

عَمَلَةُ الْمُحْتَاجِ الْمَشْرِحُ الْمُبْتَغَى

تَصْنِيفُ

عَمْرُو بْنُ أَبِي الْإِسْمَاعِيلِ بْنِ عَبْدِ الْأَعْلَى السَّافَرِيِّ

ابْنُ الْمُؤَلَّفِ

الْمُتَوَفَّى سَنَةَ ٨٠٤ هـ

تَحْقِيقُ

دَارُ الْفَيْلَاحِ

لِلْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ وَتَحْقِيقِ التَّرَاثِ

المجلد الثاني عشر

كتاب الكُفَّارَةِ - كتاب اللَّعَانِ - كتاب الْعُدُدِ - الإِسْتِزَاءِ - كتاب الرُّضَاعِ

كتاب النُّفَقَاتِ - كتاب الْجِرَاحِ

دار ابن حزم

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

عَبْدُ الْمُحْتَاجِ
الْمُشَرِّحُ الْمُبْتَهِجُ

جميع الحقوق محفوظة للناشر

الطبعة الأولى

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م



ISBN: 978-9959-857-30-9

الكتب والدراسات التي تصدرها الدار
تعبر عن آراء واجتهادات أصحابها

دار ابن حزم

بيروت - لبنان - ص.ب : 14/6366

هاتف وفاكس : 701974 - 300227 (009611)

البريد الإلكتروني : ibnhazim@cyberia.net.lb

الموقع الإلكتروني : www.daribnhazm.com

كتاب الكفاية

This image shows a single sheet of white paper with horizontal ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There is no handwriting or other markings on the paper.

كِتَابُ الْكَفَّارَةِ

يُشْتَرَطُ نِيَّتُهَا لَا تَعْيِينُهَا وَحِصَالُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤَمَّنَةٍ بِلا عَيْبٍ يُخِلُّ بِالْعَمَلِ وَالْكَسْبِ، فَيُجْزَى صَغِيرٌ وَأَقْرَعٌ وَأَعْرَجٌ يُمَكِّنُهُ تِبَاعُ مَشْيٍ، وَأَعْوَرٌ وَأَصَمٌ (وَأَخْرَسٌ) ^(١) وَأَحْشَمٌ، وَفَاقِدُ أَنْفِهِ وَأُذُنَيْهِ وَأَصَابِعِ رِجْلَيْهِ، لَا زَمَنٌ وَلَا فَاقِدُ رِجْلٍ أَوْ خِنْصِرٍ وَبَنْصِرٍ مِنْ يَدٍ أَوْ أُتْمَلَتَيْنِ مِنْ غَيْرِهِمَا.

قُلْتُ: أَوْ أُتْمَلَةٌ إِبْهَامٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَا هَرِمٌ وَلَا عَاجِزٌ، وَمَنْ أَكْثَرَ وَقْتِهِ مَجْنُونٌ أَوْ مَرِيضٌ لَا يُرْجَى، فَإِنْ بَرَأَ بَانَ الْإِجْزَاءُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا يُجْزَى شِرَاءُ قَرِيبٍ بِنَيَّْةِ كَفَّارَةٍ، وَلَا أُمٌّ وَلَدٍ وَذِي كِتَابَةٍ صَحِيحَةٍ، وَيُجْزَى مُدَبَّرٌ وَمُعَلَّقٌ بِصَفَةٍ، فَلَوْ أَرَادَ جَعْلَ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ كَفَّارَةً لَمْ يَجُزْ، وَلَهُ تَغْلِيْقُ عِتْقِ الْكَفَّارَةِ بِصَفَةٍ، وَإِعْتَاقُ عَبْدَيْهِ عَنِ كَفَّارَتَيْهِ عَنِ كُلِّ نِصْفٍ ذَا وَنِصْفٍ ذَا، وَلَوْ أَعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عَنِ كَفَّارَةٍ فَلَا أَصَحَّ الْإِجْزَاءُ إِنْ كَانَ بَاقِيَهُمَا حُرًّا.

وَلَوْ أَعْتَقَ بِعَوَضٍ لَمْ يَجُزْ عَنِ كَفَّارَةٍ، وَالْإِعْتَاقُ بِمَالٍ كَطَلَاقٍ بِهِ، فَلَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ أُمًّا وَلَدَكَ عَلَى أَلْفٍ فَأَعْتَقَ نَفَذَ وَلَزِمَهُ الْعَوَضُ، وَكَذَا لَوْ قَالَ أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَلَى كَذَا فَأَعْتَقَ فِي الْأَصَحِّ، وَإِنْ قَالَ أَعْتَقْتُهُ عَنِّي عَلَى كَذَا فَفَعَلَ عَتَقَ عَنِ الطَّالِبِ وَعَلَيْهِ الْعَوَضُ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَقَبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ ثُمَّ يَعْتَقُ عَلَيْهِ، وَمَنْ مَلَكَ عَبْدًا أَوْ ثَمَنَهُ فَاضِلًا عَنِ كِفَايَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً وَشُكْنَى وَأَثَاثًا لَا بُدَّ مِنْهُ لَزِمَهُ الْعِتْقُ.

وَلَا يَجِبُ بَيْعُ ضَيْعَةٍ وَرَأْسِ مَالٍ لَا يَفْضُلُ دَخْلُهُمَا عَنِ كِفَايَتَيْهِ، وَلَا مَسْكَنِ

(١) سقط من (م).

وَعَبْدٍ نَفِيسَيْنِ أَلْفَهُمَا فِي الْأَصْحَ، وَلَا شِرَاءَ بَعْنٍ، وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ أَعْتَبَارُ الْيَسَارِ بِوَقْتِ الْأَدَاءِ.

فَإِنْ عَجَزَ عَنْ عَتَقِ صَامٍ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بِالْهِلَالِ بِنَيْتَةِ كَفَّارَةٍ، وَلَا يُشْتَرَطُ نَيْتُهُ تَتَابُعٍ فِي الْأَصْحَ، فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ حُسِبَ الشَّهْرُ بَعْدَهُ بِالْهِلَالِ وَأَتَمَّ الْأَوَّلَ مِنَ الثَّالِثِ ثَلَاثِينَ، وَيَزُولُ التَّتَابُعُ بِقَوَاتِ يَوْمٍ بِلَا عُذْرٍ وَكَذَا بِمَرَضٍ فِي الْجَدِيدِ، لَا بِحَيْضٍ وَكَذَا جُنُونٍ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَوْمٍ بِهِرَمٍ أَوْ مَرَضٍ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: لَا يُزَجَى زَوَالُهُ، أَوْ لِحَقُّهُ بِالصَّوْمِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ، أَوْ خَافَ زِيَادَةَ مَرَضٍ كَفَرَ بِإِطْعَامِ سِتِّينَ مَسْكِينًا، أَوْ فَقِيرًا لَا كَافِرًا، وَلَا هَاشِمِيًّا، وَمُطَلِبِيًّا سِتِّينَ مُدًّا، مِمَّا يَكُونُ فِطْرَةً [فَإِنْ دَفَعَهَا إِلَى مَسْكِينٍ وَاحِدٍ فِي سِتِّينَ يَوْمًا لَمْ يَجْزِهِ، وَلَا يَجْزَى دَقِيقٌ وَلَا سَوِيقٌ]^(١).



(كِتَابُ الْكَفَّارَةِ)

الكفارة مأخوذة من الكفر، وهو الستر، يقال: كفرت الشيء إذا غطيته وسترته، فهي تكفر الذنوب، أي: تسترها وتغطيها، ومنه يقال /٢٠٩ب/ للكافر كافر؛ لأنه يستر الحق، وهو الإسلام، وافتتحه في «المحرر» بقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾ [النساء: ٩٢]، وبقوله: ﴿فَكَفَّرْنَاهُ بِإِطْعَامِ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ [المائدة: ٨٩]، ثم قال: من الكفارات ما لا يدخل الإعتاق فيها كواجبات محظورات الإحرام، وقد سبق الكلام فيها، ومنها ما يدخل الإعتاق فيها، وتنقسم إلى مخيرة، وهي كفارة اليمين، وتذكر في باب الأيمان - إن شاء الله - وإلى مرتبة: وهي ثلاث خصال: الإعتاق والصيام والإطعام^(١)، وهو المعقود له الباب، وحذف المصنف هذا كله اختصاراً، وهو قاعدة حسنة.

واختلف العلماء في أن الكفارات الواجبة بسبب يَأْثُمُ به جوابر للخلل الواقع أو زواجر على العود إلى مثله، كالحدود والتعزيرات؟ ورجح الأول بأنها عبادات تفتقر إلى النية.

قال: (يشترط نيتها) للخبر الصحيح المشهور، وقياساً على الزكاة.

(١) «المحرر» (ص ٣٥١).

قال: (لا تعيينها) كما لا يجب تعيين المال المزكى عنه حتى لو كان عليه كفارة الظهار والقتل، فأعتق عبيدين بنية الكفارة أجزأه عنهما، فإن أخطأ بأن عين الظهار، وعليه كفارة القتل لم يجزه للظهار، بل يعيد التكفير إذا نوى غير ما عليه، فلا ينصرف له كما في الزكاة، والاقتداء بمعين.

فرع:

لا تحتاج إلى نية الوجوب؛ لأنها لا تكون إلا واجبة.

فرع:

يشترط أن ينوي الكافر^(١) بالإعتاق والطعام نية اليمين دون نية التقرب، جزم به في «الروضة»^(٢)، وذكره الرافعي^(٣) بحثاً. قال: (وَخِصَالُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ عِتْقُ رَقَبَةٍ) للآية، وحديث سلمة بن صخر المتقدم.

قال: (مُؤْمِنَةٌ) لأنه تكفير بعتق، فكان من شرطه الإيمان ككفارة القتل، فإن الشرع شرط فيها الإيمان، وهذا مما حمل فيه المطلق على المقيد كما حمل الشافعي مطلق قوله تعالى: ﴿وَأَشْهَدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ﴾ [البقرة: ٢٨٢]، على مقيد قوله في الأخرى: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَى عَدْلٍ مِنْكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. وقال أبو حنيفة: تجوز الكافرة^(٤) إلا في كفارة القتل^(٥)، ووافقنا

(١) يقصد: المكفر.

(٢) «روضة الطالبين» ٨/ ٢٨٠. (٣) «الشرح الكبير» ٩/ ٢٩٤.

(٤) في الأصل: الكفارة، والمثبت على الجادة.

(٥) أنظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٣)، «الهداية» ٢/ ٢٩٩، «الاختيار» ٣/ ٢٠٠.

مالك^(١) وأحمد^(٢).

قال: (بَلَا عَيْبٍ يُخْلُ بِالْعَمَلِ وَالْكَسْبِ) لأن المقصود تكميل حاله ليتفرغ للعبادة ووظائف الأحرار، وإنما يحصل ذلك إذا أستقل وقام بكفايته، وإلا فيصير كلاً على نفسه وغيره، ويخالف عيوب البيع، فإنه يعتبر فيها ما ينقص المالية كما قدمته؛ لأن القصد ثم المالية، وعند أبي حنيفة: كل عيب يفوت من المنفعة جنساً يمنع الإجزاء، وإن لم يمنع الجنس فلا^(٣).

قال: (فَيُجْزَى صَغِيرٌ) أي: محكوم بإسلامه - كما قيده في «المحرر»^(٤) - دون المحكوم بكفره، وحذفه المصنف لدلالة قوله: (مؤمنة) كما سبق التنبيه عليه.

قال الروياني: ويستحب أن لا يعتق في الكفارة إلا بالغا؛ للخروج من خلاف العلماء^(٥)، وفي «التتمة» وجه أنه لا يجزى دون سبع سنين. قال: (وَأَقْرَعُ) وهو الذي لا نبات على رأسه (أَعْرَجُ يُمَكِّنُهُ تِبَاعُ الْمَشْيِ، وَأَعْوَرُ) أي: إذا كان عوره لا يضعف العين الأخرى. وقوله: (أعرج) كذا رأيت به خط المصنف بلا واو في أوله وفي بعض

(١) أنظر: «المدونة» ٣١٤/٢، «عيون المجالس» ١٢٧٦/٣، «القوانين الفقهية» (ص ١٦٠).

(٢) وعنه رواية أخرى، مثل قول الإمام أبي حنيفة. أنظر: «المحرر» ٩٢/٢، «الفروع» ٥٠٠/٥.

(٣) أنظر: «تحفة الفقهاء» ٣٤٣/٢، «فتح القدير» ٢٦١/٤.

(٤) «المحرر» (ص ٣٥١).

(٥) «بحر المذهب» ٣٠٤/١٠.

النسخ إثباتها.

قال: (وَأَصَمُّ) أي: على الأظهر، وهو من أنسدت خروق مسامعه.
قال: (وَأَخْشَمُ وَفَاقِدُ أَنْفِهِ^(١) وَأُذُنَيْهِ، وَأَصَابِعِ رِجْلَيْهِ) / ٢١٠ / لأن ذهاب
هذه الأشياء لا يضر بالعمل إضراراً بيناً، وجعل ابن أبي هريرة أصابع
الرجلين على التفصيل الآتي في أصابع اليدين، أما إذا كان العور
يضعف^(٢) نظر عينه^(٣) السليمة، فإنه لا يجزئ.

قال في «الروضة»: قال في «الأم»: فإن ضعف بصرها فأضر بالعمل
إضراراً بيناً لم يجره^(٤).

قال في «الحاوي»: إن كان ضعف البصر يمنع معرفة الخط، وإثبات
الوجوه القريبة؛ منع، وإلا فلا^(٥).

قال: (لَا زَمَنْ وَفَاقِدُ رِجْلٍ) لأنه لا يضر بالعمل إضراراً بيناً، وعبرة
«المحرر»: مقطوع أحد الأطراف الأربعة^(٦). وهي أشمل.

قال: (أَوْ خِنْصِرٍ وَبِنْصِرٍ مِنْ يَدٍ) لأنه يذهب منفعة نصف الكف وهو
ضرر بين، وقال الروياني: يجزئ، فإن قطع إحدهما أجزأه؛ لأنه لا يخل
إخلالاً بيناً، وكذا لو قطعاً من اليدين^(٧)، وفي الجيلي إشارة إلى خلاف فيه.

(١) في الأصل: نفسه، والمثبت من «المنهاج».

(٢) في الأصل: لا يضعف، والمثبت على الجادة، وهو الموافق لما بعده، وما في
«روضة الطالبين».

(٣) في الأصل: عين نظر، والمثبت من «روضة الطالبين» ٢٨٥ / ٨.

(٤) «روضة الطالبين» ٢٨٥ / ٨، وانظر: «الأم» ٢٦٩ / ٥.

(٥) «الحاوي» ٤٩٢ / ١٠. (٦) «المحرر» (ص ٣٥١).

(٧) «بحر المذهب» ٣٢٢ / ١٠.

قال في «المحرر»: ولا مقطوع واحدة من سائر الأصابع^(١)، أي: الإبهام أو السبابة أو الوسطى.

قال: (أَوْ أُؤْمَلَتَيْنِ مِنْ غَيْرِهِمَا) لأن عدمهما مضر.

قال: (قُلْتُ: أَوْ أُؤْمَلَةُ إِبْهَامٍ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لأن منفعتها تعطلت، فأشبهه قطعها، وفي الأئمة تسع لغات تقدمت في زكاة النقد، أما إذا كان فاقده الأئمة من غيرها ولو من الأصابع الأربعة الباقية، فإنه يجزئ؛ لأن المنفعة باقية، فأشبهت الأصابع القصار.

فرع:

قال الماوردي: أما أصابع الرجل فقطع الإبهام منها مانع من الإجزاء، وأما غير الإبهام من أصابع الرجل، فإذا قطع إحداها من سبابة أو وسطى أو بنصر أو خنصر لم يمنع الإجزاء، بخلاف اليد؛ لأن منافعها في الرجل متقاربة، وفي اليد متفاضلة، فإن جمع بين قطع إصبعين منها في رجل واحدة منع^(٢).

قال في «الروضة»: والمعروف في طريقة الخراسانيين الإجزاء في قطع جميع أصابع الرجلين^(٣).

قال: (وَلَا هَرِمٌ عَاجِزٌ) أي: عن العمل لا يخل بالمقصود، وهو الأصح، وهذا يدل على إثبات خلاف فيه عند العجز.

قال: (وَمَنْ أَكْثَرَ وَفْتِهِ مَجْنُونٌ) لعدم حصول المقصود منه، فإن كان

(١) «المحرر» (ص ٣٥١).

(٢) «الحاوي» ٤٩٣/١٠.

(٣) «روضة الطالبين» ٢٨٤/٨.

أقل فيجزئ، وكذا لو تساويا في الأصح، وذكر في «المحرر» مع هذا أنه لا يجزئ الجنون المطبق^(١)، وحذفه المصنف؛ لأنه يؤخذ من كلامه من باب أولى.

قال الماوردي: ولو كان زمن جنونه أقل؛ لكنه لا يقدر على العمل إلا بعد حين لم يجز^(٢). قال في «الروضة»: وهو حسن^(٣).

قال الماوردي: ويجزئ المغمى عليه؛ لأن زواله مرجو^(٤). وفي «المستظهري» وجه: أنه لا يجزئ المجنون، وإن كان إفاقته أكثر. قال في «الروضة»: وهو غلط^(٥).

قال: (وَمَرِيضٌ لَا يُرَجَى) أي: كمن به السل؛ لأنه يخل بالمقصود. قال: (فَإِنْ بَرِيَ بَانَ الْأَجْزَاءُ فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو ما رجح من الوجهين في «المحرر»^(٦)؛ لأن المنع بناء على ظن قد تبين خلافه. والثاني: لا؛ لأنه لم ينو كفارة صحيحة، وإنما هو كالمتلاعب.

قال: (وَلَا يُجْزَى شِرَاءٌ قَرِيبٍ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ) أي: ولو شرط الخيار على الصحيح؛ لأن عتقه مستحق بجهة القرابة، فأشبه ما لو دفع إليه النفقة الواجبة ونوى الكفارة.

قال: (وَلَا أُمَّ وَلَدٍ) أي: على أظهر القولين؛ لأنها أَسْتَحَقَّتِ الْعَتَقَ بالاستيلاء / ٢١٠ب/ فلا يجزئ، كما إذا باع الفقير طعاماً ثم سلمه إليه عن الكفارة، ومقابله مفرع على جواز بيعها.

(١) «المحرر» (ص ٣٥١). (٢) «الحاوي» ١٠/ ٤٩٣.

(٣) «روضة الطالبين» ٨/ ٢٨٤. (٤) «الحاوي» ١٠/ ٤٩٣.

(٥) «روضة الطالبين» ٨/ ٢٨٤. (٦) «المحرر» (ص ٣٥١).

قال: (وَذِي كِتَابَةٍ صَحِيحَةٍ) أي: خلافا لأبي ثور؛ لأن عتقه يقع بسبب الكتابة بدليل أستتباع الكسب، ولأن الكتابة سبب للحرية تمنع البيع، فأشبهت الاستيلاد.

وقال في «الكفاية»: ومقتضى هذا التعليل الإجزاء إن قلنا بجواز بيعه؛ لكن إذا قلنا بإبطال الكتابة، وحكاه الجيلي مطلقا، أما المكاتب كتابة فاسدة فيجزئ في الأصح^(١).

قال: (وَيُجْزَى مُدَبَّرٌ وَمُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ) لأن ملكه عليهما تام؛ بدليل نفوذ جميع تصرفاته، وهذا إذا نجزه عن الكفارة أو علقه بما يوجد قبل الصفة الأولى، فإن علقه بالصفة الأولى لم يَجْزِهِ، فلهذا قال المصنف إثر هذا: (فَلَوْ أَرَادَ جَعَلَ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ كَفَّارَةً لَمْ يَجْزِ).

مثاله: قال: إن دخلت الدار فأنت حر، ثم قال: إن دخلتها فأنت حر عن كفارتي، فإنه يعتق بالدخول، ولا يَجْزِيهِ عن الكفارة؛ لأنه مستحق بالتعليق الأول.

قال: (وَلَهُ تَعْلِيقُ عِتْقِ الْكَفَّارَةِ بِصِفَةٍ) أي: بأن يقول إن دخلت الدار فأنت حر عن كفارتي كغيره.

قال: (وَإِعْتَاقُ عَبْدِيهِ عَنْ كَفَّارَتِيهِ عَنْ كُلِّ نِصْفٍ ذَا وَنِصْفُ ذَا) أي: على الأصح المنصوص؛ لتخليص الرقبتين عن الرق. وكيف يقع العتق عن الظهار؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يقع نصف كل عن كفارة كما أوقعه.

(١) «كفاية النبيه» ١٤/٢٩٤ - ٢٩٥.

والثاني: أنه يقع عتق كل واحد عن كفارة، ويلغو تعرضه للنصف.
قال: (وَلَوْ أَعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عَنْ كَفَّارَةٍ فَلَا صَحَّ الْإِجْرَاءُ إِنْ كَانَ
بَاقِيَهُمَا حُرًّا) لحصول المقصود، وهو إفادة الاستقلال.

والثاني^(١): المنع^(٢) مطلقاً؛ لأنه مأمور برقبة ونصفا رقبة ليس برقبة
في بر ولا حنث، فكذلك هنا، وكما لا يجزئ شقصان في الأضحية.
والثالث: الإجزاء مطلقاً؛ تنزيلاً للأشقاص منزلة الأشخاص، بدليل
أن من ملك نصف ثمانين شاة ونصفها الآخر لذمي؛ لزمه ما لزمه، ولو
ملك أربعين، وكذا لو ملك نصف عبيدين لزمه صاع في الفطرة.

قال: (وَلَوْ أَعْتَقَ بِعَوْضٍ لَمْ يَجْزُ عَنْ كَفَّارَةٍ) أي: على الصحيح لعدم
تجرده للكفارة، وهذا معنى قوله في «المحرر»: الشرط الرابع: أن يخلو
الإعتاق عن العوض، فلو أعتق عن الكفارة على أن يرد العبد [إليه]^(٣)
شيئاً أو على عوض على غير العبد لم يجزئه عن الكفارة^(٤). أنتهى.
وكلا المثالين داخل في قول المصنف بعوض.

وقال صاحب «التعجيز في شرح الوجيز»: ينبغي أن يجب على العبد
القيمة؛ لأنه أعتق على عوض فاسد، وكلام الرافعي يفهم عدم الوجوب.
قال صاحب «المطلب»: والأول أشبه.

قال: (وَالْإِعْتَاقُ بِمَالٍ كَطَّلَاقٍ بِهِ) أي: فيكون من جانب المالك

(١) رمز فوقها: (بأبي حنيفة وأحمد).

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من «عجالة المحتاج» ٣/ ١٤١٤.

(٣) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المحرر».

(٤) «المحرر» (ص ٣٥٢).

معاوضة فيها مشابهة التعليق، ومن جهة المستدعي معاوضة نازعة إلى الجعالة كما سبق في الخلع.

قال: (فَلَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ أُمَّ وَلَدِكَ عَلَى أَلْفٍ فَأَعْتَقْتُ) أي: متصلاً (نَفَذَ وَلَزِمَهُ الْعَوَضُ) أي: وكان ذلك أفتداء من المستدعي نازلاً منزلة اختلاع الأجنبي. وقيل: لا يلزمه العوض. حكاه الغزالي في «بسيطه» في كتاب العتق، وأبداه ابن يونس في «شرح الوجيز» احتمالاً معللاً بأن العتق لم يقع عن الملتمس فيصير كما لو قال: أعتق عبدك عن نفسك / ٢١١، أما إذا لم يعتقه إلا بعد طول الفصل، فإنه يقع العتق عن المالك، ولا شيء على المستدعي.

قال: (وَكَذَا لَوْ قَالَ: أَعْتَقْتُ عَبْدَكَ عَلَى كَذَا فَأَعْتَقْتُ فِي الْأَصَحِّ) كما لو قال: أعتق مستولدتك أو طلق زوجتك على كذا.

والثاني: لا يستحق بخلاف استدعاء إعتاق المستولدة أو الطلاق، فإن ذلك جوز أفتداء ضرورة أنه لا يمكن أنتقال الملك فيهما، وههنا يمكن تملكه وتخليصه.

قال: (وَإِنْ قَالَ: أَعْتَقَهُ عَنِّي عَلَى كَذَا؛ فَفَعَلَ عَتَقَ عَنِ الطَّالِبِ وَعَلَيْهِ الْعَوَضُ) عملاً بالتزامه، وإن قال: مجاناً فواضح، أو أطلق فهل يقتضي عوضاً؟ فيه وجهان:

أظهرهما: إذا قال: عن كفارتي؛ نعم، ثم سواء نفى العوض أو أثبتته يقع العتق عن المستدعي.

واحتج الأصحاب بأنه أعتق عنه بأمره فيقع عنه كما لو سمى العوض، وكما يجعل المعتق بعوض كالمبيع المقبوض حتى يستقر عوضه، فكذا يجعل عند عدم العوض كالموهوب المقبوض، ويجعل المقبوض مندرجاً

تحت العتق لقوته.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَمْلِكُهُ عَقَبَ لَفْظِ الْإِعْتَاقِ ثُمَّ يَعْتِقُ عَلَيْهِ) أي: بعده بلحظة لطيفة.

والثاني: يملكه بالاستدعاء ويعتق بالإعتاق.

والثالث: إذا أستدعي فشرع في العتق ملكه بالشروع ويعتق بتمامه.

والرابع: يقع الملك والعتق في حالة واحدة عقب لفظ الإعتاق.

والخامس: يملكه مع آخر اللفظ ويعتق بعده. كذا حكاها في «الكفاية».

قال: (وَمَنْ مَلَكَ عَبْدًا أَوْ ثَمَنَهُ فَاضِلًا عَنْ كِفَايَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً وَسُكْنًى وَأَثَانًا لَا بُدَّ مِنْهُ؛ لَزِمَهُ الْعِتْقُ) لقوله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ مؤمنة ﴿مَنْ قَبْلَ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ [المجادلة: ٣]، ﴿فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾ [المجادلة: ٤] الآية.

وهل تتقدر النفقة والكسوة بمدة؟ قال الرافعي: لم يقدره الأصحاب، فيجوز أن يعتبر بكفاية العمر الغالب، ويجوز أن يعتبر بسنة، ويؤيده أن البغوي قال: يترك له ثوب^(١) الشتاء وثوب^(٢) الصيف^(٣).

قال في «الروضة» والصواب الثاني^(٤).

(١) في الأصل: قوت، والمثبت هو الموافق لما في «التهذيب»، و«الشرح الكبير»، و«الروضة».

(٢) في الأصل: قوت، والمثبت هو الموافق لما في «الروضة».

(٣) «الشرح الكبير» ٣١٥/٩، وانظر نص البغوي في «التهذيب» ١٧٧/٦.

(٤) «روضة الطالبين» ٢٩٦/٨.

قال في «الكفاية»: قد تعرض له الأصحاب في كفارة اليمين فقالوا على ما حكاه المحاملي وغيره: إن من ليس له كفاية على الدوام ومن تلزمه نفقته تحل له الصدقة والكفارة بسهم الفقر، ولا يلزمه التكفير بالمال، بل يصوم. قال: وسيأتي ثم عن «الحاوي» ما يخالفه^(١).

وعن مالك: إذا ملك ثمن العبد فواجبه الإعتاق وإن كان محتاجاً إليه^(٢).

قال: (وَلَا يَحِبُّ بَيْعُ ضَيْعَةٍ وَرَأْسِ مَالٍ لَا يَفْضُلُ دَخْلُهُمَا عَنْ كِفَايَتِهِ) أي: على الصحيح؛ لأن المصير إلى حال المسكنة أشد من مفارقة الدار والعبد المألوفين.

قال: (وَلَا مَسْكَنٍ وَعَبْدٍ نَفِيسَيْنِ أَلْفَهُمَا فِي الْأَصَحِّ) لعسر مفارقة. والثاني: يلزمه البيع والإعتاق^(٣) كما لو كان له ثوب نفيس يجد بثمنه ثوباً يليق به وعبدًا يعتقه، وبه قطع العراقيون أو جمهورهم في العبد النفيس كما نقله عنهم في «الروضة»^(٤)، ونقله صاحب «الشامل» عن الأصحاب، وصححه المتولي وطردهما - أعني: المتولي وغيره - في الثوب أيضًا. أما إذا لم يكونا مألوفين فيلزمه البيع والإعتاق.

فرع:

لو أمكنه بيعها وشراء دار في محلة أخرى وشراء رقبة. قال الروياني:

(١) «كفاية النية» ٣٠٥/١٤.

(٢) أنظر: «عقد الجواهر الثمينة» ٥٥٨/٢، «جامع الأمهات» (ص ١٨٢).

(٣) رمز فوقها: (لأبي حنيفة ومالك).

(٤) «روضة الطالبين» ٢٩٦/٨.

ظاهر كلام أصحابنا أنه يلزمه ذلك^(١).

وقال القفال: فيه وجهان / ٢١١ب/ :

أحدهما: هذه. وثانيهما: لا يلزمه ذلك؛ لأنه يشق عليه الجلاء عن وطنه.

قال: (وَلَا شِرَاءَ بِعَبْنٍ) أي: قياساً على ما إذا بيع الماء بثمن غال. وقال البغوي: رأيي الإلزام^(٢).

قال: (وَأَظْهَرُ الْأَقْوَالِ أَعْتِبَارُ وَقْتِ الْيَسَارِ بِوَقْتِ^(٣) الْأَدَاءِ) حتى لو كان معسراً عند الوجوب وموسراً عند الأداء يلزمه الاعتاق؛ لأنها عبادة لها بدل من غير جنسها، فاعتبر فيها حالة الأداء كالوضوء والتميم والقيام والقعود في الصلاة.

والثاني: الاعتبار بوقت الوجوب؛ لأنه حق مستوفى على جهة التطهير، فأشبهه الحد؛ لأنه لو زنى وهو رقيق ثم عتق، أو أبكر ثم صار محصناً، فإنه يقام عليه حد الأرقاء والأبكار.

قال القاضي: وهذا مأخوذ من قولنا: المقلب فيه شائبة العقوبة^(٤)، والأول من قولنا: المقلب فيها العبادة.

قال الإمام: وفيه نظر؛ لإيجابها على من لا نؤثمه مع قطعنا بانتفاء العقوبة عنه^(٥).

(١) «بحر المذهب» ٣٢٦/١٠.

(٢) «التهذيب» ١٧٧/٦. (٣) رمز فوقها: (لأبي حنيفة ومالك).

(٤) في الأصل: العقود، والمثبت على الجادة، وهو الموافق لما نقله الإمام عن القاضي في «نهاية المطلب».

(٥) «نهاية المطلب» ٥٦٧/١٤.

والثالث: وهو مخرج، أنه يعتبر أغلظ الحالين؛ لأنه حق يجب في الذمة بوجود^(١) المال، فأشبهه الحج، فإنه يجب متى تحقق اليسار. والقائل بالأول أجاب عن الحد بمنع الزيادة فيه، وهنا لو أعتق من واجبه الصيام أجزاءه، فجاز أن يريد بتغيير الحال، وعن الحج بأنه يعتبر فيه حال الأداء، ولهذا لو وجب وهو صحيح ثم زمن، أستتاب. وعلى القول الثالث قال الأكثرون: يعتبر أغلظ حالة من الوجوب إلى الأداء. وقيل: يعتبر الأغلظ من حالتي الوجوب والأداء دون ما بينهما، صرح به الإمام وأشار إلى أنه متفق عليه^(٢). قال: (فَإِنْ عَجَزَ عَنْ عِتْقِ صَامٍ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ) للآية، والتتابع أن لا يصوم فيها عن غيرها ولا يفطر.

فرع:

لو أفطر ظاناً غروب الشمس أو على أن الفجر لم يطلع فأخطأ أنقطع التتابع؛ لتفريطه.

قال الروياني: وذكر والدي وجهاً آخر أنه لا ينقطع لمكان العذر^(٣). قال: (بِالْهَلَالِ) لأنها الأشهر شرعاً، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ﴾ [البقرة: ١٨٩] الآية.

قال: (بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ) لما تقدم، وتجب ليلاً كل ليلة. وعن مالك: أنه يكفي نية صوم الشهرين في الليلة الأولى^(٤).

(١) في الأصل: بوجوب، والمثبت من «الحاوي» ٥٠٧/١٠.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٦٩/١٤. (٣) «بحر المذهب» ٣٣٠/١٠.

(٤) أنظر: «جامع الأمهات» (ص ١٨٤)، «مختصر خليل» (ص ٦٢).

قال: (وَلَا تُشْتَرَطُ نِيَّةُ تَتَابُعٍ فِي الْأَصَحِّ) أَكْتِفَاءً بِالتَّابِعِ فَعَلًا، وَلَأَن التَّابِعَ شَرْطٌ فِي الْعِبَادَةِ فَلَا يَجِبُ بَنِيَّةٌ فِيهَا، كَسَرِ الْعُورَةِ فِي الصَّلَاةِ.
والثاني: يشترط في كل يوم؛ ليكون متعرضًا لخاصية هذا الصوم، وشبهه بالجمع بين الصلاتين.

والثالث: يشترط في الليلة الأولى؛ لأن التمييز يحصل به.
قال: (فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ حُسِبَ الشَّهْرُ بَعْدَهُ بِالْهَلَالِ وَأَتَمَّ الْأَوَّلَ مِنَ الثَّلَاثِ ثَلَاثِينَ) لتعذر الرجوع فيه إلى الهلال، وفيه وجه ضعيف إذا أنكسر شهر حسب الشهران بالعدد.

قال في «المحرر»: وَإِنْ أَبْتَدَأَ بِهِ لِأَوَّلِ شَهْرٍ هَلَالِي صَامَ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ عَلَى مَا يَتَّفِقُ لهُمَا مِنْ كَمَالٍ أَوْ نَقْصَانٍ^(١). وتركه المصنف لوضوحه وفهمه من قوله: (فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ).
قال: (وَيَزُولُ^(٢) التَّابِعُ بِفَوَاتِ يَوْمٍ بِلَا عُذْرِ) أَي: كَمَا إِذَا أَفْسَدَ صَوْمَهُ أَوْ نَسِيَ النِّيَّةَ فِي بَعْضِ اللَّيَالِي.

وعن «فتاوى أبي القاسم ابن البرقي» من أصحابنا: أَنْ مَنْ أَفْطَرَ عَامِدًا وَهُوَ جَاهِلٌ بِقَطْعِ التَّابِعِ أَنَّهُ لَا يَنْقُطِعُ التَّابِعُ، قَالَ: وَهَذَا شَيْءٌ يَقَعُ لِي وَلَا أَجِدُ فِيهِ شَيْئًا مَسْطُورًا.

قال: /٢١٢/ (وَكَذًا بِمَرَضٍ) مَسْوُغٌ لِلْفِطْرِ (فِي الْجَدِيدِ)^(٣) لَأَنَّ الْمَرَضَ لَا يَنَافِي الصَّوْمَ وَقَدْ أَفْطَرَ بِاخْتِيَارِهِ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَجْهَدَهُ الصَّوْمَ فَأَفْطَرَ.

(١) «المحرر» (ص ٣٥٣).

(٢) في «المنهاج»: ويفوت.

(٣) رمز فوقها: (لأبي حنيفة).

والقديم^(١): لا ينقطع به؛ لأن التابع لا يزيد على أصل وجوب رمضان وهو يسقط بالمرض.

قال: (وَلَا بِحَيْضٍ) لأن ذات الأقراء لا تخلو عن الحيض في الشهرين غالبًا والتأخير إلى سن اليأس خطر.

قال في «الروضة»: وأطلق الجمهور أن الحيض لا يقطع التابع، وذكر المتولي أنها لو كانت لها عادة في الطهر تمتد شهرين فشرعت في الصوم في وقت يتخلله الحيض أنقطع^(٢).

فرع:

الأصح أن النفاس كالحيض، ووجه مقابله ندرته.

قال: (وَكَذَا جُنُونٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) لعدم الاختيار، ولمنفاته الصوم كالحيض. قال المتولي: وهذه الطريقة هي الصحيحة. والثانية: طرد القولين للذين في المرض.

فرع:

الأشبه أن الإغماء كالجنون.

فرع:

الفطر بالسفر، وفطر الحامل والمرضع خوفًا على الولد، قيل: كالمرض. وقيل: يقطع قطعًا، فإنه باختياره، فإن أفطرتا خوفًا على أنفسهما فهو كالمرض.

وفي «تجريد المحاملي» أنه لا يقطع قطعًا. كذا حكاه عنه في

(٢) «روضة الطالبين» ٣٠٢/٨.

(١) رمز فوقها: (لمالك وأحمد).

«الروضة»^(١) من زوائده، والذي فيه الجزم بأنه كالمرض، وحكاية هذا الطريق فيما إذا أفطرتا خوفاً على ولديهما، فاعلمه.

فرع:

لو وطئ المظاهر ليلاً حرم ولم ينقطع التابع، خلافاً لأبي حنيفة^(٢) ومالك^(٣).

فرع:

لو شك بعد فراغ اليوم هل نوى صومه أم لا؟ فلا أستئناف على الصحيح في «الروضة»^(٤).

فرع:

ذكره في «المحرر» وأهمله المصنف، وهو أنه لو أبتدأ بالصوم في وقت يدخل عليه رمضان قبل تمام الشهرين أو يدخل يوم النحر، فإنه لا يجزئه عن الكفارة، وهذا لفظ «المحرر»: ولو أبتدأ بالشهرين قريباً من مجيء رمضان لم يجزئه عن الكفارة^(٥). أنتهى.

قال الإمام: ويعود القولان في أنه يبطل أم يقع نفلاً^(٦)؟



(١) «روضة الطالبين» ٨/ ٣٠٢.

(٢) أنظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٤)، «تحفة الفقهاء» ٢/ ٢١٥.

(٣) أنظر: «التفريع» ٢/ ٩٦، «الإشراف» ٢/ ١٥٢.

(٤) «روضة الطالبين» ٨/ ٣٠٢-٣٠٣.

(٥) «المحرر» (ص ٣٥٤).

(٦) «نهاية المطلب» ١٤/ ٥٦٢.

فرع:

لو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر كان له المضي فيه ولا يلزمه^(١) الإعتاق، على الصحيح. والثاني^(٢): يلزمه الانتقال.

فرع:

لو صام عن كفارته ثم بان أن مورثه مات، وورث منه رقبة ولم يعلم بها، أعتد بصومه ولم يلزمه العتق.

ولو نسيها في ملكه وصام، لم يجزئه؛ للفرق بين الجاهل والناسي. قال الروياني: كذا قال بعض أصحابنا، ويحتمل أن لا يجزئ فيهما.

قال: (فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَوْمٍ بِهِرَمٍ أَوْ مَرَضٍ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: لَا يُرْجَى زَوَالُهُ أَوْ لَحِقَهُ بِالصَّوْمِ مَشَقَّةٌ شَدِيدَةٌ أَوْ خَافَ زِيَادَةَ مَرَضٍ كَفَّرَ بِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا) أي: ولو رضيعًا في الأصح للآية. وما ذكره المصنف عن الأكثرين من تقييدهم المرض بأن لا يرجى زواله تبع فيه «المحرر»^(٣)، وقال في الشرحين: إنه قضية كلامهم، والمخالف لهم الإمام والغزالي فإنهما لم يعتبرا ذلك بل قالوا: إن كان يدوم شهرين في غالب الظن المستفاد من الأطباء أو من العرف فله الإطعام، بخلاف ما لو غاب ماله حيث قلنا: لا يصوم على رأي، بل ينتظره ليعتق؛ لأن من ماله غائبًا يسمى واجدًا، والمريض غير مستطيع الصوم^(٤).

(١) رمز فوقها: (لمالك وأحمد).

(٢) رمز فوقها: (لأبي حنيفة).

(٣) «المحرر» (ص ٣٥٤).

(٤) ما أثبتته المصنف هنا من «الشرح الصغير»، وانظر: «الشرح الكبير» ٣٣٠/٩.

وصحح المصنف هذا في «الروضة» حيث قال: صرح كثيرون باشتراط كون المريض لا يرجى زواله، ٢١٢ب/ والأصح ما قاله الإمام، وقد وافقه عليه آخرون، ثم ذكر عن «الحاوي» تفصيلاً حسناً وهو: أنه إن كان العجز هراً ونحوه فله الإطعام، والأولى تقديمه، وإن كان يرجى زواله كالعجز بالمريض فهو مخير بين تعجيل الإطعام وبين انتظار البر ليكفر بالصوم، قال: ولو قدر على صوم شهر فقط أو على صوم شهرين بلا تتابع، فلا العدول إلى الإطعام^(١).

قال: (أَوْ فَقِيرًا) لأنه أشد حالاً من المسكين.

قال في: «المحرر» ولا يجوز الصرف إلى ما دون الستين، وإن راعى العدد في الدفع، كما إذا دفعها إلى مسكين واحد في ستين يوماً^(٢).

وهذا أهمله المصنف؛ لأنه مفهوم من كلامه، ووجه ذلك أن قوله تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا﴾ [المجادلة: ٤] يشتمل على وصف وهو المسكنة، وعلى عدد، وهو: الستون، وكما لا يجوز الإخلال بالقدر لا يجوز الإخلال بالعدد. كما أن قوله: ﴿وَأَشْهَدُوا ذَوَىٰ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢] لمَّا تعرض لوصف وعدد وجب رعايتهما جميعاً، وعند أبي حنيفة يجزئ الصرف إلى واحد في ستين يوماً، ولا يجزئ الصرف إليه دفعة واحدة، واختلفت الرواية في الصرف إليه لستين دفعة في يوم واحد^(٣).

(١) «روضة الطالبين» ٣٠٨/٨، وانظر: «الحاوي» ٥١٢/١٠، «نهاية المطلب» ٥٧١/١٤.

(٢) «المحرر» (ص ٣٥٤).

(٣) أنظر: «التنف في الفتاوى» ١/١٦٠، «المبسوط» ١٧/٧، «فتح القدير» ٢٧١/٤.

قال: (لَا كَافِرًا) أي: ولو ذمياً، كما يعتق الكافر، وخالف أبو حنيفة في أهل الذمة^(١).

قال: (وَلَا هَاشِمِيًّا، وَمُطَلِّبِيًّا) لاستغنائهما بخمس الخمس، وحكى ابن الصلاح عن «أمالى السرخسي»: أن في صرف الكفارة والنذر إلى الهاشمي قولين، ويجريان في المطلبي أيضاً؛ لأنه في معناه.
تنبيه:

لا يجوز صرفها أيضاً إلى من يلزمه نفقته كزوجة وقريب، ولا إلى عبد ومكاتب.

قال: (سِتِّينَ مُدًّا) قياساً على كفارة وقاع رمضان، كذا قاسوه، وأجابوا عن حديث سلمة؛ حيث أمره النبي ﷺ أن يدفع إلى ستين مسكيناً وسقاً من تمر -وهو ستون صاعاً- بأنه محمول على الجواز؛ جمعاً بين الخبرين. كذا قاله ابن الصلاح، وفيه نظر؛ لأن الواقعة غير الواقعة، وكلامه لسلمة كان في معرض بيان الواجب، قاله في «الكفاية»^(٢).

قلت: لا جرم قال الخطابي: إنه حجة لأبي حنيفة في أن خمسة عشر صاعاً لا تجزئ عن كفارة الظهار، قال: وهو أحوط الأمرين^(٣).

قلت: روايات الحديث مضطربة، ففي أبي داود أنه عليه السلام أمرها أن تطعم عنه عرقاً. وفي آخره: والعرق ستون صاعاً^(٤).

(١) أنظر: «بدائع الصنائع» ٤٩/٢، «الجوهرة النيرة» ٦٨/٢.

(٢) «كفاية النية» ٣١٦/١٤. (٣) «معالم السنن» ٢١٧/٣.

(٤) أبو داود (٢٢١٤).

وفي رواية: والمكتل يسع ثلاثين صاعًا. قال أبو داود: هذا أصح الحديثين^(١).

وفي رواية له عن أبي سلمة بن عبد الرحمن قال: العرق زنبيل يأخذ خمسة عشر صاعًا^(٢).

وفي رواية له: وهو قرب خمسة عشر صاعًا^(٣).
 فرع:

الاعتبار بمد رسول الله ﷺ، وهو رطل وثلاث بالبغدادي، وذلك ربع صاع، ولا يختلف القدر باختلاف جنس المخرج.

وعند أبي حنيفة: المد رطلان والصاع أربعة أمداد وظيفة كل مسكين من البر نصف صاع مدان، ومن التمر والشعير صاع أربعة أمداد^(٤).

وقال مالك: الاعتبار في كفارة الظهار بمد هشام بن عبد الملك^(٥).

وهو أزيد من مد النبي ﷺ، قيل: هو مدان بمد النبي ﷺ، وقيل: مد ونصف، وقيل: مد وثلاث، وساعدنا في كفارة الظهار.

وقال أحمد: لكل مسكين من البر ٢١٣/١ مد، ومن الشعير أو التمر مدان^(٦).

(١) أبو داود (٢٢١٥).

(٢) أبو داود (٢٢١٦). (٣) أبو داود (٢٢١٧).

(٤) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٤٩٧/٢، «المبسوط» ١٦/٧، «فتح القدير» ٢٦٨/٤.

(٥) أنظر: «المدونة» ٢١٣/٢، «النوادر والزيادات» ٣٠٧/٥، «المنتقى» ٤٥/٤.

(٦) أنظر: «المغني» ٩٤/١١.

قال: (مِمَّا يَكُونُ فِطْرَةً) أي: جنس الطعام المخرج في الكفارة جنس المخرج في الفطرة، فلا يجزئ الدقيق والسويق والخبز كما صرح به في «المحرر»، وهو الأصح؛ لأن ذلك ناقص المنفعة فأشبهه المعيب.

