، ما لم تتزوّج ، فإن تزوّجت ، سقطت نفقتها ؛ لأنها بالتزويج تخرج عن يديه ، وتصير ناشِراً ، وإن فُرّق بينهما ، فلا نفقة لهما ما دامت في العِدّة ، فإذا انقضت ، فلم تعد إلى مسكن زوجها ، فلا نفقة لها أيضاً ؛ لأنها باقية على الشُّور . وإن عادت إلى مسكنه^(٨١) ، احتمل أن تعود النفقة ؛ لأنّ الشُّور المُسقط لنفقتها قد زال ، ويحتمل ألا / تعود ؛ لأنها ما سلّمت نفسها إليه . وإن عاد فتسلّمها ، عادت نفقتها . ومتى أنفق عليها ، ثم بان أنّ الزوج كان قد مات قبل ذلك ، حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها ، فإن لم ترث^(٨٢) شيئاً ، فهو عليها ؛ لأنها أنفقت من مال الوارث ما لا تستحقّه ، فأما نفقتها على الزوج الثاني ، فإن قلنا : لها أن تتزوّج . فيكأحها صحيح ، حكمه في النفقة حكم غيره من الأنكحة الصحيحة . وإن قلنا : ليس لها أن تتزوّج . فلا نفقة لها ، فإن أنفق عليها ، لم يرجع بشيء ؛ لأنّه تطوّع به ، إلا أن يجبره على ذلك حاكم ، فيحتمل أن يرجع بها ؛ لأنّه ألزمه أداء ما لم يكن واجباً عليه ، ويحتمل ألا يرجع به ؛ لأنّ 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^(٨٣) وجوب النفقة ، على الروايتين في النفقة ؛ هل هي للحمل ، أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هي للحمل . فلها النفقة ؛ لأنّ نسب الحمل لأحقّ به ، فيجب عليه الإنفاق على ولده . وإن قلنا : لها من أجله . فلا نفقة لها ؛ لأنّه في غير نكاح صحيح ، فأشبهه حمل الموطوءة بشبهة . وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني ، لحقه نسبه ؛ لأنها صارت فراشاً له ، وقد علمنا أنّ الولد ليس من الأوّل ؛ لأنها تربّصت بعد فقده أكثر^(٨٤)

= الكبرى ٤٤٥/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب الحكم في امرأة المفقود ، من كتاب الطلاق . السنن ٤٠٢/١ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته وهي مستحاضة بما تعتد ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٥٩/٥ .

(٨١) في ١ : مسكنها .

(٨٢) في الأصل : تورث .

(٨٣) في الأصل ، ب ، م : فينبني .

(٨٤) في م زيادة : من .

مُدَّةَ الْحَمْلِ ، وَتَقْضَى عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي بَوْضَعِهِ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ ، وَعَلَيْهَا أَنْ تُرْضِعَهُ
الْبَاءُ^(٨٥) ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يَقُومُ بِدَنِّهِ إِلَّا بِهِ ، فَإِنْ رُدَّتْ إِلَى الْأَوَّلِ ، فَلَهُ مَنَعُهَا مِنْ
إِرْضَاعِهِ^(٨٦) ، كَمَا لَهُ أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ رِضَاعِ أَجْنَبِيٍّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَشْغُلُهَا عَنْ حُقُوقِهِ ، إِلَّا أَنْ
يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ ، فَلَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا مِنْ إِرْضَاعِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا حَالُ
ضَرُورَةٍ . فَإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي بَيْتِ الزَّوْجِ الْأَوَّلِ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي قَبْضَتِهِ وَبِيَدِهِ ،
وإِنْ أَرْضَعَتْهُ فِي غَيْرِ بَيْتِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاشِئٌ ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، خُرَجَ
عَلَى الرَّوَائِثِ فِيمَا إِذَا سَافَرَتْ لِحَاجَتِهَا^(٨٧) بِإِذْنِهِ .

فصل : في ميراثها من الزوجين ، وتوريثهما منها . متى مات زوجها الأول ، أو
ماتت قبل تزوجها بالثاني ، ورثته وورثها ، وكذلك إن تزوجت الثاني فلم يدخل بها ؛
لأننا قد تبيننا أنه متى قدم قبل الدخول بها ، رُدَّتْ إليه بغير تحيير . وقد ذكرنا أن القاضي
ذكر أن فيها رواية أخرى ، أنه يُخَيَّرُ فيها . فعلى هذه الرواية ، حكمه حكم مالمو دخل بها
الثاني . فأما إن دخل الثاني بها نظرنا ؛ فإن قدم / الأول ، فاختارها ، ورُدَّتْ إليه ،
ورثها وورثته ، ولم ترث الثاني ولم يرثها ؛ لأنه لا زوجية بينهما . وإن مات أحدهما قبل
اختيارها ؛ إمَّا في الغيبة ، أو بعد قدومه ، فإن قلنا : إن^(٨٨) لها أن تتزوج . ورثت الزوج
الثاني وورثها ، ولم ترث الأول ولم يرثها ؛ لأنَّ مَنْ خَيْرَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ ، فَتَعَدَّرَ أَحَدُهُمَا ، تَعَيَّنَ
الْآخَرُ . وإن ماتت قبل اختيار الأول ، خيَّر ، فإن اختارها ورثها ، وإن لم يختارها ورثها
الثاني . هذا ظاهر قول أصحابنا . وأمَّا على ما أختاره ، فإنها لا ترث الثاني ولا يرثها
بحال ، إلا أن يُجَدِّدَ لها عَقْدًا ، أو لا يَعْلَمَ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ حَيًّا ، ومتى عَلِمَ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ
حَيًّا ، ورثها وورثته ، إلا أن يختار تركها ، فتبين منه بذلك ، فلا ترثه ولا يرثها .

(٨٥) الباء : أول اللبن .

(٨٦) في الأصل ، ١ : « رضاعه » .

(٨٧) سقط من : الأصل .

(٨٨) سقط من : م .

وعلى قول أبى الحطّاب ، إن حَكَمْنَا بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ ظَاهِرًا وَبَاطِنًا ، وَرِثَ الثَّانِي وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الْأَوَّلَ وَلَمْ يَرِثْهَا ، ^(٨٩) وَإِنْ لَمْ نَحْكَمْ بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بَاطِنًا ، وَرِثَ الْأَوَّلَ وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الثَّانِي وَلَمْ يَرِثْهَا ^(٩٠) . فَأَمَّا عِدَّتُهَا مِنْهُمَا ، فَمَنْ وَرِثَتْهُ اعْتَدَّتْ لَوَفَاتِهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي فِي مَوْضِعٍ لَا تَرِثُهُ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . فَعَلِيَ هَذَا ، عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ لَوَفَاتِهِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا لَوَفَاتِهِ ، لَكِنْ تَعْتَدُّ مِنْ وَطْئِهِ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ؛ فَإِنْ مَاتَا مَعًا ^(٩١) ، اعْتَدَّتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَبَدَأَتْ بِعِدَّةِ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْهَا ، اعْتَدَّتْ لِلْآخِرِ ، وَإِنْ مَاتَ الْأَوَّلُ أَوَّلًا ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي أَوَّلًا ، بَدَأَتْ بِعِدَّتِهِ ، فَإِذَا مَاتَ الْأَوَّلُ ، انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الثَّانِي ، ثُمَّ ابْتَدَأَتْ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْهَا ، أَتَمَّتْ عِدَّةُ الثَّانِي . وَإِنْ عَلِمَ مَوْتُ أَحَدِهِمَا ، وَجْهَلِ وَقْتُ مَوْتِ الْآخَرِ ، أَوْ جْهَلِ مَوْتُهُمَا ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَّ عِدَّتَيْنِ مِنْ حِينَ تَيَقَّنَتْ الْمَوْتَ ، وَتَبْدَأُ بِعِدَّةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ وَأَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَيَوْضَعُ الْحَمْلُ تَنْقِضِي عِدَّةَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ ، ثُمَّ تَبْتَدِئُ بَعْدَهُ بِعِدَّةِ الْوَفَاةِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا .

فصل : وَإِذَا تَزَوَّجَتْ امْرَأَةٌ الْمَفْقُودَ ، فِي وَقْتٍ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ فِيهِ ، مِثْلُ أَنْ تَتَزَوَّجَ قَبْلَ مُضِيِّ الْمُدَّةِ الَّتِي يَبَاحُ لَهَا التَّزْوِيجُ بَعْدَهَا ، أَوْ كَانَتْ غَيْبَةً زَوْجَهَا ظَاهِرًا سَلَامَةً ، أَوْ مَا أَشْبَهَ هَذَا ، فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ تَبَيَّنَ أَنَّ زَوْجَهَا قَدْ مَاتَ ، وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا مِنْهُ ، أَوْ فَارَقَهَا وَانْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَفِي صِحَّةِ نِكَاحِهَا وَجْهَانِ ؛ ^{١٤٩/٨ ظ} أَحَدُهُمَا ، هُوَ صَحِيحٌ ؛ / لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِي نِكَاحٍ وَلَا عِدَّةٍ ، فَصَحَّ ^(٩١) تَزْوِيجُهَا ، كَمَا لَوْ عَلِمَتْ ذَلِكَ . وَالثَّانِي ، لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهَا مُعْتَقَدَةٌ تَحْرِيمِ نِكَاحِهَا وَبُطْلَانِهِ . وَأَصْلُ هَذَا مَنْ بَاعَ غَيَّنًا فِي يَدِهِ يَعْتَقِدُهَا لِمُورُوثِهِ ، فَبِأَن مَوْرُوثِهِ مَيِّتًا وَالْعَيْنُ مَمْلُوكَةٌ

(٨٩-٨٩) سقط من : م . نقل نظر .

(٩٠) سقط من : الأصل .

(٩١) في ب : « فيصح » .

له بالإرث ، هل يصح البيع ؟ فيه وجهان . كذا ههنا . ومذهب الشافعي مثل هذا . ولنا ، أنها تزوجت في مدة منعها الشرع من ^(٩٢) النكاح فيها ، فلم يصح ، كما لو تزوجت المعتدة في عدتها ، أو المرتابة ^(٩٣) قبل زوال ربتها .

فصل : ويقسم مال المفقود في الوقت الذي تومر زوجته بعدة الوفاة فيه . وبهذا قال قتادة . وقال الشافعي ، ومالك ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : لا يقسم ماله حتى تعلم وفاته ؛ لأن الأصل البقاء ، فلا يزول عنه ^(٩٤) بالشك ، وإنما صيرنا إلى إباحة التزويج لامرأته ، لإجماع الصحابة ، ولأن المرأة حاجة إلى النكاح ، وضرراً في الانتظار ، فاختص ذلك بها . ولنا ، أن من اعتدت زوجته للوفاة قسم ماله ، كمن قامت البينة بموته ، وما أجمع عليه الصحابة يقاس عليه ما كان في معناه ، وتأخير القسمة ضرر بالورثة ، وتعطيل لمنافع المال ، وربما تلف أو قلت قيمته ، فهو في معنى الضرر بتأخير التزويج .

فصل : وإن تصرف الزوج المفقود في زوجته ، بطلاق ، أو ظهار ، أو إيلاء ، أو قذف ، صح تصرفه ؛ لأن نكاحه باق ، ولهذا خير في أخذها ، وإنما حكمنا بإباحة تزويجها ؛ لأن الظاهر موته ، فلا يئطل في الباطن ، كما لو شهدت بموته بينة كاذبة .

فصل : وإذا فقدت الأمة زوجها ، تربصت أربع سنين ، ثم اعتدت للوفاة شهرين وخمسة أيام . وهذا اختيار أبي بكر . وقال القاضي : تربص نصف تربص الحرة . ورواه أبو طالب عن أحمد . وهو قول الأوزاعي والليث ؛ لأنها مدة مضروبة للمرأة لعدم زوجها ، فكانت الأمة فيه على النصف من الحرة ، كالعدة . ولنا ، أن الأربع سنين مضروبة لكونها أكثر مدة الحمل ، ومدة الحمل في الحرة والأمة سواء ، فاستويا في

(٩٢) سقط من : الأصل .

(٩٣) في الأصل : : والمرتبة .

(٩٤) في م : : منه .

التربص لها ، كالتسعة الأشهر في حق من ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، وكالحمل نفسه ، وهذا ينتقض قياسهم . فأما العبد ، فإن كانت زوجته حرة ، فتربصها كتربص^(٩٥) الحرة تحت الحر ، وإن كانت أمة ، فهي كالأمة تحت الحر ؛ لأن العدة معتبرة بالنساء دون الرجال ، وكذلك مدة التربص . وحكى عن الزهرري ، ومالك ، أنه يضرَب له نصف أجل / الحر . والأولى ما قلناه ؛ لأنه تربص مشروع في حق المرأة لفرقة زوجها ، فأشبهه العدة .

فصل : فإن غاب رجل عن زوجته ، فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت زوجته للوفاة ، أبيع لها أن تتزوج . فإن عاد الزوج بعد ذلك ، فحكمه حكم المفقود ، يُخير زوجها بين أخذها ، وتركها وله الصداق . وكذلك إن تظاهرت الأخبار بموته . وقد روى الأثرم بإسناده عن أبي المليح ، عن سُهَيْب^(٩٦) ، أن زوجها صَيْفِي بن فَيْسَل^(٩٧) ، نعى لها من قنديل^(٩٨) ، فتزوجت بعده ، ثم إن زوجها الأول قديم ، فأتينا عثمان وهو محصور ، فأشرف علينا ، فقال : كيف أقضى بينكم وأنا على هذا الحال ! فقلنا : قد رضىنا بقولك . فقضى أن يُخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة . فرجعنا . فلما قتل عثمان ، أتينا علياً ، فخير الزوج الأول بين الصداق وبين المرأة ، فاختار الصداق ، فأخذ مني ألفين ، ومن زوجي الآخر ألفين^(٩٩) . فإن حصلت الفرقة بشهادة محصورة ، فما

(٩٥) في م : « تربص » .

(٩٦) في النسخ : « شهية » . وفي سنن البيهقي : « سُهَيْم » . وفي نسخة منه : « شهبة » . وفي مصنف عبد الرزاق : « بنهية » . والمثبت في : الطبقات الكبرى ، لابن سعد ، في ترجمتها .

(٩٧) في النسخ : « فسيل » . وفي نسخة من سنن البيهقي : « قيل » . وفي الطبقات الكبرى : « قسيل » . والمثبت في : سنن البيهقي .

(٩٨) في النسخ : « قنديل » . والمثبت في الطبقات الكبرى . وفي سنن البيهقي : « قنديل » . وقنديل : مدينة بالسند ، وهي قسبة لولاية يقال لها : الندهة . معجم البلدان ١٨٣/٤ .

(٩٩) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال بتخير المفقود ... ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٤٧/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب التي لا تعلم مهلك زوجها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٨٨/٧ ، ٨٩ . وابن سعد ، في : الطبقات الكبرى ٤٧١/٨ .

حَصَلَ مِنْ غَرَامَةٍ فَعَلِيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا سَبَبٌ فِي إِجْبَابِهَا . وَإِنْ شَهِدَا^(١٠٠) بِمَوْتِ رَجُلٍ ، فَقَسَمَ مَالَهُ ، ثُمَّ قَدِمَ ، فَمَا وَجَدَ مِنْ مَالِهِ أَخَذَهُ . وَمَا تَلَفَ مِنْهُ أَوْ تَعَذَّرَ رُجُوعُهُ فِيهِ ، فَلَهُ تَضْمِينُ الشَّاهِدَيْنِ ؛ لِأَنَّهُمَا سَبَبُ الْاِسْتِيْلَاءِ عَلَيْهِ ، وَلِلْمَالِكِ تَضْمِينُ الْمُتْلِفِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَ مَالَهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ .

فصل : وَإِذَا نَكَحَ رَجُلٌ امْرَأَةً نِكَاحًا مُتَّفَقًا عَلَى بُطْلَانِهِ ، مِثْلُ أَنْ يَنْكِحَ ذَاتَ مَحْرَمَةٍ ، أَوْ مُعْتَدَّةً يَعْلَمُ حَالَهَا وَتَحْرِيمَهَا ، فَلَا حُكْمَ لِعَقْدِهِ ، وَالْحَلْوَةُ بِهَا كَالْحَلْوَةِ بِالْأَجْنَبِيَّةِ ، لَا تُوجِبُ عِدَّةً ، وَكَذَلِكَ الْمَوْتُ عَنْهَا لَا يُوجِبُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ . وَإِنْ وَطَّئَهَا ، اعْتَدَّتْ لَوَطْئِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ مِنْذُ وَطْئِهَا ، سَوَاءً فَارَقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، كَمَا لَوْ زَنَى بِهَا مِنْ غَيْرِ عَقْدٍ . وَإِنْ نَكَحَهَا نِكَاحًا مُخْتَلَفًا فِيهِ ، فَهُوَ فَاسِدٌ ، فَإِنْ مَاتَ عَنْهَا ، فَقَلَّ جَعْفَرُ بْنُ مُحَمَّدٍ ، أَنَّ عَلَيْهَا عِدَّةَ الْوَفَاةِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : لَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ نِكَاحٌ لَا يُثْبِتُ الْحِلَّ ، فَأُشْبِهَ الْبَاطِلَ . فَعَلِيَ هَذَا ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَهُ ، اعْتَدَّتْ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ نِكَاحٌ يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ ، فَوَجَبَتْ بِهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ، كَالنِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، وَفَارَقَ الْبَاطِلَ ، فَإِنَّهُ لَا يَلْحَقُ بِهِ النَّسَبُ . وَإِنْ فَارَقَهَا فِي الْحَيَاةِ بَعْدَ الْإِصَابَةِ ، اعْتَدَّتْ بَعْدَ فُرْقَتِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، وَلَا اخْتِلَافَ فِيهِ . وَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْحَلْوَةِ / ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، بَلَا خِلَافٍ ؛ لِأَنَّ الْمُفَارِقَةَ فِي الْحَيَاةِ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ،^(١٠١) بَلَا خِلَافٍ^(١٠٢) ، فَفِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الْحَلْوَةِ قَبْلَ الْإِصَابَةِ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ عَلَيْهَا الْعِدَّةَ ؛ لِأَنَّهُ يَجْرِي^(١٠٣) مَجْرَى النِّكَاحِ الصَّحِيحِ فِي لُحُوقِ النَّسَبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْعِدَّةِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ؛ لَوْجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهَا خَلْوَةٌ فِي غَيْرِ نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، أُشْبِهَتْ الَّتِي نِكَاحُهَا بَاطِلٌ . وَالثَّانِي ،

(١٠٠) فِي م : « شَهِدَا » .

(١٠١-١٠٢) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب .

(١٠٢) فِي ب ، م : « جَرَى » .

أَنَّ الْخُلُوةَ عِنْدَهُ فِي النِّكَاحِ الصَّحِيحِ لَا تُوجِبُ الْعِدَّةَ ، ففِي الْفَاسِدِ أَوَّلَى . وَهَذَا مُقْتَضَى
قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ .

فصل : فِي عِدَّةِ الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا . وَمَتَى كَانَتْ مُعْتَدَّةً بِالْحَمْلِ أَوْ بِالْقُرْءِ ، فَعِدَّتُهَا
كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْحَامِلِ لَا تَخْتَلِفُ بِالرَّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، وَعِدَّةُ الْأُمَةِ بِالْقُرْءِ قُرْءَان ،
فَأَذْنَى مَا يَكُونُ فِيهَا مِنَ الْحُرِّيَّةِ يُوجِبُ قُرْءًا ثَالِثًا ، لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ . وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً
بِالشُّهُورِ ؛ إِمَّا لِلوَفَاةِ ، وَإِمَّا لِلإِيَّاسِ أَوْ الصَّغَرِ ، فَعِدَّتُهَا بِالْحِسَابِ مِنْ عِدَّةِ حُرَّةٍ وَأُمَةٍ ،
فَإِذَا كَانَ نِصْفُهَا حُرًّا ، فَاعْتَدْتُ لِلوَفَاةِ ، فَعَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَثَمَانِ لَيَالٍ ؛ لِأَنَّ اللَّيْلَ يُحْسَبُ
مَعَ النَّهَارِ ، فَيَكُونُ عَلَيْهَا ثَلَاثَةُ أَرْبَاعٍ ذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْتَدَّةً بِالشُّهُورِ عَنِ الطَّلَاقِ ،
وَقُلْنَا : إِنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ شَهْرٌ وَنِصْفٌ . كَانَ عِدَّةُ الْمُعْتَقِ نِصْفُهَا ^(١٠٣) شَهْرَيْنِ وَرُبْعًا . وَإِنْ
قُلْنَا : عِدَّةُ الْأُمَةِ شَهْرَانِ أَوْ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . فَعِدَّةُ الْمُعْتَقِ بَعْضُهَا ، كَعِدَّةِ الْحُرَّةِ ، سَوَاءً .
وَأُمُّ الْوَلَدِ ، وَالْمُدْبِرَةُ ، وَالْمَكَاتِبَةُ ، عِدَّتُهُنَّ كَعِدَّةِ الْأُمَةِ ، سَوَاءً ؛ لِأَنَّهُنَّ إِمَاءٌ .

١٣٥٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَأُمُّ الْوَلَدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا ، فَلَا تَنْكِحُ حَتَّى يُحْيِضَ
خَيْضَتَهُ كَامِلَةً)

هَذَا هُوَ ^(١) الْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ،
وَعَائِشَةَ ، وَالْحَسَنِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَمَكْحُولٍ ، وَمَالِكٍ ،
وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي نُورٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ
وَعَشْرًا . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبِي عِيَّاضٍ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ،
وَمُجَاهِدٍ ، وَخَلَّاسٍ ^(٢) بَنِ عَمْرٍو ، وَعَمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَيَزِيدُ بْنُ عَبْدِ
الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لَمَّا رَوَى عَنْ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُفْسِدُوا

(١٠٣) فِي ب ، م : : نِصْفُهُ .

(١) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢) فِي النَّسَخِ : : خَلَّاسٌ . وَتَقَدَّمَ فِي : ٤٣٩/٩ .

علينا سنة نبينا ﷺ ، عدة أم الولد إذا توفى عنها سيدها أربعة أشهر وعشر. رواه أبو داود^(٣). ولأنها حرة تعتد للوفاة، فكانت عدتها أربعة أشهر وعشرًا، كالزوجة الحرة. وحكى أبو الخطاب، رواية ثالثة / ، أنها^(٤) تعتد شهرين وخمسة أيام. ولم أجده هذه الرواية عن أحمد، في «الجامع»، ولا أظنها صحيحة عن أحمد. وروى ذلك عن عطاء، وطاوس، وقتادة؛ لأنها^(٥) حين الموت أمة، فكانت عدتها عدة الأمة، كما لو مات رجل عن زوجته الأمة، فعتقت بعد موته. ويروى^(٦) عن علي، وابن مسعود، وعطاء، والنخعي، والثوري، وأصحاب الرأي، أن عدتها ثلاث حيض؛ لأنها حرة تستبرأ، فكان استبرأؤها بثلاث حيض، كالحررة المطلقة. ولنا، أنه استبرأ لزوال الملك. عن الرقة، فكان حيضة في حق من تحيض، كسائر استبراء المعتقات والمملوكات، ولأنه استبرأ لغير الزوجات والموطوءات بشبهة، فأشبه ما ذكرنا. قال القاسم بن محمد: سبحان الله، يقول الله تعالى في كتابه: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا﴾^(٧). ما هن بأزواج. فأما حديث عمرو بن العاص، فضعيف. قال ابن المنذر: ضعف أحمد وأبو عبيد حديث عمرو بن العاص. وقال محمد بن موسى^(٨):

(٣) في: باب في عدة أم الولد، من كتاب الطلاق. سنن أبي داود ٥٣٩/١.
كما أخرجه ابن ماجه، في: باب عدة أم الولد، من كتاب الطلاق. سنن ابن ماجه ٦٧٣/١. والإمام أحمد، في: المسند ٢٠٣/٤. والدارقطني، في: باب المهر، من كتاب النكاح. سنن الدارقطني ٣٠٩/٣. والبيهقي، في: باب استبراء أم الولد، من كتاب العدد. السنن الكبرى ٤٤٧/٧، ٤٤٨. وابن أبي شيبة، في: باب من قال: عدتها أربعة أشهر وعشرًا، من كتاب الطلاق. المصنف ١٦٢/٥.

(٤) سقط من: م.

(٥) في م: «ولأنها».

(٦) في ب: «وروى».

(٧) سورة البقرة ٢٣٤.

(٨) لعله ابن مشيش البغدادي، كان يستمل للإمام أحمد، وكان من كبار أصحابه. طبقات الخنابلة ٣٢٣/١. وترجم ابن أبي يعلى محمد بن موسى بن أبي موسى النهريري البغدادي أيضا، وذكر أنه كان عنده جزء مسائل كبار جواد عن الإمام أحمد. انظر: طبقات الخنابلة ٣٢٣/١، ٣٢٤.

سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ عَنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِي ، فَقَالَ : لَا يَصِحُّ . وَقَالَ الْمَيْمُونِيُّ :
رَأَيْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ يَعْجَبُ مِنْ حَدِيثِ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِي هَذَا ، ثُمَّ قَالَ : أَيْنَ سُنَّةُ النَّبِيِّ ﷺ
فِي هَذَا ؟ وَقَالَ : أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٌ إِنَّمَا هِيَ عِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ النِّكَاحِ ، وَإِنَّمَا هَذِهِ أُمَّةٌ
خَرَجَتْ مِنَ الرِّقِّ إِلَى الْحُرِّيَّةِ . وَيَلْزَمُ مَنْ قَالَ بِهَذَا أَنْ يُورِّثَهَا . وَلَيْسَ لِقَوْلِ مَنْ قَالَ : نَعْتَدُ
بثَلَاثِ حَيْضٍ . وَجَهٌ ، وَإِنَّمَا ^(٩) نَعْتَدُ بِذَلِكَ الْمُطَلَّقةُ ، وَلَيْسَتْ هَذِهِ مُطَلَّقةً ، وَلَا فِي
مَعْنَى الْمُطَلَّقةِ . وَأَمَّا قِيَاسُهُمْ إِيَّاهَا عَلَى الزَّوْجَاتِ ، فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ ^(١٠) هَذِهِ لَيْسَتْ
زَوْجَةً ، وَلَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَةِ ، وَلَا مُطَلَّقةً ، وَلَا فِي حُكْمِ الْمُطَلَّقةِ .

فصل : وَلَا يَكْفِي فِي الْاسْتِبْرَاءِ طَهْرٌ وَاحِدٌ ، وَلَا بَعْضُ حَيْضَةٍ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ
الْعِلْمِ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ مَالِكٍ : مَتَى طَعَنْتَ فِي الْحَيْضَةِ ، فَقَدْ تَمَّ اسْتِبْرَاؤُهَا .
وَزَعَمَ أَنَّهُ مَذْهَبُ مَالِكٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : يَكْفِي طَهْرٌ وَاحِدٌ إِذَا كَانَ
كَامِلًا ، وَهُوَ أَنْ يَمُوتَ فِي حَيْضِهَا ، فَإِذَا رَأَتْ الدَّمَ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ ، حَلَّتْ ، وَتَمَّ
اسْتِبْرَاؤُهَا . وَهَكَذَا الْخِلَافُ فِي الْاسْتِبْرَاءِ كُلِّهِ ، وَيَتَوَّاهُ هَذَا عَلَى أَنَّ الْقُرْءَ الْأَطْهَارُ ، وَهَذَا
ظ ١٥١/٨ يُرَدُّهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ / : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ
بِحَيْضَةٍ » ^(١١) . وَقَالَ رُوَيْفَعُ بْنُ ثَابِتٍ : سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ يَوْمَ خَيْبَرَ : « مَنْ
كَانَ يَوْمَئِذٍ بِإِلَهِهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَطَأُ جَارِيَةً مِنَ السَّبْيِ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا ^(١٢) بِحَيْضَةٍ » .
رَوَاهُ الْأَثَرُ ^(١٣) . وَهَذَا صَرِيحٌ فَلَا يُعَوَّلُ عَلَى مَا خَالَفَهُ . وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ اسْتِبْرَاءُ ، وَالَّذِي
يُدُلُّ عَلَى الْبَرَاءَةِ هُوَ الْحَيْضُ ، فَإِنَّ الْحَامِلَ لَا تَحِيضُ . فَأَمَّا الطَّهْرُ فَلَا دَلَالَهَ فِيهِ ^(١٤) عَلَى

(٩) سقطت الواو من : الأصل ، ١ .

(١٠) في ١ ، ب ، م : « فَإِنْ » .

(١١) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤/١ .

(١٢) في ١ ، ب : « تستبرأ » .

(١٣) وأخرجه أيضا الدارمي عن رُوَيْفَعِ بْنِ ثَابِتٍ ، في : باب استبراء الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمي

٢٢٧/٢ . وانظر ما تقدم في : ٤٤٤/١ .

(١٤) في ١ ، م : « عليه » .

البراءة ، فلا يجوز أن يُعَوَّل في الاستبراء على ما لا دلالة فيه ^(١٥) عليه ، دون ما يدل عليه .
 وبنائهم قولهم هذا على قولهم ^(١٦) : إن القُرْءَ الأطهار . بناءً للخلاف ^(١٧) على
 الخلاف ، وليس ذلك بحجة ، ثم لم يُمكنهم بناء هذا على ذلك حتى خالفوه ، فجعلوا
 الطهر الذي طلقها فيه قرءاً ، ولم يجعلوا الطهر الذي مات فيه سيِّدَ أم الولد قرءاً ، وخالفوا
 الحديث والمعنى . فإن قالوا : إن بعض الحيضة المُقْتَرَنَ بالطهر يدل على البراءة . قلنا :
 فيكون الاعتماد حينئذ على بعض الحيضة ، وليس ذلك قرءاً عند أحد . فإذا تقرر هذا ،
 فإن مات عنها وهي طاهر ، فإذا طهرت من الحيضة المُسْتَقْبَلَةِ ^(١٨) حَلَّتْ ، ^(١٩) وإن
 كانت حائضاً ، لم تعتد بقيَّة تلك الحيضة ، ولكن متى طهرت من الحيضة الثانية
 حَلَّتْ ^(٢٠) ؛ لأنَّ استبراء هذه بحيضة ، فلا بد من حيضة كاملة .

١٣٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ آيساً ^(١) ، فثلاثة أشهر)

وهذا المشهور عن أحمد أيضاً . وهو قول الحسن ، وابن سيرين ، والنخعي ، وأبي
 قلابة ، وأحد قولَي الشافعي . وسأل عمر بن عبد العزيز أهل المدينة والقوالب ، فقالوا :
 لا تُستبرأ الحُبلى في أقل من ثلاثة أشهر . فأعجبه قولهم . وعن أحمد ، رواية أخرى ،
 أنها تُستبرأ بشهر . وهو قول ثانٍ للشافعي ؛ لأنَّ الشهر قائم مقام القرء في حق الحرَّة والأمة
 المطلقة ، فكَذلك في الاستبراء . وذكر القاضي رواية ثالثة ، أنها تُستبرأ بشهرين ، كعِدَّة
 الأمة المطلقة . ولم أر لذلك ^(٢) وجهاً ، ولو كان استبرأؤها بشهرين ، لكان

(١٥) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في ب : (الخلاف) .

(١٨) في ب : الثانية .

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في الأصل ، ب : مؤسدة .

(٢) في م : بذلك .

استبراء ذات القرء بقرأين، ولم^(٣) نعلم به قائلًا. وقال سعيد بن المسيب، وعطاء، والضحاك، والحكم، في الأمة التي لا تحيض: تستبرأ بشهر ونصف. ورواه حنبل عن أحمد، فإنه قال: قال عطاء: إن كانت لا تحيض، فخمس وأربعون ليلة. قال عَمِي: كذلك أذهب؛ لأنَّ عِدَّةَ الأمة^(٤) المطلقة الآيسة كذلك. والمشهور عن أحمد الأول.

١٥٢/٨ / قال أحمد بن القاسم: قلت لأبي عبد الله: كيف جعلت ثلاثة أشهر مكان حيضة، وإنما جعل الله في القرآن مكان كل حيضة شهرًا؟ فقال: إنما قلنا بثلاثة^(٥) أشهر من أجل الحمل، فإنه لا يتبين في أقل من ذلك، فإن عمر بن عبد العزيز سأل عن ذلك، وجمع أهل العلم والقوالب، فأخبروه 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^(٦). قال أبو عبد الله: فإذا خرجت الثمانون، صار بعدها مضغة، وهي لحم، فتبين حينئذ. وقال لي: هذا معروف عند النساء. فأما شهر، فلا معنى فيه، ولا نعلم به قائلًا. ووجه استبرائها^(٧) بشهر، أن الله تعالى جعل الشهر مكان الحيضة، ولذلك اختلفت الشهور باختلاف الحيضات، فكانت عِدَّةُ الحرة الآيسة ثلاثة أشهر، مكان ثلاثة قروء، وعدة الأمة شهرين، مكان قرأين، وللأمة^(٨) المستبرأة التي ارتفع حيضها عشرة أشهر؛ تسعة للحمل، وشهر مكان الحيضة، فيجب أن يكون مكان الحيضة ههنا شهر، كما في حق من ارتفع حيضها. فإن قيل: فقد وجد ثم ما دلَّ على البراءة، وهو تربص تسعة أشهر. قلنا: وههنا ما يدلُّ على البراءة، وهو الإياس، فاستويا.

(٣) في ١: «ولا».

(٤) سقط من: ب.

(٥) في ١: «ثلاثة».

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٢٣١.

(٧) في م: «استبرائه».

(٨) في ب: «وللامرأة».

١٣٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ ارْتَفَعَ خَيْضُهَا لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ ، اغْتَدَتْ بِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ ^(١) ، وَشَهْرٍ مَكَانَ الْحَيْضَةِ)

في ^(٢) هذه المسألة أيضًا روايتان ؛ إحداهما ، أَنَّهَا تُسْتَبْرَأُ بِعَشْرَةِ أَشْهُرٍ . والثانية بِسِنَةٍ ؛ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحَمْلِ ، لِأَنَّهَا غَالِبُ مُدَّتِهِ ، وَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ مَكَانَ الثَّلَاثَةِ الَّتِي تُسْتَبْرَأُ بِهَا الْإِسَاءَتُ . وقد ذكرنا الرّوايتين في الْإِسَاءَةِ ، وَذَكَرْنَا أَنَّ الْمُخْتَارَ عَنْ أَحْمَدَ اسْتِبْرَاؤُهَا بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، وَهُنَا جَعَلَ مَكَانَ الْحَيْضَةِ شَهْرًا ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ تَكَرُّرِهَا فِي الْإِسَاءَةِ ، لَتَعْلَمَ بَرَاءَتُهَا مِنَ الْحَمْلِ ، وَقَدْ عَلِمَ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ هُنَا بِمَضِيِّ غَالِبِ مُدَّتِهِ ، فَجُعِلَ الشَّهْرُ مَكَانَ الْحَيْضَةِ عَلَى وَفْقِ الْقِيَاسِ .

فصل : وَإِنْ عَلِمَتْ مَا رَفَعَ الْخَيْضَ ، لَمْ تَزَلْ فِي الْاسْتِبْرَاءِ حَتَّى يَعُودَ الْحَيْضُ ، فَتُسْتَبْرَأُ نَفْسُهَا ^(٣) بِحَيْضَةٍ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ آيسَةً ، فَتُسْتَبْرَأُ نَفْسُهَا اسْتِبْرَاءَ الْإِسَاءَتِ . وَإِنْ ارْتَابَتْ بِنَفْسِهَا ^(٤) ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ الْمُسْتَبْرِيَةِ ^(٥) . وقد ذكرنا حُكْمَهَا فِيمَا مَضَى مِنْ هَذَا الْبَابِ . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

١٣٦٠ - / مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَحَتَّى تَضَعَ)

وهذه ، بِحَمْدِ اللَّهِ ، لَا خِلَافَ فِيهَا فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأُولَئِ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(١) . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ » ^(٢) . وَلِأَنَّ عِدَّةَ الْحُرَّةِ وَالْأَمَةِ وَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا وَالْمُطَلَّقَةِ وَاسْتِبْرَاءَ كُلِّ أَمَةٍ إِذَا كَانَتْ

(١) سقط من : م .

(٢) في ا ، ب ، م ، د : وف .

(٣) في م : بنفسها .

(٤) في م : نفسها .

(٥) في ب : المستبرية .

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) تقدم تخريجه ، في ٤٤٤/١٠ .

حَامِلًا بَوْضِعَ حَمْلِهَا ، وذلك لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِدَّةِ وَالِاسْتِبْرَاءِ مَعْرِفَةُ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ مِنَ الْحَمْلِ ، وهذا يَخْصُلُ بَوْضِعِهِ ، ومتى كانت حَامِلًا بَائِثِينَ أَوْ أَكْثَرَ . فلا يَنْقُضِي اسْتِبْرَاؤُهَا حَتَّى تَضَعَ آخِرَ حَمْلِهَا ، على مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُعْتَدَّةِ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ أُمُّ وَلَدِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، عَتَقَتْ ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَى الْمَوْلَى ، وَلَيْسَتْ لَهُ فِرَاشًا ، وَإِنَّمَا هِيَ فِرَاشٌ لِلزَّوْجِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا الْاسْتِبْرَاءُ مِمَّنْ لَيْسَتْ لَهُ فِرَاشًا ، وَلَئِنَّهُ لَمْ يَزُوجْهَا حَتَّى اسْتَبْرَأَ ، فَإِنَّهُ لَا يَحِلُّ لَهُ تَزْوِيجُهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا . فَإِنْ طَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا ، فَلَا عِدَّةَ عَلَيْهَا أَيْضًا ، وَإِنْ طَلَّقَهَا بَعْدَ الْمَسِيَسِ ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا قَبْلَ ذَلِكَ أَوْ بَعْدَهُ ، فَعَلَيْهَا عِدَّةُ حُرَّةٍ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ حُرَّةً فِي حَالِ وُجُوبِ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا . وَإِنْ مَاتَ سَيِّدُهَا وَهِيَ فِي عِدَّةِ الزَّوْجِ ، عَتَقَتْ ، وَلَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِبْرَاءٌ ، لَمَّا ذَكَرْنَاهُ ، وَلَئِنَّهُ زَالَ فِرَاشُهُ عَنْهَا قَبْلَ مَوْتِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِبْرَاءٌ مِنْ أَجْلِهِ ، كَغَيْرِ أُمِّ الْوَلَدِ إِذَا بَاعَهَا ثُمَّ مَاتَ . وَتَبْنَى عَلَى عِدَّةِ أُمَةٍ إِنْ كَانَ طَلَّاقُهَا بَائِثًا ، أَوْ كَانَتْ مُتَوَفًى عَنْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ رَجْعِيَّةً ، بَنَتْ عَلَى عِدَّةِ حُرَّةٍ ، عَلَى مَا مَضَى . وَإِنْ بَائَتْ مِنَ الزَّوْجِ قَبْلَ الدُّخُولِ بِطَلَّاقٍ ، أَوْ بَائَتْ بِمَوْتِ زَوْجِهَا ، أَوْ طَلَّاقِهِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَقَضَتْ عِدَّتَهُ ، ثُمَّ مَاتَ سَيِّدُهَا ، فَعَلَيْهَا الْاسْتِبْرَاءُ ؛ لِأَنَّهَا عَادَتْ إِلَى فِرَاشِهِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَلْزَمُهَا اسْتِبْرَاءٌ ، إِلَّا أَنْ يَرُدَّهَا السَّيِّدُ إِلَى نَفْسِهِ ؛ لِأَنَّ فِرَاشَهُ قَدْ زَالَ بِتَزْوِيجِهَا ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ لَهَا مَا يَرُدُّهَا إِلَيْهِ ، فَأُشْبِهَتْ الْأُمَةُ غَيْرَ الْمَوْطُوءَةِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ زَوْجُهَا وَسَيِّدُهَا ، وَلَمْ تَعْلَمْ أَيُّهُمَا مَاتَ أَوَّلًا ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، لَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّ فِرَاشَ سَيِّدِهَا قَدْ زَالَ عَنْهَا ، وَلَمْ تُعَدِّ إِلَيْهِ ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَّ لَوَفَاةِ زَوْجِهَا عِدَّةَ الْحَرَائِرِ ؛ ^(٣) لِأَنَّهُ ^(٤) يَحْتَمِلُ أَنَّ سَيِّدَهَا مَاتَ أَوَّلًا ، ثُمَّ مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ حُرَّةٌ فَلَزِمَهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ ^(٥) ، لَتَخْرُجَ مِنَ الْعِدَّةِ بَيِّقِينَ . وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخِرِ ، إِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا

(٣-٢) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « ولأنه » .

شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ فَمَا دُونَ ، فليس عليها استبراء ؛ لَأَنَّ السَّيِّدَ إِنْ كَانَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَقَدْ مَاتَ وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ مَاتَ آخِرًا ، فَقَدْ مَاتَ وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ / ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَّ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ^(٥) عِدَّةَ الْحُرَّةِ ؛ لَمَّا ذَكَرْنَاهُ . ١٥٣/٨ و

وإِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهَا بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا ^(٥) أَطْوَلُ الْأَجَلَيْنِ ، مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرِ ، وَاسْتِبْرَاءٍ بِحَيْضَةٍ ^(٦) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ ^(٧) السَّيِّدَ مَاتَ أَوَّلًا ، فَيَكُونُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَاتَ آخِرًا ، بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا مِنَ الزَّوْجِ ، وَعَوْدِهَا إِلَى فِرَاشِهِ ، فَلَزِمَهَا الْاسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ ، فَوَجَبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيِّقِينَ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وَعَلَى هَذَا جَمِيعُ الْقَائِلِينَ مِنَ الْعُلَمَاءِ بِأَنَّ عِدَّةَ ^(٨) أُمِّ الْوَلَدِ ^(٩) مِنْ سَيِّدِهَا بِحَيْضَةٍ ، وَمِنْ زَوْجِهَا شَهْرَانِ وَخَمْسُ لَيَالٍ ، فَإِنْ جُهِلَ مَا بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا ^(٩) ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ بَيْنَهُمَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ ، اخْتِيَاظًا لِإِسْقَاطِ الْفَرَضِ بَيِّقِينَ ، كَمَا أَخَذْنَا بِالْاخْتِيَاظِ فِي الْإِيجَابِ ^(١٠) بَيْنَ عِدَّةِ حُرَّةٍ وَحَيْضَةٍ ، فِيمَا إِذَا عَلِمْنَا أَنَّ بَيْنَهُمَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ . وَقَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ ^(١١) كَقَوْلِنَا ^(١٢) ، وَكَذَلِكَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ جَعَلُوا مَكَانَ الْحَيْضَةِ ثَلَاثَ حَيْضَاتٍ ، بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمْ فِي اسْتِبْرَاءِ أُمِّ الْوَلَدِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ، وَعَلَيْهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةُ أَيَّامٍ ، وَلَا تُنْقَلُهَا إِلَى حُكْمِ الْحَرَائِرِ إِلَّا بِإِحَاطَةِ أَنَّ الزَّوْجَ مَاتَ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَقِيلَ : إِنْ هَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَيْضًا . وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَخْوَفُ . فَأَمَّا الْمِيرَاثُ ، فَإِنَّهَا لَا

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) في ب : « الحِيضَةُ » .

(٧) في م زيادة : « يَكُونُ » .

(٨-٨) في م : « الْأُمَّةُ » .

(٩) في م : « مَوْتَيْنِ » .

(١٠) في الأصل : « بِالْإِيجَابِ » .

(١١) في م : « الْقَوْلُ » .

(١٢) في م : « مِثْلَ قَوْلِنَا » .

تَرِثُ مِنْ زَوْجِهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ ^(١٣) الرُّقُّ ، وَالْحَرِيَّةُ مَشْكُوكٌ فِيهَا ، فَلَمْ تَرِثْ مَعَ الشُّكِّ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِزْثِ وَالْعِدَّةِ ، أَنَّ إِبْجَابَ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا اسْتَظْهَرَ لَا ^(١٤) ضَرَرَ فِيهِ عَلَى غَيْرِهَا ، وَإِبْجَابَ الْإِزْثِ إِسْقَاطُ لِحَقِّ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ التَّكَاجِ عَلَيْهَا ، فَلَا يَزُولُ إِلَّا بَيِّقِينَ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِيرَاثِ لَهَا ، فَلَا تَرِثُ إِلَّا بَيِّقِينَ . فَإِنْ قِيلَ : أَفَلَيْسَ ^(١٥) زَوْجَةُ الْمَفْقُودِ لَوْ مَاتَتْ ^(١٥) وَقَفَّ مِيرَاثُهَا مِنْهَا مَعَ الشُّكِّ فِي إِزْثِهِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ هُنَا الرُّقُّ ، وَالشُّكُّ فِي زَوَالِهِ وَخُدُوثِ الْحَالِ الَّتِي يَرِثُ فِيهَا ، وَالْمَفْقُودُ الْأَصْلُ حَيَاتِهِ ، وَالشُّكُّ فِي مَوْتِهِ وَخُرُوجِهِ عَنْ كَوْنِهِ وَارِثًا ، فَافْتَرَقَا .

١٣٦١ - مسألة : قال : (وَإِنْ أَعْتَقَ أُمٌّ وَلَدَهُ ، أَوْ أُمَةٌ كَانَ يُصَيِّبُهَا ، لَمْ تُنْكَحْ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً كَامِلَةً ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا ^(١) ، وَهِيَ فِي مِلْكِهِ ، اسْتَبْرَأَهَا بِحَيْضَةٍ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا ^(٢))

لا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ فِي ^(٣) أَنَّ اسْتِبْرَاءَ هُنَا بِحَيْضَةٍ فِي ذَاتِ الْقُرْءِ . وَهُوَ قَوْلُ ١٥٣/٨ الظَّاهِرِ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ وَالثَّوْرِيِّ ، فِي مَنْ / أَرَادَ تَزْوِيجَ ^(٤) أُمَةٍ كَانَ يُصَيِّبُهَا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ بَيْعَهَا ، فَكَانَ لَهُ تَزْوِيجُهَا ، كَالَّتِي لَا يُصَيِّبُهَا . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : عِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ ، كَعِدَّةِ الْأُمَةِ الْمُطْلَقَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فِرَاشٌ لِسَيِّدِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ تَنْتَقِلَ إِلَى فِرَاشٍ غَيْرِهِ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ، كَمَا لَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ هَذِهِ مَوْطُوءَةٌ وَطَقًا لَهُ حُرْمَةٌ ، فَلَمْ يَجُزْ أَنْ تَتَزَوَّجَ قَبْلَ اسْتِبْرَاءٍ ، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبْهَةٍ ،

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي الْأَصْلِ : « وَلَا » .

(١٥-١٥) فِي م : « الْمَفْقُودُ إِذَا مَاتَتْ زَوْجَتُهُ » .

(١) فِي ١ : « يَتَزَوَّجُهَا » .

(٢) فِي ١ : « تَزَوَّجَهَا » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٤) فِي ١ : « تَزَوَّجَ » .

وهذا لأنه إذا وطئها سيدها اليوم ، ثم زوجه^(٥) ، فوطئها الزوج في آخر اليوم ، أفضى إلى اختلاط الميآه ، وامتزاج الأنساب ، وهذا لا يحل ، ويخالف البئع ؛ فإنها لا تصير به فراشا ، ولا يحل لمشتريها وطؤها حتى يستبرئها ، فلا يفضى إلى اختلاط الميآه ، ولهذا يصح في المعتدة والمتروجة^(٦) ، بخلاف التزويج .

فصل : فإن لم تكن من ذوات القروء ، فاستبرأوها بما ذكرنا في أم الولد ، على ما شرحنا . ومفهوم كلام الخرقى ، أنها إذا كانت أمة لا يطؤها سيدها ، لم يلزمها استبراء ؛ لأنها ليست فراشا لسيدها ، فلم يلزمها الاستبراء ، كالمزوجة والمعتدة ، ولأن تركها بالاستبراء^(٧) لا يفضى إلى اختلاط الميآه ، وامتزاج الأنساب ، بخلاف الموطوءة .

فصل : وإن مات عن أمة كان يصيبها ، فاستبرأوها بما ذكرنا في أم الولد ؛ لأنها فراش لسيدها ، فأشبهت أم الولد ، إلا أنها إن^(٨) كانت من ذوات القروء ، فاستبرأوها بحیضة واحدة ، رواية واحدة ؛ لأنها لا تصير حرة .

فصل : وإن أعتق أم ولده ، أو أمتة التي كان يصيبها ، أو غيرها ممن تحل له إصابتها ، فله أن يتزوجها في الحال ، من غير استبراء ؛ لأن النبي ﷺ أعتق صفيّة ، وتزوجها ، وجعل عتقها صدقها^(٩) . وقال النبي ﷺ : « ثلاثة يوفون أجرهم مرتين ؛ رجل كاتل له أمة ، فأدبها فأحسن تأديبها ، وعلمها فأحسن تعليمها ، ثم أعتقها وتزوجها »^(١٠) . ولم يذكر

(٥) في ب : « تزوجها » .

(٦) في ب ، م : « والمزوجة » .

(٧) في ب : « للاستبراء » .

(٨) في ب ، م : « إذا » .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٤٨/٩ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٧/٩ .

استبراء^(١١)، ولأن الاستبراء^(١٢) لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره، ولا يُصان ماؤه عن مائه، ولهذا كان له أن يتزوج مُحْتَلَعَتَهُ في عِدَّتِهَا. وقد روى عن أحمد، في الأمة التي لا يَطْوُهَا إِذَا أَعْتَقَهَا: لا يتزوجها بغير استبراء؛ لأنه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء. والصحيح أنه يحل له ذلك؛ لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين، فكذلك بالتكاح، كالتي كان يُصَيِّبُهَا، ولأن النبي ﷺ أعتق صفيّة وتزوجها، / ولم ينقل أنه كان أصابها، والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهرها، لدخولها في العموم، ولأنها تحل لمن يتزوجها^(١٣) سواه، فله أولى، ولأنه^(١٤) لو استبرأها، ثم أعتقها وتزوجها في الحال، كان جائزاً حسناً، فكذلك هذه، فإنه تارك لوطئها، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره، إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره، ولا يوجد ذلك ههنا. وكلام أحمد، محمول على من اشتراها، ثم تزوجها قبل أن يستبرئها.

فصل: وإن اشترى أمة، فأعتقها قبل استبرائها، لم يجز أن يتزوجها حتى يستبرئها. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: له ذلك. ويحكي أن الرشيد اشترى جارية، فتأقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها، فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوجها ويطأها. قال أبو عبد الله: وبلغني أن المهدي اشترى جارية، فأعجبته، فقليل له: أعتقها وتزوجها. قال أبو عبد الله: سبحان الله، ما أعظم هذا، أبطلوا الكتاب والسنة، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل، فليس من امرأة تطلق أو يموت زوجها إلا تعتد من أجل الحمل، وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل، ففرج يوطأ يشتره، ثم يعتقها على المكان، فيتزوجها، فيطؤها، يَطْوُهَا رجل اليوم ويَطْوُهَا^(١٥) الآخر غداً، فإن كانت حاملاً كيف يصنع؟ هذا نقض

(١١) في ب، م: «الاستبراء».

(١٢) في ب، م: «استبراء».

(١٣) في م: «تزوجها».

(١٤) في الأصل: «ولأنها».

(١٥) في الأصل، أ: «ويطأ».

الكتاب والسنة ، قال النبي ﷺ : « لَا تُوطَأُ الْحَامِلُ ^(١٦) حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا غَيْرَ الْحَامِلِ حَتَّى تَحِيضَ » ^(١٧) . وهذا لا يَدْرِي أهي حامل أم لا . ما أَسْمَحَ هذا ! قيل له : إن قوماً يقولون هذا . فقال : قَبِّحَ اللَّهُ هذا ، وَقَبِّحَ مَنْ يَقُولُهُ . وفيما نَبَّهَ عليه أَبُو عَبْدِ اللَّهِ مِنَ الْأَدِلَّةِ ^(١٨) كِفَايَةً مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل . إِذَا ثَبَتَ هذا ، فليس له تَزْوِيجُهَا لغيره قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، إِذَا لم يَعْتَقْهَا ؛ لِأَنَّهَا مَمَّنْ يَجِبُ اسْتِبْرَاؤها ، فلم يَجُزْ أَنْ تَتَزَوَّجَ ، كَالْمُعْتَدَّةِ ، وَسَوَاءٌ فِي ذَلِكَ الْمُشْتَرَاةُ مِنْ رَجُلٍ يَطُوهَا ، أَوْ مِنْ رَجُلٍ قَدْ اسْتَبْرَأَهَا ثُمَّ ^(١٩) لم يَطُأَهَا ، أَوْ مَمَّنْ لَا يُمَكِّنُهُ الرَّطْءُ ، كَالصَّبِيِّ وَالْمَرْأَةِ وَالْمَجْبُوبِ . وقال الشافعي : إِذَا اشْتَرَاهَا مَمَّنْ لَا يَطُوهَا ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا ، سَوَاءً أَعْتَقَهَا أَوْ لم يَعْتَقْهَا ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا إِذَا أَعْتَقَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا ، وَقَدْ كَانَ لِسَيِّدِهَا تَزْوِيجُهَا قَبْلَ بَيْعِهَا ، فَجَازَ ذَلِكَ بَعْدَ بَيْعِهَا ، وَلَئِنْهَا لو عَتَقَتْ عَلَى الْبَائِعِ بِإِعْتَاقِهِ أَوْ غَيْرِهِ ، / لَجَازَ لِكُلِّ أَحَدٍ نِكَاحُهَا ، فَكَذَلِكَ إِذَا أَعْتَقَهَا الْمُشْتَرِي . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تُوطَأُ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ » ^(٢٠) . وَلَئِنْهَا أُمَةٌ يَحْرُمُ عَلَيْهِ وَطُوعُهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، فَحَرْمُ عَلَيْهِ تَزْوِيجُهَا وَالتَّزَوُّجُ بِهَا ، كَمَا لو كَانَ بَائِعُهَا يَطُوهَا . فَأَمَّا إِنْ أَعْتَقَهَا فِي هَذِهِ الصُّورَةِ ، فَلَهُ تَزْوِيجُهَا لغيره ؛ لِأَنَّهَا حُرَّةٌ لم تَكُنْ فِرَاشًا ، فَأَبِيحُ لَهَا النِّكَاحُ ، كَمَا لو أَعْتَقَهَا الْبَائِعُ ، وَفَارَقَ الْمُوَطَّوءَةَ ؛ فَإِنَّهَا فِرَاشٌ يَجِبُ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءُ نَفْسِهَا إِذَا عَتَقَتْ ، فَحَرْمُ عَلَيْهَا النِّكَاحُ ، كَالْمُعْتَدَّةِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا أَرَادَ سَيِّدُهَا نِكَاحَهَا ، فَإِنَّهُ لم يَكُنْ لَهُ وَطُوعُهَا بِمِلْكِ الْيَمِينِ ، فلم يَكُنْ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا ، كَالْمُعْتَدَّةِ ^(٢١) ، وَلَئِنْ هَذَا يُتَّخَذُ حِيلَةً عَلَى إِبْطَالِ الْاسْتِبْرَاءِ ، فَمُنْعٌ مِنْهُ ، بِخِلَافِ تَزْوِيجِهَا لغيره .

(١٦) في ب : « حامل » .

(١٧) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤/١ .

(١٨) في ا ، م : « الأحاديث » .

(١٩) في م : « ولم » .

(٢٠) في ب زيادة : « لم يكن له وطؤها » .

فصل : وإذا كانت له ^(٢١) أمة يطؤها ، فاستبرأها ، ثم أعتقها ، لم يلزمها استبراء ؛ لأنها خرجت عن كونها فراشا باستبرائه لها . وإن باعها ، فأعتقها المشتري قبل وطئها ، لم تحتج إلى استبراء لذلك . وإن باعها قبل استبرائها ، فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها ، فعليها استبراء نفسها . وإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري ، لزمها إتمامه بعد عتقها ، ولا ينقطع بانتقال الملك فيها ؛ لأنها لم تصير فراشا للمشتري ، ولم يلزمها استبراء باعته ^(٢٢) .

فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين ، فوطئها ، لزمها استبراء . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد ؛ لأن القصد معرفة براءة الرّجيم ، ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة ، وبراءة الرّجيم تُعلم باستبراء واحد . ولنا ، أنهما حقان مقصودان لآدميين ، فلم يتداخل ، كالعِدَّتَيْنِ ، ^(٢٣) ولأنهما استبراءان من رجلين ، فأشبهتا العِدَّتَيْنِ ^(٢٣) ، وما ذكروه يبطل بالعِدَّتَيْنِ من رجلين .

١٣٦٢ - مسألة : قال : (ومن ملك أمة ، لم يصنها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة ، إن كانت ممن حيض ، أو بوضع الحمل ، إن كانت حاملا ، أو بمضي ثلاثة أشهر ، إن كانت من الآيسات أو من اللاتي لم يحضن)

وجملته ، أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك ؛ كالبيع ، والهبة ، والإرث ، وغير ذلك . لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها ، بكرا كانت أو ثيبا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ممن تحمل أو ممن لا تحمل . وهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر : لا يجب استبراء / ١٥٥/٨ البكر . وهو قول داود ؛ لأن الغرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل ،

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب . نقل نظر .

وهذا معلوم في البكر ، فلا حاجة إلى الاستبراء . وقال الليث : إن كانت ممن لا تحمل مثلها ، لم يجب استبرائها لذلك . وقال عثمان البتي : يجب الاستبراء على البائع دون المشتري ، لأنه لو زوجها ، لكان الاستبراء على المزوج دون الزوج ، كذلك ههنا . ولنا ، ما روى أبو سعيد ^(١) ، أن النبي ﷺ نهى عام أوطاس ^(٢) أن توطأ حامل حتى تضع ، ولا غير حامل حتى تحيض . رواه أحمد في « المسند » ^(٣) . وعن رؤف بن ثابت ، قال : إنني لا أقول إلا ما سمعته ^(٤) من رسول الله ﷺ ، سمعته يقول : « لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر ، أن يقع على امرأة من السبي ، حتى يستبرئها بحيضة » . رواه أبو داود ^(٥) . وفي لفظ ، قال : سمعت رسول الله ﷺ يوم حنين ^(٦) يقول : « من كان يؤمن بالله واليوم الآخر ، فلا يسقي ماءه زرع غيره ، ومن كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يوطأ جارية من السبي حتى يستبرئها بحيضة » . رواه الأثرم . ولأنه ملك جارية محرمة عليه ، فلم تحل له قبل استبرائها ، كالثيب التي تحمل ، ولأنه سبب موجب للاستبراء ، فلم يفترق الحال فيه بين البكر والثيب ، والتي تحمل والتي لا تحمل ، كالعدّة . قال أبو عبد الله : قد بلغني أن العذراء تحمل . فقال له بعض أهل المجلس : نعم ، قد كان في جيراننا . وذكر ذلك بعض أصحاب الشافعي . وما ذكره يبطّل بما إذا اشتراها من امرأة أو صبي ، أو ممن تحرم عليه برضاع أو غيره ، وما ذكره البتي لا يصح ؛ لأن الملك قد يكون بالسبي والإرث والوصية ، فلو لم يستبرئها

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أوطاس : واد في ديار هوازن ، كانت فيه وقعة حنين . معجم البلدان ٤٠٥/١ .

(٣) في ٢٨/٣ ، ٦٢ ، ٨٧ . كما أخرجه الدارمي ، في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧١/٢ . وانظر ما تقدم في : ٤٤٤/١ .

(٤) في الأصل : « سمعت » .

(٥) في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٧/١ .

(٦) في ١ ، ب ، م : « خير » . وهو موافق لما عند الدارمي ، حيث أخرجه في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢٢٧/٢ . وما في الأصل موافق لما أخرجه أبو داود ، في الباب السابق . والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٨/٤ .

المُشْتَرَى ، أَفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالتَّزْوِيجِ ، أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُرَادُ إِلَّا لِلْإِسْتِمْتَاعِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَنْ تَحِلُّ لَهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَقَدَّمَ الْإِسْتِبْرَاءُ ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ مُعْتَدَّةٍ ، وَلَا مُرْتَدَّةٍ ، وَلَا مَجْهُوسَةٍ ، وَلَا وَثَنِيَّةٍ ، وَلَا مُحَرَّمَةٍ بِالرِّضَاعِ وَلَا الْمَصَاهِرَةِ ، وَالبَيْعُ يُرَادُ لغير ذلك ، فَصَحَّ قَبْلَ الْإِسْتِبْرَاءِ ، وَهَذَا صَحَّ فِي هَذِهِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَوَجِبَ الْإِسْتِبْرَاءُ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا الصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا يُوطَأُ مِثْلُهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ تَحْرِيمُ قُبُلَتِهَا وَمُبَاشَرَتِهَا لِشَهْوَةِ قَبْلِ اسْتِبْرَائِهَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي (٧) أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ ، قَالَ : تُسْتَبْرَأُ ، وَإِنْ كَانَتْ ١٥٥/٨ ظ فِي الْمَهْدِ . وَرَوَى عَنْهُ / أَنَّهُ قَالَ : إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً بِأَيِّ شَيْءٍ تُسْتَبْرَأُ إِذَا كَانَتْ رَضِيعَةً . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى : تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ إِنْ (٨) كَانَتْ (٩) تَحِيضُ ، وَإِلَّا بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تُوطَأُ وَتَحْبَلُ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ اسْتِبْرَاؤُهَا ، وَلَا تَحْرُمُ (١٠) مُبَاشَرَتُهَا . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ (١١) أَبِي مُوسَى ، وَقَوْلُ مَالِكٍ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْإِبَاحَةِ مُتَحَقِّقٌ . وَلَيْسَ عَلَى تَحْرِيمِهَا دَلِيلٌ ، فَإِنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا مَعْنَى نَصٍّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ مُبَاشَرَةِ الْكَبِيرَةِ إِنَّمَا كَانَ لِكُونِهِ دَاعِيًا إِلَى الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ ، أَوْ خَشْيَةِ أَنْ تَكُونَ أُمٌّ وَلَدٍ لغيره ، وَلَا يُتَوَهَّمُ هَذَا فِي هَذِهِ ، فَوَجِبَ الْعَمَلُ بِمُقْتَضَى الْإِبَاحَةِ . فَأَمَّا مَنْ يُمْكِنُ وَطْؤُهَا ، فَلَا تَحِلُّ قُبُلَتُهَا ، وَلَا الْإِسْتِمْتَاعُ مِنْهَا فِيمَا (١٢) دُونَ الْفَرْجِ قَبْلَ الْإِسْتِبْرَاءِ ، إِلَّا الْمَسْبِيَّةُ ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا يَحْرُمُ مِنَ الْمُشْتَرَاةِ إِلَّا فَرْجُهَا ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ مِنْهَا بِمَا شَاءَ ، مَا لَمْ يَمَسَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِنَّمَا نَهَى عَنِ الْوَطْءِ ، وَلَئِنَّهُ تَحْرِيمٌ لِلْوَطْءِ مَعَ ثُبُوتِ الْمِلْكِ ، فَاخْتَصَّ بِالْفَرْجِ ، كَالْحَيْضِ . وَلَنَا

(٧) فِي أ ، م : د وَفِي .

(٨) فِي ب ، م : د إِذَا .

(٩) فِي م نَهَادَةُ : د مِنْ .

(١٠) فِي أ : د تَحْرِيمُ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٢) فِي أ ، ب ، م : د بِمَا .

أَنَّهُ اسْتَبْرَاءٌ يُحَرِّمُ الْوَطْءَ، فَحَرَّمَ الاسْتِمْتَاعَ، كَالْعِدَّةِ، وَلَئِنَّهُ لَا يَأْمَنُ مِنْ^(١٣) كَوْنِهَا حَامِلًا مِنْ بَائِعِهَا، فَتَكُونُ أُمُّ وَلَدٍ، وَالْبَيْعُ بَاطِلٌ^(١٤)، فَيَكُونُ مُسْتَمْتَعًا بِأُمِّ وَلَدٍ غَيْرِهِ، وَهَذَا فَارَقَ تَحْرِيمَ الْوَطْءِ لِلْحَيْضِ. فَأَمَّا الْمَسْنِيَّةُ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ تَحْرِيمُ مَبَاشَرَتِهَا فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ. وَهُوَ الظَّاهِرُ عَنْ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّ كُلَّ اسْتَبْرَاءٍ حَرَّمَ الْوَطْءَ حَرَمَ دَوَاعِيهِ، كَالْعِدَّةِ، وَلَئِنَّهُ دَاعِيَةٌ إِلَى الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ، لِأَجْلِ اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ، وَاسْتِبْهَاءِ الْأَنْسَابِ، فَأَشْبَهَتْ الْمَبِيعَةَ. وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ؛ لِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ قَالَ: وَقَعَ فِي سَهْمِي يَوْمَ جَلُولَاءَ^(١٥) جَارِيَةٌ، كَأَنَّ عُنُقَهَا إِبْرِيْقُ فَضِيَّةٍ، فَمَا مَلَكَتُ نَفْسِي أَنْ قُمْتُ إِلَيْهَا فَقَبَّلْتُهَا، وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ^(١٦). وَلَئِنَّهُ لَا نَصَّ فِي الْمَسْنِيَّةِ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْمَبِيعَةِ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وَلَدٍ لِلْبَائِعِ، فَيَكُونُ مُسْتَمْتَعًا بِأُمِّ وَلَدٍ غَيْرِهِ، وَمُبَاشِرًا لِمَمْلُوكَةٍ غَيْرِهِ، وَالْمَسْنِيَّةُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَإِنَّمَا حُرِّمَ وَطُوهَا لئَلَّا يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ. وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ: بَعْدَ تَمَامِ مِلْكِهِ لَهَا. يَعْْنِي أَنَّ الاسْتَبْرَاءَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ مِلْكِ الْمُشْتَرِي لَجَمِيعِهَا، وَلَوْ مَلَكَ بَعْضُهَا، ثُمَّ مَلَكَ بَاقِيَهَا، لَمْ يُحْتَسَبِ الاسْتَبْرَاءُ إِلَّا مِنْ حِينَ مَلَكَ بَاقِيَهَا. وَإِنْ مَلَكَهَا بَيْعٌ فِيهِ الْخِيَارُ، انْتَبَى عَلَى نَقْلِ الْمِلْكِ فِي مُدَّتِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ. فَاِبْتِدَاءُ الاسْتَبْرَاءِ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ. وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ. فَاِبْتِدَاؤُهُ/ مِنْ حِينَ انْقِطَاعِ الْخِيَارِ. وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مَعِيًّا، فَاِبْتِدَاؤُهُ^(١٧) الْخِيَارِ^(١٨) مِنْ حِينَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمِلْكِ بِغَيْرِ خِلَافٍ. وَهَلْ يُبْتَدَأُ الاسْتَبْرَاءُ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، أَوْ مِنْ حِينَ الْقَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، مِنْ حِينَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ يَنْتَقِلُ بِهِ. وَالثَّانِي، مِنْ حِينَ الْقَبْضِ؛

(١٣) سقط من: ١.

(١٤) في م: «باطلا».

(١٥) جلولاء: ناحية من نواحي السواد، في طريق خراسان، فتحها المسلمون في السنة التاسعة عشرة. معجم البلدان

١٠٧/٢، معجم ما استعجم ٣٩٠/٢، البداية والنهاية ٦٩/٧.

(١٦) أخرجه ابن أبي شيبة، في: باب في الرجل يشتري الأمة يصيب منها شيئا دون الفرج أم لا، من كتاب النكاح.

المصنف ٢٢٧/٤، ٢٢٨.

(١٧) في أ، م: «فابتداء».

(١٨) في أ: «الاستبراء».

لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَتِهَا مِنْ مَاءِ الْبَائِعِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ كَوْنِهَا فِي يَدِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدُهُ التَّاجِرُ أُمَةً ، فَاسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ صَارَتْ إِلَى السَّيِّدِ ، حَلَّتْ لَهُ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ ثَابِتٌ عَلَى مَا فِي يَدِ عَبْدِهِ ، فَقَدْ حَصَلَ اسْتِبْرَاؤُهَا فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى مُكَاتَّبَهُ أُمَةً ، فَاسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ صَارَتْ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَعَلِيهِ اسْتِبْرَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ تَجَدَّدَ عَلَيْهَا ^(١٩) ، إِذْ لَيْسَ لِلْسَّيِّدِ مِلْكٌ عَلَى مَا فِي يَدِ مُكَاتَّبِهِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْجَارِيَةُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِ الْمُكَاتَّبِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : تُبَاحٌ لِلْسَّيِّدِ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُكْمُهَا حُكْمَ الْمُكَاتَّبِ ، إِنْ رَقَّ رَقَّتْ ، وَإِنْ عَتَقَ عَتَقَتْ ، وَالْمُكَاتَّبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهَمٌ ، وَالِاسْتِبْرَاءُ الْوَاجِبُ هَهُنَا فِي حَقِّ الْحَامِلِ بَوْضِعِهِ بِلَا خِلَافٍ ، وَفِي ذَاتِ الْقُرْءِ بِخِيْضَةٍ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ : بِخِيْضَتَيْنِ . وَهُوَ مُخَالَفٌ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وَلِلْمَعْنَى ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ ، وَهُوَ حَاصِلٌ بِخِيْضَةٍ ، وَفِي الْآيَةِ وَالَّتِي لَمْ تَحْضُ وَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْخِلَافِ فِيهِ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَجْهُوسِيَّةً ، أَوْ وَثْنِيَّةً ، فَأُسْلِمَتْ قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يَسْتَبْرئَهَا ، أَوْ تُتِمَّ مَا بَقِيَ مِنْ اسْتِبْرَائِهَا ؛ لِمَا مَضَى . وَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا ثُمَّ أُسْلِمَتْ ، حَلَّتْ لَهُ ^(٢٠) بِغَيْرِ اسْتِبْرَائِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَحِلُّ لَهُ ^(٢١) حَتَّى يُجَدِّدَ اسْتِبْرَاءَهَا بَعْدَ إِسْلَامِهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَهُ تَجَدَّدَ عَلَى اسْتِمْتَاعِهَا ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَى رَقَبَتِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تُوطَأُ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِخِيْضَةٍ » . وَهَذَا وَرَدَ فِي سَبَايَا أَوْطَاسٍ ، وَكُنَّ مُشْرِكَاتٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْ فِي حَقِّهِنَّ بِأَكْثَرِ مِنْ خِيْضَةٍ ، وَلَئِنْ لَمْ يَتَجَدَّدَ مِلْكُهُ عَلَيْهَا ، وَلَا أَصَابَهَا وَطْءٌ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ اسْتِبْرَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ حَلَّتِ الْمُحْرَمَةُ ، وَلَئِنْ الْاسْتِبْرَاءُ إِنَّمَا وَجَبَ كَيْلًا يُفْضِي إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَامْتِزَاجِ الْأَنْسَابِ ، وَمِطْنَةُ ذَلِكَ

(١٩) فِي ب : « عَلَيْهِ » .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : أ .

تَجَدَّدَ الْمَلِكُ عَلَى رَقَبَتِهَا ، وَلَمْ يُوجَدَ . وَلَوْ بَاعَ أُمَّتَهُ ، ثُمَّ رُدَّتْ عَلَيْهِ بِفَسْخٍ أَوْ إِقَالَةٍ بَعْدَ
 (٢٢) قَبْضِهَا أَوْ افْتِرَاقِهَا ، / لَزِمَهُ اسْتِبْرَافُهَا ؛ لِأَنَّهُ تَجْدِيدُ مِلْكٍ ، سَوَاءٌ كَانَ الْمُشْتَرِي
 لَهَا امْرَأَةً أَوْ غَيْرَهَا . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ افْتِرَاقِهَا ، أَوْ قَبْلَ غَيْبَةِ الْمُشْتَرِي بِالْجَارِيَةِ ، فَفِيهَا
 رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَجْدِيدُ مِلْكٍ .
 وَالثَّانِيَةِ ، لَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاءٌ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا تَقَايَلَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي
 الْاسْتِبْرَاءِ مَعَ تَعْيِينِ الْبَرَاءَةِ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّتَهُ ، (٢٣) فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ ، لَمْ يَلْزِمَ السَّيِّدَ اسْتِبْرَافُهَا ،
 وَلَكِنْ إِنْ طَلَّقَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ أُمَّتَهُ ، أَوْ
 كَاتَبَهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ الْمُرْتَدَّةُ ، وَعَجَزَتِ الْمُكَاتَبَةُ ، حَلَّتْ لِسَيِّدِهَا بَغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ . وَهَذَا
 قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجِبُ عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ فِي هَذَا كُلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ مِلْكُهُ عَنْ
 اسْتِمْنَاعِهَا ، ثُمَّ عَادَ ، فَأُشْبِهَتْ الْمُشْتَرَاةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَجَدَّدْ مِلْكُهُ عَلَيْهَا ، فَأُشْبِهَتْ
 الْمُحْرَمَةُ إِذَا حَلَّتْ ، وَالْمَرْهُونَةُ إِذَا فُكِّتْ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِي جُلُومِهَا بَغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ، وَلَئِنْ
 الْاسْتِبْرَاءَ شُرِعَ لِمَعْنَى مِطْنَتِهِ تَجَدُّدُ الْمَلِكِ ، فَلَا يُشْرَعُ مَعَ تَخَلُّفِ الْمِطْنَةِ وَالْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أُمَةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَهَا الزَّوْجُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لَمْ تُبَحْ بَغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ .
 نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذِهِ حِيلَةٌ وَضَعَهَا أَهْلُ الرَّأْيِ ، لَا بُدَّ مِنْ اسْتِبْرَاءٍ . وَوَجْهُ ذَلِكَ
 أَنَّ هَذِهِ تَجَدَّدَ الْمَلِكُ فِيهَا ، وَلَمْ يَحْصُلْ اسْتِبْرَافُهَا فِي مِلْكِهِ ، فَلَمْ تَحِلَّ بَغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ، كَمَا
 لَوْ لَمْ تَكُنْ مُزَوَّجَةً ، وَلَئِنْ اسْقَاطَ الْاسْتِبْرَاءَ هُنَا ذَرِيعَةً إِلَى اسْقَاطِهِ فِي حَقِّ مَنْ أَرَادَ اسْقَاطَهُ ،
 بَأَن يَزَوِّجَهَا عِنْدَ بَيْعِهَا ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا زَوْجَهَا بَعْدَ تِمَامِ الْبَيْعِ ، وَالْحَيْلُ حَرَامٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ
 الزَّوْجُ دَخَلَ بِهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَلَا يَلْزِمُ الْمُشْتَرِي اسْتِبْرَافُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ
 حَصَلَ بِالْعِدَّةِ ، وَلَئِنْ لَوْ عَتَقَتْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا مَعَ الْعِدَّةِ اسْتِبْرَاءٌ ، وَلَئِنْ قَدْ اسْتَبْرَأَتْ

(٢٢-٢٢) فِي الْأَصْلِ : « قَبْضُهَا وَافْتِرَاقُهَا » .

(٢٣-٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

نَفْسَهَا مِمَّنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ ، فَأَجْزَأُ^(٢٤) ذَلِكَ ، كَالَوِ^(٢٥) اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا مِنْ سَيِّدِهَا إِذَا
كَانَتْ خَالِيَةً مِنْ زَوْجٍ . وَإِنْ اشْتَرَاهَا ، وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ مِنْ زَوْجِهَا ، لَمْ يَجِبْ^(٢٦) عَلَيْهَا
اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا^(٢٧) لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا لِسَيِّدِهَا ، وَقَدْ حَصَلَ الْاسْتِبْرَاءُ مِنَ الزَّوْجِ بِالْعِدَّةِ ،
وَلِذَلِكَ لَوْ عَتَقَتْ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ ، فِي
الْمَرْوُوجَةِ : هَلْ يَدْخُلُ الْاسْتِبْرَاءُ فِي الْعِدَّةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي الْمُعْتَدَّةِ :
يَلْزَمُ السَّيِّدَ اسْتِبْرَآؤُهَا بَعْدَ قَضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَلَا يَتَدَاخِلَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ . وَمَفْهُومُ
كَلَامِ أَحْمَدَ مَا ذَكَرْنَاهُ / أَوَّلًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّلَ فِيمَا قَبْلَ الدُّخُولِ بِأَنَّهَا حِيلَةٌ وَضَعَهَا أَهْلُ
الرَّأْيِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ هُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّ الْاسْتِبْرَاءَ مِنْ رَجُلَيْنِ . فَإِنَّ السَّيِّدَ
هُنَا لَيْسَ لَهُ اسْتِبْرَاءٌ .

١٥٧/٨

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْأُمَةُ لِرَجُلَيْنِ ، فَوَطَّأَهَا ، ثُمَّ بَاعَهَا لِرَجُلٍ ، أَجْزَأُهَا اسْتِبْرَاءُ
وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ الْبَرَاءَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ أَعْتَقَهَا لَأَلْزَمَتْهُمَا اسْتِبْرَاءَيْنِ .
قُلْنَا : وَجُوبُ الْاسْتِبْرَاءِ فِي حَقِّ الْمُعْتَقَةِ مُعَلَّلٌ بِالْوَطْءِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَهَا وَهِيَ مِمَّنْ لَا
يَطُوعُهَا ، لَمْ يَلْزَمْهَا اسْتِبْرَاءٌ ، وَقَدْ وَجَدَ الْوَطْءُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَلَزِمَهَا حُكْمُ وَطْئِهِمَا ، وَفِي
مَسْأَلَتِنَا هُوَ^(٢٧) مُعَلَّلٌ بِتَجْدِيدِ الْمِلْكِ لَا غَيْرُ ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي الْاسْتِبْرَاءَ ، سَوَاءً
كَانَ سَيِّدُهَا يَطُوعُهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَالْمِلْكُ وَاحِدٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَجَدَّدَ الْاسْتِبْرَاءُ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ الْأُمَةَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ اسْتِبْرَآؤُهَا ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لَهُ ، فَلَمْ
يَلْزَمْهُ اسْتِبْرَآؤُهَا مِنْ مَائِهِ ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ؛ لِيَعْلَمَ هَلِ الْوَلَدُ مِنَ النِّكَاحِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ
وِلَاةٌ لَهُ ، لِأَنَّهُ عَتَقَ بِمِلْكِهِ لَهُ ، وَلَا تَصِيرُ بِهِ الْأُمَةُ أُمًّا وَلَدٍ ، أَوْ هُوَ حَادِثٌ فِي مِلْكٍ يَمِينِهِ ،
فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ وِلَاةٌ ، وَتَصِيرُ بِهِ الْأُمَةُ أُمًّا وَلَدٍ ؟ وَمَتَى تَبَيَّنَ حَمْلُهَا ، فَلَهُ وَطْؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ
عُلِمَ الْحَمْلُ ، وَزَالَ الْاشْتِبَاهُ .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « فَأَجْزَأَتْ » .

(٢٥) فِي م زِيَادَةٌ : « كَانَتْ » .

(٢٦-٢٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عَلَيْهِ الْاسْتِبْرَاءُ » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وإن وطئ الجارية التي يلزمه استبائها قبل استبائها ، أثم ، والاستبراء باق بحاله ؛ لأنه حق عليه ، فلا يسقط بعدوانه . فإن لم تعلق منه ، استبائها بما كان يستبرئها به قبل الوطء ، وثبني على ما مضى من الاستبراء ، وإن علقته منه ، فمتى وضعت حملها ، استبرأها بحيضة ، ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها ؛ لأنه لم يستبرئها . وإن وطئها ، وهي حامل حملًا كان موجودًا حين البيع من غير البائع ، فمتى وضعت حملها انقضت استبائها . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ، ولا يتبعه ، ولكن يعتقه ؛ لأنه قد شارك فيه ؛ لأن الماء يزيد في الولد . وقد روى أبو داود^(٢٨) ، بإسناده عن أبي الدرداء ، عن النبي ﷺ ، أنه مر بامرأة مجح ، على باب فسطاط ، فقال : « لعله يريد أن يلم بها » . فقالوا : نعم . فقال رسول الله ﷺ : « لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره ، كيف يؤرثه وهو لا يحل له ، أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له ! » ومعناه أنه إن استلحقه وشركه في ميراثه ، لم^(٢٩) يحل له ؛ لأنه ليس بولده^(٣٠) ، وإن اتخذ مملوكًا ، لم يحل له ؛ لأنه قد شارك فيه ، لكون الوطء يزيد في الولد . وعن ابن عباس ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يضرعن ما في بطونهن . رواه النسائي ، والترمذي^(٣١) .

فصل : ومن أراد بيع أمته ، فإن كان لا يطؤها ، لم يلزمه استبائها ، لكن^(٣٢)

(٢٨) تقدم نخرجه ، في : ٥٦٢/٩ .

(٢٩) في ١ : « لا » .

(٣٠) في ب ، م : « بوالده » .

(٣١) أخرجه النسائي ، في : باب بيع المغنم قبل أن تقسم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٥/٧ . والترمذي ، في :

باب ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا ، من كتاب السير . عارضة الأحوذى ٥٩/٧ . عن عرياض بن سارية ،

وليس ابن عباس . انظر التعليق المغنى على الدارقطني ٦٩/٣ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٩/٣ . والحاكم ، في : كتاب قسم الفىء .

المستدرک ١٣٧/٢ .

(٣٢) في ١ : « ولكن » .

يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ، لِيُعْلَمَ خُلُوقُهَا مِنَ الْحَمْلِ ، فَيَكُونَ أَخْوَطَ لِلْمُشْتَرِي ، وَأَقْطَعَ لِلزَّاعِ .
 قَالَ أَحْمَدُ : وَإِنْ كَانَتْ (٣٣) لِامْرَأَةٍ ، فَإِنِّي أُحِبُّ أَنْ لَا تَبِيعَهَا حَتَّى تَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ ،
 فَهُوَ أَخْوَطُ لَهَا . وَإِنْ كَانَ يَطُوقُهَا ، وَكَانَتْ آيَسَةً ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ انْتِفَاءَ
 الْحَمْلِ مَعْلُومٌ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحْمِلُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا . وَبِهِ قَالَ النَّخَعِيُّ ،
 وَالثَّوْرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
 وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بَاعَ جَارِيَةً كَانَ يَطُوقُهَا قَبْلَ
 اسْتِبْرَائِهَا (٣٤) . وَلِأَنَّ الاسْتِبْرَاءَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَإِنَّ الاسْتِبْرَاءَ فِي حَقِّ
 الْحُرَّةِ آكَدُ ، وَلَا يَجِبُ قَبْلَ النِّكَاحِ وَبَعْدَهُ ، كَذَلِكَ لَا يَجِبُ فِي الْأَمَةِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَبَعْدَهُ .
 وَلَنَا ، أَنَّ عَمْرَ أُنْكَرَ عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بَيْعَ جَارِيَةٍ كَانَ يَطُوقُهَا (٣٥) قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ،
 فَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُبَيْدٍ بْنُ عُمَيْرٍ ، قَالَ : بَاعَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ جَارِيَةً كَانَ يَقَعُ
 عَلَيْهَا (٣٥) قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا ، فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ عِنْدَ الَّذِي اشْتَرَاهَا ، فَخَاصَمُوهُ إِلَى عَمْرٍ ، فَقَالَ
 لَهُ عَمْرٌ : كُنْتُ تَقَعُ عَلَيْهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَبِيعْتُهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَبْرِئَهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ .
 قَالَ : مَا كُنْتُ لَذَلِكَ بِخَلِيقٍ . قَالَ : فَدَعَا الْقَافَةَ ، فَنَظَرُوا إِلَيْهِ ، فَأَلْحَقُوهُ بِهِ (٣٤) . وَلَأنَّهُ يَجِبُ
 عَلَى الْمُشْتَرِي الاسْتِبْرَاءُ لِحِفْظِ مَائِهِ ، فَكَذَلِكَ الْبَائِعُ ، وَلَأنَّهُ قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ مَشْكُوكٌ فِي
 صِحَّةِ الْبَيْعِ وَجَوَازِهِ ، لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمٌّ وَلَدٍ ، فَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ لِإِزَالَةِ الْإِحْتِمَالِ ، فَإِنْ
 خَالَفَ وَبَاعَ ، فَالْبَيْعُ (٣٦) صَحِيحٌ فِي الظَّاهِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَمْلِ ، وَلَأنَّ عَمْرَ وَعَبْدُ
 الرَّحْمَنِ ، لَمْ يَحْكُمَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ فِي الْأَمَةِ الَّتِي بَاعَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا (٣٧) إِلَّا بِلِحَاقِ الْوَلَدِ
 بِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يَحْتَاجْ إِلَى ذَلِكَ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا الرَّوَّائِيْنِ فِي كُلِّ

(٣٣) فِي الْأَصْلِ ، ١ ، م : « كَانَ » .

(٣٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَرِيدُ أَنْ يَبِيعَ الْجَارِيَةَ مِنْ قَالَ : يَسْتَبْرِئُهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمُصَنَّفُ
 ٢٢٨/٤ .

(٣٥) (٣٥-٣٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٦) فِي الزِّيَادَةِ : « يَبِيعُ » .

(٣٧) فِي ١ : « أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا » .

أَمَّا يَطُوهَا ، من غير تَفْرِيقٍ بين الْآيسَةِ وَغَيْرِهَا . وَالْأَوَّلَى أَنْ ذَلِكَ لَا يَجِبُ فِي الْآيسَةِ ؛ لِأَنَّ عِلَّةَ الْوُجُوبِ اخْتِمَالُ الْحَمْلِ ، وَهُوَ وَهْمٌ بَعِيدٌ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهُ ، فَلَا تُثَبِّتُ بِهِ حُكْمًا بِمُجَرَّدِهِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى جَارِيَةً ، فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ ، لَمْ يَخُلْ مِنْ أَحْوَالِ خَمْسَةِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ الْبَائِعُ / أَقَرَّ بَوَاطِنُهَا عِنْدَ الْبَيْعِ أَوْ قَبْلَهُ ، وَأُتَتْ ^(٣٨) بِوَلَدٍ لِدُونِ ^(٣٨) السِّتَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ يَكُونَ الْبَائِعُ ادَّعَى الْوَلَدَ ، فَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ، فَإِنْ الْوَلَدُ يَكُونُ لِلْبَائِعِ ، وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدٍ لَهُ ، وَالْبَيْعُ بَاطِلٌ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا اسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ أُتَتْ بِوَلَدٍ لَأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينَ وَطَّعَهَا الْمُشْتَرِي ، فَالْوَلَدُ لِلْمُشْتَرِي ، وَالْجَارِيَةُ أُمُّ وَلَدِهِ ^(٣٩) . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لَأَكْثَرَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ بَعْدَ اسْتِبْرَاءِ أَحَدِهَا لَهَا ، وَلِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطَّعَهَا الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَلْحَقُ نَسَبُهُ بِوَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَيَكُونُ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِي ، وَلَا يَمْلِكُ فَسْخَ الْبَيْعِ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ تَجَدَّدَ فِي مِلْكِهِ ظَاهِرًا . فَإِنْ ادَّعَاهُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَهُوَ لِلْمُشْتَرِي ؛ لِأَنَّهُ وَلَدٌ فِي مِلْكِهِ مَعَ اخْتِمَالِ كَوْنِهِ مِنْهُ ، وَإِنْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ وَحْدَهُ ، فَصَدَّقَهُ الْمُشْتَرِي ، لِحَقِّهِ ، وَكَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا ، وَإِنْ كَذَّبَهُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُشْتَرِي فِي مِلْكِ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ الْمِلْكَ انْتَقَلَ إِلَيْهِ ظَاهِرًا ، فَلَمْ تُقْبَلْ دَعْوَى الْبَائِعِ فِيمَا يُبْطِلُ حَقَّهُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بَعْدَ الْبَيْعِ أَنَّ الْجَارِيَةَ مَعْصُوبَةٌ أَوْ مُعْتَقَّةٌ . وَهَلْ يُثَبِّتُ نَسَبُ الْوَلَدِ مِنَ الْبَائِعِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُثَبِّتُ ؛ لِأَنَّهُ نَفْعٌ لِلْوَلَدِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَيُقْبَلُ قَوْلُهُ فِيهِ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ لَوْلَدِهِ بِمَالٍ . وَالثَّانِي ، لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَإِنَّهُ لَوْ اعْتَقَهُ كَانَ أَبُوهُ أَحَقَّ بِمِيرَاثِهِ مِنْهُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَقَرَّ عَبْدَانِ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا أَنَّهُ أَخُو صَاحِبِهِ ، لَمْ يُقْبَلْ إِلَّا بَيِّنَةٌ . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ تَأْتِيَ بِهِ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ وَطَّعَهَا الْمُشْتَرِي قَبْلَ اسْتِبْرَاءِهَا ، فَتَنْسَبُ لِأَحَقِّ بِالْمُشْتَرِي ^(٤٠) ، فَإِنْ ادَّعَاهُ الْبَائِعُ ، فَأَقَرَّ لَهُ الْمُشْتَرِي ، لِحَقِّهِ ، وَطَلَّ

(٣٨-٣٨) فِي ١ : « بِالْوَلَدِ لِأَقَلِّ » .

(٣٩) فِي ب ، م : « وَلَدُهُ » .

(٤٠) فِي ب : « لِلْمُشْتَرِي » .

البيع ، وإن كذَّبه ، فالقول قول المشتري . وإن ادَّعى كل واحد منهما أنه من الآخر ، عُرِضَ على القافة ، فالحق بمن ألحقته به ، لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يَحْتَمِلُ كَوْنُهُ من كل واحد منهما . وإن ألحقته القافة بهما لحقهما^(١) ، وينبغي أن يَظُلَّ البيع ، وتكون أم ولد للبائع ؛^(٢) لأننا نتبين أنها^(٣) كانت حاملاً منه قبل بيعها . الحال الخامس ، إذا أتت به لأقل من سِتَّة أشهرٍ منذ باعها ، ولم يكن أقر بوطئها ، فالبيع صحيح الظاهر ، والولد مملوك للمشتري ، فإن ادَّعاه البائع ، فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال / ١٥٨/٨ ط
الثالث ، سواء .

١٣٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَجَبَتْ الزَّوْجَةُ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا الطَّيِّبُ ، وَالزَّيْنَةُ ، وَالْيَتِيمَةُ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، وَالْكُخْلُ بِالْإِنْمِدِّ ، وَالتَّقَابُ)

هذا يُسَمَّى الإحْدَادُ ، ولا نَعْلَمُ بين أهل العلم خلافاً في وجوبه على المتوفى عنها زوجها ، إلا عن الحسن ، فإنه قال : لا يجب الإحْدَادُ . وهو قول شذَّبه عن أهل العلم ، وخالف به السنة ، فلا يُعْرَجُ عليه ، ويستوى في وجوبه الحرَّة والأمة ، والمُسْلِمَةُ والذَّمِيَّةُ ، والكبيرة والصغيرة . وقال أصحاب الرأي : لا إحداد على ذِمَّة ولا صغيرة ؛ لأنهما غير مُكَلَّفَتَيْنِ . ولنا ، عموم الأحاديث التي سنذكرها ، ولأن غير المُكَلَّفَةِ تُساوِي المُكَلَّفَةَ في اجتناب المحرمات ، كالخمر والزنى ، وإنما يفتقران في الإنم ، فكَذَلِكَ الإحْدَادُ ، ولأن حقوق الذمَّة في النكاح كحقوق المسلمة ، فكَذَلِكَ^(١) فيما عليها .

فصل : ولا إحداد على^(٢) غير الزوجات ، كأم الولد إذا مات سيدها . قال ابن المنذر : لا أعلمهم يختلفون في ذلك . وكذلك الأمة التي يطؤها سيدها ، إذا مات عنها ، ولا الموطوءة بشبهة ،^(٣) ولا المزنئ^(٤) بها ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يحل لامرأة

(٤١) في م : : لحق بهما .

(٤٢-٤٣) في ب : : لأنها .

(١) سقط من : م .

(٢-٣) في ١ ، ب ، م : : والمزني .

تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ^(٣) . ولا إحدادَ على الرَّجْعِيَّةِ . بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لَأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ ، لَهَا أَنْ تَتَزَيَّنَ لَزَوْجِهَا ، وَتَسْتَشْرِفَ لَهُ ، لِيَرَعَبَ فِيهَا ، وَتَنْفَقَ عِنْدَهُ ، كَمَا تَفْعَلُ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . ولا إحدادَ على الْمُنْكَوْحَةِ نِكَاحًا فَاسِدًا ؛ لَأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً عَلَى الْحَقِيقَةِ ، وَلَا لَهَا مَنْ كَانَتْ تَحِلُّ لَهُ وَيَحِلُّ لَهَا ، فَتَحْزَنَ عَلَى فَقْدِهِ .

فصل : وَتَجَنَّبُ الْحَادَّةُ مَا يَدْعُو إِلَى جَمَاعِهَا ^(٤) ، وَيُرْغَبُ فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا ، وَيُحَسِّنُهَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، الطَّيِّبُ ، وَلَا خِلَافَ فِي تَحْرِيمِهِ عِنْدَ مَنْ أَوْجَبَ الْإِحْدَادَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَمَسُّ طَيِّبًا ، إِلَّا عِنْدَ أَذْنِي طُحْرَهَا ، إِذَا طَهَّرْتَ مِنْ حَيْضِهَا بِنَبَذَةٍ مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ ^(٥) » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وَرَوَتْ زَيْنَبُ بِنْتُ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ ، زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ ، حِينَ تُوُفِّيَ أَبُوهَا أَبُو سَفْيَانَ ، فَدَعَتْ بَطِيبَ فِيهِ صُفْرَةٌ ، خَلَقَ أَوْ غَيْرُهُ ، فَدَهَنْتُ مِنْهُ جَارِيَةً ، / ثُمَّ مَسَّتْ بِعَارِضِهَا ، ١٥٩/٨
ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ مَا لِيَ بِالطَّيِّبِ مِنْ حَاجَةٍ ، غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثٍ لَيَالٍ ^(٧) » ، إِلَّا عَلَى

(٣) تقدم تخريجه ، في صفحة ١٩٣ .

(٤) في ١ : « نكاحها » .

(٥) القسط والكست والأظفار : نوعان من البخور .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الطيب للمرأة عند غسلها من الحيض ، من كتاب الحيض ، وفي : باب تحم المتوفى

عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وفي : باب تلبس الحادة ثياب العصب ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٨٥/١ ، ٧٦/٧ ، ٧٨ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح

مسلم ١١٢٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٧/١ .

والنسائي ، في : باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، وباب الخضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى

١٦٨/٦ ، ١٦٩ . وابن ماجه ، في : باب هل تحد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه

٦٧٤/١ ، ٦٧٥ . والدارمي ، في : باب النهي للمرأة عن الزينة ، من كتاب الطلاق ١٦٧/٢ ، ١٦٨ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٨٥/٥ ، ٤٠٨/٦ .

(٧) سقط من : ب .

زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . وَلَئِنَّ الطَّبَّ يُحَرِّكُ الشَّهْوَةَ ، وَيَدْعُو إِلَى الْمُبَاشَرَةِ . وَلَا يَجُوزُ لَهَا اسْتِعْمَالُ الْأَذْهَانِ الْمُطَيَّبَةِ ، كُدْهْنِ الْوَرْدِ وَالْبَنْفَسِجِ وَالْيَاسَمِينِ وَالْبَابِ ، وَمَا أَشْبَهَهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالٌ لِلطَّبِّ . فَأَمَّا الْأَذْهَانُ بغيرِ الْمُطَيَّبِ ^(٩) ، كَالزَّيْتِ وَالشَّيْرِجِ وَالسَّمْنِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَبِّ . الثَّانِي ، اجْتِنَابُ الزَّيْنَةِ ، وَذَلِكَ وَاجِبٌ فِي قَوْلِ عَامَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ عَمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٌ . وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَكْرَهُونَ ذَلِكَ ، وَيَنْهَوْنَ عَنْهُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الزَّيْنَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا أَنْ تَحْتَضِبَ ، وَأَنْ تُحَمِّرَ وَجْهَهَا بِالْكُلْكُوتِ ^(١٠) ، وَأَنْ تُبَيِّضَهُ بِأَسْفِيدِاجٍ ^(١١) الْعَرَايسِ ، وَأَنْ تَجْعَلَ عَلَيْهِ صَبْرًا يُصْفَرُهُ ، وَأَنْ تَنْقُشَ وَجْهَهَا وَيَدْيَهَا ، وَأَنْ تُحَفِّفَ وَجْهَهَا ، وَمَا أَشْبَهَهُ مِمَّا يُحَسِّنُهَا ، وَأَنْ تُكْتَجِلَ بِالْإِثْمِدِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، لَا تَلْبَسَ الْمُعْصَفَرَ مِنَ الثِّيَابِ ، وَلَا الْمُمَشَّقَ ، وَلَا الْحَلَى ، وَلَا تَحْتَضِبُ ، وَلَا تُكْتَجِلُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(١٢) . وَرَوَتْ أُمُّ عَطِيَّةٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَحِدُّ الْمَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز . صحيح البخاري ٩٩/٢ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٣/٢ - ١١٢٧ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من أبواب الطلاق عارضة الأحوذى ١٧٢/٥ ، ١٧٣ . والنسائي ، في : باب سقوط الإحداد عن الكتابة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٥/٦ . والدارمي ، في : باب النهي للمرأة عن الزينة في العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٧/٢ . والإمام مالك ، في : باب ما جاء في الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩٦/٢ ، ٥٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢٥/٦ ، ٣٢٦ ، ٤٢٦ .

(٩) في ب : « الطيب » .

(١٠) الكلكون : طلاء تحمّر به المرأة وجهها ، مركب من كل ، أى ورد ، وكون ، أى لون . الألفاظ الفارسية المعربة ١٣٧ .

(١١) الأسفيداج : رماد الرصاص . تعريب أسفيداب ، وأصل معناه الماء الأبيض . الألفاظ الفارسية المعربة ١٠ . (١٢) أخرجه النسائي ، في : باب ما تجنب الحادة من الثياب المصبغة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٩/٦ . وأخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٨/١ . كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٣٠٢/٦ .

أَيَّامٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، فَإِنَّهَا^(١٣) تَحْدُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا ، إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ ، وَلَا تُكْتَحِلُ ، وَلَا تَمَسُّ طَبِيبًا إِلَّا عِنْدَ أُذُنَيْ طَهْرِهَا ، إِذَا طَهَّرَتْ مِنْ حَيْضِهَا ، بِنَبْدَةٍ مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . وَعَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : جَاءَتْ امْرَأَةً إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ ابْنَتِي تُؤْفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَقَدْ اشْتَكَتْ عَيْنُهَا ، أَفَتُكْحِلُهَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا » . مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَرَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : دَخَلَ عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، حِينَ تُؤْفَى أَبُو سَلَمَةَ ، وَقَدْ جَعَلْتُ عَلَى عَيْنَيَّ صَبْرًا ، فَقَالَ : « مَاذَا يَا أُمَّ سَلَمَةَ ؟ » . قُلْتُ : إِنَّمَا هُوَ صَبْرٌ ، لَيْسَ فِيهِ طَبِيبٌ . قَالَ : « إِنَّهُ يَشِبُّ الْوَجْهَ^(١٦) ، لَا تَجْعَلِيهِ إِلَّا بِاللَّيْلِ ، وَتَنْزِعِيهِ بِالنَّهَارِ ، وَلَا تَمْتَشِطِي بِالطَّبِيبِ ، وَلَا بِالْحِنَاءِ ، فَإِنَّهُ خِضَابٌ » . قَالَتْ : قُلْتُ : بَأَى شَيْءٍ أَمْتَشِطُ ؟ قَالَ : « بِالسِّدْرِ ، تُعْلِفِينَ بِهِ رَأْسَكَ^(١٧) . وَلَئِنْ الْكُحْلُ مِنْ أَبْلَغِ الزَّيْنَةِ ، وَالزَّيْنَةُ تَدْعُو إِلَيْهَا ، وَتُحَرِّكُ الشَّهْوَةَ ، فَهِيَ كَالطَّبِيبِ وَأَبْلَغُ مِنْهُ . وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ، أَنَّ لِلْسَّوْدَاءِ أَنْ تُكْتَحِلَ . وَهُوَ مُخَالِفٌ لِلْخَبَرِ وَالْمَعْنَى ، فَإِنَّهُ يُزَيِّنُهَا وَيُحَسِّنُهَا . وَإِنْ اضْطُرَّتِ الْحَادَّةُ إِلَى الْكُحْلِ بِالْإِثْمِيدِ لِلتَّدَاوِي ، فَلَهَا أَنْ تُكْتَحِلَ لَيْلًا ، وَتَمْسَحَهُ نَهَارًا . وَرَخَّصَ

(١٣) في ١ ، م : « فَإِنَّهُ » .

(١٤) هو الذي مر في صفحة ٢٨٥ .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري

٧٧/٧ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٤/٧ ،

١١٢٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٦/١ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحوذي ١٧٣/٥ ، ١٧٤ .

والنسائي ، في : باب عدة المتوفى عنها زوجها ، وباب ترك الزينة للحادة المسلمة ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى

١٥٥/٦ ، ١٦٧ ، ١٦٨ .

(١٦) أي يزيد في حسنه .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٨/١ .

والنسائي ، في : باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٠/٦ .

فيه عند الضرورة عطاءً، والنَّحْيُ، ومالكٌ، وأصحابُ الرَّأْيِ؛ لما رَوَتْ أُمُّ حَكِيمِ بنتُ أُسَيْدٍ^(١٨)، عن أُمِّها، أَنَّ زَوْجَهَا تُوفَّى، وكانت تَشْتَكِي عَيْنَيْهَا، فَتَكْتَحِلُ بِالْجِلَاءِ، فَأَرْسَلَتْ مَوْلَاةً لَهَا إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ، تَسْأَلُهَا عَنْ كُحْلِ الْجِلَاءِ، فقالت: لَا تَكْتَحِلِي إِلَّا مَا لَا^(١٩) بُدَّ مِنْهُ، يَشْتَدُّ عَلَيْكَ، فَتَكْتَحِلِينَ بِاللَّيْلِ، وَتَغْسِلِينَ بِالنَّهَارِ. رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ، وَالنَّسَائِيُّ^(٢٠). وَإِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الْكُحْلِ بِالْإِثْمِيدِ، لِأَنَّهُ الَّذِي تَحْصُلُ بِهِ الزَّيْنَةُ، فَأَمَّا الْكُحْلُ بِالتُّوتِيَا^(٢١) وَالْعَنْزُرُوتِ^(٢٢) وَنَحْوِهَا، فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا زَيْنَةَ فِيهِ، بَلْ يُقَبِّحُ الْعَيْنَ، وَيَزِيدُهَا مَرَهًا^(٢٣). وَلَا تُمْنَعُ مِنْ جَعْلِ الصَّبْرِ عَلَى غَيْرِ وَجْهِهَا مِنْ بَدَنِهَا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْهُ فِي الْوَجْهِ لِأَنَّهُ يُصَفِّرُهُ، فَيُشَبِّهُ الْخِضَابَ، وَلِهَذَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنَّهُ يَشِبُّ الْوَجْهَ» وَلَا تُمْنَعُ مِنَ التَّنْظِيفِ بِتَقْلِيمِ الْأَظْفَارِ، وَتَنْفِ الْإِبْطِ، وَحَلْقِ الشَّعْرِ الْمَنْدُوبِ إِلَى حَلْقِهِ،^(٢٤) وَلَا مِنْ^(٢٥) الْاِغْتِسَالِ بِالسَّدْرِ، وَالْاِمْتِشَاطِ بِهِ^(٢٥)، لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ، وَلَأنَّهُ يُرَادُ لِلتَّنْظِيفِ لَا لِلطِّيبِ. الْقِسْمُ الثَّانِي، زَيْنَةُ الثِّيَابِ، فَتَحْرُمُ عَلَيْهَا الثِّيَابُ الْمُصْبَغَةُ لِلتَّحْسِينِ، كَالْمَعْصَفْرِ، وَالْمُزْعَفْرِ، وَسَائِرِ الْأَحْمَرِ، وَسَائِرِ الْمُلَوَّنِ لِلتَّحْسِينِ، كَالْأُزْرَقِ الصَّافِي، وَالْأَخْضَرَ الصَّافِي، وَالْأَصْفَرَ، فَلَا يَجُوزُ لِبُسِهِ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ: «لَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا»^(٢٦). وَقَوْلُهُ: «لَا تَلْبَسُ الْمُعْصَفَرِ مِنْ

(١٨) فِي النسخ: «أُسْد». وانظر: التخریج الآتی، والإكمال ٦٣/١.

(١٩) فِي الْأَصْل، ب: «مَا».

(٢٠) أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ، فِي: بَابِ فِيمَا تَجْتَنِبُ الْمُعْتَدَةُ فِي عِدَّتِهَا، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاق. سنن أبي داود ٥٣٨/١.

وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ، فِي: بَابِ الرِّخْصَةِ لِلْحَادَةِ أَنْ تَمْتَشِطَ بِالسَّدْرِ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاق. المجتبى ١٦٩/٦، ١٧٠.

(٢١) التُّوتِيَا: تَكُونُ فِي الْمَعَادِنِ، مِنْهَا بَيْضَاءٌ، وَمِنْهَا إِلَى الْخُضْرَةِ، وَمِنْهَا إِلَى الصَّفْرِ مُشْرَبٌ بِحُمْرَةٍ، وَهِيَ جَيِّدَةٌ لِنَقْوِيَةِ الْعَيْنِ. الجامع لمفردات الأدوية ١٤٣/١ - ١٤٥.

(٢٢) الْعَنْزُرُوت: هُوَ الْأَنْزُرُوت، وَهُوَ صُغْ شَجَرَةٍ تَنْبِتُ فِي بِلَادِ الْفَرَسِ، شَبِيهَةٌ بِالْكَنْدَرِ، صَغِيرَةٌ الْخِصَا، فِي طَعْمِهَا مَرَارَةٌ، وَلَوْنُهُ إِلَى الْحُمْرَةِ، تَقَطُّعُ الرُّطُوبَةِ السَّائِلَةِ فِي الْعَيْنِ. الجامع لمفردات الأدوية ٦٣/١.

(٢٣) مَرَهَتْ الْعَيْنَ: ابْيَضَّتْ حِمَالِيقُهَا، أَوْ فَسَدَتْ لترك الكحل.

(٢٤-٢٥) فِي الْأَصْل: «وَمِنْ».

(٢٥) سَقَطَ مِنْ: أ.

(٢٦) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ، فِي صَفْحَةِ ١٩٣.

الثِّيَابِ ، وَلَا الْمُمَشَّقَ » . فَأَمَّا مَا لَا يُقْصَدُ بِصَبْغِهِ حُسْنُهُ ، كَالْكُحْلِيِّ ، وَالْأَسْوَدِ ،
وَالْأَخْضَرِ الْمُشْبَعِ ، فَلَا تُنْتَمَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزِينَةٍ . وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ ، فِيهِ
احْتِمَالَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَحْرُمُ لُبْسُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَعُ وَأَحْسَنُ ، وَلِأَنَّهُ مَصْبُوغٌ لِلْحُسْنِ ، فَأَشْبَهَ
مَا صُبِغَ بَعْدَ نَسِجِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَحْرُمُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثٍ أُمِّ سَلَمَةَ :
« إِلَّا / ثَوْبَ عَصَبٍ » ^(٢٧) . وَهُوَ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ نَسِجِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَلِأَنَّهُ لَمْ
يُصْبَغْ وَهُوَ ثَوْبٌ ، فَأَشْبَهَ مَا كَانَ حَسَنًا مِنَ الثِّيَابِ غَيْرَ مَصْبُوغٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَأَمَّا
الْعَصَبُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ نَبَتْ تُصْبَغُ بِهِ الثِّيَابُ . قَالَ صَاحِبُ « الرُّوضِ الْأَنْفِ » ^(٢٨) :
الْوَرُسُ وَالْعَصَبُ نَبْتَانِ ^(٢٩) بِالْيَمَنِ ، لَا يَنْبَتَانِ إِلَّا بِهِ . فَأَرْخَصَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَادَّةِ ^(٣٠) فِي
لُبْسِ مَا صَبِغَ بِالْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا صُبِغَ لَغَيْرِ التَّحْسِينِ ، أَمَّا مَا صُبِغَ غَزْلُهُ
لِلتَّحْسِينِ ، كَالْأَحْمَرِ وَالْأَصْفَرِ ، فَلَا مَعْنَى لَتَجْوِيزِ لُبْسِهِ ، مَعَ حُصُولِ الزَّيْنَةِ بِصَبْغِهِ ،
كَحُصُولِهَا بِمَا صُبِغَ بَعْدَ نَسِجِهِ . وَلَا تُنْتَمَعُ مِنْ حِسَانِ الثِّيَابِ غَيْرِ الْمَصْبُوغَةِ ، وَإِنْ كَانَ
رَقِيقًا ، سَوَاءً كَانَ مِنْ قُطْنٍ أَوْ كَتَانٍ أَوْ إِبْرَيْسِمٍ ^(٣١) ؛ لِأَنَّ حُسْنَهُ مِنْ أَصْلِ خَلْقَتِهِ ، فَلَا يَلْزَمُ
تَغْيِيرُهُ ، كَمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ حَسَنَةَ الْخَلْقَةِ ، لَا يَلْزَمُهَا أَنْ تُغَيِّرَ لَوْنَهَا ، وَتُسَوِّدَ نَفْسَهَا .
الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، الْحَلْيُ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا لُبْسُ الْحَلْيِ كُلِّهِ ، حَتَّى الْخَاتَمُ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ
الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَا الْحَلْيَ » . وَقَالَ عَطَاءٌ : يُبَاحُ حَلْيُ الْفِضَّةِ دُونَ
الذَّهَبِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ التَّنْهَى عَامٌّ ، وَلِأَنَّ الْحَلْيَ يَزِيدُ حُسْنَهَا ، وَيَدْعُو إِلَى
مُبَاشَرَتِهَا ، قَالَتْ امْرَأَةٌ : ^(٣٢) :

وَمَا الْحَلْيُ إِلَّا زِينَةٌ لِنَقِيصَةٍ تَتَمُّمُ مِنْ حُسْنٍ إِذَا الْحُسْنُ قَصُرَا

(٢٧) تقدم ترجمته ، في صفحة ٢٨٧ ، من حديث أم عطية ، وليس من حديث أم سلمة .

(٢٨) انظر : الروض الأنف ٧ / ٩٦ .

(٢٩) في الأصل : « نبتان » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) الإبريسم : الحرير .

(٣٢) البيت في : نفع الطيب ١٦٥/٥ ، ولم ينسبه المقرئ .

فصل : والثالث ممّا تَجَنَّبَهُ الحَادَّةُ النَّقَابُ ، وما فى معناه ، مثل البرُّقِ ونحوه ؛ لأنَّ الْمُعْتَدَّةَ مُشَبَّهَةً بِالْمُحْرِمَةِ وَالْمُحْرِمَةُ تُنْمَعُ مِنْ ذَلِكَ ، وإذا احتاجتْ إلى سِتْرٍ وَجْهَهَا ، اسْدَلْتُ^(٣٣) عليه كما تفعلُ الْمُحْرِمَةُ .

فصل : والرَّابِعُ الْمَبِيتُ فى غير مَنْزِلِهَا ، وَمِمَّنْ أُوجِبَ عَلَى الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجُهَا^(٣٤) الْاِعْتِدَادُ فى مَنْزِلِهَا ، عمرُ ، وعثمانُ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا . وَرَوَى ذَلِكَ عن ابنِ عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وأُمِّ سَلَمَةَ . وبه يَقُولُ مالِكُ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ . قال^(٣٥) ابنُ عبدِ البرِّ : وبه يَقُولُ جماعةُ فُقَهَاءِ الْأَمْصَارِ ، بالحجازِ ، والشَّامِ ، والعراقِ ، ومصرَ . وقال جابرُ بنُ زَيْدٍ ، والحسنُ ، وعطاءُ : تَعْتَدُ حيثُ شَاءَتْ . وَرَوَى ذَلِكَ عن عَلِيٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وجابرٍ ، وعائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ . قال ابنُ عباسٍ / : نَسَخَتْ هذه الآيةُ عِدَّتَهَا عندَ أَهْلِهَا ، وَسَكَنْتْ فى وَصِيَّتِهَا ، وإن^(٣٦) شَاءَتْ خَرَجَتْ ؛ لقولِ الله تعالى : ﴿ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فى مَا فَعَلْنَ فى أَنْفُسِهِنَّ ﴾^(٣٧) . قال عطاءُ : ثم جاء الميراثُ ، فنسخَ السُّكْنَى ، تَعْتَدُ حيثُ شَاءَتْ . رواهما أبو داودَ^(٣٨) . ولنا ، ماروتُ فُرَيْعَةُ بنتُ مالِكِ بنِ سِنَانٍ ، أَخْتُ أبى سعيدِ الْخُدْرِيِّ^(٣٩) ، أَنَّهَا جَاءَتْ إلى رسولِ الله ﷺ ، فَأخْبَرَتْهُ أَنَّ زَوْجَهَا خَرَجَ فى طَلَبِ أَعْبَدٍ لَهُ ، فَقَتَلُوهُ بِطَرْفِ الْقُدُومِ^(٤٠) ، فسألتُ رسولَ الله ﷺ أنْ أَرْجِعَ إلى أَهْلِي ، فَإِنْ زَوَّجَنِى لم يَتْرُكْنِى فى مَسْكَنِ يَمْلِكُهُ ، ولا نَفَقَةٍ . قالت : فقال رسولُ الله ﷺ :

(٣٣) فى الأصل : « سدلَّت » .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥) فى ا ، ب ، م : « وقال » .

(٣٦) فى ا : « فإن » .

(٣٧) سورة البقرة ٢٤٠ .

(٣٨) فى : باب من رأى التحول ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٧/١ .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٠) القدوم : موضع على ستة أميال من المدينة . واسم جبل بالموضع . انظر : معجم البلدان ٤٠/٤ .

« نَعَمْ » . قَالَتْ : فَخَرَجْتُ حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِي الْحُجْرَةِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ ، دَعَانِي ، أَوْ أَمَرَ بِي فَدَعَيْتُ لَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « كَيْفَ قُلْتِ ؟ » فَرَدَدْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، فَقَالَ : « امْكُثِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ » . فَاغْتَدَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، فَلَمَّا كَانَ عَثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ ، أَرْسَلَ إِلَيَّ ، فَسَأَلَنِي عَنْ ذَلِكَ ، فَأَخْبَرْتُهُ فَاتَّبَعَهُ ، وَقَضَى بِهِ . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي مُوطَأِهِ ^(٤١) ، وَالْأَثَرُمُ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، قَضَى بِهِ عَثْمَانُ فِي جَمَاعَةِ الصَّحَابَةِ فَلَمْ يُنْكِرُوهُ . إِذَا ^(٤٢) ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ الْاِغْتِدَادُ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ سَاكِتَةٌ بِهِ ، سَوَاءً كَانَ مَمْلُوكًا لَزَوْجِهَا ، أَوْ بِإِجَارَةٍ ، أَوْ عَارِيَّةً ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِلْفَرِيعَةِ ^(٤٣) : « امْكُثِي فِي بَيْتِكَ » . وَلَمْ تَكُنْ فِي بَيْتِ يَمْلِكُهُ زَوْجُهَا ، وَفِي بَعْضِ أَلْفَاظِهِ : « اِغْتَدَى فِي الْبَيْتِ الَّذِي أَتَاكَ فِيهِ نَعْيُ زَوْجِكَ » . وَفِي لَفْظٍ : « اِغْتَدَى حَيْثُ أَتَاكَ الْحَبْرُ » . فَإِنْ أَتَاهَا الْحَبْرُ فِي غَيْرِ مَسْكَنِهَا ، رَجَعَتْ إِلَى مَسْكَنِهَا فَاعْتَدَّتْ فِيهِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالتَّحَعِّيُّ : لَا تَبْرُحْ مِنْ مَكَانِهَا الَّذِي أَتَاهَا فِيهِ نَعْيُ زَوْجِهَا ، أَتْبَاعًا لِلْفِظِ الْحَبْرِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « امْكُثِي فِي بَيْتِكَ » . وَاللَّفْظُ الْآخَرُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، وَالْمُرَادُ بِهِ هَذَا ، فَإِنَّ قَضَايَا الْأَعْيَانِ لَا عُُمُومَ لَهَا ، ثُمَّ لَا يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَى الْعُمُومِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَلْزُمُهَا ^(٤٤) الْاِغْتِدَادُ فِي السُّوقِ وَالطَّرِيقِ وَالْبَرِّيَّةِ ، إِذَا أَتَاهَا الْحَبْرُ وَهِيَ فِيهَا .

فصل : فَإِنْ خَافَتْ هَذَا أَوْ غَرَقًا أَوْ عَدُوًّا أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ ، أَوْ حَوْلَهَا صَاحِبُ الْمَنْزِلِ

(٤١) فِي : بَابِ مَقَامِ الْمَتَوَفَى عَنْهَا زَوْجُهَا فِي بَيْتِهَا حَتَّى تَحُلَ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَوْطَأُ ٥٩١/٢ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْمَتَوَفَى عَنْهَا تَنْتَقِلُ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٥٣٦/١ ، ٥٣٧ .
 وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَيْنَ تَعْتَدُ الْمَتَوَفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الْأُحُوذِيِّ ١٩٥/٥ ، ١٩٦ .
 وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَقَامِ الْمَتَوَفَى عَنْهَا زَوْجُهَا فِي بَيْتِهَا حَتَّى تَحُلَ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمُجْتَبَى ١٦٥/٦ ، ١٦٦ . وَابْنُ
 مَاجَةَ ، فِي : بَابِ أَيْنَ تَعْتَدُ الْمَتَوَفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٦٥٤/١ ، ٦٥٥ . وَالدَّارِمِيُّ ،
 فِي : بَابِ خُرُوجِ الْمَتَوَفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٦٨/٢ .

(٤٢) فِي ب ، م : « وَإِذَا » .

(٤٣) فِي م : « لَفْرِيعَةٍ » .

(٤٤) فِي ب : « يَلْزَمُ » .

١٦١/٨ أو لكونه / عارية رجع فيها ، أو بإجارة انقضت مدتها ، أو منعهما السكنى تعديا ، أو امتنع من إجارته ، أو طلب به أكثر من أجره المثل ، أو لم^(٤٥) تجد مائتري به ، أو لم تجد إلا من مالها ، فلها أن تثقل ؛ لأنها حال عذر ، ولا يلزمها بدل^(٤٦) أجر المسكن ، وإنما الواجب عليها فعل السكنى ، لا تحصيل المسكن ، وإذا تعدت السكنى ، سقطت ، ولها أن تسكن حيث شاءت . ذكره القاضي . وذكر أبو الخطاب ، أنها تثقل إلى أقرب ما يمكنها الثقل إليه . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه أقرب إلى موضع الوجوب^(٤٧) ، فأشبهه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان ، فإنه ينقلها إلى أقرب 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 ذكروه 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 يجد نفع الأقرب ، فوجب لذلك .

فصل : قال أصحابنا : ولا سكنى للمتوفى عنها ، إذا كانت حائلا . رواية واحدة . وإن كانت حاملا ، فعلى رابعتين . وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان . وجه الوجوب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةٌ لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ ﴾ . فنسخ^(٤٨) بعض المدة ، وبقي باقيها على الوجوب . ولأن النبي ﷺ ، أمر فرقة بالسكنى في بيتها ، من غير استئذان الورثة ، ولو لم تجب السكنى ، لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم ، كما أنها ليس لها أن تنصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم . ولنا ، أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربتها ،

(٤٥) في الأصل : « ولم » .

(٤٦) في ١ ، ب ، م ، « بذلك » .

(٤٧) في ١ ، م : « الوجوب » .

(٤٨) في ١ : « ففسخ » .

وَجَعَلَ بَاقِيَهَا لِسَائِرِ الْوَرِثَةِ ، وَالْمَسْكُنُ مِنَ التَّرِكَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ لَا يُسْتَحَقَّ مِنْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، وَلَئِنَّهَا بِإِثْنٍ مِنْ زَوْجِهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْمُطَلَّقةَ ثَلَاثًا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، وَقُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَلَئِنَّهَا حَامِلٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَوَجَبَ لَهَا / السُّكْنَى . قِيَاسًا عَلَى الْمُطَلَّقةِ . فَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي اخْتَجُّوا بِهَا ، فَإِنَّهَا مَنْسُوخَةٌ ، وَأَمَّا أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ فَرُبْعَةٌ بِالسُّكْنَى ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلِمَ أَنَّ الْوَارِثَ يَأْذَنُ فِي ذَلِكَ ، أَوْ بِكَوْنِ الْأَمْرِ يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِ السُّكْنَى عَلَيْهَا ، وَيَقْتَضِي ذَلِكَ بِالْإِمْكَانِ ، وَإِذْنُ الْوَارِثِ مِنْ جُمْلَةٍ مَا يَحْصُلُ الْإِمْكَانُ^(٤٩) بِهِ ، فَإِذَا قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَهِيَ أَحَقُّ بِسُّكْنَى الْمَسْكَنِ الَّذِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ مِنَ الْوَرِثَةِ وَالْغُرْمَاءِ ، مِنْ رَأْسِ مَالِ الْمُتَوَفَّى ، وَلَا يُبَاعُ فِي ذَنْبِهِ بَيْعًا يَمْنَعُهَا السُّكْنَى فِيهِ^(٥٠) ، حَتَّى تَقْضَى الْعِدَّةُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَجَمْهُورُ الْعُلَمَاءِ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ^(٥١) الْمَسْكُنُ ، فَعَلَى الْوَارِثِ أَنْ يَكْتَرِيَ لَهَا مَسْكَنًا مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ مِنْ مَسْكَنِهَا إِلَّا لِعُذْرٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ اتَّفَقَ الْوَارِثُ وَالْمَرْأَةُ عَلَى تَقْلِيلِهَا عَنْهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ السُّكْنَى يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، لِأَنَّهَا تَجِبُ لِلْعِدَّةِ ، وَالْعِدَّةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجُزْ اتِّفَاقُهُمَا عَلَى إِبْطَالِهَا ، بِخِلَافِ سُّكْنَى التَّكَاحُجِّ ؛ فَإِنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، وَلِأَنَّ السُّكْنَى هُنَا مِنْ الْإِحْدَادِ ، فَلَمْ يَجُزْ الْإِتِّفَاقُ عَلَى تَرْكِهَا ، كَسَائِرِ خِصَالِ الْإِحْدَادِ . وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يُخْرِجُوهَا ، إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٥٢) . وَهِيَ أَنْ تُطِيلَ^(٥٣) لِسَانَهَا عَلَى أَهْمَائِهَا وَتُوْذِيَهُمْ بِالسَّبِّ وَنَحْوِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَالْحَسَنُ^(٥٤) : هِيَ الزَّئِنَى لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

(٥١) سورة الطلاق ١ .

(٥٢) في ١ ، ب ، م : تطول .

نَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴿٥٣﴾ . وإخراجهنَّ هو الإخراج لإقامة حَدِّ الزَّنى ، ثم تُرَدُّ إلى مكانها . ولنا ، أَنَّ الآيةَ تَقْتَضِي الإخراجَ عن السُّكْنَى ، وهذا لا يَتَحَقَّقُ فيما قالاه . وأما الفاحِشَةُ فهي اسمٌ للزَّنى وغيره من الأقوال الفاحِشَةِ ، يقال : أَفْحَشَ فلانٌ في مقالِهِ . ولهذا رَوَى عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قالَتْ لَهُ عائِشَةُ : يا رسولَ اللَّهِ ، قلتُ لفلانٍ : « بئسَ أخو العَشِيرَةِ » . فلما دَخَلَ أَلْتَّ لَهُ القولَ . فقال : « يا عائِشَةُ ، إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الفُحْشَ وَلَا التَّفَحُّشَ » ﴿٥٤﴾ . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّ الوَرِثَةَ يُخْرِجُوهَا عن ذلك المَسْكَنِ ، إلى مسكنٍ آخَرَ من الدارِ إنْ كانَتْ كَبِيرَةً تَجْمَعُهُمْ ، فإنْ كانَتْ لا تَجْمَعُهُمْ ، أو لم يُمَكِّنْ نَقْلُها إلى غيرِهِ في الدارِ ، أو لم يَتَخَلَّصُوا من أذاها بذلك ، فلهم نَقْلُها . وقال بعضُ أَصحابِنَا : يَنْتَقِلُونَ / هم عنها ؛ لأنَّ سُكْنَاها واجبٌ في المكانِ ، وليس بواجِبٍ عليهم . والنَّصُّ يَدُلُّ على أَنَّها تُخْرَجُ ، فلا يُعْرَجُ ﴿٥٦﴾ على ما خالفه ، ولأنَّ الفاحِشَةَ منها ، فكان الإخراجُ لها . وإنْ كانَ أَحْمًاؤها هم الذين يُؤدُّونها ، ويُفْحِشُونَ عليها ، يُقِلُّواهم دُونَهَا ، فإنَّها لم تَأْتِ بِفاحِشَةٍ ، فلا تُخْرَجُ بِمُقْتَضَى النَّصِّ ، ولأنَّ الذَّنْبَ لهم فيُحْصَوْنَ ﴿٥٧﴾ بالإخراجِ . وإنْ كانَ المَسْكَنُ لغيرِ المَيِّتِ فَتَبَرَّعَ صاحِبُهُ بِإسكانِها فيه ، لَزِمَها الاعتِدادُ به ، وإنْ أبى أنْ يُسْكِنَها إِلَّا بأَجْرَةٍ ، وَجَبَ بذَلُّها من مالِ المَيِّتِ ، إِلَّا أنْ يَتَبَرَّعَ إنسانٌ ببذلِها ، فيلْزِمُها ﴿٥٨﴾ الاعتِدادُ به ، فإنْ حَوَّلَها مالِكُ ﴿٥٩﴾

و ٢٦٢/٨

(٥٣) سورة النساء ١٥ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب لم يكن النبي ﷺ فاحشا ولا متفحشا ، وباب ما يجوز من اغتياب أهل الفساد والريب ، وباب المداراة مع الناس ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١٥/٨ ، ١٦ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٣٨ . وأبو داود ، فى : باب فى حسن العشرة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٥٥١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى حسن الخلق ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٣/٢ ، ٩٠٤ .

(٥٥) فى ب ، م ، « ولم » .

(٥٦) فى ١ : « يعول » .

(٥٧) فى الأصل : « فيختصون » .

(٥٨) فى الأصل ، ب : « ويلزمها » .

(٥٩) فى ١ ، م : « صاحب » .

المكان ، أو طَلَبَ أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةٍ ^(٦٠) المِثْل ، فعلى الْوَرَثَةِ إِسْكَانُهَا إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ تَرِكَةٌ يُسْتَأْجَرُ لَهَا بِهِ مَسْكَنٌ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا يُقَدَّمُ عَلَى الْمِيرَاثِ ، فَإِنْ اخْتَارَتِ الثَّقَلَةُ عَنْ هَذَا الْمَسْكَنِ الَّذِي يَنْقُلُونَهَا إِلَيْهِ ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ سَكْنَهَا بِهِ حَقٌّ لَهَا ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ الْمَسْكَنَ الَّذِي كَانَ يَجِبُ عَلَيْهَا السُّكْنَى بِهِ ، هُوَ الَّذِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ حِينَ مَوْتِ زَوْجِهَا ، وَقَدْ سَقَطَتْ عَنْهَا السُّكْنَى بِهِ ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَسْكَنُ الَّذِي كَانَتْ بِهِ لِابْنِهَا ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، أَوْ لِغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ تَسْكُنُ فِي ^(٦١) دَارٍ لَهَا ، فَاخْتَارَتْ الْإِقَامَةَ فِيهَا ، وَالسُّكْنَى بِهَا ، مُتَبَرِّعَةً أَوْ بِأُجْرَةٍ تَأْخُذُهَا مِنَ التَّرِكَةِ ، جَاز ، وَيَلْزَمُ الْوَرَثَةَ بِذَلِكَ الْأُجْرَةُ إِذَا طَلَبَتْهَا ، وَإِنْ طَلَبَتْ أَنْ تُسْكِنَهَا غَيْرَهَا ، وَتُنْقِلَ عَنْهَا ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تُؤَجِّرَ دَارَهَا وَلَا تُغَيِّرَهَا ، وَعَلَيْهِمْ إِسْكَانُهَا .

فصل : فَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهَا السُّكْنَى . فَتَطَوَّعَ الْوَرَثَةُ بِإِسْكَانِهَا فِي مَسْكَنِ زَوْجِهَا ، أَوِ السُّلْطَانِ ، أَوْ أَجْنَبِيٍّ ، لَزِمَهَا الْإِعْتِدَادُ بِهِ ، وَإِنْ مُنِعَتْ السُّكْنَى بِهِ ، أَوْ طَلَبُوا مِنْهَا الْأُجْرَةَ ، فَلَهَا أَنْ تُنْقِلَ عَنْهُ ^(٦٢) إِلَى غَيْرِهِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا أَخْرَجَهَا الْمُؤَجِّرُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الْإِجَارَةِ ، وَسَوَاءٌ قَدَرَتْ عَلَى الْأُجْرَةِ ، أَوْ عَجَزَتْ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلْزَمُهَا السُّكْنَى لَا تَحْصِيلُ الْمَسْكَنِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ زَوْجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا الْوَرَثَةُ مِنْهُ ، وَبَدَّلُوا لَهَا مَسْكَنًا آخَرَ ، لَمْ تَلْزَمْهَا السُّكْنَى بِهِ ^(٦٣) . وَكَذَلِكَ إِنْ أَخْرَجَتْ مِنَ الْمَسْكَنِ الَّذِي هِيَ بِهِ ، أَوْ أَخْرَجَتْ لِأَيِّ عَارِضٍ كَانَ ، لَمْ تَلْزَمْهَا السُّكْنَى فِي مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ سِوَاهُ ، سَوَاءٌ بَدَّلَهُ الْوَرَثَةُ أَوْ غَيْرُهُمْ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا يَلْزَمُهَا الْإِعْتِدَادُ فِي بَيْتِهَا الَّذِي كَانَتْ فِيهِ ، لَا فِي غَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَتَعَذَّرَ سَكْنَهَا فِي مَسْكَنِهَا ، وَبَدَّلَ لَهَا سِوَاهُ . وَإِنْ طَلَبَتْ مَسْكَنًا سِوَاهُ ، لَزِمَ الْوَرَثَةَ تَحْصِيلُهُ ، بِأُجْرَةٍ أَوْ بِغَيْرِهَا / ، إِنْ تَخَلَّفَ الْمَيِّتُ تَرِكَةً تَفِي

ظ ١٦٢/٨

(٦٠) فِي الْأَصْلِ ، ب : « أُجْرَةٌ » .

(٦١-٦٢) فِي ب ، م : « دَارُهَا » .

(٦٢) فِي الْأَصْلِ : « مِنْهُ » .

(٦٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

بذلك ، ويُقدَّم ذلك على الميراث ؛ لأنه حقٌّ على الميت ، فأشبهه الدَّين ؛ فإن كان على الميت دينٌ يستغرق ماله ، ضُرِبَتْ بأجرة المسكين ^(٦٤) مع الغرماء ^(٦٥) ؛ لأنَّ حقَّها مُساوٍ لحقوقِ الغرماء ، وتُسْتَأْجَرُ بما يُصَيِّبُهَا مَوْضِعًا تَسْكُنُهُ . وكذلك الحكمُ في المُطَلَّقة إذا حُجِرَ على الزوج قبل أن يُطَلَّقَها ، ثم طَلَّقَها ، فإنَّها تُضْرَبُ بأجرة المسكين لمُدَّةِ العِدَّةِ مع الغرماء ، إذا كانت حاملاً . فإن قيل : فهَلَّا قَدَّمْتُمْ حَقَّ الغرماء ؛ لأنه أَسْبَقُ ؟ قلنا : لأنَّ حَقَّها ثَبَتَ عليه بغيرِ اختيارِها ، فشاركَتِ الغرماء فيه ، كما لو أْتَلَفَ المُفْلِسُ مَالًا لِإِنْسَانٍ أَوْ جَنَى عليه ، وإن مات ، وهى فى مَسْكِنِهِ ، لم يَجُزْ إِخْرَاجُهَا مِنْهُ ؛ لأنَّ حَقَّها تَعَلَّقَ بِعَيْنِ الْمَسْكِنِ قَبْلَ تَعَلُّقِ حُقُوقِ الغرماءِ بِعَيْنِهِ ، فكان حَقُّها مُقَدِّمًا كَحَقِّ الْمُرْتَهِنِ . وإن طَلَبَ الغرماءُ بَيْعَ هَذَا الْمَسْكِنِ ، وَتَرَكَ السُّكْنَى لَهَا مُدَّةَ الْعِدَّةِ ، لم يَجُزْ ؛ لأنها إِنَّمَا تَسْتَحِقُّ السُّكْنَى إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، وَمُدَّةُ الْحَمْلِ مَجْهُولَةٌ ، فَتَصِيرُ كَالْوَبَاةِ وَاسْتَنْتَى نَفْعُهَا مُدَّةً مَجْهُولَةً . وإن أَرَادَ الْوَرِثَةُ قِسْمَةَ مَسْكِنِهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهَا فِي السُّكْنَى ، لم يَكُنْ لَهُمْ ذَلِكَ . وإن أَرَادُوا التَّعْلِيمَ بِخَطُوطٍ ، مِنْ غَيْرِ نَقْضٍ وَلَا بِنَاءٍ ، جاز ؛ لأنه لَا ضَرَرَ عَلَيْهَا فِيهِ .

فصل : وإذا قلنا : إنها تُضْرَبُ مع الغرماء بِقَدْرِ مُدَّةِ عِدَّتِهَا . فإنَّها تُضْرَبُ بِمُدَّةِ عَادَتِهَا فِي وَضْعِ الْحَمْلِ ، إِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، وَإِنْ كَانَتْ مُطَلَّقةً مِنْ ذَوَاتِ الْقُرُوءِ ، وَقُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . ضُرِبَتْ بِمُدَّةِ عَادَتِهَا فِي الْقُرُوءِ ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ لَهَا عَادَةٌ ، ضُرِبَتْ بِغَالِبِ عَادَاتِ النِّسَاءِ ، وَهُوَ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ لِلْحَمْلِ ، وَثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، لِكُلِّ قَرْءٍ شَهْرٌ ، أَوْ بِمَا ^(٦٥) بَقِيَ مِنْ ذَلِكَ ، إِنْ كَانَ قَدْ مَضَى مِنْ مُدَّةِ حَمْلِهَا شَيْءٌ ؛ لأنه لَا يُمْكِنُ تَأْخِيرُ الْقِسْمَةِ لِحَقِّ الْغَرَمَاءِ ، فَإِذَا ضُرِبَتْ بِذَلِكَ ، فَوَافَقَ الصَّوَابَ ، وَلَمْ ^(٦٦) تَزِدْ وَلَمْ تَنْقُصْ ،

(٦٤-٦٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦٥) ق ب : د وبما .

(٦٦) ق م : د فلم .

اسْتَقَرَّ الْحُكْمُ ، وَتَسْتَأْجِرُ بِمَا يَخْصُلُ لَهَا مَكَانًا تَسْكُنُهُ . وَإِذَا تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، سَكَنْتَ حَيْثُ شَاءَتْ . وَإِنْ كَانَتِ الْمُدَّةُ أَقَلَّ مِمَّا ضَرَبْتَ بِهِ ، مِثْلُ أَنْ وَضَعْتَ حَمْلَهَا^(٦٧) لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ تَرَبَّصْتَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ فِي شَهْرَيْنِ ، فَعَلَيْهَا رَدُّ الْفَضْلِ ، وَتَضْرِبُ فِيهِ بِحَصَّتِهَا مِنْهُ . وَإِنْ طَالَتِ الْعِدَّةُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، مِثْلُ أَنْ وَضَعْتَ حَمْلَهَا فِي عَامٍ ، أَوْ رَأَتْ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ فِي نِصْفِ عَامٍ ، رَجَعَتْ بِذَلِكَ عَلَى الْغَرَمَاءِ ، كَمَا يَرْجِعُونَ عَلَيْهَا فِي صُورَةِ النِّقْصِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَرْجِعَ بِهِ ، وَيَكُونَ فِي ذِمَّةِ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّا قَدَرْنَا ذَلِكَ مَعَ تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ ، فَلَمْ تَكُنْ لَهَا / الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ .

و ١٦٣/٨

فصل : وَلِلْمُعْتَدَةِ الْخُرُوجُ فِي حَوَائِجِهَا نَهَارًا ، سَوَاءً كَانَتْ مُطْلَقَةً أَوْ مُتَوَفًى عَنْهَا^(٦٨) ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، قَالَ : طَلَّقْتُ خَالَتِي ثَلَاثًا ، فَخَرَجْتُ تُجَدُّ نَحْلَهَا ، فَلَقِيَهَا رَجُلٌ ، فَتَهَاها ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « اخْرُجِي ، فَجُدِّي نَحْلَكَ ، لَعَلَّكَ أَنْ تَصَدَّقِي^(٦٩) مِنْهُ ، أَوْ تَفْعَلِي خَيْرًا » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٧٠) . وَرَوَى مُجَاهِدٌ ، قَالَ : اسْتَشْهِدَ رَجَالٌ يَوْمَ أُحُدٍ ، فَجَاءَتْ نِسَاؤُهُمْ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَقُلْنَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، نَسْتَوْحِشُ بِاللَّيْلِ ، أَفْتَبِيتُ عِنْدَ إِحْدَانَا ، فَإِذَا أَصْبَحْنَا بَادَرْنَا إِلَى بُيُوتِنَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تَحَدَّثُنْ عِنْدَ إِحْدَاكُنْ ، حَتَّى إِذَا أَرَدْتُنَّ النَّوْمَ ، فَلْتَسُوبَ كُلُّ وَاحِدَةٍ إِلَى بَيْتِهَا »^(٧١) . وَلَيْسَ لَهَا الْمَبِيتُ فِي غَيْرِ بَيْتِهَا ، وَلَا الْخُرُوجُ لَيْلًا ، إِلَّا لِضَرُورَةٍ ؛ لِأَنَّ

(٦٧) سقط من : ب .

(٦٨) في الزيادة : « زوجها » .

(٦٩) في م : « تصدقي » .

(٧٠) أخرجه النسائي ، في : باب خروج المتوفى عنها بالنهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٤/٦ . وأبو داود ، في : باب في المبتوتة تخرج بالنهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥/١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب جواز خروج المعتدة البائن ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢١/٢ . وابن ماجه ، في : باب هل تخرج المرأة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٦/١ . والدارمي ، في : باب خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢١/٣ . والبيهقي ، في : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ .

(٧١) أخرجه البيهقي ، في : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب أين تعتد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦/٧ .

الليل مَظَنَّةُ الْفَسَادِ ، بخلاف النهار ، فَإِنَّهُ مَظَنَّةُ قَضَاءِ الْحَوَائِجِ وَالْمَعَاشِ ، وَشِرَاءِ مَا يُحْتَاجُ إِلَيْهِ . وَإِنْ وَجَبَ عَلَيْهَا حَقٌّ لَا يُمْكِنُ اسْتِيفَاؤُهُ إِلَّا بِهَا ، كَالْيَمِينِ وَالْحَدِّ ، وَكَانَتْ ذَاتَ خِذْرِ ، بَعَثَ إِلَيْهَا الْحَاكِمُ مَنْ يَسْتَوْفِي الْحَقَّ مِنْهَا فِي مَنْزِلِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ بَرَّةً^(٧٢) ، جَازَ إِحْضَارُهَا لِاسْتِيفَائِهِ ، فَإِذَا فَرَعَتْ رَجَعَتْ إِلَى مَنْزِلِهَا .

فصل^(٧٣) : وَالْأَمَةُ كَالْحُرَّةِ فِي الْإِحْدَادِ وَالْإِعْتِدَادِ فِي الْمَنْزِلِ ، إِلَّا أَنَّ سُكْنَاهَا فِي الْعِدَّةِ كَسُكْنَاهَا فِي حَيَاةِ زَوْجِهَا ، لِلسَّيِّدِ إِمْسَاكُهَا نَهَارًا ، وَإِرْسَالُهَا لَيْلًا ، فَإِنْ أُرْسِلَتْ لَيْلًا وَنَهَارًا ، اعْتَدَّتْ زَمَانَهَا كُلَّهُ فِي الْمَنْزِلِ ، وَعَلَى الْوَرِثَةِ إِمْسَاكُهَا^(٧٤) فِيهِمَا^(٧٥) ، كَالْحُرَّةِ سَوَاءً .

فصل : وَالْبَدَوِيَّةُ كَالْحَضَرِيَّةِ فِي الْإِعْتِدَادِ فِي مَنْزِلِهَا الَّذِي مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ سَاكِئَةٌ فِيهِ ، فَإِنْ انْتَقَلَتِ الْحِلَّةُ ، انْتَقَلَتْ مَعَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا لَا يُمْكِنُهَا الْمَقَامُ وَحْدَهَا ، وَإِنْ انْتَقَلَ غَيْرُ أَهْلِهَا ، لَزِمَهَا الْمَقَامُ مَعَهُمْ^(٧٦) ، وَإِنْ انْتَقَلَ أَهْلُهَا ، انْتَقَلَتْ مَعَهُمْ ، إِلَّا أَنْ يَبْقَى مِنَ الْحِلَّةِ مَنْ لَا تَخَافُ عَلَى نَفْسِهَا مَعَهُمْ ، فَتَكُونُ مُحْخِرَةً بَيْنَ الْإِقَامَةِ وَالرَّجِيلِ . وَإِنْ هَرَبَ أَهْلُهَا ، فَخَافَتْ ، هَرَبَتْ مَعَهُمْ ، وَإِنْ أَمِنَتْ أَقَامَتْ لِقَضَاءِ الْعِدَّةِ فِي مَنْزِلِهَا .

فصل : فَإِنْ مَاتَ صَاحِبُ السَّفِينَةِ وَامْرَأَتُهُ فِي السَّفِينَةِ ، وَلَهَا مَسْكَنٌ فِي الْبَرِّ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ الْمُسَافِرَةِ فِي الْبَرِّ ، عَلَى مَا سَنَدُكُرُّهُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا مَسْكَنٌ سِوَاهَا ، وَكَانَ لَهَا^(٧٧) فِيهَا^(٧٨) بَيْتٌ يُمْكِنُهَا السُّكْنَى فِيهِ ، بِحَيْثُ لَا تَجْتَمِعُ مَعَ الرِّجَالِ ، وَأُمْكِنُهَا الْمَقَامُ فِيهِ ، بِحَيْثُ تَأْمَنُ عَلَى نَفْسِهَا وَمَعَهَا مَحْرَمُهَا ، لَزِمَهَا أَنْ تَعْتَدَّ بِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ

(٧٢) امرأة برة : تبرز للقوم ، يجلسون إليها ويتحدثون ، وهي عفيفة .

(٧٣) سقط هذا الفصل من : ب .

(٧٤) في م : « سكنها » .

(٧٥) في الأصل : « فيها » .

(٧٦) في الشرح الكبير : « مع أهلها » .

(٧٧) سقط من : ب ، م .

(٧٨) في ١ : « فيه » .

ضَيْقَةً ، وليس معها مَحْرُمُهَا ، أو لَا يُمَكِّنُهَا الإِقَامَةُ فِيهَا إِلَّا بِحَيْثُ تَخْتَلِطُ بِالرِّجَالِ ،
لَزِمَهَا الْإِتِّقَالُ عَنْهَا^(٧٩) إِلَى مَوْضِعٍ سِوَاهَا .

١٣٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَالْمُطَلَّقةُ ثَلَاثًا ، تَتَوَقَّى الطَّيِّبَ ، وَالزَّيْنَةَ ، وَالْكُخْلَ
بِالْأَثْمِدِ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وُجُوبِ الْإِحْدَادِ عَلَى الْمُطَلَّقةِ الْبَائِنِ ؛ فَعَنَى ، يَجِبُ
عَلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .
وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَجِبُ عَلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَنَحْوُهُ قَوْلُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تَحِدَّ عَلَى
مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »^(١) . وَهَذِهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ،
فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ الْإِحْدَادَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلَئِنَّهَا مُعْتَدَّةٌ عَنْ غَيْرِ وَفَاةٍ ، فَلَمْ يَجِبْ
عَلَيْهَا الْإِحْدَادُ ، كَالرَّجْعِيَّةِ ، وَالْمَوْطُوءَةِ بِشَبْهَةِ ، وَلِأَنَّ الْإِحْدَادَ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِإِظْهَارِ
الْأَسْفِ عَلَى فِرَاقِ زَوْجِهَا وَمَوْتِهِ ، فَأَمَّا الطَّلَاقُ فَإِنَّهُ فَارَقَهَا بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، وَقَطَعَ
نِكَاحَهَا ، فَلَا مَعْنَى لَتَكْلِيفِهَا الْحُزْنَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْمُتَوَقَّى عَنْهَا لَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَحَقَّ
الزَّوْجُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْفِيهِ ، فَاحْتَبَطَ عَلَيْهَا بِالْإِحْدَادِ ، لِثَلَاثِ يَلْحَقَ بِالْمَيِّتِ مَنْ لَيْسَ مِنْهُ ،
بِخِلَافِ الْمُطَلَّقةِ ، فَإِنَّ زَوْجَهَا بَاقٍ ، فَهُوَ يَحْتَاطُ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ ، وَيَنْفِي وَلَدَهَا إِذَا كَانَ مِنْ
غَيْرِهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ بِائِنٍّ مِنْ نِكَاحٍ ، فَلَزِمَهَا الْإِحْدَادُ ، كَالْمُتَوَقَّى
عَنْهَا زَوْجِهَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِدَّةَ تُحَرِّمُ التَّكَاخَ ، فَحَرِّمَتْ^(٢) ذَوَاعِيَهُ . وَيُخْرَجُ عَلَى هَذَا
الرَّجْعِيَّةُ ، فَإِنَّهَا زَوْجَةٌ ، وَالْمَوْطُوءَةُ بِشَبْهَةِ لَيْسَتْ مُعْتَدَّةٌ مِنْ نِكَاحٍ ، فَلَمْ تُكْمَلِ
الْحُرْمَةُ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَإِنَّمَا مَذْلُوعُهُ تَحْرِيمُ الْإِحْدَادِ عَلَى مَيِّتٍ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَنَحْنُ نَقُولُ

(٧٩) فِي ب ، م ، : « مِنْهَا » .

(١) تَقْدِمْ تَخْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ١٩٣ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَتَحَرَّمَ » .

به ، ولهذا جاز الإحدادُ ههنا بالإجماع ، فإذا قلنا : يلزمها الإحدادُ ، لزمها شيخان ؛
توقى الطيب ، والزينة في نفسها ، على ما قدمنا فيهما^(٣) ، ولا تمتنع من الثقاب ، ولا من
الاعتداد في غير منزلها ، ولذلك أمر النبي ﷺ فاطمة بنت قيس ، أن تعتد في بيت ابن أم
مكتوم^(٤) . على ما سندكره ، إن شاء الله تعالى .

فصل : وإذا كانت المبتوتة حاملاً ، وجب لها السكنى ، رواية واحدة . ولا نعلم بين
أهل العلم خلافاً فيه . / وإن لم تكن حاملاً ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، لا يجب لها
ذلك . وهو قول ابن عباس ، وجابر . وبه قال عطاء ، وطاوس ، والحسن^(٥) ، وعمر بن
ميمون ، وعكرمة ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وداود . والثانية ، يجب لها ذلك ، وهو قول
ابن مسعود ، وابن عمر ، وعائشة ، وسعيد بن المسيب ، والقاسم ، وسالم ، وأبي
بكر بن عبد الرحمن ، وخارجة بن زيد ، وسليمان بن يسار ، ومالك ، والثوري ،
والشافعي ، وأصحاب الرأي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا
يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٦) . وقال تعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ
سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمِيلَ فَأَنْقِفُوا عَلَيْهِنَّ
حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٧) . فأوجب لهن السكنى مطلقاً ثم خص الحامل بالإئفاق
عليها . ولنا ، ما روت فاطمة بنت قيس ، أن أبا عمرو بن حفص طلقها البتة ، وهو
غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فتسخطته ، فقال : والله ما لك علينا من شيء .
فجاءت رسول الله ﷺ ، فذكرت ذلك له ، فقال لها : « لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا
سُكْنَى » . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك ، ثم قال : « إِنْ تِلْكَ أَمْرًا يَعْنَاهَا

(٣) في م : ٥ فيها .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة الطلاق ١ .

(٧) الطلاق ٦ .

أَصْحَابِي . اعْتَدَى فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ ^(٨) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ أَنْكَرَ عَلَيْهَا عَمْرٌ ، وَقَالَ : مَا كُنَّا لِنَدْعَ كِتَابَ رَبِّنَا ، وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ ، لَا نُدْرِي أَصَدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ . وَقَالَ عُرْوَةُ : لَقَدْ عَابَتْ عَائِشَةُ ^(٨) ذَلِكَ أَشَدَّ الْعَيْبِ ، وَقَالَتْ ^(٩) : إِنَّهَا كَانَتْ فِي مَكَانٍ وَحْشٍ ، فَخِيفَ عَلَى نَاجِيَتِهَا . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ : تِلْكَ امْرَأَةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ ، إِنَّهَا كَانَتْ لَسِينَةً ، فَوُضِعَتْ عَلَى يَدَيِ ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ الْأَعْمَى . قُلْنَا : أَمَّا مُخَالَفَةُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّ فَاطِمَةَ لَمَّا أَنْكَرُوا عَلَيْهَا ، قَالَتْ : بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ كِتَابُ اللَّهِ ، قَالَ تَعَالَى : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ ^(١٠) . فَأَيُّ أَمْرٍ يَحْدُثُ بَعْدَ الثَّلَاثِ ؟ فَكَيْفَ تَقُولُونَ : لَا نَفْقَهُ لَهَا ، إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا فَعَلَامَ تَحْبِسُونَهَا ؟ فَكَيْفَ تُحْبِسُ امْرَأَةً بغيرِ نَفَقَةٍ ؟ وَأَمَّا قَوْلُهُمْ : إِنَّ عَمْرًا قَالَ : لَا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا . فَقَدْ أَنْكَرَ أَحْمَدُ هَذَا الْقَوْلَ عَنْ عَمْرٍ ، قَالَ : وَلَكِنَّهُ قَالَ : لَا تُجِيزُ فِي دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ . وَهَذَا مُجْمَعٌ عَلَى خِلَافِهِ ، وَقَدْ أَخَذْنَا بِخَبَرِ فُرَيْعَةَ ، وَهِيَ امْرَأَةٌ ، وَبِرَوَايَةِ عَائِشَةَ وَأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، وَصَارَ أَهْلُ الْعِلْمِ إِلَى خَبَرِ فَاطِمَةَ هَذَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، / مِثْلَ ١٦٤/٨ ظ

سَقُوطِ نَفَقَةِ الْمَبْتُوتَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا ، وَنَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى الرِّجَالِ ، وَخِطْبَةِ الرَّجُلِ عَلَى خِطْبَةِ أَخِيهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ سَكَنَتْ إِلَى الْأَوَّلِ . وَأَمَّا تَأْوِيلُ مِنْ تَأَوَّلَ حَدِيثِهَا ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنَّهَا تُخَالِفُهُمْ فِي ذَلِكَ ، وَهِيَ أَعْلَمُ بِحَالِهَا ، وَلَمْ يَتَّفَقِ الْمُتَأَوِّلُونَ عَلَى شَيْءٍ ، وَقَدْ رُدَّ عَلَى مَنْ رَدَّ عَلَيْهَا ، فَقَالَ مَيْمُونُ بْنُ مِهْرَانَ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، لَمَّا قَالَ : تِلْكَ امْرَأَةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ : لَعَنَ كَانَتْ إِنَّمَا أَخَذَتْ بِمَا أَفْتَاهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا فَتَنَتِ النَّاسَ ، وَإِنَّ لَنَا فِي

(٨) قول عائشة أخرجه البخاري ، في : باب قصة فاطمة بنت قيس ، وباب المطلقة إذا خشي عليها ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧٥/٧ . ومسلم ، في : باب المطلقة ثلاثا لانفقه لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٦/٢ . وأبو داود ، في : باب من أنكر ذلك على فاطمة بنت قيس ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٤/١ . كما أخرج أبو داود قول عمر رضي الله عنه في الموضع نفسه .

(٩) في ١ ، م : ١ ، وقال : .

(١٠) سورة الطلاق ١ .

رسول الله ﷺ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ، مع أَنَّهَا أَحْرَمُ النَّاسِ عَلَيْهِ ، ليس له عليها رَجْعَةٌ ، ولا بينهما ميراث . وقول عائشة : إنها كانت في مكانٍ وَحْشٍ . لا يَصِيحُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، فقال : « يَا ابْنَةُ آلِ قَيْسٍ ، إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَا كَانَ لِرَّوْجِكَ عَلَيْكَ الرَّجْعَةُ » . هكذا رواه الحُمَيْدِيُّ^(١١) ، والأَثَرُمُ^(١٢) . ولأنَّه لو صَحَّ ما قالته عائشةُ أو غيرها^(١٣) من التَّأْوِيلِ ، ما احتاجَ عمرُ في رَدِّهِ إلى أن يَعتَذِرَ بأنَّه قولُ امرأةٍ . ثم فاطمةُ صاحبةُ القِصَّةِ ، وهى أعَرَفُ بِنَفْسِهَا وبِحَالِهَا ، وقد أَتَكَرَّتْ على مَنْ أَتَكَرَّ عليها ، وَرَدَّتْ على مَنْ رَدَّ خَبَرَهَا ، أو تَأَوَّلَ بِخِلَافِ ظَاهِرِهِ ، فيجبُ تَقْدِيمُ قَوْلِهَا ؛ لِمَعْرِفَتِهَا بِنَفْسِهَا ، ومُوَافَقَتِهَا ظَاهِرَ الْخَبَرِ ، كما في سائرِ ما هذا سَبِيلُهُ .

فصل : قال أصحابنا : ولا يَتَعَيَّنُ الْمَوْضِعُ الَّذِي تَسْكُنُهُ فِي الطَّلَاقِ ، سواءَ قُلْنَا : لها السُّكْنَى . أو لم نَقُلْ ، بل يَتَخَيَّرُ الزَّوْجُ بَيْنَ إِقْرَارِهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ ، وبين نَقْلِهَا إلى مسكنٍ مِثْلِهَا ، والمُسْتَحَبُّ إِقْرَارُهَا ، لقوله تعالى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ ﴾ . ولأنَّ فِيهِ خُرُوجًا مِنَ الْخِلَافِ ، فَإِنَّ الَّذِينَ ذَكَرْنَا عَنْهُمْ أَنَّ لَهَا السُّكْنَى ، يَرَوْنَ وَجُوبَ الْإِعْتِدَادِ عَلَيْهَا فِي مَنْزِلِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ فِي بَيْتٍ يَمْلِكُ الزَّوْجُ سُكْنَاهَا ، وَيَصْلُحُ لِمِثْلِهَا ، اعْتَدَّتْ فِيهِ ، فَإِنْ ضَاقَ عَنْهَا ، انْتَقَلَ عنها وَتَرَكَهَا ، لَأَنَّهُ يُسْتَحَبُّ سُكْنَاهَا فِي الْمَوْضِعِ الَّذِي طَلَّقَهَا فِيهِ ، وَإِنْ اتَّسَعَ الْمَوْضِعُ لَهَا ، وَفِي الدَّارِ مَوْضِعٌ لَهَا مُنْفَرِدٌ ، كَالْحُجْرَةِ أَوْ عُلوِّ الدَّارِ أَوْ سُفْلِهَا ، وَبَيْنَهُمَا بَابٌ مُغْلَقٌ ، سَكَنْتْ فِيهِ ، وَسَكَنَ الزَّوْجُ فِي الْبَاقِي ، لَأَنَّهُمَا كَالْحُجْرَتَيْنِ الْمُتَجَاوِرَتَيْنِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا بَابٌ مُغْلَقٌ ، لَكِنْ لَهَا مَوْضِعٌ تَتَسَرَّ فِيهِ ، بِحَيْثُ لَا يَرَاهَا ، وَمَعَهَا مَحْرَمٌ تَتَحَفَّظُ بِهِ ، جَازٍ ؛ لِأَنَّ مَعَ الْمَحْرَمِ يُؤْمَنُ الْفَسَادُ ، وَيُكَرَّهُ فِي الْجُمْلَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ النَّظَرُ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ مَعَهَا مَحْرَمٌ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لقول النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَخْلَوَنَّ رَجُلٌ » ١٦٥/٨

(١١) في ب ، م : « الحميد » .

(١٢) وأخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٦/٣٧٣ ، ٤١٧ .

(١٣) في ا ، ب : « وغيرها » .

بِامْرَأَةٍ لَيْسَتْ لَهُ بِمَحْرَمٍ ؛ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ » ^(١٤) . وَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنْ إِسْكَانِهَا ، وَكَانَتْ مِمَّنْ لَهَا عَلَيْهِ السُّكْنَى ، أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ مَعْدُومًا ، رَجَعَتْ عَلَى الزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ موجودًا ، فَهَلْ تَرْجِعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حَاضِرًا ، وَلَمْ يَمْنَعْهَا مِنَ الْمَسْكَنِ ، فَاتَّكَرَتْ لِنَفْسِهَا مَوْضِعًا ، أَوْ سَكَنْتْ فِي مَوْضِعٍ تَمْلِكُهُ ، لَمْ تَرْجِعْ بِالْأُجْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَبَرَّعَتْ بِذَلِكَ ، فَلَمْ تَرْجِعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ عَجَزَ الزَّوْجُ عَنْ إِسْكَانِهَا ؛ لِعُسْرَتِهِ ، أَوْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ اِمْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مَعَ قُدْرَتِهِ ، سَكَنْتْ حَيْثُ شَاءَتْ . وَكَذَلِكَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، إِذَا لَمْ يُسْكِنْهَا وَرَثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلَزَمَهَا السُّكْنَى فِي مَنْزِلِهِ لِتَحْصِينِ مَالِهِ ، فَإِذَا لَمْ تَفْعَلْ ، لَمْ يَلْزَمْهَا ذَلِكَ .

١٣٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَرَجْتَ إِلَى الْحَجِّ ، فَتَوَفَّى عَنْهَا ^(١) زَوْجُهَا ، وَهِيَ بِالْقُرْبِ ، رَجَعْتَ لِتَقْضَى الْعِدَّةُ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِي سَفَرِهَا ، فَإِنْ رَجَعْتَ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهَا ^(٢) مِنْ عِدَّتِهَا شَيْءٌ ، أَتَتْ بِهِ فِي مَنْزِلِهَا) ^(٣)

وجملته أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ مِنَ الْوَفَاةِ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْحَجِّ ، وَلَا إِلَى ^(٤) غَيْرِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَإِنْ خَرَجَتْ ، فَمَاتَ زَوْجُهَا فِي الطَّرِيقِ ، رَجَعَتْ إِنْ كَانَتْ قَرِيبَةً ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْإِقَامَةِ ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِي سَفَرِهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : تَرُدُّ مَا لَمْ تُحْرِمَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْبَعِيدَةَ لَا تَرُدُّ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِهَا ، وَعَلَيْهَا مَشَقَّةٌ ، وَلَا بُدَّ لَهَا ^(٥) مِنْ سَفَرٍ وَإِنْ رَجَعَتْ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يُحَدِّدَ الْقَرِيبُ

(١٤) أخرجه الترمذی ، فی : باب ما جاء فی لزوم الجماعة ، من کتاب الفتن . عارضة الأحوذی ٩/٩ . والإمام

أحمد ، فی : المسند ١/١٨ ، ٢٦ ، ٣٣٩/٣ ، ٤٤٦ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) فی ا ، ب : « منزله » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) فی الأصل ، ا : « بها » .

بما لا تُقصرُ فيه الصَّلَاةُ ، والبعيدُ ما تُقصرُ فيه ؛ لأنَّ ما لا تُقصرُ الصَّلَاةُ فيه أحكامه
أحكام الحَضَرِ . وهذا قولُ أُنَى حنيفة ، إلَّا أنَّه لا يَرَى القَصْرَ إلَّا في مَسِيرَةِ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ .
^(٦) فقال : متى كان بينها وبينَ مَسْكَنِهَا دُونَ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ، فعليها الرُّجُوعُ إليه ، وإن كان
فوق ذلك لَزِمَها المُضِيُّ إلى مَقْصِدِهَا ، والاعتدَادُ فيه إذا كان بينها وبينه دُونَ ثَلَاثَةِ
أَيَّامٍ ^(٧) ، وإن كان بينه وبينها ثَلَاثَةُ أَيَّامٍ ، وفي مَوْضِعِهَا الذي هي به مَوْضِعٌ يُمْكِنُهَا الإِقَامَةُ
فيه ، لَزِمَها الإِقَامَةُ ، وإن لم يُمْكِنُهَا الإِقَامَةُ ، مَضَتْ إلى مَقْصِدِهَا . وقال الشافعيُّ : إن
فَارَقَتِ البَنِيَانَ ، فلها الخيارُ بين الرُّجُوعِ والتَّمَامِ ؛ لأنَّها صارت في مَوْضِعٍ أُذِنَ لها رُجُوعُهَا
فيه ، وهو السَّفَرُ ، فَأَشْبَهَ ما لو كانت قد بَعُدَتْ . ولنا ، على وَجُوبِ الرُّجُوعِ إذا
كانت قَرِيبَةً ، ما رَوَى سَعِيدٌ ^(٨) ، ثنا جَرِيرٌ ، عن مَنْصُورٍ ، عن سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ /
قال : تُؤْفَى أَزْوَاجٌ ، نِسَاؤُهُنَّ حَاجَّاتٌ أَوْ مُعْتَمِرَاتٌ ، فَرَدُّهُنَّ عَمْرٌ مِنْ ذِي الْحُلِفَةِ ،
حَتَّى يَعْتَدِدْنَ ^(٩) فِي بَيُوتِهِنَّ ^(١٠) . ولأنَّه ^(١١) أُمَكَّنَهَا الاعتِدَادُ فِي مَنْزِلِهَا قَبْلَ أَنْ يَبْعُدَ سَفَرُهَا ،
فَلَزِمَها ، كما لو لم تُفَارِقِ البَنِيَانَ . وعلى أَنَّ البعيدةَ لَا يَلْزَمُها الرُّجُوعُ ، أَنَّ ^(١٢) عَلَيْهَا مَشَقَّةٌ ،
وَتَحْتَاجُ إِلَى سَفَرٍ فِي رُجُوعِهَا ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ بَلَغَتْ مَقْصِدَها . وإن اخْتَارَتِ البعيدةُ
الرُّجُوعَ ، فلها ذلك إذا كانت تَصِلُ إلى مَنْزِلِهَا قَبْلَ انْقِضَاءِ عِدَّتِها ، ومتى كان عليها في
الرُّجُوعِ خَوْفٌ أَوْ ضَرَرٌ ، فلها المُضِيُّ فِي سَفَرِها ، كما لو أَبْعَدَتْ ^(١٣) . ومتى رَجَعَتْ ،

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) في : باب المتوفى عنها زوجها أين تعد ، من كتاب الطلاق . السنن ٣١٧/١ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ، من كتاب الطلاق . الموطأ
٥٩١/٢ ، ٥٩٢ . والبيهقي ، في : باب سكنى المتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٥/٧ .
وعبد الرزاق ، في : باب أين تعد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٣/٧ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما
قالوا في المطلقة لها أن تحج في عدتها من كرهه ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٨٢/٥ ، ١٨٣ .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في ١ : « ولأنها » .

(١٠) في م زيادة : « كان » .

(١١) في ١ ، م : « بعدت » .

وقد بقي عليها شيء^(١٢) من عِدَّتِها ، لَزِمَها أن تأتي به في مَنْزِلِ زَوْجِها ، بلا خلاف نعلمه بينهم في ذلك ؛ لأنه أمكنها الاعتدال فيه ، فلَزِمَها ، كما لو لم تُسافر منه .

فصل : ولو كانت عليها حجة الإسلام ، فمات زوجها ، لَزِمَها العِدَّة في مَنْزِلِها وإن فاتها الحج ؛ لأنَّ العِدَّة في المنزل تُفوت ، ولا بدَّل لها ، والحجُّ يُمكنُ الإتيانُ به في غير هذا العام . وإن مات زوجها بعد إخراجها بحجِّ الفرض ، أو بحجِّ^(١٣) أُذِنَ لها زوجها فيه ، نُظِرَتْ ؛ فإن كان وقت الحجِّ مُتَسِعًا ، لا تخاف فوته ، ولا فوت الرُقَّة ، لَزِمَها الاعتدال في مَنْزِلِها ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحَقَّين ، فلم يَجْزُ إسقاطُ أحدهما ، وإن خَشِيتْ فوات الحجِّ ، لَزِمَها المُضِيُّ فيه . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَلْزِمُها المُقام وإن فاتها الحجُّ ؛ لأنها مُعْتَدَّة ، فلم يَجْزُ لها أن تُنْشِئَ سَفَرًا ، كما لو أحرمت بعد وجوب العِدَّة عليها . ولنا ، أنَّهما عبادتانِ اسْتَوَيَا في الوجوب ، وضيق الوقت ، فوجِبَ تَقْدِيمُ الأسبقِ منهما ، كما لو كانت العِدَّة أسبقَ ، ولأنَّ الحجَّ أَكَدُّ ؛ لأنه أحدُ أركانِ الإسلام ، والمَشَقَّةُ بَتَقْوِيته تُعْظَمُ ، فوجِبَ تَقْدِيمُهُ ، كما لو مات زوجها بعد أن بَعُدَ سَفَرُها إليه . وإن أحرمت بالحجِّ بعد موت زوجها ، وخَشِيتْ فواته ، اِحْتَمَلَ أن يجوزَ لها المُضِيُّ إليه ؛ لما في بقائها في الإحرام من المَشَقَّة ، واحْتَمَلَ أن يَلْزِمَها الاعتدال في مَنْزِلِها ؛ لأنَّ العِدَّة أسبقُ ، ولأنَّها فَرَطَتْ وَغَلَطَتْ على نَفْسِها ، فإذا قَضَتِ العِدَّة ، وأمَّكَنها السَّفَرُ إلى الحجِّ ، لَزِمَها ذلك ، فإن أدركته ، ولَا تَحَلَّلَتْ بعملِ عُمْرة ، وحكُمها في القضاء حُكْمُ مَنْ فاتته الحجُّ . وإن لم يُمكنها السَّفَرُ ، فحُكْمُها حُكْمُ الْمُحْصَرِ^(١٤) ، كالتي يَمْتَنِعُها زوجها من السَّفَرِ . وحكُمُ الإحرام بالْعُمْرة كذلك ، إذا خِيفَ فواتُ الرُقَّة أو لم يُخَف .

فصل : وإذا أُذِنَ لها زوجها / للسَّفَرِ لغير الثَّقلَةِ ، فَخَرَجَتْ ، ثم مات زوجها ، ١٦٦/٨

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في الأصل : « حج » .

(١٤) في ب ، م : « المحصر » تحريف .

فالحُكْمُ في ذلك كالحُكْمِ في سَفَرِ الحَجِّ ، على ما ذكرنا من التَّفْصِيلِ . وإذا مَضَتْ إلى مَقْصِدِهَا ، فلها الإِقامةُ حتى تَقْضِيَ ما خَرَجَتْ إليه ، وَتَنْقُضِيَ حَاجَتَهَا من تِجَارَةٍ أو غَيْرِهَا . وإن كان خُرُوجُهَا لِنِزْهَةٍ أو زِيَارَةٍ ، أو لم^(١٥) يَكُنْ قَدَّرَ لها مُدَّةً ، فَإِنَّهَا تُقِيمُ إِمَامَةً المُسَافِرِ ثَلَاثًا ، وإن كان^(١٦) قَدَّرَ لها مُدَّةً ، فلها إِمَامَتُهَا ؛ لِأَنَّ سَفَرَهَا بِحُكْمِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ لها إِمَامَةٌ مَا أُذِنَ لها فِيهِ ، فَإِذَا مَضَتْ مُدَّتُهَا ، أو قَضَتْ حَاجَتَهَا ، ولم يُمَكِّنْهَا الرُّجُوعُ ؛ لِخَوْفٍ أو غَيْرِهِ ، أَتَمَّتِ الْعِدَّةَ في مَكَانِهَا ، وإن أَمَكَّنَهَا الرُّجُوعُ ، لكن لا يُمَكِّنُهَا الوُصُولُ إلى مَنْزِلِهَا حتى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ، لِرِمَّتِهَا الإِقامةُ في مَكَانِهَا ؛ لِأَنَّ الِاعْتِدَادَ وَهِيَ مُقِيمَةٌ أَوَّلَى من الإِثْبَانِ بِهَا في السَفَرِ . وإن كانت تَصِلُ وقد بَقِيَ من عِدَّتِهَا شَيْءٌ ، لِرِمَّتِهَا الْعَوْدُ ؛ لِتَأْتِيَ بِالْعِدَّةِ في مَكَانِهَا .

فصل : وإن أُذِنَ الرُّوْجُ لها في الِانْتِقَالِ إلى دَارٍ أُخْرَى ، أو بِلَدٍ آخَرَ ، فماتَ قَبْلَ انْتِقَالِهَا ، لِرِمَّتِهَا الِاعْتِدَادُ في الدَّارِ الَّتِي هِيَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا بَيَّتَتْهَا ، وَسَوَاءٌ مَاتَ قَبْلَ نَقْلِ مَتَاعِهَا أو بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَسْكُنُهَا ، مَا^(١٧) لَمْ تَنْتَقِلْ عَنْهُ . وإن ماتَ بَعْدَ انْتِقَالِهَا إلى الثَّانِيَةِ ، اعْتَدَّتْ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مَسْكُنُهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ قَدْ نَقَلَتْ مَتَاعَهَا ، أو لَمْ تَنْقُلْهُ . وإن ماتَ وَهِيَ بَيْنَهُمَا ، فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَسْكَنَ لها مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الْأَوَّلَى قَدْ خَرَجَتْ عَنْهَا مُنْتَقِلَةً ، فَخَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا مَسْكِنًا لها ، وَالثَّانِيَةِ لَمْ تَسْكُنْ بِهَا ، فَهُمَا سَوَاءٌ . وَقِيلَ : يَلْزَمُهَا الِاعْتِدَادُ في الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا الْمَسْكَنُ الَّذِي أُذِنَ لها زَوْجُهَا في السُّكْنَى بِهِ . وَهَذَا يُمَكِّنُ في الدَّارَيْنِ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَا بِلَدَيْنِ ، لَمْ يَلْزَمْهَا الِانْتِقَالُ إلى الْبَلَدِ الثَّانِي بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا كَانَتْ تَنْتَقِلُ لِعَرَضِ زَوْجِهَا في صُحْبَتِهَا إِيَّاهُ ، وَإِقَامَتِهَا مَعَهُ ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاهَا ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَكَلَّفْنَاهَا السَّفَرَ الشَّاقَّ ، وَالتَّغُرُّبَ عَنْ وَطَنِهَا وَأَهْلِهَا ، وَالْمُقَامَ مع غَيْرِ مَحْرَمِهَا ، وَالْمُخَاطَرَةَ بِنَفْسِهَا ، مع فَوَاتِ الْعَرَضِ ، وَظَاهِرُ حَالِ الرُّوْجِ أَنَّهُ لَوْ عَلِمَ أَنَّهُ يَمُوتُ ، لَمَا

(١٥) في ١ : « ولم » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : الأصل .

نَقَلَهَا ، فصارت الحياةَ مَشْرُوطَةً فِي الثَّقَلَةِ . فَأَمَّا إِنْ انْتَقَلَتْ إِلَى الثَّانِيَةِ ، ثُمَّ عَادَتْ إِلَى الْأُولَى لِتَقِلَّ مَتَاعُهَا ، فَمَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ بِهَا ، فَعَلِيهَا الرُّجُوعُ إِلَى الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مَسْكَنَهَا بِانْتِقَالِهَا إِلَيْهَا ، وَإِنَّمَا عَادَتْ إِلَى الْأُولَى لِلْحَاجَةِ ، وَالْإِعْتِبَارُ بِمَسْكَنِهَا دُونَ مَوْضِعِهَا . وَإِنْ مَاتَ وَهِيَ فِي الثَّانِيَةِ ، فَقَالَتْ : / أَذِنَ لِي زَوْجِي فِي السُّكْنَى بِهَذَا الْمَكَانِ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ ، أَوْ قَالَتْ : إِنَّمَا أَذِنَ لِي زَوْجِي فِي الْمَجِيءِ إِلَيْهِ ، لَا فِي الْإِقَامَةِ بِهِ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ؛ لِأَنَّهَا أَعْرَفَ بِذَلِكَ مِنْهُمْ . وَكُلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يَلْزَمُهَا السَّفَرُ عَنْ بَلَدِهَا . فَهُوَ مَشْرُوطٌ بِوُجُودِ مَحَرِّمِهَا مُسَافِرًا مَعَهَا ، وَالْأَمْنِ عَلَى نَفْسِهَا ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ ، إِلَّا مَعَ ذِي مَبْحَرَمٍ مِنْ أَهْلِهَا » ^(١٨) . أَوْ كَمَا قَالَ .

١٣٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ نَائٍ عَنْهَا ، فَعَدَّتْهَا مِنْ يَوْمِ مَا تَوَلَّى ، إِذَا صَحَّ ذَلِكَ عِنْدَهَا ، وَإِنْ لَمْ تَجْتَنِبْ مَا تَجْتَنِبُهُ الْمُعْتَدَّةُ)

هذا ^(١٨) المشهور في المذهب ، وأنه متى مات زَوْجُهَا أَوْ طَلَّقَهَا ، فَعَدَّتْهَا مِنْ يَوْمِ مَوْتِهِ وَطَلَّاقِهِ . قَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا خِلَافَ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ ، أَنَّ الْعِدَّةَ تَجِبُ مِنْ حِينَ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ ، إِلَّا مَا رَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ إِبْرَاهِيمَ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ عَمَرَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَمُسْرُوقٍ ، وَعَطَاءٍ ، وَجَابِرِ بْنِ زَيْدٍ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ، وَعِكْرِمَةَ ، وَطَاوُسٍ ، وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَّارٍ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَأَبِي الْعَالِيَةِ ، وَالتَّخَعِيُّ ، وَنَافِعٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَعَنْ أَحْمَدَ : إِنْ قَامَتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ ، فَكَمَا ذَكَرْنَا ^(٢) . وَإِلَّا فَعَدَّتْهَا مِنْ

(١٨) تقدم تخريجه في ١٠٩/٣ .

(١) في الزيادة : « هـ » .

(٢) في ١ ، م : « ذكره » .

يوم يَأْتِيهَا الْخَبَرُ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ . وَيُرْوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَالْحَسَنِ ، وَقَتَادَةَ ، وَعَطَاءِ الْخُرَاسَانِيِّ ، وَخِلَاسِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ عِدَّتَهَا مِنْ يَوْمِ يَأْتِيهَا الْخَبَرُ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ اجْتِنَابُ أَشْيَاءَ ، وَمَا ^(٣) اجْتَنَبْتُهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَوَضَعَتْ حَمْلَهَا غَيْرَ عَالِمَةٍ بِفُرْقَةِ زَوْجِهَا ، لَأَنْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَكَذَلِكَ سَائِرُ أَنْوَاعِ الْعِدَّةِ ، وَلِأَنَّهُ زَمَانٌ عَقِيبُ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَوَجِبَ أَنْ تُعْتَدَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ فِي الْعِدَّةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الصَّغِيرَةَ وَالْمَجْنُونَةَ تَنْقُضِي عِدَّتَهُمَا مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، وَلَمْ يُعَدَّمْ هُنَا إِلَّا ^(٤) الْقَصْدُ ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا اجْتَنَبْتُ مَا تَجْتَنِبُهُ الْمُعْتَدَّةُ ، أَوْ لَمْ تَجْتَنِبْهُ ، فَإِنَّ الْإِحْدَادَ الْوَاجِبَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْعِدَّةِ ، فَلَوْ تَرَكَتْهُ قَصْدًا ، أَوْ عَنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، لَأَنْقَضَتْ عِدَّتُهَا ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٥) . وَقَالَ : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ / ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ ^(٦) . وَقَالَ : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٦) . وَفِي اشْتِرَاطِ الْإِحْدَادِ مُخَالَفَةُ هَذِهِ النُّصُوصِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ .

(٣) سقطت « ما » من الأصل .

(٤) في الأصل : « غير » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٦) سورة الطلاق ٤ .

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ ^(١) . ذكرهم ^(٢) الله سبحانه في جُمْلَةِ الْمُحَرَّمَاتِ . وأما السنة ، فما رَوَتْ عائشة ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِنَّ الرُّضَاعَةَ تُحَرِّمُ مَا تُحَرِّمُ الْوِلَادَةُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وفي لفظ : « يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . رواه النسائي ^(٤) . وعن ابن عباس ، قال : قال رسول الله ﷺ في بِنْتِ حَمْرَةَ : « لَا تَحِلُّ لِي ، يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ، وَهِيَ ابْنَةُ أَخِي مِنَ الرُّضَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . في أخبار كثيرة ، نَذَرُ أَكْثَرَهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى في تَضَاعِيفِ الباب . وأَجْمَعَ عُلَمَاءُ الْأُمَّةِ عَلَى التَّحْرِيمِ بِالرُّضَاعِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ تَحْرِيمَ الْأُمِّ وَالْأُخْتِ ثَبَتَ بِنَصِّ الْكِتَابِ ، وَتَحْرِيمَ الْبِنْتِ ثَبَتَ بِالتَّشْبِيهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا حُرِّمَتِ الْأُخْتُ فَالْبِنْتُ أَوْلَى ، وَسَائِرُ الْمُحَرَّمَاتِ ثَبَتَ تَحْرِيمُهُنَّ بِالسُّنَّةِ . وَثَبَتَ الْمَحْرَمِيَّةُ ، لِأَنَّهَا فَرَعٌ عَلَى التَّحْرِيمِ إِذَا كَانَ بِسَبَبٍ مُّبَاجٍ ، فَأَمَّا بَقِيَّةُ أَحْكَامِ النَّسَبِ ؛ مِنْ النِّفَقَةِ ، وَالْعَتَقِ ، وَرَدِّ الشَّهَادَةِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ أَقْوَى مِنْهُ ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ ، وَإِنَّمَا يُشَبَّهُ بِهِ فِيمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِيهِ .

١٣٦٧ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَالرُّضَاعُ الَّذِي لَا يُشَكُّ فِي تَحْرِيمِهِ ، أَنْ يَكُونَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ فَصَاعِدًا)

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) في ١ ، ب ، م : ذكرهما .

(٣) تقدم التخرُّج ، في : ٩ / ٥١٣ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

في هذه المسألة مسألتان :

إحداهما ، أن الذي يَتَعَلَّقُ به التَّحْرِيمُ خَمْسُ رَضَعَاتٍ فِصَاعِدًا . هذا الصَّحِيحُ في المذهب . وَرَوَى هذا عن عائشة ، وابن مسعود ، وابن الزُّبَيْرِ ، وعطاء ، وطاوس . وهو قول الشافعي . وعن أحمد رواية ثانية^(١) ، أن قَلِيلَ الرُّضَاعِ وكثيره يُحَرِّمُ . وَرَوَى^(٢) ذلك عن علي ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المسيَّب ، والحسن ، ومكحول ، والزُّهْرِيُّ ، وقتادة ، والحكم ، وحمَّاد ، ومالك ، والأوزاعي ، والثوري ، والليث ، وأصحاب الرأي . وَزَعَمَ / اللَّيْثُ أَنَّ الْمُسْلِمِينَ أَجْمَعُوا عَلَى أَنَّ قَلِيلَ الرُّضَاعِ وكثيره يُحَرِّمُ فِي الْمَهْدِ مَا يُفْطِرُ بِهِ الصَّائِمُ . وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُمَهِّتُكُمْ أَلَيْسَ أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوْتُكُمْ مِّنَ الرُّضْعَةِ ﴾^(٣) . وقوله عليه السلام : « يَحَرِّمُ مِنَ الرُّضَاعَةِ مَا يَحَرِّمُ مِنَ النَّسَبِ » . وعن عَقْبَةَ بْنِ الْحَارِثِ ، أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أَبِي إِهَابٍ ، فَجَاءَتْ أُمَّةً سَوْدَاءً ، فَقَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ أَنَّ قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا ! » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . (° ولأن ذلك^(٥) فِعْلٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمٌ مُؤَيَّدٌ ، فَلَمْ يُعْتَبَرْ فِيهِ الْعَدَدُ ، كَتَحْرِيمِ أُمَهَاتِ النِّسَاءِ ، وَلَا يَلْزَمُ اللَّعَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ . وَالرَّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ^(٦) ، لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِثَلَاثِ رَضَعَاتٍ . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ،

(١) في ١ : « أخرى » .

(٢) في ب : « ويروى » .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧٠/٣ ، ١٣/٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى ٩٤/٥ . والنسائي ، في : باب الشهادة في الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٠/٦ . والدارمي ، في : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨/٢ ، ١٥٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧/٤ ، ٨ ، ٣٨٤ .

وقد ذكر المؤلف أنه متفق عليه ، ولكن عقبة بن الحارث من أفراد البخاري ، ولم يخرج له مسلم . انظر : الجمع بين رجال الصحيحين ٣٨١/١ ، والإرواء ٧/٢٢٥ .

(٥-٥) في ١ ، ب : « ولأنه » .

(٦) في : الأصل ، م : « الثانية » .

وداود، وابن المنذر؛ لقول النبي ﷺ: «لَا تُحَرِّمُ الْمَصَّةَ وَلَا الْمَصَّتَانِ». وعن أم الفضل بنت الحارث، قالت: قال نبي الله ﷺ: «لَا تُحَرِّمُ إِلَّا مَلَاجَةً^(٧) وَلَا إِلَّا مَلَاجَتَانِ». رواهما مسلم^(٨). ولأن ما يُعْتَبَرُ فيه العَدَدُ والتَّكْرَارُ، يُعْتَبَرُ فيه الثلاث. ورُوي عن حَفْصَةَ: لَا يُحَرِّمُ دُونَ عَشْرِ رَضَعَاتٍ^(٩). ورُوي ذلك عن عائشة^(١٠)؛ لَأَنَّ غُرُوزَهُ رَوَى فِي حَدِيثٍ سَهْلَةً بِنْتُ سُهَيْلٍ: فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «فِيمَا بَلَّغْنَا: أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ، فَيُحَرِّمُ بَلَيْنَهَا». وَوَجْهُ^(١١) الْأَوَّلَى، مَا رُويَ عَنْ عَائِشَةَ، أَنَّهَا قَالَتْ: أَنْزَلَ فِي الْقُرْآنِ «عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمَنَّ»^(١٢). فَتُسَخَّرُ مِنْ ذَلِكَ خَمْسٌ، وَصَارَ إِلَى خَمْسِ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحَرِّمَنَّ، فَتُوفَى رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَالْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ. رواه مسلم^(١٣).

(٧) الإملاجة: المصة.

(٨) في: باب في المصة والمصتان، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٧٣/٢ - ١٠٧٥. كما أخرجهما النسائي، في: باب القدر الذي يحرم من الرضاعة، من كتاب النكاح. المجتبى ٨٣/٦. والدارمي، في: باب كم رضعة تحرم، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٥٧/٢.

وأخرج الأول أبو داود، في: باب هل يحرم ما دون خمس رضعات، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٦/١. والترمذي، في: باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب الرضاع. عارضة الأحوذى ٩٠/٥ - ٩٢. وابن ماجه، في: باب لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٢٤/١. والإمام أحمد، في: المسند ٤/٤، ٥، ٣١/٦، ٩٦، ٢١٦، ٢٤٧.

وأخرج الثاني الإمام أحمد، في: المسند ٣٣٩/٦، ٣٤٠.

(٩) أخرجه البيهقي، في: باب من قال: لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات، من كتاب الرضاع. السنن الكبرى ٤٥٧/٧. وعبد الرزاق، في: باب القليل من الرضاع، من كتاب الطلاق. المصنف ٤٧٠/٧.

(١٠) لم نجده بهذا اللفظ: «عشر رضعات». وانظر ما يأتي من تخریج حديث عائشة عند الإمام مالك.

(١١) في الأصل، ب، م، «وجه».

(١٢) سقط من: ب.

(١٣) في: باب التحريم بخمس رضعات، من كتاب الرضاع. صحيح مسلم ١٠٧٥/٢.

كما أخرجه أبو داود، في: باب هل تحرم ما دون خمس رضعات، من كتاب النكاح. سنن أبي داود ٤٧٦/١. والترمذي، في: باب ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب الرضاع. عارضة الأحوذى ٩٢/٥ - ٩٢. وابن ماجه، في: باب لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب النكاح. سنن ابن ماجه ٦٢٥/١. والدارمي، في: باب كم رضعة تحرم، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٥٧/٢. والإمام مالك، في: باب جامع ما جاء لا تحرم المصة ولا المصتان، من كتاب الرضاع. الموطأ ٦٠٨/٢.

وَرَوَى مَالِكٌ ^(١٤) ، ^(١٥) عَنِ الزُّهْرِيِّ ^(١٦) ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنْ سَهْلَةَ بِنْتِ سُهَيْلٍ : « أَزْجَعِي سَالِمًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَيَحْرُمُ بَلَيْنُهَا » . وَالْآيَةُ فَسَّرْتُهَا السُّنَّةُ ، وَبَيَّنَّتِ الرُّضَاعَةَ الْمُحْرَمَةَ ، وَصَرِّحُ مَا رَوَيْنَاهُ يَخْصُ مَفْهُومَ مَا رَوَوْهُ ، فَتَجَمَّعَ بَيْنَ الْأَخْبَارِ ، وَنَحْمِلُهَا عَلَى الصَّرِيحِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ .

فصل : وَإِذَا وَقَعَ الشَّكُّ فِي وُجُودِ الرُّضَاعِ ، أَوْ فِي عَدَدِ الرُّضَاعِ الْمُحْرَمِ ، هَلْ كَمَلًا أَوْ لَا ؟ لَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَلَا نَزُولُ عَنِ الْيَقِينِ بِالشَّكِّ ، كَمَا لَوْ شَكَّ فِي وُجُودِ الطَّلَاقِ أَوْ عَدَدِهِ ^(١٧) .

المسألة الثانية : أَنْ تَكُونَ الرُّضَعَاتُ مُتَفَرِّقَاتٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَالْمَرْجِعُ فِي مَعْرِفَةِ / الرُّضْعَةِ إِلَى الْعُرْفِ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِهَا مُطْلَقًا ، وَلَمْ يَحْدِّثْهَا بِزَمَنٍ وَلَا مِقْدَارٍ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ رَدُّهُمْ إِلَى الْعُرْفِ ، فَإِذَا ارْتَضَعَ الصَّبِيُّ ، وَقَطَعَ قِطْعًا بَيِّنًا بِاخْتِيَارِهِ ، كَانَ ذَلِكَ رَضْعَةً ، فَإِذَا عَادَ ، كَانَتْ رَضْعَةً أُخْرَى . فَأَمَّا إِنْ قَطَعَ لَضِيْقِ نَفْسٍ ، أَوْ لِلْإِتِّقَالِ مِنْ ثَدْيٍ إِلَى ثَدْيٍ ، أَوْ لَشَيْءٍ يُلْهِمُهُ ، أَوْ قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِعَةُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَعُدْ قَرِيبًا فَهِيَ رَضْعَةٌ ، وَإِنْ عَادَ فِي الْحَالِ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْأُولَى رَضْعَةٌ ، فَإِذَا عَادَ فَهِيَ رَضْعَةٌ أُخْرَى . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ فِي رَوَايَةِ حَنْبَلٍ ؛ فَإِنَّهُ قَالَ : أَمَّا تَرَى الصَّبِيَّ يَرْتَضِعُ مِنَ الثَّدْيِ ، فَإِذَا أَذْرَكَهُ النَّفْسُ أَمْسَكَ عَنِ الثَّدْيِ لِيَتَنَفَّسَ أَوْ يَسْتَرِيحَ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ فَهِيَ رَضْعَةٌ . وَذَلِكَ لِأَنَّ الْأُولَى رَضْعَةٌ لَوْ لَمْ يَعُدْ ، فَكَانَتْ رَضْعَةً وَإِنْ عَادَ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ بِاخْتِيَارِهِ . وَالْوَجْهُ الْآخَرُ ، أَنَّ جَمِيعَ ذَلِكَ رَضْعَةٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، إِلَّا فِيمَا إِذَا قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِعَةُ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ : لَا أَكَلْتُ الْيَوْمَ إِلَّا أَكْلَةً وَاحِدَةً . فَاسْتَدَامَ الْأَكْلَ زَمَنًا ، أَوْ قَطَعَ لِشُرْبِ مَاءٍ ^(١٧) أَوْ إِتِّقَالٍ

(١٤) تقدم تخريجه في : ٤٩٢/٩ .

(١٥) (١٥-١٥) في ١ ، م : « والزهرى » .

(١٦) في الأصل ، م : « وعدده » .

(١٧) في ب ، م : « الماء » .

من لَوْنٍ إِلَى لَوْنٍ ، أَوْ اِنْتِظَارٍ لِمَا يُحْمَلُ إِلَيْهِ مِنَ الطَّعَامِ ، لَمْ يُعَدَّ إِلَّا أَكْلَةً وَاحِدَةً ، فَكَذَا هُنَا . وَالْأَوَّلُ أَوَّلَى ^(١٨) ؛ لِأَنَّ الْيَسِيرَ مِنَ السَّعُوطِ وَالْوَجُورِ رَضْعَةٌ ، فَكَذَا هَذَا ^(١٩) .

١٣٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَالسَّعُوطُ كَالرَّضَاعِ ، وَكَذَلِكَ الْوَجُورُ)

معنى السَّعُوطُ : أَنْ يُصَبَّ اللَّبَنُ فِي أَنْفِهِ مِنْ إِنْاءٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَالْوَجُورُ : أَنْ يُصَبَّ فِي حَلْقِهِ صَبًّا مِنْ ^(١) غَيْرِ الثَّدْيِ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي التَّحْرِيمِ بَهُمَا ، فَأَصَحُّ الرَّوَايَتَيْنِ أَنَّ التَّحْرِيمَ يَثْبُتُ بِذَلِكَ ، كَمَا يَثْبُتُ بِالرَّضَاعِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْوَجُورِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَثْبُتُ بِهِمَا التَّحْرِيمُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَمَذْهَبُ دَاوُدَ ، وَقَوْلُ عَطَاءِ الْخُرَّاسَانِيِّ فِي السَّعُوطِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرَضَاعٍ ، وَإِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى وَرَسُولُهُ بِالرَّضَاعِ ، وَلِأَنَّهُ حَصَلَ مِنْ غَيْرِ ارْتِضَاعٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ مِنْ جُرْجٍ فِي بَدَنِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا رَضَاعَ إِلَّا مَا أُشْنَزَ الْعَظْمُ ، وَاتَّبَتِ اللَّحْمُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَلِأَنَّ هَذَا يَصِلُ بِهِ اللَّبَنُ إِلَى حَيْثُ يَصِلُ بِالْارْتِضَاعِ ، ^(٣) وَيَحْصُلُ بِهِ مِنْ إِنْبَاتِ اللَّحْمِ وَإِنْشَارِ الْعَظْمِ مَا يَحْصُلُ مِنَ الْارْتِضَاعِ ^(٤) ، فَيَجِبُ أَنْ يُسَاوِيَهُ فِي التَّحْرِيمِ ، / وَالْأَنْفُ سَبِيلٌ ^(٥) لِفِطْرِ الصَّائِمِ ^(٦) . فَكَانَ سَبِيلًا لِلتَّحْرِيمِ ، كَالرَّضَاعِ بِالْفَمِ .

فصل : وَإِنَّمَا يُحَرَّمُ مِنْ ذَلِكَ مِثْلُ الَّذِي يُحَرَّمُ بِالرَّضَاعِ ، وَهُوَ خَمْسٌ فِي الرَّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ ، فَإِنَّهُ فَرَعَ عَلَى الرَّضَاعِ ، فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ ، فَإِنْ ارْتَضَعَ وَكَمَلَ الْخَمْسَ بِسَعُوطٍ

(١٨) فِي م : « أَصَحَّ » .

(١٩) فِي ب : « هَاهُنَا » .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي : بَابُ فِي رِضَاعَةِ الْكَبِيرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٧٥/١ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٣٢/١ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظَرَ .

(٤-٤) فِي م : « الْفِطْرُ لِلصَّائِمِ » .

أَوْ وَجُورٍ ، أَوْ اسْتِعْطَ^(٥) أَوْ أَوْجَرَ^(٦) ، وَكَمَلَ الْخَمْسَ بِرِضَاعٍ ، ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، لِأَنَّهُ جَعَلَنَاهُ كَالرِّضَاعِ فِي أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِكْمَالِ الْعَدَدِ ، وَلَوْ حَلَبَتْ فِي إِنَاءٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، ثُمَّ سَقَتْهُ غَلَامًا فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، فَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ ، فَإِنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِنْ طَعَامِ خَمْسَ دَفْعَاتٍ^(٧) مُتَفَرِّقَاتٍ ، لَكَانَ قَدْ أَكَلَ خَمْسَ أَكْلَاتٍ . وَإِنْ حَلَبَتْ فِي إِنَاءٍ خَمْسَ^(٨) حَلَبَاتٍ فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، ثُمَّ سَقِيَهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، كَانَ^(٩) رَضْعَةً وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ جَعَلَ الطَّعَامُ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، ثُمَّ أَكَلَهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، كَانَ أَكْلَةً وَاحِدَةً . وَحُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ قَوْلُ فِي الصُّورَيْنِ عَكْسُ مَا قُلْنَا^(١٠) اِعْتِبَارًا^(١١) الْخُرُوجَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْاِعْتِبَارَ^(١٢) بِالْإِرْضَاعِ^(١٣) ، وَالْوَجُورُ فَرْعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْاِعْتِبَارَ بِشُرْبِ الصَّبِيِّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُحَرَّمُ ، وَلِهَذَا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ بِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاعٍ ، وَلَوْ ارْتَضَعَ بِحَيْثُ يَصِلُ إِلَى فِيهِ ، ثُمَّ مَجَّهُ ، لَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ، فَكَانَ الْاِعْتِبَارُ بِهِ ، وَمَا وَجَدَ مِنْهُ إِلَّا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَ رَضْعَةً وَاحِدَةً ، وَإِنْ سَقَتْهُ فِي أَوقَاتٍ ، فَقَدْ وَجَدَ فِي خَمْسَةِ أَوقَاتٍ ، فَكَانَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَأَمَّا إِنْ سَقَتْهُ اللَّبَنَ الْمَجْمُوعَ جُرْعَةً بَعْدَ جُرْعَةٍ مُتَتَابِعَةٍ ، فَظَاهِرُ قَوْلِ^(١٤) الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِإِعْتِبَارِهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، وَلِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِي الرُّضْعَةِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَهُمْ لَا يُعَدُّونَ هَذَا رَضَعَاتٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَكَلَ الْآكِلُ الطَّعَامَ لُقْمَةً بَعْدَ لُقْمَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يُعَدُّ أَكْلَاتٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُخَرَّجَ عَلَى مَا إِذَا قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِيعَةُ الرِّضَاعَ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا .

فصل : وَإِنْ عَمِلَ اللَّبَنُ جُبْنًا ثُمَّ أَطْعَمَهُ الصَّبِيُّ ، ثَبَتَ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَبِهَذَا قَالَ

-
- (٥) فِي م : « اسْتَطَع » .
 (٦) فِي الْأَصْلِ : « وَوَجَرَ » .
 (٧) فِي م : « أَكْلَاتٍ » .
 (٨) سَقَطَ مِنْ : م .
 (٩) فِي ب زِيَادَةً : « أَكَلَهُ » .
 (١٠) فِي أ : « قُلْنَا » .
 (١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : م .
 (١٢) فِي م : « بِالرِّضَاعِ » .
 (١٣) فِي الْأَصْلِ : « كَلَامٍ » .

الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يُحَرَّمُ به ؛ لزوال الاسم . وكذلك على الرواية التي تقول : لا يثبت التحريم بالوجور . لا يثبت ههنا بطريق الأولى . ولنا^(١٤) ، أنه واصل من الحلق ، يحصل به إثبات اللحم وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه .

فصل : فأما الحفنة ، فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد ؛ أنها لا تحرم . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبي موسى : تحرم . وهذا مذهب الشافعي ؛ / لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فتعلق به التحريم ، كالرضاع . ولنا ، أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذي ، فلم ينشأ الحرمة ، كما لو قطر في إخليله ، ولأنه ليس برضاع ، ولا في معناه ، فلم يجز إثبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إثبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أثبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق ، أشبه ما لو وصل من جرج .

١٣٦٩ - مسألة ؛ قال : (واللبن المشوب كالمحض)

المشوب : المختلط بغيره . والمحض : الخالص الذي لا يخالطه سواه . وسوى الخرقى بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره^(١) . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد ، أنه لا يحرم ؛ لأنه وجور . وحكى عن ابن حامد^(٢) أنه قال :^(٣) إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا . وهو قول أبي ثور ، والمزني ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به . ونحو هذا قول أصحاب الرأي ، وزادوا ، فقالوا : إن كانت النار قد مسّت اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع . ووجه الأول ، أن اللبن متى كان ظاهراً ، فقد حصل شربه ، ويحصل

(١٤) في ب : « قلنا » .

(١) في الأصل : « بغيره » .

(٢-٣) سقط من : الأصل ، ب .

منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم ، كما لو كان غالباً ، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به ، لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التعدد ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكى عن القاضي ، أن التحريم يثبت به . وهو قول الشافعي ؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه (٣) ، فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً . ولنا ، أن هذا ليس برضاع ، ولا في معناه ، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه .

فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقيه الصبي ، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ؛ لأنه لو شيب بماء أو عسل ، لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً ، فكذلك إذا شيب بلبن آخر .

١٣٧٠ - مسألة : قال : (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ؛ لأن اللبن لا يموت)

المنصوص عن أحمد ، في رواية إبراهيم الحري ، أنه ينشر الحُرمة . وهو اختيار أبي بكر . وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . ١٦٩/٨ ط وقال الخلأل : لا ينشر الحُرمة . وتوقف عنه / أحمد ، في رواية مهنا . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لبن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم . كلبن الرجل . ولنا ، أنه وجد الارتضاع ، على وجه يثبت اللحم وينشر العظم ، من امرأة ، فثبت التحريم ، كما لو كانت حية ، ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو النجاسة ، وهذا لا أثر له ، فإن اللبن لا يموت ، والنجاسة لا تمنع ، كما لو حلب في وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها في حياتها ، فشربه بعد موتها ، لنشر الحُرمة ، وبقاؤه في نديها لا يمنع ثبوت الحُرمة ؛ لأن نديها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة ، وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت النجاسة .

(٣) في ١ : جوفه .

فصل : ولو حَلَبَتِ المرأةُ لَبَنَها في إِنْاءٍ ، ثم مائَتْ ، قَشَرَبَه صَبِيٌّ ، تُشَرَّ الحُرْمَةُ . في قول كُلِّ مَنْ جَعَلَ الوَجُورَ مُحَرَّمًا . وبه قال أبو ثَوْرٍ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأيِ ، وغيرُهم ؛ وذلك لِأنَّهُ لَبَنُ امرأةٍ في حَيَاتِها ، فَأَشْبَهَ ما لو شَرَبَه وهى في الحَيَاةِ .

١٣٧١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَلَبَتْ ^(١) مِمَّنْ يَلْحَقُ نَسَبٌ وَلِدَها بِهِ ، فَثَابَ لها لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلاً خُمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، في حَوْلَيْنِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، وَبَنَاتُها مِنْ أَبِي هَذَا الحَمَلِ ، وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَبَنَاتُ أَبِي هَذَا الحَمَلِ مِنْها وَمِنْ غَيْرِها . وَإِنْ أَرْضَعَتْ صَبِيَّةً ، فَقَدْ صَارَتْ ابْنَةً لها ، وَلَزُوجِها ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ مِنَ الحَمَلِ الَّذِي هُوَ مِنْهُ)

وجملة ذلك أَنَّ المرأةَ إِذَا حَمَلَتْ مِنْ رَجُلٍ ، وَثَابَ لها لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلاً رَضَاعًا مُحَرَّمًا ، صارَ الطِّفْلُ المُرْتَضِعُ ابْنًا لِلْمُرْضِعةِ ، بغيرِ خِلافٍ ، وصارَ أيضًا ابْنًا لِمَنْ يُنْسَبُ الحَمَلُ إِلَيْهِ ، فصارَ في التَّحْرِيمِ وإِبَاحَةِ الخُلُوةِ وَلِدًا ^(٢) لهما ، وأولادُهُ مِنَ البَنِينَ وَالبَنَاتِ أولادَ أولادِهما ، وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَجَمِيعُ أولادِ المُرْضِعةِ مِنْ زَوْجِها وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَجَمِيعُ أولادِ الرَّجُلِ الَّذِي انْتَسَبَ الحَمَلُ إِلَيْهِ مِنَ المُرْضِعةِ وَمِنْ غَيْرِها ، إِخْوَةٌ المُرْتَضِعِ ، وَأَخَوَاتِهِ ، وأولادُ أولادِهما ^(٣) أولادَ إِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ ، وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَأُمُّ المُرْضِعةِ جَدَّتُهُ وَأَبُوها جَدُّهُ ، وإِخْوَتُها أَخَوَالُهُ ، وَأَخَوَاتُها خَالَاتُهُ ، وَأَبُو الرَّجُلِ جَدُّهُ ، وَأُمُّهُ جَدَّتُهُ ، وإِخْوَتُها أَغْمامُهُ ، وَأَخَوَاتُها عَمَّاتُهُ ، وَجَمِيعُ أَقَارِبِها يُنْسَبُونَ ^(٤) إِلَى المُرْتَضِعِ كما يُنْسَبُونَ ^(٤) إِلَى وَلَدِها مِنَ النِّسَبِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ الَّذِي ثَابَ لِلْمَرْأَةِ مَخْلُوقٌ مِنْ مَاءِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَتُشَرَّ التَّحْرِيمِ إِلَيْها ، وَتُشَرَّ الحُرْمَةِ إِلَى الرَّجُلِ وَإِلَى أَقَارِبِهِ ، وهو الَّذِي

(١) في ب : « أحلبت » . وفي م : « حملت » .

(٢) في ا ، م : « ابنا » .

(٣) في ا ، ب ، م : « أولادها » .

(٤) في ا ، ب ، م : « ينسبون » .

١٧٠/٨ و يُسَمَّى لَبَنَ الْفَحْلِ . وفي التَّحْرِيمِ به اختلافٌ ، / ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ مَا يَحْرُمُ نِكَاحُهُ ^(٥) ،
وَالْجَمْعُ بَيْنَهُ ، وَالْحُجَّةُ الْقَاطِعَةُ فِيهِ ، مَا رَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ أُلْفَحَ أَخَا أَبِي الْقُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ
عَلِيَّ بَعْدَ مَا أُتْرِلَ الْحِجَابُ ، فَقُلْتُ : وَاللَّهِ لَا أَدْنُ لَهُ حَتَّى اسْتَأْذِنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ،
^(٦) فَإِنَّ أَخَا أَبِي الْقُعَيْسِ لَيْسَ هُوَ أَرْضَعَنِي ، وَلَكِنْ أَرْضَعَنِي امْرَأَةُ أَبِي الْقُعَيْسِ . فَدَخَلَ
عَلِيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ الرَّجُلَ لَيْسَ هُوَ أَرْضَعَنِي ، وَلَكِنْ
أَرْضَعَنِي امْرَأَتُهُ . قَالَ : « ائْذَنِي لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمَلُكَ ، تَرَبَّتْ يَمِينُكَ » . قَالَ عُرْوَةُ :
فَبِذَلِكَ كَانَتْ عَائِشَةُ تَأْخُذُ بِقَوْلِ : « حَرِّمُوا مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ ^(٧) . وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا جَارِيَةً ،
وَالْأُخْرَى غُلَامًا ، هَلْ يَتَزَوَّجُ الْغُلَامُ الْجَارِيَةَ ^(٨) ؟ فَقَالَ : لَا ، اللَّقَاحُ وَاحِدٌ ^(٩) . قَالَ
مَالِكٌ : اخْتَلَفَ قَدِيمًا فِي الرِّضَاعَةِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَنَزَلَ بِرَجَالٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي
أَزْوَاجِهِمْ ؛ مِنْهُمْ مُحَمَّدُ بْنُ الْمُنْكَدِرِ ، وَابْنُ أَبِي حَبِيبَةَ ، فَاسْتَفْتَوْا فِي ذَلِكَ ، فَاخْتَلَفَ
عَلَيْهِمْ ، فَفَارَقُوا زَوْجَاتِهِمْ . فَأَمَّا الْوَلَدُ ^(١٠) الْمُرْتَضِعُ ^(١١) ، فَإِنَّ الْحُرْمَةَ تَنْتَشِرُ إِلَيْهِ وَإِلَى
أَوْلَادِهِ وَإِنْ نَزَلُوا ، وَلَا تَنْتَشِرُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ مِنْ إِخْوَانِهِ ^(١٢) وَأَخَوَاتِهِ ، وَلَا إِلَى أَعْلَى مِنْهُ ،
كَأَيِّهِ وَأُمُّهُ وَأَعْمَامُهُ وَعَمَّاتُهُ وَأَخْوَالُهُ وَخَالَاتُهُ وَأَجْدَادُهُ وَجَدَّاتُهُ ، فَلَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ

(٥) تقدم في : ٥٢٠/٩ .

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) تقدم تخريجه ، في : ٤٩٣/٩ .

(٨) في : أ ، ب ، م : « بالجارية » .

(٩) أخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذی ٨٩/٥ ، ٩٠ .
والإمام مالك ، في : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠٢/٢ ، ٦٠٣ . والبيهقي ، في : باب يحرم
من الرضاع ما يحرم من الولادة ، وأن لبن الفحل محرم . من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٤٥٣/٧ . وعبد الرزاق ،
في : باب لبن الفحل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٧٣/٧ ، ٤٧٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في
ابنة الأخ من الرضاعة . السنن ٢٤٠/١ .

(١٠) سقط من : أ ، م .

(١١) في ب : « المرضع » .

(١٢) في الأصل : « لإخوته » .

نِكَاحُ أُمِّ الطِّفْلِ الْمُرْتَضِعِ ، وَلَا أُخِيهِ ، وَلَا عَمَّتَهُ ، وَلَا خَالَه ، وَلَا يَحْرُمُ عَلَى زَوْجِهَا
نِكَاحُ أُمِّ الطِّفْلِ الْمُرْتَضِعِ ، وَلَا أُخْتَهُ ، وَلَا عَمَّتَهُ ، وَلَا خَالَتَهُ ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَوْلَادُ
الْمُرْتَضِعَةِ ، وَأَوْلَادُ زَوْجِهَا ، إِخْوَةُ الطِّفْلِ الْمُرْتَضِعِ وَأَخَوَاتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ أَنْ
يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ أُخْتَهُ أَخِيهِ^(١٣) مِنَ الرِّضَاعِ ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ وَلَا نَسَبٌ ، وَإِنَّمَا
الرِّضَاعُ بَيْنَ الْجَارِيَةِ وَأَخِيهِ^(١٤) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ مِنْ شَرْطِ تَحْرِيمِ الرِّضَاعِ أَنْ يَكُونَ فِي
الْحَوَائِثِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ^(١٥) ، وَابْنِ
عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَأَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ سِوَى عَائِشَةَ . وَإِلَيْهِ
ذَهَبَ الشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يُونُسَ ،
وَمُحَمَّدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَرِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ، وَرَوَى عَنْهُ ، إِنْ زَادَ شَهْرًا جَازَ ، وَرَوَى شَهْرَانِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُحْرَمُ الرِّضَاعُ فِي ثَلَاثِينَ شَهْرًا ؛ لِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفِصْلُهُ
ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(١٦) . وَلَمْ يُرْزَ بِالْحَمْلِ حَمْلَ الْأَحْشَاءِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ سِتِّينَ فَعَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ
الْحَمْلَ فِي الْفِصَالِ . وَقَالَ زُفَرٌ : مُدَّةُ الرِّضَاعِ ثَلَاثُ سِنِينَ . وَكَانَتْ عَائِشَةُ تَرَى رِضَاعَةَ
الْكَبِيرِ / تُحْرَمُ . وَيُرْوَى هَذَا عَنْ عَطَاءٍ ، وَاللَّيْثِ ، وَدَاوُدَ ؛ لَمَّا رَوَى أَنَّ سَهْلَةَ بِنْتَ سُهَيْلٍ
قَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا كُنَّا تَرَى سَالِمًا وَلَدًا ، فَكَانَ يَأْوِي مَعِيَ وَمَعَ أُمِّي حَذِيفَةَ فِي بَيْتِ
وَاحِدٍ ، وَبِرَأْيِي فَضْلًا^(١٧) ، وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِمْ مَا قَدْ عَلِمْتُ ، فَكَيْفَ تَرَى فِيهِ ؟ فَقَالَ
النَّبِيُّ ﷺ : « أَرْضِيعِي » . فَأَرْضَعَتْهُ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهَا . فَبِذَلِكَ
كَانَتْ عَائِشَةُ تَأْخُذُ ، تَأْمُرُ بَنَاتِ أَخَوَاتِهَا ، وَبَنَاتِ إِخْوَتِهَا يُرْضِعْنَ مَنْ أَحَبَّتْ عَائِشَةُ أَنْ
يَرَاهَا ، وَيَدْخُلَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، وَابْتِذَلَ ذَلِكَ أُمَّ سَلَمَةَ ، وَسَائِرَ
أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَّ بِتِلْكَ الرِّضَاعَةِ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ ، حَتَّى يَرْضَعَ فِي

ظ ١٧٠/٨

(١٣) فِي أ ، ب ، م : « أُخْتَهُ » .

(١٤) فِي أ ، ب ، م : « وَأُخْتَهُ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٦) سُورَةُ الْأَحْقَافِ ١٥ .

(١٧) أَيْ مِتْبَذِلَةٌ ، فِي ثِيَابِ الْمَهْنَةِ .

المَهْد ، وَقُلْنَ لِعَائِشَةَ : وَاللَّهِ ^(١٨) مَا نَذَرِي ، لَعَلَّهَا رُحْصَةٌ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ لِسَالِمِ دُونَ النَّاسِ . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا ^(١٩) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَلَدُ نَجَسٌ يُبْرِضُهُنَّ أَوْلَدُهُنَّ حَوْلِينَ كَامِلِينَ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ ^(٢٠) . فَجَعَلَ تِمَامُ الرُّضَاعَةِ حَوْلِينَ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا حُكْمَ لَهَا بَعْدَهَا . وَعَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وَعِنْدَهَا رَجُلٌ ، فَتَغَيَّرَ وَجْهُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ أَخِي مِنَ الرُّضَاعَةِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « انْظُرْنَ مَنْ إِخْوَانُكُمْ ، فَإِنَّمَا الرُّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢١) . وَعَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُحْرَمُ مِنَ الرُّضَاعِ ، إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءُ ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ ^(٢٢) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَعِنْدَ هَذَا يَتَعَيَّنُ حَمْلُ خَبَرِ أَبِي حُدَيْفَةَ عَلَى أَنَّهُ خَاصٌّ لَهُ دُونَ النَّاسِ ، كَمَا قَالَ سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، تَحْكُمُ يَخْلِفُ ظَاهِرَ الْكِتَابِ وَقَوْلُ الصَّحَابَةِ ، فَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ عَلِيٍّ وَابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَمْلِ حَمْلُ الْبَطْنِ . وَبِهِ اسْتَدَلَّ عَلِيُّ بْنُ أَقْلٍ مُدَّةَ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي غَامِنٍ ﴾ ^(٢٣) . فَلَوْ حُمِلَ عَلَى مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، لَكَانَ مُخَالَفًا لِهَذِهِ

(١٨) لم يرد في : ب .

(١٩) تقدم تخريجه في : ٤٩٢/٩ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢١) أخرجه البخاري ، في : باب الشهادة على الأنساب ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب من قال : لا رضاع بعد حولين ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٢٣/٣ ، ١٢/٧ . ومسلم ، في : باب إنما الرضاعة من المجاعة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٧٨/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب القدر الذي يحرم من الرضاعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٤/٦ . والدارمي ، في : باب في رضاعة الكبير ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨/٢ .

(٢٢) في : باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحوذى ٩٧/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا رضاع بعد فصال ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٦/١ .

(٢٣) سورة لقمان ١٤ .

الآية . إذ اثبت هذا ، فلا غبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ، ثم ارتضع
 فيهما ، لحصل التحريم ، ولو لم يطم حتى تجاوز الحولين ، ثم ارتضع بعدها قبل
 الفطام . لم يثبت التحريم . وقال ابن القاسم ، صاحب مالك : لو ارتضع / بعد الفطام
 في الحولين ، لم تحرم^(٢٤) ؛ لقوله عليه السلام : « وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . ولنا ، قول الله
 تعالى : ﴿ وَأُولَئِكَ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ . ورؤى عنه عليه السلام :
 « لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ »^(٢٥) . والفطام معتبر بمُدته لا بنفسه ، قال أبو
 الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة ، لم يحرم . وقال القاضي : لو شرع في
 الخامسة ، فحال الحول قبل كمالها ، لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا ؛ لأن ما وجد
 من الرضعة في الحولين كاف في التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا ينبغي أن
 يسقط حكم بإيصال^(٢٦) ما لا أثر له به . واشترط^(٢٧) الخرقى في نشر الحرمة بين
 المرتضع وبين الرجل الذي تاب اللبن بوطئه ، أن يكون لبن حمل ينتسب^(٢٨) إلى
 الواطئ ، إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين ، أو بشبهة^(٢٩) ، فأما لبن الزاني أو
 النافي للولد باللعان ، فلا ينشر الحرمة بينهما ، في مفهوم كلام الخرقى . وهو قول أبي
 عبد الله ابن حامد ، ومذهب الشافعى . وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة
 بينهما ؛ لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى في ذلك مباحه ومخطوره^(٣٠) ، كالوطء ،
 يحققه أن الواطئ حصل منه لبن وولد ، ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطئ ،
 كذلك اللبن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة ، فنشرها إلى الواطئ ، كصورة

(٢٤) في م نهادة : (عليه) .

(٢٥) أخرجه الدارقطنى ، في : كتاب الرضاع . سنن الدارقطنى ١٧٤/٤ . وابن عدى ، في : الكامل ٢٥٦٢/٧ .

(٢٦) في ب : (باتصال) .

(٢٧) في أ : (واشترط) .

(٢٨) في الأصل : (ينسب) .

(٢٩) في أ ، م : (شبهة) .

(٣٠) في أ ، م : (وعظور) .

الإجماع . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ التَّحْرِيمَ بَيْنَهُمَا فَرَعَ لِحُرْمَةِ الْأُبُوَّةِ ، فَلَمَّا لَمْ (٣١) تُثَبِّتْ حُرْمَةُ الْأُبُوَّةِ ، لَمْ يَثْبُتْ مَا هُوَ فَرَعٌ لَهَا . وَيفَارِقُ تَحْرِيمَ ابْنَتِهِ مِنَ الزَّانِي ؛ لِأَنَّهَا مِنْ نُطْقَتِهِ حَقِيقَةً ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَيفَارِقُ تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ؛ فَإِنَّ التَّحْرِيمَ ثُمَّ لَا يَقِفُ عَلَى ثُبُوتِ النَّسَبِ ، وَهَذَا تَحْرِمُ أُمُّ زَوْجَتِهِ وَابْنَتُهَا مِنْ غَيْرِ نَسَبٍ ، وَتَحْرِيمُ الرِّضَاعِ مَبْنِيٌّ عَلَى النَّسَبِ ، وَهَذَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » (٣٢) . فَأَمَّا الْمُرْتَضِعَةُ ، فَإِنَّ الطِّفْلَ الْمُرْتَضِعَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهَا ، وَمَنْسُوبٌ إِلَيْهَا عِنْدَ الْجَمِيعِ . وَكَذَلِكَ يَحْرُمُ جَمِيعُ أَوْلَادِهَا ، وَأَقَارِبُهَا الَّذِينَ يَحْرُمُونَ عَلَى أَوْلَادِهَا ، عَلَى هَذَا الْمُرْتَضِعِ ، كَمَا فِي الرِّضَاعِ بِاللَّبَنِ (٣٣) الْمُبَاجِ . وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَضِعُ جَارِيَةً ، حُرِّمَتْ عَلَى الْمُلَاعِنِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا رَبِيبَتُهُ ، فَإِنَّهَا بِنْتُ أُمِّهَا مِنَ الرِّضَاعِ ، وَتَحْرِمُ عَلَى الزَّانِي ، عِنْدَ مَنْ يَرَى تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَلِكَ يَحْرُمُ بَنَاتُهَا وَبَنَاتُ الْمُرْتَضِعِ مِنَ الْعِلْمَانِ لَذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا وَطِئَ / رَجُلَانِ امْرَأَةً ، فَأَثَثَ بَوْلَيْدٍ ، فَأَرْضَعَتْ بِلَبَنِهِ طِفْلًا ، صَارَ ابْنًا لِمَنْ ثَبَّتَ نَسَبُ (٣٤) الْمَوْلُودِ مِنْهُ ، سَوَاءٌ ثَبَّتَ نَسَبُهُ مِنْهُ بِالْقَافَةِ أَوْ بِغَيْرِهَا . وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، صَارَ الْمُرْتَضِعُ ابْنًا لِهَمَا ، فَالْمُرْتَضِعُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ تَبَعَ لِلْمُنَاسِبِ ، فَمَتَى لَحِقَ الْمُنَاسِبُ بِشَخْصٍ ، فَالْمُرْتَضِعُ مِثْلُهُ ، وَإِنْ انْتَفَى الْمُنَاسِبُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، فَالْمُرْتَضِعُ مِثْلُهُ ، لِأَنَّهُ بَلَّيْنَهُ ارْتَضَعَ ، وَحُرْمَتُهُ فَرَعَ عَلَى حُرْمَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ؛ لِتَعَدُّرِ الْقَافَةِ ، (٣٥) أَوْ لِاشْتِبَاهِهِ (٣٥) عَلَيْهِمْ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، حَرَّمَ عَلَيْهِمَا ، تَغْلِيصًا لِلْحَظَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ابْنُ (٣٦) أَحَدِهِمَا ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَقَارِبُهُ دُونَ أَقَارِبِ الْآخَرِ ، وَقَدْ اخْتَلَطَتْ أُخْتُهُ بِغَيْرِهَا ، فَحَرَّمَ الْجَمِيعُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ أُخْتَهُ بِغَيْرِهَا ، ثُمَّ

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) تقدم تخريجُه في : ٥١٣/٩ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

(٣٣) في ١ : د في اللبن .

(٣٤) في الأصل : د لين .

(٣٥) - (٣٥) في الأصل : د واشتباهه .

(٣٦) سقط من : ب ، م .

اِخْتَلَطَتْ^(٣٧) بِأَجْنَبِيَّاتٍ . وَإِنْ اِتَّفَقَىٰ عَنْهُمَا جَمِيعًا ، بَأَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْئِهِمَا^(٣٨) ، أَوْ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، أَوْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءٍ أَحَدِهِمَا ، أَوْ لَأَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْءِ الْآخَرِ ، اِتَّفَقَى الْمُرْتَضِعُ عَنْهُمَا أَيْضًا ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُرْتَضِعُ جَارِيَةً ، حَرَّمَ عَلَيْهِمَا تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَيَحْرُمُ أَوْلَادُهَا عَلَيْهِمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا ابْنَةُ مَوْطُوءٍ بِهِمَا^(٣٩) ، فَهِيَ رَبِيبَةٌ لَهُمَا .

فصل : وَلَا تَنْتَشِرُ الْحُرْمَةُ بِغَيْرِ لَبَنِ الْآدَمِيَّةِ بِحَالٍ ، فَلَوْ ارْتَضَعَ اِثْنَانِ مِنْ لَبَنِ بَيْمَةٍ ، لَمْ يَصِيرَا أَخَوَيْنِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْقَاسِمِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَوْ ارْتَضَعَا مِنْ رَجُلٍ ، لَمْ يَصِيرَا أَخَوَيْنِ ، وَلَمْ تَنْتَشِرِ الْحُرْمَةُ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُمَا ، فِي قَوْلِ عَامَّتِهِمْ . وَقَالَ الْكِرَائِسِيُّ^(٤٠) : يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّهُ لَبَنُ آدَمِيٍّ ، أَشْبَهَ لَبَنَ الْآدَمِيَّةِ^(٤١) . وَحَكِيَ عَنْ بَعْضِ السَّلَفِ ، أَنَّهُمَا إِذَا ارْتَضَعَا مِنْ لَبَنِ بَيْمَةٍ ، صَارَا أَخَوَيْنِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا^(٤٢) يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْأُمُومَةِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِهِ تَحْرِيمُ الْأُخُوَّةِ ، لِأَنَّ الْأُخُوَّةَ فَرَعٌ عَلَى الْأُمُومَةِ ، وَكَذَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْأُبُوَّةِ لِدَلَالَتِهِ ، وَلِأَنَّ هَذَا اللَّبَنَ لَمْ يُخْلَقْ لِغِذَاءِ الْمَوْلُودِ ، فَلَمْ^(٤٣) يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ ، كَسَائِرِ الطَّعَامِ . فَإِنْ ثَابَ لُحْنَتِي مُشْكِلَ لَبَنٍ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ امْرَأَةً ، فَلَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ مَعَ الشَّكِّ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَنْكَشِفَ أَمْرُ الْحُثْنَتِي .

(٣٧) في م : « اختلفت » .

(٣٨) في ا ، ب : « وطئها » .

(٣٩) في م : « بينها » .

(٤٠) الكرايسى : نسبة إلى بيع الثياب . وهو أبو علي الحسين بن علي الكرايسى البغدادى الشافعى ، كان يحسن الفقه والحديث ، وهو ممن جمع وصنف ، وتوفي سنة خمس وأربعين ومائتين . وقيل : سنة ثمان وأربعين . طبقات الشافعية الكبرى ١١٧/٢ - ١٢٦ .

(٤١) في ب : « الآدميات » .

(٤٢) سقط من م .

(٤٣) في ب : « فلا » .

فعلى قوله يثبت التحريم ، إلا أن يتبين كونه رجلاً ؛ لأنه لا يأمن كونه محرماً .

فصل : وإن تاب لامرأة لبن من غير وطء ، فأرضعت به طفلاً ، نشر الحرمة ، في أظهر الروايتين . وهو قول ابن حامد ، ومذهب مالك ، والثوري ، والشافعي ، / وأبي ثور ، وأصحاب الرأي ، وكل من يحفظ عنه ابن المنذر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُمّهْتِكُمُ الَّتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(٤٤) . ولأنه لبن امرأة فتعلق به التحريم ، كما لو تاب بوطء ، ولأن البان النساء خلقت ^(٤٥) لغذاء الأطفال ، وإن كان هذا نادراً ، فيجنسه معتاداً . والرواية الثانية ، لا ينشر الحرمة ؛ لأنه نادر ، لم تجر العادة به لتغذية الأطفال ، فأشبهه لبن الرجال . والأول أصح .

فصل : إذا كان لرجل خمس أمهات أولاد ، له منهن لبن ، فأرضع طفلاً من كل واحدة منهن رضعة ، لم يصيرن أمهات له ، وصار المولى أباه . 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 ؛ فإن الأبوة إنما تثبت لكونه رضع من لبنه ، لا لكونه المرضعة أمًا له . ولأصحاب الشافعي وجهان ، كهذين . وإذا ^(٤٦) قلنا بثبوت الأبوة ، حرمت عليه المرضعات ؛ لأنه ربيهن ، وهن موطوءات أبيه . وإن كان لرجل خمس بنات ، فأرضعن طفلاً ، كل واحدة رضعة ، لم يصيرن أمهات له . وهل يصير الرجل جدًا له ، وأولاده أخوالاً له وخالات ^(٤٧) ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، يصير جدًا ، وأخوهن خالًا ؛ لأنه قد ^(٤٨) كمل للمرضع خمس رضعات من لبن بناته أو أخواته ، فأشبه ما لو كان من واحدة .

(٤٤) سورة النساء ٢٣ .

(٤٥) في الأصل : « تخلق » .

(٤٦) في ب : « وإن » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

(٤٨) سقط من : ب ، م .

والآخر ، لا يثبت ذلك ؛ لأن كونه جدًّا فرع كونه ابنته أمّا ، وكونه خالًا فرع كونه
أخته أمّا ، ولم يثبت ذلك ، فلا يثبت الفرع . وهذا الوجه يترجّح في هذه المسألة ؛ لأنّ
الفرعية متحققة ، بخلاف التي قبلها . فإن قلنا : يصير أخوهن خالًا . لم تثبت الخولة
في حق واحدة منهن ؛ لأنّه لم يرضع^(٤٩) من لبن أخواتها خمس رضعات ، ولكن يحتمل
التحريم ؛ لأنّه قد اجتمع من اللبن المحرّم خمس رضعات . ولو كمل للطفل^(٥٠)
خمس رضعات من أمّه وأخته وابنته وزوجته وزوجة أبيه ، من كل^(٥١) واحدة رضة ،
خرج على الوجهين .

فصل : إذا كان لإمرأة لبن من زوج ، فأرضعت به^(٥٢) طفلًا ثلاث رضعات ،
واقطع لبنها ، فتزوجت آخر ، فصار لها منه لبن ، فأرضعت منه الصبي رضعتين ،
صارت أمًا له ، بغير خلاف علمناه عند القائلين بأنّ الخمس محرّمات ، ولم يصير واحد
من الزوجين أبًا له ؛ لأنّه لم يكمل عدّد الرضاع من لبنه ، ويحرّم على / الرجلين ؛
بكونه^(٥٣) ربيها ، لا لكونه ولدهما^(٥٤) .

١٣٧٢ - مسألة : قال : (ولو طلق زوجته ثلاثا ، وهي ترضع من لبن ولده ،
فتزوجت بصبي مريض ، فأرضعته ، فحرمت عليه ، ثم تزوجت بآخر ، ودخل
بها ووطئها ، ثم طلقها ، أو مات عنها ، لم يجز أن يتزوجها الأول ؛ لأنها صارت
من حلال الأبناء لما أرضعت الصبي الذي تزوجت به)

هذه المسألة من فروع المسألة التي قبلها ، وهو أنّ المرضع يصير ابنًا للرجل الذي
تاب اللبن بوطئه . فهذه المرأة لما تزوجت صبيًا ، ثم أرضعته بلبن مطلقها ، صار ابنًا

(٤٩) في م : يرضع .

(٥٠) في ب : الطفل .

(٥١) سقط من : م .

(٥٢) في ا ، م : لكونه .

(٥٣) في ب : ولداهما .

لُطْلِقَها فَحُرِّمَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّها أُمُّهُ ، وَبَاقَتْ مِنْهُ ، وَكَانَتْ زَوْجَةً لَهُ ، فَصَارَتْ زَوْجَةً لِابْنِ مُطْلَقِها ، فَحُرِّمَتْ عَلَى الْأَوَّلِ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لَكَوْنِها صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ أُنْبَائِهِ . وَلَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةً صَبِيًّا ، فَوَجَدَتْ بِهِ عَيْبًا ، فَفَسَخَتْ نِكَاحَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ كَبِيرًا ، فَصَارَ لها مِنْهُ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ الصَّبِيَّ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، حُرِّمَتْ عَلَى زَوْجِها ؛ لِأَنَّها صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ أُنْبَائِهِ . وَلَوْ زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّ وَلَدِهِ أَوْ أُمَّتَهُ بِصَبِيٍّ مَمْلُوكٍ ، فَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ سَيِّدِها خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، وَحُرِّمَتْ عَلَى سَيِّدِها عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّها صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ أُنْبَائِهِ . فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ حُرًّا ، لَمْ يُتَصَوَّرْ هَذَا الْفَرْعُ ، وَلَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهُ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ جَوَازِ نِكَاحِ الْحُرِّ الْأُمَّةَ ، خَوْفَ الْعَنْتِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الطِّفْلِ ، فَإِنْ تَزَوَّجَ بِها كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ ، لَمْ تُحْرَمْ عَلَى سَيِّدِها ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزَوْجٍ فِي الْحَقِيقَةِ .

فصل : وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ، وَلَها مِنْهُ لَبَنٌ ، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ خَمْسَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُها ، أَنْ يَبْقَى لَبَنُ الْأَوَّلِ بِحَالِهِ ، لَمْ يَزِدْ وَلَمْ يَنْقُصْ ، وَلَمْ تَلِدْ مِنَ الثَّانِي ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، سِوَاءَ حَمَلَتْ مِنَ الثَّانِي أَوْ لَمْ تَحْمِلْ . لَا^(١) نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ كَانَ لِلأَوَّلِ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ مَا يَجْعَلُهُ مِنَ الثَّانِي ، فَبَقِيَ لِلأَوَّلِ . الثَّانِي ، أَنْ لَا تَحْمِلَ مِنَ الثَّانِي ، ^(٢) فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، سِوَاءَ زَادَ أَوْ لَمْ يَزِدْ ، أَوْ انْقَطَعَ ثُمَّ عَادَ أَوْ لَمْ يَنْقَطِعْ . الثَّالِثُ ، أَنْ تَلِدَ مِنَ الثَّانِي ، فَالْلبَنُ لَهُ خَاصَّةٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ^(٣) مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ، سِوَاءَ زَادَ أَوْ لَمْ يَزِدْ ، انْقَطَعَ أَوْ اتَّصَلَ ؛ لِأَنَّ لَبَنَ الْأَوَّلِ يَنْقَطِعُ بِالْوِلَادَةِ مِنَ الثَّانِي ، فَإِنَّ حَاجَةَ الْمَوْلُودِ إِلَى اللَّبَنِ تَمْنَعُ كَوْنَهُ لغيرِهِ . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ لَبَنُ الْأَوَّلِ بَاقِيًا ، وَزَادَ بِالْحَمْلِ مِنَ الثَّانِي ، فَالْلبَنُ مِنْهُمَا / جَمِيعًا ، فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا ١٧٣/٨

(١) سَقَطَ الْوَاوُ مِنْ : م .

(٢) فِي ب : « وَلَا » .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، م .

وقال أبو حنيفة : هو للأوّل ، ما لم تِلِدْ من الثاني . وقال الشافعي : إن لم يَنْتَهِ الحَمْلُ إلى حالٍ يَنْزِلُ منه اللبنُ ، فهو للأوّل ، فإن بَلَغَ إلى حالٍ يَنْزِلُ به ^(٥) اللبنُ ، فَرَادَ به ، ففيه قولان ؛ أحدهما ، هو ^(٦) للأوّل . والثاني ، هو لهما . ولنا ، أن زيادته عند حدوث الحمل ظاهرٌ في أنها منه ، وبقاء ^(٧) لبن الأوّل ^(٨) يَفْتَضِي كَوْنَ أصله منه ، فيجب ^(٩) أن يُضَافَ إليهما ، كما لو كان الولدُ منهما . الحال الخامس ، انقَطَعَ من الأوّل ، ثم ثابَ بالحمل من الثاني . فقال أبو بكر : هو منهما . وهو أحد أقوال الشافعي ، إذا انتهَى الحمل إلى حالٍ يَنْزِلُ به اللبنُ ؛ وذلك لأنّ اللبنَ كان للأوّل ، فلما عاد بحدوث الحمل ، فالظاهرُ أن لبن الأوّل ثابَ بسبب الحمل الثاني ، فكان مُضَافاً إليهما ، كما لو لم يَنْقَطِع . واختار أبو الخطّاب أنّه من الثاني . وهو القول الثاني للشافعي ؛ لأنّ لبن الأوّل انقَطَعَ ، فزال حكمه بانقطاعه ، وحدثَ بالحمل من الثاني ، فكان له ، كما لو لم يكن لها لبن من الأوّل . وقال أبو حنيفة : هو للأوّل ، ما لم تِلِدْ من الثاني . وهو القول الثالث للشافعي ؛ لأنّ الحمل لا يَفْتَضِي اللبنَ ، وإنما يَخْلُقُه الله تعالى للولد عند وجوده لحاجته إليه ، والكلامُ عليه قد سَبَقَ .

١٣٧٣ - مسألة ؛ قال : (ولَوْ تَزَوَّجَ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ ، فَلَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ حَتَّى أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ فِي الْحَوْلَيْنِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةُ ، وَثَبَّتَ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حُرِّمَتْما عَلَيْهِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ عَلَى الْكَبِيرَةِ)

نَصُّ أَحْمَدَ عَلَى هَذَا كُلِّهِ . فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ فُصِّلَ أَرْبَعَةٌ :

(٥) في ١ ، ب : منه .

(٦) سقط من : م .

(٧-٧) في ١ : اللبن للأوّل .

(٨) في ١ : فوجب .

(٩) سقط من : ب ، م .

الأول : أنه متى ^(٢) تزوّج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دُخوله بها ، فسَدَ نكاح الكبيرة في الحال ، وحرُمَت على التأييد . وهذا قال الشورى ، والشافعى ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأى . وقال الأوزاعى : نكاح الكبيرة ثابت ، وتَنَزَّعُ منه الصغيرة . وليس بصحيح ؛ فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ وَأُمّهَتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ^(٣) . ولم يشترط دُخوله بها ، فأما الصغيرة ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، نكاحها ثابت ؛ لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأُمها ، ^{١٧٣/٨ ط} فلا تحرم ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ فَإِنْ / لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٤) . والرواية الثانية ، يفسخ نكاحها . وهو قول الشافعى ، وأبى حنيفة ؛ لأنهما صارتا ^(٥) أُمًّا وَبِنْتًا ، واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما مُحَرَّمٌ ، فانفسخ نكاحهما ، كما لو صارتا أختين ، وكألو عقدة عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً . ولنا ، أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة ، وهى أولى به ؛ لأن نكاحها مُحَرَّمٌ على التأييد ، فلم يَظُلْ نكاحهما به ، كما لو ابتدأ العقد على أخته وأجنبيّة ، ولأن الجمع طراً على نكاح الأم والبنت ، فاخصّ الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم ونحته امرأة وبنتها . وفارق الأختين ؛ لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتدأ العقد عليهما ؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء .

الفصل الثانى : أنه ^(٥) إن كان دخل بالكبيرة ، حرمتا جميعاً على الأبد ، وانفسخ نكاحهما ؛ لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأُمها ، فتحرم تحريماً مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبينه ، صارت الصغيرة بنتاً مُحَرَّمَةً

(٢) فى ١ ، م : : التى .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) فى م : : صارت .

(٥) سقط من : الأصل .

عليه لوجهين ؛ لكونها بنته ، ورَبِيتَه التي دَخَلَ بِأُمِّهَا .

الفصل الثالث : أَنَّ عليه نِصْفَ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ ؛ لِأَن نِكَاحَهَا انْفَسَخَ قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا مِنْ غَيْرِ جِهَتَيْهَا ، وَالْفَسْخُ إِذَا جَاءَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ كَانَ كَطَّلَاقِ الزَّوْجِ فِي وُجُوبِ الصَّدَاقِ عَلَيْهِ ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ؛ لِأَن فَسْخَ نِكَاحِهَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتَيْهَا ، فَسَقَطَ صَدَاقُهَا ، كَالْوَارِثَةِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، لَمْ يَسْقُطْ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ بِدُخُولِهِ بِهَا اسْتِقْرَارًا لَا يَسْقُطُهُ شَيْءٌ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ بِرَدِّهَا وَلَا بِغَيْرِهَا .

الفصل الرابع : أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْكَبِيرَةِ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ صَدَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَتْلَفَتْ الْبُضْعَ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَتِ الْمَرْضِعَةُ أَرَادَتِ الْفَسَادَ ، رَجَعَ عَلَيْهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ ، وَإِلَّا فَلَا يَرْجِعُ ^(٦) بِشَيْءٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالنِّصْفِ ^(٧) ، أَنَّهَا قَرَّرَتْهُ عَلَيْهِ ، وَأَلْزَمَتْهُ إِيَّاهُ ، وَأَتْلَفَتْ عَلَيْهِ مَا فِي مُقَابَلَتِهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهَا ^(٨) الضَّمَانُ ، كَالْوَارِثَةِ ، لِأَنَّهَا أَتْلَفَتْ عَلَيْهِ الْمَبِيعَ . وَلَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّ مَا ضَمِنَ فِي الْعَمْدِ ضَمِنَ فِي الْخَطَا ، كَالْمَالِ ، وَلِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ / نِكَاحَهُ ، وَقَرَّرَتْ عَلَيْهِ نِصْفَ الصَّدَاقِ ، ^(٩) فَلَزِمَهَا ضَمَانُهُ ، كَالْوَارِثَةِ ، لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ الْإِفْسَادَ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّ الزَّوْجَ إِنَّمَا يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ ، أَنَّ الزَّوْجَ لَمْ يَغْرَمْ إِلَّا النِّصْفَ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا غَرِمَ ، وَلِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ رَجَعَ ^(١٠) إِلَيْهِ بَدَلُ النِّصْفِ الْآخَرِ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ بَدَلُ مَا أَخَذَ بَدَلَهُ مَرَّةً أُخْرَى ، وَلِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَتِ الْمَرْضِعَةُ هَهُنَا لِمَا لَزِمَتْ الزَّوْجَ مَا كَانَ مُعْرَضًا لِلْسَّقُوطِ بِسَبَبٍ يُوجَدُ مِنَ الزَّوْجَةِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ هَهُنَا بِأَكْثَرِ مِمَّا لَزِمَتْهُ .

و ١٧٤/٨

(٦) فِي مِ نِهَادَةِ : « بِالنِّصْفِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : م .

(٨) فِي النِّسْخِ : « عَلَيْهِ » .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، أ ، ب .

(١٠) فِي م : « يَرْجِعُ » .

فصل : والواجبُ نِصْفُ المُسَمَّى ، لا نِصْفُ مَهْرِ المِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَرْجَعُ بِمَا غَرِمَ ،
والَّذِي غَرِمَ نِصْفُ مَا فَرَضَ لَهَا ، فَرَجَعَ بِهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَرْجَعُ
بِنِصْفِ مَهْرِ المِثْلِ ؛ لِأَنَّهُ ضَمَانٌ مُتْلَفٌ ، فَكَانَ الِاعْتِبَارُ بِقِيَمَتِهِ ، دُونَ مَا مَلَكَهُ بِهِ ،
كَسَائِرِ الْأَعْيَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ خُرُوجَ البُضْعِ مِنْ مِلْكِ الزَّوْجِ لَا قِيَمَةَ لَهُ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ قَتَلَتْ
نَفْسَهَا ، أَوْ ارْتَدَّتْ ، أَوْ أَرْضَعَتْ مَنْ يَنْفَسِيخُ نِكَاحَهَا بِإِرْضَاعِهِ ، فَإِنَّهَا لَا تَغْرُمُ لَهُ
شَيْئًا ، وَإِنَّمَا الرُّجُوعُ هُنَا بِمَا غَرِمَ ، فَلَا يَرْجَعُ بغيرِهِ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ رَجَعَ بِقِيَمَةِ المُتْلَفِ ،
لَرَجَعَ بِمَهْرِ المِثْلِ كُلِّهِ ، وَلَمْ ^(١١) يَخْتَصَّ بِنِصْفِهِ ؛ لِأَنَّ التَّلَفَ لَمْ يَخْتَصَّ بِالنِّصْفِ ، وَلِأَنَّ
شُهُودَ الطَّلَاقِ قَبْلَ الدُّخُولِ إِذَا رَجَعُوا ، لَزِمَهُمْ نِصْفُ المُسَمَّى ، كَذَا هُنَا .

فصل : وَكُلُّ امْرَأَةٍ تُحْرَمُ ابْنَتُهَا إِذَا أَرْضَعَتْ زَوْجَتَهُ الصَّغِيرَةَ ، أَفْسَدَتْ نِكَاحَهُ ،
وَحَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ، وَلَزِمَهَا نِصْفُ الصَّدَاقِ ، فَإِنْ أَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ ، صَارَتْ أُخْتَهُ ، وَإِنْ
أَرْضَعَتْهَا جَدَّتُهَا ، صَارَتْ عَمَّتُهُ أَوْ خَالَتُهُ ، ^(١٢) وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا بِنْتُهُ ، صَارَتْ بِنْتُ
بِنْتِهَا ^(١٣) ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا أُخْتُهُ ، صَارَتْ بِنْتُ أُخْتِهِ . وَكُلُّ امْرَأَةٍ تُحْرَمُ بِنْتُ زَوْجِهَا
عَلَيْهَا ^(١٤) ، إِذَا أَرْضَعَتْهَا بِلَبَنِ زَوْجِهَا ، حَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهَا نِصْفُ مَهْرِهَا ، كَامْرَأَةٍ
ابْنَتِهِ ، وَامْرَأَةِ أَبِيهِ ، وَامْرَأَةِ أَخِيهِ ، وَامْرَأَةِ جَدِّهِ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةُ أَبِيهِ بِلَبَنِهِ ، صَارَتْ
أُخْتَهُ ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةُ ابْنَتِهِ ، صَارَتْ بِنْتُ ابْنَتِهِ ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةُ أَخِيهِ ، صَارَتْ بِنْتُ
أَخِيهِ ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةُ جَدِّهِ بِلَبَنِهِ ، صَارَتْ عَمَّتُهُ أَوْ خَالَتُهُ . وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا امْرَأَةُ أَحَدٍ
هَؤُلَاءِ بِلَبَنِ غَيْرِهِ ، لَمْ تُحْرَمْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ رَبِيبَةً زَوْجِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا مَنْ لَا تُحْرَمُ
بِنْتُهَا ، كَعَمَّتِهِ وَخَالَتِهِ ، لَمْ تُحْرَمْهَا عَلَيْهِ . وَلَوْ تَزَوَّجَ ابْنَةُ عَمِّهِ ، فَأَرْضَعَتْ جَدَّتُهَا أَحَدَهُمَا /
صَغِيرًا ، انْفَسَخَ النِّكَاحُ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ أَرْضَعَتْ الزَّوْجَ صَارَ عَمَّ زَوْجَتِهِ ، وَإِنْ أَرْضَعَتْ
الزَّوْجَةَ صَارَتْ عَمَّةً ^(١٥) ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهُمَا جَمِيعًا صَارَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا عَمَّ الْآخَرِ .

(١١) فِي الْأَصْلِ : لَا ، .

(١٢) - (١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٤) فِي الشَّرْحِ الْكَبِيرِ : عَمَتُهُ ، .

وإن تزوج بنت عمته ، فأرضعت جدّتهما أحدهما صغيراً ، انفسخ النكاح ؛ لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته . وإن تزوج ابنة خاله ، فأرضعت جدّتهما^(١٥) الزوج صار عمّ زوجته ، وإن أرضعتها^(١٦) صارت خالته . وإن تزوج ابنة خالته^(١٧) ، فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وإن أرضعتها^(١٨) صارت خالة زوجها .

فصل : وإن تزوج كبيرة ، ثم طلقها ، فأرضعت صغيرةً بلبنه ، صارت بنتاً له ، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبةً ، فإن كان قد دخل بالكبيرة ، حرمت الصغيرة على التأييد ، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم^(١٩) ؛ لأنها ربيبة لم يدخل بأُمّها . وإن تزوج صغيرةً ، ثم طلقها ، فأرضعتها امرأة ، حرمت المرضعة على التأييد ؛ لأنها من أمّهات نساؤه . وإن تزوج كبيرةً وصغيرةً ، ثم طلق الصغيرة ، فأرضعتها الكبيرة ، حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، فإن^(٢٠) كان لم يدخل بها ، فلا مهر لها ، وله نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها ، فلها مهرها ، ونحرّم 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 ينصف صداقها . وإن طلقهما جميعاً ، فالحكم في التحريم على ما مضى . ولو تزوج رجل كبيرةً ، وآخر صغيرةً ، ثم طلقاهما ، ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ، ثم أرضعت^(٢١) الكبيرة الصغيرة ، حرمت عليهما الكبيرة ،

(١٥) في م : جدتها .

(١٦) في ا ، ب : أرضعتها .

(١٧) في الأصل : خاله .

(١٨) في ب : أرضعتها .

(١٩) في زيادة : عليه .

(٢٠) في الأصل ب ، م : وإن .

(٢١) في ب : أرضعت .

وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُ الصَّغِيرَةِ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِلَّا فَلَا .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ ، فَالْحُكْمُ فِي التَّحْرِيمِ وَالْفَسْخِ حُكْمُ مَا لَوْ أَرْضَعَتْهَا الْكَبِيرَةُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ جَدَّتُهَا ، وَالرَّجُوعُ بِالصَّدَاقِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الَّتِي أَفْسَدَتْ النِّكَاحَ . وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا أُمُّ الْكَبِيرَةِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَيَرْجِعَ عَلَى الْمُرْضِعَةِ بِنِصْفِ صَدَاقِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، فَلَهُ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّةَ الْكَبِيرَةِ ؛ / لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ أُخْتَهَا ، فَلَا يَنْكِحُهَا فِي عِدَّتِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ أَرْضَعَتْهَا جَدَّةُ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تُصِيرُ عَمَّةَ الْكَبِيرَةِ أَوْ خَالَتَهَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مُحَرَّمٌ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ ^(٢٢) إِنْ أَرْضَعَتْهَا أُخْتُهَا أَوْ زَوْجَةُ أُخِيهَا بَلَيْنَةً ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتُ أُخْتِ الْكَبِيرَةِ أَوْ بِنْتُ أُخِيهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَرْضَعَتْهَا بِنْتُ أُخِيهَا أَوْ بِنْتُ أُخْتِهَا . وَلَا يَحْرُمُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ ^(٢٣) عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْرِيمُ جَمْعٍ ، إِلَّا إِذَا أَرْضَعَتْهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ وَقَدْ دَخَلَ بِأُمِّهَا .

فصل : وَمَنْ أَفْسَدَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ بِالرِّضَاعِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، غَرِمَ نِصْفَ صَدَاقِهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَتَنْصَرَفُ ^(٢٤) أَحَدُ عَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالمَهْرِ كُلِّهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ كُلَّهُ عَلَى زَوْجِهَا ، فَتَرْجِعُ بِمَا لَزِمَ ، كِنِصْفِ الْمَهْرِ فِي غَيْرِ ^(٢٥) الْمَدْخُولِ بِهَا . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُقَرَّرْ عَلَى الزَّوْجِ شَيْئًا ، وَلَمْ تُلْزَمْ بِإِيَّاهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ ، كَمَا لَوْ أَفْسَدَتْ نِكَاحَ نَفْسِهَا ، وَلَئِنْ لَوْ مَلَكَ الرَّجُوعُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، لَسَقَطَ إِذَا

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) في ب : منهم .

(٢٤) في ١ ، م : ينص .

(٢٥) سقط من : م .

كانت المرأة هي المُفسِدة للنكاح ، كالنصف قبل الدخول ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، على ما ذكرناه فيما مضى ، ولذلك لا يجب مهر المثل ، وإنما رجع الزوج ينصف المسمى قبل الدخول ؛ لأنها قررت عليه ، ولذلك يسقط إذا كانت هي المُفسِدة لنكاحها^(٢٦) ، ولم يوجد ذلك ههنا . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .
ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول ، لم يحل إما أن يكون رجوعه ببدل البضع الذي فوته^(٢٧) ، أو بالمهر^(٢٨) الذي أداه ، لا يجوز أن يكون ببدل البضع^(٢٩) ؛ لأنه لو وجب بدله ،^(٣٠) لوجب له^(٣١) على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها ، وكان^(٣٢) الواجب له^(٣٣) مهر مثليها ، ولا يجوز أن يجب له بدل ما أداه إليها لذلك ، ولأنها ما أوجبته ، ولا لها أثر في إيجابه ولا أدائه^(٣٤) ولا تقريره^(٣٥) ، ولا نعلم بينهم خلافا في أنها إذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول ، أنه لا يسقط مهرها ، ولا يرجع عليها^(٣٦) بشيء إن كان^(٣٧) أداه إليها ، ولا في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها ، وأنه يرجع عليها بما أعطها ، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة ، فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة ، وهما زوجتان رجل ، انفسخ نكاح / الكبيرة ، وحرمت على التأبيد ، 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

ظ ١٧٥/٨

(٢٦) في ١ ، ب ، م : « نكاحها » .

(٢٧) في الأصل : « فوته » .

(٢٨) في ب : « المهر » .

(٢٩) في ب : « البضع » .

(٣٠-٣١) سقط من : الأصل .

(٣١) في ب : « وكان » .

(٣٢) في الأصل ، ب ، م : « لها » .

(٣٣-٣٤) في م : « وتقريه » .

(٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) سقط من : م .

به ، على ما اخترناه ، وإن لم يكن دَخَلَ بالكبيرة ، فعليه نصفُ صداقها ، يَرْجِعُ به على مالِ الصغيرة ؛ لأنها فَسَخَتْ نِكَاحَهَا . وإن ارْتَضَعَتِ الصَّغِيرَةُ منها رَضْعَتَيْنِ وهي نائِمةٌ ، ثم انْتَبَهَتِ الكبيرةُ ، فَأَتَمَّتْ لها ثَلَاثَ رَضْعَاتٍ ، فقد حَصَلَ الفَسَادُ بِفَعْلِهِمَا^(٣٦) ، فَيَقْسُطُ^(٣٧) الواجِبُ عليهما ، وعليه مَهْرُ الكبيرة ، وثلاثةُ أَعْشَارِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ ، يَرْجِعُ به على الكبيرة ، وإن لم يكن دَخَلَ بالكبيرة ، فعليه خُمْسُ مَهْرِهَا ، يَرْجِعُ به على الصَّغِيرَةِ . وهل يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الصغيرة ؟ على رَوَايَتَيْنِ .

فصل : وإن أفسد النكاح جماعة ، تقسَّطَ المَهْرُ عليهم ، فلو جاء خُمْسٌ ، فسَقَيْنِ زَوْجَةً صَغِيرَةً مِنْ لَبَنِ أُمِّ الزَّوْجِ خُمْسَ مَرَّاتٍ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَلَمْ يَمُتْ نِصْفُ مَهْرِهَا بَيْنَهُنَّ . فإن سَقَتْهَا واحدةً شَرِبَتَيْنِ ، وَأُخْرَى^(٣٨) ثَلَاثًا ، فعلى الأُولَى الخُمْسُ ، وعلى الثانيةِ^(٣٩) خُمْسٌ وَعُشْرٌ . وإن سَقَتْهَا واحدةً شَرِبَتَيْنِ ، وَسَقَاهَا ثَلَاثَ ثَلَاثَ شَرِبَاتٍ ، فعلى الأُولَى الخُمْسُ ، وعلى كُلِّ واحدةٍ مِنَ الثَّلَاثِ عُشْرٌ . وإن كان له ثَلَاثُ نِسْوَةٍ كِبَارٍ ، وواحدةٌ صَغِيرَةٌ ، فَأَرَضَعَتْ كُلَّ واحدةٍ مِنَ الثَّلَاثِ الصَّغِيرَةَ أَرْبَعَ رَضْعَاتٍ ، ثم حَلَيْنَ في إِنْاءٍ ، وَسَقَيْنَهُ الصَّغِيرَةَ ، حَرَمَ الْكِبَارِ ، وانْفَسَخَ نِكَاحُهُنَّ ، فإن لم يكن دَخَلَ بِهِنَّ ، فَنِكَاحُ الصَّغِيرَةِ ثَابِتٌ ، على إحدى الرَوَايَتَيْنِ ، وعليه لكلِّ واحدةٍ مِنْهُنَّ ثُلُثُ صَدَاقِهَا ، تَرْجِعُ به على ضَرَّتَيْهَا ؛ لِأَنَّ فِسَادَ نِكَاحِهَا حَصَلَ^(٤٠) بِفَعْلِهَا وَفَعْلِهَا ، فَسَقَطَ مَا قَابَلَ فَعْلَهَا ، وهو سُدُسُ الصَّدَاقِ ، وَبَقِيَ عَلَيْهِ الثُّلُثُ ، فَرَجَعَ به على ضَرَّتَيْهَا ، فإن كان صَدَاقُهُنَّ مُتَسَاوِيًا ، سَقَطَ ، ولم يَجِبْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ يَتَقَاصُّ مَا لَهَا عَلَى الزَّوْجِ ، بما يَرْجِعُ به عليها ، إِذْ لَا فَائِدَةَ في أَنْ يَجِبَ لها عليه ما يَرْجِعُ به عليها ، وإن

(٣٦) في ب : « بفعلها » .

(٣٧) في ب : « فسقط » .

(٣٨) في ب : « والأخرى » .

(٣٩-٣٩) في ب : « الخمس والعشر » .

(٤٠) سقط من : الأصل .

كان مُخْتَلِفًا ، وهو من جنس واحد ، تَقَاصًا منه بِقَدْرِ أَقْلِهِمَا ، وَوَجَبَتِ الْفَضْلَةُ^(٤١) لِصَاحِبِهَا ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أَجْنَاسٍ ، ثَبَتَ التَّرَاجُعُ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِإِخْدَى الْكِبَارِ ، حُرِّمَتِ الصَّغِيرَةُ أَيْضًا ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَوَجَبَ لَهَا نِصْفُ صَدَاقِهَا ، تَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهِنَّ أَثْلَاثًا ، وَلِلَّتِي^(٤٢) دَخَلَ بِهَا الْمَهْرُ كَامِلًا ، / وَفِي الرَّجُوعِ بِهِ مَا أَسْلَفْنَاهُ مِنَ الْخِلَافِ . وَإِنْ حَلَبَنَ فِي إِنْاءٍ ، فَسَقَّتْهُ إِحْدَاهُنَّ الصَّغِيرَةُ^(٤٣) خَمْسَ مَرَّاتٍ ، كَانَ صَدَاقُ ضَرَّاتِهَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَيْهَا ، إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهِنَّ ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهُنَّ ، وَيَسْقُطُ مَهْرُهَا إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فَلَهَا مَهْرُهَا ، وَلَا تَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ كَانَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنَ الْكِبَارِ أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ خَمْسَ رَضَاعَاتٍ ، حَرُمَ الثَّلَاثُ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِهِنَّ ، فَلَا مَهْرَ لَهُنَّ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهِنَّ ، فَعَلَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ مَهْرُهَا ، لَا يَرْجِعُ بِهِ عَلَى أَحَدٍ ، وَتَحْرُمُ الصَّغِيرَةُ ، وَيَرْجِعُ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِهَا عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي حَرَّمَتْهَا عَلَيْهِ ، وَفَسَخَتْ نِكَاحَهَا . وَلَوْ أَرْضَعَ الثَّلَاثُ الصَّغِيرَةَ بِلَبَنِ الزَّوْجِ ، فَأَرْضَعَتْهَا كُلُّ وَاحِدَةٍ رَضْعَتَيْنِ ، صَارَتْ بِنْتًا لَزَوْجِهَا ، فِي الصَّحِيحِ ، وَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهَا ، وَيَرْجِعُ يَنْصِفُ صَدَاقِهَا عَلَيْهِنَّ ، عَلَى الْمُرْضِعَتَيْنِ^(٤٤) الْأُولَيَيْنِ مِنْهُ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، وَعَلَى الثَّالِثَةِ خُمُسُهُ ؛ لِأَنَّ رَضْعَتَهَا الْأُولَى حَصَلَ بِهَا التَّحْرِيمُ ، لِكَمَالِ الْخَمْسِ بِهَا ، وَالثَّانِيَةُ لَا أَثَرَ لَهَا فِي التَّحْرِيمِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا بِهَا شَيْءٌ ، وَلَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأَكْبَرِ ، لِأَنَّهُنَّ لَمْ يَصِرْنَ أُمَّهَاتٍ لَهَا . وَلَوْ كَانَ لِامْرَأَتِهِ الْكَبِيرَةِ خَمْسُ بَنَاتٍ ، لَهُنَّ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعْنَ امْرَأَتَهُ الصَّغِيرَةَ رَضَاعًا تَصِيرُ بِهِ إِحْدَاهُنَّ أُمًّا لَهَا ، لَحُرِّمَتْ أُمُّهَا ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَهَلْ يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ الصَّغِيرَةَ رَضْعَةً ، فَالصَّحِيحُ أَنَّ الْكَبِيرَةَ لَا تَحْرُمُ بِهَذَا ؛

(٤١) فِي مِ نَادَاةٍ : ه ه ه .

(٤٢) فِي ب : ه ه ه . وَفِي م : ه ه ه .

(٤٣) فِي أ : ه ه ه لِلصَّغِيرَةِ .

(٤٤) فِي ب : ه ه ه الْمُرْضِعِينَ .

لأنَّ كَوْنَهَا جَدَّةٌ يَنْبَنِي ^(٤٥) على كَوْنِ ابْنَتِهَا أُمًّا ، وما صارت واحدةً من بناتها أُمًّا ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ تَحْرُمَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَمَلَ لَهَا مِنْ بَنَاتِهَا خَمْسُ رَضَعَاتٍ . وكذلك الْحُكْمُ لو أَرْضَعَتْهَا بِنْتُهَا رَضْعَةً ، وَبَنَتْ أَيْنَهَا رَضْعَةً ، وَبَنَاتُ بَنَاتِهَا ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ . ولو كَمَلَ لَهَا مِنْ زَوْجَتِهِ بَلْبَيْنِهِ وَمِنْ أُمِّهِ وَأُخْتِهِ وَابْنَتِهِ وَبَنَتْ ^(٤٦) أَيْنَهُ خَمْسُ رَضَعَاتٍ ، فعلى الوجهين ؛ أَصَحُّهُمَا ، لَا يَثْبُتُ تَحْرِيمُهَا . وفي الآخر ، يَثْبُتُ ^(٤٧) . فعلى هذا الوجه ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ بِمَا غَرِمَ مِنْ صَدَاقِهَا ، على قَدَرِ رَضَاعِهِنَّ . فإن قيل : فلم لا يَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ على عَدَدِ رُءُوسِهِنَّ ؛ لَكَوْنِ الرُّضَاعِ مُفْسِدًا ، فَيَسْتَوِي قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ، كَالوَطَرِ النَّجَاسَةِ جَمَاعَةً فِي مَائِعٍ فِي حَالَةٍ وَاحِدَةٍ ؟ قلنا : لأنَّ التَّحْرِيمَ يَتَعَلَّقُ بِعَدَدِ الرُّضَعَاتِ ، فَكَانَ الضَّمَانُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَدَدِ ، بخلافِ النَّجَاسَةِ / ، فإنَّ التَّنَجِيسَ لَا يَتَعَلَّقُ بِقَدَرٍ ، فَيَسْتَوِي قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ؛ لَكَوْنِ ^(٤٨) القليل والكثير سواءً في الإفساء ، فَظَيْرُ ذَلِكَ أَنْ يَشْرَبَ فِي ^(٤٩) الرُّضْعَةِ مِنْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ مِمَّا يَشْرَبُ مِنَ الْآخَرَى .

فصل : إذا كانت له زوجة أمة ^(٥٠) ، فأَرْضَعَتْ امْرَأَتَهُ ^(٥١) الصَّغِيرَةَ ، فَحَرَمَتْهَا عَلَيْهِ ، وَفَسَخَتْ نِكَاحَهَا ، كَانَ مَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ لَهُ فِي رَقَبَةِ الْأُمِّهِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جَنَائِثِهَا . وإن أَرْضَعَتْهَا أُمُّ وَلَدِهِ ، أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا ، وَحَرَمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا رَبِيبَةٌ دَخَلَ بِأُمِّهَا ، وَتَحْرُمُ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَيْهِ أَبَدًا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُمِّهَاتِ نِسَائِهِ ، وَلَا غَرَامَةَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ عَلَى سَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ كَاتَبَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ يَلْزِمُهَا أَرْضُ جَنَائِثِهَا . وإن أَرْضَعَتْ أُمُّ وَلَدِهِ امْرَأَةً أَيْنَهُ بَلْبَيْنِهِ ، فَسَخَتْ نِكَاحَهَا وَحَرَمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا

(٤٥) في ١ ، ب ، م ، : يبنى .

(٤٦) في م : وابنة .

(٤٧) في ب : ثبت .

(٤٨) في م : ليكون .

(٤٩) في ب : من .

(٥٠) سقط من : ب .

(٥١) في ١ : زوجته .

صَارَتْ أُخْتَهُ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ زَوْجَةَ أَبِيهِ بِلَبَنِهِ ، حَرَّمْتُهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتُ ابْنِهِ ، وَيَرْجِعُ الْأَبُ عَلَى ابْنِهِ بِأَقْلٍ الْأُمَرِيِّينَ مِمَّا غَرِمَهُ ^(٥٢) لِزَوْجَتِهِ أَوْ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جَنَابَةِ أُمِّ وَلَدِهِ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا بِغَيْرِ لَبَنِ سَيِّدِهَا ، لَمْ تُحَرِّمْهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَارَتْ بِنْتُ أُمِّ وَلَدِهِ .

١٣٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ تَزَوَّجَ بِكَبِيرَةٍ وَصَغِيرَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، حَرَّمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةُ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَا مَهْرٌ عَلَيْهِ لِلْكَبِيرَةِ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا)

أَمَّا تَحْرِيمُ الْكَبِيرَةِ فَلِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ أُمَّهَاتِ النِّسَاءِ ، وَأَمَّا انْفِسَاخُ نِكَاحِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، فَلِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، وَاجْتَمَعَتَا فِي الزَّوْجِيَّةِ ، فَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهُمَا ، كَمَا لَوْ ارْتَضَعَتَا ^(١) مَعًا ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهُمَا ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ انْفِسَاخَ نِكَاحِهِمَا لِلْجَمْعِ ، وَلَا يُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا . وَهَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي قُلْنَا : إِنَّهَا إِذَا أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ ، اخْتَصَّ الْفَسْخُ بِالْكَبِيرَةِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : يَنْفَسَخُ نِكَاحُهُمَا مَعًا . فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْأُخْرَى مِنَ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ لَمَّا أَرْضَعَتِ الْأُولَى ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا ، ثُمَّ أَرْضَعَتِ ^(٢) الْأُخْرَى ، فَلَمْ تَجْتَمِعْ مَعَهُمَا فِي النِّكَاحِ ، فَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرَّمَتْ ، وَحَرَّمَتِ الصَّغِيرَتَانِ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهُمَا رَبِيبَتَانِ قَدْ دَخَلَ بِأُمِّهِمَا .

فصل : فَإِنْ أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَتَيْنِ أَجْنَبِيَّةً ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا / أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ ١٧٧/٩
أَبِي حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِّيَّ ، وَاحِدٌ ^(٣) قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : يَنْفَسَخُ نِكَاحُ

(٥٢) فِي ب : غَرِمَ .

(١) فِي الْأَصْلِ : ارْتَضَعَا . وَفِي ب ، م : أَرْضَعَتَا .

(٢) فِي إِهَادَةِ : الثَّانِيَةِ .

(٣) فِي أ : وَهُوَ أَحَدٌ .

الأخيرة^(٤) وحدها ؛ لأنَّ سَبَبَ الْبُطْلَانِ حَصَلَ بِهَا ، وَهُوَ الْجَمْعُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَزَوَّجَ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ بَعْدَ الْأُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَامِعٌ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ فِي النِّكَاحِ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا ، كَمَا لَوْ أَرْضَعْتَهُمَا مَعًا ، وَفَارَقَ مَا لَوْ عَقَّدَ عَلَى وَاحِدَةٍ بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَإِنَّ عَقْدَ الثَّانِيَةِ لَمْ يَصِحَّ ، فَلَمْ يَصِرْ بِهِ جَامِعًا بَيْنَهُمَا ، وَهَهُنَا حَصَلَ الْجَمْعُ بِرِضَاعِ الثَّانِيَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ بَأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ ، فَحَصَلْنَا مَعًا فِي نِكَاحِهِ ، وَهِيَ أُخْتَانِ لَا مَحَالَةَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعْتَهُمَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ ، فَالْحُكْمُ فِي الْفَسْخِ كَمَا لَوْ أَرْضَعْتَهُنَّ^(٥) الْكَبِيرَةُ نَفْسُهَا ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ تَصِيرُ جَدَّةً لَهَا ، وَلَكِنَّ الرَّجُوعَ يَكُونُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْمُفْسِدَةِ لِلنِّكَاحِ هُنَّ .

١٣٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كُنَّ^(١) الْأَصَاغِرُ ثَلَاثًا ، فَأَرْضَعْتَهُنَّ مُنْفَرِدَاتٍ ، حُرِّمَتِ الْكَبِيرَةُ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْمُرْضِعَتَيْنِ^(٢)) أَوَّلًا ، وَثَبَتَ نِكَاحُ آخِرِهِنَّ رِضَاعًا . فَإِنْ أَرْضَعَتْ إِحْدَاهُنَّ مُنْفَرِدَةً ، وَاثْنَتَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ مَعًا ، حُرِّمَتِ الْكَبِيرَةُ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْأَصَاغِرِ ، وَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْأَصَاغِرِ . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرَّمَ الْكُلَّ عَلَيْهِ عَلَى الْأَبَدِ)

إِنَّمَا حُرِّمَتِ الْكَبِيرَةُ ؛ لِأَنَّهُمَا صَارَتَا مِنْ أُمّهَاتِ النِّسَاءِ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْمُرْضِعَتَيْنِ أَوَّلًا ؛ لِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ فِي نِكَاحِهِ ، وَثَبَتَ نِكَاحُ الْأَخِيرَةِ^(٣) ؛ لِأَنَّ رِضَاعَهَا بَعْدَ انْفِسَاخِ نِكَاحِ الصَّغِيرَتَيْنِ اللَّتَيْنِ قَبْلَهَا ، فَلَمْ يُصَادَفْ إِخْوَتُهَا جَمْعًا فِي النِّكَاحِ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ إِحْدَاهُنَّ مُنْفَرِدَةً ، وَاثْنَتَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ مَعًا ، بَأَن تُلْقِمَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثَدْيًا ،

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الصَّغِيرَةُ » . وَفِي م : « الْآخِرَةُ » .

(٥) فِي م : « أَرْضَعَتْ » .

(١) عَلَى لَفَةٍ : « أَكَلَوْنَ الْبِرَاغِيثَ » .

(٢) فِي أ : « الْمُرْضِعَتَيْنِ » .

(٣) فِي أ ، ب : « الْآخِرَةُ » .

فَيَمْتَصَّانِ مَعًا ، أَوْ تَحْلِبَ مِنْ لَبَيْهَا فِي إِنَاءٍ فَتَسْقِيَهُمَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُ الْجَمِيعِ ؛ لِأَنَّهُنَّ صَيَّرْنَ أَخَوَاتٍ فِي نِكَاحِهِ ، وَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْأَصَاغِرِ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهُنَّ تَحْرِيمُ جَمْعٍ ، لَا تَحْرِيمُ تَأْيِيدٍ ، فَإِنَّهُنَّ رِبَائِبٌ ^(٤) لَمْ يَدْخُلْ بِأَمِهِنَّ . وَإِنْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حُرْمُ الْكُلِّ عَلَى الْأَبَدِ ؛ لِأَنَّهُنَّ رِبَائِبٌ مَدْخُولٌ بِأَمِهِنَّ . هَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى . وَعَلَى الْأُخْرَى ، لَمَّا أَرْضَعَتِ الْأُولَى ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَنِكَاحُ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا ، وَاجْتَمَعَتَا فِي نِكَاحِهِ ، ثُمَّ أَرْضَعَتِ ^(٥) الثَّانِيَةَ ، فَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا مُنْفَرِدَةٌ بِالرِّضَاعِ ^(٦) فِي النِّكَاحِ ^(٧) ، فَلَمَّا أَرْضَعَتِ الثَّالِثَةَ ، صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا .

/ فصل : فَإِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ ، فَهُوَ كَالْوَأْدِ أَرْضَعَتْهُنَّ أُمُّهَا . وَإِنْ ^(٨) كَانَ لَهَا ثَلَاثُ بَنَاتٍ ، فَأَرْضَعَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَةً مِنَ الْأَصَاغِرِ ، حُرْمَتِ الْكَبِيرَةِ بِإِرْضَاعِ أَوْلَاهِنَّ ، وَيَرْجِعُ عَلَى مُرْضِعَتِهَا بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا ، وَلَا يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْأَصَاغِرِ ؛ لِأَنَّهُنَّ لَمْ يَصِيرْنَ أَخَوَاتٍ ، وَإِنَّمَا هُنَّ بَنَاتُ ^(٩) خَالَاتٍ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَنْفَسَخُ نِكَاحُ الْمُرْضِعَةِ الْأُولَى ؛ لِاجْتِمَاعِهَا مَعَ جَدَّتِهَا فِي النِّكَاحِ ، وَيَثْبُتُ نِكَاحُ الْأَخِيرَتَيْنِ ، وَيَرْجِعُ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِ الَّتِي فَسَدَ ^(١٠) نِكَاحُهَا عَلَى الَّتِي أَرْضَعَتْهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حُرْمُ الْكُلِّ عَلَيْهِ عَلَى الْأَبَدِ ، وَرَجَعَ عَلَى ^(١١) كُلِّ وَاحِدَةٍ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرٍ ^(١٢) الَّتِي أَرْضَعَتْهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَرْجِعُ بِمَهْرِ الْكَبِيرَةِ . رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّهَا الَّتِي أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : أَرْضَعَتْ .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : وَلَوْ .

(٨) في ب : أُمّهات .

(٩) في ب : أَفْسَدَ .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : الْمَهْر .

١٣٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَتْ امْرَأَةٌ وَاحِدَةً عَلَى الرِّضَاعِ ، حَرَّمَ
التَّكَاحَ إِذَا كَانَتْ مَرْضِيَّةً . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى :
إِنْ كَانَتْ مَرْضِيَّةً اسْتَحْلَفْتُ ، فَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً ، لَمْ يَحُلْ الْحَوْلُ حَتَّى تَبْيَضَّ
ثَدْيَاهَا ، وَذَهَبَ فِي ذَلِكَ إِلَى قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(١))

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع ، إذا كانت مَرْضِيَّةً . وبهذا
قال طائوس ، والزهرى ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن
أحمد ، رواية أخرى : لا يُقْبَلُ إِلَّا شَهَادَةُ امْرَأَتَيْنِ . وهو قول الحكم ؛ لأنَّ الرجال أكمل
من النساء ؛ ولا يُقْبَلُ ^(٢) إِلَّا شَهَادَةُ رَجُلَيْنِ ، فالنساء أولى . وعن أحمد ، رواية ثالثة ،
أنَّ شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتُستَحْلَفُ مع شهادتها . وهو قول ابن عباس ،
وإسحاق ؛ لأنَّ ابن عباس قال ، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله ، فقال : إن
كانت مَرْضِيَّةً ، اسْتَحْلَفْتُ ، وفارق امرأته ^(٣) . وقال : إن كانت كاذبة ، لم يحل
الحول حتى تبيض ثدياها ^(٤) . يعنى يصببها فيها برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا
يقتضيه قياس ، ولا يهتدى إليه رأى ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً . وقال عطاء ،
وقتادة ، والشافعى : لا يُقْبَلُ مِنَ النِّسَاءِ أَقْلٌ مِنْ أَرْبَعٍ ؛ لأنَّ كُلَّ امْرَأَتَيْنِ كَرَجُلٍ . وقال
أصحاب الرأى : لا يُقْبَلُ فِيهِ إِلَّا رَجُلَانِ ، أو رجل وامرأتان . وروى ذلك عن عمر ؛
لقول الله تعالى : ﴿ وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ
وَامْرَأَتَانِ ﴾ ^(٥) . ولنا ، ما روى عتبة بن الحارث ، قال : تزوجت أم يحيى بنت أبى
إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما . فأنثى النبى ﷺ ، فذكرت

(١) في الأصل ، ١ ، ب : « عنه » .

(٢-٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « أهله » .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٢/٧ ، ٤٨٣ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

ذلك له ، فقال : « وَكَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ ذَلِكَ ! » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وفى لفظٍ رواه النسائي ، قال : فَأَتَيْتُهُ مِنْ قَبْلِ وَجْهِهِ ، فَقُلْتُ : إِنَّهَا كَاذِبَةٌ . قال : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعَتْكُمَا ! خَلَّ سَبِيلَهَا » . وهذا يدلُّ على الاكتفاء بالمرأة الواحدة . وقال الزهري : فَرَّقَ بَيْنَ أَهْلِ أَيْبَاتٍ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ فِي الرِّضَاعِ ^(٧) . وقال الأوزاعي : فَرَّقَ عُثْمَانُ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ وَبَيْنَ نِسَائِهِمْ ، بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ^(٨) فِي الرِّضَاعِ ^(٩) . وقال الشَّعْبِيُّ : كَانَتْ الْقَضَاءُ يُفَرِّقُونَ ^(١٠) بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الرِّضَاعِ ^(٩) . وَلَأنَّ هَذَا شَهَادَةٌ عَلَى عَوْرَةٍ ، فَيُقْبَلُ ^(١١) فِيهِ ^(١٢) شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، كَالْوَلَادَةِ . وَعَلَى الشَّافِعِيِّ ، بِأَنَّهُ مَعْنَى يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، فَيُقْبَلُ ^(١٣) فِيهِ شَهَادَةُ ^(١٤) الْمَرْأَةِ الْمُتَفَرِّدَةِ ، كَالْحَبَرِ .

فصل : وَيُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ ^(١٥) الْمُرْضِيعَةِ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهَا ؛ لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ عُقْبَةَ ، ^(١٥) مِنْ أَنَّ ^(١٥) الْأُمَّةَ السُّودَاءَ قَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا . فَقَبِلَ النَّبِيُّ ﷺ شَهَادَتَهَا . وَلَأنَّهُ فِعْلٌ لَا يَحْصُلُ لَهَا بِهِ نَفْعٌ مَقْصُودٌ ، وَلَا تَدْفَعُ عَنْهَا بِهِ ضَرَرًا ، فَقَبِلَتْ شَهَادَتُهَا بِهِ ، كَفِعْلِ غَيْرِهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنَّهَا تَسْتَبِيحُ الْحَلْوَةَ بِهِ ، وَالسَّفَرَ مَعَهُ ، وَتَصِيرُ مُحَرَّمًا لَهُ . قُلْنَا : لَيْسَ هَذَا مِنَ الْأُمُورِ الْمَقْصُودَةِ ، الَّتِي تُرَدُّ بِهَا الشَّهَادَةُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ

(٦) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣١٠ .

(٧) أخرجه ، عن الزهري ، عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٢/٧ .

(٨) سقط من : أ ، ب ، م .

(٩-٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٠) في م : « تفرق » .

(١١) في م : « فقبل » .

(١٢) في م : « فيها » .

(١٣) في أ ، م : « فقبل » .

(١٤-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥-١٥) في أ : « ولأن » .

رَجُلَيْنِ لَوْ شَهِدَا أَنَّ فَلَانًا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، وَأَعْتَقَ أُمَّتَهُ ، قُبِلَتْ ^(١٦) شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ كَانَ يَحِلُّ لَهَا نِكَاحُهُمَا بِذَلِكَ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الرِّضَاعِ إِلَّا مُفَسَّرَةً ، فَلَوْ قَالَتْ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذَا ابْنُ هَذِهِ مِنَ الرِّضَاعِ . لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الرِّضَاعَ الْمُحَرَّمَ يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ، مِنْهُمْ مَنْ يُحَرِّمُ بِالْقَلِيلِ ^(١٧) ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُحَرِّمُ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ ، فَلَزِمَ الشَّاهِدَ تَبْيِينَ كَيْفِيَّتِهِ ، لِيَحْكُمَ الْحَاكِمُ فِيهِ بِاجْتِهَادِهِ ، فَيَحْتَاجُ الشَّاهِدُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ هَذَا ارْتَضَعَ مِنْ ثَدْيِ هَذِهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ^(١٨) ، خَلَصَ اللَّبَنُ فِيهِنَّ ^(١٩) إِلَى جَوْفِهِ ، فِي الْحَوْلَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ : خُلُوصُ اللَّبَنِ إِلَى جَوْفِهِ لَا طَرِيقَ لَهُمْ ^(٢٠) إِلَى مُشَاهَدَتِهِ ، فَكَيْفَ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ ؟ قُلْنَا : إِذَا ظ ١٧٨/٨ عَلِمَ أَنَّ هَذِهِ / الْمَرْأَةَ ذَاتَ لَبَنٍ ، وَرَأَى الصَّبِيَّ قَدْ التَّقَّمَ ثَدْيِهَا ، وَحَرَّكَ فَمَهُ فِي الْأَمْتِصَاصِ ، وَحَلَقَهُ فِي ^(٢١) الْاجْتِرَاعِ ، حَصَلَ ظَنٌّ يَقْرُبُ إِلَى الْيَقِينِ أَنَّ اللَّبَنَ قَدْ وَصَلَ إِلَى جَوْفِهِ ، وَمَا يَتَعَذَّرُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ بِالمُشَاهَدَةِ ، اكْتَفَى فِيهِ بِالظَّاهِرِ ^(٢٢) ، كَالشَّهَادَةِ بِالْمِلْكِ ، وَثُبُوتِ الدِّينِ فِي الدِّمَةِ ، وَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ بِالِاسْتِفَاضَةِ . وَلَوْ قَالَ الشَّاهِدُ : أَدْخَلْتُ رَأْسَهُ تَحْتَ ثِيَابِهَا ، وَالتَّقَّمَ ثَدْيِهَا . لَا يُقْبَلُ ^(٢٣) ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدْخُلُ رَأْسَهُ وَلَا يَأْخُذُ الثَّدْيَ ، وَقَدْ يَأْخُذُ الثَّدْيَ وَلَا يَمَصُّ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ أَرْضَعَتْ هَذَا . فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يَكْتَفَى بِهِ ^(٢٤) فِي ثُبُوتِ أَصْلِ الرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الَّتِي قَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا . اكْتَفَى بِقَوْلِهَا .

(١٦) فِي م : ٥ قَبْلَ .

(١٧) فِي ب : ٥ الْقَلِيلُ .

(١٨) فِي أ : ٥ مَفْرَدَاتٍ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ أ : ١ .

(٢٠) فِي م : ٥ لَهُ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ ب : ٥ .

(٢٢) فِي م : ٥ بِالظَّاهِرَةِ .

(٢٣) فِي أ : ١ لَمْ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ م : ٥ .

١٣٧٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ^(١) ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ : هِيَ أُخْتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، فَإِنْ صَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ^(٢) ، وَإِنْ أَكْذَبَتْهُ ^(٣) ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ)

وجملته أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا أَقَرَّ أَنَّ زَوْجَتَهُ أُخْتُهُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ^(٤) ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، وَيُفَرَّقُ بَيْنَهُمَا . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إِذَا قَالَ : وَهَمْتُ ، أَوْ أَخْطَأْتُ . قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا نِكَاحٌ ، وَلَوْ جَحَدَ النِّكَاحَ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِهِ ، قُبِلَ ، كَذَلِكَ ^(٥) هُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ أَقَرَّ بِالطَّلَاقِ ثُمَّ رَجَعَ ، أَوْ أَقَرَّ أَنَّ أُمَّتَهُ أُخْتُهُ مِنَ النَّسَبِ ، وَمَا قَاسُوا عَلَيْهِ غَيْرَ مُسْلِمٍ ، وَهَذَا الْكَلَامُ فِي الْحُكْمِ ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ ، فَيَنْبَغِي ذَلِكَ عَلَى عِلْمِهِ بِصِدْقِهِ ، ^(٦) فَإِنْ عَلِمَ ^(٧) أَنَّ الْأَمْرَ كَمَا قَالَ ، فَهِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عَلِمَ كَذِبَ نَفْسِهِ ، فَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ، وَقَوْلُهُ كَذِبٌ لَا يُحَرِّمُهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ حَقِيقَةُ الرِّضَاعِ ، لَا الْقَوْلُ . وَإِنْ شَكَّ فِي ذَلِكَ ، لَمْ تَزُلْ عَنِ الْيَقِينِ بِالشَّكِّ . وَقِيلَ فِي حِلِّهَا لَهُ إِذَا عَلِمَ كَذِبَ نَفْسِهِ رَوَاتَانِ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ كَذِبًا ، لَمْ يُثَبِّتِ التَّحْرِيمَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أَكْبَرُ مِنْهُ : هِيَ ابْنَتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَصَدَّقَتْهُ الْمَرْأَةُ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ ^(٨) النِّكَاحَ فَاسِدٌ مِنْ أَصْلِهِ ^(٩) ، لَا يُسْتَحَقُّ فِيهِ مَهْرٌ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ ثَبَّتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَإِنْ أَكْذَبَتْهُ ، فَالْقَوْلُ

(١) في ب : « بامرأة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ا ، ب ، م : « كذبت » .

(٤) في ا : « الرضاع » .

(٥) في ا : « أيضا » .

(٦-٦) في ب : « فإنه أعلم » .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) سقط من : ب .

١٧٩/٨ قولها ؛ لَأَنَّ قَوْلَهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ عَلَيْهَا فِي إِسْقَاطِ ^(٩) حُقُوقِهَا ، فَلَزِمَهُ إِقْرَارُهُ / فِيمَا هُوَ حَقُّ لَهُ ، وَهُوَ تَحْرِيمُهَا عَلَيْهِ ، وَفَسْخُ نِكَاحِهِ ، وَلَمْ يُقْبَلْ قَوْلُهُ فِيمَا عَلَيْهِ مِنَ الْمَهْرِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : هِيَ عَمَّتِي ، أَوْ خَالَتِي أَوْ ابْنَتِي أَخِي أَوْ أُخْتِي أَوْ أُمِّي مِنَ الرِّضَاعِ . وَأَمَكْنُ صِدْقُهُ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَالَ : هِيَ أُخْتِي . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ صِدْقُهُ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ لِأَصْغَرٍ مِنْهُ أَوْ لِمِثْلِهِ : هَذِهِ ^(١٠) أُمِّي . أَوْ لِأَكْبَرَ مِنْهُ أَوْ لِمِثْلِهِ ^(١١) : هَذِهِ ابْنَتِي . لَمْ تَحْرُمْ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو يُوسُفَ وَمُحَمَّدٌ : تَحْرُمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَقَرَّ ^(١٢) بِمَا يُحْرِمُهَا عَلَيْهِ ، فَوَجَبَ أَنْ يُقْبَلَ ، كَمَا لَوْ أَمَكَّنَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقَرَّ بِمَا تَحَقَّقَ ^(١٣) كَذِبُهُ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَرْضَعْتَنِي وَإِيَّاهَا حَوَاءً . أَوْ كَمَا لَوْ قَالَ : هَذِهِ حَوَاءٌ . وَمَا ذَكَرُوهُ مُنْتَقِضٌ بِهَذِهِ الصُّورِ ، وَيُفَارِقُ مَا ^(١٤) إِذَا أَمَكَّنَ ، فَإِنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ كَذِبُهُ ، وَالْحُكْمُ فِي الْإِقْرَارِ بِقَرَابَةٍ مِنَ النَّسَبِ تَحْرِمُهَا عَلَيْهِ ، كَالْحُكْمِ فِي الْإِقْرَارِ بِالرِّضَاعِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَاهُ .

فصل : إِذَا ادَّعَى أَنَّ زَوْجَتَهُ أَخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعِ ، فَأَنْكَرَتْهُ ، فَشَهِدَتْ بِذَلِكَ أُمُّهُ أَوْ ابْنَتُهُ ، لَمْ تُقْبَلْ شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّ شَهَادَةَ الْوَالِدَةِ لَوْلِيدِهَا ^(١٥) وَالْوَلَدِ لَوَالِدِهِ ^(١٥) غَيْرُ مَقْبُولَةٍ . وَإِنْ شَهِدَتْ بِذَلِكَ أُمُّهَا أَوْ ابْنَتُهَا ، قُبِلَتْ . وَعَنْهُ ، لَا يُقْبَلُ ؛ بِنَاءً عَلَى شَهَادَةِ الْوَالِدِ عَلَى وَلَدِهِ وَالْوَلَدِ عَلَى وَالِدِهِ . وَفِي ذَلِكَ رِوَايَتَانِ . وَإِنْ ادَّعَتْ ذَلِكَ الْمَرْأَةُ ، وَأَنْكَرَهُ الزَّوْجُ ، فَشَهِدَتْ لَهَا أُمُّهَا أَوْ ابْنَتُهَا ، لَمْ تُقْبَلْ ، وَإِنْ شَهِدَتْ لَهَا أُمُّ الزَّوْجِ أَوْ ابْنَتُهُ ، فَعَلَى رِوَايَتَيْنِ .

١٣٧٨ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ هِيَ الَّتِي قَالَتْ : هُوَ أَخِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . فَأُكْذِبَهَا ، وَلَمْ تَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَا وَصَفَتْ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ فِي الْحُكْمِ)

(٩) فِي ب : « سَقُوطٌ » .

(١٠) فِي م : « هِيَ » .

(١١) فِي أ : « مِثْلُهُ » .

(١٢) فِي أ ، م : « إِقْرَارٌ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « يَتَحَقَّقُ » .

(١٤) سَقُوطٌ مِنْ الْأَصْلِ ، أ ، ب .

(١٥-١٥) فِي م : « وَالْوَالِدُ لَوْلَدِهِ » .

وجملته أن المرأة إذا أقرت أن^(١) زوجها أخوها من الرضاعة ، فأكدبها ، لم يقبل قولها في فسخ النكاح ؛ لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ؛ لأنها تقر بأنّها لا تستحقه ، فإن كانت قد قبضته ، لم يكن للزوج أخذه منها ؛ لأنه يقر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول ، فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وتحرّمها^(٢) عليه ، ومطّاعة له في الوطء ، فلا مهر لها أيضاً ، لإقرارها بأنها زانية مطّوعة ، وإن أنكرت شيئاً من ذلك ، فلها المهر ؛ لأنه وطء بشبهة ، وهي زوجته في ظاهر الحكم ؛ لأن قولها عليه^(٣) غير مقبول ، فأما فيما^(٤) بينها وبين الله تعالى / ، فإن علمت صحة ما أقرت به ، لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها ، وعليها أن تفر منه ، وتفتدي نفسها بما أمكنها ؛ لأن وطأها زنى ، فعليها التخلّص منه مهما أمكنها ، كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثاً ، وجحدّها ذلك . وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقلّ الأمرين من المسمى أو مهر المثل ؛ لأنه إن كان المسمى أقلّ ، فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه ، وإن كان الأقل مهر المثل ، لم تستحق أكثر منه ؛ لإعترافها بأن استحقاقها 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 يطلها ، فقبل إقرارها على نفسها بتحريمه عليها . وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاع ، أو محرمة عليه برضاع أو غيره ، وأمكن صيدقه ، لم يحل له تزويجها^(٥) فيما بعد ذلك ، في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فبينى على علمه بحقيقة الحال ، على ما ذكرناه .

فصل : وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر ، أنه أقر أنه^(٥) أخو صاحبه من

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « وتحريمها » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في ١ ، ب : « تزويجها » .

(٥) سقط من : م .

الرَّضَاعَ ، فَأَنْكَرَ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ : لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَالْإِقْرَارُ مِمَّا يَطَّلَعُ عَلَيْهِ الرَّجَالُ ، فَلَمْ يَحْتَجْ فِيهِ إِلَى شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الرِّضَاعِ نَفْسِهِ .

فصل : كَرِهَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ الْارْتِضَاعَ بِلَبَنِ الْفُجُورِ وَالْمُشْرِكَاتِ . وَقَالَ عَمْرُ بْنُ الْخَطَّابِ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا : اللَّبَنُ يُشْبِهُ^(٦) ، فَلَا تَسْقِ^(٧) مِنْ يَهُودِيَّةٍ وَلَا نَصْرَانِيَّةٍ وَلَا زَانِيَةٍ^(٨) . وَلَا يَقْبَلُ^(٩) أَهْلُ الذِّمَّةِ الْمُسْلِمَةَ ، وَلَا يَرَى شُعُورَهُنَّ . وَلَأنَّ لَبَنَ الْفَاجِرَةِ رُبَّمَا أَفْضَى إِلَى شَبِّهِ الْمُرْضِيعَةِ فِي الْفُجُورِ ، وَيَجْعَلُهَا أُمًّا لَوَلَدِهِ ، فَيَتَعَيَّرُ بِهَا ، وَيَتَضَرَّرُ طَبْعًا وَتَعْيِيرًا ، وَالْارْتِضَاعُ مِنَ الْمُشْرِكَةِ يَجْعَلُهَا أُمًّا ، لَهَا حُرْمَةُ الْأُمِّ مَعَ شَرِكِهَا ، وَرُبَّمَا مَالَ إِلَيْهَا فِي مَحَبَّةٍ دِينِهَا . وَيُكْرَهُ الْارْتِضَاعُ بِلَبَنِ الْحَمَقَاءِ ، كَيْلَا يُشَبِّهَهَا الْوَلَدُ فِي الْحُمُقِ ، فَإِنَّهُ يُقَالُ : إِنَّ الرِّضَاعَ يُغَيِّرُ الطَّبَاعَ . وَاللَّهُ تَعَالَى أَعْلَمُ .

(٦) فِي أ ، ب ، م : « يَشْتَبِهُ » .

(٧) فِي ب ، م : « تَسْتَقِ » .

(٨) انظر : السنن الكبرى ٤٦٤/٧ ، وसन سعيد بن منصور ١١٦/٢ .

(٩) من القبالة ، وهي استقبال الولد عند الولادة .

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ واجبةٌ بالكتاب والسنة والإجماع ؛ أمّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾ ^(١) . ومعنى : ﴿ قُدِرَ عَلَيْهِ ﴾ أى : ضَيِّقَ عليه . ومنه قوله سبحانه : ﴿ يَنْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ ﴾ ^(٢) . أى : يُوسِّعُ لِمَنْ ^(٣) يَشَاءُ ، وَيُضَيِّقُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ . وقال الله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ ^(٤) . وأمّا السنةُ فما رَوَى جابرٌ ، أنَّ رسولَ الله ﷺ حَطَبَ النَّاسَ ، فقال : « اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ ، فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ ^(٥) بِكَلِمَةِ اللَّهِ ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . رواه مسلمٌ ، وأبو داود ^(٦) ، ورواه الترمذي ^(٧) ، بإسناده عن عمرو بن الأُخوصي ، وقال ^(٨) : « أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا ، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا ؛ فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ ، فَلَا يُوطِئَنَّ فُرْشَكُمْ مَنْ تَكْرَهُونَ ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكْرَهُونَ ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ

(١) سورة الطلاق ٧ .

(٢) سورة الرعد ٢٦ .

(٣) م : « على من » .

(٤) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٥-٥) في ١ : « بكلمات الله » . ولم يرد لفظ الجلالة في : ب ، م .

(٦) تقدم تحريجه ، في : ١٥٦/٥ .

(٧) في : باب ما جاء في حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ومن سورة التوبة ، من أبواب التفسير .

عارضة الأُخوذى ٥ / ١١١ ، ٢٢٧/١١ - ٢٣٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٥٩٤/١ .

(٨) سقطت الواو من : ب ، م .

تُحْسِنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كُسُوتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ» . وقال : هذا حديث حسنٌ صحيحٌ . وجاءت هُندُ إلى رسول الله ﷺ فقالت : يا رسول الله ، إنَّ أبا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وليس يُعْطِينِي مِنَ النِّفْقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فقال : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) . وفيه دلالةٌ على وجوبِ النِّفْقَةِ لها على زَوْجِها ، وأنَّ ذلك مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِها ، وأنَّ نِفْقَةَ وَلَدِها عليه دُونُها مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِهِمْ ، وأنَّ ذلك بِالْمَعْرُوفِ ، وأنَّ لها أن تَأْخُذَ ذلك بِنَفْسِها من غيرِ عِلْمِها إذا لم يُعْطِها إِيَّاهُ . وأمَّا الإجماعُ ، فاتفقَ أهلُ العلمِ على وجوبِ نِفْقَاتِ الزَّوْجَاتِ على أَزْوَاجِهِنَّ ، إذا كانوا بِالْغَيْنِ ، إِلَّا النَّاشِئَ مِنْهُنَّ . ذكره ابنُ المُنْذِرِ ، وغيره . وفيه ضَرْبٌ مِنَ الْعِبَرَةِ ، وهو أنَّ الْمَرْأَةَ مُحْبُوسَةٌ عَلَى الزَّوْجِ ، يَمْنَعُها مِنَ التَّصَرُّفِ وَالْاِكْتِسَابِ ، فلا بُدَّ من أن يَنْفَقَ عَلَيْها ، كالْعَبْدِ مع سَيِّدِهِ .

١٨٠/٨ ظ ١٣٧٩ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى : (وَعَلَى الزَّوْجِ / نِفْقَةُ زَوْجَتِهِ ، مَا لَا غِنَى ^(١) بِهَا عَنْهُ ^(٢) ، وَكُسُوتُهَا)

وجملة الأمر أن المرأة إذا سَلِمَتْ نَفْسَها إلى الزَّوْجِ ، على الْوَجْهِ الْوَاجِبِ عَلَيْها ، فلها عليه جميعُ حاجَتِها ؛ من مَأْكُولٍ ، وَمَشْرُوبٍ ^(٣) ، وَمَلْبُوسٍ ، وَمَسْكَنِ . قال أصحابنا : وَنَفَقَتُها مُعْتَبَرَةٌ بِحَالِ الزَّوْجَيْنِ جَمِيعًا ؛ فَإِنْ كَانَا مُوسِرَيْنِ ، ^(٤) فعليه لها ^(٥) نِفْقَةُ الْمُوسِرَيْنِ ،

(٩) أخرجه البخارى ، فى : باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون ... من كتاب البيوع ، وفى : باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفها وولدها بالمعروف ، من كتاب النفقات . صحيح البخارى ١٠٣/٣ ، ٨٥/٧ . ومسلم ، فى : باب قضية هند ، من كتاب الأفضية . صحيح مسلم ١٣٣٨/٣ ، ١٣٣٩ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب فى الرجل يأخذ حقه من تحت يده ، من كتاب البيوع . سنن أبى داود ٢٥٩/٢ ، ٢٦٠ . والنسائى ، فى : باب قضاء الحاکم على الغائب إذا عرفه ، من كتاب القضاة . المجتبى ٢١٦/٨ . وابن ماجه ، فى : باب مال للمرأة من مال زوجها ، من كتاب التجارات . سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢ . والدارمى ، فى : باب فى وجوب نفقة الرجل على أهله ، من كتاب النكاح . سنن الدارمى ١٥٩/٢ .

(١) فى ١ ، ب : « غناء » .

(٢) سقط من ١ .

(٣-٢) فى م : « فلها عليه » .

وإن كانا مُعْسِرَيْن ، فعليه نفقة المُعْسِرَيْن ، وإن كانا مُتَوَسِّطَيْن ، فلها عليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، وإن كان^(٤) أحدهما مُوسِرًا ، والآخر مُعْسِرًا ، فعليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، أيهما كان المُوسِر . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُعْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ عَلَى قَدَرِ كِفَايَتِهَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٥) . والمَعْرُوفُ الْكِفَايَةُ ، ولأنه سَوَّى بَيْنَ النَّفَقَةِ وَالْكُسْوَةِ ، وَالْكُسْوَةُ عَلَى قَدَرِ حَالِهَا ، فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ ، وقال النَّبِيُّ ﷺ لِهَنْدٍ : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(٦) . فَاعْتَبَرَ كِفَايَتَهَا دُونَ حَالِ زَوْجِهَا ، وَلأنَّ نَفَقَتَهَا وَاجِبَةٌ لِدَفْعِ حَاجَتِهَا ، فَكَانَ الْاِعْتِبَارُ بِمَا تَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَتُهَا ، دُونَ حَالِ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ ، كَنَفَقَةِ الْمَالِيكِ ، وَلأنَّه وَاجِبٌ لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ لَمْ يُقَدَّرْ ، فَكَانَ مُعْتَبَرًا بِهَا ، كَمَهْرِهَا وَكُسْوَتِهَا . وقال الشافعي : الْاِعْتِبَارُ بِحَالِ الزَّوْجِ وَخَدَهُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾^(٧) . وَلَنَا ، أَنَّ فِيمَا ذَكَرْنَاهُ جَمْعًا بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ ، وَعَمَلًا بِكَلَامِ النَّصِّينِ ، وَرِعَايَةً لِّكَلَامِ الْجَانِبَيْنِ ، فَيَكُونُ أَوَّلَى .

فصل : والنَّفَقَةُ مَقْدَرَةٌ بِالْكِفَايَةِ ، وَتُخْتَلَفُ بِاِخْتِلَافِ مَنْ تَجِبُ لَهُ النَّفَقَةُ فِي مِقْدَارِهَا . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضي : هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِمِقْدَارِ لَا يَخْتَلَفُ فِي الْقِلَّةِ وَالكَثْرَةِ ، وَالوَاجِبُ رِطْلَانِ مِنَ الْخُبْزِ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فِي حَقِّ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ ، اِعْتِبَارًا بِالْكَفَارَاتِ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَتِهِ وَجُودَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْمُوسِرَ وَالْمُعْسِرَ سَوَاءٌ فِي قَدْرِ الْمَأْكُولِ ، وَمَا^(٨) تَقُومُ بِهِ الْبِنْيَةُ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي جُودَتِهِ ، فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ الْوَاجِبَةُ . وقال الشافعي : نَفَقَةُ الْمُقْتَرِ مُدٌّ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ لِأَنَّ^(٩) أَقْلَ مَا يُدْفَعُ فِي^(٩)

(٤) في ١ ، ب ، م : « كانا » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٧) سورة الطلاق ٧ .

(٨) في الأصل ، م : « وفيه » . وفي ب : « أو ما » .

(٩) سقط من : ب .

الكفارة إلى الواحد مُدٍّ . والله سبحانه اعتبر الكفارة بالتفقة على الأهل ، فقال سبحانه : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ ^(١٠) . وعلى المוסير مُدَّان ؛ لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مُدَّنين في كفارة الأذى ، وعلى المتوسط مُدٍّ ونصف ، ونصف ^(١١) ١٨١/٨ وتفقة / الموسير ^(١٢) ونصف تفقة الفقير ^(١٣) . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « تُحْذَى مَا يَكْفِيكَ وَلِلَّذِي بِالْمَعْرُوفِ » . فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد في ذلك إليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المُدَّنين ، بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال النبي ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » ^(١٤) . وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف ، وإيجاب قدر الكفاية ، وإن كان أقل من مُدٍّ أو من رطلين خبز ، إنفاق ^(١٥) بالمعروف ، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار التفقة بالكفارة في القدر لا يصح ؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هي مُقدَّرة بالكفاية ^(١٦) ، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ، ولهذا لا يجب فيها الأدم ^(١٧) .

فصل : ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعي : الواجب فيها الحب ، اعتبارًا بالإطعام في الكفارة ، حتى لو دفع إليها دقيقًا أو سويقًا أو خبزًا ، لم يلزمها قبوله ، كما لا

(١٠) سورة المائدة ٨٩ .

(١١) في م : « ونصف » .

(١٢) في الأصل : « المعسر » .

(١٣) في ١ : « المقتر » .

(١٤) تقدم تخريجه في : ١٥٦/٥ .

(١٥) في زيادة : « بالكفاية » .

(١٦) في م : « بالكفارة » .

(١٧) الأدم : « ما يستمرأ به الخنزير » .