قال في «المحرر»: ولا تكفي التغذية والتعشية^(١)، أي: لا بد من التملك التام كالزكاة خلافاً لأبي حنيفة؛ ولأنه لا يتحقق أن كلاً منهم أكل مدّاً؛ لتفاوتهم في الأكل، نعم لو وضع لهم ستين مدّاً، وقال: ملكتكم هذا بالسوية أو أطلق فقبلوه جاز، ومنعه الإصطخري؛ لأن عليهم مؤنة القسمة، والأصح الأول؛ لحقها، والله أعلم.



(١) «المحرر» (ص ٣٥٤).

[illegible]

کتاب اللعین

[illegible]

كتاب اللعان

يَسْبِقُهُ قَذْفٌ، وَصَرِيحُهُ الزَّنا كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ أَوْ أُمْرَأَةٍ: زَنَيْتَ، أَوْ زَنَيْتِ، أَوْ يَا زَانِي، أَوْ يَا زَانِيَةً، وَالرَّمْيُ بِإِيلَاجٍ حَشَفَةٍ فِي فَرْجٍ مَعَ وَضْفِهِ بِتَحْرِيمٍ أَوْ دُبُرٍ صَرِيحَانِ، وَزَنَاتٌ فِي الْجَبَلِ كِنَايَةً، وَكَذَا زَنَاتٌ فَقَطْ فِي الْأَصَحِّ، وَزَنَيْتُ فِي الْجَبَلِ صَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ، وَقَوْلُهُ: يَا فَاجِرُ يَا فَاسِقُ، وَلَهَا: يَا خَبِيثَةً، وَأَنْتِ تُحْبِئْنَ الْخَلْوَةَ، وَلِقُرَشِيٍّ: يَا نَبْطِي، وَلِزَوْجَتِهِ: لَمْ أَجِدْكَ عَذْرَاءَ كِنَايَةً.

فَإِنْ أَتَكَرَّ إِرَادَةُ قَذْفٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ، وَقَوْلُهُ: يَا ابْنَ الْحَلَالِ، وَأَمَّا أَنَا فَلَسْتُ بِزَانٍ، وَنَحْوِهِ تَعْرِضٌ لَيْسَ بِقَذْفٍ وَإِنْ نَوَاهُ، وَقَوْلُهُ: زَنَيْتُ بِكَ إِقْرَارٌ بِزَنَا وَقَذْفٌ، وَلَوْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةً. فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ أَوْ أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي. فَقَاذِفٌ وَكَانِيَةٌ فَلَوْ قَالَتْ: زَنَيْتُ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي فَمُقَرَّرَةٌ وَقَاذِفَةٌ. وَقَوْلُهُ: زَنَى فَرُجُكَ أَوْ ذَكَرُكَ قَذْفٌ، وَالْمَذْهَبُ أَنَّ قَوْلَهُ: يَدُكَ وَعَيْنُكَ، وَلَوْلَدِهِ: لَسْتَ مِنِّي، أَوْ: لَسْتَ ابْنِي كِنَايَةً، وَلَوْلَدٍ غَيْرِهِ لَسْتَ ابْنُ فُلَانٍ صَرِيحٌ إِلَّا لِمَنْفِيٍّ بِلَعَانٍ.

وَيُحَدُّ قَاذِفٌ مُحْصَنٌ وَيُعَزَّرُ غَيْرُهُ، وَالْمُحْصَنُ مُكَلَّفٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَفِيفٌ عَنْ وَطْءٍ يُحَدُّ بِهِ، وَتَبْطُلُ الْعِقَّةُ بِوَطْءٍ مَحْرَمٍ مَمْلُوكَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا زَوْجَتِهِ فِي عِدَّةٍ شُبْهَةٍ وَأَمَّةٍ وَلَدِهِ وَمَنْكُوحَتِهِ بِلَا وَلِيٍّ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ زَنَى مَقْدُوفٌ سَقَطَ الْحَدُّ، أَوْ أُرْتَدَّ فَلَا.

وَمَنْ زَنَى مَرَّةً ثُمَّ صَلَحَ لَمْ يَعُدْ مُحْصَنًا، وَحَدُّ الْقَذْفِ يُورَثُ وَيَسْقُطُ بِعَفْوٍ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرِثُهُ كُلُّ الْوَرَثَةِ، وَأَنَّهُ لَوْ عَفَا بَعْضُهُمْ فَلِلْبَاقِي كُلُّهُ.

فصل

لَهُ قَذْفُ زَوْجَةٍ عَلِمَ زَنَاها أَوْ ظَنَّهُ ظَنًّا مُؤَكَّدًا كَشِيَاعِ زَنَاها بِرَيْدٍ مَعَ قَرِينَةٍ بِأَنْ

رَأَهُمَا فِي خَلْوَةٍ.

وَلَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ لَزِمَهُ نَفْيُهُ.

وَإِنَّمَا يَعْلَمُ إِذَا لَمْ يَطَأْ أَوْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَطْءِ أَوْ فَوْقَ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلَوْ وَلَدَتْهُ لِمَا بَيْنَهُمَا وَلَمْ تَسْتَبِرْ بِحَيْضَةٍ حَرَّمَ النَّفْيُ.

وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِفَوْقِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْأَسْتِبْرَاءِ حَلَّ النَّفْيُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ وَطِئَ وَعَزَلَ حَرَّمَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ عَلِمَ زَنَاها وَاخْتِمِلَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَمِنَ الزَّنا حَرَّمَ النَّفْيُ، وَكَذَا الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ عَلَى الصَّحِيحِ.

فَصْلٌ

اللَّعَانُ قَوْلُهُ أَرْبَعُ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَِّّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ هَذِهِ

مِنَ الزَّنا

فَإِنْ غَابَتْ سَمَّاها وَرَفَعَ نَسَبَهَا بِمَا يُمَيِّزُهَا، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَاهَا بِهِ مِنَ الزَّنا.

وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ يَنْفِيهِ ذَكَرَهُ فِي الْكَلِمَاتِ فَقَالَ: وَإِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدَتْهُ أَوْ هَذَا الْوَلَدُ مِنْ زَنَا لَيْسَ مِنِّي.

وَتَقُولُ هِيَ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّنا، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيهِ.

وَلَوْ بُدِّلَ لَفْظُ شَهَادَةٍ بِخَلْفٍ وَنَحْوِهِ، أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ وَعَكْسِهِ، أَوْ ذُكِرَا قَبْلَ تَمَامِ الشَّهَادَاتِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ.

وَيُشْتَرَطُ فِيهِ أَمْرُ الْقَاضِي وَيُلْقَنُ كَلِمَاتِهِ.

وَأَنْ يَتَأَخَّرَ لِعَانُهَا عَنْ لِعَانِهِ.

وَيُلَاعِنُ أَخْرَسٌ بِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ.

وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ، وَفِي مَنْ عَرَفَ الْعَرَبِيَّةَ وَجْهَهُ، وَيُعْلَظُ بِزَمَانٍ وَهُوَ بَعْدَ عَصْرِ جُمُعَةٍ وَمَكَانٍ وَهُوَ أَشْرَفُ بَلَدِهِ، فَبِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ، وَالْمَدِينَةِ عِنْدَ الْمَنْبَرِ، وَبَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ وَغَيْرِهَا عِنْدَ مَنْبَرِ الْجَامِعِ.

وَحَائِضٌ بِبَابِ الْمَسْجِدِ، وَذِمِّيٌّ فِي بَيْعَةٍ وَكَنِيْسَةٍ، وَكَذَا بَيْتُ نَارٍ مَجُوسِيٌّ فِي الْأَصْحَحِ، لَا يَبْتَ أَصْنَامٍ وَثَنِيٍّ، وَجَمْعُ أَقْلُهُ أَرْبَعَةٌ.

وَالْتَّغْلِيظَاتُ سُنَّةٌ لَا فَرْضٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيُسَنُّ لِلْقَاضِي وَعُظْمَاهُمَا، وَيُبَالِغُ عِنْدَ الْخَامِسَةِ وَأَنْ يَتْلَاعَنَا قَائِمَيْنِ، وَشَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ، وَلَوْ أَرْتَدَّ بَعْدَ وَطْءٍ فَقَذَفَهَا وَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ لَاعَنَ وَلَوْ لَاعَنَ ثُمَّ أَسْلَمَ فِيهَا صَحَّ أَوْ أَصَرَ صَادَفَ يَتْنُونَةً.

وَيَتَعَلَّقُ بِإِلْعَانِهِ فُرْقَةٌ وَحُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ، وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، وَسَقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ وَوَجُوبُ حَدِّ زَنَاهَا، وَإِنْتِفَاءُ نَسَبِ نَفَاهُ بِإِلْعَانِهِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيٍ مُمَكِّنٍ مِنْهُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ طَلَّقَ فِي مَجْلِسِهِ، أَوْ نَكَحَ وَهُوَ بِالْمَشْرِقِ وَهِيَ بِالْمَغْرِبِ لَمْ يَلْحَقْهُ.

وَلَهُ نَفْيُهُ مَيِّتًا، وَالنَّفْيُ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْجَدِيدِ وَيُعَذَّرُ لِعُذْرٍ، وَلَهُ نَفْيُ حَمْلٍ وَانْتِظَارُ وَضْعِهِ، وَمَنْ أَخَّرَ وَقَالَ: جَهَلْتُ الْوِلَادَةَ صُدِّقَ بِبَيَمِينِهِ إِنْ كَانَ غَائِبًا، وَكَذَا الْحَاضِرُ فِي مُدَّةٍ يُمَكِّنُ جَهْلُهُ فِيهَا، وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مُتَّعْتَ بِوَلَدِكَ، أَوْ جَعَلَهُ اللَّهُ لَكَ وَلَدًا صَالِحًا. فَقَالَ: آمِينَ أَوْ نَعَمْ. تَعَذَّرَ نَفْيُهُ، وَإِنْ قَالَ: جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا، أَوْ بَارَكَ عَلَيْكَ فَلَا.

وَلَهُ اللَّعَانُ مَعَ إِمْكَانِ بَيِّنَةٍ بِزَنَاهَا، وَلَهَا لِدَفْعِ حَدِّ الزَّنا عَنْهَا.

فَصْلٌ

لَهُ اللَّعَانُ لِنَفْيِ وَلَدٍ وَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ وَزَالَ النُّكَاحُ، وَلِدَفْعِ حَدِّ الْقَذْفِ وَإِنْ
 زَالَ النُّكَاحُ، وَلَا وَلَدَ، وَلِتَغْزِيرِهِ، إِلَّا تَغْزِيرَ تَأْدِيبِ لِكَذِبِ كَقَذْفِ طِفْلَةٍ لَا تُوْطَأُ،
 وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةٌ بَرْنَاهَا أَوْ صَدَّقَتْهُ وَلَا وَلَدَ، أَوْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ
 الْحَدِّ، أَوْ جُنَّتْ بَعْدَ قَذْفِهِ فَلَا لِعَانَ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ ثُمَّ قَذَفَهَا بَرْنًا
 مُطْلَقٍ أَوْ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ النُّكَاحِ لَا عَنَ إِنْ كَانَ وَلَدٌ يَلْحَقُهُ، فَإِنْ أَضَافَ إِلَى مَا
 قَبْلَ نِكَاحِهِ فَلَا لِعَانَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ، وَكَذَا إِنْ كَانَ فِي الْأَصَحِّ لَكِنْ لَهُ إِنْشَاءُ
 قَذْفٍ وَيُلَاعِنُ، وَلَا يَصِحُّ نَفْيُ أَحَدٍ تَوَآمَيْنِ.



(كِتَابُ اللَّعَانِ)

هو مصدر لاعن يلاعن لعاناً، ويقال: تلاعنا والتعنا، وهو مشتق من اللعن وهو الطرد والإبعاد؛ لأن كلاً منهما يبعد عن صاحبه، ويحرم النكاح بينهما، وسمي لعاناً؛ لقول الرجل: عليّ لعنة الله إن كنت من الكاذبين.

وهو في الشرع: عبارة عن كلمات معلومة جعلت حجة للمضطر إلى قذف من لطح فراشه، وألحق العار به، واختير لفظ اللعان على الغضب والشهادة، وإن كان ذلك موجوداً في لعانهما؛ لأن اللعن كلمة غريبة في مقام الحجج من الشهادات والأيمان، والشيء يشتهر بما يقع فيه من الغريب. قاله الإمام^(١).

وأصح الأوجه الأربعة أنه يمين. وثانيها: شهادة. وثالثها: يمين فيها شوب شهادة. ورابعها: عكسه.

قال أصحابنا: وليس من الأيمان شيء متعدد في جانب المدعي ابتداء إلا اللعان والقسامة.

(١) «نهاية المطلب» ٥/١٥. وقال: ولم تقع التسمية بالغضب؛ لأن الأصل كلام الزوج، وقد ثبت دون لعانها.

والأصل في الباب قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ...﴾ [النور: ٦] الآيات، وقد جرى التلاعن في عهد النبي ﷺ، والأخبار فيه شهيرة، وذكر منها الرافعي في «المحرر»^(١) لعان هلال بن أمية، وعويمر العجلاني، وقد أخرج حديثهما في الصحيح، الأول في «صحيح البخاري»^(٢)، والثاني في الصحيحين^(٣).

قال: (يَسْقُطُ قَذْفٌ، وَصَرِيحُهُ) أي: القذف (الزَّانَا كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ أَوْ امْرَأَةٍ: زَنَيْتَ، أَوْ زَنَيْتِ، أَوْ يَا زَانِي، أَوْ يَا زَانِيَةً) لتكرر ذلك وشهرته.

قال: (وَالرَّمْيُ بِإِيلَاجٍ حَشَفَةٍ فِي فَرْجٍ مَعَ وَصْفٍ بِتَحْرِيمٍ أَوْ دُبُرٍ صَرِيحَانِ) لأن مطلق إيلاج الحشفة يقع على الحلال والحرام فلا بد من الوصف بالحرام.

فرع:

اللعن بالتذكير والتأنيث كقوله للمرأة: يا زاني، وله: يا زانية قذف، وقد صرح بهذا في «المحرر»، قال: وقوله للرجل: زנית أو يا زانية، وللمرأة: يا زاني أو زנית قذف^(٤). أنتهى.

قلت: وفيه قول قديم.

فرع:

لو قال: يا لوطي، فيه كناية؛ لاحتمال إرادة أنه على دين قوم لوط

(١) «المحرر» (ص ٣٥٥).

(٢) البخاري (٢٦٧١) من حديث ابن عباس.

(٣) البخاري (٤٧٤٥)، مسلم (١٤٩٢) من حديث سهل بن سعد الساعدي.

(٤) «المحرر» (ص ٣٥٥).

عليه السلام، كذا جزم به الرافعي^(١) تبعًا للقاضي أبي الطيب، وصاحب «المهذب»^(٢).

قال المصنف في «تصحيح التنبيه»: وهو الصواب^(٣). وقال ابن الصباغ: فيه نظر؛ لأنه مستعمل في الرمي بالفاحشة، فينبغي أن يكون قذفًا. أي: صريحًا، وبه جزم في «الكافي».

قال في «الروضة»: وينبغي أن نقطع بأنه صريح؛ لبعد هذا الاحتمال، وبه جزم صاحب ٢١٣ب/ «التنبيه»، فالصواب الجزم به^(٤).

قال: (وَزَنَاتُ) أي: بالهمز (فِي الْجَبَلِ كِنَايَةً) لأن الزناء في الجبل هو الصعود فيه، وقيل: إن كان قائله من أهل العربية فليس بقذف، والأول هو أصح، ويصدق بيمينه في أنه لم يرد القذف، فإن نكل حلف المدعي واستحق حد القذف، وعن أبي حنيفة^(٥) وأحمد^(٦) أن قوله: زنأت في الجبل قذف.

قال: (وَكَذَا زَنَاتُ) أي: بالهمز (فَقَطُّ فِي الْأَصَحِّ) لأن ظاهره الصعود، والثاني: أنه قذف، والثالث: أنه إن أحسن العربية فليس بقذف إلا بنية، وإلا فقذف.

قال: (وَزَنَيْتُ فِي الْجَبَلِ صَرِيحٌ فِي الْأَصَحِّ) كما لو قال: في الدار.

(١) «الشرح الكبير» ٣٣٥/٩. (٢) «المهذب» ٢٧٣/٢.

(٣) «تصحيح التنبيه» ٢٣٢/٢ (٧٥٩).

(٤) «روضة الطالبيين» ٣١٢/٨.

(٥) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣١٨/٣، «المبسوط» ١٢٦/٩.

(٦) أنظر: «الروايتين والوجهين» ٢٠١/٢، «المحرر» ٩٥/٢.

والثاني: المنع إلا أن يريده؛ لاحتمال أنه لين الهمزة.

والثالث: أنه صريح من عالم باللغة دون غيره.

قال: (وَقَوْلُهُ يَا فَاجِرُ يَا فَاسِقُ، وَلَهَا) أي: للمرأة (يَا خَبِيثَةُ، وَأَنْتِ تَحْبِبِينَ الْخُلُوءَ، وَلَقُرَشِيَّ: يَا نَبْطِي، وَلِزَوْجَتِهِ لَمْ أَجِدْكَ عَذْرَاءَ كِنَايَةً) أي: فإن أراد النسبة إلى الزنا فهو قذف، وإلا فليس بقذف لاحتمالها، لا جرم قال إثره: (فَإِنْ أَنْكَرَ إِرَادَةَ قَذْفٍ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ) لأنه أعرف بكلامه، بأن قال: أردت بالنبطي أنه ليس بفصيح كالعرب، أو نبطي الدار؛ لأنه يسكن دارهم؛ ولا حد عليه.

قال أبو الطيب والحسين: ويؤدب للأذى. وفي «الحاوي»: إن قصد به الذم والسب عزر، وإلا فلا، وحكي قول قديم: أن: (لم أجدك عذراء) صريح.

والنبطي: منسوب إلى النبط، والنبيط، وهم قوم ينزلون بالبطائح بين العراقيين، والجمع: أنباط، ورجل نبطي ونباطي ونباط، كيمني ويماني ويمان.

قال: (وَقَوْلُهُ: يَا أَبْنَ الْحَلَالِ، وَأَمَّا أَنَا فَلَسْتُ بِزَانٍ وَنَحْوِهِ، تَعْرِضُ لَيْسَ بِقَذْفٍ وَإِنْ نَوَاهُ) لأن النية إنما تؤثر إذا أحتمل اللفظ المنوي.

وهنا [لا]^(١) دلالة في اللفظ ولا احتمال، وما يتخيل ويفهم منه فمستنده قرائن الأحوال، هذا هو الأصح، وفيه وجه أنه كناية اعتماداً على الفهم والإيذاء وهو ما أورده الشيخ أبو حامد وجماعة، وفيه قوة.

(١) ساقطة من الأصل، والمثبت من «عجالة المحتاج» ٣/ ١٤٢٠.

فرع:

سواء عندنا حالة الغضب والرضا، وعن مالك^(١) وأحمد^(٢) أنه صريح في حالة الغضب، وتقييد صاحب «التتمة» الوجه الثاني بما إذا قاله في حالة الخصومة ليس لتخصص كونه كناية في هذه الحالة، بل قصد به نفي كونه صريحاً فيها، كقول مالك وأحمد، كما نبه عليه صاحب «المطلب».

قال: (وَقَوْلُهُ زَنَيْتَ بِكَ) أي: ولو كانت أجنبية (إِفْرَارُ بِرْناً وَقَذْفُ) أي: فعليه حد الزنا والقذف، ويقدم حق القذف؛ لأنه حق آدمي، فإن رجع سقط حد الزنا دون القذف.

قال: (وَلَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةً، فَقَالَتْ زَنَيْتَ بِكَ أَوْ أَنْتَ أَزْنَى مِنِّي، فَقَاذِفٌ وَكَانِيَةً) أما في الأولى؛ فلأن جوابها متردد محتمل، فنسأل ونعمل بمقتضاه حتى لو قالت: أردت أنني لم أزن كما لم تزن وحلفت؛ حد دونها.

قال البغوي: فلو قالت لجواب أجنبي فقاذفة، وأما في الثانية فلاحتمال أن تريد أنه أهدي إلى الزنا وأحرص عليه منها^(٣).

قال: (فَلَوْ قَالَتْ: زَنَيْتَ وَأَنْتَ أَزْنَى مِنِّي فَمُقَرَّةٌ وَقَاذِفَةٌ) لأن كلمة المبالغة، وإن / ٢١٤/ كانت تقتضي الاشتراك في الأصل والاختصاص بالزيادة، لكن قولها: أنت أزنى مني خارج مخرج الذم والمشاتمة،

(١) أنظر: «عقد الجواهر الثمينة» ٣/ ١١٥٢، «جامع الأمهات» (ص ٣٣٨).

(٢) أنظر: «المغني» ١٢/ ٣٩٢، «المحرر» ٢/ ٩٦.

(٣) «التهذيب» ٦/ ٢١٩-٢٢٠.

ومثل ذلك لا يحمل على وضع اللسان كما في قوله تعالى حكاية عن يوسف إذ قال لإخوته: ﴿أَنْتُمْ شَرُّ مَكَّانًا﴾ [يوسف: ٧٧].

قال: (وَقَوْلُهُ: زَنَى فَرْجُكَ أَوْ ذَكَرَكَ قَذْفٌ) لأنه آلة ذلك العمل.

قال: (وَالْمَذْهَبُ أَنَّ قَوْلَهُ: يَدُكَ وَعَيْنُكَ، وَلَوْلَدِهِ: لَسْتُ مِنِّي أَوْ لَسْتُ أَبْنَى كِنَايَةً، وَلَوْلَدٍ غَيْرِهِ: لَسْتُ أَبْنَى فَلَانٍ صَرِيحٌ إِلَّا لِمَنْفِيٍّ بِلَعَانٍ) أما في الأولى، وهي ما إذا قال: زنى يدك أو عينك، فطريقة الأكثرين فيها القطع بأن ذلك كناية؛ لأن المفهوم من زنا هذه الأعضاء اللمس والمشي والنظر على ما قال ﷺ: «العينان تزنيان، واليدان تزنيان»^(١).

والطريقة الثانية حاكية لوجهين كما ذكره الرافعي، أو لقولين كما ذكره القاضي، ووجه^(٢) من قال بصراحة ذلك القياس على الفرج؛ بجامع أنه أضاف الزنا إلى عضو من الجملة، وقيل: إن قال: يداك أو عينك، فكناية قطعاً؛ لمطابقة لفظ الحديث وإلا فوجهان.

وقال الماوردي: الخلاف فيما إذا قال: يدك، فأما إذا قال: زنا عينك، فليس بقذف قطعاً^(٣).

فرع:

لو قال: زنى بدنك -بالنون- فصريح على الأصح، كقوله: زنيت. وقيل: لا كما لو قال: زنى بدني لا يكون صريحاً في الإقرار بالزنا،

(١) رواه أحمد ٤١٢/١ من حديث ابن مسعود، ٣٤٤ من حديث أبي هريرة. وهو في الصحيحين بمعناه؛ البخاري (٦٢٤٣) ومسلم (٢٦٥٧) من حديث أبي هريرة.

(٢) رمز فوقها: (لأبي حنيفة).

(٣) «الحاوي» ١١/١٣٠.

وفي هذا وجه حكاه العجلي عن الإمام^(١).

وأما الثانية: وهي ما إذا قال لابنه اللاحق به ظاهراً: لست أبني. أو: لست مني، فإن النص فيها ما ذكره المصنف، وكذلك نص على ما إذا قال لولد غيره: لست أبن فلان، كما ذكره المصنف، وللأصحاب طرق أصحها: تقرير النصين، كما ذكره المصنف، والفرق أن الأب يحتاج في تأديب الولد إلى مثل هذا الكلام زجرًا له؛ فيحمل على التأديب بخلاف الأجنبي.

والثاني: فيهما قولان:

أحدهما: أنه صريح فيهما؛ لأنه السابق إلى الفهم.

وأقيسهما: أنه كناية؛ لأنه يحتمل غير القذف.

والثالث: القطع بأنه ليس بصريح فإذا قلنا بالمذهب فنستفسره، فإن قال: أردت أنه من زنا فقاذف، أو من وطء شبهة فلا، وكذا إذا قال: أردت أنه لا يشبهني خلقًا وخلقًا، وحمل قوله أنه قذف على ما إذا أراده، قاله أبو إسحاق، ونقله عنه أيضًا: أن نص الأب محمول على ما قبل استقرار نسبه عقب وضعه، أما بعد استقراره فهو قذف، ونص الأجنبي بالعكس.

الرابع: القطع بأنه قذف، وتأويل ما ذكره في حق الولد.

وأما الأخيرة: وهي ما إذا قال للولد المنفي باللعان: لست أبن فلان الملاعن فإنه لا يكون قذفًا صريحًا لأمه؛ لاحتماله، فيسأل، فإن قال:

(١) أنظر قول الإمام في «نهاية المطلب» ٤٨٣/١٤.

أردت تصديق الملاعن في أن أمه زانية فهو قاذف، وإن أراد أن الملاعن نفاه، أو أنه منفي شرعاً، أو أنه لا يشبهه خلقاً وخلقاً صدق يمينه، فإذا حلف؛ قال القفال وجماعة: يعزر للإيذاء، وإن نكل؛ حلفت الأم أنه أراد قذفها، واستحقت الحد عليه.

قال: (وَيُحَدُّ قَاذِفٌ مُحْصَنٍ) لقوله تعالى: /٢١٤ب/ ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ

أَزْوَاجَهُمْ﴾ [النور: ٦] الآية.

قال: (وَيُعَزَّرُ غَيْرُهُ) للإيذاء (وَالْمُحْصَنُ مُكَلَّفٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَفِيفٌ عَنْ وَطْءٍ يُحَدُّ بِهِ) قال ابن الصباغ: وهذا اتفاق؛ ولأن الله تعالى شرط في حد القذف إحصان المقدوف وهو الكمال فاعتبر البلوغ فيه لنقض الصغر، والعقل لنقض الجنون، والحرية لنقض الرق، والإسلام لنقض الكفر، واعتبرت العفة لنقض الزنا.

قال: (وَتَبْطُلُ الْعِفَّةُ بِوَطْءٍ مُحْرَمٍ مَمْلُوكَةٍ عَلَى الْمَذْهَبِ) لدلالته على قلة مبالاته، بل غشيان المحارم أشد من مباشرة الأجنبية. واعلم أن عبارة «المحرر»: وكذا تبطل بوطء مملوكته التي هي أخته من الرضاع على الأشبه^(١).

وعبارة «الروضة»: لو وطئ مملوكته التي هي أخته أو عمته برضاع أو نسب عالمًا بالتحريم، فإن قلنا: نوجب الحد بطلت حصانته، وإلا فتبطل أيضاً على الأصح لدلالته على عدم عفته، بل هذا أفحش من الزنا بأجنبية^(٢). أنتهى. وبهذا أتضح لك تعبيره هنا بالمذهب.

(٢) «روضة الطالبين» ٨/ ٣٢٢.

(١) «المحرر» (ص ٣٥٦).

قال: (لَا زَوْجَتِهِ فِي عِدَّةِ شُبْهَةٍ وَأَمَةٍ وَلَدِهِ وَمَنْكُوحَتِهِ بِلَا وَلِيٍّ فِي الْأَصَحِّ) أما في الأولى فلقيام الملك ولعدم تأبد الحرمة وعدم دلالة الظاهرة على قلة المبالاة بالزنا، ووجه مقابله حرمة المؤكدة، وأما في الباقي فلأنه وطء ثبت فيه النسب، فأشبهه الوطء الحرام الواقع في الملك، ووجه مقابله وقوعه في غير الملك كالزنا، وفي هذا الموضع خلاف منتشر مذكور في الرافعي^(١) و«الروضة»^(٢) اقتصرنا منه على ما يحتاج كلام المصنف إليه.

قال: (وَلَوْ زَنَى مَقْدُوفٌ سَقَطَ الْحَدُّ) أي: إذا قذف عفيفاً في الظاهر فزنى المقدوف قبل أن يحد القاذف سقط الحد عن القاذف، وهذا هو المشهور؛ لأن الإحصان لا يستيقن، ولكن يظن، وظهور الزنا يؤيد الريبة، ويخدش وجه الظن، فأشبه ما إذا شهد شاهدان ظاهرهما العدالة ثم ظهر فسقهما قبل الحكم، ومقابله قول قديم هو مذهب المزني، ووجه أن المعنى الطارئ بعد وجوب الحد لا يمنع من إقامته كما لو أرتد المقدوف أو نقصت قيمة المسروق.

قال: (أَوْ أُرْتَدَّ فَلَا) أي: إذا أرتد المقدوف قبل الحد فإنه يسقط، وهذا هو الصحيح؛ لأن الزنا يكتم ما أمكن، فإذا ظهر فالظاهر سبق مثله، والردة عقيدة، والعقائد لا تخفى في الغالب، فإظهارها لا يدل على سبق الإخفاء، كذا جزم بهذا الفرق الرافعي في «الشرح الصغير»، وذكر في «الكبير»^(٣) فرقين آخرين ذكرتهما في «شرح التنبيه» في كتاب

(١) «الشرح الكبير» ٣٤٩/٩.

(٢) «روضة الطالبين» ٣٢٢/٨. (٣) «الشرح الكبير» ٣٥٢/٩.

حد القذف.

قال: (وَمَنْ زَنَى مَرَّةً ثُمَّ صَلَحَ لَمْ يَعُدْ مُحْصَنًا) حتى لا يحد قاذفه بعد ذلك، ولكن يعزر للإيذاء، قال الرافعي: والعرض إذا أنخرم لم تنسد ثلمته^(١).

واستشكله الإمام في المسلم الكامل وقال: ما أراه يسلم من الخلاف، فإن التائب من الذنب كمن لا ذنب له، وسواء قذفه بذلك الزنا أو بزنا بعده، وفيما بعده احتمال.

قال: (وَحَدُّ الْقَذْفِ يُورَثُ وَيَسْقُطُ بِعَفْوِ) أي: خلافاً لأبي حنيفة^(٢)، لنا أنه حق توقف أستيفائه /٢١٥/ على مطالبة الآدمي به، فكان حقاً له كسائر حقوقه.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ يَرِثُهُ كُلُّ الْوَرَثَةِ) كالمال والقصاص، والثاني: جميعهم غير الزوجين لارتفاع النكاح بالموت وانقطاع واسطة المتعير. والثالث: رجال العصابات فقط؛ لأنه لدفع العار فاختص بهم كولاية التزويج، وقال القاضي: هو الأظهر، وصححه ابن داود. والرابع: رجال العصابة سوى البنين كالتزويج.

(١) «الشرح الكبير» ٣٥٢/٩.

(٢) وعنده: أن للمتعير من أهل الميت المطالبة بالحد -لما يقع من قدح في نسبه- بطريق الأصالة كأنه هو المقذوف، لا بطريق الإرث؛ لأن حد القذف لدفع العار، والعار إنما يتصل بالحي بقذف الميت إذا كان بينهما جزئية كالوالد وولده، وإلا فلا. أنظر: «المبسوط» ١١٣/٩، «بدائع الصنائع» ٥٥/٧، «فتح القدير» ٣٢٢/٥.

قال: (وَأَنَّهُ لَوْ عَفَا بَعْضُهُمْ فَلِلْبَاقِينَ^(١) كُلُّهُ) أي: والأصح أنه إذا عفى بعض المستحقين يجوز لمن عداه أستيفاء الجميع؛ لأن الحد يثبت لهم ولكل واحد منهم كولاية التزويج وحق الشفعة.

والثاني: يسقط جميعه كالقصاص، وردّ بأنه لا بدل لهذا بخلاف القصاص.

والثالث: يسقط نصيب العافي^(٢) ويستوفي الباقي؛ لأنه قابل للتقسيم بخلاف القصاص.

فرع:

لو قال لغيره: أقذفني. فقذفه؛ فلا حد على الأصح، كما لو قال: أقتلني. فإنه لا قصاص، ووجه مقابله أن القذف لا يباح أصلاً، بخلاف القتل فقد يكون الإذن مهدراً في نفسه.

فائدة:

هل يجب على الحاكم البحث عن إحصان المقذوف ليقيم الحد على القاذف، كما يبحث عن عدالة الشهود؟ فيه وجهان، رجح الأكثرون منهما المنع.



(١) في الأصل: فللباقين.

(٢) في الأصل: الباقي. والمثبت كما في «روضة الطالبين» ٣٢٦/٨.

(فَضْلٌ)

(لَهُ قَذْفُ زَوْجَةٍ عَلِمَ زِنَاهَا) أي: كما إذا رآها تزني.
 قال: (أَوْ ظَنَّهُ ظَنًّا مُؤَكَّدًا كَشَيْاعِ زِنَاهَا بِزَيْدٍ مَعَ قَرِينَةٍ بِأَنْ رَأَاهُمَا فِي خَلْوَةٍ) لأن الظن مع القرينة المذكورة التحقق في هذه الحالة بالعلم.
 قال الرافعي: وكذا لو أقرت ووقع في قلبه صدقها أو سمعه ممن يثق به، قال ابن كج والإمام: سواء كان من أهل الشهادة أم لا^(١).
 وما جزم به المصنف رحمه الله في صورة الاستفاضة إذا أنضمت إليه القرينة هو أصح الأوجه.

ثانيها: يجوز بمجرد الاستفاضة.

ثالثها: يجوز بمجرد القرينة.

قال: (وَلَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ وَعَلِمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ لَزِمَهُ نَفْيُهُ) أي: على الصحيح؛ لأن ترك النفي يتضمن الاستلحاق، ولا يجوز له استلحاق من ليس منه، كما لا يجوز له نفي من هو منه، ووجه مقابله -وهو ما أورده الإمام أستشكالاً^(٢): أن اقتحام اللعان شهرة وفضيحة يصعب احتمالها على ذوي المروءات.

قال: (وَإِنَّمَا يَعْلَمُ إِذَا لَمْ يَطَّأَهَا أَوْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوَطْءِ أَوْ فَوْقَ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلَوْ وَلَدَتْهُ لِمَا بَيْنَهُمَا) أي: لما دون أربع سنين وفوق ستة أشهر (وَلَمْ تَسْتَبْرِئِ بِحَيْضَةٍ حَرَّمَ النَّفْيِ) أي: ولا عبرة بريبة يجدها في

(١) «الشرح الكبير» ٣٥٧/٩، وانظر قول الإمام في «نهاية المطلب» ٩/١٥.

(٢) «نهاية المطلب» ١٢/١٥.

نفسه، أو شبهة تخيل إليه فسادًا.

وفي «سنن أبي داود» وابن ماجه وصحيح أبي حبان والحاكم وقال: إنه على شرط مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة أدخلت على قوم من ليس منهم فليست من الله في شيء، ولم يدخلها جنته، وأيما رجل جحد ولده وهو ينظر إليه أحتجب الله منه يوم القيامة وفضحه على رؤوس الخلائق يوم القيامة»^(١).

قال: (وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِفَوْقِ / ٢١٥ب/ سِتَّةَ أَشْهُرٍ مِنَ الْاِسْتِبْرَاءِ حَلَّ النَّفْيِ فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو الأظهر في «المحرر»^(٢)، و«الشرح الصغير»؛ لأن الاستبراء أمانة ظاهرة على أنه ليس منه، لكن المستحب أن لا ينفيه؛ لأن الحامل قد ترى الدم.

والثاني: إن رأى بعد الاستبراء القرينة المبيحة للقذف جاز النفي، بل يلزمه؛ لأن الغالب على الظن والحالة هذه أنه ليس منه، وإن لم ير شيئاً لم يجز، وفي أصل «الروضة» أن هذا أصح الأوجه^(٣).

والثالث: يجوز النفي سواء وجدت قرينة أم لا، ولا يجب بحال للاحتمال.

ولم يظهر لي فرق بين هذا الوجه، والأول فليتأمل، وأطلق في

(١) أبو داود (٢٢٦٣)، ابن ماجه (٢٧٤٣)، ابن حبان (٤١٠٨)، الحاكم ٢/ ٢٠٢-٢٠٣. وفيه عبد الله بن يونس، قال ابن القطان: لا تعرف حاله، ولا يعرف له غير هذا الحديث. «بيان الوهم والإيهام» ٤/ ٤٧٢. وانظر: «البدر المنير» ٨/ ١٨٤، وضعفه الألباني في «الضعيفة» (١٤٢٧).

(٢) «المحرر» (ص ٣٥٦). (٣) «روضة الطالبين» ٨/ ٣٢٩.

«الوسيط»^(١) وجه الوجوب ولم يخصه بالقرينة.

قال في «الروضة»: وجعل الرافعي هذه الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الاستبراء، وكذا فعل القاضي حسين والمتولي والبغوي والإمام، والصحيح ما قاله المحاملي وصاحباً^(٢) «المهذب» و«العدة»، وآخرون أن الاعتبار في ستة أشهر من حين يزني الزاني بها؛ لأن مستند اللعان زناه، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من حين زنى، ولأكثر من ستة أشهر من الاستبراء؛ تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا، فيصير وجوده كعدمه فلا يجوز النفي، وهذا واضح^(٣).

قال: (وَلَوْ وَطِئَ وَعَزَلَ حَرْمٌ) أي: النفي (عَلَى الصَّحِيحِ)^(٤) لأن الماء قد يسبق من غير أن يحس به، ومقابله هو قول الغزالي في «وسيطه»^(٥) و«وجيزه»^(٦)، وهذا أحد ما جعل المصنف قول الغزالي وجهاً فاعلمه.

قال: (وَلَوْ عَلِمَ زَنَاهَا وَاحْتَمَلَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ وَمِنَ الزَّانَا حَرْمَ النَّفْيِ) لقيام الاحتمال.

قال: (وَكَذَا الْقَذْفُ وَاللَّعَانُ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: وهو المشهور في «المحرر»^(٧)؛ لأن نسبتها إلى الزنا وإثباته عليها يعير الولد به، وقد تطلق فيه الألسنة، وأنه يتضرر به.

(١) «الوسيط» ٨٣/٦.

(٢) في الأصل: وصاحب.

(٣) «روضة الطالبين» ٣٢٩/٨.

(٤) رمز فوقها: (لمالك).

(٥) «الوسيط» ٨٣/٦.

(٦) «الوجيز» ٩٢/٢.

(٧) «المحرر» (ص ٣٥٧).

والثاني: يجوز انتقاماً منها وتعريضاً لها للحد كما إذا لم يكن ولد، وهذا ما ذكر الإمام^(١) أنه القياس، فأثبتته الرافعي وجهاً وتبعه المصنف. وقال صاحب «المهذب»: إن غلب على ظنه أنه ليس منه، فإن علم بأنه كان يعزل عنها أو رأى فيه شبه الزاني.

قال الروياني: وكذا لو علم من نفسه أنه عقيم لزمه نفيه باللعان - يعني: بعد قذفها - وإن لم يغلب على ظنه؛ لم ينفه.

وقال الماوردي: إذا وطئها ولم يستبرئها ورآها تزني فهو بالخيار بين اللعان بعد القذف أو الإمساك، فأما نفي الولد فإن غلب على ظنه أنه ليس منه نفاه، وإن غلب على ظنه أنه منه لم يجز نفيه، وإن لم يظن أحد الأمرين جاز أن يغلب حكم الشبه^(٢).

قال في «الروضة»: وهذا هو القياس الجاري على قاعدة الباب^(٣).



(١) «نهاية المطلب» ١٥/١٣.

(٢) «الحاوي» ١١/١٨.

(٣) «روضة الطالبين» ٨/٣٣١.

(فَضْلٌ)

(اللَّعَانُ قَوْلُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَِّّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتَ بِهِ هَذِهِ مِنَ الزُّنَا) أي: إذا كانت حاضرة، أما اعتبار العدد في لفظ الشهادة فلاّية، وأما اعتبار تسمية ما رماها به؛ فلاّنه المحلوف عليه.

فرع:

يكفي الإشارة إليها والحالة هذه، ولا يحتاج إلى التسمية معها على الأصح كسائر العقود والفسوخ.

قال: (فَإِنْ / ٢١٦/ غَابَتْ) أي: عن البلد أو عن المجلس لحيض أو كفر، ولم يرض الزوج بلعانها في المسجد، أو كان ذلك في المسجد الحرام.

قال: (سَمَّاها وَرَفَعَ نَسَبَهَا بِمَا يُمَيِّرُهَا) أي: عن غيرها، وفي «تعليق الشيخ أبي حامد»: حتى يميزها عن سائر زوجاته إن كان في نكاحه غيرها.

قال الرافعي: وقد تشعر هذه اللفظة بالاستغناء، بقوله: فيما رميت به زوجتي. عن الاسم والنسب، إذا لم يكن تحته غيرها^(١).

قال في «الكفاية»: إن صح ذلك فيكون شرطه معرفة الحاكم بها^(٢).

قال: (وَالْخَامِسَةُ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَّاها بِهِ مِنَ الزُّنَا) للآية، ويعرفها في الغيبة والحضور كما ذكرنا في الكلمات الأربع.

(١) «الشرح الكبير» ٣٩٤/٩.

(٢) «كفاية النبيه» ٣٤٣/١٤.

فائدة:

اللعن: الطرد والإبعاد من الخير، قاله الجوهري^(١).

قال: (وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ يَنْفِيهِ ذَكَرُهُ فِي الْكَلِمَاتِ فَقَالَ: وَإِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدْتُهُ) أي: إن كان غائبًا (أَوْ هَذَا الْوَلَدَ) أي: إن كان حاضرًا (مِنْ زِنَا لَيْسَ مِنِّي) لأن كل مرة بمنزلة شاهد، ولو اقتصر على ذكر الزنا لم يكف عند كثيرين، كما حكاه في «الكفاية» عنهم، فلا ينتفي به الولد؛ لأنه قد يعتقد الوطء بالشبهة، وفي النكاح الفاسد زنا، والأصح على ما ذكر في «التهذيب»: الاكتفاء به حملًا للفظ على حقيقته^(٢).

ولو اقتصر على قوله: (ليس مني) لم يكف على الصحيح؛ لاحتمال إرادة عدم الشبه في الخلق والخلق، ولو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات أحتاج إلى إعادة اللعان لنفيه، ولا تحتاج المرأة إلى إعادة لعانها على الأظهر.

قال: (وَتَقُولُ هِيَ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنْ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزِّنَا، وَالْخَامِسَةُ أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ) للآية، والقول في تعريفه حاضرًا وغائبًا كما ذكرنا في جانبها، ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد على الصحيح؛ لأن لعانها لا يؤثر فيه.

فائدة:

قال الزمخشري في «الكشاف»: غضب الله هو إرادة الانتقام من

(١) «الصحيح»: مادة: (لعن).

(٢) «كفاية النبيه» ٣٤٤/١٤، وانظر: «التهذيب» ٢٠٩/٦.

العصاة وإنزال العقوبة بهم، وأن يفعل بهم ما يفعله الملك إذا غضب على من تحت يده^(١). ذكره في سورة الفاتحة.

قال: (وَلَوْ أَبْدَلَ لَفْظَ شَهَادَةٍ بِحَلْفٍ وَنَحْوِهِ أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ وَعَكْسِهِ أَوْ ذُكْرًا) أي: الغضب واللعن (قَبْلَ تَمَامِ الشَّهَادَاتِ لَمْ يَصِحَّ فِي الْأَصَحِّ) أما الأولى وهي ما إذا قال بدل: أشهد بالله: أحلف بالله، أو: أقسم، فوجه عدم الصحة أن الله تعالى أمره بلفظ، فإذا أخل به لم يعتد به كالشاهد إذا أخل بلفظ الشهادة، ووجه مقابله أن اللعن عندنا يمين، ولفظ الحلف والقسم صريح في اليمين، ولفظ الشهادة كناية، فكان الصريح أولى.

وأما الثانية: وهي ما [إذا]^(٢) أبدل لفظ اللعن بالغضب وعكسه فوجه [عدم]^(٣) الصحة عدوله عن المنصوص عليه، ووجه مقابله القياس، قلبه بعضها.

قال الرافعي: ومنهم من قطع به؛ لأنه لا يصح إبدال الغضب باللعن، وقال: الغضب أشد وأبلغ من اللعن ولذلك خص الغضب بها؛ لأن جريمة الزنا بها أقبح^(٤).

وسواء في ذلك ٢١٦ب/ جانبه وجانبها في الأصح في «الكفاية»^(٥).
وأما الثالثة: وهي ما [إذا]^(٦) ذكر اللعن أو الغضب قبل الكلمات

(١) «الكشاف» ٢٢/١. (٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) ساقطة من الأصل، والمثبت يقتضيه السياق. أنظر: «البيان» ٤٥٣/١٠، «الشرح الكبير» ٣٩٦/٩، «النجم الوهاج» ١٠٥/٨.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٩٦/٩. (٥) «كفاية النبيه» ٣٥٢/١٤.

(٦) زيادة يقتضيها السياق.

الأربع أو في أثنائها فوجه عدم الصحة فيها قوله تعالى: ﴿وَالْخَمْسَةُ أَنْ لَعَنْتَ اللَّهَ عَلَيْهِ﴾ [النور: ٧]، ﴿وَالْخَمْسَةُ أَنْ غَضِبَ اللَّهُ عَلَيْهَا﴾ [النور: ٩]، فشرط الغضب واللعن في الخامسة، فإذا أتى به قبل ذلك لم يعتد به، ووجه مقابله: أن المقصود من اللعان التغليظ وقد حصل.

قال القاضي حسين في «تعليقه»: وأصل هذه المسائل كلها أن المراعى في اللعان اللفظ، ونظم التنزيل أو المعنى؟ فيه وجهان: إن راعينا لفظ التنزيل فلا يجوز أن يأتي بغيره، وإلا فيجوز.

قال: (وَيُشْتَرَطُ فِيهِ) أي: في اللعان (أَمْرُ الْقَاضِي) أو نائبه (وَأَنْ يُلَقَّنَ كَلِمَاتِهِ) لأن اللعان يمين، واليمين لا يعتد بها قبل استحلاف القاضي، وإن غلب معنى الشهادة فالشهادة تؤدي عند القاضي، ويؤخذ مما ذكره المصنف احتياج اللعان إلى حضور الحاكم.

قال: (وَأَنْ يَتَأَخَّرَ لِعَانُهَا عَنْ لِعَانِهِ) لأن لعانها لدرء الحد عليها^(١)، وذلك يجب بلعان الزوج فلم يصح لعانها قبله؛ ولأن اللعان إما يمين وإما شهادة وكل منهما إذا تقدم على وقته لا يعتد [به]^(٢)، وقال مالك^(٣) وأبو حنيفة^(٤): يجوز الابتداء بلعانها.

قال: (وَيُلَاعِنُ أَخْرَسٌ بِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ) كالبيع والطلاق وغيرهما، (و)^(٥) بل أولى؛ لأن اللعان مما تدعوا إليه الضرورة وليس

(١) كذا بالأصل، وكتب فوقها: صح. (٢) زيادة يقتضيها السياق.

(٣) أنظر: «المتقى» ٤/ ٧٧، «عقد الجواهر» ٢/ ٥٦٧، «جامع الأمهات» (ص ١٨٧).

(٤) أنظر: «المبسوط» ٧/ ٤٨، «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٣٧.

(٥) هكذا في الأصل، والأولى حذفها.

كالشهادة حيث لا تقبل من الأخرس على الراجع؛ لأن المغلب في اللعان معنى الأيمان دون الشهادات، وأيضاً فإن الشهادة يقوم بها الناطقون فلا ضرورة إلى أن يتحملها الأخرس، فإن لم يكن له إشارة مفهومة لم يصح قذفه ولا لعانه ولا سائر التصرفات لتعذر الوقوف على ما يريده.

وقال أبو حنيفة: لا يصح قذف الأخرس ولا لعانه^(١). ثم المفهوم من كلام الأئمة تعريضاً وتصريحاً - كما قاله الرافعي - تصحيح لعانه بالإشارة وحدها، وبالكتابه وحدها، كما صرح به المصنف تبعاً لـ «المحرر»^(٢).
وقال الغزالي في «وجيزه»: عليه أن يكتب مع الإشارة أو يورد عليه ناطق فيشير بالإجابة^(٣).

قال الرافعي في «شرحيه»: وهذا لا يكاد يوجد لغيره، وإنما قال الإمام: لو قال به قائل لكان قريباً، وحكاه في «البيسط» عن بعض الأصحاب، ولا يعرف عن غيره^(٤).

قال: (وَيَصِحُّ بِالْعَجْمِيَّةِ) لأن اللعان إما أن يغلب فيه معنى اليمين أو الشهادة، وهما باللغتين سواء.

قال: (وَفِيْمَنْ عَرَفَ الْعَرَبِيَّةَ وَجْهً) أي: أنه لا يصح اللعان منه بالعجمية؛ لأن العربية هي التي ورد الشرع بها، والأصح الأول؛ لما تقدم، ثم إن جهل القاضي تلك اللغة فلا بد من مترجم، ويكفي أثنان

(١) أنظر: «مختصر أختلاف العلماء» ٥٠٨/٢، «المبسوط» ٤٢/٧، «فتح القدير» ٢٩٣/٤.

(٢) «المحرر» (ص ٣٥٧). (٣) «الوجيز» ٩٥/٢.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٩٨/٨، وانظر قول الإمام في «نهاية المطلب» ٢٣/١٥.

ولو من جانب على الأصح، فإنه نقل قول إلى القاضي كسائر الأقوال، وعند أبي حنيفة يكفي واحد^(١).

قال: (وَيُغْلَظُ بِزَمَانٍ وَهُوَ بَعْدَ عَصْرِ جُمُعَةٍ) أي: إن لم يكن طلب حاث؛ لأنه قيل: إن ساعة الإجابة فيه بعد العصر؛ فإن كان فبعد^(٢) العصر، أي: يوم الجمعة، قاله القفال وغيره، والمراد بعد فعل العصر، كما قاله الماوردي^(٣)؛ ولأن القصد من اللعان / ٢١٧/ الزجر والردع فاعتبر فيه الوقت الذي يكون اليمين فيه أغلظ، وهو بعد العصر. قال الله ﷻ: ﴿تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيَقْسِمَانِ بِاللَّهِ﴾ [المائدة: ١٠٦] وقد أجمع المفسرون -على ما حكاه ابن يونس- أن المراد بالصلاة صلاة العصر.

وفي الصحيحين من حديث أبي هريرة عن رسول الله ﷺ: «ثلاثة لا يكلمهم الله ولا ينظر إليهم» -وعد منهم- «ورجل حلف على يمين كاذبة بعد العصر ليقطع بها مال امرئ مسلم»^(٤).

وفي الدارقطني والبيهقي بسند فيه الواقدي -وحاله تالف- عن عبد الله ابن جعفر أنه عليه السلام لا عن بين عويمر العجلاني وامراته بعد العصر على المنبر على حمل^(٥).

(١) أنظر: «المبسوط» ٨٩/١٦، وقال السرخسي: والمثنى أحوط في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله.

(٢) ورد بهامش الأصل: في نسخة: بعد.

(٣) «الحاوي» ٤٥/١١. (٤) البخاري (٧٤٤٦)، مسلم (١٠٨).

(٥) الدارقطني ٢٧٧/٣، البيهقي ٣٩٨/٧.

وأخرجه ابن وهب عن يونس عن الزهري أنه عليه السلام أمر الرجل والمرأة فحلفا بعد العصر عند المنبر^(١)، وهذا مرسل.

قال: (وَمَكَانٌ وَهُوَ أَشْرَفُ بَلَدِهِ) أي: ويغلظ أيضاً بمكان؛ لأن اليمين يكون فيه أغلظ فيحصل مقصود اللعان وهو الزجر والردع، وخالفنا أبو حنيفة فقال: لا يشرع في اللعان التغليظ بالزمان والمكان والجمع^(٢)، ويروى عن أحمد^(٣) مثله، وحجتنا ما تقدم، ولما كان يختلف باختلاف الأماكن شرع المصنف في تبينه فقال: (فِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ) أي: وهو المسمى بالحطيم؛ لأنه أشرف البقاع، فكان اللعان فيه أغلظ، وعن القفال أنه يلاعن في الحجر.

قال: (وَبِالْمَدِينَةِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ) لقوله عليه السلام: «لا يحلف عند هذا المنبر عبد ولا أمة على يمين أئمة، ولو على سواك رطب إلا وجبت له النار» رواه ابن ماجه والحاكم من رواية أبي هريرة وقال: صحيح على شرط الشيخين^(٤).

وللشافعي نص آخر: أنه يلاعن على المنبر^(٥) لقوله عليه السلام: «من حلف على منبري هذا يمين أئمة تبوأ مقعده من النار» رواه مالك وابن حبان في «صحيحه» من رواية جابر^(٦).

(١) ذكره البيهقي ٣٩٨/٧.

(٢) أنظر: «بدائع الصنائع» ٢٢٨/٦، «فتح القدير» ١٩٨/٨.

(٣) أنظر: «المغني» ١١/١٧٥، «الفروع» ٥/٥١٢.

(٤) ابن ماجه (٢٣٢٦)، الحاكم ٢٩٧/٤.

(٥) أنظر: «معرفة السنن والآثار» ١١/١٣٦.

(٦) «موطأ الإمام مالك» ٧٢٧/٢، ابن حبان (٤٣٦٨).

وللأصحاب في صعود الملاعن على المنبر أوجه:

أصحابها: يصعده، لما قرناه أنفاً وقبلُ.

والثاني: لا، إذ لا يليق بحالهما، وحمل الخبر الشافعي على تقدير الصحة على أنه عليه السلام كان على المنبر، والحديث الآخر أن المراد بقوله: «على منبري» عند منبري.

والثالث: إن كثر القوم صعدوه؛ ليروه، وإلا فلا، وحمل اختلاف نص الشافعي عليه، وطرد المتولي الخلاف في صعود المنبر في غير المدينة. قال: (وَبَيَّتِ الْمَقْدِسَ عِنْدَ الصَّخْرَةِ) لأنه أشرف البقاع به، وورد أنها من الجنة كما رواه ابن ماجه^(١)، وقيل: عند المنبر أو عليه؛ لأنه أخص بالشهرة، حكاها في «الكفاية»^(٢).

قال: (وَعَظِمَتْهَا عِنْدَ مَنَبَرِ الْجَامِعِ) كما قلناه في المدينة، وقال ابن الصباغ: لا يختص بالمنبر؛ لأنه لا مزية لبعض الجامع على بعض، وتخالف المدينة فإنه عليه السلام قال: «بين قبري ومنبري روضة من رياض الجنة»^(٣).

وفي «التتمة»: أنا إذا قلنا في المدينة: أنه يصعد على المنبر فذلك في غيرها، وإن قلنا: يلاعن عند المنبر ففي غيرها وجهان.

(١) ابن ماجه (٣٤٥٦)، وقال البوصيري في «الزوائد» (ص ٤٥٠): إسناده صحيح رجاله ثقات، وضعفه الألباني في «ضعيف ابن ماجه» (٧٥٨).

(٢) «كفاية النبيه» ٣٥٨/١٤.

(٣) رواه أحمد ٦٤/٣ من حديث أبي سعيد. ورواه البخاري (١١٩٦)، ومسلم (١٣٩١) من حديث أبي هريرة بلفظ: «ما بين بيتي ومنبري».

قال: (وَحَائِضٌ بِبَابِ مَسْجِدٍ) لأنه أقرب إلى الموضع الشريف، وهذا إذا رأى الإمام تعجيل اللعان، فلو رأى/ ٢١٧ب/ الإمام تأخيرَه إلى انقطاع الدم والاغتسال جاز، قاله المتولي، كما نقله في «الكفاية»، قال: وهو في الجنب من طريق أولى، بل لو قيل بوجوبه على القول بأن التغليظ بالمكان واجب لم يبعد لقرب مدته^(١).

قال: (وَذِمِّي فِي بَيْعَةٍ وَكُنَيْسَةٍ) أي: وهذه لليهود، والأولى للنصارى؛ لأن ذلك عندهم كالمساجد عندنا؛ ولأن القصد تعظيم الواقعة، وزجر الكاذب عن الكذب، وذلك في الموضع الذي يعظمه الحالف أبلغ.

قال: (وَكَذَا [بَيْتُ] ^(٢) نَارٍ مَجُوسِيٍّ فِي الْأَصَحِّ) لأن المجوس يعظمونه ويراعي أعتقادهم^(٣) لشبهة الكتاب كما روعي في قبول الحرية. والثاني: لا يأتي الحاكم بيت النار، وبه قال القفال، وصححه القاضي حسين؛ لأنه لم يكن له حرمة في شريعة قط بخلاف البيعة، ودخول الحاكم هذه المواضع ليس للتعظيم فلا جرم لا يحرم، قاله في «الكفاية».

قال: (وَلَا بَيْتُ أَصْنَامٍ وَثَنِيٍّ) لأنه أصل له في الحرمة، واعتقادهم غير مرعي، بل يلاعن بينهم في مجلس الحكم وصورته أن يدخلوا دارنا بالأمان أو بالهدنة.

(١) «كفاية النبيه» ٣٥٩/١٤، وانظر: «الحاوي» ١١٧/١٧.

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٣) مكررة في الأصل.

قال في «الكفاية»: وبعضهم صرح في باب موضع اليمين من كتاب الأفضية بأن دخول بيت الأصنام معصية، وعلى ذلك جرى الماوردي^(١)، وقال في «المطلب»: قال أصحابنا: دخول بيت الأصنام معصية كما حكاها الماوردي.

قلت: ولفظ الماوردي: دخول بيت الأصنام معصية بخلاف دخول البيع والكنائس^(٢).

قال في «الكفاية»: وقد صرحوا بأن ما عدا هذا النوع من التغليظ حكم أهل الذمة فيه كالمسلمين سواء، ذكره البندنجي وغيره. وقال الماوردي: إنه يلاعن بين أهل الذمة بعد الصلاة التي يعظمونها^(٣).

فرع:

من لا يتخذ ديناً كالدهري والزنديق لا يغلظ عليه بهذه الأمور على الأصح المنصوص، بل يلاعن في مجلس الحكم؛ لأنه لا يعظم بقعةً ولا ينزجر.



(١) «كفاية النبيه» ٣٥٩/١٤، وانظر: «الحاوي» ١١٧/١٧.

(٢) «الحاوي» ١١٧/١٧، وعلل ذلك فقال: لأن بيوت الأصنام لم توضع في الأبتداء والانتهاه إلا لأجل معصية، وقد كانت الكنائس والبيع موضوعة في الأبتداء على طاعة نسخت، فصارت معصية. وقال الدميري في «النجم الوهاج» ١١٠/٨: وصورة مسألة الكتاب في زمن الهدنة والأمان، وإلا فأمكنة الأصنام مستحقة الهدم.

(٣) «كفاية النبيه» ٣٦٠/١٤، وانظر: «الحاوي» ٦٤/١٧.

فائدة:

كل من غلظنا عليه بالزمان أيضًا هل يراعى فيه ما يعظمه هو كما في المكان أو ما نعظمه نحن؟ أجاب الماوردي^(١) والغزالي^(٢) بالأول، والبندنجي بالثاني.

قال: (وَجَمْع) أي: ويغلظ أيضًا بجمع، أي: من أعيان البلد وصلحائه؛ لأن ذلك تعظيم للأمر، وقد حضر اللعان على عهد رسول الله ﷺ ابن عباس وابن عمر وسهل بن سعد ؓ مع حادثة سنهم، والصبيان لا يحضرون المجالس إلا تابعين الرجال، فيدل على أنه قد حضر جماعة من الرجال فتبعهم الصبيان؛ ولأن اللعان يبنى على التغليظ للردع، وجعله في جماعة أبلغ للردع.

قال: (أَقْلَهُ أَرْبَعَةً) لأن اللعان سبب للحد ولا يثبت الحد إلا بأربعة فاستحب أن يحضر ذلك العدد.

قال في حاشية «الكفاية»: ومن هذا يظهر لك اعتبار كونهم من أهل الشهادة عدولاً كما قاله الماوردي^(٣).

قال: واستدل بعضهم بقوله: ﴿وَلْيَشْهَدْ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ﴾ [النور: ٢٢]، ولا دلالة فيها؛ لأنه نقل عن معظم المفسرين أن المراد بهم الشهود لعلمهم يرجعون إذا عاينوا الحد.

قال: (وَالتَّغْلِيظَاتُ سُنَّةٌ لَا فَرَضٌ عَلَى الْمَذْهَبِ) أما /٢١٨/ المكان

(١) «الحاوي» ٤٨/١١.

(٢) «الوسيط» ١٠٣/٦.

(٣) «كفاية النبيه» ٣٥٥/١٤، وانظر: «الحاوي» ٤٦/١١.

ففيه طريقان:

أحدهما: القطع بالاستحباب، وثانيهما: قولان وصححهما الرافي في الباب الثالث من اليمين من الدعاوى:

أحدهما: يجب؛ لأن اللعان في عصره عليه السلام كذا جرى فأشبه العدد. والثاني: يستحب كتغليظ اليمين بتعديد أسماء الله تعالى.

وأما التغليظ بالزمان والجمع ففيه طريقان أيضاً:

أحدهما: طرد القولين، وثانيهما: القطع بالاستحباب.

قال الشيخ أبو حامد: كما لو ترك التأكيد في سائر الأيمان.

قال الرافي: وطريقه في الزمان أظهر، والقطع في الجمع أظهر^(١).

قلت: وأغرب الجيلي فادعى الإجماع على عدم وجوب التغليظ

بالزمان والمكان.

قال: (وَيُسْنُ لِلْقَاضِي وَعَظْمُهُمَا) أي: بأن يقول: عذاب الآخرة أشد

من عذاب الدنيا ويقرأ عليهما: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنَهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾

الآية [آل عمران: ٧٧].

ويذكر قوله عليه السلام للمتلاعنين: «حسابكما على الله أحكما كاذب فهل

منكما من تائب؟»^(٢).

قال: (وَيُبَالِغُ عِنْدَ الْخَامِسَةِ) أي: في التخويف، أي: والتحذير،

ويأمر رجلاً أن يضع يده على فيه، ويأمر امرأة أن تضع يدها على فم

المرأة إذا بلغت كلمة الغضب، فإن أيا إلا المضي لهنهما الخامسة.

(١) «الشرح الكبير» ٤٠٢/٩.

(٢) رواه البخاري (٥٣١٢)، ومسلم (١٤٩٣) من حديث ابن عمر.

قال: (وَأَنْ يَتَلَاعَنَا قَائِمَيْنِ) أي: يقوم الرجل عند لعانه والمرأة جالسة، ثم تقوم المرأة عند لعانها ويجلس الرجل والدليل على اعتبار ذلك ما روى ابن عباس رضي الله عنه في قصة هلال بن أمية: أنه قام فشهد، ثم قامت فشهدت. رواه البخاري^(١).

وكان المقصود من اللعان الردع والزجر عن اليمين الفاجرة، فإذا لاعن قائمًا كان أبلغ في الردع والزجر ولا يجب ذلك؛ لأن اللعان إما يمين أو شهادة، وليس القيام في واحد منهما.

وفي «التتمة»: أنه إذا لاعن وهو قاعد لا يعتد به إلا أن يكون عاجزًا، واستدل عليه بقوله عليه السلام لهلال: «قم واشهد أربع شهادات»^(٢).

قال في «الكفاية»: وفي «تعليق القاضي حسين» ما يرشد إليه أيضًا، فإنه قال: يؤمر أن يلاعن قائمًا، فإن عجز فقاعدًا كما في الصلاة^(٣).

قال: (وَشَرْطُهُ: زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاقُهُ) أي: فغير الزوج لا يصح لعانه لأجل القذف؛ لأن الله لم يجعل لغير الأزواج مخرجًا من القذف إلا بالبينة فقال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَزْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤].

وفارق الزوج من حيث أنه لا حاجة به إلى القذف واللعان؛ لأنه لا ضرر عليه في زنا الأجنبية ولا معرة، وهو مندوب إلى السر، فإذا أظهر ذلك غلظ عليه ولم يجعل له الخروج إلا بالبينة فحسب، والزوج عليه

(١) البخاري (٤٧٤٧).

(٢) حديث هلال تقدم تخريجه، ولم أجده بهذا اللفظ.

(٣) «كفاية النبيه» ٣٥٣/١٤.

ضرر في زنا زوجته من لحوق النسب الفاسد أو لمعة، فهو محتاج إلى قذفها وإظهار زناها، فإذا فعل حُقِّفَ عنه بأن جعل له الخروج بالبينة واللعان. واحترز بقوله: (يصح طلاقه) عن الصبي والمجنون، فإنه لا يصح لعانهما؛ للخبر المشهور، والمكره أيضاً، وقد دخل في ذلك السكران والذمي والرقيق والمحدود في القذف، فإنه يصح لعانهما لظاهر ٢١٨/ب/ الآية، وقد صرح بهم في «المحرر»^(١).

وعند أبي حنيفة: أنه إذا كان أحد الزوجين بصفة من هذه الصفات لم يجز بينهما اللعان بناء على أن اللعان شهادة، وأن لعان الرجل يوجب اللعان عليهما^(٢)، وعن أحمد روايتان^(٣) كالمذهبيين.

قال: (وَلَوْ أَرْتَدَّ بَعْدَ وَطْءٍ فَقَذَفَ وَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ لَاعَنَ وَلَوْ لَاعَنَ ثُمَّ أَسْلَمَ فِيهَا صَحَّ) لتبين وقوعه في صلب النكاح.

قال: (أَوْ أَصَرَ صَادَفَ بَيْنُونَةً) أي: فإن كان هناك [ولد]^(٤) ونفاه باللعان نفذ، وإلا تبينا فساد، وفي أندفاع حق القذف به وجهان أصحهما: المنع.

قال: (وَيَتَعَلَّقُ [بِلِعَانِهِ]^(٥) فُرْقَةً) أي: سواء صادقاً أم كاذباً، لأنه الطَّلَاقُ فرق بينهما كما في الصحيحين من حديث ابن عمر^(٦)، وفي رواية لهما،

(١) «المحرر» (ص ٣٥٨).

(٢) أنظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٥)، «تحفة الفقهاء» ٢/٢١٩.

(٣) أنظر: «الروايتين والوجهين» ٢/١٩٣، «المحرر» ٢/٩٧.

(٤)، (٥) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٦) البخاري (٤٧٤٨)، مسلم (١٤٩٤).

ثم قال: « لا سبيل لك عليها »^(١).

وفي أبي داود من حديث سهل بن سعد قال: فمضت السنة بعد في المتلاعنين أن يفرق بينهما لا يجتمعان أبدًا^(٢)، وفي الدارقطني عنه فقال: ففرق رسول الله بينهما وقال: « لا يجتمعان أبدًا »^(٣). قال البيهقي: وإسناده صحيح^(٤).

وفي الدارقطني عن ابن عمر مرفوعًا: « المتلاعنان إذا تفرقا لا يجتمعان أبدًا »^(٥) ولو لم تحصل الفرقة كان الاجتماع حاصلًا.

فرع:

تحصل الفرقة ظاهرًا وباطنًا وإن كان الزوج كاذبًا في الأصح.

آخر:

هذه الفرقة فرقة فسخ؛ لأنها تحصل بغير لفظ فأشبهت الفرقة بالرضاع، وهل يضاف إليها أو إليه دونها كالطلاق؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني، كما ذكره الرافعي في النفقات، وقال أبو حنيفة: هي فرقة طلاق^(٦).

قال: (وَحُرْمَةُ مُؤَبَّدَةٍ) أي: حتى لا يجوز له نكاحها (وَأِنْ أَكْذَبَ

(١) البخاري (٥٣١٢)، مسلم (١٤٩٣).

(٢) أبو داود (٢٢٥٠).

(٣) الدارقطني ٢٧٥/٣.

(٤) «معركة السنن والآثار» ١١/١٦٦.

(٥) الدارقطني ٣٧٦/٣.

(٦) أنظر: «الهداية» ٢/٣٠٤، «الاختيار» ٣/٢٠٨.

نَفْسَهُ) أي: خلافاً لأبي حنيفة، ويروى مثله عن أحمد^(١)، لنا أنه عليه السلام نفى السبيل عليهما كما تقدم على الإطلاق من غير تقييد، فلو لم يكن مؤبداً لبين الغاية كما بينها عليه السلام في المطلقة ثلاثاً، وأيضاً حديث سهل وغيره المتقدم دليل على ذلك أيضاً، إذ لو لم تحصل البينة لكان الاجتماع حاصلاً وله عليها سبيل.

قال: (وَسُقُوطُ الْحَدِّ [عَنْهُ]^(٢)) للآية، فإنها تدل على إقامة اللعان في حق الزوج مقام الشهادة في حق غيره، وأبو حنيفة يخالف فيه؛ لأنه لا يقول بوجوب الحد على الزوج حتى يسقط.

قال: (وَوُجُوبُ حَدِّ زَنَاهَا) أي: إذا كان القذف بزناً إضافة إلى حال الزوجية وكانت مسلمة، خلافاً لأبي حنيفة وأحمد، لنا قوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابَ﴾ [النور: ٨] إلى آخرها، وهذا يدل على وجوبه عليها بلعانه؛ ولأن اللعان بمنزلة البينة في إسقاط الحد عنه، فكان كالبينة في وجوب الحد عليها.

ويخالف الزاني حيث لم يوجب عليه الحد بلعان الزوج؛ لأنه لو وجب لما تمكن من إسقاطه باللعان، وفي ذلك ضرر بخلاف الزوجية.

أما إذا قذفها وأضافه إلى ما قبل الزوجية ولا عن لأجل نفى النسب ففي وجوب الحد عليها وفي معارضة لعانه بلعانها وجهان.

وأما إذا كانت ذميمة فالنص على أنها لا تجبر على اللعان، ولا تحد إذا أمتنعت حتى ترضى بحكمنا، فإذا رضيت حكمنا في حقها بما نحكم

(١) أنظر: «المحرر» ٩٩/٢.

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

به في حق المسلمة.

وللأصحاب طريقان:

أصحهما: تخريج المسألة على قولين في وجوب الحكم علينا عند الترافع /٢١٩/ وقد سبقا في نكاح المشرِك إن أوجبنا الحكم؛ حددنا إن لم يلاعن، ولا يعتبر رضاها، وإن لم نوجبه لم نحدّها حتى ترضى بحكمنا، وعلى هذا الطريق سواء كان الزوج مسلماً أو ذمياً.

والطريق الثاني: لا يجري عليها الحكم حتى ترضى قطعاً.

قال: (وَأَنْفَاءُ نَسَبٍ نَفَاهُ بِلْعَانِهِ) لما روى الشيخان عن ابن عمر أن رجلاً لاعن امرأة وانتفى من ولدها، ففرق رسول الله ﷺ بينهما وألحق الولد بالمرأة^(١).

وفي أبي داود من رواية ابن عباس أنه عليه السلام فرق بين المتلاعنين وقضى بأن لا ترمى ولا ولدها، فمن رماها أو رمى ولدها فعليه الحد^(٢).

تنبيه:

يتعلق بلعانها أيضاً سقوط حضانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي، وتشطير الصداق قبل الدخول، واستباحة نكاح أختها وأربع سواها، وسقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه.

قال: (وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيٍ مُمَكِّنٍ مِنْهُ، فَإِنْ تَعَذَّرَ بِأَنْ وَلَدَتْهُ لِسِتَّةٍ

(١) البخاري (٦٧٤٨)، ومسلم (١٤٩٤).

(٢) أبو داود (٢٢٥٦). وقال ابن الملقن في «البدر المنير» ١٨٩/٨: في إسناده عباد بن منصور، وقد تكلم فيه غير واحد، وكان قدرياً داعيةً. أهـ. وضعفه الألباني في «ضعيف أبي داود» (٣٨٨).

أَشْهُرَ مِنَ الْعَقْدِ أَوْ طَلَّقَ فِي مَجْلِسِهِ، أَوْ نَكَحَ وَهُوَ بِالْمَشْرِقِ وَهِيَ بِالْمَغْرِبِ لَمْ يَلْحَقْهُ) أي: ولا حاجة إلى لعان في نفيه؛ لأن اللعان إما يمين أو شهادة، وكل منهما جعل لتحقيق ما يجوز أن يكون ويجوز أن لا يكون، فتحقق أحد الجائزين، وهنا لا يجوز أن يكون الولد له فلا يحتاج في نفيه إلى اللعان، وإنما قلنا: إنه لا يجوز أن يكون منه للعلم والاستقراء.

قال: (وَلَهُ نَفْيُهُ مَيِّتًا) أي: كما يجوز نفي الولد باللعان في حياته يجوز نفيه بعد موته؛ لأن نسبه لا ينقطع بالموت، بل يقال: مات ولد فلان، وهذا قبر فلان، ولا فرق بين أن يخلف الميت ولد بأن كان الرجل غائبًا فكبر المولود وتزوج وولد له، وبين أن لا يخلف.

قال: (وَالنَّفْيُ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْجَدِيدِ) لأنه خيار يثبت لدفع ضرر متحقق، فإذا لم يتأبد كان على الفور كخيار الرد بالعيب، والقديم لا يشترط الفور؛ لأن أمر النسب خطير، وقد ورد الوعيد في نفي من هو منه، وفي أستلحاق من ليس منه، وقد يحتاج فيه إلى نظر وتأمل، فليكن فيه مهلة، وعلى هذا فقولان:

أحدهما^(١): يمتد ثلاثة أيام؛ لأنها مدة قريبة، وقد ورد الشرع بها لمهلة النظر.

والثاني: أن له النفي متى شاء ولا يسقط إلا بالإسقاط، وعن ابن سلمة حكاية قول أنه: يتقدر بيومين، وأنكر.

(١) رمز فوقها: (لأبي حنيفة).

قال في «الكفاية»: والمراد بالنفي هنا أن يحضر عند الحاكم ويذكر أن هذا الولد أو الحمل ليس مني، مع الشروط المعتمدة ثم يلاعن بعد ذلك إذا أمره الحاكم، وليس المراد أن يوجد النفي باللعان عقب العلم بلحوق النسب، قال: ويدل عليه اتفاق الأصحاب على أن له أن يؤخر اللعان عن الحمل وإن اختلفوا في جواز تعجيل اللعان^(١).

قال: (وَيُعْذَرُ) أي: في تأخير اللعان (لِعُذْرٍ) أي: من مرض أو حبس أو حفظ مال أو كان غائباً ولم يمكنه أن يسير وبعث إلى الحاكم وأعلمه أنه على النفي؛ لأنه لا يعد مقصراً، وهذا إذا أشهد، وعليه يدل كلام البندنجي كما أفاده في «الكفاية»^(٢). / ٢١٩ب/

قال: (وَلَهُ نَفْيُ حَمْلٍ) لحديث هلال بن أمية فإنه لاعن عن الحمل قبل وضعه كما رواه البخاري^(٣).

قال: (وَأَنْتَظَارُ وَضْعِهِ) ليلاعن على يقين، فإن المتوهم حملاً قد يكون ريحاً فينفش، وطريق المراوزة حكاية طريق أخرى: أن لعانه في حال الحمل يخرج على قولين بناء على أن الحمل هل يعلم أم لا؟ والأصح: القطع بالجواز كما جزم به المصنف قبل.

وعن أبي حنيفة^(٤) وأحمد^(٥): أنه لا يجوز اللعان لنفي الحمل.

(١) «كفاية النبيه» ١٤ / ٣٨٠، وفيه: تأجيل بدل تعجيل.

(٢) «كفاية النبيه» ١٤ / ٣٨١. (٣) البخاري (٤٧٤٧).

(٤) أنظر: «مختصر الطحاوي» (ص ٢١٦)، «شرح معاني الآثار» ٣ / ٩٩، «أحكام القرآن» للجصاص ٣ / ٤٣٠.

(٥) أنظر: «المغني» ١١ / ١٦١، «المحرر» ٢ / ٩٩.

وهذا إذا لم تقم البينة على زناها، فإن أقامها فالنص: أنه لا يلاعن حتى تضع، فمن الأصحاب من جزم به، ومنهم من خرجه على قولين. ويستثنى مما ذكره المصنف ما إذا قال: علمته ولدًا ولكن رجوت أن يموت فأكفى اللعان، فإن حقه لا يبطل على الأصح المنصوص في «المختصر» لتفريظه مع علمه كما ذكره المصنف في أصل «الروضة»^(١). قال: (مَنْ أَخَرَّ، وَقَالَ: جَهِلْتُ الْوِلَادَةَ صَدَّقَ بِبَيْمِنِهِ إِنْ كَانَ غَائِبًا) لأن الظاهر ما يدعيه، قال في «الشامل»: اللهم إلا أن يستفيض ويتنشر.

قال: (وَكَذَا الْحَاضِرُ فِي مُدَّةٍ يُمَكِّنُ جَهْلُهُ فِيهَا) أي: ولا يصدق في التي لا يمكن؛ لأن ما يدعيه خلاف الظاهر، ويختلف ذلك بكونها في محلة أو محلتين أو دار أو دارين أو بيت أو بيتين.

قال: (وَلَوْ قِيلَ لَهُ: مُتَّعْتُ بِوَلَدِكَ، أَوْ جَعَلَهُ اللَّهُ وَلَدًا صَالِحًا فَقَالَ: آمِينَ، أَوْ نَعَمْ تَعَدَّرَ نَفْيُهُ) لأن ذلك يتضمن الإقرار والاستلحاق من حيث إنه أضافه إلى نفسه ورضي به وهو إذا رضي به ولو في لحظة لم يتمكن من نفيه.

قال: (وَإِنْ قَالَ جَزَاكَ اللَّهُ خَيْرًا، أَوْ بَارَكَ عَلَيْكَ فَلَا) لأنه يحتمل أنه قال ذلك ليقابل التحية، ويحتمل أن يكون لرضاه فلا يجعل متضمنًا للإقرار بالشك.

وعن أبي حنيفة: أنه يبطل حقه من النفي^(٢).

(١) «روضة الطالبين» ٣٦٠/٨.

(٢) أنظر: «المبسوط» ٥٢/٧، «فتح القدير» ٢٩٥/٤.

قال في «الكفاية»: واعلم أن هذه المسألة يمكن تصويرها بأن يقال له ذلك في وقت العذر، أو يكون المهنئ له من لا يسقط حقه من النفي بإخباره^(١).

قال: (وَلَهُ اللَّعَانُ مَعَ إِمْكَانِ بَيِّنَةٍ بِزِنَاهَا) لأن كل واحد منهما حجة.
 قال: (وَلَهَا لِدَفْعِ حَدِّ الزَّانَا) أي: وللمرأة أن تلاعن في مقابلة لعان الزوج لدفع الحد عن نفسها لقوله تعالى: ﴿وَيَذَرُوهَا عَنْهَا الْعَذَابُ﴾ [النور: ٨] الآية.



(فَصْلٌ)

لَهُ^(١) اللَّعَانُ لِنَفْسِي وَلَدٍ وَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ وَزَالَ النِّكَاحُ أَي: بطلاق وغيره للحاجة إلى ذلك، وعند أبي حنيفة: لا لعان بعد الإبانة^(٢).

قال: (وَلِدْفَعِ حَدَّ الْقَذْفِ وَإِنْ زَالَ النِّكَاحُ، وَلَا وَلَدٌ) كذلك أيضًا.

قال: (وَلِتَعْزِيرِهِ، إِلَّا تَعْزِيرَ تَأْدِيبٍ لِكَذِبِ كَقَذْفِ طِفْلَةٍ لَا تُوطَأُ) أَي:

ويجوز اللعان لدفع التعزير أيضًا؛ لأنه غرض صحيح، اللهم إلا أن يكون التعزير تعزير تأديب بأن قذف صغيرة لا يوطأ مثلها.

ويوضح هذا أن التعزير نوعان:

تعزير تكذيب: وهو الذي شرع في حق القاذف ظاهرًا؛ لأنه يكذب بما يجري عليه، وذلك كما إذا قذف زوجته الذمية أو الرقيقة أو الصغيرة يوطأ مثلها.

وتعزير تأديب: وهو أن يكون كذبه معلومًا كقذف الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، أو صدقها ظاهرًا كما إذا قذفها بزنا أعترف به، أو ثبت بالبينة فإن التعزير هنا لثلاث / ٢٢٠ / يسب ولا يؤذى، أو لا يحدد ذكر الفاحشة.

وأما تعزير الكذب: فيستوفى بطلبها، وله دفعه عن نفسه باللعان، وفيه وجه ضعيف، ولا يلاعن لدفع التعزير فيما إذا قذف صغيرة لا يوطأ مثلها وإن كبرت وطلبت؛ لأنه خفيف والمقصود منعه من الخوض فيما لا يعنيه، وفيه وجه ضعيف.

(١) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٢) أنظر: «بدائع الصنائع» ٣/ ٢٤٤، «الجوهرة النيرة» ٢/ ٧١.

قال: (وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ أَوْ أَقَامَ بَيِّنَةً بِزِنَاهَا أَوْ صَدَّقَتْهُ وَلَا وَلَدَ أَوْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ الْحَدِّ أَوْ جُنَّتْ^(١) بَعْدَ قَذْفِهِ فَلَا لِعَانَ فِي الْأَصَحِّ) أما الأولى وهي ما إذا قذف زوجته فعفت عن الحد ولا ولد هناك فوجه الأصح فيها أن اللعان حجة ضرورية، وإنما يستعمل لغرض مهم وهو دفع النسب ودفع الحد، ولا ضرورة هناك، ووجه مقابله وهو أن له اللعان لغرض قطع النكاح والفرقة المؤبدة ودفع عار الكذب وإتيان حد الزنا.

وأما الثانية: وهي ما إذا أقام بينة على زناها أو صدقته واندفع الحد ولا ولد، فقال الرافعي: إن الخلاف المذكور يجري فيه^(٢). ولم يوجهه. ووجه القاضي حسين قول الجواز: بأن اللعان يفيد وقوع الفرقة، وتأبد التحريم، ونفي الولد، ودرء الحد، وإيجاب الحد عليها فبأن يفيد أحدها أولى؛ لأن ما قدر على الكثير كان على القليل^(٣) أقدر. وأما الثالثة: وهي ما إذا سككت فلم تطلب الحد ولم تعف فوجه الأصح فيها: أنه لا نسب، والحد غير مطلوب، وإنما يصار إلى اللعان إذا أُرهِقَت الضرورة إليه.

ووجه مقابله: أن الحد واجب عليه في ظاهر الحكم، ولها المطالبة متى أرادت فكان له إسقاطه، كرجل ثبت عليه دين، وله حجة على الإبراء له أن يقيمها، وإن كان صاحب الدين لا يطالب، كذا قاله المتولي، قال

(١) في الأصل: وجب، والمثبت من «المنهاج».

(٢) «الشرح الكبير» ٣٧٢/٩.

(٣) في الأصل: القيل، ولعل المثبت هو الصواب.

في «الكفاية»: وفيه نظر^(١).

وأما الرابعة: وهي ما إذا جنت بعدما قذفها فهل له اللعان في الحال أم ينتظر الإفاقة؟ فيه وجهان، كذا قاله الرافعي^(٢).

قال: ولو كان هناك ولد وأراد باللعان كان له ذلك قطعاً، واعلم أن تعبير المصنف بالأصح موافق لتعبير «الروضة»^(٣)، خلا الأولى فإنه فيها: على الصحيح، فهو مخالف لتعبير الكتاب.

قال: (وَلَوْ أَبَانَهَا) أي: بطلاق وغيره (أَوْ مَاتَتْ ثُمَّ قَذَفَهَا بِزَنًا مُطْلَقٍ أَوْ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ النِّكَاحِ لَاعَنَ إِنْ كَانَ وَلَدٌ يَلْحَقُهُ) للحاجة إلى النفي كما في صلب النكاح خلافاً لأبي حنيفة وأحمد.

قال: (فَإِنْ أَضَافَ إِلَى [مَا]^(٤) قَبْلَ نِكَاحِهِ فَلَا لِعَانَ إِنْ لَمْ يَكُنْ وَلَدٌ) أي: ويحد؛ لأنه قذف غير محتاج إليه فلا يلاعن لأجله كما في قذفه الأجنبية، وعن أبي حنيفة: له اللعان اعتباراً بحالة القذف، وعن أحمد روايتان.

قال: (وَكَذَا إِنْ كَانَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه مقصر بذكر التاريخ، فكان من حقه أن يقذف مطلقاً، وعلى هذا له أن ينشئ قذفاً ويلاعن لنفي النسب، كذا قال الرافعي وصرح به في الكتاب^(٥)؛ حيث قال: (لَكِنْ لَهُ إِنْشَاءُ قَذْفٍ وَيَلَاعِنُ).

(١) «كفاية النبيه» ١٤/٣٣٣.

(٢) «المحرر» (ص ٣٥٩). (٣) «روضة الطالبيين» ٨/٣٣٣.

(٤) ساقطة من الأصل، والمثبت من «المنهاج».

(٥) «الشرح الكبير» ٩/٣٧٣.

قال في «الكفاية»: ومفهومه أنه إذا أنشأ قذفًا ولاعن أنه لا يحد.
قال: وقضية كلام القاضي حسين في «تعليقه»: أنه يحد، فإنه قال:
فإن قلنا: ليس له / ٢٢٠ب/ اللعان فعليه الحد، وله أن ينشئ قذفًا
ويلاعن لنفي النسب^(١).

والثاني: له اللعان كما لو قذف مطلقًا، قال في «الشرح الصغير»:
وهو الأظهر عند أكثرهم، وعبرَ في «المحرر» عن الأول بالأظهر
أيضًا^(٢)، ولم يظهر أيضًا، ولم يرجح في «الكبير»^(٣) شيئًا، وقال
المصنف في «الروضة»: رجح في «المحرر» المنع وهو أقوى^(٤).

قال: (وَلَا يَصِحُّ نَفْيُ أَحَدٍ تَوَاطُّعًا) أي: دون الثاني؛ لأن الله تعالى
لم يجر العادة بأن يُجمَعَ في الرحم وَلَدٌ من ماء رجل وولد من ماء آخر.
قال الإمام: لأن الرحم إذا أشتمل على المني أنسد فم الرحم فاشتغل
بتقدير الإله بتدبيره فلا يتأتى منه قبول مني آخر، وصورة ثبوت ولدين أن
تكثر مادة الزرع فيخلق منها ولدان أو أكثر، وإذا كان كذلك فلا يتبعض
التوأمين لحوقًا وانتفاء.

وإذا تعذر التبعض فيرجح الأقوى وهو اللحق، والدليل على قوته
شيئان:

أحدهما: أن الولد ملحق من غير أستلحاق عند إمكان كونه منه، ولا

(١) «كفاية النيه» ١٤/ ٣٣٩.

(٢) «المحرر» (ص ٣٥٩).

(٣) «الشرح الكبير» ٩/ ٣٧٣.

(٤) «روضة الطالبين» ٨/ ٣٣٧.

ينتفي عند إمكان كونه من غيره إلا بالنفي.

والثاني: أن الحقوق بعد النفي يؤثر، والنفي بعد الاستلحاق لا يؤثر^(١).

فائدة:

واحد التوأمين توأم، والتوأمين الولدان في بطن واحد يقال: أتأمت المرأة إذا ولدت اثنين في بطن، فهي متأم، فإذا كان ذلك عادة لها فهي متأم، وهذا توأم لهذا. والله أعلم.



(١) «نهاية المطلب» ١٥/٨٣-٨٤.

[illegible]

کتاب الملائک

[illegible]

كتاب العدد

عِدَّةُ النِّكَاحِ ضَرْبَانِ: الْأَوَّلُ: مُتَعَلِّقٌ بِفُرْقَةٍ حَيٍّ بِطَلَاقٍ وَفَسْخٍ وَلِعَانٍ، وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَ وَطْءٍ أَوْ اسْتِدْخَالٍ مَبْنِيٍّ، وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ الرَّجْمِ، لَا بِخُلُوعٍ فِي الْجَدِيدِ، وَعِدَّةُ حُرَّةٍ ذَاتِ أَقْرَاءٍ ثَلَاثَةٌ.

وَالْقَرَّةُ: الطُّهُرُ.

فَإِنْ طُلِّقَتْ طَاهِرًا انْقَضَتْ بِالطَّغْنِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ، أَوْ حَائِضًا فِي رَابِعَةٍ، وَفِي قَوْلٍ: يُشْتَرَطُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ بَعْدَ الطَّغْنِ.

وَهَلْ يُحْسَبُ طُهُرٌ مَنْ لَمْ تَحِضْ قَرَّةً؟ قَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَرَّةَ انْتِقَالٌ مِنْ طُهُرٍ إِلَى حَيْضٍ أَمْ طُهُرٍ مُحْتَوٍ بِدَمَيْنِ، وَالثَّانِي أَظْهَرُ.

وَعِدَّةُ مُسْتَحَاضَةٍ بِأَقْرَائِهَا الْمَرْدُودَةِ إِلَيْهَا وَمُتَحَيِّرَةٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي الْحَالِ، وَقِيلَ: بَعْدَ الْيَأْسِ.

وَأُمُّ وَلَدٍ وَمُكَاتَبَةٌ وَمَنْ فِيهَا رِقٌّ بِقَرَأَيْنِ، وَإِنْ عَتَقَتْ فِي عِدَّةٍ رَجْعِيَّةٍ كَمَلَتْ عِدَّةُ حُرَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ يَتَوَنَّهُ فَأَمَّةٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَحُرَّةٌ لَمْ تَحِضْ أَوْ يَكُنْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ، فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ فَبَعْدَهُ هَلَالَانِ وَتُكْمَلُ الْمُكَاسِرُ ثَلَاثِينَ، فَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ، وَأَمَّةٌ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ، وَفِي قَوْلٍ: شَهْرَانِ، وَفِي قَوْلٍ: ثَلَاثَةٌ، وَمَنْ انْقَطَعَ دَمُهَا لِعِلَّةٍ كَرَضَاعٍ وَمَرَضٍ تَصْبِرُ حَتَّى تَحِضَ أَوْ تَيَأَسَ فَبِالْأَشْهُرِ، أَوْ لَا لِعِلَّةٍ فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ، وَفِي الْقَدِيمِ تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ، وَفِي قَوْلٍ: أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُ بِالْأَشْهُرِ، فَعَلَى الْجَدِيدِ لَوْ حَاضَتْ بَعْدَ الْيَأْسِ فِي الْأَشْهُرِ وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ، أَوْ بَعْدَهَا فَأَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا إِنْ نُكِحَتْ فَلَا شَيْءَ إِلَّا فَالْأَقْرَاءُ، وَالْمُعْتَبَرُ يَأْسُ عَشِيرَتِهَا، وَفِي قَوْلٍ: كُلُّ النِّسَاءِ.

قُلْتُ: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرَ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

عِدَّةُ الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ بِشَرْطِ نِسْبَتِهِ إِلَى ذِي الْعِدَّةِ وَلَوْ أَحْتِمَالًا كَمَنْفِيَّ بِلَعَانٍ
وَانْفِصَالِ كُلِّهِ حَتَّى ثَانِي تَوَامَيْنِ، وَمَتَى تَحَلَّلَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَتَوَامَانِ وَتَنْقِضِي
بِمَيِّتٍ لَا عِلَاقَةَ، وَبِمُضْغَةٍ فِيهَا صُورَةُ آدَمِيَّ خَفِيَّةٌ أَخْبَرَ بِهَا الْقَوَابِلُ، فَإِنْ لَمْ تَكُنْ
صُورَةُ وَقُلْنَ: هِيَ أَصْلُ آدَمِيٍّ انْقَضَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَلَوْ ظَهَرَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ
أَشْهُرٍ حَمْلٌ لِلزَّوْجِ اعْتَدَّتْ بِوَضْعِهِ، وَلَوْ أَزْتَابَتْ فِيهَا لَمْ تَنْكِحْ حَتَّى تَزُولَ الرِّبَّةُ، أَوْ
بَعْدَهَا وَبَعْدَ نِكَاحٍ اسْتَمَرَ إِلَّا أَنْ تَلِدَ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِهِ.

أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ نِكَاحٍ فَلتَضْبِرْ لِتَزُولَ الرِّبَّةُ، فَإِنْ نَكَحَتْ فَالْمَذْهَبُ عَدَمُ إِبْطَالِهِ
فِي الْحَالِ، فَإِنْ عَلِمَ مُقْتَضِيهِ أَبْطَلْنَاهُ، وَلَوْ أَبَانَهَا فَوَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ لِحَقِّهِ، أَوْ
لَاكُثْرَ فَلَا.

وَلَوْ طَلَّقَ رَجْعِيًّا حُسِبَتِ الْمُدَّةُ مِنَ الطَّلَاقِ، وَفِي قَوْلٍ مِنْ أَنْصِرَامِ الْعِدَّةِ.
وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ فَوَلَدَتْ لِدُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَكَأَنَّهَا لَمْ تَنْكِحْ، وَإِنْ كَانَ
لِسِتَّةِ فَالْوَلَدُ لِلثَّانِي، وَلَوْ نَكَحَتْ فِي الْعِدَّةِ فَاسِدًا فَوَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنَ الْأَوَّلِ لِحَقِّهِ
وَانْقَضَتْ بِوَضْعِهِ ثُمَّ تَعْتَدُّ لِلثَّانِي.

أَوْ بِالْإِمْكَانِ مِنَ الثَّانِي لِحَقِّهِ أَوْ مِنْهُمَا عُرِضَ عَلَى الْقَائِفِ، فَإِنْ أَلْحَقَهُ
بِأَحَدِهِمَا فَكَالْإِمْكَانِ مِنْهُ فَقَطُّ.

فَصْلٌ

لَزِمَهَا عِدَّتَا شَخْصٍ مِنْ جِنْسٍ بِأَنْ طَلَّقَ ثُمَّ وَطِئَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ
جَاهِلًا أَوْ عَالِمًا فِي رَجْعِيَّةٍ تَدَاخَلَتَا، فَتَبْدِئُ عِدَّةً مِنَ الْوَطْءِ وَيَدْخُلُ فِيهَا بَقِيَّةُ

عِدَّةُ الطَّلَاقِ، فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَمْلًا وَالْأُخْرَى أَقْرَاءً تَدَاخَلَتَا فِي الْأَصَحِّ، فَتَنْقَضِيَانِ بِوَضْعِهِ، وَيُرَاجَعُ قَبْلَهُ، وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الْحَمْلُ مِنَ الْوَطْءِ فَلَا، أَوْ لِشَخْصَيْنِ بَأَنْ كَانَتْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ، أَوْ شُبْهَةٍ فَوُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ فَطُلِّقَتْ فَلَا تَدَاخُلُ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ قُدِّمَتْ عِدَّتُهُ. وَإِلَّا فَإِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ أَتَمَّتْ عِدَّتُهُ ثُمَّ اسْتَأْنَفَتِ الْآخَرَى، وَلَهُ الرِّجْعَةُ فِي عِدَّتِهِ فَإِذَا رَاجَعَ انْقَضَتْ وَشَرَعَتْ فِي عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، وَلَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا حَتَّى تَقْضِيَهَا، وَإِنْ سَبَقَتْ الشُّبْهَةُ قُدِّمَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ وَقِيلَ: الشُّبْهَةُ.

فَصْلٌ

عَاشَرَهَا كَزَوْجٍ بِلَا وَطْءٍ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ فَأَوْجَهَ: أَصَحُّهَا إِنْ كَانَتْ بَائِنًا انْقَضَتْ وَإِلَّا فَلَا، وَلَا رَجْعَةٌ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ. قُلْتُ: وَيَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، وَلَوْ عَاشَرَهَا أَجَنَبِيٌّ انْقَضَتْ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً بِظَنِّ الصَّحَّةِ وَوُطِئَ انْقَطَعَتْ مِنْ حِينِ وَطْئٍ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهِ مِنَ الْعَقْدِ.

وَلَوْ رَاجَعَ حَائِلًا ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ، وَفِي الْقَدِيمِ تَبْنِي إِنْ لَمْ يَطَّأَهَا، أَوْ حَامِلًا فَبِالْوَضْعِ، فَلَوْ وَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ يَطَّأَهَا بَعْدَ الْوَضْعِ فَلَا عِدَّةَ. وَلَوْ خَالَعَ مَوْطُوءَةً ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ وَطِئَ ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ وَدَخَلَ فِيهَا الْبَقِيَّةَ.

فَصْلٌ

عِدَّةُ حُرَّةٍ حَائِلٍ لَوْفَاةٍ وَإِنْ لَمْ تُوْطَأْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا، وَأَمَّةٍ نِصْفُهَا وَإِنْ مَاتَ عَنْ رَجْعِيَّةٍ انْتَقَلَتْ إِلَى وَفَاةٍ أَوْ بَائِنٍ فَلَا، وَحَامِلٍ بِوَضْعِهِ

بِشَرْطِهِ السَّابِقِ.

فَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ عَنْ حَامِلٍ فَبِالْأَشْهُرِ، وَكَذَا مَمْسُوحٌ إِذْ لَا يَلْحَقُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَيَلْحَقُ مَجْبُوبًا بَقِي أَنْثِيَاهُ فَتَعْتَدُ بِهِ، وَكَذَا مَسْلُولٌ بَقِيَ ذَكَرُهُ بِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى أَمْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ بَيَانٍ أَوْ تَعْيِينٍ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَأْ أَعْتَدَتَا لِيُوفَاةٍ، وَكَذَا إِنْ وَطِئَ وَهُمَا ذَوَاتَا أَشْهُرٍ أَوْ أَقْرَاءٍ، وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ فَإِنْ كَانَ بَائِنًا أَعْتَدَتْ كُلُّ وَاحِدَةٍ بِالْأَكْثَرِ مِنْ عِدَّةٍ وَفَاةٍ وَثَلَاثَةٍ مِنْ أَقْرَائِهَا، وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنَ الْمَوْتِ، وَالْأَقْرَاءُ مِنَ الطَّلَاقِ.

وَمَنْ غَابَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ لَيْسَ لِرُزْجِيَّتِهِ نِكَاحٌ حَتَّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُهُ أَوْ طَلَاقُهُ، وَفِي الْقَدِيمِ تَتَرَبُّصُ أَرْبَعِ سِنِينَ ثُمَّ (تَعْتَدُ لِيُوفَاةٍ وَ) ^(١) تَنْكِحُ، فَلَوْ حَكَمَ بِالْقَدِيمِ قَاضٍ نُقِضَ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ التَّرَبُّصِ وَالْعِدَّةِ فَبَانَ مَيِّتًا صَحَّ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَجِبُ الْإِحْدَادُ عَلَى مُعْتَدَةِ وَفَاةٍ، لَا رَجْعِيَّةٍ، وَيُسْتَحَبُّ لِبَائِنٍ، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ، وَهُوَ تَزْكَ لُبْسِ مَصْبُوعٍ لِرِيْنَةٍ وَإِنْ خَشَنَ، وَقِيلَ: يَحِلُّ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ، وَيُبَاحُ غَيْرُ مَصْبُوعٍ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَكَتَانٍ، وَكَذَا إِبْرَيْسَمٌ فِي الْأَصَحِّ، وَمَصْبُوعٌ لَا يُقْصَدُ لِرِيْنَةٍ، وَيَحْرُمُ حُلِيِّ ذَهَبٍ وَفِضَّةٍ وَكَذَا لَوْلُؤٌ فِي الْأَصَحِّ، وَطِيبٌ فِي بَدَنِ وَثَوْبٍ وَطَعَامٍ وَكُحْلٍ، وَاكْتِحَالٌ بِإِثْمِدٍ إِلَّا لِحَاجَةٍ كَرَمَدٍ، وَإِسْفِيذَاجٍ وَدُمَامٍ، وَخِضَابٍ حَنَاءٍ، وَنَحْوِهِ، وَيَحِلُّ تَجْمِيلُ فِرَاشٍ وَأَثَاثٍ، وَتَنْظِيفُ بَعْثِلِ رَأْسٍ وَقَلَمٍ وَإِزَالَةِ وَسَخٍ.

(١) سقط من (م).

قُلْتُ: وَيَحِلُّ أَمْتِشَاطٌ وَحَمَامٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خُرُوجٌ مُحَرَّمٌ، وَلَوْ تَرَكَتِ
الإِخْدَادَ عَصَتْ وَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ كَمَا لَوْ فَارَقَتِ الْمَسْكَنَ، وَلَوْ بَلَغَتْهَا الْوَفَاةُ
بَعْدَ الْمُدَّةِ كَانَتْ مُنْقَضِيَّةً، وَلَهَا إِخْدَادٌ عَلَى غَيْرِ زَوْجٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَتَحْرُمُ
الرِّيَاذَةُ عَلَيْهِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

تَجِبُ الشُّكْنَى لِمُعْتَدَّةٍ طَلَاقٍ وَلَوْ بَائِنٍ، إِلَّا نَاشِزَةً، وَلِمُعْتَدَّةٍ وَفَاةٍ فِي الْأَظْهَرِ.
وَفَسَخٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، وَتُسْكَنُ فِي مَسْكَنٍ كَانَتْ فِيهِ عِنْدَ الْفُرْقَةِ، وَلَيْسَ
لِزَوْجٍ وَغَيْرِهِ إِخْرَاجُهَا، وَلَا لَهَا خُرُوجٌ.

قُلْتُ: وَلَهَا الْخُرُوجُ فِي عِدَّةٍ وَفَاةٍ، وَكَذَا بَائِنٌ فِي النَّهَارِ لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَغَزَلٍ
وَنَحْوِهِ، وَكَذَا لَيْلًا إِلَى دَارٍ جَارَةٍ لِعَزْلِ وَحَدِيثٍ وَنَحْوِهِمَا بِشَرْطِ أَنْ تَرْجِعَ وَتَبِيتَ
فِي بَيْتِهَا.

وَتَنْتَقِلُ مِنَ الْمَسْكَنِ لِحَوْفٍ مِنْ هَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ عَلَى نَفْسِهَا، أَوْ تَأْذَتْ
بِالْجِرَانِ، أَوْ هُمْ بِهَا أَذَى شَدِيدًا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى مَسْكَنِ بِإِذْنِ الزَّوْجِ فَوَجَبَتْ الْعِدَّةُ قَبْلَ وُضُولِهَا إِلَيْهِ أَعْتَدَتْ
فِيهِ عَلَى النَّصِّ أَوْ بَعِيرٍ إِذْنٍ فِيهِ الْأَوَّلُ، وَكَذَا لَوْ أَذِنَ ثُمَّ وَجَبَتْ قَبْلَ الْخُرُوجِ، وَلَوْ
أَذِنَ فِي الْإِنْتِقَالِ إِلَى بَلَدٍ فَكَمَسْكَنِ، أَوْ فِي سَفَرٍ حَجٍّ أَوْ تِجَارَةٍ ثُمَّ وَجَبَتْ فِي
الطَّرِيقِ فَلَهَا الرُّجُوعُ وَالْمُضِيُّ، فَإِنْ مَضَتْ أَقَامَتْ لِقَضَاءِ حَاجَتِهَا، ثُمَّ يَجِبُ
الرُّجُوعُ لِعَتَدِّ الْبَقِيَّةِ فِي الْمَسْكَنِ.

وَلَوْ خَرَجَتْ إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَأْلُوفَةِ فَطَلَّقَ وَقَالَ: مَا أَذِنْتُ فِي الْخُرُوجِ صُدِّقَ
بِیَمِينِهِ، وَلَوْ قَالَتْ: نَقَلْتَنِي فَقَالَ: بَلْ أَذِنْتُ لِحَاجَةٍ صُدِّقَ عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَمَنْزِلُ بَدَوِيَّةٍ وَيَبِيَّتُهَا مِنْ شَعْرِ كَمَنْزِلِ حَضْرِيَّةٍ.

وَإِذَا كَانَ الْمَسْكَنُ لَهُ وَيَلِيقُ بِهَا تَعَيَّنَ.

وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ إِلَّا فِي عِدَّةِ ذَاتِ أَشْهُرٍ فَكُمُشْتَأَجِرٍ، وَقِيلَ: بَاطِلٌ، أَوْ مُشْتَعَارًا لَزِمَهَا فِيهِ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُعِيرُ وَلَمْ يَرْضَ بِأُجْرَةٍ نُقِلَتْ، وَكَذَا مُشْتَأَجِرٌ أَنْقَضَتْ مُدَّتُهُ، أَوْ لَهَا أُسْتَمَرَّتْ وَطَلَبَتِ الْأُجْرَةَ.

فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ النِّكَاحِ نَفِيسًا فَلَهُ التَّقْلُ إِلَى لَا يَاقٍ بِهَا، أَوْ خَسِيسًا فَلَهَا الْأَمْتِنَاعُ، وَلَيْسَ لَهُ مُسَاكَنْتُهَا وَمُدَاخَلَتُهَا، فَإِنْ كَانَ فِي الدَّارِ مَحْرَمٌ لَهَا مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ أَوْ لَهُ أُتْنَى أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ أُمَةٌ، (أَوْ أَمْرَأَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ) ^(١) جَازَ.

وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ حُجْرَةٌ فَسَكَنَهَا أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ الْأُخْرَى، فَإِنْ اتَّحَدَتِ الْمَرَافِقُ كَمَطْبَخٍ وَمُسْتَرَاكِحٍ أَشْطَرِطَ مَحْرَمٌ، وَإِلَّا فَلَا، وَيَنْبَغِي أَنْ يُغْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ بَابٍ، وَأَنْ لَا يَكُونَ مَمَرٌ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى، وَسُفْلٌ وَعُلُوٌّ كَدَارٍ وَحُجْرَةٍ.



(١) سقط من (م).

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وبه نستعين

(كِتَابُ الْعِدَّةِ)

هو جمع عدة كما قال الأزهري. قال: وأصلها من العد^(١)، وهي في الشرع أسم لمدة معدودة تتربص فيها المرأة لتعرف براءة الرحم، وذلك يحصل بأحد ثلاثة أمور: وضع الحمل والأقراء والأشهر على ما سنذكره، والأصل فيها قبل الإجماع الكتاب، قال تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] ﴿وَالَّتِي بَلَغَ مِنْ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ أُرْبِتْنَ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾ [البقرة: ٢٣٤] وكانت مدة العدة في ابتداء الإسلام سنة على ما قال تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ﴾ [البقرة: ٢٤٠] ثم نسخت^(٢).

ومن السنة ما سنذكره في موضعه قال^(٣) أبي بن كعب: وأول ما نزل

(١) «تهذيب اللغة» ٨٩/١.

(٢) أنظر «الشرح الكبير» ٤٢٣/٩. (٣) في الأصل: (عن).

من العدد الآية الأولى، فارتاب ناس بالمدينة^(١) في عدة الصغار والمؤيسات وذوات الحمل، فأتيت رسول الله ﷺ فأخبرته بذلك، فأنزل الله: ﴿وَأَلْتَمِسْ بِسَنَ﴾ إلى آخرها^(٢).

قال: (عِدَّة النِّكَاحِ ضَرْبَانِ الْأَوَّلُ^(٣) مُتَعَلِّقٌ بِفِرْقَةٍ حَيٍّ بِطَّلَاقٍ أَوْ فُسْخٍ وذكر الرافعي في «المحرر» معهما اللعان^(٤) أيضاً، وهو موجود في بعض نسخ الكتاب، ولم أره في نسخة المصنف.

قال: (وَإِنَّمَا تَجِبُ بَعْدَ وَطْءٍ) أي: ولو من صبي ومقطوع أنثيين لمفهوم قوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا^ط﴾ [الأحزاب: ٤٩].

قال: (أَوْ أَسْتَدْخَالَ مَنِه) أي: على الأصح؛ لأنه أقرب إلى العلوق من تغيب الحشفة، ولا اعتبار بقول الأطباء: إن المني إذا ضربه الهواء لا ينعقد منه الولد. لأنه قول بالظن لا ينافي الإمكان، ووجه مقابله عدم صورة الوطء.

قال في «الكفاية»: وأطلق الرافعي الجواب بوجوب العدة من غير تفصيل بين أن يكون ماء الزوج صدر عن وطء شبهة أم لا^(٥)، والذي

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) رواه ابن أبي شيبة ٣١٢/٩، والطبري في «تفسيره» ١٣٣/١٢ والحاكم في «المستدرک» ٤٩٢/٢ - ٤٩٣ وقال: صحيح الإسناد، ولم يخرجاه.

(٣) ليست في الأصول، والمثبت من «المنهاج».

(٤) «المحرر» (ص ٣٦٠).

(٥) «الشرح الكبير» ٤٢٣/٩ - ٤٢٤.

في «التهذيب» أن المذهب الأول^(١). قال: ولعل كلام الرافعي محمول عليه، وأبدى من عند نفسه^(٢).

الثاني: كما لو وطئ زوجته على ظن (أنه زنا بها)^(٣).

وحكى الماوردي عن الأصحاب أن شرط وجوب العدة ولحوق النسب باستدخال ماء الزوج أن يوجد الإنزال والاستدخال معاً في الزوجية^(٤).

قال: (وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ الرَّحِمِ) أي: لا يشترط لوجوب العدة تحقق شغل الرحم ولا توهمه، ولكن يكفي جريان سبب شغل الرحم؛ لأن الإنزال خفي يختلف باختلاف الأشخاص، وفي الشخص الواحد ٢/ب/ باعتبار ما يعرض له من الأشغال ويعسر تتبعه ويفسخ، فأعرض الشرع عنه واكتفى بسبب الشغل وهو الوطء، ومن الوطء بتغيب الحشفة، وهذا كما أن الاعتقاد الصحيح هو سبب النجاة، لكنه خفي مستكن في الضمير، فإذا رأى أسرع الأحكام على الكلمة الظاهرة حتى لو توفرت القرائن على أن الباطن يخالف الظاهر، كما إذا أكره على الإسلام فتكلم بالكلمة يحكم بإسلامه.

واعلم أن قول المصنف: (وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ الرَّحِمِ) هو ما أختصره من عبارة «المحرر» حيث قال: ولا فرق بعد الدخول بين أن يكون شغل

(١) «التهذيب» ٦/٢٤٠.

(٢) «كفاية النية» ١٥/٢٦.

(٣) في الأصل: (زناها).

(٤) «الحاوي الكبير» ١١/١٩١.

الرحم موهومًا أو لا يكون حتى لو علق الطلاق على براءة الرحم يقينًا وحصلت الصفة وجبت العدة إذا كانت مدخولًا بها^(١). هذا لفظه، وهذه مسألة حسنة حذفها اختصارًا.

قال: (لَا بِخَلْوَةٍ فِي الْجَدِيدِ) لقوله تعالى: ﴿ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَةٍ تَعُدُّوهنَّ﴾ [الأحزاب: ٤٩] ولأن القصد من العدة معرفة^(٢) البراءة وهي محققة مع أنتفاء مظنتها. والقديم: نعم؛ أتباعا لقول عمر وعلي^(٣)، ولا فرق في جريان القولين بين أن تجز مباشرة فيما دون الفرج أو لا.

قال: (وَعِدَّةُ حُرَّةٍ ذَاتِ أَقْرَاءٍ ثَلَاثَةٌ) لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرَېْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨].

قال: (وَالْقُرْءُ: الطُّهْرُ) لأنه المراد في الآية كما قال إمامنا تبعًا لزيد بن ثابت وابن عمر وابن عباس وعائشة رضوان الله عليهم لأوجه:

أحدها: قوله تعالى: ﴿فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] أي: في زمان عدتهن كقوله تعالى: ﴿وَنَضَعُ الْمَوَازِينَ الْقِسْطَ لِيَوْمِ الْقِيَمَةِ﴾ [الأنبياء: ٤٧] أي: في يوم القيامة، وإذا كان المعنى فطلقوهن في زمن عدتهن كانت الآية إذنًا في الطلاق في زمان العدة، ومعلوم أن الطلاق في الحيض يحرم، فينصرف الإذن إلى^(٤) زمان الطهر، ويكون زمان الطهر زمان العدة.

(١) «المحرر» (ص ٣٦٠). (٢) ساقطة من الأصل.

(٣) وهو قولهما: إذا أغلق بابًا أو أرخى ستراً فلها الصداق وعليها العدة. رواه ابن أبي شيبه ٢٠٥/٩ - ٢٠٦، والبيهقي ٢٥٥/٧.

(٤) في الأصل: (في).

ويقال: إن الشافعي كان يقول: إنه الحيض. ثم هجره لما ناظر أبا عبيد فيه، الذي كان يقول: إنه الطهر، وانتحل كل منهما مذهب صاحبه. قال الرافعي: وهذا يقتضي أن يكون للشافعي قول أنه الحيض^(١). هذا دليل الأصحاب.

الثاني وبه تمسك الماوردي: أن الله تعالى أثبت الهاء فيها، والهاء إنما تثبت في جمع المذكر دون جمع المؤنث، والأطهار جمع طهر، والطهر^(٢) مذكر، والحيض لو قدرت جمع حيضة^(٣).

الثالث: أن القرء مشتق من الجمع، يقال: قرأت الطعام في فيه، وقرأت الماء في فيه إذا جمعته، ومن ذلك سمي القرآن قرآنًا؛ لاجتماعه، قال تعالى: ﴿فَإِذَا قَرَأْتَهُ فَاسْمِعْ قُرْآنَهُ﴾  يعني: إذا^(٤) جمعناه فاتبع اجتماعه، وإذا كان القرء هو الجمع كان بالطهر أحق من الحيض؛ لأن الطهر اجتماع الدم في الرحم / ١٣ / والحيض خروج الدم من الرحم، وما وافق الاشتقاق كان أولى بالمراد من مخالفته. وقال أبو حنيفة: المراد به الحيض^(٥)، ووافقنا مالك^(٦)، وعن أحمد روايتان كالمذهبين^(٧).

(١) «الشرح الكبير» ٤٢٦/٩.

(٢) في الأصل: (الأطهر).

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/١٦٣.

(٤) ساقطة من الأصل.

(٥) أنظر: «المبسوط» ١١/١٦٣.

(٦) أنظر: «بداية المجتهد» ٣/١٠٨.

(٧) أنظر: «المغني» ١١/١٩٩ - ٢٠٠.

فائدة:

القرء بفتح القاف وضمها^(١) أَسْمُ مشترك بين الحيض والطهر يقع على كل منهما حقيقة عند الأكثرين من أهل اللغة.

وقيل: إنه حقيقة في الطهر مجاز في الحيض.

وقيل عكسه.

وقيل: إنه حقيقة في الانتقال من معتاد إلى معتاد، فيتناول بالانتقال من الحيض إلى الطهر وعكسه.

وقيل: إن القرء بالفتح: الطهر، وبالضم: الحيض.

والصحيح أنه لا فرق، وأما المصنف فضبط القرء في الأصل بالفتح، كذا رأيت بخطه، وكذا ضبطه بالفتح بعد ذلك في قوله: (ومن فيها رق بقرأين) وكذا في باب الاستبراء أيضاً.

قال: (فَإِنْ طَلَّقَتْ طَاهِرًا) أي: قبل جماع فيه أو بعده (انْقَضَتْ بِالطَّعْنِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ، أَوْ حَائِضًا فِي رَابِعَةٍ) لأن الظاهر أن الذي ظهر دم حيض، فيكون الطهر بعده قد كمل، فانقضت العدة بثلاثة أقراء، وقد روي عن عائشة وزيد بن ثابت رضي الله عنهما أنهما قالوا: إذا طعنت المطلقة في الدم من الحيضة الثالثة فقد برئت منه^(٢)، وعن عثمان وابن عمر رضي الله عنهما

(١) في الأصل: (وكسرها).

(٢) رواه الشافعي في «مسنده» ٥٩/٢ (١٩٣، ١٩٥)، وعبد الرزاق في «مصنفه» ٦/٣١٩ (١١٠٠٣)، وابن أبي شيبة في «مصنفه» ١/١٢٥ - ١٢٦ (١٩٢٢٠ - ١٩٢٢٣)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٦١/٣ والبيهقي في «السنن الكبرى» ٤١٥/٧.

أنهما قالا: إذا طعنت في الحيضة الثالثة فلا رجعة له^(١).

فإن قيل: إذا كان الطلاق في الطهر لم يكمل بذلك ثلاثة أقراء، وإنما حصل قرآن وبعض الثالث، والله تعالى أوجب الاعتداد بثلاثة أقراء، فالجواب^(٢) أنه قد يطلق أسم الثلاث على الاثنين وبعض الثالث، قال الله تعالى: ﴿الْحَجُّ أَشْهُرٌ مَّعْلُومَةٌ﴾ وهو شهران وبعض الثالث، فإن قيل: ذلك مجاز والأصل في الإطلاق^(٣) الحقيقة. قيل: الحمل هنا على المجاز متعين لأمرين.

أحدهما: أنها^(٤) لو لم تعتد به عن الطلاق لكانت عدتها بأكثر من ثلاثة أقراء، والله تعالى أمرها أن تعتد بثلاثة أقراء.

والثاني: أنه منع من الطلاق في الحيض؛ لئلا تطول عدتها بفوات الاعتداد بحيضها، وترك الاعتداد بما ذكره أبعد لعدتها وأسوأ حالاً من الطلاق في الحيض، فلو لم تعتد به لكان المنع من الطلاق فيه أولى. واعلم أنا إنما نبهنا على أن^(٥) لا فرق في بقية الطهر بين أن يكون قبل الجماع أو لا؛ لأننا رأينا الجيلي قد جزم القول بأنه إذا كان الطلاق بعد

(١) رأي عثمان رضي الله عنه أنه أحق بها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة، وتحل لها الصلاة. ينظر «المصنف» لعبد الرزاق ٣١٦/٦ (١٠٩٨٧) «المعجم الكبير» ٣٢٣/٩، «السنن الكبرى» للبيهقي ٤١٧/٧.

وقول ابن عمر رواه مالك في «الموطأ» رواية أبي مصعب ٦٣٨/٢ (١٦٦٠) والشافعي في «مسنده» ٥٩/٢ (١٩٦)، وعبد الرزاق ٣١٩/٦ (١١٠٠٤) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٦١/٣. والبيهقي في «السنن الكبرى» ٤١٥/٧.

(٢) في (ب): فالواجب. (٣) في (ب): الطلاق.

(٤) في الأصل: أنه. (٥) في الأصل: أنه.

جماع فيه أن عدتها لا تنقضي إلا بالطعن في الحيضة الرابعة، وهذا خلاف نص «المختصر»^(١) وتصريح الأصحاب كما نبه عليه في «الكفاية»^(٢). قال: ولم أر ما قاله لأحد من أصحابنا، نعم حكوه عن أبي عبيد القاسم بن سلام ٣/ب، فلعله أعتقد أنه من أصحابنا فاقصر على حكاية مذهبه.

قال: (وَفِي قَوْلٍ يُشْتَرَطُ يَوْمٌ وَلَيْلَةٌ بَعْدَ الطَّعْنِ) أي: في الحيضة الثالثة في الأولى، والرابعة في الثانية؛ لجواز أن يكون ذلك دم فساد، فلا يحكم بانقضاء العدة بالشك، والأظهر الأول؛ لأن الظاهر أنه دم حيض، ولئلا تزيد العدة على ثلاثة أقراء.

وقيل: إن رأت الدم لعادتها أنقضت برؤيته، وإن رآته على خلافها اعتبر يوم وليلة؛ لأنه لا يعلم أنه حيض بيقين، والقائل بهذه الطريقة حمل النص^(٣) على هذين الحالين.

خاتمة:

قول المصنف: (فإن طلقت طاهرًا أنقضت بالطعن في حيضة ثالثة) محمول على ما إذا بقي من الطهر بعد وقوع الطلاق بقية، أما إذا لم تبق بأن أنطبق آخر لفظ الطلاق على آخر الطهر، ويتصور ذلك بأن يقول: أنت طالق في آخر أجزاء طهرك. أو يقع ذلك اتفاقًا، فالأصح أنه لا يعتد بذلك قرءًا، نبه عليه في «الكفاية»^(٤).

(١) «مختصر المزني» ٥/٥٠٤. (٢) «كفاية النبيه» ١٥/٣٤.

(٣) في الأصل: النصين. (٤) «كفاية النبيه» ١٥/٣٥.

قال: (وَهَلْ يُحْسَبُ قَرءٌ مَنْ لَمْ تَحِضْ قَرءًا؟ قَوْلَانِ، بِنَاءٌ عَلَى أَنَّ الْقَرءَ انْتِقَالٌ مِنْ طَهْرٍ إِلَى حَيْضٍ، أَمْ طَهْرٌ مُحْتَوِشٌ بِدَمِينٍ، وَالثَّانِي أَظْهَرُ) لِأَنَّ اللَّفْظَ مَأْخُوذٌ مِنْ قَوْلِهِمْ: قَرَأْتُ الْمَاءَ فِي الْحَوْضِ. أَي: جَمَعْتَهُ، فَرَمَانِ الطَّهْرَ يَجْمَعُ الدَّمُ فِي الرَّحِمِ، وَزَمَانَ الْحَيْضِ يَجْمَعُ شَيْئًا وَيُرْسِلُ شَيْئًا إِلَى أَنْ يَدْفَعَ الْكُلَّ، فَحَصَلَ مَعْنَى الْجَمْعِ فِيهِمَا.

قال الرافعي: لكنه يخالف ما حكيناه في كتاب الطلاق أن أكثرهم حكموا بوقوع الطلاق في الحال إذا قال للتي لم تحض قط: أنت طالق في كل قرء طلقة^(١).

ووجه القول الآخر أنه الانتقال إلى الحيض؛ أخذًا من قولهم: قرأ النجم إذا طلع، وقرأ إذا غاب، وقد يقال: قرأ إذا أنتقل من برج إلى برج. قال الرافعي: وقد يقتضي الاشتقاق وقوع الاسم على الانتقال من الحيض إلى الطهر (لوقوعه على الانتقال من الطهر إلى الحيض). قال المتولي: الانتقال من الحيض إلى الطهر^(٢) لا يدل على براءة الرحم، فإنها قد تحبل من الوطء في زمان الحيض ثم ينقطع فيه، والانتقال من الطهر إلى الحيض يدل على البراءة؛ لأن الغالب أن الحامل لا ترى الدم، فاعتبر الشرع هذا الانتقال ولم يعتبر ذلك الانتقال^(٣).

إذا عرفت ذلك فإذا طلق من لم تحض أصلاً، فإن قلنا: الطهر الانتقال حسب طهرها قرءًا، وإن قلنا: الطهر هو المحتوش بدمين فلا. قال الرافعي: واعلم أن قولهم: القرء هو المحتوش أو الانتقال؛

(١) «الشرح الكبير» ٤٢٧/٩.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٢٧/٩.

(٣) من الأصل.

ليس مرادهم الطهر بتمامه؛ لأنه لا خلاف أن بقية الطهر يحسب قرءاً، وإنما مرادهم أنه^(١) هل يعتبر من الطهر المحتوش شيء أم^(٢) يكفي الانتقال، والمكتفون بالانتقال قالوا: الانتقال وحده قرء. فإن وجد قبله شيء من الطهر أدخلوه في القرء، ولهذا قالوا: لو قال للتي لم تحض: أنت طالق في كل قرء طلقة؛ طلقت في الحال؛ تفرعاً على هذا القول، ولم يؤخروا الوقوع إلى الحيض للانتقال^(٣). ١٤/.

وقول المصنف (مُحْتَوَشٌ) هو بفتح الواو، كذا رأيت بخطه.

قال: (وَعِدَّةٌ مُسْتَحَاضَةٌ، بِأَقْرَائِهَا الْمَرْدُودَةُ إِلَيْهَا) أي: من العادة أو الأقل أو الغالب إن كانت مبتدأة كما مر في الحيض، والأظهر رد المبتدأة إلى الأقل، وعلى القولين إذا مضت ثلاثة أشهر فقد أنقضت عدتها؛ لاشتغال كل شهر على حيض وطهر غالباً، وشهرها ثلاثون يوماً، والحساب من أول رؤية الدم. قال الرافعي: كذا أطلق^(٤)، ويمكن أن تعتبر بالأهلة، وقد أشار إليه مشيرون^(٥).

قال: (وَمُتَحَيِّرَةٌ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي الْحَالِ) لثلاث تبقى معطلة طول عمرها، وليس كالاحتياط في العبادات، فإن المشقة فيها لا تعظم عظم مشقة الانتظار إلى سن اليأس، ولأنها مرتابة فدخلت في الآية: ﴿إِنْ أَرَبَّتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤].

قال: (وَقِيلَ بَعْدَ الْيَأْسِ) لأنها قبل سن اليأس متوقعة الحيض

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) (ب): (لم). (٣) «الشرح الكبير» ٩/٤٢٧.

(٤) في الأصل: أطلقوه. (٥) «الشرح الكبير» ٩/٤٣٢.

المستقيم، واعلم أن الدارمي قال: إذا علمت مقدار دورها فإنها تعدد بثلاثة من تلك الأدوار؛ لاشتمالها على ثلاثة أطهار، وهو ظاهر. قال: ولو شكت في مقدارها، ولكن قالت: أعلم أنه لا يزيد مثلاً على سنة جعلت السنة دورها.

وقد ذكر المصنف في الحيض عن الدارمي طريقة طويلة في عدتها مشتملة على نفائس، وغلط الجمهور في قولهم أنها تعدد بثلاثة أشهر، ثم قال -أعني: المصنف- والعمل على ما قاله^(١).

قال: (وَأُمُّ وَلَدٍ وَمُكَاتِبَةٌ وَمَنْ فِيهَا رِقٌّ بِقُرْأَيْنِ) لأن الآية وإن وردت في المطلقات عامة فقد خصصتها السنة، صح ذلك من قول ابن عمر^(٢)، وروى ابن ماجه رفعه عنه^(٣)، ورواه أبو داود والترمذي والدارقطني من حديث عائشة مرفوعاً وضعفه^(٤)، قال الماوردي: وحديث ابن عمر

(١) أنظر: «المجموع» ٤٦٤/٢.

(٢) رواه مالك في «الموطأ» رواية أبي مصعب ٦٣١/١ - ٦٣٢ (١٦٤٠) وعبد الرزاق ٢٣٨/٧، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ٦٢/٣، والدارقطني في «سننه» ٣٨/٤، والبيهقي في «الكبرى» ٣٦٩/٧، قال الدارقطني: وهذا هو الصواب.

(٣) «سنن ابن ماجه» (٢٠٧٩)، ورواه الطبراني في «المعجم الكبير» ١٧٠/١٣، والدارقطني ٣٨/٤، والبيهقي ٣٦٩/٧.

كلهم من طريق عمر بن شبيب، عن عبد الله بن عيسى، عن عطية العوفي، عن ابن عمر مرفوعاً، قل الدارقطني: تفرد به عمر بن شبيب مرفوعاً. وكان ضعيفاً. وقال أيضاً: منكر غير ثابت من وجهين: أحدهما: أن عطية ضعيف، والوجه الآخر: أن عمر بن شبيب ضعيف الحديث، لا يحتج به. وكذلك قال البيهقي.

(٤) «سنن أبي داود» (٢١٨٩)، «سنن الترمذي» (١١٨٢)، «سنن الدارقطني» ٣٩/٤، قال أبو داود: حديث مجهول.

أثبت؛ لأن في الثاني مظاهر بن أسلم وفيه التواء^(١).

قلت: هو متروك الحديث عند الجمهور، وليس حديث ابن عمر أثبت؛ لأن فيه عطية العوفي وهو واه، ولأن الأمة على النصف من الحرية في القسم والحد، فكذا هنا إلا أنه لا يمكن أن يجعل قرءاً ونصفاً، فكمّل النصف قرءاً كما كمّلنا طلاق العبد كذلك، وما ذكرناه من القياس يعضد قول ابن عمر، فتكفي حجة ويطرح الباقي.

قال: (وَإِنْ عَتَقْتَ فِي عِدَّةٍ رَجْعَةٍ كَمَلْتَ عِدَّةَ حُرَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ) أي: وهو الجديد وأحد قولي القديم كما صرح به في «المحرر»^(٢)^(٣). ومقابله أنها تتم [عدة أمة (أَوْ بَيْنُونَةٍ فَأَمَّةٍ فِي الْأَظْهَرِ) أي: وهو الجديد أحد قولي القديم كما صرح به في «المحرر»^(٤) أيضاً، ومقابله أنها تتم^(٥) عدة الحرائر، وقد يحصل من مجموعها ثلاثة أقوال كما صرح بها في «الشرح»^(٦) و«الروضة»^(٧):

أحدها: أنها تتم عدة حرة؛ لأن ما اختلفت^(٨) به العدة المعتبر فيه الانتهاء دون الابتداء كالشهور والأقراء، ولأن الاحتياط للعدة أولى من الاحتياط للمعتدة كالمستريية.

والثاني: أنها تعدد عدة الإمام؛ لأن الاستبراء في الرق لا يتغير

(١) «الحاوي الكبير» ٢٢٤/١١، وقد ذكره عن نافع، عن ابن عمر مرفوعاً، ولم أقف عليه.

(٢) بعدها في الأصل: أيضاً. (٣) «المحرر» (ص ٣٦١).

(٤) «المحرر» (ص ٣٦١). (٥) من الأصل.

(٦) «الشرح الكبير» ٤٣٠/٩. (٧) «الروضة» ٣٦٨/٨.

(٨) في (ب): اختلف.

بحدوث العتق كأم الولد، فكذاك هنا ولأن ما يتبعض المعتبر فيه حال الوجوب بدليل الحدود.

وأصحها^(١)^(٢): أنها تتم عدة حرة في الطلاق الرجعي، وعدة أمة في الطلاق البائن؛ لأن البائن / ٤ب/ كالأجنبية لقطع الميراث وسقوط النفقة، والرجعية كالزوجة^(٣) لاستحقاق التوارث ووجوب النفقة، فافترقا في العدة؛ لافتراقهما في الزوجية، ولأن الرجعية لما أنتقلت من عدة الطلاق إلى عدة الوفاة ولم تنتقل إليها البائن وجب أن تنتقل الرجعية من عدة الإماء إلى عدة الحرائر، ولا تنتقل إليها البائن.

قال: (وَحَرَّةٌ لَمْ تَحْضُ أَوْ يَسَتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ) أي: هلالية؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّتِي يَسِّنْ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ﴾ الآية [الطلاق: ٤]، ومعنى قوله تعالى: ﴿إِنْ أَرَبْتُمْ﴾ أي: لم تعرفوا ما تعتد به التي أيست من ذوات الأقراء^(٤).

قال في «الدقائق»: وقولي: لم تحض يدخل فيه الصغيرة والكبيرة التي لم تحض ولم تبلغ سن اليأس كبت ثلاثين سنة، وعدتها بالأشهر بلا خلاف. قال: وقد أهملها «المحرر» وكثيرون، ففي عبارة الكتاب ثلاث فوائد: موافقة القرآن، والاختصار، وبيان مسألة مهمة^(٥).

وعن أحمد رواية: أن التي بلغت سن المحيض تتربص تسعة أشهر،

(١) في (ب): وأصحهما، وورد فوقها في الأصل: (أبو حنيفة وأحمد).

(٢) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣٨٧/٢، «المغني» ٢١٢/١١.

(٣) في (ب): كالزوجة. (٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «دقائق المنهاج» (ص ٧١ - ٧٢).

وهي غالب مدة الحمل؛ لتظهر براءة الرحم، ثم تعد بثلاثة أشهر^(١).
 قال: (فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ فَبَعْدَهُ هَلَالَانِ وَتُكْمَلُ الْمُكَسِرَ) أي:
 وهو الأول (ثَلَاثِينَ) أي: سواء كان ذلك الشهر كاملاً أو ناقصاً.
 وقال ابن بنت الشافعي: إذا أنكسر شهر أنكسر الجميع؛ لأن
 المنكسر يتم ما يليه فينكسر أيضاً^(٢)، والصحيح الأول.
 وعن أبي حنيفة: أن الشهرين بعد المنكسر يعتبران بالهلال، ويتدارك
 من الرابع قدر ما فات من المنكسر^(٣).
 قال: (فَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا) أي: في أثناء الشهور (وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ) لأنها
 قدرت^(٤) على الأصل قبل الفراغ من البدل فانتقلت إليه، كالتميم إذا
 وجد الماء في^(٥) خلال التيمم، ولأن الله تعالى جعل لها الاعتداد
 بالأشهر إذا كانت من اللائي لم يحضن ولم تكن كذلك في جميع
 الأشهر فلم تنقض عدتها بالأشهر، وذلك إجماع، قاله ابن الصباغ.
 فرع:

هل يحسب ما مضى قرءاً (في حق الصغيرة)^(٦)؟ فيه وجهان: أقربهما
 إلى النص المنع، كذا قاله الرافعي في «الشرح»^(٧) والمصنف في

(١) أنظر: «المغني» ٢١٢/١١.

(٢) أنظر: «البيان» ٢٨/١١.

(٣) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٣٨١/٢.

(٤) في الأصل: (وردت).

(٥) ساقطة من (ب).

(٦) ساقط من الأصل.

(٧) «الشرح الكبير» ٤٣٦/٩ - ٤٣٧.

«الروضة»^(١) وصرح بتصحيحه في «تصحيح التنبيه»^(٢) مستدرگا علی تصحيح الشيخ الاحتساب.

قال: (وَأَمَّةٌ^(٣) بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ) لأن الأصل فيما يتبعض بالرق من الأعداد التنصيف، والشهر قابل للتنصيف، بخلاف الأقرأء، فصار كما أنها تعتد عن الوفاة بشهرين وخمس ليال، قال في «المحرر»: وهذا أولى الأقوال^(٤).

قال: (وَفِي قَوْلٍ: شَهْرَانِ) أي: بدلاً عن قرأين كما كانت الأشهر الثلاثة في حق الحرة بدلاً عن ثلاثة أقرأء، وقد روي عن عمر أنه قال: تعتد الأمة بحيضتين، فإن لم تحض فشهرا، أو شهر ونصف^(٥). فمنهم من قال: هو شك من الراوي، ومنهم من قال: هو ترديد^(٦) من قول عمر، وهو ظاهر الرواية.

قال الإمام: وهو شاهد بين في أن ترديد^(٧) القول ليس بدعاً^(٨) / ١٥٠. قال: (وَقَوْلٍ: ثَلَاثَةٌ) لعموم قوله تعالى: ﴿فَعَدَّتْهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ﴾ [الطلاق: ٤] ولأنه أقل زمان يظهر فيه أستبراء الرحم، فإن الولد يتخلق في ثمانين يوماً، ثم يتبين الحمل بعد ذلك، وما يتعلق بالطبع لا

(١) «روضة الطالين» ٣٧١ / ٨.

(٢) «تصحيح التنبيه» ١١٦ / ٢.

(٣) ورد فوقها في (ب): (أبو حنيفة).

(٤) «المحرر» (ص ٣٦١).

(٥) رواه الشافعي في «مسنده» ٥٧ / ٢ (١٨٧)، وعبد الرزاق ٢٢١ / ٧ (١٢٨٧٢)، والدارقطني ٣٠٧ / ٣ (٢٣٧)، والبيهقي ٤٢٥ / ٧.

(٦)، (٧) في (ب): يريد. (٨) «نهاية المطلب» ١٩٨ / ١٥.

يختلف بالرق والحرية، وصححه المحاملي وسليم، وعن أحمد ثلاث روايات كالأقوال^(١).

قال: (وَمَنْ أَنْقَطَعَ دَمُهَا لِإِلَّةٍ) أي: تعرف (كَرَضَاعٍ وَمَرَضٍ تَصْبِرُ)^(٢) حَتَّى تَحِيضَ) أي: فتعتد بالأقراء (أَوْ تَيَأْسَ فَبِالْأَشْهُرِ) أي: ولا تبالي بطول مدة الانتظار.

قال: (أَوْ لَا لِإِلَّةٍ فَكَذَا فِي الْجَدِيدِ)^(٣) أي: أنها تصبر إلى أن تحيض فتعتد بالأقراء أو تبلغ سن اليأس فتعتد بالأشهر؛ لأن الله تعالى لم يجعل الاعتداد بالشهور إلا للتي لم تحض وللآيسة، وهذه ليست بواحدة منهما، ولأنها مطلقة ترجو عود الدم، فلم تعتد بالشهور قبل سن اليأس كما لو أنقطع لعارض معروف.

قال: (وَفِي الْقَدِيمِ)^(٤): تَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ لتعرف فراغ الرحم؛ لأن الحمل لا يكون في البطن أكثر من ذلك غالباً ثم تعتد ثلاثة أشهر، واستدل له الشافعي في القديم بأن أمير المؤمنين عمر قضى به بين المهاجرين والأنصار^(٥)، ولم ينكر عليه أحد، فكيف يجوز لنا أن نخالفه؟!

(١) أنظر: «المغني» ١١/٢٠٨ - ٢٠٩.

(٢) ساقطة من (د). (٣) فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة).

(٤) فوقها في (ب): (مالك وأحمد).

(٥) رواه مالك في «الموطأ» رواية أبي مصعب ١/٦٤٤ (١٦٧٥)، والشافعي ٥٨/٢ (١٩٠)، وعبد الرزاق ٦/٣٣٩ (١١٠٩٥)، وابن أبي شيبة ١٠/١٤٦ (١٩٣٣٤)، والبيهقي ٧/٤١٩ - ٤٢٠، عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: أيما امرأة طلقت، فحاضت حيضة أو حيضتين، ثم رفعتها حيضتها، فإنها تنتظر تسعة أشهر، فإن بان حمل فذلك، وإلا أعتدت بعد التسعة ثلاثة أشهر، ثم حلت.