يَلْزَمُ ذَلِكَ الْمُسْكِينَ فِي الْكَفَّارَةِ . قَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ
وإن تَرَضِيَا ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ حِنْطَةً بِجِنْسِهَا^(١٨) مُتَفَاضِلًا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ
تَعَالَى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . قَالَ : الْخُبْزُ وَالزَّيْتُ . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ :
الْخُبْزُ وَالسَّمْنُ ، وَالْخُبْزُ وَالزَّيْتُ ، وَالْخُبْزُ وَالتَّمْرُ ، وَمَنْ أَفْضَلُ مَا تُطْعَمُونَهُنَّ الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ .
فَفَسَّرَ إطْعَامَ الْأَهْلِ بِالْخُبْزِ مَعَ غَيْرِهِ مِنَ الْأَدَمِ . وَلِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَ بِالْإِنْفَاقِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ
تَقْيِيدٍ وَلَا تَقْدِيرٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَرُدَّ إِلَى الْعُرْفِ ، كَمَا فِي الْقَبْضِ وَالْإِحْرَارِ ، وَأَهْلُ الْعُرْفِ إِنَّمَا
يَتَعَارَفُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى أَهْلِيهِمُ الْخُبْزَ وَالْأَدَمَ ، دُونَ الْحَبِّ ، وَالتَّبَيُّ عَلَيْهِ
وَصَحَابَتُهُ إِنَّمَا كَانُوا يُتَّفَقُونَ ذَلِكَ ، دُونَ مَا ذَكَرُوهُ ، فَكَانَ ذَلِكَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَلِأَنَّهَا نَفَقَةٌ
قَدَّرَهَا الشَّرْعُ بِالْكِفَايَةِ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ الْخُبْزَ ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ^(١٩) ، وَلِأَنَّ الْحَبَّ تَحْتَاجُ فِيهِ
إِلَى طَحْنِهِ وَخَبْزِهِ ، فَمَتَى احتَاجَتْ إِلَى تَكْلُفٍ ذَلِكَ مِنْ مَالِهَا لَمْ تَحْصُلِ الْكِفَايَةُ بِنَفَقَتِهِ ،
وَفَارَقَ الْإِطْعَامَ فِي^(٢٠) الْكَفَّارَةِ ، فَإِنَّهَا^(٢١) لَا تُقَدَّرُ بِالْكِفَايَةِ ، وَلَا يَجِبُ فِيهَا الْأَدَمُ . فَعَلَى هَذَا
لَوْ / طَلَبْتُ مَكَانَ الْخُبْزِ دَرَاهِمَ ، أَوْ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمَهُ بَدْلُهُ ،
وَلَوْ عَرَضَ عَلَيْهِمَا بَدَلُ الْوَاجِبِ لَهَا ، لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ وَاحِدُهُمَا
عَلَى قَبُولِهِ^(٢٢) ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ تَرَضِيَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ وَجَبَ فِي الذِّمَّةِ ،
لَا دَمِيٌّ مُعَيَّنٌ ، فَجَازَتْ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ ، كَالطَّعَامِ فِي الْقَرْضِ ، وَيُفَارِقُ الطَّعَامَ فِي
الْكَفَّارَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَيْسَ هُوَ لَادِمِيٌّ مُعَيَّنٌ ، فَيُرْضَى بِالْعَوَضِ عَنْهُ . وَإِنْ
أَعْطَاهَا مَكَانَ الْخُبْزِ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، جَازَ إِذَا تَرَضِيَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ
حَقِيقَةٍ ، فَإِنَّ الشَّارِعَ لَمْ يُعَيِّنْ^(٢٣) الْوَاجِبَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْكِفَايَةِ ، فَبَأَيِّ شَيْءٍ^(٢٤) حَصَلَتْ

١٨١/٨ ط

(١٨) فِي ١ ، م : « بِجِنْسِهِمْ » .

(١٩) فِي م : « الْعَبْدُ » .

(٢٠) فِي م : « هُم » ، خَطَأً .

(٢١) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(٢٢) فِي ب : « قَبُولُهَا » .

(٢٣) فِي ١ ، م : « يَعْتَبَرُ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

الكفاية ، كان ذلك هو الواجب ، وإنما صيرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف ، لترجيحه بكونه القوت المعتاد .

فصل : ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم ، أو نائبه ، إن لم يتراضيا على شيء ، فيفرض للمرأة^(٢٥) قدر كفايتها من الخبز والأدم ، فيفرض للموسيرة تحت الموسر^(٢٦) قدر حاجتها ، من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالهما ، وللمعسرة تحت المعسر قدر كفايتها ، من أدنى خبز البلد ، وللمتوسطة تحت المتوسط^(٢٧) من أوسطه ، لكل أحد على حسب حاله ، على ما جرت به العادة في حق أمثاله . وكذلك الأدم للموسيرة تحت الموسر قدر حاجتها من أرفع الأدم ، من اللحم والأرز واللبن ، وما يطبخ به اللحم ، والدُّهن على اختلاف أنواعه في بلدانه ؛ السمن في موضع ، والزيت في آخر ، والشحم^(٢٨) ، والشيرج^(٢٩) في آخر . وللمعسرة تحت المعسر من الأدم أدونه ، كالبقل ، والخل ، والبقل ، والكامخ^(٣٠) ، وما جرت به عادة أمثالهم ، وما يحتاج إليه من الدهن ، وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك ، من الخبز ، والأدم ، كل على حسب عادته . وقال الشافعي : الواجب من جنس قوت البلدة^(٣١) ، لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار . والأدم هو الدهن خاصة ؛ لأنه أصلح للأبدان ، وأجود^(٣٢) في المؤنة^(٣٢) ؛ لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد ، كالزيت بالشام ، والشيرج بالعراق ، والسمن بخراسان . ويعتبر

(٢٥) في انبادة : « على » .

(٢٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٧) في م : « المتوسطة » .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الشرج : زيت السمسم .

(٣٠) الكاخ : المحلات المشهية .

(٣١) في ا ، ب : « البلد » .

(٣٢-٣٢) في ا : « للمؤنة » .

قَدَرُ الْأَدَمِ بِالْقَوْتِ ، فَإِذَا قِيلَ : إِنَّ الرُّطْلَ تَكْفِيهِ الْأَوْقِيَّةُ مِنَ الدُّهْنِ . فَرَضَ ذَلِكَ . / ١٨٢/٨ و
 فِي كُلِّ يَوْمٍ جُمُعَةٍ رَطْلَ لَحْمٍ ، فَإِنْ (٣٣) كَانَ فِي مَوْضِعٍ (٣٤) يَرْخُصُ اللَّحْمُ ، زَادَهَا عَلَى
 الرُّطْلِ شَيْئًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأَدَمِ مِثْلَ هَذَا . وَهَذَا مُخَالَفٌ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ
 ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . وَمَتَى أَتَّفَقَ الْمُوسِرُ نَفَقَةَ
 الْمُعْسِرِ ، فَمَا أَتَّفَقَ مِنْ سَعَتِهِ ، وَلَا رَزَقَهَا بِالْمَعْرُوفِ . وَقَدْ فَرَّقَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ الْمُوسِرِ
 وَالْمُعْسِرِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَفِي (٣٥) هَذَا جَمَعَ بَيْنَ مَا فَرَّقَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَتَقْدِيرُ الْأَدَمِ بِمَا ذَكَرُوهُ
 تَحَكُّمٌ لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَخِلَافُ الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ بَيْنَ النَّاسِ فِي إِنْفَاقِهِمْ ، فَلَا يَعْزُجُ عَلَى مِثْلِ
 هَذَا ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَمَرَ : مِنْ أَفْضَلِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ، الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ . وَالصَّحِيحُ مَا
 ذَكَرْنَاهُ ، مِنْ رَدِّ النَّفَقَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي الشَّرْعِ إِلَى الْعُرْفِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي نَفَقَاتِهِمْ ، فِي
 حَقِّ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ وَالْمُتَوَسِّطِ ، كَمَا رَدَدْنَاهُمْ فِي الْكُسُوفَةِ إِلَى ذَلِكَ ، وَلَئِنْ النَّفَقَةَ مِنْ
 مُؤْنَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ ، فَاخْتَلَفَ جِنْسُهَا بِالْيَسَارِ (٣٦) وَالْإِعْسَارِ ، كَالْكُسُوفَةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ حُكْمُ الْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّهُمَا لَيْسَا (٣٧) بِأَحْسَنَ حَالًا
 مِنْهُ . وَمَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُتَوَسِّطِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ ،
 نِصْفُهُ مُوسِرٌ ، وَنِصْفُهُ مُعْسِرٌ .

فصل : وَيجِبُ لِلْمَرْأَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مِنَ الْمَشْطِ ، وَالذُّهْنِ لِرَأْسِهَا ، وَالسِّدْرِ ، أَوْ
 نَحْوَهُ مِمَّا تَعْسِلُ بِهِ رَأْسَهَا ، وَمَا يَعُودُ بِنَظَافَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُّ لِلتَّنْظِيفِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا
 أَنَّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ كُنْسَ الدَّارِ وَتَنْظِيفَهَا . فَأَمَّا الْخِصَابُ ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ الزَّوْجُ

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقطت الواو من : م .

(٣٦) في الأصل ، ا : « باليسار » . وفي م : « بالإيتار » .

(٣٧) في النسخ : « ليس » .

منها ، لم يلزمه ؛ لأنه يُراد للزينة ، وإن طلبه منها ، فهو عليه . وأما الطيب ، فما يُراد منه لقطع السهولة ، كدواء العرق ، لزمه ؛ لأنه يُراد للتنظيف^(٣٨) ، وما يُراد منه للتلذذ والاستمتاع ، لم يلزمه ؛ لأن الاستمتاع حق له ، فلا يجب عليه ما يدعوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ، ولا أجره الطيب ؛ لأنه يُراد لإصلاح الجسم ، فلا يلزمه ، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجره الحجام والفاسد .

فصل : تجب عليه كسوتها ، بإجماع أهل العلم ؛ لما ذكرنا من النصوص ، ولأنها ١٨٢/٨ ط لا بد منها على الدوام ، فلزمته ، / كالنفقة ، وهي معتبرة بكفايتها ، وليست مقدرة بالشرع^(٣٩) ، كما قلنا في النفقة . ووافق أصحاب الشافعي على هذا ، ويرجع في ذلك إلى اجتهد الحاكم ، فيفرض لها على قدر كفايتها ، على قدر يسرها وعسرها ، وما جرت عادة أمثالهما به ، من الكسوة ، فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر ، كنحو اجتهد في المتعة للمطلقة ، وكما قلنا في النفقة ، فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد ، من الكتان والخز والإبريسم ، وللمعسرة تحت المعسر ، غليظ^(٤٠) القطن والكتان ، وللمتوسطة تحت المتوسط ، المتوسط^(٤١) من ذلك ، فأقل ما يجب من ذلك قميص ، وسراويل ، ومقنعة ، ومداس ، وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لا غنى عنه ، دون ما للتجميل والزينة ، والأصل في هذا قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقول النبي ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه ، وقول النبي ﷺ : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » .

(٣٨) في م : « للتطيب » .

(٣٩) في ب : « في الشرع » .

(٤٠) في ١ : « غليظها » .

(٤١) سقط من ب .

فصل : وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم ، من الفراش واللحاف والوسادة ، كل^(٤٢) على حسب عادته ؛ فإن كانت ممن عادته النوم في الأكبسية والبساط ، فعليه لها النومها ما جرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط ، والزلي^(٤٣) ، والحصير الرفيع أو الحشيش ، الموسر على حسب يساره^(٤٤) ، والمعسر على قدر إعساره ، على حسب العوائد .

فصل : ويجب لها مسكن ، بدليل قوله سبحانه وتعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾^(٤٥) . فإذا وجبت السكنى للمطلقة ، فللتي^(٤٦) في صلب النكاح أولى ، قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤٧) . ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون ، وفي التصرف ، والاستمتاع ، وحفظ المتاع ، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ مَنْ وَجِدَكُمْ ﴾ . ولأنه واجب لها لمصلحتها الدوام ، فجرى مجرى النفقة والكسوة .

فصل : فإن كانت المرأة ممن لا / تخدم نفسها ؛ لكونها من ذوى الأقدار ، أو مريضة ، وجب لها خادم ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ومن العشرة بالمعروف ، أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام ، فأشبهه النفقة . ولا يجب لها أكثر من خادم واحد ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . إلا أن مالكا قال : إن كان لا يصلح

(٤٢) في زيادة : « ذلك » .

(٤٣) الزلي : نوع من البسط .

(٤٤) في ب ، م ، « يساره » .

(٤٥) سورة الطلاق ٦ .

(٤٦) في ب : « فالتى » .

(٤٧) سورة النساء ١٩ .

للمرأة^(٤٨) إلا أكثر من خادم ، فعليه أن يُنفق على أكثر من واحد . ونحوه قال أبو ثور : إذا احتَمَلَ الزَّوْجُ ذلك ، فَرَضَ لَخَادِمَيْنِ . ولنا ، أَنَّ الخَادِمَ الواحدَ يَكْفِيهَا لِنَفْسِهَا ، وَالزَّيَادَةُ تُرَادُّ لِحِفْظِ مَلِكِهَا ، أَوْ لِلتَّجَمُّلِ ، وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا ، فلا يكونُ الخَادِمُ إِلَّا مِمَّنْ يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، إِمَّا امْرَأَةً ، وَإِمَّا ذَوْ رَحِمٍ مَحْرَمٌ ؛ لِأَنَّ الخَادِمَ يَلْزَمُ الْمَخْدُومَ فِي غَالِبِ أَحْوَالِهِ^(٤٩) ، فلا يَسْلَمُ مِنَ النَّظَرِ . وهل يجوزُ أن يكونَ من أَهْلِ الْكِتَابِ ؟ فيه وَجْهَانِ . الصَّحِيحُ مِنْهُمَا جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّ اسْتِخْدَامَهُمْ مَبَاحٌ ، وقد ذكرنا فيما مَضَى أَنَّ الصَّحِيحَ إِباحَةُ النَّظَرِ لَهُمْ . والثَّانِي ، لا يجوزُ ؛ لِأَنَّ فِي إِباحَةِ نَظَرِهِمْ^(٥٠) اخْتِلَافًا ، وَتَعَاْفُهُمُ النَّفْسُ ، ولا يَنْتَظِفُونَ مِنَ التَّجَاسَةِ ، ولا يَلْزَمُ الزَّوْجُ أَنْ يَمْلِكَهَا خَادِمًا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ الْخِدْمَةَ ، فإذا حَصَلَتْ مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ ، جازَ كما أَنَّهُ إِذَا أَسْكَنَهَا دارًا بِأَجْرَةٍ جازَ ، ولا يَلْزَمُهُ تَمْلِيكُهَا مَسْكَنًا ، فَإِنْ مَلَكَهَا الخَادِمُ ، فَقَدْ زادَ خَيْرًا ، وَإِنْ أَخْدَمَهَا مَنْ يُلَازِمُ خِدْمَتَهَا مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ ، جازَ ، سواءَ كانَ لَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ ، حُرًّا كانَ أَوْ عَبْدًا . وَإِنْ كانَ الخَادِمُ لها ، فَرَضِيَتْ بِخِدْمَتِهِ لها ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى الزَّوْجِ ، جازَ . وَإِنْ طَلَبَتْ مِنْهُ أَجْرٌ^(٥١) خَادِمِهَا فَوَافَقَهَا ، جازَ . وَإِنْ قالَ : لا أُعْطِيكَ أَجْرَ هَذَا ، وَلَكِنْ أَنَا آتِيكَ بِخَادِمٍ سِوَاهُ . فَلهُ ذَلِكَ إِذَا أَتَاهَا بِمَنْ يَصْلُحُ لها^(٥٢) . وَإِنْ قالَتْ : أَنَا أَخْدِمُ نَفْسِي ، وَأَخْذُ أَجْرٌ^(٥٣) الخَادِمِ . لَمْ يَلْزَمُ الزَّوْجُ قَبُولَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْأَجْرَ عَلَيْهِ ، فَتَعَيَّنَ الخَادِمُ إِلَيْهِ ، وَلَئِنْ فِي إِخْدَامِهَا تَوْفِيرُهَا عَلَى حَقُوقِهِ ، وَتَرْفِيهِهَا ، وَرَفْعَ قَدْرِهَا ، وَذَلِكَ يَقُوتُ بِخِدْمَتِهَا لِنَفْسِهَا . وَإِنْ قالَ الزَّوْجُ : أَنَا أَخْدِمُكَ بِنَفْسِي . لَمْ يَلْزَمْهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَشِمُهُ ، وَفِيهِ غَضاضَةٌ عَلَيْهَا ، لَكُونَ زَوْجِهَا خَادِمًا . وفيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهَا الرِّضَى بِهِ ؛ لِأَنَّ الْكِفَايَةَ تَحْصُلُ بِهِ .

(٤٨) في ١ : « المرأة » .

(٤٩) في ١ : « أوقاته » .

(٥٠) في ب : « نظرها » .

(٥١) في ١ ، م : « أجرة » .

(٥٢) سقط من : ب ، م .

(٥٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

فصل : وعلى الزوج نفقة الخادم ، ومؤنته من الكسوة والنفقة ، مثل ما لامرأة المفسر ، إلا أنه لا يجب لها المشط ، والدهن لرأسها ، والسدر ؛ لأن ذلك يراد للزينة والتنظيف / ، ولا يراد ذلك من الخادم ، لكن إن احتاجت إلى خف لتخرج إلى شراء الحوائج ، لزمه ذلك .

ظ ١٨٣/٣

١٣٨٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَنَعَهَا ^(١) مَا يَجِبُ لَهَا ^(٢) ، أَوْ بَعْضَهُ ، وَقَدَرَتْ لَهُ عَلَى مَالٍ ، أَخَذَتْ مِنْهُ مَقْدَارَ حَاجَتِهَا بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِهَنْدٍ حِينَ قَالَتْ ^(٣) : إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فَقَالَ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(٤))

وجملته أن الزوج إذا لم يدفع إلى زوجته ^(٥) ما يجب لها عليه من النفقة والكسوة ، أو دفع إليها أقل من كفايتها ، فلها أن تأخذ من ماله الواجب أو تمامه ، بإذنه وبغير إذنه ؛ بدليل قول النبي ﷺ لِهَنْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . وهذا إذن لها في الأخذ من ماله بغير إذنه ، ^(٦) ورُدُّها ^(٧) إلى اجتهداها في قدر كفايتها وكفاية ولدها ، وهو مُتَنَوِّلٌ لأخذ تمام الكفاية ، فإن ظاهر الحديث دل على أنه قد كان ^(٨) يُعْطِيهَا بَعْضَ الكفاية ، ولا يَتِمُّهَا لها ، فَرَحَّصَ النَّبِيُّ ﷺ 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 ، فَرَحَّصَ لها في أخذ قدر نفقتها ، دفعًا لحاجتها ، ولأن النفقة تتجدد بتجدد الزمان شيئاً فشيئاً ، فتشقى المرافعة إلى الحاكم ،

(١-١) سقط من : ١ ، ب .

(٢) في الزيادة : « له » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٤) في م : « امرأته » .

(٥-٥) في ١ : « وردها » . وفي ب : « ورها » خطأ .

(٦) سقط من : الأصل .

والمُطالبةُ بها في كلِّ الأوقات ، فلذلك رَحَّصَ لها في أخذها بغيرِ إذنٍ منْ هـي عليه . وذكر القاضى بينها وبين^(٧) الدَّيْنِ فَرْقًا آخَرَ ، وهو أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ تَسْقُطُ بِقَوَاتٍ وَقْتَهَا عِنْدَ بعضِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، ما لم يَكُنْ الْحَاكِمُ^(٨) فَرَضَهَا لها ، فلو لم تَأْخُذْ حَقَّهَا ، أَفْضَى إِلَى سُقُوطِهَا ، وَالْإِضْرَارِ بها ، بِخِلَافِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عِنْدَ أَحَدٍ بِتَرْكِ الْمُطَالِبَةِ بِهِ^(٩) ، فَلَا يُؤَدَّى تَرْكُ الْأَخْذِ إِلَى الْإِسْقَاطِ .

فصل : وَجِبُّ عَلَيْهِ دَفْعُ نَفَقَتِهَا إِلَيْهَا فِي صَدْرِ نَهَارِ كُلِّ يَوْمٍ إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ ، لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَأْخِيرِهَا جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لها ، فَإِذَا رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِهِ جَازَ ، كَالدَّيْنِ . وَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى تَعْجِيلِ نَفَقَةِ عَامٍ أَوْ شَهْرٍ ، أَوْ أَقَلٍّ مِنْ ذَلِكَ أَوْ أَكْثَرَ ، أَوْ تَأْخِيرِهِ ، جَازَ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، لَا يَخْرُجُ عَنْهَا ، فَجَازَ مِنْ تَعْجِيلِهِ وَتَأْخِيرِهِ مَا اتَّفَقَا عَلَيْهِ ، كَالدَّيْنِ . وَلَيْسَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي هَذَا خِلَافٌ عِلْمَانَهُ . فَإِنْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ يَوْمٍ ، ثُمَّ مَاتَتْ فِيهِ ، لَمْ يَرْجَعْ عَلَيْهَا^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا / مَا وَجَبَ عَلَيْهِ دَفْعُهُ إِلَيْهَا ، وَإِنْ أَبَانَهَا بَعْدَ وَجُوبِ الدَّفْعِ إِلَيْهَا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا فِيهِ ، وَهِيَ مُطَالِبَتُهُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا قَدْ وَجَبَتْ ، فَلَمْ تَسْقُطْ بِالطَّلَاقِ ، كَالدَّيْنِ . وَإِنْ عَجَّلَ لَهَا نَفَقَةَ شَهْرٍ أَوْ عَامٍ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَتْ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ، أَوْ بَانَ بِفَسْخٍ أَوْ إِسْلَامٍ أَحَدُهُمَا أَوْ رِدَّتِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَسْتَرْجِعَ نَفَقَةَ سَائِرِ الشَّهْرِ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَبُو يُوسُفَ : لَا يَسْتَرْجِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا صِلَةٌ ، فَإِذَا قَبَضَتْهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَصَدَقَةِ التَّطَلُّوعِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهَا النَفَقَةَ سَلْفًا عَمَّا يَجِبُ فِي الثَّانِي ، فَإِذَا وَجَدَ مَا يَمْنَعُ الْوُجُوبَ ، ثَبَّتَ الرُّجُوعَ ، كَمَا لَوْ أَسْلَفَهَا^(١١) إِيَّاهَا فَتَشَرَّتْ ، أَوْ عَجَّلَ الزَّكَاةَ إِلَى السَّاعِي فَتَلَفَ مَالَهُ قَبْلَ

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ا : « به » .

(١١) في ب : « استلفها » .

الْحَوْل . وقولهم : إِنَّهَا صِلَةٌ . قلنا : بل هي عَوْضٌ عَنِ التَّمَكِينِ ، وقد فات^(١٢) التَّمَكِينُ . وذكر القاضي ، أَنَّ زَوْجَ الْوَثْنِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ ، إِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ سِنَتَيْنِ ، ثُمَّ بَانَتْ بِإِسْلَامِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَعْلَمَهَا أَنَّهَا نَفَقَةٌ عَجَّلَهَا لَهَا^(١٣) ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهَا ، وَإِنْ أَعْلَمَهَا ذَلِكَ ، اثْبَنَى عَلَى مُعَجِّلِ الزَّكَاةِ إِذَا أَعْلَمَ^(١٤) الْفَقِيرَ أَنَّهَا زَكَاةٌ مُعَجَّلَةٌ ثُمَّ تَلَفَ الْمَالُ ، وَفِي الرَّجُوعِ بِهَا وَجْهَانِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ مِثْلُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِدَفْعِ مَا لَا يَلْزَمُهُ مِنْ^(١٥) غَيْرِ إِعْلَامِ الْآخِذِ بِتَعْجِيلِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمُعَجِّلِ الزَّكَاةِ . وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ الْيَوْمِ ، فَسُرِقَتْ أَوْ تَلَفَتْ ، لَمْ يَلْزَمِهِ عَوْضُهَا ؛ لِأَنَّهُ بَرِيءٌ مِنَ الْوَاجِبِ بِدَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ الزَّكَاةُ بَعْدَ قَبْضِ السَّاعِي لَهَا ، أَوِ الدَّيْنِ بَعْدَ أَخْذِ صَاحِبِهِ لَهُ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَتَهَا ، فَلَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِيهَا بِمَا أَحَبَّتْ ، مِنَ الصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ وَالْمُعَاوِضَةِ ، مَا لَمْ يَعْذِ ذَلِكَ عَلَيْهَا بَضَرٌّ فِي بَدَنِهَا ، وَضَعْفٌ فِي جِسْمِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا ، فَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ بِمَا شَاءَتْ كَالْمَهْرِ ، وَلَيْسَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ حَقِّهِ مِنْهَا ، وَنَقْصًا فِي اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا .

فصل : وَعَلَيْهِ دَفْعُ الْكُسُوفَةِ إِلَيْهَا فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً ؛ لِأَنَّهُ^(١٦) الْعَادَةُ ، وَيَكُونُ الدَّفْعُ إِلَيْهَا فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْوُجُوبِ . فَإِنْ بَلَيْتِ الْكُسُوفَةُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يُبْلَى فِيهِ مِثْلُهَا ، لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفَةً أُخْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَإِنْ بَلَيْتِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لِكثَرَةِ دُخُولِهَا وَخُرُوجِهَا وَاسْتِعْمَالِهَا^(١٧) ، لَمْ يَلْزَمُهُ إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتِ الْحَاجَةِ إِلَى الْكُسُوفَةِ / فِي الْعُرْفِ . وَإِنْ مَضَى الزَّمَانُ الَّذِي تُبْلَى فِي مِثْلِهِ بِالْإِسْتِعْمَالِ الْمُعْتَادِ وَلَمْ

١٨٤/٣ ظ

(١٢) في ب : « فاته » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ب : « علم » .

(١٥) سقط من : أ ، م .

(١٦) في أ ، م : « لأنها » .

(١٧) في ب ، م : « أو استعمالها » .

تَبَلَّ ، فهل يَلْزُمُهُ بَدْلُهَا ؟ فيه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَلْزُمُهُ بَدْلُهَا^(١٨) ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُحْتَاجَةٍ إِلَى الْكُسُوفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزُمُهُ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِمُضَيِّ الزَّمَانِ دُونَ حَقِيقَةِ الْحَاجَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ بَلَّيْتُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَلْزُمْهُ بَدْلُهَا . وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيْهَا كُسُوفٌ ، لَمْ تَسْقُطْ كُسُوتُهَا . وَإِنْ أُهْدِيَ إِلَيْهَا طَعَامٌ فَأَكَلْتَهُ ، وَبَقِيَ قُوْثُهَا إِلَى الْغَدِ ، لَمْ يَسْقُطْ قُوْثُهَا فِيهِ . وَإِنْ كَسَاهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ تَبْلَى ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَرْجِعَهَا ؟ فِيهِ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا لِلزَّمَانِ الْمُسْتَقْبَلِ ، فَإِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ مُضِيِّهِ ، كَانَ لَهُ اسْتِرْجَاعُهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةً مُدَّةً ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الْاسْتِرْجَاعُ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا الْكُسُوفَ بَعْدَ وَجُوبِهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرُّجُوعُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا^(١٩) النَّفَقَةَ بَعْدَ وَجُوبِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَكْلِهَا ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا كُسُوتَهَا ، فَأَرَادَتْ بَيْعَهَا ، أَوْ التَّصَدَّقَ بِهَا ، وَكَانَ ذَلِكَ يَضُرُّ بِهَا ، أَوْ يُخِلُّ بِتَجَمُّلِهَا بِهَا ، أَوْ يَسْتُرُهَا ، لَمْ تَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَرَادَتْ الصَّدَقَةَ بِقُوْثِهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ ، احْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهَا ، فَأَشْبَهَتْ النَّفَقَةَ ، وَاحْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ لَهُ اسْتِرْجَاعَهَا لَوْ طَلَّقَهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ .

فصل : وَالذِّمَّةُ كَالْمُسْلِمَةِ فِي النَّفَقَةِ وَالْمَسْكَنِ وَالْكُسُوفِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِعُمُومِ التَّنْصُوصِ وَالْمَعْنَى .

١٣٨١ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا مَنَعَهَا ، وَلَمْ تَجِدْ مَا تَأْخُذُهُ ، فَاخْتَارَتْ^(١) فِرَاقَهُ ، فَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

(١٨) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٩) سقط من : ب .

(١) في ١ ، م : « واختارت » .

وجملته أن الرجل إذا منع امرأته النفقة، لعسرتة، وعدم ما ينفقه، فالمرأة مخيرة بين الصبر عليه، وبين فراقه. روى^(٢) نحو ذلك عن عمر، وعلي، وأبي هريرة. وبه قال سعيد^(٣) بن المسيب، والحسن، وعمر بن عبد العزيز، وربيعة، وحماد، ومالك، ويحيى القطان، وعبد الرحمن بن مهادي، والشافعي، وإسحاق، وأبو عبيد، وأبو ثور. وذهب عطاء، والزهرى، وابن شبرمة، وأبو حنيفة وصاحبه، إلى أنها لا تملك فراقه بذلك، ولكن يرفع يده عنها لتكتسب؛ لأنه حق لها عليه، فلا يفسخ^(٤) النكاح لعجزه عنه، كالدين. وقال العنبري: يحبس إلى أن ينفق. ولنا، قول الله تعالى: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَنٍ﴾^(٥). وليس / الإمساك مع ترك الإنفاق إمساكاً بمعروف، فيتعين التسريح. وروى سعيد^(٦)، عن سفيان، عن ابن أبي الزناد، قال: سألت سعيد بن المسيب عن الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته، أيفرق بينهما؟ قال: نعم. قلت^(٧): سنة؟ قال: سنة. وهذا ينصرف إلى سنة رسول الله ﷺ. وقال 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^(٨).

(٢) في م: «وروى».

(٣) في م: «عبيد». خطأ.

(٤) في ١: «ينفسخ».

(٥) سورة البقرة ٢٢٩.

(٦) في: باب ما جاء في الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته، من كتاب الطلاق. السنن ٥٥/٢.

كما أخرجه البيهقي، في: باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، من كتاب النفقات. السنن الكبرى ٤٦٩/٧. والإمام

الشافعي، انظر: الباب التاسع في النفقات، من كتاب الطلاق. ترتيب المسند ٦٥/٢. وابن أبي شيبة، في: باب

ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته، من كتاب الطلاق. المصنف ٢١٣/٥.

(٧) في ب، م: «قال».

(٨) أخرجه البيهقي، في: باب الرجل لا يجد نفقة امرأته، من كتاب النفقات. السنن الكبرى ٤٦٩/٧. والإمام

الشافعي، انظر: الباب التاسع في النفقات، من كتاب الطلاق. ترتيب المسند ٦٥/٢. وعبد الرزاق، في: باب

الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها، من كتاب الطلاق. المصنف ٩٣/٧، ٩٤. وابن أبي شيبة، في: باب من

قال: على الغائب نفقة ...، من كتاب الطلاق. المصنف ٢١٤/٥.

ولأنه إذا ثبت الفسخ بالعجز عن الوطء ، والضرر فيه أقل ، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه ، فلأن يثبت بالعجز عن الثقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى . إذا ثبت هذا ، فإنه متى ثبت الإعسار بالثقة على الإطلاق ، فللمرأة المطالبة بالفسخ ، من غير إنظار . وهذا أحد قولَي الشافعي . وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة قياساً على العنين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أو شهرين . وقال مالك : الشهر ونحوه . وقال الشافعي في القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ؛ لأنه قريب . ولنا ، ظاهر حديث عمر ، ولأنه معنى يثبت الفسخ ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسخ في الحال ، كالعيب ، ولأن سبب الفسخ الإعسار ، وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

فصل : وإن لم يجد الثقة إلا يوماً بيوم ، فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسخ ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه ، وقد قدر عليه . وإن وجد في أول النهار ما يغدّيها ، وفي آخره ما يعشيها ، لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها . وإن كان صانعاً يعمل في الأسبوع ما^(٩) يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله ، لم يثبت الفسخ ؛ لأن هذا يحصل الكفاية به^(١٠) في جميع زمانه . وإن تعدّر عليه الكسب في بعض زمانه ، أو تعدّر البيع ، لم يثبت الفسخ ؛ لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض ، وحصول الاكتساب . وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسخ ؛ لأن ذلك يزول عن قريب^(١١) ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس . وإن مرض مرضاً يرجى زواله في أيام يسيرة ، لم يفسخ ؛ لما ذكرناه . وإن كان ذلك يطول ، فلها الفسخ ؛ لأن الضرر الغالب يلحقها ، ولا يمكنها الصبر . وكذلك / إن كان لا يجد من الثقة إلا يوماً دون يوم ، فلها الفسخ ؛ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت . وإن أعسر ببعض ثقة المغسر ، ثبت لها الخيار ؛ لأن البدن لا يقوم بما دونها .

(٩) في ١ ، م : « بما » .

(١٠) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١١) في م : « قريب » .

وإن أعسر بما زاد على نفقة المعسر ، فلا خيار لها ؛ لأن تلك الزيادة تسقط بإعساره ، ويمكن الصبر عنها ، ويقوم البدن بما دونها . وإن أعسر بنفقة الخادم ، لم يثبت لها خيار ؛ لما ذكرنا ، وكذلك إن أعسر بالأدم . وإن أعسر بالكسوة ، فلها الفسخ ؛ لأن الكسوة لا بد منها ، ولا يمكن الصبر عنها ، ولا يقوم البدن بدونها . وإن أعسر بأجرة المسكن^(١٢) ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لها الخيار ؛ لأنه مما^(١٣) لا بد منه ، فهو كالنفقة والكسوة . والثاني ، لا خيار لها ؛ لأن البنية تقوم بدونه . وهذا الوجه هو^(١٤) الذي ذكره القاضي . وإن أعسر بالنفقة الماضية ، لم يكن لها الفسخ ؛ لأنها دين يقوم البدن بدونها^(١٥) ، فأشبهت سائر الديون . الحال^(١٦) الثاني ، أن يمتنع من الإنفاق مع يساره ؛ فإن قدر له على مال ، أخذت منه قدر حاجتها ، ولا خيار لها ؛ لأن النبي ﷺ أمر هندا بالأخذ ، ولم يجعل لها الفسخ ، وإن لم تقدر ، رافعه إلى الحاكم ، فيأمره بالإتفاق ، ويجبره عليه ، فإن^(١٧) أبي حنيفة ، فإن صبر على الحبس ، أخذ الحاكم النفقة من ماله ، فإن لم يجد إلا غرضاً أو عقاراً ، باعها^(١٨) في ذلك . وهذا قال مالك ، والشافعي ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وأبو ثور . وقال أبو حنيفة : النفقة في ماله من الدنانير والدراهم ، ولا يبيع عرضاً إلا بتسليم ؛ لأن بيع مال الإنسان لا ينفذ إلا بإذنه ، أو إذن^(١٩) وليه ، ولا ولاية على الرشيد . ولنا ، قول النبي ﷺ له : « خذ 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

(١٢) في ب ، م : « مسكن » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في م : « ذكر » .

(١٥) في أ : « بدونه » .

(١٦) في أ ، م : « قال » . خطأ .

(١٧) في الأصل : « باعه » .

(١٨) في أ : « واذن » .

حَالِ غَيْبِهِ ، وَلَهُ وَكِيلٌ ، فَحُكْمُ وَكِيلِهِ حُكْمُهُ فِي الْمُطَالَبَةِ وَالْأَخْذِ مِنَ الْمَالِ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَكِيلٌ ، وَلَمْ يَقْدِرِ الْمَرْأَةُ عَلَى الْأَخْذِ ، أَخَذَ لَهَا الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ ، وَيجوزُ بَيْعُ عَقَارِهِ وَعَرُوضِهِ فِي ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ تَجِدْ مَا تَنْفِقُ سِوَاهُ . وَيَنْفِقُ عَلَى الْمَرْأَةِ يَوْمًا بِيَوْمٍ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَيَحْيَى بْنُ آدَمَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَقْرَضُ لَهَا فِي كُلِّ شَهْرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا تَعْجِيلٌ لِلتَّفَقُّةِ قَبْلَ وُجُوبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ^(١٩) عَجَّلَ لَهَا / تَفَقُّةً زِيَادَةً عَلَى^(٢٠) شَهْرٍ . ١٨٦/٣ و

فصل : وَإِنْ غَيَّبَ مَالَهُ ، وَصَبَّرَ عَلَى الْحَبْسِ ، وَلَمْ يَقْدِرِ الْحَاكِمُ لَهُ عَلَى مَالٍ يَأْخُذُهُ ، أَوْ لَمْ^(٢١) يَقْدِرْ عَلَى اخْتِذِ التَّفَقُّةِ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَاخْتِيَارِ أَبِي الْخَطَّابِ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْفَسْخَ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ فِي الْمُعْسِرِ لَعَيْبِ الْإِعْسَارِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هُنَا ، وَلِأَنَّ الْمُوسِرَ فِي مِطْلَبَةِ إِمْكَانِ الْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ ، وَإِذَا امْتَنَعَ فِي يَوْمٍ ، فَرِيئًا لَا^(٢٢) يَمْتَنِعُ فِي^(٢٣) الْعِدِّ ، بِخِلَافِ الْمُعْسِرِ . وَلَنَا ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ فِي رِجَالٍ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ ، فَأَمَرَهُمْ أَنْ يَنْفِقُوا أَوْ يُطْلَقُوا . وَهَذَا إِجْبَارٌ عَلَى الطَّلَاقِ عِنْدَ الْامْتِنَاعِ مِنَ الْإِنْفَاقِ ، وَلِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ مُتَعَذِّرٌ^(٢٤) ، فَكَانَ لَهَا الْخِيَارُ ، كَحَالِ الْإِعْسَارِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى بِالْفَسْخِ ، فَإِنَّهُ إِذَا جَارَ الْفَسْخُ عَلَى الْمَعْذُورِ ، فَعَلِيَ غَيْرُهُ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ فِي الصَّبْرِ ضَرَرًا أَمَكْنَ إِزَالَتَهُ بِالْفَسْخِ ، فَوَجِبَتْ إِزَالَتُهُ ، وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ تَعَذُّرٌ يُجَوِّزُ الْفَسْخَ ، فَلَمْ يَفْتَرِقِ الْحَالُ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ ، كَأَدَاءِ^(٢٥) ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ فِي جَوَازِ الْفَسْخِ بَيْنَ^(٢٦) أَنْ يَكُونَ الْمَشْتَرِي مُعْسِرًا ، وَبَيْنَ أَنْ يَهْرُبَ قَبْلَ أَدَاءِ الثَّمَنِ ، وَغَيْبِ الْإِعْسَارِ إِنَّمَا جَوَّزَ

(١٩) سقط من : ١ ، م .

(٢٠) في ١ ، ب ، م : « عن » .

(٢١) في ب : « ولم » .

(٢٢-٢٣) في الأصل : « يمنع » .

(٢٣) في ب ، م : « يتعذر » .

(٢٤) في م : « كما إذا أدى » .

(٢٥) في الأصل : « من » .

الْفَسْخُ لَتَعْدُرِ الْإِنْفَاقِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اقْتَرَضَ مَا يُنْفَقُ عَلَيْهَا ، أَوْ تَبَرَّعَ لَهُ إِنْسَانٌ بِدَفْعِ مَا يُنْفَقُهُ ، لَمْ تَمْلِكِ الْفَسْخَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُنْفَقَ فِيهَا بَعْدَ هَذَا . قُلْنَا : وَكَذَلِكَ الْمُعْسِرُ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يُغْنِيَهُ اللَّهُ ، وَأَنْ يَقْتَرِضَ ، أَوْ يُعْطَى مَا يُنْفَقُهُ ، فَاسْتَوَيَا .

فصل : وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهَا دَيْنٌ ، فَأَرَادَ أَنْ يَحْتَسِبَ عَلَيْهَا بِدَيْنِهِ مَكَانَ نَفَقَتِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، فَهَذَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ فَلَهُ أَنْ يَقْضِيَهُ مِنْ أَىْ أَمْوَالِهِ شَاءَ ، وَهَذَا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ إِنَّمَا يَجِبُ فِي الْفَاضِلِ مِنْ قُوَّتِهِ ، وَهَذَا لَا يَفْضُلُ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِنْظَارِ الْمُعْسِرِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٢٦) . فَيَجِبُ إِنْظَارُهَا بِمَا عَلَيْهَا .

فصل : وَكُلُّ مَوْضِعٍ ثَبَتَ لَهَا الْفَسْخُ لِأَجْلِ التَّفَقُّعِ ، لَمْ يَجْزِ (٢٧) إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ (٢٨) ؛ لِأَنَّهُ فَسَخَ مُحْتَلَفٌ فِيهِ ، فَانْتَقَرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَالْفَسْخِ بِالْعُنَّةِ (٢٩) ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّفْرِيقُ إِلَّا أَنْ تَطْلُبَ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، فَلَمْ يَجْزِ مِنْ غَيْرِ طَلِبِهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعُنَّةِ . فَإِذَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ فَسَخٌ لَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ . وَهَذَا قَالَ / ١٨٦/٣ ظ الشافعي ، وابنُ المُنْذِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ تَطْلِيْقَةٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا إِنْ أَيْسَرَ فِي عِدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَفْرِيقٌ لِامْتِنَاعِهِ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَهُ بَيْنَ الْمُوَلَى وَامْرَأَتِهِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْفَيْئَةِ وَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فُرْقَةٌ لِعَجْزِهِ عَنِ الْوَاجِبِ لَهَا عَلَيْهِ ، أَشْبَهَتْ فُرْقَةَ الْعُنَّةِ . فَأَمَّا إِنْ أَجْبَرَهُ الْحَاكِمُ عَلَى الطَّلَاقِ ، فَطَلَّقَ أَقَلَّ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَهِيَ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنْ رَاجَعَهَا وَهُوَ مُعْسِرٌ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُمَكِّنِ الْأَخْذَ مِنْ مَالِهِ ، فَطَلَبَتِ الْمَرْأَةُ الْفَسْخَ ، فَلِلْحَاكِمِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَضَى لَهُ بَاقٍ ، أَشْبَهَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

(٢٦) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢٧) في الزيادة : « لها » .

(٢٨) في ١ : « حاكم » .

(٢٩) في الأصل : « بالغبية » .

فصل : وإن رَضِيَتْ بالمُقَامِ معه مع عُسْرَتِهِ أو تَرَكَ إِنْفَاقَهُ ، ثم بَدَأَ لها الفَسْخُ ، أو تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا عَالِمَةً بِحَالِهِ ، رَاضِيَةً بِعُسْرَتِهِ ، وَتَرَكَ إِنْفَاقَهُ ، أو شَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا ، ثم عَنَ لها الفَسْخُ ، فلها ذلك . وبهذا قال الشافعي . وقال القاضي : ظاهرُ كلامِ أحمد ، ليس لها الفَسْخُ ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ . وهو قولُ مالك ؛ لأنَّها رَضِيَتْ بِعَيْبِهِ ، وَدَخَلَتْ فِي الْعَقْدِ عَالِمَةً بِهِ ، فلم تَمْلِكِ الفَسْخَ ، كَالو تَزَوَّجَتْ عَيْنًا عَالِمَةً بِعُتْبَتِهِ ، أو قالت بعدَ الْعَقْدِ : قد رَضِيْتُ بِهِ عَيْنًا . ولنا ، أَنَّ وَجُوبَ النِّفْقَةِ يَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فَيَتَجَدَّدُ لها الفَسْخُ ، ولا يَصِحُّ إسْقَاطُ حَقِّهَا فيما لم يَجِبْ لها ، كإِسْقَاطِ شَفْعَتِهَا قَبْلَ الْبَيْعِ ، ولذلك لو أَسْقَطَتِ النِّفْقَةَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لم تَسْقُطْ ، ولو أَسْقَطَتْهَا أو أَسْقَطَتِ الْمَهْرَ قَبْلَ النِّكَاحِ لم يَسْقُطْ ، وإذا لم يَسْقُطْ وَجُوبُهَا ، لم يَسْقُطِ الفَسْخُ الثَّابِتُ بِهِ . وإنْ أَعْسَرَ بِالْمَهْرِ ، وَقُلْنَا : لها الفَسْخُ لِإِعْسَارِهِ بِهِ . فَرَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، لم يَكُنْ لها الفَسْخُ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَهُ لم يَتَجَدَّدْ ، بِخِلَافِ النِّفْقَةِ ، ولو تَزَوَّجَتْ ، عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ ، رَاضِيَةً بِذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَمْلِكِ الفَسْخَ بِإِعْسَارِهِ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا^(٣٠) رَضِيَتْ بِذَلِكَ فِي وَقْتِ لَوْ أَسْقَطَتْهُ فِيهِ سَقَطَ .

فصل : إذا رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ مع ذلك ، لم يَلْزَمُهَا التَّمَكُّينُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لم يُسَلِّمْ إِلَيْهَا^(٣١) عِرْضَهُ ، فلم يَلْزَمُهَا تَسْلِيمُهُ ، كَالو أَعْسَرَ الْمُشْتَرِي بِثَمَنِ الْمَبِيعِ ، لم يَجِبْ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ تَحْلِيلُ سَبِيلِهَا ، لِتَكْتَسِبَ لها ، وَتَحْصَلَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ فِي حَبْسِهَا بَغِيرَ نَفْقَةٍ إِضْرَارًا بِهَا . ولو كانت مُوسِرَةً ، / لم يَكُنْ لَهُ حَبْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ حَبْسَهَا إِذَا كَفَّاهَا^(٣٢) الْمُؤْنَةَ ، وَأَغْنَاهَا عَمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَى الْاسْتِمْتَاعِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَإِذَا لْتَفَى الْأَمْرَانِ ، لم يَمْلِكِ حَبْسَهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ الْإِنْفَاقَ الْوَاجِبَ لَامْرَأَةٍ^(٣٣) مُدَّةً ، لم يَسْقُطْ بِذَلِكَ ، وَكَانَتْ^(٣٤) دَيْنًا

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٣١) سَقَطَ مِنْ ب .

(٣٢) فِي ١ : « أَكْفَاهَا » .

(٣٣) فِي ١ ، م : « لِامْرَأَتِهِ » .

(٣٤) فِي ١ ، م : « وَكَانَ » .

في ذمته ، سواء تركها^(٣٥) لعذر أو غير عذر ، في أظهر الروايتين . وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . والرواية الأخرى : تسقط نفقتها ، ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها . وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأنها نفقة تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضي وقتها ، فتسقط ، كنفقة الأقارب . ولنا ، أن عمر ، رضي الله عنه ، كتب إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم بأن^(٣٦) يتفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار ، فلم يسقط بمضي^(٣٧) الزمان ، كأجرة العقار والديون . قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها . ولأنها عوض واجب ، فأشبهت الأجرة . وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لترجيح^(٣٨) الحال ، فإذا مضى زمنها^(٣٩) استغنى عنها ، فأشبه ما لو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك . إذا ثبت هذا ، فإنه إن^(٤٠) ترك الإنفاق عليها مع يساره ، فعليه النفقة بكما لها ، وإن تركها لإعساره ، لم يلزمه [إلا] نفقة المعسر ؛ لأن الزائد سقط بإعساره .

فصل : ويصح ضمان النفقة ، ما وجب منها وما يجب في المستقبل ، إذا قلنا : إنها تثبت في الذمة . وقال الشافعي : يصح ضمان ما وجب ، وفي ضمان المستقبل وجهان ، بناء على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتأمين ؟ ومبنى الخلاف على ضمان

(٣٥) في ١ ، م : « تركه » .

(٣٦) في ١ ، م : « أن » .

(٣٧) في ب : « نفقة » .

(٣٨) ترجيح الحال : تيسيره .

(٣٩) في ب : « زمن » .

(٤٠) سقط من ١ ، م .

ما لم يَجِبْ إذا كان مآله إلى الوجوب ، فعندنا يَصِحُّ ، وعندهم لا يَصِحُّ . وقد ذكرنا ذلك في باب الضمان^(٤١) .

فصل : وإن أعسرَ بِنَفَقَةِ الخادم أو الأذم أو المسكن ، ثبت ذلك في ذمته . وهذا ١٨٧/٨ ظ قال الشافعي . وقال القاضي : لا يثبت ؛ لأنه من الزوائد / ، فلم يثبت في ذمته ، كالزائد عن الواجب عليه . ولنا ، أنها نفقة تجب على سبيل العوض ، فثبت في الذمة ، كالنفقة الواجبة للمرأة قوتاً ، وفارق الزائد عن نفقة المعسر^(٤٢) ، فإنه يسقط بالإعسار .

فصل : وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قدم قبل إنفاقها ، حسب عليها ما أنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها ، أو بأمر الحاكم . وهذا قال أبو العالِيَّة ، ومحمد بن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ؛ لأنها أنفقت ما لا تستحق . وإن فضل لها شيء ، فهو لها . وإن فضل عليها شيء ، وكان لها صداق أو دين على زوجها ، حسب منه ، وإن لم يكن لها شيء من ذلك ، كان الفضل ديناً عليها ، والله أعلم .

فصل : وإن أعسرَ الزوج بالصدّاق ، ففيه ثلاثة أوجه ؛ أصحها ، ليس لها الفسخ . وهو اختيار ابن حامد . والثاني ، لها الفسخ . وهو اختيار أبي بكر ؛ لأنه أعسر بالعوض ، فكان لها الرجوع في المعوض ، كما لو أعسر بتمن مبيعها . والثالث ، إن أعسر قبل الدخول ، فلها الفسخ ، كما لو أفلس المشتري والمبيع بحاله ، وإن كان بعد الدخول ، لم تملك الفسخ ؛ لأن المعقود عليه قد استوفى ، فأشبه ما لو أفلس المشتري بعد تليف المبيع أو بعضه . ولنا ، أنه دين ، فلم يفسخ النكاح بالإعسار به ، كالنفقة الماضية ، ولأن تأخيرها ليس فيه ضررٌ مجحف ، فأشبه نفقة الخادم والنفقة الماضية ، ولأنه لا

(٤١) تقدم في : ٧٥/٧ .

(٤٢) في الأصل : « المعسرة » .

نَصَّ فِيهِ ، وَلَا^(٤٣) يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ فِي^(٤٤) الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّ مَقْصُودِ الْبَائِعِ ،
وَالْعَادَةُ تَعْجِيلُهُ ، وَالصَّدَاقُ فَضْلَةٌ^(٤٥) وَنَحْلَةٌ ، لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي النِّكَاحِ ، وَلِذَلِكَ لَا
يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِهِ ، وَلَا بِتَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَالْعَادَةُ تَأْخِيرُهُ ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَنْ يَشْتَرِي بِثَمَنِ
حَالٍ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَيْسَ الْأَكْثَرُ أَنَّ مَنْ تَزَوَّجَ بِمَهْرٍ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ
عَلَى النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تَنْدَفِعُ إِلَّا بِهَا ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ ، فَأَشْبَهُ شَيْءٌ بِهِ النَّفَقَةُ
الْمَاضِيَةُ . وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذِهِ الْجُوه . وَإِذَا^(٤٦) قُلْنَا : لَهَا الْفَسْخُ لِلْإِعْسَارِ بِهِ . فَتَزَوَّجَتْهُ
عَالِمَةٌ بِعُسْرَتِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِهِ كَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ
عَلِمَتْ عُسْرَتَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَرَضِيَتْ بِالْمَقَامِ ، سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ
بِإِسْقَاطِ / حَقِّهَا بَعْدَ وَجُوبِهِ^(٤٧) ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَتْ بِعُتْبَتِهِ^(٤٨) .

١٨٨/٨

فصل : وَنَفَقَةُ الْأُمَةِ الْمُزَوَّجَةِ حَقٌّ لَهَا وَلِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَفِعُ بِهَا ، وَلِكُلِّ
وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَبُهَا إِنْ امْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أَدَائِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إِسْقَاطَهَا ؛ لِأَنَّ فِي
سُقُوطِهَا بِإِسْقَاطِ أَحَدِهَا ضَرَرًا بِالْآخَرِ . وَإِنْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ بِهَا ، فَلَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ
عَجَزَ عَنْ نَفَقَتِهَا ، فَمَلَكَتِ الْفَسْخَ ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لِسَيِّدِهَا
الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي عَدَمِهَا ، لَمَا يَتَعَلَّقُ بِقَوَاتِهَا مِنْ قَوَاتِ مِلْكِهِ وَتَلْفِهِ ، فَإِنْ أَنْفَقَ
عَلَيْهَا سَيِّدُهَا مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ ، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ
كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّ الدِّينَ خَالِصُ حَقِّهِ ، لَا حَقَّ لَهَا فِيهِ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِالنَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ ،
لَوْجُوبِ صَرَفِهَا إِلَيْهَا ، وَقَوَامِ بَدَنِهَا بِهَا ، بِخِلَافِ الْمَاضِيَةِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ،
وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لِسَيِّدِهَا الْفَسْخُ لِعُسْرَةِ زَوْجِهَا بِالنَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، فَلَمْ
يَمْلِكْ سَيِّدُهَا الْفَسْخَ دُونَهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعَيْبِ ، فَإِنْ كَانَتْ مَعْتُوهُ ، أَنْفَقَ الْمَوْلَى ،

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « فَلَ » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٥) فِي ب : « وَصَلَةٌ » .

(٤٦) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « وَجُوبُهَا » .

(٤٨) فِي النَّسَخِ : « بَعِينُهُ » .

وتكون النفقة ديناً في ذمة الزوج ، وإن كانت عاقلة قال لها السيد : إن أردت النفقة ، فافسخي التكااح ، وإلا فلا نفقة لك عندي .

فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ، أو في تقييضها نفقتها ، فالقول قول المرأة ؛ لأنها منكبة ، والأصل معها . وإن اختلفا في التمكن الموجب للنفقة ، أو في وقته ، فقالت : كان ذلك من شهر . فقال : بل من يوم . فالقول قوله ؛ لأنه منكبة ، والأصل معه . وإن اختلفا في يساره ، فادعته المرأة^(٤٩) ليفرض لها نفقة الميسرين ، أو قالت : كنت ميسراً . وأتكر ذلك ، فإن عرف له مال ، فالقول قولها ، وإلا فالقول قوله . وهذا كله قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وإن اختلفا في فرض الحاكم للنفقة ، أو في وقتها ، فقال : فرضها منذ شهر . فقالت : بل منذ عام . فالقول قوله . وهذا قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال^(٥٠) مالك : إن كان مقيماً معها ، فالقول قوله ، وإن كان غائباً عنها ، فالقول قول المرأة من يوم رفعت أمرها إلى الحاكم . ولنا ، أن قوله يوافق الأصل ، فقدّم ، كما لو كان مقيماً معها ، وكل من قلنا^(٥١) : القول / قوله . فلخصمه عليه اليمين ؛ لأنها دعاوى^(٥٢) في المال ، فأشبهت دعوى الدين ، ولأن النبي ﷺ قال : « وليكن اليمين على المدعى عليه »^(٥٣) . وإن دفع الزوج إلى امرأته نفقة وكسوة ، أو بعث به إليها ، فقالت : إنما فعلت ذلك تبرعاً وهبة . وقال : بل وفاء للواجب على . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بنيتها ، أشبه مالو قضى دينه واختلف هو وغريمه في نيته . وإن طلق امرأته ، وكانت حاملاً فوضعت ، فقال : طلقتك حاملاً ، فانقضت عدتك بوضع الحمل ، وانقطعت نفقتك ورجعتك .

(٤٩) في الأصل بعد هذا : « والزوج » . وفي ١ ، م : « أو الزوج » . وحذفنا ذلك كله تبعاً لما في الشرح الكبير .

(٥٠) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٥١) في الأصل : « قلت » .

(٥٢) في ١ : « دعا » . وفي م : « دعاو » .

(٥٣) تقدم تخريجه ، في ٥٢٥/٦ .

وقالت : بل بعد الوضج ، فلي النفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء النفقة ، وعدم المسقط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج ؛ لإقراره بعديها . وإن رجع^(٥٤) فصَدَّقَها ، فله الرجعة ؛ لأنها مُقَرَّرَةٌ له بها . ولو^(٥٥) قال : طَلَّقْتُكِ بعد الوضج ، فلي الرجعة ، ولك النفقة . وقالت : بل وأنا حامل . فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرجعة ، ولا نفقة لها ، ولا عدة عليها ؛ لأنها حَقٌّ لله^(٥٦) تعالى ، فالقول قولها فيها . وإن عاد فصَدَّقَها ، سَقَطَتْ رَجَعَتُهُ ، وَوَجَبَ لها النفقة . هذا في ظاهر الحكم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فينبني على ما يَعْلَمُهُ من حقيقة الأمر دُونَ ما قاله .

فصل : وإن طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأته ، فادَّعَتْ أَنَّها حامل ، لتكون لها النفقة ، أَتَفَقَّ عليها ثلاثة أشهر ، ثم تُرى القَوَابِلُ بعد ذلك ؛ لأنَّ الحمل^(٥٧) يَبِينُ بعد ثلاثة أشهر ، إِلَّا أن تَظْهَرَ براءتها من الحمل بالحيض أو بغيره ، فَتَنْقَطِعَ نفقتها ، كاتِّنْقَاطِ إِذَا قال القَوَابِلُ : ليست حاملاً . ويُرجع عليها بما أَتَفَقَّ ؛ لأنها أَخَذَتْ منه ما لا تَسْتَحِقُّه ، فَرَجَعَ عليها ، كما لو ادَّعَتْ عليه دَيْنًا وَأَخَذَتْهُ منه ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُها . وعن أحمد ، رواية أُخْرَى : لا يَرْجَعُ عليها ؛ لأنه أَتَفَقَّ عليها بِحُكْمِ آثارِ النكاح ، فلم يَرْجَعْ به ، كالنفقة في النكاح الفاسد^(٥٨) إِذَا تَبَيَّنَ فساده . وإن عَلِمَتْ براءتها من الحمل بالحيض ، فَكَتَمَتْه ، فينبغي أن يَرْجَعَ عليها ، قولاً واحداً ؛ لأنها أَخَذَتْ^(٥٩) النفقة مع عِلْمِها بِبِرَائَتِهِ^(٦٠) منها^(٦١) ، كما لو أَخَذَتْها من ماله بغير عِلْمِهِ . وإن ادَّعَتْ الرَّجْعِيَّةُ الحَمْلَ ، فَأَتَفَقَّ عليها أَكْثَرَ من مُدَّةِ عِدَّتِها ، رَجَعَ عليها بِالزِّيَادَةِ ، وَيَرْجَعُ في مُدَّةِ الْعِدَّةِ إليها ؛ لأنها أَعْلَمُ بها ، فالقول قولها

(٥٤) في ١ ، ب ، م : « راجع » .

(٥٥) في م : « وإن » .

(٥٦) في ب ، م : « الله » .

(٥٧) في ١ : « الحامل » .

(٥٨) سقط من : ب .

(٥٩) في ب ، م : « أخذ » .

(٦٠) في الأصل : « براءته » . وفي م : « براءتها » .

(٦١) سقط من : م .

١٨٩/٨ فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حيضي ، ولم أدِرْ ما رفعه . فعَدَّتْهَا / سَنَةً إن كانت حُرَّةً . وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قُرُوءٍ . وذكرت آخرها ، فلها النِّفَقَةُ إلى ذلك ، ويَرْجِعُ عليها بالزَّائِدِ . وإن قالت : لا أدري متى آخرها . رَجَعْنَا إلى عَادَتِهَا ، فحَسَبْنَا لها بها . وإن قالت : عادتي تختلف فتطول وتقصُر . انقضت العِدَّةُ ^(٦٢) بالأقصر ؛ لأنَّه اليَقِينُ . وإن قالت : عادتي تختلف ، ولا أعلم . رَدَدْنَا إلى غالبِ عاداتِ النِّسَاءِ ، في كُلِّ شَهْرٍ قُرْءٌ ؛ لأنَّا رَدَدْنَا الْمُتَحَيِّرَةَ إلى ذلك في أحكامها ، فكذلك هذه . وإن بانَ أنَّها حَامِلٌ من غيره ، مثل أن تلده ^(٦٣) لأكثر من ^(٦٤) أربع سِنِينَ ، فلا نَفَقَةَ عليه لِمُدَّةِ حَمْلِهَا ؛ لأنَّه من غيره . وإن كانت رَجْعِيَّةً ، فلها النِّفَقَةُ في مُدَّةِ عِدَّتِهَا ، فإن كانت ^(٦٥) انقضت قبل حَمْلِهَا ، فلها النِّفَقَةُ إلى انقضاءها ، وإن حَمَلَتْ في أثناء عِدَّتِهَا ، فلها النِّفَقَةُ إلى الوَطْءِ الذي حَمَلَتْ ، ثم لا نَفَقَةَ لها حتى تَضَعَ حَمْلَهَا ، ثم تكون لها النِّفَقَةُ في تمامِ عِدَّتِهَا . وإن وطئها زوجها ^(٦٦) في العِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ ، حَصَلَتِ الرَّجْعَةُ . وإن قلنا : لا تَحْصُلُ . فالنِّسْبُ لِحَقِّ به ، وعليه النِّفَقَةُ لِمُدَّةِ حَمْلِهَا . وإن وطئها بعد انقضاء عِدَّتِهَا ، أو وطئ البائِنَ ، عالمًا بذلك وبِتَحْرِيمِهِ ، فهو زَنِيٌّ ، لا يَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَلَدِ ، ولا نَفَقَةُ عليه من أَجَلِهِ . وإن جهَلَ بَيِّنَتَها ، أو انقضاء ^(٦٧) عِدَّةِ الرَّجْعِيَّةِ ، أو تحريم ^(٦٨) ذلك وهو مَمَّنْ يَجْهَلُهُ ، لِحَقِّه نَسَبُهُ ، وفي وُجُوبِ النِّفَقَةِ عليه روايتان .

١٣٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُجْبَرُ الرَّجُلُ عَلَى نَفَقَةِ وَالِدَيْهِ ، وَوَلَدِهِ ، الذُّكُورِ وَالْإِنَاثِ ، إِذَا كَانُوا فَقَرَاءَ ، وَكَانَ ^(١) لَهُ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ)

(٦٢) سقط من : ب .

(٦٣-٦٤) في أ ، ب ، م : « تلده بعد » .

(٦٤) في ب زيادة : « قد » .

(٦٥) في ب : « زوجة » .

(٦٦) في ب : « وانقضاء » .

(٦٧) في ب : « وتحريم » .

(٦٨) في ب : « النسب » .

(١) سقط من : الأصل .

الأصل في وجوب نفقة الوالدين والمولودين الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْضَعْنَ لَهُنَّ الْجُورَهُنَّ ﴾ ^(١) . أوجب أجر رضاع الولد على أبيه ، وقال سبحانه : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٢) . وقال سبحانه : ﴿ وَقَضَىٰ رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ ^(٣) . ومن الإحسان الإنفاق عليهما عند حاجتهما . ومن السنة قول النبي ﷺ لهند : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . متفق عليه ^(٤) . وروى عائشة ، أن النبي ﷺ قال : « إِنَّ أَطْيَبَ / مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ » . رواه أبو داود ^(٥) . وأما الإجماع ، فحكى ابن المنذر ، قال : 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 ، فكما يجب عليه أن ينفق على نفسه وأهله ، كذلك على بعضه وأصله . إذا ثبت هذا ، فإن الأم تجب نفقتها ، ويجب عليها أن تنفق على ولدها إذا لم يكن له أب . وهذا قال أبو حنيفة ، والشافعي . وحكى عن مالك ، أنه لا نفقة عليها ، ولا لها ؛ لأنها ليست عصبه لولدها . ولنا ، قوله سبحانه : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ . وقال النبي ﷺ لرجل سأل : من أبر ؟ قال : « أُمُّكَ ، ثُمَّ أُمُّكَ ، ثُمَّ أُمُّكَ ، ثُمَّ أَبَاكَ ، ثُمَّ الْأَقْرَبُ فَلَا قَرَبَ » رواه أبو داود ^(٦) ، ولأنها أحد الوالدين ، فأشبهت الأب ، ^(٧) ولأن بينهما قرابة توجب رد الشهادة ، ووجوب العتق ، فأشبهت الأب ^(٨) . فإن أعسر الأب ، وجبت النفقة على الأم ، ولم ترجع بها عليه إن أيسر . وقال

١٨٩/٨ ظ

-
- (٢) سورة الطلاق ٦ .
 (٣) سورة البقرة ٢٣٣ .
 (٤) سورة الإسراء ٢٣ .
 (٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .
 (٦) تقدم تخريجه في ٢٦٣/٨ .
 (٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٨/٤ .
 (٨-٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

أبو يوسف ومحمد : تَرَجُّعُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ وَجِبَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ بِالْقَرَابَةِ ، لَمْ يَرَجِعْ بِهِ ، كَالْأَبِ .

فصل : وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَى الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَإِنْ عَلَوْا ، وَوَلَدِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلُوا . وبذلك قال الشافعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِمْ وَلَا لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ لَيْسَ بِأَبٍ حَقِيقِيٍّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ سَبْحَانَهُ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٩) . وَلَأنَّهُ يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ اسْمِ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ^(١٠) ، بِدَلِيلِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ ﴾ ^(١١) . فَيَدْخُلُ فِيهِمْ وَلَدُ الْبَيْنِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُؤْيِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(١٢) . وَقَالَ : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾ ^(١٣) . وَلَأنَّ بَيْنَهُمَا قَرَابَةٌ تُوجِبُ الْعِتْقَ وَرَدَّ الشَّهَادَةِ ، فَأَشْبَهَ الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ الْقَرِيبَيْنِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْإِنْفَاقِ ثَلَاثَةُ شُرُوطٍ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونُوا فَقَرَاءَ ، لَا مَالَ لَهُمْ ، وَلَا كَسْبَ يَسْتَعْنُونَ ^(١٤) بِهِ عَنْ إِنْفَاقٍ غَيْرِهِمْ ، فَإِنْ كَانُوا مُوسِرِينَ بِمَالٍ أَوْ كَسَبٍ يَسْتَعْنُونَ بِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ ، ^(١٥) وَالْمُوسِرُ مُسْتَعْنٍ عَنِ الْمُوَاسَاةِ ^(١٦) . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ مَا يَنْفِقُ عَلَيْهِمْ ، فَاضِلًا / عَنْ نَفَقَةِ نَفْسِهِ ، إِمَّا مِنْ مَالِهِ ، وَإِمَّا مِنْ كَسْبِهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا يُفْضَلُ عَنْهُ شَيْءٌ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيُنِدْأَ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ فَضَّلَ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ » ^(١٧) .

(٩) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) سورة الحج ٧٨ .

(١٣) في الأصل : « يستعينون » .

(١٤-١٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥) أخرجه مسلم ، في : باب الابتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم

٦٩٣/٢ ، وأبو داود ، في : باب في بيع المدبر ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ . والنسائي ، في : باب أي =

وفي لَفْظٍ : « اَبْدَأْ^(١٦) بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ بِمَنْ تَعُولُ »^(١٧) . حديثٌ صحيحٌ . وروى أبو هريرة ، أنَّ رجلاً جاء إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقال : يا رسولَ الله ، عندى ^(١٨) دينارٌ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى نَفْسِكَ » . قال : عندى ^(١٩) آخرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى رَجُلِكَ »^(٢٠) . قال : عندى وَلَدِكَ » . قال : عندى آخرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى خَادِمِكَ » . قال : عندى آخرُ . قال : « أَنْتَ أَبْصَرُ »^(٢١) . رواه أبو داود^(٢٢) ، ولأنَّها مُوَاسَاةٌ ، فلا تَجِبُ على الْمُحْتَاجِ ، كالزَّكَاةِ . الثالث ، أن يكونَ الْمُنفِقُ وَاِثْرًا ؛ لقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٢٣) . ولأنَّ بَيْنَ الْمُتَوَارِثِينَ قَرَابَةٌ تَقْتَضِي كَوْنَ الْوَارِثِ أَحَقَّ بِمَالِ الْمَوْرُوثِ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَخْتَصَّ بِوُجُوبِ صَلَاتِهِ بِالنَّفَقَةِ دُونَهُمْ ، فإن لم يكنْ وَاِثْرًا لَعَدَمِ الْقَرَابَةِ ، لم تَجِبْ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ لَدَلِكِ . وإن اِمْتَنَعَ الْمِيرَاثُ مع وُجُودِ الْقَرَابَةِ ، لم يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ أَحَدُهُمَا رَقِيقًا ، فلا نفقةَ لأحدهما على صاحبه ، بغيرِ خِلَافٍ^(٢٤) ؛ لأنَّه لا وِلَايَةَ بَيْنَهُمَا ولا إِرْثَ ، فَأَشْبَهَا^(٢٥) الْأَجْنَبِيَّينَ ، ولأنَّ الْعَبْدَ لا مَالَ لَهُ فَتَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وَكَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَيَسْتَعْنِي بِهَا عَنْ نَفَقَةٍ غَيْرِهِ . الثاني ، أن يكونَ دِينُهُمَا مَخْتَلِفًا ، فلا نفقةَ لأحدهما على صاحبه . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي عَمُودِي النَّسَبِ رَوَاتَيْنِ ؛

-
- =الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب بيع المدير ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥/٥٢ ، ٧/٢٦٧ ، ٢٦٨ .
والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٠٥ .
(١٦) في الأصل : « ابتدئ » .
(١٧) انظر ما تقدم في حاشية ٤/١٥٠ ، ٢٦٤ .
(١٨-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .
(١٩) في ١ : « زوجته » .
(٢٠) في الأصل زيادة : « به » .
(٢١) تقدم تخريجه ، في : ٤/٣٠٩ .
(٢٢) سورة البقرة ٢٣٣ .
(٢٣) سقط من : ب .
(٢٤) في الأصل ، م : « فأشبهه » .

إحداهما ، تجبُ النَّفَقَةُ مع اختلافِ الدِّينِ . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنَّها نفقةٌ تجبُ مع اتفاقِ الدِّينِ ، فتجبُ مع اختلافِهِ ، كنفقةِ الزَّوْجَةِ والمملوكِ^(٢٥) ، ولأنَّه يعتقُ^(٢٦) على قَرِيبِهِ ، فيجبُ عليه الإِنْفَاقُ عليه ، كما لو اتَّفَقَ دِينُهُما . ولنا ، أنَّها مُواساةٌ على سَبِيلِ البرِّ والصِّلَةِ ، فلم تجبُ مع اختلافِ الدِّينِ ، كنفقةِ غيرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، ولأنَّهما غيرُ مُتَوَارِثَيْنِ ، فلم يجِبْ لأحدهما على الآخرِ نفقةٌ^(٢٧) بالقرابة ، كما لو كان أحدهما رقيقاً ، وتُفَارِقُ نَفَقَةُ الزَّوْجَاتِ ؛ لأنَّها عَوْضٌ يجِبُ مع الإِغْسَارِ ، فلم يُنافِها اختلافُ الدِّينِ ، كالصَّدَاقِ والأُجْرَةِ ، وكذلك تجبُ مع الرِّقِّ فيهما أو في أحدهما ، وكذلك / نفقةُ المَمَالِيكِ ، والعَتَقُ عليه يَبْطُلُ بسائرِ^(٢٨) ذَوِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ ، فإنَّهم يَعْتَقُونَ مع اختلافِ الدِّينِ ،^(٢٩) وَلَا نَفَقَةُ لَهْمَ معه ، ولأنَّ هذه صِلَةٌ ومُواساةٌ ، فلا تجبُ مع اختلافِ الدِّينِ^(٣٠) ، كأداءِ زَكَاتِهِ إليه ، وعَقْلِهِ عنه ، وإِزْرَتِهِ مِنْهُ . الثالثُ ، أن يكونَ القَرِيبُ مَحْجُوباً عن الميراثِ بِمَنْ هو أَقْرَبُ مِنْهُ ، فيَنْظَرُ ؛ فإن كانَ الأَقْرَبُ مُوسِراً ، فالنَّفَقَةُ عليه ، ولا شَيْءَ على المَحْجُوبِ بِهِ ، لأنَّ الأَقْرَبَ أَوْلَى بالميراثِ مِنْهُ ، فيكونُ أَوْلَى بالإِنْفَاقِ ، وإن كانَ الأَقْرَبُ مُعْسِراً ، وكانَ مَنْ يُنْفِقُ عليه من عَمُودِي النَّسَبِ ، وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ على المُوسِرِ . وذكرَ القاضي ، في أبِ مُعْسِرٍ وَجَدَ مُوسِراً ، أنَّ النَّفَقَةَ على الجَدِّ . وقال ، في أمِّ مُعْسِرَةٍ وَجَدَتْهُ مُوسِرَةً : النَّفَقَةُ على الجَدَّةِ . وقد قال أحمدُ : لا يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إلى وَلَدِ ابْنَتِهِ ؛ لقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ »^(٣١) . فَسَمَّاهُ ابْنَهُ ، وهو ابْنُ ابْنَتِهِ ، وإذا مُنِعَ مَنْ دَفَعَ الزَّكَاةَ إِلَيْهِمْ لِقَرَابَتِهِمْ ، يَجِبُ أَنْ تَلْزِمَهُ نَفَقَتُهُمْ عِنْدَ حَاجَتِهِمْ . وهذا مذهبُ الشافعي . وإن كانَ من غيرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، لم تجبِ النَّفَقَةُ عليه إذا كانَ

(٢٥) في ب ، م : « والمملوكه » .

(٢٦) في الأصل : « حق » .

(٢٧) في ا ، ب ، م : « نفقته » .

(٢٨) في الأصل : « سائر » .

(٢٩) ٢٩-٢٩ سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٠) تقدم تخريجه ، في : ٩٨/٤ .

مَحْجُوبًا . قال القاضي ، وأبو الخطَّاب ، في ابن فقير وأخ مُوسى : لا تَفَقَّةَ عليهما ؛ لأنَّ الابن لا تَفَقَّةَ عليه لِعُسْرَتِهِ ، والأخ لا تَفَقَّةَ عليه لِعَدَمِ إِرْثِهِ ، ولأنَّ قَرَابَتَهُ ضَعِيفَةٌ لَا تَمْنَعُ شَهَادَتَهُ لَهُ ، فإذا لم يَكُنْ وَاِرْثًا لم تَحِبَّ عليه التَّفَقُّةُ ، كَذَوَى الرَّحِمِ . وَيَتَخَرَّجُ فِي كُلِّ وَارِثٍ ، لَوْلَا الْحَبْجُ ، إذا كَانَ مَنْ يَحْبِبُهُ مُعْسِرًا وَجِهَانٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تَفَقَّةَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَارِثٍ ، أَشَبَّهَ الْأَجَنَبِيَّ . والثَّانِي ، عَلَيْهِ التَّفَقَّةُ ؛ لِوُجُودِ الْقَرَابَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْإِرْثِ وَالْإِنْفَاقِ ، وَالْمَانِعُ مِنَ الْإِرْثِ لَا يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ لَا يُمْكِنُ الْإِنْفَاقُ ، فَوُجُودُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِنْفَاقِ كَعَدَمِهِ .

فصل : فَأَمَّا ذَوُو الْأَرْحَامِ الَّذِينَ لَا يَرْتُونَ بِفَرْضٍ وَلَا تَعْصِيَةٍ ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، فَلَا تَفَقَّةَ عَلَيْهِمْ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : الْحَالَةُ وَالْعَمَّةُ لَا تَفَقَّةَ عَلَيْهِمَا . قال القاضي : لَا تَفَقَّةَ لَهُمْ رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ ضَعِيفَةٌ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَ مَالَهُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَارِثِ ، فَهَمَّ كَسَائِرُ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنَّ الْمَالَ يُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَارِثٌ ، وَذَلِكَ الَّذِي يَأْخُذُهُ بَيْتُ الْمَالِ ، وَلِذَلِكَ يُقَدَّمُ الرَّدُّ عَلَيْهِمْ . / وقال أبو الخطَّابِ : يُخَرَّجُ فِيهِمْ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ التَّفَقَّةَ تَلْزَمُهُمْ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَاتِ وَذَوَى الْفُرُوضِ ؛ لِأَنَّهُمْ وَارِثُونَ فِي تِلْكَ الْحَالِ . قال ابنُ أَبِي مُوسَى : هَذَا يَتَوَجَّهُ عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْهُ . فَأَمَّا عَمُودُ النَّسَبِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ ، سَوَاءً كَانُوا مِنْ ذَوَى الْأَرْحَامِ ، كَأَبِي (٣١) الْأُمِّ وَابْنِ الْبِنْتِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَسَوَاءً كَانُوا مَحْجُوبِينَ أَوْ وَارِثِينَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ قَرَابَةٌ جُزْئِيَّةٌ وَبَعْضِيَّةٌ ، وَتَقْتَضِي رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَتَمْنَعُ جَرْيَانَ الْقِصَاصِ عَلَى الْوَالِدِ بِقَتْلِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَقَلَ ، فَأَوْجَبَتِ التَّفَقَّةَ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، كَقَرَابَةِ الْأَبِ الْأَذْنَى .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ تَفَقُّةِ الْوَالِدَيْنِ وَالْمَوْلُودِينَ نَقْصُ الْخِلْفَةِ ، وَلَا نَقْصُ الْأَحْكَامِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ نَفَقَتَهُمْ مُطْلَقًا إِذَا

(٣١) ق م : « كَأَبِ » .

كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم . وقال القاضي : لا يشترط في الوالدين . وهل يشترط ذلك في الولد ؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين ؛ إحداهما ، تلزم^(٣٢) نفقته ؛ لأنه فقير . والثانية ، أنه^(٣٣) 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 في من لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيدنه . وقال الشافعي : يشترط نقصانه ، إما من طريق الحكم ، أو من طريق الخلقة . وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحاً ، انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج^(٣٤) . ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ، ويدخل بهن الأزواج ، ثم لا نفقة لهن ، وإن طلقن ، ولو^(٣٥) طلقن^(٣٦) قبل البناء بهن ، فهن على نفقتهن . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف » . لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحاً ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني ، كما لو كان زماً أو مكفوفاً ، فأما الوالد ، فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحاً إذا لم يكن ذا ١٩١/٨ ط كسب ، وللشافعي في ذلك قولان . ولنا أنه / والد محتاج ، فأشبهه الزمن .

فصل : ومن كان له أب من أهل الإنفاق ، لم تجب نفقته على سواه ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُمَّهَاتَهُنَّ ﴾ . وقال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ . وقال النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف » . فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف في هذا نعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعي ، فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسيران ، وجهين ؛ أحدهما ، أن النفقة على الأب وحده . والثاني ، عليهما جميعاً ؛ لتساويهما في القرب . ولنا ، أن النفقة على الأب منصوص عليها ، فيجب اتباع النص ، وترك ما عداه .

(٣٢) في م : « تلزمه » .

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) في الأصل ، ١ : « تزوج » .

(٣٥) في ب : « أو » .

(٣٦) سقط من : ب .

فصل : وَيَلْزَمُ الرَّجُلَ إِعْغَافُ أَبِيهِ ، إِذَا احتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي . ولهم في إِعْغَافِ الأبِ الصَّحِيحِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ . ^(٣٧) وقال أبو حنيفة : لَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ إِعْغَافُ أَبِيهِ ، سواءَ وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ أَوْ لَمْ تَجِبْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الْمَلَادِّ ، فَلَمْ تَجِبْ لِلأَبِ ، كَالْحُلُوءِ ، وَلَأنَّهُ أَحَدُ الأبَوَيْنِ ، فَلَمْ يَجِبْ ^(٣٧) لَهُ ذَلِكَ ^(٣٨) كَالأُمِّ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا تَدْعُو حَاجَتُهُ إِلَيْهِ ، وَيَسْتَضِرُّ بِفَقْدِهِ ، فَلَزِمَ ابْنُهُ لَهُ ، كَالنَّفَقَةِ ، وَلَا يُشَبِّهُ الْحُلُوءَ ؛ لِأنَّهُ لَا يَسْتَضِرُّ بِفَقْدِهَا ، وَإِنَّمَا يُشَبِّهُ الطَّعَامَ وَالْأَدَمَ ، وَأَمَّا الأُمُّ فَإِنَّ ^(٣٩) إِعْغَافَهَا إِنَّمَا هُوَ تَرْوِيحُهَا ^(٣٩) . إِذَا طَلَبْتَ ذَلِكَ ، وَخَطَبَهَا كُفُّوْهَا ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِوُجُوبِ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، وَهَمَّ يَوَاقُوتُنَا فِي ذَلِكَ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ إِعْغَافُ مَنْ لَزِمَتْ نَفَقَتُهُ مِنَ الآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، فَإِنْ اجْتَمَعَ جَدَّانِ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا إِعْغَافُ أَحَدِهِمَا ، قُدِّمَ الْأَقْرَبُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِنْ جِهَةِ الأبِ وَالْآخَرُ مِنْ جِهَةِ الأُمِّ ، فَيُقَدِّمُ الَّذِي مِنْ جِهَةِ الأبِ وَإِنْ بَعُدَ ؛ لِأنَّهُ عَصَبَةٌ ، وَالشَّرْعُ قَدْ اعْتَبَرَ جِهَتَهُ فِي التَّوْرِيثِ وَالتَّعْصِيبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ وَالِاسْتِحْقَاقِ .

فصل : وَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ إِعْغَافُ أَبِيهِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ زَوْجَهُ حُرَّةً ، وَإِنْ شَاءَ مَلَكَةً أَمَةً ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَا يَتَزَوَّجُ بِهِ حُرَّةً أَوْ يَشْتَرِي بِهِ أَمَةً ، وَلَيْسَ لِلأَبِ التَّخْيِيرُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنْ الأبُ إِذَا عَيَّنَ امْرَأَةً ، وَعَيَّنَ الابْنَ أُخْرَى ، وَصَدَّقَهُمَا وَاحِدًا ، قُدِّمَ تَعْيِينُ الأبِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَهُ ، وَالْمُؤَنَّةَ وَاحِدَةً ، فَقُدِّمَ قَوْلُهُ كَمَا لَوْ عَيَّنَتِ الْبَنْتُ كُفُّوْهَا ، وَعَيَّنَ الأبُ كُفُّوْهَا ، لَقُدِّمَ ^(٤٠) تَعْيِينُهَا . / وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ ، لَمْ يَلْزَمِ الابْنَ الْأَكْثَرُ ؛ لِأنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ أَقْلُ مَا تَحْصُلُ بِهِ الْكَفَايَةُ ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ أَوْ يُمْلِكَهُ قَبِيحَةً أَوْ كَبِيرَةً لَا اسْتِمْتَاعَ فِيهَا ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ أَمَةً ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ ، وَهُوَ إِزْوَاقُ وَلَدِهِ ، وَالتَّقْصُّ فِي اسْتِمْتَاعِهِ .

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩-٣٩) في ب ، م : « فَإِنَّمَا إِعْغَافُهَا بِتَرْوِيحِهَا » .

(٤٠) في م : « يَقْدَمُ » .

وإن رَضِيَ الأبُ بذلك لم يَعْزُ ، لأنَّ الضررَ يَلْحَقُ بغيرِهِ ، وهو الولدُ ، ولذلك لم يَكُنْ للمُوسِرِ أن يَتَزَوَّجَ أُمَّةً . وإذا زَوَّجَهُ زوجةً أو مَلَكَه أُمَّةً ، فعليه نَفَقَتُهُ ونَفَقَتُهَا . ومتى أُيسَرَ الأبُ ، لم يَكُنْ للولدِ اسْتِرْجَاعُ ما دَفَعَهُ إليه ، ولا عِوَضُ ما زَوَّجَهُ به ؛ لأنَّه دَفَعَهُ إليه في حَالِ وُجُوبِهِ عليه ، فلم يَمْلِكِ اسْتِرْجَاعَهُ ، كالزَّكَاةِ . وإن زَوَّجَهُ أو مَلَكَه أُمَّةً^(٤١) فَطَلَّقَ الزَّوْجَةَ أو أَعْتَقَ الأُمَّةَ ، لم يَكُنْ عليه^(٤٢) أن يُزَوِّجَهُ أو يُمْلِكَهُ ثَانِيًا ؛ لأنَّه قَوَّتَ ذلك على نَفْسِهِ . وإن مَاتَتْ ، فعليه إِعْغَافُهُ ثَانِيًا ؛ لأنَّه لا صُنْعَ لَهُ في ذلك .

فصل : قال أصحابنا : وعلى الأبِ إِعْغَافُ ابْنِهِ إذا كانت عليه نَفَقَتُهُ ، وكان مُحْتَاجًا إلى إِعْغَافِهِ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . وقال بعضهم : لا يَجِبُ ذلك عليه . ولنا ، أَنَّهُ من عَمُودَى نَسَبِهِ ، وَلَزِمَهُ نَفَقَتُهُ ، فَلَزِمَهُ^(٤٣) إِعْغَافُهُ عِنْدَ حاجَتِهِ إليه ، كَأَيِّهِ . قال القاضي : وكذلك يَجِبُ في كُلِّ مَنْ لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ ؛ من أَخٍ ، أو عَمٍّ^(٤٤) ، أو غيرِهِم ؛ لأنَّ أَحْمَدَ قد نَصَّ في الْعَبْدِ : يَلْزِمُهُ أن يُزَوِّجَهُ إذا طَلَبَ ذلك ، وإلَّا بَيْعَ عليه . وكُلٌّ من لَزِمَهُ إِعْغَافُهُ ، لَزِمَتْهُ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ ؛ لأنَّه لا يَتِمَكَّنُ من الإِغْفَافِ إلَّا بذلك . وقد رَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لا يَلْزَمُ الأبُ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الابْنِ . وهذا محمولٌ على أن الابنَ كان يَجِدُ نَفَقَتَهَا .

١٣٨٣ - مسألة : قال : (وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ، أُجِبَ وَارِثُهُ عَلَى نَفَقَتِهِ ، عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ مِنْهُ)

ظاهرُ المذهبِ أن النِّفَقَةَ تَجِبُ على كُلِّ وارِثٍ لِمَوْرُوثِهِ ، إذا اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ الَّتِي تَقَدَّمَ^(١) ذَكَرْنَاهَا^(١) . وبه قال الحسنُ ، ومُجَاهِدٌ ، والنَّحْعِيُّ ، وقَتَادَةُ ، والحسنُ

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في الأصل : « له » .

(٤٣) في ب ، م : « فيلزمه » .

(٤٤) في الأصل ، ب ، م : « وعم » .

(١-١) في ب : « ذكرها » .

ابن^(٢) صالح ، وابن أبي ليلى ، وأبو ثور . وحكى ابن المنذر ، عن أحمد ، في الصبي المُرَضَّع لأب له^(٣) ولا جد ، نفقته وأجر رضاعه على الرجال دون النساء . وكذلك روى بكر بن محمد ، عن أبيه ، عن أحمد : النفقة على العصباء . وبه قال الأوزاعي ، وإسحاق . / وذلك لما روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قضى على بني عم منقوس بنفقتهم^(٤) . احتج به أحمد . وقال ابن المنذر : روى عن عمر أنه حبس عصبه ينفقون^(٥) على صبي ، الرجال دون النساء^(٥) . ولأنها مواساة ومعونة تختص القرابة ، فاختصت^(٦) بها العصباء^(٦) ، كالعقل . وقال أصحاب الرأي : تجب النفقة على كل ذي رحم محرّم ، ولا تجب على غيرهم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَىٰ بِبَعْضٍ فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(٧) . وقال مالك ، والشافعي ، وابن المنذر : لا نفقة إلا على المولودين والوالدين ؛ لأن النبي ﷺ^(٨) قال لرجل^(٨) سأله : عندي دينار ؟ قال : « أنفقته على نفسك » . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقته على ولدك »^(٩) . قال : عندي آخر ؟ قال : « أنفقته على أهلك »^(١٠) . قال : عندي آخر ؟^(١١) . قال : « أنفقته على خادمك » . قال : عندي آخر ؟^(١٢) . قال : « أنت أعلم »^(١١) . ولم يأمره

١٩٢/٨ ط

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من قال : الرضاع على الرجال دون النساء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٤٦/٥ ، ٢٤٧ . وابن جرير ، في : تفسير سورة البقرة ، الآية ٢٣٣ ، تفسير الطبري ٥٠٠/٢ .

(٤) في الأصل : « منقوس » . وعند البيهقي وسعيد ، أنه خير عصبه صبي .

(٥) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٧٨/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٣/٢ .

(٦-٦) في ١ ، ب ، م : « بالعصباء » .

(٧) سورة الأنفال ٧٥ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) في م : « أهلك » .

(١٠) في م : « خادملك » .

(١١) في م زيادة : « به » .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأنَّ الشرع إنما وردَ بنفقةِ الوالدين والمولودين ، ومن سواهم لا يلحقُ بهم في الولادة وأحكامها ، فلا يصحُّ قياسه^(١٣) عليهم . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فأوجبَ على الأب نفقةَ الرضاع ، ثم عطفَ الوارثَ عليه ، فأوجبَ على الوارثِ مثلَ ما أوجبَ على الوالد . وروى أن رجلاً سألَ النَّبِيَّ ﷺ قال^(١٤) : مَنْ أَبْرُ؟ قال : « أُمُّكَ وَأَبَاكَ ، وَأُخْتُكَ وَأَخَاكَ » . وفي لفظ : « وَمَوْلَاكَ الَّذِي هُوَ أَدْنَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَجِمًا مَوْصُولًا » . رواه أبو داود^(١٥) . وهذا نصٌّ ؛ لأنَّ^(١٦) النَّبِيَّ ﷺ أَلَزَمَهُ الصَّلَةُ وَالْبِرُّ ، والنَّفَقَةُ مِنَ الصَّلَةِ ، جَعَلَهَا حَقًّا وَاجِبًا ، وما احتجَّ به أبو حنيفة حُجَّةً عليه ، فَإِنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِي^(١٧) كُلِّ ذِي رَجِيمٍ ، فيكونُ حُجَّةً عليه^(١٨) في عِدَادِ^(١٩) الرَّجِيمِ الْمَحْرَمِ ، وقد اِخْتَصَّتْ بِالْوَارِثِ فِي الْإِرْثِ فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ . وأما خَبَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ مَنْ أَمَرَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، ولهذا لم يَذْكُرِ الْوَالِدَ وَالْأَجْدَادَ وَأَوْلَادَ الْأَوْلَادِ . وقولهم : لا يصحُّ القياسُ . قلنا : إِنَّمَا أُثْبِتْنَاهُ بِالنَّصِّ ، ثُمَّ إِنَّهُمْ قَدْ أَحَقُّوا أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ بِالْأَوْلَادِ ، مع التَّفَاوُتِ ، فَبَطَلَ مَا قَالُوهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَخْتَصُّ بِالْوَارِثِ بِقَرَضٍ أَوْ تَعْصِيْبٍ ، لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَلَا يَتَنَاوَلُ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، على ما مضى بَيَانُهُ ، فَإِنْ كَانَ اثْنَانِ يَرِثُ / أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَرِثُهُ الْآخَرُ ، كَالرَّجُلِ مَعَ عَمَّتِهِ أَوْ ابْنَةِ عَمِّهِ وَابْنَةِ أَخِيهِ ، وَالْمَرْأَةِ مَعَ ابْنَةِ بَنَتِهَا وَابْنِ^(٢٠) بَنَتِهَا ، فَالنَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ دُونَ الْمَوْرُوثِ . نَصٌّ

(١٣) في الأصل : « قياسهم » .

(١٤) سقط من : أ ، ب ، م .

(١٥) في : باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢/٦٢٩ . كما أخرجه النسائي ، في : باب أبيتهما اليد العليا ، من كتاب الزكاة . المجتبى ٥/٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند

٢/٢٢٦ ، ٤/٦٤ ، ٥/٣٧٧ .

(١٦) سقط من : أ .

(١٧) في الأصل : « على » .

(١٨-١٩) في : أ ، ب ، م : « فيمن عدا ذا » .

(١٩) سقط من : الأصل .

عليه أحمد ، في رواية ابن زياد ، فقال : يَلْزَمُ الرَّجُلُ نَفَقَةَ^(٢٠) بِنْتِ عَمِّهِ^(٢١) ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ بِنْتِ أُخْتِهِ . وذكر أصحابنا روايةً أُخْرَى ، لا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ هُنَا ؛ لقول أحمد : الْعَمَّةُ وَالْحَالَةُ لَا نَفَقَةَ لهما . إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ قَالَ : هذه الرواية محمولة على الْعَمَّةِ مِنَ الْأُمِّ ، فَإِنَّهُ^(٢٢) لَا يَرِثُهَا ؛ لكونه ابنَ أُخِيهَا مِنْ أُمِّهَا . وقد ذَكَرَ الْخَرَقِيُّ ، أَنَّ عَلَى الرَّجُلِ نَفَقَةَ مُعْتِقِهِ ؛ لَأَنَّهُ وَارِثُهُ . ومعلوم أَنَّ الْمُعْتَقَ لَا يَرِثُ مُعْتِقَهُ ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَتُهُ . فعلى هذا ، يَلْزَمُ الرَّجُلُ نَفَقَةَ عَمَّتِهِ لِأَبَوِيَّةِ أَوْ لَأَبِيَّةِ وَابْنَةِ عَمِّهِ وَابْنَةِ أُخْتِهِ كَذَلِكَ ، ولا يَلْزَمُهُنَّ نَفَقَتُهُ . وهذا هو الصَّحِيحُ إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لقول الله تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . وكل واحدٍ مِنْ هؤَلاءِ وَارِثٌ .

١٣٨٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لِلصَّبِيِّ أُمٌّ وَجَدَّ ، فَعَلَى الْأُمِّ ثُلُثُ النَّفَقَةِ ، وَعَلَى الْجَدِّ ثُلُثَا النَّفَقَةِ)

وجملته أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ لِلصَّبِيِّ أَبٌ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَى وَارِثِهِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ وَارِثَانِ ، فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِمَا عَلَى قَدْرِ إِرْثِهِمَا مِنْهُ ، وَإِنْ كَانَا ثَلَاثَةً أَوْ أَكْثَرَ ، فَالنَّفَقَةُ بَيْنَهُمْ عَلَى قَدْرِ إِرْثِهِمْ مِنْهُ ؛ فَإِذَا كَانَ لَهُ أُمٌّ وَجَدَّ ، فَعَلَى الْأُمِّ الثُّلُثُ وَالْبَاقُ عَلَى الْجَدِّ ؛ لِأَنَّهُمَا يَرِثَانِهِ كَذَلِكَ . وبهذا قال أَبُو حَنِيفَةَ . وقال الشَّافِعِيُّ : النَّفَقَةُ كُلُّهَا عَلَى الْجَدِّ ؛ لَأَنَّهُ يَنْفَرِدُ بِالتَّعْصِيبِ ، فَأَشْبَهَ الْأَبَ . وقد ذَكَرْنَا رِوَايَةً أُخْرَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الْعَصَبَاتِ خَاصَّةً . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(١) . وَالْأُمُّ وَارِثَةٌ ، فَكَانَ عَلَيْهَا بِالنِّصِّ ، وَلَأَنَّهُ مَعْنَى يُسْتَحَقُّ بِالنِّسَبِ ، فَلَمْ يَخْتَصَّ بِهِ الْجَدُّ دُونَ الْأُمِّ ، كَالْوَارِثَةِ .

(٢٠-٢٠) في م : « عَمَّتِهِ » .

(٢١) في ب : « فَإِنَّهَا » .

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

فصل : وإن اجتمع ابن وبنت ، فالنّفقة بينهما أثلاثاً ، كالْميراث . وقال أبو حنيفة : النّفقة عليهما سواء ؛ لأنّهما سواء في القُرب . وإن كانت^(٢) أم وابن ، فعلى الأم السُدُسُ ، والباقي على الابن . وإن كانت بنت وابن ابن ، فالنّفقة بينهما نصفان^(٣) . وقال أبو حنيفة : النّفقة على البنت ؛ لأنّها أقرب . وقال الشافعي في هذه المسائل الثلاث : النّفقة على الابن ؛ لأنّه العصبة . وإن كانت له أم وبنت ، فالنّفقة بينهما أرباعاً ؛ لأنّهما يرثانه كذلك . وبه قال / أبو حنيفة . وقال الشافعي : النّفقة على البنت ؛ لأنّها تكونُ عَصَبَةً مع أخيها . وإن كانت له^(٤) بنت وابن بنت ، فالنّفقة على البنت . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : النّفقة على ابن البنت ؛ لأنّه ذَكَرَ . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فَرَبَّ النّفقة على الإِثْر ، فيجبُ أن تَرْتَبَ في المِقدارِ عليه ، وإيجابها على ابن البنت يُخَالِفُ^(٥) النّصّ والمعنى ، فإنّه ليس بعَصَبَةٍ ولا وارث ، فلا معنى لإيجابها عليه دون البنت الوارثة .

١٣٨٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ جَدَّةً وَأَخًا ، فَعَلَى الْجَدَّةِ سُدُسُ النّفقةِ وَالْبَاقِي عَلَى الْأَخ ، وَعَلَى هَذَا الْمَعْنَى حِسَابُ النّفقاتِ)

يعنى أن تَرْتَبَ النّفقاتِ^(١) على تَرْتِيبِ الميراث ، فكما أن للجدّة ههنا سُدُسُ الميراث ، فعليها سُدُسُ النّفقةِ ، وكما أن الباقي للأخ ، فكذلك الباقي من النّفقة عليه . وعند مَنْ لا يرى النّفقة على غيرِ عَمُودِي النّسَبِ ، يَجْعَلُ النّفقةَ كلّها على الجدّة . وهذا أصلٌ قد سبق الكلام فيه . فإن اجتمع بنت وأخت ، أو بنت وأخ ، أو بنت وعَصَبَةٌ ، أو أخت وعَصَبَةٌ ، أو أخت وأمّ ، أو بنت وبنت ابن ، أو أخت لأبوين وأخت لأب ، أو

(٢) في م : « كان » .

(٣) في م : « نصفين » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ ، م : « بخلاف » .

(١) في ١ : « النّفقة » .

ثلاث أخوات مُتَفَرِّقات^(٢) ، فالنَّفَقَةُ بينهما على قَدَرِ الميراثِ في ذلك ، سواءً كان في المسألة رَدٌّ أو عَوْلٌ أو لم يَكُنْ . وعلى هذا تَحْسِبُ ما أتاك من المسائل^(٣) . وإن اجْتَمَعَ أمُّ أمٍّ وأمُّ أبٍ ، فهما سواءٌ في النَّفَقَةِ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا في الميراثِ .

فصل : فإن اجْتَمَعَ أبوا^(٤) أمٍّ ، فالنَّفَقَةُ على أمِّ الأمِّ ؛ لِأَنَّهَا الوارِثَةُ . وإن اجْتَمَعَ أبوا^(٤) أبٍ ، فعلى أمِّ الأبِ السُّدُسُ ، والباقي على الجَدِّ . وإن اجْتَمَعَ جدُّ وأخٌ ، فهما سواءٌ . وإن اجتمعَت أمٌّ وأخٌ وجدُّ ، فالنَّفَقَةُ بينهما أثلاثاً . وقال الشافعيُّ : النَّفَقَةُ على الجَدِّ في هذه المسائلِ كُلِّهَا ، إِلَّا المسألةَ الأولى ، فالنَّفَقَةُ عليهما بالسَّوِيَّةِ . وقد مَضَى الكلامُ على أصلِ هذا فيما تقدَّمَ .

فصل : فإن كان في مَنْ عليه النَّفَقَةُ خُنْثَى مُشْكِلٌ ، فالنَّفَقَةُ عليه بقَدَرِ ميراثه ، فإن انْكَشَفَ بعد ذلك حاله ، فبانَ أَنَّهُ أَتَّفَقَ أَكْثَرُ من الواجِبِ عليه ، رَجَعَ بالزِّيَادَةِ على شَرِيكِهِ في الإِنْفَاقِ ، وإن بَانَ أَنَّهُ أَتَّفَقَ أَقْلٌ ، رَجَعَ عليه ، فلو كان للرجلِ ابنٌ وولَدٌ خُنْثَى ، عليهما نفقَتُهُ ، فَأَتَّفَقَا عليه ، ثم بَانَ أَنَّ الخُنْثَى / ابنٌ ، رَجَعَ عليه أخوه بالزِّيَادَةِ ، وإن بَانَ بِنْتًا ، رَجَعَتْ على أَحِبِّهَا بِفَضْلِ نَفَقَتِهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ لَهُ الْفَضْلُ أَدَّى مَا لَا يَجِبُ عليه أَدَاؤُهُ ، مُعْتَقِدًا وُجُوبَهُ^(٥) ، فإذا تَبَيَّنَ خِلَافُهُ ، رَجَعَ بذلك ، كما لو أَدَّى ما يَعْتَقِدُهُ دَيْنًا^(٦) فَبَانَ خِلَافُهُ^(٧) .

فصل : فإن كان له قَرَابَتَانِ مُوسِرَانِ ، وَأَحَدُهُمَا مَحْجُوبٌ عن ميراثه بِفَقِيرٍ^(٨) ، فقد ذَكَرْنَا أَنَّهُ إِنْ كَانَ الْمَحْجُوبُ من عَمُودِي النَّسَبِ ، فَالظَّاهِرُ أَنَّ الْحَجَبَ لَا يُسْقِطُ

(٢) في الأصل ، م : « متفرقات » .

(٣) في ب ، م : « مسائل » .

(٤) في أ ، ب ، م : « أبو » .

(٥) سقط من : ب .

(٦-٦) في م : « فأبان بخلافه » .

(٧) في ب : « نفقة » خطأ . وفي م : « فقير » .

التَّفَقَّةَ عنه ، وإن كان من غيرهما ، فلا تَفَقَّةَ عليه . فعلى هذا ، إذا كان له أبوانِ وَجَدَّ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، كان الأبُّ كالمَعْدُومِ ، فيكونُ على الأمِّ ثُلُثُ التَّفَقَّةِ ، والباقي على الجَدِّ . وإن كان معهم زَوْجَةٌ ، فكَذَلِكَ . وإن قُلْنَا : لا تَفَقَّةَ على المَحْجُوبِ . فليس على الأمِّ ههنا إِلَّا رُبْعُ التَّفَقَّةِ ، ولا شَيْءَ على الجَدِّ . وإن كان أبوانِ وَأَخَوَانِ وَجَدَّ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، فلا شَيْءَ على الأخوينِ ؛ لأنَّهُما مَحْجُوبَانِ ، وليسَا من عَمُودِي النِّسَبِ ، ويكونُ على الأمِّ الثُّلُثُ ، والباقي على الجَدِّ ، كما لو لم يكن أَحَدٌ غيرهما . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ على الأمِّ إِلَّا السُّدُسُ ؛ لأنَّهُ لو كان الأبُّ مَعْدُومًا ، لم تَرِثْ إِلَّا السُّدُسَ . وإن قُلْنَا : إِنَّ كُلَّ مَحْجُوبٍ لا تَفَقَّةَ عليه . فليس على الأمِّ إِلَّا السُّدُسُ ، ولا شَيْءَ على غيرها . وإن لم يكن في المسأَلَةِ جَدٌّ ، فَالتَّفَقَّةُ كُلُّهَا على الأمِّ . على القَوْلِ الأوَّلِ . وعلى الثاني ، ليس عليها إِلَّا السُّدُسُ . وإن قُلْنَا : إِنَّ على المَحْجُوبِ بالمُعْسِرِ التَّفَقَّةَ ، وإن كان من غيرِ عَمُودِي النِّسَبِ . فعلى الأمِّ السُّدُسُ ، والباقي على الجَدِّ والأخوينِ أَثْلَانًا ، كما يَرِثُونَ إذا كان الأبُّ مَعْدُومًا . وإن كان بعضُ مَنْ عليه التَّفَقَّةُ غَائِبًا ، وله مَالٌ حَاضِرٌ ، أَتَّفَقَ الحاكمُ منه حِصَّتَهُ ، وإن لم يُوجَدْ له مَالٌ حَاضِرٌ ، فَأَمَكَّنَ الحاكمُ الاقْتِرَاضَ عليه ، اقْتَرَضَ ، فإذا قَدِمَ ، فعليه وَفَاؤُهُ .

فصل : وَمَنْ لم يُفْضَلْ عن قُوَّتِهِ إِلَّا تَفَقَّةُ شَخْصٍ ، وله امرأةٌ ، فَالتَّفَقَّةُ لها دُونَ الْأَقَارِبِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، في حَدِيثِ جَابِرٍ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ »^(٨) فَإِنْ كَانَ^(٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى عِيَالِهِ^(١٠) ، فَإِنْ كَانَ^(٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى قَرَاتِهِ^(١١) . وَلأنَّ تَفَقَّةَ الْقَرِيبِ مُوَاسَاةٌ ، وَتَفَقَّةُ الْمَرْأَةِ تَجِبُ على سَبِيلِ الْمُعَاوَضَةِ ، فَقَدِّمَتْ على مُجَرَّدِ الْمُوَاسَاةِ ، وَلِذَلِكَ وَجِبَتْ مع يَسَارِهَا وإِعْسَارِهَا ، وَتَفَقَّةُ الْقَرِيبِ بِخِلَافِ ذَلِكَ ، وَلأنَّ

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في ١ ، م زيادة : له .

(١٠) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٧٤ .

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ تَجِبُ لِحَاجَتِهِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى نَفَقَةِ الْقَرِيبِ ^(١١) ، كَنَفَقَةِ نَفْسِهِ ، ثُمَّ مِنْ ^(١٢) بَعْدَهَا ^(١٣) نَفَقَةُ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مُجَرَّدِ الْمَوَاسَاةِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ الْأَقْرَبُ فَلِأَقْرَبُ . فَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَجَدُّ ، أَوْ ابْنٌ ^(١٤) وَابْنُ ابْنٍ ، قُدِّمَ الْأَبُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالابْنُ عَلَى ابْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْجَدُّ ، وَالابْنُ وَابْنُهُ ؛ لِتَسَاوِيهِمْ فِي الْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَبَ وَالابْنَ أَقْرَبُ وَأَحَقُّ بِمِرَاتِهِ ، فَكَانَ أَحَقُّ ، كَالأَبِ مَعَ الْأَخِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ ابْنٌ وَجَدُّ ، أَوْ أَبٌ وَابْنُ ابْنٍ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْابْنِ وَالأَبِ ؛ لِأَنَّهُمَا أَقْرَبُ ، فَإِنَّهُمَا يَلِيَانِهِ بَغِيرِ وَاسْطَةٍ ، وَلَا يَسْقُطُ إِزْثَمُهُمَا بِحَالٍ ، وَالْجَدُّ وَابْنُ الْابْنِ بِخِلَافِهِمَا ، وَيَحْتَمَلُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا ^(١٥) سَوَاءٌ فِي الْإِزْثِ وَالتَّعْصِيبِ وَالْوِلَادَةِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدُّ وَابْنُ ابْنٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي الْقُرْبِ وَالْإِزْثِ وَالْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَيَحْتَمَلُ فِيهِمَا مَا يَحْتَمَلُ فِي الْأَبِ وَالابْنِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَابْنٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْابْنُ ^(١٦) صَغِيرًا ، أَوْ مَجْنُونًا ، قُدِّمَ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ ، مَعَ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْكَسْبِ ، وَالأَبُ قَدْ يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْابْنُ كَبِيرًا ، وَالأَبُ زَمَنٌ ^(١٧) ، فَهُوَ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ أَكْثَرُ ، وَحَاجَتَهُ أَشَدُّ . وَيَحْتَمَلُ تَقْدِيمُ الْابْنِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ . وَإِنْ ^(١٨) كَانَا صَحِيحَيْنِ فَقِيرَيْنِ ، فَفِيهِمَا ثَلَاثَةُ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا فِي الْقُرْبِ ، وَتَقَابُلِ

(١١) فِي م : « الْقَرَابَةِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣) فِي أ : « بَعْدَهَا » .

(١٤) فِي م : « وَابْنٍ » .

(١٥) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(١٦) فِي م : « ابْنٍ » .

(١٧) فِي أ : « زَمَنًا » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

مَرَّتَيْنِهُمَا . والثاني ، تَقْدِيمُ الابْنِ ؛ لَوُجُوبِ نَفَقَتِهِ بالنص . والثالث ، تَقْدِيمُ الأبِ ، لتَأْكِيدِ حُرْمَتِهِ . وإن اجْتَمَعَ أبوان ، ففيهما الوُجُوهُ الثلاثة ؛ أحدها ، التَّسْوِيَةُ ؛ لما ذَكَرْنَا . والثاني ، تَقْدِيمُ الأُمِّ ؛ لِأَنَّهَا أَحَقُّ بِالْبِرِّ ، ولِهَا فَضِيلَةُ الْحَمْلِ وَالرِّضَاعِ وَالتَّرْيِيَةِ ، وَزِيَادَةُ الشَّفَقَةِ ، وَهِيَ أَضْعَفُ وَأَعَجَزُ . والثالث ، تَقْدِيمُ الأبِ ، لِفَضِيلَتِهِ ، وَإِنْفِرَادِهِ بِالْوِلَايَةِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَاسْتِحْقَاقِ الْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ ، وَإِضَافَةِ النَّبِيِّ ﷺ إِلَى الْوَلَدِ وَمَالِهِ إِلَيْهِ بِقَوْلِهِ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »^(١٩) . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى . وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدُّ وَأَخٌ ، احْتَمَلَ التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِاسْتِثْنَائِهِمَا فِي اسْتِحْقَاقِ مِيرَاثِهِ ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْجَدَّ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ لَهُ مَرِئَةَ الْوِلَادَةِ وَالْأُبُوءَ ، وَلَأنَّ ابْنَ ابْنِهِ / يَرِثُهُ مِيرَاثُ ابْنِهِ ، وَيَرِثُ الْأَخُ مِيرَاثَ أَخٍ ، وَمِيرَاثُ الابْنِ أَكْثَرُ ، فَالتَّفَقُّعُ الْوَاجِبُ بِهِ تَكُونُ أَكْثَرُ . وَإِنْ كَانَ مَكَانُ الْأَخِ ابْنُ أَخٍ أَوْ عَمٌّ ، فَالْجَدُّ أَوْلَى بِكُلِّ حَالٍ .

١٩٥/٨ د

فصل : وَالْوَاجِبُ فِي نَفَقَةِ الْقَرِيبِ قَدْرُ الْكِفَايَةِ مِنَ الْخُبْزِ وَالْأَذْمِ وَالْكُسُوءِ ، بِقَدْرِ الْعَادَةِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي الزَّوْجَةِ ، لِأَنَّهَا وَجِبَتْ لِلْحَاجَةِ ، فَقَدَّرْتُ بِمَا تَنْدَفِعُ بِهِ الْحَاجَةُ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِهِنْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدُكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(٢٠) . فَقَدَّرَ نَفَقَتَهَا وَنَفَقَةَ وَلَدِهَا بِالْكِفَايَةِ . فَإِنْ احتَاجَ إِلَى خَادِمٍ فَعَلِيهِ إِحْدَامُهُ ، كَمَا قُلْنَا فِي الزَّوْجَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ تَمَامِ كِفَايَتِهِ .

١٣٨٦ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَعَلَى الْمُعْتِقِ نَفَقَةُ مُعْتَقِهِ ، إِذَا كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ وَارِثُهُ)

هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى الْأَصْلِ الَّذِي تَقَدَّمَ ، وَأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ عَلَى الْوَارِثِ ، وَالْمُعْتِقُ وَارِثٌ عَقِيقُهُ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ إِذَا كَانَ فَقِيرًا ، وَلِمَوْلَاهُ يَسَارٌ يَتَّفِقُ عَلَيْهِ مِنْهُ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، بِنَاءً عَلَى أَصُولِهِمْ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أُمَّكَ وَأَبَاكَ ، وَأُخْتُكَ وَأَخَاكَ ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ ، وَمَوْلَاكَ الَّذِي يَلِي ذَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَجْمًا مَوْصُولًا » ^(٢) . وَلَئِنَّهُ يَرِثُهُ بِالتَّعْصِيبِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ كَالْأَبِ . وَيُسْتَرْطُ فِي وُجُوبِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ الشَّرْطُ الْمَذْكُورُ فِي غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ مَوْلَاهُ ، فَالْنَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ مِنْ عَصَبَاتِهِ ، عَلَى مَا بَيَّنَّ فِي بَابِ الْوَلَاءِ ^(٣) . وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ عَتِيقِهِ ، إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِمْ وَلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَتُهُمْ وَوَارِثُهُمْ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ مُعْتَقَتِهِ ^(٤) إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ عَبْدًا كَذَلِكَ ، فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُمْ فَانْتَجَرَ الْوَلَاءُ إِلَى مُعْتَقِهِ ، صَارَ وَلَاؤُهُمْ ^(٥) لِمُعْتَقِ آبِهِمْ ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، إِذَا كَمَلَتْ الشَّرْطُ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَتِيقِ ^(٦) نَفَقَةُ مُعْتَقِهِ وَإِنْ ^(٧) كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى صَاحِبِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُعْتِقَ الْحَرَبِيُّ عَبْدًا ، ثُمَّ يَسْبِي الْعَبْدُ سَيِّدَهُ فَيُعْتِقَهُ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفَقَةُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ .

١٣٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زُوِّجَتِ الْأُمَةُ ، لَزِمَ زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهُ ، إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا ، نَفَقَتُهَا)

وجملته أَنْ زَوْجَ الْأُمَةِ لَا يَخْلُو مِنْ ^(١) أَنْ يَكُونَ حُرًّا أَوْ عَبْدًا ، أَوْ بَعْضُهُ حُرًّا ^(٢) وَبَعْضُهُ عَبْدًا ^(٣) ، فَإِنْ كَانَ حُرًّا ، فَنَفَقَتُهَا عَلَيْهِ ، لِلنَّصِّ ، وَاتِّفَاقِ أَهْلِ الْعِلْمِ عَلَى وَجُوبِ نَفَقَةِ

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٨٢ .

(٣) تقدم في : ٢٣٨/٩ وما بعدها .

(٤) في ا ، ب ، م : معتقه .

(٥) في م : ولاؤه .

(٦) في م : المعتق .

(٧) في م : إذا .

(١) في ا ، م : إما .

(٢) في ا ، ب ، م : حر .

(٣) في ا ، ب ، م : عبد .

الزَّوْجَاتِ عَلَى أَزْوَاجِهِنَّ الْبَالِغِينَ ، وَالْأُمَّةُ دَاخِلَةٌ فِي عُمُومِهِنَّ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ مُمَكَّنَةٌ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَجَبَ عَلَى زَوْجِهَا نَفَقَتُهَا ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا مَمْلُوكًا ، فَالنَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لَزَوْجَتِهِ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ^(٤) عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ . هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْحَكَمِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ إِذَا بَوَّأَهَا بَيْتًا . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ ، أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُوَسَّاةٌ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، وَلَا زَكَاةُ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَوَضٌ وَاجِبٌ فِي النِّكَاحِ ، فَوَجِبَتْ عَلَى الْعَبْدِ ، كَالْمَهْرِ ، وَالدَّلِيلُ عَلَى أَنَّهَا عَوَضٌ ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ ، وَلِهَذَا تَسْقُطُ عَنِ الْحُرِّ بِقَوَاتِ التَّمْكِينِ ، وَفَارَقَ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ . إِذَا ثَبَتَ وَجُوبُهَا عَلَى الْعَبْدِ ، فَإِنَّهَا تَلْزِمُ سَيِّدَهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَذِنَ^(٥) فِي النِّكَاحِ الْمُفْضِي إِلَى إِجْبَائِهَا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ^(٦) يُمَكِّنْ إِجْبَائُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا رَقَبَتِهِ ، وَلَا ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ، وَلَا إِسْقَاطُهَا ، فَلَمْ يَتَّقِ إِلَّا أَنْ تَتَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؛^(٧) لِأَنَّ الْوَطْءَ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ ، وَأَرِشُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ^(٨) ، يُبَاعُ فِيهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ أَذِنَ السَّيِّدُ فِيهِ ، فَلَزِمَ^(٨) ذِمَّتَهُ ، كَالَّذِي اسْتَدَانَهُ وَكَيْلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ الْوَطْءِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ ، وَجِبُّ لِلرِّقَاءِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالنَّفَسَاءِ ، وَزَوْجَةِ الْمَجْبُوبِ وَالصَّغِيرِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّمْكِينِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِجِنَايَةٍ وَلَا قَائِمٌ بِمَقَامِهَا . وَقَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ تَعَذَّرَ إِجْبَائُهَا فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ . غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ إِجْبَائِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجُودَ مُفْتَضِيهِ ، فَلَا مَعْنَى لِدَعْوَى التَّعَذُّرِ .

(٤) فِي ب : « يَحْفَظ » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٦) فِي أ : « لَا » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٨) فِي ب : « فَيَلْزِمُ » .

١٣٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ تَأْوِي بِاللَّيْلِ عِنْدَ الزَّوْجِ ، وَبِالنَّهَارِ عِنْدَ الْمَوْلَى ، أَتَفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةً مُقَامِهَا / عِنْدَهُ)

١٩٦/٨

هذه المسألة قد تقدّمت^(١) ، وذكرنا أن النّفقة في مُقابلة التّمكين ، وقد وُجدَ منها في اللّيل ، فتجبُ على الزّوج النّفقة فيه ، والباقي منها على السيّد ، بحكم أنّها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن ، فيكون على هذا على كلّ واحدٍ منهما نصف النّفقة . وهذا أحدُ قولَي الشافعي . وقال في الآخر : لا نفقة لها على الزّوج ؛ لأنّها لم تُمكن من نفسها في جميع الزّمان ، فلم يجب لها شيءٌ من النّفقة ، كالحرّة إذا بذلت نفسها في أحد الزّمانين دون الآخر . ولنا ، أنّه وُجدَ التّمكينُ الواجبُ بعقد النكاح ، فاستحققت^(٢) النّفقة ، كالحرّة إذا مكنت^(٣) من نفسها في غير أوقات الصّلوات المفروضات ، والصّوم الواجب ، والحجّ المفروض . وفارق الحرّة إذا امتنعت في أحد الزّمانين ، فإنّها لم تُبذل الواجب ، فتكون ناشِزًا ، وهذه ليست ناشِزًا ولا عاصيةً .

١٣٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، لَمْ تَلْزَمْهُ نَفَقَةٌ وَلَدِهِ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ)

يعنى الأُمّة ليس على زوّجها نفقة^(١) ولَدِهِ منها^(٢) ، وإن كان حُرًّا ؛ لأنّ وَلَدَ الأُمّة عبدٌ لسيّدِها ، فإنّ الولدَ يتبعُ أُمّه في الرّق والحرّيّة ، فتكون نفقتُهُم على سيّدِهِم دون أبيهِم ، فإنّ العبدَ أخصُّ بسيّده من أبيه ، ولذلك لا ولايةَ بينه وبين أبيه ، ولا ميراث ، ولا إنفاق ، وكلّ ذلك للسيّد ، وقد رُوِيَ عن أبي عبد الله ، رَحِمَهُ اللهُ ، (رِوَايَةٌ أُخْرَى^(٣) ، أَنَّ وَلَدَ

(١) في : ٥٠٨/٩ .

(٢) في ١ ، م : « استحققت » .

(٣) في الأصل ، ب : « أمكت » .

(١-١) في ١ : « ولدها منه » .

(٢-٢) سقط من : ١ .

العَرَبِيُّ يَكُونُ حُرًّا ، وَعَلَى أَبِيهِ فِدَاؤُهُ . فَعَلَى هَذَا تَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ الْوَلَدُ سَيِّدَهُ ، أَوْ عَلَّقَ عُنُقَهُ بَوْلَادَتِهِ ^(٣) ، أَوْ تَزَوَّجَ الْأُمَّةَ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَوَلَدَهُ مِنْهَا أَحْرَارًا ، وَعَلَى أَبِيهِمْ نَفَقَتُهُمْ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، إِذَا كَانَ حُرًّا ، وَتَحَقَّقَتْ فِيهِ شَرَايِطُ الْإِنْفَاقِ .

فصل : وإذا ^(٤) طَلَّقَ الْأُمَّةَ طَلَاقًا رَجْعِيًّا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ . وَإِنْ أَبَانَهَا وَهِيَ حَائِلٌ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حُرَّةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، فَلَا أُمَّةٌ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٥) . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ . وَقَدْ رُوِيَ ^(٦) عَنْ ١٩٦/٨ ظ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي نَفَقَةِ الْحَامِلِ ^(٧) ، / هَلْ هِيَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ ؟ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ لِلْحَمْلِ . فَعَلَى هَذَا لَا تَجِبُ لِلْمَمْلُوكَةِ الْحَامِلِ الْبَائِنِ نَفَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذَا قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ الْحَامِلَ طَلَاقًا بَائِنًا ، اثْبَتْنِي عَلَى وَجُوبِ النَّفَقَةِ ، عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي النَّفَقَةِ ، هَلْ هِيَ لِلْحَمْلِ أَوْ لِلْحَامِلِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَمْلِ . فَلَا نَفَقَةَ عَلَى الْعَبْدِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ . وَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلِأَنَّهَا حَامِلٌ ، فَوَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا .

فصل : وَالْمُعْتَقُ بَعْضُهُ ، عَلَيْهِ مِنْ نَفَقَةِ امْرَأَتِهِ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهَا عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي ضَرِيَّتِهِ ، أَوْ فِي رَقِيَّتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَبْدِ . وَالْقَدْرُ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُهُ ؛ إِنْ كَانَ مُوسِرًا فَنَفَقَةُ الْمُوسِرِينَ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَنَفَقَةُ

(٣) فِي ب ، م : « بَوْلَادَةٍ » .

(٤) فِي ب : « وَإِنْ » .

(٥) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٦ .

(٦) فِي م : « رَوَى » .

(٧) جَاءَ فِي م هُنَا : « رَوَايَتَانِ » . وَهِيَ الْآيَةُ .

المُعْسِرِينَ، والباقي تجب فيه نفقة المُعْسِرِينَ ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ مِمَّا يَتَبَعُضُ ، وما يَتَبَعُضُ بَعْضُهَا فِي حَقِّ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ كَالْمِيرَاثِ وَالذِّيَّاتِ ، وما لَا يَتَبَعُضُ ، فهو فيه كَالْعَبْدِ ، ولأنَّ^(٨) الْحُرِّيَّةَ إِمَّا شَرْطٌ فِيهِ ، أَوْ سَبَبٌ لَهُ ، ولم^(٩) يَكْمُلْ . وهذا اخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ . وقال الشافعي : حُكْمُهُ حُكْمُ الْقَيْنِ فِي الْجَمِيعِ ، إلْحَاقًا لِأَحَدِ الْحُكْمَيْنِ بِالْآخَرِ . ولنا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ يَنْصِفُهُ الْحُرُّ مِلْكًا تَامًا ، ولهذا يُورَثُ عَنْهُ ، وَيُكْفَرُ بِالْإِطْعَامِ ، وَيَجِبُ فِيهِ نِصْفُ دِيَّةِ الْحُرِّ ، فَوَجَبَ أَنْ تَتَبَعُضَ نَفَقَتُهُ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ جُمْلَةِ الْأَحْكَامِ الْقَابِلَةِ لِلتَّبَعِضِ ، فَأَمَّا نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، فَيَلْزَمُهُ مِنْهَا بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَنْبَنِي عَلَى الْمِيرَاثِ .^(١٠) (عند الْمُزْنِيِّ ،^(١١) تَلْزَمُهُ كُلُّهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَتَبَعُضُ . وعند الشافعي ، لَا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حُكْمُ الْعَبِيدِ . وقد سَبَقَ الْكَلَامُ فِي هَذَا .

١٣٩٠ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةٌ^(١) وَلَدَهُ ، حُرَّةٌ كَانَتْ الزَّوْجَةُ أَوْ أُمَةً)

أما إذا كانت زوجة العبد حُرَّةً ، فولدُها أحرارٌ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ الْأُمَّ فِي الرُّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار^(٢) ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُمْ تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ / الْمُوَأَسَاةِ ، وليس هو من أهلها . وأما إذا كانت زوجته مملوكةً ، فولدُها عبيدٌ لسيدها ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهَا ، فتكون نفقتهم على سيدهم .

فصل : وَحُكْمُ الْمُكَائِبِ ، فِي نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ وَالْأَوْلَادِ وَالْأَقَارِبِ ، حُكْمُ الْعَبْدِ الْقَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ أَتَّفَقَ عَلَيْهَا مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ وَاجِبَةٌ بِحُكْمِ الْمُعَاوَضَةِ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، وَلِذَلِكَ وَجِبَتْ عَلَى الْعَبْدِ ،

(٨) سقطت الواو من : ١ ، م .

(٩) في م : ٥ : فلم .

(١٠-١١) سقط من : م .

(١) في الأصل زيادة : زوجة ، خطأ .

(٢) سقط من : ب .

فعلى المُكاتبِ أُولَى ، ولأنَّ نفقةَ المرأة لا تَسْقُطُ عن أحدٍ من الناس ، إذا لم يُوجَدْ منها ما يُسْقِطُ نفقتها ، ولا يُمكنُ إيجابُها على سيِّده ؛ لأنَّ نفقةَ المُكاتب لا تَجِبُ على سيِّده ، فنفقةُ امرأته أُولَى . فأما نفقةُ أولاده وأقاربه الأحرار ، فلا تَجِبُ عليه ؛ لأنها تَجِبُ على سَبِيلِ المُواساة ، وليس هو من أهلها ، ولذلك لا تَجِبُ عليه الزَّكاةُ في ماله ، ولا الفِطْرَةُ في بَدَنِهِ ، فإن كانت زَوْجَتُهُ حُرَّةً ، فنفقةُ أولادها عليها ؛ لأنَّهم يَتَبَعُونَهَا في الحُرِّيَّة . وإن كان لهم أقاربٌ أحرارٌ ، كجَدٍّ حُرٍّ وأخٍ حُرٍّ مع الأمِّ ، أنفقَ كُلُّ واحدٍ منهم بحَسَبِ ميراثه ، والمُكاتبُ كأنَّه مَعْدُومٌ بالنِّسبةِ إلى النِّفقة .

١٣٩١ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُكَاتِبَةِ نَفَقَةُ وَلَدِهَا ذُونَ أَبِيهِ الْمُكَاتِبِ)

وجملته أنَّ المُكاتبَ إذا كان له ولدٌ ، ^(١) لم يَحُلْ ؛ إمَّا أن يكونَ من زَوْجَةٍ ^(٢) أو من أُمَةٍ ^(٣) ، فإن كان من زَوْجَةٍ ^(٢) ، وكانت مُكاتبَةً ، فولَدُها يَتَبَعُونَهَا في الكِتَابَةِ ، ويكونونَ مَوْقُوفِينَ على كِتَابَتِهَا ؛ إن رَقَّتْ رَقُّوا ، وإن عَتَقَتْ بالأداء عَتَقُوا ، فتكون نفقتُهم عليها مِمَّا في يَدِهَا ^(٤) ؛ لأنَّهم في حُكْمِ نَفْسِهَا ، ونفقتُها مِمَّا في يَدِهَا ، فكذلك على وَلَدِهَا . وأما زَوْجُهَا المُكاتبُ ، فليس عليه نفقتُهم ؛ لأنَّهم عِبِيدُ لِسَيِّدِ الْمُكَاتِبَةِ . وإن كانت زَوْجَتُهُ حُرَّةً أو أُمَةً ، فقد بَيَّنَّا حُكْمَهُمْ . وإن أراد المُكاتبُ التَّبَرُّعَ بالإِنْفَاقِ على وَلَدِهِ ، وكان من أُمَةٍ أو مُكاتبَةٍ لغير سيِّده ^(٥) ، أو حُرَّةً ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لأنَّ فيه تَغْيِيرًا بِمَالِ سيِّده ، وإن كان من أُمَةٍ لسيِّده ، ^(٦) جاز ؛ لأنَّه مَمْلُوكٌ لسيِّده ^(٦) ، فهو يَتَفَقَّحُ عليه من المَالِ الذي تَعَلَّقَ به حَقُّ سيِّده ، وإن كان من مُكاتبَةٍ لسيِّده ، احْتَمَلَ الجَوَازَ ؛ لأنَّه في

(١-١) في ١ : « لا يخلو » .

(٢) في م : « زوجته » .

(٣) في النسخ : « أمته » . وانظر بقية المسألة ، والمسألة التالية .

(٤) في ب : « يدها » .

(٥) في ب : « سيدها » .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الحال بمنزلة / أمه ، وأمه مملوكة لسيدها . ويَحْتَمَلُ أن لا يجوز ؛ لأن فيه تَغْرِيراً ، إذ لا يَحْتَمَلُ أن يَعِجَزَ هو ، وتَوَدَّى المَكائِبُ ، فَيَعْتَقُ ولَدَها ، فَيَحْصُلُ الإِنْفَاقُ عليه^(٧) من مال سيده ، ويَصِيرُ حُرّاً .

١٣٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمَكَائِبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ)

أَمَّا وَلَدُ الْمَكَائِبِ مِنْ أُمِّهِ ، فنَفَقَتُهُمْ عليه ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ مِنْ أُمِّهِ تَابِعٌ لَهُ ، يَرِيقُ بِرِقِّهِ ، وَيَعْتَقُ بِعَتَقِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى نَفْسِهِ فِي النِّفَقَةِ ، فَكَمَا أَنَّ الْمَكَائِبَ يَنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى وَلَدِهِ الَّذِي هَذَا حَالُهُ ، وَلَئِنْ هَذَا الْوَلَدُ لَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْفِقُ عَلَيْهِ سِوَى أَبِيهِ ، فَإِنَّ أُمَّهُ أُمَةٌ لِلْمَكَائِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْأَحْرَارِ أَقَارِبُ ، فَيَتَعَيَّنُّ عَلَى الْمَكَائِبِ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، كَأُمِّهِ ، وَلَئِنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِي إِنْفَاقِ الْمَكَائِبِ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ أُمِّهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى وَعَتَقَ ، فَقَدْ وَفَّى مَالَ الْكِتَابَةِ ، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَإِنْ عَجَزَ وَرَقَّ ، عَادَ إِلَيْهِ الْمَكَائِبُ وَوَلَدُهُ الَّذِي أَتَّفَقَ عَلَيْهِ ، فَكَأَنَّهُ إِثْمًا أَتَّفَقَ عَلَى عَبْدِهِ ، وَتَصِيرُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ كَنَفَقَتِهِ عَلَى سَائِرِ رَقِيقِهِ .

فصل : وليس للمكائِبِ أن يتسرَّى بأُمِّهِ إِلَّا بِإِذْنِ سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ غَيْرُ تَامٍّ ، وَعَلَى السَّيِّدِ ضَرَرٌ فِي تَسْرِيَةِهَا ؛ لِمَا فِيهِ مِنَ التَّغْرِيرِ بِهَا . وَإِنْ أَذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ فِي ذَلِكَ ، جَازٌ ؛ لِأَنَّهُ الْمَنْعُ لِحَقِّهِ ، فَجَازَ بِإِذْنِهِ ، كَمَا لَوْ أَذِنَ لَعَبْدِهِ الْقِنْ . وَإِنْ وَطِئَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا حُدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ وَطِئَ مَمْلُوكَتَهُ ، فَإِنْ أَوْلَدَهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، صَارَتْ أُمٌّ وَلَدٍ لَهُ ، لَيْسَ لَهُ بَيْعُهَا ، وَلَا بَيْعُ وَلَدِهِ ، فَإِنْ عَتَقَ ، عَتَقَ وَلَدَها ، وَصَارَتْ الْأُمَةُ أُمٌّ وَلَدٍ ، تَعْتَقُ بِمَوْتِهِ ، وَإِنْ رَقَّ ، رَقَّتْ هِيَ وَوَلَدُها ، وَصَارَتْ أُمَةٌ لِسَيِّدِهِ ، وَالْمَكَائِبُ وَوَلَدُهُ عَبْدَانِ لَهُ . وَيُلْزَمُ الْمَكَائِبُ الإِنْفَاقُ عَلَى عَبْدِهِ ، وَإِمَائِهِ ، وَأُمَّهَاتِ أَوْلَادِهِ ؛ لِأَنَّهُمْ^(٨) مِلْكٌ لَهُ ، فَلَزِمَ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ ، كِبَهَائِمِهِ .

(٧) في ١ ، م : : عليها .

(٨) في ١ : : لأنه .

باب الحال التي تجب فيها الثقة على الزوج

١٣٩٣ - مسألة ؛ قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَإِذَا تَزَوَّجَ بِامْرَأَةٍ مِثْلَهَا يُوطَأُ ، فَلَمْ تَمْنَعْهُ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَهُ أَوْلِيَاوُهَا ، لَزِمَتْهُ الثَّقَّةُ)

وجملة ذلك أن المرأة تستحق الثقة على زوجها بشرطين ؛ أحدهما ، أن تكون كبيرة يُمكنُ^(١) وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تَحْتَمِلُ الوطءَ ، فلا نفقة لها . وهذا قال الحسن ، ويكره ابن عبد الله / المزي ، والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو المنصوص^(٢) عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل : لها الثقة . كان مذهبا . وهذا قول الثوري ؛ لأنَّ تَعَذُّرَ الوطءِ لم يكن يفعلها ، فلم يمنع وجوب الثقة لها ، كالمريض . ولنا ، أن الثقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذُّر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وهذا يطل ما ذكره ، ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما نقص بالمريض ، ولأنَّ مَنْ لا تمكن الزوج من نفسها ، لا يلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى ؛ لأنَّ تلك يمكن الزوج قهرها ، والاستمتاع منها^(٣) كرها ، وهذه لا يمكن ذلك فيها بحال . الشرط الثاني ، أن تبدل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها ، أو منعه أولياؤها ، أو نساكتا بعد العقد ، فلم تبدل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقامازمنا ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم يتفق إلا بعد دخوله ، ولم يلتزم^(٤) نفقتها لما مضى^(٥)

(١) في ب : « يمكن » .

(٢) في ا ، م : « منصوص » .

(٣) في م : « بها » .

(٤) في ب : « يلزم » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٣٩٨/٩ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب من =

ولأنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمَكُّينِ الْمُسْتَحَقِّ بِعَقْدِ^(٦) النِّكَاحِ ، فَإِذَا وُجِدَ اسْتَحَقُّهُ ، وَإِذَا قُدِّرَ لَمْ تَسْتَحَقُّ شَيْئًا ، وَلَوْ بِذَلِكَ تَسْلِيمًا غَيْرَ تَامٍ ، بَأَن تَقُولُ : أَسَلَّمُ إِلَيْكَ نَفْسِي فِي مَنْزِلِي دُونَ غَيْرِهِ . أَوْ فِي الْمَوْضِعِ الْفُلَانِيِّ دُونَ غَيْرِهِ . لَمْ تَسْتَحَقِّ شَيْئًا ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ اشْتَرَطْتَ^(٧) ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْذُلِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ تَسْتَحَقِّ النَّفَقَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ : أَسَلَّمُ إِلَيْكَ السَّلْعَةَ عَلَى أَنْ تَتْرُكَهَا فِي مَوْضِعِهَا ، أَوْ فِي مَكَانٍ بَعَيْنِهِ . وَإِنْ شَرَطْتَ دَارَهَا أَوْ بَلَدَهَا ، فَسَلَّمْتَ نَفْسَهَا فِي ذَلِكَ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ ؛ لِأَنَّهَا سَلَّمَتِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا ، وَلِذَلِكَ لَوْ سَلَّمَتِ السَّيِّدُ أُمَّتَهُ الْمُزَوَّجَةَ لَيْلًا دُونَ النَّهَارِ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ ، وَفَارَقَ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّهَا لَوْ بِذَلِكَ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، لَمْ تَسْتَحَقِّ شَيْئًا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُسَلِّمْ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَكَّنْتَهُ مِنْ اسْتِمْتَاعِ^(٨) ، وَمَنْعْتَهُ اسْتِمْتَاعًا ، لَمْ تَسْتَحَقِّ شَيْئًا لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَابَ الزَّوْجُ بَعْدَ تَمَكُّينِهَا وَوُجُوبِ نَفَقَتِهَا عَلَيْهِ ، لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ ، بَلْ تَجِبُ / عَلَيْهِ فِي زَمَنِ غَيْبِهِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ بِالتَّمَكُّينِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يُسْقِطُهَا . وَإِنْ غَابَ قَبْلَ تَمَكُّينِهَا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدْ الْمَوْجِبُ لَهَا^(٩) . فَإِنْ بِذَلِكَ التَّسْلِيمِ وَهُوَ غَائِبٌ ، لَمْ تَسْتَحَقِّ نَفَقَةً^(١٠) ؛ لِأَنَّهَا بِذَلِكَ فِي حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، لَكِنْ إِنْ مَضَتْ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَبَذَلَتِ التَّسْلِيمَ ، كَتَبَ الْحَاكِمُ إِلَى حَاكِمِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ لِيَسْتَدْعِيَهُ وَيُعْلِمَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ سَارَ إِلَيْهَا ، أَوْ وَكَّلَ مَنْ يُسَلِّمُهَا إِلَيْهِ ، فَوَصَلَ ، وَتَسَلَّمَهَا^(١١) هُوَ أَوْ نَائِبُهُ ، وَجَبَتِ النَّفَقَةُ حِينَئِذٍ ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَرَضَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا مِنَ الْوَقْتِ الَّذِي كَانَ يُمَكِّنُ الْوُصُولَ إِلَيْهَا وَتَسَلَّمَهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ امْتَنَعَ

= بنى بامرأة وهي ابنة تسع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٢/٧ ، ٢٧ ، ٢٨ . والنسائي ، فى : باب إنكاح الرجل ابنته الصغرى ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٧/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٠/٦ ، ٢٨٠ .

(٦) فى ب : بعد .

(٧) فى الأصل : شرط .

(٨) فى ب ، م : الاستمتاع .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى م : نفقة .

(١١) فى الأصل : فتسلمها . وفى م : وسلمها .

من تَسْلِمَها مع إِمكانِ ذلك ، وبَذْلِها إِيَّاهُ له ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُها ، كما لو كان حاضراً . وإن كانت الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً ، يُمَكِّنُ وطُوبُها ، أو مَجْنُونَةً ، فَسَلَّمَتْ نَفْسَها إِلَيْهِ ، فَتَسَلَّمَها ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُها كَالْكَبِيرَةِ ، وإن لم يَتَسَلَّمْها ، لَمَنْعَها نَفْسَها ، أو مَنَعَ أَوْلِيائُها ، فلا نَفَقَةَ لها عليه . وإن غاب الزَّوْجُ ، فَبَذَلَ وَلِيُّها تَسْلِيمَها ، فهو كما لو بَذَلَ الْمُكَلَّفَةُ التَّسْلِيمَ ، فَإِنَّ وَلِيُّها يَقُومُ مَقَامَها . وإن بَذَلَتْ هِيَ دُونَ وَلِيِّها ، لم يَفْرِضِ الحَاكِمُ النَّفَقَةَ لها ؛ لِأَنَّها^(١٢) لا حُكْمَ لِكَلَامِها .

١٣٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ بِهَذِهِ الْحَالِ الَّتِي وَصَفْتُ ، وَزَوْجُهَا^(١) صَبِيًّا ، أُجْبِرَ وَلِيُّهُ عَلَى نَفَقَتِها مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَاخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُما)

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة ، يُمَكِّنُ الاستِمتاعَ بها ، فَمَكَّنَتْ مِنْ نَفْسِها ، أو بَذَلَتْ تَسْلِيمَها ، ولم تَمْنَعْ نَفْسَها ، ولا مَنَعَها أَوْلِياؤها ، فعلى زَوْجِها الصَّبِيِّ نَفَقَتُها . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومحمد بن الحسن ، والشافعى فى أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وقال فى الآخرِ : لا نَفَقَةَ لها . وهو قول مالك ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ لا يَتِمَكَّنُ مِنَ الاستِمتاعِ بها ، فلم تَلْزَمْهُ نَفَقَتُها ، كما لو كانت غائبة أو^(٢) صَغِيرَةً . ولنا ، أَنَّها سَلَّمَتْ نَفْسَها تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، فوجِبَتْ لها النَّفَقَةُ ، كما لو كان الزَّوْجُ كَبِيرًا ، وَلِأَنَّ الاستِمتاعَ بها مُمَكِّنٌ ، وإِنَّمَا تَعَذَّرَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كما لو تَعَذَّرَ التَّسْلِيمُ لِمَرْضِيهِ أو غَيْبَتِهِ ، وفارَقَ ما إذا غابَتْ ، أو كانت صَغِيرَةً ، فَإِنَّها لم تُسَلِّمْ نَفْسَها تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، ولم تَبْذُلْ ذلك ، فعلى هذا يُجْبَرُ الْوَلِيُّ عَلَى نَفَقَتِها مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الصَّبِيِّ ، وإِنَّمَا الْوَلِيُّ يَتَوَبُّ عَنْهُ فى أدَاءِ الْوَاجِبَاتِ / ١٩٩/٨ عليه ، كما يُؤَدَّى أُرُوشَ جَنائِياتِهِ ، وَقِيمَ مُتَلَفَاتِهِ ، وَزَكَواتِهِ . وإن لم يَكُنْ لَهُ مَالٌ ،

(١٢) فى ا ، ب ، م : لأنه .

(١) سقطت الواو من : ا ، م .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

فاختارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الكَبِيرِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَامْتَنَعَ الْوَلِيُّ مِنَ الْإِثْفَاقِ ، أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ بِالْحَبْسِ ، فَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ ، أَخَذَ الحَاكِمُ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ ، وَصَبَرَ الْوَلِيُّ عَلَى الْحَبْسِ ، وَتَعَذَّرَ الْإِثْفَاقُ ، فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، إِذَا طَلَبْتَ ذَلِكَ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الكَبِيرِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الكَبِيرِ ، أَنَّهُ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، فَكَذَلِكَ هُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي وُجُوبِ الْإِثْفَاقِ عَلَيْهِمَا ، فَكَذَلِكَ فِي أَحْكَامِهِ .

فصل : وَإِنْ بَدَلَتِ الرِّثْقَاءُ ، أَوْ الْحَائِضُ ، أَوْ التَّفْسَاءُ ، أَوْ النَّضْوَةُ الْخَلْقَ الَّتِي لَا يُمَكِّنُهَا^(٣) وَطُوهَا ، أَوْ الْمَرِيضَةُ ، تَسْلِيمَ نَفْسِهَا ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا ، وَإِنْ حَدَثَ بِهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِمْتَاعَ مُمَكِّنٌ ، وَلَا تَفْرِيطُ مِنْ جَهَّتِهَا . وَإِنْ مَنَعَ مِنَ الْوَطْءِ ، وَفَارَقَ الصَّغِيرَةَ ، فَإِنَّ لَهَا حَالًا يَتِمَكَّنُ مِنَ الْأَسْتِمْتَاعِ بِهَا فِيهَا اسْتِمْتَاعًا تَامًا ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا اِنْتِظَارًا لَتِلْكَ الْحَالِ ، بِخِلَافِ هَؤُلَاءِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ طَلَبَ تَسْلِيمَ هَؤُلَاءِ وَجَبَ تَسْلِيمُهُنَّ ، وَلَوْ طَلَبَ تَسْلِيمَ الصَّغِيرَةِ لَمْ يَجِبْ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ بَدَلَتِ الصَّحِيحَةُ الْأَسْتِمْتَاعَ بِمَا دُونَ الْوَطْءِ ، لَمْ تَجِبْ لَهَا التَّفَقُّةُ ، فَكَذَلِكَ هَؤُلَاءِ . قُلْنَا : لِأَنَّ تِلْكَ مَنَعَتْ مِمَّا يَجِبُ عَلَيْهَا ، وَهَؤُلَاءِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِنَّ التَّمَكِينُ مِمَّا فِيهِ ضَرَرٌ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّ عَلَيْهَا ضَرَرًا فِي وَطْئِهِ ؛ لِضَيْقِ فَرْجِهَا ، أَوْ قُرُوجِ بِهِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ،^(٤) وَأَنْكَرَ هُوَ^(٥) ، أَرَيْتَ امْرَأَةً يَقَّةً ، وَعَمِلَ بِقَوْلِهَا . وَإِنْ ادَّعَتْ عِبَالَةَ ذَكَرِهِ وَعِظَمَهُ ، جَازَ أَنْ تَنْظُرَ الْمَرْأَةُ إِلَيْهِمَا حَالَ اجْتِمَاعِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى الْعَوْرَةِ لِلْحَاجَةِ وَالشَّهَادَةِ .

١٣٩٥ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ طَالَبَ الزَّوْجُ بِاللِّدْخُولِ ، وَقَالَتْ : لَا أَسْلَمُ نَفْسِي حَتَّى أَقْبِضَ صَدَاقِي . كَانَ ذَلِكَ لَهَا ، وَلَزِمَتْهُ التَّفَقُّةُ إِلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا صَدَاقَهَا)

(٣) فِي م : يُمْكِنُ .

(٤-٥) فِي ١ ، ب ، م : وَأَنْكَرَهُ .

وجملته ، أن للمرأة أن تمتنع نفسها حتى تتسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يُفضي إلى أن يستوفى منفعتها^(١) المعقود عليها بالوطء ، ثم لا يسلم صداقها ، فلا يمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن ، فإنه يمكنه الرجوع فيه ، فهذا الزمناه تسليم صداقها أولاً ، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها ، أمكن الرجوع فيه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها ، فلها نفقتها^(٢) ؛ لأنها امتنعت بحق^(٣) . فإن قيل : فلو امتنعت لصغير أو مرضي ، لم يلزمه نفقتها . قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرضي لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغير ، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منعه لما وجب لها^(٤) عليه ، فأشبه ما لو تعدر الاستمتاع لصغير الزوج ، فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعدر لصغيرها ، لا يلزمه نفقتها .

فصل : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها ناشئ . وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه . وإن سافرت بإذنه ، في حاجته ، فهي على نفقتها ؛ لأنها سافرت في شغله ومراجه ، وإن كان في^(٥) حاجة نفسها ، سقطت نفقتها ؛ لأنها فوتت التمكن لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها ، إلا أن يكون مسافراً معها ، متمكناً من استمتاعها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تفوت التمكن ، فأشبهت غير المسافرة . ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ؛ لأنها مسافرة بإذنه ، أشبه ما لو سافرت في حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة ، أو حج تطوع ، أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوع بغير إذنه ، سقطت نفقتها ؛ لأنها في معنى المسافرة . وإن أحرمت به بإذنه ، فقال القاضي : لها النفقة .

(١) سقط من : ب .

(٢) في : النفقة .

(٣) في ب ، م : الحق .

(٤) في م : لما .

(٥) سقط من : م .

والصَّحِيحُ أَنَّهَا كَالْمُسَافِرَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِإِحْرَامِهَا مَانِعَةٌ لِمَنِ التَّمَكُّينُ ، فَهِيَ كَالْمُسَافِرَةِ
لِحَاجَةِ نَفْسِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ أُحْرِمَتْ بِالْحُجِّ الْوَاجِبِ ، أَوِ الْعُمْرَةِ الْوَاجِبَةِ ، فِي
الْوَقْتِ الْوَاجِبِ ، مِنَ الْمِيقَاتِ ، فَلَهَا النِّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا بِأَصْلِ الشَّرْعِ
فِي وَقْتِهِ ، فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَمَا لَوْ صَامَتْ رَمَضَانَ . وَإِنْ قَدَمَتْ الْإِحْرَامَ عَلَى
الْمِيقَاتِ ، أَوْ قَبْلَ الْوَقْتِ ، خُرِّجَ فِيهَا مِنَ الْقَوْلِ مَا فِي الْمُحْرَمَةِ بِحُجِّ التَّطَوُّعِ ؛ لِأَنَّهَا
فَوُتَتْ عَلَيْهِ التَّمَكُّينَ بِشَيْءٍ مُسْتَعْنَى ^(٦) عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ اعْتَكَفَتْ ، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ كَسَفَرِهَا ، إِنْ كَانَ بِغَيْرِ إِذْنِهِ فَهِيَ نَاشِئٌ ؛
لِخُرُوجِهَا مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا ^(٧) بِغَيْرِ إِذْنِهِ ^(٨) فِيمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَ
بِإِذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِي ^(٩) قَوْلِ الْخِرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النِّفَقَةُ . وَإِنْ صَامَتْ
رَمَضَانَ ، / لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مُضَيِّقٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، لَا يَمْلِكُ مَنَعُهَا مِنْهُ ،
فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَالصَّلَاةِ ، وَلَئِنْ يَكُونُ صَائِمًا مَعَهَا ، فَيَمْتَنِعُ الِاسْتِمْتَاعُ لِمَعْنَى وَجَدَ
فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ قَبْضَتِهِ ^(٩) ، وَلَمْ تَأْتِ بِمَا
يَمْنَعُهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَإِنَّهُ يُمَكِّنُهُ تَفْطِيرُهَا وَوُطُوءُهَا ، فَإِنْ أَرَادَ ذَلِكَ مِنْهَا فَمَنْعَتْهُ ^(١٠) ،
سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا بِامْتِنَاعِهَا مِنَ التَّمَكُّينِ الْوَاجِبِ . وَإِنْ كَانَ صَوْمًا مَنذُورًا مُعْلَقًا بِوَقْتٍ
مُعَيَّنٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النِّفَقَةُ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ
كَانَ تَذَرُّهَا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أَوْ كَانَ التَّذَرُّ بِإِذْنِهِ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهَا
بِحَقِّ سَابِقٍ عَلَى نِكَاحِهِ ، أَوْ وَاجِبٍ أَذِنَ فِي سَبَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ التَّذَرُّ فِي نِكَاحِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ،
فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا فَوُتَتْ عَلَيْهِ حَقُّهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِاخْتِيَارِهَا بِالتَّذَرِّ الَّذِي لَمْ يُوجِبْهُ ^(١١)

(٦) فِي ١ : يَسْتَعْنَى .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٨) فِي ب ، م : عَلَى .

(٩) فِي ١ ، م : قَبْضَتِهِ .

(١٠) فِي م زِيَادَةٌ : نَفْسُهَا .

(١١) فِي ب : يُوجِبُ .

الشرع عليها ، ولا نَدَبَها إليه . وإن كان التَّدْرُّ مُطْلَقًا ، أو كان صَوْمَ كَفَّارَةٍ ، فصَامَتْ بإِذْنِهِ ، فلها النَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا أَدَّتِ الْوَاجِبَ بِإِذْنِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ صَامَتِ الْمُعَيَّنُ فِي وَقْتِهِ ، وَإِنْ صَامَتْ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا يُمْكِنُهَا تَأْخِيرُهُ ، فَإِنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي ، وَحَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْفَوْرِ . وَإِنْ كَانَ قَضَاءُ رَمَضَانَ قَبْلَ ضَيْقِ وَقْتِهِ ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُهِ مُضَيَّقًا ، مِثْلَ أَنْ قَرَّبَ رَمَضَانُ الْآخِرُ ، فَعَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مُضَيَّقٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، أَشْبَهَ أَداءَ رَمَضَانَ .

١٣٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ ، فَلَا سَكْنَى لَهَا ، وَلَا نَفَقَةَ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا)

(١) «وجملة الأمر» ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ثَلَاثًا ، أَوْ بِخُلْعٍ ، أَوْ بَائِثَ بَفَسْخٍ ، وَكَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى ، بِإِجْمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمِيلًا فَأُنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (٢) . وَفِي بَعْضِ أَخْبَارِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ : لَا نَفَقَةَ لَكَ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا (٣) . وَلَأَنَّ الْحَمْلَ وَلَدُهُ ، فَيَلْزَمُهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمْكِنُ لَهُ النَّفَقَةُ (٤) عَلَيْهِ ، إِلَّا بِالْإِنْفَاقِ (٥) عَلَيْهَا ، فَوَجِبَ ، كَمَا (٦) وَجِبَتْ أُجْرَةُ الرِّضَاعِ . وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا . وَفِي السُّكْنَى رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهَا

(١-١) في ١ : « وجملته » .

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) تقدم تخریج قصة فاطمة بنت قيس ، في ٦/٣٠٧ ، ٩/٥٦٧ .

وهذا اللفظ أخرجه مسلم ، في : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٧/٢ .

وأبو داود ، في : باب نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٣/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١٤/٦ ، ٤١٥ .

(٤) في ١ : « الإنفاق » .

(٥) في ١ : « النفقة » .

(٦) في ب زيادة : « لو » .

ذلك . وهو قول عمر ، وأبنيه ، وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعي ؛ / للآية . والرواية الثانية ، لا سُكْنَى لها ، ولا نفقة . وهى ظاهر ٢٠٠/٨ ط

المذهب ، وقول^(٧) على ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطائوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وداد . وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السُكْنَى والنفقة . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والبتي ، والعمري ؛ لأن ذلك يروى عن عمر ، وابن مسعود . ولأنها مطلقة ، فوجب لها النفقة والسُكْنَى ، كالرجعية . وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر ، أنه قال : لا تدع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة^(٨) . وأكثرت عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه . ولنا ، ما روت فاطمة بنت قيس ، أن زوجها طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فتسخطته^(٩) ، فقال : والله مالك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت^(١٠) ذلك له ، فقال : « لَيْسَ لَكَ^(١١) عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا سُكْنَى » . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك . متفق عليه^(١٢) . وفي لفظ : فقال رسول الله ﷺ : « انظري يا ابنة قيس ، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة ، فلا نفقة^(١٣) ولا سُكْنَى » . رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدي ، وغيرهم^(١٤) . قال ابن عبد البر : من طريق الحجة وما يلزم منها ، قول أحمد ابن حنبل

(٧) في ب : « وهو قول » .

(٨) تقدم في صفحة ٣٠١ .

(٩) في ا ، م : « فسخطته » .

(١٠) في م : « تذكره » .

(١١) سقط من : ا .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(١٣) في زيادة : « لها » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٠٢ .

وَمَنْ تَابَعَهُ أَصَحَّ وَأَحْجُ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ نَصًّا صَرِيحًا ، فَأَيُّ شَيْءٍ يُعَارِضُ هَذَا إِلَّا
 مِثْلُهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، الَّذِي ^(١٥) هُوَ الْمُبَيِّنُ عَنِ اللَّهِ مُرَادَهُ ؟ وَلَا شَيْءٌ يَدْفَعُ ذَلِكَ . وَمَعْلُومٌ
 أَنَّهُ أَعْلَمُ بِتَأْوِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ . وَأَمَّا
 قَوْلُ عُمَرَ ، وَمَنْ وَاَفَقَهُ ، فَقَدْ خَالَفَهُ عَلِيُّ وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَمَنْ وَاَفَقَهُمَا ، وَالْحُجَّةُ مَعَهُمْ ،
 وَلَوْ لَمْ يُخَالَفَهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ، لَمَّا قِيلَ قَوْلُهُ الْمَخَالِفُ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنَّ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ
 ﷺ حُجَّةٌ عَلَى عُمَرَ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَلَمْ يَصِحَّ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ : لَا تَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا ، وَسُنَّةَ
 نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ . فَإِنَّ ^(١٦) أَحْمَدَ أَتَكَرَّهُ ، وَقَالَ : أَمَّا هَذَا فَلَا ، وَلَكِنْ قَالَ : لَا تَقْبَلُ فِي
 دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ . وَهَذَا أَمْرٌ يُرَدُّهُ ^(١٧) الْإِجْمَاعُ عَلَى قَبُولِ قَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي الرِّوَايَةِ ، فَأَيُّ حُجَّةٍ
 فِي شَيْءٍ يُخَالَفُهُ الْإِجْمَاعُ ، وَتُرَدُّهُ السُّنَّةُ ، وَيُخَالَفُهُ فِيهِ عِلْمَاءُ الصَّحَابَةِ . قَالَ إِسْمَاعِيلُ
 ٢٠١/٨ ابن إسحاق : نَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ / عُمَرَ لَا يَقُولُ : لَا تَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا إِلَّا لَمَّا هُوَ مُوجُودٌ فِي
 كِتَابِ اللَّهِ . وَالَّذِي فِي الْكِتَابِ أَنَّ لَهَا النِّفْقَةَ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَإِنْ
 كُنَّ أُولَتْ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَأَمَّا غَيْرُ ذَوَاتِ الْحَمْلِ ^(١٨) فَلَا
 يَدُلُّ ^(١٩) الْكِتَابُ إِلَّا عَلَى ^(٢٠) أَنَّهُنَّ لَا نِفْقَةَ لَهُنَّ ؛ لِاشْتِرَاطِهِ ^(٢١) الْحَمْلُ فِي الْأَمْرِ
 بِالْإِنْفَاقِ . وَقَدْ رَوَى أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَثَمَةِ ، بِإِسْنَادِهِمْ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ :
 فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا - يَعْنِي الْمُتَلَاعِنَيْنِ - وَقَضَى أَنْ لَا يَبْتَ لَهَا عَلَيْهِ وَلَا
 قُوتٌ ^(٢٢) . وَلَئِنْ هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا لَا تُزِيلُهُ الرَّجْعَةُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا سُكْنَى وَلَا نِفْقَةٌ ،
 كَالْمُلَاعِنَةِ أَوْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ ، وَفَارَقَتِ الرَّجْعِيَّةَ فِي ذَلِكَ . وَأَمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَهَا السُّكْنَى
 وَالنِّفْقَةُ ؛ لِلآيَةِ وَالْخَبَرِ وَالْإِجْمَاعِ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ وَظَهَارُهُ وَإِبْلَاؤُهُ .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ١ : لأن .

(١٧) في ب : رده .

(١٨-١٩) في ١ : فيدل .

(١٩) كسحت من : ١ .

(٢٠) في ١ : لاشترط .

(٢١) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

فصل : فأما المُلَاعِنَةُ فلا سُكْنَى لها ، ولا نفقة ، إن كانت غير حَامِلٍ ، للخبر . وكذلك إن كانت حَامِلًا نَفَى حَمْلُهَا ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَنْتَفِي ^(٢٢) عنه . أَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَنْتَفِي ^(٢٢) بزوال الفِرَاش . وإن قُلْنَا : لا يَنْتَفِي بِنَفْيِهِ . أو لم يَنْتَفِ ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ . فلها السُّكْنَى والنَّفَقَةُ ؛ لأنَّ ذلك للحَمَلِ ، أو لها بِسَبَبِهِ ، وهو موجود ^(٢٣) ، فأشْبَهَتْ الْمُطَلَّقةَ البَائِسَ . فإن نَفَى الحَمَلَ ، فَأَنْفَقَتْ أُمُّهُ ، وَسَكَنْتْ من غير الزَّوْجِ ، وَأَرْضَعَتْ ، ثم اسْتَلْحَقَهُ الْمُلاعِنُ ، لِحَقِّهِ ، وَلِرَمْتِهِ النَّفَقَةُ وَأُجْرَةُ ^(٢٤) الْمَسْكَنِ وَالرَّضَاعِ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ ذلك على أَنَّهُ لَا أَبَ لَه ، فَإِذَا ثَبَتَ لَهُ أَبٌ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، وَرُجِعَ بِهِ عَلَيْهِ . فإن قيل : النَّفَقَةُ لِأَجْلِ الحَمَلِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ ، وَهِيَ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فكيف تُرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا يَسْقُطُ عنه ؟ قُلْنَا : بل النَّفَقَةُ لِلْحَامِلِ من أَجْلِ الحَمَلِ ، فلا تَسْقُطُ ، كَنَفَقَتِهَا فِي الْحَيَاةِ ، وَإِنْ سَلَّمْنَا أَنَّهَا لِلْحَمَلِ ^(٢٥) ، إِلَّا أَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَيْهَا ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّهَا ، فلا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، كَنَفَقَتِهَا .

فصل : فأما الْمُعْتَدَةُ من الوَفَاةِ ، فإن كانت حَائِلاً ، فلا سُكْنَى لها ولا نَفَقَةُ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ قد زال بِالْمَوْتِ ، وَإِنْ كانت حَامِلًا ، ففيها رِوَايتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لها السُّكْنَى والنَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا حَامِلٌ من زَوْجِهَا ، فَكَانَتْ لها السُّكْنَى والنَّفَقَةُ ، كَالْمُفَارِقَةِ فِي الْحَيَاةِ . والثَّانِيَةِ ، لا سُكْنَى لها ولا نَفَقَةُ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ قد صار لِلوَرَثَةِ ، وَنَفَقَةُ الْحَامِلِ وَسُكْنَاهَا إِنَّمَا هو لِلْحَمَلِ أو من أَجْلِهِ ، ولا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْوَرَثَةُ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كانَ لِلْمَيِّتِ / مِيرَاثٌ ، فَنَفَقَةُ الْحَمَلِ من نَصِيبِهِ ، وَإِنْ لم يَكُنْ لَهُ مِيرَاثٌ ، لم يَلْزَمْ وَارِثَ الْمَيِّتِ الْإِنْفَاقُ على حَمَلِ امْرَأَتِهِ ، كما بَعْدَ الْوِلَادَةِ . قال القاضِي : وهذه الرِّوَايَةُ أَصَحُّ .

فصل : وهل تُجِبُّ نَفَقَةُ الحَمَلِ ^(٢٦) لِلْحَامِلِ من أَجْلِ الحَمَلِ أو لِلْحَمَلِ ، فيه

(٢٢-٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل ، ب ، م : (موجودة) .

(٢٤) في ١ ، ب ، م : (وأجر) .

(٢٥) في الأصل : (بحمل) .

(٢٦) سقط من : ١ .

رَوَايَتَانِ ؛ إحداهما : تَجِبُ لِلْحَمْلِ . اختارها أبو بكرٍ ؛ لأنها تَجِبُ بِوُجُودِهِ ، وَتَسْقُطُ عِنْدَ انْفِصَالِهِ ، فَدَلَّ عَلَى أَنَّهَا لَهُ . والثانية ، تَجِبُ لَهَا مِنْ أَجْلِهِ ؛ لأنها تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَكَانَتْ لَهُ كَنَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ ، وَلأنَّهَا لَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَأَشْبَهَتْ نَفَقَتَهَا فِي حَيَاتِهِ . وللشافعي قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ . وَيَتَّبِعُنِي عَلَى هَذَا الْاِخْتِلَافِ فُرُوعٌ ؛ مِنْهَا ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ الْمُطَلَّقةُ الْحَامِلُ^(٢٧) أُمَةً ، وَقُلْنَا : النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ . فَتَنَفَّقْتُهَا عَلَى سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ مِلْكُهُ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَعَلَى الزَّوْجِ ؛ لِأَنَّهُ نَفَقَتُهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ عَبْدًا ، وَقُلْنَا : هِيَ لِلْحَمْلِ . فَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ^(٢٨) ؛ لِأَنَّهُ لَا تَلْزَمُهُ نَفَقَةُ وَلَدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَالنَّفَقَةُ عَلَيْهِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا مِنْ نِكَاحٍ فَاسِيدٍ ، أَوْ وَطْءٍ شَبْهَةٍ ، وَقُلْنَا : النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ . فَعَلَى الزَّوْجِ وَالْوَاطِئِ ؛ لِأَنَّهُ وَلَدُهُ ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ كَمَا بَعْدَ الْوَضْعِ . وَإِنْ قُلْنَا : لِلْحَامِلِ . فَلَا نَفَقَةَ عَلَيْهِ^(٢٩) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَسْتُرُ زَوْجَةً يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهَا . وَإِنْ تَشَرَّتْ امْرَأَةٌ إِنْسَانًا ، وَهِيَ حَامِلٌ ، وَقُلْنَا : النَّفَقَةُ لِلْحَمْلِ . لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ وَلَدِهِ لَا تَسْقُطُ بِشُورِ أُمِّهِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَهَا . فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُ نَاشِئٌ .

فصل : وَيَلْزَمُ الزَّوْجُ دَفْعَ نَفَقَةِ الْحَامِلِ الْمُطَلَّقةِ إِلَيْهَا يَوْمًا فَيَوْمًا ، كَمَا يَلْزَمُهُ دَفْعُ نَفَقَةِ الرَّجْعِيَّةِ . وقال الشافعي ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا يَلْزَمُهُ دَفْعُهَا إِلَيْهَا حَتَّى تَضَعَ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، وَلِهَذَا : أَوْقَفْنَا^(٣٠) الْمِيرَاثَ . وَهَذَا إِخْلَافُ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أُولَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلأنَّهَا مَحْكُومٌ لَهَا بِالنَّفَقَةِ ، فَوَجِبَ دَفْعُهَا إِلَيْهَا ، كَالرَّجْعِيَّةِ . وَمَا ذَكَرَهُ^(٣١) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْحَمْلَ يَثْبُتُ بِالْأَمَارَاتِ ، وَتَثْبُتُ أَحْكَامُهُ فِي^(٣٢) النِّكَاحِ ، وَالْحَدِّ ، وَالْقِصَاصِ ، وَفَسْخِ الْبَيْعِ فِي الْجَارِيَةِ

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) ق م : : نفقته .

(٢٩) ق ب ، م : : عليها .

(٣٠) ق ا ، ب ، م : : وقفنا .

(٣١) ق ا ، ب ، م : : ذكره .

(٣٢) ق الأصل ، ا : : فيه .

المبيعة ، والممنوع من الأخذ في (٣٣) الزكاة ، وجوب الدفع في الدية ، فهو كالمتحقق ، ولا يشبه هذا الميراث ؛ فإن كان (٣٤) الميراث لا يثبت (٣٥) بمجرد الحمل ، فإنه يشترط له الوضع والاستهلال بعد الوضع ، ولا يوجد ذلك قبله ، ولأننا لا نعلم صفة الحمل وقدره وجود / شرط (٣٦) توريثه ، بخلاف (٣٧) مسائلنا ، فإن النفقة تجب بمجرد الحمل ، ولا تختلف باختلافه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى ادعت الحمل فصدها ، دفع إليها ، فإن كان حملاً ، فقد استوفت حقها ، وإن بان أنها ليست حاملاً ، رجع عليها ، سواء دفع (٣٨) إليها بحكم الحاكم أو بغيره ، وسواء شرط (٣٩) أنها نفقة أو لم يشترط . وعنه : لا يرجع . والصحيح أنه يرجع ؛ لأنه دفعه على أنه واجب ، فإذا بان أنه ليس بواجب ، استرجعه ، كما لو قضاه ديناً ، فبان أنه لم يكن عليه دين . وإن أنكر حملها ، نظر النساء الثقات ، فرجع إلى قولهن ، (٤٠) «ويقبل قول المرأة» الواحدة إذا كانت من أهل الخبرة والعدالة ؛ لأنها شهادة على ما لا يطلع عليه الرجال ، أشبه الرضاع ، وقد ثبت الأصل بالخبر .

فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ؛ لأنه ليس بينهما نكاح صحيح ، فإن طلقها أو فرق بينهما قبل الوطء ، فلا عدة عليها ، وإن كان بعد الوطء ، فعليها العدة ، ولا نفقة لها ولا سكنى ، إن كانت حائلاً ؛ لأنه إذا لم يجب (٤١) ذلك قبل التفريق ، فبعده أولى ، وإن كانت حاملاً ، فعلى ما ذكرنا من قبل ؛ فإن قلنا : لها النفقة

(٣٣) في م زيادة : « منع » .

(٣٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٥) في ا ، ب ، م زيادة : « إلا » .

(٣٦) سقط من : م . وفي ا ، ب : « شرطه » .

(٣٧) في الأصل : « لخلاف » .

(٣٨) في ا : « دفعه » .

(٣٩) في ا : « شرطاً » .

(٤٠ - ٤١) في ا : « فيقبل قولهن » .

(٤١) في ب : « يجوز » .

إذا كانت حاملاً . فلها ذلك قبل التفريق ؛ لأنه إذا وجب بعد التفريق ، فقبله أولى . ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها ، لم يرجع عليها بشيء^(٤٢) ؛ لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب ، فهو متطوِّع به ، وإن لم يكن عالماً فهو مُفَرِّطٌ ، فلم يرجع به^(٤٣) ، كما لو أنفق على أجنبية . وكلُّ مُعْتَدَّةٍ من الوطء في غير نكاح صحيح ، كالموطوءة بشبهة وغيرها ، إن كان يلحق الواطئ نَسَبٌ ولِدها ، فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد ، وإن كان لا يلحقه نَسَبٌ ولِدها ، كالزَّاني ، فليس عليه نفقتها ، حاملاً كانت أو حائلاً ؛ لأنه لا نكاح بينهما ، ولا بينهما ولدٌ يُنسَبُ إليه .

١٣٩٧ - مسألة : قال : (وَإِذَا خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ، وَأَبْرَأَتْهُ مِنْ حَمْلِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، وَلَا لِلْوَلَدِ ، حَتَّى تَفْطِمَهُ)

أما إذا خالعه ولم يبرئه من حملها ، فلها النفقة ، كما لو طلقها ثلاثاً وهي حامل ؛ لأنَّ الحمل ولِده ، فعليه نفقته ، وإن أبرأته من الحمل عوضاً في الخلع ، صحَّ ، سواء كان العوض كله أو بعضه ، وقد ذكرناه في الخلع^(١) ، ويبرأ حتى^(٢) تَفْطِمَهُ ، إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك ، أو أطلقت / البراءة من نفقة الحمل وكفالاته ؛ لأنَّ البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحق المرأة العوض عليه فيها ، وهي مدة الحمل والرضاع ، لأنَّ المطلق إذا كان له عُرْفٌ ، انصرف إلى العُرْف . وإن اختلفا في مدة الرضاع ، انصرف إلى حَوْلَيْنِ ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَفَصَّالَهُ فِي سَبْعِينَ يَوْمًا ثَلَاثًا وَأَرْبَعًا رَضَاعًا ﴾^(٣) . وقال تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) سقط من : الأصل .

(١) تقدم في : ٢٨٤/١٠ .

(٢) في ب ، م : « حين » .

(٣) في الأصل : « طلبت » .

(٤) سورة لقمان ١٤ .

أَنْ يُتِمَّ الرِّضَاعَةَ ﴿٥﴾ . ثم قال : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ ﴿٥﴾ . فدلَّ على أنَّه لا يجوزُ فِصَالُهُ قَبْلَ الْعَامَيْنِ ^(٦) إِلَّا بِتَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ . وإن قَدَّرَا مُدَّةَ الْبَرَاءَةِ بِزَمَنِ الْحَمْلِ ، أو بِعَامٍ ، أو نَحْوِ ذَلِكَ ، فهو على مَا قَدَّرَاهُ ، وهو أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْطَعَ لِلتَّرَاجُعِ ، وَأَبْعَدُ مِنَ اللَّبْسِ وَالِاشْتِبَاهِ . ولو أَبْرَأْتَهُ مِنْ نَفَقَةِ الْحَمْلِ ، انصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى زَمَنِ الْحَمْلِ قَبْلَ وَضْعِهِ . قال القاضى : إِنَّمَا صَحَّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى نَفَقَةِ الْوَلَدِ ، وَهِيَ لِلْوَلَدِ دُونَهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْمَالِكَةِ لَهَا ، لِأَنَّهَا هِيَ الْقَابِضَةُ لَهَا ، الْمُسْتَحِقَّةُ لَهَا ^(٧) ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا ، فَإِنَّهَا فِي مُدَّةِ الْحَمْلِ هِيَ الْآكِلَةُ لَهَا ^(٨) ، الْمُتَنَفِّعَةُ بِهَا ، وَبَعْدَ الْوِلَادَةِ هِيَ أَجْرُ رِضَاعِهَا لَهَا ^(٩) ، وَهِيَ الْآخِذَةُ لَهَا ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا أَيْضًا ، فَصَارَتْ كِمِلْكٍ مِنْ أَمْلَاقِهَا ، فَصَحَّ جَعْلُهَا عَوَضًا . فَأَمَّا النَّفَقَةُ الرَّائِدَةُ عَلَى هَذَا ، مِنْ كُسُوفَةِ الطِّفْلِ وَذُفْنِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُعَاوَضَ بِهِ فِي الْخُلْعِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ هُوَ لَهَا ، وَلَا هُوَ فِي حُكْمِ مَا هُوَ لَهَا .

١٣٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَالنَّاشِئُ لَا نَفَقَةَ لَهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، أُعْطِيَهَا نَفَقَةَ وَلَدِهَا)

معنى النَّاشِئُ مَعْصِيَتُهَا لَزَوْجِهَا فِيمَا لَهُ عَلَيْهَا ، مِمَّا أَوْجَبَهُ لَهُ ^(١) النِّكَاحُ ^(٢) ، وَأَصْلُهُ مِنَ الِارْتِفَاعِ ، مَاخُودٌ مِنَ النَّشْرِ ، وَهُوَ الْمَكَانُ الْمُتَرَفِّعُ ، فَكَأَنَّ النَّاشِئَ ارْتَفَعَتْ عَنْ طَاعَةِ زَوْجِهَا ، فَسُمِّيَتْ نَاشِئًا . فَمَتَى امْتَنَعَتْ مِنْ فِرَاشِهِ ، أَوْ خَرَجَتْ مِنْ مَنْزِلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ امْتَنَعَتْ مِنَ الْإِتِّقَالِ مَعَهُ إِلَى مَسْكَنِ مِثْلِهَا ، أَوْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) فى الأصل ، ١ : « الحولين » .

(٧) سقط من : أ ، ب ، م .

(٨) فى ب : « له » .

(٩) سقط من : م .

(١) فى أ : « لها » .

(٢) فى ب : « بالنكاح » .

سُكُنَى ، في قول عامة أهل العلم ؛ منهم الشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَكَمُ : لَهَا النِّفْقَةُ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ :
لَا أَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَؤُلَاءِ إِلَّا الْحَكَمَ ، وَلَعَلَّهُ يَحْتَجُّ بِأَنَّهُ نَشُوزُهَا لَا يُسْقِطُ مَهْرَهَا ،
فَكَذَلِكَ نَفَقَتُهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النِّفْقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ تَمَكِّيْنِهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ قَبْلَ
تَسْلِيمِهَا إِلَيْهِ ، وَإِذَا مَنَعَهَا / النِّفْقَةُ كَانَ لَهَا ^(٣) مَنَعُهُ التَّمَكِّيْنُ ، فَإِذَا مَنَعَتْهُ التَّمَكِّيْنُ كَانَ لَهُ
مَنَعُهَا مِنَ النِّفْقَةِ ، كَمَا قَبْلَ الدُّخُولِ . وَتَخَالَفَ الْمَهْرُ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَلِذَلِكَ
لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَجَبَ الْمَهْرُ دُونَ النِّفْقَةِ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ ^(٤) مِنْهَا وَلَدٌ ، فَعَلِيهِ
نِّفْقَةُ وَادِّهِ ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهُ ، فَلَا يُسْقِطُ حَقُّهُ بِمَعْصِيَتِهَا ، كَالْكَبِيرِ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهَا
إِيَّاهَا إِذَا كَانَتْ هِيَ الْحَاضِنَةَ ^(٥) لَهُ ، أَوِ الْمُرْضِعَةَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ أَجْرُ رِضَاعِهَا ، يَلْزَمُهُ
تَسْلِيمُهُ ^(٦) إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَجْرٌ مَلَكَتْهُ عَلَيْهِ بِالْإِرْضَاعِ ^(٧) ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْإِسْتِمْتَاعِ ، فَلَا
يُزُولُ بِزَوَالِهِ .

فصل : وَإِذَا سَقَطَتْ نِفْقَةُ الْمَرْأَةِ بِنُشُوزِهَا ، فَعَادَتْ عَنِ النُّشُوزِ وَالزَّوْجِ حَاضِرٌ ،
عَادَتْ نَفَقَتُهَا ؛ لِزَوَالِ الْمُسْقِطِ لَهَا ، وَوُجُودِ التَّمَكِّيْنِ الْمُقْتَضِي لَهَا . وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، لَمْ
تَعُدْ نَفَقَتُهَا حَتَّى يَعُودَ التَّسْلِيمُ بِحُضُورِهِ ، أَوْ بِحُضُورِ ^(٨) وَكِيلِهِ ، أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ
بِالْوُجُوبِ إِذَا مَضَى زَمَنُ الْإِمْكَانِ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ امْرَأَتُهُ ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ، فَإِنْ عَادَتْ
إِلَى الْإِسْلَامِ ، عَادَتْ نَفَقَتُهَا بِمُجَرَّدِ عَوْدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ إِنَّمَا سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا
بَخُرُوجِهَا ^(٩) عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَإِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ ، زَالَ الْمَعْنَى الْمُسْقِطُ ، فَعَادَتْ النِّفْقَةُ ،

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَهُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٥) فِي ب ، م : « الْحَاضِنَةُ » . تَحْرِيفٌ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِتَسْلِيمِهِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِالرِّضَاعِ » .

(٨) فِي أ ، ب ، م : « حُضُورٌ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « لَخُرُوجِهَا » .

وفي التَّشْوِيزِ ، سَقَطَتِ النِّفْقَةُ بِخُرُوجِهَا عَنْ يَدِهِ ، أَوْ مَنَعَهَا^(١٠) لَهُ مِنَ التَّمْكِينِ الْمُسْتَحَقِّ
عَلَيْهَا ، وَلَا يَزُولُ ذَلِكَ إِلَّا بِعَوْدِهَا إِلَى يَدِهِ ، وَتَمْكِينِهِ مِنْهَا ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ فِي غَيْبَتِهِ ،
وَلِذَلِكَ لَوْ بَدَلْتُ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا قَبْلَ دُخُولِهَا فِي حَالِ غَيْبَتِهِ ، لَمْ تَسْتَحِقَّ النِّفْقَةَ بِمُجَرَّدِ
الْبَدْلِ ، كَذَا هُنَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) فِي ب : « وَمَنَعَهَا » .

باب مَنْ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ

كَفَالَةُ الطِّفْلِ وَحَضَانَتُهُ وَاجِبَةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَهْلِكُ بِتَرْكِه ، فَيَجِبُ حِفْظُهُ عَنِ الْهَلَاكِ ، كَمَا
يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ جَاوَهُ مِنَ الْمَهَالِكِ . وَيَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ لِقَرَاتِهِ ، ^(١) «لَأَنَّ فِيهَا» وَلايَةً عَلَى
الطِّفْلِ وَاسْتِصْحَابًا ^(٢) لَهُ ، فَتَعَلَّقَ ^(٣) بِهَا الْحَقُّ ، كَكَفَالَةِ اللَّقِيطِ . وَلَا تُثَبِّتُ الْحَضَانَةُ
لَطِفْلٍ ، وَلَا مَعْتُوهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدَرُ عَلَيْهَا ، وَهُوَ مُنْتَاجٌ إِلَى مَنْ يَكْفُلُهُ ، فَكَيْفَ يَكْفُلُ
غَيْرَهُ ! وَلَا فَاسِقٍ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ ^(٥) غَيْرُ مَوْثُوقٍ بِهِ فِي أَدَاءِ الْوَاجِبِ مِنَ الْحَضَانَةِ ، وَلَا حَظٌّ لِلْوَلَدِ فِي
حَضَانَتِهِ ، لِأَنَّهُ يَنْشَأُ عَلَى طَرِيقَتِهِ ، وَلَا الرَّقِيقِ . وَبِهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . / وَقَالَ مَالِكٌ ، فِي حُرِّهِ وَلَدٌ حُرٌّ مِنْ أُمِّهِ : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهِ ، إِلَّا أَنْ تُبَاعَ
فَتُنْقَلَ ، فَيَكُونُ الْأَبُ أَحَقَّ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّ مُشْفِقَةٍ ، فَأُشْبِهَتْ الْحُرَّةَ . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَا تُمْلِكُ
مَنَافِعَهَا الَّتِي تَحْصُلُ الْكَفَالَةُ ^(٦) بِهَا ، لَكُونَهَا مَمْلُوكَةٌ لِسَيِّدِهَا ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا حَضَانَةٌ ، كَمَا
لَوْ بِيَعَتْ وَنُقِلَتْ . وَلَا تُثَبِّتُ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ . وَبِهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَسَوَّارٌ ،
وَالْعَبْرِيُّ . وَقَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : تُثَبِّتُ لَهُ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَبْدِ
الْحَمِيدِ بْنِ جَعْفَرٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ رَافِعِ بْنِ سَيَّانٍ ، أَنَّهُ أَسْلَمَ ، وَأُبَيَّتْ أُمُّرَاتُهُ أَنْ
تُسَلِّمَ ، فَأَتَتْ النَّبِيَّ ﷺ فَقَالَتْ : ابْنَتِي . وَهِيَ فَطِيمٌ ، أَوْ شَبِيهَةٌ ، وَقَالَ رَافِعٌ : ابْنَتِي .
فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : «أَقْعُدِي نَاحِيَةَ» ، وَقَالَ لَهَا : «أَقْعُدِي نَاحِيَةَ» ، وَقَالَ : «ادْعُوا هَا» .

(١-١) فِي ١ : « فَإِنْ مِنْهَا » .

(٢) فِي م : « وَاسْتِحْقَاقَهُ » .

(٣) فِي م : « فَيَتَعَلَّقُ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « الْفَاسِقُ » .

(٥) فِي الْأَصْلِ : « فَإِنَّهُ » .

(٦) فِي الزَّهَادَةِ : « لَهُ » .

فَمَالَتِ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ اهْدِهَا » . فَمَالَتْ إِلَى أَبِيهَا ، فَأَخَذَهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا وَلَايَةٌ ، فَلَا تُثَبِّتُ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، كَوَلَايَةِ النَّكَاحِ وَالْمَالِ ، وَلَئِنَّهَا إِذَا لَمْ تُثَبِّتْ لِلْفَاسِقِ ، فَالْكَافِرُ أَوْلَى ، فَإِنْ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ ، فَإِنَّهُ يَفْتِنُهُ عَنْ دِينِهِ ، وَيُخْرِجُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ بِتَعْلِيلِهِ ^(٨) الْكُفْرَ ، وَتَرْبِيَّتَهُ لَهُ ، وَتَرْبِيَّتَهُ عَلَيْهِ ، وَهَذَا أَعْظَمُ الضَّرَرِ . وَالْحَضَانَةُ إِنَّمَا تُثَبِّتُ لِحَظِّ الْوَلَدِ ، فَلَا تُشْرَعُ عَلَى وَجْهِ يَكُونُ فِيهِ ^(٩) هَلَاكُهُ وَهَلَاكُ دِينِهِ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَقَدْ رَوَى عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ ، وَلَا يُثَبِّتُهُ أَهْلُ الثَّقَلِ ، وَفِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ . قَالَ ^(١٠) ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلِمَ أَنَّهَا تَخْتَارُ أَبَاهَا بَدْعَوْتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ خَاصًّا فِي حَقِّهِ . فَأَمَّا مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَابَاةً ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، لَكُونَ مَنَافِعُهُ مُشْتَرَكَةٌ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَابَاةٌ ، فَمَقْيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الْحَضَانَةَ فِي أَيَّامِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : كُلُّ مَا يَتَجَرَّأُ ، فَعَلَيْهِ النَّصْفُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَضَانَةَ لَهُ . لِأَنَّهُ كَالْقَيْنِ عِنْدَهُ . وَهَذَا أَصْلُ قَدْ تَقَدَّمَ .

١٣٩٩ - مسألة ؛ قال ^(١) : (وَالْأُمُّ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ وَالْمَعْتُوهِ ، إِذَا طَلَّقَتْ)

وَجَعَلَتْهُ أَنَّ الزَّوْجَيْنِ إِذَا افْتَرَقَا ، وَلَهُمَا وَلَدٌ طِفْلٌ أَوْ مَعْتُوٌّ ، فَأُمُّهُ أَوْلَى النَّاسِ بِكَفَالَتِهِ إِذَا كَمَلَتْ الشَّرَائِطُ فِيهَا ، ذَكَرًا كَانَ أَوْ أُنْثَى . وَهَذَا قَوْلُ يَحْيَى الْأَنْصَارِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، / وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي تَوْرٍ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَهُمْ . وَالْأَصْلُ فِيهِ مَا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِي ، أَنَّ امْرَأَةً قَالَتْ :

(٧) في : باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد . من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٠/١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٤٦/٥ .

(٨) في ١ : يتعلمه .

(٩) في ١ : فيها .

(١٠) في الأصل ، م : قال .

(١) في ب زيادة : أبو القاسم .

يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ ابْنِي هَذَا كَانَ بَطْنِي لَهُ وَعَاءٌ ، وَثَدْيِي لَهُ سِقَاءٌ ، وَحِجْرِي لَهُ حِوَاءٌ ، وَإِنَّ أَبَاهُ طَلَّقَنِي ، وَأَرَادَ أَنْ يَنْزِعَهُ مِنِّي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَتَبْتَ أَحَقَّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَيُرَوَّى أَنَّ أَبَا بَكْرٍ الصَّدِيقَ ، حَكَمَ عَلَى عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ بِعَاصِمٍ لِأُمِّهِ أُمِّ عَاصِمٍ ، وَقَالَ : رِيحُهَا وَشَمُّهَا وَلُطْفُهَا ، خَيْرٌ لَهُ مِنْكَ . رَوَاهُ سَعِيدٌ ، فِي « سُنَنِهِ » ^(٣) . وَلَأَنَّهَا أَقْرَبُ إِلَيْهِ ، وَأَشْفَقَ عَلَيْهِ ، وَلَا يُشَارِكُهَا فِي الْقُرْبِ إِلَّا أَبُوهُ ، وَلَيْسَ لَهُ مِثْلُ شَفَقَتِهَا ، وَلَا يَتَوَلَّى الْحَضَانَةَ بِنَفْسِهِ ، وَإِنَّمَا يَدْفَعُهُ إِلَى امْرَأَتِهِ ، وَأُمِّهِ أَوْلَى بِهِ مِنْ امْرَأَةِ أَبِيهِ .

فصل : فَإِنْ لَمْ تَكُنِ الْأُمُّ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، لِفُقْدَانِ الشُّرُوطِ الَّتِي ذَكَرْنَا فِيهَا ^(٤) ، أَوْ بَعْضِهَا ، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ ، وَتَنْتَقِلُ ^(٥) إِلَى مَنْ يَلِيهَا فِي الْاِسْتِحْقَاقِ . وَلَوْ كَانَ الْأَبَوَانِ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، انْتَقَلَتْ إِلَى مَنْ يَلِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا كَالْمَعْدُومَيْنِ .

فصل : وَلَا تَثْبُتُ الْحَضَانَةُ إِلَّا عَلَى الطِّفْلِ وَالْمَعْتُوهِ ^(٦) ، فَأَمَّا الْبَالِغُ الرَّشِيدُ ، فَلَا حَضَانَةَ عَلَيْهِ ، وَإِلَيْهِ الْخِيَرَةُ ^(٧) فِي الْإِقَامَةِ ^(٨) عِنْدَ مَنْ شَاءَ مِنْ أَبَوَيْهِ ، فَإِنْ كَانَ رَجُلًا ، فَلَهُ الْاِئْتِرَافُ بِنَفْسِهِ ، لِاسْتِغْنَائِهِ عَنْهُمَا ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ لَا يَنْفَرِدَ عَنْهُمَا ، وَلَا يَقْطَعَ بَرَّهُ عَنْهُمَا ، وَإِنْ كَانَتْ جَارِيَةً لَمْ يَكُنْ لَهَا الْاِئْتِرَافُ ، وَلَأَيُّهَا مَنَعُهَا مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَرُ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهَا مَنْ يُنْفِسُهَا ، وَيُلْحِقُ الْعَارَ بِهَا وَأَهْلِهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهَا أَبٌ ، فَلَوْلِيِّهَا وَأَهْلِهَا مَنَعُهَا مِنْ ذَلِكَ .

(٢) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٩/١ .

(٣) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١٠٩/٢ ، ١١٠ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في الموث في الرجال من أحق بالولد ، من كتاب الوصية . الموطأ ٧٦٧/٢ ، ٧٦٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ - ٢٣٨ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في أزيادة : « الحضانة » .

(٦) في ب ، م : « أو المعتوه » .

(٧-٧) سقط من : ب .

١٤٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ سَبْعَ سِنِينَ ، خَيْرٌ بَيْنَ أَبَوَيْهِ ، فَكَانَ مَعَ مَنِ اخْتَارَ مِنْهُمَا)

وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعا ، وليس بمعتوه ، خير بين أبويه ، إذا تنازعا فيه ، فمن اختار^(١) منهما ، فهو أولى به . قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح . وهو مذهب الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يُخير . لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ، وليس بنفسه ، واستنجد بنفسه ، فالأب أحق به . ومالك يقول : الأم أحق به حتى يثغر^(٢) ، وأما التَّخْيِيرُ ، فلا يصح ؛ لأنَّ الغلام لا قول له ، ولا يعرف خطه ، وربما / اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويُمكنه من شهواته ، ولا فيؤدي إلى فسادِه ، ولأنَّه دون البلوغ ، فلم يُخير ، كمن دون السَّبع . ولنا ، ما روى أبو هريرة أن النَّبِيَّ ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، بإسناده ، والشافعي^(٣) . وفي لفظ عن أبي هريرة ، قال : جاءت امرأة إلى النَّبِيِّ ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إنَّ زَوْجِي يريد أن يذهب باني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة^(٤) ، وقد نفعتني . فقال له النَّبِيُّ ﷺ : « هَذَا أَبُوكَ ، وَهَذِهِ أُمُّكَ ، فَخُذْ بِيَدِ أَيْهِمَا شِئْتَ » . فَأَخَذَ بِيَدِ أُمِّهِ ، فَأَنْطَلَقَتْ بِهِ . رواه أبو داود^(٥) ، ولأنَّه إجماعُ الصَّحَابَةِ ، فروى عن عمر ، أنَّه خير

(١) في ١ ، م : « اختاره » .

(٢) في م : « يعرب » تحريف . وأثر الغلام : ألقى ثغره ، ونبت ثغره ، ضد .

(٣) أخرجه سعيد في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ . وأخرجه الشافعي . انظر : الباب السابع في الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٢/٢ ، ٦٣ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبويه إذا اترقا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى ١٠٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب تخيير الصبي بين أبويه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٦/٢ .

(٤) في م : « عتبة » . وبئر أبي عتبة : على بعد ميل من المدينة . معجم البلدان ٤٣٤/١ .

(٥) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في تخيير الصبي بين أبويه ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧٠/٢ .

غلاماً بين أبيه وأمه . رواه سعيد^(٦) ، ورؤي عن^(٧) . عُمارة الجرمي ، أنه قال : خيرني علي بين عمي وأمي ، وكنت ابن سبع أو ثمان^(٨) . ورؤي نحو ذلك عن أبي هريرة . وهذه قصص في مظنة الشهرة ، ولم تنكر ، فكانت إجماعاً ، ولأن التقديم في الحضنة لحق^(٩) الولد ، فيقدم^(١٠) من هو أشفق ؛ لأن حظ الولد عنده أكثر ، واعتبرنا الشفقة بمظنتها إذا لم يمكن اعتبارها بنفسها ، فإذا بلغ الغلام حداً يعرب عن نفسه ، ويميز بين الإكرام وضده ، فمال إلى أحد الأبوين ، دل على أنه أرفق به ، وأشفق عليه ، فقدم بذلك . ويقدناه بالسبع ؛ لأنها أول حال أمر الشرع فيها بمخاطبته بالأمر بالصلاة ، ولأن الأم قدمت في حال الصغر ، لحاجته إلى حمله ، ومباشرة خدمته ، لأنها أعرف بذلك ، وأقوم به ، فإذا استغنى عن ذلك ، تساوى والداه ، لقربهما منه ، فرجع باختياره .

فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ، ثم اختار الآخر ، رد إليه ، فإن عاد فاختار الأول ، أعيد إليه ، هكذا أبداً كلما اختار أحدهما صار إليه ؛ لأنه اختيار شهوة ، لحظ نفسه ، فأثبع ما يشتهي ، كما يثبع ما يشتهي في المأكل والمشروب ، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت ، وقد يشتهي التسوية بينهما ، وأن لا ينقطع عنهما . وإن خيرناه ، فلم يحتر واحداً منهما ، أو اختارهما معاً ، قدم أحدهما بالقرعة ؛ لأنه لا مزية لأحدهما على صاحبه ، ولا يمكن اجتماعهما على حضائته ،

(٦) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ ، ١١١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا افترقا ... ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . وابن أبي شيبة ،

في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير . من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ .

(٧) سقط من : ١ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا افترقا ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . والشافعي ، انظر :

الباب السابع في الحضنة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٣/٢ . وسعيد ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما

أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١١/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الأولياء والأعمام أيهم أحق

بالولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٩/٥ ، ٢٤٠ .

(٩) في م : « يلحق به » .

(١٠) في ب ، م : « فيقدم » .

فَقُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فَإِذَا قُدِّمَ بِهَا ، ثُمَّ اخْتَارَ الْآخَرَ ، رُدَّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّا قَدَّمْنَا اخْتِيَارَهُ الثَّانِي عَلَى الْأَوَّلِ ، فَعَلِيَ الْقُرْعَةُ / الَّتِي ^(١١) هِيَ بَدَلُ أُولَى .

و ٢٠٥/٨

فصل : فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَعْدُومًا ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَحَضَرَ غَيْرُهُ مِنْ الْعَصَبَاتِ ، كَالْأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنِهِ ، قَامَ مَقَامَ الْأَبِ ، فَيُخَيَّرُ الْغُلَامُ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَصَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَيَّرَ عُمَارَةَ الْجَرْمِيِّ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَمِّهِ . وَلَأَنَّهُ عَصَبَةٌ ، فَأَشْبَهَ الْأَبَ . وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْأُمُّ ^(١٢) مَعْدُومَةً ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسَلَّمَ ^(١٣) إِلَى الْجَدَّةِ ، تُخَيَّرُ الْغُلَامُ بَيْنَهَا وَبَيْنِ أَبِيهِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ مَعْدُومَيْنِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسَلَّمَ إِلَى امْرَأَةٍ ، كَأَخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ ^(١٤) أَوْ خَالَتِهِ ، قَامَتْ مَقَامَ أُمِّهِ ، فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ عَصَبَاتِهِ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهُ فِي الْأَبْوَانِ . فَإِنْ كَانَ الْأَبَوَانِ رَقِيقَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ سِوَاهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا حَضَانَةَ لِهَمَا عَلَيْهِ ، وَلَا نَفَقَةَ لَهُ عَلَيْهِمَا ، وَنَفَقَتُهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يَحْضُنُّهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ .

فصل : وَإِنَّمَا يُخَيَّرُ الْغُلَامُ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، كَانَ كَالْمَعْدُومِ ، وَيُعَيَّنُ الْآخَرُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا يَكُونَ الْغُلَامُ مَعْتُوهاً ، فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهاً كَانَ عِنْدَ الْأُمِّ ، وَلَمْ يُخَيَّرْ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوَّةَ بِمَنْزِلَةِ الطِّفْلِ وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا ، وَلِذَلِكَ كَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِكَفَالَةِ وَلَدِهَا الْمَعْتُوَّةِ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَلَوْ خُيِّرَ الصَّبِيُّ ، فَاخْتَارَ أَبَاهُ ، ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ ، رُدَّ إِلَى الْأُمِّ ، وَبَطَلَ اخْتِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خُيِّرَ حِينَ اسْتَقْلَلَ بِنَفْسِهِ ، فَإِذَا زَالَ اسْتِقْلَالُهُ بِنَفْسِهِ ، كَانَتِ الْأُمُّ أُولَى ؛ لِأَنَّهُمَا أَشْفَقُ عَلَيْهِ ، وَأَقْوَمُ بِمَصَالِحِهِ ^(١٥) ، كَمَا فِي حَالِ طِفْلٍ لَيْتِهِ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في ١ ، ب ، م ، د : أُمُّهُ .

(١٣) في الأصل : فيسلم .

(١٤) في ١ ، ب ، م ، د : وعته .

(١٥) في ١ : بمصلحته .

١٤٠١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ سَبْعَ سِنِينَ ، فَلَأَبُ أَحَقُّ بِهَا)

وقال الشافعي : تُخَيَّرُ كَالْغُلَامِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ سِنٍّ تُخَيَّرُ فِيهِ الْغُلَامُ تُخَيَّرُ فِيهِ الْجَارِيَةُ ، كَسِنَّ الْبُلُوغِ . وقال أبو حنيفة : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا ، حَتَّى تُزَوِّجَ أَوْ تُحَيِّضَ . وقال مالك : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى تُزَوِّجَ وَيَدْخُلَ ^(١) بِهَا الزَّوْجُ ؛ لِأَنَّهَا لَا حُكْمَ لِاخْتِيَارِهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ انْفِرَادُهَا ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا ، كَمَا قَبِلَ السَّبْعَ . وَلَنَا ، أَنَّ الْغَرَضَ بِالْحَضَانَةِ الْحِظُّ ، وَالْحِظُّ لِلْجَارِيَةِ بَعْدَ السَّبْعِ فِي الْكَوْنِ عِنْدَ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى حِفْظٍ ، وَالْأَبُ أَوْلَى بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُمَّ تَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهَا / وَيَصُونُهَا ، وَلِأَنَّهَا إِذَا بَلَغَتِ السَّبْعَ ، قَارَبَتْ الصَّلَاحِيَةَ لِلتَّزْوِيجِ ، وَقَدْ تَزَوَّجَ النَّبِيُّ ﷺ عَائِشَةَ ، وَهِيَ ابْنَةُ سَبْعٍ ^(٢) . وَإِنَّمَا تُخْطَبُ الْجَارِيَةُ مِنْ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهُ وَلِيُّهَا ، وَالْمَالِكُ لِلتَّزْوِيجِهَا ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْكَفَاءَةِ ، وَأَقْدَرُ عَلَى الْبَحْثِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يُصَارُ إِلَى تَخْيِيرِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِهِ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْغُلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْحِفْظِ وَالتَّزْوِيجِ ، كَحَاجَتِهَا إِلَيْهِ ، وَلَا عَلَى سِنَّ الْبُلُوغِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا حِينَئِذٍ مُعْتَبَرٌ فِي إِذْنِهَا ، وَتَوْكِيلِهَا ، وَإِقْرَارِهَا ، وَاخْتِيَارِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ مَا بَعْدَ السَّبْعِ عَلَى مَا قَبْلَهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي دَلِيلِنَا .

فصل : إِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ عِنْدَ الْأُمِّ أَوْ عِنْدَ الْأَبِ ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ؛ لِأَنَّ تَأْدِيبَهَا وَتَحْرِيجَهَا فِي جَوْفِ الْبَيْتِ ، مِنْ تَعْلِيمِهَا الْغَزْلَ وَالطَّبْخَ وَغَيْرِهِمَا ^(٣) ، وَلَا حَاجَةَ بِهَا إِلَى الْإِخْرَاجِ مِنْهُ ، وَلَا يُمْنَعُ أَحَدُهُمَا مِنْ زِيَارَتِهَا عِنْدَ الْآخَرِ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ الزَّوْجُ بِأُمِّهَا ، وَلَا يُطِيلُ ، وَلَا يَتَبَسَّطُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا تَمْنَعُ تَبَسُّطَ أَحَدِهِمَا فِي مَنْزِلِ الْآخَرِ . وَإِنْ مَرَضَتْ ، فَلِأُمِّ أَحَقُّ بِتَمَرِيطِهَا فِي بَيْتِهَا . وَإِنْ كَانَ الْغُلَامُ عِنْدَ الْأُمِّ بَعْدَ السَّبْعِ ، لِاخْتِيَارِهَا لَهَا ، كَانَ عِنْدَهَا لَيْلًا ، وَيَأْخُذُهُ الْأَبُ نَهَارًا لِيُسَلِّمَهُ فِي مَكْتَبٍ ، أَوْ

(١) فِي أ ، ب ، م : « أَوْ يَدْخُلُ » .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٣٩٦ ، ٣٩٨/٩ .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « وَغَيْرِهَا » .

في صناعة ؛ لأنَّ القَصْدَ حَظُّ الغَلامِ ، وَحَظُّهُ فيما ذَكَرناه . وإن كان عند الأب ، كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يُمنَعُ من زيارة أمه ؛ لأنَّ منعه من ذلك إغراء بالعُقوقِ ، وقَطِيعَةُ للرَّحِمِ^(٤) . وإن مَرِضَ ، كانت الأمُّ أَحَقُّ بِتَمْرِيضِهِ في بَيْتِها ؛ لأنَّه صار بالمَرَضِ كالصغيرِ ، في الحاجة إلى مَنْ يَقومُ بِأَمْرِه ، فكانت الأمُّ أَحَقُّ به كالصغيرِ . وإن مَرِضَ أحدُ الأبوينِ ، والولدُ عند الآخرِ ، لم يُمنَعُ من عِيادَتِهِ ، وَحُضُورِهِ عند مَوْتِهِ ، سواء كان ذَكَراً أو أنثى ؛ لأنَّ المَرَضَ يَمْنَعُ المَرِيضَ من المَشْيِ إلى وَلَدِهِ^(٥) ، فَمَشَى وَلَدُهُ إِلَيْهِ أَوَّلَى . فأما في حال الصَّحَّةِ ، فإنَّ الغَلامَ يَزُورُ أمَّهُ ؛ لأنَّها عَوْرَةٌ ، فَسَتَرُها أَوَّلَى ، والأمُّ تَزُورُ ابْنَتَها ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ منهما عَوْرَةٌ ، تَحْتَاجُ إلى صِيانَةٍ وَسْتَرٍ ، وَسَتَرُ الجاريةِ أَوَّلَى ؛ لأنَّ الأمَّ قد تَحَرَّجَتْ وَعَقَلَتْ ، بخلافِ الجاريةِ .

فصل : وإذا أراد أحدُ الأبوينِ السَّفَرَ لحاجةٍ ثم يَعُودُ ، والآخرُ مُقِيمٌ ، فالمُقيمُ أَوَّلَى بالحضانة ؛ لأنَّ في المُسافَرةِ / بالولَدِ إضراراً به ، وإن كان مُنتَقِلاً إلى بلدٍ لِيُقيمَ به ، وكان الطَّرِيقُ مَخُوفاً^(٦) أو البَلَدُ^(٧) الذي يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ مَخُوفاً ، فالمُقيمُ^(٨) أَحَقُّ بِهِ^(٩) ؛ لأنَّ في السَّفَرِ به خَطَرٌ به ، ولو اختارَ الولدُ السَّفَرَ في هذه الحالِ ، لم يُجَبِّ إليه ؛ لأنَّ فيه تَغَرُّباً به . وإن كان البَلَدُ^(٨) الذي يَنْتَقِلُ إِلَيْهِ^(٩) آمِناً ، وطَرِيقُهُ آمِنٌ ، فالأبُّ أَحَقُّ به ، سواء كان هو المُقيمَ أو المُنتَقِلَ ، إلَّا أن يكونَ بينَ البَلَدَيْنِ قَرِيبٌ ، بحيثُ يَرَاهُمُ الأبُّ كُلَّ يَوْمٍ وَيَرَوْنَهُ ، فتكونُ الأمُّ على حَضَانَتِها . وقال القاضي : إذا كان السَّفَرُ دُونَ مَسافَةِ القَصْرِ ، فهو في حُكْمِ الإقامَةِ . وهو قولُ بعضِ^(٩) أصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ ذلك في حُكْمِ الإقامَةِ في غيرِ هذا الحُكْمِ ، فكذلك في هذا ، لأنَّ^(١٠) مُراعاةَ الأبِّ له مُمَكِّنَةٌ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ

(٤) في ١ ، ب ، م : « الرحم » .

(٥) في ب ، م : « والده » خطأ .

(٦-٦) في ب : « والبلد » .

(٧-٧) في م : « أولى بالحضانة » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ١ ، ب : « ولأن » .

ما ذكرناه ، وهو أولى ؛ لأنَّ البُعْدَ الذي يَمْنَعُهُ من رُؤْيَيْهِ ، يَمْنَعُهُ من تَأْدِيهِهِ ، وتَعْلِيمِهِ ، ومُرَاعَاةِ حالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَسَافَةَ الْقَصْرِ . وبما ذكرناه من تَقْدِيمِ الأبِّ عند اقترافِ الدارِ بهما ، قال شُرَيْحٌ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : إنَّ انْتَقَلَ الأبُّ ، فالأُمُّ أَحَقُّ به ، وإنَّ انْتَقَلَتِ الأُمُّ إلى البَلَدِ الذي^(١١) كان فيه أَصْلُ النكاحِ ، فهي أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتْ إلى غيرِهِ ، فالأَبُّ أَحَقُّ . وحكى عن أبي حنيفةَ : إنَّ انْتَقَلَتْ من بَلَدٍ إلى قريةٍ ، فالأَبُّ أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتْ إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فهي أَحَقُّ ؛ لأنَّ في البَلَدِ يُمَكِّنُ تَعْلِيمُهُ وتَحْرِيجُهُ . ولنا ، أَنَّهُ اخْتَلَفَ مَسْكَنُ الأَبَوَيْنِ ، فكان الأبُّ أَحَقُّ ، كَالوَاقِعِ انْتَقَلَتْ من بَلَدٍ إلى قريةٍ ، أو إلى بَلَدٍ لم يَكُنْ فيه أَصْلُ النكاحِ ، وما ذكروه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأبَّ في العادةِ هو الذي يَقُومُ بِتَأْدِيَةِ ابْنِهِ وتَحْرِيجِهِ وحِفْظِ نَسَبِهِ ، فإذا لم يَكُنْ في بَلَدِهِ ضَاعَ ، فَأَشْبَهَ ما لو كان في قريةٍ . وإنَّ انْتَقَلَا جَمِيعًا إلى بَلَدٍ واحدٍ ، فالأُمُّ^(١٢) باقيةٌ على حَضَانَتِهَا . وكذلك إنَّ أَخَذَهُ الأبُّ لِإِقْتِرَافِ البَلَدَيْنِ ، ثم اجْتَمَعَا ، عَادَتْ إلى الأُمِّ حَضَانَتُهَا . وغيرُ الأُمِّ مِمَّنْ له الحِضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، يَقُومُ مَقَامَهَا ، وغيرُ الأبِّ من عَصَبَاتِ الوَلَدِ ، يَقُومُ مَقَامَهُ ، عند عَدَمِهِمَا ، أو كَوْنِهِمَا من غيرِ أَهْلِ الحِضَانَةِ .

١٤٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمٌّ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الأُمُّ ، فَأُمُّ الأبِّ أَحَقُّ مِنَ الْخَالَةِ)

٢٠٦/٨ ظ في هذه / المسألة فصلان :

أحدهما : أَنَّ الأُمَّ إِذَا تَزَوَّجَتْ ، سَقَطَتْ حَضَانَتُهَا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ على هذا كُلٌّ مِنْ أَحْفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . قَضَى بِهِ شُرَيْحٌ ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشافعيُّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وحكى عن الحَسَنِ ، أَنَّهُ لَا تَسْقُطُ بِالتَّزْوِيجِ . وَنَقَلَ مُهَنَّادٌ عَنْ أَحْمَدَ : إِذَا تَزَوَّجَتِ الأُمُّ ، وَابْنُهَا صَغِيرٌ ، أُخِذَ مِنْهَا . قِيلَ لَهُ : فَالْجَارِيَةُ مِثْلُ الصَّبِيِّ ؟ قَالَ :

(١١) سقط من : م .

(١٢) في ١ ، م : : الأُمُّ .

لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يُزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالتها عن الغلام . ووجه ذلك ما روي ، أن علياً وجعفرًا وزيد بن حارثة ، تنازعوا في حضانية ابنة حمزة ، فقال علي : ابنة عمي ، وأنا أخذتها . وقال زيد : بنت أخي ؛ لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة . وقال جعفر : بنت عمي ، وعندى خالتها . فقال رسول الله ﷺ : « الخالة أم » . وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود^(١) بنحو هذا المعنى ، فجعل لها الحضانية وهي مزروجة . والرواية الأولى هي الصحيحة . قال ابن أبي موسى : وعليها العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : « أنت أحق به ، ما لم تنكحني »^(٢) . ولأنها إذا تزوجت ، اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانية ، فكان الأب أحق له ، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة ، فإثما قضى بها لخالتها ؛ لأن زوجها من أهل الحضانية ، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد ترجع جعفر بأن امرأته من أهل الحضانية ، فكان أولى . وعلى هذا ، متى كانت المرأة متزوجة لزوج من أهل الحضانية ، كالجدة تكون متزوجة للجد ، لم تسقط حضانتها ؛ لأنه يُشاركها في الولادة والشفقة على الولد ، فأشبه الأم إذا كانت متزوجة للأب . ولو تنازع العمان في الحضانية ، وأحدهما متزوج للأُم ، أو الخالة ، فهو أحق ، لحديث بنت حمزة . وكذلك كل عصبتين تساويان ، وأحدهما متزوج بمن هي من أهل الحضانية ، قُدِّم بها لذلك . وظاهر قول الخرقى ، أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانية بمجرّد العقد ، وإن عرى عن الدخول . وهو قول الشافعي ، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول . وهو قول مالك ؛ لأن به تشتغل عن الحضانية . ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحني » . وقد وجد النكاح قبل الدخول ،

و ٢٠٧/٨

(١) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب كيف يكتب : هذا ما صالح فلان بن فلان ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب

عمرة القضاء ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٢٤٢/٣ ، ١٨٠/٥ .

(٢) تقدم تحريجه ، في صفحة ٤١٤ .

ولأنَّ بالعقد^(٣) يَمْلِكُ مَنَافِعَهَا ، وَيَسْتَحِقُّ زَوْجُهَا مَنَعَهَا مِنْ حَضَائَتِهِ ، فَرَالِ حَقُّهَا ، كَمَا لَوْ دَخَلَ بِهَا .

الفصل الثاني : أَنَّ الْأُمَّ إِذَا عُيِدَتْ ، أَوْ تَزَوَّجَتْ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَاجْتَمَعَتْ أُمُّ أَبِي وَخَالَةٌ ، فَأُمُّ الْأَبِ أَحَقُّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الْأُخْتَ وَالْخَالََةَ أَحَقُّ مِنَ الْأَبِ . فَعَلَى هَذَا ، يَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ الْخَالََةُ أَحَقَّ مِنْ أُمِّ الْأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِأُمِّ ، وَأُمُّ الْأَبِ تُدْلِي بِهِ^(٤) ، فَقَدَّمَ مَنْ يُدْلِي بِالْأُمِّ ، كَتَقْدِيمِ أُمِّ الْأُمِّ عَلَى أُمِّ الْأَبِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بَيْنَتِ حَمْرَةَ لِحَالَتِهَا ، وَقَالَ : « الْخَالََةُ أُمٌّ » . وَلَنَا ، أَنَّ أُمَّ الْأَبِ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَقَدَّمَتْ عَلَى الْخَالََةِ ، كَأُمِّ الْأُمِّ ، وَلِأَنَّهَا وَلَادَةُ وَوَرِاثَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ أُمُّ الْأُمِّ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلْخَالََةِ حَقًّا فِي الْجُمْلَةِ ، وَلَيْسَ التَّرَاوُعُ فِيهِ ، إِنَّمَا التَّرَاوُعُ فِي التَّرْجِيحِ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ . وَقَوْلُهُمْ : تُدْلِي بِأُمِّ . قُلْنَا : لَكِنْ لَا وَلَادَةَ لَهَا ، فَيُقَدَّمُ عَلَيْهَا مَنْ لَهُ وَلَادَةٌ ، كَتَقْدِيمِ أُمِّ الْأُمِّ عَلَى الْخَالََةِ . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى وَجِدَتْ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَهِيَ أَوْلَى مِمَّنْ هُوَ مِنْ غَيْرِ عَمُودِي النَّسَبِ بِكُلِّ حَالٍ وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِفَضِيلَةِ الْوِلَادَةِ وَالْوَرِاثَةِ ، فَأَمَّا أُمُّ أَبِي الْأُمِّ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِأَبِي الْأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ^(٥) ، وَلَا لِمَنْ أَذْلَى بِهِ .

فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَتْ أُمُّ أُمِّ وَأُمُّ أَبِي ، فَأُمُّ الْأُمِّ أَحَقُّ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِأَنَّ لَهَا وَلَادَةً ، وَهِيَ تُدْلِي بِالْأُمِّ الَّتِي تُقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ ، فَوَجَبَ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهَا ، كَتَقْدِيمِ الْأُمِّ عَلَى الْأَبِ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ أُمَّ الْأَبِ أَحَقُّ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ خَالََةَ الْأَبِ عَلَى خَالََةِ الْأُمِّ ، وَخَالََةَ الْأَبِ أُخْتُ أُمِّهِ ، وَخَالََةُ الْأُمِّ أُخْتُ أُمِّهَا ، فَإِذَا قَدَّمَ

(٣) فِي ب : « الْعَقْد » .

(٤) سَقَطَ مِنْ ب : .

(٥) فِي أ ، م : « مِنْ » .

أُخْتُ أُمِّ الْأَبِ ، دَلَّ عَلَى تَقْدِيمِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا تُدَلَّى بِعَصْبَةِ ، مَعَ مُساوَاتِهَا لِلْآخَرَى فِي الْوِلَادَةِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَإِنَّمَا قُدِّمَتْ / الْأُمُّ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهَا أُتَتْ^(٦) تَلَى الْحِصَانَةَ بِنَفْسِهَا ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ ، فَإِنَّهَا أُتَتْ تَلَى بِنَفْسِهَا ، فَقُدِّمَتْ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

٢٠٧/٨ ظ

١٤٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ أَحَقُّ مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَأَحَقُّ مِنَ الْحَالَةِ)

وَجَمَلْتُهُ أَنَّهُ إِذَا عُدِمَ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْحِصَانَةَ ، مِنَ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ وَإِنْ عُلُوًّا ، انْتَقَلَتْ إِلَى الْأَخَوَاتِ ، وَقُدِّمَ عَلَى سَائِرِ الْقَرَابَاتِ ، كَالْخَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ وَغَيْرِهِنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ شَارَكْنَ فِي النَّسَبِ ، وَقُدِّمْنَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلِأَنَّ الْعَمَّاتِ وَالْخَالَاتِ إِنَّمَا يُدْلِينَ بِأُخُوَّةِ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ ، وَلَا مِيرَاثَ لَهُنَّ مَعَ ذِي فَرْضٍ وَلَا عَصْبَةٍ ، فَالْمُدَلَّى إِلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ وَيَرُثُهُ ، أَقْرَبُ وَأَشْفَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى . وَأَوْلَى الْأَخَوَاتِ مَنْ كَانَ لِأَبَوَيْنِ ، لِقُوَّةِ قَرَابَتِهَا ،^(١) ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأُمٍّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحَدُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ أَوْلَى مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزَنِيِّ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ ؛ لِأَنَّهَا أَذَلَّتْ بِالْأُمِّ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الْمُدَلِّيَةِ بِالْأَبِ ، كَأُمِّ الْأُمِّ مَعَ أُمِّ الْأَبِ . وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ : تُقَدَّمُ الْحَالَةُ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ؛ لِذَلِكَ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ^(٢) رِوَايَتَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ أَقْوَى فِي الْمِيرَاثِ ، فَقُدِّمَتْ ، كَالْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا تَخْفَى قُوَّتُهَا ، فَإِنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَتَكُونُ عَصْبَةً مَعَ الْبَنَاتِ ، وَتُقَاسِمُ الْجَدَّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْإِدْلَاءِ لَا يَلْزَمُ ؛ لِأَنَّ الْأُخْتِ تُدَلَّى بِنَفْسِهَا ؛ لِكَوْنِهَا مُخْلِقًا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ ، وَلَهَا^(٣) تَعْصِيبٌ ، فَكَانَتْ أَوْلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٦) فِي ١ ، م : « التَّى » .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي ب ، م : « وَلَهَا » .

١٤٠٤ - مسألة ؛ قال : (وَحَالَةُ الْأَبِ أَحَقُّ مِنْ حَالَةِ الْأُمِّ)

وجملته أنه إذا عُدِمَتِ الأمّهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويُقدَّمُ من على العمّات . نصّ عليه أحمد . ويَحْتَمِلُ ^(١) كَلَامُ الْخِرَقِيِّ تَقْدِيمَ الْعَمَّاتِ ؛ لِأَنَّهُ قَدَّمَ خَالََةَ الْأَبِ ، وَهِيَ أُنْتُ أُمُّهُ ، عَلَى خَالََةِ الْأُمِّ ، وَهِيَ أُنْتُ أُمُّهَا ، فَيَدُلُّ ذَلِكَ عَلَى تَقْدِيمِ قَرَابَةِ الْأَبِ عَلَى قَرَابَةِ الْأُمِّ ، وَلَأَنَّهُنَّ يُذِلِّينَ بَعْصِيَّةً ، فَقُدِّمْنَ ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنْ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ . وقال القاضي : مُرَادُ الْخِرَقِيِّ بِقَوْلِهِ : خَالََةُ الْأَبِ . أَىِ الْحَالَةُ مِنَ الْأَبِ تُقَدَّمُ عَلَى الْحَالَةِ مِنَ الْأُمِّ ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّ الْخَالَاتِ أَخَوَاتُ الْأُمِّ ، فَيَجْرَيْنَ فِي الْاسْتِحْقَاقِ وَالتَّقْدِيمِ فِيمَا ^(٢) بَيْنَهُنَّ مَجْرَى الْأَخَوَاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ ، وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ فِي الْعَمَّاتِ الْمُفْتَرِقَاتِ . فَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ ^(٣) / ٢٠٨/٨ الخالات ، فَإِذَا انْتَرَضْنَ فَالْعَمَّاتُ بَعْدَهُنَّ ، وَإِنْ قُلْنَا بِتَقْدِيمِ الْعَمَّاتِ ، فَالْخَالَاتُ بَعْدَهُنَّ ، فَإِذَا عُدِمْنَ ، انتقلت إلى خالاتِ الْأَبِ ، عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَعَلَى الْقَوْلِ الْآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الْأُمِّ . وَهَلْ يُقَدَّمُ خَالَاتُ الْأَبِ عَلَى عَمَّاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْخَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ . فَأَمَّا عَمَّاتُ الْأُمِّ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُنَّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُذِلِّينَ بِأَبِي الْأُمِّ ، وَهُوَ رَجُلٌ مِنْ ذَوَى الْأَرْحَامِ ، لَا حَضَانَةَ لَهُ ، وَلَا لِمَنْ أَذْلَى بِهِ .

فصل : وَلِلرَّجَالِ مِنَ الْعَصَبَاتِ مَدْخَلٌ فِي الْحَضَانَةِ ، وَأَوَّلَاهُمُ الْأَبُ ، ثُمَّ الْجَدُّ أَبُو الْأَبِ وَإِنْ عَمَلًا ، ثُمَّ الْأَخُّ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الْأَخُّ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ وَإِنْ سَقَلُوا ، عَلَى تَرْتِيبِ الْمِيرَاثِ ، ثُمَّ الْعُمُومَةُ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ كَذَلِكَ ، ثُمَّ عُمُومَةُ الْأَبِ ، ثُمَّ بَنُوهُمْ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : لَا حَضَانَةَ لغيرِ الآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ؛ لِأَنَّهُمْ لَا مَعْرِفَةَ لَهُمْ بِالْحَضَانَةِ ، وَلَا لَهُمْ وِلَايَةٌ بِأَنْفُسِهِمْ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ حَضَانَةٌ ، كَالْأَجَانِبِ . وَلَنَا ،

(١) فِي ب : « وَيَعْمَلُ » .

(٢) فِي ب : « عَلَى مَا » .

(٣) فِي ب : « بِتَقْدِيمِ » .

أَنْ عَلِيًّا وَجَعَفَرًا اخْتَصَمَا فِي حَضَانَةِ ابْنَةِ حَمْزَةَ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا^(٤) النَّبِيُّ ﷺ ادِّعَاءَ الْحَضَانَةِ^(٥) . وَلَئِنْ لَهُمْ وِلَايَةٌ وَنَعَصِيْبًا بِالْقَرَابَةِ ، فَتُبْتُ لَهُمُ الْحَضَانَةَ ، كَالْأَبِ وَالْجَدِّ ، وَفَارَقَ الْأَجَانِبَ ؛ فَإِنَّهُمْ لَيْسَتْ لَهُمْ قَرَابَةٌ وَلَا شَفَقَةٌ ، وَلَئِنْ الْأَجَانِبَ تَسَاوَوْا فِي عَدَمِ الْقَرَابَةِ ، فَلَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَوْلَى بِالتَّقْدِيمِ مِنَ الْآخَرِ ، وَالْعَصَبَاتُ لَهُمْ قَرَابَةٌ يَمْتَازُونَ بِهَا ، وَأَحَقُّهُمْ بِالْحَضَانَةِ أَحَقُّهُمْ بِالمِيرَاثِ بَعْدَ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، وَيَقُومُونَ مَقَامَ الْأَبِ فِي التَّخْيِيرِ لِلصَّبِيِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ ، أَوْ غَيْرِهَا^(٦) مِمَّنْ لَهُ الْحَضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَيَكُونُونَ أَحَقَّ بِالْجَارِيَةِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ، إِلَّا ابْنَ الْعَمِّ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ لَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ لَهَا .

فصل : فَأَمَّا الرِّجَالُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، كَالْخَالَ ، وَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، وَابْنِ الْأُمِّ ، وَابْنِ الْأُخْتِ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُمْ مَعَ وُجُودِ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ سِوَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِأَمْرَةٍ يَتَوَلَّى الْحَضَانَةَ ، وَلَا لَهُ قُوَّةُ قَرَابَةٍ كَالْعَصَبَاتِ ، وَلَا حَضَانَةٌ^(٧) لِمَنْ^(٨) يُدْلِي بِهِمْ ، كَأُمِّ أَيْ الْأُمِّ ، وَابْنَةِ الْخَالَ ، وَابْنَةِ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِينَ بِمَنْ لَا حَضَانَةَ لَهُ ، فَإِذَا لَمْ تُثْبِتْ لِلْمُدْلَى بِهِ^(٩) ، فَلِلْمُدْلِينَ بِهِ أَوْلَى . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ غَيْرُهُمْ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُمُ أَوْلَى ؛ لِأَنَّ لَهُمْ رَحِمًا وَقَرَابَةً يَرِثُونَ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى مِنْهُمْ ، كَذَلِكَ الْحَضَانَةُ تَكُونُ لَهُمْ عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَى بِهَا مِنْهُمْ . / وَالثَّانِي ، لَا حَقَّ لَهُمْ فِي الْحَضَانَةِ ، وَتَنْتَقِلُ الْأُمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى .

فصل : فِي بَيَانِ الْأَوْلَى فَالْأَوْلَى مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، عِنْدَ اجْتِمَاعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

(٤) فِي ب ، م ، : عَلَيْهِمَا .

(٥) تَقْدِمُ تَخْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٢١ .

(٦) فِي ب : غَيْرَهَا .

(٧) فِي أ ، م ، نَهَادَةٌ : إِلَّا .

(٨) فِي ب ، م ، : بِمَنْ .

(٩) سَقَطَ مِنْ م .

أُولَى الْكُلِّ بِهَا الْأُمُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا وَإِنْ عَلَوْنَ ، يُقَدَّمُ مِنْهُنَّ الْأَقْرَبُ فَالْأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهُنَّ نِسَاءٌ
وَلَا ذُنُوهُنَّ مُتَحَقِّقَةٌ ، فَهِيَ فِي مَعْنَى الْأُمِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ : أَنَّ أُمَّ الْأَبِ وَأُمُّهَاثَهَا مُقَدَّمَتَا^(١٠)
عَلَى أُمِّ الْأُمِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَكُونُ الْأَبُ أُولَى بِالْتَّقْدِيمِ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِهِ ، فَيَكُونُ
الْأَبُ بَعْدَ الْأُمِّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا . وَالْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَنَّ الْمُقَدَّمَ الْأُمُّ ، ثُمَّ
أُمُّهَاثَا ، ثُمَّ الْأَبُ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا ، ثُمَّ الْجَدُّ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا ، ثُمَّ جَدُّ الْأَبِ ، ثُمَّ أُمُّهَاثَا وَإِنْ كُنَّ
غَيْرَ وَارِثَاتٍ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِعَصَبَةٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، بِخِلَافِ أُمِّ أَبِي الْأُمِّ . وَحُكِيَ عَنْ
أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّ الْأُخْتَ مِنَ الْأُمِّ وَالْخَالَهَ أَحَقُّ مِنَ الْأَبِ . فَتَكُونُ الْأُخْتُ مِنَ
الْأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُمَا وَمِنْ جَمِيعِ الْعَصَبَاتِ . وَالْأُولَى هِيَ الْمَشْهُورَةُ فِي الْمَذْهَبِ . فَإِذَا
انْقَرَضَ الْآبَاءُ وَالْأُمُّهَاتُ ، انْتَقَلَتِ الْحَضَانَةُ إِلَى الْأَخَوَاتِ ، وَتُقَدَّمُ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ
الْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ ، ثُمَّ الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ ، وَتُقَدَّمُ الْأُخْتُ عَلَى الْأَخِ ؛ لِأَنَّهَا امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ
الْحَضَانَةِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهَا مِنَ الرِّجَالِ ، كَالْأُمِّ تُقَدَّمُ عَلَى الْأَبِ ، وَأُمُّ الْأَبِ عَلَى أَبِي
الْأَبِ ، وَكُلُّ جَدَّةٍ فِي دَرَجَةِ جَدِّ تُقَدَّمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا تَلِي الْحَضَانَةَ بِنَفْسِهَا ، وَالرَّجُلُ لَا يَلِيهَا
بِنَفْسِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ . وَالْأَوَّلُ أُولَى . وَفِي تَقْدِيمِ الْأُخْتِ
مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْجَدِّ ، وَجْهَانِ . وَإِذَا لَمْ تَكُنْ أُخْتُ ، فَلَا تُخُ لِلْأَبَوَيْنِ أُولَى ، ثُمَّ
الْأَخُ لِلْأَبِ ، ثُمَّ أَبْنَاؤُهُمَا ، وَلَا حَضَانَةُ لِلْأَخِ لِلْأُمِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِذَا عُدِمُوا ، صَارَتِ الْحَضَانَةُ
لِلْخَالَاتِ ، عَلَى الصَّحِيحِ ، وَتُرْتَّبُهُنَّ فِيهَا كَتَرْتِيبِ الْأَخَوَاتِ . وَلَا حَضَانَةَ لِلْأَخَوَالِ ، فَإِذَا
عُدِمْنَ^(١١) صَارَتِ لِلْعَمَّاتِ ، وَيُقَدَّمْنَ عَلَى الْأَعْمَامِ ، كَتَقْدِيمِ الْأَخَوَاتِ عَلَى الْإِخْوَةِ ، ثُمَّ لِلْعَمِّ
لِلْأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِلْعَمِّ لِلْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ لِلْعَمِّ^(١٢) مِنَ الْأُمِّ^(١٣) ، ثُمَّ أَبْنَاؤُهُمَا ، ثُمَّ إِلَى خَالَاتِ الْأَبِ ،
عَلَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَعَلَى الْقَوْلِ^(١٣) الْآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الْأُمِّ ، ثُمَّ إِلَى عَمَّاتِ الْأَبِ ، وَلَا حَضَانَةَ

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « مُتَقَدِّمَات » .

(١١) فِي ب : « عَدِمَتْ » .

(١٢-١٣) فِي ١ : « لِلْأُمِّ » .

(١٣) فِي م : « قَوْل » .

لَعَمَاتِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِأَيْبَى (١٤) الْأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ شَخْصَانِ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ فِي دَرَجَةٍ ، قُدِّمَ الْمُسْتَحِقُّ مِنْهُمْ بِالْقُرْعَةِ .

فصل : وإن / تَرَكَتِ الْأُمُّ الْحَضَانَةَ مَعَ اسْتِحْقَاقِهَا لَهَا ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَنْتَقِلُ إِلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّ أُمَّهُاتِهَا فَرَعٌ عَلَيْهَا فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، فَإِذَا اسْقَطَتْ حَقَّهَا ، سَقَطَ فُرُوعُهَا . وَالثَّانِي ، تَنْتَقِلُ إِلَى أُمَّهُاتِهَا (١٥) وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَبَ أَبْعَدُ ، فَلَا تَنْتَقِلُ الْحَضَانَةُ إِلَيْهِ مَعَ وُجُودِ أَقْرَبَ مِنْهُ ، كَمَا لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْأُخْتِ ، وَكَوْنُهُنَّ فُرُوعًا (١٦) لَهَا ، لَا يُوجِبُ سَقُوطَ حُقُوقِهِنَّ بِسَقُوطِ حَقِّهَا ، كَمَا لَوْ سَقَطَ (١٧) حَقُّهَا الْكَوْنُهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لَتَزَوَّجَهَا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْأَبِ إِذَا اسْقَطَ حَقَّهُ ، هَلْ يَسْقُطُ حَقُّ أُمَّهُاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ أُخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأُخْتُ مِنْ أَبِي ، فَاسْقَطَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ حَقَّهَا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا مِنْ غَيْرِ جِهَتِهَا ، وَلَيْسَتْ فُرْعًا عَلَيْهَا .

١٤٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَخَذَ الْوَلَدُ مِنَ الْأُمِّ إِذَا تَزَوَّجَتْ ، ثُمَّ طَلَّقَتْ ، رَجَعَتْ عَلَى حَقِّهَا مِنْ كَفَالَتِهِ)

وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، إِلَّا أَنَّ أَبَا حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِّيَّ قَالَا (١) : إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ رَجْعِيًّا ، لَمْ يُعَدَّ حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ (٢) قَائِمَةٌ ، فَأُشْبِهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُطَلَّقةٌ ، فَعَادَ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، كَالْبَائِنِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا زَوْجَةٌ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّهُ قَدْ عَزَلَهَا عَنْ فِرَاشِهِ ، وَلَمْ يَبْقَ لَهَا عَلَيْهِ قَسَمٌ ، وَلَا لَهَا بِهِ شُغْلٌ ، وَعُقْدَةُ

(١٤) في م : « بَاب » .

(١٥) في ١ ، ب ، م : « أُمُّهَا » .

(١٦) في م : « فُرُوعُهَا » ، خَطَأً .

(١٧) في ب : « اسْقَطَ » .

(١) في م : « قَالَ » .

(٢) في م : « الزَّوْجَةُ » .

سَبَبُ زَوَالِ نِكَاحِهَا، فَأَشْبَهَتْ^(٣) الْبَائِنَ فِي عِدَّتِهَا. وَيُخَرَّجُ عِنْدَنَا مِثْلُ قَوْلِهَا^(٤)، لَكُونِ النِّكَاحَ قَبْلَ الدُّخُولِ مُزِيلًا لِحَقِّ الْحِضَانَةِ، مَعَ عَدَمِ الْقَسَمِ وَالشُّغْلِ بِالزَّوْجِ.

فصل : وَكُلُّ قَرَابَةٍ تُسْتَحَقُّ بِهَا الْحِضَانَةُ، مَنَعَ مِنْهَا مَانِعٌ، كَرَقٍّ، أَوْ كُفْرٍ، أَوْ فِسْقٍ^(٥)، أَوْ جُنُونٍ، أَوْ صِغَرٍ، إِذَا زَالَ الْمَانِعُ، مِثْلُ أَنْ عَتَقَ الرَّقِيقُ، وَأَسْلَمَ الْكَافِرُ، وَعَدَلَ الْفَاسِقُ، وَعَقَلَ الْمَجْنُونُ، وَبَلَغَ الصَّغِيرُ، عَادَ حَقُّهُمْ مِنَ الْحِضَانَةِ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا قَائِمٌ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِمَانِعٍ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ، عَادَ الْحَقُّ بِالسَّبَبِ السَّابِقِ الْمُلَازِمِ، كَالزَّوْجَةِ إِذَا طَلَّقَتْ.

١٤٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ ، فَلَزَوَّجُهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ^(١) رِضَاعِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُخْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ)

وجملة ذلك أن للزوج منع امرأته من رِضَاعِ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ ، وَمِنْ رِضَاعِ وَلَدٍ غَيْرِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَقْتَضِي تَمَلُّكَ^(٢) الزَّوْجِ الْاسْتِمْتَاعَ فِي كُلِّ الزَّمَانِ ، مِنْ كُلِّ الْجِهَاتِ ، سِوَى أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، وَالرِّضَاعُ يُفَوِّتُ عَلَيْهِ الْاسْتِمْتَاعَ ٢٠٩/٨ ط فِي / بَعْضِ الْأَوْقَاتِ ، فَكَانَ لَهُ الْمَنْعُ كَالْخُرُوجِ مِنْ مَنْزِلِهِ . فَإِنْ اضْطُرَّ الْوَلَدُ إِلَيْهَا^(٣) ، بِأَنْ لَا تُوجَدَ مُرْضِعَةٌ سِوَاهَا ، أَوْ لَا يَقْبَلُ الْوَلَدُ الْإِرْضَاعَ مِنْ غَيْرِهَا ، وَجَبَ التَّمَكُّينُ مِنْ إِرْضَاعِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَالُ ضَرُورَةٍ ، وَحِفْظُ لِنَفْسِ وَلَدِهَا ، فَقَدَّمَ عَلَى حَقِّ الزَّوْجِ ، كَتَقْدِيمِ الْمُضْطَرِّ عَلَى الْمَالِكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَالِكِ مِثْلَ ضَرُورَتِهِ .

فصل : فَإِنْ أَرَادَتْ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا مِنْهُ ، فَكَلَامُ الْخَرَقِيِّ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَأَشْبَهَ » .

(٤) فِي ب : « قَوْلُهَا » .

(٥) فِي أ ، ب ، م : « فَسُوقٌ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي أ ، ب ، م : « تَمَلِّكٌ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

أحدهما ، أن له مَنَعَهَا من رِضَاعِهِ ؛ لعموم لَفْظِهِ . وهو قولُ الشافعي ؛ لأنَّه يُخِلُّ باستِمتاعِها منها ، فأشَبَّهَ مالو كان الولدُ من غيرِهِ . والثاني ، ليس له مَنَعُهَا ؛ فإنَّه قال : وإن أَرَادَتْ رِضَاعَ وَلَدِهَا بِأَجْرَةٍ مِثْلِهَا ، فهي أَحَقُّ بِهِ من غيرها ، سواءَ كانت في حَبَالِ الزَّوْجِ أو مُطْلَقَةً ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ ^(٤) . وهذا خَبَرٌ يُرَادُّ بِهِ الْأَمْرُ ^(٥) ، وهو عامٌّ في كُلِّ والدَةٍ ، ولا يَصِحُّ من أصحابِ الشافعي حَمْلُهُ على الْمُطْلَقَاتِ ؛ لأنَّه جَعَلَ لَهُنَّ رِزْقَهُنَّ وَكُسُوتَهُنَّ ، وهم لا يُعْجِزُون جَعَلَ ذلك أَجْرَ الرِّضَاعِ ولا غيرِهِ . وقولنا ، في الوَجْهِ الْأَوَّلِ : إِنَّه يُخِلُّ باستِمتاعِها . قلنا : ولكن لإيْفاءِ حَقِّ عليه ، وليس ذلك مُمْتَنِعًا ، كما أَنَّ قِضَاءَ دَيْنِهِ بِدَفْعِ مالِهِ فِيهِ وَاجِبٌ ، سِيَّما إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الْوَلَدِ ، في كَوْنِهِ مَعَ أُمِّهِ ، وَحَقُّ ^(٦) الْأُمِّ فِي الْجَمْعِ ^(٧) بينها ^(٨) وبين وَلَدِهَا . وهذا الْوَجْهُ ظَاهِرٌ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَالْأَوَّلُ ^(٩) ظَاهِرٌ كَلَامِ الْقَاضِي أَبِي يَعْلَى .

فصل : وإن أَجَرَتِ الْمَرْأَةُ نَفْسَهَا لِلرِّضَاعِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ ، صَحَّ النِّكَاحُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الزَّوْجُ فَسَخَ الْإِجَارَةَ ، وَلَا ^(١) مَنَعَهَا مِنَ الرِّضَاعِ حَتَّى تَنْقُضِيَ الْمُدَّةَ ؛ لِأَنَّ مَنَافِعَهَا مُلِكَتْ بِعَقْدِ سَابِقٍ عَلَى نِكَاحِهِ ، فَأَشَبَّهَ مالو اشْتَرَى أَمَةً مُسْتَأْجَرَةً ، أو دَارًا مَشْغُولَةً . فَإِنْ نَامَ الصَّبِيُّ ، أو اشْتَغَلَ بِغَيْرِهَا ، فَلِلزَّوْجِ الْاسْتِمْتَاعُ ، وَلَيْسَ لَوَلِيِّ الصَّبِيِّ مَنَعُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَيْسَ لَهُ وَطْؤُهَا إِلَّا بِرِضَا ^(١٠) الْوَلِيِّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْقُصُ اللَّبْنَ . وَلَنَا ، أَنَّ وَطْءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ بِالْعَقْدِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِأَمْرِ مَشْكُوكٍ فِيهِ ، كَمَا لو أَذِنَ الْوَلِيُّ

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٥) في ١ ، ب ، م : « أمر » .

(٦-٦) في الأصل : « الجميع » .

(٧) في النسخ : « بينهما » .

(٨) في ١ ، ب ، م : « وهو » .

(٩) في م : « وله » .

(١٠) في م : « برضاء » .

فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي ، فجاز مع عدمه ؛ لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي ، ويسقط حقه .

فصل : وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها للرضاع ، بإذن زوجها ، جاز ، ولم يعمد العقد ؛ لأن الحق لهما ، ولا يخرج عنهما . وإن أجرتها بغير إذن الزوج ، لم يصح ؛ لما يتضمن من تفويت حق زوجها . وهذا أحد الوجهين / لأصحاب الشافعي . والآخر ، يصح ؛ لأنه تناول محلاً غير محل النكاح ، لكن للزوج فسخه ؛ لأنه يفوت به الاستمتاع ويختل . ولنا ، أنه عقد يفوت به ^(١) حق من ثبت له الحق بعقد سابق ، فلم يصح ، كإجارة المستأجر .

١٤٠٧ - مسألة : قال : (وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة مثلها ، فتكون أحق به من غيرها ، سواء كانت في جبال الزوج ، أو مطلقة)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على رضاعه ، دنيئة كانت أو شريفة ، سواء كانت في جبال الزوج أو مطلقة . ولا تعلم في عدم إجبارها على ذلك إذا كانت مفارقةً خلافاً ، فأمّا إن كانت مع الزوج ، فكذلك عندنا ، وبه يقول الثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن أبي ^(١) ليلى ، والحسن ابن صالح : له إجبارها على رضاعه ^(٢) . وهو قول أبي ثور ، ورواية عن مالك ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنْمِ الرِّضَاعَةَ ﴾ ^(٣) .

(١) سقط من : ١ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : رضاعها .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

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 ، قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمِصْرُكُمْ لَهُ أُخْرَى ﴾ (٤) . وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، ولأن الإجماع على الرضاع لا يخلو ، 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 (٥) لو كان له ، للزمتها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص ، كالفقعة ، 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 حال الإنفاق وعدم التعاسر .

الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها ، فهي أحق به ، سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها ، وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة (٦) أو لم يجد . وقال أصحاب الشافعي : إن كانت في جبال الزوج ، فلزوجها منعها من إرضاعه ؛ لأنه يفوت حق الاستمتاع / بها في بعض الأحيان ، وإن استأجرها على رضاعه ، لم يجز ؛ لأن المنافع حق له ، فلا يجوز أن يستأجر منها 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 ترضعه بأجر المثل أو أكثر ، لم يكن له ذلك ، وإن وجد متبرعة ، أو من ترضعه بدون أجر المثل ، فله انتزاعه منها ، في ظاهر المذهب ؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر ، لم يلزم الأب (٧) بذله لها (٧) ، ولا يسقط حقها من الحضانية ، وتأتى المرضعة ترضعه

(٤) سورة الطلاق ٦ .

(٥) في م : « فإن ذلك » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧-٧) في الأصل ، ١ ، ب : « بذله » . ويصح على أن يكون ما تقدم : « إن طلبت الأجرة » .

عندها ؛ لأنه أمكن الجمع بين الحقيقتين ، فلم يجوز الإخلال بأحدهما . ولنا ، على الأول ، ما تقدم ، وعلى جواز الاستئجار ، أنه عقد إجارة يجوز مع ^(٨) غير الزوج إذا أذن فيه ، فجاز مع الزوج ، كإجارة نفسها للخياطة أو الخدمة . وقولهم : إن المنافع مملوكة له . غير صحيح ؛ فإنه لو ملك منفعة الحضانة ، لملك إجبارها عليها ، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ، ولكانت الأجرة له ، وإنما امتنع ^(٩) إجارة نفسها لأجنبي بغير إذنه ، لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ، ولهذا جازت بإذنه ، وإذا استأجرها ، فقد أذن لها في إجارة نفسها ، فصح ، كما يصح من الأجنبي . وأما الدليل على وجوب تقديم الأم ، إذا طلبت أجر مثلها ، على المتبرعة ، فقوله تعالى : ﴿ وَالْوَلَدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنِمَّ الرِّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْزُقْنَهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ ^(١٠) . ولأن الأم أحنى وأشفق ، ولبنها أمر من لبن غيرها ، فكانت أحق به من غيرها ، كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأن في رضاع غيرها تفويتا لحق الأم من الحضانة ، وإضرارا بالولد ، ولا ^(١١) يجوز تفويت حق الحضانة الواجب ، والإضرار بالولد لغرض إسقاط ^(١٢) حق أوجهه الله تعالى على الأب . وقول أى حنيفة يفضى إلى تفويت حق الولد من لبن أمه ، وتفويت [حق] الأم في إرضاعه لبنها ، فلم يجوز ذلك ، كما لو تبرعت برضاعه . فأما إن طلبت الأم أكثر من أجر مثلها ، وجحد الأب من ترضيعه بأجر مثلها ، أو متبرعة ، جاز انتزاعه منها ؛ لأنها أسقطت حقها باشتراطها ، / و ^{٢١١/٨} وطلبها ما ليس لها ، فدخلت في عموم قوله : ﴿ فَسْتَرضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ . وإن لم يجد

(٨) في م : من .

(٩) في الأصل ، ب : امتنع .

(١٠) سورة الطلاق ٦ .

(١١) سقطت الواو من : ١ ، م .

(١٢) سقط من : الأصل .

مُرْضِعَةً^(١٣) إِلَّا بِمِثْلِ تِلْكَ الْأَجْرَةِ ، فَلَا أُمُّ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَتَا فِي الْأَجْرِ ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ طَلَبْتَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَجْرَ مِثْلِهَا .

فصل : وَإِنْ طَلَبَتْ ذَاتُ الزَّوْجِ الْأَجْنَبِيُّ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا ، بِأَجْرَةِ مِثْلِهَا ، بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، ثَبَّتَ حَقُّهَا ، وَكَانَتْ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ إِنَّمَا مُنِعَتْ مِنَ الْإِرْضَاعِ لِحَقِّ الزَّوْجِ ، فَإِذَا أُذِنَ فِيهِ ، زَالَ الْمَانِعُ ، فَصَارَتْ كغَيْرِ ذَاتِ الزَّوْجِ ، وَإِنْ مَنَعَهَا الزَّوْجُ ، سَقَطَ حَقُّهَا ؛ لِتَعَدُّرِ وُصُولِهَا إِلَى ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا ، وَهِيَ فِي حَبَالِ وَالِدِهِ ، فَاحْتَاجَتْ إِلَى زِيَادَةِ نَفَقَةٍ ، لَزِمَهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١٤) . وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ قَدْرَ كِفَايَتِهَا ، فَإِذَا زَادَتْ حَاجَتُهَا ، زَادَتْ كِفَايَتُهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٣) فِي ب : مِنْ يَرْضِعُهُ .

(١٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٣ .

باب نَفَقَةِ الْمَمَالِكِ

١٤٠٨ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَعَلَى مُلَّاكِ الْمَمْلُوكِينَ أَنْ يُنْفِقُوا عَلَيْهِمْ وَيَكْسُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ)

وجملة ذلك أن نفقة المملوكين على ملائكتهم ثابتة بالسنة والإجماع ؛ أما السنة ، فما روى أبو ذرٍّ ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده ، فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه ^(١) » . متفق عليه ^(٢) . وروى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ ، قال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » . رواه الشافعي ، في « مسنده » ^(٣) . وأجمع العلماء على

(١) في الأصل زيادة : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك ، من كتاب الإيمان . وفي : باب قول النبي ﷺ : « العبيد إخوانكم فأطعموهم مما تأكلون » ، من كتاب العتق . وفي : باب ما ينهى من السبب واللعن ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١٤/١ ، ١٩٥/٣ ، ١٩/٨ . ومسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٣/٣ ، ١٣٨٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٦٣٢/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الإحسان إلى الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٦/٨ . وابن ماجه ، في : باب الإحسان إلى الممالك ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ١٢١٦/٢ ، ١٢١٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٦١/٥ .

(٤) انظر : الباب الأول فيما جاء في العتق وحق المملوك ، من كتاب العتق . ترتيب المسند ٦٦/٢ . كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستعذان . الموطأ ٩٨٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٧/٢ ، ٣٤٢ .

وَجُوبِ نَفَقَةِ الْمَمْلُوكِ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ نَفَقَةٍ ، وَمَنَافِعُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَهُوَ أَحْصَى
النَّاسَ بِهِ ، فَوَجَبَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَبَهِيمَتِهِ . وَالْوَاجِبُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرُ كِفَايَتِهِ مِنْ غَالِبِ
قُوتِ الْبَلَدِ ، سِوَاءَ كَانَ قُوتُ سَيِّدِهِ ، أَوْ دُونَهُ ، أَوْ فَوْقَهُ ، وَأَدَمُ مِثْلُهُ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لِقَوْلِهِ
ﷺ : « لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسُوتُهُ بِالْمَعْرُوفِ » . وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْ جِنْسِ
طَعَامِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : « فَلْيُطْعِمْنَاهُ مِمَّا يَأْكُلُ » . فَجَمَعْنَا بَيْنَ الْحَبْرَيْنِ ، وَحَمَلْنَا خَيْرَ أَمْرٍ
هُرَيْرَةَ عَلَى الْإِجْزَاءِ ، وَحَدِيثُ^(٥) أَيْ ذَرَّ عَلَى الْاسْتِحْبَابِ . / وَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ
نَفَقَتَهُ مِنْ كَسْبِهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ ، وَبَيْنَ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَيَأْخُذَ كَسْبَهُ ، أَوْ
يَجْعَلَهُ بِرِسْمِ خِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُهُ ، فَإِنْ جَعَلَ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبِهِ ، فَكَانَتْ وَفَقَ
الْكَسْبِ ، صَرَفَهُ إِلَيْهَا ، وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الْكَسْبِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ
عَوَزٌ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ تَمَامُهَا . وَأَمَّا الْكُسُوءُ فَبِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَالِبِ الْكُسُوءِ لِأَمثالِ الْعَبْدِ ،
فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ ، وَالْأَوَّلَى أَنْ يُلْبِسَهُ مِنْ لِبَاسِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلْيُلْبِسْنَاهُ
مِمَّا يَلْبَسُ » . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَاوِيَ بَيْنَ عَبِيدِهِ الذُّكُورِ فِي الْكُسُوءِ وَالْإِطْعَامِ ، وَبَيْنَ إِمَائِهِ
إِنْ كُنَّ لِلْخِدْمَةِ أَوْ الْاسْتِمْتَاعِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ هُوَ لِلْخِدْمَةِ ، وَفِيهِمْ مَنْ هُوَ
لِلْاسْتِمْتَاعِ ، فَلَا بَأْسَ بزيادةٍ مِنْ يُرِيدُهَا لِلْاسْتِمْتَاعِ^(٦) فِي الْكُسُوءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ
الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ تَجْمِيلُ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْاسْتِمْتَاعِ^(٧) ، بِخِلَافِ الْخَادِمَةِ^(٨) .

فصل : إِذَا تَوَلَّى أَحَدُهُمْ طَعَامَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يُجْلِسَهُ مَعَهُ ، فَيَأْكُلَ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ،
اسْتَحَبَّ أَنْ يُطْعِمَهُ مِنْهُ ، وَلَوْ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ :
« إِذَا كَفَى أَحَدُكُمْ خَادِمَهُ طَعَامَهُ^(٩) ، حَرَّةً وَدُخَانَةً ، فَلْيَدْعُهُ ، وَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ^(١٠) ،

(٥) في ا ، ب ، م زيادة : « خير » .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

فإن أباي ، فَلْيَرْوُغْ لَهُ اللَّقْمَةَ وَاللَّقْمَتَيْنِ » . رواه البخاري^(٩) . ومعنى تَرْوِيعُ اللَّقْمَةِ ، غَمْسُهَا فِي الْمَرْقِ وَالْدَّسَمِ ، وَتَرْوِيعُهَا بِذَلِكَ ، وَيَدْفَعُهَا^(١٠) إِلَيْهِ . وَلأنَّهُ يَشْتَهِيهِ لِحَضُورِهِ فِيهِ ، وَتَوَلَّيْهِ إِيَّاهُ ، وَقَدْ قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ ﴾^(١١) . الْآيَةُ^(١٢) ، وَلأنَّ نَفْسَ الْحَاضِرِ تَتَوَقَّعُ مَا لَا تَتَوَقَّعُ نَفْسُ الْغَائِبِ .

فصل : وَلَا يَجُوزُ أَنْ^(١٣) يُكَلِّفَهُ مِنَ الْعَمَلِ مَا لَا يُطِيقُ ، وَهُوَ مَا يَشْتَقُّ عَلَيْهِ ، وَيَقْرُبُ مِنَ الْعَجْزِ عَنْهُ ؛ لِحَدِيثِ أَبِي ذَرٍّ ، وَلأنَّ ذَلِكَ يَضُرُّ بِهِ وَيُؤْذِيهِ ، وَهُوَ مَمْنُوعٌ مِنَ الْإِضْطِرَارِ بِهِ .

فصل : وَلَا يُجَبِّرُ الْمَلُوكُ عَلَى الْمُخَارَجَةِ ، وَمَعْنَاهُ أَنْ يَضْرِبَ عَلَيْهِ خَرَجًا مَعْلُومًا يُؤْذِيهِ ، وَمَا فَضَّلَ لِلْعَبْدِ ؛ لِأنَّ ذَلِكَ عَقْدٌ بَيْنَهُمَا ، فَلَا يُجَبِّرُ عَلَيْهِ ، كَالْكِتَابَةِ . وَإِنْ طَلَبَ الْعَبْدُ ذَلِكَ ، وَأَبَاهُ السَّيِّدُ^(١٤) ، لَمْ يُجَبِّرْ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ (لَمَّا ذَكَرْنَا^(١٥)) . فَإِنْ اتَّفَقَا عَلَى ذَلِكَ ،

(٩) في : باب الأكل مع الخادم ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخاري ١٠٦/٧ .
كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل وإلباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٣٢٨/٢ ، ٣٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليتناوله منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ . والدارمي ، في : باب في إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمي ١٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ . وعزاه السيوطي إلى ابن عساكر في : جمع الجوامع ٨٦/١ .

وأقرب الأنفاظ إلى ما أورده ابن قدامة ما جاء في المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٩٩ ، وجمع الجوامع .

(١٠) في ب : « ودفعها » .

(١١) سورة النساء ٨ .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٣) سقط من : ١ ، م .

(١٤) سقط من : ١ ، م .

(١٥) سقط من : ب ، م .

جاز ؛ لما رَوَى أَنَّ أَبَا ظَبْيَةَ حَجَّمَ النَّبِيَّ ﷺ ، فَأَعْطَاهُ أَجْرَهُ ، وَأَمَرَ مَوَالِيَهُ أَنْ يُخَفِّفُوا عَنْهُ مِنْ خَرَاஜِهِ^(١٦) . وكان كثيرٌ من الصَّحَابَةِ يَضْرِبُونَ عَلَى رَقِيقِهِمْ خَرَاஜًا ، فَرَوَى أَنَّ الزُّبَيْرَ / كان له أَلْفُ مَمْلُوكٍ ، على كُلِّ واحدٍ منهم كُلُّ يَوْمٍ دِرْهَمٌ^(١٧) . وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ، فسأله أَنْ يَسْأَلَ الْمُغِيرَةَ بن شُعْبَةَ يُخَفِّفُ عَنْهُ مِنْ خَرَاஜِهِ^(١٨) . ثُمَّ يَنْتَظِرُ ، فَإِنْ كَانَ ذَا كَسْبٍ ، فَجَعَلَ^(١٩) عَلَيْهِ بِقَدْرِ مَا يَفْضُلُ مِنْ كَسْبِهِ عَنْ نَفَقَتِهِ وَخَرَاஜِهِ شَيْءٌ ، جاز ، فَإِنْ لَهِمَا بِهِ نَفْعًا ، فَإِنَّ الْعَبْدَ يَحْرِصُ عَلَى الْكَسْبِ ، وَرُبَّمَا فَضَّلَ مَعَهُ شَيْءٌ يَزِيدُهُ فِي نَفَقَتِهِ ، وَيَتَسَّعُ بِهِ . وَإِنْ وَضَعَ عَلَيْهِ أَكْثَرَ مِنْ كَسْبِهِ بَعْدَ نَفَقَتِهِ ، لَمْ يَجْزُ . وكذلك إِنْ كَلَّفَ مَنْ لَا كَسْبَ لَهُ^(٢٠) الْمُخَارَجَةَ ، لَمْ يَجْزُ ؛ لما رَوَى عَنْ عَثَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الْكَسْبَ ، فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهُ^(٢١) الْكَسْبَ سَرَقَ ، وَلَا تُكَلِّفُوا الْمَرْأَةَ غَيْرَ ذَاتِ الصَّنْعَةِ الْكَسْبَ ، فَإِنَّكُمْ مَتَى كَلَّفْتُمُوهَا الْكَسْبَ كَسَبَتْ بِفَرْجِهَا^(٢٢) ، وَلَئِنَّهُ مَتَى كَلَّفَ غَيْرَ ذِي الْكَسْبِ خَرَاஜًا ، كَلَّفَهُ مَا يَغْلِبُهُ ، وَقَدْ قَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تُكَلِّفُوهُمْ مَا يَغْلِبُهُمْ » . وَرُبَّمَا حَمَلَهُ ذَلِكَ عَلَى أَنْ يَأْتِيَ بِهِ مِنْ غَيْرِ وَجْهِهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لِلْسَّيِّدِ أَخْذَهُ .

فصل : وَإِذَا مَرَضَ الْمَمْلُوكُ ، أَوْ زَمَنَ ، أَوْ عَمِيَ ، أَوْ انْقَطَعَ كَسْبُهُ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ الْقِيَامُ بِهِ ، وَالْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ تَجِبُ بِالْمِلْكِ ، وَلِهَذَا تَجِبُ مَعَ الصَّغَرِ ، وَالْمِلْكُ بَاقٍ

(١٦) تقدم تخريجُه ، في : ١٣٢/٨ .

(١٧) انظر : حلية الأولياء ٩٠/١ .

(١٨) انظر : الطبقات الكبرى ، لابن سعد ٣/٣٤٥ ، ٣٤٧ .

(١٩) في ب ، م : « فيجعل » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في م : « تكلفوه » .

(٢٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستعذان . الموطأ ٩٨١/٢ . والبيهقي ،

في : باب ما جاء في النهي عن كسب الأمة إذا لم تكن في عمل واصلب ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٩/٨ .

مع العمى والزمانة ، فَتَجِبُ نفقته معهما^(٢٣) ، مع عموم النصوص المذكورة في أول الباب .

١٤٠٩ - مسألة ؛ قال : (وأن يُزَوَّجَ المملوك إذا احتاج إلى ذلك)

وجملة ذلك أنه يجب على السيد إغفاف مملوكه ، إذا طلب ذلك . وهو أحد قولَي الشافعي . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يُجْبَرُ عليه ؛ لأنَّ فيه ضرراً عليه ، وليس ممَّا تقومُ به البنية ، فلم يُجْبَرُ عليه ، كأطعام الحلاء . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(١) . والأمر يقتضي الوجوب ، ولا يجب إلا عند الطلب . وروى^(٢) عكرمة ، عن ابن عباس ، قال : من كانت له جارية ، فلم يُزَوِّجها ، ولم يُصِبها ، أو عبد فلم يُزَوِّجْهُ ، فما صنعَا من شيء كان على السيد . ولولا وجوب إغفافهما لما لحق السيد الإثم بفعلهما ، ولأنَّه مكلف ، محجور عليه ، دعا إلى تزويجه ، فلزمته إجابته ، كالمحجور عليه / للسفهِ ، ولأنَّ النكاح ممَّا تدعو إليه الحاجة غالباً ، ويتضرر^(٣) بفواته ، فأجبر عليه ، كالنفقة ، بخلاف الحلاء . إذا ثبت هذا ، فالسيد مخير بين تزويجه ، أو تملكه أمة يتسراها . وله أن يزوجه^(٤) أمة ؛ لأنَّ نكاح الأمة مباح للعبد من غير شرط . ولا يجب عليه تزويجه إلا^(٥) عند طلبه ؛ لأنَّ هذا ممَّا يختلف الناس فيه ، وفي الحاجة إليه ، ولا تعلم حاجته إلا بطلبه . ولا يجوز تزويجه إلا باختياره ، فإنَّ إجبار العبد الكبير على النكاح غير جائز . فأما الأمة ، فالسيد مخير بين تزويجها إذا طلبت ذلك ، وبين أن يستمتع بها ، فيغنيها باستمتاعه عن غيره ؛ لأنَّ المقصود قضاء الحاجة ، وإزالة ضرر الشهوة ، وذلك يحصل بأحدهما ، فلم يتعين أحدهما .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) في أ ، ب ، م زيادة : « عن » .

(٣) في ب : « أو يتضرر » .

(٤-٥) سقط من : م .

١٤١٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اِمْتَنَعَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْمَمْلُوكُ ذَلِكَ)

وجملته أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه ، من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد البيع ، أُجْبِرَ سيده عليه ، ^(١) سواء كان امتناع ^(٢) السيد من ذلك لعجزه عنه أو مع قدرته عليه ^(٣) ؛ لأن بقاء ملكه عليه مع الإخلال ^(٤) بسدّ خلّاته إضرار به ، وإزالة الضرر ^(٥) واجبة ، فوجب ^(٦) إزالته ، ولذلك أبخنا للمرأة فسّخ النكاح عند عجز زوجها عن الإنفاق عليها . وقد روى في بعض الحديث ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « عَبْدُكَ يَقُولُ : أَطْعِمْنِي وَإِلَّا فَبِعْنِي . وَأَمْرُكَ يَقُولُ : أَطْعِمْنِي أَوْ طَلِّقْنِي » ^(٧) . وهذا يدل بمفهومه على أن السيد متى وفى بحقوق عبده ، فطلب العبد بيعه ، لم يُجْبِر السيد عليه . وقد نصّ عليه أحمد ، قال أبو داود : قيل لأبي عبد الله ، رحمه الله : استباعت المملوكه ، وهو يكسوها مما يلبس ، ويطعمها مما يأكل . قال : لا ثبأ ، وإن أكرث من ذلك ، إلا أن تحتاج إلى زوج ، فتقول : زوجني . وقال عطاء ، وإسحاق ، في العبد يحسن إليه سيده ، وهو يستبيع : لا يبيعه ؛ لأن الملك للسيد ، والحق له ، فلا يُجْبِر على إزالته من غير ضرر ^(٨) بالعبد ، كما لا يُجْبِر على طلاق زوجته مع القيام بما يجب لها / ، ولا على بيع بهيمته مع الإنفاق عليها .

٢١٣/٨ و

١٤١١ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ مُكَاتِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَغِزَرَ)

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته ؛ لأن الكتابة عقد أوجب ملك

(١-٢) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « الضر » .

(٥) في الأصل ، ب : « فوجب » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٨١/٧ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٥٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ .

(٧) في م : « ضر » .

المُكائِبِ إِكْسَابِ نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، وَمَنَعَ السَّيِّدَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِمَا ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِخْدَامَهُ ، وَلَا إِجَارَتَهُ ، وَلَا إِعَارَتَهُ ، وَلَا أَخَذَ كَسْبِهِ ، وَلَا أَرْضَ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَلْزُمُهُ أَدَاءُ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، فَسَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ أَوْ أُعْتَقَهُ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قِتًا ، وَعَادَ إِلَيْهِ مِلْكُ نَفْعِهِ ^(١) ، وَأَكْسَابُهُ ، فَعَادَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ بَيْعِهِ .

١٤١٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْضِعَ الْأُمَّةَ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيَّةٍ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ اسْتِرضاعَ أُمَّتِهِ لِغَيْرِ وَلَدِهَا ، مَعَ كَوْنِهِ لَا يَفْضُلُ عَنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بَوْلَدِهَا ؛ لِنَقْصِهِ مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَصَرَفِ اللَّبَنِ الْمَخْلُوقِ لَوْلَدِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَنْقُصَ الْكَبِيرَ مِنْ كِفَايَتِهِ وَمُؤْنَتِهِ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيٍّ وَلَدِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُ ، وَقَدْ اسْتَعْنَى عَنْهُ الْوَلَدُ ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، كَالْفَاضِلِ مِنْ كَسْبِهَا عَنْ مُؤْنَتِهَا ، أَوْ كَمَا ^(١) لَوْ مَاتَ وَلَدُهَا ، وَبَقِيَ لَبَنُهَا .

١٤١٣ - مسألة ^(١) ؛ قال : (وَإِذَا رَهِنَ الْمَمْلُوكُ ، أُنْفِقَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ)

وَذَلِكَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غُنْمُهُ ، وَعَلَيْهِ غُرْمُهُ » ^(٢) . وَنَفَقَتُهُ مِنْ غُرْمِهِ . وَلَأَنَّهُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ^(٣) ، وَنَمَاؤُهُ لَهُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ . وَقَدْ ذَكَرْتُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ الرَّهْنِ ^(٤) .

١٤١٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ ، فَلَمَنْ جَاءَ بِهِ إِلَى سَيِّدِهِ مَا أُنْفِقَ عَلَيْهِ)

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَفْسُهُ » .

(١) فِي ب ، م ، وَكَأَيُّهَا .

(١) سَقَطَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ب .

(٢) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي : ٥١١/٦ .

(٣) فِي م : « الرَّاهِنُ » .

(٤) تَقْدِمُ فِي : ٥١٠/٦ ، ٥١١ .

إنما كان كذلك ؛ لأن نفقة العبد على سيده ، وقد قام الذى جاء به مقام سيده فى أدائه^(١) الواجب عليه ، فرجع به عليه ، كما لو أذن له . وقال الشافعى : لا يرجع بشيء ؛ لأنه متبرع بإنفاق لم يجب عليه . ولنا ، / أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه ، فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإنفاق على امرأته ما يجب عليه من النفقة . ويخرج أن لا يرجع بشيء ، بناء على الرواية الأخرى ، فى من أنفق على الرهن الذى عنده ، أو الوديعة ، أو الجمال إذا هرب الجمال وتركها مع المستأجر .

فصل : وله تأديب عبده وأمه إذا أذنب ، بالتوبيخ ، والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده ، وامرأته فى الثشور ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن أذنب ، ولا لطمه فى وجهه ، وقد روى عن ابن مقرن المزنى ، قال : لقد رأيتنى سبع سبعة ، ليس لنا إلا خادم واحد ، فلطمها أحدنا ، فأمرنا رسول الله ﷺ بإعتاقها ، فأعتقناها^(٢) . وروى عن أبى مسعود ، قال : كنت أضرب غلاماً لى ، فإذا رجل من خلفى يقول : « اعلم أباً مسعود ، اعلم أباً مسعود » . فالتفت ، فإذا النبى ﷺ يقول : « اعلم أباً مسعود ، أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام »^(٣) .

فصل : ومن ملك بهيمة ، لزمه القيام بها ، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه ، من علفها ، أو إقامة من يرعاها ؛ لما روى ابن عمر ، أن النبى ﷺ قال : « عذبت امرأة فى هرة حبستها ، حتى ماتت جوعاً ، فلا هى أطعمتها ، ولا هى أرسلتها تأكل من

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب صحبة المالك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يلطم خادمه ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٧/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤٤/٣ ، ٤٤٤/٥ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب صحبة المالك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الإيمان صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ ، ١٢٨١ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٣/٢ . والترمذى ، فى : باب النبى عن ضرب الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٢٠/٤ . (٤) سقط من : أ ، ب ، م .

حَشَاشِ الْأَرْضِ»^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ أَبَى أَوْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهَا ، أَوْ ذَبْحِهَا إِنْ كَانَتْ مِمَّا يُذْبَحُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُجْبِرُ السُّلْطَانُ ، بَلْ يَأْمُرُهُ^(٧) ، كَمَا يَأْمُرُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيَنْهَاهُ عَنِ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الْبَهِيمَةَ لَا يَثْبُتُ لَهَا حَقٌّ مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَصِحُّ مِنْهَا الْحُصُومَةُ ، وَلَا يُنْصَبُ عَنْهَا^(٨) خَصْمٌ ، فَصَارَتْ كَالزَّرْعِ وَالشَّجَرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا نَفَقَةٌ حَيَوَانٍ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لِلسُّلْطَانِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ ، وَيُفَارِقُ نَفَقَةَ الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ ، فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ . فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِنْفَاقِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْبَيْعِ ، يَبْعَثُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُبَاعُ الْعَبْدُ إِذَا طَلَبَ الْبَيْعُ / عِنْدَ إِعْسَارِ سَيِّدِهِ بِنَفَقَتِهِ ، وَكَأَنفَسَخُ^(٩) نِكَاحِهِ إِذَا أُعْسِرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ . وَإِنْ عَطِيتِ الْبَهِيمَةَ فَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُؤْكَلُ ، خَيْرٌ بَيْنَ ذَبْحِهَا وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُؤْكَلُ ، أُجْبِرَ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، كَالْعَبْدِ الزَّامِنِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَا مَضَى . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ الْبَهِيمَةُ مَا لَا تُطِيقُ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْعَبْدِ ، وَقَدْ مَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ تَكْلِيفَ الْعَبْدِ مَا لَا يُطِيقُ^(١٠) . وَلَئِنْ فِيهِ تَعْدِيًا لِلْحَيَوَانِ الَّذِي لَهُ حُرْمَةٌ فِي نَفْسِهِ ، وَإِضْرَارًا بِهِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ . وَلَا يَحْلِبُ مِنْ لَبْنِهَا إِلَّا مَا يَفْضُلُ عَنْ كِفَايَةِ وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ كِفَايَتَهُ وَاجِبَةٌ عَلَى مَالِكِهِ ، وَلَبْنُ أُمِّهِ مَخْلُوقٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَ وَلَدَ الْأُمَةِ .

و ٢١٤/٨

-
- (٥) حَشَاشِ الْأَرْضِ : هَوَامِهَا وَحَشَرَاتُهَا .
 (٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَدَّثَنَا أَبُو الْإِمَانِ أَخْبَرَنَا شُعَيْبٌ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢١٥/٤ .
 وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ تَعْذِيبِ الْهَرَّةِ وَنَحْوِهَا مِنَ الْحَيَوَانِ الَّذِي لَا يُؤْذِي ، مِنْ كِتَابِ الْبِرِّ وَالصَّلَةِ وَالْأَدَابِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢٠٢٢/٤ ، ٢٠٢٣ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٥٩/٢ ، ١٨٨ .
 (٧) فِي ب ، م نَهَادَةٌ : « بِهِ » .
 (٨) فِي أ ، ب ، م : « عَلَيْهَا » .
 (٩) فِي م : « يَفْسَخُ » .
 (١٠) تَقْدِمُ تَحْرِيجُهُ ، فِي صَفْحَةِ ٤٣٤ .

/ كتاب الجراح

يعنى كتاب الجنایات ، وإنما عبّر عنها بالجراح لعلّية وقوعها به ، والجنایة : كل فعل عُدوانٍ على نفسٍ أو مالٍ . لكنّها في العُرف مَحْصُوصَةٌ بما يَحْصُلُ فيه التَّعْدَى على الأبدانِ ، وَسَمَوْا الجنایات على الأموال غَصَبًا ، ونَهَبًا ، وسَرَقَةً ، وخِيَانَةً ، وإثْلَافًا .

فصل : وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حقٍّ ، والأصل فيه الكتابُ والسنةُ والإجماعُ ؛ أمّا الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ﴾ ^(٢) . وقال : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ^(٣) . الآية . وأمّا السنةُ ، فروى عبدُ الله بن مسعودٍ ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ ، إِلَّا بِأَحَدٍ ثَلَاثٍ ؛ الثَّيِّبُ الزَّانِي ، وَالنَّفْسُ بِالنَّفْسِ ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٤) . وروى عثمانُ ، وعائشةُ ، عن النبي ﷺ مثله ، في أي وأخبارٍ سِوَى هذه كثيرةٌ ^(٥) . ولا خلاف بين الأمة في تحريمه ، فإن فعله إنسانٌ مُتَعَمِّدًا ، فَسَقَ ، وأمره إلى الله ، إن شاء عَذَبَهُ ، وإن شاء غَفَرَ لَهُ ، وتَوْبَتُهُ مَقْبُولَةٌ في قول أكثر أهل العلم . وقال ابنُ عباسٍ : إِنَّ تَوْبَتَهُ لَا تُقْبَلُ ^(٦) . للآية التي ذكرناها ، وهي من آخر ما نَزَلَ . قال ابنُ عباسٍ : ولم يَنْسَخْهَا شيءٌ ^(٧) .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) سورة النساء ٩٣ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٥٢/٣ .

(٥) في الأصل : « كثير » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري =

ولأنَّ لَفْظَ الآيَةِ لَفْظُ الْحَبْرِ ، والأخبار لا^(٧) يَدْخُلُهَا نَسْخٌ ولا تَغْيِيرٌ ؛ لأنَّ خَبَرَ اللَّهِ تَعَالَى لَا يَكُونُ إِلَّا صِدْقًا . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾^(٨) . فَجَعَلَهُ دَاخِلًا فِي الْمَشِيعَةِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا ﴾^(٩) . وَفِي الْحَدِيثِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، قَالَ : « إِنَّ رَجُلًا قَتَلَ مِائَةَ رَجُلٍ ظُلْمًا ، ثُمَّ سَأَلَ : هَلْ لَهُ مِنْ تَوْبَةٍ ؟ فَذُلَّ عَلَى عَالِمٍ ، فَسَأَلَهُ ، فَقَالَ : وَمَنْ يَحُولُ بَيْنَكَ وَبَيْنَ التَّوْبَةِ ، وَلَكِنْ أَخْرِجْ مِنْ قَرْيَةِ السَّوَاءِ ، إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ ، فَأَعْبُدِ اللَّهَ فِيهَا . فَخَرَجَ ثَائِبًا ، فَأَذْرَكَ الْمَوْتَ فِي الطَّرِيقِ ، فَأَخْتَصَمَتْ فِيهِ مَلَائِكَةُ الرَّحْمَةِ وَمَلَائِكَةُ الْعَذَابِ ، فَبَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهِمْ مَلَكًا ، فَقَالَ / : قِيسُوا مَا بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ ، فَإِلَى أَيِّهِمَا كَانَ أَقْرَبَ ، فَاجْعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا . فَوَجَدُوهُ أَقْرَبَ إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ بِشِيرٍ ، فَجَعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا » .^(١٠) مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . وَلأنَّ التَّوْبَةَ تَصِحُّ مِنَ الْكُفْرِ ، فَمِنَ الْقَتْلِ^(١٢) أَوَّلَى . وَالآيَةُ مَحْمُولَةٌ عَلَى مَنْ لَمْ يَتُبْ ، أَوْ عَلَى أَنْ هَذَا جَزَاؤُهُ إِنْ جَازَاهُ ، وَلَهُ الْعَفْوُ إِذَا شَاءَ . وَقَوْلُهُ : لَا يَدْخُلُهَا النَّسْخُ . قُلْنَا : لَكِنْ يَدْخُلُهَا التَّخْصِصُ وَالتَّأْوِيلُ .

و٢/٩

١٤١٥ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَالْقَتْلُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَزْجِهِ ؛ عَمْدٌ ، وَشِبْهُ الْعَمْدِ ، وَخَطَأٌ)

= ٥٩/٦ . ومسلم ، في : كتاب التفسير . صحيح مسلم ٢٣١٨/٤ . وأبو داود ، في : باب في تعظيم قتل المؤمن ، من كتاب الفتن . سنن أبي داود ٤١٩/٢ ، ٤٢٠ . والنسائي ، في : باب تعظيم الدم ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٧٨/٧ ، ٨٠ . وابن ماجه ، في : باب هل لقاتل مؤمن توبة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٤/٢ . والبيهقي ، في : باب أصل تحريم القتل في القرآن ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ١٥/٨ ، ١٦ .

(٧) في ب ، م : « ولا » .

(٨) سورة النساء ٤٨ .

(٩) سورة الزمر ٥٣ .

(١٠-١١) سقط من : م . وأخرجه البخاري ، في : باب حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب ، من كتاب الأنبياء .

صحيح البخاري ٢١١/٤ ، ٢١٢ . ومسلم ، في : باب قبول توبة القاتل وإن كفر قتلته ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١١٨/٤ ، ٢١١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٣ .

(١١) في الأصل : « القاتل » .

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَرَوْنَ الْقَتْلَ مُنْقَسِمًا إِلَى هَذِهِ الْأَقْسَامِ الثَّلَاثَةِ ، رُويَ ذَلِكَ عَنْ عَمْرٍ ، وَعَلِيٍّ . وَبِهِ قَالَ الشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَحَمَّادٌ ، وَأَهْلُ الْبِغَامِ ، وَالتَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَأَنْكَرَ مَالِكٌ شِبْهَ الْعَمْدِ ، وَقَالَ : لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِلَّا الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ ، فَأَمَّا شِبْهُ الْعَمْدِ ، فَلَا يُعْمَلُ بِهِ عِنْدَنَا . وَجَعَلَهُ مِنْ قِسْمِ الْعَمْدِ . وَحُكِيَ عَنْهُ مِثْلُ قَوْلِ الْجَمَاعَةِ . وَهُوَ الصَّوَابُ ؛ لَمَّا رَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عَمْرِو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « أَلَا إِنَّ دِيَةَ الْخَطَا شِبْهَ الْعَمْدِ ، مَا كَانَ بِالسَّوْطِ وَالْعَصَا ، مِائَةً مِنْ الْإِبِلِ ، مِنْهَا أَرْبَعُونَ فِي بَطُونِهَا أَوْلَادُهَا » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(١) . وَفِي لَفِظٍ : « قَتِيلُ خَطَا الْعَمْدِ » . وَهَذَا نَصٌّ يُقَدِّمُ عَلَى مَا ذَكَرَهُ . وَقَسَّمَهُ أَبُو الْخَطَّابِ أَرْبَعَةَ أَقْسَامٍ ، فَرَادَ قِسْمًا رَابِعًا ، وَهُوَ مَا أُجْرِيَ مُجْرَى الْخَطَا ، نَحْوُ أَنْ يَنْقَلِبَ نَائِمٌ عَلَى شَخْصٍ فَيَقْتُلَهُ ، أَوْ يَقَعَ عَلَيْهِ مِنْ غُلُوٍّ ، وَالْقَتْلُ بِالسَّبَبِ ، كَحَفْرِ الْبَيْتِ وَنَصْبِ ^(٢) السَّكِينِ ، وَقَتْلُ غَيْرِ الْمُكَلَّفِ ، أُجْرِيَ مُجْرَى ^(٣) الْخَطَا وَإِنْ كَانَ عَمْدًا . وَهَذِهِ الصُّورَةُ الَّتِي ذَكَرَهَا عِنْدَ الْأَكْثَرِينَ مِنْ قِسْمِ الْخَطَا ، فَإِنَّ صَاحِبَهَا لَمْ يَعْمِدِ الْفِعْلَ ، أَوْ عَمَدَهُ وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِ الْقَصْدِ الصَّحِيحِ ، فَسَمَّوْهُ ^(٤) خَطَاً ^(٥) ، فَأَعْطَوْهُ حُكْمَهُ . وَقَدْ صَرَّحَ الْخَرَقِيُّ بِذَلِكَ ، فَقَالَ فِي الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ : عَمْدُهُمَا خَطَاً .

١٤١٦ - مسألة ؛ قَالَ : (فَالْعَمْدُ مَا ضَرَبَهُ بِحَدِيدَةٍ ، أَوْ حَشَبَةٍ كَبِيرَةٍ فَوْقَ عُمُودِ الْفُسْطَاطِ ، أَوْ حَجَرٍ كَبِيرٍ الْعَالِبُ أَنْ يَقْتُلَ مِثْلَهُ ، أَوْ أَعَادَ الضَّرْبَ بِحَشَبَةٍ صَغِيرَةٍ ، أَوْ فَعَلَ بِهِ فِعْلًا الْعَالِبُ مِنْ ذَلِكَ الْفِعْلِ أَنَّهُ يَتْلَفُ)

وَجُمْلَةُ ذَلِكَ أَنَّ الْعَمْدَ نَوْعَانِ :

(١) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٠/٦ . ويضاف إليه : المسند ١٦٤/٢ ، ١٦٦ .

(٢) في م : « وَنَصَلَ » .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أحدهما، أن يَضْرِبَهُ بِمُحَدَّدٍ^(١)، وهو ما يَقْطَعُ، وَيَدْخُلُ فِي الْبَدَنِ، كَالسَّيْفِ
وَالسَّكِّينِ وَالسَّانِ، وما في معناه مِمَّا يُحَدِّدُ فَيَجْرَحُ /، من الْحَدِيدِ، وَالنُّحَاسِ،
وَالرَّصَاصِ، وَالذَّهَبِ، وَالْفِضَّةِ، وَالزُّجَاجِ، وَالْحَجَرِ، وَالْقَصَبِ، وَالخَشَبِ، فهذا
كلُّهُ إِذَا جَرَحَ بِهِ جُرْحًا كَبِيرًا، فَمَاتَ^(٢)، فهو قَتْلٌ عَمْدٌ، لا خِلَافَ^(٣) فيه بينَ
الْعُلَمَاءِ، فيما عَلِمْنَاهُ. فَأَمَّا إِنْ جَرَحَهُ جُرْحًا صَغِيرًا، كَشَرْطَةِ الْحَجَّامِ، أَوْ غَرَزَهُ
بِابْرَةٍ، أَوْ شَوْكَةٍ، نَظَرْتُ؛ فَإِنْ كَانَ فِي مَقْتَلٍ، كَالْعَيْنِ، وَالْفُؤَادِ، وَالْخَاصِرَةِ،
وَالصُّدْغِ، وَأَصْلِ الْأُذُنِ، فَمَاتَ، فهو عَمْدٌ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ بِذَلِكَ فِي الْمَقْتَلِ،
كَالْجُرْحِ بِالسَّكِّينِ فِي غَيْرِ الْمَقْتَلِ، وَإِنْ كَانَ فِي غَيْرِ مَقْتَلٍ؛ نَظَرْتُ، فَإِنْ كَانَ قَدْ بَالَعَ فِي
إِدْخَالِهَا فِي الْبَدَنِ، فهو كَالْجُرْحِ الْكَبِيرِ؛ لِأَنَّ هَذَا يَشْتَدُّ أَلَمُهُ، وَيُقْضَى إِلَى الْقَتْلِ،
كَالْكَبِيرِ، وَإِنْ كَانَ الْغَرَزُ^(٤) يَسِيرًا، أَوْ جَرَحَهُ بِالْكَبِيرِ^(٥) جَرْحًا لَطِيفًا، كَشَرْطَةِ
الْحَجَّامِ فَمَا دُونَهَا، فَقَالَ أَصْحَابُنَا: إِنْ بَقِيَ مِنْ ذَلِكَ ضَمِنًا^(٦) حَتَّى مَاتَ، فَفِيهِ الْقَوْدُ؛
لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ مَاتَ مِنْهُ، وَإِنْ مَاتَ فِي الْحَالِ، فَفِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، لَا قِصَاصَ
فِيهِ. قَالَ ابْنُ حَامِدٍ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنْهُ، وَلِأَنَّهُ لَا يَقْتُلُ غَالِبًا، فَأَشْبَهَ الْعَصَا
وَالسُّوْطَ. وَالتَّعْلِيلُ الْأَوَّلُ أَجُودٌ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا اخْتَمَلَ حُصُولَ الْمَوْتِ بِغَيْرِهِ ظَاهِرًا، كَانَ
ذَلِكَ شُبْهَةً فِي دَرِّ الْقِصَاصِ، وَلَوْ كَانَتِ الْعِلَّةُ كَوْنَهُ لَا يَحْصُلُ بِهِ الْقَتْلُ غَالِبًا، لَمْ يَفْتَرِقْ
الْحَالُ بَيْنَ مَوْتِهِ فِي الْحَالِ، وَمَوْتِهِ مُتَرَاخِيًا عَنْهُ، كَسَائِرِ مَا لَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ. وَالثَّانِي، فِيهِ
الْقِصَاصُ؛ لِأَنَّ الْمُحَدَّدَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ غَلَبَةُ الظَّنِّ فِي حُصُولِ الْقَتْلِ بِهِ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ قَطَعَ
شَحْمَةُ أُذُنِهِ، أَوْ قَطَعَ أَنْمَلَتَهُ، وَلِأَنَّهُ لَمَّا لَمْ يُمْكِنْ إِدَارَةَ الْحُكْمِ، وَضَبْطُهُ بِغَلَبَةِ الظَّنِّ،

(١) فِي ب: «محدد».

(٢) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ، ب.

(٣) فِي ب: «اختلاف».

(٤) فِي م: «الغور».

(٥) فِي ب: «الكبير».

(٦) الضَّمن: الزَّيْمَنُ وَالْمَبْتَلَى فِي جِسْمِهِ.

وَجَبَ رِبْطُهُ بِكَوْنِهِ مُحَدَّدًا ، وَلَا يُعْتَبَرُ ظُهُورُ الْحِكْمَةِ^(٧) فِي آحَادِ صُورٍ^(٨) الْمَطْنَةِ ، بَلْ يَكْفِي اخْتِمَالُ الْحِكْمَةِ ، وَلِذَلِكَ ثَبَّتَ الْحَكْمُ بِهِ فِيمَا إِذَا بَقِيَ ضَمِنًا ، مَعَ أَنَّ الْعَمْدَ لَا يَحْتَلِفُ مَعَ اتِّحَادِ آلَةِ وَالْفِعْلِ ، بِسُرْعَةِ الْإِفْضَاءِ وَإِبْطَائِهِ ، وَلَئِنْ فِي الْبَدَنِ مَقَاتِلَ خَفِيَّةً ، وَهَذَا لَهُ سِرِّيَّةٌ وَمَوَرٌّ ، فَأَشْبَهَ الْجُرْحَ الْكَبِيرَ . وَهَذَا ظَاهِرُ كَلَامِ الْخَرْقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَيْ حَنِيفَةٍ ، وَلِلشَافِعِيِّ ، مِنْ التَّفْصِيلِ نَحْوُ مِمَّا ذَكَرْنَا .

و ٣/٩

التَّوَعُّ الثَّانِي ، الْقَتْلُ بِغَيْرِ الْمُحَدَّدِ ، مِمَّا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُ الزُّهُوقِ بِهِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِهِ ، فَهَذَا عَمْدٌ مُوجِبٌ لِلْقِصَاصِ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ / النَّحَّيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَحَمَّادٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَمُحَمَّدٌ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا قَوْدَ فِي ذَلِكَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ . وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ : الْعَمْدُ مَا كَانَ بِالسَّلَاحِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قَوْدَ^(٩) فِي ذَلِكَ^(١٠) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَتْلُهُ بِالنَّارِ . وَعَنْهُ فِي مُثْقَلِ الْحَدِيدِ رَوَايَتَانِ . وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « أَلَا إِنَّ فِي قَتِيلِ عَمْدِ الْخَطَا ، قَتِيلَ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ ، مِائَةً مِنْ الْإِبِلِ »^(١١) . فَسَمَاءُ عَمْدُ الْخَطَا ، وَأَوْجَبَ فِيهِ الدِّيَّةُ دُونَ الْقِصَاصِ ، وَلَئِنْ الْعَمْدَ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارُهُ بِنَفْسِهِ ، فَيَجِبُ ضَبْطُهُ بِمَطْنَتِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، لِحُصُولِ الْعَمْدِ بِدُونِهِ فِي الْجُرْحِ الصَّغِيرِ ، فَوَجَبَ ضَبْطُهُ بِالْجُرْحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(١٢) . وَهَذَا مَقْتُولٌ ظَلَمًا ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾^(١٣) . وَرَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ يَهُودِيًّا قَتَلَ

(٧) فِي ب ، م : « الْحَكْم » .

(٨) فِي ب ، م : « صُورَةٌ » .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١٠) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤١٠/٣ . وَانْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٤٤٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٣٣ .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٧٨ .

جاريةً على أوضاع^(١٣) لها بحجرٍ ، فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين . مُتَّفَقٌ عليه^(١٤) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « وَمَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إِمَّا يَدْرِي ، وَإِمَّا لَا^(١٥) يُقَادُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٦) . وَلأنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَأَشْبَهَ الْمُحَدَّدَ . وَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى الْمُثْقَلِ الصَّغِيرِ ؛ لأنَّهُ ذَكَرَ الْعَصَا وَالسُّوْطَ ، وَقَرَنَ بِهِ الْحَجَرَ . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مَا يُشْبِهُهُمَا . وَقَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّا نُوْجِبُ الْقِصَاصَ بِمَا نَتَيَقَّنُ حُصُولَ الْعَلِيَّةِ بِهِ ، وَإِذَا شَكَكْنَا ، لَمْ نُوجِبْهُ مَعَ الشُّكِّ ، وَصَغِيرُ الْجُرْجِ قَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِيهِ ، وَلأنَّهُ لَا يَصِحُّ ضَبْطُهُ بِالْجُرْجِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ قَتَلَهُ بِالنَّارِ ، أَوْ بِمُثْقَلٍ^(١٧) الْحَدِيدِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ هَذَا النَّوعَ يَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَضْرِبَهُ بِمُثْقَلٍ كَبِيرٍ ، يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ حَدِيدٍ ، كَاللَّتِ^(١٨) ، وَالسِّنْدَانِ ، وَالْمِطْرَقَةِ ، أَوْ حَجَرٍ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَشَبَةٍ كَبِيرَةٍ . وَحَدَّ الْعَجْرَقِيُّ الْخَشَبَةَ الْكَبِيرَةَ ، بِمَا فَوْقَ عُمُودِ الْفُسْطَاطِ ، يَعْنِي الْعُمْدَ الَّتِي تَتَّخِذُهَا الْأَعْرَابُ^(١٩) لِبَيُوتِهَا ،

(١٣) الْأَوْضَاحُ : حَلِ الْفَضَةِ . انْظُرْ غَرِيبَ الْحَدِيثِ ١٨٨/٣ .

(١٤) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا قُتِلَ بِحَجَرٍ أَوْ بَعْضًا ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٥/٩ ، ٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ ثُبُوتِ الْقِصَاصِ فِي الْقَتْلِ بِالْحَجَرِ وَغَيْرِهِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٣/١٢٩٩ ، ١٣٠٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ يَقَادُ مِنَ الْقَاتِلِ ، وَبَابِ الْقَوْدِ بِغَيْرِ حَدِيدٍ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٨٧/٢ - ٤٨٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَوْدِ مِنَ الرَّجُلِ لِلْمَرْأَةِ ، وَبَابِ الْقَوْدِ بِغَيْرِ حَدِيدَةٍ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٨/٢٠ ، ٣٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣/١٧٠ ، ١٧١ . (١٥) فِي ١ ، مِ زِيَادَةٍ : « أَنْ » .

(١٦) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفَ تَعْرِفُ لِقِطْعَةَ أَهْلِ مَكَّةَ ، مِنْ كِتَابِ اللَّقِطَةِ ، وَفِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣/١٦٥ ، ٦/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ مَكَّةَ ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢/٩٨٨ ، ٩٨٩ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ وَلِيِّ الْعَمْدِ يَرْضَى بِالْدِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/٤٨١ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ هَلْ تُوْخَذُ مِنْ قَاتِلِ الْعَمْدِ الدِّيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٨/٣٤ .

(١٧) فِي م : « بِمِثْلٍ » .

(١٨) اللَّتْ : مَا يُلْتُ بِهِ ، أَيْ يَدُقُّ أَوْ يُسْحَقُ .

(١٩) فِي ب : « الْعَرَبُ » .

وفيه دَقَّةٌ ، فأما عُمْدُ الْخِيَامِ فكَبِيرَةٌ ، تَقْتُلُ غَالِبًا ، فلم يُرْذَها الْخِرْقِيُّ ، / وَإِنَّمَا حَدُّ
 الْمَوْجِبِ لِلْقِصَاصِ بِمَا^(٢٠) فَوْقَ عُمُودِ الْفُسْطَاطِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنِ الْمَرْأَةِ
 الَّتِي ضَرَبَتْ جَارِيَتَهَا بِعُمُودِ فُسْطَاطٍ فَقَتَلَتْهَا وَجَنِينَهَا ، قَضَى النَّبِيُّ ﷺ فِي الْجَنِينِ
 بِغُرَّةٍ ، وَقَضَى بِالذَّيَّةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا^(٢١) . وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ الْعَمْدَ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ
 بِعُمُودِ الْفُسْطَاطِ لَيْسَ بِعَمْدٍ . وَإِنْ كَانَ أَكْثَرُ مِنْهُ ، فَهُوَ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . وَمِنْ
 هَذَا النَّوْعِ أَنْ يُلْقَى عَلَيْهِ حَائِطًا ، أَوْ صَخْرَةً ، أَوْ خَشَبَةً عَظِيمَةً ، أَوْ مَا أَشْبَهَ مِمَّا يُهْلِكُهُ
 غَالِبًا ، فَيُهْلِكُهُ ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . النَّوْعُ الثَّانِي ، أَنْ يَضْرِبَهُ بِمُثْقِلٍ صَغِيرٍ ،
 كَالْعَصَا ، وَالسُّوْطِ^(٢٢) ، وَالْحَجَرِ الصَّغِيرِ ، أَوْ يُلْكَزُهُ بِيَدَيْهِ فِي مَقْتِلٍ ، أَوْ فِي حَالٍ ضَعِيفٍ
 مِنَ الْمَضْرُوبِ ؛ لِمَرَضٍ أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ فِي زَمَنِ مُفْرِطِ الْحَرِّ أَوْ الْبَرْدِ ، بِحَيْثُ تَقْتُلُهُ تِلْكَ
 الضَّرْبَةُ ، أَوْ كَرَّرَ الضَّرْبَ حَتَّى قَتَلَهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِمَا يَقْتُلُ مِثْلُهُ
 غَالِبًا ، فَأَشْبَهَ الضَّرْبَ بِمُثْقِلٍ كَبِيرٍ . وَمِنْ هَذَا النَّوْعِ ، لَوْ عَصَرَ خُصْيَتَهُ عَصْرًا شَدِيدًا ،
 فَقَتَلَهُ بِعَصْرِ يَقْتُلُ مِثْلُهُ غَالِبًا ، فَفِيهِ الْقَوْدُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ ، فَهُوَ
 عَمْدُ الْخَطَا ، وَفِيهِ الذَّيَّةُ ، إِلَّا أَنْ يَصْغُرَ جَدًّا ، كَالضَّرْبَةِ بِالْقَلَمِ وَالْإِصْبَعِ فِي غَيْرِ مَقْتِلٍ ،
 وَنَحْوِ هَذَا مِمَّا لَا يَتَوَهَّمُ الْقَتْلُ بِهِ ، فَلَا قَوْدَ فِيهِ ، وَلَا ذِيَّةَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُتْ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ مَسَّهُ
 بِالْكَبِيرِ ، وَلَمْ يَضْرِبْهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الذَّيَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِالْقَتْلِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِقَتْلٍ .

النَّوْعُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَمْنَعَ خُرُوجَ نَفْسِهِ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَجْعَلَ فِي عُنُقِهِ
 خِرَاطَةً^(٢٣) ، ثُمَّ يُعَلِّقُهَا فِي خَشَبَةٍ أَوْ شَيْءٍ ، بِحَيْثُ يَرْتَفِعُ عَنِ الْأَرْضِ ، فَيَخْتَنِقُ

(٢٠) فِي م : ٥ م م .

(٢١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣١٠/٣ ، ١٣١١ . وَأَبُو
 دَاوُدَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنَ أَبُو دَاوُدَ ٤٩٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي دِيَةِ
 الْجَنِينِ ، مِنْ أَبْوَابِ الدِّيَاتِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٨٠/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ صِفَةِ شَبهِ الْعَمْدِ ، مِنْ كِتَابِ
 الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٤٤/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنَ الدَّارِمِيُّ ١٩٦/٢ .
 وَإِلَهَامُ أَحْمَدَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٤٥/٤ ، ٢٤٦ ، ٢٤٩ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٢٣) الْخِرَاطَةُ : مَا يَعْرِفُ الْيَوْمَ بِالْمَشْنَقَةِ .

وَيَمُوتُ ، فهذا عَمْدٌ ، سواء مات في الحال ، أو بَقِيَ زَمَنًا ؛ لِأَنَّ هَذَا أَوْحَى ^(٢٤) أَنْوَاعَ الْحَقِّقِ ، وَهُوَ الَّذِي جَرَتْ الْعَادَةُ بِفَعْلِهِ مِنَ الْوَلَاةِ فِي اللَّصُوصِ وَأَشْبَاهِهِمْ مِنَ الْمُفْسِدِينَ . وَالضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَخْتَنَقَهُ وَهُوَ عَلَى الْأَرْضِ بِيَدَيْهِ ، أَوْ مِنْدِيلٍ ، أَوْ جَبَلٍ ، أَوْ يَغْمَهُ بَوَسَادَةٍ ، أَوْ شَيْءٍ يَضَعُهُ عَلَى فِيهِ وَأَنْفِهِ ، أَوْ يَضَعُ يَدَيْهِ عَلَيْهِمَا فَيَمُوتُ ، فَهَذَا إِنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ مُدَّةً يَمُوتُ فِي مِثْلِهَا غَالِبًا فَمَاتَ ، فَهُوَ عَمْدٌ فِيهِ الْقِصَاصُ . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَإِنْ فَعَلَهُ فِي ^(٢٥) مُدَّةٍ لَا يَمُوتُ فِي مِثْلِهَا / غَالِبًا فَمَاتَ ، فَهُوَ عَمْدٌ الْخَطَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ يَسِيرًا فِي الْعَادَةِ ^(٢٦) ، بِحَيْثُ لَا يُتَوَهَّمُ الْمَوْتُ مِنْهُ ، فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ لَمْسِهِ . وَإِنْ خَنَقَهُ ، وَتَرَكَهُ مُتَالِمًا ^(٢٧) حَتَّى مَاتَ ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ سِرَايَةِ جِنَايَتِهِ ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ مِنْ سِرَايَةِ الْجُرْحِ ، وَإِنْ تَنَفَّسَ وَصَحَّ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَلَا قَوْدَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهَرَ أَنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنْهُ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ثُمَّ مَاتَ .

النَّوعُ الرَّابِعُ ، أَنْ يُلْقِيَهُ فِي مَهْلَكَةٍ ، وَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرِبٍ ، أَحَدُهَا ؛ أَنْ يُلْقِيَهُ مِنْ شَاهِقٍ ، كَرَأْسِ جَبَلٍ ، أَوْ حَائِطِ عَالٍ ، يَهْلِكُ بِهِ غَالِبًا ، فَيَمُوتُ ، فَهُوَ عَمْدٌ ^(٢٨) . الثَّانِي ، أَنْ يُلْقِيَهُ فِي نَارٍ ، أَوْ مَاءٍ يُغْرِقُهُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ التَّخَلُّصُ مِنْهُ ، إِمَّا لَكَثْرَةِ الْمَاءِ وَالنَّارِ ^(٢٩) ، وَإِمَّا لَعَجْزِهِ عَنِ التَّخَلُّصِ ، لِمَرَضٍ ، ^(٣٠) أَوْ ضَعْفٍ ^(٣١) ، أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ كَوْنِهِ مَرْبُوطًا ، أَوْ مَنَعَهُ الْخُرُوجُ ، أَوْ كَوْنُهُ فِي حُفْرَةٍ ^(٣٢) لَا يَقْدِرُ عَلَى الصُّعُودِ مِنْهَا ، وَنَحْوِ هَذَا ، أَوْ أَلْقَاهُ فِي بَرٍّ ذَاتِ نَفْسٍ ^(٣٣) ، فَمَاتَ بِهِ ، عَالِمًا بِذَلِكَ ، فَهَذَا كُلُّهُ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ يَسِيرٍ ، يَقْدِرُ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْهُ ، فَلَيْثَ فِيهِ اخْتِيَارًا حَتَّى مَاتَ ،

(٢٤) أَوْحَى : أَسْرَعَ .

(٢٥) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(٢٦) فِي الْأَصْلُ : « الْغَايَةُ » .

(٢٧) فِي م : « مِثْلًا » .

(٢٨) فِي ب نَهَادَةً : « مَحْضٌ » .

(٢٩) فِي م : « أَوْ النَّارِ » .

(٣٠-٣١) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٣١) فِي م : « حَفِيرَةٌ » .

(٣٢) ذَاتِ نَفْسٍ : أَيُّ رَاحَةٍ مُتَغَيِّرَةٍ .

فلا قَوْدَ فيه ولا دِيَّةَ ؛ لَأَنَّ هذا الفعلَ لم يَقْتُلْهُ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ موْتُهُ بَلِيَّتِهِ فِيهِ ، وَهُوَ فَعْلٌ
نَفْسِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ غَيْرُهُ . وَإِنْ تَرَكَه فِي نَارٍ يُمَكِّنُهُ التَّخْلُصُ مِنْهَا لِقَلَّتِهَا ، أَوْ كَوْنُهُ فِي
طَرَفٍ مِنْهَا يُمَكِّنُهُ الْخُرُوجُ بِأَدْنَى حَرَكَةٍ ؛ فَلَمْ يَخْرُجْ حَتَّى مَاتَ ، فَلَا قَوْدَ ؛ لَأَنَّ هَذَا لَا
يَقْتُلُ غَالِبًا ، وَهَلْ يَضْمَنْهُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُهْلِكٌ لِنَفْسِهِ
بِإِقَامَتِهِ ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَمَا لَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ يَسِيرُ ، لَكِنْ^(٣٣) يَضْمَنْ مَا أَصَابَتْ النَّارُ مِنْهُ .
وَالثَّانِي ، يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ جَاءَ بِالْإِنْقَاءِ الْمَفْضِي إِلَى الْهَلَاكِ ، وَتَرَكَ التَّخْلُصَ لَا يُسْقِطُ
الضَّمَانَ ، كَمَا لَوْ فَصَدَّه فَتَرَكَ شَدَّ فَصَادَهُ مَعَ إِمْكَانِهِ ، أَوْ جَرَحَهُ فَتَرَكَ مُدَاوَةَ جُرْحِهِ ،
وَفَارَقَ الْمَاءَ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَهْلِكُ بِنَفْسِهِ ، وَلِهَذَا يَدْخُلُهُ النَّاسُ لِلْعُسْلِ وَالسَّبَاحَةِ وَالصَّيْدِ ، وَأَمَّا
النَّارُ فَيَسِيرُهَا يَهْلِكُ . وَإِنَّمَا تُعْلَمُ قُدْرَتُهُ عَلَى التَّخْلُصِ بِقَوْلِهِ : أَنَا قَادِرٌ عَلَى التَّخْلُصِ . أَوْ
نَحْوِ هَذَا ؛ لِأَنَّ النَّارَ لَهَا حَرَارَةٌ شَدِيدَةٌ ، فَرُبَّمَا أَرْعَجَتْهُ حَرَارَتُهَا عَنْ مَعْرِفَةِ مَا يَتَخَلَّصُ بِهِ ،
أَوْ أَذْهَبَتْ عَقْلَهُ بِأَلَمِهَا وَرَوْعَتِهَا . وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي لُجَّةٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّخْلُصُ / مِنْهَا ، فَالْتَقَمَهُ
خُوتٌ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، عَلَيْهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ أَلْقَاهُ فِي مَهْلِكَةٍ فَهْلَكَ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ
غَرِقَ فِيهَا . وَالثَّانِي ، لَا قَوْدَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَهْلِكْ بِهَا ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ آدَمِيٌّ آخَرٌ . وَإِنْ
أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ يَسِيرٍ ، فَأَكَلَهُ سَبْعٌ ، أَوْ التَّقَمَهُ خُوتٌ أَوْ تَمَسَّاحٌ ، فَلَا قَوْدَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الَّذِي
فَعَلَهُ لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وَعَلَيْهِ ضَمَانُهُ ؛ لِأَنَّهُ هَلَكَ بِفِعْلِهِ . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَجْمَعَ بَيْنَهُ
وَبَيْنَ أَسَدٍ أَوْ نَمِرٍ ، فِي مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، كَرُبِّيَّةٍ^(٣٤) وَنَحْوِهَا ، فَيَقْتُلُهُ ، فَهَذَا عَمْدٌ ، فِيهِ الْقِصَاصُ
إِذَا فَعَلَ السَّبْعُ بِهِ فِعْلًا يَقْتُلُ مِثْلَهُ ، وَإِنْ فَعَلَ بِهِ فِعْلًا لَوْ فَعَلَهُ الْآدَمِيُّ لَمْ يَكُنْ عَمْدًا ، لَمْ يَجِبِ
الْقِصَاصُ بِهِ ؛ لِأَنَّ السَّبْعَ صَارَ آلَةً لِلْآدَمِيِّ ، فَكَانَ فِعْلُهُ كِفْعَلِهِ . وَإِنْ أَلْقَاهُ مَكْتَوْفًا بَيْنَ يَدَيِ
الْأَسَدِ ، أَوْ النَّمِرِ ، فِي فُضَاءٍ ، فَأَكَلَهُ ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ . وَكَذَلِكَ إِنْ جَمَعَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ حَيَّةٍ فِي
مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، فَتَهَشَّتْهُ فَقَتَلَتْهُ ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ فِي

٤/٩ ظ

(٣٣) فِي ب : « وَلَكِنْ » .

(٣٤) الزَّبِيَّةُ : حَفْرَةُ لِلْأَسَدِ .