فائدة:

التربص: الانتظار، يقال: ربصت به وتربصت. أي: أنتظرت.
قال: (وَفِي قَوْلٍ: أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُ بِالشَّهْرِ) لأنه لو جاز الاقتصار على براءة الرحم في الظاهر لجاز الاقتصار على حيضة واحدة؛ لأنه يعلم بها براءة الرحم في الظاهر، فوجب أن تعتبر أكثر مدة الحمل لتعلم براءة الرحم بيقين.

وفي قول رابع مخرج أنها تتربص ستة أشهر؛ لأنه تظهر أمارات الحمل في هذه المدة، فإذا لم تظهر أعتدت بالأشهر.
وقيل: إنه رجع عما قاله في القديم صريحاً، وخرج عن أن يكون قولاً له.

قال: (فَعَلَى الْجَدِيدِ لَوْ حَاضَتْ بَعْدَ الْيَأْسِ فِي الشَّهْرِ وَجَبَتْ الْأَقْرَاءُ) لأن ما تراه حيض، ولا أعتداد بالأشهر مع الأقراء ويحسب ما مضى قرءاً بلا خلاف.

قال: (أَوْ بَعْدَهَا) أي: بعد تمام الأشهر (فَأَقْوَالُ أَظْهَرُهَا إِنْ نُكِحَتْ فَلَا شَيْءَ) لتعلق حق الزوج وللشروع في المقصود، وكالتيمم إذا رأى الماء بعد الشروع في الصلاة.

قال: (وَالْأَقْرَاءُ فَلَا أَقْرَاءَ) لأنه تبين أنها ليست من اللائي يؤسن، بخلاف الصغيرة إذا رأت الدم بعد الأشهر، فإن رؤيته لا تمنع صدق القول بأنها لم تحض.

قال في «المحرر»: وهذا أشبه الأقوال بالترجيح^(١)، والقول الثاني:

(١) «المحرر» (ص ٣٦١).

تنتقل إلى الأقراء مطلقاً؛ لأنه بان أنها ليست آيسة، بخلاف الصغيرة، فإنها^(١) برؤية الحيض لا تخرج عن كونها وقت الاعتداد من اللائي لم يحضن.

والثالث: المنع مطلقاً؛ لانقضاء العدة ظاهراً كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر.

قال: (وَالْمُعْتَبَرُ يَأْسُ عَشِيرَتِهَا) أي: من الأبوين، نص عليه في «الأم»^(٢) لتقاربهن / هـ/ في الطبع والخلق والخلق ونزوع بعضهن إلى بعض، فإذا بلغت السن الذي ينقطع فيه حيضهن ولم تر دمًا فقد بلغت سن اليأس، ولم يجزم في «المحرر» بتصحيح هذا، بل قال: إنه أقرب إلى الترجيح^(٣). نعم قال صاحب «الكافي» هو المذهب، واختاره ابن أبي عسرون.

وقيل: الاعتبار بنساء العصابات كمهر المثل، وقيل: بنساء البلدة؛ لأن للأهوية تأثيراً في الأمزجة والطباع، فلو اختلفت عاداتهن اعتبر أقصاهن كما حكاها الإمام عن بعض المصنفين^(٤)، وعلى الأول لو اختلفت عادة أقاربها اعتبر بأقل عادة امرأة منهن، وقيل: يعتبر أكثرهن عادة.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: كُلُّ النِّسَاءِ) للاحتياط وطلب اليقين.

قال الإمام: ولا يمكن طوف العالم والتفحص عن سكان الأقاليم، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف^(٥). وعلى هذا فالأشهر أن سن اليأس

(١) في (ب): (فإنه).

(٢) «الأم» ١٩٦/٥. (٣) «المحرر» (ص ٣٦١).

(٤) «نهاية المطلب» ١٦٥/١٥. (٥) «نهاية المطلب» ١٦٥/١٥.

أثنان وستون سنة.

والثاني: ستون، قال في «الكفاية»: ويعضده ما رواه ثابت بن قرة الحراني في كتاب «الذخيرة» في الطب^(١) أن أقل سن اليأس وانقطاع الحيض خمسة وثلاثون سنة. وأكثره ستون سنة^(٢).

والثالث: خمسون.

والرابع: سبعون، قاله السرخسي، وحكي أن امرأة حاضت لسبعين سنة، ويقرب مما حكاه الماوردي: أن امرأة من بني تميم ذات خفر وخشوع أخبرته بجامع البصرة أن الدم عاودها بعد الإياس كما كان يعتادها في زمن الشباب منذ سنة، وكان سنّها نحو سبعين سنة^(٣).

والخامس: خمسة وثمانون، حكاه الجيلي.

والسادس: حكاه في «البيان» عن بعضهم أنه قال: غير العربية لا تحيض بعد خمسين سنة، والعربية تحيض بعدها، ولا تحيض بعد ستين سنة إلا قرشية^(٤).

قال الماوردي: وهذا قول لا يتحقق^(٥).

وعن أبي علي الطبري تخريج وجه اليأس غالباً، ولا يعتبر الأقصى، كما أن المستحاضة المبتدأة ترد في قول إلى الغالب.

قال في «الكفاية»: والذي في «الإبانة» و«التتمة» و«تعليق القاضي حسين» أن المعتبر في ذلك زمن نسائها لا نساء أي زمن كان^(٦).

(١) في (ب): الطلب. (٢) «كفاية النبيه» ١٥/٤٠.

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/١٨٩. (٤) «البيان» ١١/٢٦.

(٥) «الحاوي الكبير» ١١/١٨٩. (٦) «كفاية النبيه» ١٥/٤١.

قال: (قُلْتُ: ذَا الْقَوْلُ أَظْهَرُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) قد عرفت دليله، وصححه
 الرافعي في شرحه^(١)، فإنه قال: إنه أرجح القولين عند الأكثرين.
 فرع:
 لو لم يعلم لها عشيرة فالاعتبار بياس^(٢) جميع النساء، قاله صاحب
 «الكافي».



(١) «الشرح الكبير» ٩/٤٤٢.

(٢) في الأصل: بها سن.

(فَصْلٌ)

(عِدَّةُ الْحَامِلِ بَوَضعِهِ بِشَرَطِ نِسْبَتِهِ إِلَى ذِي الْعِدَّةِ وَلَوْ أَحْتِمَالًا كَمَنْفِيَّ بِلِعَانٍ) لقوله تعالى: ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤] فإن لم يمكن كونه منه كما إذا مات الصبي الذي لا يتصور منه الإنزال والجماع وامراته حامل، فعدتها بالأشهر كما سيأتي بأن الولد غير لاحق به.

قال: (وَأَنْفِصَالِ كُلِّهِ حَتَّى ثَانِي تَوَأْمَيْنِ) أي: ويشترط أيضًا في أنقضاء العدة بوضع الحمل أن ينفصل الحمل بتمامه، فلا تنقضي العدة بخروج بعض الولد /١٦/ لأنه لا يحصل به براءة الرحم، ولو كانت حاملاً بتوأمين لم تنقض العدة حتى ينفصل.

الثاني: بتمامه؛ لظاهر قوله تعالى: ﴿حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. قال: (وَمَتَى تَخَلَّلَ دُونَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَتَوَأْمَانِ) أي: فإن كان بينهما ستة أشهر فصاعدًا والثاني حمل آخر.

قال: (وَتَنْقُضِي بِمِيتٍ) لإطلاق الآية.

قال: (لَا عِلْقَةَ) لأنها لا تسمى حاملاً.

قال: (وَبِمُضْغَةٍ فِيهَا صُورَةُ آدَمِيٍّ خَفِيَّةٌ أَخْبَرَ بِهَا الْقَوَابِلُ) هذا معطوف على قوله: (وتنقضي بميت) أي: وتنقضي أيضًا بإسقاط المضغة إن ظهرت فيها صورة الآدميين، إما ببينة كيد أو أصبع يراها كل من ينظر إليها، أو خفية تختص بمعرفتها القوابل، وهذا كله لفظ «المحرر»^(١)

(١) «المحرر» (ص ٣٦٢).

(وترك المصنف منه الأولى لأخذها)^(١) من المفهوم من باب أولى.
 قال: (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ صُورَةً) أي: بينة ولا خفية (وَقُلْنَ) أي: القوابل
 (هِيَ أَصْلُ آدَمِيٍّ انْقَضَتْ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأن القصد من العدة معرفة براءة
 الرحم وهي تحصل برؤية الدم، فمثل هذا أولى، هذا نصه هنا.
 والطريق الثاني: فيه قولان: أحدهما أنها تنقضي لما ذكرناه.
 والثاني: لا، وهو مخرج من نصه في الجنائيات فيما إذا جنى على
 امرأة ألفت مثل ذلك أنه لا يجب على الجاني الغرة، ومن نصه في أمهات
 الأولاد أن الاستيلاء لا يحصل به، ووجهه أن هذه الأحكام منوطة
 بالولد، واسم الولد لا يقع عليه، فصار كما لو ألفت علقه.
 والقائل بالأول فرق بأن الغرة الأصل براءة الذمة منها، فلا تجب
 بالشك، وأمومة الولد منوطة باسم الولد، وهذا لا يسمى ولدًا، والعدة
 منوطة باسم الحمل، وهذا يسمى حملًا، بخلاف العلقه فإنها لا تسمى
 حملًا..

وفي المسألة طريقة أن العدة لا تنقضي بذلك.
 وحاصل ما في هذه النصوص الثلاثة أربع طرق:
 أحدها: إثبات قولين في الجميع: أحدهما: أنه يثبت به هذه
 الأحكام. والثاني: لا. وثانيها: تقرير النصوص^(٢).
 وثالثها: القطع بنفي هذه الأحكام وحمل ما نقل في الغرة على ما إذا
 كانت فيه صورة خفية.

(١) في الأصل: وتركه المصنف لأخذه.

(٢) في الأصل: النصين.

ورابعها: القطع بثبوت الجميع وحمل المنع على ما إذا شكت القوابل أنه هل هو أصل آدمي، والمذهب على الجملة أنقضاء العدة ومنع الآخرين، كما صرح به المصنف هنا، وفي الباين الباينين. قال الرافعي: ويشبه أن ترجح طريقة القولين^(١) في مسألة الكتاب هذه، وصحح البغوي^(٢) والخوارزمي الثالثة.

فرع:

لو شكت القوابل في أن هذا لحم آدمي لم يثبت شيء من هذه الأحكام بلا خلاف، كذا قاله الرافعي^(٣)، لكن حكى القاضي وجهًا في أنقضاء العدة به.

قال: (وَلَوْ ظَهَرَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ حَمْلٌ لِلزَّوْجِ أَعْتَدَتْ بِوَضْعِهِ) لأنهما يدلان على البراءة ظاهرًا، وظاهر الحمل يدل عليها قطعًا، فكما يكتفى^(٤) بالظاهر بدلًا عن القطع^(٥) المطلوب لتعذر تحصيله، فإذا قدرنا على الأصل بطل البطل.

قال: (وَلَوْ أَرْتَابَتْ فِيهَا لَمْ تَنْكِحْ حَتَّى تَزُولَ الرِّبَةُ) أي: فإن نكحت بطل النكاح للتردد.

قال: (أَوْ بَعْدَهَا) أي: بعد تمام الأقراء ٦ب/ أو الأشهر (وَبَعْدَ نِكَاحٍ أَسْتَمَرَ) لحكمنا بانقضاء العدة ظاهرًا وثبوت حق الزوج الثاني.

(١) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٤٨.

(٢) «التهذيب» ٦/ ٢٤٣. (٣) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٤٨.

(٤) ورد بهامش الأصل: لعله: فيكتفى.

(٥) في الأصل: الأصل.

قال: (إِلَّا أَنْ تَلِدَ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ عَقْدِهِ) أي: فإنه لا يستمر النكاح (بل يبطل؛ لأننا تحققنا كونها حاملاً يوم النكاح)^(١).

قال: (أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ نِكَاحٍ فَلْتَصْبِرْ حَتَّى تَزُولَ الرِّبَّةُ) إذ هو الاحتياط.
قال: (فَإِنْ نَكَحَتْ فَالْمَذْهَبُ عَدَمُ إِبْطَالِهِ فِي الْحَالِ) لأن العدة قد أنقضت في الظاهر، ولا ينقض الحكم بانفصالها^(٢) من غير شك (فَإِنْ عَلِمَ مُقْتَضِيهِ أَبْطُلْنَاهُ) هذا أصح الطرق، القطع بهذا، وهو نصه في «الأم»^(٣) و«المختصر»^(٤) ونصه في موضع^(٥) آخر على أنه منسوخ مؤول على ما إذا أرتابت في العدة.

والثاني: أن فيه قولين، ثم منهم من بناهما على القولين في وقف العقود، إن قلنا أنها لا توقف فالنكاح باطل، وإن قلنا: توقف، فينعقد موقوفاً إلى أن يتبين الحال، ومنهم من بناهما على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن أنه حي فبان ميتاً هل يصح البيع؟
وقال القفال: هما مبنيان على القولين فيمن شك في عدد الركعات بعد الفراغ هل يلزمه التدارك؟

والثالث: القطع ببطلان النكاح مع الريبة؛ لأنها لا تدري هل هي حلال للأزواج أم لا؟

والرابع: حمل النصين على حالين، فالوقف على ما إذا كانت

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٢) في الأصل: بانقضائها. (٣) «الأم» ٢٠٢/٥.

(٤) «مختصر المزني» ١١/٥.

(٥) في الأصل: مواضع.

الدلالة (على الحمل خفية، والبطلان على ما إذا كانت الدلالة)^(١) عليه ظاهرة، حكاه ابن داود.

والخامس: حملها على حالين آخرين فالأول على ما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من حين عقد النكاح الثاني، والثاني على^(٢) ما إذا أتت به لدون ستة أشهر منه، حكاه ابن الصباغ وقال: إنها مخالفة للنص. قال: (وَلَوْ أَبَانَهَا) أي: بالخلع أو غيره (فَوَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ لِحَقِّهِ) لقيام الإمكان، فإن مدة الحمل قد تبلغ أربع سنين والدليل على ذلك الاستقراء، قال مالك رحمته الله هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان امرأة صدق وزوجها رجل صدق وحملت ثلاثة أبطن في (اثنى عشرة)^(٣) سنة، تحمل كل بطن أربع سنين^(٤). وروى القتيبي أن هرم بن حيان حملت به أمه أربع سنين^(٥).

وروى (المبارك بن مجاهد)^(٦) قال: مشهور عندنا كانت امرأة محمد بن عجلان تحمل وتضع في أربع سنين^(٧).

وروى الشافعي عن حماد بن سلمة، عن علي بن زيد^(٨) القرشي أن

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٢) ساقطة من (ب). (٣) في الأصول: أثني عشر. والجادة ما أثبتناه.

(٤) رواه الدارقطني ٣/٣٢٢، ومن طريق البيهقي ٧/٤٤٣.

(٥) «المعارف» (ص ٥٩٥).

(٦) في النسخ الخطية: ابن المبارك عن مجاهد، والمثبت من مصادر التخريج.

(٧) رواه ابن أبي خيثمة في «تاريخه» ٢/٣١٩ (٣١٢٣)، والدارقطني ٣/٣٢٢ والبيهقي

٧/٤٤٣، وذكرها المزي في «تهذيب الكمال» ٢٦/١٠٦.

(٨) في النسخ الخطية: يزيد، والمثبت من مصادر الترجمة.

سعيد بن المسيب أراه رجلاً فقال: إن أبا هذا غائب عن أمه أربع سنين فوضعت هذا، وله ثنياً^(١).

وروى هشام بن يحيى المجاشعي قال: بينما مالك بن دينار يوماً^(٢) جالساً إذ قام رجل فقال: يا أبا يحيى أدع لامرأة حبلى منذ أربع سنين قد أضحت في كرب شديد. فغضب مالك وأطبق المصحف وقال: ما يرى هؤلاء القوم [إلا أنا أنبياء]^(٣)! ثم قرأ ودعا، وجاء الرسول إلى الرجل فقال: أدرك أمراًتك. فما حط مالك يده حتى طلع الرجل / ١٧ / من باب المسجد على رقبته غلام جعد قطط أبن أربع سنين قد أستوت أسنانه ما قطعت سراره^(٤).

وقال معن بن عيسى ومحمد بن الضحاك والواقدي: حملت بمالك أمه ثلاث سنين^(٥).

واستدل الرافعي لذلك بأن عمر رضي الله عنه أمر امرأة المفقود أن تتربص أربع سنين ثم تعتد بالأقراء قال: وإنما قدر بأربع سنين؛ لأنها نهاية مدة الحمل، وبهذا قال مالك في أشهر الروايات^(٦)، وأحمد في رواية^(٧). وعن مالك رواية أخرى أن الأكثر خمس سنين، وأخرى أنه

(١) ذكرها الماوردي في «الحاوي الكبير» ١١ / ٢٠٥.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) ليست في النسخ الخطية، والمثبت من مصادر التخريج.

(٤) رواه الدارقطني ٣ / ٣٢٢ - ٣٢٣، ومن طريقه البيهقي ٧ / ٤٤٣، ورواه اللالكائي

في «كرامات الأولياء» ص ٢١٦.

(٥) رواه البيهقي ٧ / ٤٤٣. (٦) «المدونة الكبرى» ٢ / ٨٧.

(٧) أنظر: «المغني» ١١ / ٢٣٢.

سبع سنين^(١).

وقال المزني^(٢) على ما حكاه الماوردي وغيره: أكثر الحمل سنتان^(٣)، وهو مذهب أبي حنيفة^(٤)، ودليل الأصحاب ما قدمته، ثم الأكثرون أطلقوا بأن السنين الأربع تعتبر من وقت الإبانة. وقال أبو منصور التميمي: ينبغي أن يقال: لأربع سنين من إمكان العلوق قبل الطلاق؛ لأنه إذا لحق الولد وقد أتت به لأربع سنين لزم أن تكون مدة الحمل أكثر من أربع سنين. قال الرافعي: وهذا قويم، وفي إطلاقهم تساهل^(٥).

قال صاحب «المطلب»: وفي ذلك أيضًا تساهل، فإن الطلاق قد يقع مع الإنزال في الرحم إما بالتخير اتفاقًا أو بالتعليق، فيكون أكثره أربع سنين فقط، وحيث لا يقع معه يكون أقصاه أربع سنين ولحظة يحتمل العلوق، وسواء أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت أو لم تقر؛ لأن النسب حق الولد، فلا ينقطع بإقرارها.

وقال ابن سريج^(٦): إذا أقرت بانقضائها ثم ولدت لم يلحقه إلا أن تأتي به لدون ستة أشهر من الإقرار^(٧).

(١) «الشرح الكبير» ٤٥١/٩، وانظر: «المدونة الكبرى» ٨٧/٢.

(٢) «مختصر المزني» ٥٢/٥.

(٣) «الحاوي الكبير» ٢٠٥/١١.

(٤) أنظر: «الحجة على أهل المدينة» ٤٣٢/٣.

(٥) «الشرح الكبير» ٤٥١/٩.

(٦) فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة، أحمد).

(٧) أنظر: «الشرح الكبير» ٤٥١/٩، «روضة الطالبين» ٣٧٨/٨.

قال: (أَوْ لَأَكْثَرَ فَلَا) أي: وإذا أتت بالولد لأكثر من أربع سنين فلا يلحقه لعدم الإمكان، فإن الأصل فيما زاد على المدة المستقرأة العدم.
قال: (وَلَوْ طَلَّقَ رَجْعِيًّا حُسِبَتِ الْمُدَّةُ مِنَ الطَّلَاقِ) لأنها كالبائن في تحريم الوطء، فكذلك في أم^(١) الولد.

قال في «المحرر»: وهذا هو الأقرب من القولين^(٢).
قال: (وَفِي قَوْلٍ: مِنْ أَنْصِرَامِ الْعِدَّةِ) لأنها كالمنكوحة في معظم الأحكام، فعلى هذا تتماذى مدة اللحق بلا تقدير إن لم تقر بانقضاء العدة؛ لأن الطهر قد يتباعد سنين وإلا فلا.
وقيل بالتمادي قطعاً.

وقيل بالمنع قطعاً.
قال: (وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ فَوَلَدَتْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَكَأَنَّهَا لَمْ تَنْكِحْ) أي: ويكون الحكم كما مر.

قال: (وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةِ فَوَلَدَ لِلثَّانِي) أي: وإن أمكن كونه من الأول؛ لأن الفراش الثاني تأخر، وهو أقوى، ولأن النكاح الثاني قد صح ظاهراً فلو ألحقنا الولد بالأول لبطل النكاح لوقوعه في العدة، ولا سبيل إلى إبطال ما صح بالاحتمال.

قال: (وَلَوْ نَكَحَتْ فِي الْعِدَّةِ فَاسِداً فَوَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنَ الْأَوَّلِ لَحِقَهُ وَانْقَضَتْ) أي: العدة (بِوَضْعِهِ ثُمَّ تَعَتَّدُ لِلثَّانِي، أَوْ لِلْإِمْكَانِ / ب/ مِنْ الثَّانِي لَحِقَهُ) لما قررناه قبل، وهذه المدة^(٣) من الثاني معتبرة من وقت

(٢) «المحرر» (ص ٣٦٣).

(١) في الأصل: أمر.

(٣) في الأصل: العدة.

الوطء لا من النكاح على الأصح.

قال: (أَوْ مِنْهُمَا) أي^(١): وإن وجد الإمكان منهما معًا (عُرِضَ عَلَى قَائِفٍ) لما سيأتي في موضعه (فَإِنْ أَلْحَقَهُ بِأَحَدِهِمَا فَكَالْإِمْكَانِ مِنْهُ فَقَطُّ) أي: وإن أَلْحَقَهُ بهما أو أَشْتَبَهَ الأمر عليه أو لم يكن قائف أُنْتَظَر بلوغه وانتسابه بنفسه.



(١) ساقطة من الأصل.

(فَصْلٌ)

[قال] ^(١): (لَزِمَهَا عِدَّتَا شَخْصٍ مِنْ جِنْسٍ بِأَنْ طَلَّقَ ثُمَّ وَطِئَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ جَاهِلًا) أي: إن كان الطلاق بائنًا (أَوْ عَالِمًا فِي رَجْعِيَّةٍ تَدَاخَلْنَا فَبَتَدِيءُ عِدَّةٌ مِنَ الْوِطْءِ وَيَدْخُلُ فِيهَا بَقِيَّةُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ) لأنه لا معنى للتعدد والحالة هذه؛ لاتحاد الجنس، وله الرجعة في تلك البقية إن كان الطلاق رجعيًا وتجديد النكاح فيها وبعدها إذا كانت بائنًا ولم يكن عدد الطلاق مُستوفًى.

وفي وجه أن بقية عدة الطلاق تسقط وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء. قال الرافعي: وقياسه ألا تثبت الرجعة في البقية، لكن الإجماع صد عنه، وقد ينقطع أثر النكاح في حكم دون حكم ^(٢). وناقشه في «الكفاية» ^(٣) في دعوى الإجماع.

وفي وجه ثالث أن ما بقي من عدة الطلاق يبقى متمحضًا عن الطلاق ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة أقراء أو أشهر. وفي ابن يونس حكاية وجه عن الخراسانيين أنه يكتفى ببقية العدة الأولى. قال: (فَإِنْ كَانَتْ إِحْدَاهُمَا حَمَلًا وَالْأُخْرَى أَقْرَاءً) أي: بأن طلقها وهي حائل ثم وطئها في الأقراء وأحبلها، أو طلقها وهي حامل ثم وطئها قبل الوضع كما صرح بتصويره في «المحرر» ^(٤).

(١) زيادة ليست في الأصول يقتضيها السياق.

(٢) «الشرح الكبير» ٩/٤٥٨ - ٤٥٩.

(٣) «كفاية النبيه» ١٥/٩٤.

(٤) «المحرر» (ص ٣٦٣).

قال: (تَدَاخَلْنَا فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو الأشبه في «المحرر»^(١) لأنهما من شخص واحد، فأشبهها المتجانسين. والثاني: لا تداخل؛ لأنهما جنسان، فلا يتداخلان كما لو زنى وهو بكر ثم زنى وهو ثيب.

قال: (فَتَنْقُضِيَانِ بِوَضْعِهِ) لأنه فائدة التداخل.

قال: (وَيُرَاجَعُ قَبْلَهُ) أي: قبل الوضع إن طرأ الوطء وهي تعتد بالحمل؛ لأنها في عدة الطلاق الرجعي، والحمل لا يتبعض.

قال: (وَقِيلَ إِنْ كَانَ الْحَمْلُ مِنَ الْوَطْءِ فَلَا) أي: إذا حدث الحمل وهي تعتد بالأقراء عن الطلاق، فقليل: لا رجعة له؛ لأن عدة الطلاق قد سقطت، وهي الآن معتدة عن الوطء، والأصح: نعم؛ لأنها في عدة الطلاق، وإن وجبت عليها عدة أخرى كما قدمته.

هذا كله تفريع على التداخل، فإن فرعنا على مقابله، فإن كان الحمل لعدة الطلاق أعتدت بعد وضعه كما قال الرافعي^(٢)، زاد ابن الصباغ وغيره: وانقضاء مدة النفاس بثلاثة أقراء، ولا رجعة إلا في مدة الحمل، وإن كان لعدة الوطء أتمت بعد وضعه بقية عدة^(٣) الطلاق، وله الرجعة في تلك البقية إن كان الطلاق رجعيًا، وفيما قبل الوضع وجهان: أظهرهما نعم؛ لأنها لم تكمل عدة الطلاق ٨/١ وجميع ما ذكرناه فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل، أو تراه وقلنا: ليس هو بحيض، فأما إن جعلناه حيضًا فهل تنقضي مع الحمل العدة الأخرى بالأقراء؟ فيه وجهان: أظهرهما: نعم.

(١) «المحرر» (ص ٣٦٣).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٥٩/٩. (٣) ساقطة من الأصل.

قال: (أَوْ لِشَخْصَيْنِ بَأَنَّ كَانَتْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ، أَوْ شُبْهَةٍ فَوُطِئَتْ بِشُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِيدٍ أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ فَطُلُقَتْ فَلَا تَدْخُلُ) أي: وتعتد عن كل واحد منهما عدة كاملة خلافاً لأبي حنيفة^(١). لنا ما روى الشافعي، عن مالك، عن ابن شهاب، عن ابن المسيب وسليمان بن يسار أن عمر رضي الله عنه قال: أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن كان زوجها الذي تزوجها لم يدخل بها^(٢) فرق بينهما ثم أعتدت بقية عدتها من زوجها، وكان خاطباً من الخطاب، فإن كان دخل بها فرق بينهما ثم أعتدت بقية عدتها من زوجها الأول، ثم أعتدت من الآخر، ثم لم ينكحها أبداً. قال سعيد: ولها مهرها بما أَسْتَحِلَّ منها^(٣).

قال البيهقي: وقوله: (لم ينكحها أبداً) قد كان الشافعي يقول به في القديم، ثم رجع عنه كما روى الثوري، عن أشعث، عن الشعبي، عن مسروق أن عمر رجع عن ذلك وجعل لها مهرها، وجعلهما يجتمعان^(٤). وروى الشافعي عن علي مثل ذلك^(٥). وقال في الجديد^(٦): بقول علي، نقول أنه يكون خاطباً من الخطاب^(٧)، ولأنهما حقان مقصودان من جنس واحد لتأتي الحرمة فلا يتداخلان كالدينين ويقدم الأول منهما

(١) أنظر: «تبيين الحقائق» ٣/ ٣١.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) «مسند الشافعي» ٢/ ٥٦ (١٨٥). ورواه البيهقي ٧/ ٤٤١.

(٤) «السنن الكبرى» ٧/ ٤٤١.

(٥) رواه في «الأم» ٥/ ٢١٥، ورواه أيضا البيهقي ٧/ ٤٤٢ من طريق آخر.

(٦) في هامش الأصل: نسخة: الحديث.

(٧) «الأم» ٥/ ٢١٥.

لتقدمه وقوته فإنه يسند إلى عقد جائز وسبب مسوغ. ومعنى قولنا: مقصودان أن العدة تجب عليها أرادت النكاح أو لم ترده بخلاف الأجل. وقولنا: لتأتي الحرمة أحتزنا به عن العدتين من شخص واحد، وعما إذا طلق حربي أمراته فنكحت في خلال المدة وأسلم أحدهما، فإن عليها عدة واحدة على النص، وقطع به وبوجوب عدتين وبقولين.

قال: (فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ قُدِّمَتْ عِدَّتُهُ) أي: سواء كان الحمل سابقاً أو لاحقاً كما صرح به في «المحرر»^(١)؛ لأن عدة الحمل لا تقبل التأخير. قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن لم يكن هناك حمل (فَإِنْ سَبَقَ الطَّلَاقُ) أي: وطء الشبهة (أَتَمَّتْ عِدَّتُهُ) لتقدمها وقوتها (ثُمَّ أَسْتَأْنَفَتِ الْآخَرَى). قال: (وَلَهُ الرَّجْعَةُ فِي عِدَّتِهِ) أي: إن كان الطلاق رجعيّاً كما صرح به في «المحرر»^(٢) وهو ظاهر.

قال الروياني: لكن لا يراجعها في مدة اجتماع الواطئ بها؛ لأنها حينئذ خارجة عن عدة الأول وفراش لغيره، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة.

قال: (فَإِذَا رَاجَعَ أَنْقَطَعَتْ) أي^(٣): العدة (وَشَرَعَتْ فِي عِدَّةِ الشُّبْهَةِ، وَلَا يَسْتَمْتِعُ بِهَا حَتَّى تَقْضِيَهَا) وهل له تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائناً؟ فيه وجهان: أظهرهما: نعم؛ لأنها في عدته، كما يجوز له رجعتها (كما سلف)^(٤).

(١) ، (٢) «المحرر» (ص ٣٦٣).

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) ساقطة من الأصل.

قال: (وَإِنْ سَبَقَتِ الشُّبْهَةُ قُدِّمَتْ عِدَّةُ الطَّلَاقِ) لأن سبب عدة الطلاق أقوى؛ لتعلقها /ب٨/ بالنكاح.
 قال: (وَقِيلَ الشُّبْهَةُ) لسبقها^(١) عدة الوطء.



(١) في الأصل: لسبق.

(فَضْلٌ)

(عَاشَرَهَا كَزَوْجٍ بِلَا وَطْءٍ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ فَأَوْجُهُ: أَصْحُهَا) أي: وهو الذي رجحه المعتبرون كما قاله في «المحرر»^(١) (إِنْ كَانَتْ بَائِنًا أَنْقَضَتْ وَإِلَّا فَلَا) لأن مخالطة البائن محرمة بلا شبهة فلا تؤثر في العدة كوطئها في الدبر، وفي الرجعية الشبهة قائمة وهو بالمعاشرة والمخالطة مستفرش لها فلا يحسب زمن الاستفراش من العدة كما لو نكحت في العدة زوجًا جاهلاً بالحال لا يحسب زمن أستفراشه، ونسبه القاضي والإمام إلى الأصحاب^(٢).

والثاني: لا تحتسب تلك المدة من العدة مطلقاً؛ لأنها شبيهة بالزوجات دون المطلقات المهجورات.

والثالث: تحسب مطلقاً؛ لأن هذه المخالطة؛ لا توجب عدة فلا تمنعها، وحكاها الغزالي وشيخه^(٣) عن المحققين.

واحترز بقوله: (عاشرها كزوج) عن معاشرة الأجنبي العالم، فإنها لا تؤثر بوطئه^(٤) كما صرح به المصنف بعد، وتنصيبه على الأقراء والأشهر مخرج للمعتدة بالحمل، فإن المعاشرة لا تمنع الانقضاء بحال، واحترز بقوله: (بلا وطء) عما إذا وطئ، فإنه إن كان الطلاق بائناً فإن ذلك لا يمنع أنقضاء العدة؛ لأنه وطء زناً لا حرمة له وإن كان رجعيًا.

(١) «المحرر» (ص ٣٦٣).

(٢) «نهاية المطلب» ٢٧٨/١٥.

(٣) «نهاية المطلب» ٢٧٧/١٥.

(٤) في (ب): كوطئه.

قال المتولي والقاضي حسين: لا يشرع في العدة ما دام يطؤها؛ لأن العدة لبراءة الرحم، وهي مشغولة. قال القاضي قولاً واحداً.

فرع:

لو طالت المفارقة ثم اتفقت خلوة فأشبه الاحتمالين إلينا والثاني: لا؛ لبعد تلفيق أوقات المفارقة.

قال: (وَلَا رَجْعَةَ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ) عملاً بالاحتياط في الجانبين، وعبارة «المحرر»: عن هذا قالوا: وليس له الرجعة إلا في الأقراء أو الأشهر، وإن لم يحكم بانقضاء العدة في الرجعية^(١). ومراده بقوله: قالوا. الأئمة كما صرح به في «الشرح الصغير» وإن كان في «الشرح الكبير» نقله عن رأي البغوي وحده، فإنه قال: قال الشيخ الفراء في «الفتاوى»: الذي عندي أنه لا رجعة للزوج بعد أنقضاء الأقراء وإن لم تنقض المدة بسبب المفارقة؛ أخذاً للاحتياط من الجانبين، كما لو وطئ الرجعية بعد مضي قرأين من وقت الطلاق، عليها أن تعتد بثلاثة أقراء من وقت الوطء، ولا تجوز الرجعة في القرء الثالث منها. قال: وفي «فتاوى القفال» ما يوافق هذا^(٢).

قال: (قُلْتُ: وَيَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ إِلَى أَنْقِضَاءِ الْعِدَّةِ) لأنه مقتضى الاحتياط.

قال: (وَلَوْ عَاشَرَهَا أَجْنَبِيٌّ أَنْقَضَتْ وَاللَّهُ أَعْلَمُ) أي: ولا تؤثر مخالطته، كما لا يؤثر وطؤه، وهذا قدمته.

(٢) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٧٤.

(١) «المحرر» (ص ٣٦٣).

فرع:

لو عاشرها بشبهة قال الرافعي: فيجوز أن يمنع الاحتساب، كما سبق أنها في زمن الوطء بالشبهة خارجة عن العدة^(١).

قال: (وَلَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً بِظَنِّ الصَّحَّةِ وَوَطِئَ انْقَطَعَتْ مِنْ حِينِ وَطِئَ) لأن النكاح الفاسد لا حرمة له، ولا تجعل المرأة فراشاً ما لم يوجد الوطء.

قال: (وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهِ مِنَ الْعَقْدِ) لأنها بالعقد معرضة عن العدة، وعلى هذا وجهان: أحدهما: أنه ١٩/ من وقت العقد بشرط أن يتصل به الزفاف وإلا فلا. والثاني أنه من وقت العقد وإن لم يتصل به الزفاف، وفي وجه آخر أن العدة (تنقطع)^(٢) من حين يخلو بها ويعاشرها وإن لم يوطأ. قال: (وَلَوْ رَاجَعَ حَائِلًا) أي: ومسها (ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ^(٣)) لأن المسيس يقتضي عدة كاملة.

قال: (وَفِي الْقَدِيمِ^(٤) تَبْنِي إِنْ لَمْ يَطَأْ) لأنها حرمت عليه بالطلاق الأول وإن^(٥) لم يمسه في المحل المستحدث، فصار كما إذا أبانها ثم جدد نكاحها فطلقها قبل أن يمسه، فإنها تبني، ولأنه لما ملك الرجعة في الطلاق الثاني بسبب الإصابة في النكاح الأول وجب أن تبني عدة

(١) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٧٤.

(٢) في الأصل: (تنعقد).

(٣) ورد فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة).

(٤) ورد فوقها في الأصل، (ب): (مالك).

(٥) من الأصل.

الطلاق الثاني على الطلاق الأول، والجديد الاستئناف؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْمُطَلَّقَاتُ يَرْجِعْنَ إِلَىٰ آبَائِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨] وهذه مطلقة، ولأن الرجعة رفعت تحريم الطلاق فارتفع بها حكم الطلاق، وصار الطلاق الثاني هو المختص بالتحريم، فوجب أن يكون مختصاً بوجوب العدة بعد التحريم، كما إذا^(١) أرتدت بعد الميسر ثم أسلمت ثم طلقها، فإنها تستأنف العدة.

وحكى الشاشي عن المزني أنه لا عدة عليها، والمشهور عنه موافقة القول الجديد.

قال: (أَوْ حَامِلًا فَبِالْوَضْعِ) أي: فإن كانت حاملاً وطلقها بائناً قبل الوضع، فإن العدة تنقضي بالوضع أصابها أو لم يصبها؛ للآية. قال: (فَلَوْ وَضَعَتْ ثُمَّ طَلَّقَتْ أَسْتَأْنَفَتْ) أي: إن أصابها؛ لأنه طلق في نكاح وجد فيه الميسر، فيوجب العدة، والوضع حصل في صلب النكاح، والعدة لا تنقضي بما يوجد في صلب النكاح. قال: (وَقِيلَ إِنْ لَمْ يَطَأْ بَعْدَ الْوَضْعِ فَلَا عِدَّةَ) أي^(٢): ويحكم بانقضاء عدتها بالوضع وإن كانت تحت الزوج، ويجوز أن تنقضي العدة بالحمل تحت الزوج، وإن كانت لا تنقضي بالأقراء والأشهر تحته، كما أن المعتدة لو وطئها واطئ بالشبهة وأحبلها تنقضي عدتها عن الوطء بوضع الحمل، ولولا الحمل لكانت لا تنقضي بالأقراء والأشهر؛ لاشتغالها بعدة الزوج.

(١) في الأصل: لو.

(٢) من الأصل.

واعلم أن عبارة المصنف في «الروضة» في هذه المسألة: وإن لم يطقاً
أستأنفت أيضاً على المذهب.

وقيل: وجهان: أحدهما هذا، والثاني: لا عدة عليها. وتنقضي
عدتها بالوضع^(١).

وعبارة الرافعي في شرحه: فإن لم يمسه.

فإن قلنا: الحائل تستأنف فكذاك هنا، وإن قلنا هناك بالبناء، فيتعذر
بناء الأقراء على الحمل، وفيها وجهان: أظهرهما: الاستئناف^(٢).

قال: (وَلَوْ خَالَعَ مَوْطُوءَةً ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ وَطِئَ ثُمَّ طَلَّقَ) أي: أو خالعه
بائناً كما في «المحرر»^(٣) (استأنفت) أي: العدة (وَدَخَلَ فِيهَا الْبَقِيَّةُ) أي:
بقية العدة السابقة؛ لأنهما من شخص واحد.

فرع:

إذا طلق المدخول بها على عوض، أو خالعه، فله أن ينكحها في
العدة، وفي «المذهب» عن المزني أنه لا يجوز كما لا يجوز لغيره^(٤). قال
الرافعي: وهذا غريب^(٥).

قال في «الكفاية»: ورد مذهب المزني ٩ب/ بأن نكاح غيره يؤدي إلى
اختلاط الأنساب بخلافه^(٦).



(١) «روضة الطالبيين» ٨/ ٣٩٦ - ٣٩٧.

(٢) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٧٧.

(٣) «المحرر» (ص ٣٦٤). (٤) «المذهب» ٢/ ١٥٢.

(٥) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٧٨. (٦) «كفاية النبيه» ١٥/ ٩٩.

(فَصْلٌ)

قال^(١): (عِدَّةُ حُرَّةٍ^(٢) حَائِلٍ لَوْفَاةٍ وَإِنْ لَمْ تُوَطَّأْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ بَلِيًّا لِيَهَا) للنص والإجماع، قال الله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنْكُمْ﴾ الآية [البقرة: ٢٣٤]، ولا ترد علينا زوجة الصبي كما سيأتي؛ لأن ذلك خرج بدليل فبقينا فيما عداه على الأصل.

قال في «المهذب»: ولأنه حمل لا يجوز أن يكون منه فلم تعتد به كامرأة الكبير إذا طلقها وأتت بولد لدون ستة أشهر من حين العقد^(٣). قال في «الكفاية»: وتحريره أن يقال: ولد لا يمكن أن يكون منه، فلم يقع الاعتداد به كما لو ظهر بعد موته^(٤). وسواء ذات الأقراء وغيرها، والصغيرة والكبيرة، رأت الدم على عاداتها أو لم تره، والمدخول بها، كما صرح به المصنف وغيره كما دل عليه إطلاق الآية.

مع العلم بأن حال الزوجات في ذلك مختلف، وعدم التفصيل بين المدخول بها وغيرها بخلاف الطلاق، فإن الله تعالى فصل فيه بين أن تكون المطلقة مدخولاً بها أو غير مدخول بها، ولا يمكن إلحاق عدة الوفاة بعدة الطلاق لأمر: منها أن عدة الوفاة لو شرط فيها الدخول لم يؤمن أن تنكره؛ حرصاً على الأزواج مع عدم المنازع، وفي الطلاق صاحب الحق ينازع، فلا تتجاسر على الإنكار.

ومنها أن فرقة الموت لا اختيار فيها، فأمرت بالتفجع وإظهار الحزن لفراق الزوج، ولذلك وجب فيه الإحداد، وفرقة الطلاق تتعلق باختيار

(٢) ساقطة من الأصل.

(١) من الأصل.

(٤) «كفاية النبيه» ١٥ / ٥١.

(٣) «المهذب» ٢ / ١٤٥.

المطلق، فلم يكن عليها إظهار الحزن والتفجع.

ومنها أن المقصود الأعظم في عدة الطلاق معرفة^(١) براءة الرحم فلذلك أعتبرت الأقراء، وفي عدة الوفاة المقصود الأعظم حق الزوج ورعاية حرمة النكاح، ولذلك أعتدت بالشهور التي لا تقوى دلالتها على البراءة.

قال: (وَأَمَّةٌ نِصْفُهَا) لأن العدة أمر ذو عدد يبنى على المفاضلة، فوجب أن لا تساوي الحرة فيه الأمة، وتكون على النصف فيها مع إمكان قسمته كالحدود، وهذا هو المشهور في أكثر الكتب، وفي «الزوائد» للعمراني حكاية قول آخر عن أبي حامد أنها كالحرّة؛ لأن الولد يكون نطفة أربعين يومًا، وعلقة أربعين يومًا، ومضغة أربعين يومًا، ثم ينفخ فيه الروح ويتحرك، فاعتبر أن تعتد المتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشرًا^(٢)؛ ليتبين الحمل بذلك ويتحرك، وهذا لا يختلف فيه الحرة والأمة.

قال في «الكفاية»: وما حكاه كلام البندنجي يدل عليه أيضًا^(٣).
 فرع:

عدة الوفاة تختص بالنكاح الصحيح، فلو نكح فاسدًا ومات قبل الدخول فلا عدة، وإن دخل ثم مات أو فرق بينهما أعتدت للدخول كما تعتد للشبهة.

(١) في (ب): يعرف.

(٢) في (ب): عشرة أيام.

(٣) «كفاية النيه» ٥٣/١٥.

آخر:

صرح به في «المحرر» وهذا نصه: وتعتبر المدة -أي: المذكورة- بالهلال ما أمكن، فإن أنطبق الموت على أول الهلال حسبت أربعة أشهر بالأهلة وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس، وإن مات الزوج في خلال شهر هلالى وكان /١٠/ الباقي دون عشرة فتعده، وتحسب أربعة أشهر بالأهلة وبعده، وتكمل العشرة^(١). أنتهى.

وإنما حذف هذا المصنف لدخوله في قوله: (أربعة أشهر وعشرة أيام) أي: كيفما قدر حصولها.

قال: (وَإِنْ مَاتَ عَنْ رَجْعِيَّةٍ أُنْتَقَلَتْ إِلَى وَفَاةٍ) أي: حتى يلزمها الإحداد، ولا تستحق النفقة؛ لأن حَبَّانَ بن مُنْقِذَ طَلَقَ أَمْرَأَتَهُ ومات قبل أن تحيض الثالثة فورثت^(٢) واعتدت عدة الوفاة. رواه الشافعي^(٣)؛ ولأن النكاح في الرجعية قائم لما ذكرناه في الرجعية، وإنما حصلت البينونة بالموت والطلاق والمتقدم موجود، فاجتمع ما يوجب عدة الطلاق وما يوجب عدة الوفاة، وهو حصول البينونة بالموت، ولا سبيل إلى وجوبهما إذ لا يجوز أن تكون معتدة^(٤) من واحد عديتين، فقدمنا عدة الوفاة لتأكيدهما، فإنه يجب قبل الدخول وبعده، وعدة

(١) «المحرر» (ص ٣٦٤).

(٢) ورد بهامش الأصل: حاشية: ورثها عثمان.

(٣) «مسند الشافعي» ٥٨/٢ (١٩١)، ورواه عبد الرزاق ٦/ ٣٤٠ (١١١٠٠)، وابن أبي

شيبه ١٠/ ١٤٧ (١٩٣٣٩) والبيهقي ٧/ ٤١٩.

(٤) من الأصل.

الطلاق لا تجب إلا بعد الدخول، ثم بقية عدة الطلاق هل تسقط أو نقول: دخلت في عدة الوفاة؟

قال الرافعي: تسقط بلا خلاف^(١).

وحكى مجلي فيه خلافاً، وأن منشأ تباين جنس العدتين، وتظهر فائدة الانتقال في سقوط النفقة وفي وجوب الإحداد وقصر المدة وطولها. قال: (أَوْ بَائِنٍ فَلَا) أي: لا تنتقل إلى عدة الوفاة حاملاً كانت أو حائلاً بل تكمل عدة الطلاق، وإن كان الطلاق في المرض، وقلنا: إنها ترثه؛ لأن البينة حاصلة قبل الموت.

ووقع في الرافعي و«الروضة» هنا أن لها النفقة إذا كانت حاملاً^(٢)، وستعرف في كتاب النفقات ما يخالفه.