الصورتين . وهو قول أصحاب الشافعي ؛ لأنَّ الأسدَ والحَيَّةَ يَهْرَبَانِ مِنَ الْآدَمِيِّ ، ولأنَّ هذا سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِيٍّ . ولنا ، أنَّ هذا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فكان عَمْدًا مُحَضًّا ، كسائر الصور . وقولهم : إنَّهما يَهْرَبَانِ غَيْرُ صَحِيحٌ ، فإنَّ الأسدَ يأخُذُ الْآدَمِيَّ الْمُطْلَقَ ، فكيف يَهْرُبُ من مكتوفٍ أَلْقَى إِلَيْهِ ^(٣٥) لِيَأْكُلَهُ ! والحَيَّةُ إِنَّمَا تَهْرُبُ فِي مَكَانٍ وَاسِعٍ ، أَمَّا إِذَا ضَاقَ الْمَكَانُ ، فَالغالبُ أَنَّهُا تَذْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا بِالنَّهْشِ ، على ما هو العادة . وقد ذكر القاضي في مَنْ أَلْقَى مَكْتُوفًا فِي أَرْضٍ مَسْبُوعَةٍ ، أَوْ ذَاتِ حَيَاتٍ ، فَقَتَلَتْهُ ، أَنَّ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ رَوَاتَيْنِ . وهذا تَنَاقُضٌ شَدِيدٌ ؛ فَإِنَّهُ نَفَى الضَّمَانَ بِالْكُلِّيَّةِ فِي صُورَةٍ كَانِ الْقَتْلُ فِيهَا أَغْلَبَ ، وَأَوْجَبَ الْقِصَاصُ فِي صُورَةٍ كَانَتْ فِيهَا أُنْذَرُ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ هَهُنَا ، وَيَجِبُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ بِهِ فِعْلًا مُتَعَمِّدًا تَلَفَ بِهِ . لَا يَقْتُلُ مِثْلُهُ غَالِبًا . وَإِنْ أَتَهَشَّهَ حَيَّةٌ أَوْ سَبْعًا فَقَتَلَتْهُ ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ إِذَا كَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَإِنْ كَانَ مِمَّا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، كَتُعْبَانِ الْحِجَارِ ، أَوْ سَبْعٍ صَغِيرٍ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، فِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّ الْجُرْحَ لَا يُعْتَبَرُ فِيهِ غَلْبَةُ حُصُولِ الْقَتْلِ / بِهِ ، وَهَذَا جُرْحٌ ، وَلِأَنَّ الْحَيَّةَ مِنْ جِنْسٍ مَا يَقْتُلُ غَالِبًا . وَالثَّانِي ، هُوَ ^(٣٦) شِبْهُ عَمْدٍ ^(٣٦) ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، أَشْبَهَ الضَّرْبَ بِالْعَصَا وَالْحَجَرِ . وَإِنْ كَتَفَهُ وَأَلْقَاهُ فِي أَرْضٍ غَيْرِ مَسْبُوعَةٍ ، فَأَكَلَهُ سَبْعٌ ، أَوْ تَهَشَّتْهُ حَيَّةٌ ، فَمَاتَ ^(٣٧) ، فَهُوَ شِبْهُ عَمْدٍ ^(٣٨) . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : هُوَ خَطَأٌ مُحَضٌّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ فَعَلَ بِهِ فِعْلًا لَا يَقْتُلُ مِثْلُهُ غَالِبًا عَمْدًا ، فَأَفْضَى إِلَى هَلَاكِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ ضَرَبَهُ بِعَصَا فَمَاتَ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَلْقَاهُ مُشْدُودًا فِي مَوْضِعٍ لَمْ يَغْهَدْ وَصُولَ زِيَادَةِ الْمَاءِ إِلَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ فِي مَوْضِعٍ يَعْلَمُ وَصُولَ زِيَادَةِ الْمَاءِ إِلَيْهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، فَمَاتَ بِهَا ، فَهُوَ عَمْدٌ مُحَضٌّ . وَإِنْ كَانَتْ غَيْرَ مَعْلُومَةٍ ، إِمَّا لِكُونِهَا تَحْتَمِلُ ^(٣٩) الْوُجُودَ ^(٤٠) وَعَدَمَهُ ، أَوْ لَا تُغْهَدُ أَصْلًا ،

٥٠/٩

(٣٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : هـ .

(٣٦-٣٧) فِي م : شِبْهُ الْعَمْدِ .

(٣٧) سَقَطَ مِنْ ب : .

(٣٨) فِي أ ، م : الْعَمْدُ .

(٣٩) فِي ب : تَحْمِلُ .

(٤٠) فِي أ ، م : الْوُجُوبُ ، تَحْرِيفٌ .

فهو شبهة عند . الضرب الرابع ، أن يحبسَه في مكان ، ويمنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت ، فعليه القود ؛ لأن هذا يقتل غالبا ، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال ، فإذا كان عطشان في شدة الحر ، مات في الزمن القليل ، وإن كان ريان والزمن بارداً أو معتدلاً ، لم يمُت إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه . وإن كان في مدة يموت^(٤١) في مثلها^(٤٢) غالبا ، ففيه القود . وإن كان لا يموت في مثلها غالبا^(٤٣) ، فهو عند الخطأ . وإن شككنا فيها ، لم يجب القود ؛ لأننا شككنا في السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه ، سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات .

النوع الخامس ، أن يسقيه سُمّا ، أو يطعمه شيئا قاتلاً ، فيموت به ، فهو عند موجب للقود ، إذا كان مثله يقتل غالبا . وإن خلطه بطعام ، وقدمه إليه ، فأكله أو أهدهُ إليه فأكله^(٤٤) ، أو خلطه بطعام رجل ، ولم يعلم^(٤٥) ذلك فأكله ، فعليه القود ؛ لأنه يقتل غالبا . وقال الشافعي ، في أحد قوليه : لا قود عليه ؛ لأنه أكله مختاراً ، فأشبه ما لو قدم إليه سيكينا ، فطعن بها نفسه ، ولأن أنس بن مالك روى ، أن يهودية أتت رسول الله ﷺ بشاة مسمومة ، فأكل منها النبي ﷺ ، ولم يقتلها النبي ﷺ^(٤٦) . قال^(٤٧) : وهل تجب الدية^(٤٨) ؟ فيه قولان . ولنا ، خبر اليهودية ، فإن أبا سلمة ، قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبي ﷺ فقتلت . أخرجه أبو داود^(٤٩) . ولأن هذا يقتل

(٤١-٤٢) في الأصل ، ب : « فيها » .

(٤٢) في م زيادة : « ففيه القود وإن كان لا يموت في مثلها غالبا » . تكرار .

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) أخرجه البخاري ، في : باب قبول الهدية من المشركين ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢١٤/٣ . وأبو

داود ، في : باب في من سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أبقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٨/٣ .

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في م : « القود » .

(٤٧) في : باب في من سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أبقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٢/٢ ،

٤٨٣ .

غالبًا ، وَيَتَّخِذُ طَرِيقًا إِلَى الْقَتْلِ كَثِيرًا ، فَأَوْجَبَ الْقِصَاصَ ، كَمَا لَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى شُرْبِهِ .
فَأَمَّا حَدِيثُ أَنَسٍ ، فَلَمْ يَذْكُرْ فِيهِ أَنَّ أَحَدًا مَاتَ مِنْهُ . وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنْ يُقْتَلَ بِهِ ،
وَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ النَّبِيُّ ﷺ ^(٤٨) لَمْ يَقْتُلْهَا قَبْلَ أَنْ يَمُوتَ بَشَرُ بْنُ الْبَرَاءِ ، فَلَمَّا مَاتَ ، أُرْسِلَ
إِلَيْهَا النَّبِيُّ ﷺ ^(٤٩) ، فَسَأَلَهَا ، فَاعْتَرَفَتْ ، فَقَتَلَهَا ، فَتَقَلَّ أَنْسُ صَدْرُ الْقِصَّةِ دُونَ
آخِرِهَا . وَيَتَعَيَّنُ حَمْلُهُ عَلَيْهِ ، جَمْعًا بَيْنَ الْخَبَرَيْنِ . وَيَجُوزُ أَنْ يَتْرَكَ قَتْلَهَا ؛ لَكَوْنِهَا مَا
قَصَدَتْ بَشَرُ بْنُ الْبَرَاءِ ، إِنَّمَا قَصَدَتْ قَتْلَ النَّبِيِّ ﷺ ، فَاخْتَلَّ الْعَمْدُ بِالنَّسْبَةِ إِلَى بَشَرٍ ،
وَفَارَقَ تَقْدِيمَ السَّكِينِ ؛ لِأَنَّهَا لَا تُقَدَّمُ إِلَى الْإِنْسَانِ ^(٥٠) ، لَيَقْتُلَ بِهَا نَفْسَهُ ، إِنَّمَا تُقَدَّمُ إِلَيْهِ
لِيَتَنَفَّعَ بِهَا ، وَهُوَ عَالِمٌ بِمَضَرَّتِهَا وَنَفْعِهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قُدِّمَ إِلَيْهِ السُّمُّ وَهُوَ عَالِمٌ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ
خَلَطَ السُّمُّ بِطَعَامِ نَفْسِهِ ، وَتَرَكَهُ فِي مَنْزِلِهِ ، فَدَخَلَ إِنْسَانٌ فَأَكَلَهُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ ضَمَانٌ
بِقِصَاصٍ وَلَا دِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْتُلْهُ ، وَإِنَّمَا الدَّاخِلُ قَتَلَ نَفْسَهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَفَرَ فِي دَارِهِ
بَشَرًا ، فَدَخَلَ رَجُلٌ ، فَوَقَعَ فِيهَا ، وَسَوَاءٌ قَصَدَ بِذَلِكَ قَتْلَ الْآكِلِ ، مِثْلَ أَنْ يَعْلَمَ أَنَّ ^(٥١)
ظَالِمًا يُرِيدُ هُجُومَ دَارِهِ ، فَتَرَكَ السُّمَّ فِي الطَّعَامِ لَيَقْتُلَهُ ، فَهُوَ كَمَا لَوْ حَفَرَ بَشَرًا ^(٥٢) فِي دَارِهِ لَيَقَعَ
فِيهَا اللَّصُّ إِذَا دَخَلَ لَيَسْرِقَ مِنْهَا ، وَلَوْ دَخَلَ رَجُلٌ بِإِذْنِهِ ، فَأَكَلَ الطَّعَامَ الْمَسْمُومَ بِغَيْرِ
إِذْنِهِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ لَذَلِكَ . وَإِنْ خَلَطَهُ بِطَعَامِ رَجُلٍ ، أَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ طَعَامًا مَسْمُومًا ، وَأَخْبَرَهُ
بِسُومِهِ فَأَكَلَهُ ، لَمْ يَضْمَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَكَلَهُ عَالِمًا بِحَالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَدَّمَ إِلَيْهِ سِكِّينًا ، فَوَجَّأَ بِهَا
نَفْسَهُ . وَإِنْ سَقَى إِنْسَانًا سُمًّا ، أَوْ خَلَطَهُ بِطَعَامِهِ ^(٥٣) ، فَأَكَلَهُ وَلَمْ يَعْلَمْ بِهِ ، وَكَانَ مِمَّا لَا يَقْتُلُ
مِثْلَهُ غَالِبًا ، فَهُوَ شَبْهُ عَمْدٍ . فَإِنْ اخْتَلَفَ فِيهِ هَلْ يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا أَوْ لَا ؟ وَثُمَّ بَيَّنَّ تَشْهَدُ ، عَمِلَ
بِهَا . وَإِنْ قَالَتِ الْبَيِّنَةُ : هُوَ يَقْتُلُ النَّصَوَ الضَّعِيفَ دُونَ الْقَوِيِّ . أَوْ غَيْرَ هَذَا ، عَمِلَ ^(٥٤)

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٩) في م : « إنسان » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ب .

(٥٢) في ب : « بطعام » .

(٥٣) في م : « عملت » .

على حَسْبِ ذلك . وإن لم يَكُنْ مع أَحَدِهِمَا بَيِّنَةٌ ، فالقول قول السَّاقِي ؛ لأنَّ الأصلَ عدمُ وجوبِ القصاصِ ، فلا يَثْبُتُ بالشكِّ ، ولأنَّه أَعْلَمُ بِصِفَةِ مَا سَقَى . وإن ثَبِتَ أَنَّهُ قَاتِلٌ ، فقال : لم أَعْلَمُ أَنَّهُ قَاتِلٌ . ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما : عليه القَوْدُ ؛ لأنَّ السُّمَّ من جنسِ ما يَقْتُلُ^(٥٤) غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو جَرَحَهُ ، وقال : لم أَعْلَمُ أَنَّهُ يَمُوتُ منه . والثاني : / لا قَوْدَ عليه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَخْفَى عليه أَنَّهُ قَاتِلٌ . وهذه^(٥٥) شُبْهَةٌ يَسْقُطُ بها القَوْدُ .

النوع السادس ، أن يَقْتُلَهُ بِسِحْرِ يَقْتُلُ غالبًا ، فَيَلْزِمُهُ القَوْدُ ؛ لأنَّه قَتَلَهُ بما يَقْتُلُ غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَهُ بِسِكِّينٍ . وإن كان ممَّا لا يَقْتُلُ غالبًا ، أو كان^(٥٦) ممَّا يَقْتُلُ ولا يَقْتُلُ ، ففيه الدِّيَةُ دُونَ القصاصِ ؛ لأنَّه عَمْدُ الْخَطِإِ ، فأشْبَهَ ضَرْبَ الْعَصَا .

النوع السابع ، أن يَتَسَبَّبَ إِلَى قَتْلِهِ بما يَقْتُلُ غالبًا ، وذلك أربعة أَضْرِبٍ ؛ أحدها ، أن يُكْرِهَ رَجُلًا عَلَى قَتْلِ آخَرَ ، فيَقْتُلَهُ ، فيَجِبُ القصاصُ على الْمُكْرِهِ والمُكْرَهِ جميعًا . وهذا قال مالكٌ . وقال أبو حنيفةً ، ومحمدٌ : يَجِبُ القصاصُ على الْمُكْرِهِ دُونَ المُبَاشِرِ ؛ لقوله عليه الصلاة والسلامُ : « عَفَى لَأُمْتِي عَنِ الْخَطِإِ وَالنَّسِيَانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ »^(٥٧) .

ولأنَّ الْمُكْرَهَ آتَى لِلْمُكْرِهِ ، بدليل وجوبِ القصاصِ على الْمُكْرِهِ ، ونَقِلَ فِعْلُهُ إِلَيْهِ ، فلم يَجِبْ على الْمُكْرِهِ ، كما لو رَمَى بِهِ عليه فَقَتَلَهُ . وقال زُفَرٌ : يَجِبُ على المُبَاشِرِ دُونَ الْمُكْرِهِ ؛ لأنَّ المُبَاشِرَ تَقَطَّعَ حُكْمُ السَّبَبِ^(٥٨) ، كالحافِرِ مع الدَّافِعِ ، والآمِرِ مع القاتِلِ . وقال الشافعيُّ : يَجِبُ على الْمُكْرِهِ ، وفي الْمُكْرَهِ قَوْلَانِ . وقال أبو يوسفَ : لا يَجِبُ على واحدٍ منهما ؛ لأنَّ الْمُكْرَهَ لم يُبَاشِرِ الْقَتْلَ ، فهو كحافِرِ البئرِ ، والمُكْرَهَ مُلْجَأٌ ، فأشْبَهَ الْمَرْمِيَّ بِهِ على إنسانٍ . ولنا ، على وجوبِهِ على الْمُكْرِهِ ، أَنَّهُ تَسَبَّبَ إِلَى قَتْلِهِ بما يُفْضِي إِلَيْهِ غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو أَلْسَعَهُ^(٥٩) حَيَّةً ، أو أَلْقَاهُ على أَسَدٍ فِي زُبْيَةٍ . ولنا ، على

(٥٤) في م زيادة : « به » .

(٥٥) في الأصل ، ب : « وهذا » .

(٥٦) في ب : « وكان » .

(٥٧) تقدم تخريجه ، في : ١٤٦/١ .

(٥٨) في الأصل ، ب : « النسب » .

(٥٩) في م : « ألسعته » .

وَجُوبِهِ عَلَى الْمُكْرِهِ ، أَنَّهُ قَتَلَهُ عَمْدًا ظَلَمًا لاسْتِيقَاءِ نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ فِي الْمَخْصَصَةِ لَيَأْكُلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمُكْرَةَ مُلْجَأٌ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الْإِمْتِنَاعِ ، وَلِذَلِكَ أُثِمَ بِقَتْلِهِ ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا قَتَلَهُ عِنْدَ الْإِكْرَاهِ ظَنًّا مِنْهُ ^(٦٠) ، أَنْ فِي قَتْلِهِ نَجَاةٌ لِنَفْسِهِ ، وَخَلَاصَةٌ مِنْ شَرِّ الْمُكْرِهِ ، فَأَشْبَهَ الْقَاتِلَ فِي الْمَخْصَصَةِ لَيَأْكُلَهُ . وَإِنْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِمَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَعَمَدٌ : لَا دِيَّةَ عَلَى الْمُكْرِهِ ؛ بِنَاءً مِنْهُمَا عَلَى أَنَّهُ آلَةٌ . وَقَدْ بَيَّنَّا فُسَادَهُ ، وَإِنَّمَا هُمَا شَرِيكَا ، يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَوَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَيْهِمَا ، كَالشَّرِيكَيْنِ بِالْفِعْلِ ، وَكَأَيُّهَا الْجَزَاءُ عَلَى الدَّالِّ عَلَى الصَّيْدِ فِي الْإِكْرَامِ وَالْمُبَاشِيرِ ^(٦١) ، وَالرَّذَاءِ وَالْمُبَاشِيرِ ^(٦٢) فِي الْمُحَارَبَةِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَحَبَّ الْوَلِيُّ قَتْلَ أَحَدِهِمَا ، وَأَخَذَ نَصِيفَ الدِّيَةِ مِنَ الْآخَرِ ، أَوْ / الْعَفْوَ عَنْهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ .

الضَّرْبُ الثَّانِي ، إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ بِمَا يُوجِبُ قَتْلَهُ ، فَقُتِلَ بِشَهَادَتَيْهِمَا ، ثُمَّ رَجَعَا ، وَاعْتَرَفَا بِتَعَمُّدِ الْقَتْلِ ظَلَمًا ، وَكَذَبِيهِمَا فِي شَهَادَتَيْهِمَا ، فَعَلِيهِمَا الْقِصَاصُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ تَسَبُّبٌ غَيْرُ مُلْجِئٍ ، فَلَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، كَحَفْرِ الْبَيْرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ عَيْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ، عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ ، فَقَطَعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ ^(٦٣) شَهَادَتَيْهِمَا ، فَقَالَ عَلِيٌّ : لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا ، لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُمَا . وَغَرَمَهُمَا دِيَّةٌ يَدُهُ ^(٦٤) . وَلَئِنْهُمَا تَوَصَّلَا إِلَى قَتْلِهِ بِسَبَبٍ يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ ، كَالْمُكْرِهِ . الضَّرْبُ الثَّالِثُ ، الْحَاكِمُ إِذَا حَكَمَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ ، عَالِمًا بِذَلِكَ مُتَعَمِّدًا

٦/٩ ظ

(٦٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٦١) في ب : والمباشرة .

(٦٢) في ب : والمباشرة . وفي م : كال مباشر .

(٦٣) في م : على .

(٦٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا أصاب قوم من رجل ... ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ١٠/٩ . والدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٨٢/٣ . والبيهقي ، في : باب الاثنين أو أكثر يقتلمان بدرجل معا ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٤١/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجلان يشهدان على رجل بالحد ، من كتاب الديات . المصنف ٤٠٨/٩ ، ٤٠٩ . كلهم عن الشعبي .

فَقَتَلَهُ ، وَاعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الشَّاهِدَيْنِ ، وَلَوْ أَنَّ
الْوَلِيَّ الَّذِي بَاشَرَ قَتْلَهُ أَقَرَّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِ الشُّهُودِ ، وَتَعَمَّدَ قَتْلَهُ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ . لَا
أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، فَإِنْ أَقَرَّ^(٦٥) الشَّاهِدَانِ وَالْحَاكِمُ وَالْوَلِيُّ جَمِيعًا بِذَلِكَ ، فَعَلَى الْوَلِيِّ
الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ بَاشَرَ الْقَتْلَ عَمْدًا وَعَدْوَانًا^(٦٦) ، وَيَتَبَعَى أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى غَيْرِهِ شَيْءٌ ؛
لَأَنَّهُمْ مُتَسَبِّبُونَ ، وَالْمُبَاشَرَةُ تَبْطُلُ حُكْمَ السَّبَبِ^(٦٧) ، كَالدَّافِعِ مَعَ الْحَافِرِ . وَيَفَارِقُ هَذَا مَا
إِذَا لَمْ يُقَرَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ فِي حَقِّهِ ظُلْمًا ، فَكَانَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ،
وَيَكُونُ الْقِصَاصُ عَلَى الشَّاهِدَيْنِ وَالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ مُتَسَبِّبُونَ . وَإِنْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى
الدِّيَةِ ، فَهِيَ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِالْحَاكِمِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ تَسْبِيَهُ أَخْصَصُ
مِنْ تَسْبِيهِهِمْ ؛ فَإِنَّ حُكْمَهُ وَاسِطَةٌ بَيْنَ شَهَادَتِهِمْ وَقَتْلِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُبَاشَرَ مَعَ الْمُتَسَبِّبِ .
وَلَوْ كَانَ الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ بِالتَّعَمُّدِ لَمْ يَبَاشِرِ الْقَتْلَ ، وَإِنَّمَا وَكَّلَ فِيهِ ، نَظَرْتُ فِي الْوَكِيلِ ؛ فَإِنْ
أَقَرَّ بِالْعِلْمِ ، وَتَعَمَّدَ الْقَتْلَ ظُلْمًا ، فَهُوَ الْقَاتِلُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ لِلْقَتْلِ عَمْدًا ظُلْمًا مِنْ
غَيْرِ إِكْرَاهٍ ، فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ بِالْقَتْلِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرِفْ
بِذَلِكَ ، فَالْحُكْمُ مُتَعَلِّقٌ بِالْوَلِيِّ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٤١٧ - مسألة ؛ قال : (فِيهِ الْقَوْدُ إِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَوْلِيَاءُ ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ
حُرًّا مُسْلِمًا)

٧/٩ و / أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْقَوْدَ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْعَمْدِ ، وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي وَجُوبِهِ بِالْقَتْلِ
الْعَمْدِ إِذَا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُهُ خِلَافًا ، وَقَدْ ذَكَرْتُ عَلَيْهِ الْآيَاتُ وَالْأَحْبَارُ بِعُمُومِهَا ، فَقَالَ اللَّهُ
تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(١) . وَقَالَ

(٦٥) في ب ، م ، د : أمر .

(٦٦) في م : وعدوانا .

(٦٧) في م : المسبب .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ ^(٢) . وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ ^(٣) . يُرِيدُ - والله أعلم - أَنَّ وَجُوبَ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ مَنْ يُرِيدُ الْقَتْلَ مِنْهُ ، شَفَقَةً ^(٤) عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْقَتْلِ ، فَتَبْقَى الْحَيَاةُ فِي مَنْ أُرِيدَ قَتْلُهُ . وقيل : إِنَّ الْقَاتِلَ تَنَعَّدُ الْعَدَاوَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَبِيلَةِ الْمَقْتُولِ ، فَيُرِيدُ قَتْلَهُمْ خَوْفًا مِنْهُمْ . وَيُرِيدُونَ قَتْلَهُ وَقَتْلَ قَبِيلَتِهِ اسْتِيفَاءً ، فَفِي الْاِقْتِصَاصِ ^(٥) مِنْهُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ قَطْعٌ لِسَبَبِ الْهَلَاكِ بَيْنَ الْقَبِيلَتَيْنِ . وقال الله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٦) . الآية . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ يُقْتَلَ ، وَإِمَّا أَنْ يُقْدَى » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٧) . وَرَوَى أَبُو شَرِيحٍ الْحُزَاعِيُّ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « مَنْ أُصِيبَ بَدَنٌ ، أَوْ حَبْلٌ ^(٨) ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ إِحْدَى ثَلَاثٍ ؛ فَإِنْ أَرَادَ الرَّابِعَةُ فَخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ ؛ أَنْ يَقْتَلَ ، أَوْ يَعْفُو ، أَوْ يَأْخُذَ الدِّيَّةَ » . رواه أَبُو دَاوُدَ ^(٩) . وَفِي لَفْظٍ : « فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَاتِلِي قَتِيلٍ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ أَنْ يَأْخُذُوا الدِّيَّةَ ، أَوْ يَقْتُلُوا » ^(١٠) . وقال عليه السلام : « الْعَمْدُ قَوْدٌ ، إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ » ^(١١) . وَفِي لَفْظٍ : « مَنْ قَتَلَ

(٢) سورة البقرة ١٧٨ ..

(٣) سورة البقرة ١٧٩ ..

(٤) في الأصل ، ب : « شفقة » .

(٥) في الأصل : « الإقتصاص » .

(٦) سورة المائدة ٤٥ ..

(٧) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ ..

(٨) الحبل : الجرح ..

(٩) في : باب الإمام يأمر بالعفو في الدم ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٧٨/٢ ..

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل له قتيلا فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه

٨٧٦/٢ . والدارمي ، في : باب الدية في قتل العمد ، من كتاب الدييات . سنن الدارمي ١٨٨/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ٣١/٤ ..

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب ولي العمد يرضى بالدية ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٠/٢ ..

(١١) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٩٤/٣ . وابن أبي شبة ، في : باب

من قال : العمد قود ، من كتاب الدييات . المصنف ٣٦٥/٩ ..

عَامِدًا^(١٢) ، فَهُوَ قَوْدٌ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(١٣) . وَفِي لَفْظِ رَوَاهُ ابْنُ مَاجَهَ^(١٤) : « مَنْ قَتَلَ عَامِدًا^(١٥) ، فَهُوَ قَوْدٌ ، وَمَنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ أَجْمَعِينَ ، لَا يَقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ » . وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ : إِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَوْلِيَاءُ . يَعْنِي إِذَا كَانَ لِلْمَقْتُولِ أَوْلِيَاءُ يَسْتَحِقُّونَ الْقِصَاصَ ، فَمِنْ شَرَطِ وَجُوبِهِ اجْتِمَاعُهُمْ عَلَى طَلَبِهِ ، وَلَوْ عَفَا وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، سَقَطَ كُلُّهُ ، وَإِنْ كَانَ^(١٦) بَعْضُهُمْ غَائِبًا ، أَوْ غَيْرُ مُكَلِّفٍ ، لَمْ يَكُنْ لَشُرَكَائِهِ^(١٧) الْقِصَاصُ حَتَّى يَقْدَمَ الْغَائِبُ ، وَيَخْتَارَ الْقِصَاصَ ، أَوْ يُوَكَّلَ ، وَيَبْلَغَ الصَّبِيَّ وَيُفِيقَ الْمَجْنُونُ وَيَخْتَارَاهُ . وَقَوْلُهُ^(١٨) : إِذَا كَانَ الْمَقْتُولُ حُرًّا مُسْلِمًا . يَعْنِي مَكَافَأًا لِلْقَاتِلِ ، / فَإِذَا كَانَ الْقَاتِلُ حُرًّا مُسْلِمًا . اشْتَرَطَ كَوْنُ الْمَقْتُولِ حُرًّا مُسْلِمًا لِتَحَقُّقِ^(١٩) الْمَكَافَأَةِ بَيْنَهُمَا ، فَإِنْ^(٢٠) الْكَافِرُ لَا يُكَافَى الْمُسْلِمَ ، وَالْعَبْدُ لَا يُكَافَى الْحُرَّ .

فصل : وَأَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْحُرَّ الْمُسْلِمَ يُقَادُّ بِهِ قَاتِلُهُ ، وَإِنْ كَانَ مُجَدَّعَ الْأَطْرَافِ ، مَعْدُومَ الْحَوَاسِّ ، وَالْقَاتِلُ صَحِيحُ سَوِيِّ الْحَلْقِ ، أَوْ كَانَ بِالْعَكْسِ . وَكَذَلِكَ إِنْ^(٢١) تَفَاوَتَا فِي الْعِلْمِ وَالشَّرَفِ ، وَالْغِنَى وَالْفَقْرِ ، وَالصَّحَّةِ وَالْمَرَضِ ، وَالْقُوَّةِ وَالضَّعْفِ ، وَالْكِبَرِ وَالصَّغَرِ ، وَالسُّلْطَانِ وَالسُّوْقَةِ ، وَنَحْوِ هَذَا مِنَ الصِّفَاتِ ، لَمْ يَمْنَعْ الْقِصَاصَ ، بِالِاتِّفَاقِ ، وَقَدْ دَلَّتْ عَلَيْهِ الْعُمُومَةُ الَّتِي تَلَوْنَاهَا ، وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ :

(١٢) فِي مَصَادِرِ التَّخْرِيجِ : « عَمِدًا » .

(١٣) فِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ فِي عِمِّيَاءَ بَيْنَ قَوْمٍ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٤٩٠/٢ .

كَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ بِحَجَرٍ أَوْ سَوْطٍ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٣٥/٨ ، وَهُوَ ابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ مَنْ حَالَ بَيْنَ وَلِيِّ الْمَقْتُولِ وَالْقَوْدِ أَوْ الدِّيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٨٨٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٦٣/١ .

(١٤) فِي الْبَابِ السَّابِقِ ، كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي الْبَابِ السَّابِقِ أَيْضًا .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٧) فِي ب : « لَشْرِيكِهِ » .

(١٨) فِي م : « وَقَوْلُهُمْ » .

(١٩) فِي م : « لِتَحَقُّقِهِ » .

(٢٠) فِي م زِيَادَةً : « كَانَ » .

(٢١) فِي ب : « إِذَا » .

« الْمُؤْمِنُونَ تَكَافَأُوا^(٢٢) دِمَاؤُهُمْ »^(٢٣) . ولأنَّ اغْتِبَارَ التَّسَاوِي فِي الصِّفَاتِ وَالْفَضَائِلِ ، يُفْضِي إِلَى اسْتِقْطِاقِ الْقِصَاصِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَفَوَاتِ حِكْمَةِ الرُّذْعِ وَالزُّجْرِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَسْقُطَ اغْتِبَاؤُهُ ، كَالطُّوْلِ وَالْقَصْرِ ، وَالسَّوَادِ وَالْبَيَاضِ .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ كَوْنُ الْقَتْلِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، بَلْ مَتَى قُتِلَ فِي دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا عَامِدًا عَالِمًا بِإِسْلَامِهِ ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ ، سَوَاءً كَانَ قَدْ هَاجَرَ أَوْ لَمْ يَهَاجِرْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِالْقَتْلِ فِي غَيْرِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنِ الْمَقْتُولُ هَاجِرًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِقِصَاصٍ وَلَا دِيَّةٍ ، عَمْدًا قَتَلَهُ أَوْ خَطَأً ، وَإِنْ كَانَ قَدْ هَاجَرَ ، ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، كَرَجُلَيْنِ مُسْلِمَيْنِ دَخَلَا دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، ضَمِنَهُ بِالْذِّيَّةِ ، وَلَمْ يَجِبِ الْقَوْدُ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً كَقَوْلِهِ . وَلَوْ قَتَلَ رَجُلًا سَيِّئًا مُسْلِمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا بِالْذِّيَّةِ ، عَمْدًا قَتَلَهُ أَوْ خَطَأً . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ ، وَلأنَّ قَتْلَ مَنْ يُكَافِئُهُ عَمْدًا ظُلْمًا ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَلأنَّ كُلَّ دَارٍ يَجِبُ فِيهَا الْقِصَاصُ إِذَا كَانَ فِيهَا إِمَامٌ ، يَجِبُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِمَامٌ ، كَدَارِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وَقَتْلُ الْغِيلَةِ وَغَيْرِهِ سَوَاءً فِي الْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ ، وَذَلِكَ لِلرُّوْلِ دُونَ السُّلْطَانِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنْ يُقْتَلَ بِهِ ، وَلَيْسَ لِلرُّوْلِ الدِّمُ أَنْ يَعْفُو عَنْهُ ، وَذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ . / وَالْغِيلَةُ عِنْدَهُ ، أَنْ يُخَذَّعَ الْإِنْسَانُ ، فَيُدْخَلَ بَيْتًا أَوْ نَحْوَهُ ، فَيُقْتَلَ أَوْ يُؤْخَذَ مَالُهُ . وَلَعَلَّهُ يَخْتَجُّ بِقَوْلِ عَمَرَ ، فِي

٨/٩

(٢٢) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « تَكَافَأُوا » .

(٢٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَرَمِ الْمَدِينَةِ ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الْمَدِينَةِ ، وَفِي : بَابِ ذِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْجَزْيَةِ ، وَفِي : بَابِ إِثْمٍ مِنْ تَبَرُّأَنِ مَوَالِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ ، وَفِي : بَابِ مَا يَكْرَهُ مِنَ التَّعَمُّقِ وَالتَّنَازُعِ فِي الْعِلْمِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْاِحْتِصَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٦/٣ ، ١٢٢/٤ ، ١٩٢/٨ ، ١٢٠/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فَضْلِ الْمَدِينَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٩٩٩/٢ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الْمَدِينَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ ، وَفِي : بَابِ أَهْقَادِ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢٦٩/١ ، ٤٨٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَوْدِ بَيْنَ الْأَحْرَارِ وَالْمَمَالِكِ فِي النَّفْسِ ، وَبَابِ سَقُوطِ الْقَوْدِ مِنَ الْمُسْلِمِ لِلْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ١٨/٨ ، ٢١ ، ٢٢ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْمُسْلِمُونَ تَكَافَأُوا دِمَاؤُهُمْ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَهَ ٨٩٥/٢ . وَإِلْمَامُ أَحْمَدَ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١١٩/١ ، ١٢٢ ، ١٢٦ ، ١٥١ ، ١٨٠/٢ ، ١٩٢ ، ٢١١ ، ٢١٥ ، ٣٩٨ .

الذى قُتِلَ غِيلَةً : لو ثَمَالاً عَلَيْهِ^(٢٤) أَهْلُ صَنْعَاءَ لَأَقْدَتْهُمْ^(٢٥) . به^(٢٦) وَبِقِيَاسِهِ عَلَى الْمُحَارِبِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا ﴾^(٢٧) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ »^(٢٨) . وَلأنَّهُ قَتِيلٌ فِي غَيْرِ الْمُحَارِبَةِ ، فَكَانَ امْرَأَتُهُ إِلَى وَلِيِّهِ ، كَسَائِرِ الْقَتْلَى ، وَقَوْلُ عُمَرَ : لَأَقْدَتْهُمْ بِهِ^(٢٩) . أَيْ أَمَكَنْتُ الْوَلِيَّ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْقَوْدِ مِنْهُمْ .

فصل : وَإِذَا قَتَلَ رَجُلًا ، وَادَّعَى أَنَّهُ وَجَدَهُ مَعَ امْرَأَتِهِ ، أَوْ أَنَّهُ قَتَلَهُ دَفْعًا عَنْ نَفْسِهِ ، أَوْ أَنَّهُ دَخَلَ مَنْزِلَهُ يَكَابِرُهُ عَلَى مَالِهِ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى دَفْعِهِ إِلَّا بِقَتْلِهِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ، وَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ . رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .^(٣٠) وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ، وَسَوَاءٌ وَجَدَ فِي دَارِ الْقَاتِلِ ، أَوْ فِي غَيْرِهَا ، أَوْ وَجَدَ مَعَهُ سِلَاحٌ ، أَوْ لَمْ يُوْجَدْ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ^(٣١) ، أَنَّهُ سُئِلَ عَمَّنْ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ ، فَقَالَ : إِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، فَلْيُعْطَ بِرُمَّتِهِ^(٣٢) . وَلأنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا يَدَّعِيهِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِمَجَرَّدِ الدَّعْوَى . وَإِنْ اعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِذَلِكَ ، فَلَا قِصَاصَ

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عَلَيْهَا » .

(٢٥) فِي م : « لَا قَدْهُمْ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « بِهَا » .

وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا أَصَابَ قَوْمٌ مِنْ رَجُلٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيِّنَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠/٩ ، وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْغِيلَةِ وَالسَّحَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمَوْطَأُ ٨٧١/٢ . وَالدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْحُدُودِ وَالْبَيِّنَاتِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٢٠٢/٣ ، وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ النَّفَرِ يَقْتُلُونَ الرَّجُلَ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمَصْنَفُ ٤٧٦/٩ . وَانْظُرْ : نَصَبُ الرَّايَةِ ٣٥٣/٤ .

(٢٧) فِي ب بَعْدَهُ : ﴿ فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ .

(٢٨) انْظُرْ مَا تَقْدِمُ فِي صَفْحَةِ ٤٤٨ ، ٤٥٨ .

(٢٩) ٢٩ - ٢٩ سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٣٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ الرَّجُلَ فَيَقْتُلُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ وَالْحُدُودِ فِيهَا . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٣٧/٨ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلًا ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمَصْنَفُ ٤٣٣/٩ ، ٤٣٤ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَيَقْتُلُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيِّنَاتِ . الْمَصْنَفُ ٤٠٣/٩ . وَأُعْطِيَ بِرُمَّتِهِ : أَيْ بِجَمَلَتِهِ .

عليه ولا دية ؛ لما روى عن عمر ، رضى الله عنه ، أنه كان يوماً يتعدى ، إذ جاءه 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 ، إنني ضربت فخذى امرأتى ، فإن كان بينهما أحد فقد قتلته . فقال عمر : ما يقول ؟ قالوا : يا أمير المؤمنين ، إنني ضربت بالسيف ، فوقع في وسط^(٣١) الرجل و^(٣٢) الفخذى المرأة . فأخذ عمر سيفه فهزّه ، ثم دفعه إليه ، وقال : إن عادوا فعُد . رواه سعيد في « سننه »^(٣٣) . وروى عن الزبير ، أنه كان يوماً قد تحلف^(٣٤) عن الجيش ، ومعه جارية له ، فأتاه رجلان فقالا : أعطنا شيئاً . فالتقى إليهما طعماً كان معه ، فقالا : خلّ عن الجارية . فضربهما بسيفه ، ففقطعهما بضربة واحدة^(٣٥) . ولأن الخصم اعترف بما يبئح / قتلّه ، فسقط حقه ، كما لو أقر بقتله قصاصاً ، أو في حدّ يوجب قتلّه . وإن ثبت ذلك بيّنة ، فكذلك .

٨/٩

١٤١٨ - مسألة ؛ قال : (وشبه العمد ما ضرب به خشبة صغيرة ، أو حجر صغير ، أو لكره ، أو فعل به فعلاً ، الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله ، فلا قود في هذا ، والدية على العاقلة)

شبه العمد أحد أقسام القتل ، وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً ؛ إما لقصد العدوان عليه ، أو لقصد التأديب له ، فيسرف فيه ، كالضرب بالسوط ، والعصا ، والحجر الصغير ، والوكز باليد^(١) ، وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل ، فهو شبه عمد ؛ لأنه قصد الضرب دون القتل ، ويسمى عمد الخطأ وخطأ العمد ؛ لاجتماع العمد

(٣١-٣١) سقط من : ب ، م .

(٣٢) لم نجده فيما بين أيدينا من سنن سعيد . وانظر : إرواء الغليل ٢٧٤/٧ .

(٣٣) في ب : « خلف » .

(٣٤) انظر : الأخبار الموقيات ٣٨٢ .

(١) في ب ، م : « واليد » .

والخَطَأُ فيه ، فَإِنَّهُ عَمَدُ الْفِعْلِ ، وَأَخْطَأُ فِي الْقَتْلِ ، فَهَذَا لَا قَوْدَ فِيهِ . وَالذِّئَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَجَعَلَهُ الْمَلِكُ عَمْدًا مُوجِبًا لِلْقَصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢) لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِلَّا الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ ، فَمَنْ زَادَ قِسْمًا ثَالِثًا ، زَادَ عَلَى النَّصِّ ، وَلِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِفِعْلِ عَمَدِهِ ، فَكَانَ عَمْدًا ، كَمَا لَوْ غَزَرَهُ بِإِبْرَةٍ فَقَتَلَهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ مِنْ أَصْحَابِنَا : تَجِبُ الذِّئَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ شُبْرُمَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ فِعْلِ عَمْدٍ ، فَكَانَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُذَيْلٍ ، فَرَمَتْ أَحَدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ ، فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا ، فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ ، وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . فَأَوْجَبَ دِيَّتَهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ عَمْدًا ، وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَلَا ^(٤) إِنَّ فِي قَتْلِ خَطَأِ الْعَمْدِ ، قِتِيلٌ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ ، مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ » ^(٥) . وَفِي لَفْظٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « عَقْلُ شِبْهِ الْعَمْدِ مُعْلَظٌ ، مِثْلُ عَقْلِ الْعَمْدِ ، وَلَا يُقْتَلُ صَاحِبُهُ » . رواه أَبُو دَاوُدَ ^(٦) . وَهَذَا نَصٌّ ، وَقَوْلُهُ هَذَا قِسْمٌ ثَالِثٌ . قُلْنَا : نَعَمْ ، هَذَا ثَبَتَ بِالسُّنَنِ ، وَالْقِسْمَانِ الْأَوَّلَانِ ثَبَتَا بِالْكِتَابِ ، وَلِأَنَّهُ قَتْلٌ لَا يُوجِبُ الْقَوْدَ ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، كَقَتْلِ الْخَطَأِ .

١٤١٩ - مسألة ؛ قال : (وَالْخَطَأُ عَلَى ضَرَّتَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا أَنْ يَرْمِيَ الصَّيْدَ ، أَوْ

(٢) فِي م : « وَلِأَنَّهُ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْكِهَانَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّبِّ ، وَفِي : بَابِ جَنِينِ الْمَرْأَةِ ، وَبَابِ جَنِينِ الْمَرْأَةِ وَأَنَّ الْعَقْلَ عَلَى الْوَالِدِ وَعَصَبَةِ الْوَالِدِ لَا عَلَى الْوَلَدِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٧٥/٧ ، ١٤/٩ ، ١٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٠٩/٣ ، ١٣١٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٩٨/٢ ، ٤٩٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ دِيَةِ جَنِينِ الْمَرْأَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٤٢/٨ ، ٤٣ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٨٨٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْخَطَأِ عَلَى مَنْ هِيَ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ١٩٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٧٤/٢ ، ٥٣٥ .

(٤) فِي م : « لَا » .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٤٧ .

(٦) فِي : بَابِ دِيَاتِ الْأَعْضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٩٦/٢ .

يَفْعَلُ مَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُهُ ، فَيَتَوَلَّى إِلَى إِثْلَافٍ خُرٍّ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فَتَكُونُ / الدِّيَّةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَعَلَيْهِ عِنَقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ (

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْخَطَا أَوْ الْخَطَا أَنْ يَفْعَلَ فِعْلًا لَا يُرِيدُ بِهِ إِصَابَةَ الْمَقْتُولِ ، فَيُصِيبُهُ وَيَقْتُلُهُ ، مِثْلُ أَنْ يَرْمِيَ صَيْدًا أَوْ هَدَفًا ، فَيُصِيبُ إِنْسَانًا فَيَقْتُلُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَا ، أَنَّ يَرْمِيَ الرَّامِيَ شَيْئًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ ، لَا أَعْلَمُهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِيهِ . هَذَا قَوْلُ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَقَتَادَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَابْنِ شَبْرَمَةَ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَهَذَا الضَّرْبُ مِنَ الْخَطَا تَحِبُّ بِهِ الدِّيَّةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، بِغَيْرِ إِثْلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالْأَصْلُ فِي وَجُوبِ الدِّيَّةِ وَالْكَفَّارَةِ ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَاً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ ^(١) . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَقْتُولُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لِهَذَا عَهْدٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسْلَمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢) . وَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ بِهِ الدِّيَّةَ ، وَلَمْ يَذْكُرْ قِصَاصًا ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَا ، وَالنَّسِيَانُ ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ » ^(٣) . وَلَئِنْ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصُ فِي عَمْدِ الْخَطَا ، فَفِي الْخَطَا أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ قَصَدَ فِعْلًا مُحَرَّمًا ، فَقَتَلَ آدَمِيًّا ، مِثْلُ أَنْ يَقْصِدَ قَتْلَ بَهِيمَةٍ ، أَوْ آدَمِيًّا مَعْصُومًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ ، فَيَقْتُلُهُ ، فَهُوَ خَطَاٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ قَتْلَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَا ، أَنَّ يَرْمِيَ الرَّامِيَ شَيْئًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ هَذَا عَمْدٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ رَمَى نَصْرَانِيًّا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى أَسْلَمَ ، أَنَّهُ عَمْدٌ يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ؛ لَكَوْنِهِ قَصْدَ فِعْلًا مُحَرَّمًا ، قَتَلَ بِهِ إِنْسَانًا .

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) تقدم تخريجُه ، في : ١٤٦/١ .

١٤٢٠ - مسألة ؛ قال : (والضرب الثاني ، أن يقتل في بلاد الروم من عنده الله كافر ، ويكون قد أسلم ، وكنتم إسلامه ، إلى أن يقدر على التخلص ^(١) إلى أرض الإسلام ، فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة ، بلا دية ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢))

٩/٩ ط

هذا الضرب الثاني من الخطأ ، وهو أن يقتل في دار ^(٣) / الحرب من يظنه كافراً ، ويكون مسلماً . ولا خلاف في أن هذا خطأ ، لا يوجب قصاصاً ؛ لأنه لم يقصد قتل مسلم ، فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً ، إلا أن هذا لا تجب به ^(٤) دية أيضاً ، ولا يجب إلا الكفارة . روى ^(٥) هذا عن ابن عباس . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . وعن أحمد ، رواية أخرى ، تجب به الدية والكفارة . وهو قول مالك ، والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسْلِمَةً إِلَى أَهْلِهِ ﴾ ^(٦) . وقال عليه السلام : « ألا إن في قتييل خطأ العمد ، قتييل السوط والعصا ، مائة من الإبل » ^(٧) . ولأنه قتل مسلماً خطأ ، فوجب ديته ، كما لو كان في دار الإسلام . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٌّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ . ولم يذكر دية ، وتركه ذكرها في هذا القسم ، مع ذكرها في الذي قبله وبعده ، ظاهر في أنها غير واجبة ، وذكره لهذا ^(٨) قسمًا مفردًا ، يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ، ويخص بها عموم الخير الذي رَوَّه .

١٤٢١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ)

(١) في ب : « التخلص » .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) في ب ، م : « أرض » .

(٤) في ب : « فيه » .

(٥) في م : « وروى » .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٠/٦ .

(٧) في ب : « هذا » .

أَكْثَرُ أَهْلِ الْعِلْمِ لَا يُوجِبُونَ عَلَى مُسْلِمٍ قِصَاصًا بِقَتْلِ كَافِرٍ ، أَيْ كَافِرٍ كَانَ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءُ ، وَالْحَسَنُ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ شُبْرُمَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ النَّحْجِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ : يُقْتَلُ الْمُسْلِمُ بِالذَّمِّ خَاصَّةً . قَالَ أَحْمَدُ : الشَّعْبِيُّ وَالنَّحْجِيُّ قَالَا : دِيَّةُ الْمَجُوسِيِّ وَالْيَهُودِيِّ وَالنَّصْرَانِيِّ ، مِثْلُ دِيَّةِ الْمُسْلِمِ ، وَإِنْ قَتَلَهُ يُقْتَلُ بِهِ . هَذَا عَجَبٌ ، يَصِيرُ الْمَجُوسِيُّ مِثْلَ الْمُسْلِمِ ، سُبْحَانَ اللَّهِ ، مَا هَذَا الْقَوْلُ ! وَاسْتَبْشَعَهُ . وَقَالَ : النَّبِيُّ ﷺ يَقُولُ : « لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ » ^(١) . وَهُوَ يَقُولُ : يُقْتَلُ بِكَافِرٍ . فَأَيُّ شَيْءٍ أَشَدُّ مِنْ هَذَا ! وَاحْتَجُّوا بِالْعُمُومَاتِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا فِي «أَوَّلِ الْبَابِ ٢» ، وَبِمَا رَوَى ابْنُ الْبَيْلَمَانِيِّ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ ، أَقَادَ مُسْلِمًا يَذْمِي ، وَقَالَ : « أَنَا أَحَقُّ مَنْ وَفَى ^(٣) يَذْمِيهِ » ^(٤) . وَلَئِنَّ مَعْصُومَ عَصْمَةٍ مُؤَبَّدَةٍ ، فَيُقْتَلُ بِهِ / قَاتِلُهُ ، كَالْمُسْلِمِ . وَلَنَا ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُسْلِمُونَ تَنَكَّافُوا دِمَاؤَهُمْ ، وَيَسْعَى يَذْمَتُهُمْ أَذْنَاهُمْ ، وَلَا يُقْتَلُ مُؤَمِّنٌ بِكَافِرٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(٥) . وَفِي لَفْظٍ : « لَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ » .

١٠/٩

(١) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ كِتَابَةِ الْعِلْمِ ، مِنْ كِتَابِ الْعِلْمِ ، وَفِي : بَابِ فَكَاكِ الْأَسِيرِ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ وَالسِّيرِ ، وَفِي : بَابِ الْعَاقِلَةِ ، وَبَابِ لَا يَقْتُلُ الْمُسْلِمَ بِالْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٣٨/١ ، ٤٨/٤ ، ١٤/٩ ، ١٦ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ أَقْيَادِ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٤٨٨/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ لَا يَقْتُلُ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، مِنْ أَبْوَابِ الدِّيَاتِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ١٨١/٦ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَوْدِيِّينَ الْأَحْرَارَ وَالْمَمَالِكِ فِي النَّفْسِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ١٨/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ لَا يَقْتُلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٩٠/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٧٩/١ .

(٢-٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : « بَعْدَهُ وَ » .

(٤) أَخْرَجَهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْحُدُودِ وَالْدِّيَاتِ وَغَيْرِهِ . سَنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ١٣٥/٣ . وَابْنُ أَبِي عَرَبٍ ، فِي : بَابِ بَيَانِ ضَعْفِ الْخَبَرِ الَّذِي رَوَى فِي قَتْلِ الْمُؤْمِنِ بِالْكَافِرِ وَمَا رَوَى عَنْ الصَّحَابَةِ فِي ذَلِكَ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِزَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٣٠/٨ ، ٣١ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، انْظُرْ : كِتَابَ الدِّيَاتِ . تَرْتِيبُ الْمُسْنَدِ ١٠٥/٢ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ قَوْدِ الْمُسْلِمِ بِالذَّمِّ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمُصَنَّفُ ١٠١/١٠ .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٦٠ .

رواه البخاري ، وأبو داود . وعن علي رضي الله عنه أنه ^(٦) قال : من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر . رواه الإمام أحمد ^(٧) . ولأنه منقوص بالكفر ، فلا يقتل به المسلم ، كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات بحدثنا ، وحديثهم ليس له إسناد . قاله أحمد . وقال الدارقطني : يرويه ابن البيلماني ، وهو ضعيف إذا أسند ، فكيف إذا أرسل ^(٨) ؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم ، بخلاف الذمي ، فأما المستأمن ، فوافق أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يُقَادُّ به ، وهو المشهور عن أبي يوسف . وعنه : يقتل به ؛ لما سبق في الذمي . ولنا ، أنه ليس بمحقق الدم على التأييد ، فأشبهه الحربي ، مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها .

فصل : فإن قتل كافر كافراً ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ثم أسلم الجارح ، ومات المجروح . فقال أصحابنا : يُقتَصُّ منه . وهو قول الشافعي ؛ لأن القصاص عقوبة ، فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها ، كالحُدود ، ولأنه ^(٩) حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه ، كالدين . ويحتمل أن لا يقتل به . وهو قول الأوزاعي ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يقتل مسلم بكافر » ^(١٠) . ولأنه مؤمن ، فلا يقتل بكافر ، كما لو كان مؤمناً حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب ، منع عمله ، فإذا طراً ، أسقط ^(١١) حكمه .

فصل : وإن جرح مسلم كافراً ، فأسلم المجروح ، ثم مات مسلماً بسرائر

(٦) سقط من : م .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٣٤/٣ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : لا يقتل مسلم بكافر ، من كتاب الديات . المصنف ٢٩٥/٩ . وليس في المسند . انظر : الإرواء . ٢٦٧/٧ .

(٨) انظر موضع تخریج الحديث من سنن الدارقطني ١٣٥/٣ .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) في الأصل : « مؤمن » . وهي رواية .

(١١) في م : « سقط » .

الجُرح ، لم يُقتل به قاتله ؛ لأنَّ التَّكافؤَ مَعْدُومٌ حَالُ الجِنَايَةِ ، وعليه دِيَّةُ مُسْلِمٍ ؛ لأنَّ اعتبارَ الأَرُشِ بِحَالَةِ اسْتِقْرَارِ الجِنَايَةِ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ قَطَعَ يَدَى رَجُلٍ وَرَجُلَيْنِ ، فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ ، ففِيهِ ^(١٢) دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ اُعْتَبِرَ حَالُ الجُرحِ ، وَجَبَ دِيَّتَانِ ، وَلَوْ قَطَعَ حُرٌّ يَدَ عَبْدٍ ، ثُمَّ عَتَقَ وَمَاتَ ، لَمْ يَجِبْ قِصَاصٌ ؛ لَعَدَمِ التَّكافؤِ ^(١٣) حَالُ الجِنَايَةِ ، وَعَلَى الْجَانِيِ دِيَّةُ حُرٍّ اُعْتَبَارًا بِحَالِ الاسْتِقْرَارِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ ^(١٤) الشَّافِعِيِّ . / ١٠/٩ ظ

وَاللَّسِيْدُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ، مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ ، أَوْ نِصْفِ دِيَّةِ حُرٍّ ، وَالْبَاقِي لِوَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّ نِصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَتْ أَقْلٌ ، فَهِيَ الَّتِي وُجِدَتْ فِي مِلْكِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ حَصَلَ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيمَا حَصَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ الدِّيَّةَ ، لَمْ يَسْتَحِقْ أَكْثَرَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ نَقْصَ الْقِيَمَةِ حَصَلَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، ^(١٥) وَهُوَ اِعْتَاقُهُ ^(١٥) . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنَيِ عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ وَمَاتَ ، أَنَّ عَلَى ^(١٦) الْجَانِيِ قِيَمَتَهُ لِلَّسِيْدِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ اِلْتِمَاعَ بِحَالِ الجِنَايَةِ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَالْقَاضِي ، وَأَبِي الْحَطَّابِ . قَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : مَنْ قَطَعَ يَدَ ذِمِّيٍّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، ضَمِنَهُ بِدِيَّةِ ذِمِّيٍّ ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ وَمَاتَ ، فَعَلَى الْجَانِيِ قِيَمَتُهُ لِلَّسَيِّدِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْقِصَاصِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الجِنَايَةِ ، دُونَ حَالِ السَّرَايَةِ ، فَكَذَلِكَ الدِّيَّةُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ سِرَايَةَ الجُرحِ مَضْمُونَةٌ ، فَإِذَا أَتَلَفْتُ ^(١٦) حُرًّا مُسْلِمًا ، وَجَبَ ضَمَانُهُ بِدِيَّةٍ كَامِلَةٍ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِجُرحٍ ثَانٍ . وَقَوْلُ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنَيِ عَبْدٍ : عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لِلَّسَيِّدِ . لَا خِلَافَ فِيهِ ، وَإِنَّمَا الْخِلَافُ فِي وَجُوبِ الزَّائِدِ عَلَى الْقِيَمَةِ مِنْ دِيَّةِ الْحُرِّ لِلْوَرَثَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَحْمَدُ . وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ مُقَدَّرٌ بِمَا تُفْضِي إِلَيْهِ السَّرَايَةُ ، دُونَ مَا تُثْلِفُهُ الْجِنَايَةُ ، بِدَلِيلٍ أَنَّ مَنْ قَطَعَتْ يَدَاهُ ^(١٧) وَرَجُلَاهُ ، فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهِ ،

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب زيادة : و في .

(١٤) في م : وهو مذهب .

(١٥-١٥) في م : وإعتاقه .

(١٦) في ب : أتلف .

(١٧) في ب : يده .

لم يُلْزَمَ الجاني أكثر من دية ، ولو قَطَعَ إصْبَعًا ، فسَرَى إلى نفسه ، لَوَجِبَت الدِّيةُ كاملةً ،
فكذلك إذا سَرَتْ إلى نفسِ حرٍّ مُسْلِمٍ ، تَجِبُ دِيَّتُهُ كاملةً . فأما إن جَرَحَ مُرْتَدًّا ، أو
حَرَبِيًّا ، فسَرَى الجُرْحُ إلى نفسه ، فلا قِصاصَ فيه ولا دِيَّةَ ، سواء أَسْلَمَ قَبْلَ السَّرَايةِ أو لم
يُسْلِمَ ؛ لأنَّ الجُرْحَ غَيْرَ مَضْمُونٍ ، فلم يَضْمَنْ سِرَايَتَهُ ، بخلافِ التي قبلها .

فصل : ولو قَطَعَ يَدَ مُسْلِمٍ فارتَدَّ ، ثم مات بسِرَايةِ الجُرْحِ ، لم يَجِبْ في النفسِ
قِصاصٌ ولا دِيَّةٌ ولا كَفَّارَةٌ ؛ لأنها نفسُ مُرْتَدٍّ غيرِ مَعْصُومٍ ولا مَضْمُونٍ ، وكذلك لو قَطَعَ
يَدَ ذِمِّيٍّ فصارَ حَرَبِيًّا ، ثم مات من جِرَاحِهِ . وأما اليَدُ ، فالصَّحِيحُ أنَّه لا قِصاصَ فيها .

و ١١/٩

وذكر^(١٨) القاضي وجهًا في وجوب القصاص فيها ؛ لأنَّ القَطْعَ اسْتَقَرَّ / حُكْمُهُ بِانْقِطَاعِ
حُكْمِ سِرَايَتِهِ ، فأشْبَهَ مَالُو قَطْعِ طَرَفِهِ ثُمَّ قَتَلَهُ ، أو جاءَ آخِرُ قَتْلِهِ ، وللشافعي في وجوب
القصاص قولان . ولنا ، أنَّه قَطْعٌ هو قَتْلٌ^(١٩) لم يَجِبْ به القَتْلُ ، فلم يَجِبِ القَطْعُ ، كما لو
قَطَعَ من غيرِ مَفْصِلٍ ، وفارَقَ ما قاسوا عليه ، فإنَّ القَطْعَ لم يَصِرْ قَتْلًا . وهل تَجِبُ دِيَّةُ
الطَّرَفِ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا ضَمَانَ فيه ؛ لأنَّه تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلٌ لغيرِ مَعْصُومٍ .
والثاني ، تَجِبُ ؛ لأنَّ سُقُوطَ حُكْمِ سِرَايةِ الجُرْحِ^(٢٠) لا يُسْقِطُ ضَمَانَهُ ، كما لو قَطَعَ
طَرَفَ رَجُلٍ ، ثم قَتَلَهُ آخَرُ . فعلى هذا ، هل يَجِبُ ضَمَانُهُ بِدِيَةِ المَقْطُوعِ ، أو بأَقْلٍ
الأَمْرَيْنِ من دِيَّتِهِ أو دِيَةِ النَّفْسِ ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، تَجِبُ دِيَّةُ المَقْطُوعِ ، فلو قَطَعَ
يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، ثم ارتَدَّ ومات ، ففيه دِيَّتَانِ ؛ لأنَّ الرَّدَّةَ قَطَعَتْ حُكْمَ السَّرَايةِ ، فأشْبَهَ
انْقِطَاعَ حُكْمِهَا بِانْدِمَالِهَا ، أو بِقَتْلِ آخَرِ لَهُ . والثاني ، يَجِبُ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ ؛ لأنَّه^(٢١) لو لم
يَرْتَدِّ لم يَجِبْ أكثر من دِيَةِ النَّفْسِ ، فمع الرَّدَّةِ أَوْلَى ، ولأنَّه قَطَعَ صارَ قَتْلًا ، فلم يَجِبْ
أكثر من دِيَّةٍ ، كما لو لم يَرْتَدِّ ، وفارَقَ أَصْلَ الوَجْهِ الأوَّلِ ، فإنَّه لم يَصِرْ قَتْلًا ، ولأنَّ
الانْدِمَالَ والقَتْلَ مَنَعَ وُجُودَ السَّرَايةِ ، والرَّدَّةَ مَنَعَتْ ضَمَانَهَا ، ولم تَمْنَعْ جَعْلَهَا قَتْلًا .
وللشافعي من التفصيل نحو مما قلنا .

(١٨) في الأصل : وذكره .

(١٩) ف ب د قبل .

(٢٠) ف ب ، م : الجراح .

(٢١) في ا ، ب ، م : ولأنه .

فصل : وإن قَطَعَ مُسْلِمٌ يَدَ نَصْرَانِيٍّ فَمَجَسَ ، وَقُلْنَا : لَا يُقَرُّ . فهو كَالو^(٢٢) جَنَى عَلَى مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ . وإن قُلْنَا : يُقَرُّ عَلَيْهِ . وَجَبَتْ دِيَّةُ مَجُوسِيٍّ . وإن قَطَعَ يَدَ مَجُوسِيٍّ ، فَتَنَصَّرَ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَقُلْنَا : يُقَرُّ . وَجَبَتْ دِيَّةُ نَصْرَانِيٍّ . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي ، أَنَّ تَجَبُّ دِيَّةِ نَصْرَانِيٍّ فِي الْأُولَى ، وَدِيَّةُ مَجُوسِيٍّ فِي الثَّانِيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي مَنْ جَنَى عَلَى عَبْدٍ ذِمِّيٍّ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ، ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْجَنَائَةِ ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ ذِمِّيٍّ ، اِعْتِبَارًا بِحَالِ الْجَنَائَةِ .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رَوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَوَجَّهُ عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ زَمَنُ الرَّدَّةِ تَسْرِي فِي مِثْلِهِ الْجَنَائَةِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ . وَهَلْ يَجِبُ فِي الطَّرَفِ الَّذِي قُطِعَ فِي إِسْلَامِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ بِالْجَنَائَةِ وَالسَّرَايَةِ كُلِّهَا ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ / جَمِيعُهَا فِي الْإِسْلَامِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ ، أَحَدُهُمَا فِي الْإِسْلَامِ ، وَالْآخَرُ فِي الرَّدَّةِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُسْلِمٌ حَالَ الْجَنَائَةِ وَالْمَوْتِ ، فَوَجِبَ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْتَدَّ ، وَاحْتِمَالُ السَّرَايَةِ حَالَ الرَّدَّةِ لَا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ السَّبَبِ الْمَعْلُومِ بِاحْتِمَالِ الْمَانِعِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْتَدَّ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ بِمَرَضٍ أَوْ بِسَبَبٍ آخَرَ ، أَوْ بِالْجُرْحِ^(٢٣) مَعَ شَيْءٍ آخَرَ يُؤَثِّرُ فِي الْمَوْتِ ، فَأَمَّا الدِّيَّةُ ، فَتَجِبُ كَامِلَةً . وَيَحْتَمِلُ وَجُوبُ نِصْفِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جُرْحٍ مَضْمُونٍ وَسَرَايَةٍ غَيْرِ مَضْمُونَةٍ ، فَوَجِبَ نِصْفُ الدِّيَّةِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ وَجَرَحَ نَفْسَهُ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ زَمَنُ الرَّدَّةِ لَا تَسْرِي فِي مِثْلِهِ الْجَنَائَةِ ، فَفِيهِ الدِّيَّةُ أَوْ الْقِصَاصُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى إِلَى حَالٍ لَوْ مَاتَ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُتَكَافِئَانِ حَالَ الْجَنَائَةِ وَالسَّرَايَةِ وَالْمَوْتِ ، فَأَشْبَهَ مَا

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) في ب : « وبالجرح » .

لو^(٢٤) لم يَرْتَدَّ . وإن كان الجَرْحُ حَطًّا وجبت الكَفَّارَةُ بكلِّ حالٍ ، لأنَّه قَوَّتْ نَفْسًا مَعْصُومَةً .

فصل : وإن جَرَحَهُ وهو مُسْلِمٌ فارتدَّ ، ثم جَرَحَهُ جُرْحًا آخَرَ ، ثم أَسْلَمَ وماتَ منهما ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّه ماتَ من جُرْحَيْنِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، وَجِبُّ فِيهِ نِصْفُ الدِّيَةِ لذلك . وسواءٌ تَسَاوَى الجُرْحَانِ ، أو زاد أَحَدُهُما ، مثل أن قَطَعَ يَدَيْهِ وهو مُسْلِمٌ فارتدَّ ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، أو كان بالعكس ؛ لأنَّ الجُرْحَ في الحالين كَجُرْحِ رَجُلَيْنِ . وهل يَجِبُ القِصاصُ في الطَّرَفِ الذي قَطَعَهُ في حالِ إسلامِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً عَلَى مَنْ قَطَعَ طَرَفَهُ وهو مُسْلِمٌ ، فارتدَّ وماتَ في رِدَّتِهِ . ولو قَطَعَ طَرَفَهُ في رِدَّتِهِ أَوَّلًا ، فَأَسْلَمَ ، ثم قَطَعَ طَرَفَهُ الْآخَرَ ، وماتَ منهما ، فالْحَكْمُ فِيهِ كالتى قبلها .

فصل : وَيُقْتَلُ الذَّمِيُّ بِالْمُسْلِمِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ الْيَهُودِيَّ الذي رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ من الْأَنْصَارِ على أَوْضَاحِهَا^(٢٥) ، ولأنَّه إِذَا قُتِلَ بِمِثْلِهِ فَبِمَنْ قُوَّةِ أُولَى . وَيُقْتَلُ الذَّمِيُّ بِالذَّمِيِّ ، سواءً اتَّفَقَتْ أَذْيَانُهُمْ أو اختلفَتْ . فلو قَتَلَ النَّصْرَانِيُّ مَجُوسِيًّا أو يَهُودِيًّا ، / قُتِلَ بِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ في النَّصْرَانِيِّ يُقْتَلُ بِالْمَجُوسِيِّ إِذَا قَتَلَهُ ، قيل : فكيف يُقْتَلُ بِهِ ، وَدِيَّاتُهُمَا^(٢٦) مُخْتَلِفَةٌ ؟ فقال : أَذْهَبُ إلى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ رَجُلًا بِأَمْرَأَةٍ . يَعْنِي أَنَّهُ قَتَلَهُ بِهَا مع اِخْتِلَافِ دِيَّتِهِمَا ، ولأنَّهُمَا تَكَافَأَا في الْعِصْمَةِ بِالذَّمِّ وَنَقِصَةِ الْكُفْرِ ، فَجَرَى الْقِصاصُ بَيْنَهُمَا ، كما لو تَسَاوَى دِيَّتُهُمَا . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

فصل : ولا يُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِحَرَبِيٍّ . لا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لأنَّه مُباحٌ الدَّمُ على الإِطْلَاقِ ، أَشْبَهَ الْخِزْنِيرَ ، ولا دِيَّةَ فِيهِ لذلك ولا كَفَّارَةً ، ولا يَجِبُ بِقَتْلِ الْمُرتَدِّ قِصاصٌ ولا دِيَّةٌ ولا كَفَّارَةٌ لذلك ، سواءً قَتَلَهُ مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ . وهو قولُ بعضِ أَصْحَابِ الشافعيِّ . وقال بعضُ

(٢٤) سقط من : الأصل ، م .

(٢٥) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٢٦) في م : ١ وديتهما .

أصحاب الشافعي : يجب القصاصُ على الذمّي بقتله ، والدّية إذا عفا عنه ؛ لأنّه لا ولاية له في قتله . وقال بعضهم : يجب القصاصُ دون الدّية ؛ لأنّه لا قيمة له . ولنا ، أنّه مباح الدّم ، أشبه الحربيّ ، ولأنّ من لا يضمّنه المسلم لا يضمّنه الذمّي ، كالحربيّ .

فصل : وليس على قاتل الزّاني المُحصّن قصاصٌ ولا ديةٌ ولا كفّارة . وهذا ظاهرُ مذهب الشافعيّ . وحكى بعضهم وجّها ، أن على قاتله القود ؛ لأنّ قتله إلى الإمام ، فيجب القود على من قتله سواء^(٢٧) ، كمن عليه القصاص إذا قتله غير مُستحقّه . ولنا ، أنّه مباح الدّم ، وقتله مُتحتّم ، فلم يضمّن كالحربيّ ، ويطلّ ما قاله بالمرتدّ ، وفارق القاتل ، فإنّ قتله غير مُتحتّم . وهو مُستحقّ على طريق المعاوضة ، فاختصّ بمُستحقّه ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتدّ ، وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتّم قتله .

فصل : ويُقتل المرتدّ بالمسلم والذمّي ، ويُقدّم القصاصُ على القتل بالردة ؛ لأنّه حقّ آدمي . وإن عفا عنه ولّى القصاصي ، فله دية المقتول ، فإن أسلم المرتدّ فهي في ذمّته ، وإن قُتل بالردة أو مات ، تعلّق بماله . وإن قطع طرفاً من أحدهما ، فعليه القصاصُ فيه أيضاً . وقال بعض أصحاب الشافعيّ : لا يُقتل المرتدّ بالذمّي ، ولا يُقطع طرفه بطرفه ؛ لأنّ أحكام الإسلام في حقه باقية ؛ بدليل وجوب العبادات عليه ، ومطالبة الإسلام . ولنا ، أنّه كافر ، فيقتل بالذمّي ، كأصليّ . وقولهم : إن أحكام الإسلام باقية . / غير صحيح ، فإنّه قد زالت عصمته وحرّمته ، وحلّ نكاح المسلمين ، وشراء العبيد المسلمين ، وصحة العبادات وغيرها ، وأمّا مطالبة الإسلام ، فهو حجة عليهم ، فإنه يدلّ على تغليب^(٢٨) كفره ، وأنّه لا يُقرّ على رده ؛ لسوء حاله ، فإذا قُتل بالذمّي مثله فمن هو دونه أولى .

١٢/٩ ظ

(٢٧) في م : : سواء .

(٢٨) في الأصل : تغلظ .

فصل : وإن جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا ، ثم ارتدَّ ومات المجرَّحُ ، لم يُقْتَلْ به ؛ لأنَّ التَّكَاْفُرَ مُشْتَرَطُ حَالٍ وَجُودِ الْجِنَايَةِ ، ولم يُوجَدْ . وإن قَتَلَ مَنْ يَعْرِفُهُ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا ، وكان قد أَسْلَمَ وَعَتَقَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ؛ لأنَّه قَتَلَ مَنْ يَكَاْفُهُ عَمْدًا عُذْوَانًا ، فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كما لو عَلِمَ حاله ، وفارقَ من عَلِمَهُ حَرِيًّا ؛ لأنَّه لم يَعْمِدْ إِلَى قَتْلِ مَعْصُومٍ .

١٤٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا حُرٌّ بِعَبْدٍ)

وروى هذا عن أبي بكرٍ ، وعمرَ ، وعليٍّ ، وزيدٍ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُمْ . وبه قال الحسنُ ، وعطاءٌ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، وعكرمةُ ، وعمرُ بن دينارٍ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ . ^(١) وروى ذلك عن الشَّعْبِيِّ ، وروى ^(٢) عن سعيد بن المسيَّب ، والنَّخَعِيِّ ، وقتادةُ ، والثَّوْرِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ به ؛ لِعُمُومِ الآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ ، ولِقَوْلِ ^(٣) النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ » ^(٤) . ولأنَّه آذَمِيٌّ مَعْصُومٌ ، فَأَشْبَهَ الْحُرَّ . ولنا ، ما رَوَى الإمامُ أحمدُ ^(٥) ، بإسنادِهِ عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قال : من السَّنَةِ أَنْ لَا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَبْدٍ . ^(٦) وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « لَا يُقْتَلَ حُرٌّ بِعَبْدٍ » ^(٧) . رواه الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٨) . ولأنَّه لَا يَقْطَعُ طَرَفُهُ بِطَرَفِهِ مع التَّسَاوِي فِي السَّلَامَةِ ، فلا يُقْتَلُ به ، كالأَبِ مع ابْنِهِ ، ولأنَّ الْعَبْدَ مَنْقُوصٌ بِالرَّقِّ ، فلم يُقْتَلَ به الْحُرُّ ، كالمُكَاثِبِ إِذَا مَلَكَ ما يُؤَدِّي ، والعُمُومَاتُ مَخْصُوصَاتٌ بهذا ، فَتَقْيَسُ عَلَيْهِ .

(١-١) في ب ، م : ١ وروى ١ .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٦٠ .

(٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٦٧ .

كما أخرج هذا الجزء من قول علي أيضا البيهقي ، في : باب لا يقتل حر بعبد ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٣٤/٨ .

(٥-٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٦) في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٣٣/٣ .

فصل : لا يُقْتَلُ السَّيِّدُ بَعْدَهُ ، في قول أكثر أهل العلم . وحُكِيَ عن النَّحَّيِّ وداود ، أَنَّهُ يُقْتَلُ به ؛ لما رَوَى قَتَادَةُ ، عن الحسن ، عن سَمُرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَاهُ ، وَمَنْ جَدَعَهُ جَدَعْنَاهُ » . رواه سعيّد ، والإمام أحمد ، والترمذی^(٧) ، وقال : حديث حسن غريب . مع العُموّمات والمعنى في التي قبلها . / ولنا ، ما ذكرناه في التي قبلها ، وعن عمر ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قال : لو لم أَسْمَعْ رسولَ اللهِ ﷺ يقول : « لَا يُقَادُ الْمَمْلُوكُ مِنْ مَوْلَاهُ ، (٨) وَالْوَلَدُ مِنْ وَالِدِهِ » (٩) لَأَقْدَتُهُ مِنْكَ . رواه النسائي^(٩) . وعن عليّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ عَبْدَهُ ، فَجَلَدَهُ النَّبِيُّ ﷺ مائة جَلْدَةٍ ، ونَفَاهُ عامًا ، وَمَحَا اسْمَهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ . رواه سعيّد ، والحَلَال^(١٠) . وقال أحمد : ليس بشيء من قِبَلِ إِسْحَاقَ بْنِ أَبِي فَرْوَةَ . ورواه عَمْرُو بْنُ شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن جَدِّهِ ، عن أبي بكرٍ وعمر ، أَنَّهُمَا قالَا : مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ ، جَلَدَ مائة ، وَحَرَّمَ سَهْمَهُ مع^(١١) المسلمين^(١٢) . فأما حديث سَمُرَةَ ، فلم يَثْبُت . قال أحمد : الحسن لم يَسْمَعْ

(٧) أخرجه الإمام أحمد ، في المسند ١٠/١٢ - ١٨ ، ١٩ . والترمذی ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل عبده ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذی ١٨٣/٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٤/٢ . والنسائي ، في : باب القود من السيد للمولى ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والدارمي ، في : باب القود بين العبد وبين سيده ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩١/٢ .

(٨-٨) في الأصل ، ب : « والوالد من ولده » .

(٩) لعله في السنن الكبرى ، وأخرجه الحاكم ، في : كتاب الحدود . المستدرک ٣٦٨/٤ . والبيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٦/٨ . وأخرج لفظ : « لا يقاد الوالد بالولد » الترمذی ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذی ١٧٥/٦ . والإمام أحمد ، في المسند ١٦/١ .

(١٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والبيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٦/٨ . (١١) في ب : « من » .

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٧/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب الحر يقتل العبد عمدا ، من كتاب العقول . المصنف ٤٩١/٩ .

من سَمْرَةَ ، إِنَّمَا هِيَ صَحِيفَةٌ . وقال غيرُ^(١٣) أحمد : إِنَّمَا سَمِعَ الْحَسَنُ مِنْ سَمْرَةَ ثَلَاثَةَ أَحَادِيثَ ، لَيْسَ هَذَا مِنْهَا . وَلَأنَّ الْحَسَنَ أَفْتَى بِخِلَافِهِ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ : لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ . وقال : إِذَا قُتِلَ السَّيِّدُ عَبْدُهُ يُضْرَبُ . وَخَالَفَتْهُ لَهُ تَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ .

فصل : وَلَا يَقْطَعُ طَرَفُ الْحُرِّ بِطَرَفِ الْعَبْدِ ، بغير خِلافٍ عَلِمْنَاهُ بَيْنَهُمْ . وَيُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْحُرِّ ، وَيُقْتَلُ بِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ بِمِثْلِهِ ، فَبِمَنْ هُوَ أَكْمَلُ مِنْهُ أَوَّلَى ، مَعَ عُمُومِ النَّصُوصِ الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ . وَمَتَى وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْعَبْدِ ، فَعَقَّا وَلِيُّ الْجِنَايَةِ إِلَى الْمَالِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَتَعَلَّقُ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ جِنَايَتِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَالْقِصَاصِ . ثُمَّ إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ مَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ : بَعُهُ ، وَادْفَعْ إِلَى ثَمَنِهِ . لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِذِمَّتِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ الَّتِي سَلَّمَهَا ، فَبَرِئَ مِنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، كَمَا يَلْزَمُهُ بَيْعُ الرَّهْنِ . وَإِنْ امْتَنَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، وَاخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ أَوْ أَرْضُ الْجِنَايَةِ جَمِيعًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . وَإِنْ عَفَا عَنْ الْقِصَاصِ لِيَمْلِكَ رَقَبَةَ الْعَبْدِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِثْلَافَهُ ، فَكَانَ مَالِكًا^(١٤) لَهُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ . وَالثَّانِيَةِ ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ تَعَلُّقِ بِهِ الْقِصَاصِ ، فَلَا يَمْلِكُهُ بِالْعَفْوِ كَالْحُرِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَتَعَلَّقُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ عَفَا عَلَى^(١٥) مَالٍ ؛ لِأَنَّ / الْعَوْضَ الَّذِي عَفَا لِأَجْلِهِ لَمْ يَصِحَّ لَهُ ، فَكَانَ لَهُ عَوْضُهُ ، كَالْعَقُودِ الْفَاسِدَةِ .

ظ ١٣/٩

فصل : وَيَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي النَّفْسِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَسَالِمٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْقِصَاصِ

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « عَنْهُ » .

(١٤) فِي م : « مَلِكًا » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عَنْ » .

تَسَاوَى قِيَمَتُهُمْ ، وإن اختلفت قِيَمَتُهُمْ لم يَجْرِ بينهم قِصَاصٌ . وينبغي أن يَحْتَصَرَ هذا بما إذا كانت قِيَمَةُ الْقَاتِلِ أَكْثَرَ ، فإن كانت أَقَلُّ فلا . وهذا قولُ عطاءٍ . وقال ابنُ عباسٍ : ليس بين العبيدِ قِصَاصٌ ، في نفسٍ ولا جَرْحٍ ؛ لأنَّهم أَمْوَالٌ . ولنا ، أن الله تعالى قال : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ ^(١٦) . وهذا نصٌّ من ^(١٧) الْكِتَابِ ، فلا يجوزُ خِلَافُهُ ، ولأنَّ ^(١٨) تَفَاوُتَ الْقِيَمَةِ كَتَفَاوُتِ الذِّیَّةِ وَالْفَضَائِلِ ، فلا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ كَالْعِلْمِ وَالشَّرَفِ ، وَالدُّكُورِيَّةِ وَالْأُنُورِيَّةِ .

فصل : ويجرى القِصَاصُ بينهم فيما دُونَ النَّفْسِ . وبه قال عمرُ بن عبد العزيز ، وسالمٌ ، والزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أخرى : لا يَجْرِي الْقِصَاصُ بينهم فيما دُونَ النَّفْسِ . وهو قولُ الشَّعْبِيِّ ، وَالنَّحَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ الْأَطْرَافَ مَالٌ ، فلا يَجْرِي الْقِصَاصُ فيها ، كَالْبَهَائِمِ ، ولأنَّ التَّسَاوَى فِي الْأَطْرَافِ مُعْتَبَرٌ فِي جَرَيَانِ الْقِصَاصِ ، بدليل أَنَّا لا نَأْخُذُ الصَّحِيحَةَ بِالشَّلَاءِ ، ولا كَامِلَةَ الْأَصَابِعِ بِالنَّاقِصَةِ ، وَأَطْرَافُ الْعَبِيدِ لا تَتَسَاوَى . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١٩) . الآية ، ولأنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَجَرَى بَيْنَ الْعَبِيدِ ، كَالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ .

فصل : وإذا وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي طَرَفِ الْعَبْدِ ، وَجَبَ لِلْعَبْدِ ، وله اسْتِيفَاؤُهُ وَالْعَفْوُ عنه .

فصل ^(٢٠) : ولو قُتِلَ عَبْدٌ عَبْدًا ، ثم عَتَقَ الْقَاتِلُ ، قُتِلَ بِهِ . وكذلك لو جَرَحَ عَبْدٌ

(١٦) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٧) في ب : « في » .

(١٨) سقطت الواو من : م .

(١٩) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٠) في ب زيادة : « قال » .

عَبْدًا ، ثُمَّ عَتَقَ الْجَارِحُ ، وَمَاتَ الْمَجْرُوحُ ، قُتِلَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ وَجَبَ ، فَلَمْ يَسْقُطْ بِالْعَتَقِ بَعْدَهُ ، وَلِأَنَّ التَّكَافُؤَ مُوجُودٌ حَالُ وُجُودِ الْجِنَايَةِ ، وَهِيَ / السَّبَبُ ، فَكَتَفَى بِهِ .
وَلَوْ جَرَحَ حُرٌّ ذِمِّيَّ عَبْدًا ، ثُمَّ لَحِقَ بِدَارِ الْحَرْبِ ، فَأَسِيرَ وَاسْتُرِقَ ، لَمْ يُقْتَلْ بِالْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ حِينَ وُجُوبِ الْقِصَاصِ حُرٌّ .

فصل : وَإِذَا قُتِلَ عَبْدٌ عَبْدًا عَمْدًا ، فَسَيِّدُ الْمَقْتُولِ مُخَيَّرٌ بَيْنِ الْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ ، فَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ الْمَالُ بِرَقَبَةِ الْقَاتِلِ ؛ لِأَنَّهُ وَجَبَ بِجِنَايَتِهِ ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ ، فَإِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَدَأَهُ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ قِيَمَةِ الْمَقْتُولِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ الْأَقْلُ قِيَمَتَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُمَا بَدَلٌ عَنْهُ ، وَإِنْ كَانَ الْأَقْلُ قِيَمَةَ الْمَقْتُولِ ، فَلَيْسَ لِسَيِّدِهِ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهُمَا بَدَلٌ عَنْهُ ^(٢١) . وَعَنْهُ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ سَيِّدَهُ إِنْ اخْتَارَ فِدَاءَهُ ، لَزِمَهُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ ، بِالْعَا مَا بَلَغَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَلَّمَهُ لِلْبَيْعِ ، رُبَّمَا زَادَ فِيهِ مُزَايِدٌ أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ . فَإِنْ قَتَلَ عَشْرَةَ أَعْبُدَ عَبْدًا لِرَجُلٍ عَمْدًا ، فَعَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ ، فَإِنْ اخْتَارَ السَّيِّدُ قَتْلَهُمْ ، فَلَهُ قَتْلُهُمْ ، وَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَتْ قِيَمَةُ عَبِيدِهِ بِرِقَابِهِمْ ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ عَشْرُهَا ، يُبَاغُ مِنْهُ بِقَدْرِهَا ^(٢٢) أَوْ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ ، فَإِنْ اخْتَارَ قَتْلَ بَعْضِهِمْ وَالْعَفْوَ عَنْ الْبَعْضِ كَانَ ذَلِكَ لَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَتْلَ جَمِيعِهِمْ وَالْعَفْوَ عَنْ جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدَيْنِ لِرَجُلٍ وَاحِدٍ ، فَلَهُ قَتْلُهُ وَالْعَفْوُ عَنْهُ ، فَإِنْ قَتَلَهُ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَإِنْ عَفَا إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَتْ قِيَمَةُ الْعَبْدَيْنِ بِرَقَبَتِهِ ، فَإِنْ كَانَ الرَّجُلَيْنِ فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّ الْقَاتِلَ يُقْتَلُ بِالْأَوَّلِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقَ ، فَإِنْ عَفَا عَنْهُ الْأَوَّلُ ، قُتِلَ بِالثَّانِي . وَإِنْ قَتَلَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أُقْرِعَ بَيْنَ السَّيِّدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا خَرَجَتْ لَهُ الْقُرْعَةُ ، اقْتَصَرَ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْآخَرِ . وَإِنْ عَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، أَوْ عَفَا سَيِّدُ الْقَتِيلِ الْأَوَّلُ عَنْ الْقِصَاصِ إِلَى مَالٍ ، تَعَلَّقَ بِرَقَبَةِ الْعَبْدِ ، وَلِلثَّانِي أَنْ يَقْتَصَرَ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ الْمَالِ بِالرَّقَبَةِ لَا يُسْقِطُ حَقَّ الْقِصَاصِ ، كَمَا لَوْ جَنَى الْعَبْدُ الْمَرْهُونَ . فَإِنْ قَتَلَهُ الْآخَرُ ، سَقَطَ حَقُّ الْأَوَّلِ مِنَ الْقِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ مَحَلٌّ يَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَإِنْ عَفَا

(٢١) فِي الْأَصْلِ : « عَبْدُهُ » .

(٢٢) فِي ب : « بِقَدْرِ هَذَا » .

الثاني ، تعلقت قيمة القتل الثاني برقبته أيضا ، وبباع فيها ، ويُقسم ثمنه على قدر القيمتين ، ولم تقدم الأول بالقيمة ، كما قدمناه بالقصاص ؛ لأن القصاص لا يتبعض بينهما ، والقيمة يمكن تبعضها^(٢٣) . فإن قيل : فحق الأول أسبق . / قلنا : لا يُراعى السبق ، كما لو أُلِّفَ أموالاً^(٢٤) لجماعة ، واحداً بعد واحد . فأما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ، ويتنقل حقهما إلى القيمة ؛ لأن القصاص لا يتبعض . وإن قتل عبدين لرجل واحد ، فله أن يقتص منه لأحدهما ، أيهما كان ، ويسقط حقه من الآخر ، وله أن يعفو عنه^(٢٥) إلى مال ، وتتعلق قيمتهما^(٢٦) جميعاً برقبته .

فصل : ويقتل العبد القن بالمكاتب ، والمكاتب به ، ويقتل كل واحد منهما بالمدير وأم الولد ، ويقتل المدير وأم الولد بكل واحد منهما ؛ لأن الكل عبيد ، فيدخلون في عموم قوله تعالى : ﴿ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . وقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي ﷺ : « المكاتب عبداً ، ما بقى عليه ذرهم »^(٢٧) . وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً ، أو لم يؤد ، وسواء ملك ما يؤدى ، أو لم يملك ، إلا إذا قلنا : إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً . فإنه لا يقتل بالعبد ؛ لأنه حر ، فلا يقتل بالعبد . وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة ، لم يقتل به أيضاً ؛ لأنه يصير حراً ، ومن لم يحكم بحريته إلا بأداء جميع الكتابة ، أجاز قتله به . وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتباً ، 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 ، قوله تعالى : ﴿ أَلْأَنفُسَ بِالْأَنفُسِ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . ولأنه لو كان قننا ، لوجب بقتله

(٢٣) في الأصل : « تبعضها » .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في ب ، م : « قيمتها » .

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

القصاصُ ، فإذا كان مُكاتبًا ، كان أولى ، كما لو لم يَخْلُف وارثًا . وما ذكرُوهُ شَيْءٌ بَنُوهُ عَلَى أَصُولِهِمْ ، وَلَا تُسَلَّمُهُ .

١٤٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ الْكَافِرُ الْعَبْدَ عَمْدًا ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُقْتَلُ ، لِنَقْضِهِ الْعَهْدِ ^(١))

يعنى الكافر الحرُّ ، لا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ الْمُسْلِمِ ؛ لِأَنَّ الْحُرَّ لَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ، لِفُقْدَانِ التَّكَافُرِ بَيْنَهُمَا ، وَلَأنَّهُ لَا يُحْدُ بِقَدْفِهِ ، فَلَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ ، وَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُقْتَلُ لِنَقْضِهِ الْعَهْدِ ؛ فَإِنَّ قَتْلَ الْمُسْلِمِ يَنْتَقِضُ بِهِ الْعَهْدُ ، بِدَلِيلِ مَا رَوَى أَنَّ ذِمِّيًّا كَانَ يَسُوقُ حِمَارًا / بِأَمْرَةِ مُسْلِمَةٍ ، فَتَحَسَّسَ بِهَا فَرَمَاهَا ، ثُمَّ أَرَادَ إِكْرَاهَهَا عَلَى الزَّئِي ، فَرَفَعَ إِلَى عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَقَالَ : مَا عَلَى هَذَا صَالِحَانَهُمْ . فَقَتَلَهُ وَصَلَبَهُ ^(٢) . وَرَوَى فِي شُرُوطِ عَمَرَ ، أَنَّهُ كَتَبَ إِلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ غَنَمٍ ^(٣) : أَنَّ الْحَقَّ بِالشُّرُوطِ : مَنْ ضَرَبَ مُسْلِمًا عَمْدًا ، فَقَدْ خَلَعَ عَهْدَهُ ^(٤) . وَلَأنَّهُ فِعْلٌ يَنَافِي الْأَمَانَ ، وَفِيهِ ضَرَرٌ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، فَكَانَ نَقْضًا لِلْعَهْدِ ، كَالاجْتِمَاعِ عَلَى قِتَالِ الْمُسْلِمِينَ ، وَالِامْتِنَاعِ مِنْ أَدَاءِ الْجِزْيَةِ . وَفِيهِ رَايَةٌ أُخْرَى ؛ أَنَّهُ لَا يَنْتَقِضُ عَهْدُهُ بِذَلِكَ . فَعَلَى هَذَا ، عَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُؤَدَّبُ بِمَا يَرَاهُ وَلِيُّ الْأَمْرِ .

فصل : وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ مُسْلِمٌ حُرًّا كَافِرًا لَمْ يُقْتَلْ بِهِ ؛ لِأَنَّا لَا نَقْتُلُ الْمُسْلِمَ بِالْكَافِرِ . وَإِنْ قَتَلَ مَنْ نَصَفَهُ حُرٌّ عَبْدًا ، لَمْ يُقْتَلْ بِهِ ^(٥) ؛ لِأَنَّا لَا نَقْتُلُ نَصْفَ الْحُرِّ بَعِيدٍ . وَإِنْ قَتَلَهُ حُرٌّ ،

(١) في م : « للعهد » .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم إن أصاب مسلمة بزنى ... من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٢٠١/٩ . وعبد الرزاق ، في : باب المعاهد يغدر بالمسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٣٦٣/١٠ ، ٣٦٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الذمى يستكره المسلمة على نفسها ، من كتاب الحدود . المصنف ٩٦/١٠ ، ٩٧ .

(٣) في ب : « غانم » خطأ . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٢٥٠ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٢٠٢/٩ .

(٥) سقط من : ب .

لم يُقتل به ؛ لأنَّ النِّصْفَ الرَّقِيقَ لا يُقتلُ به الحرُّ . وإن قَتَلَ مَنْ نِصْفَهُ حُرٌّ مِنْ نِصْفِهِ حُرٌّ ، قَتَلَ به ؛ لأنَّ القِصاصَ يَقَعُ بينَ الجُمْلَتَيْنِ من غيرِ تَفْصِيلٍ ، وهما مُتساويان^(٦) .

فصل : ويجرى القصاصُ بين الولاة والعَمالِ وبين رَعِيَّتِهِمْ ؛ لعموم الآيات والأخبارِ ، ولأنَّ المؤمنينَ تتكافأ دماؤهم ، ولا نعلمُ في هذا خلافا . وثبتَّ عن أبى بكرٍ ، رضيَ الله عنه ، أنَّه قالَ لرجُلٍ شكى إليه عاملاً أنَّه قطعَ يده ظُلْماً : لئن كنتَ صادقاً ، لأُعيدَنَّكَ منه^(٧) . وثبتَّ أنَّ عمرَ ، رضيَ الله عنه ، كان يُقيدُ من نفسه . وروى أبو داود^(٨) ، قال : خطبَ عمرُ ، فقال : إني لم أبعثْ عُمالي لِيَضْرِبُوا أَبْشَارَكُمْ ، ولا لِيَأْخُذُوا أَمْوَالَكُمْ ، فَمَنْ فَعَلَ به ذلك ، فليَرْفَعْهُ إليَّ ، أَقْصُهُ منه . فقال عمرو بن العاصي : لو أنَّ رجلاً أَدَبَ بعضَ رَعِيَّتِهِ ، أَتَقْصُهُ^(٩) منه ؟ قال : أَى والذى نفسى بيده ، أَقْصُهُ منه ، وقد رأيتُ رسولَ الله ﷺ أَقْصَّ من نفسه . ولأنَّ المؤمنينَ تتكافأ دماؤهم ، وهذان حُرَّانِ مُسْلِمَانِ ، ليس بينهما إيلاد^(١٠) ، فيجرى القصاصُ بينهما ، كسائر الرعية .

فصل : وإذا قَتَلَ القاتِلُ غيرَ وَلِيِّ الدِّمِّ ، فعلى قاتِلِهِ القصاصُ ، ولورثة الأولِ الدِّيةُ في تَرْكِه الجاني الأولِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال الحسنُ ، / ومالكٌ : يُقتلُ قاتِلُهُ ، وَيَبْتَطَلُ دَمُ الأولِ ؛ لأنَّه فاتَ مَحَلُّهُ ، فأشبهَ ما لو قَتَلَ العَبْدُ الجاني . وروى عن قتادة وأبى هاشمٍ : لا قَوْدَ على الثانى ؛ لأنَّه قَتَلَ مُباحَ الدِّمِّ ، فلم يَجِبْ بِقَتْلِهِ قِصاصٌ ، كالزَّانى المُحْصَنِ . ولنا ، على وجوبِ القصاصِ على قاتِلِهِ ، أنَّه مَحَلٌّ لم يَتَحَتَّمْ قَتْلُهُ ، ولم يُبَحَّ لغيرِ وَلِيِّ الدِّمِّ قَتْلُهُ ، فوجِبَ القِصاصُ بِقَتْلِهِ ، كما لو كان عليه دَيْنٌ . ولنا ، على وجوبِ

ظ ١٥/٩

(٦) في م : مستويان .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٨٤/٣ .

(٨) في : باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٢٨٩/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤١/١ .

(٩) في م : تقصه .

(١٠) في م : إيلاء .

الدِّية في تَرْكَةِ الجاني الأول ، أن القصاصَ إذا تَعَذَّرَ وَجَبَتِ الدِّيةُ ، كما لو مات ، أو عَفَا بعضُ الشُّركاءِ ، أو حَدَثَ مانِعٌ . وفارَقَ العَبْدَ الجاني ، فإنه ليس له مالٌ يَنْتَقِلُ إليه ؛ فإن عَفَا أولياءُ الثاني على الدِّيةِ ، أخذوها ودَفَعوها إلى وَرَثَةِ الأول ، فإن كانت عليه دُيُونٌ ، ضُمَّ ما قَبَضُوا من الدِّيةِ إلى سائرِ تَرْكِتهِ ، ثم ضَرَبَ أولياءُ المَقْتُولِ الأول مع سائرِ أهلِ الدُّيُونِ في تَرْكِتهِ ودِيَتِهِ ، وإن أَحَالَ وَرَثَةُ المَقْتُولِ الثاني وَرَثَةَ المَقْتُولِ الأول بالدِّيةِ على القاتِلِ الثاني ^(١١) ، صَحَّتِ الحَوَالَةُ . وَيُتَخَرَّجُ أن تَجِبَ دِيَةُ القَتِيلِ الأول على قَاتِلِ قَاتِلِهِ ابتداءً ؛ لأنَّهُ أُلْفَ مَحَلٌّ حَقٌّ وَرَثَتِهِ ، فكان غَرَامَتُهُ عليه ، كما لو قَتَلَ العَبْدَ الجاني ، وإن مات القاتِلُ عَمْدًا ، وجَبَتِ الدِّيةُ في تَرْكِتهِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفة ومالكُ : يَسْقُطُ حَقٌّ وَلِيُّ الجَنَايةِ . وتَوَجَّه المَذْهَبُينِ على ^(١٢) ما تَقَدَّمَ .

١٤٢٤ - مسألة ؛ قال : (والطفل ، والزائل العقل ، لا يُقتلَانِ بِأَحَدٍ)

لا خِلَافَ بين أهلِ العلم ، أنَّه لا قِصاصَ على صَبِيٍّ ولا مَجْنُونٍ ، وكذلك كُلُّ زائِلِ العَقْلِ بسَبَبِ يُعَذَّرُ فيه ، مثل النَّائمِ ، والمُعْمَى عليه ، ونحوهما . والأصلُ في هذا قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « رُفِعَ الْقَلَمُ عَنْ ثَلَاثَةٍ ؛ عَنْ الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَنْ النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَنْ الْمَجْنُونِ حَتَّى يُفِيْقَ » ^(١) . ولأنَّ القِصاصَ عُقوبةٌ مغلُظَةٌ ، فلم تَجِبْ على الصَّبِيِّ وزائِلِ العَقْلِ ، كالحُدُودِ ، ولأنَّهُم ليس لهم قِصاصٌ صحيحٌ ، فهم كالقاتِلِ خطأً .

فصل : فإن اِخْتَلَفَ الجاني وولِيُّ الجَنَايةِ ، فقال الجاني : كُنْتُ صَبِيًّا حالَ الجَنَايةِ . وقال وليُّ الجَنَايةِ : كُنْتُ بِالْعُلَا . / فالقولُ قولُ الجاني مع يَمِينِهِ ، إذا احْتَمَلَ الصَّدَقُ ؛ لأنَّ الأصلَ الصَّغَرُ ، وبرائةُ ذِمَّتِهِ من القِصاصِ . وإن قال : قَتَلْتُهُ وأنا مَجْنُونٌ . وأنكَرَ الوليُّ جُنُونَهُ ، فإن عُرِفَ له حالُ جُنُونٍ ، فالقولُ قوله أيضًا لذلك ، وإن لم يُعَرَفْ

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١) تقدم تخريجه ، في : ٥٠/٢ .

له حال جُنُونٍ ، فالقول قول الولي ؛ لأن الأصل السلامة ، وكذلك إن عُرف له جُنُونٌ ، ثم عُلِمَ زَوَالُهُ قَبْلَ الْقَتْلِ ، وإن ثَبَتَ لأحدهما بَيِّنَةٌ بما ادَّعاه ^(١) ، حُكِمَ له . وإن أقاما بَيِّنَتَيْنِ تعارضتا ، فإن شَهِدَتِ البَيِّنَةُ أَنَّهُ كَانَ زَائِلَ الْعَقْلِ ، وقال ^(٢) الولي : كنت سَكْرَانًا . وقال القاتل ^(٣) : كنت مَجْنُونًا . فالقول قول القاتل مع يَمِينِهِ ؛ لأنه أَعْرَفُ بِنَفْسِهِ ، ولأن الأصل براءة ذِمَّتِهِ ، واجْتِنَابُ الْمُسْلِمِ فِعْلَ مَا يَحْرُمُ عَلَيْهِ .

فصل : فإن قَتَلَهُ وهو عاقلٌ ، ثم جُنَّ ، لم يَسْقُطْ عنه الْقِصَاصُ ، سواء ثَبَتَ ذلك عليه ^(٤) بَيِّنَةٌ أو إقرارٌ ؛ لأن رُجُوعَهُ غَيْرُ مَقْبُولٍ ، وَيُقْتَصُّ مِنْهُ فِي حَالِ جُنُونِهِ . ولو ثَبَتَ عليه الْحَدُّ بإقرارِهِ ، ثم جُنَّ لم يُقَمَّ عَلَيْهِ حَالُ جُنُونِهِ ؛ لأن رُجُوعَهُ يُقْبَلُ ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لو كان صَاحِبًا رَجَعَ .

فصل : وَيَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى السَّكَرَانِ إِذَا قَتَلَ حَالَ سُكْرِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ ، أَنَّ وَجُوبَ الْقِصَاصِ عَلَيْهِ مَبْنِيٌّ عَلَى وَقُوعِ طَلَاقِهِ ، وفيهِ رَوَاتَانِ ، فَيَكُونُ فِي وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ زَائِلُ الْعَقْلِ ، أَشْبَهَ الْمَجْنُونُ ، وَلِأَنَّهُ غَيْرُ مَكْلُفٍ ، أَشْبَهَ ^(٥) الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ . وَلَنَا ، أَنَّ الصَّحَابَةَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، أَقَامُوا سُكْرَهُ مَقَامَ ^(٦) قَذْفِهِ ، فَأَوْجَبُوا عَلَيْهِ حَدَّ الْقَاذِفِ ، فَلَوْلَا أَنَّ قَذْفَهُ مُوجِبٌ لِلْحَدِّ عَلَيْهِ ، لَمَا وَجَبَ الْحَدُّ ^(٧) بِمَظْنَنَتِهِ ، وَإِذَا وَجَبَ الْحَدُّ ، فَالْقِصَاصُ الْمَتَمَحِّضُ حَقٌّ آدَمِيٌّ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ حُكِمَ لَوْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ ^(٨) الْقِصَاصُ وَالْحَدُّ ، لِأَفْضَى إِلَى أَنَّ مَنْ أَرَادَ أَنْ يَعْصِيَ اللَّهَ تَعَالَى ، شَرِبَ مَا يُسْكِرُهُ ، ثُمَّ يَقْتُلُ وَيَزْنِي وَيَسْرِقُ ، وَلَا يَلْزِمُهُ عُقُوبَةٌ ^(٩) وَلَا مَأْثَمٌ ، وَيَصِيرُ عِصْيَانُهُ سَبَبًا لِسُقُوطِ عُقُوبَةِ ^(١٠) الدُّنْيَا وَالْآخِرَةِ عَنْهُ ، وَلَا وَجْهَ لِهَذَا .

(٢) في ب : « ادعا » .

(٣) في ب ، م : « فقال القاتل » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في ب : « فأشبهه » .

(٧) في ب : « مكان » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩-٩) سقط من : ب . نقل نظر .

/ وفارقَ هذا الطلاقَ ، ولأنَّه قولٌ يُمكنُ إلغاؤه بخلافِ القتلِ . فأما إن شربَ أو أكلَ ما يُزيلُ عقله غيرَ الخمرِ ، على وجهٍ مُحَرَّمٍ ، فإن زالَ عقله بالكُلِّيَّةِ ، بحيث صارَ مجنونًا ، فلا قِصاصَ عليه ، وإن كان يزولُ قريبًا ويعودُ من غيرِ تَدَاوٍ ، فهو كالسُّكْرِ ، على ما فُصِّلَ فيه .

١٤٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ ، وَإِنْ سَقَلَ)

وجملته أن الأب لا يُقتل بولده ، والجَدُّ لا يُقتل بولدِ ولده ، وإن تَرَكْتُ دَرَجَتَهُ ، وسواءٌ في ذلك وَلَدُ البَنَاتِ أو وَلَدُ البَنَاتِ . وممَّن نُقِلَ عنه أن الوالد لا يقتل بولده ، عمرُ بن الخطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال ربيعةُ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ نافعٍ ، وابنُ عبدِ الحَكَمِ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُقتلُ به ؛ لظاهرِ آيِ الكتابِ ، والأخبارِ المَوْجِبَةِ للقِصاصِ ، ولأنَّهما حُرَّانِ مُسلمانِ من أهلِ القِصاصِ ، فَوَجَبَ أن يُقتَلَ كُلُّ واحدٍ منهما بِصاحِبِهِ ، كالأَجْنَبِيِّينِ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : قد رَوَوْا في هذا البابِ ^(١) أخبارًا . وقال مالكٌ : إن قَتَلَهُ حَدَفًا بالسيفِ ونحوه ، لم يُقتَلَ به ، وإن ذَبَحَهُ ، أو قَتَلَهُ قَتْلًا لَا يُشَكُّ في أَنَّهُ عَمَدَ إلى قَتْلِهِ دُونَ تَأْذِيهِ ، أُقِيدَ به . ولنا ، ما رَوَى عمرُ بنُ الخطَّابِ ، وابنُ عباسٍ ، أن رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ » . أخرَجَ النَّسَائِيُّ حديثَ عمرَ ^(٢) ، ورواهما ابنُ ماجه ^(٣) ، وذكرهما ابنُ عبيد البرِّ ، وقال : هو حديثٌ مشهورٌ عند أهلِ العلمِ بالحِجازِ والعِراقِ ، مُستَفِيزٌ عندهم ، يُسْتَعْنَى بشهرته وقبوله والعمل به عن الإسناد فيه ، حتى يكون الإسنادُ في مثله مع شهرته تَكْلُفًا . ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(٤) . وقضيةُ هذه

(١) سقط من : م .

(٢) لعله في السنن الكبرى . وأخرج حديث عمر الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩/١ .

(٣) في : باب لا يقتل الوالد بولده ، من كتاب الديات .. سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ .

وأخرج حديث ابن عباس الترمذى ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ١٧٥/٦ .

(٤) تقدم تحريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

الإضافة تَمْلِكُهُ إِيَّاهُ ، فإذا لم تُثَبِّتْ حَقِيقَةُ الْمِلْكِيَّةِ ، بَقِيََتِ الْإِضَافَةُ شُبْهَةً فِي دَرَجَةٍ (٥)
 الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبْهَاتِ ، وَلِأَنَّهُ سَبَبُ إِيجَادِهِ ، فَلَا يَتَّبَعِي أَنْ يَتَسَلَّطَ بِسَبَبِهِ عَلَى
 إِعْدَامِهِ . وَمَا ذَكَرْنَاهُ يَخْصُ الْعُمُومَاتِ ، وَيُفَارِقُ الْأَبُ سَائِرَ النَّاسِ ، فَإِنَّهُمْ لَوْ قَتَلُوا
 بِالْحَذَفِ بِالسَّيْفِ ، وَجَبَ عَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ / ، وَالْأَبُ بِخِلَافِهِ . ١٧/٩

فصل : وَالْجَدُّ وَإِنْ عَلَا كَالْأَبِ فِي هَذَا ، وَسَوَاءٌ كَانَ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ أَوْ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ ، فِي
 قَوْلِ أَكْثَرِ مُسْتَقْطِي الْقِصَاصِ عَنِ الْأَبِ . وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ حَيٍّ : يُقْتَلُ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ
 وَالِدٌ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ النَّصِّ ؛ وَلِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْوِلَادَةِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْقَرِيبُ
 وَالْبَعِيدُ ، كَالْمَحْرَمَةِ ، وَالْعَتَقِ إِذَا مَلَكَه ، وَالْجَدُّ مِنْ قَبْلِ (٦) الْأُمِّ كَالْجَدِّ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ؛
 لِأَنَّ ابْنَ الْبَنَاتِ يُسَمَّى ابْنًا ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ (٧) فِي الْحَسَنِ (٧) : « إِنْ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ » (٨) .

١٤٢٦ - مسألة : قال : (وَالْأُمُّ فِي ذَلِكَ كَالْأَبِ)

هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ عِنْدَ مُسْتَقْطِي الْقِصَاصِ عَنِ الْأَبِ . وَرَوَى
 عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنِ الْأُمِّ ، فَإِنْ مُهَنَّا نَقَلَ عَنْهُ ، فِي أُمِّ وَلَدٍ
 قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا : تُقْتَلُ . قَالَ : مَنْ يَقْتُلُهَا ؟ قَالَ : وَلَدُهَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى إِجَابِ
 الْقِصَاصِ عَلَى الْأُمِّ بِقَتْلِ وَلَدِهَا . وَخَرَّجَهَا أَبُو بَكْرٍ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْأُمَّ تُقْتَلُ
 بِوَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهَا عَلَيْهِ ، فَتُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَخِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ
 ﷺ : « لَا يَقْتُلُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ » (١) . وَلِأَنَّهُمَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأَشْبَهَتِ الْأَبَ ، وَلِأَنَّهُمَا أَوْلَى
 بِالِيرِّ ، فَكَانَتْ أَوْلَى بِنَفْيِ الْقِصَاصِ عَنْهَا ، وَالْوِلَايَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ ؛ بِدَلِيلِ انْتِفَاءِ

(٥) فِي ب : « رَد » .

(٦-٦) فِي م : « الْأَبُ كَالْجَدِّ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجه ، فِي : ٩٨/٤ .

(١) تَقَدَّمَ تَخْرِيجه ، فِي صَفْحَةِ ٤٨٣ .

القصاص عن الأب يقتل الكبير الذى لا ولاية^(٢) عليه ، وعن الجد ، ولا ولاية له ، وعن الأب المخالف فى الدين ، أو الرقيق . والجدّة وإن علّت فى ذلك كالأم ، وسواء فى ذلك من قبل الأب ، أو من قبل الأم ؛ لما ذكرنا فى الجد .

فصل : وسواء كان الوالد مساوياً للولد فى الدين والحرية ، أو مخالفاً له^(٣) فى ذلك ؛ لأنّ انتفاء القصاص لشرف الأبوة ، وهو موجود فى كل حال ، فلو قتل الكافر ولده^(٤) المسلم ، أو قتل المسلم أباه الكافر ، 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 : وإذا^(٥) تداعى نفسان^(٦) نَسَبَ صغير مجهول النسب ، ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما ، فلا قصاص / عليهما ؛ لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنتهما . وإن ألحقته ثقافة بأحدهما ، ثم قتلاه ، لم يقتل أبوه ، وقتل الآخر ؛ لأنه شريك الأب فى قتل ابنه . وإن رجعا جميعاً عن الدغوى ، لم يقبل رجوعهما ؛ لأنّ النسب حق للولد ، فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به ، كما لو أقر^(٧) له بحق سيواه ، أو كما لو ادّعاه واحد ، فالحق به ، ثم جحدّه . وإن رجعا أحدهما ، صحّ رجوعه ، وثبتّ نسبه من الآخر ؛ لأنّ رجوعه لم^(٨) يبطّل نسبه ، ويسقط القصاص عن الذى لم يرجع ، ويجب على الرجاع ؛ لأنه شارك الأب ، وإن غفّى عنه ، فعليه نصف الدية . ولو اشتراك رجلان فى وطء امرأة فى طهر واحد ، وأتت بوليد ، يُمكن أن يكون منهما ، فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما ، لم

(٢) فى الأصل : « ولا » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) فى م : « والده » .

(٥) فى الأصل : « والده » .

(٦-٦) فى م : « ادعى نفران » .

(٧) فى الأصل ، م : « أقر » .

(٨) فى ب : « لا » .

يَجِبُ الْقِصَاصُ ، وَإِنْ نَفَى نَسَبَهُ ، لَمْ يَنْتَفِ بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ نَفَاهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَنْتَفِ بِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهِ بِالْفِرَاشِ ، فَلَا يَنْتَفِي إِلَّا بِاللَّعَانِ . وَفَارَقَ الَّتِي قَبْلَهَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ^(٩) أَنْ أَحَدَهُمَا ، إِذَا رَجَعَ عَنْ دَعْوَاهُ ، لِحَقِّ الْآخَرِ ، وَهُنَا لَا يَلْحَقُ بِذَلِكَ . وَالثَّانِي ، أَنَّ ثُبُوتَ نَسَبِهِ ثُمَّ بِالْاعْتِرَافِ ، فَيَسْقُطُ بِالْجَحْدِ ، وَهُنَا يَثْبُتُ ^(١٠) بِالِاشْتِرَاكِ فِي الْوَطْءِ ، فَلَا يَنْتَفِي بِالْجَحْدِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كَمَا قُلْنَا ، سَوَاءٌ .

فصل : وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الْأَبْنَيْنِ صَاحِبَهُ ، وَلَهُمَا وَلَدٌ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوَجَبَ لَوْلَدِهِ ، وَلَا يَجِبُ لِلْوَلَدِ قِصَاصٌ عَلَى وَالِدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِبْ بِالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَلَا أَنْ لَا يَجِبَ لَهُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى ، وَسَوَاءٌ كَانَ الْوَلَدُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، أَوْ كَانَ لِلْمَقْتُولِ وَلَدٌ سِوَاهُ ، أَوْ مَنْ يُشَارِكُهُ فِي الْمِيرَاثِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْقِصَاصُ ، لَوَجَبَ لَهُ جِزَاءٌ مِنْهُ ، وَلَا يُمَكِّنُ وَجُوبُهُ ، وَإِذَا لَمْ يَثْبُتْ بَعْضُهُ ، سَقَطَ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ ، وَصَارَ كَالْوَعْفَا بَعْضُ مُسْتَحَقِّ الْقِصَاصِ عَنْ نَصِيْبِهِ مِنْهُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَلَدٌ مِنْهُمَا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالتَّحِيصِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا يُقْتَلُ الزَّوْجُ بِأَمْرَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا ^(١١) بِعَقْدِ النِّكَاحِ ، فَأَشْبَهَ الْأُمَّةَ . / وَلَنَا ، عُمُومَاتُ النَّصِّ ، وَلِأَنَّهُمَا شَخْصَانِ مُتَكَافِئَانِ ، يُحَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ صَاحِبِهِ ، فَيُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ مَلَكَهَا . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهَا حُرَّةٌ ، وَإِنَّمَا مَلَكَ مَنْفَعَةَ الْاِسْتِمْتَاعِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَأْجِرَةَ ، وَلِهَذَا تَجِبُ دِيَّتُهَا عَلَيْهِ ، وَيَرْتُّهَا وَرَثَتُهَا ، وَلَا يَرْتُّ مِنْهَا إِلَّا قَدَرُ مِيرَاثِهِ ، وَلَوْ قَتَلَهَا غَيْرُهُ ، كَانَتْ دِيَّتُهَا أَوْ الْقِصَاصُ لَوَرَثَتُهَا ، بِخِلَافِ الْأُمَّةِ .

فصل : وَلَوْ قَتَلَ رَجُلٌ أَخَاهُ ، فَوَرِثَهُ ابْنُهُ ، أَوْ أَحَدًا ^(١٢) يَرِثُ ابْنُهُ مِنْ شَيْءٍ مِنْ مِيرَاثِهِ ،

و ١٨/٩

(٩-٩) سقط من : الأصل ، م .

(١٠) في ب : ثبت .

(١١) في ب : ملكه .

(١٢) في م : واحد .

لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لما ذكرنا . ولو قُتِلَ خَالَ ابْنِهِ ، فَوَرِثَتْهُ أُمُّ ابْنِهِ الْقِصَاصَ ^(١٣) أو جُزْءًا منه ، ثم ماتَتْ بِقَتْلِ الزَّوْجِ أو غيره ، فَوَرِثَهَا ابْنُهُ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ^(١٤) ؛ لِأَنَّ مَا مَنَعَ مُقَارِنًا أَسْقَطَ طَارِئًا ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ . وَلَوْ قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ أَخَا زَوْجِهَا ، فَصَارَ الْقِصَاصُ أو جُزْءُ منه لِابْنِهَا ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ، سواءً صار إليه ابتداءً ، أو انتقل إليه من أبيه أو من غيره ؛ لما ذكرنا .

فصل : وإذا قَتَلَ أَحَدُ أَبَوَيْ الْمُكَاتِبِ الْمُكَاتِبَ ^(١٥) ، أو عَبْدًا له ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بِوَلَدِهِ ، وَلَا يُثْبِتُ لِلْوَلَدِ عَلَى الْوَالِدِ قِصَاصٌ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ أَحَدَ أَبَوَيْهِ ، ثم قَتَلَهُ ، لم يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُقْتَلُ بَعْدِيهِ .

فصل : إِنْ بَنَى قَتَلَ أَحَدَهُمَا أَبَاهُ ، وَالْآخَرَ أُمَّهُ ، فَإِنْ كَانَتِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَهُمَا مَوْجُودَةً حَالَ قَتْلِ الْأَوَّلِ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْقَتِيلَ الثَّانِي وَرِثَ جُزْءًا مِنْ دَمِ الْأَوَّلِ ، فَلَمَّا قُتِلَ وَرِثَهُ قَاتِلُ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ لَهُ جُزْءٌ مِنْ دَمِ نَفْسِهِ ، فَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ، وَوَجِبَ لَهُ الْقِصَاصُ عَلَى ^(١٥) أَخِيهِ ، فَإِنْ قَتَلَهُ ، وَرِثَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ ^(١٦) بِحَقِّ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهُ إِلَى الدِّيَّةِ ، وَجِبَتْ ، وَتَقَاصًا بَيْنَهُمَا ، وَمَا فَضَلَ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ لَهُ عَلَى أَخِيهِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَ الْأَبَوَيْنِ قَائِمَةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ لِأَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ الَّذِي قَتَلَهُ أَخُوهُ وَحْدَهُ دُونَ قَاتِلِهِ ، فَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمَا فَقَتَلَ صَاحِبَهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ أَخَاهُ ؛ ^(١٧) لِكُونِهِ قَتْلًا ^(١٧) بِحَقِّ ، فَلَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمَقْتُولِ ابْنٌ / ، أَوْ ابْنُ ابْنٍ يَحْجُبُ الْقَاتِلَ ، فَيَكُونُ لَهُ قَتْلُ عَمِّهِ ، وَيَرِثُهُ إِنْ ^(١٨) لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ . وَإِنْ تَشَاحَفَا فِي الْمُبْتَدِئِ

(١٣-١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في ب : « عن » .

(١٦) في م : « قتله » .

(١٧-١٧) في ب : « لأنه قتل » .

(١٨) في ب : « وإن » .

منهما بالقتل ، اَحْتَمَلَ أَنْ يُبْدَأَ بِقَتْلِ الْقَاتِلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُقْرَعَ بينهما . وَهَذَا قَوْلُ الْقَاضِي ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَا فِي الْإِسْتِحْقَاقِ ، فَيَصِيرُ^(١٩) إِلَى الْقُرْعَةِ ، وَابْتِهَامُ قَتْلِ صَاحِبِهِ أَوَّلًا ، إِمَّا بِمُبَادَرَةٍ^(٢٠) أَوْ قُرْعَةٍ ، وَرِثَتُهُ ، فِي قِيَاسِ الْمَذْهَبِ ، إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ ، وَسَقَطَ عَنْهُ الْقِصَاصُ ، وَإِنْ كَانَ مُحْجُوبًا عَنْ مِيرَاثِهِ كُلِّهِ ، فَلِوَارِثِ الْقَتِيلِ قَتْلُ الْآخَرِ . وَإِنْ عَفَا أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخَرِ ، ثُمَّ قَتَلَ الْمَغْفُورُ عَنْهُ الْعَافِيَّ ، وَرِثَتُهُ أَيْضًا ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ . وَإِنْ تَعَاَفَا جَمِيعًا عَلَى الدِّيَةِ ، تَقَاصًا بِمَا اسْتَوْفَا فِيهِ ، وَوَجَبَ لِقَاتِلِ^(٢١) الْأُمِّ الْفَضْلُ عَلَى قَاتِلِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ عَقْلَ الْأُمِّ نِصْفُ عَقْلِ الْأَبِ . وَتَخَرُّجُ أَنْ يَسْقُطَ الْقِصَاصُ عَنْهُمَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا فِي اسْتِحْقَاقِهِ ، كَسَقُوطِ^(٢٢) الدَّيْتَيْنِ إِذَا تَسَاوَا ، وَلِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى اسْتِيفَائِهِمَا مَعًا^(٢٣) ، وَاسْتِيفَاءُ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ خِفَافٌ ، فَلَا يَجُوزُ ، فَتَعَيَّنَ السَّقُوطُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ابْنٌ يَحْجُبُ عَمَّهُ عَنْ^(٢٤) مِيرَاثِ أَبِيهِ ، فَإِذَا قَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، وَرِثَتُهُ ابْنُهُ ، ثُمَّ لِابْنِهِ أَنْ يَقْتُلَ عَمَّهُ ، وَيَرِثُهُ ابْنُهُ ، وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْابْنَيْنِ مَالَ أَبِيهِ وَمَالَ جَدِّهِ الَّذِي قَتَلَهُ عَمُّهُ دُونَ الَّذِي قَتَلَهُ أَبُوهُ . وَإِنْ كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِنْتُ^(٢٥) ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صَاحِبَهُ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ نِصْفَ مَالِ أَخِيهِ وَنِصْفَ قِصَاصِ نَفْسِهِ ، فَسَقَطَ عَنْهُ الْقِصَاصُ ، وَوَرِثَ مَالَ أَبِيهِ الَّذِي قَتَلَهُ أَخُوهُ وَنِصْفَ مَالِ أَخِيهِ وَنِصْفَ مَالِ أَبِيهِ الَّذِي قَتَلَهُ هُوَ ، وَوَرِثَتِ الْبِنْتُ الَّتِي قَتَلَ أَبُوهَا نِصْفَ مَالِ أَبِيهَا وَنِصْفَ مَالِ جَدِّهَا الَّذِي قَتَلَهُ عَمُّهَا ، وَلَهَا عَلَى عَمِّهَا نِصْفُ دِيَةِ قَتِيلِهِ .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : (: فَيَصِيرُ) .

(٢٠) فِي ب : (: بِمُبَادَرَتِهِ) .

(٢١) فِي م : (: الْقَاتِلُ) .

(٢٢) فِي م : (: لِسَقُوطِ) .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : م .

(٢٤) فِي ب : (: مِنْ) .

(٢٥) فِي م : (: ابْنَتُهُ) .

فصل : أربعة إخوة ، قَتَلَ الأوَّلُ الثاني ، والثالثُ الرابع ، فالقصاصُ على الثالث ؛ لأنه لما قَتَلَ الرابع ، لم يرَته ، وورثه الأوَّلُ وحده^(٢٦) ، وقد كان للرابع نصفُ قصاصي الأوَّل ، فَرَجَعَ نصفُ قصاصه إليه ، فسَقَطَ ، وَوَجَبَ للثالث نصفُ الدِّية ، وكان للأوَّل قَتْلُ الثالث ؛ لأنه لم يرَث من دَمِ نَفْسِهِ شيئاً ، فإن قَتَلَهُ ، وَرَثَهُ في ظاهرِ المذهب ، ويرِثُ ما يرِثُهُ عن أخيه الثاني / ، وإن عَفَا عنه إلى الدِّية ، وَجَبَتْ عليه بكَمَالِهَا يُقَاصَصُهُ بِنِصْفِهَا . وإن كان لهما وَرَثَةٌ ، كان فيها من التَّفْصِيلِ مثل^(٢٧) الذي في^(٢٧) التي قَبَلَهَا .

١٩/٩

١٤٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْتَلُ الْوَلَدُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)

هذا قولُ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَحَكَى أَصْحَابُنَا عَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةً ثَانِيَةً ، أَنَّ الْإِبْنَ لَا يُقْتَلُ بِأَبِيهِ ؛ لِأَنَّهُ مَمَّنْ لَا تُقْبَلُ شَهَادَتُهُ لَهُ بِحَقِّ النَّسَبِ ، فَلَا يُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ . وَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ ؛ لِلآيَاتِ ، وَالْأَخْبَارِ ، وَمُوَافَقَةِ الْقِيَاسِ ، لِأَنَّ الْأَبَ أَعْظَمُ حُرْمَةً وَحَقًّا مِنَ الْأَجْنَبِيِّ ، فَإِذَا قُتِلَ بِالْأَجْنَبِيِّ ، فَبِالْأَبِ أَوَّلَى ، وَلِأَنَّهُ يُحَدُّ بِقَدْفِهِ ، فَيُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ الْإِبْنِ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّ حُرْمَةَ الْوَالِدِ عَلَى الْوَلَدِ آكَدُ ، وَالْإِبْنُ مُضَافٌ إِلَى أَبِيهِ بِإِلَامِ التَّمْلِيكِ ، بِخِلَافِ^(١) « الْوَالِدُ مَعَ الْوَلَدِ » . وَقَدْ ذَكَرَ أَصْحَابُنَا حَدِيثَيْنِ مُتَعَارِضَيْنِ عَنْ سُرَاقَةَ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا يُقَادُ الْأَبُ مِنْ ابْنِهِ ، وَلَا الْإِبْنُ مِنْ أَبِيهِ » . وَالثَّانِي أَنَّهُ كَانَ يُقِيدُ الْأَبَ مِنْ ابْنِهِ ، وَلَا يُقِيدُ الْإِبْنَ مِنْ أَبِيهِ . رَوَاهُ التِّرْمِذِيُّ^(٢) . وَهَذَا الْحَدِيثَانِ ؛^(٣) الْحَدِيثُ الْأَوَّلُ لَا نَعْرِفُهُ ، وَلَمْ نَجِدْهُ فِي كُتُبِ السُّنَنِ الْمَشْهُورَةِ ، وَلَا أَظُنُّ لَهُ

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧-٢٧) سقط من : ب .

(١-١) في ب : « الْوَلَدُ مَعَ الْوَالِدِ » .

(٢) سقط من : الأصل . وأخرجه الترمذی ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الدييات . عارضة الأحوذى ١٧٤/٦ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والدييات وغیره . سنن الدارقطني ١٤٢/٣ .

(٣) في م زيادة : « أما » .

أَصْلًا ، وإن كان له أصلٌ فهما مُتَعَارِضَانِ مُتَدَاْفِعَانِ ، يَجِبُ اطْرَاحُهُمَا ، والعمل بالتَّصْوَصِ الواضِحَةِ الثَّابِتَةِ ، والإجماع الذي لا تجوزُ مُخَالَفَتُهُ .

١٤٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالوَاحِدِ)

وجملته أَنَّ الجماعةَ إِذَا قَتَلُوا وَاحِدًا ، فعلى كُلِّ واحدٍ منهم الْقِصَاصُ ، إِذَا كَانَ كُلُّ (١)
 واحدٍ منهم لو انْفَرَدَ بِفِعْلِهِ وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَالْمُغِيرَةِ
 ابْنِ شُعْبَةَ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ . وَهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَأَبُو سَلَمَةَ ، وَعَطَاءٌ ،
 وَقَتَادَةُ . وَهُوَ مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ
 وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . (٢) وَحَكَى عَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةَ أُخْرَى ، لَا يُقْتَلُونَ بِهِ ، وَتَجِبُ عَلَيْهِمُ
 الدِّيَّةُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ الزُّبَيْرِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَحَبِيبِ بْنِ أَبِي ثَابِتٍ ، وَعَبْدِ
 الْمَلِكِ ، وَرَبِيعَةَ ، وَدَاوُدَ ، وَابْنَ الْمُنْذِرِ . / وَحَكَاهُ ابْنُ أَبِي مُوسَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَرَوَى
 عَنْ مُعَاذِ بْنِ جَبَلٍ ، وَابْنِ الزُّبَيْرِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ مِنْهُمْ وَاحِدٌ ، وَيُؤْخَذُ
 مِنَ الْبَاقِينَ حِصَصُهُمْ مِنَ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَافِئٌ لَهُ ، فَلَا تُسْتَوْفَى أَبْدَالُ
 بِمُبْدِلٍ وَاحِدٍ ، كَمَا لَا تَجِبُ دِيَاثُ لِمُقْتُولٍ وَاحِدٍ ، وَلَئِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ الْحُرُّ
 بِالْحُرِّ ﴾ (٣) . وَقَالَ : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (٤) . فَمُقْتَضَاهُ أَنَّهُ لَا
 يُؤْخَذُ بِالنَّفْسِ أَكْثَرُ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَئِنَّ التَّفَاوُتَ فِي الْأَوْصَافِ يَمْنَعُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْحُرَّ
 لَا يُؤْخَذُ بِالْعَبْدِ ، وَالتَّفَاوُتُ فِي الْعَدَدِ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا حُجَّةَ مَعَ مَنْ أَوْجَبَ
 قَتْلَ جَمَاعَةٍ بِوَاحِدٍ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، رَوَى سَعِيدُ بْنُ
 الْمُسَيَّبِ ، أَنَّ عُمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ ، قَتَلَ سَبْعَةً مِنْ أَهْلِ صَنْعَاءَ قَتَلُوا رَجُلًا ،

١٩/٩ ط

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢-٢) في الأصل ، ب : « وعن » .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

وقال : لو تَمَّالاً عليه أهل صنْعَاء لَقَتَلْتُهُمْ جَمِيعاً^(٥) . وعن علي رضي الله عنه ، أَنَّهُ قَتَلَ ثَلَاثَةً قَتَلُوا رَجُلًا^(٦) . وعن ابن عباس أَنَّهُ قَتَلَ جَمَاعَةً بَوَاحِدٍ^(٧) ، ولم يُعْرِفْ لَهُمْ فِي عَصْرِهِمْ مُخَالِفٌ ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلَئِنْهَا عُقُوبَةٌ تَجِبُ^(٨) لِلوَاحِدِ عَلَى الْوَاحِدِ ، فَوَجِبَتْ لِلوَاحِدِ^(٩) عَلَى الْجَمَاعَةِ ، كَحَدِّ الْقَذْفِ . وَيُفَارِقُ الدِّيَّةَ ، فَإِنَّهَا تَتَبَعُضُ ، وَالْقِصَاصُ لَا يَتَبَعُضُ ، وَلَئِنْ الْقِصَاصَ لَوْ سَقَطَ بِالِاشْتِرَاكِ ، أَدَّى إِلَى التَّسَارُعِ إِلَى الْقَتْلِ بِهِ ، فَيُودَى إِلَى إِسْقَاطِ حِكْمَةِ الرَّدْعِ وَالزَّجْرِ .

فصل : ولا يُعْتَبَرُ فِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُشْتَرَكِينَ التَّسَاوِي فِي سَبَبِهِ ، فَلَوْ جَرَحَهُ رَجُلٌ جُرْحًا وَالْآخَرُ مَائَةً ، أَوْ جَرَحَهُ أَحَدُهُمَا مُوضِحَةً وَالْآخَرُ آمَةً ، أَوْ أَحَدُهُمَا جَائِفَةً وَالْآخَرُ غَيْرَ جَائِفَةٍ ، فَمَاتَ ، كَانَا سَوَاءً فِي الْقِصَاصِ وَالْدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ التَّسَاوِي يُفْضِي إِلَى سُقُوطِ الْقِصَاصِ عَنِ الْمُشْتَرَكِينَ ، إِذْ لَا يَكَادُ جُرْحَانِ يَتَسَاوِيَانِ مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، وَلَوْ اخْتَمَلَ التَّسَاوِي لَمْ يُثَبِّتِ الْحُكْمُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْطَ يُعْتَبَرُ الْعِلْمُ بِوُجُودِهِ ، وَلَا يَكْتَفَى بِاخْتِمَالِ الْوُجُودِ ، بَلِ الْجَهْلُ بِوُجُودِهِ كَالْعِلْمِ بَعْدَمِهِ فِي انْتِفَاءِ الْحُكْمِ ، وَلَئِنْ الْجُرْحُ الْوَاحِدُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ مِنْهُ دُونَ الْمَائَةِ ، كَمَا يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ مِنَ الْمُوضِحَةِ دُونَ الْآمَةِ ، وَمِنْ غَيْرِ الْجَائِفَةِ / دُونَ الْجَائِفَةِ ، وَلَئِنْ الْجِرَاحُ إِذَا صَارَتْ نَفْسًا سَقَطَ اعْتِبَارُهَا ، فَكَانَ حُكْمُ الْجَمَاعَةِ كَحُكْمِ الْوَاحِدِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ قَطَعَ أَطْرَافَهُ كُلِّهَا فَمَاتَ ، وَجِبَتْ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ طَرَفَهُ فَمَاتَ .

فصل : إِذَا اشْتَرَكَ ثَلَاثَةٌ فِي قَتْلِ رَجُلٍ ، فَقَطَعَ أَحَدُهُمْ يَدَهُ ، وَالْآخَرُ رِجْلَهُ ، وَأَوْضَحَهُ الثَّالِثُ ، فَمَاتَ ، فَلِلْوَلِيِّ قَتْلُ جَمِيعِهِمْ ، وَالْعَفْوُ عَنْهُمْ إِلَى الدِّيَّةِ ، فَيَأْخُذُ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ ثَلَاثَهَا ، وَلَهُ أَنْ يَغْفُوَ عَنْ وَاحِدٍ ، فَيَأْخُذُ مِنْهُ ثُلُثَ الدِّيَّةِ ، وَيَقْتُلُ الْآخَرَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَغْفُوَ عَنْ اثْنَيْنِ ، فَيَأْخُذُ مِنْهُمَا ثُلُثِي الدِّيَّةِ ، وَيَقْتُلُ الثَّالِثَ ، فَإِنْ بَرَأَتْ

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٤٦١ .

(٦) انظر لحديث علي ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٣٤٨/٩ . ولحديث ابن عباس انظر ما أخرجه عبد

الرزاق ، في : المصنف ٤٧٩/٩ .

(٧-٧) سقط من : ب . نقل نظر .

جراحة أَحَدِهِمْ ، ومات من الجُرْحَيْنِ الْآخَرَيْنِ ، فله أن يَقْتَصَّ من الذى بَرَأَ جُرْحُهُ بِمِثْلِ جُرْحِهِ ، وَيَقْتُلَ الْآخَرَيْنِ ، أو يَأْخُذَ مِنْهُمَا دِيَّةً كَامِلَةً ، أو يَقْتُلَ أَحَدَهُمَا وَيَأْخُذَ مِنَ الْآخَرِ نِصْفَ الدِّيَّةِ ، وله أن يَغْفُوَ عن الذى بَرَأَ جُرْحُهُ ، وَيَأْخُذَ مِنْهُ دِيَّةَ جُرْحِهِ . فإن ادَّعى الْمَوْضِيحُ أَنَّ جُرْحَهُ بَرَأَ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَكَذَّبَهُ شَرِيكَاهُ ، نَظَرَتْ فِي الْوَلِيِّ ، فَإِنْ صَدَّقَهُ ثَبَتَ حَكْمُ الْبَرِّ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ، فَلَا يَمْلِكُ قَتْلَهُ ، وَلَا مُطَالَبَتَهُ بِثُلْثِ الدِّيَّةِ ، وله أن يَقْتَصَّ مِنْهُ مُوَضِّحَةً ، أو يَأْخُذَ مِنْهُ أَرْضَهَا ، وَلَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ فِي حَقِّ شَرِيكَيْهِ ^(٨) ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْبَرِّ فِيهَا ، لَكِنْ إِنْ اخْتَارَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ ، فَلَا فَائِدَةَ لَهَا فِي إنْكَارِ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا ، سَوَاءً بَرَأَتْ أَوْ لَمْ تَبْرَأْ . وَإِنْ اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، لَمْ يَلْزَمْهُمَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلَاثِيهَا . وَإِنْ كَذَّبَهُ الْوَلِيُّ ، حَلَفَ ، وَلَهُ الْاِقْتِصَاصُ مِنْهُ ، أَوْ مُطَالَبَتُهُ بِثُلْثِ الدِّيَّةِ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةُ شَرِيكَيْهِ ^(٨) بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلَاثِيهَا ^(٩) . فَإِنْ شَهِدَ لَهُ شَرِيكَاهُ بِبَرِّئِهَا ، لَزِمَهُمَا الدِّيَّةُ كَامِلَةً ؛ لِإِقْرَارِهِمَا بِوُجُوبِهَا ، وَلِلْوَلِيِّ اخْتِذَاهَا مِنْهُمَا إِنْ صَدَّقَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، وَعَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ثُلَاثِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ . وَتَقْبُلُ شَهَادَتُهُمَا لَهُ ، إِنْ كَانَا قَدْ تَابَا وَعُدَّلا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَجُزَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا بِذَلِكَ نَفْعًا ، فَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنْهُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْضِ مُوَضِّحَةٍ .

فصل : إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ يَدَهُ مِنَ الْكُوعِ ، ثُمَّ قَطَعَهَا آخَرُ مِنَ الْمَرْفِقِ ، ثُمَّ مَاتَ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَتْ جَرَاةُ الْأَوَّلِ بَرَأَتْ قَبْلَ / قَطْعِ الثَّانِي ، فَالثَّانِي هُوَ الْقَاتِلُ وَحْدَهُ ، وَعَلَيْهِ الْقَوْدُ ، أَوْ الدِّيَّةُ كَامِلَةً ، إِنْ عَفَا عَنْ قَتْلِهِ ، وَلَهُ قَطْعُ يَدِ الْأَوَّلِ ، أَوْ نِصْفُ ^(١٠) الدِّيَّةِ ، وَإِنْ لَمْ تَبْرَأْ ، فَهُمَا قَاتِلَانِ ، وَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ^(١١) الْقَاتِلُ هُوَ ^(١١) الثَّانِي وَحْدَهُ ،

ظ ٢٠/٩

(٨) فِي ب ، م : « شَرِيكِهِ » .

(٩) فِي النِّسْخِ : « ثُلَاثِيهَا » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « وَنِصْفُ » .

(١١-١١) فِي م : « هُوَ الْقَاتِلُ » .

ولا قصاصَ على الأول في النفس ؛ لأنَّ قَطَعَ الثاني قَطْعَ سِرَافَةٍ ، قَطَعَهُ ومات بعد زوال جنائته ، فأشبهه مالهو اندمَل جُرْحُهُ . وقال مالك : إن قَطَعَهُ الثاني عَقِيبَ قَطْعِ الأول ، قَتِلَا جميعًا ، وإن عاش بعد قَطْعِ الأول حتى أَكَلَ وشَرِبَ ، ومات عَقِيبَ قَطْعِ الثاني ، فالثاني هو القاتل وحده ، وإن عاش بعدهما حتى أَكَلَ وشَرِبَ ، فللأولياء أن يُقَسِّمُوا على أيَّهما شاءوا وَيَقْتُلُوهُ . ولنا ، أنَّهما قَطَعَانِ لو مات بعد كُلِّ واحدٍ منهما وحده ، لَوَجِبَ عليه القصاصُ ، فإذا مات بعدهما ، وَجِبَ عليهما القصاصُ ، كما لو كان في يَدَيْنِ ، ولأنَّ القَطْعَ الثاني لا يَمْنَعُ جنائته بعده ، فلا يَسْقُطُ حُكْمُ ما قبله ، كما لو كان في يَدَيْنِ ، ولا تُسَلَّمُ زَوَالُ جنائته ، ولا قَطْعُ سِرَافَتِهِ ، فإنَّ الأَلَمَ الحاصِلَ بالقَطْعِ الأول لم يَزُلْ ، وإنَّما انْضَمَّ إليه الأَلَمُ الثاني ، فَضَعَفَتِ^(١٢) النَّفْسُ عن احْتِمَالِهما^(١٣) ، فَزَهَقَتْ بهما ، فكان^(١٤) القَتْلُ بهما . وَيُخَالِفُ الانْدِمَالُ ؛ فَإِنَّهُ لا يَبْقَى معه الأَلَمُ الذي حَصَلَ في الأَعْضَاءِ الشَّرِيفَةِ ، فَاخْتَلَفَا . فإن ادَّعى الأولُ أَنَّ جُرْحَهُ انْدَمَلَ ، فَصَدَّقَهُ الولِيُّ ، سَقَطَ عنه القَتْلُ ، وَلَزِمَهُ القصاصُ في اليَدِ أو نِصْفِ الدِّيةِ ، وإن كَذَبَهُ شَرِيكُهُ ، واختارَ الولِيُّ القصاصَ ، فلا فائدةَ له في تَكْذِيبِهِ ؛ لأنَّ قَتْلَهُ واجبٌ ، وإن عَفَا عنه إلى الدِّيةِ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ، ولا يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ من نِصْفِ الدِّيةِ . وإن كَذَبَ الولِيُّ الأولُ ، حَلَفَ ، وكان له قَتْلُهُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ما ادَّعاه . ولو ادَّعى الثاني انْدِمَالَ جُرْحِهِ ، فالْحُكْمُ فيه كالحُكْمِ في الأول إذا ادَّعى ذلك .

١٤٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَطَعُوا يَدًا^(١) ، قُطِعَتْ نَظِيرُهَا مِنْ / كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ)

وجملته أن الجماعة إذا اشتَرَكُوا في جُرْحٍ مُوجِبٍ للقصاصِ ، وَجِبَ القصاصُ على

(١٢) في الأصل : « فضعت » .

(١٣) في ب ، م : « احتمالها » .

(١٤) في م : « فكل » .

(١) في ب ، م : « بها » .

جميعهم . وبه قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الحسن ،
والزهري ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : لا تقطع يدان بيد واحدة .
ويتعين ذلك وجهها في مذهب أحمد ؛ لأنه روي عنه أن الجماعة لا يقتلون بالواحد . وهذا
تنبيه على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد ؛ لأن الأطراف يُعتبر التساوي فيها ، بدليل أنا
لا نأخذ الصحيحة بالشلاء ، ولا كاملة الأصابع بناقصتها ، ولا أصلية بزائدة ، ولا زائدة
بأصلية ، ولا يمينًا بيسار ، ولا يسارًا بيمين ، ولا تساوي بين الطرف والأطراف ،
فوجب امتناع القصاص بينهما ، ولا يُعتبر التساوي في النفس ، فإننا نأخذ الصحيح
بالمريض^(٢) ، وصحيح الأطراف بمقطوعها وأشلها ، ولأنه يُعتبر في القصاص في
الأطراف التساوي في نفس القطع ، بحيث لو قطع كل واحد من جانب ، لم يجب
القصاص ، بخلاف النفس ، ولأن الاشتراك الموجب للقصاص في النفس يقع كثيرًا ،
فوجب القصاص زجرًا عنه ، كيلا يتخذ وسيلة إلى كثرة القتل ، والاشتراك المختلف
فيه لا يقع إلا في غاية الندرة ، فلا حاجة إلى الزجر عنه ، ولأن إيجاب القصاص على
المشتركين في النفس يحصل به الزجر عن كل اشتراك ، أو عن^(٣) الاشتراك المعتاد ،
وإيجابه على^(٤) المشتركين في الطرف ، لا يحصل به الزجر عن الاشتراك المعتاد ، ولا
عن شيء من الاشتراك ، إلا عن^(٥) صورة نادرة الوقوع ، بعيدة الوجود ، يحتاج في
وجودها إلى تكلف ، فإيجاب القصاص للزجر عنها يكون منعا لشيء مُمتنع بنفسه
لصعوبته ، وإطلاقا في القطع السهل المعتاد بنفي القصاص عن فاعله ، وهذا لا فائدة
فيه ، بخلاف الاشتراك في النفس ، يُحققه أن وجوب القصاص على^(٦) الجماعة بواحد في
النفس والطرف على خلاف الأصل ، لكونه يأخذ في الاستيفاء زيادة على ما فوت

(٢) في ب : « والمريض » .

(٣) في ب : « وعن » .

(٤) في ب ، م ، « عن » .

(٥) في م : « على » .

(٦) في ب : « عن » .

عليه^(٧)، ويُخِلُّ بالتمثيل المنصوص على النهي عما عداه ، / وإِنَّمَا خُولِفَ هذا الأصلُ في الأنفُسِ ، زَجْرًا عن الاشتراك الذي يَقَعُ القَتْلُ به غالبًا ، ففيما عداه يَجِبُ البقاءُ على أصلِ التَّحْرِيمِ ، ولأنَّ النَّفْسَ أَشْرَفَ من الطَّرَفِ ، ولا يَلْزَمُ من المُحَافَظَةِ عليها بأخذ الجماعةِ بالواحدِ ، المُحَافَظَةُ على ما دُونِهَا بذلك . ولنا ، ما رَوَى أَنَّ شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، على رَجُلٍ بالسَّرِقَةِ ، فَقَطَعَ يَدَهُ ، ثُمَّ جَاءَا بآخَرَ ، فَقَالَا^(٨) : هذا هو السَّارِقُ ، وَأَخْطَأْنَا في الأوَّلِ . فَرَدَّ شَهِادَتَهُمَا على الثاني ، وَغَرَمَهُمَا دِيَّةَ يَدٍ^(٩) الأوَّلِ ، وقال : لو عَلِمْتُ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا ، لَقَطَعْتُكُمَا^(١٠) . فَأَخْبَرَ أَنَّ الْقِصَاصَ على كُلِّ واحدٍ منهما لو تَعَمَّدَا قَطَعَ يَدٍ^(١١) واحدة . ولأنَّه أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَتَوَخَّضَ الجماعةُ بالواحدِ كالأنفُسِ ، وَأَمَّا اعتِبارُ التَّساوَى ، فَمِثْلُهُ في الأنفُسِ ، فَإِنَّا نَعْتَبِرُ التَّساوَى فيها ، فلا نَأْخُذُ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، ولا حُرًّا بِعَبْدٍ ، وَأَمَّا أَخْذُ صَحِيحِ الْأَطْرَافِ بِمَقْطُوعِهَا ، فَلِأَنَّ الطَّرْفَ ليس هو^(١٢) من النَّفْسِ الْمُقْتَصَّ^(١٣) منها ، وَإِنَّمَا يَفُوتُ تَبَعًا ، ولذلك كانت دِيَّتُهُمَا^(١٤) واحدة ، بخلاف اليَدِ النَّاقِصَةِ والشَّلَاءِ مع الصَّحِيحَةِ ، فَإِنَّ دِيَّتَهُمَا^(١٥) مُخْتَلِفَةٌ . وَأَمَّا اعتِبارُ التَّساوَى في الفِعْلِ ، فَإِنَّمَا اعتِبرَ في اليَدِ لَأَنَّهُ يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهَا بِالْقَطْعِ ، فَإِذَا قَطَعَ كُلُّ واحدٍ منهما^(١٦) من جانبٍ ، كان فِعْلُ كُلِّ واحدٍ منهما مُتَمَيِّزًا عن فِعْلِ صاحِبِهِ ، فلا يَجِبُ على إنسانٍ قَطْعُ مَحَلٍّ لم يَقْطَعْ مثله ، وَأَمَّا النَّفْسُ ، فلا يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهَا بالفِعْلِ ، وَإِنَّمَا أَفْعَالُهُمْ في البَدَنِ ، فيُفْضَى أَلَمُهُ إِلَيْهَا فَتَزْهَقُ ، ولا يَتَمَيِّزُ أَلَمُ فِعْلِ أَحَدِهِمَا من أَلَمِ فِعْلِ الْآخَرِ ، فَكَانَا كَالْقَاطِعَيْنِ في مَحَلٍّ واحدٍ ،

(٧) في ب : « علمه » .

(٨) في م : « فقال » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٥٦ .

(١١) سقط من : الأصل ، ب .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في ب : « ديتها » .

(١٤) في م : « منها » .

ولذلك^(١٥) لا يُستوفى من الطَّرَفِ إلَّا في المَفْصِلِ الذي قَطَعَ الجاني منه ، ولا يجوزُ تَجَاوُزُهُ ، وفي النَّفْسِ لو قَتَلَهُ بِجُرْجٍ في بَطْنِهِ أو جَنْبِهِ أو غير ذلك ، كان الاستيفاءُ من العُنُقِ دون المَحَلِّ الذي وَقَعَتِ الجَنَايَةُ فيه . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّمَا يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَى الْمُشْتَرِكِينَ فِي الطَّرَفِ ، إذا اشْتَرَكُوا فيه على وَجْهِ لَا يَتَمَيَّزُ فِعْلُ أَحَدِهِمْ عن فِعْلِ الْآخَرِ ؛ إِمَّا بِأَن يَشْهَدُوا عَلَيْهِ بِمَا يُوجِبُ قَطْعَهُ ، فَيُقْطَعُ ، ثم يَرْجِعُونَ عن الشَّهَادَةِ ، أو يُكْرِهُوا إِنْسَانًا على قَطْعِ طَرَفٍ ، فَيَجِبُ قَطْعُ الْمُكْرَهِينَ كُلِّهِمُ والمُكْرَهَ ، أو يُلْقُوا صَخْرَةً على طَرَفٍ إِنْسَانٍ ، فَيُقْطَعُ ، أو يَقْطَعُوا يَدًا ، أو يَقْلَعُوا عَيْنًا ، بِضَرْبَةٍ وَاحِدَةٍ ، أو يَضَعُوا حِدِيدَةً عَلَى / مَفْصِلٍ ، وَيَحَامِلُوا عَلَيْهَا جَمِيعًا ، أو يَمُدُّوهَا ، فَتَبِينُ ، فَإِن قَطَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مِنْ جَانِبٍ ، أو قَطَعَ أَحَدُهُمْ بَعْضَ المَفْصِلِ ، وَأَتَمَّهُ غَيْرُهُ ، أو ضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ ضَرْبَةً ، أو وَضَعُوا مِشْأَرًا على مَفْصِلِهِ ، ثم مَدَّهُ كُلُّ وَاحِدٍ إِلَيْهِ مَرَّةً^(١٦) حَتَّى بَاءَتِ الْيَدُ ، فَلَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ^(١٧) لَمْ يَقْطَعْ الْيَدَ ، وَلَمْ يُشَارِكْ فِي قَطْعِ جَمِيعِهَا ، وَإِن كَانَ فِعْلُ^(١٨) وَاحِدٍ مِنْهُمْ يُمَكِّنُ الْاِفْتِصَاصَ بِمُفْرَدِهِ ، اقْتَصَصَ مِنْهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

٢٢/٩

١٤٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُتِلَ الْأَبُ وَغَيْرُهُ عَمْدًا ، قُتِلَ مَنْ سِوَى الْأَبِ)

وهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو ثورٍ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، لا قِصَاصَ على واحدٍ منهما . وهو قولُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ قُتِلَ تَرَكَّبَ مِنْ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، فلم يُوجِبْ ، كَقَتْلِ الْعَامِدِ وَالْخَاطِئِ ، وَالصَّبِيِّ وَالْبَالِغِ ، وَالْمَجْنُونِ وَالْعَاقِلِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَارَكَ فِي الْقَتْلِ الْعَمْدِ الْعُدْوَانِ مِنْ^(١) يُقْتَلُ بِهِ لَوْ انْفَرَدَ بِقَتْلِهِ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ،

(١٥) في ب : « وكذلك » .

(١٦) في ب زيادة : « مرة » .

(١٧) في ب : « منها » .

(١٨) في الأصل ، م : « قتل » .

(١) في الأصل ، م : « فيمن » .

كشريك الأجنبي ، ولا تُسلم أن فعل الأب غير موجب ؛ فإنه يفتضى الإيجاب لكونه تمحض عمداً عدواناً ، والجناية به أعظم إنمّا ، وأكثر جرماً ، ولذلك خصّه الله تعالى بالنهي عنه ، فقال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ ﴾ . ثم قال : ﴿ إِنْ قَتَلْتُمْ كَانَ خَطِيئَةً كَبِيرًا ﴾ ^(٢) . ولما سئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب ، قال : « أَنْ تَجْعَلَ لِلَّهِ نِدًا وَهُوَ خَلْقَكَ ، ثُمَّ أَنْ تَقْتُلَ وَلَدَكَ خَشْيَةً أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ » ^(٣) . فجعله أعظم الذنوب بعد الشرك ، ولأنّه قطع الرّحم التي أمر الله تعالى بصليتها ، 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 يمتنع عمله في المحل الذي لا مانع فيه ، وأمّا شريك الخاطيء ، فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه لقصور السبب عن الإيجاب ، فإنّ فعل الخاطيء غير موجب للقصاص ، ولا صالح له ، والقتل منه ومن شريكه غير متمحض عمداً ؛ لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به زهوق النفس ، بخلاف مسألتنا .

فصل : وكلّ شريكين امتنع القصاص في حقّ أحدهما ، لمعنى فيه من غير قصور في السبب ، فهو في وجوب القصاص على شريكه / كالأب وشريكه ، مثل أن يشترك مسلم وذمّي في قتل ذمّي ^(٤) ، أو حرّ وعبيد في قتل عبيد ، عمداً عدواناً ، فإنّ القصاص لا

ظ ٢٢/٩

(٢) سورة الإسراء ٣١ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَنْدَادًا وَأَنْتُمْ تَعْلَمُونَ ﴾ ، وباب : ﴿ وَالَّذِينَ لَا يَدْعُونَ مَعَ اللَّهِ إِلَهًا آخَرَ ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب قتل الولد خشية أن يأكل معه ، من كتاب الأدب ، وفي : باب إثم الزناة ، من كتاب الحدود ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ، من كتاب الديات ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ فَلَا تَجْعَلُوا لِلَّهِ أَنْدَادًا ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري ٢٢/٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٩/٨ ، ٢٠٤ ، ٢/٩ ، ١٨٦ . ومسلم ، في : باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان أعظمها بعده ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٠/١ ، ٩١ . وأبو داود ، في : باب في تعظيم الزنى ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٩/١ ، ٥٤٠ . والترمذي ، في : باب ومن سورة الفرقان ، من أبواب التفسير ، عارضة الأحمدي ٥٧/١٢ . والنسائي ، في : باب ذكر أعظم الذنب ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٨٢/٧ ، ٨٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٠/١ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٦٢ .

(٤-٤) سقط من : م . نقل نظر .

يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْحُرِّ ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِيِّ وَالْعَبْدِ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِهِ عَلَى شَرِيكَ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْقِصَاصِ عَنِ الْمُسْلِمِ لِإِسْلَامِهِ ، وَعَنِ الْحُرِّ لِحُرِّيَّتِهِ ، وَاتْتِفَاءً مُكَافَأَةً الْمَقْتُولِ لَهُ ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَعَدَّى إِلَى فِعْلِهِ ، وَلَا إِلَى شَرِيكِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ عَنْهُ . وَقَدْ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبِي عَنْ حُرٍّ وَعَبْدٍ قَتَلَا عَبْدًا عَمْدًا ، قَالَ : أَمَّا الْحُرُّ فَلَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ، وَعَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي مَالِهِ ، وَالْعَبْدُ إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَسْلَمَهُ ، وَإِلَّا فَدَاهُ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَى الْعَبْدِ ، فَيُخْرِجُ مِثْلَ ذَلِكَ فِي كُلِّ قَتْلِ شَارِكٍ فِيهِ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ .

١٤٣١ - مسألة ؛ قال (: وَإِذَا اشْتَرَكَ فِي الْقَتْلِ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَبَالِغٌ ، لَمْ يُقْتَلْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، وَعَلَى الْعَاقِلِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ ، وَعَلَى عَاقِلَةٍ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وَعِثْقُ رَقَبَتَيْنِ فِي أَمْوَالِهِمَا ؛ (١) لِأَنَّ عَمْدَهُمَا خَطَأً)

أَمَّا إِذَا شَارَكَ (٢) فِي الْقَتْلِ مَنْ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ لِمَعْنَى فِي فِعْلِهِ (٣) ؛ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْقَوْدَ يَجِبُ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ . حَكَاهَا ابْنُ (٤) الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَحُكِيَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ قَتَادَةَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ عُقُوبَةٌ تَجِبُ عَلَيْهِ جَزَاءً لِفِعْلِهِ ، فَمَتَى كَانَ فِعْلُهُ عَمْدًا عُذْوَانًا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ ، وَلَا نَظَرَ (٥) إِلَى فِعْلِ شَرِيكِهِ بِحَالٍ ، وَلِأَنَّهُ شَارَكَ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا عُذْوَانًا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَشَرِيكِ الْأَجْنَبِيِّ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا

(١-١) سقط من : الأصل ، ب . وسيأتي التنصيص عليه خلال الشرح .

(٢) في الأصل ، م : « شاركوا » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « نظر » .

يُؤَاخِذُ^(٦) بِفِعْلِهِ لَا يَفْعَلُ غَيْرِهِ . فعلى هذا ، يُعْتَبَرُ فِعْلُ الشَّرِيكِ مُنْفَرِدًا ، فمتى تَمَحَّضَ عَمْدًا عُذْوَانًا ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ مُكَافِئًا لَهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَبَنَى الشَّافِعِيُّ قَوْلَهُ عَلَى أَنَّ فِعْلَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِذَا تَعَمَّدَاهُ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُمَا يَقْصِدَانِ الْقَتْلَ ، وَإِنَّمَا سَقُوطُ الْقِصَاصِ عَنْهُمَا لِمَعْنَى فِيهِمَا ، وَهُوَ عَدَمُ التَّكْلِيفِ ، فَلَمْ يَقْتَضِ سَقُوطُهُ / عَنْ شَرِيكِهِمَا ، كَالْأَبْوَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَارَكَ مَنْ لَا مَأْتَمَ عَلَيْهِ فِي فِعْلِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قِصَاصٌ ، كَشَرِيكِ الْخَاطِئِ ، وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لَا قَصْدَ لِهَما صَحِيحٌ ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُمَا ، فَكَانَ حُكْمُ فِعْلِهِمَا حُكْمَ الْخَطِئِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : عَمْدُهُمَا خَطَأٌ .

أى فى حُكْمِ الْخَطِئِ فى انْتِفَاءِ الْقِصَاصِ عَنْهُ^(٧) ، وَمِقْدَارِ^(٨) دِيَّتِهِ ، وَحَمْلِ عَاقِلَتَيْهِمَا إِيَّاهَا ، وَوُجُوبِ الْكَفَّارَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ عَلَيْهِمْ أَثْلَاثًا ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ثُلُثُهَا ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ بَدَلُ الْمَحَلِّ ، وَلِذَلِكَ اخْتَلَفَتْ بِاخْتِلَافِهِ ، وَالْمَحَلُّ الْمُتَلَفُّ وَاحِدٌ ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ وَاحِدَةً ، وَلِأَنَّهَا تَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ ، أَمَّا الْقِصَاصُ ، فَإِنَّمَا كَمَلَ فى كُلِّ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ جَزَاءُ الْفِعْلِ ، وَأَفْعَالُهُمْ مُتَعَدِّدَةٌ ، فَتَعَدَّدَ^(٩) فى حَقِّهِمْ ، وَكَمَلَ فى حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا ، إِلَّا أَنَّ الثُّلْثَ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُكَلِّفِ يَلْزَمُهُ^(١٠) فى مَالِهِ حَالًا ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ عَمْدٌ ، وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ الْعَمْدَ ، وَمَا يَلْزَمُ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ ، فعلى عَاقِلَتَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ عَمْدَهُمَا خَطَأٌ ، وَالْعَاقِلَةُ تَحْمِلُ جِنَايَةَ الْخَطِئِ إِذَا بَلَغَتْ ثُلْثَ الدِّيَّةِ ، وَتَكُونُ مُوَجَّلَةً عَامًّا ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ متى كَانَ ثُلْثُ الدِّيَّةِ ، كَانَ أَجَلُهُ عَامًّا ، وَيَلْزَمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْكَفَّارَةُ فى^(١١) مَالِهِ ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا خَطَأٌ ، وَالْقَاتِلُ الْخَاطِئُ وَالْمُشَارِكُ فى الْقَتْلِ خَطَأٌ ، يَلْزَمُهُ كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجِبُ بَدَلًا عَنِ الْمَحَلِّ ، وَهَذَا لَمْ تَخْتَلِفْ ، وَإِنَّمَا

(٦) فى ب ، م : « يؤخذ » .

(٧) فى م : « عند » .

(٨) فى م : « ومدار » .

(٩) فى م : « فتعد » .

(١٠) فى م : « يلزم » .

(١١) فى ب ، م : « من » .

وَجَبَتْ تَكْفِيرًا لِلْفِعْلِ ، وَمَحَوْا لِأَثَرِهِ ، فَوَجَبَ ^(١) تَكْمِيلُهَا ، كَالْقِصَاصِ .

١٤٣٢ - مسألة : قال : (وَيُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالْأُنْثَى ، وَالْأُنْثَى بِالذَّكَرِ)

هذا قول عامة أهل العلم ؛ منهم النخعي ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، ومالكٌ ، وأهل المدينة ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم . ورَوَى عن عليٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ : يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَيُعْطَى أُولَاؤُهُ نِصْفُ الدِّيَةِ . أَخْرَجَهُ سَعِيدٌ ^(١) . ورَوَى مثلُ هذا عن أحمد . وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء . وحكى عنهما مثل قول الجماعة . وَلَعَلَّ مَنْ ذَهَبَ إِلَى الْقَوْلِ الثَّانِي يَحْتَجُّ بِقَوْلِ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، وَلَأنَّ عَقْلَهَا نِصْفُ عَقْلِهِ ، فَإِذَا قُتِلَ بِهَا بَقِيَ لَهُ بَقِيَّةٌ ، فَاسْتُوفِيَتْ مِنْ قَتْلِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٢) . وقوله : ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ ﴾ ^(٣) . مع عموم سائر النصوص ، وقد ثبت أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ يَهُودِيًّا رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ ^(٤) . ورَوَى أَبُو بَكْرِ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عَمْرٍو بْنِ / حَزْمٍ ، عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ كَتَبَ إِلَى أَهْلِ الْيَمَنِ بِكِتَابٍ فِيهِ الْفَرَائِضُ وَالْأَسْنَانُ ، وَأَنَّ الرَّجُلَ يُقْتَلُ بِالْمَرْأَةِ ^(٥) . وهو كتاب مشهور عند أهل العلم ، مُتَلَقًى بِالْقَبُولِ عَنْدهم ، وَلأنَّهُمَا شَخْصَانِ يُحَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُم ^(٦) بِقَذْفِ صَاحِبِهِ ، فَقُتِلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْآخَرِ ،

ظ ٢٣/٩

(١٢) في ب : « فوجبت » .

(١) وأخرجه ابن جرير ، في : تفسير سورة البقرة ، الآية ١٧٨ . تفسير الطبري ١٠٥/٢ .

(٢) سورة المائدة ٤٥ .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٥) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول ، من كتاب القسامة . المجتبى ٥١/٨ ، ٥٢ . والدارمي ، في : باب القوديين الرجال والنساء ، من كتاب الدييات . سنن الدارمي ١٨٩/٢ ، ١٩٠ . والحاكم ، في : كتاب الزكاة . المستدرک ٣٩٥/١ - ٣٩٧ . والبيهقي ، في : باب قتل الرجل بالمرأة ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٢٨/٨ .

(٦) كذا في النسخ .

كالرَّجُلَيْنِ ، ولا يَجِبُ مع القِصاصِ شيءٌ ؛ لأنَّه قِصاصٌ واجبٌ ، فلم يَجِبْ^(٧) معه شيءٌ على الْمُقتَصِّ ، كسائرِ القِصاصِ ، واختلافُ الأبدالِ لا عِبرةَ به في القِصاصِ ، بدليل أن الجماعةَ يُقتَلونَ بالواحدِ ، والنَّصرانيُّ يُؤخذُ بالمَجُوسِيِّ ، مع اختلافِ دينيهما ، ويؤخذُ العَبْدُ بالعَبْدِ ، مع اختلافِ قِيمَتَيْهِما .

فصل : ويُقتلُ كلُّ واحدٍ من الرجل والمرأة بالخُنْثَى ، ويُقتلُ بهما ؛ لأنَّه لا يخلو من أن يكون ذكراً أو أنثى .

١٤٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ يَتْنَهُمَا فِي النَّفْسِ قِصاصٌ ، فَهُوَ يَتْنُهُمَا فِي الْجِرَاحِ)

وجملته أن كلَّ شَخْصَيْنِ جَرى بينهما القِصاصُ في النَّفْسِ ، جَرى القِصاصُ بينهما في الأطرافِ ، فيُقطعُ الحرُّ المسلمُ بالحرِّ المسلمِ ، والعَبْدُ بالعَبْدِ ، والدِّمَى بالدِّمَى ، والذَّكَرُ بالأنثى ، والأنثى بالذَّكَرِ ، ويُقطعُ النَّاقصُ بالكامِلِ ، كالعَبْدُ بالحرِّ ، والكافرُ بالمسلمِ . وَمَنْ لا يُقتلُ بِقتله ، لا يُقطعُ طَرَفُهُ بطَرَفِهِ ، فلا يُقطعُ مسلمٌ بكافرٍ ، ولا حرٌّ بعَبْدٍ ، ولا والدٌ^(١) بولدٍ . وهذا قال مالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال^(٢) أبو حنيفة : لا قِصاصُ في الطَّرَفِ بين مُختلِفِي البَدَلِ ، فلا يُقطعُ الكاملُ بالنَّاقصِ ، ولا النَّاقصُ بالكامِلِ ، ولا الرَّجُلُ بالمرأةِ ، ولا المرأةُ بالرَّجُلِ ، ولا الحرُّ بالعَبْدِ ، ولا العَبْدُ بالحرِّ^(٣) ، ويُقطعُ المسلمُ بالكافرِ ، والكافرُ بالمسلمِ ؛ لأنَّ التَّكافؤَ مُعتَبَرٌ في الأطرافِ ، بدليل أن الصَّحِيحَةَ لا تُؤخذُ بالشَّلَاءِ ، ولا الكاملةُ بالنَّاقصَةِ ، فكذا لا يُؤخذُ طَرَفُ الرَّجُلِ بطَرَفِ المرأةِ ، ولا يُؤخذُ طَرَفُها بطَرَفِهِ ،

(٧) سقط من : الأصل .

(١) في ب ، م ، د : ولد .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) في الأصل ، ازيادة : ولا العبد بالعبيد .

كما لا تؤخذ اليسرى باليمينى . ولنا ، أن من جرى بينهما القصاص فى النفس^(٤) ، جرى^(٥) ، فى الطرف ، كالحريين ، وما ذكره يئطل بالقصاص فى النفس ، فإن التكافؤ معتبر ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمسئمتين ، ثم يلزمه أن يأخذ / الناقصة بالكاملة ؛ لأن المماثلة قد وجدت وزيادة ، فوجب أخذها بها إذا رضى المستحق ، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين ، فيجريان مجرى النفسين^(٦) ، لاختلاف محلّيهما ، ولهذا استوى بدلّهما ، فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ، ولا العلة فيهما^(٧) ذلك .

١٤٣٤ - مسألة : قال : (وإذا قتلاه ، وأخذهما مخطئ ، والآخر متعمد ، فلا قود على واحد منهما ، وعلى العامد نصف الدية فى ماله ، وعلى عاقلة المخطئ نصفها ، وعليه فى ماله عتق رقبة مؤمنة)

أما المخطئ ، فلا قصاص عليه ؛ للكتاب والسنة والإجماع ، أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ﴾^(٢) . وأما السنة ، فقول النبي ﷺ : « عَفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ »^(٣) . وأجمع أهل العلم على أنه لا قصاص عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قصاصاً . وبه قال النحوي ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن أحمد ، أن عليه

(٤) سقط من : ب .

(٥) فى ب زيادة : « بينهما » .

(٦) فى م : « النفس » .

(٧) فى ب : « فيها » .

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٥ .

(٣) تقدم ترجمته فى ١٤٦/١ .

الْقِصَاصَ . وحكى ذلك ^(٤) عن مالك ^(٥) ؛ لأنه شارك في القتل عمداً وعدواناً ، فوجب عليه القصاص ، كشريك العايد ، ولأن مؤاخذته بفعله ، وفعله عمداً وعدواناً ^(٥) لا عذر له فيه . ولنا ، أنه قتل لم يتمحض عمداً ، فلم يوجب القصاص ، كشبه العميد ، وكألو قتله واحد بجرحين عمداً وخطأً ، ولأن كل واحد من الشريكين مباشر ومتسبب ^(٦) ، فإذا كانا امدنين ، فكل واحد متسبب إلى فعل موجب للقصاص ، فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه ، وههنا إذا أقمنا المخطئ مقام ^(٧) العايد ، صار كأنه قتله بعمد وخطأً ، وهذا غير موجب .

فصل : وهل يجب القصاص على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ، ذكرهما أبو عبد الله ابن حامد ، وصورة ذلك ، أن يجرحه سبع ، ويجرحه إنسان عمداً ، إما قبل ذلك أو بعده ، فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ، ثم يجرحه ^(٨) غيره / عمداً ، فيموت منهما ، فهل يجب على المشارك له قصاص ؟ فيه وجهان . واختلف ^(٩) عن الشافعي فيه . وقال أصحاب الرأي : لا قصاص عليه ؛ لأنه شارك من لا يجب القصاص عليه ، فلم يلزمه قصاص ، كشريك الخاطئ ، ولأنه قتل تركب من موجب وغير موجب ، فلم يوجب ، كالقتل الحاصل من عمد وخطأً ، ولأنه إذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمون ، فلأن لا يجب على شريك من لا يضمن فعله أولى . والوجه الثاني ، عليه القصاص . وهو قول أبي بكر . وروى عن أحمد ، أنه قال : إذا جرحه رجل ، ثم جرح الرجل نفسه ، فمات ، فعلى شريكه القصاص ؛ لأنه قتل عمداً متمحض ، فوجب القصاص على الشريك فيه ، كشريك الأب ، فأما إن جرح الرجل

(٤-٤) سقط من : ب ، م .

(٥) سقطت الواو من : الأصل .

(٦) في ب : « ويتسبب » .

(٧) في الأصل زيادة : « فعل » .

(٨) في م : « يجرحه » .

(٩) أى النقل .

نَفْسَهُ خَطَاً ، كَأَنَّهُ أَرَادَ ضَرْبَ جَارِحَةٍ ، فَأَصَابَ نَفْسَهُ ، أَوْ خَاطَ جُرْحَهُ ، فَصَادَفَ
اللَّحْمَ الْحَيَّ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى شَرِيكِهِ ، فِي أَصَحِّ الْوَجْهَيْنِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّ عَلَيْهِ
الْقِصَاصَ ، بِنَاءً عَلَى الرُّوَايَتَيْنِ فِي شَرِيكِ الْخَاطِئِ .

فصل : فَإِنْ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ ، فَتَدَاوَى بِسُمِّ فَمَاتَ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ سُمُّ سَاعَةِ
يَقْتُلُ ^(١٠) فِي الْحَالِ ، فَقَدْ قُتِلَ نَفْسَهُ ، وَقَطَعَ سِرَايَةَ الْجُرْحِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَنْ ذَبَحَ نَفْسَهُ
بَعْدَ أَنْ جَرَحَ ، وَنَظَرْتُ فِي الْجُرْحِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ، فَلَوْلِيَّهِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ مُوجِبًا لَهُ ، فَلَوْلِيَّهِ الْأَرْضُ ، وَإِنْ كَانَ السُّمُّ لَا يَقْتُلُ فِي الْغَالِبِ ، وَقَدْ يَقْتُلُ ،
فَفِعْلُ ^(١١) الرَّجُلِ فِي نَفْسِهِ عَمْدٌ خَطِيئًا ، وَالْحُكْمُ فِي شَرِيكِهِ كَالْحُكْمِ فِي شَرِيكِ الْخَاطِئِ ،
وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، فَعَلَى الْجَارِحِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ كَانَ السُّمُّ يَقْتُلُ غَالِبًا بَعْدَ
مُدَّةٍ ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ عَمْدًا خَطِيئًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْقَتْلَ ، إِنَّمَا قَصَدَ التَّدَاوِيَّ ،
فَيَكُونُ كَالَّذِي قَتَلَهُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ فِي حُكْمِ الْعَمْدِ ، فَيَكُونُ فِي شَرِيكِهِ الرَّجُلَانِ
الْمَذْكُورَيْنِ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ . وَإِنْ جَرَحَ رَجُلٌ ، فَخَاطَ جُرْحَهُ ، أَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ فَخَاطَهُ
لَهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَالِوِ شَرِبَ سُمًّا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ ، عَلَى
مَا مَضَى فِيهِ . وَإِنْ خَاطَهُ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ / كُرْهًا ، فَهُمَا قَاتِلَانِ عَلَيْهِمَا الْقَوْدُ . وَإِنْ
خَاطَهُ وَلِيُّهُ ، أَوْ الْإِمَامُ ، وَهُوَ مِمَّنْ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَهُمَا كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَإِنْ كَانَ لهُمَا عَلَيْهِ
وِلَايَةٌ ، فَلَا قَوْدَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا جَائِزٌ لهُمَا ، إِذْ لهُمَا مُدَاوَاتُهُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ خَطَاً .
وَهَلْ عَلَى الْجَارِحِ الْقَوْدُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى شَرِيكِ الْخَاطِئِ .

و٢٥/٩

١٤٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَدِيَّةُ الْعَبْدِ قِيمَتُهُ ، وَإِنْ بَلَغَتْ دِيَّاتِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى ^(١) أَنَّ فِي الْعَبْدِ ، الَّذِي لَا تُبْلَغُ قِيمَتُهُ دِيَّةَ الْحُرِّ ، قِيمَتُهُ . وَإِنْ

(١٠) فِي ب : « يَقْتُلُ » .

(١١) فِي ب ، م : « بِفَعْلٍ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

بَلَغَتْ قِيمَتُهُ دِيَّةَ الْحُرِّ أَوْ زَادَتْ عَلَيْهَا ، فَذَهَبَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِلَى أَنَّ فِيهِ ^(٢) قِيمَتَهُ ،
 بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ ، وَإِنْ بَلَغَتْ دِيَّاتٍ ، عَمْدًا كَانَ الْقَتْلُ أَوْ خَطَأً ، سِوَاءَ ضَمَنِ بِالْيَدِ أَوْ
 بِالْجَنَائَةِ . وَهَذَا قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ،
 وَإِبَاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَكْحُولٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ،
 وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي يُونُسَ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ :
 لَا تَبْلُغُ بِهِ دِيَّةَ الْحُرِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَنْقُصُ ^(٣) عَنْ دِيَّةِ الْحُرِّ دِينَارًا ^(٤) ، أَوْ عَشْرَةَ
 دَرَاهِمَ ، الْقَدْرَ الَّذِي يُقَطَّعُ بِهِ السَّارِقُ ، هَذَا ^(٥) إِذَا ضَمِنَ بِالْجَنَائَةِ ، وَإِنْ ضَمِنَ بِالْيَدِ ،
 بَأَن يَقْصِبَ عَبْدًا فَيَمُوتَ فِي يَدِهِ ، فَإِنَّ قِيمَتَهُ تَجِبُ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَّةِ الْحُرِّ . وَاحْتَجُّوا
 بِأَنَّهُ ضَمَانٌ آدَمِيٌّ ، فَلَمْ يَزِدْ عَلَى دِيَّةِ الْحُرِّ ، كَضَمَانِ الْحُرِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا
 أَوْجَبَ فِي الْحُرِّ دِيَّةً لَا تَزِيدُ ، وَهُوَ أَشْرَفُ لِحُلُولِهِ ^(٦) مِنْ تَقْيِصَةِ الرِّقِّ ، كَانَ تَنْبِيْهَا عَلَى
 دِيَّةِ ^(٧) الْعَبْدِ الْمَنْقُوصِ لَا يَزَادُ عَلَيْهَا ، فَتَجْعَلُ مَالِيَّةَ الْعَبْدِ مِغْيَارًا لِلْقَدْرِ الْوَاجِبِ فِيهِ ، مَا لَمْ
 يَزِدْ عَلَى الدِّيَّةِ ، فَإِذَا زَادَ ، عَلِمْنَا خَطَأً ذَلِكَ ، فَتُرَدُّهُ إِلَى دِيَّةِ الْحُرِّ ، كَأَرَشٍ مَا دُونَ
 الْمَوْضُوحَةِ ، يَجِبُ فِيهِ مَا تُخْرِجُهُ الْحُكُومَةُ ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى أَرَشِ الْمَوْضُوحَةِ ، فَتُرَدُّهُ إِلَيْهَا .
 وَلَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ ، فَيُضْمَنُ بِكَمَالِ قِيمَتِهِ بِالْعَةِ مَا بَلَغَتْ ، كَالْفَرَسِ ، أَوْ مَضْمُونٍ
 بِقِيمَتِهِ ، فَكَانَتْ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ ، كَمَا لَوْ ضَمِنَهُ بِالْيَدِ ، وَيَخَالِفُ الْحُرَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ
 بِالْقِيَمَةِ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ بِمَا قَدَّرَهُ الشَّرْعُ ، فَلَمْ يَتَجَاوَزْهُ ، وَلِأَنَّ ضَمَانَ الْحُرِّ / لَيْسَ بِضَمَانٍ
 مَالٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَخْتَلَفْ بِاخْتِلَافِ صِفَاتِهِ ، وَهَذَا ضَمَانُ مَالٍ ، يَزِيدُ بِزِيَادَةِ الْمَالِيَّةِ ،
 وَيَنْقُصُ بِنَقْصَانِهَا ، فَاخْتَلَفَا . وَقَدْ حَكَى أَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً
 أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ بِالْعَبْدِ دِيَّةَ الْحُرِّ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في ب ، م : « يَنْقُصُ » .

(٤) في ب : « دِينَار » .

(٥) في ب ، م : « وَهَذَا » .

(٦) في ب : « يَحْلُوهُ » . وفي م : « لِحُلُولِهِ » .

(٧) في ب : « أَنْ » .

باب القَوْدِ

القَوْدُ : القِصَاصُ . وَلَعَلَّهُ إِنَّمَا سُمِّيَ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَصَّ مِنْهُ فِي الْغَالِبِ يُقَادُ بِشَيْءٍ يُرْبِطُ فِيهِ أَوْ بِيَدِهِ إِلَى الْقَتْلِ ، فَسُمِّيَ الْقَتْلُ قَوْدًا لِذَلِكَ .

١٤٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَقَّ بَطْنُهُ ، فَأُخْرِجَ حِشْوَتُهُ ، فَقَطَّعَهَا ، فَأَبَانَهَا مِنْهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فَأَلْقَاثِلُ هُوَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ شَقَّ بَطْنُهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فَالثَّانِي هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَعِيشُ مِثْلُهُ ، وَالثَّانِي قَدْ يَعِيشُ مِثْلُهُ ^(١))

وجملته أنه إذا جنى عليه اثنان جنائتيين ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْأُولَى أَخْرَجَتْهُ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، مِثْلَ قَطْعِ حِشْوَتِهِ ، أَوْ ذَبْحِهِ مِنْهُ ، وَإِبَانَتِهَا مِنْهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ الثَّانِي فَالْأَوَّلُ هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى مَعَ ^(٢) جِنَايَتِهِ حَيَاةً ^(٣) ، وَالْقَوْدُ عَلَيْهِ خَاصَّةٌ ، وَعَلَى الثَّانِي التَّعْزِيرُ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَى مَيِّتٍ . وَإِنْ عَفَا الْوَلِيُّ إِلَى الدِّيَّةِ ، فَهِيَ عَلَى الْأَوَّلِ وَحْدَهُ . وَإِنْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ ^(٤) يَجُوزُ بَقَاءُ الْحَيَاةِ مَعَهُ ، مِثْلَ شَقِّ الْبَطْنِ مِنْ غَيْرِ إِبَانَةِ الْحِشْوَةِ ، أَوْ قَطْعِ طَرَفٍ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرُ ، فَالثَّانِي هُوَ ^(٥) الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجِ الْأَوَّلُ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، فَيَكُونُ الثَّانِي هُوَ الْمُفَوِّتُ لَهَا ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَالدِّيَّةُ كَامِلَةٌ إِنْ عَفَا عَنْهُ . ثُمَّ نَنْظُرُ فِي جُرْحِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ، كَقَطْعِ الطَّرَفِ ، فَالْوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ قَطْعِ طَرَفِهِ وَالْعَفْوِ عَلَى ^(٦) دِيَّتِهِ ^(٧) ، أَوْ الْعَفْوِ ^(٨) مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ لَا

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢-٣) في ب : « حياته » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ب ، م : « عن » .

(٦-٧) سقط من : ب ، م .

يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، كَالْجَائِفَةِ وَنَحْوِهَا ، فَعَلِيهِ الْأَرْضُ . وَإِنَّمَا جَعَلْنَا عَلَيْهِ الْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّ
فِعْلَ الثَّانِي قَطَعَ سِرَافَةَ جِرَاحِهِ ، فَصَارَ كَالْمُنْدَمِلِ الَّذِي لَا يَسْرَى . وَهَذَا مَذْهَبُ
الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مَخَالِفًا . وَلَوْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ يُفْضِي إِلَى الْمَوْتِ لَا مُحَالَةَ ، إِلَّا أَنَّهُ
لَا يَخْرُجُ بِهِ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، وَبَقِيَ مَعَهُ الْحَيَاةُ الْمُسْتَقَرَّةُ ، مِثْلَ خَرَقِ الْمَعَى ، أَوْ أَمِّ
الدِّمَاغِ ، فَضَرَبَ الثَّانِي عُنُقَهُ ، فَالْقَاتِلُ / هُوَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ فَوَتْ حَيَاةً مُسْتَقَرَّةً .
وَقِيلَ : ^(٧) هُوَ فِي حُكْمِ الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمَّا جُرِحَ دَخَلَ عَلَيْهِ الطَّبِيبُ
فَسَقَاهُ لَبَنًا ، فَخَرَجَ يَصِلِدُ ^(٨) ، فَقِيلَ الطَّبِيبُ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فَقَالَ : اعْهَدْ إِلَى النَّاسِ . فَعَهْدَ
إِلَيْهِمْ ، وَأَوْصَى ، وَجَعَلَ الْخِلَافَةَ إِلَى أَهْلِ الشُّوَرَى ، فَقَبِلَ الصَّحَابَةُ عَهْدَهُ ، وَأَجْمَعُوا
عَلَى قَبُولِ وَصَايَاهُ وَعَهْدِهِ ^(٩) . فَلَمَّا كَانَ حُكْمُ الْحَيَاةِ بَاقِيًا ، كَانَ الثَّانِي مُفَوَّتًا لَهَا ، فَكَانَ
هُوَ الْقَاتِلُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَلِيًّا لَا يُرْجَى بُرْءُ عَلَيْهِ .

**فصل : إذا أُلْقِيَ رَجُلٌ ^(١٠) مِنْ شَاهِقٍ ، قَتَلَقَاهُ آخَرُ بِسَيْفٍ فَقَتَلَهُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى مَنْ
قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَوَتْ حَيَاتِهِ قَبْلَ الْمَصِيرِ إِلَى حَالِ يُسَسَّ ^(١١) فِيهَا مِنْ حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَمَاهُ
إِنْسَانٌ بِسَهْمٍ قَاتِلٍ ، فَقَطَعَ آخَرُ عُنُقَهُ قَبْلَ وَقُوعِ السَّهْمِ بِهِ ، أَوْ أُلْقِيَ عَلَيْهِ صَخْرَةً ، فَأَطَارَ
آخَرُ رَأْسَهُ بِالسَّيْفِ قَبْلَ وَقُوعِهَا عَلَيْهِ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنْ رَمَاهُ مِنْ مَكَانٍ يَجُوزُ أَنْ
يَسْلَمَ مِنْهُ ، وَإِنْ رَمَاهُ مِنْ شَاهِقٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الْوَاقِعُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا .
وَالثَّانِي ، الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا بِالْقِصَاصِ وَالذِّبَةِ عِنْدَ سُقُوطِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ
لِلْإِثْلَافِ . وَلَنَا ، أَنَّ الرَّمَى سَبَبٌ وَالْقَتْلُ مُبَاشَرَةٌ ، فَانْقَطَعَ حُكْمُ السَّبَبِ ، كَالدَّفَاعِ مَعَ**

(٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : مِنْ .

(٨) يَصِلِدُ : يَبْرُقُ . غَرِيبُ الْحَدِيثِ ، لِأَبْنِ قَتَيْبَةَ ٦٢٣/١ .

(٩) انْظُرْ : مَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٢/١ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : بَابِ الْمَرَضِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ الْأَعْطِيَةُ ، مِنْ
كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٢٨٢/٦ . وَابْنُ سَعْدٍ ، فِي : الطَّبَقَاتِ الْكَبِيرِ ٢٤٦/٣ - ٢٦١ .

(١٠) فِي م : رَجُلًا .

(١١) فِي م : يَمْشُوا .

الحافر ، والجارج مع الذابح ، وكالصور التي ذكرناها^(١) . وما ذكروه باطل هذه الأصول المذكورة .

١٤٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُطِعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، ثُمَّ عَادَ فَضْرَبَ عُقْقَهُ قَبْلَ أَنْ تُنْدَمَلَ جِرَاحُهُ ، قُتِلَ ، وَلَمْ تُقَطَّعْ يَدَاهُ^(٢)) وَلَا رِجْلَاهُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، قَالَ : إِنَّهُ لِأَهْلٍ أَنْ يُفَعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . فَإِنْ عَفَا عَنْهُ الْوَلِيُّ ، فَعَلَيْهِ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ)

وجملة ذلك أن الرجل إذا جرح رجلاً ، ثم ضرب عُقْقَهُ قَبْلَ أَنْ دَمَلَ الجرح ، فالكلام في المسألة في حالين ؛ أحدهما ، أن يختار الولي القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد في كيفية الاستيفاء ؛ فرؤى عنه ؛ لا يستوفى إلا بالسيف في العنق . وبه قال عطاء ، والثوري ، وأبو يوسف ، ومحمد ؛ / لما روى عن النبي ﷺ أنه قال : « لَا قَوْدَ إِلَّا بِالسَّيْفِ » . رواه ابن ماجه^(٣) . ولأن القصاص أخذ بدلي النفس ، فدخل الطرف في حكم الجملة ، كالدية ، فإنه لو صار الأمر إلى الدية ، لم تجب إلا دية النفس ، ولأن القصد من القصاص في النفس تعطيل الكل ، وإتلاف الجملة ، وقد أمكن هذا بضرب العنق ، فلا يجوز تعذيبه بإتلاف أطرافه ، كما لو قتله بسيف كال^(٤) ، فإنه لا يقتل بمثله . والرواية الثانية عن أحمد ، قال^(٥) : إِنَّهُ لِأَهْلٍ أَنْ يُفَعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . يعني أن للمستوفى أن يقطع أطرافه ، ثم يقتله . وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وأبي

(١٢) في ب ، م : « ذكرنا » .

(١) في م : « يده » .

(٢) في : باب لا قود إلا بالسيف ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٩/٢ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٨٧/٣ ، ٨٨ ، ١٠٦ . والبيهقي ،

في : باب ما روى أن لا قود إلا بجديدة ، من كتاب الجنائيات ٦٢/٨ ، ٦٣ .

(٣) أي لا يقطع .

(٤) سقط من : ب .

حنيقة ، وأبى ثور ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ ^(٥) .
 وقوله سبحانه : ﴿ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٦) . ولأنَّ
 النَّبِيَّ ﷺ رَضَعَ ^(٧) رَأْسَ يَهُودِيٍّ لِرَضْخِهِ ^(٨) رَأْسَ جَارِيَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ بَيْنَ حَجْرَيْنِ ^(٩) .
 ولأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١٠) . وهذا قد قَلَعَ عَيْنَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ تُقْلَعَ
 عَيْنُهُ ، لِلآيَةِ . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَرَّقَ حَرْقَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ
 غَرَقَاهُ » ^(١١) . وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ مُضَوَّغًا عَلَى الْمُمَاطِلَةِ ، وَلَفْظُهُ مُشْعِرٌ بِهِ ، فَوَجَبَ ^(١٢) أَنْ
 يُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ ، كَمَا لَوْ ضَرَبَ الْعُنُقَ آخَرَ غَيْرِهِ . فَأَمَّا حَدِيثُ : « لَا قَوْدَ إِلَّا
 بِالسَّيْفِ » . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ إِسْنَادُهُ بِجَيِّدٍ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يَصِيرَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ ،
 إِمَّا بَعْفٍ ^(١٣) الْوَلِيِّ ، أَوْ كَوْنِ الْفِعْلِ خَطَأً ، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَالْوَاجِبُ دِيَّةٌ
 وَاحِدَةٌ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : تَجِبُ دِيَّةُ الْأَطْرَافِ الْمَقْطُوعَةِ
 وَدِيَّةُ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قُطِعَ سِرَايَةُ ^(١٤) الْجُرْحِ بِقَتْلِهِ صَارَ كَالْمُسْتَقَرِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ
 غَيْرُهُ ، وَلِهَذَا لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَاتِلٌ قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْجُرْحِ ، فَدَخَلَ أَرْضُ
 الْجِرَاحَةِ فِي أَرْضِ النَّفْسِ ، كَمَا لَوْ سَرَتْ إِلَى نَفْسِهِ ، وَالْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ عَلَى إِحْدَى
 الرُّوَايَتَيْنِ لَا يَجِبُ ، وَإِنْ وَجَبَ فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَا يُشْبِهُ الدِّيَةَ ؛ لِأَنَّ سِرَايَةَ الْجُرْحِ لَا
 تُسْقِطُ الْقِصَاصَ فِيهِ ، وَتُسْقِطُ دِيَّتَهُ .

(٥) سورة النحل ١٢٦

(٦) سورة البقرة ١٩٤

(٧) في م : « رض » .

(٨) في م : « لرضه » .

(٩) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(١٠) سورة المائدة ٤٥ .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب عمد القتل بالحجر ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٤٣/٨ .

(١٢) في ب : « فيجب » .

(١٣) في ب : « بفعل » .

(١٤) في م : « بسراية » .

فصل : ومتى قلنا : له أن يستوفى بمثل ما فعل بوليّه . فأحبّ أن يقتصر^(١٥) على ضربٍ عنقه ، فله ذلك ، وهو أفضل . وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني ، أو بعضها ، ثم عفا عن قتله ، فكذلك ؛ لأنه تارك بعض حقه . وإن قطع بعض أطرافه ، ثم عفا إلى الدية ، لم يكن له ذلك ؛ لأن جميع ما فعل بوليّه لا يجب به إلا دية واحدة ، فلا يجوز أن يستوفى بعضه ويستحقّ كمال الدية ، فإن فعل فله ما بقي من الدية ، فإن لم يبق منها شيء ، فلا شيء له . وإن قلنا : ليس له أن يستوفى إلا بضرب العنق . فاستوفى منه بمثل ما فعل ، فقد أساء ، ولا شيء عليه سوى المأثم ؛ لأنّ فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختصّ بها ، فكذلك فعل المستوفى ، إن قطع^(١٦) طرفاً واحداً ، ثم عفا إلى الدية ، لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ما تجب به الدية ، ثم عفا ، لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ، ثم عفا ، احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية ؛ لأنه لا يستحقّ أكثر من دية ، وقد فعل ما يوجب أكثر منها ، فكانت الزيادة عليه . واحتمل أن لا يلزمه شيء ؛ لأنه لو قتله لم يلزمه شيء ، فإذا ترك قتله ، وعفا عنه ، فأولى أن لا يلزمه شيء ، ولأنه فعل بعض ما فعل بوليّه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو قلنا : إن له أن يستوفى مثل ما فعل به .

فصل : فإن قطع يديه ورجليه ، أو جرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد ، فسرى إلى النفس ، فله القصاص في النفس . وهل له أن يستوفى^(١٧) القطع قبل القتل ؟ على روايتين ، ذكرهما القاضي ، وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة ؛ وإحداهما^(١٨) ، ليس له قطع الطرف . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأنّ ذلك يفضي إلى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط ،

(١٥) في ب : « يقتصر » .

(١٦) في ب ، م زيادة : « الجاني » .

(١٧) في الأصل زيادة : « في » .

(١٨) في م : « إحداهما » .

كما لو قَطَعَ يَدَهُ من نَصْفِ الذَّرَاعِ . والثانية ، يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ ، فإن مات به ، وإلَّا ضُرِبَتْ عُنُقُهُ . وهذا مذهبُ الشافعي ؛ لما ذكرناه^(١٩) في أوَّلِ المسألة . وذكر أبو الحَطَّابِ ، أنَّه لا يَقْتَصُّ منه في الطَّرْفِ ، / رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وأنَّه لا يَصِحُّ تَخْرِيجُهُ^(٢٠) على الرِّوَايَتَيْنِ في المسألة ؛ لِإِفْضَائِهِ هَذَا إِلَى الزِّيَادَةِ ، بخِلَافِ المسألة . والصَّحِيحُ تَخْرِيجُهُ على الرِّوَايَتَيْنِ ، وليس هذا بزيادة ؛ لِأَنَّ قَوَاتِ النَّفْسِ بِسِرَايَةِ فِعْلِهِ ، وسِرَايَةِ فِعْلِهِ كِفْعَلِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، وَلِأَنَّ زِيَادَةَ الْفِعْلِ فِي الصُّورَةِ مُحْتَمِلٌ فِي الْإِسْتِيفَاءِ ، كما لو قَتَلَهُ بِضَرْبَةٍ ، فلم يُمَكِّنْ قَتْلَهُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ إِلَّا بِضَرْبَتَيْنِ .

فصل : وإن جَرَحَهُ جُرْحًا لَا قِصَاصَ فِيهِ ، وَلَا يَلْزَمُ قَوَاتُ الْحَيَاةِ بِهِ ، مثل أن أَجَافَهُ ، أو أَمَّهُ ، أو قَطَعَ يَدَهُ من نَصْفِ ذِرَاعِهِ ، أو رِجْلَهُ من نَصْفِ سَاقِهِ ، فمات منه ، أو قَطَعَ يَدًا نَاقِصَةً الْأَصَابِعِ ، أو شَلَاءً ، أو زَائِدَةً ، وَيَدُ الْقَاطِعِ أَصْلِيَّةٌ صَحِيحَةٌ ، فالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّه لَيْسَ لَهُ فِعْلٌ^(٢١) مِثْلُ مَا فَعَلَ^(٢٢) ، وليس له أن يَقْتَصَّ إِلَّا فِي الْعُنُقِ بِالسَّيْفِ . ذكره أبو بكرٍ ، والقاضي . وقال غيرُهما : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أنَّ^(٢٣) له^(٢٤) أن يَقْتَصَّ بِمِثْلِ^(٢٥) فِعْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ صَارَ قَتْلًا ، فَكَانَ لَهُ الْقِصَاصُ بِمِثْلِ فِعْلِهِ ، كما لو رَضَّ^(٢٦) رَأْسَهُ بِحَجَرٍ فَقَتَلَهُ بِهِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَوْ انْفَرَدَ لَمْ يَكُنْ فِيهِ قِصَاصٌ ، فلم يَجْزِ الْقِصَاصُ فِيهِ مَعَ الْقَتْلِ ، كما لو قَطَعَ يَمِينَهُ وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ يَمِينٌ ، لم يَكُنْ لَهُ أَنْ يَسْتَوْفِيَ مِنْ يَسَارِهِ . وفَارَقَ مَا إِذَا رَضَّ رَأْسَهُ^(٢٧) فمات ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ الْفِعْلُ قَتْلٌ مُفْرَدٌ ، وَهَهُنَا قَتْلٌ وَقَطْعٌ ، وَالْقَطْعُ لَا يُوجِبُ قِصَاصًا ، فَبَقِيَ مُجَرَّدُ الْقَتْلِ ، فَإِذَا جَمَعَ الْمُسْتَوْفَى بَيْنَهُمَا ،

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في ب : « تخرجه » .

(٢١-٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(٢٤) سقط من : ب .

(٢٥) في م زيادة : « ما » .

(٢٦) في م : « رد » تحريف .

(٢٧) في ب زيادة : « بحجر » .

فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه ، فيكون حراماً ، وسواء^(٢٧) في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيقه ، وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس .

فصل : فأمّا إن^(٢٨) قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع ، أو اليد ولا يدله ، أو قلع العين ولا عين له ، فمات المجنى عليه ، فإنه يقتل بالسيف في العنق ، ولا قصاص في طرفه . لا^(٢٩) أعلم فيه خلافاً ؛ لأنّ القصاص إنما يكون من مثل العضو المثلّف ، وهو ههنا معدوم ، ولأنّ القصاص فعلٌ مثل ما فعل الجاني^(٣٠) ، ولا سبيل إليه ، ولأنّه لو قطع ثم عفا عن القتل ، لصار مستوفياً رجلاً ممن لم يقطع له مثلهما ، أو أدنأ بدلاً عن عين ، وهذا غير جائز . / وهذا يدلّ على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله .

و ٢٨/٩

فصل : وإن قتلّه بغير السيف ، مثل أن قتلّه بحجر ، أو هدم ، أو تعريق ، أو خنق ، فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قول مالٍك ، والشافعي . والثانية ، لا يستوفى إلّا بالسيف في العنق . وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا قتلّه بمثقل الحديد ، على إحدى الروايتين عنده ، أو جرحه فمات . ووجه الروايتين ما تقدّم في أوّل المسألة ، ولأنّ هذا لا يؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني ، فلا يجب القصاص بمثل آتية ، كما لو قطع الطرف بآلة كالألة ، أو مسمومة ، أو بالسيف ، فإنه لا يستوفى بمثله ، ولأنّ هذا لا يقتل به المرتد ، فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتلّه بتجريع الحُمُر ، أو بالسّحر^(٣١) ، ولا تفريع على هذه الرواية . فأمّا على الرواية الأخرى ، فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم^(٣٢) يمُت ، قتلّه بالسيف . وهذا أحد قولَي الشافعي . والقول الثاني ، أنّه يُكرّر عليه ذلك الفعل حتى يموت به ؛ لأنّه قتلّه بذلك ، فله قتلّه بمثله .

(٢٧) في ب : « وسواء » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٩) في م : « ولا » .

(٣٠) سقط من : ب .

(٣١) في ب : « بالسم » .

(٣٢) في ب : « لم » .

ولنا ، أَنَّهُ قَدْ فَعَلَ بِهِ مِثْلَ فِعْلِهِ ، فَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ ، كَالْوَجَرَ حَرْجًا ، أَوْ قَطَعَ مِنْهُ طَرَفًا ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ الْوَلِيُّ مِثْلَهُ فَلَمْ يَمُتْ بِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَكْرُرُ عَلَيْهِ الْجَرْحُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَيُعَدُّ إِلَى ضَرْبِ عُنُقِهِ ، فَكَذَا هُنَا .

فصل : وَإِنْ قَتَلَهُ بِمَا لَا يَحِلُّ لِعَيْنِهِ ، مِثْلَ أَنْ لَا طَبَّ بِهِ فَقَتَلَهُ ، أَوْ جَرَّعَهُ خَمْرًا أَوْ سَحَرَهُ ، لَمْ يُقْتَلْ بِمِثْلِهِ اتِّفَاقًا ، وَيُعَدُّ إِلَى الْقَتْلِ بِالسَّيْفِ . وَحَكَى أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي مَنْ قَتَلَهُ بِاللُّوَاطِ وَتَجْرِيعِ الْخَمْرِ ، وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُدْخَلُ فِي دُبُرِهِ خَشَبَةٌ يَقْتُلُ بِهَا ، وَيُجَرَّعُ الْمَاءَ حَتَّى يَمُوتَ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُحَرَّمٌ لِعَيْنِهِ ، فَوَجَبَ الْعُدُولُ عَنْهُ إِلَى الْقَتْلِ بِالسَّيْفِ ، كَالْوَجَرَ قَتَلَهُ بِالسَّحْرِ . وَإِنْ حَرَّقَهُ ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يُحَرَّقُ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيقَ مُحَرَّمٌ ^(٣٣) لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُعَذَّبُ بِالنَّارِ إِلَّا الرَّبُّ النَّارِ » ^(٣٤) . وَلأنَّهُ دَاخِلٌ فِي عَمُومِ الْخَبَرِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ / الْقَاضِي : الصَّحِيحُ أَنَّ فِيهِ رَوَاتَيْنِ ، كَالْتَّعْرِيقِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، يُحَرَّقُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ حَرَّقَ حَرَقْنَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَقْنَاهُ » . وَحَمَلُوا الْحَدِيثَ الْأَوَّلَ عَلَى غَيْرِ الْقِصَاصِ فِي الْمُحَرَّقِ .

فصل : إِذَا زَادَ مُسْتَوْفَى الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ عَلَى حَقِّهِ ، مِثْلَ أَنْ يُقْتَلَ وَلِيُّهُ ، فَيَقْطَعَ الْمُقْتَصُّ أَطْرَافَهُ أَوْ بَعْضَهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ عَفَا عَنْهُ بَعْدَ قِطْعِ طَرَفِهِ ، فَعَلَيْهِ ضَمَانُ مَا أَتْلَفَ بِيَدَيْهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ قَدْ أَسَاءَ ، وَيُعْزَرُ ، وَسَوَاءٌ عَفَا عَنْ الْقَاتِلِ أَوْ قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا مِنْ جُمْلَةِ اسْتِحْقَاقِ إِثْلَافِهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَالْوَجَرَ قَطَعَ أَصْبُعًا مِنْ يَدٍ يَسْتَحِقُّ قِطْعَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَطَعَ طَرَفًا لَهُ قِيمَةٌ حَالِ الْقِطْعِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ ، كَالْوَجَرَ

(٣٣) في م : « محرق » تحريف .

(٣٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في كراهية حرق العدو بالنار ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب في قتل الذر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢/٥٠ ، ٥١ ، ٦٥٦ . والدارمي ، في : باب في النهي عن التعذيب بعذاب الله ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢/٢٢٢ .

عَفَا عَنْهُ ثُمَّ قَطَعَهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ قَطَعَهُ أَجْنَبِيٌّ . فَأَمَّا إِنْ قَطَعَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَضْمَنَهُ
أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا عَفَا عَنْهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَعْفُ عَنْهُ ، لِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ ، فَلَا يَكُونُ
مُوجِبًا لِلضَّمَانِ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَضْمَنَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ مُتَعَدِّيًّا ثُمَّ
قَتَلَ ، لَمْ يَضْمَنْ الطَّرْفُ ، ^(٣٥) فَلَا نَ لَا ^(٣٥) . يَضْمَنُهُ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ مُسْتَحَقًّا أَوَّلَى . فَأَمَّا
الْقِصَاصُ ، فَلَا يَجِبُ فِي الْعُرْفِ بِحَالٍ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ عُقُوبَةٌ
تُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالشُّبُهَةُ هُنَا مُتَحَقِّقَةٌ ، لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ ^(٣٦) لِإِثْلَافِ هَذَا الطَّرْفِ ضِمْنًا
لِاسْتِحْقَاقِهِ إِثْلَافَ الْجُمْلَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِ الْقِصَاصِ أَنْ لَا تَجِبَ الدِّيَةُ ، بِدَلِيلِ
امْتِنَاعِهِ لِعَدَمِ الْمُكَافَأَةِ ^(٣٧) . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْجَانِي قَطَعَ طَرَفَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ بِمِثْلِ
فِعْلِهِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى . وَإِنْ قَطَعَ طَرَفًا غَيْرَ الَّذِي قَطَعَهُ الْجَانِي ، كَانَ الْجَانِي
قَطَعَ يَدَهُ ، فَقَطَعَ ^(٣٨) الْمُسْتَوْفَى رِجْلَهُ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ ؛ لِأَنَّ
دِيَتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ تَلْزِمَهُ دِيَةُ الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّ الْجَانِي لَمْ يَقْطَعْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ
يَقْطَعْ يَدَهُ .

٢٩/٩ فصل : فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ فِي الْإِسْتِيفَاءِ مِنَ ^(٣٩) الطَّرْفِ ، / مِثْلَ إِنْ اسْتَحَقَّ قَطَعَ
إَصْبِغَ ، فَقَطَعَ اثْنَتَيْنِ ، فَحُكْمُهُ حَكْمُ الْقَاطِعِ ابْتِدَاءً ، إِنْ كَانَ عَمْدًا ^(٤٠) مِنْ مَفْصِلٍ ، أَوْ
شَجْعَةً يَجِبُ فِي مِثْلِهَا الْقِصَاصُ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً أَوْ جَرْحًا لَا
يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، مِثْلَ مَنْ يَسْتَحِقُّ مُوضِحَةً فَاسْتَوْفَى ^(٤١) هَاشِمَةً ، فَعَلِيهِ أَرْشُ
الزِّيَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِسَبَبٍ مِنَ الْجَانِي ، كَاضْطِرَابِهِ حَالَ الْإِسْتِيفَاءِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى

(٣٥-٣٥) في ب ، م : « فلان » . ورسم الكلمة في الأصل : « فليلا » .

(٣٦) في م : « متحقق » .

(٣٧) في م : « المكافات » .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) في م : « لأنه » .

(٤٠) في م : « عقدا » .

(٤١) في م : « فاستوفاه » .

المُقْتَصَصُ ؛ لَأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِ الْجَانِي . فَإِنْ اِخْتَلَفَا هَلْ فَعَلَهُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَصَصِ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يُمَكِّنُ الْخَطَأَ فِيهِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِقَصْدِهِ ، وَإِنْ قَالَ الْمُقْتَصَصُ : حَصَلَ هَذَا بِاضْطِرَابِكَ ، أَوْ فِعْلٍ مِنْ جِهَتِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَصَصِ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنَكَّرٌ . فَإِنْ سَرَى الْاِسْتِيفَاءُ الَّذِي حَصَلَتْ فِيهِ الزِّيَادَةُ إِلَى نَفْسِ الْمُقْتَصَصِ مِنْهُ ، فَمَاتَ ، أَوْ إِلَى بَعْضِ أَعْضَائِهِ ، مِثْلَ أَنْ قَطَعَ إصْبَعَهُ^(٤٢) ، فَسَرَى إِلَى جَمِيعِ يَدِهِ ، أَوْ اقْتَصَصَ مِنْهُ بِآلَةٍ كَالْأَلَةِ أَوْ مَسْمُومَةٍ ، أَوْ فِي حَالٍ خَرُّ مُفْرِطٍ ، أَوْ بَرْدٍ شَدِيدٍ ، فَسَرَى ، فَقَالَ الْقَاضِي : عَلَى الْمُقْتَصَصِ نَصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِفِعْلَيْنِ ؛ جَائِزٍ وَمُحَرَّمٍ ، وَمَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، فَانْقَسَمَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا فِي حَالٍ رَدَّتْهُ وَجُرْحًا بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ ضَمَانُ السَّرَايَةِ كُلِّهَا ، فِيمَا إِذَا اقْتَصَصَ بِآلَةٍ مَسْمُومَةٍ أَوْ كَالَةٍ ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ كُلَّهُ يَحْرُمُ^(٤٣) ، بِخِلَافِ قَطْعِ الْإِصْبَعَيْنِ ، فَإِنْ أَحَدَهُمَا مُبَاحٌ .

فصل : قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان . وحكاة عن أبي بكر . وهو مذهب الشافعي ؛ لَأَنَّهُ أَمْرٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الْاجْتِهَادِ وَيَحْرُمُ الْحَيْفُ فِيهِ ، فَلَا يُؤْمَنُ الْحَيْفُ مَعَ قَصْدِ التَّشْتِئِي . فَإِنْ اسْتَوْفَاهُ^(٤٤) مِنْ غَيْرِ حَضْرَةِ^(٤٥) السُّلْطَانِ ، وَقَعَ الْمَوْقِعُ ، وَيُعَزَّرُ ؛ لِإِفْتِيَاتِهِ بِفِعْلٍ مَا مُنِعَ فَعْلُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجُوزَ الْاِسْتِيفَاءُ بِغَيْرِ حَضْرَةِ^(٤٦) السُّلْطَانِ ، إِذَا كَانَ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ رَجُلًا أَتَى النَّبِيَّ ﷺ بِرَجُلٍ يَقُودُهُ يَنْسَعِي^(٤٧) ، فَقَالَ : إِنَّ هَذَا قَتَلَ أَخِي . فَاعْتَرَفَ بِقَتْلِهِ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اذْهَبْ ، فَاقْتُلْهُ » . رَوَاهُ مُسْلِمٌ / بِمَعْنَاهُ^(٤٨) . وَلَئِنْ اشْتَرَطَ حُضُورُ السُّلْطَانِ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِنَصٍّ أَوْ

ظ ٢٩/٩

(٤٢) فِي ب : (إصبعيه) .

(٤٣) فِي ب ، م : (محرم) .

(٤٤) فِي الْأَصْل : (استوفى) .

(٤٥) فِي ب : (حضور) .

(٤٦) فِي ب ، م : (حضور) .

(٤٧) النَّسْعَةُ : الْقِطْعَةُ مِنَ السَّيْرِ الَّتِي تَشَدُّ بِهِ الرِّجَالُ .

(٤٨) فِي : بَابِ صَحَّةِ الْإِقْرَارِ بِالْقَتْلِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٠٧/٣ ، ١٣٠٨ . =

إجماع أو قياس ، ولم يثبت ذلك . ويُسْتَحَبُّ أَنْ يُحْضِرَ شَاهِدَيْنِ ، لئَلَّا يَجْحَدَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ الْإِسْتِيفَاءَ . وإذا أَرَادَ الْوَلِيُّ^(٤٩) الْإِسْتِيفَاءَ ، فعلى السُّلْطَانِ أَنْ يَتَفَقَّدَ آلَةَ النَّسَبِ يَسْتَوْفِي بِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ كَالَّةً مَنَعَهُ الْإِسْتِيفَاءَ بِهَا ، لئَلَّا يُعَذَّبَ الْمَقْتُولُ . وقد رَوَى شَدَّادُ ابْنِ أَوْسٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ »^(٥٠) ، وَلْيُحَدِّدْ أَحَدُكُمْ شَفَرَتَهُ ، وَلْيُرِخْ ذَبِيحَتَهُ »^(٥١) . وَإِنْ كَانَتْ مَسْمُومَةً ، مَنَعَهُ الْإِسْتِيفَاءَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا تُفْسِدُ الْبَدَنَ ، وَرَبَّمَا مَنَعَتْ غُسْلَهُ . وَإِنْ عَجَلَ فَاسْتَوْفَى بِآلَةٍ كَالَّةٍ أَوْ مَسْمُومَةٍ ، عَزَّرَ . وَإِنْ كَانَ السَّيْفُ صَارِمًا غَيْرَ مَسْمُومٍ ، نَظَرَ فِي الْوَلِيِّ ؛ فَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الْإِسْتِيفَاءَ ، وَيُكْمِلُهُ بِالْقُوَّةِ وَالْمَعْرِفَةِ ، مَكَّنَهُ مِنْهُ ، لقوله تعالى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيٍّ سُلْطَانًا ﴾^(٥٢) . وقال عليه السلام : « مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ، إِنْ^(٥٣) أَحْبَبُوا قَتْلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ »^(٥٤) . وَلَئِنَّهُ حَقٌّ لَهُ مُتَمَيِّزٌ ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ

= كما أخرجه النسائي ، في : باب القود ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٣/٨ ، ١٦ . وابن ماجه ، في : باب العفو عن القاتل ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٧/٢ .

(٤٩) في م : « المولى » .

(٥٠) في م : « الذبحة » .

(٥١) أخرجه مسلم ، في : باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة ، من كتاب الصيد . صحيح مسلم ١٥٤٨/٣ . وأبو داود ، في : باب في النهي أن تصير البهائم والرفق بالذبيحة . من كتاب الأضاحي . سنن أبي داود ٩٠/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في النهي عن المثلة ، من كتاب الديات . عارضة الأحوذى ١٧٩/٦ . والنسائي ، في : باب الأمر بإحداد الشفرة ، وباب ذكر المنفلة التي لا يقدر على أخذها ، وباب حسن الذبح ، من كتاب الضحايا . المجتبى ٢٠٠-٢٠٢ . وابن ماجه ، في : باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح ، من كتاب الذبائح . سنن ابن ماجه ١٠٥٨/٢ . والدارمي ، في : باب في حسن الذبيحة ، من كتاب الأضاحي . سنن الدارمي ٨٢/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٢٣/٤-١٢٥ .

(٥٢) سورة الإسراء ٣٣ .

(٥٣) في م : « فإن » .

(٥٤) أخرجه البخاري ، في : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم . صحيح البخاري ٣٩/١ . ومسلم ، في : باب تحريم مكة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٩٨٨/٢ ، ٩٨٩ . وأبو داود ، في : باب ولي العمد يرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٠/٤ ، ٤٨١ . والترمذي ، في : باب ما جاء في حكم ولي القتل في القصاص والعفو ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ١٧٧/٦ ، ١٧٨ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢/٤ ، ٣٨٥/٦ . وتقديم تخرجه حديث حجة الوداع في ١٧٩/٥ .

إذا أمكنه ، كسائر الحقوق ، وإن لم يُحسِن الاستيفاء ، أمره بالتوكيل ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه ، فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء ، فأمكنه السلطان من ضرب عنقه ، فضرَبَ عنقه فأبانه ، فقد استوفى حقه^(٥٥) ، وإن أصاب غيره ، وأقر بتعمد ذلك ، عَزَرَ . وإن قال : أخطأت . وكانت الضربة في موضع قريب من العنق ، كالرأس والمنكب ، قَبِلَ قوله مع يمينه ؛ لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وإن كان بعيداً ، كالوسط والرجلين ، لم يَقْبَلْ قوله ؛ لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه . ثم إن أراد العود ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يُمْكِنُ منه ؛ لأنه تبيَّن منه أنه لا يُحسِنُ الاستيفاء ، ويَحْتَمِلُ العود إلى مثل فعله . والثاني ، يُمْكِنُ منه . قاله القاضي : لأن الظاهر تَحَرُّهُ عن مثل ذلك ثانياً . وإن كان الولي لا يُحسِنُ الاستيفاء ، أمره بالتوكيل فيه ؛ لأنه حقه ، فكان له التوكيل في استيفائه ، كسائر حقوقه . فإن لم يجد مَنْ يوكله إلا بعوض ، / أَخَذَ العوضَ من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يَرَزُقُ من بيت المال رَجُلٌ يَسْتَوْفِي الحُدُودَ والقصاصَ ؛ لأن هذا من المصالح العامة . فإن لم يحصل ذلك ، فالأجرة على الجاني ؛ لأنها أَجْرَةٌ لإيفاء الحق الذي عليه ، فكانت عليه ، كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويَحْتَمِلُ أن تكون على المقتَصِّ ؛ لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله ، كسائر المواضع ، والذي على الجاني التمكن دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه ، لم يُمْكِنُ منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل ، للزمت أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . وإن قال الجاني : أنا أقتص لك من نفسي . لم يلزم تمكينه ، ولم يجز ذلك له ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾^(٥٦) . ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ، ولأن القصاص حق عليه لغيره ، فلم يجز أن يكون هو المستوفى له ، كالبائع لا يستوفى من نفسه .

فصل : وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتشأخوا في المتولى منهم

(٥٥) في ب : بحقه .

(٥٦) سورة النساء ٢٩ .

للاستيفاء ، أُمروا بتوكيل أحدهم ، أو واحد من غيرهم ، ولم يَجْزْ أن يتَوَلَّاهُ (٥٧) جَمِيعُهُمْ ؛ لما فيه من تعذيب الجاني ، وتعدد أفعالهم . فإن لم يتفقوا على واحد ، وشأخوا ، وكان كل واحد منهم يُحسِنُ الاستيفاء ، أقرع بينهم ؛ لأنَّ الحقوق إذا تساوت وعُدِمَ التَّرجيحُ ، صرنا إلى القرعة ، كما لو شأخوا في تزويج مولاتهم ، فمن خَرَجَتْ له القرعة ، أَمَرَ الباقيون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنهم ؛ لأنَّ الحقَّ لهم ، فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنهم . وإن لم يتفقوا على توكيل واحد ، مُنعوا الاستيفاء حتى يُوَكَّلُوا .

١٤٣٨ - مسألة ؛ قال : (وإن كَانَتِ الْجِرَاحُ بَرَأَتْ قَبْلَ قَتْلِهِ ، فَعَلَى الْمَغْفُورِ عَنْهُ ثَلَاثَ دِيَّاتٍ ، إِلَّا أَنْ يُرِيدُوا الْقَوْدَ ، فَيُقِيدُوا (١) وَيَأْخُذُوا مِنْ مَالِهِ دِيَّتَيْنِ)

أما إذا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَبَرَأَتْ جِرَاحُهُ ، ثُمَّ قَتَلَهُ ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ حُكْمُ الْقَطْعِ ، وَلَوْلَى الْقَتِيلُ الْخِيَارُ ، إِنْ شَاءَ عَفَا وَأَخَذَ ثَلَاثَ دِيَّاتٍ ؛ دِيَّةً لِنَفْسِهِ ، وَدِيَّةً لِيَدَيْهِ ، وَدِيَّةً لِرِجْلَيْهِ ، وَإِنْ شَاءَ قَتَلَهُ قِصَاصًا بِالْقَتْلِ ، وَأَخَذَ دِيَّتَيْنِ لِأَطْرَافِهِ . وَإِنْ / أَحَبَّ قَطَعَ أَطْرَافَهُ الْأَرْبَعَةَ ، وَأَخَذَ دِيَّةً لِنَفْسِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ يَدَيْهِ ، وَأَخَذَ دِيَّتَيْنِ لِنَفْسِهِ وَرِجْلَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ رِجْلَيْهِ ، وَأَخَذَ دِيَّتَيْنِ لِنَفْسِهِ وَيَدَيْهِ . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ طَرْفًا وَاحِدًا ، وَأَخَذَ دِيَّةَ الْبَاقِي . وَإِنْ أَحَبَّ قَطَعَ ثَلَاثَةَ أَطْرَافٍ ، وَأَخَذَ دِيَّةَ الْبَاقِي . وَكَذَلِكَ سَائِرُ فُرُوعِهَا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ الْقَطْعِ اسْتَقَرَّ قَبْلَ الْقَتْلِ بِالْإِنْدِمَالِ ، فَلَمْ يَتَغَيَّرْ حُكْمُهُ بِالْقَتْلِ الْحَادِثِ بَعْدَهُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ أَجَنِبِيٌّ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا مُخَالَفًا .

ط ٣٠/٩

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَ الْجَانِي وَالْوَلِيُّ فِي إِنْدِمَالِ الْجُرْحِ قَبْلَ الْقَتْلِ ، وَكَانَتِ الْمُدَّةُ بَيْنَهُمَا يَسِيرَةً ، لَا يَحْتَمِلُ إِنْدِمَالُهُ فِي مِثْلِهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي بغير يمين . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي

(٥٧) في الأصل : « يتولا » .

(١) في ب ، م : « ققيدوا » .

مُضِيَّ الْمُدَّة ، فالقول قول الجاني مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم مضيها ، وإن كانت المدَّة ممَّا يَحْتَمِلُ الْبُرءَ فيها ، فالقول قول الوليِّ مع يمينه ؛ لأنَّه قد وُجِدَ سَبَبٌ ^(٢) وَجُوبٌ دِيَّةِ الْبَيْدَيْنِ بَقْطَعِهِمَا ، والجاني يَدْعِي سُقُوطَ دِيَّتِهِمَا بِالْقَتْلِ ، والأصل عدم ذلك . فإن كانت للجاني بَيِّنَةٌ بَقَاءِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ضَمَنًا حَتَّى قَتَلَهُ ، حُكِمَ لَهُ بَيِّنَتُهُ ، وإن كانت ^(٣) للوليِّ بَيِّنَةٌ بِبُرْئِهِ ، حُكِمَ لَهُ أَيْضًا ، وإن تعارضتا ، قُدِّمَتْ بَيِّنَةُ الْوَلِيِّ ؛ لأنَّهَا مُثَبِّتَةٌ لِلْبُرْءِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ الْقَوْلُ قَوْلَ الْجَانِي ، إذا لم يَكُنْ لهما بَيِّنَةٌ ؛ لأنَّ الأصل بقاء الجراحَةِ ، وَعَدَمُ انْدِمَالِهَا . وإن قُطِعَ أَطْرَافُهُ فمات ، واختلفا ، هل بَرَأَ قَبْلَ الْمَوْتِ ، أو مات بِسِرَايَةِ الْجُرْحِ ؟ أو قال الْوَلِيُّ : إِنَّهُ مَاتَ بِسَبَبِ آخَرَ ، كَأَنَّهُ ^(٤) لُدِغَ ، أو ذَبَحَ نَفْسَهُ ، أو ذَبَحَهُ غَيْرُهُ . فالحكمُ فيما إذا مات بِغَيْرِ سَبَبِ آخَرَ ، كالحكم فيما إذا قَتَلَهُ ، سواءً . وَأَمَّا إذا مات بِقَتْلِ أَوْ سَبَبِ آخَرَ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحدهما ، تقدِيمُ قَوْلِ الْجَانِي ؛ لأنَّ الظَّاهِرَ بقاءَ الْجِنَايَةِ ، والأصل عدم سَبَبِ آخَرَ ، فيكون الظَّاهِرُ معه . والثاني ، القولُ قَوْلَ وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ؛ لأنَّ الأصل بقاء الدَّيْتَيْنِ اللَّتَيْنِ وُجِدَ سَبَبُهُمَا ، حتى يُوجَدَ مَا يُزِيلُهُمَا . فإن كانت دَعَوَاهُمَا بِالْعَكْسِ ، فقال الْوَلِيُّ : مات من سِرَايَةِ قَطْعِكَ ، فعليك الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ . فقال الجاني : بل انْدَمَلَتْ جِرَاحُهُ قَبْلَ مَوْتِهِ . / أو ادَّعَى مَوْتَهُ بِسَبَبِ آخَرَ ، فالقول قول الْوَلِيِّ مع يمينه ؛ لأنَّ الْجُرْحَ سَبَبٌ لِلْمَوْتِ ، وقد تَحَقَّقَ ، والأصل عدم الانْدِمَالِ ، وَعَدَمُ سَبَبِ آخَرَ يَحْصُلُ الزُّهُوقُ بِهِ ، وسواءً كان الْجُرْحُ فيما يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ ، كَقَطْعِ الْيَدِ مِنْ مَفْصِلٍ أَوْ لَا ^(٥) يُوجِبُهُ ، كَالْجَائِفَةِ وَالْقَطْعِ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ . وهذا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

و ٣١/٩

١٤٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ رَمَى ، وَهُوَ مُسْلِمٌ كَافِرًا عَبْدًا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ

(٢) ق ب : سبب .

(٣) ق ب ، م : كان .

(٤) ق م : كان .

(٥) ق ب ، م : ولا .

السَّهْمُ حَتَّى عَتَقَ وَأَسْلَمَ ، فَلَا قَوْدَ ، وَعَلَيْهِ دِيَّةُ حُرٍّ مُسْلِمٍ ، إِذَا مَاتَ مِنَ الرَّمْيِ ^(١))

هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : يَجِبُ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ ^(٢) مُكَافِئًا لَهُ ظُلْمًا عَمْدًا ، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ كَانَ حُرًّا مُسْلِمًا حَالَ الرَّمْيِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْإِصَابَةَ بِحَالِ الْإِصَابَةِ ^(٣) ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ رَمَى مُسْلِمًا حَيًّا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى ارْتَدَّ أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، وَلَوْ رَمَى عَبْدًا كَافِرًا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى عَتَقَ وَأَسْلَمَ ، فَعَلَيْهِ دِيَّةُ حُرٍّ مُسْلِمٍ . وقال أبو حنيفة : يَلْزَمُهُ فِي الْعَبْدِ دِيَّةُ عَبْدٍ لِمَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ نَاشِئَةً عَنْ إِرْسَالِ السَّهْمِ ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ بِهَا ، كَحَالَةِ الْجَرْجِ . فَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَمَذْهَبُهُ أَنَّ دِيَّتَهُ دِيَّةُ الْمُسْلِمِ ، وَأَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ الْمُسْلِمُ ، وَكَذَلِكَ يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ . وَلَنَا عَلَى ذَرِيَةِ الْقِصَاصِ ، أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ ^(٤) إِلَى نَفْسٍ مُكَافِئَةٍ ^(٥) لَهُ حَالَ الرَّمْيِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ ، كَمَا لَوْ رَمَى حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا فَأَسْلَمَ . وَعَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ أَتْلَفَ حُرًّا ، فَضَمِنَتْهُ ضَمَانُ الْأَحْرَارِ ، كَمَا لَوْ قَصَدَ صَبِيًّا . وَمَا قَالَهُ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا رَمَى حَيًّا فَأَصَابَهُ مَيِّتًا ، أَوْ صَبِيحًا فَأَصَابَهُ مَعِيًّا . وَلَنَا عَلَى أَنَّ دِيَّتَهُ تَجِبُ لَوَرَّثَتِهِ دُونَ سَيِّدِهِ ، أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ تَجِبُ دِيَّتُهُ لَوَرَّثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الْكُفَّارِ ، إِنَّ ^(٦) مَاتَ مُسْلِمًا حُرًّا ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ لَوَرَّثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، كَمَا لَوْ كَانَ كَذَلِكَ حَالَ رَمِيهِ ، وَلِأَنَّ الْبِمِيرَاثَ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالمَوْتِ ، فَتُعْتَبَرُ حَالُهُ حِينَئِذٍ ، لَا حِينَ سَبَبِ المَوْتِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَرِضَ وَهُوَ عَبْدٌ كَافِرٌ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ بِتِلْكَ الْعِلَّةِ ، وَالْوَاجِبُ بِذَلِكَ الْمَحَلِّ ، فَيُعْتَبَرُ بِالْمَحَلِّ الَّذِي فَاتَ بِهَا ، فَيَجِبُ بِقَدْرِهِ ، وَقَدْ فَاتَ بِهَا نَفْسُ حُرٍّ مُسْلِمٍ ، وَالْقِصَاصُ جَزَاءُ الْفِعْلِ ، فَيُعْتَبَرُ الْفِعْلُ فِيهِ وَالْإِصَابَةُ مَعًا ؛ لِأَنَّهُمَا طَرَفَاهُ ، / فَلِذَلِكَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ .

ظ ٣١/٩

(١) في م : : سهمه .

(٢) سقط من الأصل .

(٣) في م : : الجنابة .

(٤) في م : : يتعد .

(٥) في م : : مكافئته .

(٦) في الأصل ، ا ، ب : : أنه .

فصل : ولم يُفَرِّقَ الخَرْقِيُّ بين كَوْنِ الكافرِ ذِمِّيًّا أو غيره ، إِلَّا أَنَّهُ يَتَعَيَّنُ التَّفْرِيقُ فِيهِ ، فَمَتَى رَمَى إِلَى حَرْبِيٍّ فِي دَارِ الْحَرْبِ ، فَأُسْلِمَ قَبْلَ وَقُوعِ الرَّمْيَةِ بِهِ ، فَلَا دِيَّةَ لَهُ ، وَفِيهِ الْكَفَّارَةُ ؛ لِأَنَّهُ رَمَى مُنْدُوبٌ إِلَيْهِ ، مَأْمُورٌ بِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ فِي دَارِ الْحَرْبِ يَظُنُّهُ حَرْبِيًّا ، وَكَانَ قَدْ أَسْلَمَ وَكُنْتُمْ إِسْلَامَهُ . وَفِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ فِيهِ الدِّيَّةَ عَلَى عَاقِلَةِ الْقَاتِلِ ؛ لِأَنَّهُ تَوَعُّ حَطِيًّا ، فَكَذَلِكَ هُنَا . وَلَوْ رَمَى مُرْتَدًّا فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَأُسْلِمَ ثُمَّ وَقَعَ السَّهْمُ بِهِ ، ضَمِنَتْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُفَرِّطٌ بِإِزْسَالِ سَهْمِهِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمُرْتَدِّ إِلَى الْإِمَامِ ، لَا إِلَى آحَادِ النَّاسِ ، وَقَتْلُهُ بِالسَّيْفِ لَا بِالسَّهْمِ .

فصل : وَلَوْ رَمَى حَرْبِيًّا ، فَتَرَسَ بِمُسْلِمٍ ، فَأَصَابَهُ فَقَتَلَهُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ تَرَسَ بِهِ بَعْدَ الرَّمْيِ ، فَفِيهِ الْكَفَّارَةُ ، وَفِي الدِّيَّةِ عَلَى عَاقِلَةِ الرَّامِي رَوَايَتَانِ ، كَالَّتِي قَبْلَهَا ، وَإِنْ تَرَسَ بِهِ قَبْلَ الرَّمْيِ ، لَمْ يَجُزْ رَمْيُهُ ، إِلَّا أَنْ يَخَافَ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ، فَيَرْمِي الْكَافِرَ ، وَلَا يَقْصِدُ الْمُسْلِمَ ، فَإِذَا قَتَلَهُ ، فَفِي دِيَّتِهِ أَيْضًا رَوَايَتَانِ ، وَإِنْ رَمَاهُ مِنْ غَيْرِ خَوْفٍ عَلَى الْمُسْلِمِينَ ^(٧) فَقَتَلَهُ ، فَعَلِيهِ دِيَّتُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجُزْ لَهُ رَمْيُهُ .

فصل : وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ وَمَاتَ ، أَوْ يَدَ ذِمِّيٍّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، الْوَاجِبُ دِيَّةٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ ، لَوَرَّثَتْهُ وَلِسَيِّدِهِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَرْضِي جِنَايَتِهِ ، اعْتِبَارًا بِحَالِ اسْتِقْرَارِ الْجِنَايَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو بَكْرٍ : تَجِبُ قِيمَةُ الْعَبْدِ بِالْغَةِ مَا بَلَغَتْ ، مَصْرُوفَةً إِلَى السَّيِّدِ ، اعْتِبَارًا بِحَالِ الْجِنَايَةِ ؛ لِأَنَّهَا الْمُوجِبَةُ ^(٨) لِلضَّمَانِ ، فَاعْتَبِرَتْ حَالَ وُجُودِهَا . وَمُقْتَضَى قَوْلِهِمَا ضَمَانُ الذَّمِّيِّ الَّذِي أَسْلَمَ بِدِيَّةِ ذِمِّيٍّ ، وَيَلْزَمُهُمَا عَلَى هَذَا أَنْ يَصْرِفَاها إِلَى وَرَثَتِهِ مِنْ أَهْلِ الذَّمَّةِ ، وَهُوَ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ لَا تُخْلُو مِنْ أَنْ تَكُونَ مُسْتَحَقَّةً لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ، أَوْ لَوَرَّثَتْهُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ لَهُ ، وَجِبَ أَنْ تَكُونَ

(٧) ق م نهادة : د كان .

(٨) في الأصل ، ا ، ب : د المسلم .

(٩) ق م : د الموجب .

لَوَرَّثَتْهُ الْمُسْلِمِينَ^(١٠) ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ وَأَمْلَاكِهِ ، وَكَالَّذِي^(١١) كَسَبَهُ بَعْدَ جُرْحِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْدُثُ عَلَى مِلْكٍ وَرَثَتِهِ ، فَوَرَثَتَهُ هُمُ الْمُسْلِمُونَ دُونَ الْكُفَّارِ .

٣٢/٩

فصل : وَإِذَا قَطَعَ أَثْفَ عَبْدٍ قِيمَتُهُ أَلْفُ^(١٢) دِينَارٍ ، فَأَنْدَمَلَ ، ثُمَّ أُعْتِقَهُ / السَّيِّدُ . وَجَبَتْ قِيمَتُهُ بِكَمَالِهَا لِلْسَّيِّدِ . وَإِنْ أُعْتِقَهُ ثُمَّ أَنْدَمَلَ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَقَرَّ بِالْأَنْدَمَالِ مَا وَجَبَ بِالْجِنَايَةِ ، وَالْجِنَايَةُ كَانَتْ فِي مِلْكِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ مَاتَ مِنْ سِرَايَةِ الْجُرْحِ ، فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزْنِيِّ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ يُرَاعَى فِيهَا حَالُ وَجُودِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنَيَّ عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ وَمَاتَ ، فَفِيهِ قِيمَتُهُ لَا الدِّيَّةَ . وَمَقْتَضَى قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ دِيَّةٌ حُرٌّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْجِنَايَةِ بِحَالَةِ الْاسْتِقْرَارِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَتُصَرَّفُ إِلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَقْلَ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجُرْحِ ، وَالِدِّيَّةُ هُنَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، فَمَاتَ بِسِرَايَةِ الْجُرْحِ ؛ فَإِنَّ الْوَاجِبَ دِيَّةَ النَّفْسِ ، لَا دِيَّةَ الْجُرْحِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، فَأُعْتِقَ ، ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، وَأَنْدَمَلَ الْقَطْعَانِ ، فَلَا قِصَاصَ فِي الْيَدِ ؛ لِأَنَّهَا قُطِعَتْ فِي حَالِ رِقَّةٍ ، وَيَجِبُ فِيهَا نِصْفُ قِيمَتِهِ ، أَوْ مَا نَقَصَهُ الْقَطْعُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الرَّجْلِ الَّتِي قُطِعَ حَالُ حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ إِنْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ لَوَرَّثَتْهُ . وَإِنْ أَنْدَمَلَ قَطَعَ الْيَدَ ، وَسَرَى قَطْعُ الرَّجْلِ إِلَى نَفْسِهِ ، فَفِي الْيَدِ نِصْفُ الْقِيمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وَعَلَى الْقَاطِعِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، أَوْ الدِّيَّةُ كَامِلَةً لَوَرَّثَتْهُ . وَإِنْ أَنْدَمَلَ قَطَعَ الرَّجْلَ ، وَسَرَى قَطْعُ الْيَدِ ، فَفِي الرَّجْلِ الْقِصَاصُ بِقَطْعِهَا ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ لَوَرَّثَتْهُ ، وَلَا قِصَاصَ فِي الْيَدِ ، وَلَا فِي سِرَايَتِهَا ، وَعَلَى الْجَانِي دِيَّةٌ حُرٌّ ، لِسَيِّدِهِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِ الْقَطْعِ أَوْ دِيَّةَ الْحُرِّ ، عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ

(١٠) سقط من : ب .

(١١) سقطت الواو من : م .

(١٢) في الأصل : ألفا ، .

والقاضي ، تَجِبُ قِیمَةُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، اِعْتِبَارًا بِحَالِ جِنَايَتِهِ . وَإِنْ سَرَى الْجُرْحَانِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَلَا الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جُرْحَيْنِ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، فَلَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ عَمْدًا وَخَطَأً ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا مِنْ حُرٍّ ، فَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ ، وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَقَدْ اسْتَوْفَى مِنْهُ مَا يُقَابَلُ نِصْفِ الدِّيَةِ / ، وَلِلسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ زَادَ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ ، كَانَ الزَّائِدُ لِلْوَرِثَةِ ، وَإِنْ عَفَا وَرَثَتَهُ عَنِ الْقِصَاصِ ، فَلَهُمْ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ كَانَ قَاطِعُ الرَّجُلِ غَيْرَ قَاطِعِ الْيَدِ ، وَانْدَمَلَ الْجُرْحَانِ ، فَعَلَى قَاطِعِ الْيَدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وَعَلَى قَاطِعِ الرَّجُلِ الْقِصَاصُ فِيهَا أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ سَرَى الْجُرْحَانِ إِلَى نَفْسِهِ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ حُرٌّ فِي حَالِ قَرَارِ الْجِنَايَةِ ، وَعَلَى الثَّانِي الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ إِذَا ^(١٣) كَانَا عَمْدًا ^(١٣) الْقَطَعَ ؛ لِأَنَّهُ شَارَكَ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا وَعَدْوَانًا ، فَهُوَ كَشَرِيكِ الْأَبِ . وَيَتَخَرَّجُ ^(١٤) أَنْ لَا قِصَاصَ ^(١٤) عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الرُّوحَ خَرَجَتْ مِنْ سِرَايَةِ قَطْعَيْنِ ؛ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، بِنَاءً عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ . وَإِنْ عَفَا عَنْهُ إِلَى الدِّيَةِ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ . وَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، خُرَجَ فِي وَجُوبِهِ فِي الطَّرَفِ رِوَايَتَانِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَجِبُ فِي النَّفْسِ . وَجَبَ فِي الرَّجُلِ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ عَيْنَ عَبْدٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، ثُمَّ قَطَعَ آخِرَ يَدِهِ ، ثُمَّ قَطَعَ آخِرَ رِجْلِهِ ، فَلَا قَوْدَ عَلَى الْأَوَّلِ ، سِوَاءِ ائْتَمَلَ جُرْحُهُ أَوْ سَرَى ، وَأَمَّا الْآخِرَانِ ، فَعَلَيْهِمَا الْقَوْدُ فِي الطَّرَفَيْنِ ^(١٥) (إِنْ وَقَفَ ^(١٥) قَطَعُهُمَا ، أَوْ دَيْتُهُمَا إِنْ عَفَا عَنْهُمَا . وَإِنْ سَرَتِ الْجِرَاحَاتُ كُلُّهَا ، فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُمَا صَارَتْ نَفْسًا . وَفِي ذَلِكَ وَفِي الْقِصَاصِ فِي الطَّرَفِ اخْتِلَافٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهُمَا ، فَعَلَيْهِمَا الدِّيَةُ أَثْلَاثًا ، وَفِيمَا يَسْتَحِقُّهُ

(١٣-١٣) فِي ب ، م : د كَانَ عَمْدًا .

(١٤-١٤) فِي م : د إِلَّا الْقِصَاصُ . خَطَأً .

(١٥-١٥) فِي الْأَصْلِ : د أَوْفَى .

السَّيِّدُ وَجْهَان ؛ أحدهما ، أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نَصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلْثِ الدِّيَةِ . هذا قياسُ قولِ
أبي بكرٍ ؛ لأنه بِالْقَطْعِ اسْتَحَقَّ نَصْفَ الْقِيَمَةِ ، فإذا صارت نَفْسًا ، وَجَبَ فِيهَا ثُلْثُ
الدِّيَةِ ، فكان له أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ^(١٦) . ^(١٧) والثاني ، له ^(١٧) أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلْثِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلْثِ
الدِّيَةِ ؛ لأنَّ الْجِنَايَةَ إِذَا صَارَتْ نَفْسًا ، كَانَ الْاِعْتِبَارُ بِمَا آلَتْ إِلَيْهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَنَى
الْجَانِيَانِ الْآخَرَانِ قَبْلَ الْعِتْقِ أَيْضًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْأَوَّلِ إِلَّا ثُلْثُ الْقِيَمَةِ ، فَلَا يَزِيدُ حَقُّهُ
بِالْعِتْقِ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ رَجُلٌ عَيْنَهُ ، ثُمَّ بَاعَهُ سَيِّدُهُ ، / ثُمَّ قَطَعَ آخَرُ يَدَهُ ، وَآخَرُ رِجْلَهُ ، ثُمَّ
مَاتَ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلأَوَّلِ ثُلْثُ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ كَانَ أَرِشُ الْجِنَايَةِ نَصْفَ الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا قُلْنَا
بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، فَلَوْ كَانَ الْأَوَّلُ قَطَعَ إصْبَعِيهِ ^(١٨) ، أَوْ هَشَمَهُ ، وَالْجَانِيَانِ فِي الْحُرِّيَةِ قَطَعَا
يَدَهُ ^(١٩) ، فَالْدِّيَةُ عَلَيْهِمُ اثْنَانِ ، لِلْسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرِشِ الْإِصْبَعِ وَهُوَ عُشْرُ الْقِيَمَةِ
أَوْ ثُلْثُ الدِّيَةِ . وَلَوْ كَانَ الْجَانِي فِي حَالِ الرُّقِّ قَطَعَ يَدَيْهِ ، وَالْجَانِيَانِ فِي الْحُرِّيَةِ قَطَعَا
رِجْلَيْهِ ، وَجَبَتْ الدِّيَةُ اثْنَانِ ، وَكَانَ لِلْسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ جَمِيعِ الْقِيَمَةِ ^(٢٠) أَوْ ثُلْثُ
الدِّيَةِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخَرِ ، يَكُونُ لَهُ فِي الْفَرْعَيْنِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلْثِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلْثِ
الدِّيَةِ .

٣٣/٩

فصل ^(٢١) : فَإِنْ كَانَ الْجَانِيَانِ فِي حَالِ الرُّقِّ ، وَالوَاحِدُ فِي حَالِ الْحُرِّيَةِ ، فَمَاتَ ،
فَعَلَيْهِمُ الدِّيَةُ ، وَلِلْسَّيِّدِ مِنْ ذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرِشِ الْجِنَايَتَيْنِ أَوْ
ثُلْثِي الدِّيَةِ ، وَعَلَى الْآخَرِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ ثُلْثِي الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلْثِي الدِّيَةِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْجُنَاةُ أَرْبَعَةً ؛ وَاحِدٌ فِي حَالِ الرُّقِّ ^(٢٢) ، وَثَلَاثَةٌ فِي الْحُرِّيَةِ ،

(١٦) فِي م : « أَمْرَيْنِ » .

(١٧-١٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَدَهُ » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « يَدَيْهِ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « قِيَمَتِهِ » .

(٢١) سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ كُلُّهُ مِنْ : ب .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

ومات ، كان للسَّيِّد في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، الْأَقْلُ من أَرْضِ الْجِنَايَةِ أَوْ رُبْعِ الدِّيَةِ ، وعلى الْآخَرِ الْأَقْلُ من رُبْعِ الْقِيَمَةِ أَوْ رُبْعِ الدِّيَةِ . وإن كان الثلاثة في الرُّقِّ ، والواحد في الْحُرِّيَّةِ ، كان للسَّيِّد أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ من أَرْضِ الْجِنَايَاتِ أو ثلاثة^(٢٣) أَرْباعِ الدِّيَةِ ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وفي الْآخَرِ الْأَقْلُ من ثلاثة أَرْباعِ الْقِيَمَةِ أو ثلاثة أَرْباعِ الدِّيَةِ . ولو كانوا عَشْرَةً ، واحداً في الرُّقِّ ، وتسعة في الْحُرِّيَّةِ ، فالدِّيَةُ عَلَيْهِمْ ، وللسَّيِّد فِيهَا بِحَسَابِ ما ذَكَرْنَا ، على اخْتِلَافِ الْوَجْهَيْنِ .

فصل : فَإِنْ قَطَعَ يَدَهُ ، ثُمَّ أُعْتِقَ ، فَقَطَعَ آخَرُ رِجْلِهِ ، ثُمَّ عاد الْأَوَّلُ فَقَتَلَهُ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ ، فعليه الْقِصَاصُ لِلْوَرِثَةِ ، وَنِصْفُ الْقِيَمَةِ لِلسَّيِّدِ ، وعلى الْآخَرِ الْقِصَاصُ لِلْوَرِثَةِ فِي الرَّجُلِ أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ . فَإِنْ كَانَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فعلى الْجَانِي الْأَوَّلِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ دُونَ^(٢٤) الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا فِي رِقِّهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْوَرِثَةُ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ^(٢٥) ، سَقَطَ حَقُّ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ النَّفْسُ وَأَرْضُ الطَّرَفِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فَإِنَّ الطَّرَفَ دَاخِلٌ فِي النَّفْسِ فِي الْأَرْضِ . وَإِنْ اخْتَارُوا الْعَفْوَ ، فعليه الدِّيَةُ دُونَ أَرْضِ الطَّرَفِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الطَّرَفِ يَدْخُلُ فِي النَّفْسِ ، وللسَّيِّد أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ من نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ أَرْضِ الطَّرَفِ ، والباقي للورثة ، / وَأَمَّا الثَّانِي ، فعليه^(٢٥) الْقِصَاصُ فِي الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ قَطَعَ سِرَائَتَهَا ، فصار كما لو أُنْدِمَلَتْ . فَإِنْ عَفَا عَنْهُ^(٢٦) فعليه نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ كَانَ الثَّانِي هُوَ الَّذِي قَتَلَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ^(٢٦) ، فعليه الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ . وهل يُقَطَعُ طَرَفُهُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . فَإِنْ عَفَا الْوَرِثَةُ ، فعليه دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ . وَأَمَّا الْأَوَّلُ ، فعليه نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِلسَّيِّدِ ، وَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ . وَإِنْ كَانَ الْقَاتِلُ ثَالِثًا ، فَقَدْ اسْتَقَرَّ الْقَطْعَانِ ، ويكون على الْأَوَّلِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وعلى الثَّانِي الْقِصَاصُ فِي الرَّجُلِ ، أو نِصْفُ^(٢٧) الدِّيَةِ

ظ ٣٣/٩

(٢٣) في م : ١ : وثلاثة .

(٢٤-٢٥) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م زيادة : ١ : نصف .

(٢٦-٢٧) سقط من : م .

(٢٧) في الأصل : ١ : ونصف .

لَوَرَّثَتْهُ ، وعلى الثالثِ القصاصُ في النَّفْسِ أو الدِّيَّةُ .

فصل : وإذا قَطَعَ رجلٌ يَدَ عبيده ، ثم أَعْتَقَهُ ، ثم انْدَمَلَ جُرْحُهُ ، فلا قِصاصَ عليه ولا ضَمَانٌ ؛ لأنَّهُ إِنَّمَا قَطَعَ يَدَ عبيده ، وَإِنَّمَا اسْتَقَرَّ بِالْأَنْدِمَالِ مَا وَجَبَ بِالْجِرَاحِ . وإن مات بعدَ العِتْقِ بِسِرَايَةِ الْجُرْحِ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ الجِنَايَةَ كانت على مَمْلُوكِهِ . وفي وَجُوبِ^(٢٨) الضَّمَانِ وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يَجِبُ شَيْءٌ ؛ لأنَّهُ مات بِسِرَايَةِ جُرْحٍ غَيْرِ مَضْمُونٍ ، أشْبَهَ ما لو مات بِسِرَايَةِ الْقَطْعِ في الْحَدِّ وَسِرَايَةِ الْقَوْدِ ، ولأنَّنا تَبَيَّنَّا أَنَّ الْقَطْعَ كان قَتْلًا ، فيكون^(٢٩) قَاتِلًا لِعَبْدِهِ ، فلا يَلْزُمُهُ ضَمَانُهُ ، كما لو لم يَعْتِقْهُ .^(٣٠) وهذا بِمُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ^(٣١) . والثاني ، يَضْمَنُهُ بما زاد على أَرْضِ الْقَطْعِ مِنَ الدِّيَّةِ ؛ لأنَّهُ مات وهو حُرٌّ بِسِرَايَةِ قَطْعِ عُدْوَانٍ ، فيضْمَنُ ، كما لو كان القاطِعُ أَجْنَبِيًّا ، لكن يَسْقُطُ أَرْضُ الْقَطْعِ ؛ لأنَّهُ في مِلْكِهِ ، ويَجِبُ الزَّائِدُ لَوَرَّثَتْهُ ، فإن لم يَكُنْ له وارِثٌ سِوَاهُ ، وَجَبَ لِبَيْتِ الْمَالِ ، ولا يَرِثُ السَّيِّدُ شَيْئًا ؛ لأنَّ الْقَاتِلَ لا يَرِثُ .

١٤٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ اثْنَيْنِ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، فَاتَّفَقَ أَوْلِيَاءُ الْجَمِيعِ عَلَى الْقَوْدِ ، أُقِيدَ لَهُمَا . وَإِنْ أَرَادَ وَلِيُّ الْأَوَّلِ الْقَوْدَ ، وَالثَّانِي الدِّيَّةَ ، أُقِيدَ لِلأَوَّلِ ، وَأُعْطِيَ أَوْلِيَاءُ الثَّانِي الدِّيَّةَ مِنْ مَالِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ أَوْلِيَاءُ الْأَوَّلِ الدِّيَّةَ ، وَالثَّانِي الْقَوْدَ)

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا قَتَلَ اثْنَيْنِ ، فَاتَّفَقَ أَوْلِيَاؤُهُمَا على قَتْلِهِ بهما ، قُتِلَ بهما . وإن أَرَادَ أَحَدُهُمَا الْقَوْدَ ، وَالْآخَرُ الدِّيَّةَ ، قُتِلَ لِمَنْ اخْتَارَ^(١) / الْقَوْدَ ، وَأُعْطِيَ أَوْلِيَاءُ^(٢) الثَّانِي الدِّيَّةَ مِنْ مَالِهِ ، سواءَ كان الْمُخْتَارُ لِلْقَوْدِ الثَّانِي أو الْأَوَّلَ ، وسواءَ قَتَلَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أو

٣٤٤/٩ و

(٢٨) في م : وجود .

(٢٩) في الأصل نهاده : قتل .

(٣٠) سقط من : م .

(١) في م : أراد .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

دَفْعَتَيْنِ . فَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمَا فَقَتَلَهُ ، وَجَبَ ^(٣) لِلْآخَرِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ ، أَيَهُمَا كَانَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُقْتَلُ بِالْجَمَاعَةِ ، لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ ، وَإِنْ طَلَبَ بَعْضُهُم الدِّيَّةَ ، فَلَيْسَ لَهُ ، وَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمْ ^(٤) فَقَتَلَهُ ^(٥) ، سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ لَوْ قَتَلُوا وَاحِدًا قَتَلُوا بِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَتَلَهُمْ وَاحِدٌ قُتِلَ بِهِمْ ؛ كَالوَاحِدِ بِالوَاحِدِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقْتَلُ إِلَّا بِوَاحِدٍ ، سِوَاءِ أَتَّفَقُوا عَلَى ^(٦) طَلَبِ الْقِصَاصِ ^(٧) أَوْ لَمْ يَتَّفِقُوا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ ، فَاشْتِرَاكُهُمْ فِي الْمَطَالِبَةِ لَا يُوجِبُ تَدَاخُلَ ^(٨) حُقُوقِهِمْ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ . وَلَنَا عَلَى أَيْ حَنِيفَةٍ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَمَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الْعَقْلَ » ^(٩) . فظَاهِرُ هَذَا أَنَّ أَهْلَ كُلِّ قَتِيلٍ يَسْتَحِقُّونَ مَا اخْتَارُوهُ مِنَ الْقَتْلِ أَوْ الدِّيَّةِ ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى الْقَتْلِ وَجَبَ لَهُمْ ، وَإِنْ اخْتَارَ بَعْضُهُم الدِّيَّةَ ، وَجَبَتْ ^(١٠) لَهُ بَظَاهِرِ الْخَبَرِ ، وَلَأَنَّهُمَا جَنَائِتَانِ لَا يَتَدَاخِلَانِ إِذَا كَانَتَا خَطَأً أَوْ إِحْدَاهُمَا ^(١١) ، فَلَمْ يَتَدَاخِلَا فِي الْعَمْدِ ، كَالْجَنَائِيَّاتِ عَلَى الْأَطْرَافِ ، وَقَدْ سَلَّمُوها . وَلَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ مَحَلٌّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقَّانِ ، لَا يَتَسَعُّ لِهَما مَعًا ، رَضِيَ الْمُسْتَحِقَّانِ بِهِ عَنْهُمَا ، فَيُكَتَفَى بِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدَيْنِ خَطَأً فَرَضِيَ بِأَخْذِهِ عَنْهُمَا ، وَلَأَنَّهُمَا رَضِيًّا بِدُونِ حَقِّهِمَا فَجَاز ، كَمَا لَوْ رَضِيَ صَاحِبُ الصَّحِيحَةِ بِالشَّلَاءِ ، أَوْ وَلِيُّ ^(١٢) الْحُرِّ بِالْعَبْدِ ، وَوَلِيُّ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً ؛ فَإِنَّ الْجَنَايَةَ تَجِبُ فِي الدِّمَّةِ ، وَالْدِّمَّةُ تَتَسَعُّ لِحُقُوقٍ كَثِيرَةٍ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ

(٣) فِي ب : وَجِبَتْ .

(٤) فِي الْأَصْلِ : أَحَدُهُمَا .

(٥) فِي م : قَتَلَ .

(٦-٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : الطَّلَبُ لِلْقِصَاصِ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٥١٦ .

(٩) فِي م : وَجِبَ .

(١٠) فِي ب ، م : أَحَدُهُمَا .

(١١) فِي الْأَصْلِ : وَلِيُّ .

الجماعة قتلوا بالواحد ، لَمَّا يُوَدَّى الاشتراك إلى إسقاطِ القصاص ، تَغْلِيظًا لِلْقَصَاصِ ، ومُبَالِغَةً فِي الزَّجْرِ ، وَفِي مَسَائِلَتِنَا يَنْعَكِسُ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْقَصَاصَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ بِقَتْلِ وَاحِدٍ ، وَأَنَّ قَتْلَ الثَّانِي وَالثَّالِثِ لَا يَزِدُّهُ عَلَيْهِ حَقٌّ ، بَادَرَ إِلَى قَتْلِ مَنْ يُرِيدُ قَتْلَهُ ، وَفَعَلَ مَا يَسْتَهَيِّ فَعَلَهُ ، / فَيَصِيرُ هَذَا كإِسْقَاطِ الْقَصَاصِ عَنْهُ ابْتِدَاءً مَعَ الدِّيَّةِ . ٣٤/٩ ظ

فصل : وَإِنْ طَلَبَ كُلُّ وَلِيٍّ قَتْلَهُ بَوَلِيَّهِ ، مُسْتَقِلًّا مِنْ غَيْرِ مُشَارَكَةٍ ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، وَلِأَنَّ الْمَحَلَّ صَارَ مُسْتَحَقًّا لَهُ ^(١٢) بِالْقَتْلِ الْأَوَّلِ . فَإِنْ عَفَا وَلِيُّ الْأَوَّلِ ، فَلَوْلِيُّ الثَّانِي قَتْلَهُ . وَإِنْ طَالَبَ وَلِيُّ الثَّانِي قَبْلَ طَلَبِ الْأَوَّلِ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ إِلَى وَلِيِّ الْأَوَّلِ فَأَعْلَمَهُ . وَإِنْ بَادَرَ الثَّانِي فَقَتَلَهُ ، أَسَاءَ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْأَوَّلِ إِلَى الدِّيَّةِ . وَإِنْ كَانَ وَلِيُّ الْأَوَّلِ غَائِبًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، انْتَظَرَ . وَإِنْ عَفَا أَوْلِيَاءُ الْجَمِيعِ إِلَى الدِّيَّاتِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَتَشَاخَوْا فِي الْمُسْتَوْفَى ، أَقْرِعَ بَيْنَهُمْ ، فَقُدِّمَ مَنْ تَقَعَّ لَهُ الْقُرْعَةُ ؛ لِتَسَاوِي حُقُوقِهِمْ . وَإِنْ بَادَرَ غَيْرُهُ فَقَتَلَهُ ، اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَسَقَطَ ^(١٣) حَقُّ الْبَاقِينَ إِلَى الدِّيَّةِ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ مُتَفَرِّقًا ، وَأَشْكَلَ الْأَوَّلُ ، أَوْ ادَّعَى كُلُّ وَلِيٍّ أَنَّهُ الْأَوَّلُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، فَأَقْرَ الْقَاتِلَ لِأَحَدِهِمْ ، قُدِّمَ بِإِقْرَارِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُقَرَّ ، أَقْرَعْنَا بَيْنَهُمْ ؛ لِإِسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ يُنْمَى رَجُلَيْنِ ، فَالْحَكْمُ فِيهِ كَالْحَكْمِ فِي الْأَنْفُسِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ وَالِاخْتِلَافِ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَ الرَّأْيِ قَالُوا : يُقَادُ لِهَاجِمِيًّا ، وَيُعْرَمُ لِهَادِيَّةٍ الْيَدُ فِي مَالِهِ نِصْفَيْنِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِيْجَابِ الْقَوْدِ فِي بَعْضِ الْعُضْوِ وَالِدِّيَّةِ فِي بَعْضِهِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ ، وَلَا يُظَاهَرُ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : سقط ، .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثم قَتَلَ آخَرَ ، ثم سَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِ الْمَقْطُوعِ فَمَاتَ ، فَهُوَ قَاتِلٌ لَهَا ، فَإِذَا تَشَاحَا فِي الْمُسْتَوْفَى لِلْقَتْلِ ، قُتِلَ بِالَّذِي قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ الْقَتْلِ عَلَيْهِ أَسْبَقُ ، فَإِنَّ الْقَتْلَ بِالَّذِي قَطَعَهُ إِنَّمَا وَجِبَ عِنْدَ السَّرَاةِ ، وَهِيَ مُتَأَخِّرَةٌ عَنْ قَتْلِ الْآخَرِ ، وَأَمَّا الْقَطْعُ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ . فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ لَهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ يُقَتَّلُ لِلَّذِي ^(١٤) قَتَلَهُ ، وَيَجِبُ لِلأَوَّلِ نَصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُسْتَوْفَى الْقَطْعُ . وَجِبَتْ لَهُ الدِّيَةُ كَامِلَةً ، وَلَمْ يُقَطَّعْ طَرَفُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لَهُ الْقَطْعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ / لِأَنَّ الْقَطْعَ إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي الْقَتْلِ عِنْدَ اسْتِيفَاءِ الْقَتْلِ . فَإِذَا تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقَتْلِ ، وَجِبَ اسْتِيفَاءُ الطَّرَفِ لَوْجُودِ ^(١٥) مُقْتَضِيهِ ، وَعَدَمِ الْمَانِعِ مِنْ اسْتِيفَائِهِ ، كَالْوَلَمِ يَسِرُّ . وَلَوْ كَانَ قَطْعُ الْيَدِ لَمْ يَسِرَّ إِلَى النَّفْسِ ، فَإِنَّهُ تَقَطَّعَ يَدُهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ يُقَتَّلُ ، وَسَوَاءٌ تَقَدَّمَ الْقَطْعُ أَوْ تَأَخَّرَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُقَتَّلُ وَلَا يُقَطَّعُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ تَلَفَ الطَّرَفُ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي الْقَطْعِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَا لِوَاحِدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا جَنَايَتَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ ، فَلَمْ يَتَذَاخَلَا ، كَقَطْعِ يَدَيِ رَجُلَيْنِ . وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ الْقِيَاسِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَالَ : لَوْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثُمَّ قَتَلَهُ يَقْصِدُ الْمُثَلَّةَ بِهِ ، قُطِعَ وَقُتِلَ . وَنَحْنُ نُوَافِقُهُ عَلَى هَذَا فِي رَوَايَةٍ ، فَقَدْ حَصَلَ الْإِجْمَاعُ مَعَنَا وَمِنْهُ ^(١٦) عَلَى انْتِفَاءِ التَّدَاخُلِ فِي الْأَصْلِ ، فَكَيْفَ يَقْيَسُ عَلَيْهِ ! وَلَكِنَّهُ يَنْقَلِبُ دَلِيلًا عَلَيْهِ ، فَنَقُولُ : قَطَعَ وَقُتِلَ ، فَيُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ ، كَالْوَلَمِ فَعَلَهُ بِرَجُلٍ وَاحِدٍ يَقْصِدُ الْمُثَلَّةَ بِهِ ^(١٧) ، وَيُثَبِّتُ الْحُكْمُ فِي مَحَلِّ التَّرَاوُعِ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَذَاخَلْ حَقُّ الْوَاحِدِ ، فَحَقُّ الْاِثْنَيْنِ أَوْلَى ، وَيَنْطَلُّ بِهَذَا مَا قَالَهُ مِنَ الْمَعْنَى .

فصل : وإن قَطَعَ إصْبَعًا مِنْ يَمِينِ رَجُلٍ ، وَيَمِينًا لآخَرَ ، وَكَانَ قَطْعُ الْإِصْبَعِ أَسْبَقَ ، قُطِعَتْ إصْبَعُهُ قِصَاصًا ، وَغَيْرُ الْآخَرِ ^(١٨) بَيْنَ الْعَفْوِ إِلَى الدِّيَةِ ، وَبَيْنَ الْقِصَاصِ وَأَخْذِ دِيَةِ

(١٤) في ب ، م : « الذي » .

(١٥) في الأصل : « بوجود » . وفي م : « لوجوب » .

(١٦) في م : « ومنهم » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في الأصل : « الأخير » .

الإصْبَع . ذكره القاضي ، وهو اختيار ابن حامد ، ومذهب الشافعي ؛ لأنه وجدَ بعضَ حَقِّه ، فكان له استيفاءُ الموجود ، وأخذُ بَدَلِ المفقود ، كَمَنْ أَثْلَفَ مِثْلًا لِرَجُلٍ ، فوجدَ بعضَ المِثْلِ . وقال أبو بكر : يَتَحَيَّرُ^(١) بين القصاص ولا شيء له معه ، وبين الدِّيَّة . هذا قياسُ قوله ، وهو مذهبُ أبي حنيفة ؛ لأنه لا يُجْمَعُ في عُضْوٍ واحدٍ بين قِصاصٍ ودِيَّةٍ كالنَّفْسِ . وإن كان قَطْعُ اليَدِ سابقًا على قَطْعِ الإصْبَعِ ، قُطِعَتْ يَمِينُهُ قِصاصًا ، ولصاحبِ الإصْبَعِ أَرْشُهَا . ويفارقُ هذا ما إذا قَتَلَ رَجُلًا ، ثم قَطَعَ يَدَ آخَرَ ، حيثُ قَدَّمْنَا استيفاءَ القَطْعِ مع تأخُّره ؛ لأنَّ قَطْعَ اليَدِ لا يَمْنَعُ التَّكَافُؤَ في النَّفْسِ ، بدليل أَنَّا نَأْخُذُ كَامِلَ الْأَطْرَافِ بناقِصِها ، وَأَنَّ دِيَّتَهُمَا واحدةٌ ، / ونَقْصُ الإصْبَعِ يَمْنَعُ التَّكَافُؤَ في اليَدِ ، بدليل أَنَّا لَا نَأْخُذُ الكَامِلَةَ بالناقِصةِ ، واختلافِ دِيَّتَهُمَا . وإن عَفَا صاحبُ اليَدِ ، قُطِعَتِ الإصْبَعُ لِمَاصِحِها ، إن^(٢) اخْتَارَ قَطْعَها . ط ٣٥/٩

١٤٤١ - مسألة ؛ قال : (وإذا جَرَحَهُ جُرْحًا يُمْكِنُ الْإِقْصَاصُ مِنْهُ بِلا حَيْفٍ ، اقْتَصَّ مِنْهُ)

وجملة ذلك أَنَّ الْقِصاصَ يَجْرِي فيما دُونَ النَّفْسِ مِنَ الْجُرُوحِ ، إذا امْكَنَ ؛ لِلنَّصِّ والإجماع ؛ أَمَّا النَّصُّ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾^(١) . وَرَوَى أَنَسُ بْنُ مَالِكٍ ، أَنَّ الرَّبِيعَ بَنَتَ النَّضَرَ بْنَ أَنَسٍ ، كَسَرَتْ ثِيَّةَ جَارِيَةٍ ، فَعَرَضُوا عَلَيْهِمُ الْأَرْضَ ، فَأَبَوْا إِلَّا الْقِصاصَ ، فَجَاءَ أَخُوها أَنَسُ بْنُ النَّضْرِ فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ تُكْسِرُ ثِيَّةَ الرَّبِيعِ ! وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لَا تُكْسِرُ ثِيَّتِها . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « يَا أَنَسُ ، كِتَابُ اللَّهِ الْقِصاصُ » . قَالَ : فَعَفَا الْقَوْمُ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « إِنْ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لَوْ أَقْسَمَ عَلَى

(١٩) في م : يَخِيرُ .

(٢٠) في الأصل ، م : وإن .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

الله لأَبْرَهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَرَيَانِ الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ إِذَا امْكَنَ ، وَلَآنَ مَا دُونَ النَّفْسِ كَالنَّفْسِ فِي الْحَاجَةِ إِلَى حِفْظِهِ بِالْقِصَاصِ ، فَكَانَ كَالنَّفْسِ فِي وُجُوبِهِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْجُرُوحِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ عَمْدًا مَخْصًى ، فَأَمَّا الْخَطَأُ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ إِجْمَاعًا ، وَلَآنَ الْخَطَأُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، وَهِيَ الْأَصْلُ ، فَفِيمَا دُونَهَا أَوْلَى . وَلَا يَجِبُ بَعْدُ الْخَطَأُ ، وَهُوَ أَنْ يَقْصِدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يُقْضَى إِلَى ذَلِكَ غَالِبًا ، مِثْلُ أَنْ يَضْرِبَهُ بِخَصَاةٍ لَا يُوضِحُ مِثْلَهَا ، فَيُوضِحُهُ ، فَلَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ ، وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا بِالْعَمْدِ الْمَخْصِي . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ، وَلَا يُرَاعَى فِيهِ ذَلِكَ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ . الثَّانِي ، التَّكَافُؤُ بَيْنَ الْجَارِحِ وَالْمَجْرُوحِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْجَانِي يُقَادُّ مِنَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ لَوْ قَتَلَهُ ، كَالْحُرِّ الْمُسْلِمِ مَعَ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ ، فَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْكَافِرِ ، وَالْحُرِّ مَعَ الْعَبْدِ ، وَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُؤْخَذُ نَفْسُهُ بِنَفْسِهِ ، فَلَا يُؤْخَذُ طَرَفُهُ بِطَرَفِهِ ، وَلَا يُجْرَحُ بِجُرْحِهِ ، / كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْمُسْتَأْمِنِ . الثَّالِثُ ، إِمْكَانُ الْاِسْتِيفَاءِ مِنْ غَيْرِ حَيْفٍ وَلَا زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ : ﴿ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى

و ٣٦/٩

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الصَّلَاحِ فِي الدِّيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاحِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُوا مَا عَاهَدُوا اللَّهَ عَلَيْهِ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِهِ : ﴿ وَمَنْ النَّاسُ مِنْ يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَنْدَادًا ﴾ ، وَبَابِ قَوْلِهِ : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٤٣/٣ ، ٢٣/٤ ، ٢٩/٦ ، ٦٥ ، ٦٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ إِثْبَاتِ الْقِصَاصِ فِي الْأَسْنَانِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٠٢/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْقِصَاصِ مِنَ السِّنِّ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنْ أَيْ دَاوُدَ ٥٠٣/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقِصَاصِ مِنَ الثَّنِيَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٢٤/٨ ، ٢٥ . وَابْنُ مَاجَهَ ، فِي : بَابِ الْقِصَاصِ فِي السِّنِّ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنْ ابْنِ مَاجَهَ ٨٨٤/٢ ، ٨٨٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١٢٨/٣ ، ١٦٧ ، ٢٨٤ .

(٣) سُورَةُ النِّحْلِ ١٢٦ .

عَلَيْكُمْ ﴿٤﴾ . وَلَئِنْ دَمَ الْجَانِي مَعْصُومًا إِلَّا فِي قَدَرٍ جِنَائِهِ ، فَمَا زَادَ عَلَيْهَا يَتَّقَى عَلَى الْعِصْمَةِ ، فَيَحْرُمُ اسْتِيفَاؤُهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ، كَتَحْرِيمِهِ قَبْلُهَا ، وَمِنْ ضَرُورَةِ الْمَنْعِ مِنَ الزِّيَادَةِ الْمَنْعُ مِنَ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ لَوَازِمِهِ ، فَلَا يُمَكِّنُ الْمَنْعُ مِنْهَا إِلَّا بِالْمَنْعِ مِنْهُ . وَهَذَا لَا خِلَافَ فِيهِ نَعْلَمُهُ . وَمِمَّنْ مَنَعَ الْقِصَاصَ فِيمَا دُونَ الْمُوضِحَةِ الْحَسَنُ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَنْعَهُ فِي الْعِظَامِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْجُرْحَ الَّذِي يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، هُوَ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ ، كَالْمُوضِحَةِ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي جَوَازِ الْقِصَاصِ فِي الْمُوضِحَةِ خِلَافًا ، وَهِيَ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى الْعَظْمِ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى (٥) نَصَّ عَلَى الْقِصَاصِ فِي الْجُرُوحِ ، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ هَهُنَا ، لَسَقَطَ حُكْمُ الْآيَةِ ، وَفِي مَعْنَى الْمُوضِحَةِ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ فِيمَا سِوَى الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، كَالسَّاعِدِ ، وَالْعَضِدِ ، وَالسَّاقِ ، وَالْفَخِذِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : لَا قِصَاصَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مُقَدَّرَ (٦) فِيهَا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . وَلَئِنَّهُ أَمَكَّنَ اسْتِيفَاؤَهَا بِغَيْرِ حَيْفٍ وَلَا زِيَادَةٍ ، لِإِنْتِهَائِهَا إِلَى عَظْمٍ ، فَهِيَ كَالْمُوضِحَةِ ، وَالتَّقْدِيرُ فِي الْمُوضِحَةِ لَيْسَ هُوَ الْمُقْتَضَى لِلْقِصَاصِ ، وَلَا عَدَمُهُ مَانِعًا ، وَإِنَّمَا كَانَ التَّقْدِيرُ فِي الْمُوضِحَةِ لِكَثْرَةِ شَيْئِهَا ، وَشَرَفِ مَحَلِّهَا ، وَهَذَا (٧) قُدِّرَ مَا فَوْقَهَا مِنْ شِجَاجِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، وَلَا قِصَاصَ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْجَائِفَةُ أَرْضُهَا مُقَدَّرٌ ، وَلَا (٨) قِصَاصَ فِيهَا (٩) .

فصل : ولا يُسْتَوْفَى الْقِصَاصُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ بِالسَّيْفِ ، وَلَا بِأَلَةٍ يُخَشَى مِنْهَا

(٤) سورة البقرة ١٩٤ .

(٥-٥) في م : أوجب .

(٦) في م : يقدر .

(٧) في ب ، م زيادة : ما .

(٨) في م : لا .

(٩) في م : فيه .

الزَّيَادَةُ ، سواءَ كانَ الجُرْحُ بها أو بغيرِها ؛ لِأَنَّ القَتْلَ إِنَّمَا اسْتَوْفَى ^(١٠) بِالسَّيْفِ لِأَنَّهُ آتَهُ ،
وليسَ نَمَّ ^(١١) شَيْءٌ يُخْشَى التَّعَدَّى إِلَيْهِ ، فَيَجِبُ أَنْ يُسْتَوْفَى مَا دُونَ النَّفْسِ بِآلَتِهِ ^(١٢) ،
وَيُتَوَقَّى مَا يُخْشَى مِنْهُ الزَّيَادَةُ إِلَى مَحَلٍّ لَا يَجُوزُ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَلِأَنَّنَا مَنَعْنَا / الْقِصَاصَ
بِالْكُلِّيَّةِ ^(١٣) ، فِيمَا يُخْشَى الزَّيَادَةُ فِي اسْتِيفَائِهِ . فَلِأَنَّ نَمْنَعَ الآلَةَ الَّتِي يُخْشَى مِنْهَا ذَلِكَ
أَوَّلَى . فَإِنْ كَانَ الجُرْحُ مُوضِحَةً أَوْ مَا أَشْبَهَهَا ، فَبِالْمُوسَى أَوْ حَدِيدَةٍ مَاضِيَةٍ مُعَدَّةٍ
لِذَلِكَ ، وَلَا يَسْتَوْفَى ذَلِكَ إِلَّا مَنْ لَهُ عِلْمٌ بِذَلِكَ ، كَالجَرَائِحِيِّ وَمَنْ أَشْبَهَهُ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ
لِلوَلِيِّ عِلْمٌ بِذَلِكَ ، أَمَرَ بِالِاسْتِنَائَةِ ، وَإِنْ كَانَ لَهُ عِلْمٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ
أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يُمْكِنُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ أَخَذَ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَيُمْكِنُ مِنْ اسْتِيفَائِهِ إِذَا كَانَ
يُحْسِنُ ، كَالْقَتْلِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُمْكِنُ مِنْ اسْتِيفَائِهِ بِنَفْسِهِ ، وَلَا يَلِيهِ إِلَّا نَائِبُ الْإِمَامِ ،
أَوْ مَنْ يَسْتَنْبِيهِ وَلِيُّ الْجَنَائَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُؤْمَنُ مَعَ الْعَدَاوَةِ وَقَصْدِ
التَّشْفِيِّ ^(١٤) أَنْ يَحِيفَ ^(١٥) فِي الْاسْتِيفَاءِ بِمَا لَا يُمْكِنُ تَلَاْفِيهِ ، وَرَبَّمَا أَفْضَى إِلَى النَّزَاعِ
وَالِاخْتِلَافِ ، بَأَن يَدْعَى الْجَانِي الزَّيَادَةَ وَيُنْكِرُهَا الْمُسْتَوْفَى .

فصل : وَإِذَا أَرَادَ الْاسْتِيفَاءَ مِنْ مُوضِحَةٍ وَشَبِيهَا ، فَإِنْ كَانَ عَلَى مَوْضِعِهَا شَعْرٌ
حَلَقَهُ ، وَيَعْمِدُ إِلَى مَوْضِعِ الشَّجَةِ مِنْ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ ، فَيَعْلَمُ مِنْهُ طُولَهَا بِخَشَبَةٍ أَوْ
خَيْطٍ ، وَيَضَعُهَا عَلَى رَأْسِ الشَّاجِّ ، وَيَعْلَمُ طَرَفِيهِ بِخَطِّ بَسْوَادٍ أَوْ غَيْرِهِ ، وَيَأْخُذُ حَدِيدَةً
عَرَضُهَا كَعَرَضِ الشَّجَةِ ، فَيَضَعُهَا فِي أَوَّلِ الشَّجَةِ ، وَيَجُرُّهَا إِلَى آخِرِهَا ، وَيَأْخُذُ ^(١٥)
مِثْلَ الشَّجَةِ طَوْلًا وَعَرَضًا ، وَلَا يُرَاعَى الْعُمُقُ ؛ لِأَنَّ حَذَّ الْعَظْمِ ، وَلَوْ رُوِيَ الْعُمُقُ لَتَعَدَّرَ
الْاسْتِيفَاءُ ؛ لِأَنَّ النَّاسَ يَخْتَلِفُونَ فِي قِلَّةِ اللَّحْمِ وَكَثْرَتِهِ ، وَهَذَا كَمَا يُسْتَوْفَى فِي الطَّرْفِ

(١٠) فِي ب : : يَسْتَوْفَى .

(١١) فِي م : : ثَمَّة .

(١٢) فِي م زِيَادَةُ : : وَيَتَوَقَّى .

(١٣) فِي ب : : لِلْكُلِّيَّةِ .

(١٤-١٥) فِي م : : الْحَيْفُ .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : م .

بمثله^(١٦) وإن اختلفا في الصَّعَر والكَبِير ، والدَّقَّة والغَلِظ ، ويُراعى الطُّول والعَرْض ؛ لأنَّه مُمكنٌ ، فإن كان رأسُ الشَّاجِّ والمشجُوج سواءً ، استوفى قَدْرُ الشَّجَّةِ ، وإن كان رأسُ الشَّاجِّ أصغرَ ، لكنَّه يتَّسعُ للشَّجَّةِ ، استوفيت وإن^(١٧) استوعب^(١٨) رأسُ الشَّاجِّ كلَّه وهى في^(١٩) بعضِ رأسِ المشجُوج ؛ لأنَّه استوفاهَا بالمَسَاحَةِ ، ولا يَمْنَعُ الاستيفاءُ زيادتها على مثلِ مَوْضِعِهَا من رأسِ الجاني ؛ لأنَّ الجميعَ رأسٌ^(٢٠) . وإن كان قَدْرُ الشَّجَّةِ يَزِيدُ على رأسِ الجاني ، فإنَّه يَسْتَوْفِي الشَّجَّةَ في^(٢١) جميعِ رأسِ الشَّاجِّ ، ولا يجوزُ أن يَنْزِلَ إلى جَبْهَتِهِ ؛ لأنَّه يَقْتَصُّ في عَضْوٍ آخرَ غيرِ العَضْوِ الذی جَنَى عليه . وكذلك لا يَنْزِلُ إلى قَفَاه ؛ لما ذكرناه . ولا يَسْتَوْفِي بَقِيَّةَ الشَّجَّةِ في موضعٍ / آخرَ من رأسِهِ ؛ لأنَّه يَكُونُ مُسْتَوْفِيًا لمَوْضِعَيْنِ ، وواضعًا للحديدَةِ في غيرِ المَوْضِعِ الذی وضعَهَا فيه الجاني . واختلف أصحابنا في ماذا يَصْنَعُ ؟ فذكر^(٢٢) القاضي أنَّ ظاهرَ كلامِ أبى بكرٍ ، أنَّه لا أَرُشَ له فيما بَقِيَ ؛ كيلا يَجْتَمِعَ قِصَاصٌ ودِيَّةٌ في جُرْحٍ واحدٍ . وهذا مذهبُ أبى حنيفة . فعلى هذا يَتَخَيَّرُ بَيْنَ الاستيفاءِ في جميعِ رأسِ الشَّاجِّ ولا أَرُشَ له ، وبين العَفْوِ إلى دِيَّةٍ مُوضِحَةٍ . وقال أبو عبد الله ابنُ حامِدٍ ، وبعضُ أصحابنا : له أَرُشٌ ما بَقِيَ . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لأنَّه تَعَذَّرَ القِصاصُ فيما جَنَى عليه ، فكان له أَرُشُهُ ، كما لو تَعَذَّرَ في الجميعِ . فعلى هذا ، تُقَدَّرُ شَجَّةُ الجاني من الشَّجَّةِ في رأسِ المَجْنُونِ عليه ، وَيَسْتَوْفِي أَرُشَ الباقي ، فإن كانت بَقْدَرِ ثَلَاثِهَا^(٢٣) فَلَهُ ثَلَاثُ أَرُشٍ مُوضِحَةٍ ، وإن زادتْ أو نَقَصَتْ عن هذا فبالْحِسَابِ من أَرُشِ المُوضِحَةِ . ولا يَجِبُ له أَرُشٌ مُوضِحَةٌ كاملةٌ ؛ لئلا يُفْضَى إلى إيجابِ القِصاصِ ودِيَّةٍ مُوضِحَةٍ في مُوضِحَةٍ واحدةٍ ، فإن أَوْضَحَهُ في جميعِ رأسِهِ ، ورأسُ

٣٧/٩

(١٦) في م : « مثله » .

(١٧) في م : « إن » .

(١٨) في م : « استوعب أن » .

(١٩) سقط من م : .

(٢٠) في م : « رأسه » .

(٢١) في م : « من » .

(٢٢) في الأصل : « قد ذكر » .

(٢٣) في الأصل : « ثلثها » .

الجاني أكبر ، فَلِلْمَجْنِيِّ عليه أن يُوضَحَ منه بقَدَرِ مِسَاحَةِ مُوضِحَتِهِ من أَى الطَّرَفَيْنِ شاء ؛ لِأَنَّهُ جَنَى عليه في ذلك المَوضِعِ كُلَّهُ ، وإذا اسْتَوْفَى قَدَرُ مُوضِحَتِهِ ، ثم تَجَاوَزَهَا ، واعْتَرَفَ أَنَّهُ عَمَدَ ذلك ، فعليه القِصاصُ في ذلك القَدَرِ ، فإذا انْتَدَمَلَتْ مُوضِحَتُهُ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ القِصاصُ في مَوْضِعِ الانْتِدَمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الْجِنَايَةِ ، وإن ادَّعَى الخَطَأَ ، فالقولُ قولُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ ، وهو أَعْلَمُ بِقَصْدِهِ ، وعليه أَرْضُ مُوضِحَةٍ .
فإن قِيلَ : فهذه المُوضِحَةُ كُلُّهَا لو كانت عُدْوَانًا لم يَجِبْ فيها إِلَّا دِيَّةُ مُوضِحَةٍ ، فكيف يَجِبُ في بعضها دِيَّةُ مُوضِحَةٍ ؟ قلنا : لِأَنَّ المُسْتَوْفَى ، لم يَكُنْ جِنَايَةً ، إِنَّمَا الْجِنَايَةُ الزَّائِدُ ، والزائد لو انْتَفَرَدَ لَكَانَ مُوضِحَةً ، فكذلك إذا كان معه ما ليس بجِنَايَةٍ ، بخلاف ما إذا كانت كُلُّهَا عُدْوَانًا ؛ فَإِنَّ الْجَمِيعَ جِنَايَةٌ وَاحِدَةٌ .

فصل : وإذا أَوْضَحَهُ في جميع رأسِهِ ، ورأسُ الجاني أكبر ، فَأَحَبُّ أَنْ يَسْتَوْفَى القِصاصَ بعضُهُ من مُقَدِّمِ الرُّأْسِ وبعضُهُ^(٢٤) من مُؤَخَّرِهِ ، احْتِمَلُ أَنْ يُنَمَّعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ مُوضِحَتَيْنِ بواحدةٍ ، وَدِيَّتَهُمَا مُخْتَلِفَةً ، واحْتِمَلُ الْجَوَازَ ؛ / لِأَنَّهُ لَا يُجَاوِزُ مَوْضِعَ الْجِنَايَةِ وَلَا قَدَرَهَا ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْخِبْرَةِ : إِنَّ فِي ذَلِكَ زِيَادَةً ضَرَرٍ أَوْ شَيْنٍ ، فلا يَفْعَلُ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ كَهَذَيْنِ . فإن كان رأسُ المَجْنِيِّ عليه أكبر ، فَأَوْضَحَهُ الجاني في مُقَدِّمِهِ وَمُؤَخَّرِهِ مُوضِحَتَيْنِ ، قَدَرُهُمَا جَمِيعُ رَأْسِ الْجَانِي ، فله الْخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُوضِحَهُ مُوضِحَةً وَاحِدَةً في جميع رأسِهِ ، أو يُوضِحَهُ مُوضِحَتَيْنِ ، يَقْتَصِرُ في كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا عَلَى^(٢٥) قَدَرِ مُوضِحَتِهِ ، وَلَا أَرْضَ لَذَلِكَ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الاسْتِيفَاءَ مع إِمْكَانِهِ . وإن عَفَا إلى الأَرْضِ ، فله أَرْضُ مُوضِحَتَيْنِ ، وإن شاء اقْتَصَصَ مِنْ إِحْدَاهُمَا^(٢٦) ، وَأَخَذَ دِيَّةَ الْأُخْرَى .

فصل : وإذا كانت الْجِنَايَةُ في غَيْرِ الرُّأْسِ وَالْوَجْهِ ، فَكَانَتْ في سَاعِدٍ ، فزَادَتْ عَلَى سَاعِدِ الْجَانِي ، لم يَنْزِلْ إلى الْكَفِّ ، ولم يَصْعَدْ إلى الْعَضِدِ ، وإن كانت

(٢٤) في ب ، م : « أو بعضه » .

(٢٥) في الأصل : « عن » .

(٢٦) في الأصل ، م : « أحدهما » .

في السَّاقِ ، لم ينزل إلى القَدَمِ ، ولم يصعد إلى الفَخْدِ ؛ لأنه عُضْوٌ آخَرُ ، فلا يقتص منه ، كما لم ينزل من الرأس إلى الوجهِ ، ولم يصعد من الوجهِ إلى الرأس .

فصل : وإذا شجَّ في مُقَدِّمِ رأسه أو مُؤَخَّرِهِ عَرْضًا شَجَّةً لا يَتَسِعُ لها مثل ذلك المَوْضِعِ من رأس الشَّجَّ ، فأراد أن يَسْتَوْفِيَ من وَسَطِ الرأسِ ، فيما بين الأذُنَيْنِ ، لكَوْنِهِ يَتَسِعُ لمثل تلك المَوْضِعِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يجوز ؛ لأنه غيرُ المَوْضِعِ الذي شجَّ فيه ^(٢٧) ، فلم يَجْزُ له الاستيفاءُ منه ، كما لو أمكنه استيفاءُ حقه من مَحَلِّ الشَّجَّةِ ^(٢٨) . واحتمل أن يجوز ؛ لأنَّ الرأسَ عُضْوٌ واحدٌ ، فإذا لم يُمكنه استيفاءُ حقه من مَحَلِّ الشَّجَّةِ ^(٢٩) ، جاز من غيره ، كما لو شجَّ في مُقَدِّمِ رأسه شَجَّةً قَدَرُهَا جَمِيعُ رأسِ الشَّجَّ ، جازَ إتمامُ استيفائها في مُؤَخَّرِ رأسِ الجاني . وهذا منصوصُ الشافعي . وهكذا يُخَرَّجُ فيما إذا كان الجُرْحُ في موضعٍ من السَّاقِ والقَدَمِ والذَّرَاعِ والعَضْدِ . وإن أمكن الاستيفاءَ من مَحَلِّ الجنابةِ ، لم يَجْزِ العُدُولُ عنه ، وَجْهًا واحدًا .

١٤٤٢ - مسألة : قال : (وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ مِنْهُ طَرَفًا مِنْ مَفْصِلٍ ، قَطَعَ مِنْهُ مِثْلُ ذَلِكَ الْمَفْصِلِ ، إِذَا كَانَ الْجَانِي يُقَادُّ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَوْ / قَتَلَهُ) ٣٨/٩

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على جَرَيَانِ الْقِصَاصِ في الْأَطْرَافِ ، وقد ثَبَتَ ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالْكَسْنَ بِالْكَسَنِ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) . ويخبر الربيع بنت النضر بن أنس ^(٢) ، ويشتَرَطُ لجرَيَانِ الْقِصَاصِ فيها شَرْوْطُ خَمْسَةٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ عَمْدًا ، على ما أسلفناه . والثاني ، أن يكونَ الْمَجْنِيُّ

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في م : شجته .

(٢٩) في الأصل ، م : شجته .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢) تقدم في صفحة ٥٣١ .

عليه مكافئاً للجاني بحيث يُقَادُ به لو قَتَلَهُ . والثالث ، أن يكون الطَّرْفُ مُساوياً^(٣) للطَّرْفِ ، فلا يُؤْخَذُ صَحِيحٌ بِأَشَلٍّ ، ولا كاملةُ الأصابعِ بناقصَةٍ ، ولا أصليّةٌ بزائدةٍ ، ولا يُشْتَرَطُ التَّساوَى في الدَّقَّةَ والغَلْظَ ، والصَّغَرُ والكِبَرُ ، والصَّحَّةُ والمَرَضُ ؛ لأنَّ اعتبارَ ذلك يُفْضِي إلى سُقُوطِ الْقِصَاصِ بِالْكُلِّيَّةِ . والرابع ، الاشتِراكُ في الاسمِ الخاصِّ ، فلا تُؤْخَذُ يَمِينٌ بِيَسَارٍ ، ولا يسارٌ بيمينٍ ، ولا إصْبَعٌ بِمُخَالَفَةٍ لها ، ولا جَفَنٌ أو شَفَّةٌ إِلَّا بِمِثْلِهَا . والخامس ، إمكانُ الاستيفاءِ من غيرِ حَيْفٍ ، وهو أن يكونَ الْقَطْعُ من مَفْصِلٍ ، فإن كان من غيرِ مَفْصِلٍ فلا قِصاصَ فيه من موضعِ الْقَطْعِ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وقد رَوَى^(٤) نِمْرَانُ ابنَ جَارِيَةٍ^(٥) ، عن أبيه ، أَنَّ رَجُلًا ضَرَبَ رَجُلًا على سَاعِدِهِ بالسَّيْفِ ، فَقَطَعَهَا من غيرِ مَفْصِلٍ ، فَاسْتَعْدَى عَلَيْهِ النَّبِيُّ ﷺ ، فَأَمَرَ لَهُ بِالْأَدْيَةِ ، فَقَالَ^(٦) : إِنِّي أُرِيدُ الْقِصاصَ . قال : « تَخَذِ الدَّيَّةَ ، بَارَكَ اللَّهُ لَكَ فِيهَا » . ولم يَقْضِ له بِالْقِصاصِ . رَوَاهُ ابنُ مَاجَهَ^(٧) .

فصل : وفي قَطْعِ الْيَدِ ثَمَانِ مَسَائِلَ ؛ أَحَدُهَا ، قَطْعُ الْأَصَابِعِ من مَفَاصِلِهَا ، فَالْقِصاصُ واجبٌ ؛ لِأَنَّ لها مَفَاصِلَ ، وَيُمْكِنُ الْقِصاصُ من غيرِ حَيْفٍ ، وَإِنْ اخْتَارَ الدَّيَّةَ فَلَهُ نِصْفُهَا ؛ لِأَنَّ فِي كُلِّ إصْبَعٍ عَشْرَ الدَّيَّةِ . الثانية ، قَطْعُهَا من نِصْفِ الْكَفِّ ، فليس له الْقِصاصُ من موضعِ الْقَطْعِ ؛ لِأَنَّهُ ليس بِمَفْصِلٍ ، فلا يُؤْمَنُ الْحَيْفُ فيه . وَإِنْ أَرَادَ قَطْعَ الْأَصَابِعِ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهَا ، ليس له ذلك . وهذا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ يَفْتَنُ من غيرِ مَوْضِعِ الْجِنَايَةِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو كان الْقَطْعُ من الْكُوعِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ امْتِنَاعَ قَطْعِ الْأَصَابِعِ / إِذَا قَطَعَ من الْكُوعِ ، إِنَّمَا كانَ لَعَدِمِ الْمُفْتَضَى ، أو وُجُودِ مانِعٍ ، وإِثْمُهَا كانَ فهو مُتَحَقِّقٌ إِذَا كانَ الْقَطْعُ من نِصْفِ الْكَفِّ . والثاني ، له قَطْعُ الْأَصَابِعِ . ذَكَرَهُ أَصْحَابُنَا . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ دونَ حَقِّهِ لِعَجْزِهِ عن

(٣) في ب ، م : « متساويا » .

(٤-٤) في الأصل ، ب : « نمران بن جابر » . وفي م : « نمر بن جابر » . والتصحيح من السنن .

(٥) في م : « قال » .

(٦) في : باب ما لا قود فيه ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٠/٢ .

استيفاء حقه ، فأشبه ما لو شجّه هاشمّة ، فاستوفى موضحة . ويفارق ما إذا قطع من الكوع ؛ لأنه أمكنه استيفاء حقه ، فلم يجز له العدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنه يجمع بين القصاص والأرض في عضو واحد ، فلم يجز ، كما لو قطع من الكوع . والثاني ، له أرض نصف الكف ؛ لأنه حق له تعذر استيفاؤه ، فوجب أرضه ، كسائر ما هذا حاله . وإن اختار الدية ، فله نصفها ، لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية ، فمادونه أولى . الثالثة ، قطع من الكوع ، فله قطع يده من ^(٧) الكوع ، لأنه ^(٨) مفصل ، وليس له قطع الأصابع ؛ لأنه غير محلّ الجناية ^(٩) ، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلّها . 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 أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان ، كما ذكرنا في من قطع من نصف الكف . ومن جوّز له القطع من الكوع ، فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان . ويخرج أيضا في جواز ^(١٠) قطع الأصابع وجهان . فإن قطع منها ، لم يكن له حكومة في الكف ؛ لأنه أمكنه أخذه قصاصا ، فلم يكن له طلب أرضه ، 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 محلّ الجناية عليه ، فلم يجز له العدول إلى غيره . وإن عفا إلى الدية ، فله دية اليد ، وحكومة للساعِد . السادسة ، قطعها من العضد ، فلا قصاص فيها ، في أحد الوجهين ، / وله دية اليد ، وحكومة للساعِد وبعض العضد . والثاني ، له القصاص من المرفق . وهل له حكومة في الرائد ؟ على وجهين . وهل له القطع من الكوع ؟ يَحْتَمِل وجهين .

و ٣٩/٩

(٧) سقط من : م .

(٨) في الأصل : « لأن له » .

(٩) في ب : « للجناية » .

(١٠) سقط من : ب .

السابعة ، قطع من المنكب ، فالواجب القصاص ؛ لأنه مفصل ، وإن اختار الدية ،
 فله دية اليد ، وحكومة لما زاد . الثامنة ، خلع عظم المنكب ، ويقال له : مشط
 الكتيف^(١) ، فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة ، فإن قالوا : يمكن الاستيفاء من
 غير أن تصير جائفة^(٢) . استوفى ، وإلا صار الأمر إلى الدية . وفي جواز الاستيفاء من
 المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره . ومثل هذه المسائل في الرجل ، فالساق^(٣)
 كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الكتيف ، والقدم كالكف .

١٤٤٣ - مسألة ؛ قال : (وليس في المأمومة ، ولا في الجائفة قصاص)

المأمومة : شجاع الرأس ، وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلدة
 أم الدماغ ؛ لأنها تجمعها ، فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وأمة ، لوصولها إلى أم
 الدماغ^(١) . والجائفة في البدن ، وهي التي تصل إلى الجوف . وليس فيهما^(٢) قصاص
 عند أحد من أهل العلم نعلمه ، إلا ما روى عن ابن الزبير أنه قص^(٣) من المأمومة ، فأنكر
 الناس عليه ، وقالوا : ما سمعنا أحدا قص^(٤) منها قبل ابن الزبير^(٥) . وممن لم ير في ذلك
 قصاصا مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن علي ، رضي الله عنه : لا
 قصاص في المأمومة^(٦) . وقاله مكحول ، والزهري ، والشعبي . وقال عطاء ،

(١) في م : « الكف » . خطأ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « والساق » .

(١) في ب زيادة : « لأنها تجمعها كالشجة الواصلة » . وهو تكرار لما سبق .

(٢) في ب ، م : « فيها » .

(٣) في ب : « اقتص » .

(٤) في الأصل : « أقص » .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما لا يستقاد ، من كتاب العقول . المصنف ٤٥٩/٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب

من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٥٧/٩ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف

٢٥٥/٩ .

وَالنَّحْيُ : لَا قِصَاصَ فِي الْجَائِفَةِ . وَرَوَى ابْنُ مَاجَه ، فِي « سُنَنِه » ^(٧) ، عَنْ الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا قَوْدَ فِي الْمَأْمُومَةِ ، وَلَا فِي الْجَائِفَةِ ، وَلَا فِي الْمُنْقَلَةِ ^(٨) » . وَلَا تُهْمَا جُرْحَانِ لَا تُؤْمَنُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا ، فَلَمْ يَجِبْ فِيهِمَا ^(٩) قِصَاصٌ ، ككَسْرِ الْعِظَامِ .

فصل : وليس في شيء من شجاج الرأس قِصاصٌ سِوَى الْمُوضِحَةِ ، سِوَا ^(١٠) فِي ذَلِكَ مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ ، كَالْحَارِصَةِ ، وَالْبَازِلَةِ ، وَالْبَاضِعَةِ ، وَالْمُتَلَاخِمَةِ ، وَالسَّمْحَاقِ ، وَمَا فَوْقَهَا ، وَهِيَ الْهَاشِمَةُ وَالْمُنْقَلَةُ وَالْأَمَةُ ^(١١) . / وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . فَأَمَّا مَا فَوْقَ الْمُوضِحَةِ ، فَلَا نَعْلَمُ أَحَدًا أَوْجَبَ فِيهَا الْقِصَاصَ ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ الزُّبَيْرِ ، أَنَّهُ أَقَادَ مِنَ الْمُنْقَلَةِ ، وَلَيْسَ بِثَابِتٍ عَنْهُ . وَمِمَّنْ قَالَ بِهِ : عَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ ، وَابْنُ شَبْرُمَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ ذَلِكَ . وَلَا تُهْمَا جُرْحَانِ لَا تُؤْمَنُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا ، أَشَبَّهَا الْمَأْمُومَةُ وَالْجَائِفَةُ . وَأَمَّا مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ ، فَقَدْ رَوَى عَنْ مَالِكٍ وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ فِي الدَّامِيَةِ وَالْبَاضِعَةِ وَالسَّمْحَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا جِرَاحَةٌ لَا تُنْتَهَى إِلَى عَظْمٍ ، فَلَمْ يَجِبْ فِيهَا قِصَاصٌ ، كَالْمَأْمُومَةِ ، وَلَأنَّهُ لَا يُؤْمَنُ فِيهَا الزِّيَادَةُ ، فَأَشْبَهَ كَسْرَ الْعِظَامِ ، وَبَيَّنَ ذَلِكَ ، أَنَّهُ إِنْ اقْتَصَّ مِنْ غَيْرِ تَقْدِيرٍ ، أَفْضَى إِلَى أَنْ يَأْخُذَ أَكْثَرُ مِنْ حَقِّهِ ، وَإِنْ اعْتَبَرَ مِقْدَارَ الْعُمُقِ ، أَفْضَى إِلَى أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْبَاضِعَةِ وَالسَّمْحَاقِ مُوضِحَةً ، وَمِنَ الْبَاضِعَةِ سِمْحَاقًا ؛ لِأنَّهُ قَدْ يَكُونُ لَحْمُ الْمَشْجُوجِ كَثِيرًا ، بَحِثْ يَكُونُ عُمُقُ بَاضِعَتِهِ ^(١٢) كَعُمُقِ مُوضِحَةِ الشَّاجِ ^(١٣) ، أَوْ سِمْحَاقِهِ ، وَلَا نُنَاقِشُ نَعْتِيرَ فِي الْمُوضِحَةِ قَدْرَ عُمُقِهَا ، فَكَذَلِكَ فِي غَيْرِهَا . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ .

(٧) فِي : بَابِ مَا لَا قَوْدَ فِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سَنَنِ ابْنِ مَاجَه ٨٨١/٢ .

(٨) قَوْلُهُ : « الْمُنْقَلَةُ » .

(٩) فِي م : « فِيهَا » .

(١٠) فِي م : « سِوَا » .

(١١) بَاقِي تَعْرِيفِ ذَلِكَ كُلِّهِ فِي بَابِ دِهَاتِ الْجِرَاحِ .

(١٢-١٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « كَعُمُقِ مُوضِحَةٍ كَمُوضِحَةِ الشَّاجِ » . وَفِي م : « كَمُوضِحَةِ الشَّاجِ » . وَلَعَلَّ الصَّوَابَ مَا أَتَيْنَاهُ .

فصل : وإن كانت الشَّجَّةُ فوقَ المَوْضِحَةِ ، فَأَحَبُّ أَنْ يَقْتَصَرَ مَوْضِحَةٌ ، جاز ذلك^(١٣) بغير خلافٍ بين أصحابنا . وهو مذهبُ الشافعي ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَصِرُ^(١٤) على بعض حَقِّهِ^(١٥) ، وَيَقْتَصِرُ مِنْ مَحَلِّ جِنَائَتِهِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَضَعُ السِّكِّينَ فِي مَوْضِعِ وَضْعِهَا الْجَانِي ؛ لِأَنَّ سِكِّينَ الْجَانِي وَصَلَتْ إِلَى الْعَظِيمِ ، ثُمَّ تَجَاوَزَتْهُ ، بِخِلَافِ قَاطِعِ السَّاعِدِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَضَعْ سِكِّينَهُ فِي الْكُوعِ . وهل له أَرُشٌ ما زَادَ على المَوْضِحَةِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ جُرِّحَ وَاحِدٌ ، فَلَا يُجْمَعُ فِيهِ بَيْنَ قِصَاصٍ وَدِيَّةٍ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ ، وَكَأَنَّ فِي الْأَنْفُسِ إِذَا قُتِلَ الْكَافِرُ بِالْمُسْلِمِ ، وَالْعَبْدُ بِالْحُرِّ . وَالثَّانِي ، لَهُ أَرُشٌ ما زَادَ على المَوْضِحَةِ ، اخْتَارَهُ ابْنُ حَامِدٍ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَعَذَّرَ الْقِصَاصُ فِيهِ ، فَانْتَقَلَ إِلَى الْبَدَلِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ إصْبَعُهُ وَلَمْ يُمَكِّنِ الْاسْتِيفَاءُ إِلَّا مِنْ وَاحِدَةٍ . وَفَارَقَ الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ ؛ لِأَنَّ الزِّيَادَةَ ثُمَّ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى ، وَلَيْسَتْ / مُتَمَيِّزَةً ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

و ٤٠/٩

١٤٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَتُقَطَّعُ الْأُذُنُ بِالْأُذُنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْأُذُنَ تُؤْخَذُ بِالْأُذُنِ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ ﴾^(١) . وَلِأَنَّهَا تَنْتَهِي إِلَى حَدٍّ فَاصِلٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْيَدَ . وَتُؤْخَذُ الْكَبِيرَةُ بِالصَّغِيرَةِ ، وَتُؤْخَذُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِأُذُنِ السَّمِيعِ^(٢) وَأُذُنُ الْأَصَمِّ^(٣) ، وَتُؤْخَذُ أُذُنُ الْأَصَمِّ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا ، فَإِنَّ ذَهَابَ السَّمْعِ نَقْصٌ فِي الرَّأْسِ ، لِأَنَّهُ مَحَلُّهُ ، وَلَيْسَ بِنَقْصٍ فِيهِمَا . وَتُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِالْمَثْقُوبَةِ ؛ لِأَنَّ الثَّقْبَ لَيْسَ بِعَيْبٍ ، وَإِنَّمَا يُفْعَلُ فِي الْعَادَةِ لِلْقُرْطِ وَالتَّرْزِينِ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّقْبُ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ ، أَوْ كَانَتْ مَحْرُومَةً ، أُخِذَتْ

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في ب : « مقتصر » . وفي م : « يقتصر » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢-٣) سقط من : م .

بالصَّحِيحَةِ ، ولم تُؤْخَذِ الصَّحِيحَةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الثَّقْبَ إِذَا انْحَرَمَ صَارَ نَقْصًا فِيهَا ، وَالثَّقْبُ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ غَيْبٌ ، وَيُخَيَّرُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَيْنَ أَخْذِ الدِّيَةِ إِلَّا قَدَّرَ النِّقْصَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْقُصَ فِيمَا سِوَى الْمَعْيِبِ وَيَتْرَكَهُ مِنْ أُذُنِ الْجَانِي . وَفِي جُوبِ الْحُكُومَةِ لَهُ فِي قَدْرِ النِّقْصِ ^(٣) وَجْهَانِ . وَإِنْ قُطِعَتْ بَعْضُ أُذُنِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أُذُنِ الْجَانِي ^(٤) بِقَدْرِ مَا قُطِعَ مِنْ أُذُنِهِ ^(٥) ، وَيُقَدَّرُ ^(٥) ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، فَيُؤْخَذُ النِّصْفُ بِالنِّصْفِ ، وَالثَّلْثُ بِالثَّلْثِ ، وَعَلَى حِسَابِ ذَلِكَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يَجْزِي الْقِصَاصُ فِي الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَنْتَهِي إِلَى حَدٍّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمَكِّنُ تَقْدِيرَ الْمَقْطُوعِ ، وَلَيْسَ فِيهَا كَسْرٌ عَظِيمٌ ، فَجَرَى الْقِصَاصُ فِي بَعْضِهَا ^(٦) ، كَالذِّكْرِ ، وَهَذَا يَنْتَقِضُ مَا ذَكَرَهُ ^(٧) .

فصل : وَتُؤْخَذُ الْأُذُنُ الْمُسْتَحْشَفَةُ ^(٨) بِالصَّحِيحَةِ . وَهَلْ تُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُؤْخَذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ مَعْيِبَةٌ ، فَلَمْ تُؤْخَذْ بِهَا الصَّحِيحَةُ ، كَالْيَدِ الشَّلَاءِ وَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ . وَالثَّانِي ، تُؤْخَذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا ^(٩) جَمْعُ الصَّوْتِ ، وَحِفْظُ مَحَلِّ السَّمْعِ ، وَالْجَمَالِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بِهَا كَحُصُولِهِ بِالصَّحِيحَةِ ، بِخِلَافِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ .

فصل : وَإِنْ قُطِعَ أُذُنُهُ فَأَبَانَهَا ، فَالْصَّقُّهَا صَاحِبُهَا فَالْتَصَقَتْ وَبَسَّتْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : يَجِبُ الْقِصَاصُ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِالْإِبَانَةِ ، وَقَدْ وَجَدَتْ الْإِبَانَةُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا قِصَاصَ فِيهَا . وَهُوَ قَوْلُ / مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبَيِّنْ عَلَى الدَّوَامِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ إِبَانَةُ أُذُنِ الْجَانِي دَوَامًا . وَإِنْ سَقَطَتْ بَعْدَ ذَلِكَ قَرِيبًا أَوْ بَعِيدًا ، فَلَهُ الْقِصَاصُ ، وَيُرَدُّ مَا أَخَذَ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، إِذَا لَمْ تَسْقُطْ : لَهُ دِيَّةٌ

٤٠/٩ ط

(٣) فِي م : : الثَّقْبُ .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ م :

(٥) فِي م : : وَتَقْدِيرُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : : بَعْضُ .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م : : ذَكَرَهُ .

(٨) اسْتَحْشَفَتِ الْأُذُنُ : يَسْتِ وَتَقَلَّصَتْ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الأُذُن . وهو قول أصحابِ الرَّأْي . وكذلك قولُ الأوَّلَيْن إذا اخْتَارَ الدِّيَّةَ . وقال مالكٌ : لا عَقْلُ لها إذا عَادَتْ مَكَانَهَا ، فَأَمَّا إِنْ قَطَعَ بَعْضُ أُذُنِهِ فَالْتَصَقَ ، فَلَهُ أَرْضُ الْجُرْج ، ولا قِصَاصَ فِيهِ . وَإِنْ قَطَعَ أُذُنُ إِنْسَانٍ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ ، فَالْتَصَقَ الْجَانِي أُذُنَهُ فَالْتَصَقَتْ ، وَطَلَبَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ إِبَانَتَهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْإِبَانَةَ قَدْ حَصَلَتْ ، وَالْقِصَاصُ قَدْ اسْتَوْفِيَ ، فَلَمْ يَبْقَ لَهُ قَبْلَهُ حَقٌّ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ لَمْ يَقْطَعْ جَمِيعَ الْأُذُنِ ، إِنَّمَا قَطَعَ بَعْضَهَا فَالْتَصَقَ ، كَانَ لِلْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ قَطْعُ جَمِيعِهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ إِبَانَةَ جَمِيعِهَا ، وَلَمْ يَكُنْ ^(١٠) إِبَانَةً . وَالْحَكْمُ فِي السِّنِّ كَالْحَكْمِ فِي الْأُذُنِ .

فصل : وَمَنْ أَلْصَقَ أُذُنَهُ بَعْدَ إِبَانَتِهَا ، أَوْ سِنَّهُ ، فَهَلْ تَلَزَمُهُ إِبَانَتُهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، مَبْنِيَّانِ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ ، فِيمَا بَانَ مِنَ الْآدَمِيِّ ، هَلْ هُوَ نَجِسٌ أَوْ طَاهِرٌ ؟ إِنْ قُلْنَا : هُوَ نَجِسٌ . لَزِمَتْهُ إِزَالَتُهَا ، ^(١١) مَا لَمْ يَخَفِ الضَّرَرَ بِإِزَالَتِهَا ، كَمَا لَوْ جَبَرَ عَظْمُهُ بِعَظْمٍ نَجِسٍ . وَإِنْ قُلْنَا بِطَهَارَتِهَا . لَمْ تَلَزَمْهُ إِزَالَتُهَا ^(١٢) . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَقَوْلُ عَطَاءِ بْنِ أَبِي رِيَاحٍ ، وَعَطَاءِ الْخُرَّاسَانِيِّ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّهُ جُزْءُ آدَمِيٍّ طَاهِرٍ فِي حَيَاتِهِ وَمَوْتِهِ ، فَكَانَ طَاهِرًا كَحَالَةِ اتِّصَالِهِ ، فَأَمَّا إِنْ قَطَعَ بَعْضُ أُذُنِهِ فَالْتَصَقَتْ ^(١٣) ، لَمْ تَلَزَمْهُ إِبَانَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا طَاهِرَةٌ عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ جَمِيعًا ، لِأَنَّهَا لَمْ تَصِرْ مَيْتَةً ، لَعَدِمَ إِبَانَتِهَا . وَلَا قِصَاصَ فِيهَا . قَالَه الْقَاضِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْمُثَامِلَةَ فِي الْمَقْطُوعِ مِنْهَا .

١٤٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ)

وَأَجْمَعُوا عَلَى جَرَيَانِ الْقِصَاصِ فِي الْأَنْفِ أَيْضًا ؛ لِلآيَةِ وَالْمَعْنَى . وَيُؤْخَذُ الْكَبِيرُ بِالصَّغِيرِ ، وَالْأَقْنَى ^(١) بِالْأَفْطَسِ ، وَأَنْفُ الْأَشْمِ بِأَنْفِ الْأَخْشَمِ الَّذِي لَا يَشُمُّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِعِلَّةٍ فِي الدِّمَاغِ وَالْأَنْفِ صَحِيحٌ . كَمَا تُؤْخَذُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِأُذُنِ الْأَصَمِّ . وَإِنْ كَانَ

(١٠) فِي ب زهادة : « له » .

(١١-١٢) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(١٢) فِي م : « فَالْتَصَقَ » .

(١) الْقَنَا فِي الْأَنْفِ : ارْتِفَاعُ اعْلَاهُ وَاحْتِدَادُ بَاسِطِهِ وَسَبُوحُ طَرَفِهِ أَوْ تَوَدُّ وَسَطِ الْقَصْبَةِ وَضِيقِ الْمُنْخَرَيْنِ .

بأنفه جذام ، أخذ به الأنف الصحيح ، ما لم يسقط منه شيء ؛ لأن ذلك مرض ، فإن سقط منه شيء ، لم يقطع به الصحيح ، / إلا أن يكون من أحد جانبيه . فيأخذ من الصحيح مثل ما بقي منه ، أو يأخذ أرش ذلك . والذي يجب فيه القصاص أو الدية هو المارن ، وهو مالان منه ، دون قصبة الأنف ؛ لأن ذلك حد ينتهي إليه ، فهو كاليد ، يجب القصاص فيما انتهى إلى الكوع . وإن 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^(١) في عضو واحد^(٢) قصاص ودية . وقياس قول أبي بكر ، أنه لا يجب القصاص ههنا ؛ لأنه يضع الحد في غير الموضع الذي وضعها الجاني فيه ، فلم يملك ذلك ، كقوله في من 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 ، قُدِّر بالأجزاء ، وأخذ منه بقدر ذلك ، كقولنا في الأذن ، ولا يؤخذ بالمساحة ، لئلا يفضى إلى قطع جميع أنف الجاني لصغره ببعض أنف المجنى عليه لكبره ، ويؤخذ المنخر الأيمن بالأيمن ، والأيسر بالأيسر ، ولا يؤخذ أيمن بأيسر ، ولا أيسر بأيمن ، ويؤخذ الحاجز بالحاجز ؛ لأنه يمكن القصاص فيه ، لانتهاؤه إلى حد .

١٤٤٦ - مسألة ؛ قال : (والذكر بالذكر)

لا نعلم بين أهل العلم خلافا في أن القصاص يجري في الذكر ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾^(١) . ولأن له حدا ينتهي إليه ، ويمكن القصاص فيه من غير خيف ، فوجب فيه القصاص ، كالأنف . ويستوى في ذلك ذكر الصغير والكبير ،

(٢) في الأصل ، ب : « يجمع » .

(٣) في ب زيادة : « بين » .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

والشيخ والشاب ، والدَّكْرُ الكبير والصغير ، والصحيح والمريض ؛ لأنَّ ما وَجَبَ فيه القصاصُ من الأطراف لم يَحْتَلِفْ بهذه المعاني ، كذلك الذكر . ويُؤْخَذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْمُخْتُونِ وَالْأَغْلَفِ بِصَاحِبِهِ ؛ لأنَّ الْعُلْفَةَ زِيَادَةٌ تَسْتَحِقُّ إِزَالَتَهَا ، فَهِيَ كَالْمَعْدُومَةِ . وَأَمَّا ذِكْرُ الْخَصِيِّ وَالْعَيْنَيْنِ ، فَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ غَيْرَهُمَا لَا يُؤْخَذُ بِهِمَا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَنَفْعَةَ فِيهِمَا ، لِأَنَّ الْعَيْنَيْنِ لَا يَطَأُ وَلَا يَنْزِلُ ، وَالْخَصِيُّ لَا يُؤْلَدُ لَهُ وَلَا يَنْزِلُ ، وَلَا يَكَادُ / يَقْدُرُ عَلَى الْوُطْءِ ، فَهُمَا كَالْأَشْلَلِ ، وَلِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَاقِصٌ ، فَلَا يُؤْخَذُ بِهِ الْكَامِلُ ، كَالْيَدِ النَاقِصَةِ بِالْكَامِلَةِ . . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : يُؤْخَذُ غَيْرُهُمَا بِهِمَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا عُضْوَانِ صَحِيحَانِ ، يَنْقُضَانِ ^(٢) وَيَنْبَسِطَانِ ، فَيُؤْخَذُ بِهِمَا غَيْرُهُمَا ، كَذَكَرِ الْفَحْلِ غَيْرِ الْعَيْنَيْنِ ، وَإِنَّمَا عَدَمُ الْإِنْزَالِ لَذَهَابِ الْخُصْيَةِ ، وَالْعُنَّةُ لِعِلَّةٍ فِي الظَّهْرِ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ذَلِكَ ^(٣) مِنَ الْقِصَاصِ بِهِمَا ، كَأَذَنِ الْأَصَمِّ وَأُفٍّ الْأَخْشَمِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُؤْخَذُ ذَكَرُ الْفَحْلِ بِالْخَصِيِّ ؛ لِتَحَقُّقِ نَقْصِهِ ، وَالْإِيَّاسِ مِنْ بَرِّهِ . وَفِي أَخْذِهِ بِذَكَرِ الْعَيْنَيْنِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُؤْخَذُ بِهِ غَيْرُهُ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَا يُؤْسَى مِنْ زَوَالِ عُنَّتِهِ ، وَلِذَلِكَ يُؤْجَلُ سَنَةً ، بِخِلَافِ الْخَصِيِّ ^(٤) . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ ^(٥) فَإِنَّهُ إِذَا تَرَدَّدَتْ الْحَالُ بَيْنَ كَوْنِهِ مُسَاوِيًا لِلْآخَرِ وَعَدَمِهِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَلَا يَجِبُ بِالشَّكِّ ، سِيَّما وَقَدْ حَكَمْنَا بِإِثْقَاءِ التَّسَاوَى ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ عَلَى عُنَّتِهِ ، وَثُبُوتِ عُنَّتِهِ . وَيُؤْخَذُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْخَصِيِّ وَالْعَيْنَيْنِ بِمَثْلِهِ ؛ لِتَسَاوِيِهِمَا ، كَمَا يُؤْخَذُ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ، وَالذَّمَّى بِالذَّمَّى .

فصل : وَيُؤْخَذُ بَعْضُهُ بِبَعْضِهِ ^(٦) ، وَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ دُونَ الْمِسَاحَةِ ، فَيُؤْخَذُ

(٢) فِي م : « يَنْقُضَانِ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٤) فِي الْأَصْلِ ، ب : « الْخَصَا » .

(٥-٥) فِي م : « فَإِذَا » .

(٦) فِي ب : « بِيَعُضِّ » .

النَّصْفُ بِالنَّصْفِ ، والرُّبْعُ بِالرُّبْعِ ، وما زاد أو نقصَ فبحساب^(٧) ذلك ، على ما ذكرناه في الأُتْفِ والأُذْنِ .

١٤٤٧ - مسألة ؛ قال : (والأُتْفَانِ بِالْأُتْفَيْنِ)

وَيَجْرَى الْقِصَاصُ فِي الْأُتْفَيْنِ ؛ لما ذكرنا من النَّصِّ والمعنى . ولا^(٨) نعلم فيه خلافاً ، فإن قَطَعَ أَحدهما ، وقال أهلُ الْخَبْرَةِ ، إِنَّهُ مُمَكِّنٌ أَخْذُهَا مَعَ سَلَامَةِ الْأُخْرَى . جاز . فإن قالوا : لَا يُؤْمَنُ تَلَفُ الْأُخْرَى . لم تُؤْخَذْ خَشْيَةُ الْحَيْفِ ، ويكون فيها نِصْفُ الدِّيَةِ . وإن أُمِنَ تَلَفُ الْأُخْرَى ، أُخِذَتِ الْيَمْنَى بِالْيَمْنَى ، وَالْيُسْرَى بِالْيُسْرَى ؛ لما ذكرناه في غيرهما .

فصل : وفي الْقِصَاصِ فِي شَفَرِي الْمَرْأَةِ وَجْهَانِ ؛ أَحدهما^(٩) ، لا قِصَاصَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُ لَحْمٌ لَا مَفْصِلَ لَهُ يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، فلم يَجِبْ فِيهِ قِصَاصٌ ، كَلَحْمِ الْفَخِذَيْنِ . هذا قولُ الْقَاضِي . والثاني ، فِيهِمَا / الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ انْتِهَاءَهُمَا مَعْرُوفٌ ، فَأُشْبِهَا الشَّقَتَيْنِ وَجَفَنِي الْعَيْنَيْنِ^(١٠) . وهذا قولُ أَبِي الْحَطَّابِ . ولأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ ، كَهَذَيْنِ . ٤٢/٩ و

فصل : إن قَطَعَ ذَكَرٌ خُنْثَى مُشَكِّلٌ ، أَوْ أُتْفِيه ، أَوْ شَفَرِيه ، فَاخْتَارَ الْقِصَاصَ ، لم يَكُنْ لَهُ قِصَاصٌ فِي الْحَالِ ، وَيَقِفُ الْأَمْرُ حَتَّى يَتَبَيَّنَ حَالُهُ ؛ لِأَنَّا لَا نَعْلَمُ أَنَّ الْمَقْطُوعَ عُضْوٌ أَصْلِيٌّ . وإن اخْتَارَ الدِّيَةَ ، وَكَانَ يُرْجَى انْكِشَافُ حَالِهِ ، أُعْطِيَنَاهُ الْيَقِينَ ، فَيَكُونُ لَهُ حُكُومَةٌ فِي الْمَقْطُوعِ . وإن كَانَ قَدْ قَطَعَ جَمِيعَهَا ، فَلَهُ دِيَّةُ امْرَأَةٍ فِي الشَّفَرَيْنِ ، وَحُكُومَةٌ فِي الذَّكَرِ وَالْأُتْفَيْنِ . وإن يُسَّ مِنْ انْكِشَافِ حَالِهِ ، أُعْطِيَ نِصْفَ دِيَّةِ الذَّكَرِ وَالْأُتْفَيْنِ ، وَنِصْفَ دِيَّةِ الشَّفَرَيْنِ ، وَحُكُومَةٌ فِي نِصْفِ ذَلِكَ كُلِّهِ .

(٧) في م : ؛ فبحسب .

(٨) سقطت الواو من : م .

(٩) في م : ؛ وأحدهما .

(١٠) في م : ؛ العين .

فصل : يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْأَلْيَتَيْنِ النَّاتِيَتَيْنِ بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ وَالظَّهْرِ بِجَانِبِي الدُّبْرِ .
وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي . وقال المُرْنِيُّ : لَا قِصَاصَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَحْمٌ مُتَّصِلٌ
بِلَحْمٍ ، فَأَشْبَهَ لَحْمَ الْفَخِذِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(٤) . وَلِأَنَّ لَهَا
حَدًّا يَنْتَهِيَانِ إِلَيْهِ ، فَجَرَى الْقِصَاصُ فِيهِمَا ، كَالذِّكْرِ وَالْأُنْثَيْنِ .

١٤٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَثَقَلُ الْعَيْنُ بِالْعَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقِصَاصِ فِي الْعَيْنِ ، وَمِمَّنْ بَلَّغَنَا قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ مَسْرُوقٌ ،
وَالْحَسَنُ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .
وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّهَا تَنْتَهِي إِلَى مَفْصِلٍ ، فَجَرَى
الْقِصَاصُ فِيهَا كَالْيَدِ . وَتُؤَخَذُ عَيْنُ الشَّابِّ بَعَيْنَ الشَّيْخِ ^(٢) الْمَرِيضَةِ ، وَعَيْنُ الْكَبِيرِ بَعَيْنِ
الصَّغِيرِ وَالْأَعْمَشِ ، وَلَا تُؤَخَذُ صَحِيحَةٌ بِقَائِمَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ .

فصل : إِنْ قَلَعَ عَيْنَهُ بِإِصْبَعِهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَصَّ بِإِصْبَعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْمُمَاتِلَةَ
فِيهِ . وَإِنْ لَطَمَهُ فَذَهَبَ ضَوْؤُ عَيْنِهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ^(٣) بِاللَّطْمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُمَاتِلَةَ فِيهَا
غَيْرُ مُمَكِّنَةٍ ، وَلِهَذَا لَوْ انْفَرَدَتْ مِنْ إِذْهَابِ الضَّوِّ ، لَمْ يَجِبْ فِيهَا قِصَاصٌ ، وَيَجِبُ
الْقِصَاصُ / فِي الْبَصَرِ ^(٤) ، فَيُعَالَجُ بِمَا يَذْهَبُ بِبَصَرِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْلَعَ عَيْنَهُ ، كَمَا رَوَى يَحْيَى
ابْنُ جَعْدَةَ ، أَنَّ أَغْرَابِيًّا قَدِمَ بِحُلُوبَةٍ ^(٥) لَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَسَاوَمَهُ فِيهَا مَوْلَى لِعِثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَنَازَعَهُ ، فَلَطَمَهُ ، فَفَقَأَ عَيْنَهُ ، فَقَالَ لَهُ عِثْمَانُ : هَلْ لَكَ أَنْ

ظ ٤٢/٩

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢) في م : « الكبير » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في ب : « البصير » .

(٥) في الأصل : « بحكومة » .

أَضَعَفَ لَكَ الدِّيَّةَ ، وَتَعَفَّوْا عَنْهُ ؟ فَأَبَى ، فَرَفَعَهُمَا إِلَى عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا عَلِيٌّ
بِإِمرَأَةٍ فَأَحْمَاهَا ، ثُمَّ وَضَعَ الْقُطْنَ عَلَى عَيْنِهِ الْأُخْرَى ، ثُمَّ أَخَذَ الْمِرْأَةَ بِكِلَيْتَيْنِ ، فَأَذْنَاهَا مِنْ
عَيْنِهِ حَتَّى سَالَ إِنْسَانٌ عَنْهُ . وَإِنْ وَضَعَ فِيهَا كَافُورًا يَذْهَبُ بِضَوْنِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْنِيَ عَلَى
الْحَدَقَةِ ، جَاز . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا بِالْجَنَاحِ عَلَى الْعُضْوِ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِتَعَذُّرِ
الْمُمَاطِلَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَقْتَضُ مِنْهُ بِاللُّطْمَةِ ، فَيَلْطِمُهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ مِثْلَ لَطْمَتِهِ ،
فَإِنْ ذَهَبَ ضَوْؤُ عَيْنِهِ ، وَإِلَّا كَانَ لَهُ أَنْ يُذْهِبَهُ بِمَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهَذَا لَا
يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ اللَّطْمَةَ لَا يَقْتَضُ مِنْهَا مُنْفَرِدَةً ، فَلَا يَقْتَضُ مِنْهَا إِذَا سَرَتْ إِلَى الْعَيْنِ ، كَالشَّجَةِ
إِذَا^(٦) كَانَتْ دُونَ الْمُوضِحَةِ ، وَلَأنَّ اللَّطْمَةَ إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي الْعَيْنِ ، لَا يَقْتَضُ مِنْهَا مِثْلَهَا مَعَ
الْأَمْنِ مِنْ إِفْسَادِ الْعُضْوِ ، فَفِي^(٧) الْعَيْنِ مَعَ^(٨) خَوْفِ ذَلِكَ أَوَّلَى ، وَلَأنَّهُ قِصَاصٌ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ ، فَلَمْ يَجْزِ بِغَيْرِ آلَةٍ الْمُعَدَّةِ لَهُ^(٩) ، كَالْمُوضِحَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا^(١٠) يَجِبُ
الْقِصَاصُ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ اللَّطْمَةُ تَذْهَبُ بِذَلِكَ غَالِبًا ، فَإِنْ كَانَتْ لَا تَذْهَبُ بِهِ غَالِبًا
فَذَهَبَ ، فَهُوَ شِبْهُ عَمْدٍ لَا قِصَاصَ فِيهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأنَّهُ فِعْلٌ لَا يُفْضِي إِلَى
الْفَوَاتِ غَالِبًا ، فَلَمْ يَجِبْ بِهِ الْقِصَاصُ ، كَشِبْهِ الْعَمْدِ فِي النَّفْسِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ
الْقِصَاصُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ . وَلَأنَّ اللَّطْمَةَ إِذَا أَسَالَتْ
إِنْسَانَ الْعَيْنِ ، كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْجُرْحِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجُرْحِ الْإِفْضَاءُ إِلَى التَّلَفِ غَالِبًا .

فصل : فَإِنْ^(١١) لَطَمَ عَيْنَهُ ، فَذَهَبَ بَصَرُهَا ، وَابْيَضَّتْ ، وَشَخَصَتْ ، فَإِنْ أُمَكِّنَ
مُعَالَجَةُ عَيْنِ الْجَانِي حَتَّى يَذْهَبَ بَصَرُهَا وَتَبْيَضَّ وَتَشَخَّصَ ، مِنْ غَيْرِ جَنَاحٍ عَلَى الْحَدَقَةِ ،

(٦) فِي م : إِنْ .

(٧) فِي م : فِي .

(٨) فِي م : نَفْع .

(٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل .

(١١) فِي م : قَلَو .

فَعَلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا ذَهَابُ بَعْضِ ذَلِكَ ، مِثْلَ ذَهَابِ ^(١٢) الْبَصَرِ دُونَ أَنْ تَبْيَضَّ وَتَشْخَصَ ، فَعَلِيهِ حُكْمُكَ الَّذِي لَمْ يُمَكِّنِ الْقِصَاصُ فِيهِ ، كَالْوَجْرَةِ ^(١٣) هَاشِمَةً ، فَإِنَّهُ يَقْتَصُّ / مُوضِحَةً ، وَيَأْخُذُ أَرْضَ بَاقِي جَرْجِهِ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، لَا يُسْتَحَقُّ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا اقْتَصَّ مِنْهُ - يَعْنِي لَطَمَهُ مِثْلَ لَطَمَتِهِ - فَذَهَبَ ضَوْؤُهُ عَنْهُ ، وَلَمْ تَبْيَضَّ ، وَلَمْ تَشْخَصْ ، فَإِنْ أُمَكِّنَ مُعَالَجَتَهَا حَتَّى تَبْيَضَّ وَتَشْخَصَ ، مِنْ غَيْرِ ذَهَابِ الْحَدَقَةِ ، فَعَلَهُ ، وَإِنْ تَعَذَّرَ ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، كَالْوِائِدَمَلَّتْ مُوضِحَةً الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ وَحِشَّةَ قَبِيحَةٍ ، وَمُوضِحَةُ الْجَانِي حَسَنَةً جَمِيلَةً ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ ، كَذَلِكَ هُنَا ، وَهَذَا بَنَاءُهُ عَلَى أَنَّ اللَّطْمَةَ حَصَلَ بِهَا الْقِصَاصُ ، كَمَا حَصَلَ بِجُرْحِ الْمُوضِحَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا فُسَادَ هَذَا .

فصل : وَإِنْ شَجَّهَ شَجَّةً دُونَ الْمُوضِحَةِ ، فَأَذْهَبَ ضَوْؤُهُ عَنْهُ ، لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ مِثْلَ شَجَّتِهِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ تَعْلُمُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَا قِصَاصَ فِيهَا إِذَا لَمْ يَذْهَبْ ضَوْؤُ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا ذَهَبَ ، وَيُعَالَجُ ضَوْؤُ الْعَيْنِ بِمِثْلِ مَا ذَكَرْنَا فِي ^(١٤) اللَّطْمَةِ . وَإِنْ كَانَتِ الشَّجَّةُ فَوْقَ الْمُوضِحَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مُوضِحَةً . وَهَلْ لَهُ أَرْضُ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ ذَهَبَ ضَوْؤُ الْعَيْنِ ، وَإِلَّا اسْتَعْمَلَ فِيهِ مَا يُزِيلُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْنِيَ عَلَى الْحَدَقَةِ . وَإِنْ شَجَّهَ مُوضِحَةً ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهَا . وَحُكْمُ الْقِصَاصِ فِي الْبَصَرِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقِصَاصِ فِي الْبَصَرِ ، فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالسَّرَايَةِ ، كَالْوَقْطَعِ إِصْبَعَهُ ، فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى التِّيْلِيَا ، فَأَذْهَبَهَا عَنْهُمْ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ ضَوْؤَ الْعَيْنِ لَا تُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهُ بِالْجِنَايَةِ ، فَيَقْتَصُّ مِنْهُ بِالسَّرَايَةِ ، كَالنَّفْسِ ، فَيَقْتَصُّ مِنَ الْبَصَرِ بِمَا ^(١٥) ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلَ هَذَا .

(١٢) فِي م : أَنْ يَذْهَبَ .

(١٣) فِي م : جَرْج .

(١٤) فِي ب : مِنْ .

(١٥) فِي م : كَأَنَّ .

فصل : إِذَا قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فَلَا قَوْدَ ، وَعَلَيْهِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ
عمر ، وعثمان ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا^(١٦) . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ . وَقَالَ
الْحَسَنُ وَالتَّحِيْمِيُّ : إِنْ شَاءَ اقْتَصَصَ وَأَعْطَاهُ نِصْفَ دِيَّةٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ شَاءَ اقْتَصَصَ ، وَإِنْ
شَاءَ أَخَذَ دِيَّةً كَامِلَةً . وَقَالَ مَسْرُوقٌ وَالشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَابْنُ مَعْقِلٍ^(١٧) ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَهُ الْقِصَاصُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ عَفَا ،
فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَّةِ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ . وَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي
الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةَ^(١٨) . وَلَأَنَّهُمَا إِحْدَى شَيْئَيْنِ فِيهِمَا الدِّيَّةُ ، فَوَجِبَ الْقِصَاصُ مِمَّنْ لَهُ
وَاحِدَةٌ ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَهُ يَدَانِ . وَلَنَا ، قَوْلُ عُمَرَ وَعُثْمَانَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ،^(١٩) وَلَمْ نَعْرِفْ لِهَما مُخَالَفًا^(٢٠) فِي عَصَرِهِمَا ، وَلَأَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ بِجَمِيعِ^(٢١)
بَصَرِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ الْاِقْتِصَاصُ مِنْهُ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ ذَا عَيْنَيْنِ . وَأَمَّا إِذَا قَطَعَ يَدَ
الْأَقْطَعِ ، فَلَنَأْفِيهِ مَنَعٌ ، وَمَعَ التَّسْلِيمِ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ يَدَ الْأَقْطَعِ لَا تَقُومُ مَقَامَ الْيَدَيْنِ فِي
النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِهِمَا ، بِخِلَافِ عَيْنِ الْأَعْوَرِ ، فَإِنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ بِالْعَيْنَيْنِ حَاصِلٌ بِهَا ، وَكُلُّ
حُكْمٍ يَتَعَلَّقُ بِصَحِيحِ الْعَيْنَيْنِ ، يَثْبُتُ فِي الْأَعْوَرِ مِثْلُهُ ، وَلِهَذَا صَحَّ عَقْفُهُ فِي الْكَفَّارَةِ دُونَ
الْأَقْطَعِ . فَأَمَّا وَجُوبُ الدِّيَّةِ كَامِلَةً عَلَيْهِ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، فَلَأَنَّهُ لَمَّا دُفِعَ عَنْهُ الْقِصَاصُ
مَعَ إِمْكَانِهِ لِفَضِيلَتِهِ ، ضُوعِفَتِ الدِّيَّةُ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ إِذَا قَتَلَ ذِمِّيًّا عَمْدًا . وَلَوْ قَلَعَ
الْأَعْوَرُ إِحْدَى عَيْنَيْ الصَّحِيحِ خَطَأً ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَّةِ ، بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ ؛ لَعَدَمِ
الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لِتَضْعِيفِ الدِّيَّةِ .

(١٦) أَخْرَجَهُ عَنْ عُمَرَ وَعُثْمَانَ عَبْدِ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْأَعْوَرِ يَصِيبُ عَيْنَ الْإِنْسَانِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمُصَنِّفُ
٣٣٠/٩ ، ٣٣١ . وَأَخْرَجَهُ عَنْ عُثْمَانَ ، الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الصَّحِيحِ يَصِيبُ عَيْنَ الْأَعْوَرِ ... ، مِنْ كِتَابِ
الْأَدْيَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٩٤/٨ .

(١٧) فِي النِّسْخِ : « مَغْفَلٌ » . وَتَقْدِمُ فِي : ٢٦١/٣ .

(١٨) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ حَدِيثِ عُمَرَ بْنِ حَزْمٍ فِي الْعُقُولِ وَاخْتِلَافِ النَّاظِلِينَ لَهُ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ
الْمُجْتَمِعَةِ ٥٢/٨ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ كَيْفِ الدِّيَةِ مِنَ الْإِبِلِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَدْيَاتِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ١٩٣/٢ .

(١٩-١٩) فِي الْأَصْلِ : « يَعْرِفُ لِهَما مُخَالَفٌ » .

(٢٠) فِي ب : « جَمِيعٌ » .

فصل : ولو قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ مِثْلِهِ ، ففيهِ الْقِصَاصُ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لِتَسَاوِيهِمَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ مِثْلَ الْعَيْنِ ، فِي كَوْنِهَا يَمِينًا أَوْ يَسَارًا . وَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، فَلَهُ جَمِيعُهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَلَعَهَا خَطَأً ، أَوْ عَفَا بَعْضُ مُسْتَحِقِّي الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَلَعَ عَيْنِي صَحِيحٌ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنِي صَحِيحٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ وَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ جَمِيعَ بَصَرِهِ ^(٢١) بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ^(٢٢) ، فَإِنْ اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، فَلَهُ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ » . وَلِأَنَّهُ ^(٢٣) لَمْ يَتَعَذَّرِ الْقِصَاصُ ، فَلَمْ تَنْضَاعِفِ الدِّيَّةُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدَ صَحِيحٍ ، أَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، أَوْ يَدُ الْقَاطِعِ أَنْقَصَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَفْتَضِي الْفِقْهُ أَنْ يَلْزَمَهُ دِيَّتَانِ ، إِحْدَاهُمَا لِلْعَيْنِ الَّتِي تُقَابِلُ عَيْنَهُ ، وَالدِّيَّةُ الثَّانِيَةُ لِأَجْلِ الْعَيْنِ النَّاتِيَةِ ؛ لِأَنَّهُمَا عَيْنُ أَعْوَرَ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَأَشَدُّ مُوَافَقَةً لِلنُّصُوصِ ، وَأَصَحُّ فِي الْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ صَحِيحُ الْعَيْنَيْنِ عَيْنَ أَعْوَرَ ، فَلَهُ الْقِصَاصُ مِنْ مِثْلِهَا ، وَيَأْخُذُ بِنِصْفِ الدِّيَّةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، وَأَذْهَبَ الضَّوُّ الَّذِي بَدَلَهُ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَقَدْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ جَمِيعِ الضَّوِّ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَخْذَ عَيْنَيْنِ بَعَيْنٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا أَخْذَ يَمِينٍ يُسْرَى ، فَوَجِبَ الرُّجُوعُ بِبَدَلِ نِصْفِ الضَّوِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوْ الْعَفْوُ إِلَى ^(٢٤) الدِّيَّةِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدًا صَحِيحَةً ، وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا غَيْرُ مُمْتَزِةٍ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا بَدَلٌ ، كَزِيَادَةِ الصَّحِيحَةِ عَلَى الشَّلَاءِ ، هَذَا مَعَ عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ .

(٢١-٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٢) في م : د لأنه .

(٢٣) في الأصل ، م : د على .

فصل : وإن قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَهُ يَدَانِ ، فعليه الْقِصَاصُ . وإن قُطِعَتْ رِجْلُ الْأَقْطَعِ أَوْ يَدُهُ ، فله الْقِصَاصُ أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَقْطَعِ لَا تَقُومُ مَقَامَ يَدَيْهِ فِي الِاتِّفَاعِ وَالْبَطْشِ ، وَلَا يُجْزَى فِي الْعِتْقِ عَنِ الْكُفَّارَةِ ، بخلاف عَيْنِ الْأَعْوَرِ ، فَإِنَّهَا تَقُومُ مَقَامَ عَيْنَيْهِ جَمِيعًا . وقال القاضي : إن كانت الْمَقْطُوعَةُ أَوْ لَا قُطِعَتْ ظُلْمًا أَوْ قِصَاصًا ، ففى الْبَاقِيَةِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وإن كانت الْأُولَى قُطِعَتْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، ففى الثَّانِيَةِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَالثَّانِيَةِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ عَطَّلَ مَنَافِعَهُ مِنَ الْعَضْوَيْنِ جَمْلَةً ، وَأَمَّا إِنْ قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَيْسَ بِأَقْطَعٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ فِي يَدِ الْأَقْطَعِ دِيَّةً كَامِلَةً . فَلَا قِصَاصَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَكْمُلُ فِيهَا الدِّيَةُ . فَلِ الْقِصَاصِ وَاجِبٌ فِيهَا . وَاللَّائِقُ بِالْفِقْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ أَوَّلًا ، وَالتَّعْلِيلُ بِتَفْوِيتِ مَنَفْعَةِ الْعَضْوَيْنِ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قُطِعَتِ الْأُولَى قِصَاصًا ، وَالْقِيَاسُ عَلَى عَيْنِ الْأَعْوَرِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ . فَأَمَّا إِنْ قُطِعَتْ أُذُنٌ مِنْ قَدٍّ^(٢٤) قُطِعَتْ إِحْدَى أُذُنَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ ، رِوَايَةً وَاحِدَةً . وَإِنْ قَطَعَ هُوَ أُذُنَ ذِي أُذُنَيْنِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، بغيرِ خِلَافٍ عَلِمْنَاهُ ، لَا فِي الْمَذْهَبِ وَلَا فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ نَفْعَ كُلِّ أُذُنٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْأُخْرَى .

فصل : وَيُؤْخَذُ الْجَنْفُ بِالْجَنْفِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾^(٢٥) . وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْقِصَاصُ فِيهِ ، لِإِتْنَاهُ إِلَى مَفْصِلٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . / وَيُؤْخَذُ جَنْفُ الْبَصِيرِ بِجَنْفِ الْبَصِيرِ وَالضَّرِيرِ ، وَجَنْفُ الضَّرِيرِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي السَّلَامَةِ مِنَ النُّقْصِ ، وَعَدَمُ الْبَصَرِ نَقْصٌ فِي غَيْرِهِ ، لَا^(٢٦) يَمْنَعُ أَخْذَ أَحَدِهِمَا بِالْآخَرِ ، كَالأُذُنِ إِذَا عُدِمَ السَّمْعُ مِنْهَا .

١٤٤٩ - مَسْأَلَةٌ : قَالَ : (وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ)

(٢٤) سقط من : ب ، م .

(٢٥) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٦) في م : ؛ لِأَنَّهُ ، .

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقِصَاصِ فِي السِّنِّ ؛ لِلآيَةِ وَحَدِيثِ الرَّبِيعِ ^(١) ، وَلَأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهَا مُمَكِّنٌ ، لِأَنَّهَا مَحْدُودَةٌ فِي نَفْسِهَا ، فَوَجَبَ فِيهَا الْقِصَاصُ كَالْعَيْنِ . وَتُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِالصَّحِيحَةِ ، وَتُؤْخَذُ الْمَكْسُورَةُ بِالصَّحِيحَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ بَعْضُ حَقِّهِ ، وَهَلْ يَأْخُذُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضَ الْبَاقِي ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا مَضَى .

فصل : وَلَا يُقْتَصُّ إِلَّا مِنْ سِنَّ مَنْ أُنْفَرَ ، أَيْ سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ ، ثُمَّ نَبَتْ . يُقَالُ لِمَنْ سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ : نُفِرَ ، فَهُوَ مَثْغُورٌ . فَإِذَا نَبَتْ قِيلَ : أُنْفَرَ . لُغْتَانِ . وَإِنْ قُلِعَ سِنَّ مَنْ لَمْ يُنْفَرَ ، لَمْ يُقْتَصَّ مِنَ الْجَانِبِ فِي الْحَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهَا تَعُودُ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، فَلَا يُقْتَصُّ مِنْهَا كَالشَّعْرِ ، ثُمَّ إِنْ عَادَ بَدَلُ السِّنِّ فِي مَحَلِّهَا مِثْلُهَا عَلَى صِفَتِهَا ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْجَانِبِ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ شَعْرَةً ثُمَّ نَبَتْ . وَإِنْ عَادَتْ مَائِلَةً عَنْ مَحَلِّهَا ، أَوْ مُتَغَيِّرَةً عَنْ صِفَتِهَا ، كَانَ عَلَيْهِ حُكُومَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تُعَذَّ ضَمِينَ السِّنِّ ، فَإِذَا عَادَتْ نَاقِصَةً ضَمِينَ مَا نَقَصَ . ^(٢) وَإِنْ عَادَتْ قَصِيرَةً ، ضَمِينَ مَا نَقَصَ ^(٣) مِنْهَا بِالْحِسَابِ ، فَقِي ثُلُثُهَا ثُلُثُ دِيَّتِهَا ، وَفِي رُبْعِهَا رُبْعُهَا ، وَعَلَى هَذَا . وَإِنْ عَادَتْ وَالْدَّمُ يَسِيلُ ، فَقِيهَا حُكُومَةٌ ؛ لِأَنَّهُ نَقَصَ حَصَلَ بِفَعْلِهِ . وَإِنْ مَضَى زَمَنُ عَوْدِهَا وَلَمْ تُعَذَّ ، سُئِلَ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالطَّبِّ ، فَإِنْ قَالُوا : قَدْ يُبْسَ مِنْ عَوْدِهَا . فَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقِصَاصِ أَوْ دِيَةِ السِّنِّ . فَإِنْ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِيَّاسِ مِنْ عَوْدِهَا ، فَلَا قِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ لَهُ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شُبْهَةً فِي ذَرْئِهِ ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْقَلْعَ مَوْجُودٌ ، وَالْعَوْدَ مَشْكُوكٌ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ مَجِيءِ وَقْتِ عَوْدِهَا ، أَنَّ ^(٤) لَا يَجِبُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ عَوْدُهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَقَ شَعْرَهُ فَمَاتَ قَبْلَ نَبَاتِهِ . / فَأَمَّا إِنْ قُلِعَ سِنَّ مَنْ قَدْ أُنْفَرَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ لَهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمَ عَوْدِهَا . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُسْأَلُ أَهْلُ الْخَبَرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَا تَعُودُ . فَلَهُ

و ٤٥/٩

(١) تقدم في صفحة ٥٣١ .

(٢-٢) سقط من: م . نقل نظر .

(٣) ف ب : أنه .

القصاصُ في الحال ، وإن قالوا : يُرْجَى عَوْدُهَا . إلى وقتِ ذِكْرِهِ ، لم يُقْتَصَّ حتى يَأْتِيَ ذلك الوقتُ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعي ؛ لأنَّهَا تَحْتِمِلُ الْعَوْدَ ، فَأَشْبَهَتْ سِنَّ مَنْ لم يَتَغَيَّر . وإذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّهَا (٤) "إن لم" تُعَدُّ بَعْدُ (٥) ، فلا كَلَامَ ، وإن عَادَتْ ، لم يَجِبَ قِصاصٌ ولا دِيَّةٌ . وهذا قولُ أبي حنيفة ، وأخذ قولِي الشافعي . وقال في الآخر : لا يَسْقُطُ الْأَرْضُ ؛ لأنَّ هذه السَّنَّ لا تُسْتَحْلَفُ عَادَةً ، فإذا عَادَتْ كانت هِبَةً مُجَدَّدَةً ، ولذلك لا يُنْتَظَرُ عَوْدُهَا في الضَّمَانِ . ولنا ، أَنَّهَا سِنَّ عَادَتْ ، فَسَقَطَ الْأَرْضُ ، كَسِنَّ مَنْ لم يَتَغَيَّر ، ونُدْرَةُ وُجُودِهَا لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهَا إذا وُجِدَتْ ، فعلى هذا إن كان أَخَذَ الْأَرْضَ ، رَدَّه ، وإن كان اسْتَوْفَى الْقِصاصَ ، لم يَجْزُ قَلْعُ هذه قِصاصًا ؛ لأنَّه لم يَقْصِدِ الْعُدْوَانَ . وإن عَادَتْ سِنَّ الْجَانِي دُونَ سِنَّ الْمَجْنِيِّ عليه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تُقْلَعُ ؛ لِأَنَّهَا أَخَذَ سِنَيْنِ بِسِنَّ وَاحِدَةٍ ، وإِنَّمَا قال اللهُ تعالى : ﴿ وَالسَّنَّ بِالسَّنِّ ﴾ (٦) . والثاني ، تُقْلَعُ ، وإن عَادَتْ مَرَّاتٍ ؛ لِأَنَّه قَلَعَ سِنَّهُ وَأَعْدَمَهَا ، فكان له إِعْدَامُ سِنِّهِ . ولأَصْحَابِ الشافعي وَجْهان ، كهَذَيْنِ .

فصل : وإن قَلَعَ سِنَّ ، فاقْتَصَّ مِنْهُ ، ثم عَادَتْ سِنَّ الْمَجْنِيِّ عليه ، فَقْلَعَهَا الْجَانِي ثانيةً ، فلا شَيْءَ عليه ؛ لِأَنَّ سِنَّ الْمَجْنِيِّ عليه لَمَّا عَادَتْ ، وَجَبَ لِلْجَانِي عليه دِيَّةٌ سِنِّهِ ، فلَمَّا قْلَعَهَا ، وَجَبَ (٧) على الْجَانِي (٧) دِيَّتُهَا لِلْمَجْنِيِّ عليه ، فَقَدْ وَجَبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا دِيَّةٌ سِنَّ ، فَيَقْصَاانِ .

١٤٥٠ - مسألة ؛ قال : (وإن كَسَرَ بَعْضُهَا ، بَرَدَ مِنْ سِنَّ الْجَانِي مِثْلُهُ)

وجملته أَنَّ الْقِصاصَ جَارٍ في بَعْضِ السَّنِّ ؛ لِأَنَّ الرُّبْعَ كَسَرَتْ سِنَّ جَارِيَةٍ ، فَأَمَرَ النَّبِيُّ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) سورة المائدة ٤٥ .

(٧-٧) في الأصل : : للجانِي .

صَلَّى بِالْقِصَاصِ^(١) . ولأنَّ ما جَرَى الْقِصَاصُ فِي جُمْلَتِهِ ، جَرَى فِي بَعْضِهِ إِذَا أُمِكنَ ، كَالْأُذُنِ ، فَيُقَدَّرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، فَيُؤْخَذُ النَّصْفُ بِالنَّصْفِ وَالثُّلُثُ بِالثُّلُثِ ، وَكُلُّ جُزْءٍ بِمِثْلِهِ ، وَلَا يُؤْخَذُ ذَلِكَ بِالمِسَاحَةِ ، كَيْلًا / يُفْضَى إِلَى أَخْذِ جَمِيعِ سِنِّ الْجَانِبِ بِبَعْضِ سِنِّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ الْقِصَاصُ بِالمَبْرَدِ ؛ لِيُؤْمَنَ أَخْذُ الزِّيَادَةِ ، فَإِنَّا لَوْ أَخَذْنَاهَا بِالكَسْرِ ، لَمْ نَأْمَنَ أَنْ تَنْصَدِعَ ، أَوْ تَنْقَلِعَ ، أَوْ تَنْكَسِرَ مِنْ غَيْرِ مَوْضِعِ الْقِصَاصِ . وَلَا يُقْتَصَرُ حَتَّى يَقُولَ أَهْلُ الخَبْرَةِ : إِنَّهُ يُؤْمَنُ انْقِلَاعُهَا ، أَوِ السَّوَادُ^(٢) فِيهَا ؛ لِأَنَّ تَوْهُمَ الزِّيَادَةِ يَمْنَعُ الْقِصَاصَ فِي الأَعْضَاءِ ، كَمَا لَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ أَجَزْتُمْ الْقِصَاصَ فِي الأَطْرَافِ مَعَ تَوْهُمِ سِرَّائِهَا إِلَى النَّفْسِ ، فَلِمَ مَنَعْتُمْ مِنْهُ لَتَوْهُمِ السَّرَّاءِ إِلَى بَعْضِ العَضْوِ ؟ قُلْنَا : وَهُمْ السَّرَّاءِ إِلَى النَّفْسِ لَا سَبِيلَ إِلَى التَّحَرُّزِ مِنْهُ ، فَلَوْ اعْتَبَرْنَاهُ فِي المَنْعِ ، لَسَقَطَ الْقِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بِالكُلِّيَّةِ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، وَأَمَّا^(٣) السَّرَّاءِ إِلَى بَعْضِ العَضْوِ ، فَتَارَةً نَقُولُ إِنَّمَا يَمْنَعُ^(٤) الْقِصَاصَ فِيهَا احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ فِي الفِعْلِ ، لَا فِي السَّرَّاءِ ، مِثْلُ مَنْ يَسْتَوْفِي مِنْ^(٥) بَعْضِ الذَّرَاعِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَفْعَلَ أَكْثَرَ مِمَّا فَعَلَ بِهِ ، وَكَذَلِكَ مِنْ كَسَرَ سِنًّا وَلَمْ يَصْدَعْهَا ، فَكَسَرَ المُسْتَوْفِي سِنَّهُ وَصَدَّعَهَا ، أَوْ قَلَعَهَا ، أَوْ كَسَرَ أَكْثَرَ مِمَّا كَسَرَ ، فَقَدْ زَادَ عَلَى المِثْلِ ، وَالْقِصَاصُ يَعْتَمِدُ المُمَاثَلَةَ . وَتَارَةً نَقُولُ : إِنَّ السَّرَّاءِ فِي بَعْضِ العَضْوِ إِنَّمَا يَمْنَعُ^(٦) إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً ، وَمِثْلُ هَذَا يَمْنَعُ فِي النَّفْسِ ، وَلِهَذَا مَنَعْنَاهُ مِنَ الاسْتِيفَاءِ بِأَلَةٍ كَالَّةٍ ، أَوْ مَسْمُومَةٍ ، وَفِي وَقْتِ إِفْرَاطِ الحَرَارَةِ أَوِ البُرُودَةِ^(٧) ، تَحَرُّزًا مِنَ السَّرَّاءِ .

فصل : وَمَنْ قَلَعَ سِنًّا زَائِدَةً ، وَهِيَ الَّتِي تَنْبُتُ فَضْلَةً فِي غَيْرِ سَمَتِ الأَسْنَانِ ، خَارِجَةً

(١) تقدم تخريجه في صفحة ٥٣١ .

(٢) في الأصل : « والسواد » .

(٣) سقطت الواو من : ب ، م ، .

(٤) في م : « منع » .

(٥) سقطت من : ب ، م ، .

(٦) في ب ، م : « منع » .

(٧) في الأصل : « والبرودة » .

عنها ، إمّا إلى داخلِ الفمِ ، وإمّا إلى الشَّفَةِ ، وكانت ^(٨) للجاني مثلُها في مَوْضِعِها ، فللمَجْنِيّ عليه القصاصُ ، أو أخذُ حُكُومَةٍ في سِنِّه . وإن لم يَكُنْ له مثلُها في مَحَلِّها ، فليس للمَجْنِيّ عليه إلّا الحُكُومَةُ . وإن كانت لإحدى الزَّائِدَتَيْنِ أكبرَ من الأُخْرَى ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُؤْخَذُ الكُبْرَى بالصُّغْرَى ؛ لأنَّ الحُكُومَةَ فيها أكبرُ ، فلا يُقْلَعُ بها ما هو أَقلُّ قيمةً منها . والثاني ، تُؤْخَذُ بها ؛ لأنَّهما سِنَّانِ ^(٩) مُتساوِيان ^(١٠) في الموضع ، فتؤْخَذُ كُلُّ واحدةٍ منهما بالأُخْرَى ، كالأَصْلِيَّتَيْنِ ، ولأنَّ قولَ الله تعالى : ﴿ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ﴾ ^(١١) . عامٌّ ، فيَدْخُلُ / فيه مَحَلُّ التَّزَاوُعِ . وإن قلنا : يَثْبُتُ القِيَّاسُ ^(١٢) في الزَّائِدَتَيْنِ بالاجْتِهَادِ ، فالثَّابِتُ بالاجْتِهَادِ مُعْتَبَرٌ بِما ثَبَّتَ بالنَّصِّ ، واختلافُ القِيَمَةِ لا يَمْنَعُ القصاصَ ، بدليلِ جَرَيَانِهِ بين العَبِيدِ ، وبين الذَّكَرِ والأنثى ، في النَّفْسِ والأَطْرَافِ ، على أنَّ كِبَرَ السِّنِّ لا يُوجِبُ كَثْرَةَ قِيَمَتِها ، فإنَّ السِّنَّ الزَّائِدَةَ نَقَصَ وَعَيْبَ ، وكثرةُ العَيْبِ زيادةٌ في النَّقْصِ ، لا في القِيَمَةِ ، ولأنَّ كِبَرَ السِّنِّ الأَصْلِيَّةِ لا يَزِيدُ قِيَمَتِها ، فالزَّائِدَةُ كذلك .

فصل : وَيُؤْخَذُ اللِّسَانُ بِاللِّسَانِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١١) . ولأنَّ له حَدًّا يَنْتَهِي إليه ، فاقتَصَرَّ منه ، كالعَيْنِ . ولا نَعْلَمُ في هذا إِخْلَافًا . ولا يُؤْخَذُ لِسَانُ نَاطِقٍ بِلسانِ أُخْرَسٍ ؛ لأنَّه أَفْضَلُ منه . وَيُؤْخَذُ الْأُخْرَسُ بِالنَّاطِقِ ؛ لأنَّه بَعْضُ حَقِّهِ . وَيُؤْخَذُ بَعْضُ اللِّسَانِ بِبَعْضٍ ؛ لأنَّه أَمَكَنَ الْقِصَاصُ في جَمِيعِهِ ، فَأَمَكَنَ في بَعْضِهِ ، كَالسِّنِّ ، وَيُقَدَّرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، وَيُؤْخَذُ مِنْهُ بِالْحِسَابِ .

فصل : وَيُؤْخَذُ الشَّفَةُ بِالشَّفَةِ ، وهى ما جَاوَزَ الذَّقْنَ وَالْحَدْنَ عُلُوًّا وَسُفْلًا ^(١٣) ؛ لقول

(٨) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٩) في ب : « سستان » .

(١٠) في الأصل : « متساويتان » .

(١١) سورة المائدة ٤٥ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « أو سفلا » .

الله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . ولأنَّ له حدًّا ينتهي إليه ، يُمكنُ القصاصُ منه ، فوجبَ ، كاليدَينِ .

١٤٥١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُؤْخَذُ يَمِينُ بَيْسَارٍ ، وَلَا يَسَارُ يَمِينٍ)

هذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرأيِ . وحكى عن ابنِ سيرينَ ، وشريكٍ ، أنَّ إحداهما تُؤخذُ بالأُخرى ؛ لأنَّهما يَسْتَوِيَانِ فِي الْخِلْقَةِ وَالْمَنْفَعَةِ . ولنا ، أنَّ كُلَّ واحدةٍ منهما تُختصُّ باسمٍ ، فلا تُؤخذُ إحداهما بالأُخرى ، كاليدِ مع الرجلِ . فعلى هذا كلُّ ما انقسمَ إلى يمينٍ ويسارٍ ، كاليدَينِ والرجلينِ والأذنينِ والمنخرَينِ والثديَينِ والأُتُنَينِ ، لا تُؤخذُ إحداهما بالأُخرى .

فصل : وما انقسمَ إلى أعلَى وأسْفَلَ ، كالجفْنَيْنِ والشفتَيْنِ ، لا يُؤخذُ الأعلَى بالأسْفَلَ ، ولا الأسْفَلَ بالأعلَى ؛ لما ذكرنا . ولا تُؤخذُ إصْبَعٌ بإصْبَعٍ ، إلَّا أن يتَّفَقَا فِي الْاسْمِ وَالْمَوْضِعِ . ولا تُؤخذُ أُثْمَلَةٌ بِأُثْمَلَةٍ ، إلَّا أن يتَّفَقَا فِي ذَلِكَ . ولا تُؤخذُ عَلْيَا بِسُفْلَى وَلَا وَسْطَى ، وَالْوُسْطَى وَالسُّفْلَى لَا تُؤْخَذَانِ بغيرهما . ولا تُؤخذُ السِّنُّ بالسِّنِّ / إلَّا أن يتَّفَقَ مَوْضِعُهُمَا وَاسْمُهُمَا . ولا تُؤخذُ إصْبَعٌ وَلَا سِنَّ أُصْلِيَّةٌ بِزائِدَةٍ ، ولا زائِدَةٌ بِأُصْلِيَّةٍ ، ولا زائِدَةٌ بِزائِدَةٍ فِي غيرِ محلِّها ؛ لما ذكرناه .

ظ ٤٦/٩

فصل : وما لا يجوزُ أخذه قصاصًا ، لا يجوزُ بترَاضيهما واتِّفاقهما عليه^(١) ؛ لأنَّ الدَّمَاءَ لَا تُسْتَبَاحُ بِالْإِبَاحَةِ^(٢) وَالْبَذْلِ ، ولذلك لو بَدَّلَهَا لَهْ أَبْتَدَأَ ، لَا يَحِلُّ لَهُ^(٣) أَخْذُهَا ، وَلَا يَحِلُّ لِأَحَدٍ قَتْلُ نَفْسِهِ ، وَلَا قَطْعُ طَرَفِهِ ، فَلَا يَحِلُّ لِغَيْرِهِ بَذْلُهُ ، فَلَوْ تَرَاضِيَا عَلَى قَطْعِ إِحْدَى الْيَدَيْنِ بَدَلًا عَنِ الْأُخْرَى ، فَقَطَعَهَا الْمُقْتَصُّ ، سَقَطَ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّ الْقَوْدَ سَقَطَ فِي الْأَوَّلَى بِإِسْقَاطِ صَاحِبِهَا ، وَفِي الثَّانِيَةِ بِإِذْنِ صَاحِبِهَا فِي قَطْعِهَا ، وَدِيَاثُهُمَا مُتَسَاوِيَةٌ . وهذا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : بالاستباحة .

(٣) سقط من : م .

قول أبى بكر . وكذلك^(٤) قال : لو قَطَعَ الْمُقْتَصُّ يَدَ الأُخْرَى عُذْوَانًا ، لَسَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الأَلَمِ وَالدَّيَةِ وَالْأَسْمِ ، فَتَقَاصًا وَتَسَاقُطًا ، وَلِأَنَّ إِيْجَابَ الْقِصَاصِ يُفَضِّلُ إِلَى قَطْعِ يَدَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَإِذْهَابِ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ ، وَإِلْحَاقِ الضَّرَرِ الْعَظِيمِ بِهِمَا جَمِيعًا . وَلَا تَفْرِيعَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَوْضُوحِهِ . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَطْعَيْنِ^(٥) مَضمُونٌ^(٦) بِسِرَايَتِهِ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ عُذْوَانٌ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عُذْوَانًا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا بَتْرَاضِيهِمَا ، فَلَا قِصَاصَ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِرِضَا صَاحِبِهَا بِبَذْلِهَا ، وَإِذْنِهِ فِي قَطْعِهَا ، وَفِي وُجُوبِهِ فِي الأَوَّلَى وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِتَرْكِهِ بِعَوَضٍ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ^(٨) ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَى حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً بِخَمْرِ وَقَبَضَهُ إِيَّاهُ . فَعَلَى هَذَا ، لَهُ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتَصُّ إِلَّا بَعْدَ انْدِمَالِ الأُخْرَى ، وَلِلْجَانِي دِيَّةٌ يَدُهُ . فَإِذَا وَجِبَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ دِيَّةُ يَدِهِ ، وَكَانَتِ الدَّيْتَانِ وَاحِدَةً ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ^(٩) مِنَ الأُخْرَى ، كَالرَّجُلِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَجِبَ الْفَضْلُ^(١٠) لِصَاحِبِهِ .

فصل : وَإِذَا قَالَ الْمُقْتَصُّ لِلْجَانِي : أَخْرِجْ يَمِينَكَ لِأَقْطَعَهَا . فَأَخْرَجَ يَسَارَهُ ، فَقَطَعَهَا ، فَعَلَى قَوْلِ أبى بكرٍ ، يُجْزَى ذَلِكَ ، سَوَاءً قَطَعَهَا عَالِمًا بِهَا أَوْ غَيْرَ عَالِمٍ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، إِنْ أَخْرَجَهَا عَمْدًا عَالِمًا بِأَنَّهُ يَسَارُهُ ، وَأَنَّهَا لَا تُجْزَى ، فَلَا ضَمَانٌ عَلَى قَاطِعِهَا / وَلَا قَوْدٌ ؛ لِأَنَّهُ بَذَلَهَا بِإِخْرَاجِهِ لَهَا لَا^(١١) عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ ، وَقَدْ يَقُومُ الْفِعْلُ فِي

و ٤٧/٩

(٤) فِي م : « وَلِذَلِكَ » .

(٥) فِي ب : « الْمُقْطَعَيْنِ » .

(٦) فِي الأَصْل : « مَضْمُونٌ » . وَفِي ب : « مَضْمُونَةٌ » .

(٧) فِي الأَصْل : « سِرَايَتُهُ » .

(٨) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٩) فِي ب ، م : « أَكْبَرُ » .

(١٠) فِي ب ، م : « الْقِصَاصُ » .

(١١) فِي الأَصْل : « إِلَّا » .

ذلك مقام التُّطْقِي ، بدليل أنه لا فَرْقَ بين قَوْلِهِ : نَحْذُ هذا فِكْلَهُ . وبين اسْتِدْعاءِ ذلك منه ، فَيُعْطِيهِ إِياه . ويفارقُ هذا ما لو قَطَعَ يَدَ إنسانٍ وهو ساكِتٌ ؛ لأنَّهُ لم يُوجَدْ منه البَدَلُ ، وَيُنْتَظَرُ في الْمُقْتَصَصِ ، فإن فَعَلَ ذلك عَالِمًا بِالْحَالِ ^(١٢) ، عَزَرَ ؛ لأنَّهُ مَمْنُوعٌ منه لِحَقِّ الله تعالى . وهل يَسْقُطُ الْقِصَاصُ في الْيَمِينِ ؟ على وَجْهَيْنِ ؛ أحدهما ، يَسْقُطُ ؛ لأنَّ قاطِعَ الْيَسَارِ تَعَدَّى بِقَطْعِهَا ، ولأنَّهُ قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ ، فلم يَمْلِكْ قَطَعَ الْيَدِ الْأُخْرَى ، كما لو قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ الْيُسْرَى مَكَانَ يَمِينِهِ ، فإنه لا يَمْلِكُ قَطَعَ يَمِينِهِ . والوَجْهُ الثَّانِي ، أنه لا يَسْقُطُ . وهو مذهبُ الشافعي . وفرَّقوا بين الْقِصَاصِ وَقَطْعِ السَّارِقِ من ثلاثة أَوْجُهٍ ؛ أحدها ، أَنَّ الْحَدَّ مَبْنِيٌّ على الْإِسْقَاطِ ، بخلافِ الْقِصَاصِ . والثَّانِي ، أَنَّ ^(١٣) الْيَسَارَ لَا تُقْطَعُ في السَّرِقَةِ وإنْ عُدِمَتْ يَمِينُهُ ؛ لأنَّهُ يُقَوِّثُ مَنْفَعَةَ الْجِنْسِ في الْحَدِّ ، بخلافِ الْقِصَاصِ . والثَّالِثُ ، أَنَّ الْيَدَ لو سَقَطَتْ بِأَكِلَةٍ ^(١٤) أو قِصَاصٍ ، سَقَطَ الْقَطْعُ في السَّرِقَةِ ، فجاز أن يَسْقُطَ بِقَطْعِ ^(١٥) الْيَسَارِ ، بخلافِ الْقِصَاصِ ، فإنه لا يَسْقُطُ ، وَيُنْتَظَرُ إلى الْبَدَلِ ، لكن لا تُقْطَعُ يَمِينُهُ حتى تَنْدَمِلَ يَسَارُهُ ؛ لئلا يُوَدَّى إلى ذهابِ نَفْسِهِ . فإن قيل : أليس لو قَطَعَ يَمِينَ رَجُلٍ وَيَسَارَ آخَرَ ، لم يُؤَخَّرْ أَحَدُهُما إلى انْدِمَالِ الْآخَرِ ؟ قلنا : الْفَرْقُ بينهما أَنَّ الْقَطْعَيْنِ مُسْتَحَقَّانِ قِصَاصًا ، فلهذا جَمَعْنَا بينهما ، وفي مَسْأَلَتِنَا أَحَدُهُما غيرُ مُسْتَحَقٍّ ، فلم نَجْمَعْ بينهما ، فإذا انْدَمَلَتْ الْيَسَارُ قَطَعْنَا الْيَمِينَ ، فإن سَرَى قَطَعَ الْيَسَارَ إلى نَفْسِهِ ، كانت هَذَرًا ، ويجبُ في تَرْكِه دِيَّةَ الْيَمِينِ ^(١٦) ؛ لِتَعْدُرِ الْاسْتِيفاءِ فيها بِمَوْتِهِ . وإن قال الْمُقْتَصَصُ منه : لم أَعْلَمْ أَنَّهَا الْيَسَارُ ، أو ظَنَنْتُ أَنَّهَا تُجْزَى عن الْيَمِينِ . نَظَرْتُ في الْمُسْتَوْفَى ، فإن عَلِمَ أَنَّهَا يَسَارُهُ ، وَأَنَّهَا لا تَكُونُ قِصَاصًا ، ضَمِنَهَا بِدَيْتِهَا وَيُعْزَرُ . وقال بعضُ الشافعية : عليه الْقِصَاصُ ؛ لأنَّهُ قَطَعَهَا مع الْعِلْمِ بَأَنَّهُ

(١٢) في ب : « بحال » .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) الأكلة ، كَفَرَحَةٍ : داء في العضو يَأْكُلُ منه .

(١٥) في ب : « بقلع » .

(١٦) في ب : « اليمنى » .

٤٧/٩ ط ليس له قَطْعُهَا . ولنا ، أَنَّهُ قَطَعَهَا بِبَذْلِ صَاحِبِهَا ، فلم / يَجِبْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كما لو عِلِمَ بِإِذْلِهَا . وإن كان جاهلاً ، فلا تَعْزِيرَ عَلَيْهِ ، وعليه الضَّمَانُ بِالذِّدَةِ ؛ لِأَنَّهُ بِذْلِهَا لَهُ ^(١٧) عَلَى وَجْهِ الْبَذْلِ ، فَكَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ عَالِمًا بِهَا ، وَمَا وَجَبَ ضَمَانُهُ فِي الْعَمْدِ ، وَجَبَ فِي الْخَطِئِ ، كِاثِلًا فِي الْمَالِ ، وَالْقِصَاصُ بَاقٍ لَهُ فِي الْيَمِينِ ، وَلَا تُقَطَّعُ حَتَّى تَنْدَمِلَ الْيَسَارُ ، فَإِذَا انْدَمَلَتْ ، فَلَهُ قَطْعُ الْيَمِينِ ^(١٨) ، فَإِنْ عَفَا ، وَجَبَ بِذْلِهَا ، وَبِقِصَاصَانِ ، وَإِنْ سَرَتْ الْيَسَارُ إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَتْ مَضْمُونَةً بِالذِّدَةِ الْكَامِلَةِ ، وَقَدْ تَعَذَّرَ قَطْعُ الْيَمِينِ ^(١٩) ، وَوَجَبَ لَهُ نِصْفُ الذِّدَةِ ، فَبِقِصَاصَانِ بِهِ ، وَيَبْقَى نِصْفُ الذِّدَةِ لَوَرَثَةِ الْجَانِي . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي بِذْلِهَا ، فَقَالَ الْجَانِي : إِنَّمَا بِذَلْتُهَا بِذَلًا عَنْ الْيَمِينِ . وَقَالَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ : بِذَلْتُهَا بِغَيْرِ ^(٢٠) عَوَضٍ . أَوْ قَالَ : أَخْرَجْتُهَا دَهْشَةً . فَقَالَ : بَلْ عَالِمًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنَيْتِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَبْذُلُ طَرَفَهُ لِلْقَطْعِ تَبَرُّعًا ، مَعَ أَنَّ عَلَيْهِ قَطْعًا مُسْتَحَقًّا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْلِ الْيَسَارِ مَجْنُونًا مِثْلَ أَنْ يُجَنَّنَ بَعْدَ وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِ ، فَعَلَى قَاطِعِهَا ضَمَانُهَا بِالْقِصَاصِ إِنْ كَانَ عَالِمًا ، وَبِالذِّدَةِ إِنْ كَانَ مُخْطِئًا ؛ لِأَنَّ بَذْلَ الْمَجْنُونِ لَيْسَ بِشُبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ مَجْنُونًا ، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ عَاقِلًا ، فَأَخْرَجَ إِلَيْهِ يَسَارَهُ أَوْ هِمِيَّتَهُ فَقَطَّعَهَا ، ذَهَبَتْ هَذَرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ الْإِسْتِيفَاءُ ، وَلَا يَجُوزُ الْبَذْلُ لَهُ ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا بِبَذْلِ صَاحِبِهَا ، لَكِنْ إِنْ كَانَ الْمَقْطُوعُ الْيُمْنَى ، وَقَدْ تَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فِيهَا لِتَلَفِهَا ، فَيَكُونُ لِلْمَجْنُونِ دِيَّتُهَا . وَإِنْ وَثَبَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ فَقَطَّعَ يَدَهُ الَّتِي لَا قِصَاصَ فِيهَا ، فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّتُهَا ، وَلَهُ الْقِصَاصُ فِي الْأُخْرَى ، وَإِنْ قَطَّعَ الْأُخْرَى ، فَهُوَ مُسْتَوْفٍ حَقَّهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِيهَا ، فَإِذَا أَخَذَهَا قَهْرًا ، سَقَطَ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ وَدِيَعَتَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَسْقُطُ حَقُّهُ ، وَلَهُ عَقْلُ يَدِهِ ، وَعَقْلُ يَدِ الْجَانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ ؛

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١٨) في الأصل : د : اليمنى .

(١٩) في م : د : في غير .

(٢٠) في الأصل ، م : د : فقد .

لأنَّ المجنونَ لا يَصِحُّ منه الاستيفاءُ . ويُفارقُ الرِّدِيعةَ إذا أُلْفَها ؛ لأنَّها تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، / وليس لها بَدَلٌ إذا تَلَفَتْ بذلك ، واليَدُ بخِلَافِهِ ، فإنَّها لو تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، كانت عليه دِيَّتُها ، وكذلك الصَّغِيرُ ، وكذلك الحُكْمُ فيهما إذا قَاتِلَا قَاتِلَ أبيهما عَمْدًا ، وإن اِقْتَصَا من الجاني ما لا تَحْمِلُهُ عَاقِلَتُهُ ، كما دُونَ الثُّلُثِ ، كَقَطْعِ إصْبَعٍ وَنَحْوِهَا ، سَقَطَ حَقُّهُمَا ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِي الدِّيَّةَ في ذِمَّتَيْهِمَا ، ولهما في ذِمَّةِ الجاني مثلُ ذلك ، فيتَقاصَّان . وإن كانت دِيَّتُهُمَا مُخْتَلِفَةً ، كالمسلمِ والذَّمِّيِّ ، والرجلِ والمرأةِ ، فإن قلنا : يكونان مُسْتَوْفِيَيْنِ لِحَقِّهِمَا بِالْقَطْعِ . لم يَبْقَ لهما حَقٌّ ، كما لو أُلْفَا وَدِيَعَتَهُمَا . وإن قلنا : لا يكونان مُسْتَوْفِيَيْنِ . يُقَاصُّ من الدَّيْتَيْنِ بِقَدْرِ الْأَذْنَى مِنْهُمَا ، وَوَجِبَ الْفَضْلُ لِلصَّبِيِّ والمجنونِ . وإن كانت الجنايةُ عليهما أو على وَلِيَّهِمَا خطأً تَحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ، فَاسْتَوْفَا الْقِصَاصَ ، لم يَسْقُطْ حَقُّهُمَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ، وكانت دِيَّةٌ مِّنْ اسْتَوْفَا مِنْهُ عَلَى عَاقِلَتَيْهِمَا مُوَجَّلَةٌ ، ودِيَّةُ الْجَنَايَةِ عليهما أو على وَلِيَّهِمَا على عَاقِلَةِ الْجَانِي مُوَجَّلَةٌ .

فصل : وسرَّايةُ القَوْدِ غيرُ مَضْمُونَةٍ . ومعناه أنَّه إذا قَطَعَ طَرَفًا يَجِبُ الْقَوْدُ فِيهِ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ مَاتَ الْجَانِي بِسَرَّايَةِ الاسْتِيفَاءِ ، لم يَلْزَمِ الْمُسْتَوْفَى شَيْءٌ . وبهذا قال الحسنُ ، وابنُ سِيرِينَ ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو يوسفَ ، ومحمدُ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، وَعُمَرُ ، وَعَلِيٌّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ . وقال عطاءُ ، وطاوسُ ، وعمرُو بن دِينَارَ ، والحارثُ الْعُكْلِيُّ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّخَعِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وأبو حنيفةَ : عليه الضَّمانُ . قال ^(٢١)أبو حنيفةَ : عليه كَأُلِ الدِّيَّةِ فِي مَالِهِ . وقال غيره : هي على عَاقِلَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ نَفْسَهُ ، وَلَا يَسْتَحِقُّ إِلَّا طَرَفَهُ ، فَلَزِمَتْهُ دِيَّتُهُ ، كما لو ضَرَبَ ^(٢٢)عُنُقَهُ ، ولأنَّها سَرَّايَةٌ قَطَعَ مَضْمُونٌ ، فَكَانَتْ مَضْمُونَةً ، كَسَرَّايَةِ الْجَنَايَةِ ، والدَّلِيلُ على أَنَّهُ مَضْمُونٌ ، ^(٢٣)أَنَّهُ مَضْمُونٌ ^(٢٣)بِالْقَطْعِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ فِي

(٢١) في الأصل : وقال .

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب .

مُقابَلَتِهِ . وَلَنَا ، أَنْ عَمَرَ ، وَعَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَا^(٢٤) : مَنْ مَاتَ مِنْ حَدِّ أَوْ قِصَاصٍ لَا دِيَّةَ لَهُ ، الْحَقُّ قَتْلُهُ . رواه سعيْدٌ بِمعناه^(٢٥) . ولأنَّه قَطَعَ مُسْتَحَقُّ مُقَدَّرٌ ، فَلَا تُضْمَنُ سِرَّائِهِ ، كَقَطْعِ السَّارِقِ . / وفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مَا فَعَلَهُ مُسْتَحَقًّا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ سِرَّائِهِ إِلَى النَّفْسِ ، بِأَنْ يَمُوتَ مِنْهَا ، أَوْ إِلَى مَا دُونَهَا ، مِثْلَ أَنْ يَقْطَعَ إصْبَعًا فَيُسَرَّى إِلَى كَفِّهِ . ٤٨/٩ ط

فصل : وسِرَّايَةُ الْجِنَايَةِ مَضمُونَةٌ بِلا خِلَافٍ ؛ لِأَنَّهَا أَثَرُ الْجِنَايَةِ ، وَالْجِنَايَةُ مَضمُونَةٌ ، فَكَذَلِكَ أَثَرُهَا . ثُمَّ إِنْ سَرَتْ إِلَى النَّفْسِ ، وَمَا لَا يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهُ بِالْإِثْلَافِ ، مِثْلَ أَنْ يَهْشِمَهُ فِي رَأْسِهِ فَيَذْهَبَ ضَوْءُ عَيْنَيْهِ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهِ ، وَلَا خِلَافَ فِي ذَلِكَ فِي النَّفْسِ ، وَفِي ضَوْءِ الْعَيْنِ خِلَافٌ قَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا تَقَدَّمَ . وَإِنْ سَرَتْ إِلَى مَا يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهُ بِالْإِثْلَافِ ، مِثْلَ إِنْ قَطَعَ إصْبَعًا ، فَتَاكَلَتْ أُخْرَى وَسَقَطَتْ مِنْ مَفْصِلٍ ، فَقَبِيهِ الْقِصَاصُ أَيْضًا ، فِي قَوْلِ إِمَامِنَا ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدِ بْنِ الْحَسَنِ . وَقَالَ أَكْثَرُ الْفُقَهَاءِ : لَا قِصَاصَ فِي الثَّانِيَةِ ، وَتَجِبُ دِيَّتُهَا ؛ لِأَنَّ مَا أُمَكَّنَ مُبَاشَرَتَهُ بِالْجِنَايَةِ لَا يَجِبُ الْقَوْدُ فِيهِ بِالسَّرِّيَةِ ، كَمَا لَوْ رَمَى سَهْمًا فَمَرَّقَ مِنْهُ إِلَى آخَرٍ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا وَجَبَ فِيهِ الْقَوْدُ بِالْجِنَايَةِ ، وَجَبَ بِالسَّرِّيَةِ ، كَالنَّفْسِ وَضَوْءِ الْعَيْنِ ، وَلَأنَّه أَحَدُ نَوْعَيْ الْقِصَاصِ ، فَأَشْبَهَ مَا ذَكَرْنَا^(٢٦) . وفَارَقَ مَا ذَكَرُوهُ ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ فِعْلٌ وَلَيْسَ بِسِرِّيَةٍ ، وَلَأنَّه لَوْ قَصَدَ ضَرْبَ رَجُلٍ فَأَصَابَ آخَرَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، وَلَوْ قَصَدَ قَطَعَ إِبْهَامَهُ فَقَطَعَ سَبَّابَتَهُ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، وَلَوْ ضَرْبَ إِبْهَامَهُ فَمَرَّقَ إِلَى سَبَّابَتِهِ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهِمَا ، فَافْتَرَقَا . وَلَأنَّ الثَّانِيَةَ تَلَفَّتْ بِفِعْلِ أَوْجَبَ الْقِصَاصَ ، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ رَمَى إِحْدَاهُمَا فَمَرَّقَ إِلَى الْأُخْرَى . فَأَمَّا إِنْ قَطَعَ إصْبَعًا ، فَشَلَّتْ إِلَى جَانِبِهَا أُخْرَى ، وَجَبَ

(٢٤) فِي م : قَالَ .

(٢٥) وَأَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَمُوتُ فِي قِصَاصِ الْجَرْحِ ، مِنْ كِتَابِ الْوَدَايَاتِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٦٨/٨ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الْإِنْتِظَارِ بِالْقَوْدِ أَنْ يَرَى ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمُصَنَّفُ ٤٥٧/٩ ، ٤٥٨ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ لَيْسَ عَلَيْهِ دِيَّةٌ إِذَا مَاتَ فِي قِصَاصٍ ، مِنْ كِتَابِ الْوَدَايَاتِ . الْمُصَنَّفُ ٣٤١/٩ ، ٣٤٣ .

(٢٦) فِي ب : ذَكَرْنَاهُ .

الْقِصَاصُ فِي الْمَقْطُوعَةِ حَسْبُ وَالْأَرْضُ^(٢٧) فِي الشَّلَاءِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ فِيهِمَا ، وَيَجِبُ أَرْضُهُمَا جَمِيعًا ؛ لِأَنَّ حُكْمَ السَّرَايَةِ لَا يَنْفَرِدُ عَنِ الْجِنَايَةِ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ سَرَتْ إِلَى النَّفْسِ ، فَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي إِحْدَاهُمَا ، لَمْ يَجِبْ فِي الْأُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهَا جِنَايَةٌ مُوجِبَةٌ لِلْقِصَاصِ لَوْ لَمْ تَسْرِ ، فَأَوْجَبَتْهُ إِذَا سَرَتْ ، كَالَّتِي تَسْرِي إِلَى سُقُوطِ أُخْرَى ، وَكَأَنَّهَا لَوْ قَطَعَ يَدُ حُبْلَى فَسَرَى إِلَى جَنِينِهَا . وَهَذَا يَنْطَلُ مَا ذَكَرَهُ^(٢٨) . وَفَارَقَ الْأَصْلُ ؛ لِأَنَّ السَّرَايَةَ مُقْتَضِيَةٌ لِلْقِصَاصِ ، كَاقْتِضَاءِ الْفِعْلِ لَهُ ، فَاسْتَوَى حُكْمُهُمَا / ، وَهَهُنَا بِخِلَافِهِ ، وَلِأَنَّ مَا ذَكَرَهُ^(٢٨) غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ الْقَطْعَ إِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ فِي الْقَطْعِ ، وَوَجَبَ فِي النَّفْسِ ، فَخَالَفَ حُكْمَ الْجِنَايَةِ حُكْمَ السَّرَايَةِ ، فَسَقَطَ مَا قَالَهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْأَرْضَ يَجِبُ فِي مَالِهِ ، وَلَا تُحْمِلُهُ الْعَاقِلَةُ ؛ لِأَنَّهُ جِنَايَةٌ عَمْدٌ ، وَإِنَّمَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِيهِ لِعَدَمِ الْمُمِثَالَةِ فِي الْقَطْعِ^(٢٩) وَالشَّلَالِ ، فَإِذَا قَطَعَ إصْبَعَهُ فَشَلَّتْ أَصَابِعُهُ الْبَاقِيَةُ وَكَفَّهُ ، فَعَفَا عَنِ الْقِصَاصِ ، وَجَبَ لَهُ نِصْفُ الدِّنْيَةِ ، وَإِنْ اقْتَصَرَ مِنَ الْإِصْبَعِ ، فَلَهُ فِي الْأَصَابِعِ الْبَاقِيَةِ أَرْبَعُونَ مِنَ الْإِلِيلِ ، وَيَتَّبَعُهَا مَا حَاذَاهَا مِنَ الْكَفِّ ، وَهُوَ أَرْبَعَةُ أَخْمَاسِهِ ، فَيَدْخُلُ أَرْضُهُ فِيهَا ، وَيَبْقَى خُمْسُ الْكَفِّ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَتَّبَعُهَا فِي الْأَرْضِ ، فَلَا^(٣٠) شَيْءَ فِيهِ . وَالثَّانِي ، فِيهِ الْحُكْمَةُ ؛ لِأَنَّ مَا يُقَابِلُ الْأَرْبَعَ تَبِعَهَا فِي الْأَرْضِ ؛ لِاسْتَوَائِهِمَا فِي الْحُكْمِ ، وَحُكْمُ التِّي اقْتَصَرَ مِنْهَا مُخَالَفٌ لِحُكْمِ الْأَرْضِ ، فَلَمْ يَتَّبَعُهَا .

فصل : وَلَا يَجُوزُ الْقِصَاصُ فِي الطَّرْفِ إِلَّا بَعْدَ انْدِمَالِ الْجُرْجِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، مِنْهُمْ ؛ النَّخَعِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : كُلُّ مَنْ نَحَفَظَ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ

(٢٧) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٨) في ب : ذكره .

(٢٩) في النسخ : قطع .

(٣٠) في ب ، م ، ولا .

يَرَى الْإِنْتِظَارَ بِالْجُرْحِ حَتَّى يَبْرَأَ . وَيَخْرُجُ لَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ الْإِقْتِصَاصُ قَبْلَ الْبُرْءِ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّهُ إِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، يَفْعَلُ بِهِ ^(٣١) كَمَا فَعَلَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، قَالَ : وَلَوْ سَأَلَ الْقَوْدَ سَاعَةً قُطِعَتْ إَصْبَعُهُ ، أَقْدَتْهُ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا طَعَنَ رَجُلًا بِقَرْيَنٍ فِي رُكْبَتَيْهِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَقْدِنِي . قَالَ : « حَتَّى يَبْرَأَ » . فَأَبَى ، وَعَجَّلَ ، فَاسْتَفَادَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَعَيَّيْتُ رَجُلَ الْمُسْتَقِيدِ ، وَبَرَأْتُ رَجُلَ الْمُسْتَفَادِ مِنْهُ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَيْسَ لَكَ شَيْءٌ ، إِنَّكَ ^(٣٢) عَجِلْتَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ مُرْسَلًا ^(٣٣) . وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ مِنَ الطَّرَفِ لَا يَسْقُطُ بِالسَّرَايَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَمْلِكَهُ فِي الْحَالِ ، كَمَا لَوْ بَرَأَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى أَنْ يُسْتَفَادَ مِنَ الْجَارِحِ ^(٣٤) حَتَّى يَبْرَأَ الْمَجْرُوحُ . / وَرَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ ^(٣٥) ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنْ النَّبِيِّ ﷺ . وَلِأَنَّ الْجُرْحَ لَا يُدْرَى أَقْتُلَ هُوَ أَمْ لَيْسَ بِقَتْلٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَظَرَ لِيُعْلَمَ مَا حُكْمُهُ ؟ فَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَقَدْ رَوَاهُ الدَّارَقُطْنِيُّ ، وَفِي سِيَاقِهِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، عَرَجْتُ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَدْ نَهَيْتُكَ فَعَصَيْتَنِي ، فَأَبْعَدَكَ اللَّهُ ، وَبَطَلَ عَرَجُكَ » . ثُمَّ نَهَى أَنْ يُقْتَصَّ مِنْ جُرْحٍ حَتَّى يَبْرَأَ صَاحِبُهُ . وَهَذِهِ زِيَادَةٌ يَجِبُ قَبُولُهَا ، وَهِيَ مُتَأَخِّرَةٌ عَنِ الْإِقْتِصَاصِ ، فَتَكُونُ نَاسِخَةً لَهُ . وَفِي نَفْسِ الْحَدِيثِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ اسْتِفَادَتَهُ ^(٣٥) قَبْلَ الْبُرْءِ مَعْصِيَةٌ ؛ لِقَوْلِهِ : « قَدْ نَهَيْتُكَ فَعَصَيْتَنِي » . وَمَا ذَكَرُوهُ مَمْنُوعٌ ، وَهُوَ مَبْنَى ^(٣٦) الْخِلَافِ .

ط ٤٩/٩

فصل : فَإِنْ اقْتَصَّ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، هُدِرَتْ سِرَايَةُ الْجِنَايَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٨٨/٣ ، ٨٩ ، والبيهقي ، في : باب ما جاء في الاستثناء بالقصاص من الجرح والقطع ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٦٧/٨ .

(٣٣) في الأصل ، ب : « الجرح » . وفي م : « الجروح » . والمثبت من : سنن الدارقطني ، والسنن الكبرى .

(٣٤) أخرج الدارقطني حديثي جابر وعمرو بن شعيب ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٨٨/٣ . وأخرج الإمام أحمد حديث عمرو بن شعيب ، في : المسند ٢١٧/٢ .

(٣٥) في الأصل « استفاته » .

(٣٦) في ب ، م ، ن : « على » .

والشافعي : بل هي مضمونة ؛ لأنها سرية جنائية ، فكانت مضمونة ، كما لو لم يقتصر .
ولنا ، الخبر المذكور ، ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله ، فبطل حقه ، كقاتل
مؤروثه ، وبهذا فارق من لم يقتصر . فعلى هذا ، لو سرى القطعان جميعا ، فمات الجاني
والمستوفى ، فهما هدر . وقال أبو حنيفة : يجب ضمان كل واحد منهما ؛ لأن^(٣٧)
سرية كل واحد منهما^(٣٧) مضمونة ، ثم يتقاصان فيسقطان . وقال الشافعي : إن مات
المجنى عليه أولا ، ثم مات الجاني ، كان قصاصا به^(٣٨) ؛ لأنه مات من سرية القطع ،
فقد مات بفعل المجنى عليه ، وإن مات الجاني ، فكذلك في أحد الوجهين ، وفي
الآخر ، يكون موت الجاني هدرًا ، ولولي المجنى عليه نصف الدية . فأما إن سرى
أحد القطعين دون صاحبه ، فعندنا هو هدر ، لا ضمان فيه . وعند أبي حنيفة ، يجب
ضمان سريته . وعند الشافعي ، إن سرت الجنائية فهي مضمونة ، وإن سرى
الاستيفاء ، لم يجب ضمانه . ومبني ذلك على ما تقدّم من الخلاف .

فصل : وإن ائتمل جرح الجنائية ، فاقصر منه ، ثم انتقص فسرى ، فسريته
مضمونة ، وسرية الاستيفاء غير مضمونة ؛ لأنه اقتصر بعد جواز الاقتصاص . فعلى
هذا ، لو قطع يد رجل ، قبرا ، فاقصر ، ثم انتقص جرح المجنى عليه ، / فمات ،
فلولي قتل الجاني ، لأنه مات من جنايته ، وإن عفا إلى الدية ، فلا شيء له ، لأنه
استوفى بالقطع ما قيمته دية وهو يده ، وإن سرى الاستيفاء ، لم يجب أيضا شيء ؛ لأن
القصاص قد سقط بموته ، والدية لا يمكن إيجابها ؛ لما ذكرنا . وإن كان المقطوع
بالجنائية يدا ، فوليّه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية . ومتى
سقط القصاص بموت الجاني أو غيره ، وجب نصف الدية في تركة الجاني ، أو ماله إن
كان حيا .

(٣٧-٣٧) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : م .

فصل : ولو قَطَعَ كِتَابِي يَدَ مُسْلِمٍ ، فَبَرَأَ وَاقْتَصَّ^(٣٩) ، ثُمَّ انْتَقَضَ جُرْحُ الْمُسْلِمِ فَمَاتَ ، فَلَوْلِيَهُ قَتْلُ الْكِتَابِيِّ ، وَالْعَفْوُ إِلَى أَرْضِ الْجُرْحِ ، وَفِي قَدْرِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدِهِ بِالْقِصَاصِ ، وَبَدَلُهَا نِصْفُ دِيَّتِهِ ، فَبَقِيَ لَهُ نِصْفُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ مُسْلِمًا . وَالثَّانِي ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الْيَهُودِيِّ تُعَدُّ نِصْفَ دِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ رُبْعُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى رُبْعَ دِيَّتِهِ ، وَبَقِيَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا . وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَيِ الْمُسْلِمِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمُسْلِمُ ، فَعَفَا وَلِيُّهُ إِلَى مَا لَمْ ، انْتَبَى عَلَى الْوَجْهَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْيَهُودِيِّ . فَلَهُ هُنَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ قُلْنَا : الْإِعْتِبَارُ بِقِيَمَةِ يَدِ الْمُسْلِمِ . فَلَا شَيْءَ لَهُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدَيْهِ ، وَهَمَا جَمِيعُ دِيَّتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ فِي يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، فَعَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ دِيَةَ ذَلِكَ دِيَةِ مُسْلِمٍ . وَلَوْ كَانَ الْجَانِي امْرَأَةً عَلَى رَجُلٍ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا سَوَاءً ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهَا نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ .

فصل : إِذَا قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنَ الْكُوعِ ، ثُمَّ قَطَعَهَا آخَرُ مِنَ الْمَرْفِقِ ، فَمَاتَ بِسِرَاتَيْهِمَا ، فَلَوْلِيَهُ قَتْلُ الْقَاطِعَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقَطَعَ طَرَفَيْهِمَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لَهُ قَطْعُ يَدِ الْقَاطِعِ مِنَ الْكُوعِ . فَإِنْ قَطَعَهَا ، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَأَمَّا الْآخَرُ ، فَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ مَقْطُوعَةً مِنَ الْكُوعِ ، فَقَطَعَهَا مِنَ الْمَرْفِقِ ، ثُمَّ عَفَا ، فَلَهُ دِيَةٌ ،^(٤٠) إِلَّا قَدَّرَ^(٤١) الْحُكُومَةُ فِي الذَّرَاعِ . وَلَوْ كَانَتْ يَدُ الْقَاطِعِ مِنَ الْمَرْفِقِ صَحِيحَةً ، لَمْ يَجْزُ قَطْعُهَا ، رَوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ صَحِيحَةً بِمَقْطُوعَةٍ . وَإِنْ قَطَعَ أَيْدِيَهُمَا ، وَهَمَا صَحِيحَتَانِ ، أَوْ قَطَعَ / رَجُلَانِ يَدَيْهِ ، فَقَطَعَ يَدَيْهِمَا ، ثُمَّ سَرَّتِ الْجِنَايَةُ ، فَمَاتَ مِنْ قَطْعِهِمَا ، فَلَيْسَ لَوْلِيِهِ الْعَفْوُ عَلَى الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى مَا قِيَمَتُهُ دِيَةٌ . وَإِنْ اخْتَارَ قَتْلَهُمَا ، فَلَهُ ذَلِكَ .

ظ ٥٠/٩

(٣٩) فِي ب ، م : د أَوْ اقْتَصَّ .

(٤٠-٤١) فِي م : د الْأَقْدَارُ ، خَطَأً .

فصل (٤١) : ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها ، سواء كانت حاملاً وقت الجناية ، أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ، وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف ؛ أما في النفس فلقول الله تعالى : ﴿ فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ (٤١) . وقتل الحامل قتل لغير القاتل ، فيكون إسرافاً . ورؤى ابن ماجه (٤٢) ، بإسناده عن عبد الرحمن بن عَنِم ، قال : ثنا معاذ بن جَبَل ، وأبو عُبَيْدَةَ بن الجَرَّاح ، وعُبَادَةُ بن الصَّامِت ، وشَدَّادُ ابن أَوْس ، قالوا : إنَّ رسولَ الله ﷺ قال : « إِذَا قَتَلْتَ الْمَرْأَةَ عَمْدًا ، لَمْ تُقْتَلْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا إِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، وَحَتَّى تُكْفَلَ وَلَدُهَا ، وَإِنْ زَنْتَ ، لَمْ تُرْجَمْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا ، وَحَتَّى تُكْفَلَ وَلَدُهَا » . وهذا نص ، ولأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال لِلْغَامِذِيَّةِ الْمُقِرَّةِ بِالزَّنى : « ارْجِعِي حَتَّى تَضَعِي مَا فِي بَطْنِكَ » . ثم قال لها : « ارْجِعِي حَتَّى تُرْضِعِي » (٤٣) . ولأنَّ هذا إجماعٌ من أهل العلم لا نعلم بينهم فيه اختلافًا . وأما القصاص في الطرف ، فلا نأمننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجاني ، أو إلى زيادة في حقه ، فلأنَّ نَمَنَعَ منه خشية السراية إلى غير الجاني ، ونَفَوَيْت (٤٤) نفسَ مَعْصُومَةٍ ، أَوْلَى وَأُخْرَى ، ولأنَّ في القصاص منها قتلاً لغير الجاني ، وهو حرامٌ . وإذا وضعت ، لم تُقتل حتى تَسْقَى الولد اللَّبَأَ ؛ لأنَّ الولد لا يعيش إلَّا به في الغالب ، ثم إن لم يكن للولد من يرضعه ، لم يجز قتلها حتى يَجِيءَ أَوْانُ فِطَامِهِ ؛ لما ذكرنا من الخبرين ، ولأنَّه لَمَّا أُخِّرَ الاستيفاء لحفظه وهو حملٌ ، فلأنَّ يُؤَخَّرَ لحفظه بعد وضعه أَوْلَى ، إلَّا أن يكون القصاص فيما دُونَ النَّفْسِ ، ويكون الغالب بقاءها ، وعَدَمَ ضَرَرِهِ بالاستيفاء منها ، فَيُسْتَوْفَى . وإن وُجِدَ له مُرْضِعَةٌ رَاتِبَةٌ ، جاز قتلها ؛ لأنَّه يَسْتَعْنَى بِلَبَنِهَا ، وإن كانت / مُتَرَدِّدَةً ، أو

٥١/٩ و

(٤١) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤٢) سورة الإسراء ٣٣ .

(٤٣) في : باب الحامل يجب عليها القود ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٨/٢ ، ٨٩٩ .

(٤٤) أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ١٣٢٢/٣ ،

١٣٢٣ . وإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٨٢١/٢ ، ٨٢٢ . وانظر الجزء

الثاني عشر صفحة ٣١١ ، ٣١٢ .

(٤٥) سقطت الواو من : م .

جماعة يتناوبته ، أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها ، جاز قتلها . ويستحب للولي تأخيرها ؛ لما على الولد من ^(٤٦) الضرر ، لاختلاف اللبن عليه ، وشرب لبن البهيمة .

فصل : وإذا ادعت الحمل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ؛ تحبس حتى يتبين حملها ؛ لأن للحمل أمارات خفية ، تعلمها من نفسها ، ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يخطأ للحمل ، حتى يتبين انتفاء ما ادعته ، ولأنه أمر يختصها ، فقبل قولها فيه ، كالحيض . والثاني ، ذكره القاضي ، أنها ترى أهل الخبرة ، فإن شهد بحملها أخرت ، وإن شهد ببراءتها لم تؤخر ؛ لأن الحق حال عليها ، فلا يؤخر بمجرد دعواها .

فصل : وإن اقتصر من حامل فقد أخطأ ، وأخطأ السلطان الذي مكّنه من الاستيفاء ، وعليهما الإثم إن كانا عالمين ، أو كان منهما تفریط ، وإن علم أحدهما أو قرط ، فالإثم عليه ، ثم ننظر ؛ فإن لم تلق الولد ، فلا ضمان فيه ؛ لأننا لم نتحقق وجوده وحياته ، وإن انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش في مثله ، ففيه غرة ، وإن انفصل حيا لوقت يعيش مثله ، ثم مات من الجنابة ، وجبت فيه دية . وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر ؛ فإن كان الإمام والولي عالمين بالحمل وتحریم الاستيفاء ، أو جاهلين بالأمرين ، أو بأحدهما ، أو كان الولي عالما بذلك دون الممكّن له من الاستيفاء ، فالضمان عليه وحده ؛ لأنه مباشر ، والحاكم الممكّن له صاحب سبب ، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب ، كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالحافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولي ، فالضمان على الحاكم وحده ؛ لأن المباشر معذور ، فكان الضمان على المتسبب ، كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، والعبء أعجمي لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء . وقال القاضي : إن كان أحدهما عالما وحده ، فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين ، فالضمان على الحاكم ؛ لأنه الذي يعرف الأحكام ، والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده ،

(٤٦) في الأصل : في .

وإن كانا جاهِلَيْنِ ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، / الضَّمانُ على الإمام ، كما^(٤٧) لو كانا عالِمَيْنِ . والثاني ، على الوليِّ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وقال أبو الحَطَّابِ : الضَّمانُ على الحاكمِ ، ولم يُفَرِّقْ . وقال المُزَنِّيُّ : الضَّمانُ على الوليِّ في كُلِّ حالٍ ؛ لأنَّه المُباشِرُ ، والسَّبَبُ غيرُ مُلْجِيٍّ ، فكان الضَّمانُ عليه ، كالحافِرِ مع الدَّافعِ ، وكألو أمرَ من يَعْلَمُ تَحْرِيمَ القَتْلِ به فقتَلَ . وقد ذكرنا ما يَقْتَضِي التَّفْريقَ . واللهُ أَعْلَمُ .

١٤٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ سَالِمَ الطَّرَفِ ، وَالْمَقْطُوعَةُ شَلَاءً ، فَلَا قَوْدَ)

لا نعلمُ أحدًا من أهلِ العلمِ قال بوجوبِ قَطيعِ يدِ أو رجلٍ أو لسانٍ صحيحٍ بأشَلٍّ ، إلَّا ما حُكِيَ عن داودَ ، أَنَّهُ أَوْجَبَ ذلكَ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مُسَمَّى بِاسْمِ صاحِبِهِ ، فيؤْخَذُ به ، كالأُذُنَيْنِ . ولنا ، أَنَّ الشَّلَاءَ لا نَفْعَ فيها سوى الجمالِ ، فلا يؤْخَذُ بها ما فيه نَفْعُهُ^(١) ، كالصَّحِيحَةِ^(٢) لا تؤْخَذُ بالقائمةِ^(٣) ، وما ذَكَرَ له قياسٌ ، وهو لا يقولُ بالقياسِ ، وإذا لم يُوجِبِ القصاصَ في العَيْنَيْنِ مع قولِ الله تعالى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾^(٤) . لأجلِ تَقَاوُئِهِما في الصَّحَّةِ والعَمَى ، فلا نَ لا يُوجِبُ^(٥) ذلكَ فيما لا نَصَّ فيه أوَّلَى .

فصل : وإن قَطَعَ أَذُنًا شَلَاءً ، أو أَثْفًا أَشَلٍّ ، فهل يؤْخَذُ به الصَّحِيحُ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يؤْخَذُ به ، كسائرِ الأَعْضاءِ . والثاني ، يؤْخَذُ به ؛ لأنَّ نَفْعَهُ لا يَذْهَبُ بِشَلِّهِ ، فَإِنَّ نَفْعَ الأُذُنِ جَمْعُ الصَّوْتِ ، وَرَدُّ الهَوَامِّ ، وَسَرُّ مَوْضِعِ السَّمْعِ ، وَنَفْعُ الأَثْفِ جَمْعُ الرِّيحِ ، وَرَدُّ الهَوَاءِ والهَوَامِّ^(٦) ، فقد ساوى الصَّحِيحُ في الجمالِ والنَّفْعِ ،

(٤٧) في ب : ١ : وكا .

(١) في م : ١ : نفع .

(٢) أى : العين الصحيحة ، كما جاء في الشرح الكبير .

(٣) العين القائمة هى التى ذهب بصرها والحدقة صحيحة .

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

(٥) في م : ١ : يجب .

(٦) في ب ، م : ١ : أو الهوام .

فَوَجَبَ أَخْذُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْآخِرِ ، كَالصَّحِيجِ بِالصَّحِيجِ ، بِخِلَافِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ .
وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ كَالْوَجْهَيْنِ .

فصل : لَا تُؤْخَذُ يَدٌ كَامِلَةً الْأَصَابِعِ بِنَاقِصَةِ الْأَصَابِعِ ، فَلَوْ قَطَعَ مَنْ لَهُ خُمْسُ أَصَابِعِ
يَدٍ مَنْ لَهُ أَرْبَعٌ أَوْ ثَلَاثٌ ، أَوْ قَطَعَ مَنْ لَهُ أَرْبَعُ أَصَابِعٍ يَدٌ مَنْ لَهُ ثَلَاثٌ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛
لَأَنَّهَا فَوْقَ حَقِّهِ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ أَصَابِعِ الْجَانِي بَعْدَ أَصَابِعِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ،
ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا إِذَا قَطَعَ مِنْ نِصْفِ الْكَفِّ . وَإِنْ قَطَعَ ذُو الْيَدِ الْكَامِلَةِ يَدًا فِيهَا إصْبَعٌ
شَلَّاءٌ وَبَاقِيهَا صِحَاحٌ ، لَمْ يَجْزُ أَخْذُ الصَّحِيجَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْذُ كَامِلٍ / بِنَاقِصٍ . وَفِي
الْاِقْتِصَاصِ مِنَ الْأَصَابِعِ الصَّحَاحِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ أَنْ يَقْتَصَّ . فَلَهُ الْحُكُومَةُ فِي
الشَّلَاءِ ، وَأَرُشُ مَا تَحْتَهَا مِنَ الْكَفِّ . وَهَلْ يَدْخُلُ مَا تَحْتَ الْأَصَابِعِ الصَّحَاحِ فِي
قِصَاصِهَا ، أَوْ تَجِبُ فِيهِ حُكُومَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٥٢/٩

فصل : وَإِنْ قَطَعَ الْيَدَ الْكَامِلَةَ ذُو يَدٍ فِيهَا إصْبَعٌ زَائِدٌ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ فِيهَا . ذَكَرَهُ
أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَةَ غَيْبٌ وَتَقْصُّ فِي الْمَعْنَى ، يُرَدُّ بِهَا الْمَبِيعُ ، فَلَا^(٧)
يَمْنَعُ وَجُودَهَا الْقِصَاصَ مِنْهَا ، كَالسَّلْعَةِ فِيهَا وَالْخُرَاجِ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهَا لَا تُقْطَعُ بِهَا .
وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَيْضًا إصْبَعٌ زَائِدَةٌ
فِي مَحَلِّ الزَّائِدَةِ مِنَ الْجَانِي ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ
مَحَلِّهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ إصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، لَمْ تُؤْخَذْ يَدُ الْجَانِي . وَهَلْ يَمْلِكُ قَطْعُ
الإِصْبَعِ^(٨) ؟ نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ الزَّائِدَةُ مُلَصِّقَةً بِأَحَدِ الْأَصَابِعِ ، فَلَيْسَ لَهُ قَطْعُ تِلْكَ
الْأَصَابِعِ ، لِأَنَّ فِي قَطْعِهَا إِضْرَارًا بِالزَّائِدَةِ . وَهَلْ لَهُ قَطْعُ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .
وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُلَصِّقَةً بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ، فَهَلْ لَهُ قَطْعُ الْخُمْسِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ
الزَّائِدَةُ ثَابِتَةً فِي إصْبَعٍ فِي أَثْمَلِيهَا الْعُلْيَا ، لَمْ يَجْزُ قَطْعُهَا . وَإِنْ كَانَتْ نَائِبَةً فِي

(٧) فِي ب ، م ، : : عِلْمٌ .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، : : الإِصْبَعُ .

السُّفْلَى أَوْ الْوُسْطَى ، فَلِه قَطْعُ مَا فَوْقَهَا مِنَ الْأَنْبِلِ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ . وَيَأْخُذُ^(٩) أَرْضَ الْأُتْمَلَةِ الَّتِي تَعْدُرُ قَطْعُهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَيَتَّبِعُ ذَلِكَ خُمْسَ الْكَفِّ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ ذَوِيدَ لَهَا أَظْفَارَ يَدٍ مَنْ لَا أَظْفَارَ لَهُ ، لَمْ يَجُزِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الْكَامِلَةَ لَا تُؤْخَذُ بِالنَّاقِصَةِ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَقْطُوعَةُ ذَاتَ أَظْفَارٍ ، إِلَّا أَنَّهَا خَضْرَاءُ ، أَوْ مُسْتَحْشِفَةٌ ، أَخَذْنَا بِهَا السَّلِيمَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عِلَّةٌ وَمَرَضٌ ، وَالْمَرَضُ لَا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ ، بِدَلِيلِ أَنَّا نَأْخُذُ الصَّحِيحَ بِالسَّقِيمِ .

١٤٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ الْقَاطِعُ أَشْلً ، وَالْمَقْطُوعَةُ سَالِمَةً ، فَشَاءَ الْمَظْلُومُ أَحَدَهَا ، فَذَلِكَ لَهُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا . وَإِنْ شَاءَ عَفَا ، وَأَخَذَ دِيَّةَ يَدِهِ)

أَمَّا إِذَا اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، فَلِه دِيَّةُ يَدِهِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ / لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ عَلَى الْكَامِلِ بِالْقِصَاصِ ، فَكَانَتْ لَهُ الدِّيَّةُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ يَدٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَإِنْ اخْتَارَ الْقِصَاصَ ، سُئِلَ أَهْلُ الْخَبْرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : إِنَّهُ إِذَا قُطِعَ لَمْ تَنْسَدِ الْعُرُوقُ ، وَدَخَلَ الْهَوَاءُ إِلَى الْبَدَنِ فَافْسَدَهُ . سَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ نَفْسٍ بِطَرَفٍ . وَإِنْ أَمِنَ هَذَا ، فَلِه الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِذَوْنِ حَقِّهِ ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ الْمُسْلِمُ بِالْقِصَاصِ مِنَ الدَّمِيِّ ، وَالرَّجُلُ مِنَ الْمَرْأَةِ ، وَالْحُرُّ مِنَ الْعَبْدِ ، وَلَيْسَ لَهُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضٌ ؛ لِأَنَّ الشَّلَاءَ كَالصَّحِيحَةِ فِي الْخِلْقَةِ ، وَإِنَّمَا نَقَصَتْ فِي الصَّفَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَرْضٌ ، كَالصُّورِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : عِنْدِي لَهُ أَرْضٌ مَعَ الْقِصَاصِ . عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ فِي عَيْنِ الْأَعْوَرِ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ الْحَاقَّ هَذَا الْفَرْعَ بِالْأُصُولِ الْمُتَّفَقِ عَلَيْهَا ، أَوْلَى مِنْ الْحَاقِّهِ بِفَرْجٍ مُخْتَلِفٍ فِيهِ ، خَارِجٍ عَنِ الْأُصُولِ ، مُخَالِفٍ لِلْقِيَاسِ .

فصل : وَيُؤْخَذُ الشَّلَاءُ بِالشَّلَاءِ ، إِذَا أَمِنَ فِي الاسْتِيفَاءِ الزِّيَادَةُ . وَقَالَ أَصْحَابُ

(٩) فِي ب : د وَأَخَذَ .

الشافعي ، لا تُؤخذُ بها ، في أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الشَّلَلَ ^(١) عِلَّةٌ ^(٢) ، وَالْعِلْلُ يَخْتَلِفُ تَأْثِيرُهَا فِي الْبَدَنِ ، فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُمَاطَلَةُ بَيْنَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُتَمَاثِلَانِ فِي ذَاتِ الْعُضْوِ وَصِفَتِهِ ، فَجَازَ أَخْذُ أَحَدِهِمَا بِالْأُخْرَى ، كَالصَّحِيحَةِ بِالصَّحِيحَةِ .

فصل : وَتُؤْخَذُ النَّاقِصَةُ بِالنَّاقِصَةِ ، إِذَا تَسَاوَتْ فِيهِ ، بَأَن يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مِنْ يَدِ الْجَانِي كَالْمَقْطُوعِ مِنْ يَدِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَتْ فِي الذَّاتِ وَالصِّفَةِ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا ، فَكَانَ الْمَقْطُوعُ مِنْ يَدِ أَحَدِهِمَا الْإِنْبَاهَ ، وَمِنَ الْأُخْرَى إَصْبَعٌ غَيْرُهَا ، لَمْ يَجْزِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ أَخْذَ إَصْبَعٍ بِغَيْرِهَا . وَإِنْ كَانَتْ يَدُ أَحَدِهِمَا نَاقِصَةً إَصْبَعًا ، وَالْأُخْرَى نَاقِصَةً تِلْكَ الْإَصْبَعِ وَالْأُخْرَى ^(٣) ، جَازَ أَخْذُ النَّاقِصَةِ إَصْبَعَيْنِ بِالنَّاقِصَةِ إَصْبَعًا . وَهَلْ لَهُ أَرَشُ إَصْبَعِهِ الرَّائِدَةِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأُخْرَى بِهَا ؛ لِأَنَّ الْكَامِلَةَ لَا تُؤْخَذُ بِالنَّاقِصَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَخْذُ النَّاقِصَةِ بِالْكَامِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا دُونَ حَقِّهِ . وَهَلْ لَهُ أَخْذُ دِيَّةٍ لِأَصَابِعِ النَّاقِصَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَاخْتِيارُ ابْنِ حَامِدٍ . / وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرَشٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَلُ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ قِصَاصٍ ^(٤) وَدِيَّةٍ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ قَوْلِهِ سَقُوطُ الْقِصَاصِ ، كَقَوْلِهِ فِي مَنْ قَطَعَتْ يَدُهُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي مِنْ مَوْضِعِ الْجِنَايَةِ ، وَيَضَعُ الْحَدِيدَةَ فِي مَوْضِعٍ وَضَعَهَا الْجَانِي ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَوْقَ الْمَوْضِعِ ، أَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، أَوْ أَخْذَ الشَّلَاءِ بِالصَّحِيحَةِ . وَيُفَارِقُ الْقَاطِعُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْقِصَاصُ مِنْ مَوْضِعِ الْجِنَايَةِ . هَكَذَا حَكَاهُ الشَّرِيفُ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ .

٥٣/٩

(١) فِي ب ، م : « الشَّلَاء » .

(٢) فِي م : « عِلِيلَةٌ » .

(٣) فِي م : « فَأُخْرَى » .

(٤) فِي م : « الْقِصَاصُ » .

فصل : وإن كانت يَدُ القاطع والمَجْنِيَّ عليه كَامِلَتَيْنِ ، [و] في يَدِ المَجْنِيَّ عليه إصْبَعٌ زائِدَةٌ ، فعلى قول ابن حامِدٍ ، لا عِبْرَةٌ بِالزَّائِدَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الخُرَاجِ والسَّلْعَةِ . وعلى قول غيره ، له قَطْعُ يَدِ الجَانِي . وهل له حُكُومَةٌ فِي الزَّائِدَةِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وإن قَطَعَ مَنْ لَهُ خَمْسُ أَصَابِعَ أَصْلِيَّةٍ ، كَفَّ مَنْ لَهُ أَرْبَعُ أَصَابِعَ أَصْلِيَّةٍ ، وإصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، أو قَطَعَ مَنْ لَهُ أَرْبَعُ أَصَابِعَ أَصْلِيَّةٍ^(٥) ، وإصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، كَفَّ مَنْ لَهُ خَمْسُ أَصَابِعَ أَصْلِيَّةٍ ، فلا قِصَاصَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى ؛ لِأَنَّ الْأَصْلِيَّةَ لَا تُؤْخَذُ بِالزَّائِدَةِ . وله الْقِصَاصُ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ ، فِي قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَةَ لَا عِبْرَةَ بِهَا . وقال غيره : إن لم تَكُنْ الزَّائِدَةُ فِي مَحَلِّ الْأَصْلِيَّةِ ، فلا قِصَاصَ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الإِصْبَعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ . وإن كانت فِي مَحَلِّ الْأَصْلِيَّةِ ، فقال القاضي : يَجْرِي الْقِصَاصُ . وهو مذهبُ الشَّافِعِيِّ ، ولا شَيْءَ لَهُ لِنَقْصِ الزَّائِدَةِ . وهذا فِيهِ نَظَرٌ ؛ فَإِنَّهَا مَتَى كَانَتْ فِي مَحَلِّ الْأَصْلِيَّةِ ، كَانَتْ أَصْلِيَّةً ، لِأَنَّ الزَّائِدَةَ هِيَ الَّتِي زَادَتْ عَنْ عَدَدِ الْأَصَابِعِ ، أو كَانَتْ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْأَصَابِعِ ، وهذا لَهُ خَمْسُ أَصَابِعَ فِي مَحَلِّهَا ، فَكَانَتْ كُلُّهَا أَصْلِيَّةً . فإن قالوا : معْنَى كَوْنِهَا زَائِدَةً ، أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ مَائِلَةٌ عَنْ سَمْتِ الْأَصَابِعِ . قلنا : ضَعْفُهَا لَا يُوجِبُ كَوْنَهَا زَائِدَةً ، كَذَكَرِ الْعَيْنِيِّ ، وَأَمَّا مَيْلُهَا عَنْ سَمْتِ^(٦) الْأَصَابِعِ ، فَإِنَّهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ نَابِتَةً فِي مَحَلِّ الإِصْبَعِ الْمَغْدُومَةِ ، فَسَدَّ قَوْلُهُمْ إِنَّهَا فِي مَحَلِّهَا ، وَإِنْ كَانَتْ نَابِتَةً فِي مَوْضِعِهَا ، وَإِنَّمَا مَالَ رَأْسُهَا وَاعْوَجَّتْ ، فَهَذَا مَرَضٌ / لَا يُخْرِجُهَا عَنْ كَوْنِهَا أَصْلِيَّةً .

٥٣/٩ ظ

فصل : وإذا قَطَعَ إصْبَعُهُ ، فَأَصَابَهُ مِنْ جُرْحِهَا أَكِلَةٌ فِي يَدِهِ ، وَسَقَطَتْ مِنْ مَفْصِلٍ ، ففيهَا الْقِصَاصُ . وإن بَادَرَهَا صَاحِبُهَا ، فَقَطَعَهَا مِنَ الْكُوعِ ، لِقَوْلِ تَسْرِيٍّ إِلَى سَائِرِ جَسَدِهِ ، ثُمَّ انْدَمَلَ جُرْحُهُ ، فعلى الجَانِي الْقِصَاصُ فِي الإِصْبَعِ ، وَالْحُكُومَةُ فِيمَا تَأْكُلُ مِنَ الْكَفِّ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيمَا قَطَعَهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفٌ بِفِعْلِهِ . وإن لم

(٥) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٦) سقط من : الأصل ، م .

يَنْدَمِلُ ، ومات من ذلك ، فالجاني شريك نفسه ، فيَحْتَمِلُ وُجُوبَ الْقِصَاصِ عليه ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ^(٧) ، إِنَّمَا قَصْدٌ بِهِ الْمَصْلَحَةُ ، فَهُوَ عَمْدُ الْخَطِئِ ، وَشَرِيكَ الْخَاطِئِ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ قَطَعَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ مَوْضِعَ الْأَكِلَةِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ قَطَعَ لَحْمًا مَيِّتًا ، ثُمَّ سَرَتْ الْجَنَائِةُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ سِرَايَةٌ جُرْحِهِ خَاصَّةٌ ، وَإِنْ كَانَ فِي لَحْمٍ حَيٍّ ، فَمَاتَ ، فَالْحَكْمُ فِيهِ كَأَلَوْ قَطَعَهَا خَوْفًا مِنْ سِرَايَتِهَا .

فصل : وَإِذَا قَطَعَ أَثْمَلَةٌ لَهَا طَرَفَانِ ، إِحْدَاهُمَا زَائِدَةٌ وَالْأُخْرَى أَصْلِيَّةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ أَثْمَلَةُ الْقَاطِعِ ذَاتَ طَرَفَيْنِ أَيْضًا ، أُخِذَتْ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ طَرَفَيْنِ . قُطِعَتْ ، وَعَلَيْهِ حُكُومَةُ فِي الزَّائِدَةِ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَقْطُوعَةُ ذَاتَ طَرَفٍ وَاحِدٍ ، وَأَثْمَلَةُ الْقَاطِعِ ذَاتَ طَرَفَيْنِ ، أُخِذَتْ بِهَا ، فِي قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ ؛ لَا قِصَاصَ فِيهَا ، وَلَهُ دِيَّةٌ أَثْمَلَتِهِ . وَإِنْ ذَهَبَ الطَّرْفُ الزَّائِدُ ، فَلَهُ الْاسْتِيفَاءُ . وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَصْبِرُ حَتَّى يَذْهَبَ الزَّائِدُ ثُمَّ أَقْتَصُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ حَقَّهُ ، فَلَا يُجْبَرُ عَلَى تَعْجِيلِ اسْتِيفَائِهِ .

فصل : وَلَوْ قَطَعَ أَثْمَلَةُ رَجُلٍ الْعُلْيَا ، ثُمَّ قَطَعَ أَثْمَلَةَ آخَرِ الْوُسْطَى ، ثُمَّ قَطَعَ السُّفْلَى مِنْ ثَالِثٍ ، فَلِلْأَوَّلِ الْقِصَاصُ مِنَ الْعُلْيَا ، ثُمَّ لِلثَّانِي أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْوُسْطَى ، ثُمَّ لِلثَّالِثِ أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ السُّفْلَى ، سَوَاءً جَاءُوا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَوْ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعُلْيَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ فِي غَيْرِهَا حَالُ الْجِنَايَةِ ، لِتَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ بَعْدَ ذَلِكَ كَأَلَوْ كَانَ غَيْرُ مُكَافِئٍ حَالِ الْجِنَايَةِ ، ثُمَّ صَارَ مُكَافِئًا بَعْدَهُ . وَلَنَا ، أَنْ تَعَدَّرَ الْقِصَاصُ لِاتِّصَالِ مَحَلِّهِ بِغَيْرِهِ لَا يَمْنَعُهُ إِذَا زَالَ الْإِتِّصَالُ ، / كَأَلَوْ جَنَّتِ الْحَامِلُ . وَيَفَارِقُ عَدَمَ التَّكَافُوفِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ لِمَعْنَى فِيهِ ، وَهَهُنَا تَعَدَّرَ لِاتِّصَالِ غَيْرِهِ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ جَاءَ صَاحِبُ الْوُسْطَى أَوِ السُّفْلَى يَطْلُبُ الْقِصَاصَ قَبْلَ صَاحِبِ الْعُلْيَا ، لَمْ يُعْطَ ؛ لِأَنَّ فِي اسْتِيفَائِهِ إِثْلَافَ أَثْمَلَةٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَقِيلَ لَهَا :

٥٤/٩

(٧) سقط من : ب ، م .

إِذَا أَنْ تَصْبِرَ حَتَّى تَعْلَمَ مَا يَكُونُ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ اقْتَصَرَ فَلَكُمَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ عَفَا فَلَا قِصَاصَ لَكُمَا ، وَإِذَا أَنْ تَرْضَى بِالْعَقْلِ . فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُ الْعُلْيَا فَاقْتَصَرَ ، فَلِلثَانِي الْاِقْتِصَاصُ ، وَحَكْمُ الثَّالِثِ مَعَ الثَّانِي كَحَكْمِ الثَّانِي مَعَ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ عَفَا ، فَلَهُمَا الْعَقْلُ ، فَإِنْ قَالَا : نَحْنُ نَصْبِرُ وَنَنْتَظِرُ^(٨) بِالْقِصَاصِ أَنْ تَسْقُطَ الْعُلْيَا بِمَرَضٍ أَوْ نَحْوِهِ ، ثُمَّ نَقْتَصِرُ . لَمْ يُمْتَنَعَا مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَطَعَ صَاحِبُ الْوُسْطَى الْوُسْطَى وَالْعُلْيَا ، فَعَلِيهِ دِيَّةُ الْعُلْيَا ، تُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الْعُلْيَا . وَإِنْ قَطَعَ الْإِصْبَعُ كُلَّهُمَا ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الْأُتْمَلَةِ الثَّالِثَةِ ، وَعَلِيهِ أَرْضُ الْعُلْيَا لِلأَوَّلِ ، وَأَرْضُ السُّفْلَى عَلَى الْجَانِي لِصَاحِبِهَا ، وَإِنْ عَفَا الْجَانِي عَنْ قِصَاصِهَا ، وَجَبَ أَرْضُهَا ، يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ ، لِيَدْفَعَهُ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ أُتْمَلَةُ رَجُلٍ الْعُلْيَا ، ثُمَّ قَطَعَ أُتْمَلَتِي آخَرَ الْعُلْيَا وَالْوُسْطَى مِنْ تِلْكَ الْإِصْبَعِ ، فَلِلأَوَّلِ قَطْعُ الْعُلْيَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، ثُمَّ يَقْطَعُ الثَّانِي الْوُسْطَى ، وَيَأْخُذُ أَرْضَ الْعُلْيَا مِنْهُ . فَإِنْ بَادَرَ الثَّانِي فَقَطَعَ الْأُتْمَلَتَيْنِ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَتَعَذَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ لِلأَوَّلِ ، وَلَهُ الْأَرْضُ عَلَى الْجَانِي . وَإِنْ كَانَ قَطَعَ الْأُتْمَلَتَيْنِ أَوَّلًا ، قَدَّمْنَا صَاحِبَهُمَا^(٩) فِي الْقِصَاصِ ،^(١٠) وَوَجَبَ لِصَاحِبِ الْعُلْيَا أَرْضُهَا^(١١) . وَإِنْ بَادَرَ صَاحِبُهُمَا فَقَطَعَهَا ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَتَقَطَعَ الْوُسْطَى لِلأَوَّلِ ، وَيَأْخُذُ الْأَرْضَ لِلْعُلْيَا . وَلَوْ قَطَعَ أُتْمَلَةُ رَجُلٍ الْعُلْيَا ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ عُلْيَا ، فَاسْتَوْفَى الْجَانِي مِنَ الْوُسْطَى ، فَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، تَقَاصًا وَتَسَاقُطًا ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْجَانِي الْقِصَاصَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَدْفَعُ أَرْضَ الْعُلْيَا . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَاسْمُ الْأُتْمَلَةِ يَشْمَلُهُمَا^(١٢) ، فَتَسَاقَطَا ، كَقَوْلِهِ فِي إِحْدَى الْيَدَيْنِ بَدَلًا عَنْ الْأُخْرَى .

(٨) فِي ب ، م : « وَنَنْظُرُ » .

(٩) فِي م نِيَادَةً : « قَطَعْنَاهَا » .

(١٠-١١) فِي م : « لِلأَوَّلِ وَلَهُ الْأَرْضُ عَلَى الْجَانِي » .

(١٢) فِي م : « يَشْمَلُهَا » .

١٤٥٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُتِلَ وَلَهُ وَلِيَّانِ ، بَالِغٌ ، وَطِفْلٌ أَوْ غَائِبٌ ، لَمْ يُقْتَلْ حَتَّى / يَقْدَمَ الْغَائِبُ وَيُلْغَ الطِّفْلُ)

ظ ٥٤/٩

وجملته أن ورثة القَتِيل إذا كانوا أكثر من واحد ، لم يَجُزْ لبعضهم استيفاء القَوْدِ إِلَّا بِإِذْنِ الْبَاقِيْنَ ، فإن كان بعضهم غَائِبًا ، انْتِظَرِ قُدُومُهُ ، ولم يَجُزْ لِلْحَاضِرِ الْاِسْتِيفَالُ بِالْاِسْتِيفَاءِ ، بغير خلافِ عِلْمِنَاهُ ، وإن كان بعضهم صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، فظَاهِرُ مَذْهَبِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، أَنَّهُ لَيْسَ لِغَيْرِهِمَا الْاِسْتِيفَاءُ حَتَّى يُلْغَ الصَّغِيرُ وَيُفِيقَ الْمَجْنُونُ . وبهذا قال ابنُ شُبْرَمَةَ ، وابنُ أَبِي لَيْلَى ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَإِسْحَاقُ ، وَيُرْوَى ذَلِكَ ^(١) عَنْ عَمْرِو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وعن أَحْمَدَ ، رَوَاةٌ أُخْرَى : لِلْكِبَارِ الْعُقُلَاءِ اِسْتِيفَاؤُهُ . وبه قال حَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَاللَّيْثُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْحَسَنَ بْنَ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَتَلَ ابْنَ مُلْجِمٍ قِصَاصًا ، وَفِي الْوَرْتَةِ صِغَارٌ ، فَلَمْ يَنْكُرْ ذَلِكَ ^(٢) ، وَلِأَنَّ وِلَايَةَ الْقِصَاصِ هِيَ اِسْتِحْقَاقُ اِسْتِيفَائِهِ ، وَلَيْسَ لِلصَّغِيرِ هَذِهِ الْوِلَايَةُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قِصَاصٌ غَيْرُ مُتَحَتِّمٍ ، ثَبَّتَ لِمَا عِدَّةٌ مُعَيَّنِينَ ، فَلَمْ يَجُزْ لِأَحَدِهِمْ اِسْتِيفَاؤُهُ اِسْتِيفَالًا ، كَمَا لَوْ كَانَ بَيْنَ حَاضِرٍ وَغَائِبٍ ، أَوْ أَحَدٌ بَدَلَى النَّفْسِ ، فَلَمْ يَنْفَرِدْ بِهِ بَعْضُهُمْ كَالدِّيَّةِ ، وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّ لِلصَّغِيرِ وَالْمَجْنُونِ فِيهِ حَقًّا أَرْبَعَةَ أُمُورَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّهُ لَوْ كَانَ مُنْفَرِدًا لَأَسْتَحَقَّهُ ، وَلَوْ نَافَاهُ الصَّغَرُ مَعَ غَيْرِهِ لَنَافَاهُ مُنْفَرِدًا ، كَوِلَايَةِ النِّكَاحِ . وَالثَّانِي ، أَنَّهُ لَوْ بَلَغَ لَأَسْتَحَقَّ ^(٣) ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا عِنْدَ الْمَوْتِ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا بَعْدَهُ ، كَالرَّقِيقِ إِذَا عَتَقَ بَعْدَ مَوْتِ أَبِيهِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّهُ لَوْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الْمَالِ ، لَأَسْتَحَقَّ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُسْتَحَقًّا لِلْقِصَاصِ لَمَّا اِسْتَحَقَّ بَدَلَهُ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . وَالرَّابِعُ ، أَنَّهُ لَوْ مَاتَ الصَّغِيرُ لَأَسْتَحَقَّهُ وَرَثَتُهُ ، وَلَوْ لَمْ يَكُنْ حَقًّا لِمَوْتِهِ ، كِبَسَائِرِ مَا لَمْ يَسْتَحَقَّهُ ، فَأَمَّا ابْنُ مُلْجِمٍ ، فَقَدْ قِيلَ :

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من زعم أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٥٨/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يقتل وله ولد صغار ، من كتاب الديات . المصنف ٣٦٨/٩ .

(٣) في الأصل ، ب : لا يستحق .

إِنَّهُ قَتَلَهُ لِكُفْرِهِ^(٤) ، ولأنَّه^(٥) قَتَلَ عَلِيًّا مُسْتَحِلًّا لِدَمِهِ ، مُعْتَقِدًا كُفْرَهُ ، مُتَقَرِّبًا بِذَلِكَ إِلَى اللَّهِ تعالى . وقيل : قَتَلَهُ لِسَعْيِهِ فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ ، وإظهارِ السَّلَاحِ ، فيكونُ كَقَاطِيعِ الطَّرِيقِ إِذَا قَتَلَ . وَقَتْلُهُ مُتَحْتَمٌّ ، وهو إِلَى الْإِمَامِ ، وَالْحَسَنُ هُوَ الْإِمَامُ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَنْتَظِرِ الْغَائِبِينَ مِنَ الْوَرَثَةِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَنَا / فِي وُجُوبِ انْتِظَارِهِمْ ، وَإِنْ قُدِّرَ أَنَّهُ قَتَلَهُ قِصَاصًا ، فَقَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى خِلَافِهِ ، فَكَيْفَ يَحْتَجُّ بِهِ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْوَارِثُ وَاحِدًا صَغِيرًا ، كَصَبِيٍّ قُتِلَتْ أُمُّهُ ، وَلَيْسَتْ زَوْجَةً لِأَبِيهِ ، فَالْقِصَاصُ لَهُ ، وَلَيْسَ لِأَبِيهِ وَلَا غَيْرِهِ^(٦) اسْتِيفَاؤُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ . وَكَذَلِكَ الْحَكْمُ فِي الْوَصِيِّ وَالْحَاكِمِ ، فِي الطَّرْفِ دُونَ النَّفْسِ . وَذَكَرَ أَبُو الْخَطَّابِ فِي مَوْضِعٍ فِي الْأَبِ رِوَايَتَيْنِ ، وَفِي مَوْضِعٍ وَجْهَيْنِ ، أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِهِمَا^(٧) ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ أَحَدُ بَدَلَيِ النَّفْسِ ، فَكَانَ لِلْأَبِ اسْتِيفَاؤُهُ ، كَالدِّيَّةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ بِزَوْجَتِهِ ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ ، كَالْوَصِيِّ ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ التَّشْفِيَّ وَدَرْكَ الْغَيْظِ ، وَلَا يَحْصُلُ^(٨) ذَلِكَ بِاسْتِيفَاءِ الْوَلِيِّ . وَيُخَالِفُ الدِّيَّةَ ، فَإِنَّ الْعَرَضَ يَحْصُلُ بِاسْتِيفَاءِ الْأَبِ لَهُ ، فَافْتَرَقَا ، وَلِأَنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهَا إِذَا تَعَيَّنَتْ ، وَالْقِصَاصُ لَا يَتَعَيَّنُ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَّةِ ، وَالصُّلْحُ عَلَى مَا لِيَ أَكْثَرِ مِنْهَا وَأَقْلَ ، وَالدِّيَّةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ .

فصل : وَكُلُّ مَوْضِعٍ وَجَبَ تَأْخِيرُ الاسْتِيفَاءِ ، فَإِنَّ الْقَاتِلَ يُحْبَسُ حَتَّى يَبْلُغَ الصَّبِيَّ ، وَيُعْقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَيَقْدَمَ الْغَائِبُ ، وَقَدْ حَبَسَ مُعَاوِيَةُ هُذَيْبَةَ بِنَ حَشْرَمٍ فِي قِصَاصِ حَتَّى بَلَغَ ابْنُ الْقَتِيلِ ، فِي عَصْرِ الصَّحَابَةِ ، فَلَمْ يَنْكُرْ ذَلِكَ ، وَبَذَلَ الْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ وَسَعِيدُ بْنُ

(٤) فِي م : « بَكَفْرِهِ » .

(٥) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : م .

(٦) فِي ب : « لَغَيْرِهِ » .

(٧) فِي م : « كَقَوْلِنَا » .

(٨) فِي ب : « يَحْتَمِلُ » .

العاصي لابن القتيل سبع ديات ، فلم يقبلها^(٩) . فإن قيل : فلم لا يخلى سبيله كالمُعسر بالدين ؟ قلنا : لأن في تخليته تضييعاً للحق ، فإنه لا يؤمن هربه ، والفرق بينه وبين المُعسر من وجوه ؛ أحدها ، أن قضاء الدين لا يجب مع الإعسار ، فلا يُحبس بما لا يجب ، والقصاص ههنا واجب ، وإنما تعذر المستوفي . الثاني ، أن المُعسر إذا حبسناه تعذر^(١٠) الكسب لقضاء الدين ، فلا يفيد ، بل يضر من الجانبين ، وههنا الحق نفسه يفوت بالتخلي لا بالحبس . الثالث ، أنه قد استحق قتله ، وفيه تفويت نفسه ونفعه ، فإذا تعذر تفويت نفسه ، جاز تفويت نفعه لإمكانه . فإن قيل : فلم يُحبس من أجل الغائب ، وليس للحاكم عليه ولاية إذا كان مُكلفاً رشيذاً ، ولذلك لو وجد بعض ماله معصوباً لم يملك انتزاعه ؟ قلنا : لأن في القصاص حقاً للميت ، وللحاكم عليه ولاية ، ولهذا تنفذ وصاياه من الدية ، وتقتضى ديونه منها ، فنظيره أن يجد الحاكم من تركه الميت في يد إنسان شيئاً غصباً ، والوارث غائب ، فإنه يأخذه . ولو كان القصاص^(١١) «لحي في^(١) طرفه ، لم يتعرض لمن هو عليه . فإن أقام القاتل كفيلًا بنفسه ليخلى سبيله ، لم يجز ؛ لأن الكفالة لا تصبح في القصاص ، فإن فائدتها استيفاء الحق من الكفيل إن تعذر إحضار المكفول به ، ولا يمكن استيفاؤه من غير القاتل ، فلم تصبح الكفالة به كالحد ، ولأن فيه تغريباً بحق المولى عليه ، فإنه ربما خلى سبيله فهرب ، فضاع الحق .

٥٥/٩ ظ

فصل : فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن الباقيين ، لم يجب عليه قصاص . وبهذا قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولي الشافعي ، والقول الأخير ، عليه القصاص ؛ لأنه ممنوع من قتله ، وبعضه غير مُستحق له ، وقد يجب القصاص بإثلاف بعض النفس ، بدليل ماله اشترك الجماعة في قتل واحد . ولنا ، أنه مُشارك في استحقاق القتل ، فلم يجب عليه

(٩) انظر : الكامل ، للمبرد ٨٤/٤ ، ٨٥ .

(١٠) في ب : لتعذر .

(١١-١٠) في الأصل ، م : في لحي .

القصاصُ ، كما لو كان مُشاركًا في مِلْك الجارية ووطئها ، ولأنَّه محلَّ يَمْلِكُ بعضه ، فلم تجب العقوبة المُقدَّرة باستيفائه كالأصل . ويُفارق إذا قَتَلَ الجماعة واحدًا ، فإنَّ لا تُوجبُ القصاصُ بِقَتْلِ بعضِ النَّفسِ ، وإنَّما تُجعلُ كُلَّ واحدٍ منهم قاتِلًا لجميعها ، وإن سلَّمنا وجوبه عليه لِقَتْلِهِ بعضِ النَّفسِ ، فمن شرطه ^(١٢) المُشاركة لِمَن فَعَلَهُ ، كَفَعْلِهِ في العَمْدِ والعُدْوَانِ ، ولا يَتَحَقَّقُ ذلك ^(١٣) ههنا . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ للوَلِيِّ الذي لم يَقْتُل قِسْطَه من الدِّية ؛ لأنَّ حَقَّه من القصاصِ سَقَطَ بغيرِ اختيارِهِ ، فأشْبَهَ ما لو مات القاتِلُ أو عَفَا بعضُ الأُولِياءِ . وهل يَجِبُ ذلك على قاتِلِ الجاني ، أو في تَرِكَةِ الجاني ؟ فيه وَجْهان . وللشافعي قولان ؛ أحدهما ، يَرْجِعُ على قاتِلِ الجاني ؛ لأنَّه أَتْلَفَ محلَّ حَقِّه ، فكان الرَّجوعُ عليه بِعَوَضِ نَصِيْبِهِ ، كما لو كانت له وَدِيعَةٌ فَأَتْلَفَهَا . / والثاني ، يَرْجِعُ في تَرِكَةِ الجاني ، كما لو أَتْلَفَهُ أَجْنَبِيٌّ ، أو عَفَا شَرِيكُهُ عن القصاصِ . وقولنا : أَتْلَفَ محلَّ حَقِّه ، يَبْطُلُ بما إذا أَتْلَفَ مُسْتَأْجِرَهُ أو غَرِيْمَهُ أو امرأته ، أو كان المُتْلَفُ أَجْنَبِيًّا ، ويُفَارِقُ الوَدِيعَةَ ، فإنَّها مَمْلُوكَةٌ لهما ، فَوَجَبَ عَوَضُ مِلْكِهِ ، أمَّا الجاني فليس بِمَمْلُوكٍ لِلْمَجْنِيِّ عليه ، وإنَّما له عليه حَقٌّ ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَ غَرِيْمَهُ . فعلى هذا ، يَرْجِعُ وَرَثَةُ الجاني على قاتِلِهِ بِدِيَةِ مُورَثِهِمْ ^(١٤) إِلَّا قَدَّرَ حَقَّه منها . فعلى هذا ، لو كان الجاني أَقْلَ دِيَّةٍ من قاتِلِهِ ، مثل امرأةٍ قَتَلَتْ رَجُلًا له ابْنان ، فَقَتَلَهَا أَحَدُهُما بِغَيْرِ إِذْنِ الْآخَرِ ، فَلَا خَيْرَ نَصْفٍ دِيَّةٍ أَبِيهِ في تَرِكَةِ المرأةِ التي قَتَلَتْهُ ، وَيَرْجِعُ وَرَثَتُهَا بِنَصْفِ دِيَّتِهَا على قاتِلِهَا ، وهو رُبْعُ دِيَةِ الرَّجُلِ . وعلى الوجهِ الأوَّلِ ، يَرْجِعُ الابْنُ الذي لم يَقْتُلْ على أَخِيهِ بِنَصْفِ دِيَةِ المرأةِ ؛ لأنَّه لم يُقَوِّثْ على أَخِيهِ إِلَّا نَصْفَ المرأةِ ، ولا يُمكنُ أن يَرْجِعَ على وَرَثَةِ المرأةِ بشيءٍ ؛ لأنَّ أخاه الذي قَتَلَهَا أَتْلَفَ جميعَ الحَقِّ . وهذا يَدُلُّ على ضَعْفِ هذا الوجهِ . ومن فوائده أيضًا ، صِحَّةُ إِبْرَاءِ مَنْ حَكَمْنَا بِالرَّجوعِ عليه ، وَمِلْكُ مُطالِبَتِهِ ، فإن قلنا : يَرْجِعُ على وَرَثَةِ الجاني .

(١٢) في ب : شرط .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في ب : موروثه .

صَحَّ إِبْرَاهِيمَ ، وَمَلَكَوا الرِّجُوعَ عَلَى قَاتِلِ مَوْرُوئِهِمْ يَقْسِطُ أَخِيهِ الْعَافِي . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى ^(١٥) شَرِيكِهِ . مَلَكَ مُطَالَبَتَهُ ، وَصَحَّ إِبْرَاهِيمُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَوَرْتَةِ الْجَانِي مُطَالَبَتُهُ بِشَيْءٍ . وَمِنْهَا أَنَا ، إِذَا قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى ^(١٥) تَرْكَةِ الْجَانِي . وَلَهُ تَرْكَةٌ ، فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْهَا ، سِوَاءَ أَمَكْنِ وَرَثَتِهِ أَنْ يَسْتَوْفُوا مِنَ الشَّرِيكِ ، أَوْ لَمْ يُمَكِّنْهُمْ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالَبَةٌ وَرَثَةِ الْجَانِي ، سِوَاءَ كَانَ شَرِيكُهُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا .

١٤٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ عَفَا مِنْ وَرَثَةِ الْمُقْتُولِ عَنِ الْقِصَاصِ ، لَمْ يَكُنْ إِلَى الْقِصَاصِ سَبِيلٌ ، وَإِنْ كَانَ الْعَافِي زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِجَازَةِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، وَأَنَّهُ أَفْضَلُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ ^(١) الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى فِي سِيَاقِ قَوْلِهِ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ - ﴿ فَمَنْ عَفَى لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ الْنَفْسَ بِالْنَفْسِ ﴾ . / إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ ^(٣) . قِيلَ فِي تَفْسِيرِهِ : فَهُوَ كَفَّارَةٌ لِلْجَانِي ، بِعَفْوِ صَاحِبِ الْحَقِّ عَنْهُ . وَقِيلَ : فَهُوَ كَفَّارَةٌ لِلْعَافِي بِصَدَقَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَإِنَّ أَسْنَ بْنَ مَالِكٍ ، قَالَ : مَا زِلْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَفَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ فِيهِ قِصَاصٌ ، إِلَّا أَمَرَ فِيهِ بِالْعَفْوِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَفِي حَدِيثِهِ فِي قِصَّةِ الرُّبَيْعِ بِنْتِ النَّضْرِ ، حِينَ كَسَرَتْ سِنَّ

٥٦/٩ ظ

(١٥-١٥) سقط من : م . نقل نظر .

(١) سقط من : ب .

(٢) سورة البقرة ١٧٨ .

(٣) سورة المائدة ٤٥ .

(٤) في : باب الإمام يأمر بالعفو في الدم ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٧٨/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الأمر بالعفو عن القصاص ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب العفو في القصاص ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٨٩٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٣/٣ ،

جارية ، فأمر النبي ﷺ بالقصاص ، فعفا القوم^(٥) . إذا ثبت هذا ، فالقصاص حَقٌّ لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأشباب ، والرجال والنساء ، والصغار والكبار ، فمن عفا منهم صحَّ عفوهُ ، وسقط القصاص ، ولم يبق لأحد إليه سبيل . هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم ؛ عطاء ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبو حنيفة ، والشافعي . وروى معنى ذلك عن عمر ، وطاوس ، والشَّعبي . وقال الحسن ، وقتادة ، والزهرى ، وابن شبرمة ، والليث ، والأوزاعي : ليس للنساء عفو . والمشهور عن مالك ، أنه موزوئ للعضبات خاصة . وهو وجه لأصحاب الشافعي ؛ لأنه ثبت لدفع العار ، فاخصَّ به العضبات . كولاية النكاح . ولهم وجه ثالث ، أنه لذوى الأنساب ذون الزوجين ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ بَيْنَ أَنْ يَقْتُلُوا ، أَوْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ »^(٦) . وأهله ذوو رَحِمِهِ . وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء . وقيل : هو رواية عن مالك ؛ لأنَّ حقَّ غير العافي لا يرضى بإسقاطه ، وقد تُؤخذ النفس ببعض النفس ، بدليل قتل الجماعة بالواحد . ولنا ، عموم قوله عليه السلام : « فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ » . وهذا عامٌّ في جميع أهله ، والمرأة من أهله ، بدليل قول النبي ﷺ : « مَنْ يَعْذِرُنِي مِنْ رَجُلٍ بَلَّغَنِي^(٧) أَذَاهُ فِي أَهْلِي ، وَمَا عَلِمْتُ عَلَى أَهْلِي إِلَّا خَيْرًا ، وَلَقَدْ ذَكَرُوا رَجُلًا مَا عَلِمْتُ عَلَيْهِ إِلَّا خَيْرًا ، وَمَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَى أَهْلِي إِلَّا مَعِي » . يُريدُ عائشة . وقال له أسامة : يا رسول الله ، أَهْلَكَ وَلَا نَعْلَمُ إِلَّا خَيْرًا^(٨) . وروى زيد بن وهب ، أن عمر أتى برجل قتل قتيلاً ، فجاء

(٥) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥٣١ .

(٦) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥١٦ .

(٧) في م : « يبلغي » .

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب إذا عدل رجل أحدا ... ، وباب تعديل النساء بعضهن بعضا ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب حديث الإفك ، من كتاب المغازي ، وفي : باب قوله : ﴿ وَلَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٢١٩/٣ ، ٢٢٠ ، ٢٢٩ ، ١٥١/٥ ، ١٣٠/٦ . ومسلم ، في : باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١٣٣/٤ ، ٢١٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٩٦/٦ .

وَرَثَةُ الْمَقْتُولِ لِيَقْتُلُوهُ ، فَقَالَتِ امْرَأَةُ الْمَقْتُولِ ، وَهِيَ أُنْحْتُ الْقَاتِلَ : قَدْ عَفَوْتُ عَنْ حَقِّي . فَقَالَ عَمْرٌ : اللَّهُ أَكْبَرُ ، / عَتَقَ الْقَتِيلُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ^(٩) . وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ زَيْدٍ ، قَالَ : دَخَلَ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَتِهِ ، فَوَجَدَ عِنْدَهَا رَجُلًا ، فَقَتَلَهَا ، فَاسْتَعْدَى إِخْوَتُهَا عَمْرٌ ، فَقَالَ بَعْضُ إِخْوَتِهَا : قَدْ تَصَدَّقْتُ . فَقَضَى لِسَائِرِهِمْ بِالْذِّيَّةِ^(١٠) . وَرَوَى قَتَادَةُ ، أَنَّ عَمْرُ رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ قَتَلَ رَجُلًا ، فَجَاءَ أَوْلَادُ الْمَقْتُولِ ، وَقَدْ عَفَا بَعْضُهُمْ ، فَقَالَ عَمْرُ لِابْنِ مَسْعُودٍ : مَا تَقُولُ ؟ قَالَ : إِنَّهُ قَدْ أُخْرِزَ مِنَ الْقَتْلِ . فَضَرَبَ عَلَى كَتِفِهِ ، وَقَالَ : كُنَيْفٌ^(١١) مُلِئٌ عِلْمًا . وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّ الْقِصَاصَ لِكُلِّهِمُ الْوَرِثَةُ ، مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَسْأَلَةِ الْقِصَاصِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَلَأنَّ مِنْ وَرِثِ الذِّيَّةِ وَرِثَ الْقِصَاصِ ، كَالْعَصَبَةِ ، فَإِذَا عَفَا بَعْضُهُمْ ، صَحَّ عَفْوُهُ ، كَعَفْوِهِ عَنْ سَائِرِ حُقُوقِهِ ، وَزَوَالُ الزَّوْجِيَّةِ لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ ، كَمَا لَمْ يَمْنَعِ اسْتِحْقَاقَ الذِّيَّةِ ، وَسَائِرِ حُقُوقِهِ الْمَمْلُوكَةِ . وَمَتَى ثَبَتَ أَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ جَمِيعِهِمْ ، سَقَطَ بِإِسْقَاطِ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْقَاطِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مِنْهُ لَهُ ، فَيَنْفُذُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، فَإِذَا سَقَطَ سَقَطَ جَمِيعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَتَبَعَضُ ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ ، وَلَأنَّ الْقِصَاصَ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ لَا يَتَبَعَضُ ، مَبْنَاهُ عَلَى الدَّرَجَةِ وَالْإِسْقَاطِ ، فَإِذَا أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ ، سَرَى إِلَى الْبَاقِي كَالْعَتَقِ ، وَالْمَرْأَةُ أَحَدُ الْمُسْتَحَقِّينَ ، فَسَقَطَ بِإِسْقَاطِهَا كَالرَّجُلِ . وَمَتَى عَفَا أَحَدُهُمْ ، فَلِلْبَاقِينَ حَقُّهُمْ مِنَ الذِّيَّةِ سِوَاءَ عَفَا مُطْلَقًا أَوْ إِلَى الذِّيَّةِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا أَعْلَمُ لِهَذَا مُخَالَفًا مِمَّنْ قَالَ بِسُقُوطِ الْقِصَاصِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّهُ مِنَ الْقِصَاصِ سَقَطَ بِغَيْرِ رِضَاهُ ، فَثَبَتَ لَهُ الْبَدَلُ ، كَمَا لَوَرِثَ الْقَاتِلُ بَعْضَ دِمِهِ أَوْ مَاتَ ، وَلِمَا ذَكَرْنَا مِنْ خَبَرِ عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٩) لَيْسَ فِي سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ، وَانْظُرِ الْإِرْوَاءَ ٢٧٩/٧ .

(١٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ عَفْوِ بَعْضِ الْأَوْلِيَاءِ عَنِ الْقِصَاصِ دُونَ بَعْضٍ ، مِنْ كِتَابِ الْجَنَائِزِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى .

٥٩/٨ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الْعَفْوِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمُصَنَّفُ ١٣/١٠ .

(١١) كُنَيْفٌ : تَصْغِيرُ الْكُتْفِ ، وَهُوَ عَوَاءُ الْأَدَاةِ الَّتِي يَعْمَلُ بِهَا . انْظُرْ غَرِيبَ الْحَدِيثِ ١٦٩/١ . وَأَخْرَجَهُ عَبْدُ

الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الْعَفْوِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمُصَنَّفُ ١٣/١٠ . وَذَكَرَهُ أَبُو عِيْدٍ فِي : غَرِيبِ الْحَدِيثِ . الْمَوْضِعِ

السَّابِقِ .

فصل : فإن قَتَلَهُ الشَّرِيكُ الَّذِي لَمْ يَغْفُ عَالِمًا بِغَفْوِ شَرِيكِهِ ، وَسُقُوطِ الْقِصَاصِ ^(١٢)

به ، فعليه الْقِصَاصُ ، سواءَ حَكَمَ به الحاكمُ أو لم يَحْكَمْ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو ثور . وهو الظاهرُ من مذهب الشافعي . وقيل : له قول آخر ، لا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لأنَّ له فيه شُبْهَةٌ ، لَوْ قُوعِ الْخِلَافِ فِيهِ ^(١٣) . ولنا ، أَنَّهُ قَتَلَ مَعْصُومًا مُكَافَأًا لَهُ عَمْدًا ، يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا حَقَّ لَهُ فِيهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ حَكَمَ بِالْعَفْوِ حَاكِمٌ ، وَالْاِخْتِلَافُ لَا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ ، فَإِنَّهُ / لَوْ قَتَلَ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، قَتَلْنَاهُ بِهِ ، مَعَ الْاِخْتِلَافِ فِي قَتْلِهِ . وَأَمَّا إِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَفْوِ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعي في أَحَدِ قَوْلَيْهِ : عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ عَمْدًا عُدُوًّا لِمَنْ لَا حَقَّ لَهُ فِي قَتْلِهِ . ولنا ، أَنَّهُ قَتَلَهُ مُعْتَقِدًا ثُبُوتَ حَقِّهِ فِيهِ ، مَعَ أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قِصَاصٌ ، كَالْوَكِيلِ إِذَا قَتَلَ بَعْدَ عَفْوِ الْمُوَكَّلِ قَبْلَ عِلْمِهِ بِغَفْوِهِ . وَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْحَاكِمُ قَدْ حَكَمَ بِالْعَفْوِ أَوْ لَمْ يَحْكَمْ بِهِ ؛ لِأَنَّ الشُّبْهَةَ مُوجُودَةً مَعَ انْتِفَاءِ الْعِلْمِ مَعْدُومَةً عِنْدَ وُجُودِهِ . وقال الشافعي : متى قَتَلَهُ بَعْدَ حُكْمِ الْحَاكِمِ ، لَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، عِلْمٌ بِالْعَفْوِ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ . وقد بَيَّنَّا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا . ومتى حَكَمْنَا عَلَيْهِ بِوُجُوبِ الدِّيَةِ ؛ إِمَّا لِكَوْنِهِ مَعْدُورًا ، وَإِمَّا لِلْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ يَسْقِطُ عَنْهُ مِنْهَا مَا قَابَلَ حَقَّهُ عَلَى الْقَاتِلِ قِصَاصًا ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْبَاقِي ، فَإِنْ كَانَ الْوَلِيُّ عَفَا إِلَى غَيْرِ مَا لِي ، فَالْوَاجِبُ لَوَرِثَةِ الْقَاتِلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ كَانَ عَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، فَالْوَاجِبُ لَوَرِثَةِ الْقَاتِلِ ، وَعَلَيْهِمْ نَصِيبُ الْعَافِي مِنَ الدِّيَةِ . وقيل فيه : إِنَّ حَقَّ الْعَافِي ، مِنَ الدِّيَةِ عَلَى الْقَاتِلِ . وَلَا ^(١٤) يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِهِ ، وَإِنَّمَا الدِّيَةُ وَاجِبَةٌ فِي ذِمَّتِهِ ، فَلَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى الْقَاتِلِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ غَرِيمَهُ .

فصل : فإن كان القاتل هو العافي ، فعليه الْقِصَاصُ ، سواءَ عَفَا مُطْلَقًا أَوْ إِلَى مَا لِي . وبهذا قال عِكْرِمَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُثَنِّيرِ . وَرُويَ عَنِ الْحَسَنِ :

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقطت الواو من : م .

تُوْخِذُ مِنْهُ الدِّيَّةُ ، وَلَا يُقْتَلُ . وقال عمرُ بن عبد العزيز : الحُكْمُ فِيهِ إِلَى السُّلْطَانِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَى بِعَدَاكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ ^(١٥) . قال ابن عباس ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَقَتَادَةُ فِي تَفْسِيرِهَا : أَيْ بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّيَّةَ . وعن الحسن ، عن جابر ابن عبد الله ، قال : قال رسولُ الله ﷺ : « لَا أُعْفَى مَنْ قَتَلَ بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّيَّةَ » ^(١٦) ، وَلَئِنَّهُ قَتَلَ مَعْصُومًا مُكَافَأًا ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ قَتَلَ .

فصل : وَإِذَا عَفَا عَنْ الْقَاتِلِ مُطْلَقًا ، صَحَّ ، وَلَمْ تُلْزَمْهُ عُقُوبَةٌ . وبهذا قال الشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر ، وأبو ثور . وقال مالك ، والليث ، والأوزاعي : يُضْرَبُ ، وَيُجَسَّسُ سَنَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ عَلَيْهِ / حَقٌّ وَاحِدٌ ، وَقَدْ أَسْقَطَهُ مُسْتَحِقُّهُ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ آخَرُ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الدِّيَّةَ عَنِ الْقَاتِلِ خَطَأً .