وقال أبو حنيفة: المبتوتة في مرض الموت تلزمها عدة الوفاة، ولا تسقط عنها عدة الطلاق فتعتد أيضاً لهما.

قال: (وَحَامِلٍ بِوَضْعِهِ) للآية، وفي «مسند أحمد» من زيادات ابنه و«سنن الدارقطني» من حديث أبي بن كعب: قلت لرسول الله: ﴿وَأُولَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ للمطلقة ثلاثاً أو المتوفى عنها؟ قال: «للمتوفى عنها وللمطلقة ثلاثاً^(٣)» وسواء تقدم الوضع أو تأخر.

قال: (بِشَرْطِهِ السَّابِقِ) أي: وهو أن تضع الحمل بتمامه، وأن يكون الحمل ظاهراً منه أو احتمالاً.

(١) «الشرح الكبير» ٤٨١/٩.

(٢) «الشرح الكبير» ٤٨٢/٩، «روضة الطالبين» ٣٩٩/٨.

(٣) «مسند أحمد» ١١٦/٥، «سنن الدارقطني» ٣٩/٤.

قال: (فَلَوْ مَاتَ صَبِيٌّ عَنْ حَامِلٍ فَبِالْأَشْهُرِ) أي: لا بالوضع؛ لأن الولد منفي عنه كما تقدم. وقال أبو حنيفة: إن مات وحملها ظاهر أنقضت بوضعه، وإن ظهر الحمل بعد موته فلا^(١).

فائدة:

قال في «الكفاية» يتحصل من مجموع الخلاف في قدر المدة التي إذا أنتقص عمر الزوج عنه لا يلحقه النسب ستة أوجه: عشر سنين وستة أشهر وساعة، عشر سنين وستة أشهر، عشر سنين، تسع سنين وستة أشهر وساعة، تسع سنين وستة أشهر، تسع سنين^(٢).

قال: (وَكَذًا مَمْسُوحٌ) أي: وهو فاقد الذكر والأنثيين (إِذْ لَا يَلْحَقُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأنه لا ينزل، ولم تجر العادة بأن يلحق^(٣) لمثله / ١٠٠/ ولد.

واعلم أن عبارة المصنف في «الروضة»^(٤) في أول هذا الباب على المذهب أيضًا كما في الكتاب، وليس في أصل هذا الكتاب ولا الشرحين ما يعطي ذلك، فإن عبارة الشرحين: ظاهر المذهب أنه لا يلحقه. وفيه قول يحكى عن الإصطخري أنه يلحقه، لأن معدن الماء الصُّلب، وأنه ينفذ في ثقبه إلى الظاهر، والمعدن والمجرى باقيان.

قال في «الكبير»: وذكر أن القاضي حسين والصيدلاني أخذوا بهذا

(١) أنظر: «تبيين الحقائق» ٣/ ٣٠.

(٢) «كفاية النيه» ١٤/ ٣٦٩.

(٣) في (ب): يخلق.

(٤) «روضة الطالبين» ٨/ ٣٦٥ - ٣٦٦.

الجواب (١).

وعبارة «المحرر»: ولا يلحقه الولد على ظاهر المذهب (٢)، ومقتضى كلام «الروضة» في اللعان، وأثناء هذا الباب حكايته له قولين (٣).

وفي «الكفاية» أن الإمام نقل عن العراقيين أنهم حكوا عن الإصطخري ما تقدم (٤)، وزاد الماوردي الصيرفي وابن حربويه، وقال: حكى أن أبا عبيد بن حربويه قُدد قضاء مصر فقضى في مثل هذا بلحق الولد، فحمله الخصي على كتفه وطاف به الأسواق وقال: أنظروا هذا القاضي يلحق أولاد الزنا بالخدام (٥).

قال في «الكفاية»: وإليه ذهب أبو الطيب أيضًا (٦).

قال: (وَيَلْحَقُ مَجْبُوبًا بَقِيَّ أَنْثِيَاهُ) لبقاء أوعية المنى وما فيها من القوة المحيلة للدم، والذكر آلة توصل الماء إلى الرحم بواسطة الإيلاج. قال: (فَتَعْتَدُ بِهِ) أي: فتعتد أمراته عن الوفاة بوضع الحمل. قال: (وَكَذَا مَسْلُوكٌ بَقِيَّ ذَكَرُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأن آلة الجماع باقية، وقد يبالغ في الإيلاج فتلتذ وتنزل ماء رقيقًا.

واعلم أن هذا الموضع مما اضطرب كلام المصنف في كيفية إيراد الخلاف فيه في «الروضة» فقال في أواخر كتاب اللعان في الكلام على الإمكان أنه يلحقه على الأصح.

(١) «الشرح الكبير» ٤٠٩/٩.

(٢) «المحرر» (ص ٣٦٤). (٣) «روضة الطالبين» ٣٥٧/٨.

(٤) «كفاية النبيه» ٣٦٧/١٤، وانظر: «نهاية المطلب» ١٩/١٥.

(٥) «الحاوي الكبير» ١٩٢/١١. (٦) «كفاية النبيه» ٣٦٧/١٤.

وقيل : لا .

وقيل : إن قال أهل الخبرة : لا يولد له ؛ لم يلحقه ، وإلا فيلحقه^(١) ،
فهذا صريح في أن المسألة ذات ثلاثة أوجه .

وقال في أوائل هذا الباب : ومن سل خصيتاه وبقي ذكره كالفحل في
لحوق الولد على المذهب ، فتتقضي العدة منه بوضعه ، سواء فيه عدة
الطلاق والوفاة ، وفي وجه : لا يلحقه ، فلا تنقضي به العدة .

وفي آخر أنه^(٢) إن كان مسلول الخصية اليمنى لم يلحقه وإن بقيت
اليسرى ؛ لأنه يقال : إن الماء من الخصية اليمنى والشعر من اليسرى .
ونقل الروياني في «جمع الجوامع» أن أبا بكر بن الحداد كان فقد^(٣)
الخصية اليمنى فكان لا ينزل ، وكانت لحيته طويلة ، وهذا شيء لم
يعتمده الجمهور^(٤) . انتهى .

فقوله : (على المذهب) صريح في أن المسألة ذات طريقين أو طرق ،
لكن قوله بعد : وفي وجه .. إلى آخره يدل على أنها ذات أوجه ، والحق
أنه ينبغي أن يقال في هذه المسألة : على الأصح كما في اللعان من
«الروضة»^(٥) فإنه الأوفق لكلام الرافي^(٦) ، بل هو عينه .

قال : (وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى أَمْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ بَيَانٍ أَوْ تَعْيِينٍ فَإِنْ كَانَ لَمْ
يَطَأْ) أي : واحدة منهما / ١١١/ (اعْتَدَّتَا^(٧) لَوَفَاةٍ) لأن كل واحدة منهما

(١) «روضة الطالبين» ٣٥٧/٨ .

(٢) من الأصل . (٣) في الأصل : فاقد .

(٤) «روضة الطالبين» ٣٧٤/٨ . (٥) «روضة الطالبين» ٣٥٧/٨ .

(٦) «الشرح الكبير» ٤٠٩/٩ . (٧) في (ب) : أعتدا .

يحتمل أن تكون مفارقة بالموت كما يحتمل أن تكون مطلقة، فلا بد من الأخذ بالاحتياط.

قال: (وَكَذَا إِنْ وَطِئَ) أي: كلا منهما (وَهُمَا ذَوَاتَا أَشْهُرٍ أَوْ أَقْرَاءٍ، وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ) لما قلناه أيضًا.

قال: (فَإِنْ كَانَ بَائِنًا أَعْتَدْتُ كُلَّ وَاحِدَةٍ بِالْأَكْثَرِ مِنْ عِدَّةِ وَفَاةٍ وَثَلَاثَةِ مِنْ أَقْرَائِهَا) لأن كل واحدة قد وجبت عليها عدة واشتبهت عليها بعدة أخرى، فوجب أن يأتي بذلك ليخرج عما عليها بيقين، كمن أشكلت عليه صلاة من صلاتين يجب عليه أن يقضيها ليخرج عما عليه بيقين، كذا نظره في «الكفاية»^(١).

قال: (وَعِدَّةُ الْوَفَاةِ مِنَ الْمَوْتِ) أي: قطعًا (وَالْأَقْرَاءُ مِنَ الطَّلَاقِ) أي: على الأصح حتى لو مضى قرء من وقت الطلاق ثم مات الزوج فعليها الأقصى من عدة الوفاة، ومن قرأين من أقرائها.

والثاني: من حين الموت؛ لأنهما ينبهان^(٢) الزوجين إلى الموت. تنبيهان:

أحدهما: قول المصنف: (ومات قبل بيان أو تعيين) يعرفك أن المسألة مفروضة فيما إذا كان الطلاق معينًا في نفس الأمر، كما صرح به الماوردي وغيره، أو مبهمًا كما هو ظاهر إطلاق المصنف وغيره؛ لأن البيان لما وقع في نفس الأمر معينًا، والتعيين يكون لما وقع في نفس الأمر مبهمًا، وحكم المعين قد عرفته، وأما المبهم فإنه يبنى على

(١) «كفاية النبيه» ٥٤/١٥. (٢) في الأصل: يشبهان.

أنه لو عين هل يقع الطلاق من حين اللفظ أو من وقت التعيين؟ إن قلنا: من اللفظ فهو كما لو أراد معينة، وإن قلنا من التعيين، فوجهان: أحدهما أن عليهما الاعتداد بأقصى الأجلين أيضًا، لكن الأقراء تحسب من وقت الموت.

والثاني: أن كل واحدة تعد بعدة وفاة الثاني. تكلم الأصحاب في هذه المسألة ولم يتعرضوا لبيانها على أن الوارث هل يقوم مقام الموروث في البيان أم لا؟ كذا في «الكفاية» ثم قال: وكان لا يبعد بناؤهما عليه^(١).

فرع:

لو أسلم عن ثمان نسوة ومات قبل أن يختار، لزم كلا منهن الاعتداد بأقصى الأجلين وابتداء الأقراء من إسلامه لا من موته على الأصح. قال: (وَمَنْ غَابَ وَانْقَطَعَ خَبْرُهُ لَيْسَ لِرُزُوجَتِهِ نِكَاحٌ حَتَّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُهُ أَوْ طَلَاقُهُ) لقول علي رضي الله عنه: امرأة المفقود هي امرأة أبتليت فلتصبر ولا تنكح حتى يأتيها يعني: موته.

رواه الشافعي^(٢). قال: وبه نقول^(٣). ثم ذكر حديث الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء في الصلاة، قال: «لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»^(٤)، ثم قال: فيقين الطهارة لا يرفع إلا بيقين الحدث؛ فكذاك هذه

(١) «كفاية النيه» ١٥/٥٥.

(٢) ٦٣/٢ (٢٠٧) بلفظ: أنه قال في امرأة المفقود: أنها لا تتزوج. ورواه عبد الرزاق ٩٠/٧ والبيهقي ٤٤٦/٧ باللفظ المذكور.

(٣) ذكره البيهقي ٤٤٦/٧. (٤) رواه البخاري (١٣٧)، مسلم (٣٦١).

المرأة لها زوج ييقين، فلا تزيله إلا بيقين^(١). موت أو طلاق.
قلت: وإنما أستدللت بالأثر ولم أستدل بالحديث المرفوع الشهير في
البيهقي وغيره^(٢) المطابق له تبعاً لإمامي الشافعي، وأنه حديث منكر
١١١/ب لا كما أستدل به الرافعي^(٣)، ولأنه إذا لم يجر الحكم بموته في
قسمة ماله وعق أم ولده، فكذلك في زوجته.

قال: (وَفِي الْقَدِيمِ^(٤)^(٥) تَصْبِرُ أَرْبَعَ سِنِينَ ثُمَّ تَعْتَدُ) أي: عدة الوفاة؛
أتباعاً لعمر رضي الله عنه فإنه قضى به كما رواه الشافعي وغيره^(٦) واشتهر من غير
إنكار من الصحابة، وبأن للمرأة الخروج من النكاح بالجب والعنة لفوات
الاستمتاع، وبالإعسار بالنفقة؛ لفوات المال فلأن يجوز هنا وقد أجمع
الضرران من باب أولى، كذا علل به الأصحاب.

قال في «الكفاية»: ومقتضاه أن المرأة إذا لم تكن عادمة للنفقة لا يأتي
هذا القول، وقد صرح به بعضهم، وبعضهم طرده، وإن كانت واجدة
للفنقة^(٧).

(١) «الأم» ٢٢٠/٧.

(٢) رواه الدارقطني ٣/٣١٢، والبيهقي ٧/٤٤٥ حديث المغيرة بن شعبة: «امرأة
المفقود أمرأته حتى يأتيها الخبر» وعند البيهقي: «البيان».

(٣) «الشرح الكبير» ٩/٤٨٥.

(٤) ورد فوقها في الأصل: (مالك، أحمد).

(٥) أنظر: «الكافي في فقه أهل المدينة المالكي» (ص ٢٥٩)، «مسائل أبي داود»
(١١٧١)، «مسائل حرب» (ص ٢١٠).

(٦) «الأم» ٧/٢١٩، وأخرجه عبد الرزاق ٧/٨٦، والدارقطني ٣/٣١١، والبيهقي
٧/٤٤٥.

(٧) «كفاية النبيه» ١٥/٥٦.

قال الرافعي: وأنكر بعضهم هذا القديم^(١). وعن أبي حنيفة أنها تصبر حتى يبلغ عمر الزوج مائة وعشرين سنة (ثُمَّ تَعْتَدُ لَوَفَاةٍ وَتَنْكِحُ)^(٢).

ويقال: إن الرواية الصحيحة عنه مثل مذهبنا^(٣).

قال: (فَلَوْ حَكَمَ بِالْقَدِيمِ قَاضٍ نُقِضَ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ) لأن المجتهد لا يجوز له تقليد الصحابة (في)^(٤) الجديد.

قال في «الكفاية»: ونقل هذا عن النص^(٥). ولم يعلل الرافعي ولا ابن الرفعة مقابل هذا الوجه، ولعله مبني على أنه يجوز له التقليد.

قال: (وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ التَّرْبُصِ وَالْعِدَّةِ فَبَانَ مَيْتًا) أي: وقت الحكم بالفرقة (صَحَّ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ) إذ الفرقة والحالة هذه تحصل باطنًا قطعًا.

واعلم أن الرافعي في «المحرر» قال: إن هذا الخلاف مبني على الخلاف فيما إذا باع مال أبيه على ظن حياته فبان أنه كان^(٦) ميتًا^(٧). والأصح الصحة فصحه المصنف من غير تنبيه على البناء.

قال في «الكفاية»: وأصل الوجهين في وقت العقود القولان فيما إذا كانت عنده كتابة فاسدة، ثم أوصى به وهو يعتقد صحة الكتابة، ففي صحة

(١) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٨٥.

(٢) أنظر: «تحفة الفقهاء» ٣/ ٣٤٩.

(٣) السابق.

(٤) في الأصل: من.

(٥) «كفاية النبيه» ١٥/ ٥٨-٥٩.

(٦) ساقطة من الأصل.

(٧) «المحرر» (ص ٣٦٥).

الوصية قولان، كذا حكاه البندنجي، أما إذا بان أنه مات بعدما نكحت، فإن قلنا بحصول الفرقة باطنًا فهي زوجة الثاني، وإن قلنا بالجديد أو أنها لا تحصل باطنًا فعليها عدة الوفاة عن الأول، ولكن لا تشرع فيها حتى يموت الثاني، أو يفرق بينهما، وحينئذ^(١) فتعتد عن الأول، ثم تعتد عن الثاني بثلاثة أقراء أو أشهر^(٢).

قال: (وَيَجِبُ الْإِحْدَادُ عَلَى مُعْتَدَّةٍ وَفَاةٍ) لقوله عليه الصلاة والسلام: « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا » رواه مسلم من حديث عائشة وحفصة^(٣)، وهو البخاري من رواية أم حبيبة وزينب رضي الله عنهما^(٤)، كذا أستدل به الرافعي وغيره^(٥).

وقال مجلي: لا دلالة فيه على الوجوب؛ لأنه حرم الإحداد على الطلاق ثم أستثنى منه أربعة أشهر وعشرًا، والاستثناء من التحريم إباحة ١٢/ كما أن استثناء الثلاث من التحريم إباحة، قال الرافعي: لكن أجمعت الأمة على أنه أراد الوجوب، وأنه أستثنى الواجب من الحرام^(٦).

(١) ساقطة من (د). (٢) «كفاية النبيه» ٥٩/١٥.

(٣) «صحيح مسلم» (١٤٨٦).

(٤) «صحيح البخاري» (١٢٨٠)، «صحيح مسلم» (١٤٨٦).

(٥) «الشرح الكبير» ٤٩٢/٩، ذكر حديث عائشة وحفصة فقط، بالإضافة لحديث أم سلمة وأم عطية.

(٦) «الشرح الكبير» ٤٩٢/٩.

ولا فرق في وجوب الإحداد بين المسلمة والذمية إذا كان زوجها مسلماً أو ذمياً، ولا بين الحرة والأمة، ولا بين المكلفة والصبية والمجنونة، فإن قيل: الحديث خاص بالمؤمنة كما تقدم، وكذا ترجم عليه النسائي في «سننه»^(١).

قال في «الكفاية»: قيل: قد^(٢) ورد من غير هذه الرواية، فالاعتماد عليه، وأيضاً فإن هذا تعلق بدليل الخطاب، والمخالف لنا^(٣) في الذمية أبو حنيفة، وهو لا يقول به^(٤).

قال: (لَا رَجْعِيَّةٌ) لبقاء أحكام النكاح فيها وتوقع الرجعة، وهل يستحب؟ النص كما رواه أبو ثور: نعم، ومن الأصحاب من قال: الأولى أن تتجمل وتترين بما يدعو الزوج إلى رجعتها.

قال: (وَيُسْتَحَبُّ^(٥) لِبَائِنٍ) أي: بخلع أو أستيفاء عدد؛ لأنها معتدة عن طلاق فأشبهت الرجعية^(٦)، وأيضاً فهي محفوة^(٧) بالطلاق فلا يليق بها تكلف التفجع، بخلاف المتوفى عنها.

قال: (وَفِي قَوْلٍ يَحِبُّ^(٨)) لأنها بائن معتدة عن نكاح فأشبهت

(١) «سنن النسائي» ٦/٢٠١.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «كفاية النبيه» ١٥/٦٢.

(٥) ورد فوقها في الأصل، (ب): (مالك).

(٦) في الأصل: الرجعة.

(٧) في الأصل: محفورة.

(٨) ورد فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة).

المتوفى عنها، وهذا قديم، والأول جديد كما صرح به^(١) في «المحرر»^(٢)، فلو أتى به المصنف لكان أحسن. قال^(٤): المفسوخ نكاحها بعب ونحوه على القولين.

وقيل: لا تجب قطعاً^(٥)؛ لأن الفسخ لمعنى فيها أو هي المباشرة له، فلا يليق إظهار التفجع بحالها.
 فرع:

المعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد وأم الولد لا إحداث عليهن قطعاً؛ لعدم الزوجية.

قال الرافعي: وقد يستدل لتحريم الحداد على الموطوءة بشبهة وأم الولد بقوله ﷺ: « لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر .. » الحديث^(٦).

قال في «الكفاية»: وفي الاستدلال به على تحريمه على الموطوءة بشبهة نظر؛ لأن الحديث لا تعرض فيه لغير الميت^(٧).

قال: (وَهُوَ) أي: الإحداث (تَرُكُ لُبْسِ مَصْبُوغٍ لِزِينَةٍ وَإِنْ خُشِنَ) لقوله

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في (ب): الجديد.

(٣) «المحرر» (ص ٣٦٥).

(٤) في الأصل: فرع.

(٥) «روضة الطالبيين» ٨/ ٤٠٥.

(٦) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٩٣.

(٧) «كفاية النبيه» ١٥/ ٦٢.

العليه: « لا تحد المرأة فوق ثلاث إلا على زوج أربعة أشهر وعشرًا، ولا تلبس ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عصب، ولا تكتحل ولا تمس طيبًا إلا إذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار » متفق عليه من رواية أم عطية^(١). وفي أبي داود والنسائي بإسناد حسن عن أم سلمة مرفوعًا: « المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصر من الثياب ولا المشقة ولا الحلي، ولا تكتحل ولا تختضب^(٢) » ولا فرق بين اللين والخشن كما صرح به (المصنف، وهو نصه)^(٣) في « الأم »^(٤).

وفي قول: إن تفاحشت خشونته لا يحرم لأن لبسه ما يعد تزينًا. قال: (وَقِيلَ يَحِلُّ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ) أي: كالبرود لقوله عليه في حديث أم عطية السابق: « إلا ثوب عصب » والعصب هو الثوب المصبوغ غزله (ثم نسج).

قال الخطابي: وهذا أشبه بالحديث^(٥). والأظهر كما في « المحرر »^(٦) والأصح كما في « الروضة »^(٧) المنع كالمصبوغ^(٨) بعد النسج / ١٢ب / لحديث أم سلمة السابق: « لا تلبس المعصر من الثياب ولا المشقة »

(١) البخاري (٥٣٤٢)، مسلم (٩٣٨ / ٦٦).

(٢) أبو داود (٢٣٠٤)، النسائي ٢٠٣ / ٦.

(٣) في الأصل: (النص).

(٤) « الأم » ٢١٤ / ٥.

(٥) « معالم السنن » ٢٤٧ / ٣.

(٦) « المحرر » (ص ٣٦٥).

(٧) « روضة الطالبين » ٤٠٦ / ٨.

(٨) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

أي: المصبوغة بالمشق، وهو الطين الأحمر فأطلق من غير تفصيل.
وفي «الكفاية» أنه أجيب عن الأول بأنه قد جاء في الحديث: «ولا ثوبًا مصبوغًا إلا ثوب عصب»^(١) فتعارضوا وسقطت الدلالة، أو يحمل على ما يجوز لبسه من المصبوغ^(٢).

قلت: لكنها ليست بمحفوظة كما قاله الرافعي^(٣) فلا تعارض.
قال: (وَيُبَاحُ غَيْرُ مَصْبُوغٍ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَكَتَّانٍ) لأن نفاستها لأجل صنعتها لا من زينة دخلت عليها.

قال (وَكَذَا إِبْرَيْسَمٌ فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو الظاهر في «المحرر»^(٤)
وقول معظم الأصحاب كما في الشرحين^(٥)، بل يجوز لبس المنسوج منها على اللون الأصلي كما صرح به في «المحرر»^(٦).

والثاني: يحرم. واختاره الغزالي وجماعة؛ لأنه إنما حل لها للزينة، فالتحقت في حال الإحداد بالرجال^(٧)، فعلى هذا لا تلبس العتابي الذي أكثره إبريسم، ولها لبس الخز قطعًا.

وعبارة الإمام: لها لبسه إن لم يكن من حرير^(٨).

(١) سبق تخريجه.

(٢) «كفاية النبيه» ٦٧/١٥.

(٣) في الأصل: البيهقي. أنظر: «الشرح الكبير» ٤٩٤/٩.

(٤) «المحرر» (ص ٣٦٥).

(٥) «الشرح الكبير» ٤٩٣/٩.

(٦) «المحرر» (ص ٣٦٥).

(٧) «الوسيط» ١٥٠/٦.

(٨) «نهاية المطلب» ٢٤٨/١٥.

قال الروياني: وللرجل لبسه أيضًا^(١).

قال: (وَمَصْبُوعٌ لَا يُقْصَدُ لِزِينَةٍ) أي: بل^(٢) يعمل للمصيبة لاحتمال الوسخ كالأسود الكحلي؛ لأنه أبلغ في الحداد. بل في «الحاوي» وجه أنه يلزمها لبس السواد في الحداد^(٣).

فرع:

لو كان الصبغ مترددًا بين الزينة وغيرها كالأخضر والأزرق، فإن كان براقًا صافي اللون فحرام، وإن كان كدرًا فلا بأس؛ لأن المشبع من الأخضر يقارب السواد، ومن الأزرق يقارب الكحلي.

فرع:

الطراز على الثوب إن كان كثيرًا فهو حرام وإلا فثلاثة أوجه، ثالثها: إن نسج مع الثوب جاز وإن ركب عليه حرم؛ لأنه محض زينة. قال: (وَيَحْرُمُ حُلِيٌّ ذَهَبٌ وَفِضَّةٌ) لإطلاق الخبر السابق؛ حيث قال: «لا تلبس المعصفر من الثياب، ولا الممشقة ولا الحلي»^(٤) والحلي بفتح الحاء وإسكان اللام كل ما يتزين به من ذهب أو فضة أو جوهر. وقال الإمام^(٥): يجوز لها التختم بخاتم الفضة كالرجل. وههنا أمران:

أحدهما: أطلق المصنف حرمة الحلي المذكور، وليس كذلك، ففي «الشرح» و«الروضة» عن الروياني: قال بعض الأصحاب: لو كانت تلبس

(١) أنظر: «الشرح الكبير» ٤٩٣/٩.

(٢) ساقطة من (د). (٣) «الحاوي الكبير» ٢٨١/١١.

(٤) سبق تخريجه من حديث أم سلمة. (٥) «نهاية المطلب» ٢٥٢/١٥.

الحلي ليلاً وتنزعه نهاراً جاز، لكنه يكره لغير حاجة، ولو فعلته لإحرازه المال لم يكره^(١).

الثاني: تخصيصه التحريم بالذهب والفضة يوهم أنه لا يحرم غيرهما، وليس كذلك، ففي أصل «الروضة» قال -أعني الروياني- ولو تحلت بنحاس أو رصاص، فإن كان مموهاً بذهب أو فضة أو مشابهاً لهما بحيث لا يعرف إلا بتأمل أو لم يكن كذلك، ولكنها من قوم يتزينون بمثل ذلك فحرام، وإلا فحلال^(٢).

قال: (وَكَذَا لَوْلُو فِي الْأَصَحِّ) لأن الزينة ظاهرة منها، واعلم أن هذا الموضع من المواضع الذي جعل فيه تردد الإمام وجهاً^(٣)، فإن هذه المسألة لا يعرف فيها نقل للأصحاب /١١٣/ ألبتة، وإنما الموجود في «الشرح»^(٤) و«الروضة»^(٥) و«الكفاية»^(٦) أن ذلك أبداه الإمام تردداً، وهذا لفظ «الشرح»: وفي التحلي بالآلئ تردد للإمام؛ لأنها ليست كالذهب؛ ولذلك لم يحرم على الرجال، لكن الزينة ظاهرة فيها، وهذا أظهر، وهو ما جزم به في «الوجيز». ولفظ «الروضة»: وفي الآلئ تردد للإمام. وبالتحريم قطع الغزالي، وهو الأصح^(٧).

ولفظ «الكفاية» كلفظ «الشرح» سواء، لكن المصنف رحمه الله فهم

(١) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٩٤، «روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٦.

(٢) «روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٦ - ٤٠٧.

(٣) «نهاية المطلب» ١٥/ ٢٥٢. (٤) «الشرح الكبير» ٩/ ٤٩٤.

(٥) «روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٦. (٦) «كفاية النبيه» ١٥/ ٦٣ - ٦٤.

(٧) «الوجيز» ٢/ ١٠٤، «روضة الطالبين» ٨/ ٤٠٦.

من لفظ «المحرر» الأظهر^(١) ورود الخلاف فصرح به، ولا أعترض على «المحرر» فإنه لم يخص الأظهر بشيء.

قال: (وَطِيبْ فِي بَدَنٍ) أي: إلا في حال طهرها من الحيض لحديث أم عطية المتقدم^(٢).

قال: (وَتَوْبٍ وَطَعَامٍ وَكُحْلٍ) بالقياس لقيام المعنى.
 فرع:

الطيب المحرم هو ما حرم على المحرم، حتى أكل ما فيه طيب ظاهر.

قال: (وَإِذَا تَحَالَ بِإِثْمٍ) لحديثي أم عطية وأم سلمة^(٣) السابقين؛ ولأن فيه جملاً وزينة للعين وسواء البضاء والسوداء على الأصح؛ لإطلاق الحديث، وتخصيص المصنف التحريم بالإثم يومهم أنه لا يحرم غيره، وليس كذلك، بل الكحل الأصفر - وهو الصبر - يحرم على السوداء، وكذا البضاء على الأصح؛ لأنه يحسن العين وأما الكحل الأبيض كالتوتيا ونحوه فلا يحرم إذ لا زينة، وقيل: يحرم على البضاء حيث تتزين به، والأصح^(٤) الأول.



(١) «المحرر» (ص ٣٦٥).

(٢) متفق عليه، رواه البخاري (٥٣٤٢)، ومسلم (٩٣٨ / ٦٦).

(٣) رواه أبو داود (٢٣٠٤)، والنسائي ٢٠٣ / ٦.

(٤) في الأصل: والصحيح.

قال: (إِلَّا لِحَاجَةٍ كَرَمَدٍ) أي: فيرخص فيه بحسب الحاجة (كما صرح به في «المحرر»^(١)، ومعنى الحاجة)^(٢) أن تكتحل به ليلاً، وتمسحه نهاراً، فإن دعت ضرورة إلى الاستعمال نهاراً أيضاً جاز، والأصل في ذلك حديث أم سلمة أنها كانت حادثة على أبي سلمة، (وجعلت على عينها صبراً، فدخل عليها النبي ﷺ فقال: «ما هذا يا أم سلمة؟»)^(٣) فقالت: هو صبر لا طيب فيه.

قال: «اجعليه بالليل وامسحيه بالنهار» رواه أبو داود واللفظ له^(٤)، والنسائي^(٥)، قال البيهقي: إسناده موصول^(٦). وقال عبد الحق: إسناده لا يعرف^(٧).

قلت: لكن ثم حديث إسناده صحيح كما قال عبد الحق في «أحكامه الكبرى» يدل على عدم الجواز مطلقاً، وهو ما رواه قاسم بن أصبغ من حديث زينب بنت أم سلمة أن أبنه النحام توفي عنها زوجها، فأتت أمها النبي ﷺ فقالت: إن أبنتي تشتكي عينها أفأكحلها؟ [قال: «لا»]^(٨) قالت: إني أخشى أن تنفق عينها. قال: «لا وإن أنفقت»^(٩) وتبعته

(١) «المحرر» (ص ٣٦٥ - ٣٦٦).

(٢) ، (٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٤) «سنن أبي داود» (٢٣٠٥).

(٥) «سنن النسائي» ٦/٢٠٤.

(٦) «السنن الكبرى» ٧/٤٤٠ - ٤٤١.

(٧) «الأحكام الوسطي» ٣/٢٢٣.

(٨) ساقطة من الأصل.

(٩) أنظر: «الأحكام الوسطي» ٣/٢٢٣.

أنا في الاستدلال بالأول صاحب «المهذب»^(١) و«الوسيط»^(٢) وفيه^(٣) وقفة بينها في تخريج أحاديثهما.

فرع:

يجوز استعمال الإثم (في غير العين)^(٤) إلا الحاجب فإنه يتزين به فيه، وهذا يفهم من تخصيص المصنف تحريمه بالاكتحال. قال: (وَإِسْفِيزَاجٌ وَدَمَامٌ، وَخِضَابٌ حِنَاءٌ، وَنَحْوُهُ) أي: ويحرم عليها أيضًا استعمال الإسفيزاج والدمام، وهو ما يطلّ به الوجه للتحسين، ويقال: هو الكَلْكُون الذي يحمر الوجه، وكذا الاختضاب بالحناء، وهذا أطلق المصنف تحريمه تبعًا «للمحرر»^(٥) وفي «الشرح»^(٦) و«الروضة»^(٧) عن الروياني تقييده فيما يبين من البدن كالوجه واليدين والرجلين، أما ما تحت الثياب فلا منع منه.

وفي ابن يونس التصريح بتحريمه في جميع بدنها وقد يقال: إن مراد المصنف الأول إذا قيده بالاختضاب، والعادة جارية به في اليدين والرجلين، وكذا الوجه في الإحرام، ولفقد المعنى أيضًا.



(١) «المهذب» ١٤٩/٢.

(٢) «الوسيط» ١٥١/٦.

(٣) ، (٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «المحرر» (ص ٣٦٦).

(٦) «الشرح الكبير» ٤٩٦/٩.

(٧) «روضة الطالبين» ٤٠٧/٨.

فائدة:

الإسفيداج لم أر أحداً من أهل اللغة ولا من ألف في المعرب ذكره، والظاهر أنه مولد، وهو معروف من الرصاص، قاله الأطباء، ورأيت بخط المصنف في الأصل بكسر الفاء، وعلى ذلك علامة التصحيح وأعجم الذال.

والدُّمام بضم الدال وكسرهما كما ضبطه بخطه أيضاً، تقدم بيانه واقتصر الأزهري^(١) وصاحب «المحكم» على الضم^(٢). وقالوا: هو أن يطلّى ظاهر العين.

قال: (وَيَحِلُّ تَجْمِيلُ فِرَاشٍ وَأَثَاثٍ) لأن الإحداد في البدن لا في الفرش.

قال: (وَتَنْظِيفُ بَغْسِلِ رَأْسٍ وَقَلَمٍ وَإِزَالَةُ وَسَخٍ) لأن ذلك ليس من الزينة.

قال: (قُلْتُ: وَيَحِلُّ أَمْتِشَاطٌ وَحَمَامٌ إِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهِ خُرُوجٌ مُحَرَّمٌ) لما قلناه أيضاً. وفي النسائي من حديث أم عطية: «ولا تمتشط»^(٣) وإسنادها على شرط الشيخين خلا شيخ النسائي فإنه صدوق كما قال أبو حاتم^(٤)، فيحتاج إلى الجواب عنها، وقد حملت على المشط المطيب.

(١) ورد في حاشية الأصل: كلام الأزهري يقال للمرأة إذا طلّت حول عينها بصبر أو زعفران: قد دمت عينها تدمها، وكذلك إذا طلّت موصولة على العين، وقيل غير هذا.

(٢) «تهذيب اللغة» ١٢٢٩/٢، «الزاهر» ص ٤٦٤، «المحكم» ١٢/١٠.

(٣) «سنن النسائي» ٢٠٢/٦.

(٤) «الجرح والتعديل» ٦٤/٣، وشيخ النسائي أسمه: الحسين بن محمد بن أيوب الذراع.

وأراد المصنف بقوله: (إن لم يكن فيه خروج محرم) كل موضع لا يجوز لها الخروج لا لحاجة ولا لضرورة كما سيأتي في الفصل بعده.
 قال: (وَلَوْ تَرَكْتَ الْإِحْدَادَ عَصْتَ) لتركها الواجب.
 قال: (وَأَنْقَضَتِ الْعِدَّةُ كَمَا لَوْ فَارَقْتَ الْمَسْكَنَ) أي: فإنها تعصي وتنقضي العدة.

قال: (وَلَوْ بَلَغَتْهَا الْوَفَاةُ بَعْدَ الْمُدَّةِ كَانَتْ مُنْقَضِيَةً) لقول علي عليه السلام:
 العدة من يوم يموت أو يطلق. رواه البيهقي عنه. قال: والأشهر عنه أنها
 تعتد من يوم يأتيها الخبر^(١).
 قال: (وَلَهَا إِحْدَادٌ عَلَى غَيْرِ زَوْجٍ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ) للحديث المتقدم أول
 الإحداد.

قال: (وَتَحْرُمُ الزِّيَادَةُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) للحديث المذكور، وتحريم الزيادة
 على الثلاث بشروط: أن يكون الترك فيه لأجل الإحداد، فإن تركت
 التطيب مثلاً بلا قصد لم يحرم كما ذكره المصنف في أصل «الروضة»
 في أوائل باب الشقاق حيث قال: الطيب ونحوه إذا تركه الإنسان بلا
 قصد لا يأثم، ولو قصد بتركه الإحداد أثم^(٢).

وفي «مراسيل أبي داود» حديث غريب أخرجه من حديث جرير بن
 حازم، عن عمرو بن شعيب أن رسول الله ﷺ رخص للمرأة أن تحد
 على زوجها / ١٤ / حتى تنقضي عدتها، وعلى أبنها سبعة أيام، وعلى
 من سواهما (ثلاثة أيام)^{(٣)(٤)}.

(١) «السنن الكبرى» ٤٢٥ / ٧. (٢) «روضة الطالبين» ٣٦٧ / ٧.

(٣) ساقطة من الأصل. (٤) «مراسيل أبي داود» ص ٢٩٥ (٤٠٩).

(فَضْلُ)

(تَجِبُ سُكْنَى لِمُعْتَدَّةٍ طَلَاقٍ وَلَوْ بِأَيِّ) لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١] وقوله: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] وسواء كانت حائلاً أو حاملاً كما أطلقه الرافعي^(١)، والماوردي^(٢) والإمام حكياً خلافاً في إيجاب السكنى حيث تجب النفقة. قال الإمام: والأظهر الوجوب، والسكنى أولى بالثبوت من النفقة^(٣). وعن أحمد أنه لا سكنى للثانية^(٤).

قال: (إِلَّا نَاشِئَةً) لأنها لا تستحق النفقة والسكنى في صلب النكاح لتعديها^(٥)، فبعد البيونة^(٦) أولى. وقال الإمام: إذا طلقت في مسكن النكاح فعليها ملازمته^(٧)؛ لحق الشرع، فإن أطاعت أستحقت السكنى. قال: (وَلِمُعْتَدَّةٍ^(٨) وَفَاءٍ فِي الْأَظْهَرِ) أي: وهو ما رجحه الأكثرون كما في «المحرر»^(٩) لأمره عليه السلام ثانياً فريضة بنت مالك لما قتل زوجها أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله.

(١) «الشرح الكبير» ٤٩٧/٩.

(٢) «الحاوي الكبير» ٢٤٨/١١.

(٣) «نهاية المطلب» ٢١٣/١٥.

(٤) أي: في الرواية الثانية، انظر: «المغني» ٤٠٣/١١.

(٥) من الأصل.

(٦) في الأصل: النكاح.

(٧) «نهاية المطلب» ٢١٧/١٥.

(٨) ورد فوقها في الأصل، (ب): (مالك، أحمد).

(٩) «المحرر» (٣٦٦).

قالت: فاعتدلت فيه أربعة أشهر وعشرًا. رواه الأربعة. وقال الترمذي: حديث^(١) حسن صحيح^(٢).
والثاني^(٣): لا تستحق السكنى؛ لأنه لا نفقة لها. قال هذا القائل: وقوله عليه السلام: «امكثي في بيتك» ندب إلى الاعتداد فيه. وقوله الأول بيان أنه لا سكنى لها.

قال: (وَفَسَخُ) أي: سواء كان بردة أو إسلام، أو رضاع، أو عيب (عَلَى الْمَذْهَبِ) لأنها معتدة عن نكاح بفرقة في الحياة فكانت كالمطلقة. وثانيها: إن كان لها مدخل (في ارتفاع النكاح بأن فسخت بخيار العتق أو بعيب الزوج، أو فسخ بعيبها فلا سكنى قطعًا، وإن لم يكن بأن أنفسخ بإسلامه أو رده أو رضاع أجنبي ففي استحقاق السكنى القولان.

وثالثها: إن كان لها مدخل فلا سكنى وإلا فنعم.
ورابعها: إن كانت الفرقة بعيب أو غرور^(٤) فلا سكنى وإن كانت برضاع أو مصاهرة أو خيار عتق فلها السكنى على الأصح.
والخامس: أنها على قولين كالمعتدة عن الوفاة، وقد تقدم في باب الخيار التنبيه على تناقض الرافعي والمصنف في هذه المسألة، فراجع.



(١) من الأصل.

(٢) أبو داود (٢٣٠٠)، الترمذي (١٢٠٤)، النسائي ٦/٢٠٠، ابن ماجه (٢٠٣١).

(٣) فوقها في الأصل (ب): (أبو حنيفة).

(٤) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

فرع:

نقل الروياني عن «فتاوى القفال» أن المعتدة لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج لم يصح الإسقاط؛ لأن السكنى تجب يوماً فيوماً، ولا يصح إسقاط ما لم يجب.

قال: (وَتَسْكُنُ فِي مَسْكَنِ كَانَتْ فِيهِ عِنْدَ الْفُرْقَةِ) أي: إذا كان يليق بها حال الطلاق وأمكن بقاؤها فيه؛ لكونه ملكاً للزوج أو مستأجراً معه أو مستعاراً؛ لقوله تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦] مع حديث فريعة السابق، فإنه عليه السلام أمرها^(١) أن تمكث في بيتها حتى يبلغ الكتاب أجله.

قال: (وَلَيْسَ لِلزَّوْجِ وَغَيْرِهِ إِخْرَاجُهَا، وَلَا لَهَا خُرُوجٌ) لقوله تعالى: ﴿لَا تَخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخْرُجْنَ﴾ [الطلاق: ١] / ١٤١/ نعم لو كان الطلاق رجعيًا ففي «الحاوي»^(٢) و«المهذب» أن للزوج أن يسكنها حيث شاء^(٣)؛ لأنها في حكم الزوجات. وفي «النهاية»^(٤) أنها في ذلك كالبائن، وهو نصه في «الأم»^(٥) كما أفاده صاحب «المطلب» ومقتضى إطلاق المصنف وغيره.

قال: (قُلْتُ: وَلَهَا الْخُرُوجُ فِي عِدَّةٍ وَفَاقَةٍ، وَكَذَا بَائِنٌ فِي النَّهَارِ لِشِرَاءِ طَعَامٍ وَغَزْلٍ وَنَحْوِهِ) دفعًا لحاجتها.

(١) في (ب): أمر.

(٢) «الحاوي الكبير» ٢٤٩/١١.

(٣) «المهذب» ١٤٦/٢.

(٤) «نهاية المطلب» ١٠٧/٤.

(٥) «الأم» ٢٠٩/٥.

قال: (وَكَذَا لَيْلًا إِلَى دَارِ جَارَةٍ لَغَزْلٍ وَحَدِيثٍ وَنَحْوِهِمَا بِشَرَطٍ أَنْ تَرْجَعَ وَتَبِيتَ فِي بَيْتِهَا) أما في المتوفى عنها زوجها فتمسك الأصحاب لها بحديث رواه مجاهد، وهو مرسل^(١)، وفي البائن بالقياس عليها. وفي مسلم من حديث جابر أنه قال: طلقت خالتي ثلاثاً فأرادت أن تَجِدَ نخلها، فزجرها رجل أن تخرج، فأتت النبي ﷺ (فقال: «بلى»)^(٢) فجدي نخلك فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفًا^(٣).

قال الشافعي: ونخل الأنصار قريب من منازلهم، والجداد لا يكون إلا نهاراً^(٤).

وفي البائن قول^(٥) قديم أنه ليس لها الخروج؛ لعموم الآية، وتنصيب المصنف رحمه الله على المعتدة عن الوفاة والبينونة مخرج للرجعية، فإنه لا يجوز لها الخروج إلا بإذنه؛ لأنها زوجته فعليه القيام بكفائتها.

قال: (وَتَنْتَقِلُ مِنَ الْمَسْكَنِ لِخَوْفٍ مِنْ هَدْمٍ أَوْ غَرَقٍ أَوْ عَلَى نَفْسِهَا) أي: من اللصوص أو من قوم فسقة؛ لأجل هذه الضرورة، وسواء في ذلك عدة الوفاة والطلاق كما اقتضاه صريح^(٦) كلام المصنف.

(١) رواه الشافعي في «الأم» ٢١٧/٥، وعبد الرزاق ٣٦/٧ (١٢٠٧٧)، والبيهقي ٤٣٦/٧، عن مجاهد قال: أستمهد رجال يوم أحد، فأم نساؤهم وكن متجاورات في دار، فجئن النبي ﷺ فقلن: يا رسول الله، إنا نستوحش بالليل، أفنبيت عند إحدانا فإذا أصبحنا تبددنا إلى بيوتنا، فقال النبي ﷺ: «تحدثن عند إحداكن ما بدا لكن، فإذا أردتن النوم فلتؤب كل امرأة منكن إلى بيتها».

(٢) في الأصل: (فذكرت ذلك له فقال: «اخرجي...»).

(٣) مسلم (١٤٨٣). (٤) «الأم» ٢١٧/٥.

(٥) ورد فوقها في (ب): (أبو حنيفة). (٦) من (ب).

قال: (أَوْ تَأَذَّتْ بِالْجِرَانِ، أَوْ هُمْ بِهَا أَدَى شَدِيدًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لقوله تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [الطلاق: ١] والفاحشة مفسرة بالبذاءة إما على الأحماء أو غيرهم كما قاله ابن عباس^(١) وغيره، وإضافة البيوت إليهن من جهة أنها سكناهن.

قال: (وَلَوْ أُنْتَقَلَتْ إِلَى مَسْكَنِ بِإِذْنِ الزَّوْجِ فَوَجَبَتْ الْعِدَّةُ قَبْلَ وُصُولِهَا إِلَيْهِ أَعْتَدَتْ فِيهِ عَلَى النَّصِّ) أي: في «الأم»^(٢) وهو الأظهر في «المحرر»^(٣) لأنها مأمورة بالمقام فيه ممنوعة من الأول، ومقابل هذا النص ثلاثة أوجه:

أحدها: أنها تعتد في الأول؛ لأنها لم تحصل قبل الفراق في مسكن آخر.

والثاني: تعتد في أقربهما إليها.

والثالث: تتخير بينهما؛ لأنها غير مستقرة في واحد منهما، ولها تعلق بكل واحد منهما، والاعتبار بالانتقال بيدنها لا بالأمتعة والخدم وعكسه أبو حنيفة.

قال: (أَوْ بَغَيْرِ إِذْنٍ فَفِي الْأَوَّلِ) لعصيانها بذلك ووجوب العود إلى الأول.

قال: (وَكَذَا لَوْ أَذِنَ ثُمَّ وَجَبَتْ) أي: العدة (قَبْلَ الْخُرُوجِ) لأنه المنزل الذي وجبت فيه العدة.