٥٨/٩ و

فصل : وَإِذَا وَكَّلَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ ، صَحَّ تَوْكِيلُهُ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . فَإِنْ وَكَّلَهُ ، ثُمَّ غَابَ ، وَعَفَا عَنِ الْقِصَاصِ ، وَاسْتَوْفَى الْوَكِيلُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ عَفْوُهُ بَعْدَ الْقَتْلِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ اسْتَوْفِيَ ، وَإِنْ كَانَ قَتْلُهُ وَقَدْ عَلِمَ الْوَكِيلُ بِهِ ، فَقَدْ قَتَلَهُ ظُلْمًا ، فَعَلَيْهِ الْقَوْدُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً . وَإِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِعَفْوِ الْمُوَكَّلِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنْهُ ، فَإِنَّ الْعَفْوَ حَصَلَ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ الْوَكِيلَ اسْتِدْرَاكُهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانٌ ، كَمَا لَوْ عَفَا بَعْدَ مَا رَمَاهُ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ الضَّمَانُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَفْوَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ حُصُولِهِ فِي حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ اسْتِدْرَاكُ الْفِعْلِ ، فَوَقَعَ الْقَتْلُ مُسْتَحَقًّا لَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ^(١٧) ضَمَانٌ ، وَلِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ ، فَلَا يَقْتَضِي وَجُوبَ الضَّمَانِ . وَالثَّانِي ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَعْفُوفِ عَنْهُ حَصَلَ بِأَمْرِهِ وَتَسْلِيطِهِ ، عَلَى وَجْهِ لَا ذَنْبَ لِلْمُبَاشِرِ فِيهِ ،

(١٥) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٦) أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل بعد أخذ الدية ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٦٣ .

(١٧) في الأصل : « يلزم » .

فكان الضَّمانُ على الآمِرِ ، كما لو أَمَرَ عَبْدَهُ الْأَعْجَمِيَّ بِقَتْلِ مَعْصُومٍ . وقال غيرُ أُنَى بِكْرِ :
 في صِحَّةِ الْعَفْوِ وَجْهَانِ ؛ بِنَاءٌ عَلَى الرَّوَابِيتَيْنِ فِي الْوَكِيلِ ، هَلْ يَنْعَزِلُ بِعَزْلِ الْمُوَكَّلِ أَوْ لَا ؟
 وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالْوَجْهَيْنِ . فَإِنْ قُلْنَا : لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ . فَلَا ضَمَانَ عَلَى أَحَدٍ ؛ لِأَنَّهُ
 قَتَلَ مَنْ يَجِبُ قَتْلُهُ بِأَمْرِ مُسْتَحِقِّهِ ^(١٨) . وَإِنْ قُلْنَا : يَصِحُّ الْعَفْوُ . فَلَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّ
 الْوَكِيلَ قَتَلَ مَنْ يَتَعَقَّدُ إِبَاحَةَ قَتْلِهِ بِسَبَبٍ هُوَ مَعْدُورٌ فِيهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَ فِي دَارِ الْحَرْبِ
 مَنْ يَتَعَقَّدُهُ حَرْبِيًّا . وَتَجِبُ الدِّيَةُ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ عَلِمَ لَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، فَإِذَا لَمْ
 يَعْلَمْ تَعَلَّقَ بِهِ الضَّمانُ ، كما لو قَتَلَ مُرْتَدًّا قَدْ أَسْلَمَ قَبْلَ عَلَيْهِ بِإِسْلَامِهِ ، وَبَرَّجَعَ بِهَا عَلَى
 الْمُوَكَّلِ ؛ لِأَنَّهُ غَرَّهُ بِتَسْلِيطِهِ عَلَى الْقَتْلِ وَتَفْرِيطِهِ ^(١٩) فِي تَرْكِ إِعْلَامِهِ بِالْعَفْوِ ، فَبَرَّجَعَ
 عَلَيْهِ ، كَالْعَارِّ فِي النِّكَاحِ بِحُرِّيَّةِ أُمَةٍ ، أَوْ تَزْوُجَ مَعِيَّةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَرْجَعَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ
 الْعَفْوَ إِحْسَانًا مِنْهُ ، فَلَا يَقْتَضِي الرُّجُوعَ عَلَيْهِ . فَعَلَى هَذَا ، تَكُونُ الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَةٍ
 الْوَكِيلِ . وَهَذَا / اخْتِيَارُ أُنَى الْخَطَّابِ ؛ لِأَنَّ هَذَا جَرَى مَجْرَى الْخَطِإِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَ
 فِي دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا يَتَعَقَّدُهُ حَرْبِيًّا . وَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ فِي مَالِ الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ عَنْ عَمْدٍ
 مَحْضٍ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ عَمْدًا مَحْضًا لَأَوْجَبَ الْقِصَاصَ ، وَلِأَنَّهُ يُشْتَرِطُ فِي
 الْعَمْدِ الْمَحْضِ أَنْ يَكُونَ عَالِمًا بِحَالِ الْمَحَلِّ ، وَكَوْنَهُ مَعْصُومًا ، وَلَمْ يُوجَدْ هَذَا . وَإِنْ
 قَالَ : هُوَ عَمْدُ الْخَطِإِ . فَعَمْدُ الْخَطِإِ تَحْمِيلُهُ الْعَاقِلَةَ . ذَكَرَهُ الْخِرَقِيُّ وَذَلَّ عَلَيْهِ خَيْرُ الْمَرَأَةِ
 الَّتِي قَتَلَتْ جَارَتَهَا ^(٢٠) وَجَنَيْنَهَا بِمِسْطَاحٍ ^(٢١) ، فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ بِالْأَمْرِ عَلَى
 عَاقِلَتِهَا ^(٢٢) . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ^(٢٣) عَلَى هَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ ، فَعَلَى قَوْلِ

٥٨/٩ ظ

(١٨) فِي ب ، م : : يَسْتَحِقُّهُ .

(١٩) فِي ب ، م : : بِتَفْرِيطِهِ .

(٢٠) فِي م : : جَارَتِهَا .

(٢١) مِسْطَاحٌ : عَوْدٌ مِنْ أَعْوَادِ الْخَبَاءِ .

(٢٢) أَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ قَتْلِ الْمَرَأَةِ بِالْمَرَأَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ١٩/٨ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ

الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٨٨٢/٢ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ .

سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ١٩٦/٢ ، ١٩٧ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٣٦٤/١ ، ٨٠/٤ .

(٢٣) فِي الْأَصْلِ ، ب : : النَّبِيُّ ﷺ .

القاضي ، إن كان الموكِّل عَفَا إلى الدِّيَّة ، فله الدِّيَّةُ في تَرْكِه الجاني ، ولورثة الجاني مُطالبةُ الوكيل بِدِيَّتِهِ ، وليس للموكِّل مُطالبةُ الوكيل بشيء . فإن قيل : فقد قُلتُم فيما إذا كان القصاصُ لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصف الدِّيَّة ، ولأخيه مُطالبةُ به ، في وجبه . قلنا : ثم أثْلَفَ حَقَّهُ ، فَرَجَعَ بِبَدْلِهِ عليه ، وهُنَا أثْلَفَهُ بعد سُقُوطِ حَقِّ الموكِّل عنه ، فافْتَرَقَا . وإن قلنا : إن الوكيلَ يَرْجِعُ على الموكِّل . احْتَمَلَ أن تَسْقُطَ الدَّيْتَانِ ؛ لَأَنَّهُ لَا فَائِدَةٌ في أن يأخذها الورثة من الوكيل ، ثم يَدْفَعُونَهَا إلى الموكِّل ، ثم يَرُدُّهَا^(٢٤) الموكِّل إلى الوكيل ، فيكون تَكْلِيفًا لكل واحد منهم بغير فائدة . وَيَحْتَمِلُ أن يَجِبَ ذلك ؛ لَأَن الدِّيَّةَ الواجبةَ في ذِمَّةِ الوكيل لغير من للوكيل^(٢٥) الرجوعُ عليه ، وإنَّمَا تَتَسَاقَطُ الدَّيْتَانِ إذا كان لكل واحد من العَرِيقَيْنِ على صاحبه مثل ما له عليه ، ولأَنَّهُ قد تكون الدَّيْتَانِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، بأن يكون أحَدُ المَقْتُولَيْنِ رَجُلًا وَالْآخَرُ امرأةً ، فعلى هذا يأخذ ورثة الجاني دِيَّتَهُ من الوكيل ، وَيَدْفَعُونَ إلى الموكِّل دِيَّةَ وَلِيِّهِ ، ثم يَرُدُّ الموكِّل إلى الوكيل قَدَر ما غَرِمَهُ . وإن أَحَالَ ورثة الجاني^(٢٦) الموكِّل على^(٢٦) الوكيل^(٢٧) بِدِيَّةِ وَلِيِّهِمْ ، صَحَّ . فإن كان الجاني أَقْلَ دِيَّةٍ ، مثل أن تكون امرأة قُتِلَتْ رَجُلًا ، فقتلها الوكيل ، فَلِوَرَثَتِهَا إِحَالَةُ الموكِّل بِدِيَّتِهَا ؛ لَأَنَّهُ الْقَدْرُ الواجبُ لهم على الوكيل ، فيسقطُ عن الوكيل والموكِّل جميعًا ، وَيَرْجِعُ الموكِّل على ورثتها بِنِصْفِ دِيَّةِ وَلِيِّهِ . / وإن كان الجاني رَجُلًا قَتَلَ امرأةً ، فقتله الوكيل ، فَلِوَرثةِ الجاني إِحَالَةُ الموكِّل بِدِيَّةِ المرأةِ ؛ لَأَنَّ الموكِّل لَا يَسْتَحِقُّ عليهم أَكْثَرَ من دِيَّتِهَا ، وَيُطَالِبُونَ الوكيل بِنِصْفِ دِيَّةِ الْجَانِي ، ثم يَرْجِعُ به على الموكِّل .

٥٩/٩

فصل : وإذا جَنَى على الإنسان فيما دُونَ النَّفْسِ جُنَايَةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، فعَفَا عن القصاصِ ، ثم سَرَتْ الجُنَايَةُ إلى نَفْسِهِ ، فمات ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ . وبهذا قال

(٢٤) في ب : « ردّها » .

(٢٥) في ب ، م : « الوكيل » .

(٢٦-٢٦) في ب : « على الموكِّل » . وسقط : « على » . من : الأصل .

(٢٧) سقط من : ب .

أبو حنيفة، والشافعي. وحكى عن مالك، أن القصاص واجب؛ لأن الجناية صارت نفساً، ولم يعف عنها. ولنا، أنه يتعدّر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه، فسقط في النفس، كما لو عفا بعض الأولياء، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه، لم يجب في سرايتها، كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها ثم^(٢٨)، ينظر^(٢٩)؛ فإن كان عفا على مال، فله الدية كاملة، وإن عفا على غير مال، وجبت الدية إلا أرض الجرح^(٣٠) الذي عفا عنه. وهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: تجب الدية كاملة؛ لأن الجناية صارت نفساً، وحقه في النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القصاص للشبهة. وإن قال: عفو عن الجناية. لم يجب شيء؛ لأن الجناية لا تختص بالقطع. وقال القاضي، فيما إذا عفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء. وبه قال أبو يوسف ومحمد؛ لأنه قطع غير مضمون، فكذلك سرايته. ولنا، أنها سرية جناية أوجب الضمان، فكانت مضمونة، كما لو لم يعف، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها، فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره، والمعفو عنه نصف الدية؛ لأن الجناية أوجب نصف الدية، فإذا عفا، سقط ما وجب دون ما لم يجب، فإذا صارت نفساً، وجب بالسراية نصف الدية، ولم يسقط أرض الجرح فيما إذا لم يعف، وإنما تكملت الدية بالسراية.

فصل: فإن كان الجرح لا قصاص فيه، كالجائفة ونحوها، فعفا عن القصاص فيه، فسرى إلى النفس، فلولي القصاص؛ لأن القصاص لم يجب في الجرح، فلم يصح العفو عنه، وإنما وجب القصاص بعد عفو، وله^(٣١) العفو / عن القصاص، وله كمال الدية. وإن عفا عن دية الجرح، صح، وله بعد السراية دية النفس إلا أرض

(٢٨) سقط من: م.

(٢٩) في م: «نظرنا».

(٣٠) في ب، م: «الجراح».

(٣١) في ب: «وأما».

الجُرح . ولا يَمْتَنِعُ وجوبُ القصاصِ في النَّفْسِ ، مع أنَّه لا يَجِبُ كَأَلِ الدِّيَةِ بالعَفْوِ عنه ، كما لو قَطَعَ يَدًا ، فاندَمَلَتْ واقتَصَّ منها ، ثم انتَقَضَتْ وسَرَتْ إلى النَّفْسِ ، فله القصاصُ في النَّفْسِ ، وليس له العَفْوُ إلا على نَصِفِ الدِّيَةِ . وإن قَطَعَ يَدَهُ من نَصِفِ السَّاعِدِ ، فعَفَا عن القصاصِ ، ثم سَرَى ، فعلى قول أبي بكرٍ ، لا يَسْقُطُ القصاصُ في النَّفْسِ ؛ لأنَّ القصاصَ لم يَجِبْ ، فهو كالجائفة . وَمَنْ جَوَّزَ له القصاصَ من الكَوْعِ ، أَسْقَطَ القصاصَ في النَّفْسِ ، كما لو كان القَطْعُ من الكَوْعِ . وقال المَزْنِيُّ : لا يَصِحُّ العَفْوُ عن دِيَةِ الجُرحِ قَبْلَ انْدِمَالِهِ ، فلو قَطَعَ يَدًا ، فعَفَا عن دِيَتِها وقصاصِها ، ثم اندَمَلَتْ ، لم تَسْقُطْ دِيَتُها ، وسَقَطَ قِصاصُها ؛ لأنَّ القصاصَ قد وَجَبَ فيها ، فصَحَّ العَفْوُ عنه ، بخلاف الدِّيَةِ . وليس بصحيح ؛ لأنَّ دِيَةَ الجُرحِ إِنَّمَا وَجِبَتْ بالجِنَايَةِ ، إذْ هِيَ السَّبَبُ ، ولهذا لَوَجَّئَ على طَرَفٍ عَبيدٍ ثم باعَهُ قَبْلَ بَرِّهِ^(٣٢) ، كان أَزْرُسُ الطَّرَفِ لِبَائِعِهِ لا لِمُشْتَرِيهِ ، وتأخِيرُ الْمُطالِبَةِ به لا يَلْزَمُ منه عَدَمُ الوُجُوبِ ، وامْتِناعُ صِحَّةِ العَفْوِ ، كالَّذِينَ المُوجِّلُ لا تُمْلِكُ الْمُطالِبَةُ به ، وَيَصِحُّ العَفْوُ عنه ، كذا هُنا .

فصل :- فإن قَطَعَ يَدَهُ ، فعَفَا عنه ، ثم عاد الجاني فقتَلَه ، فِلَوَلِيَّهِ القصاصُ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي . وقال^(٣٣) بعضهم : لا قِصاصَ ؛ لأنَّ العَفْوَ حَصَلَ عن بَعْضِهِ ، فلا يُقْتَلُ به ، كما لو سَرَى القَطْعُ إلى نَفْسِهِ . ولنا ، أنَّ القَتْلَ انْفَرَدَ عن القَطْعِ ، فعَفُوهُ عن القَطْعِ لا يَمْنَعُ ما يَلْزَمُ بالقَتْلِ ، كما لو كان القاطِعُ غَيْرَهُ . وإن اختار الدِّيَةَ ، فقال القاضي : إن كان العَفْوُ عن الطَّرَفِ إلى غيرِ دِيَةِ ، فله بالقَتْلِ نَصِفُ الدِّيَةِ . وهو ظاهرُ مذهبِ الشافعي ، ولأنَّ القَتْلَ إِذَا تَعَقَّبَ الجِنَايَةَ قَبْلَ الانْدِمَالِ ، كان كالسَّرَايَةِ ، ولذلك لو لم يَغْفُ لم يَجِبْ أَكْثَرُ من دِيَةِ ، والقَطْعُ يَدْخُلُ في القَتْلِ في الدِّيَةِ دُونَ القِصاصِ ؛ ولذلك لو أَرَادَ القِصاصَ كان له أن يَقْطَعَ ثم يَقْتُلَ ، ولو صار الأمرُ إلى الدِّيَةِ لم يَجِبْ إِلَّا دِيَةُ واحدة . وقال أبو الحُطَّابِ : له العَفْوُ إلى دِيَةِ كاملةٍ . وهو قولُ بعضِ أَصْحابِ

(٣٢) في ب ، م : ٥ مَوْتُهُ .

(٣٣) سقطت الواو من : الأصل ، م .

الشافعي ؛ لأنَّ الْقَطْعَ مُنْفَرِدٌ عَنِ الْقَتْلِ ^(٣٤) ، فلم يَدْخُلْ حَكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ، كما لو ائْتَمَلَ ، ولأنَّ الْقَتْلَ مُوجِبٌ لِلْقَتْلِ ^(٣٥) ، فَأَوْجَبَ الدِّيَةَ كَامِلَةً ، كما لو لم يَتَقَدَّمْهُ عَفْوٌ . وفَارَقَ السَّرِيَّةَ ، فَإِنَّهَا لم تُوجِبْ قِتْلًا ، ولأنَّ السَّرِيَّةَ عُفَى عَنْ سَبَبِهَا ، والقَتْلُ لم يُعْفَ عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ ، ولا عَنْ سَبَبِهِ ، وسواءٌ فيما ذَكَرْنَا كانَ الْعَافِي عَنْ الْجُرْحِ أَخَذَ دِيَّةً ^(٣٦) طَرَفَهُ أَوْ لَمْ ^(٣٦) يَأْخُذْهَا .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ إصْبَعًا ، فَعَفَا الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ عَنِ الْقِصَاصِ ، ثُمَّ سَرَتْ الْجِنَايَةُ إِلَى الْكَفِّ ، ثُمَّ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لما ذَكَرْنَا فِي النَّفْسِ ، ولأنَّ الْقِصَاصَ سَقَطَ فِي الْإِصْبَعِ بِالْعَفْوِ ، فصارتَ الْيَدُ نَاقِصَةً لَا تُؤْخَذُ بِهَا الْكَامِلَةُ . ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ ^(٣٧) دِيَّةُ الْيَدِ ^(٣٧) كُلُّهَا ، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ مَا لِ ، خُرَجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا ذَكَرْنَا فِيهِمَا إِذَا قَطَعَ يَدًا فَعَفَا الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ ، ثُمَّ سَرَى إِلَى نَفْسِهِ . فعلى هذا ، تَجِبُ هَهُنَا دِيَّةُ الْكَفِّ إِلَّا ^(٣٨) دِيَّةَ الْإِصْبَعِ . ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وقالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ ^(٣٩) لَا يَجِبُ شَيْءٌ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُونُسَ وَمُحَمَّدٍ ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ عَنِ الْجِنَايَةِ عَفْوٌ عَنِ مَا يَحْدُثُ مِنْهَا ^(٤٠) ، وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي : إِنْ الْقِيَاسُ فِيهِمَا إِذَا قَطَعَ الْيَدَ ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، أَنْ يَجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ، فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ مِثْلَ ذَلِكَ هَهُنَا .

فصل : فَإِنْ قَالَ : عَفَوْتُ عَنِ الْجِنَايَةِ ، وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا ، صَحَّ عَفْوُهُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِي سِرِّيَّتِهَا قِصَاصٌ وَلَا دِيَّةٌ فِي ظَاهِرِ ^(٤١) كَلَامِ أَحْمَدَ . وَسواءٌ عَفَا بِلَفْظِ الْعَفْوِ أَوْ الْوَصِيَّةِ ،

(٣٤) فِي ب ، م : « الْقَطْع » .

(٣٥) فِي ب : « الْقَتْل » .

(٣٦-٣٦) فِي ب : « طَرَفُهَا وَلَمْ » .

(٣٧-٣٧) فِي م : « الدِّيَةِ » .

(٣٨) فِي م : « لَا » .

(٣٩) فِي م : « أَنْ » .

(٤٠) فِي ب : « عَنْهَا » .

(٤١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْل ، ب .

وَمَنْ قَالَ بِصِحَّةِ عَفْوِ الْمَجْرُوحِ عَنْ دَمِهِ ؛ مَالِكٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَقَتَادَةُ ،
وَالْأَوْزَاعِيُّ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : إِذَا قَالَ : عَفَوْتُ عَنْ الْجَنَائِيَةِ ، وَمَا يَخْدُثُ مِنْهَا .
فَفِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا (٤٢) ، أَنَّهُ وَصِيَّةٌ ، فَيَبْنَى عَلَى الْوَصِيَّةِ لِلْقَاتِلِ ، وَفِيهَا (٤٣) قَوْلَانِ ؛
أَحَدُهُمَا ، لَا يَصِحُّ ، فَتَجِبُ دِيَّةُ النَّفْسِ إِلَّا دِيَّةُ الْجُرْحِ . وَالثَّانِي ، يَصِحُّ ، فَإِنْ خَرَجَتْ
مِنَ الثَّلَاثِ سَقَطَ ، وَإِلَّا سَقَطَ مِنْهَا مَا خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ ، وَوَجَبَ الْبَاقِي . وَالْقَوْلُ الثَّانِي ،
لَيْسَ بِوَصِيَّةٍ ؛ لِأَنَّهُ إِسْقَاطٌ فِي الْحَيَاةِ ، فَلَا يَصِحُّ ، وَلِزَمَهُ دِيَّةُ النَّفْسِ إِلَّا دِيَّةُ الْجُرْحِ .
وَلَنَا ، أَنَّهُ أَسْقَطَ حَقَّهُ بَعْدَ انْتِقَادِ سَبَبِهِ ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الشُّفْعَةَ بَعْدَ الْبَيْعِ ، / إِذَا
ثَبَّتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَخْرُجَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ ؛ لِأَنَّ مُوجِبَ الْعَمْدِ الْقَوْدُ ، فِي
إِحْدَى الرُّوَايَتَيْنِ ، أَوْ أَحَدَ شَيْئَيْنِ ، فِي الرُّوَايَةِ الْأُخْرَى ، فَمَا تَعَيَّنَتِ الدِّيَّةُ ، وَلَا تَعَيَّنَتِ
الْوَصِيَّةُ بِمَالٍ ، وَلِذَلِكَ صَحَّ الْعَفْوُ مِنَ الْمُفْلِسِ إِلَى غَيْرِ مَالٍ . وَأَمَّا جَنَائِيَةُ الْخَطِّ ، فَإِذَا
عَفَا (٤٤) عَنْهَا وَعَمَّا يَخْدُثُ مِنْهَا ، اعْتُبِرَ خُرُوجُهَا مِنَ الثَّلَاثِ ، سَوَاءً عَفَا بِلَفْظِ الْعَفْوِ أَوْ
الْوَصِيَّةِ أَوْ الْإِبْرَاءِ أَوْ غَيْرِهَا ، فَإِنْ خَرَجَتْ مِنَ الثَّلَاثِ ، صَحَّ عَفْوُهُ فِي الْجَمِيعِ ، وَإِنْ لَمْ
تَخْرُجْ مِنَ الثَّلَاثِ ، سَقَطَ عَنْهُ مِنْ دِيَّتِهَا مَا احْتَمَلَهُ الثَّلَاثُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَنَحْوَهُ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ؛ لِأَنَّ الْوَصِيَّةَ
هُنَا بِمَالٍ .

٦٠/٩ ظ

فصل : فَإِنْ اخْتَلَفَ الْجَانِي وَالْوَلِيُّ أَوِ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ . فَقَالَ الْجَانِي : عَفَوْتُ مُطْلَقًا .
وَقَالَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ : بَلْ عَفَوْتُ إِلَى مَالٍ . أَوْ قَالَ : عَفَوْتُ عَنْ الْجَنَائِيَةِ وَمَا يَخْدُثُ مِنْهَا .
قَالَ : بَلْ عَفَوْتُ عَنْهَا دُونَ مَا يَخْدُثُ مِنْهَا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَوْ وَلِيِّهِ إِنْ كَانَ
الْخِلَافُ مَعَهُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْعَفْوِ عَنِ الْجَمِيعِ ، وَقَدْ ثَبَّتَ الْعَفْوُ عَنِ الْبَعْضِ بِإِقْرَارِهِ ،
فَيَكُونُ الْقَوْلُ فِي عَدَمِ سِوَاهُ (٤٥) قَوْلَهُ .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م : هـ وفيه هـ .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) في م : هـ سقطه هـ .

١٤٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي الْقَتْلِ ، فَأَحَبُّ الْأَوْلِيَاءِ أَنْ يَقْتُلُوا الْجَمِيعَ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ يَقْتُلُوا الْبَعْضَ ، وَيَعْفُوا عَنِ الْبَعْضِ ، وَيَأْخُذُوا الدِّيَّةَ مِنَ الْبَاقِينَ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ)

أما قتلهم للجميع ، فقد ذكرناه فيما مضى ، وأما إن أحبوا قتل البعض فلهم ذلك ، لأن كل من لم يقتله فلهم العفو عنه ، كالمنفرد ، ولا يسقط القصاص عن البعض بعفو البعض ؛ لأنهما شخصان ، فلا يسقط القصاص عن أحدهما بإسقاطه عن الآخر ، كما لو قتل كل واحد رجلاً . وأما إذا اختاروا أخذ الدية من القاتل ، أو من بعض القتلة ، فإن لهم هذا من غير رضى الجاني . وهذا قال سعيد بن المسيب ، وابن سيرين ، والشافعي ، وعطاء ، ومجاهد ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال النخعي ، ومالك ، وأبو حنيفة : ليس للأولياء إلا القتل ، إلا أن يصطلحاً على الدية / برضى الجاني . وعن مالك ، رواية أخرى ، كقولنا . واحتجوا بقوله تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ ﴾ ^(١) . والمكتوب لا يتخير فيه ، ولأنه مثلف يجب به البدل ، فكان بدله معيناً ، كسائر أبدال المتلفات . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) . قال ابن عباس : كان في بني إسرائيل القصاص ، ولم يكن فيهم الدية ، فأنزل الله تعالى هذه الآية : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ . الآية ، ﴿ فَمَنْ عُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ﴾ . فالعفو أن تُقبل في العمد الدية ﴿ فَاتِّبَاعٌ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ يتبع الطالب بمعروف ^(٣) ، ويؤدي إليه المطلوب ﴿ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ . مما كتب على من قبلكم . رواه البخاري ^(٤) . وروى أبو هريرة ، قال : قام رسول الله ﷺ ، فقال : « مَنْ قُتِلَ

(١) سورة البقرة ١٧٨ .

(٢) في م : « بالمعروف » .

(٣) في : باب : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب من قتل له قتيل فهو بخير النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ٢٨/٦ ، ٢٩ ، ٦/٩ ، ٧ ، =

لَهُ^(٤) قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ، ^(٥) إِمَّا أَنْ يُودَى ، وَإِمَّا^(٥) يُقَادُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَرَوَى أَبُو شَرِيحٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُرَاعَةُ ، قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ ، وَأَنَا وَاللَّهِ عَاقِلُهُ ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الدِّيَّةَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٧) . وَلَأنَّ الْقَتْلَ الْمَضْمُونُ إِذَا سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ إِبْرَاءٍ ، ثَبَتَ الْمَالُ ، كَمَا لَوْ عَفَا بَعْضُ الْوَرَثَةِ ، وَيُخَالَفُ سَائِرَ الْمُتَلَفَاتِ ؛ لِأَنَّ بَدْلَهَا يَجِبُ مِنْ جَنْسِهَا ، وَهُنَا يَجِبُ فِي الْحَطَا وَعَمْدِ الْحَطَا مِنْ غَيْرِ الْجَنْسِ ، فَإِذَا رَضِيَ فِي الْعَمْدِ بِبَدْلِ الْحَطَا ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ ، وَلَأنَّ الْقَاتِلَ أَمَكَنَهُ إِحْيَاءُ نَفْسِهِ بِبَدْلِ الدِّيَّةِ ، فَلَزِمَهُ . وَبِنَقْضِ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ ، أَوْ يَدُ الْقَاطِعِ أَتْقَصَ ، فَإِنَّهُمْ سَلَّمُوا فِيهِمَا .

فصل : واختلفت الرواية في موجب العمْد ، فروى عن أحمد ، رحمه الله ، أن موجبَه القِصاصُ عَيْنًا ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا ، فَهُوَ قَوْدٌ »^(٨) . وَلِمَا ذَكَرُوهُ فِي دَلِيلِهِمْ . وَرَوَى أَنَّ مُوجِبَهُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ ؛ الْقِصَاصُ ، أَوِ الدِّيَّةُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ قَبْلَ هَذَا ، وَلَأنَّ الدِّيَّةَ أَحَدُ بَدَلَيِ النَّفْسِ ، فَكَانَتْ بَدَلًا عَنْهَا ، لَا عَنْ بَدْلِهَا ، كَالْقِصَاصِ . وَأَمَّا الْخَبْرُ ، فَالْمُرَادُ بِهِ وَجُوبُ الْقَوْدِ ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِهِ ، وَيُخَالَفُ الْقَتْلَ سَائِرَ الْمُتَلَفَاتِ ؛ لِأَنَّ بَدْلَهَا / لَا يَخْتَلِفُ بِالْقَصْدِ وَعَدَمِهِ ، وَالْقَتْلُ بِخِلَافِهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ . فَإِذَا قُلْنَا : مُوجِبُهُ الْقِصَاصُ عَيْنًا ، فَلَهُ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَّةِ ، وَالْعَفْوُ مُطْلَقًا ، فَإِذَا

٦١/٩ ظ

= كما أخرجه النسائي ، في : باب تأويل قوله عز وجل : ﴿ فَمَنْ عَفَى لَه مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٣٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥-٥) في الأصل « إِمَّا يُودَى أَوْ إِمَّا » . وَفِي ب : « إِمَّا أَنْ يُودَى وَإِمَّا » .

(٦) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٧) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥١٦ .

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٥٩ .

عَفَا مُطْلَقًا ، لم يَجِبْ شَيْءٌ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعي ، وقال بعضهم : تَجِبُ الدِّيَّةُ ؛ لِقَوْلِ يَطْلُ (٩) الدَّمُ . وليس بشيءٍ ؛ لَأَنَّهُ لو عَفَا عن الدِّيَّةِ بَعْدَ وُجُوبِهَا ، صَحَّ عَفْوُهُ ، وإن عَفَا عن القصاصِ بغيرِ مالٍ ، لم يَجِبْ شَيْءٌ ، فأما إن عَفَا عن الدِّيَّةِ ، لم يَصِحَّ عَفْوُهُ ؛ لِأَنَّهُما لم تَجِبْ . وإن قلنا : الواجبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ لا بَعَيْنَ . فعَفَا عن القصاصِ مُطْلَقًا ، أو إلى الدِّيَّةِ ، وَجَبَتِ الدِّيَّةُ ؛ لِأَنَّ الواجبَ غَيْرُ مُعَيَّنٍ ، فإذا تَرَكَ أَحَدَهُما وَجَبَ (١٠) الْآخَرُ ، وإن اختارَ الدِّيَّةَ ، سَقَطَ القصاصُ ، وإن اختارَ القصاصَ ، تَعَيَّنَ . وهل له بعد ذلك العَفْوُ على الدِّيَّةِ ؟ قال القاضي : له ذلك ؛ لِأَنَّ القصاصَ أَعْلَى ، فكان له الاتِّقَالُ إلى الأَذْنَى ، ويكونُ بدلًا عن القصاصِ ، وليست (١١) التي وَجَبَتْ بِالْقَتْلِ ، كما قلنا في الرواية الأولى : إنَّ الواجبَ القصاصُ عَيْنًا ، وله العَفْوُ إلى الدِّيَّةِ . ويَحْتَمَلُ أَنَّهُ ليس له ذلك ؛ لَأَنَّهُ أَسْقَطَهَا بِاخْتِيَارِهِ الْقَوْدَ فلم يَعُدْ إليها .

فصل : وإذا جَنَى عَبْدٌ عَلَى حُرٍّ جَنَايَةً مُوجِبَةً لِلْقصاصِ ، فاشْتَرَاهُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَأَرْشِ الْجَنَايَةِ ، سَقَطَ القصاصُ ؛ لِأَنَّ عُدُولَهُ إِلَى الشَّرَاءِ (١٢) اخْتِيَارًا لِلْمَالِ ، ولا يَصِحُّ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهُما إن لم يَعْرِفَا قَدْرَ الْأَرْضِ فَالْثَمَنُ مَجْهُولٌ ، وإن عَرَفَا عَدَدَ الْإِبِلِ وَأَسْنَانِهَا فَصِفَتُهَا مَجْهُولَةٌ ، وَالْجَهْلُ بِالصِّفَةِ كَالْجَهْلِ بِالذَّاتِ فِي فَسَادِ الْبَيْعِ ؛ وَلِذَلِكَ لو بَاعَهُ شَيْئًا بِجَمَلٍ جَدَعَ غَيْرَ مَعْرُوفِ الصِّفَةِ ، لم يَصِحَّ ، وإن قَدَّرَ الْأَرْضَ بِذَهَبٍ أَوْ فِضَّةٍ وبَاعَهُ بِهِ ، صَحَّ .

فصل : (١٣) إذا وَجَبَ القصاصُ لصغيرٍ ، لم يَجْزُ لَوْلِيِهِ العَفْوُ إلى غيرِ مالٍ ؛ لَأَنَّهُ لا يَمْلِكُ إسْقَاطَ حَقِّهِ . وإن أَحَبَّ العَفْوُ إلى مالٍ ، وللصَّغِيرِ كِفَايَةً مِنْ غَيْرِهِ ، لم يَجْزُ ؛ لِأَنَّ

(٩) في الأصل : يَطْلُ . وطلَّ دمه : هدر .

(١٠) في ب : بقى .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في ب زيادة : فيه .

(١٣) في ب زيادة : ويصح عفوا .

فيه تَقْوِيَتُ حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ . فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا مُحْتَاجًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمَالِ لِجَفْظِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا أَصَحُّ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَ قِصَاصِهِ ، / وَأَمَّا حَاجَتُهُ فَإِنَّ تَقَفَّتْهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ فَإِنَّ وَجُوبَ التَّقْفِطِ فِي بَيْتِ الْمَالِ لَا يُغْنِيهِ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّ الْقِصَاصِ مَجْنُونًا فَقِيرًا ، فَلَوْلِيَّهِ الْعَفْوُ عَلَى الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَتْ حَالُهُ مَعْتَادَةً يُنْتَظَرُ فِيهَا إِفَاقَتُهُ ^(١٤) .

فصل : وَيَصِحُّ عَفْوُ الْمُفْلِسِ وَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَقِهِ عَنِ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُفْلِسُ الْقِصَاصَ ، لَمْ يَكُنْ لِعُرْمَانِهِ إِجْبَارُهُ عَلَى تَرْكِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوُ عَنْهُ إِلَى مَالٍ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَظًّا لِلْعُرْمَانِ . وَإِنْ أَرَادَ الْعَفْوُ عَلَى غَيْرِ ^(١٥) مَالٍ ، اثْبَتْنِي عَلَى الرَّوَائِطَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ مَالٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْعُرْمَانِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . لَمْ يَمْلِكْ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَجِبُ بِقَوْلِهِ : عَفَوْتُ عَنِ الْقِصَاصِ . فَقَوْلُهُ : عَلَى غَيْرِ مَالٍ . إِسْقَاطٌ لَهُ بَعْدَ وَجُوبِهِ وَتَعْيِينِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي السَّفِيهِ وَوَارِثِ الْمُفْلِسِ . وَإِنْ عَفَا الْمَرِيضُ عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، سِوَاءَ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى هَذَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنْ ثَلَاثِهِ ، وَلَعَلَّهُ يَنْبَغِي عَلَى الرَّوَائِطَيْنِ فِي مُوَجِبِ الْعَمْدِ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا قُتِلَ مَنْ لَا وَاِرْثَ لَهُ ، فَالْأَمْرُ إِلَى السُّلْطَانِ ؛ فَإِنْ أَحَبَّ الْقِصَاصَ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوَ عَلَى مَالٍ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوَ إِلَى غَيْرِ مَالٍ لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَا حَظَّ لَهُمْ فِي هَذَا . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يَرَوْنَ الْعَفْوَ عَلَى مَالٍ إِلَّا بِرَضَى الْجَانِبِ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي الْقَتْلِ ، فَعَفَا عَنْهُمْ إِلَى الدِّيَةِ ، فَعَلَيْهِمْ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ

(١٤) سقط من : ب . وفي م : رجوع عقله .

(١٥) سقط من : م .

عَفَا عَنْ بَعْضِهِمْ ، فَعَلِيَ الْمَغْفُورُ عَنْهُ قِسْطُهُ ^(١٦) مِنَ الدِّيَّةِ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ بَدَلُ الْمَحَلِّ ، وَهُوَ وَاحِدٌ ، فَتَكُونُ دِيَّتُهُ وَاحِدَةً ، سَوَاءً أَتْلَفَهُ وَاحِدًا أَوْ جَمَاعَةً . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَتْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَكَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِيَّةُ نَفْسٍ كَامِلَةٍ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ الْأَعْوُرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ تَجِبُ عَلَيْهِ دِيَّةُ عَيْنِهِ ، وَهُوَ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدَلُ الْمُتَلَفِ ، فَلَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ ^(١٧) الْمُتَلَفِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ قِيَمَتَهُ أَلْفَانِ حُرًّا ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَفْوُ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ الدِّيَّةِ ، وَأَمَّا / الْقِصَاصُ ، فَإِنَّهُ عُقُوبَةٌ عَلَى الْفِعْلِ ، فَيَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهِ .

ظ ٦٢/٩

١٤٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا ^(١) قُتِلَ مَنْ لِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ ^(٢) يُقِيدُوا بِهِ ^(٣) ، فَبَدَلَ الْقَاتِلِ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَّةِ عَلَى أَنْ لَا يُقَادَ ، فَلِلْأَوْلِيَاءِ قَبُولُ ذَلِكَ)

وجملته أن من له القصاص ، له أن يصالح عنه بأكثر من الدية ، ويقدرها وأقل منها ، لا أعلم فيه خلافاً ؛ لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا دُفِعَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ ؛ فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَّةَ ، ثَلَاثِينَ حِقَّةً ، وَثَلَاثِينَ جَذْعَةً ، وَأَرْبَعِينَ خَلْفَةً ^(٤) ، وَمَا صَالِحُوا ^(٥) عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُمْ » . وذلك لتشديد العقل ^(٥) . رواه الترمذي ^(٦) ، وقال : حديث حسن غريب ، وروينا أن هذبة ابن حشرم قتل قتيلاً ، فبذل سعيد بن العاصي والحسن والحسين لابن المقتول سبع

(١٦) في ب : « بقسطه » .

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١) في م : « وإن » .

(٢-٣) في ب : « يقيدونه » .

(٣) الخلفة : الحامل .

(٤) في النسخ : « صولحوا » . والمثبت من مصادر التخریج .

(٥) في النسخ : « القتل » .

(٦) في : باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل ، من كتاب الديات . وفي : باب ما جاء سبب المؤمن فسوق ، من كتاب الإيمان . عارضة الأحوذى ١٥٩/٦ ، ١٦٠ ، ١٠٢/١٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل عمدا فرضوا بالدية من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٣/٢ .

دِيَابِ ، لِيَعْفُو عَنْهُ ، فَأُبَيِّ ذَلِكَ ، وَقَتْلَهُ ^(٧) . وَلَئِنَّهُ عَوَضَ عَنْ غَيْرِ مَالٍ ، فَجَازَ الصُّلْحَ عَنْهُ بِمَا اتَّفَقُوا عَلَيْهِ ، كَالصَّدَاقِ ، وَعَوَضِ الْخُلُجِ ، وَلَئِنَّهُ صُلِحَ عَمَّا لَا يَجْرِي فِيهِ الرِّبَا ، فَأَشْبَهَ الصُّلْحَ عَنِ الْعُرُوضِ .

١٤٥٨ - مسألة ؛ قال (: وَإِذَا أَمْسَكَ رَجُلًا وَقَتْلَهُ آخَرُ ، قُتِلَ الْقَاتِلُ ، وَحُبِسَ الْمَاسِكُ حَتَّى يَمُوتَ)

يقال : أَمْسَكَ وَمَسَكَ وَمَسَكَ . وَقَدْ جَمَعَ الْخَرَقِيُّ بَيْنَ اللَّعْنَتَيْنِ ، فَقَالَ : إِذَا أَمْسَكَ ، وَحُبِسَ الْمَاسِكُ . وَهُوَ اسْمُ الْفَاعِلِ مِنْ مَسَكَ مُحَقَّفًا . وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ الْقَاتِلَ يُقْتَلُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَنْ يُكَافِئُهُ عَمْدًا بِغَيْرِ حَقٍّ ، وَأَمَّا الْمُمَسِكُ ، فَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْقَاتِلَ يَقْتُلُهُ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَسَبِّبٌ ، وَالْقَاتِلُ مَبَاشِرٌ ، فَيَسْقُطُ ^(١) حُكْمُ الْمُتَسَبِّبِ بِهِ . وَإِنْ أَمْسَكَ لَهُ لِيَقْتُلَهُ ، مِثْلُ أَنْ ضَبَطَهُ لَهُ حَتَّى ذَبَحَهُ ^(٢) . فَاخْتَلَفَتِ الرَّوَاةُ فِيهِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ فَرَوَى عَنْهُ أَنَّهُ يُحْبَسُ حَتَّى يَمُوتَ . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ أَيْضًا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ . قَالَ سُلَيْمَانُ بْنُ ^(٣) مُوسَى : الْاجْتِمَاعُ فِينَا أَنْ يُقْتَلَ ^(٤) ؛ لِأَنَّهُ لَوْ لَمْ يُمَسِكْهُ ، مَا قَدَرَ عَلَى قَتْلِهِ ، وَبِإِمْسَاكِهِ تَمَكَّنَ مِنْ قَتْلِهِ ، فَالْقَتْلُ حَاصِلٌ بِفِعْلِهِمَا ، فَيَكُونَانِ شَرِيكَيْنِ / فِيهِ ، فَيَجِبُ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَّحَاهُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُثَنِّرِ : يُعَاقَبُ ، وَيَأْتُمُّ ، وَلَا يُقْتَلُ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ أُعْتِيَ النَّاسُ عَلَى اللَّهِ ، مِنْ قَتْلِ غَيْرِ قَاتِلِهِ » ^(٥) . وَالْمُمَسِكُ غَيْرُ قَاتِلٍ ، وَلِأَنَّ الْإِمْسَاكَ سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِيٍّ ، فَإِذَا اجْتَمَعَتْ مَعَهُ الْمُبَاشَرَةُ ،

٦٣/٩ و

(٧) تقدم في صفحة ٥٧٨ .

(١) في م : « فسقط » .

(٢) في م زيادة : « له » .

(٣) في م زيادة : « أبا » . وتقدم .

(٤) في م : « يقتل » .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٢ ، ٣٢/٤ .

كان الضَّمانُ على المُباشِرِ ، كما لو لم يَعْلَمْ المُمسِكُ أَنَّهُ يَقْتُلُهُ . ولنا ، ما رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ^(٦) ، بإسناده عن ابنِ عمرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِذَا أَمْسَكَ الرَّجُلُ ، وَقَتْلَهُ الْآخَرُ ، يُقْتَلُ الَّذِي قَتَلَ ، وَيُحْبَسُ الَّذِي أَمْسَكَ » . ولأنَّه حَبَسَهُ إِلَى الْمَوْتِ ، فَيُحْبَسُ الْآخَرُ إِلَى الْمَوْتِ ، كما لو حَبَسَهُ عَنِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ حَتَّى مَاتَ ، فَإِنَّا نَفْعَلُ بِهِ ذَلِكَ حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِنْ اتَّبَعَ رَجُلًا لِيَقْتُلَهُ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، فَأَذْرَكَه آخَرُ ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، ثُمَّ أَذْرَكَه الثَّانِي فَقَتَلَهُ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ قَصْدُ الْأَوَّلِ حَبْسَهُ بِالْقَطْعِ لِيَقْتُلَهُ الثَّانِي ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الْقَطْعِ ، وَحُكْمُهُ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ حُكْمُ الْمُمْسِكِ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَهُ عَلَى الْقَتْلِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ حَبْسَهُ ، فَعَلِيهِ الْقَطْعُ دُونَ الْقَتْلِ ، كَالَّذِي أَمْسَكَه غَيْرَ عَالِمٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْقَطْعُ بِكُلِّ حَالٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّهُ الْحَابِسُ لَهُ بِفِعْلِهِ ، فَأَشْبَهَ الْحَابِسَ بِأَمْسَاكِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ اعْتَبَرْتُمْ قَصْدَ الْإِمْسَاكِ هَهُنَا ، وَأَنْتُمْ لَا تَعْتَبِرُونَ إِرَادَةَ الْقَتْلِ فِي الْجَارِحِ ؟ قُلْنَا : إِذَا مَاتَ مِنَ الْجُرْحِ ، فَقَدْ مَاتَ مِنْ سِرَّائِهِ وَأَثَرِهِ ، فَتَعْتَبِرُ قَصْدَ الْجُرْحِ الَّذِي هُوَ السَّبَبُ دُونَ قَصْدِ الْأَثَرِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا إِنَّمَا كَانَ مَوْتُهُ بِأَثَرٍ غَيْرِ السَّرَّاءِ ، وَالْفِعْلُ مُمَكِّنٌ لَهُ عَلَيْهِ^(٧) ، فَاعْتَبِرَ قَصْدُهُ لَذَلِكَ الْفِعْلِ ، كَمَا لَوْ أَمْسَكَه .

١٤٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ أَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا ، وَكَانَ الْعَبْدُ أَعْجَبِيًّا ، لَا يَعْلَمُ أَنَّ الْقَتْلَ مُحَرَّمٌ ، قُتِلَ السَّيِّدُ ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ خَطَرَ الْقَتْلِ ، قُتِلَ الْعَبْدُ ، وَأُذِّبَ السَّيِّدُ)

إِنَّمَا ذَكَرَ الْخَرْقِيُّ^(١) كَوْنَهُ أَعْجَبِيًّا ، وَهُوَ الَّذِي لَا يُفْصِحُ ، لِيَتَحَقَّقَ مِنْهُ الْجَهْلُ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْجَهْلُ^(٢) فِي حَقِّ مَنْ نَشَأَ فِي غَيْرِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ ، فَأَمَّا مَنْ أَقَامَ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ

(٦) في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٤٠/٣ .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

بين أهله / ، فلا يخفى عليه تحرِيمُ القَتْلِ ، ولا يُعَذَّرُ في فعله ، ومتى كان العبدُ يَعْلَمُ تحرِيمَ القَتْلِ ، فإلْقِصاصُ عليه ، ويُوَدَّبُ سيِّده ؛ لأمره بما أفضى إلى القَتْلِ ، بما يراه الإمامُ من الحبسِ والتَّعْزِيرِ . وإن كان غيرَ عالمٍ بِخَطَرِهِ ، فإلْقِصاصُ على سيِّده ، ويُوَدَّبُ العَبْدُ . قال أحمدُ : يُضْرَبُ ويُوَدَّبُ . ونَقَلَ عنه أبو طالبٍ ، قال : يُقْتَلُ المَوْلى ^(١) ، ويُحْبَسُ العَبْدُ حتى يَمُوتَ ؛ لأنَّ العَبْدَ سَوَّطُ المَوْلى وسيِّفه . كذا قال عليٌّ ، وأبو هريرة . وقال عليٌّ ، رَضِيَ اللهُ عنه : يُسْتَوْدَعُ السَّجَنُ . وممَّن قال بهذه الجملة الشافعيُّ . وممَّن قال : إنَّ السيِّدَ يُقْتَلُ ؛ عليٌّ ، وأبو هريرة . وقال قتادة : يُقْتَلَانِ جميعاً . وقال سليمانُ بنُ موسى : لا يُقْتَلُ الأَمْرُ ، ولكن يَدِيهِ ، ويُعاقَبُ ويُحْبَسُ ؛ لأنَّهُ لم يُباشِرِ القَتْلَ ، ولا ألْجَأَ إليه ، فلم يَجِبْ عليه قِصاصُ ، كما لو عَلِمَ العَبْدُ خَطَرَ القَتْلِ . ولنا ، أن العَبْدَ إذا كان غيرَ عالمٍ بِخَطَرِ القَتْلِ ، فهو مُعْتَقِدٌ إِبَاحَتِهِ ، وذلك شُبْهَةٌ تُمْنَعُ الإِقْصاصُ ، كما لو اعتَقَدَه صَيِّداً فَرَمَاهُ ، فبان إنساناً ، ولأنَّ حِكْمَةَ الإِقْصاصِ الرَّدْعُ والزَّجْرُ ، ولا يَحْصُلُ ذلك في مُعْتَقِدِ الإِبَاحَةِ ، وإذا لم يَجِبْ عليه ، وَجَبَ على السيِّدِ ، لأنَّهُ آتاهُ ، لا يُمكنُ إِيْجابُ الإِقْصاصِ عليه ، فوَجَبَ على المُتَسَبِّبِ به ، كما لو أَنهَشَهُ حَيَّةٌ أو كَلْباً ، أو أَلْقَاهُ في زُبَّةٍ أَسَدٍ فَأَكَلَهُ . ويُفَارِقُ هذا ما إذا عَلِمَ خَطَرَ القَتْلِ ، فإنَّ الإِقْصاصَ على العَبْدِ ؛ لإمكانِ إِيْجابِهِ عليه ، وهو مُباشِرٌ له ، فانْقَطَعَ حُكْمُ الأَمْرِ ، كالدَّافِعِ مع الحافِرِ ، ويكونُ على السيِّدِ الأَدَبُ ؛ لِتَعَدِّيهِ بِالتَّسَبُّبِ إلى القَتْلِ .

فصل : ولو أَمَرَ صَبِيًّا لا يُمَيِّزُ ، أو مَجْنُونًا ، أو أَعْجَمِيًّا لا يَعْلَمُ خَطَرَ القَتْلِ ، فَقَتَلَ ، فَالحُكْمُ فيه ^(٢) كالْحُكْمِ في العَبْدِ ^(٣) ، يُقْتَلُ الأَمْرُ دُونَ المُباشِرِ . ولو أَمَرَهُ بَزْنِي ، أو سَرِقَةٍ ، لم يَجِبِ الحَدُّ على الأَمْرِ ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يَجِبُ إلَّا على المُباشِرِ ، والإِقْصاصُ يَجِبُ بالتَّسَبُّبِ ، ولذلك وَجَبَ على المُكْرَهِ والشُّهُودِ في الإِقْصاصِ .

فصل : ولو أَمَرَ السُّلْطَانُ رَجُلًا ، فَقَتَلَ آخَرَ ، فإن كان القاتِلُ يَعْلَمُ أَنَّهُ

(٢) في ب ، م ، د : الولي .

(٣) (٣-٣) بياض في : ب .

لَا يَسْتَحِقُّ قَتْلَهُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ دُونَ الْآمْرِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْذُورٍ فِي فِعْلِهِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ » ^(٤) . وعنه عليه السلام أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَمَرَكَم مِّنَ الْوَلَاةِ بِغَيْرِ طَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا تُطِيعُوهُ » ^(٥) . فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْآمْرِ دُونَ الْمَأْمُورِ ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ مَعْذُورٌ ، لَوْ جُوبِ طَاعَةُ الْإِمَامِ فِي مَا لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَأْمُرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ أَمَرَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ مِنَ الرَّعِيَّةِ بِالْقَتْلِ ، فَقَتَلَ ، فَالْقَوْدُ عَلَى الْمَأْمُورِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلِمَ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ طَاعَتُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ الْقَتْلُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ السُّلْطَانِ ، فَإِنَّ إِلَيْهِ الْقَتْلُ لِلرَّدَّةِ ، وَالزَّيْنِ ، وَقَطْعِ الطَّرِيقِ إِذَا قَتَلَ الْقَاطِعُ ، وَيَسْتَوْفَى الْقِصَاصَ لِلنَّاسِ ، وَهَذَا لَيْسَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ عَلَى قَتْلِ أَحَدٍ ، أَوْ جَلَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَمَاتَ ، فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَّةُ ، كَانَتْ عَلَيْهِمَا . فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ يَعْتَقِدُ جَوَازَ الْقَتْلِ دُونَ الْمَأْمُورِ ، كَمُسْلِمٍ قَتَلَ ذِمِّيًّا ، أَوْ حُرًّا قَتَلَ عَبْدًا ، فَقَتَلَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الضَّمَانُ عَلَيْهِ دُونَ الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ أَمَرَهُ بِمَا أَدَّى اجْتِهَادُهُ إِلَيْهِ ، وَالْمَأْمُورُ لَا يَعْتَقِدُ جَوَازَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ أَمْرَهُ ، فَإِذَا قَتَلَهُ ، لَزِمَهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَنْ لَا يَحِلُّ لَهُ قَتْلُهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْعَامِّ وَالْمُجْتَهِدِ ؛ فَإِنْ كَانَ مُجْتَهِدًا ، فَالْحَكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ مُقَلَّدًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَقْلِيدَ الْإِمَامِ فِي مَا رَأَاهُ . وَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ، وَالْقَاتِلُ يَعْتَقِدُ حِلَّهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْآمْرِ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ السَّيِّدُ الَّذِي لَا يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الْقَتْلِ بِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٣٣/٥ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا طاعة في معصية الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٥٦/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٧/٣ .

فهرس الجزء الحادى عشر

الصفحة

٥٣ - ٥

كتاب الإيلاء

١٢٩٨ - مسألة : (والمولى الذى يحلف بالله عز وجل أن

لا يطاء زوجته أكثر من أربعة أشهر) ٥ - ٣٠

شروط الإيلاء أربعة :

أحدها : أن يحلف بالله تعالى ... ٥ - ٨

فصل : الشرط الثانى ، أن يحلف على ترك

الوطء أكثر من أربعة أشهر ... ٨ - ١٠

فصل : وإذا علق الإيلاء بشرط

مستحيل ... فهو مولى ... ١٠ ، ١١

فصل : وإن علقه على غير مستحيل ،

فذلك على خمسة أضرب ... ١١ - ١٣

فصل : وإن قال : والله لا وطئتك إلا

برضاك ، لم يكن مولى ... ١٣ ، ١٤

فصل : وإن حلف على ترك وطئها عاما ،

ثم كفر عن يمينه ، انحل

الإيلاء ... ١٤

- فصل : فإن قال : والله لا وطئتك إن شاء
فلان . لم يصير موليا حتى
يشاء ... ١٥ ، ١٤
- فصل : فإن قال : والله لا وطئتك . فهو
إيلاء ... ١٦ ، ١٥
- فصل : فإن قال : إن وطئتك ، فوالله
لا وطئتك ، لم يكن موليا في
الحال ... ١٧ ، ١٦
- فصل : فإن قال : والله لا وطئتك عاما ،
ثم قال : والله لا وطئتك عاما .
فهو إيلاء واحد ... ١٨ ، ١٧
- فصل : فإن قال لأربع نسوة : والله لا
أقربكن . انبنى ذلك على أصل ،
وهو الحنث بفعل بعض المحلوف
عليه أولا ... ١٩ ، ١٨
- فصل : فإن قال : والله لا وطئت واحدة
منكن . ونوى واحدة بعينها ،
تعلقت يمينه بها وحدها ، وصار
موليا منها دون غيرها ... ٢٠ ، ١٩
- فصل : فإن قال : والله لا وطئت كل
واحدة منكن . صار موليا منهن
كلهن في الحال ... ٢١ ، ٢٠

- فصل : فإن قال : كلما وطئت واحدة
٢٢ ، ٢١ ... منكن فضرائها طوالق ...
- فصل : الشرط الثالث ، أن يحلف على ترك
٢٢ ... الوطء في الفرج ...
- فصل : الشرط الرابع ، أن يكون المحلوف
٢٣ ، ٢٢ عليها امرأة ...
- فصل : فإن آلى من الرجعية ، صح
٢٤ ، ٢٣ إيلأؤه ...
- فصل : ويصح الإيلاء من كل زوجة ،
٢٥ ، ٢٤ مسلمة كانت أو ذمية ، ...
- فصل : ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم
٢٦ ، ٢٥ المسلم إذا تقاضوا إلينا ...
- فصل : ولا يشترط في الإيلاء الغضب ،
٢٦ ولا قصد الإضرار ...
- فصل : في الألفاظ التي يكون بها موليا ،
٢٩ - ٢٦ وهي ثلاثة أقسام ...
- فصل : وإذا قال لإحدى زوجتيه : والله
لا وطئتكَ . ثم قال للأخرى :
أشركتك معها . لم يصير موليا من
٢٩ الثانية ...
- فصل : ويصح الإيلاء ، بكل لغة من
٣٠ ، ٢٩ العجمية وغيرها ...

- فصل : ومدة الإيلاء في حق الأحرار
والعبيد والمسلمين وأهل الذمة
سواء ... ٣٠
- ١٢٩٩ - مسألة : (فإذا مضت أربعة أشهر ، ورافعته ،
أمر بالقيئة ، والقيئة الجماع) ٣٠ - ٣٨
- فصل : وابتداء المدة من حين اليمين ، ولا
يفتقر إلى ضرب مدة ... ٣٢ ، ٣٣
- فصل : وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه ،
فهل يحنث ؟ على روايتين ... ٣٣
- فصل : وإن وطئها وطئا محرماً ، ... ،
حنث ... ٣٣ ، ٣٤
- فصل : وإذا آلى منها ، وثم عذر يمنع الوطء
من جهة الزوج ، كمرضه ،
أو ... ، حسبت عليه المدة من
حين إيلائه ... ٣٤ ، ٣٥
- فصل : وإذا انقضت المدة ، فلها المطالبة
بالقيئة إن لم يكن عذر ... ٣٥ ، ٣٦
- فصل : فإن عفت عن المطالبة بعد
وجوبها ، فقال بعض أصحابنا :
يسقط حقها ... ٣٦
- فصل : والأمة كالحرّة في استحقاق
المطالبة ، ... ٣٦ ، ٣٧

- فصل : فإن كانت المرأة صغيرة ، أو
 ٣٨ ، ٣٧ مجنونة ، فليس لها المطالبة ...
- ١٣٠٠ - مسألة : (والفئة : الجماع) ٣٨ - ٤٢
 فصل : وإذا فاء ، لزمته الكفارة ، في قول
 ٣٩ ، ٣٨ أكثر أهل العلم ...
- فصل : وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو
 ٤١ - ٣٩ طلاق ، وقع بنفس الوطاء
- فصل : فإن قال : إن وطئتك . فأنت على
 كظهر أمي . فقال أحمد : لا
 ٤٢ ، ٤١ يقربها حتى يُكفر ...
- ١٣٠١ - مسألة : (أو يكون له عذر من مرض ، أو
 إحرام ، أو شيء لا يمكن معه
 الجماع ، فيقول : متى قدرت
 جامعتها . فيكون ذلك من قوله فئة
 ٤٥ - ٤٢ للعذر)
- فصل : والإحرام كالمرض ... ٤٤ ، ٤٣
 فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق
 ٤٤ يمكنه أدائه ، طولب بالفئة ...
- فصل : فإن كان مغلوبا على عقله مجنون أو
 ٤٤ إغماء ، لم يطالب ...
- فصل : وإذا انقضت المدة ، فادعى أنه
 عاجز عن الوطاء ، لم تُسمع دعواه
 ٤٥ ، ٤٤ العنة ...

- ١٣٠٢ - مسألة : (فمتى قدر ، فلم يفعل ، أمر بالطلاق)
٤٥
- فصل : وليس على مَنْ فاء بلسانه كفارة ، ولا حنث ...
٤٥
- ١٣٠٣ - مسألة : (فإن لم يطلق ، طلق الحاكم عليه) ٤٦ ، ٤٧
فصل : والطلاق الواجب على المولى رجعى ...
٤٦ ، ٤٧
- ١٣٠٤ - مسألة : (فإن طلق عليه ثلاثا ، فهي ثلاث) ٤٧
- ١٣٠٥ - مسألة : (وإن طلق واحدة ، وراجع ، وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر ، كان الحكم كما حكمنا في الأول)
٤٨ - ٥٠
- ١٣٠٦ - مسألة : (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر ، فقال : قد أصبتها . فإن كانت ثيبا ، كان القول قوله مع يمينه)
٥٠
- فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها ، فادعى أنه أصابها ، وكذبت ، ثم طلقها ، وأراد رجعتها ، كان القول قولها ...
٥٠
- ١٣٠٧ - مسألة : (ولو آلى منها ، فلم يصبها حتى طلقها ، وانقضت عدتها منه ؛ ثم نكحها ، وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر ، وقف لها ، كما وصفت)
٥١ ، ٥٢

فصل : ولو آلى من امرأته الأمة ، ثم
اشتراها ، ثم أعتقها ، ثم

تزوجها ، عاد الإيلاء ... ٥١ ، ٥٢

١٣٠٨ - مسألة : (ولو آلى منها ، واختلفا في مضي الأربعة
أشهر ، كان القول قوله في أنها لم تمض

مع يمينه) ٥٢ - ٥٤

فصل : فإن ترك الوطء بغير يمين ، لم يكن
مولىا ... ٥٣

١١٩ - ٥٤ كتاب الظهار

فصل : وكل زوج صح طلاقه صح
ظهاره ... ٥٦

فصل : ومن لا يصح طلاقه لا يصح
ظهاره ... ٥٧

فصل : ويصح الظهار من كل زوجة ... ٥٧

١٣٠٩ - مسألة : (وإذا قال لزوجته : أنت على كظهر
أُمى ، أو ... فلا يطأها حتى يأتي
بالكفارة) ٥٧ - ٧١

في هذه المسألة فصول خمسة :

أحدها : أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه
على التأييد ، فقال : أنت على

- كظهر أمى ، أو أختى ، أو
غيرهما . فهو مظاهر ... ٥٧ ، ٥٨
- الفصل الثانى : إذا شبهها بظهر من تحرم
عليه تحريما مؤقتا ، كأخت
امراته ، وعمتها ، أو الأجنبية .
فمن أحمد فيه روايتان ... ٥٨ ، ٥٩
- فصل : وإن شبهها بظهر أبيه ، أو بظهر
غيره من الرجال ، أو ... ، ففى
ذلك كله روايتان ... ٥٩
- فصل : فإن قال : أنت عندى ، أو
منى ، أو معى ، كظهر أمى ،
كان ظهارا بمنزلة على ... ٦٠
- فصل : وإن قال : أنت على كأمى ، أو :
مثل أمى . ونوى به الظهار ، فهو
ظهار ... ٦٠ ، ٦١
- الفصل الثالث : أنه إذا قال : أنت على
حرام . فإن نوى به الظهار ، فهو
ظهار ، فى قول عامتهم ... ٦١ ، ٦٢
- فصل : فإن قال : الحل على حرام ... فهو
مظاهر ... ٦٢
- فصل : وإن قال : أنت على كظهر أمى
حرام . فهو صريح فى الظهار ... ٦٢ ، ٦٣

- فصل : وإن قال : أنت طالق كظهر
أُمى . طَلقت ... ٦٣
- فصل : فإن قال : أنت على حرام ، ونوى
الطلاق والظهار معا ، كان
ظهارًا ، ولم يكن طلاقًا ... ٦٣ ، ٦٤
- الفصل الرابع : أنه إذا شبه عضوًا من امرأته
بظهر أمه أو عضو من أعضائها ،
فهو مظاهر ... ٦٤ ، ٦٥
- فصل : وإن قال : كشعر أُمى ، أو
سنها ، أو ظفرها ، أو ... لم يكن
مظاهرا ... ٦٥
- فصل : فإن قال : أنا مظاهر ، أو ... ولا
نية له ، لم يلزمه شيء ... ٦٥ ، ٦٦
- فصل : يُكره أن يسمى الرجل امرأته بمن
تحرم عليه ... ٦٦
- الفصل الخامس : أن المظاهر يحرم عليه
وطء امرأته قبل أن يكفّر . ٦٦ ، ٦٧
- فصل : فأما التلذذ بما دون الجماع ...
ففيه روايتان ... ٦٧
- فصل : ولا يصح الظهار من أمته ، ولا أم
ولده ... ٦٧ ، ٦٨
- فصل : ويصح الظهار مؤقتا ... ٦٨ - ٧٠

- فصل : ويصح تعليق الظهار
بالشروط ... ٧٠
- فصل : فإن قال : أنت على كظهر أمي ،
إن شاء الله . لم ينعقد ظهاره ... ٧٠ ، ٧١
- ١٣١٠ - مسألة : (فإن مات ، أو ماتت ، أو طلقها ، لم
تلزمه الكفارة ...) ٧١ - ٧٥
- الكلام في هذه المسائل في ثلاثة فصول :
أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرد
الظهار ... ٧١ ، ٧٢
- الفصل الثاني : أنه إذا طلق من ظاهر
منها ، ثم تزوجها ، لم يحل له وطؤها
حتى يكفر ... ٧٢ ، ٧٣
- الفصل الثالث : أن العود هو الوطء ،
فمتى وطئ لزمته الكفارة ... ٧٣ - ٧٥
- ١٣١١ - مسألة : (وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت على
كظهر أمي . لم يطأها إن تزوجها
حتى يأتي بالكفارة) ٧٥ - ٧٧
- فصل : وإذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي
على كظهر أمي . ثم تزوج نساء ،
وأراد العود ، فعليه كفارة
واحدة ... ٧٦ ، ٧٧
- ١٣١٢ - مسألة : (ولو قال : أنت على حرام . وأراد في

تلك الحال ، لم يكن عليه شيء وإن

٧٧

(تزوجها ...)

١٣١٣ - مسألة : (ولو ظاهر من زوجته ، وهى أمة ، فلم

يكفر حتى ملكها ، انفسخ

٧٨ ، ٧٧

النكاح ، ولم يطأها حتى يكفر)

١٣١٤ - مسألة : (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة

واحدة ، لم يكن عليه أكثر من

٧٨ - ٨٠

كفارة)

فصل : ومفهوم كلام الخرق ، أنه إذا ظاهر

منهن بكلمات ، فقال لكل

واحدة : أنت على كظهر أمى .

٧٩ ، ٨٠

فإن لكل يمين كفارة ...

فصل : إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال

لأخرى : أشركتك معها ، ...

ونوى المظاهرة من الثانية ، صار

٨٠

مظاهرا منها ...

١٣١٥ - مسألة : (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من

٨٠ - ٨٥

العيوب المضرة بالعمل)

فى هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على

الإعتاق ، عتق رقبة ، لا يجزئه غير

٨١

ذلك ...

- المسألة الثانية : أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة
مؤمنة في كفارة الظهار ، وسائر
الكفارات ... ٨١ ، ٨٢
- المسألة الثالثة : أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من
العيوب المضرة بالعمل ضررا
بيننا ... ٨٢
- فصل : ولا يجزئ مقطوع اليد ، أو
الرجل ، ... ٨٢ ، ٨٣
- فصل : ويجزئ الأعور ، في قولهم
جميعا ... ٨٣ - ٨٥
- فصل : ويجزئ عتق الجاني والمرهون ... ٨٥
- فصل : ولا يجزئ عتق المغصوب ... ٨٥
- ١٣١٦ - مسألة : (فمن لم يجد ، فصيام شهرين متتابعين) ٨٥ - ٨٨
- فصل : فإن كان موسرا حين وجوب
الكفارة ، إلا أن ماله غائب ، فإن
كان مرجو الحضور قريبا ، لم يجز
الانتقال إلى الصيام ... ٨٧
- فصل : وإن وجد ثمن الرقبة ، ولم يجد رقبة
يشترها ، فله الانتقال إلى
الصيام ... ٨٧ ، ٨٨
- ١٣١٧ - مسألة : (فإن أفطر فيهما من عذر بني ، وإن
أفطر من غير عذر ابتداء) ٨٨ - ٩١

- فصل : وإن أفطر لسفر مبيح للفطر ،
 ٩٠ فكلام أحمد يحتمل الأمرين ...
- فصل : وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير
 عذر ، ... لزمه استئناف
 ٩١ الشهرين .
- ١٣١٨ - مسألة : (وإن أصابها في ليالي الصوم ، أفسد ما
 مضى من صيامه ، وابتدأ
 ٩١ ، ٩٢ الشهرين)
- ١٣١٩ - مسألة : (فإن لم يستطع ، فإطعام ستين
 ٩٢ ، ٩٣ مسكينا)
- ١٣٢٠ - مسألة : (لكل مسكين مد من بر أو نصف
 ٩٤ - ٩٨ صاع من تمر أو شعير)
- فصل : وبقي الكلام في الإطعام في أمور
 ثلاثة ؛ كيفيته ، وجنس
 ٩٧ ، ٩٨ الطعام ، ومستحقه ...
- فصل : ولا يجب التتابع في الإطعام ...
 ٩٨
- ١٣٢١ - مسألة : (ولو أعطى مسكينا مدين من كفارتين
 في يوم واحد ، أجزأ ، في إحدى
 ٩٨ - ١٠٣ الروايتين)
- فصل : والأفضل عند أبي عبد الله ،
 ٩٩ - ١٠١ إخراج الحب ...
- فصل : ولا تجزئ القيمة في الكفارة ...
 ١٠١ - ١٠٣

فصل : ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره

١٠٣

الفقر ...

١٣٢٢ - مسألة : (ومن ابتدأ صوم الظهار من أول

شعبان ، أفطر يوم الفطر ،

١٠٦ - ١٠٣

وبنى ...)

فصل : ويجوز أن يتدىء صوم الشهرين

١٠٥ ، ١٠٤

من أول شهر ، ومن أثناؤه ...

فصل : فإن نوى صيام شهر رمضان عن

الكفارة ، لم يجزئه عن رمضان ،

ولا عن الكفارة ، وانقطع

١٠٦ ، ١٠٥

التابع ...

١٣٢٣ - مسألة : (وإذا كان المظاهر عبداً ، لم يكفر إلا

١١٠ - ١٠٦

بالصيام ، ...)

فصل : والاعتبار في الكفارة بحالة

١٠٩ - ١٠٧

الوجوب ...

فصل : إذا قلنا : الاعتبار بحالة

الوجوب ، فوقته في الظهار زمن

١١٠ ، ١٠٩

العود ، لا وقت المظاهرة ...

فصل : وإذا كان المظاهر ذمياً ،

١١٠

تكفيه بالعتق ، أو الإطعام ...

١٣٢٤ - مسألة : (ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة ، كان

١١١ ، ١١٠

عاصياً ، وعليه الكفارة المذكورة)

- ١٣٢٥ - مسألة : (وإذا قالت المرأة لزوجها : أنت على كظهر أوى ، لم تكن مظهرة ، ولزمتها كفارة الظهار ...) ١١١ - ١١٤
- فصل : وإذا قلنا وجوب الكفارة عليها ، فلا تجب الكفارة عليها حتى يطأها وهي مطاوعة ... ١١٤
- ١٣٢٦ - مسألة : (وإذا ظاهر من زوجته مرارًا ، فلم يكفر ، فكفارة واحدة) ١١٤ - ١١٩
- فصل : والنية شرط في صحة الكفارة ... ١١٥ - ١١٧
- فصل : وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبيدين ، لم يخل من أربعة أحوال ... ١١٧ ، ١١٨
- فصل : ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله ... ١١٨ ، ١١٩
- ١٢٠ - ١٩٢ كتاب اللعان
- ١٣٢٧ - مسألة : (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لها : زني . أو يا زانية . أو رأيتك تزنين . ولم يأت بالينة ... لزمه الحد ...) ١٢٢ - ١٣٨

- الكلام في هذه المسألة في فصول :
- أحدها : في صفة الزوجين اللذين يصح
اللعان بهما ... ١٢٢ - ١٢٤
- فصل : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا
بها ، أو غير مدخول بها ، في أنه
يلاعنها ... ١٢٤
- فصل : فإن كان أحد الزوجين غير
مكلف ، فلا لعان بينهما ... ١٢٥ - ١٢٧
- فصل : فأما الأخرس والأخرساء ...
فهما كالمجنونين فيما ذكرناه ... ١٢٧ ، ١٢٨
- فصل : فإن قذف الأخرس ولاعن ثم
تكلم ، فأنكر القذف
واللعان ، لم يقبل إنكاره
للقذف ... ١٢٨
- فصل : فإن قذفها وهو ناطق ، ثم
خرس ... فحكمه حكم
الأخرس الأصلي ... ١٢٨ ، ١٢٩
- فصل : وكل موضع لا لعان فيه ،
فالنسب لا حق فيه ... ١٢٩
- الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير
الزوجين ... ١٢٩ - ١٣٢
- فصل : وإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ،

- ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد
نفيه ، فله أن يلاعن لنفيه ، ولا
١٣٢ حد عليه ...
- فصل : فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزنى
أضافه إلى حال الزوجية ، فهي
١٣٣ كالمسألة قبلها ...
- فصل : إذا اشترى زوجته الأمة ، ثم أقر
بوطئها ، ثم أتت بولد لسته
أشهر ، كان لاحقاً به ، ولم
ينتف عنه إلا بدعوى
١٣٣ الاستبراء ...
- فصل : إذا قذف مطلقة الرجعية ، فله
لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم
١٣٣ ، ١٣٤ يكن ...
- فصل : وإن قذف زوجته ثم أبانها ، فله
١٣٤ لعانها ...
- فصل : فإن قالت : قذفني قبل أن
يتزوجني ، وقال : بل بعده ...
١٣٤ ، ١٣٥ فالقول قوله ...
- فصل : ولو قذف أجنبية ، ثم تزوجها ،
١٣٥ فعليه الحد ، ولا يلاعن ...
- فصل : ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً
١٣٥ ، ١٣٦ يا زانية ... يُلاعن ...

- الفصل الثالث : أن كل قذف للزوجة
يجب به اللعان ... ١٣٦
- الفصل الرابع : أنه إذا قذف زوجته
المحصنة ، وجب عليه الحد ... ١٣٦ ، ١٣٧
- ١٣٢٨ - مسألة : (ولا يُعْرَضُ له ، حتى تطالبه زوجته) ١٣٨ - ١٤٤
فصل : وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها ،
أو قبل إتمام لعانه ، سقط
اللعان ... ١٣٩ ، ١٤٠
- فصل : وإذا مات المقذوف قبل المطالبة
بالحد ، سقط ، ولم يكن لورثته
الطلب به ... ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : وإذا قذف امرأته ، وله بينة ،
تشهد بزناها ... فهو مخير بين
لعانها وإقامة البينة ... ١٤١
- فصل : وإن قذفها ، فطالبت بالحد ،
فأقام شاهدين على إقرارها
بالزنى ، سقط عنه الحد ... ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : فإن شهد شاهدان أنه قذف
فلانة وقذفنا ، لم تقبل
شهادتهما ... ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية
أنه قذفها ، وشهد آخر أنه أقر

- بذلك بالعجـمـية ، تمت
 الشهادة ... ١٤٣ ، ١٤٤
- ١٣٢٩ - مسألة : (فمتى تلاعنا وفرّق الحاكم بينهما ، لم
 يجتمعا أبدا) ١٤٤ - ١٥٠
 في هذه المسألة مسألتان :
 إحداها : أن الفرقة بين المتلاعنين لا
 تحصل إلا بتلاعنها جميعا ... ١٤٤ - ١٤٧
 فصل : وفرقة اللعان فسخ . ١٤٧
 فصل : وذكر بعض أهل العلم ، أن
 الفرقة إنما حصلت باللعان . ١٤٨ ، ١٤٩
 المسألة الثانية : أنها تحرم عليه باللعان
 تحريما مؤبدا ... ١٤٩
 فصل : فإن كانت أمة ، فاشتراها
 ملاعنها ، لم تحل له ... ١٤٩ ، ١٥٠
- ١٣٣٠ - مسألة : (فإن أكذب نفسه ، فلها عليه الحد) ١٥٠ - ١٥٢
 فصل : ويلحقه نسب الولد ... ١٥٠ ، ١٥١
 فصل : فإن لم يكذب نفسه ، ولكن لم
 يكن له بيـنة ، ولا لـاعن ، أقيم
 عليه الحد ... ١٥١ ، ١٥٢
- ١٣٣١ - مسألة : (وإن قذفها ، وانتفى من ولدها ، وتم
 اللعان بينهما بتفريق الحاكم ، نفى
 عنه ، إذا ذكره في اللعان) ١٥٢ - ١٥٦

- فصل : وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو
أن يكون بينهما دون ستة أشهر ،
فاستلحق أحدهما ، ونفى
الآخر ، لحقا به ... ١٥٤ - ١٥٦
- فصل : وإن مات أحد التوأمين ، أو ماتا
معا ، فله أن يلاعن لنفى
نسبهما ... ١٥٦
- ١٣٣٢ - مسألة : (وإن أكذب نفسه بعد ذلك ، لحقه
الولد) ١٥٦ - ١٦٠
- فصل : والقذف على ثلاثة أضرب ... ١٥٦ - ١٦٠
- فصل : فإن أكرهت زوجته على الزنا في
طهر لم يصحبها فيه ، فأنت بولد
يمكن أن يكون من الواطيء ،
فهو منه ، وليس للزوج قذفها
بالزنى ... ١٦٠
- ١٣٣٣ - مسألة : (وإن نفى الحمل في التعانه ، لم ينتف
عنه حتى ينفيه عند وضعها له ،
ويلاعن) ١٦٠ - ١٦٥
- فصل : وإن استلحق الحمل ، فمن
قال : لا يصح نفية ، قال : لا
يصح استلحاقه ... ١٦٢
- فصل : وإذا ولدت امرأته ولداً ،
فسكت عن نفية ، مع إمكانه ،
لزمه نسبه ... ١٦٢ - ١٦٤

- فصل : فإن هُئِئَ به ، فأَمَّن على
الدعاء ، لزمه ، في قولهم
١٦٥ ، ١٦٤ جميعا ...
- ١٣٣٤ - مسألة : (ولو جاءت امرأته بولد ، فقال : لم
تزن ، ولكن ليس هذا الولد مني .
فهو ولده في الحكم ، ولا حد عليه
١٦٥ - ١٧٣ لها)
- فصل : ومن ولدت امرأته ولدا لا يمكن
كونه في النكاح ، لم يلحقه
١٦٧ - ١٦٩ نسبه ...
- فصل : وإن طلق امرأته وهي حامل ،
فوضعت ولدا ، ثم ولدت آخر
قبل مضي ستة أشهر ، فهو من
١٦٩ - ١٧١ الزوج ...
- فصل : فإن غاب عن زوجته سنين ،
فبلغتها وفاته ، ... ففسخ نكاح
١٧١ الثاني ، وردت إلى الأول ...
- فصل : وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها
بشبهة ، فأنت بولد ، لحقه
١٧١ - ١٧٣ نسبه ...
- فصل : وإن أتت امرأته بولد ، فادعى أنه
١٧٣ من زوج قبله ، نظرنا ...

١٣٣٥ - مسألة : (.. اللعان الذى يرأبه من

١٨٠ - ١٧٤

(الحدد ...)

فى هذه المسألة مسألتان :

إحداهما : أن اللعان لا يصح إلا بمحضر

١٧٤ من الحاكم، أو من يقوم مقامه ...

فصل : ويستحب أن يكون اللعان

١٧٥ ، ١٧٤ بمحضر جماعة من المسلمين ...

فصل : قال القاضى : ولا يستحب

التغليظ فى اللعان بمكان ولا

١٧٦ ، ١٧٥ زمان ...

المسألة الثانية : فى ألفاظ اللعان

١٧٩ - ١٧٦ وصفته ...

فصل : ويشترط فى صحة اللعان شروط

١٨٠ ، ١٧٩ ستة ...

فصل : وإن كان الزوجان يعرفان

العريضة ، لم يجوز أن يلتعنا

١٨٠ بغيرها ...

١٣٣٦ - مسألة : (وإن كان بينهم فى اللعان ولد ، ذكر

١٨٨ - ١٨٠

(الولد ...)

فصل : وإذا قذف امرأته بالزنى برجل

بعينه ، فقد قذفهما ، وإذا لاعنها

١٨٢ ، ١٨١ سقط الحد عنه لهما ...

الصفحة

- فصل : ولو قذف امرأته وأجنبيّة
بكلمتين ، فعليه حدان لهما ... ١٨٣ ، ١٨٢
- فصل : ولو قال لزوجته : يا زانية يا بنت
الزانية . فقد قذفها ، وقذف أمها
بكلمتين ... ١٨٣ ، ١٨٤
- فصل : وإن قذف محصنات ، فحد
واحد ... ١٨٨ - ١٨٤
- ١٣٣٧ - مسألة : (فإن التعن هو ، ولم تلتن هي ، فلا
حد عليها ، والزوجة بحالها) ١٨٨ - ١٩٠
- ١٣٣٨ - مسألة : (وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات) ١٩٠ - ١٩٢
- فصل : ولو قال لامرأته : يا زانية .
فقلت : بك زنيته . فلا حد
عليها ، ولا عليه ... ١٩١ ، ١٩٢

كتاب العدد ١٩٣ - ٣٠٨

- فصل : وتجب العدة على الذمية من
الذمي والمسلم ... ١٩٤
- فصل : والمعتدات ثلاثة أقسام ... ١٩٤ ، ١٩٥
- فصل : وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة
الطلاق ... ١٩٥ ، ١٩٦
- فصل : والموطوءة بشبهة تعتد عدة

- المطلقة ، وكذلك الموطوءة في
نكاح فاسد ... ١٩٦
- فصل : والمزني بها ، كالموطوءة بشبهة في
العدة ... ١٩٧ ، ١٩٧
- ١٣٣٩ - مسألة : (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا
بها ، فعديتها ثلاث حيض غير
الحيضة التي طلقها فيها) ١٩٧ - ٢٠٤
- في هذه المسألة ثلاثة فصول :
أحدها : أن العدة تجب على كل من خلا
بها زوجها ، وإن لم يلمسها ١٩٧ ، ١٩٨
- فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أنه لا فرق
بين أن يخلو بها مع المانع من
الوطء ، أو عدمه ... ١٩٨ ، ١٩٩
- الفصل الثانى : أن عدة المطلقة ، إذا
كانت حرة وهى من ذوات
القروء ، ثلاثة قروء ... ١٩٩ - ٢٠٣
- الفصل الثالث : أن الحيضة التى تطلق
فيها ، لا تحسب من عدتها ... ٢٠٣ ، ٢٠٤
- ١٣٤٠ - مسألة : (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة ،
أبيحت للأزواج) ٢٠٤ - ٢٠٦
- فصل : وإن قلنا : القروء الأطهار .
فطلقها وهى طاهر ، انقضت

- عدتها برؤية الدم من الحيضة
الثالثة ... ٢٠٥ ، ٢٠٦
- ١٣٤١ - مسألة : (وإن كانت أمة : فإذا اغتسلت من
الحيضة الثانية) ٢٠٦ ، ٢٠٧
- ١٣٤٢ - مسألة : (وإن كانت من الآيسات ، أو ممن لم
يحصن ، فعدتها ثلاثة أشهر) ٢٠٧ ، ٢٠٨
- فصل : وتحسب العدة من الساعة التي
فارقها زوجها فيها ... ٢٠٨
- ١٣٤٣ - مسألة : (والأمة شهران) ٢٠٨ - ٢١٢
- فصل : واختلف عن أحمد في السن
الذى تصير به المرأة من
الآيسات ... ٢١٠ ، ٢١١
- فصل : وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع
سنين ... ٢١١
- فصل : فإن بلغت سنا تحيض فيه النساء
في الغالب ، فلم تحض ... ٢١٢
- ١٣٤٤ - مسألة : (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة ،
وهى أمة ، فلم تنقض عدتها حتى
أعتقت ، بنت على عدة حرة ...) ٢١٢ - ٢١٤
- فصل : إذا عتقت الأمة تحت العبد ،
فاختارت نفسها ، اعتدت عدة
الحرة ... ٢١٤

- ١٣٤٥ - مسألة : (وإذا طلقها وهي من حاضت ،
 ٢١٥ ، ٢١٤) فارتفع حيضها ... اعتدت سنة (فصل : فإن عاد الحيض في السنة ...
 ٢١٥) لزمها الانتقال إلى القروء ...
 ١٣٤٦ - مسألة : (وإن كانت أمة ، اعتدت بأحد عشر شهرا ، تسعة أشهر للحمل ،
 ٢١٥ ، ٢١٦) وشهران للعدة (١٣٤٧ - مسألة : (وإن عرفت ما رفع الحيض ، كانت في عدة حتى يعود الحيض ، فتعتد به ...)
 ٢١٧ ، ٢١٦ ١٣٤٨ - مسألة : (وإن حاضت حيضة أو حيضتين ، ثم ارتفع حيضها ... لم تنقض عدتها إلا بعد سنة من وقت انقطاع الحيض)
 ٢١٧ - ٢٢٠ فصل : فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما بين حيضتيها ، لم تنقض عدتها حتى تحيض ثلاث حيض ...
 ٢١٨ ، ٢١٩ فصل : في عدة المستحاضة ؛ لا تخلو إما أن يكون لها حيض محكوم به بعادة أو تمييز ، أو لا تكون كذلك ...
 ٢١٩ ، ٢٢٠ ١٣٤٩ - مسألة : (ولو طلقها وهي من اللأئي لم يحضن ،

- فلم تنقض عدتها بالشهور حتى
حاضت ، استقبلت العدة بثلاث
٢٢٠ - ٢٢٣ (حيض إن كانت حرة ...)
فصل : ولو حاضت حيضة أو حيضتين ،
ثم صارت من الآيسات ،
٢٢٠ ، ٢٢١ استأنفت العدة بثلاثة أشهر ...
فصل : وإذا ارتابت المعتدة ...
وشكت هل هو حمل أم لا ..
٢٢١ فلا يخلو من ثلاثة أحوال ...
فصل : وإذا طلق واحدة من نسائه لا
٢٢٢ ، ٢٢٣ يعينها ، أخرجت بالقرعة ...
١٣٥٠ - مسألة : (ولو مات عنها ، وهو حر أو عبد ،
قبل الدخول أو بعده ، انقضت
عدتها تمام أربعة أشهر وعشر ...)
٢٢٣ - ٢٢٧ فصل : والعشر المعتبرة في العدة هي
عشر ليال بأيامها ...
٢٢٤ ، ٢٢٥ فصل : وإذا مات زوج الرجعية ،
استأنفت عدة الوفاة ، أربعة
٢٢٥ - ٢٢٧ أشهر وعشرا ...
١٣٥١ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، وهي
حامل منه ، لم تنقض عدتها إلا
بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة)
٢٢٧ - ٢٢٩

- فصل : وإذا كان الحمل واحداً ،
انقضت العدة بوضعه ... ٢٢٩
- ١٣٥٢ - مسألة : (والحمل الذى تنقضى به العدة ، ما
يتبين فيه شيء من خلق
الإنسان ...) ٢٢٩ - ٢٣٢
- فصل : وأقل مدة الحمل ستة أشهر ... ٢٣١ ، ٢٣٢
- ١٣٥٣ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم
تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو
موته بأربع سنين ، لحقه الولد ،
وانقضت عدتها به) ٢٣٢ - ٢٣٦
- فصل : وإن أتت بالولد بعد أربع سنين
منذ مات ... لم يلحقه
ولدها ... ٢٣٤
- فصل : وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها
بالقروء ، ثم أتت بولد لستة أشهر
فصاعداً من بعد انقضائها ، لم
يلحق نسبه بالزوج ... ٢٣٥
- فصل : وإذا مات الصغير الذى لا يولد
لمثله عن زوجته ، فأنت بولد ، لم
يلحقه نسبه ... ٢٣٥ ، ٢٣٦
- ١٣٥٤ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم
تنقض عدتها حتى تزوجت من

- أصاها ، فُرق بينهما ، وبنت على
ما مضى من عدة الأول ، ثم
استقبلت العدة من الثاني) ٢٣٦ - ٢٣٩
- ١٣٥٥ - مسألة : (وله أن ينكحها بعد انقضاء
العدتين) ٢٣٩ ، ٢٤٠
- فصل : وكل معتدة من غير النكاح
الصحيح ... ، فقياس المذهب
تحريم نكاحها على الواطئ
٢٤٠ وغيره
- ١٣٥٦ - مسألة : (وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما ،
أرى القافة ، وألحق بمن ألحقوه
منهما ، ...) ٢٤١ - ٢٦٢
- فصل : وإذا تزوج معتدة ، وهما عالمان
بالعدة ، وتحريم النكاح فيها ،
ووطئها ، فهما زانيان ... ٢٤٢
- فصل : وإذا خالغ الرجل زوجته ، أو
فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها
في عدتها ... ٢٤٢ - ٢٤٤
- فصل : وإن طلقها طلاقا رجعيا ، ثم
ارتجعها في عدتها ووطئها ، ثم
طلقها ، انقطعت العدة الأولى
برجعته ... ٢٤٤ ، ٢٤٥

- فصل : فإن طلقها طلاقاً رجعيًا ،
فنكحت في عدتها من وطئها ،
فقد ذكرنا أنها تبنى على عدة
الأول ، ثم تستأنف عدة للثاني ... ٢٤٥ ، ٢٤٦
- فصل : إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من
غيره ، فمات ولدها ، فإن أحمد
قال : يعتزل امرأته حتى تحيض
حيضة ... ٢٤٦
- فصل : في أحكام المفقود ... ٢٤٧ - ٢٥١
- فصل : وهل يعتبر أن يطلقها وليُّ
زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة
قروء ؟ فيه روايتان ... ٢٥١
- فصل : وهل يعتبر ابتداء المدة من حين
الغيبه أو من حين ضرب الحاكم
المدة ؟ على روايتين ... ٢٥١ ، ٢٥٢
- فصل : فإن قدم زوجها الأول قبل أن
تتزوج ، فهي امرأته ... ٢٥٢ ، ٢٥٣
- فصل : ومتى اختار الأول تركها ، فإنه
يرجع على الثاني بصداقها ... ٢٥٣ - ٢٥٥
- فصل : وإن اختارت امرأة المفقود المقام
والصبر حتى يتبين أمره ، فلها

الصفحة

٢٥٥ - ٢٥٧	النفقة ما دام حيا ...
	فصل : في ميراثها من الزوجين ،
٢٥٧ ، ٢٥٨	وتوريثهما منهما ...
	فصل : وإذا تزوجت امرأة المفقود ، في
	وقت ليس لها أن تتزوج فيه ...
٢٥٨ ، ٢٥٩	فنكاحها باطل ...
	فصل : ويقسم مال المفقود في الوقت
	الذي تؤمر زوجته بعده الوفاة
٢٥٩	فيه ...
	فصل : وإن تصرف الزوج المفقود في
٢٥٩	زوجته ... صح تصرفه ...
	فصل : وإذا فقدت الأمة زوجها ،
	تربّعت أربع سنين ، ثم
	اعتدت للوفاة شهرين وخمسة
٢٥٩ ، ٢٦٠	أيام ...
	فصل : فإن غاب رجل عن زوجته ،
	فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت
	زوجته للوفاة ، أيسح لها أن
٢٦٠ ، ٢٦١	تتزوج ...
	نصل : وإذا نكح رجل امرأة نكاحا
	متفقا على بطلانه ... فلا حكم
٢٦١ ، ٢٦٢	لعقده ...

- ٢٦٢ فصل : فى عدة المعتق بعضها ...
- ١٣٥٧ - مسألة : (وأم الولد إذا مات سيدها ، فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة) ٢٦٢ - ٢٦٥
- فصل : ولا يكفى فى الاستبراء طهر واحد ، ولا بعض حيضة ... ٢٦٤ ، ٢٦٥
- ١٣٥٨ - مسألة : (وإن كانت آيسا ، فبثلاثة أشهر) ٢٦٥ ، ٢٦٦
- ١٣٥٩ - مسألة : (وإن ارتفع حيضها لا تدرى ما رفعه ، اعتدت بتسعة أشهر ، وشهر مكان الحيضة) ٢٦٧
- فصل : وإن علمت ما رفع الحيض ، لم تنزل فى الاستبراء حتى يعود الحيض ... ٢٦٧
- ١٣٦٠ - مسألة : (وإن كانت حاملا ، فحتى تضع) ٢٦٧ - ٢٧٠
- فصل : وإذا زوج أم ولده ، ثم مات ، عتقت ، ولم يلزمها استبراء . ٢٦٨
- فصل : فإن مات زوجها وسيدها ، ولم تعلم أيهما مات أولا ، فعلى قول أبى بكر ، ليس عليها استبراء ... ٢٦٨ - ٢٧٠
- ١٣٦١ - مسألة : (وإن أعتق أم ولده ، أو أمة كان يصيبها ، لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ...) ٢٧٠ - ٢٧٤

- فصل : فإن لم تكن من ذوات القروء ،
فاستبرأوها بما ذكرنا في أم
الولد ... ٢٧١
- فصل : وإن مات عن أمة كان يصيبها ،
فاستبرأوها بما ذكرنا في أم
الولد ... ٢٧١
- فصل : وإن أعتق أم ولده ، أو أمته التي
كان يصيبها ، ... ، فله أن
يتزوجها في الحال ... ٢٧١ ، ٢٧٢
- فصل : وإن اشترى أمة ، فأعتقها قبل
استبرائها ، لم يجوز أن يتزوجها
حتى يستبرئها ... ٢٧٢ ، ٢٧٣
- فصل : وإذا كانت له أمة يطؤها ،
فاستبرأها ، ثم أعتقها ، لم
يلزمها استبراء ... ٢٧٤
- فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين ،
فوطئها ، لزمها استبراء ... ٢٧٤
- ١٣٦٢ - مسألة : (ومن ملك أمة ، لم يصبا ، ولم يُقبلها
حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها
بحيضة ...) ٢٧٤ - ٢٨٤
- فصل : ومن ملك مجوسية ، أو وثنية ،
فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له
حتى يستبرئها ... ٢٧٨ ، ٢٧٩

- فصل : وإذا تزَّج الرجل أُمته ، فطلقها
الزوج ، لم يلزم السيد
استبرأؤها ... ٢٧٩
- فصل : وإن اشترى أمة مزوجة ،
فطلقها الزوج قبل الدخول ، لم
تبح بغير استبراء ... ٢٧٩ ، ٢٨٠
- فصل : وإن كانت الأمة لرجلين ،
فوطئها ، ثم باعها لرجل ،
أجزأ استبراء واحد ... ٢٨٠
- فصل : وإذا اشترى الرجل زوجته
الأمة ، لم يلزمه استبرأؤها ... ٢٨٠
- فصل : وإن وطئ الجارية التي يلزمه
استبرأؤها قبل استبرائها ،
أنثم ... ٢٨١
- فصل : ومن أراد بيع أُمته ، فإن كان لا
يطؤها ، لم يلزمه استبرأؤها ... ٢٨١ - ٢٨٣
- فصل : وإذا اشترى جارية ، فظهر بها
حمل ، لم يخل من أحوال
خمسة ... ٢٨٣
- ١٣٦٣ - مسألة : (وتحتب الزوجة المتوفى عنها زوجها
الطيب ، والزينة ...) ٢٨٤ - ٢٩٠
- فصل : ولا إحداد على غير الزوجات ،

الصفحة

- كأَم الولد إذا مات سيدها ... ٢٨٤ ، ٢٨٥
فصل : وتجنب الحادة ما يدعو إلى
جماعها ، ويُرغَّب في النظر
إليها ... وذلك أربعة أشياء ... ٢٨٥ - ٢٨٩
فصل : والثالث مما تجنبه الحادة
التقاب ، وما في معناه ، ... ٢٩٠
فصل : والرابع المبيت في غير منزلها ، ... ٢٩٠ ، ٢٩١
فصل : فإن خافت هدمًا أو غرقًا ...
فلها أن تنتقل ... ٢٩١ ، ٢٩٢
فصل : قال أصحابنا : ولا سكنى
للمتوفى عنها ، إذا كانت
حائلاً ... ٢٩٢ - ٢٩٥
فصل : فأما إذا قلنا : ليس لها
السكنى ، فتطوع الورثة
بإسكانها في مسكن زوجها ،
أو ... فلها أن تنتقل عنه إلى
غيره . ٢٩٥ ، ٢٩٦
فصل : وإذا قلنا : إنها تضرب مع
الغرماء بقدر مدة عدتها ، فإنها
تضرب بمدة عدتها في وضع
الحمل ، إن كانت حاملاً ... ٢٩٦ ، ٢٩٧
فصل : وللمعتدة الخروج في حوائجها
نهاراً ... ٢٩٧ ، ٢٩٨

- فصل : والأمة كالحررة فى الإحداد
 والاعتداد بالمنزل ... ٢٩٨
- فصل : والبدوية كالحضرية فى الاعتداد
 فى منزلها الذى مات زوجها وهى
 ساكنة فيه ... ٢٩٨
- فصل : فإن مات صاحب السفينة
 وامرأته فى السفينة ، ولها مسكن
 فى البر ، فحكمها حكم
 المسافرة فى البر ... ٢٩٩ ، ٢٩٨
- ١٣٦٤ - مسألة : (والمطلقة ثلاثا ، تتوقى الطيب ،
 والزينة والكحل بالإثم) ٢٩٩ - ٣٠٣
- فصل : وإذا كانت المبتوتة حاملا ،
 وجب لها السكنى ... ٣٠٠ - ٣٠٢
- فصل : قال أصحابنا : ولا يتعين
 الموضع الذى تسكنه فى
 الطلاق ... ٣٠٢ ، ٣٠٣
- ١٣٦٥ - مسألة : (وإذا خرجت إلى الحج ، فتوفى عنها
 زوجها ، وهى بالقرب ، رجعت
 لتقضى العدة ...) ٣٠٣ - ٣٠٧
- فصل : ولو كانت عليها حجة الإسلام ،
 فمات زوجها ، لزمها العدة فى
 منزلها وإن فاتها الحج ... ٣٠٥

الصفحة

فصل : وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير

النقلة ، فخرجت ، ثم مات

زوجها ، فالحكم في ذلك

كالحكم في سفر الحج ... ٣٠٥ ، ٣٠٦

فصل : وإن أذن الزوج لها في الانتقال

إلى دار أخرى ، أو بلد آخر ،

فمات قبل انتقالها ، لزمها

الاعتداد في الدار التي هي

بها ... ٣٠٦ ، ٣٠٧

١٣٦٦ - مسألة : (وإذا طلقها زوجها ، أو مات عنها

وهو ناءٍ عنها ، فعدتها من يوم مات

أو طلق ...) ٣٠٧ ، ٣٠٨

٣٠٩ - ٣٤٦ كتاب الرضاع

١٣٦٧ - مسألة : (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه ،

أن يكون خمس رضعات فصاعدا) ٣٠٩ - ٣١٣

في هذه المسألة مسألتان :

إحداهما : أن الذي يتعلق به التحريم

خمس رضعات فصاعدا ... ٣١٠ - ٣١٢

فصل : وإذا وقع الشك في وجود

الرضاع ... لم يثبت التحريم . ٣١٢

- المسألة الثانية : أن تكون الرضعات
متفرقات ... ٣١٢ ، ٣١٣
- ١٣٦٨ - مسألة : (والسعوط كالرضاع ، وكذلك
الوجور) ٣١٣ - ٣١٥
- فصل : وإنما يحرم من ذلك مثل الذي
يحرم بالرضاع ، وهو خمس في
الرواية المشهورة ... ٣١٣ ، ٣١٤
- فصل : وإن عمل اللبن جبناً ثم أطعمه
الصبي ، ثبت به التحريم ... ٣١٤ ، ٣١٥
- فصل : فأما الحقنة ، فقال أبو الخطاب :
المنصوص عن أحمد ، أنها لا
تحرم ... ٣١٥
- ١٣٦٩ - مسألة : (واللبن المشوب كالخض) ٣١٥ ، ٣١٦
- فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقي به
الصبي ، فهو كما لو ارتضع من
كل واحدة منهن ... ٣١٦
- ١٣٧٠ - مسألة : (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ،
لأن اللبن لا يموت) ٣١٦ ، ٣١٧
- فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إناء ، ثم
ماتت ، فشربه صبي ، نشر
الحرمة ... ٣١٧
- ١٣٧١ - مسألة : (وإذا حلبت من يلحق نسب ولدها

- به ، فثاب لها لبن ، فأرضعت به
طفلا خمس رضعات متفرقات ، في
حولين ، حُرِّمت عليه ...) ٣١٧ - ٣٢٥
- فصل : وإذا وطئ رجلان امرأة ، فأتت
بولد ، فأرضعت بلبنه طفلا ،
صار ابنا لمن ثبت نسب المولود
... منه ٣٢٢ ، ٣٢٣
- فصل : ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الآدمية
بحال ... ٣٢٣ ، ٣٢٤
- فصل : وإن ثاب لامرأة لبن من غير
وطء ، فأرضعت به طفلا ،
نشر الحرمة ... ٣٢٤
- فصل : إذا كان لرجل خمس أمهات
أولاد ، له منهن لبن ، فارتضع
طفل من كل واحدة منهن
رضعة ، لم يصرن أمهات له ،
وصار المولى أبا له ... ٣٢٤ ، ٣٢٥
- 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 ... ٣٢٥

١٣٧٢ - مسألة : (ولو طلق زوجته ثلاثا ، وهي ترضع

من لبن ولده ، فتزوجت بصبي

مرضع ، فأرضعته ، فحرمت

عليه ، ثم تزوجت بآخر ، ودخل بها

ووطئها ، ثم طلقها ، أو مات عنها ،

لم يجز أن يتزوجها الأول ...) ٣٢٥ - ٣٢٧

فصل : وإذا طلق الرجل زوجته ، ولها منه

لبن ، فتزوجت آخر ، لم يخل من

خمسة أحوال ... ٣٢٦ ، ٣٢٧

١٣٧٣ - مسألة : (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ، فلم

يدخل بالكبيرة حتى أرضعت

الصغيرة في الحولين ، حرمت عليه

الكبيرة ، وثبت نكاح

الصغيرة ...) ٣٢٧ - ٣٣٧

في هذه المسألة فصول أربعة :

الأول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ،

فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل

دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة

في الحال ، وحرمت عليه على

التأيد ... ٣٢٨

الفصل الثاني : أنه إن كان دخل

الصفحة

- بالكبيرة ، حرمتا جميعا على
الأبد ، وانفسخ نكاحهما ... ٣٢٨ ، ٣٢٩
- الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر
الصغيرة . ٣٢٩
- الفصل الرابع : أنه يرجع على الكبيرة بما
لزمه من صداق الصغيرة . ٣٢٩
- فصل : والواجب نصف المسمى ، لا
نصف مهر المثل . ٣٣٠
- فصل : وكل امرأة تحرم ابتها إذا أرضعت
زوجته الصغيرة ، أفسدت
نكاحه ، وحرمتها عليه ، ولزمها
نصف الصداق ... ٣٣٠ ، ٣٣١
- فصل : وإن تزوج كبيرة ، ثم طلقها ،
فأرضعت صغيرة بلبننه ،
صارت بنتا له ... ٣٣١ ، ٣٣٢
- فصل : وإن أرضعت بنت الكبيرة
الصغيرة ، فالحكم في التحريم
والفسخ حكم ما لو أرضعتها
الكبيرة .
- فصل : ومن أفسد نكاح المرأة بالرضاع
قبل الدخول ، غرم نصف
صداقها . ٣٣٢ - ٣٣٤

الصفحة

- فصل : وإن أفسد النكاح جماعة ،
تقسط المهر عليهم . ٣٣٤ - ٣٣٦
- فصل : إذا كانت له زوجة أمة ،
فأرضعت امرأته الصغيرة ،
فحرمتها عليه ، وفسخت
نكاحها ، كان ما لزمه من
صداق الصغيرة له في رقية
الأمة . ٣٣٦ ، ٣٣٧
- ١٣٧٤ - مسألة : (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين ،
فأرضعت الكبيرة الصغيرتين ،
حرمت عليه الكبيرة ، وانفسخ
نكاح الصغيرتين ...) ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : فإن أرضعت الصغيرتين
أجنبية ، انفسخ نكاحهما
أيضا ... ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : وإن أرضعتها بنت الكبيرة ،
فالحكم في السفخ كما لو
أرضعتن الكبيرة نفسها . ٣٣٨
- ١٣٧٥ - مسألة : (وإن كن الأصاغر ثلاثا ، فأرضعتن
منفردات ، حرمت الكبيرة ،
وانفسخ نكاح المرتضعتين أولا ،
وثبت نكاح آخرهن رضاعا ...) ٣٣٨ - ٣٤٠

فصل : فإن أرضعتن بنت الكبيرة ،

فهو كما لو أرضعتن أمها ... ٣٣٩

١٣٧٦ - مسألة : (وإذا شهدت امرأة واحدة على

الرضاع ، حرم النكاح إذا كانت

مرضية ...) ٣٤٠ - ٣٤٢

فصل : ويقبل فيه شهادة المرضعة على

فعل نفسها ... ٣٤١ ، ٣٤٢

فصل : ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا

مفسرة ... ٣٤٢

١٣٧٧ - مسألة : (وإذا تزوج امرأة ، ثم قال قبل

الدخول : هي أختي من الرضاعة .

انفسخ النكاح ...) ٣٤٣ ، ٣٤٤

فصل : وإن قال : هي عمتي ،

أو ... ، وأمكن صدقه ،

فالحكم فيه كما لو قال : هي

أختي ... ٣٤٤

فصل : إذا ادعى أن زوجته أخته من

الرضاع ، فأنكرته ، فشهدت

بذلك أمه أو ابنته ، لم تقبل

شهادتهما ... ٣٤٤

١٣٧٨ - مسألة : (وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو

أخي من الرضاعة . فأكذبها ، ولم

تأت بالينة على ما وصفت ، فهي

زوجته في الحكم) ٣٤٤ - ٣٤٦

فصل : وإن ادعى أحد الزوجين على

الآخر ، أنه أقر أنه أخو صاحبه

من الرضاة ، فأنكر ، لم يقبل

في ذلك شهادة النساء

المنفردات ... ٣٤٦

فصل : كره أبو عبد الله الارتضاع بلبين

الفجور والمشركات ... ٣٤٦

كتاب النفقات ٣٤٧ - ٤٤٢

١٣٧٩ - مسألة : (وعلى الزوج نفقة زوجته ، ما لا غنى

بها عنه وكسوتها) ٣٤٨ - ٣٥٧

فصل : والنفقة مقدرة بالكفاية ،

وتختلف باختلاف من تجب له

النفقة في مقدراتها ... ٣٤٩ ، ٣٥٠

فصل : ولا يجب فيها الحب ... ٣٥٠ - ٣٥٢

فصل : ويُرجع في تقدير الواجب إلى

اجتهاد الحاكم ، أو نائبه . ٣٥٢ ، ٣٥٣

فصل : وحكم المكاتب والعبد حكم

المعسر . ٣٥٣

الصفحة

- فصل : ويجب للمرأة ما تحتاج إليه . ٣٥٢ ، ٣٥٤
- فصل : ويجب عليه كسوتها . ٣٥٤
- فصل : وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم . ٣٥٥
- فصل : ويجب لها مسكن . ٣٥٥
- فصل : فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها .. وجب لها خادم ... ٣٥٦ ، ٣٥٥
- فصل : وعلى الزوج نفقة الخادم . ٣٥٧
- ١٣٨٠ - مسألة : (فإن منعها ما يجب لها ، أو بعضه ، وقدرت له على مال ، أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ...) ٣٥٧ - ٣٦٠
- فصل : ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ... ٣٥٨ ، ٣٥٩
- فصل : وإذا دفع إليها نفقتها ، فلها أن تتصرف فيها بما أحببت ... ٣٥٩
- فصل : وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة ... ٣٥٩ ، ٣٦٠
- فصل : وإذا دفع إليها كسوتها ، وأرادت بيعها .. وكان ذلك يضر بها ... لم تملك ذلك . ٣٦٠
- فصل : والذمية كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة . ٣٦٠

١٣٨١ - مسألة : (فإذا منعها ، ولم تجد ما تأخذه ،

فاختارت فراقه ، فرق الحاكم

بينهما) ٣٦٠ - ٣٧٢

فصل : وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم ،

فليس ذلك إغساراً يثبت به

الفسخ . ٣٦٢ - ٣٦٤

فصل : وإن غيَّب ماله ، وصبر على

الحبس ... فلها الخيار في

الفسخ . ٣٦٤ ، ٣٦٥

فصل : ومن وجبت عليه نفقة امرأته ،

وكان له عليها دين ، فأراد أن

يحتسب عليها بدينه ... ٣٦٥

فصل : وكل موضع ثبت لها الفسخ

لأجل النفقة ، لم يجز إلا بحكم

الحاكم . ٣٦٥

فصل : وإن رضيت بالمقام معه مع

عسرتة ... ثم بدا لها الفسخ ...

فلها ذلك . ٣٦٦

فصل : وإن رضيت بالمقام مع ذلك ، لم

يلزمها التمكن من الاستمتاع . ٣٦٦

فصل : ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأة

مدة ، لم يسقط بذلك . ٣٦٦ ، ٣٦٧

الصفحة

- فصل : ويصح ضمان النفقة . ٣٦٧ ، ٣٦٨
- فصل : وإن أعسر بنفقة الخادم ، أو ... ٣٦٨
- ثبت ذلك في ذمته . ٣٦٨
- فصل : وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها ، حسب عليها ما أنفقته من ميراثها . ٣٦٨
- فصل : وإن أعسر الزوج بالصدّاق ، ففيه ثلاثة أوجه ... ٣٦٨ ، ٣٦٩
- فصل : ونفقة الأمة المزوّجة حق لها ولسيدّها . ٣٦٩ ، ٣٧٠
- فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ... أو في تقييضها نفقتها ، فالقول قول المرأة ... ٣٧٠ ، ٣٧١
- فصل : وإن طلق الرجل امرأته ، فادعت أنها حامل ، لتكون لها النفقة ، أنفق عليها ثلاثة أشهر ... ٣٧١ ، ٣٧٢
- ١٣٨٢ - مسألة : (ويجبر الرجل على نفقة والديه ، وولده ، الذكور والإناث ، إذا كانوا فقراء ، وكان له ما ينفق عليهم) ٣٧٢ - ٣٨٠

الصفحة

- فصل : ويجب الإنفاق على الأجداد
والجدات وإن علوا ، وولد الولد
وإن سفلوا ... ٣٧٤
- فصل : ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة
شروط ... ٣٧٤ - ٣٧٧
- فصل : فأما ذوو الأرحام الذين لا
يرثون بفرض ولا تعصيب ، فإن
كانوا من غير عمودى النسب ،
فلا نفقة عليهم ... ٣٧٧
- فصل : ولا يشترط فى وجوب نفقة
الوالدين والمولودين نقص
الخلقة ، ولا نقص الأحكام ، فى
ظاهر المذهب ... ٣٧٧ - ٣٧٨
- فصل : ومن كان له أب من أهل
الإنفاق ، لم تجب نفقته على
سواه ... ٣٧٨
- فصل : ويلزم الرجل إعفاف ابنه ، إذا
احتاج إلى النكاح ... ٣٧٩
- فصل : وإذا وجب عليه إعفاف أبيه ،
فهو مخير ... ٣٧٩ ، ٣٨٠
- فصل : قال أصحابنا : وعلى الأب
إعفاف ابنه إذا كانت عليه
نفقته ... ٣٨٠

- ١٣٨٣ - مسألة : (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب ،
أُجبر وارثه على نفقته ، على قدر
٣٨٣ - ٣٨٠ ميراثهم منه)
- ١٣٨٤ - مسألة : (فإن كان للصبي أم أو جد ، فعلى الأم
ثلث النفقة ، وعلى الجد ثلثا
٣٨٤ ، ٣٨٣ النفقة)
- فصل : وإن اجتمع ابن وبنت ، فالنفقة
٣٨٤ بينهما أثلاثا ، كالميراث ...
- ١٣٨٥ - مسألة : (فإن كانت جدة أو أخا ، فعلى الجدة
سدس النفقة والباقي على الأخ ،
وعلى هذا المعنى حساب
٣٨٨ - ٣٨٤ النفقات)
- فصل : فإن اجتمع أبو أم ، فالنفقة على
٣٨٥ أم الأم ...
- فصل : فإن كان في من عليه النفقة حثي
مشكل ، فالنفقة عليه بقدر
٣٨٥ ميراثه ...
- فصل : فإن كان له قرابتان موسران
وأحدهما محجوب ... ،
فالظاهر أن الحجب لا يسقط
٣٨٦ ، ٣٨٥ النفقة عنه ...
- فصل : ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة

الصفحة

- شخص ، وله امرأة ، فالنفقة لها
دون الأقارب ... ٣٨٦ ، ٣٨٧
- فصل : وإن اجتمع أب وابن ، فقال
القاضي : إن كان الابن
صغيرا ، أو مجنونا ، قُدِّم ... ٣٨٧ ، ٣٨٨
- فصل : والواجب في نفقة القريب قدر
الكفاية من الخبز والأدم
والكسوة ... ٣٨٨
- ١٣٨٦ - مسألة : (وعلى المعتق نفقة معتقه ، إذا كان
فقيرا ، لأنه وارثه) ٣٨٨ ، ٣٨٩
- فصل : فإن مات مولاه ، فالنفقة على
الوارث من عصباته ... ٣٨٩
- ١٣٨٧ - مسألة : (وإذا زوجت الأمة ، لزم زوجها أو
سيده ، إن كان مملوكا ، نفقتها) ٣٨٩ - ٣٩١
- ١٣٨٨ - مسألة : (وإن كانت أمة تأوى بالليل عند
الزوج ، وبالنهار عند المولى ، أنفق
كل واحد منهما مدة مقامها ،
عنده) ٣٩١
- ١٣٨٩ - مسألة : (فإن كان لها ولد ، لم تلزمه نفقة
ولده ، حرا كان أو عبدا ، ونفقتهم
على سيدهم) ٣٩١ - ٣٩٣
- فصل : وإذا طلق الأمة طلاقا رجعيا ،

٣٩٢ فلها النفقة في العدة ...

فصل : وإن طلق العبد زوجته الحامل

طلاقاً بائناً ، انبنى على وجوب

٣٩٢ النفقة ...

فصل : والمعتق بعضه ، عليه من نفقة

امراته بقدر ما فيه من الحرية ،

٣٩٣ ، ٣٩٢ وباقيه على سيده ...

١٣٩٠ - مسألة : (وليس على العبد نفقة ولده ، حرة

٣٩٤ ، ٣٩٣ كانت الزوجة أو أمة)

فصل : وحكم المكاتب ، في نفقة

الزوجات والأولاد والأقارب ،

٣٩٤ ، ٣٩٣ حكم العبد القن .

١٣٩١ - مسألة : (وعلى المكاتب نفقة ولدها دون أبيه

٣٩٥ - ٣٩٤ المكاتب)

١٣٩٢ - مسألة : (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته) ٣٩٥

فصل : وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته

إلا بإذن سيده ، لأن ملكه غير

تام ...

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج ٣٩٦ - ٤١١

١٣٩٣ - مسألة : (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ ، فلم

تمنعه نفسها ، ولا تمنعه أولياؤها ،

(لزمته النفقة)

٣٩٨ - ٣٩٦

فصل : وإن غاب الزوج بعد تمكينها

ووجوب نفقتها عليه ، لم تسقط

عنه ...

٣٩٨ ، ٣٩٧

١٣٩٤ - مسألة : (وإذا كانت بهذه الحال التـى

وصفت ، وزوجها صبي ، أجبر

وليه على نفقتها من مال

(الصغير ...)

٣٩٩ ، ٣٩٨

فصل : وإن بذلت الرتقاء ، أو

الحائض ، أو ... لزمته نفقتها .

٣٩٩

١٣٩٥ - مسألة : (وإن طالب الزوج بالدخول ،

وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض

صداقي . كان ذلك لها ...)

٤٠٢ - ٣٩٩

فصل : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ،

سقطت نفقتها عنه ...

٤٠١ ، ٤٠٠

فصل : فإن اعتكفت ، فالقياس أنه

كسفرها ...

٤٠٢ ، ٤٠١

١٣٩٦ - مسألة : (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا

يملك فيه الرجعة ، فلا سكنى لها ،

ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملا)

٤٠٨ - ٤٠٢

فصل : فأما الملاءنة ، فلا سكنى لها ،

- ولا نفقة ، إن كانت غير حامل ... ٤٠٥
- فصل : فأما المعتدة من الوفاة ، فإن كانت حائلا ، فلا سكنى لها ولا نفقة ... ٤٠٥
- فصل : وهل تجب نفقة الحمل للحامل من أجل الحمل ... فيه روايتان ... ٤٠٥ ، ٤٠٦
- فصل : ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوما فيوما ... ٤٠٦ ، ٤٠٧
- فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في النكاح الفاسد ... ٤٠٧ ، ٤٠٨
- ١٣٩٧ - مسألة : (وإذا خالعت المرأة زوجها ، وأبرأته من حملها ، لم يكن لها نفقة ، ولا للولد ، حتى تفضمه) ٤٠٨ ، ٤٠٩
- ١٣٩٨ - مسألة : (والناشر لا نفقة لها ، فإن كان لها منه ولد ، أعطاها نفقة ولدهما) ٤٠٩ ، ٤١١
- فصل : وإذا سقطت نفقة المرأة بنشوزها ، فعادت عن النشوز والزوج حاضر ، عادت نفقتها ... ٤١٠ ، ٤١١ *
- باب من أحق بكفالة الطفل ٤١٢ - ٤٣٣
- ١٣٩٩ - مسألة : (والأم أحق بكفالة الطفل والمعنوه ، إذا طلقت) ٤١٣ ، ٤١٤

- فصل : فإن لم تكن الأم من أهل
الحضانة... فهي كالمعدومة... ٤١٤
- فصل : ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل
والمعتوة... ٤١٤
- ١٤٠٠ - مسألة : (وإذا بلغ الغلام سبع سنين ، خير بين
أبيه ، فكان مع من اختار منهما) ٤١٥ - ٤١٧
- فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ،
ثم اختار الآخر ، رد إليه ... ٤١٦ ، ٤١٧
- فصل : فإن كان الأب معدوما ، أو من
غير أهل الحضانة ، وحضر غيره
من العصباء ، ... قام مقام
الأب ... ٤١٧
- فصل : وإنما يخير الغلام بشرطين ؛ ... ٤١٧
- ١٤٠١ - مسألة : (وإذا بلغت الجارية سبع سنين ،
فالأب أحق بها) ٤١٨ - ٤٢٠
- فصل : إذا كانت الجارية عند الأم أو عند
الأب ، فإنها تكون عنده ليلا
ونهارا ... ٤١٨ ، ٤١٩
- فصل : وإذا أراد أحد الأبوين السفر
لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ،
فالمقيم أولى بالحضانة ... ٤١٩ ، ٤٢٠
- ١٤٠٢ - مسألة : (فإن لم تكن أم ، أو تزوجت الأم ،
فأم الأب أحق من الحالة) ٤٢٠ - ٤٢٣

- في هذه المسألة فصلان :
- أحدهما : أن الأم إذا تزوجت ، سقطت
 ٤٢٠ - ٤٢٢ حضانتها ...
- الفصل الثاني : أن الأم إذا عدمت ، أو
 تزوجت ، لم تكن من أهل
 ٤٢٢ الحضانة ...
- فصل : فإن اجتمعت أمُّ أمٍّ وأمُّ أبٍ ، فأم
 ٤٢٢ - ٤٢٣ الأم أحق ...
- ١٤٠٣ - مسألة : (والأخت من الأب أحق من الأخت
 ٤٢٣ من الأم ، وأحق من الحالة)
- ١٤٠٤ - مسألة : (وخالة الأب أحق من خالة الأم)
 ٤٢٤ - ٤٢٧ فصل : وللرجال من العصباء مدخل
 ٤٢٤ ، ٤٢٥ في الحضانة .
- فصل : فأما الرجال من ذوى
 الأرحام ، ... فلا حضانة لهم
 مع وجود أحد من أهل الحضانة
 ٤٢٥ سواهم ...
- فصل : في بيان الأولى فالأولى من أهل
 ٤٢٥ - ٤٢٧ الحضانة ...
- فصل : وإن تركت الأم الحضانة مع
 ٤٢٧ استحقاقها لها ، ففيه وجهان .
- ١٤٠٥ - مسألة : (وإذا أخذ الولد من الأم إذا

- تزوجت ، ثم طلقت ، رجعت
على حقها من كفالاته (٤٢٧ ، ٤٢٨
- فصل : وكل قرابه تُستحق بها الحضانة ،
منع منها مانع ... إذا زال ...
عاد حقهم من الحضانة ... ٤٢٨
- ١٤٠٦ - مسألة : (إذا تزوجت المرأة ، فلزوجها أن
يمنعها من رضاع ولدها ، إلا أن
يضطر إليها ، ويخشى عليه
التلف) ٤٢٨ - ٤٣٠
- فصل : فإن أرادت إرضاع ولدها منه ،
فكلام الخرقى يحتمل
وجهين ، ... ٤٢٨ - ٤٢٩
- فصل : وإن أجرت المرأة نفسها
للرضاع ، ثم تزوجت ، صح
النكاح ... ٤٢٩ ، ٤٣٠
- فصل : وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها
للرضاع ، بإذن زوجها ،
جاز ... ٤٣٠
- ١٤٠٧ - مسألة : (وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا
أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة
مثلا ...) ٤٣٠ - ٤٣٣
- الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على إرضاعه .

٤٣٠ ، ٤٣١

الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها ، فهي أحق به .

٤٣١ - ٤٣٣

فصل : وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها ، بأجرة مثلها ، بإذن زوجها ، ثبت حقها ...

٤٣٣

فصل : وإن أرضعت المرأة ولدها ، وهي في حبال والده ، فاحتاجت إلى زيادة نفقة ، لزمه ...

٤٣٣

٤٣٤ - ٤٤٢

باب نفقة الممالك

١٤٠٨ - مسألة : (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم

٤٣٤ - ٤٣٨

ويكسوهم بالمعروف)

فصل : إذا تولى أحدهم طعامه ، استحب له أن يجلسه معه ، فيأكل ...

٤٣٥ ، ٤٣٦

فصل : ولا يجوز أن يكلفه من العمل مالا يطيق .

٤٣٦

فصل : ولا يُجبر المملوك على المخارجة .

٤٣٦ ، ٤٣٧

- فصل : وإذا مرض المملوك ، أو ...
 ٤٣٧ ، ٤٣٨ . فعلى سيده القيام به .
- ١٤٠٩ - مسألة : (وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك)
 ٤٣٨
- ١٤١٠ - مسألة : (فإن امتنع ، أُجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك)
 ٤٣٩
- ١٤١١ - مسألة : (وليس عليه نفقة مكاتبه ، إلا أن يعجز)
 ٤٣٩ - ٤٤٠
- ١٤١٢ - مسألة : (وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها ...)
 ٤٤٠
- ١٤١٣ - مسألة : (وإذا رهن المملوك ، أنفق عليه سيده)
 ٤٤٠
- ١٤١٤ - مسألة : (وإذا أبق العبد ، فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه)
 ٤٤٠ - ٤٤٢
- فصل : وله تأديب عبده وأمته إذا أذنب ...
 ٤٤١
- فصل : ومن ملك بهيمة ، لزمه القيام ، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه .
 ٤٤١ ، ٤٤٢

٥٠٥ - ٤٤٣ كتاب الجراح

- فصل : وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق .
 ٤٤٣ - ٤٤٤

- ١٤١٥ - مسألة : (والقتل على ثلاثة أوجه ؛ عمد ،
 ٤٤٤ ، ٤٤٥) وشبه العمد ، وخطأ)
- ١٤١٦ - مسألة : (فالعمد ما ضربه بمحديدة ، أو خشبة
 ٤٤٥ - ٤٥٧ كبيرة فوق عمود الفسطاط ...)
- ١٤١٧ - مسألة : (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء ،
 ٤٥٧ - ٤٦٢ وكان المقتول حراً مسلماً)
- فصل : وأجمع أهل العلم ، على أن الحر
 ٤٥٩ ، ٤٦٠ المسلم يُقاد به قاتله .
- فصل : ولا يشترط في وجوب القصاص
 ٤٦٠ كون القاتل في دار الإسلام .
- فصل : وقتل الغيلة وغيره سواء في
 ٤٦٠ ، ٤٦١ القصاص والعفو .
- فصل : وإذا قتل رجلاً ، وإدعى أنه
 ٤٦١ ، ٤٦٢ وجده مع امرأته ، أو ... لم يُقبل
 قوله إلا ببينة ، ولزمه القصاص .
- ١٤١٨ - مسألة : (وشبه العمد ما ضربه بخشبة
 ٤٦٢ ، ٤٦٣ صغيرة ، ...)
- ١٤١٩ - مسألة : (والخطأ على ضربين ...)
 ٤٦٣ ، ٤٦٤
- فصل : وإن قصد فعلاً محرماً ، فقتل
 ٤٦٤ آدمياً ... فهو خطأ أيضاً .
- ١٤٢٠ - مسألة : (والضرب الثاني ، أن يقتل في بلاد
 الروم من عنده أنه كافر ، ويكون قد
 ٤٦٥ أسلم ، وكم إسلامه ...)

١٤٢١ - مسألة : (ولا يقتل مسلم بكافر) ٤٦٥ - ٤٧٣

- فصل : فإن قتل كافر كافرا ثم أسلم القتال ، أو ... ، يقتص منه ... ٤٦٧
- فصل : وإن جرح مسلم كافرا ، فأسلم المجروح ... لم يقتل به قاتله . ٤٦٧ - ٤٦٩
- فصل : ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات بسراية الجرح ، لم يجب في النفس قصاص ولا دية ولا كفارة . ٤٦٩
- فصل : وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم ومات ، وجب القصاص على قاتله . ٤٧٠ ، ٤٧١
- فصل : وإن جرحه وهو مسلم فارتد ، ثم جرحه جرحا آخر ، ثم أسلم ومات منهما ، فلا قصاص فيه . ٤٧١
- فصل : ويقتل الذمي بالمسلم . ٤٧١
- فصل : ولا يقتل ذمي بجرى . ٤٧١ ، ٤٧٢
- فصل : وليس على قاتل الزاني المحصن قتل ولا دية ولا كفارة . ٤٧٢
- فصل : ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ... ٤٧٢
- فصل : وإن جرح مسلم ذميا ، ثم ارتد ومات المجروح ، لم يقتل به . ٤٧٣

١٤٢٢ - مسألة : (ولا حر بعبد) ٤٧٣ - ٤٧٩

الصفحة

- فصل : ولا يقتل السيد بعبد . ٤٧٤ ، ٤٧٥
- فصل : ولا يقطع طرف الحر بطرف العبد . ٤٧٥
- فصل : ويجزى القصاص بين العبيد في النفس . ٤٧٥ ، ٤٧٦
- فصل : ويجزى القصاص بينهم فيما دون النفس . ٤٧٦
- فصل : وإذا وجب القصاص في طرف العبد ، وجب للعبد . ٤٧٦
- فصل : ولو قتل عبد عبدا ، ثم عتق القاتل ، قتل به . ٤٧٦ ، ٤٧٧
- فصل : وإذا قتل عبد عبدا عمدا ، فسيد المقتول مخير بين القصاص والعفو ... ٤٧٧ ، ٤٧٨
- فصل : ويقتل العبد القن بالمكاتب ... ٤٧٨ ، ٤٧٩
- ١٤٢٣ - مسألة :** (وإذا قتل الكافر العبد عمدا فعليه قيمته ، ويُقتل لنقضه العهد) ٤٧٩ - ٤٨١
- فصل : وإن قتل عبد مسلم حرا كافرا لم يقتل به . ٤٧٩ ، ٤٨٠
- فصل : ويجزى القصاص بين الولا والعمال وبين رعيتهم . ٤٨٠
- فصل : وإذا قتل القاتل غير ولى الدم ، فعلى قاتله القصاص ... ٤٨٠ ، ٤٨١

- ١٤٢٤ - مسألة : (والطفل ، والزائل العقل ، لا يقتلان بأحد)
٤٨٣ - ٤٨١
فصل : فإن اختلف الجاني وولى
الجناية ... فالقول قول الجاني مع
يمينه ...
٤٨٢ ، ٤٨١
فصل : فإن قتله وهو عاقل ، ثم جن ، لم
يسقط عنه القصاص .
٤٨٢
فصل : ويجب القصاص على السكران إذا
قتل حال سكره .
٤٨٣ ، ٤٨٢
١٤٢٥ - مسألة : (ولا يقتل والد بولده ، وإن سفّل)
٤٨٤ - ٤٨٣
فصل : والجد وإن علا كالأب في هذا ...
٤٨٤
١٤٢٦ - مسألة : (والأُم في ذلك كالأب)
٤٨٩ - ٤٨٤
فصل : وسواء كان الوالد مساويا للولد في
الدين والحرية ...
٤٨٥
فصل : وإذا تداعى نفسان نسب
صغير ... ثم قتلاه قبل إلحاقه
بواحد منهما ، فلا قصاص
عليهما .
٤٨٦ ، ٤٨٥
فصل : ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ،
ولهما ولد ، لم يجب القصاص .
٤٨٦
فصل : ولو قتل رجل أخاه ، فورثه ابنه ،
أو ... لم يجب القصاص ...
٤٨٧ ، ٤٨٦

- فصل : وإذا قتل أحد أبوي المكاتب
المكاتب ، أو عبدا له ، لم
يجب القصاص ... ٤٨٧
- فصل : ابنان قتل أحدهما أباه ، والآخر
أمه ، فإن كانت الزوجية بينهما
موجودة حال قتل الأول ،
فالقصاص على قاتل الثاني دون
الأول ... ٤٨٧ ، ٤٨٩
- فصل : أربعة إخوة ، قتل الأول الثاني ،
والثالث الرابع ، فالقصاص على
الثالث ... ٤٨٩
- ١٤٢٧ - مسألة : (ويقتل الولد بكل واحد منهما) ٤٨٩ ، ٤٩٠
- ١٤٢٨ - مسألة : (ويقتل الجماعة بالواحد) ٤٩٠ - ٤٩٣
- فصل : ولا يعتبر في وجوب القصاص على
المشتركين التساوى في سببه ... ٤٩١
- فصل : إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع
أحدهم يده ... فللولي قتل
جميعهم ... ٤٩١ ، ٤٩٢
- فصل : إذا قطع رجل يده من الكوع ،
ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم
مات ، نظرت ... ٤٩٢ ، ٤٩٣
- ١٤٢٩ - مسألة : (وإذا قطعوا يدا ، قطعت نظيرتها من
كل واحد منهم) ٤٩٣ - ٤٩٦

- ١٤٣٠ - مسألة : (وإذا قتل الأب وغيره عمدا ، قتل من
 (سوى الأب)
 ٤٩٨ - ٤٩٦
 فصل : وكل شريكين امتنع القصاص في
 حق أحدهما ، ... فهو في
 وجوب القصاص على شريكه
 كالأب وشريكه ...
 ٤٩٨ ، ٤٩٧
 ١٤٣١ - مسألة : (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون
 وبالغ ، لم يقتل واحد منهم ...)
 ٥٠٠ - ٤٩٨
 ١٤٣٢ - مسألة : (ويقتل الذكر بالأنثى ، والأنثى
 بالذكر)
 ٥٠١ ، ٥٠٠
 فصل : ويقتل كل واحد من الرجل
 والمرأة بالخنثى ، ويقتل بهما ...
 ٥٠١
 ١٤٣٣ - مسألة : (ومن كان بينهما في النفس قصاص ،
 فهو بينهما في الجراح)
 ٥٠٢ ، ٥٠١
 ١٤٣٤ - مسألة : (وإذا قتلاه ، وأحدهما مخطيء ،
 والآخر متعمد ، فلا قود على واحد
 منهما ...)
 ٥٠٤ - ٥٠٢
 فصل : وهل يجب القصاص على شريك
 نفسه وشريك السبع ؟ فيه
 وجهان ...
 ٥٠٤ ، ٥٠٣
 فصل : فإن جرحه إنسان ، فتداوى بسم
 فمات ، نظرت ...
 ٥٠٤
 ١٤٣٥ - مسألة : (ودية العبد قيمته ، وإن بلغت ديات)
 ٥٠٥ ، ٥٠٤

١٤٣٦ - مسألة : (ولو شق بطنه ، فأخرج حشوته ،

فقطعها ، فأبأنا منه ، ثم ضرب عنقه

٥٠٨ - ٥٠٦ (آخر ، فالقاتل هو الأول ...)

فصل : إذا ألقى رجل من شاهق فتلقاه

آخر بسيف فقتله ، فالقصاص

٥٠٨ ، ٥٠٧ على من قتله ...

١٤٣٧ - مسألة : (وإذا قطع يديه ورجليه ، ثم عاد فضرب

عنقه قبل أن تندمل جراحه ،

٥١٨ - ٥٠٨ (قتل ...)

فصل : ومتى قلنا : له أن يستوفى بمثل ما

فعله بوليه ، فأحب أن يقتصر على

٥١٠ ضرب عنقه ، فله ذلك ...

فصل : فإن قطع يديه ورجليه ، ...

فسرى إلى النفس ، فله القصاص

٥١١ ، ٥١٠ في النفس ...

فصل : وإن جرحه جرحاً لا قصاص فيه ،

أو ... فالصحيح في المذهب أنه

٥١٢ ، ٥١١ ليس له فعل مثل ما فعل ...

فصل : فأما قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع ،

أو ... فمات المجنى عليه ، فإنه

٥١٢ يقتل بالسيف في العنق ...

- فصل : وإن قتله بغير السيف ... فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان ... ٥١٢ ، ٥١٣
- فصل : وإن قتله بما لا يحل لعينه ... لم يقتل بمثله اتفاقا ... ٥١٣
- فصل : إذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه ... نظرنا ... ٥١٣ ، ٥١٤
- فصل : فأما إن كانت الزيادة في الاستيفاء من الطرف ... فحكمه حكم القاطع ابتداء ... ٥١٤ ، ٥١٥
- فصل : قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ... ٥١٥ - ٥١٧
- فصل : وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتشاحوا في المتولى منهم للاستيفاء ، أمروا بتوكيل أحدهم ... ٥١٧ ، ٥١٨
- ١٤٣٨ - مسألة : (وإن كانت الجراح برأت قبل قتله ، فعلى المعفو عنه ثلاث ديات ...) ٥١٨ ، ٥١٩
- فصل : فإن اختلف الجاني والولى في اندمال الجرح قبل القتل ... ٥١٨ ، ٥١٩
- ١٤٣٩ - مسألة : (ولورمى ، وهو مسلم ، كافراً عبداً ، فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم ، فلا قود ...) ٥٢٠ - ٥٢٦

- فصل : ولم يُفرق الخرق بين كون الكافر
ذميا أو غيره . ٥٢١
- فصل : ولو رمى حربيا ، فتترس بمسلم ،
فأصابه فقتله ، نظرنا ... ٥٢١
- فصل : ولو قطع يد عبد ، ثم أعتق
ومات ... ففيه وجهان ... ٥٢١ ، ٥٢٢
- فصل : وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف
دينار ، فاندمل ، ثم أعتقه
السيد ، وجبت قيمته بكما لها
للسيد ... ٥٢٢
- فصل : وإن قطع يد عبد ، فأعتق ، ثم
عاد فقطع رجله ، واندمل
القطعان ، فلا قصاص في
اليدين ... ٥٢٢ ، ٥٢٣
- فصل : وإن قلع عين عبد ، ثم أعتق ، ثم
قطع آخر يده ، ثم قطع آخر
رجله ، فلا قود على الأول ... ٥٢٣ ، ٥٢٤
- فصل : فإن كان الجانيان في حال الرق ،
والواحد في حال الحرية ، فمات ،
فعليهم الدية ... ٥٢٤
- فصل : وإن كان الجناة أربعة ؛ واحد في
حال الرق ، وثلاثة في الحرية ،

- ومات ، كان للسيد في أحد
الوجهين الأقل من أرش الجناية أو
ربع الدية ... ٥٢٤ ، ٥٢٥
- فصل : فإن قطع يده ، ثم أعتق ، فقطع
آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد
الاندمال ، فعليه القصاص
للورثة ... ٥٢٥ ، ٥٢٦
- فصل : وإذا قطع رجل يد عبده ، ثم
أعتقه ، ثم اندمل جرحه ، فلا
قصاص عليه ولا ضمان . ٥٢٦
- ١٤٤٠ - مسألة : (وإذا قتل رجل اثنين ، واحدا بعد
واحد ، فاتفق أولياء الجميع على
القود ، أقيد لهما ...) ٥٢٦ - ٥٣٠
- فصل : وإن طلب كل ولي قتله بولي ،
مستقلا من غير مشاركة ، قدم
الأول ... ٥٢٨
- فصل : وإن قطع يميني رجلين ، فالحكم
فيه كالحكم في النفس ... ٥٢٨
- فصل : وإن قطع يد رجل ، ثم قتل آخر ،
ثم سرى القطع إلى نفس
المقطوع ، فمات ، فهو قاتل
لهما ... ٥٢٩
- فصل : وإن قطع إصبعاً من يمين رجل ،
ويميناً لآخر ، وكان قطع الإصبع

الصفحة

- ٥٢٩ ، ٥٣٠ ... أسبق ، قطعت إصبعه قصاصا ...
- ١٤٤١ - مسألة : (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص منه بلا حيف ، اقتص منه) ٥٣٠ - ٥٣٦
- ٥٣١ ، ٥٣٢ ... الجروح ثلاثة أشياء ...
- ٥٣٢ ، ٥٣٣ ... النفس بالسيف ...
- فصل : وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها ، فإن كان على موضعها
- ٥٣٣ - ٥٣٥ ... شعر حلقه ...
- فصل : وإذا أوضحه في جميع رأسه ، ورأس الجاني أكبر ، فأحب أن يستوفي القصاص بعضه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره ، احتمل أن يُمنع منه ... ٥٣٥
- فصل : وإذا كانت الجناية في غير الرأس والوجه ، فكانت في ساعد ، فزادت على ساعد الجاني ، لم ينزل إلى الكف ، ولم يصعد إلى
- ٥٣٥ ، ٥٣٦ ... العضد ...
- فصل : وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره عرضا شجة لا يتسع لها مثل الموضع من رأس الشاج ... ففيه وجهان ... ٥٣٦

- ١٤٤٢ - مسألة : (وكذلك إذا قطع منه طرفاً من مفصل ، قطع منه مثل ذلك المفصل ...)
٥٣٦ - ٥٣٩
- فصل : وفي قطع اليد ثمان مسائل ...
٥٣٧ - ٥٣٩
- ١٤٤٣ - مسألة : (وليس في المأمومة ، ولا في الجائفة قصاص)
٥٣٩ - ٥٤١
- فصل : وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة ...
٥٤٠
- فصل : وإن كانت الشجوة فوق الموضحة ، فأحب أن يقتصر موضحة ، جاز ذلك ...
٥٤١
- ١٤٤٤ - مسألة : (وتقطع الأذن بالأذن)
٥٤١ - ٥٤٣
- فصل : وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة ...
٥٤٢
- فصل : وإن قطع أذنه فأبانتها ، فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضي : يجب القصاص ...
٥٤٢ ، ٥٤٣
- فصل : ومن ألصق أذنه بعد إبانته ، أو سنه ، فهل تلزمه إبانته ؟ فيه وجهان ...
٥٤٣
- ١٤٤٥ - مسألة : (والأنف بالأنف)
٥٤٣ ، ٥٤٤
- ١٤٤٦ - مسألة : (والذكر بالذكر)
٥٤٤ - ٥٤٦
- فصل : ويؤخذ بعضه ببعضه .
٥٤٥ ، ٥٤٦

١٤٤٧ - مسألة : (والأنثيان بالأنثيين) ٥٤٦ ، ٥٤٧

فصل : وفي القصاص في شفرى المرأة

٥٤٦ وجهان ...

فصل : إذا قطع ذكر خثى مشكل ،

أو ... ، فاختر القصاص ، لم

٥٤٦ يكن له قصاص في الحال ...

فصل : يجب القصاص في الأليتين

الناتجتين بين الفخذين والظهر

٥٤٧ بجانب الدبر ...

١٤٤٨ - مسألة : (وتقلع العين بالعين) ٥٤٧ - ٥٥٢

فصل : فإن قلع عينه بإصبعه ، لم يجز أن

٥٤٧ ، ٥٤٨ يقتص بإصبعه ...

فصل : فإن لطم عينه ، فذهب

بصرها ... فإن أمكن معالجه عين

٥٤٨ - ٥٤٩ الجانى ... فعل ذلك ...

فصل : وإن شجه شجة دون الموضحة ،

فأذهب ضوء عينه ، لم يقتص منه

٥٤٩ مثل شجته ...

فصل : إذا قلع الأعور عين صحيح ، فلا

٥٥٠ قود ...

فصل : لو قلع الأعور عين مثله ، ففيه

٥٥١ القصاص ...

- فصل : وإن قلع الأعور عيني صحيح ،
 فقال القاضي : هو مخير ... ٥٥١
- فصل : وإن قلع صحيح العينين عين
 أعور ، فله القصاص من
 مثلها ... ٥٥١
- فصل : وإن قطع الأقطع يد من له يدان ،
 فعليه القصاص ... ٥٥٢
- فصل : ويؤخذ الجفن بالجفن ... ٥٥٢
- ١٤٤٩ - مسألة : (والسن بالسن) ٥٥٢ - ٥٥٤
- فصل : ولا يقتص إلا من سن من أثغر . ٥٥٣ ، ٥٥٤
- فصل : وإن قلع سنا ، فاقتص منه ، ثم
 عادت سن المجنى عليه ، فقلعها
 الجاني ثانية ، فلا شيء عليه . ٥٥٤
- ١٤٥٠ - مسألة : (وإن كسر بعضها ، برد من سن الجاني
 مثله) ٥٥٤ - ٥٥٧
- فصل : ومن قلع سنا زائدة ... فإن كان
 للجاني مثلها في موضعها ،
 فاللمجنى عليه القصاص ... ٥٥٥ ، ٥٥٦
- فصل : ويؤخذ اللسان باللسان . ٥٥٦
- فصل : وتؤخذ الشفة بالشفة . ٥٥٦ ، ٥٥٧
- ١٤٥١ - مسألة : (ولا تؤخذ يمين ييسار ، ولا يسار
 يمين) ٥٥٧ - ٥٦٩

- فصل : وما انقسم إلى أعلى وأسفل ... لا
 ٥٥٧ يؤخذ الأعلى بالأسفل ...
- فصل : وما لا يجوز أخذه قصاصاً ، لا
 ٥٥٨ ، ٥٥٧ يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه .
- فصل : وإذا قال المقتص للجاني : أخرج
 ميمتك لأقطعها . فأخرج
 ٥٥٨ - ٥٦١ يساره ... يجرى ذلك ...
- فصل : وسراية القود غير مضمونة .
 ٥٦٢ ، ٥٦١
- فصل : وسراية الجناية مضمونة بلا
 ٥٦٣ ، ٥٦٢ خلاف .
- فصل : ولا يجوز القصاص في الطرف إلا
 ٥٦٣ ، ٥٦٤ بعد اندمال الجرح .
- فصل : فإن اقتص قبل الاندمال ، هُدرت
 ٥٦٤ ، ٥٦٥ سراية الجناية .
- فصل : وإن اندمل جرح الجناية ، فاقتص
 منه ، ثم انتقض فشرى ، فسرايته
 ٥٦٥ مضمونة ...
- فصل : ولو قطع كتابي يد مسلم فبرأ
 واقتص ، ثم انتقض جرح المسلم
 ٥٦٦ فمات ، فلولي قتل الكتابي ...
- فصل : إذا قطع يد رجل من الكوع ، ثم
 قطعها آخر من المرفق ، فمات

- بسرائتهما ، فلوليه قتل
القاطعين ... ٥٦٦
- فصل : ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل
وضعها ... ٥٦٧ ، ٥٦٨
- فصل : وإذا ادَّعت الحمل ، ففيه
وجهان . ٥٦٨ ، ٥٦٩
- ١٤٥٢ - مسألة : (وإذا كان القاطع سالم الطرف ،
والمقطوعة شلاء ، فلا قود) ٥٦٩ - ٥٧١
- فصل : وإن قطع أذنا شلاء ، أو أنفا
أشل ، فهل يؤخذ به الصحيح ؟
فيه وجهان ... ٥٦٩ ، ٥٧٠
- فصل : ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع
بناقصة الأصابع ... ٥٧٠
- فصل : وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها
إصبع زائد ، وجب القصاص
فيها . ٥٧٠ ، ٥٧١
- فصل : وإذا قطع ذو يد لها أظفار يد من لا
أظفار له ، لم يجز القصاص . ٥٧١
- ١٤٥٣ - مسألة : (وإن كان القاطع أشل ، والمقطوعة
سامة ، فشاء المظلوم أخذها ، فذلك
له ...) ٥٧١ ، ٥٧٦
- فصل : وتؤخذ الشلاء بالشلاء . ٥٧١ ، ٥٧٢
- فصل : وتؤخذ الناقصة بالناقصة . ٥٧٢

الصفحة

- فصل : ويجوز أخذ الناقصة بالكامل . ٥٧٢
فصل : وإن كانت يد القاطع والمجنى عليه
كاملتين ، وفي يد المجنى عليه إصبع
زائدة ... ٥٧٣
فصل : وإذا قطع إصبعه ، فأصابه من
جرحها أكلة في يده ... فعليه
القصاص ... ٥٧٣ ، ٥٧٤
فصل : وإذا قطع أئمة لها طرفان ،
إحداهما زائدة والأخرى
أصلية ، ... ٥٧٤
فصل : ولو قطع أئمة رجل العليا ، ثم قطع
أئمة آخر الوسطى ، ثم قطع
السفلى من ثالث ، فلأول
القصاص من العليا ... ٥٧٤ ، ٥٧٥
فصل : وإن قطع أئمة رجل العليا ، ثم قطع
أئمتي آخر العليا والوسطى من
تلك الإصبع ، فلأول قطع
العليا ... ٥٧٥
١٤٥٤ - مسألة : (وإذا قتل وله وليان ، بالغ ، وطفل أو
غائب ، لم يقتل حتى يقدم الغائب
ويبلغ الطفل) ٥٧٦ - ٥٨٠
فصل : وإن كان الوارث واحدا
صغيرا ... فالقصاص له ... ٥٧٧
فصل : وكل موضع وجب تأخير

- الاستيفاء ، فإن القاتل يحبس
حتى يبلغ الصبي ... ٥٧٨ ، ٥٧٧
- فصل : فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن
الباقيين ، لم يجب عليه
قصاص ... ٥٧٨ - ٥٨٠
- ١٤٥٥ - مسألة : (ومن عفا من ورثة المقتول عن
القصاص ، لم يكن إلى القصاص
سبيل ...) ٥٨٠ = ٥٩١
- فصل : فإن قتله الشريك الذى لم يعف
عالمًا يعفو شريكه ، وسقوط
القصاص به ، فعليه
القصاص ... ٥٨٣
- فصل : فإن كان القاتل هو العافي ، فعليه
القصاص ... ٥٨٣ ، ٥٨٤
- فصل : وإذا عفا عن القاتل مطلقا ،
صح ... ٥٨٤
- فصل : وإذا وكل من يستوفى القصاص ،
صح توكيله . ٥٨٤ - ٥٨٦
- فصل : وإذا جنى على الإنسان فيما دون
النفس جناية توجب القصاص ،
ثم سرت الجناية إلى نفسه ،
فمات ، لم يجب القصاص ... ٥٨٦ ، ٥٨٧

- فصل : فإن كان الجرح لا قصاص فيه ... فعفا عن القصاص فيه ،
 فيسرى إلى النفس ، فلوليّه
 ٥٨٨ ، ٥٨٧ ... القصاص
- فصل : فإن قطع يده ، فعفا عنه ، ثم عاد
 الجاني فقتله ، فلوليّه
 ٥٨٩ ، ٥٨٨ ... القصاص
- فصل : وإن قطع إصبعاً ، فعفا المجنى
 عليه عن القصاص ، ثم سرت
 الجناية إلى الكف ، ثم اندمل
 ٥٨٩ الجرح ، لم يجب القصاص ...
- فصل : فإن قال : عفوت عن الجناية ، وما
 يحدث منها ، صح عفوه ... ٥٨٩ ، ٥٩٠
- فصل : فإن اختلف الجاني والولى أو المجنى
 عليه ... فالقول قول المجنى عليه
 ٥٩٠ أو وليه ...
- ١٤٥٦ - مسألة : (وإذا اشتراك الجماعة في القتل ، فأحب
 الأولياء أن يقتلوا الجميع ، فلهم
 ٥٩١ - ٥٩٥ ذلك ...)
- فصل : واختلفت الرواية في موجب
 ٥٩٢ ، ٥٩٣ العمد ...
- فصل : وإذا جنى عبد على حر جنانية

- القصاص ، فاشتره المجنى عليه
بأرش الجنائية ، سقط
٥٩٣ القصاص ...
- فصل : إذا وجب القصاص لصغير ، لم
يجز لوليه العفو إلى غير مال ... ٥٩٤ ، ٥٩٣
- فصل : ويصح عفو المفلس والمهجور عليه
لسفه عن القصاص . ٥٩٤
- فصل : وإذا قُتل من لا وارث له ، فالأمر إلى
السلطان . ٥٩٤
- فصل : وإذا اشترك الجماعة في القتل ،
فعفا عنهم إلى الدية ، فعليهم دية
واحدة ... ٥٩٤ ، ٥٩٥
- ١٤٥٧ - مسألة : (وإذا قُتل من للأولياء أن يقيدوا به ،
فبذل القاتل أكثر من الدية على أن
يقاد ، فللأولياء قبول ذلك) ٥٩٦ ، ٥٩٥
- ١٤٥٨ - مسألة : (وإذا أمسك رجل وقتله آخر ، قُتل
القاتل ، وخُبس الماسك حتى
يموت) ٥٩٦ ، ٥٩٧
- فصل : وإن اتبع رجلا ليقته ، فهرب
منه ، فأدركه آخر ، فقطع
رجله ، ثم أدركه الثاني فقتله ،
نظرت ... ٥٩٧

١٤٥٩ - مسألة : (وَمَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ أَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا ، وَكَانَ

العبد أعجميا ، لا يعلم أن القتل

محرم ، قتل السيد ...) ٥٩٧ - ٥٩٩

فصل : ولو أمر صبيا لا يميز ، أو ... لا

يعلم خطر القتل ، فقتل ، فالحكم

٥٩٨ كالحكم في العبد ...

فصل : ولو أمر السلطان رجلا ، فقتل

آخر ، فإن كان القاتل يعلم أنه

لا يستحق قتله ، فالقصاص عليه

٥٩٨ ، ٥٩٩ دون الأمر ...

آخر الجزء الحادى عشر

وبليه الجزء الثانى عشر ، وأوله :

كتاب الديات

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