(١) رواه الشافعي في «مسنده» ١٨٥/٢ (٦٥٥)، وفي «الأم» ٢١٧/٥، والطبري في «تفسيره» ١٢٦/١٢ (٣٤٢٥٧)، والبيهقي ٤٣١/٧.

(٢) «الأم» ٢٠٩/٥. (٣) «المحرر» (ص ٣٦٦).

قال: (وَلَوْ أُذِنَ فِي الْإِنْتِقَالِ إِلَى بَلَدٍ فَكَمَسَكْنِ) أي: إذا أذن لها في الانتقال من بلد إلى بلد ثم وجبت العدة فالحكم كما ذكرناه في الانتقال / ١٥ من مسكن إلى مسكن، فإن وجد سبب الفراق بعد الانتقال إلى بلد الثاني أعتدت فيه، وإن كان في الطريق فعلى الأوجه الأربعة المتقدمة. وفي «المطلب» عن ابن داود حكاية وجه خامس عن ابن أبي هريرة أن عليها الرجوع إلى الأول إذا لم تكن بلغت مسافة القصر.

قال: (أَوْ فِي سَفَرٍ حَجٍّ أَوْ تِجَارَةٍ ثُمَّ وَجِبَتْ فِي الطَّرِيقِ فَلَهَا الرُّجُوعُ وَالْمُضِيِّ) لأن في قطعها عن السفر مشقة لا سيما إذا بعدت عن البلد، وخافت الانقطاع عن الرفقة.

وفي وجه أنه إن حصل قبل قطع مسافة يوم وليلة فلها الانصراف.

قال: (فَإِنْ مَضَتْ أَقَامَتْ لِقَضَاءِ حَاجَتِهَا) أي: من غير زيادة عليه، (ثُمَّ يَجِبُ الرُّجُوعُ لِتَعَتُّدِ الْبَقِيَّةِ فِي الْمَسْكَنِ) عملاً بحسب الحاجة فيها، وهنا أمور:

أحدها: أحترز المصنف رحمه الله بسفر الحج والتجارة عن سفر النزهة، فإنه إن لم يقدر مدة فإنها لا تزيد على مدة المسافرين وإن قدرها فلها أستيفائها على أصح القولين كما في سفر الحاجة، (هذا إذا حدث ما يوجب العدة بعد بلوغها المقصد، فإن حدث قبله فيجب، قلنا في سفر الحاجة)^(١): يجب الانصراف فهنا أولى، وحيث قلنا: لا تجب. فهنا وجهان، وقطع البغوي^(٢) بأنه كسفر الحاجة وسفر الزيارة كسفر النزهة على ظاهر النص.

(١) ساقط من الأصل.

(٢) «التهذيب» ٦/ ٢٥٩.

وقيل: كسفر الحاجة.

الثاني: أطلق المصنف الحج تبعاً لـ «المحرر»^(١) وقيده في «الذخائر» بحج الفرض، لكن في المسألة الآتية إذا طلقها قبل أن تفارق البلد كما سيأتي.

الثالث: قوله: (ثم وجبت في الطريق) أحترز به عما إذا حدثت قبل الخروج من المسكن فإنها لا تخرج قطعاً، أو قبل مفارقة العمران، فإن الأصح عند الأكثرين وجوب العود إلى المسكن؛ لأنها لم تشرع في السفر. الثاني: يتخير. الثالث: إن كان سفر حج لم يلزمها العود أو غيره لزمها، وقيده في «الذخائر» بحج الفرض، وهذا الوجه الثالث أستغربه الرافعي^(٢)، والعجب أن إمامنا الشافعي أقصر عليه في «الأم»^(٣) كما أفاده صاحب «المطلب».

الرابع: قوله: (أو في سفر حج) هو معطوف على قوله: (ولو أذن في الانتقال) ويحترز بذلك عما إذا خرجت مع الزوج ثم طلقها أو مات عنها، فإنه يلزمها الانصراف، ولا تقيم^(٤) أكثر من مدة المسافرين إلا إذا كان الطريق مخوفاً أو لم تجد رفقة، وهذا إذا كان سفره لغرضه واستصحبها ليستمتع بها، فإن كان لغرضها فليكن الحكم كما لو أذن لها فخرجت. قال الرافعي: وفي لفظ «المختصر» ما يشعر بهذا^(٥).

الخامس: لو أنقضت حاجتها في مسألة الكتاب قبل ثلاثة أيام،

(١) «المحرر» (ص ٣٦٦). (٢) «الشرح الكبير» ٩/ ٥٠٢.

(٣) «الأم» ٥/ ٢١٠. (٤) في (ب): يقسم.

(٥) «الشرح الكبير» ٩/ ٥٠٤، وانظر: «مختصر المزني» ٥/ ٣٢.

فصريح كلام الكتاب أنه ليس لها الإقامة^(١) تمام الثلاث، وهو ما صححه المصنف في «الروضة» وقال: قطع به جماعة^(٢).

وفي «تعليق القاضي حسين» و«التهذيب»^(٣) و«الوسيط»^(٤) أن لها ذلك^(٥)، وغلط الروياني قائله (وقال: ولا)^(٦) ينتهي سفرها بقضاء الحاجة^(٧).

قال: (وَلَوْ خَرَجْتُ إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَأْلُوفَةِ فَطَلَّقَ وَقَالَ: مَا أَذْنْتُ فِي الْخُرُوجِ صُدَّقَ بِيَمِينِهِ) لأن الأصل عدم / ١٥ب / الإذن وفيه احتمال للإمام^(٨) أنها المصدقة.

قال: (وَلَوْ قَالَتْ: نَقَلْتَنِي. فَقَالَ: بَلْ أَذْنْتُ لِحَاجَةِ صُدَّقَ بِيَمِينِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ) أي: وهو الأشبه عند عامة الأصحاب كما في «المحرر»^(٩).

وأعلم أن هذه المسألة ذات نص مختلف وطرق منتشرة أنتشاراً كبيراً، وحاصلها تصديق الزوج إذا اختلف الزوجان كما صححه المصنف وتصديقها إذا اختلفت هي ووارث الزوج، والفرق أن كونها في المنزل الثاني يشهد لصدقها، ويرجح جانبها على جانب الورثة، ولا يرجح على^(١٠) جانب الزوج، لتعلق الحق بهما، والوارث أجنبي عنهما.

(٢) «روضة الطالبين» ٤١١/٨.

(٤) «الوسيط» ١٦٠/٦.

(٦) ساقطة من الأصل.

(٨) «نهاية المطالب» ٢٤١/١٥.

(١٠) من (ب).

(١) في الأصل: إقامة.

(٣) «التهذيب» ٢٥٩/٦.

(٥) ساقطة من الأصل.

(٧) ساقطة من (ب).

(٩) «المحرر» (ص ٣٦٦).

وحكى الغزالي^(١) النص كذلك قال في «الشرح الصغير» ونقل الأكثرون النص على العكس في الأولى تصديق^(٢) الزوجة وفي الثانية الوارث.

والطريق الثاني: أن فيهما قولين بالنقل والتخريج، وجه تصديق الزوج والوراث أن الأصل عدم الإذن والانتقال للنقلة، ولأنهما لو اختلفا في أصل الإذن صدق الزوج أو الوارث، وكذلك إذا اختلفا في كيفية.

ووجه تصديق الزوجة أنها في الحال في المنزل الثاني، والأصل الاستمرار والاستقرار.

والثالث: إن اتفقا على إذن في الخروج مطلقا، وقال الزوج: أردت النزهة أو قال ذلك وارثه، وقالت: بل أردت النقلة فالقول قولها، وإن قال: قلت: أخرجني للنزهة، أو قال كذلك وارثه، وقالت: بل قلت^(٣) أخرجني للنقلة، فالقول قول الزوج ووارثه.

والرابع: (إن تحول)^(٤) الزوج معها إلى المنزل الثاني فهي المصدقة عليه وعلى وارثه، وإن انفردت بالتحول صدقا عليها.

والخامس: وعليه اقتصر الماوردي^(٥) القطع بأن القول قولها مطلقا؛

(١) «الوسيط» ١٦١/٦.

(٢) في الأصل: (تصدق).

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) في الأصل: (أن يتحول).

(٥) «الحاوي الكبير» ٢٦٦/١١.

لأنها تدعي سفرًا واحدًا ومنازعها يدعي سفرين، والأصل عدم الإذن في الثاني.

قال: (وَمَنْزِلٌ بَدْوِيَّةٌ وَبَيْتُهَا مِنْ شَعْرِ كَمَنْزِلِ حَضْرِيَّةٍ) أي: فإذا لزمها العدة فيه فعليها ملازمته، فإن كان أهلها نازلين على ما لا ينتقلون عنه ولا يظعنون إلا لحاجة فهي كالحضرية من كل وجه، وإن كانت من حي ينتقلون عنه شتاءً وصيفًا، فإن أرتحلوا جميعًا أرتحلت معهم للضرورة، وإن أرتحل بعضهم نظر إن كان أهلها ممن لم يرتحل وفي المقيمين قوة وعدد فليس لها الارتحال، وإن كان أهلها ممن يرتحل^(١) وفي الباقيين قوة وعدد فوجهان:

أحدهما: ليس لها الارتحال بل تعتد هناك لتيسره.

وأصحهما: تتخير بين أن تقيم وبين أن ترحل؛ لأن مفارقة الأهل عسرة موحشة.

قال: (وإذا كان المسكن له ويليق بها تعين) لما قدمناه في أوائل الفصل.

قال: (وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ) أي: ما لم تنقض العدة إن كانت تعتد بالأقراء أو الحمل؛ لجهالة المدة، وإن كانت لها فيهما ١١٦/ عادة فلا يبعد أن تتغير. قال: (إِلَّا فِي عِدَّةٍ [ذَاتِ] ^(٢) أَشْهُرٍ فَكُمُتَأَجَّرٍ) اللهم إلا إذا كانت تعتد بالأشهر، فإن بيعها يخرج على القولين في بيع الدار المستأجرة؛ لتعلق حق الغير بمنافعها مدة معلومة.

(٢) زيادة من «المنهاج».

(١) في (ب): يرحل.

قال: (وَقِيلَ: بَاطِلٌ) فإنها لا تملك المنفعة.

قال الرافعي: والأول أشهر الطريقتين^(١)، وكذا عبارة «المحرر» فالأشهر أنه على الخلاف في بيع المستأجر^(٢). وظهر لك بهذا أن قول المصنف: (وقيل) من باب إطلاق الوجه وإرادة الطريقة كما سلف في الخطبة التنبيه عليه، وسواء الآيسة وغيرها على الأصح، وقيل: إن كانت آيسة جاز؛ لعدم توقع الحيض، أو صغيرة بنت تسع أو أكثر فلا. قال: (أَوْ مُسْتَعَارًا لَزِمَتْهَا فِيهِ) أي: وليس للزوج نقلها وقيل: له نقلها في البلد الذي لا يعتاد فيه إعارة المنزل؛ كيلا تلحقه منة.

قال: (فَإِنْ رَجَعَ الْمُعِيرُ وَلَمْ يَرْضَ بِأُجْرَةٍ نُقِلَتْ) لأجل الضرورة. قال: (وَكَذَا مُسْتَأْجَرٌ أَنْقَضَتْ مُدَّتُهُ) أي: فإنها تنتقل منه إن لم يحدد المالك إجارته، وينبغي أن يتحرى أقرب المواضع إلى الموضع الذي طلقت فيه.

قال: (أَوْ لَهَا) أي: إن^(٣) كان المسكن لها (اسْتَمَرَّتْ وَطَلَبَتْ الْأُجْرَةَ) لأن السكنى عليه، وكلام المصنف تبعاً لـ «المحرر»^(٤) يوهم أنه يجب عليها أن تستمر، وهو ما صرح به صاحب «المهذب»^(٥) و«التهذيب»^(٦) والأصح كما في أصل «الروضة» أنها إن رضيت بالإقامة فيه بأجرة أو إعارة جاز، وهو الأولى، وإن طلبت نقلها فلها ذلك؛ إذ ليس عليها

(١) «الشرح الكبير» ٥١٥/٩.

(٢) «المحرر» (ص ٣٦٧). (٣) من الأصل.

(٤) «المحرر» (ص ٣٦٧). (٥) «المهذب» ١٤٧/٢.

(٦) «التهذيب» ٢٥٦/٦.

بذل منزلها بإعارة ولا إجارة^(١).

فرع:

هذا كله إذا طلبت الأجرة، أما إذا سكنت ولم تطلب فمضت مدة فالنص أن حقها يسقط بالسكوت، والنص في الزوجة إذا زفت إلى زوجها فأنفقت على نفسها من مالها ولم تطالبه بالنفقة (إلى)^(٢) الاستقرار، فمن الأصحاب من نقل وخرج وقال: فيها قولان، والأكثر كما قال ابن الصباغ على تقرير النصين، وفرقوا بوجهين:

أحدهما: أن نفقة الزوجة^(٣) تجب بالتمكين وقد حصل، والمسكن يجب على الزوج ليحصن مائه ويحفظه، فإذا سكنت حيث شاءت لم يجب عليه أجرة المسكن، لأنه لم يوجد سبب وجوبه.

والثاني: أن نفقة الزوجة تجب على سبيل المعاوضة، فلم تسقط بمضي الزمان، وهذا يجب لا على سبيل المعاوضة، وإنما يثبت لحق الله تعالى.

قال: (فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ النِّكَاحِ نَفِيسًا فَلَهُ النَّقْلُ إِلَى اللَّائِقِ بِهَا) لأن ذلك هو حق^(٤) المستحق.

قال: (أَوْ خَسِيسًا، فَلَهَا الِامْتِنَاعُ) لأن ذلك حق لها، ورعاية الأقرب في مسكن النكاح واجبة، هذا ظاهر كلامهم، واستبعده الغزالي ورأى رده إلى الاستحباب^(٥).

(١) «روضة الطالبين» ٨/ ٤٢٠.

(٢) ساقطة من الأصل. (٣) في (ب): الزوج.

(٤) من الأصل. (٥) «الوسيط» ٦/ ١٥٨.

قال: (وَلَيْسَ لَهُ مُسَاكِنَتُهَا وَمُدَاخَلَتُهَا) لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِضَيِّقُوهُنَّ عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وأراد بذلك في المسكن، وفي (سكناء معها إضرارها)^(١)، ولأنه يؤدي إلى الخلوة بها، (وخلوته بها)^(٢) كخلوته بالأجنبية، وقد أشتهر عن رسول الله ﷺ /١٦ب/ أنه قال: « لا يخلون رجل بامرأة، فإن ثالثهما الشيطان »^(٣).

قال: (فَإِنْ كَانَ فِي الدَّارِ مَحْرَمٌ لَهَا مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ أَوْ لَهُ أَنْثَى أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ أَمَةٌ، (أَوْ امْرَأَةٌ أَجْنَبِيَّةٌ)^(٤) جَازَ) لانتفاء المحذور، لكنه مكروه؛ لاحتمال أن تقع عينه عليها ولا عبرة بالمجنون والضعيف الذي لا يميز.

وههنا أمور:

أحدها: قول المصنف (مميز) ظاهره أنه يكفي التمييز، ولا يشترط البلوغ، وقد نقل هو في «الروضة»^(٥) تبعاً للرافعي أن الشافعي أشرطه. قال القاضي أبو الطيب: لأن من لا يبلغ لا تكليف عليه، فلا يلزمه إنكار الفاحشة.

وقال الشيخ الصالح^(٦) أبو حامد: يكفي عندي حضور المراهق^(٧).

(١) في الأصل: (مسكنها معه إضرار بها).

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) رواه الشافعي ١٨٧/٢ (٦٦٥)، والترمذي (٢١٦٥)، وأحمد ١٨/١. وقال الترمذي: حسن صحيح غريب.

(٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «روضة الطالبين» ٤١٨/٨.

(٦) من (ب). (٧) «الشرح الكبير» ٥١٣/٩.

ورآه الإمام أظهر^(١).

ثانيها: قوله: (ذكر) يعطي أنه لا يكفي أختها ولا عمتها ولا خالتها، وقد صحح هو في أصل «الروضة» أنه يكفي حضور المرأة الواحدة الثقة، وقال: الحكاية عن الأصحاب أنه يجوز أن يخلو رجل بامرأتين ثقتين فأكثر لا بواحدة وإن كان معه رجل آخر؛ لأن المرأة تستحي من المرأة فوق ما يستحي الرجل من الرجل^(٢).

قال المصنف: ولم أر^(٣) لأصحابنا كلامًا في جواز الخلوة بالأمرء، والقياس تحريمه كالنظر وأولى، ويكتفى هنا بالمرأة الواحدة بخلاف خروجها للحج حيث أعتبر النسوة.

قال الرافعي: وقد يفرق بينهما بأخطار السفر^(٤). وقال سليم: لا يكفي إلا محرم أو نسوة ثقات، وهو ظاهر النص، وحمله ابن الصباغ على الاستحباب أي^(٥): في اعتبار التسوية.

الثالث: لا فرق في ذلك بين المطلقة البائن والرجعية، فإن الرجعية في حكم التحريم كالبائن.

الرابع: لا يخفى أن مساكنة الزوج والمحرم ومن في معناه إنما يفرض فيما إذا كان في الدار زيادة على سكنى مثلها، فإن لم يكن كذلك فعلى الزوج تخليتها للمعتدة والانتقال عنها.

(١) «نهاية المطالب» ٢٢٧/١٥.

(٢) «روضة الطالبين» ٤١٨/٨.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «الشرح الكبير» ٥١٤/٩. (٥) من الأصل.

قال: (وَلَوْ كَانَ فِي الدَّارِ حُجْرَةٌ فَسَكَنَهَا أَحَدُهُمَا وَالْآخَرُ أُخْرَى فَإِنْ اتَّحَدَتِ الْمَرَافِقُ كَمَطْبَخٍ وَمُسْتَرَاكِحٍ أَشْتَرِطَ مُحَرَّمٌ، وَإِلَّا فَلَا) لأن التوارد على المرافق يفضي إلى الخلوة.

قال في «الكفاية»: وصرح القاضي والرويانى في الأول^(١) بأنه لا يجوز وإن كان محرم^(٢).

قال المحاملى: وما جوزنا له سكناه جوزناه للأجنبي (وما لا)^(٣) فلا.

فائدة:

الحجرة بضم الحاء: كل منزل محوط عليه، قاله ابن مالك في «مثلثه»^(٤) وقال الجوهري: الحجرة: حظيرة الإبل، ومنه حجرة الدار^(٥). والمرافق جمع مرفق قال الجوهري: مرافق الدار مصاب الماء ونحوها^(٦).

قال: (وَيَنْبَغِي أَنْ يُغْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ بَابٍ، وَأَنْ لَا يَكُونَ مَمَرٌ [إِحْدَاهُمَا عَلَى الْآخَرَى])^(٧) كذا قاله في «المحرر» أيضًا بلفظ: ينبغي^(٨). وصرح

(١) في الأصل: (الأولى).

(٢) «كفاية النيه» ٧٤/١٥-٧٥.

(٣) في (ب): وإلا.

(٤) «إكمال الإعلام بثليث الكلام» ١/١٣٦.

(٥) «الصحاح» ٢/٦٢٣.

(٦) «الصحاح» ٤/١٤٨٢.

(٧) في الأصل: أحدهما على الآخر.

(٨) «المحرر» (ص ٣٦٧).

في «الشرح الصغير» باشتراطه ونقله في «الكبير» عن جماعة، وشهد له بالحسن، قال: ويشهد له ما ذكره الأئمة أنه لو كانت الدار واسعة ولم يكن فيها إلا بيت واحد، وكان الباقي صفاف لم يجز أن يسكنها /١١٧/ وإن كان معها محرم؛ لأنه لا يتميز في السكنى عنها بموضع^(١).

قال في «الكفاية» وفي «النهاية» أن الاشتراك في الممر والمخرج إلى خارج لا يراعى^(٢).

قال: (وَسُفْلٌ وَعُلُوٌّ كَذَارٍ وَحُجْرَةٌ) أي: في الحكم الذي قررناه آنفاً، والعلو مثلث العين، والسفل بضم أوله وكسره كما تقدم في الصلح، والله أعلم.



(١) «الشرح الكبير» ٩/ ٥١٤.

(٢) «كفاية النبيه» ١٥/ ٧٥، «نهاية المطلب» ١٨/ ٣٣٥.

بَابُ الْاِسْتِثْرَاءِ

يَجِبُ بِسَبَبَيْنِ:

أَحَدُهُمَا: مِلْكُ أَمَةٍ بِشِرَاءٍ أَوْ إِثْرٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ رَدٍّ بَعِيْبٍ، أَوْ تَحَالُفٍ أَوْ إِقَالَةٍ وَسَوَاءٌ بَكَرَ، وَمَنْ اسْتَبْرَأَهَا الْبَائِعُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَمُتَّقِلَةً مِنْ صَبِيٍّ وَامْرَأَةٍ وَغَيْرِهَا. وَيَجِبُ فِي مَكَاتِبَةٍ عُجْزَتْ، وَكَذَا مُرْتَدَّةٌ فِي الْأَصْحَ، لَا مَنْ خَلَتْ مِنْ صَوْمٍ وَاعْتِكَافٍ وَإِحْرَامٍ، وَفِي الْإِحْرَامِ وَجْهٌ.

وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ اسْتَحَبَّ، وَقِيلَ: يَجِبُ.

وَلَوْ مَلَكَ مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً لَمْ يَجِبْ، فَإِنْ زَالَا وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ.

الثَّانِي: زَوَالُ فِرَاشٍ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ أَوْ مُسْتَوْلَدَةٍ بَعْتِ أَوْ مَوْتِ السَّيِّدِ.

وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ اسْتِثْرَاءٍ عَلَى مُسْتَوْلَدَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ وَجَبَ فِي الْأَصْحَ.

قُلْتُ: وَلَوْ اسْتَبْرَأَ أَمَةً مَوْطُوءَةً فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَجِبْ وَتَتَزَوَّجُ فِي الْحَالِ إِذْ لَا تُشْبِهُ مَنكُوحَةً. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيَحْرُمُ تَزْوِيجُ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٍ قَبْلَ الْاِسْتِثْرَاءِ (لِقَالِ يَخْتَلِطُ الْمَاءُ) (١).

وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلَا اسْتِثْرَاءٍ فِي الْأَصْحَ، وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ،

وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ فَلَا اسْتِثْرَاءَ.

وَهُوَ بِقَرَى، وَهُوَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ فِي الْجَدِيدِ.

وَذَاتُ أَشْهُرٍ بِشَهْرٍ، وَفِي قَوْلٍ: بِثَلَاثَةِ، وَحَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ أَوْ زَالَ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ

بِوَضْعِهِ، وَإِنْ مَلَكَتْ بِشِرَاءٍ فَقَدْ سَبَقَ أَنْ لَا اسْتِثْرَاءَ فِي الْحَالِ.

(١) ساقط من (م).

قُلْتُ: يَحْصُلُ (الِاسْتِثْنَاءُ) ^(١) بِوَضْعِ حَمَلٍ زِنًا فِي الْأَصَحِّ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
 وَلَوْ مَضَى زَمَنٌ اسْتِثْنَاءٍ بَعْدَ الْمَلِكِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ حُسِبَ إِنْ مَلَكَ يَارِثٌ،
 وَكَذَا شِرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ، لَا هَبَّةَ.
 وَلَوْ اشْتَرَى مَجُوسِيَّةً فَحَاضَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ لَمْ يَكْفِ. وَيَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ
 بِالْمُسْتَبْرَآةِ إِلَّا مَسْبِيَّةً فَيَحِلُّ غَيْرُ وَطْءٍ، وَقِيلَ: لَا.
 وَإِذَا قَالَتْ: حِضْتُ صُدِّقْتُ، وَلَوْ مَنَعَتِ السَّيِّدَ فَقَالَ: أَخْبَرْتَنِي بِتِمَامِ الْاسْتِثْنَاءِ
 صُدِّقَ، وَلَا تَصِيرُ أُمَّةً فِرَاشًا إِلَّا بِوَطْءٍ، فَإِذَا وَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنْ وَطْئِهِ لِحَقِّهِ.
 وَلَوْ أَقَرَّ بِوَطْءٍ وَنَفَى الْوَلَدَ وَادَّعَى اسْتِثْنَاءً لَمْ يَلْحَقْهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، فَإِنْ
 أَنْكَرَتِ الْاسْتِثْنَاءَ حُلْفَ أَنْ الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ، وَقِيلَ: يَجِبُ تَعَرُّضُهُ لِلِاسْتِثْنَاءِ.
 وَلَوْ ادَّعَتْ اسْتِثْنَاءً فَأَنْكَرَ أَصْلَ الْوَطْءِ، وَهُنَاكَ وَلَدَ لَمْ يُحْلَفْ عَلَى الصَّحِيحِ.
 وَلَوْ قَالَ: وَطِئْتُ وَعَزَلْتُ لِحَقِّهِ فِي الْأَصَحِّ.



(١) ساقط من (م).

(باب الاستبراء)

الاستبراء بالمد: طلب براءة الرحم. قال في «الكفاية»: وقبله صاحب «التتمة». وهو عبارة عن^(١) التبرص الواجب بسبب ملك اليمين حدوثاً وزوالاً.

وخص بهذا الاسم؛ لأن هذا التبرص مقدر بأقل ما يدل على البراءة من غير تكرار وتعدد فيه، وخص التبرص بسبب النكاح باسم العدة اشتقاقاً من العدد؛ لما يقع فيه من التعدد^(٢).

قال ابن مكي^(٣) في «تثقيف اللسان»: والفقهاء يغلطون فيقولون: إذا أستبريت الأمة، والصواب أستبرأت بالهمز^(٤)، والأصل في هذا الباب ما سيأتي في أثناؤه.

قال: (يَجِبُ بِسَبَبَيْنِ: أَحَدُهُمَا مِلْكُ أَمَةٍ بِشِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ رَدٍّ بِعَيْبٍ، أَوْ تَحَالُفٍ أَوْ إِقَالَةٍ) أي: وكذا قبول وصية كما قاله^(٥) في أصل «الروضة»^(٦) (وَسَوَاءٌ بِكُرٍّ، وَمَنْ أَسْتَبْرَأَهَا الْبَائِعُ قَبْلَ الْبَيْعِ وَمُنْتَقِلَةً مِنْ صَبْيٍ وَامْرَأَةٍ وَغَيْرُهَا) أما المسبية فلعموم قوله ﷺ في سبايا أوطاس: «ألا لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تحيض» رواه

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «كفاية النبيه» ١٥/١٠٧.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «تثقيف اللسان» ص ٢١٦.

(٥) في (ب): (قال).

(٦) «روضة الطالبيين» ٨/٤٢٧.

أبو داود من رواية أبي سعيد الخدري وصححه الحاكم على شرط مسلم^(١). وأما في الباقي فبالقياس عليها ثم ما العلة في وجوبه خرجه القاضي حسين على جوابين أستخرجهما من نصين: أحدهما: حدوث ملك^(٢) الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع.

والثاني: حدوث ملك^(٣) حل الفرج.

وقال ابن سريج: لا يجب الاستبراء في البكر، كذا حكاه الرافعي^(٤)، وفي «النهاية» حكاه عن صاحب «التقريب» ثم قال: لكنه خصه^(٥) بالمسبية، وهو مطرح مزيف لا أعتد به^(٦).

وقال المزني: لا يجب الاستبراء إلا إذا كانت الجارية موطوءة أو حاملاً.

(قال الروياني^(٧)): وأنا أميل إلى هذا. وعن مالك أنها إن كانت ممن توطأ قبل أن يملكها^(٨) وجب الاستبراء وإلا فلا، وعنه أنه يجب الاستبراء في الشريعة دون الدنية.

واحتج الشافعي رحمته الله بإطلاق الخبر المتقدم^(٩)، ولم يفصل مع العلم

(١) أبو داود (٢١٥٧)، «المستدرک» ١٩٥/٢، ورواه أحمد ١٦٢/٣ والبيهقي ٤٤٩/٧.

(٢) ، (٣) في (ب): مالك.

(٤) «الشرح الكبير» ٥٣٠/٩ - ٥٣١.

(٥) في الأصل: خصه.

(٦) «نهاية المطلب» ٣٣٥/١٥.

(٧) ساقطة من الأصل. (٨) في (ب): ملكها.

(٩) «الأم» ١٣٤/٥.

بأن فيهن الصغار والكبار والآيات.

قال: (وَتَجِبُ فِي مُكَاتَبَةِ عُجْزَتِ) أي: خلافاً لأبي حنيفة، لنا أنه زال ملك الاستمتاع بها وصارت إلى حالة لو وطئها للزمه المهر فأشبه ما إذا باعها ثم اشتراها، وهذا في الكتابة الصحيحة، أما الكتابة الفاسدة فقال الرافعي /١٧ب/ في بابه: إذا كاتب جاريته كتابة^(١) فاسدة وعجزت عن الأداء فارقتها أو فسخ الكتابة لم يجب الاستبراء بخلاف الكتابة الصحيحة^(٢).

قال: (وَكَذَا مُرْتَدَّةٌ فِي الْأَصَحِّ) أي: أرتدت ثم أسلمت؛ لأنه زال ملك الاستمتاع ثم عاد، فأشبه ما إذا عجزت المكاتبة نفسها. والثاني: لا يجب، لأنها بالعود إلى الإسلام كأنه لم يزل ملك الاستمتاع.

قال البغوي^(٣): الوجهان مبنيان على الوجهين فيما إذا لو^(٤) أشتري مرتدة ثم أسلمت هل يحسب حيضها في زمن الردة من الاستبراء؟ فإن قلنا: تحسب لم يجب الاستبراء وإلا وجب.

فرع:

لو أرتد المسلم ثم أسلم، فإن قلنا: يزول ملكه بالردة لزمه الاستبراء قطعاً، وإلا فوجهان كما في ردتها، وعند أبي حنيفة لا يجب في رده ولا في ردتها.



(٢) «الشرح الكبير» ١٣/٤٨٣.

(١) في (ب): كناية.

(٤) من (ب).

(٣) «التهذيب» ٦/٢٧٩.

قال: (لَا مَنْ خَلَّتْ مِنْ صَوْمٍ وَاعْتِكَافٍ) أي: إذا حرمت الجارية على السيد بصوم أو صلاة أو اعتكاف ثم حلت بالفراغ من هذه الأمور فإنه لا يجب الاستبراء؛ لأنه لا خلل في الملك وإنما التحريم لعارض سريع الزوال.

قال: (وَإِحْرَامٌ وَفِي الْإِحْرَامِ وَجْهٌ) أي: إذا أحرمت ثم تحللت، فالذي أجاب به الجمهور أنه لا استبراء، كما لو صامت ثم أفطرت.

وقيل: فيه الوجهان في الردة، كذا حكى هذه المسألة الرافعي في شرحه^(١) والمصنف في «الروضة»^(٢) وقد علمت منه أن المسألة ذات طريقين، ونزل كلام المصنف عليه.

قال: (وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ اسْتُحِبَّ) لتمييز الولد في النكاح عن الولد في ملك اليمين؛ لأنه في النكاح ينقصد مملوكًا ثم يعتق بالملك، وفي ملك اليمين ينقصد حرًا وتصير الأم أم ولد له، ولا تجب لأنها كانت حلالاً له، فإذا لم يتحدد الحل فلا حاجة إلى الاستبراء، ولأن الاستبراء لحفظ المياه عن الاختلاط والماء له، وهذا (إذا كان)^(٣) المشتري حرًا، أما إذا كان مكاتبًا فإن النكاح يفسخ على ما حكاه الماوردي ولا يحل له وطؤها إن لم يأذن السيد وإن أذن له ففي جوازه قولان، فإن قلنا: يحل. فيتجه وجوب الاستبراء، قاله في «الكفاية»^(٤).

(١) «الشرح الكبير» ٥٣٢/٩.

(٢) «روضة الطالبين» ٤٢٨/٨.

(٣) في (ب): (أكان).

(٤) «كفاية النبيه» ١١٣/١٥-١١٤.

قال في «المطلب»: وجزمه بالانفساخ مناقض لما أدعى أنه المذهب الجديد أن المكاتب^(١) لا يملك أكسابه.

قال: (وَقِيلَ: يَجِبُ) لتجدد الملك، وبنى الماوردي الخلاف على الخلاف في حل وطؤها له في زمن الخيار، وقال: إن قلنا بحل الوطء له لم يجب وإلا وجب، كذا حكاه في البيع^(٢)، وبناء القاضي حسين على العلتين في وجوب الاستبراء فقال: إن قلنا: إن العلة حدوث ملك حل الفرج فلا، وإن اعتبرنا حدوث ملك الرقبة فنعم، وأشار الفوراني إلى بنائه على الخلاف فيما إذا طلق زوجته الأمة ثلاثاً ثم أستبرأها هل تحل له قبل تزوجها^(٣)؟ إن قلنا لا -وهو الأصح- لم يجب الاستبراء، وإلا وجب.

قال: (وَلَوْ مَلَكَ مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً) أي: وهو عالم بحالها ١١٨/ أو جاهل. واختار إمضاء البيع كما صرح بذلك في «المحرر»^(٤) (لَمْ يَجِبْ) لأنها مشغولة بحق غيره.

قال: (فَإِنْ زَالَا) أي: الزوجية والعدة (وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الموجب قد وجد، لكن لم يمكن ترتيب موجب عليه في الحال فإذا أمكن رتب، والثاني: لا، وله وطؤها في الحال؛ لأن الموجب للاستبراء حدوث الملك ولم يكن حينئذ في مظنة الاستحلال. وخص

(١) في (ب): الكاتب.

(٢) «الحاوي الكبير» ٥/ ٦٢.

(٣) في (ب): تزويجها.

(٤) «المحرر» (ص ٣٦٧).

المحاملي وغيره الخلاف بالمدخول بها وقطعوا بالوجوب في غيرها.
قال الرافعي: وقد يقطع بوجوب الاستبراء وبرد الخلاف إلى أنه هل
يدخل في العدة؟^(١)، قلت: وقد صرح به المحاملي والبندنجي فقالا
أحدهما: يدخل الاستبراء في العدة.

والثاني: لا، ويجب بعد فراغها كما نقله عنه^(٢) صاحب «المطلب».
قال: ويشبه أن يقال فيما إذا اشتراها^(٣) معتدة أنه إن بقي من العدة ما
لا يحصل به الاستبراء كمل بعدها.

قال: (والثاني: زَوَالُ فِرَاشٍ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ أَوْ مُسْتَوْلَدَةٍ بَعْتٍ أَوْ مَوْتِ
السَّيِّدِ) لأنها كانت فراشاً للسيد، وزوال الفراش بعد الدخول يقتضي
التربص كما في زوال الفراش عن الحرة، ويكون أستبراؤها بقرء
كالمملكة.

وقال أبو حنيفة: بثلاثة أقراء؛ لأنها حرة، وعن أحمد أنها تعد عدة
الوفاة، والأظهر عنه مساعدتنا^(٤)، لنا قول ابن عمر^(٥)، كما حكاه
البخاري في «صحيحه»^(٦).

(١) «الشرح الكبير» ٥٣٤/٩.

(٢) في (ب): عنها. (٣) في (ب): أستبرأها.

(٤) كذا رسمها، ولعلها: مثل عدتنا.

(٥) ورد في هامش الأصل: (عدة أم الولد إذا هلك سيدها حيضة واستبراؤها بقرء
واحد) وهذا نص أثر ابن عمر الآتي تخريجه.

(٦) «صحيح البخاري» قبل حديث (٢٢٣٥)، وقد رواه مالك في «الموطأ» رواية أبي
مصعب ٦٦٠/١ (١٧١٤)، والشافعي في «مسنده» ٥٨/٢ (١٨٩)، والبيهقي
٤٥٠/٧.

قال: (وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ اسْتِبْرَاءٍ عَلَى مُسْتَوْلَدَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ) أي^(١): ولا يعتد بما مضى، كما لا يعتد بما تقدم على الطلاق من الأقراء.

والثاني: لا يجب. ومنهم من عبر عن الوجهين بالقولين، والخلاف مبني على أن أم الولد هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء، وهل تعود فراشاً للسيد إذا مات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها أم لا تعود؟.

قال: (قُلْتُ: وَلَوْ اسْتَبْرَأَ أَمَةٌ مَوْطُوءَةً فَأَعْتَقَهَا لَمْ يَحِبْ وَتَزَوَّجُ فِي الْحَالِ إِذْ لَا تُشَبِّهُ مَنْكُوحَةً، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) كذا حكاه الرافعي عن الأئمة^(٢)، قال: ولا يجيء فيه الخلاف في المستولدة؛ إذ ثبت لها حق الحرية، وفراشها أشبه فراش^(٣) النكاح، كذا في الشرحين^(٤) وتبعه عليه المصنف في «الروضة»^(٥).

والعجب أن الخلاف المنفي محكي في^(٦) «الوجيز»^(٧) تبعاً لإمامه مع ثالث^(٨) أنه لا استبراء على القنة بعد العتق، ويجب على المستولدة فاستفده، وقد نبه عليه في «الكفاية»^(٩).

قال: (وَيَحْرُمُ تَزْوِيجُ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ وَمُسْتَوْلَدَةٍ قَبْلَ اسْتِبْرَاءِ) أي: إذا جوزنا تزويج المستولدة، وهو الأصح كما صرح به في «المحرر»^(١٠)

(١) من (ب). (٢) «الشرح الكبير» ٥٣٧/٩.

(٣) في (ب): بفراش. (٤) «الشرح الكبير» ٥٣٧/٩.

(٥) «روضة الطالبين» ٤٣٣/٨. (٦) في (ب): عن.

(٧) «الوجيز» ١٠٨/٢. (٨) «نهاية المطلب» ٣٠٣/١٥.

(٩) «كفاية النبيه» ١٢٠/١٥. (١٠) «المحرر» (ص ٣٦٨).

وهذا بخلاف بيعها- أعني: الأمة الموطوءة- لأن مقصود النكاح الوطء فينبغي أن يستعقب الحل، والشراء قد يقصد للوطء ولغيره، فعلى المشتري ١٨ب/ أن يحتاط إن قصد الوطء.

وجوز أبو حنيفة في هذه التزويج قبل الاستبراء والوطء للزوج في الحال.

قال الرافعي: وفيه اختلاط المياه^(١).

قال: (وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتُهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلَا أُسْتِبْرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ) كما يجوز أن تنكح المعتدة منه عن النكاح، أو وطء الشبهة. والثاني: لا، لأن الإعتاق يقتضي الاستبراء، فلا يمكن من أستباحة مستفتحة عليه^(٢)، إلا بعد رعاية حق التعبد.

قال الرافعي: وقرب هذا الخلاف من الخلاف في أنه إذا أعتق مستولده بعد الاستبراء، يجوز تزويجها في الحال أو لا بد من أستبراء آخر^(٣)، وعند أبي حنيفة لا يشترط أستبراء الجارية لتزويجها، فإذا أعتقها سقط الاستبراء.

قال: (وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ، وَهِيَ مُزَوَّجَةٌ فَلَا أُسْتِبْرَاءَ) لأنها ليست فراشاً للسيد، وإنما هي فراش للزوج.

قال القاضي: وتظهر فائدة هذا إذا قلنا: إنها لو كانت خلية عند عتقه أو موته، وكان قد أستبرأها من قبل يلزمها الاستبراء، أما إذا قلنا: لا

(١) «الشرح الكبير» ٥٣٧/٩.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) «الشرح الكبير» ٥٣٩/٩.

يلزمها هناك فلا أستبراء هنا؛ لأن تزويجه إياها لا بد أن يتقدمه أستبراء وهو كاف. والزوجية الطارئة لا تبطله. وفي قول مخرج أو قديم: أنه يلزمها الاستبراء بعد فراغ عدة الزوج أما^(١) إذا مات عنها، وهي في عدة زوج.

وكلام المتولي يشعر بتخصيصه بما^(٢) إذا أعتقها أو مات عنها، وهي في النكاح دون ما إذا كانت في العدة.

قال: (وَهُوَ) أي: الاستبراء (بِقَرَّةٍ) أي: في حق ذات الأقراء (وَهُوَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ) أي: ولا يكفي بقية الحيض (في الجديد)، للحديث المتقدم، ويخالف العدة، فإنها لإباحة العقد.

والعقد يستباح في الحيض والطهر، وخصصناها (بالطهر، لأنها)^(٣) وجبت قضاء حق^(٤) الزوج، فاختصت بأزمان حقه وهو^(٥) الأظهار، كما في صلب النكاح، وأما الاستبراء فشرع لاستباحة الوطء، فاختص بالحيض، ليفضي إلى إباحة الوطء إذا أنقضى، إذ لو جعل بالطهر، لما أستبيح الوطء بعده، لعارض الحيض.

والقديم أنه الطهر كما في العدة، وحكي عن «الإملاء» كما ذكره صاحب «المطلب» وهو في^(٦) الجديد.

والفورانى قال: هو مخرج، وعبر عنه بعضهم بالوجه، وفي وجه ثالث حكاه الماوردي عن البصريين أن كلا الأمرين من الحيض والطهر

(١) من الأصل. (٢) في (ب): ما.

(٣) في الأصل: في الطهر فإنها. (٤) في الأصل: لحق.

(٥) في الأصل: وهي. (٦) في الأصل: من.

معتبر مقصود^(١).

وفي وجه رابع أن استبراء أم الولد بموت السيد أو إعتاقه بطهر، والأمة التي يحدث ملكها بحيض.

قال: (وَذَاتُ أَشْهَرٍ بِشَهْرٍ) لأن كل شهر في مقابلة القرء في حق الحرة، فكذا في حق الأمة.

قال في «المحرر» وهذا أصح القولين^(٢)، وقال في «الشرح»^(٣): إنه الأصح عند المعظم.

قال: (وَفِي قَوْلٍ بِثَلَاثَةٍ) لأنها أقل مدة تدل على براءة الرحم، وهذا ما صححه صاحب «التنبيه»^(٤) ومال إليه المحاملي، واختاره ابن أبي عصرون، ونسبه الماوردي^(٥) إلى القديم والأول إلى الجديد.

قال: (وَحَامِلٌ مَسْبِيَّةٌ أَوْ زَالٌ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ بَوَضْعِهِ) لعموم الحديث /١٩/ السابق.

قال: (فَإِنْ مُلِكَتْ بِشِرَاءٍ فَقَدْ سَبَقَ أَنْ لَا أُسْتَبْرَأَ فِي الْحَالِ) أي: وفي وجوبه بعد ذلك خلاف، وإن^(٦) كان كذلك، فليس الاستبراء بالوضع؛ لأنه إما غير واجب، وأما مؤخر عن الوضع.

(١) «الحاوي الكبير» ٣٤٦/١١.

(٢) «المحرر» (ص ٣٦٨).

(٣) «الشرح الكبير» ٥٤٠/٩.

(٤) «التنبيه» ص ٢٠٣.

(٥) «الحاوي الكبير» ٣٤٦/١١.

(٦) في الأصل: وإذا.

وذكر البغوي في حصول الاستبراء بالوضع^(١) قولين^(٢).
 قال: (قُلْتُ: يَحْصُلُ الْاِسْتِبْرَاءُ بِوَضْعِ حَمْلٍ زِنًا فِي الْأَصَحِّ، وَاللَّهُ
 أَعْلَمُ) لإطلاق الحديث، ولحصول البراءة بخلاف العدة، فإنها
 مخصوصة بالتأكيد.

وكذلك أشترط فيها التكرار.

والثاني: لا يحصل كما لا تنقضي به العدة، وبناء القاضي حسين
 على الخلاف في أن استبراء ذات (أقراء بالحيض)^(٣) أو الطهر، فإن
 اعتبره^(٤) بالطهر لم يحصل الاستبراء به.
 وإن اعتبرنا الحيض، فالنظر إلى ما يعرف براءة الرحم، والحمل من
 الزنا يعرف براءة الرحم بوضعه.

قال: (وَلَوْ مَضَى زَمَنٌ اِسْتِبْرَاءٍ بَعْدَ الْمَلِكِ قَبْلَ الْقَبْضِ حُسِبَ إِنْ مَلَكَ
 بِإِرْثٍ) لأن الملك بالإرث متأكد نازل منزلة المقبوض، وإن لم يحصل
 القبض حسًا، ألا ترى أنه (يصح بيعه)^(٥)، وهذا إذا كان المورث قد
 قبضها، حيث كان قبضها معتبرًا في الاستبراء، أما إذا كان أبتاعها
 المورث، ومات قبل قبضها، فإنه لا يعتد باستبرائها، إلا بعد أن يقبضها
 الوارث، كما في بيع الموروث قبل قبضه نبه (على ذلك)^(٦) في «المطلب».

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٢) «التهذيب» ٦/ ٢٧٩.

(٣) في الأصل: (الأقراء بالحيض).

(٤) في الأصل: اعتبرنا.

(٥) في الأصل: (يحصل بوضعه).

(٦) في الأصل: عليه.

قال: (وَكَذَا شِرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ) لأن الملك تام لازم، فأشبهه ما بعد القبض.

والثاني: لا يعتد به؛ لعدم استقرار الملك.

وبناها^(١) المتولي على الخلاف، (في أن)^(٢) المبيع إذا تلف قبل القبض يرتفع العقد من أصله، أو من حينه، فإن قلنا بالأول أعتد به، أو بالثاني فلا.

قال: (لَا هِبَةٌ) أي: إذا ملك بالهبة لم يعتد بما يقع قبل القبض لتوقف الملك على القبض.

وعبارة المصنف موهمة أنه أراد أنه لا يحصل الاستبراء في الهبة إذا وقع بعد الملك، وقبل القبض، وهذا لا يتصور، فإن الملك (في الهبة)^(٣) لا يحصل قبل القبض، وكلامه في «الروضة» موهم أيضًا^(٤)، وقد تقدم أيضًا في كتاب الهبة الإشارة إلى هذا.

فرع:

ألحق الماوردي بالهبة قبل القبض المغنومة قبل القبض^(٥)، وفيه نظر لصاحب «المطلب».

قال: (وَلَوْ اشْتَرَى مَجُوسِيَّةً فَحَاضَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ لَمْ يَكُنْ) أي: على

(١) في الأصل: (وبناها).

(٢) في الأصل: (فإن).

(٣) في الأصل: (بالهبة).

(٤) «روضة الطالبيين» ٤٣٢/٨.

(٥) «الحاوي الكبير» ٣٤٥/١١.

الأصح؛ لأن الاستبراء؛ لاستباحة الاستمتاع، وإنما يعتد بما يستعقب الحل، ووجه مقابله وقوعه في الملك المستقر، ولو وجد الإسلام في حال الاستبراء لم يكف قطعاً، قاله القاضي.

قال: (وَيَحْرُمُ الْاِسْتِمْتَاعُ بِالْمُسْتَبْرَأَةِ) لاحتمال أن تكون حاملاً من سيدها، فتكون أم ولد له، ويتبين أنه لم يملكها، ولأن الاستمتاع يدعو إلى الوطء المحرم فحرم.

قال الماوردي: وهذا إذا أمكن أن يكون ثم ولد من الذي أنتقلت منه، فإن لم يمكن^(١)، فإن كانت صغيرة لا تحبل أو حاملاً من زنا، أو مزوجة وطلقها زوجها قبل الدخول / ١٩ب/ عقب الشراء، أو كانت في ملكه فزوجها، ثم طلقها زوجها بعد الدخول، وأوجبنا الاستبراء بعد أنقضاء العدة لحل الوطء، فهي كالمسبية^(٢).

فرع:

يجوز للرجل الخلوة بأتمته المستبرأة، قاله الجرجاني في «الشافعي» فاستفده، فإنه من المهمات العزيزة.

قال: (إِلَّا مَسْبِيَّةً فَيَحِلُّ غَيْرُ وَطْءٍ) لأن الحديث السابق أقتضى الاقتصار على تحريم الوطء، وكانت السبايا مختلطات بالمسلمين، ويغلب على الظن امتداد الأيدي إليهن، فلما لم يحرم الوطء إلا الوطء مع الحال التي وصفت، أقتضى ذلك تخصيص الوطء بالمحظور، وقد

(١) في الأصل: يكن.

(٢) «الحاوي الكبير» ١١/ ٣٥٠ - ٣٥١ بتصرف.

روي عن ابن عمر أنه قال: وقعت في سهمي جارية من سبي جلولاء فنظرت إليها، فإذا عنقها مثل إبريق الفضة، فلم أتمالك أن وثبت عليها فقبلتها والناس ينظرون^(١)، فلو كان حراماً لامتنع منه، ولأنكره الناس، أما الوطء فحرام قطعاً.

قال: (وَقِيلَ: لَا) كما في غيرها وللعلة الثانية المتقدمة، والأصح الأول، وتفارق المسبية غيرها؛ لأن غايتها أن تكون مستولدة حربي، وذلك لا يمنع الملك، بل هي والولد يملكان بالسبي، وإنما حرم الوطء صيانة لمائه؛ لئلا يختلط بماء حربي، لا لحرمة ماء الحربي.

فرع:

الخلاف جار في التلذذ بالحامل من الزنا، قاله الماوردي^(٢).

فرع:

إذا طهرت من الحيض وتم الاستبراء بقي تحريم الوطء حتى تغتسل، ويحل الاستمتاع قبل الغسل على الصحيح كما ذكره الرافعي^(٣).

قال: (وَإِذَا قَالَتْ) أي: الأمة المتملكة (حِضَّتْ صُدِّقَتْ) لأن ذلك لا يعلم إلا منها، ولا تحلف؛ لأنها لو نكلت لم يقدر السيد على الحلف.

قال: (وَلَوْ مَنَعَتِ السَّيِّدَ فَقَالَ: أَخْبَرْتَنِي بِتَمَامِ الاستِبْرَاءِ صُدِّقَ) أي: السيد على الأصح؛ لأن الاستبراء مفوض إليه، ولهذا لا يحال بينه وبينها، بخلاف المعتدة عن وطء شبهة، فإنه يحال بين الزوج وبينها.

(١) رواه ابن أبي شيبة ١٩٧/٩ (١٦٩٢١)، وابن المنذر في «الأوسط» ٢٤٨/١١ (٨٥٤٣).

(٢) «الحاوي الكبير» ٣٥٠/١١. (٣) «الشرح الكبير» ٥٢٧/٩.

والثاني: أنها المصدقة للأصل، وهل لها تحليفه؟ فيه وجهان بناء على أنه هل للأمة المحاصة^(١)؟ والأصح في «الروضة»: أن لها التحليف^(٢).

قال: (وَلَا تَصِيرُ أُمَّةٌ فِرَاشًا إِلَّا بِوَطْءٍ) بالإجماع كما حكاه الشيخ أبو حامد، فلا تصير فراشًا بمجرد الملك حتى لا يلحق الولد وإن خلا بها وخلت به، وأمكن كون الولد منه، بخلاف النكاح حيث يلحق الولد فيه بمجرد الإمكان؛ لأن مقصود النكاح الاستمتاع والولد، فيكتفى فيه بالإمكان وملك الثمن^(٣)، وقد يقصد به التجارة والاستخدام، ولهذا يملك بملك الثمن^(٤) من لا يحل له^(٥) ولا تنكح من لا يحل.

قال^(٦): (فَإِذَا وَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنْ وَطْئِهِ لَحِقَهُ) لحديث سعد بن أبي وقاص وعبد بن زمعة في تنازعهما عام الفتح ولد وليدة زمعة وقوله عليه السلام «هو لك يا عبد بن زمعة، الولد للفراش، وللعاشر الحجر» متفق عليه^(٧). وجه الاستدلال أنه عليه السلام ألحق الولد بالفراش / ٢٠ / والوليدة الجارية.

واستدل أصحابنا على ذلك أيضًا بقول عمر رضي الله عنه: لا تأتيني أم ولد (تعرف أن)^(٨) سيدها ألم بها إلا ألحقت به ولدها، فأرسلوهن بعد

(١) في الأصل: المخاصمة. (٢) «روضة الطالبين» ٤٣٧/٨.

(٣) في الأصل: اليمين. (٤) في الأصل: اليمين.

(٥) من الأصل. (٦) ساقطة من الأصل.

(٧) البخاري (٢٠٥٣)، مسلم (١٤٥٧) من حديث عائشة رضي الله عنها.

(٨) في الأصل: تعترف.

وأمسكوهن. رواه مالك والشافعي^(١)، فاعتبر الاعتراف بالإمام لا الاعتراف بالولد، ولم يخالفه^(٢) أحد من الصحابة، ولأنه معنى يثبت به تحريم المصاهرة، فجاز أن يثبت به الفراش؛ لعقد النكاح، ويعرف الوطء بإقراره أو بينة على إقراره.

قال: (وَلَوْ أَقَرَّ بِوَطْءٍ وَنَفَى الْوَلَدَ وَادَّعَى اسْتِبْرَاءً لَمْ يَلْحَقْهُ عَلَى الْمَذْهَبِ) أعلم أن عبارة الرافعي في شرحه ما نصه: ولو نفى الولد مع الاعتراف بالوطء، بأن ادعى الاستبراء بعد الوطء بحيضة، فينظر إن ولدت لما دون ستة أشهر من وقت الاستبراء، فالدعوى لغو، ويلحقه الولد للعلم؛ بأنها كانت حاملاً يومئذ، فلو أراد نفيه باللعان فقد تقدم أن الصحيح أن سبب ملك اليمين ينفي اللعان، وإن ولدت لستة أشهر إلى أربع سنين، فالمنصوص وظاهر المذهب أنه لا يلحقه الولد، واحتج^(٣) بأن عمر^(٤)، وزيد بن ثابت^(٥)، وابن عباس^(٦) نفوا أولاد جوار لهم بذلك، وعن البويطي وغيره تخريج قول من

(١) «الموطأ» برواية أبي مصعب ٤٦١/٢ (٢٨٨١)، «مسند الشافعي» ٣٠/٢ (٩٤)، «الأم» ٢١٣/٧.

(٢) في الأصل: يخالف. (٣) ساقطة من الأصل.

(٤) رواه عبد الرزاق في «مصنفه» ١٣٦/٧ (١٢٥٣٦).

(٥) رواه عبد الرزاق ١٣٥/٧ (١٢٥٣١ - ١٢٥٣٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١١٦/٣ - ١١٧ (٤٧٣٢ - ٤٧٣٤).

(٦) رواه عبد الرزاق، في «مصنفه» ١٣٥/٧ - ١٣٦ (١٢٥٣٤ - ١٢٥٣٥) والطحاوي في «شرح معاني الآثار» ١١٦/٣ (٤٧٣١). ورواه ابن أبي شيبة في «مصنفه» بمعناه ١٢٠/٩ (١٦٥٩١) وذكر البيهقي هذه الآثار عن الشافعي دون إسناد، «السنن الكبرى» ٤١٣/٧.

الحرّة إذا طلقت، ومضت ثلاثة أقراء، ثم أتت بولد لزمان يمكن أن يكون من النكاح، فإنه لا^(١) يلحق به.

والفرق أن الوطء سبب ظاهر [والاستبراء ظاهر]^(٢) يعارض، وإذا تعارضا سقط الظهور، وبقي الإمكان، والإمكان لا يكتفى به في الأمة بخلاف المسألة الأخرى، أنتهى^(٣). فأبدل المصنف في «الروضة» قول الرافعي: فالمنصوص، وظاهر المذهب، بأن قال: فالمذهب والمنصوص أنه لا يلحقه^(٤)، ومشى على ذلك هنا.

وعبارة «المحرر»: على الظاهر^(٥). أي: من الخلاف كيف كان قال: (فَإِنْ أَنْكَرَتِ الْاِسْتِبْرَاءَ حُلْفَ أَنَّ الْوَلَدَ لَيْسَ مِنْهُ، وَقِيلَ: يَجِبُ تَعَرُّضُهُ لِلْاِسْتِبْرَاءِ) هاتان مسألتان:

الأولى: إذا أنكرت الاستبراء، فإن السيد يحلف، وهذا أصح الوجهين والثاني: يصدق من غير يمين.

الثانية: هل يكفي الحلف على الاستبراء؟ أم يضم إليه أن الولد ليس منه؟ أم يكفي الحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء كما في نفي ولد الزوجة؟

فيه أوجه أصحابها: ثالثها.

قال: (وَلَوْ أَدَّعَتْ اُسْتِيلَادًا فَأَنْكَرَ أَصْلَ الْوَطْءِ، وَهُنَاكَ وَلَدٌ لَمْ يُحْلَفْ

(١) من الأصل.

(٢) ما بين المعكوفتين ليس في الأصول، والمثبت من «الشرح الكبير».

(٣) «الشرح الكبير» ٩ / ٥٤٥ - ٥٤٦.

(٤) «روضة الطالبيين» ٨ / ٤٤٠. (٥) «المحرر» (ص ٣٦٩).

عَلَى الصَّحِيحِ) أَي: وإنما حلف في الصورة السابقة؛ لأنه سبق منه الإقرار بما يقتضي ثبوت النسب.

والثاني: يحلف؛ لأنه لو أعترف ثبت النسب، وإذا لم يكن ولد لم يحلف قطعاً كما قاله الرافعي^(١) تبعاً للإمام، وإن كان في «المحرر»^(٢) أطلق الخلاف، لكن قال صاحب «المطلب»: ينبغي أن يحلف قطعاً إذا عرضت على البيع؛ لأن دعواها حينئذ تنصرف إلى حربتها لا إلى ولدها. قال: (وَلَوْ قَالَ: وَطِئْتُ وَعَزَلْتُ؛ ٢٠/ب) لَحَقَّهُ فِي الْأَصَحِّ) لأن الماء قد يسبق، ولأن أحكام الوطء لا يشترط فيها الإنزال. والثاني: ينتفي عنه لدعوى الاستبراء.

فرع:

لو قال: كنت أصبتها فيما دون الفرج فلا يلحقه على الأصح. فرع: لو قال: كنت أظاً في الدبر لم يلحقه الولد على الصحيح، كذا في أصل «الروضة»^(٣) هنا. وقال فيها في الباب السابع من النكاح: ويثبت النسب بالإتيان في الدبر على الأصح، والله أعلم.



(١) «الشرح الكبير» ٥٤٦/٩. (٢) «المحرر» (ص ٣٦٩).

(٣) «روضة الطالبين» ٤٤١/٨.

کتاب الشیخ

[illegible]

كِتَابُ الرِّضَاعِ

إِنَّمَا يَنْبُتُ بِلَبَنِ أُمْرَأَةٍ حَيَّةٍ بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ، وَلَوْ حَلَبَتْ فَأَوْجَرَ بَعْدَ مَوْتِهَا حَرَّمَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ جُبِّنَ أَوْ نُزِعَ مِنْهُ زُبْدٌ حَرَّمَ، وَلَوْ خُلِطَ بِمَائِعِ حَرَّمَ إِنْ غَلَبَ.
فَإِنْ غُلِبَ وَشَرِبَ الْكُلُّ، قِيلَ: أَوِ الْبَعْضُ حَرَّمَ فِي الْأَظْهَرِ، وَيُحَرَّمُ إِيْجَارًا، وَكَذَا إِسْعَاطُ عَلَى الْمَذْهَبِ، لَا حُقْنَةُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَشَرْطُهُ: رَضِيعٌ حَيٌّ لَمْ يَبْلُغْ سِتِّينَ، وَخَمْسُ رَضَعَاتٍ، وَضَبْطُهُنَّ بِالْعُرْفِ.
فَلَوْ قَطَعَ إِغْرَاضًا تَعَدَّدَ، أَوْ لِلَّهِوِ وَعَادَ فِي الْحَالِ، أَوْ تَحَوَّلَ مِنْ تَذِيٍّ إِلَى تَذِيٍّ فَلَا.

وَلَوْ حَلَبَ مِنْهَا دَفْعَةً وَأَوْجَرَهُ خَمْسًا أَوْ عَكْسُهُ فَرَضَعَهُ، وَفِي قَوْلٍ: خَمْسُ.
وَلَوْ شَكَّ هَلْ رَضَعَ خَمْسًا أَمْ أَقَلَّ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي حَوْلَيْنِ أَمْ بَعْدُ ؟ فَلَا تَحْرِيمَ، وَفِي الثَّانِي قَوْلٌ، أَوْ وَجْهٌ، وَتَصْيِيرُ الْمُرْضِعَةِ أُمًّا، وَالَّذِي مِنْهُ اللَّبَنُ أَبَاهُ، وَتَسْرِي الْحُرْمَةِ إِلَى أَوْلَادِهِ، وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسُ مُسْتَوْلِدَاتٍ أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأُمٌّ وَلَدَ فَرَضَعَ طِفْلًا مِنْ كُلِّ رَضَعَةٍ صَارَ ابْنُهُ فِي الْأَصَحِّ فَيَحْرُمُنَّ؛ لِأَنَّهُنَّ مَوْطَوَاتٌ أَبِيهِ، وَلَوْ كَانَ بَدَلُ الْمُسْتَوْلِدَاتِ بَنَاتٌ أَوْ أَخَوَاتٌ فَلَا حُرْمَةَ فِي الْأَصَحِّ.
وَأَبَاءُ الْمُرْضِعَةِ مِنْ نَسَبِ أَوْ رِضَاعِ أَجْدَادٍ لِلرِّضَاعِ، وَأُمَّهَاتُهَا جَدَّاتُهَا، وَأَوْلَادُهَا مِنْ نَسَبِ أَوْ رِضَاعِ إِخْوَتُهَا وَأَخَوَاتُهَا وَإِخْوَتُهَا وَأَخَوَاتُهَا أَخَوَالُهَا وَخَالَاتُهَا، وَأَبُو ذِي اللَّبَنِ جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ وَكَذَا الْبَاقِي، وَاللَّبَنُ لِمَنْ نُسِبَ إِلَيْهِ وَلَدٌ نَزَلَ بِهِ بَيْنَكَاحٍ أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ لَا زَنًا، وَلَوْ نَفَاهُ يِلْعَانٍ انْتَفَى اللَّبَنُ.

وَلَوْ وَطِئَتْ مَنكُوحَةً بِشُبْهَةٍ، أَوْ وَطِئَ اثْنَانِ بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ فَاللَّبَنُ لِمَنْ لَحِقَهُ

الْوَلَدُ بِقَائِفٍ أَوْ غَيْرِهِ، وَلَا تَنْقَطِعُ نِسْبَةُ اللَّبَنِ عَنْ زَوْجٍ مَاتَ أَوْ طَلَّقَ، وَإِنْ طَالَتْ الْمُدَّةُ أَوْ انْقَطَعَ وَعَادَ، فَإِنْ نَكَحَتْ آخَرَ وَوَلَدَتْ مِنْهُ فَالْبَنُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ لَهُ، وَقَبْلَهَا لِلأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَقْتَ ظُهُورِ لَبَنِ حَمَلِ الثَّانِي، وَكَذَا إِنْ دَخَلَ، وَفِي قَوْلٍ: لِلثَّانِي. وَفِي قَوْلٍ: لَهُمَا.

فَصْلٌ

تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ أُخْتُهِ أَوْ زَوْجَتُهُ أُخْرَى أَنْفَسَخَ نِكَاحُهُ، وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ مَهْرِهَا، وَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلٍ، وَفِي قَوْلٍ: كُلُّهُ.

وَلَوْ رَضَعَتْ مِنْ نَائِمَةٍ فَلَا غُرْمَ وَلَا مَهْرٌ لِلْمُرْضِعَةِ.

وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ أَنْفَسَخَتْ الصَّغِيرَةُ وَكَذَا الْكَبِيرَةُ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَهُ نِكَاحٌ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا.

وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ وَتَغْرِيمُهُ الْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ، وَكَذَا الْكَبِيرَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً فَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ مَهْرٌ مِثْلٌ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَوْطُوءَةً.

وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَطَلَّقَهَا فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهَا صَارَتْ أُمُّ أَمْرَأَتِهِ، وَلَوْ نَكَحَتْ مُطَلَّقَتَهُ صَغِيرًا وَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِهِ حُرِّمَتْ عَلَى الْمُطَلَّقِ وَالصَّغِيرِ أَبَدًا.

وَلَوْ زَوَّجَ أُمُّ وَلَدِهِ عَبْدَهُ الصَّغِيرَ فَأَرْضَعَتْهُ لَبَنَ السَّيِّدِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ وَعَلَى السَّيِّدِ، وَلَوْ أَرْضَعَتْ مَوْطُوءَتُهُ الْأُمُّ صَغِيرَةً تَحْتَهُ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنٍ غَيْرِهِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ.

وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أَنْفَسَخَتْ، وَحُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلَبَنِهِ، وَإِلَّا فَرَيْبَتُهُ.

وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرٍ فَأَرْضَعْنَهُنَّ حُرْمَتٌ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغَائِرُ
 إِنْ أَرْضَعْنَهُنَّ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنٍ غَيْرِهِ وَهِيَ مَوْطُوءَةٌ، وَإِلَّا فَإِنْ أَرْضَعْنَهُنَّ مَعًا بِإِيجَارِهِنَّ
 الْخَامِسَةَ أَنْفَسَخْنَ، وَلَا يَحْرُمَنْ مُوَبَّدًا، أَوْ مُرْتَبًا لَمْ يَحْرُمَنْ، وَتَنْفَسِخُ الْأُولَى
 وَالثَّالِثَةُ، وَتَنْفَسِخُ الثَّانِيَةُ بِإِرْضَاعِ الثَّالِثَةِ، وَفِي قَوْلٍ: لَا تَنْفَسِخُ، وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ
 فِيمَنْ تَحْتَهُ صَغِيرَتَانِ أَرْضَعْتُهُمَا أَجْنَبِيَّةً مُرْتَبًا أَوْ تَنْفَسِخَانِ أَمِ الثَّانِيَةُ؟

فَصْلٌ

قَالَ: هِنْدُ بِنْتُي أَوْ أُخْتِي بِرِضَاعٍ، أَوْ قَالَتْ: هُوَ أَخِي حُرْمٌ تَنَاضَحْتُهُمَا، وَلَوْ قَالَ
 زَوْجَانِ: بَيْنَنَا رِضَاعٌ مُحَرَّمٌ، فُرِّقَ بَيْنَهُمَا وَسَقَطَ الْمُسَمَّى وَوَجِبَ مَهْرٌ مِثْلُ إِنْ وَطِئَ.
 وَإِنْ أَدْعَى رِضَاعًا فَأَنْكَرَتْ أَنْفَسَخَ، وَلَهَا الْمُسَمَّى إِنْ وَطِئَ وَإِلَّا فَنِصْفُهُ، وَإِنْ
 أَدْعَتْهُ فَأَنْكَرَ صَدَقَ بِبَيْمِنِهِ إِنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاعِهَا، وَإِلَّا فَلَا صَحَّ تَصْدِيقُهَا وَلَهَا مَهْرٌ
 مِثْلُ إِنْ وَطِئَ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ.

وَيُحْلَفُ مُنْكَرُ رِضَاعٍ عَلَى نَفْيِ عِلْمِهِ، وَمُدَّعِيهِ عَلَى بَيِّنَةٍ، وَيُثْبِتُ بِشَهَادَةِ
 رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَبِأَرْبَعِ نِسَوَةٍ، وَالْإِقْرَارُ بِهِ شَرْطُهُ رَجُلَانِ.
 وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ إِنْ لَمْ تَطْلُبْ أَجْرَةً، وَلَا ذَكَرَتْ فِعْلَهَا، وَكَذَا إِنْ
 ذَكَرَتْ فَقَالَتْ: أَرْضَعْتُهُ فِي الْأَصَحِّ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ مُحَرَّمٌ،
 بَلْ يَجِبُ ذِكْرُ وَقْتٍ وَعَدَدٍ وَوُضُوءِ اللَّبَنِ جَوْفُهُ، وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِمُشَاهَدَةِ
 حَلَبٍ وَإِيجَارٍ وَازْدِرَادٍ أَوْ قَرَائِنَ كَالْتِقَامِ تَدْيٍ وَمَصِّهِ وَحَرَكَةِ حَلْقِهِ بِتَجَرُّعٍ
 وَازْدِرَادٍ بَعْدَ عِلْمِهِ أَنَّهَا لَبُونٌ.



[illegible]

(كتاب الرِّضَاع)

الرضاع: بفتح الراء وكسرها أسم لمص الثدي وشرب اللبن.
والأصل في الباب الكتاب والسنة والإجماع، قال الله تعالى:
﴿وَأَنهَئِكُمُ اللَّيَّاتِ أَن يَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتِكُم مِّنَ الرِّضَاعَةِ﴾ [النساء: ٢٣].
وقال رسول الله عليه أفضل الصلاة والسلام: «يحرم من الرضاع ما
يحرم من النسب».
استفتح به في ^(١) «المحرر» ^(٢) بعد الآية المذكورة، وهو حديث متفق
على صحته من حديث عائشة ^(٣).
وفي جامع الترمذي عن علي مرفوعاً: «إن الله حرم من الرضاع ما حرم
من النسب» ثم قال: حسن صحيح ^(٤).
وأجمع المسلمون على أن الرضاع يؤثر في تحريم النكاح وثبوت
المحرمة المقيدة لجواز النظر، والخلوّة دون أحكام النسب، كالميراث

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٠).

(٣) «صحيح البخاري» (٥١١١)، «صحيح مسلم» (١٤٤٥).

(٤) «جامع الترمذي» (١١٤٦).

والنفقة والعق بالملك، وسقوط القصاص ورد الشهادة.

قال: (إنما يثبت بِلَبْنِ أُمْرَأَةٍ) أي: فلو در لرجل لبن لم يتعلق به التحريم، خلافاً للكرائيسي؛ لأن اللبن من أثر الولادة، والولادة تختص بالنساء، وأيضاً فإنه لم يخلق لغذاء الولد، فلم يتعلق به التحريم كسائر المائعات.

نعم نص الشافعي في «الأم» على أنه يكره له ولولده أن يتزوج بالصبيبة التي أرتضعت منه^(١).

ويحترز به أيضاً عن لبن البهيمة، فإنه لا يتعلق به تحريم لو شرب منه أخوان؛ لأن لبنها لا يصلح غذاء للطفل صلاحية لبن آدميات، فلا يشاركه في التحريم، ولأن الأخوة فرع الأمومة، ومنها ينتشر التحريم، فإذا لم تثبت الأمومة التي هي الأصل لا يثبت فرعها، وعن مالك رواية ضعيفة أنه يتعلق به التحريم.

فرع:

لبن الخنثى^(٢) لا يقتضي أنوثته على الراجح، فلو أرتضعته صغيرة توقف في التحريم، فإن بان أثنى حرم وإلا فلا.

قال: (حَيَّةٌ) أي^(٣): فلو حلب لبن المرأة بعد موتها، وأوجر الصبي أو أرتضع طفل من ثدي ميتة، فلا يتعلق به التحريم، خلافاً للأئمة الثلاثة،

(١) «الأم» ٣١/٥.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) ساقطة من الأصل.

لنا القياس على وطئها، فإنه لا يثبت به حرمة المصاهرة، ولأنه لبن أنفصل عن جثة منفكة عن الحل والحرمة، فهو كلبن البهيمة، ولأنه لو وصل اللبن إلى جوف الصبي بعد موته لم تثبت الحرمة، فكذلك إذا أنفصل منها بعد موتها.

قال: (بَلَّغْتُ تِسْعَ سِنِينَ) أي: فإن لم تبلغها وظهر لها لبن فإنه لا يتعلق به ٢١١/ التحريم؛ لأنها لا تحتل الولادة واللبن فرع الولد، وهذا كما أنها إذا رأت دمًا لم يحكم بكونه حيضًا، فإذا بلغت تسع سنين يتعلق به التحريم؛ لأنه^(١) وإن لم يحكم ببلوغها باللبن، كما يلحق الولد بابن تسع، ولا يحكم ببلوغه بذلك، فاحتمال البلوغ قائم، والرضاع كالنسب، فيكفي^(٢) فيه الاحتمال^(٣).

وقيل: إنه كلبن الرجل، فيأتي فيه الخلاف السالف، حكاها الإمام^(٤). قال الرافعي في «الشرح الصغير»: ويشبه أن يكون النظر إلى تسع سنين مبنياً على الأصح، أن أقل سن تحيض فيه المرأة بنت تسع سنين، وأن يجيء فيه الخلاف المذكور هناك، وما قدمته من أنه لا يحكم ببلوغها باللبن هو قول الإمام^(٥) والغزالي^(٦) والبغوي^(٧) والرافعي^(٨).

وقال الفوراني: يحكم بأنها حاضت وبلغت بالحيض، وفرض

(١) ساقطة من الأصل.

(٣) في الأصل: (الإجمال).

(٥) «نهاية المطلب» ١٥/٤١٤.

(٧) «التهذيب» ٦/٣٠٣.

(٢) في (ب): (يكفي).

(٤) «نهاية المطلب» ١٥/٤١٤ - ٤١٥.

(٦) «الوسيط» ٦/١٧٩.

(٨) «الشرح الكبير» ٩/٥٥٥.

المسألة فيما إذا أَسْتَكْمَلَت التسع، وغيره فرضها في بنت تسع، وذلك يصدق بكونها في التاسعة، وهو واقع في أقل سن الحيض، والإمام لم يقيد المسألة بسن معين، بل بالسن الذي لا يمكن البلوغ فيه.

قال: (وَلَوْ حَلَبْتُ فَأَوْجَرَ بَعْدَ مَوْتِهَا حَرَّمَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه أَنْفَصَلَ عنها وهو حلال محرم، والثاني: لا، لتعذر^(١) إثبات الأمومة بعد الموت.

قال القاضي: وهو مخرج من القول بأن الاعتبار في الصفة المعلق بها العتق في الصحة إذا وجدت في المرض بحالة وجودها.

قال في كتاب «الأسرار»: والمخرج له هو القفال، وتعبير المصنف بالأصح يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة» حيث عبر بالصحيح، وزاد أنه المنصوص^(٢).

فرع:

سواء كانت المرضعة مزوجة أم بكرًا أم بخلافهما، وفي وجه لا يحرم لبن البكر؛ لأنه نادر فأشبهه لبن الرجل، والمنصوص هو الأول؛ لاحتمال الولادة وصلاحيّة الولد للغذاء.

قال: (وَلَوْ جُبِّنَ أَوْ نُزِعَ مِنْهُ زُبْدٌ حَرَّمَ) لحصول عين اللبن إلى^(٣) الجوف وحصول التغذية.

وعبارة «المحرر»: لا فرق بين أن يكون اللبن على هيئته، وبين أن يتغير بحموضة^(٤) أو أنعقاد، ولو آتخذ منه جبناً أو زبداً فكذلك^(٥).

(١) في (ب): لبعد.

(٢) «روضة الطالين» ٣/٩.

(٣) في الأصل: في.

(٥) «المحرر» (ص ٣٧٠).

(٤) في الأصل: بحموضته.

فرأى المصنف اختصاره على ما ذكره أولى لدخول الأول في مفهوم ذلك.
وقال أبو حنيفة: لا تثبت الحرمة بالجبن ونحوه^(١).

فرع:

لو ثرد فيه طعام تعلقت الحرمة به، وكذلك لو عجن بدقيق وخبزه في الأصح.

قال: (وَلَوْ خُلِطَ بِمَائِعٍ) أي: حلال كالماء ولبن البهيمة أو حرام كالخمر حَرَمَ^(٢).

(إِنْ غَلَبَ) أي: على الخليط؛ لأن المغلوب المستهلك كالمعدوم، ألا ترى أن النجاسة إذا استهلكت في الماء الكثير كانت كالمعدومة.
قال: (فَإِنْ غَلَبَ وَشَرِبَ الْكُلَّ قِيلَ أَوْ الْبَعْضَ حَرَمَ فِي الْأَظْهَرِ) أما عدم وجه^(٣) التحريم في الأول^(٤)، فبالقياس على النجاسة المستهلكة في الماء الكثير، فإنه لا أثر لها^(٥)، ٢١ب/ وكذلك الخمرة المستهلكة في غيرها، فإنه لا يتعلق بها حد، وكذلك المحرم إذا أكل طعاماً فيه طيب، فإنه لا فدية عليه.

ووجه مقابله وصول عين اللبن إلى الجوف، وذلك هو المعتبر، ولذلك يؤثر كثير اللبن وقليله، وليس كالنجاسة، فإنها تجتنب للاستقذار، وهو مندفع بالكثرة، ولا كالخمر، فإن الحد منوط بالشدة المطربة المزيلة^(٦) للعقل، ولا شدة، ولا كالمحرم فإنه ممنوع من

(١) انظر: «بدائع الصنائع» ٩/٤. (٢) ساقطة من الأصل.

(٣) من الأصل. (٤) في الأصل: الأولى.

(٥) في الأصل: له. (٦) في (ب): (المسكرة).

التطيب، وليس هذا بتطيب، وأما وجه عدم^(١) التحريم في الثانية، وهي^(٢) ما إذا شرب البعض إذا لم يتحقق وصول جميع اللبن.

ووجه مقابله أن المائع إذا خالط الماء فما من قدر يوجد إلا وفيه شيء من هذا وشيء من ذاك، قاله^(٣) في «الروضة»^(٤) تبعًا للرافعي^(٥)، وهذا الخلاف فيما إذا لم يتحقق وصول اللبن، مثل إذا وقعت قطرة في جب ماء وشرب بعضه، فإن تحققنا أنتشاره في الخليط، وحصول بعضه في المشروب أو كان الباقي من المخلوط أقل من قدر اللبن ثبت التحريم قطعًا، ذكره الإمام^(٦) وغيره، وجزم به في «الشرح الصغير».

وهل يشترط أن يكون اللبن قدرًا يمكن أن يسقي منه خمس دفعات لو أنفرد عن الخليط؟ وجهان حكاهما السرخسي، وقال: أصحهما الاشتراط. قال في «الكفاية» والذي يظهر أن محل الخلاف، فيما إذا أطمع من المختلط خمس دفعات^(٧). هذا هو الطريق الظاهر، وفرق بعضهم بين الماء وغيره وطول.

وقال أبو حنيفة: إن خلط اللبن بجامد لا يؤثر، كما لو برد فيه الخبز سواء أكان اللبن غالبًا أو مغلوبًا، وإن كان بمائع، فالنظر إلى أهله^(٨).

وقال المزني: لا فرق بين الجامد والمائع والحكم للغالب^(٩).

(١) من (ب). (٢) في الأصل: (وهو).

(٣) في (ب): (قال). (٤) «روضة الطالبين» ٥٠٤/٩.

(٥) «الشرح الكبير» ٥٥٦/٩. (٦) «نهاية المطلب» ٣٦٠/١٥.

(٧) «كفاية النبيه» ١٤٢/١٥. (٨) انظر: «بدائع الصنائع» ٩/٤.

(٩) انظر: «المهذب» ١٤٤/٣.

فرع:

العبرة في كونه مغلوبًا بزوال أوصاف^(١) الطعم واللون والرائحة، فإن طهر منها شيء فهو غالب، وقيل: العبرة بزوال التعدية.

تنبيه:

قوله: (البعض) كذا أدخل عليه الألف واللام، وقد تقدم الكلام عليه في باب التولية.

قال: (وَيُحَرِّمُ إِيَّاجًا) أي: وهو صب اللبن في الحلق خلافاً لأحمد لنا حصول التغذية، ولقصة سالم الآتية، إذ من المعلوم أنه لم يرد^(٢) الشارع ارتضاعه من الثدي.

قال: (وَكَذًا إِسْعَاطًا) وهو صب اللبن في الأنف (عَلَى الْمَذْهَبِ) لأن الدماغ^(٣) جوف التغذية كالمعدة، ولأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر فتعلق به التحريم كالقم.

والطريق الثاني: أن في ثبوت الحرمة قولين، كما هما في الحقنة^(٤)، وعن أبي حنيفة أنه لا حرمة، وهو رواية عن أحمد.

فائدة:

الوجور، قال الجوهري: هو الجعل في وسط الفم^(٥).
تقول: منه وجرت^(٦) الصبي وأوجرته، ويقال لكل واحد من الوجور والسعوط: النشوع بالعين المهملة والمعجمة، ذكرهما ابن مالك في كتابه

(١) في الأصل: أوصافه.

(٢) في الأصل: يرو.

(٣) في (ب): الرضاع.

(٤) في الأصل: الخصية.

(٥) «الصحيح» ٨٤٤/٢.

(٦) في (ب): (وجود).

«وفاق الاستعمال».

قال: (لَا حُقْنَةُ فِي الْأَظْهَرِ^(١)) / ١٢٢ / لأن الرضاع يراد لإنبات اللحم وانتشار العظم، وهذا معدوم في الحقنة؛ لأنها لا تصل إلى محل الغذاء وتراد للإسهال وخروج ما في الجوف، فخالفت حكم ما يصل إلى الجوف.

والثاني: يثبت كما يثبت به الفطر.

فرع:

الأشبه أن الصب في الأذن كالحقنة، قاله الرافعي^(٢). وفي «البحر» أنه يحرم، وفي «التهذيب»: لا^(٣). ويحكى عن النص، وقيل: إن علم وصوله إلى جوف الرأس حرم، وإلا فلا. وفي «النهاية» إن قلنا: إنه لا يفطر لا يحرم، وإن قلنا يفطر فالوجه تخريجه على قول الحقنة، أما الصب في العين لا يحرم قطعاً.

فرع:

لو أرتضع وتقيأ في الحال بعد أن وصل إلى جوفه، فهل يحصل التحريم؟ فيه أوجه: أصحها: نعم، وثالثها: إن تقيأ وقد تغير اللبن ثبت التحريم، وإلا فلا، أما قبل الوصول فلا قطعاً. قال: (وَشَرْطُهُ: رَضِيعٌ حَيٌّ) أي: فلا أثر للوصول إلى معدة الصبي الميت لخروجه عن التغذية ونبات اللحم.

(١) فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة، مالك، أحمد).

(٢) «الشرح الكبير» ٥٦٠/٩.

(٣) «التهذيب» ٣٠٠/٦.

قال: (لَمْ يَبْلُغْ سَتَيْنِ) أي: فمن بلغ سنتين، فلا أثر لإرضاعه؛ لقوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فجعل إتمام الرضاع في حولين، فأشعر بأن الحكم بعد الحولين بخلافه، ويعضده حديث جابر المرفوع «لا رضاع بعد فصال»^(١)، والكتاب دل على أن^(٢) الفصل في عامين، وكذلك حديث عائشة المرفوع «إنما الرضاعة من المجاعة» متفق عليه^(٣).

وكذلك حديث أم سلمة المرفوع: «لا يحرم من الرضاعة إلا ما فتق الأمعاء من»^(٤) الثدي وكان قبل الفطام» رواه الترمذي ثم قال: حسن صحيح^(٥).

وأصرح من هذا كله حديث ابن عباس المرفوع «لا رضاع إلا ما كان في حولين»^(٦) رواه البيهقي وقال: وقفه هو الصحيح^(٧). وقال الدارقطني: لم يسنده غير الهيثم بن جميل^{(٨)(٩)}.

(١) رواه أبو داود الطيالسي ٣/٣٢١ - ٣٢٢ (١٨٧٦)، والبيهقي ٧/٣١٩ - ٣٢٠.

(٢) في الأصل: أنه.

(٣) «صحيح البخاري» (٥١٠٢)، «صحيح مسلم» (١٤٥٥).

(٤) في الأصل: في.

(٥) «جامع الترمذي» (١١٥٢).

(٦) في الأصل: (الحولين).

(٧) «السنن الكبرى» ٧/٤٦٢، ورواه أيضا موقوفاً عبد الرزاق ٧/٤٦٥ (١٣٩٠٣)،

وابن أبي شيبه ٩/٢٩٥ (١٧٣٣٤).

(٨) في (ب): حمير، وهو خطأ.

(٩) «سنن الدارقطني» ٤/١٧٣ - ١٧٤.

قلت: هو ثقة حافظ فلا يضر، وحديث^(١) سالم في تأثير إرضاعه كبيراً، وقد روى الشافعي عن أم سلمة، قالت في الحديث: هو خاص به. ولم يخالف فيه سوى عائشة^(٢).

وعند^(٣) أبي حنيفة: مدة الرضاع ثلاثون شهراً^(٤).
وعن مالك رواية كمذهبنا وأخرى أن مدته شهران^(٥).

فائدتان:

الأولى قال المصنف في «شرح المذهب» في الكلام على القلتين: مدة الرضاع تحديد قطعاً^(٦)، وعبارته في «الأصول والضوابط» السن الذي يؤثر فيه الرضاع تحديد قطعاً^(٧).

ورأيت في شرح «الوسيط» للشيخ نجم الدين القمولي رحمه الله في كتاب الطهارة أيضاً: عدة الرضاع بدل: مدة.

وقال صاحب^(٨) «التهذيب»: فيما إذا أرتضع أربع رضعات فانقضى الحولان قبل فراغ الخامسة، المذهب الحرمة؛ لأن المحرم غير مقدر، وقيل: لا^(٩). تحصل.

الثانية: نعتبر السنتين بالأهلة، فإن أنكسر الأول / ٢٢ب/ أعتبر ثلاثة

(١) في الأصل: وحديثاً.

(٢) «الأم» ٢٥/٥.

(٣) في الأصل: وعن.

(٤) أنظر: «تحفة الفقهاء» ٢/٢٣٧.

(٥) أي: شهران بعد الحولين، قال مالك: الرضاع حولان وشهر أو شهران بعد ذلك، «المدونة» ٢/٢٨٩.

(٦) «المجموع» ١/١٧٦.

(٧) «الأصول والضوابط» (ص ٣٤).

(٨) ساقطة من (ب).

(٩) «التهذيب» ٦/٢٩٨.

وعشرون شهراً بعده بالأهلة، ويكمل^(١) المنكسر ثلاثين من الشهر الخامس والعشرين، ويحسب ابتداء الحولين من وقت انفصال الولد بتمامه أو نصفه، أو خروج البعض كيف قدر؟ أوجه جمعها في «الكفاية»^(٢).

قال: (وَحَمَسَ رَضَعَاتٍ) لما روى مسلم عن عائشة قالت: كان فيما أنزل الله من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخن بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهن فيما يقرأ من القرآن^(٣). فلما أخبرت أن التحريم بالعشر منسوخ بالخمس دل على ثبوت التحريم بالخمس (لا بما)^(٤) دونها، ولو وقع التحريم بأقل منها بطل أن يكون الخمس ناسخاً، وصار منسوخاً كالعشر. وقول عائشة: وهن فيما يقرأ من القرآن. محمول على قراءة حكمها أو العمل بها.

وقال الماوردي: إنما أضافت عائشة ذلك إلى القرآن مع أن العشر نسخن بالخمس إنما كان بالسنة؛ لما في القرآن من وجوب العمل بالسنة^(٥).

وفي مسلم عن عائشة مرفوعاً: «لا تحرم المصة ولا المصتان»^(٦) وهذا هو المذهب الصحيح. ووراءه وجهان: أحدهما: أنه يثبت^(٧) برضعة واحدة.

(١) في (ب): وكمل.

(٢) «كفاية النبيه» ١٣١/١٥ - ١٣٢. (٣) «صحيح مسلم» (١٤٥٢).

(٤) في الأصل: لأنها. (٥) «الحاوي الكبير» ٣٦٤/١١.

(٦) «صحيح مسلم» (١٤٥٠). (٧) فوقها في (ب): (أبو حنيفة، مالك).

وثانيهما: بثلاث رضعات.

قال ابن المنذر: واختاره مشايخنا، كذا هو في «الكفاية»^(١)، وفي الرافعي وبه قال ابن المنذر^(٢)، واختاره مشايخنا^(٣) فليتأمل.

قال الرافعي: وعن أحمد روايتان كمذهبننا.

وأخرى: كمذهب أبي حنيفة. فعلى الصحيح لو حكم حاكم بالتحريم لم ينقض خلافاً للإصطخري^(٤).

قال: (وَضَبَطُهُنَّ بِالْعُرْفِ) لأن الشرع لما ورد باعتبار خمس رضعات وجب تحديد الرضعة وتقديرها، والمقادير تؤخذ من أحد ثلاثة أشياء: من شرع، أو لغة، أو عرف. وليس في الشرع واللغة لذلك حدٌ، فوجب أن يؤخذ من العرف كالحرز والإحياء والقبض.

قال: (فَلَوْ قَطَعَ إِعْرَاضًا تَعَدَّدَ) لقضاء العرف بذلك، وكذا قطعها على الأصح.

قال: (أَوْ لِلَّهِو وَعَادَ فِي الْحَالِ أَوْ تَحَوَّلَ مِنْ ثَدْيٍ إِلَى ثَدْيٍ فَلَا) لأن^(٥) العرف ماضٍ بذلك.

قال: (وَلَوْ حَلَبَ مِنْهَا دَفْعَةً وَأَوْجَرَهُ خَمْسًا أَوْ عَكْسُهُ) أي: حلب منها خمسًا وأوجره دفعة (فَرَضَعَةً) أما في الأولى فلأن طرف الانفصال أولى

(١) «كفاية النبيه» ١٥/١٣٤.

(٢) «الأوسط» ٨/٥٥٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٩/٥٦٧، والصحيح ما ذكره الرافعي كما في «الأوسط».

(٤) «الشرح الكبير» ٩/٥٦٧.

(٥) في (ب): لا من.

بالاعتبار، وقطع بهذا. وأما في الثانية فلأنه لم يحصل اللبن في جوفه إلا دفعة واحدة.

قال: (وَفِي قَوْلِ خَمْسٍ) أما في الأولى فتزيلاً للإناء المنتقل منه منزلة الثدي. وأما في الثانية فينظر إلى حال الانفصال من الضرع.

وصحح المصنف في أصل «الروضة» في الأولى طريقة القولين، وفي الثانية طريقة القطع بأن ذلك رضعة فقال فيها: فالمذهب أنه رضعة. وقيل: على الطريقتين^(١).

قال: (وَلَوْ شُكَّ هَلْ خَمْسًا أَمْ أَقَلَّ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي الْحَوْلَيْنِ أَمْ بَعْدَهُ؟ فَلَا تَحْرِيمَ) رجوعاً إلى الأصل.

قال: (وَفِي الثَّانِي قَوْلٌ، أَوْ وَجْهٌ) لأن الأصل بقاء المدة.

قال: (وَتَصِيرُ الْمُرْضِعَةُ أُمًّا، وَالَّذِي مِنْهُ اللَّبَنُ أَبَاهُ، وَتَسْرِي الْحُرْمَةُ إِلَى أَوْلَادِهِ) للحديث الصحيح المتقدم: «يحرم /٢٣/ من الرضاع ما يحرم من النسب»^(٢)، وفي الصحيحين عن عائشة: إن أفلح أخا أبي القعيس استأذن علي بعدما أنزل الحجاب، فقلت: والله لا آذن له حتى أستأذن رسول الله ﷺ، فإن أخا أبي القعيس ليس هو أرضعني وإنما أرضعني امرأة أبي القعيس، فدخل علي رسول الله ﷺ، فقلت: يا رسول الله، إن الرجل ليس هو أرضعني، وإنما أرضعني أمراؤه. فقال: «ائذني له فإنه عمك تربت يمينك». قال عروة: فبذلك كانت عائشة

(١) «روضة الطالبين» ٩/٩.

(٢) رواه البخاري (٥١١١)، مسلم (١٤٤٥).

تقول: حرموا من الرضاعة ما يحرم من النسب^(١).

ولأن الولد مخلوق من مائهما، فكان الولد لهما وفي «الذخائر» أن بعض أصحابنا حكى عن الشافعي أنه قال: نشر الحرمة إلى الفحل خارج عن القياس، فإن اللبن لا ينفصل عنه، وإنما ينفصل عنها^(٢).

وذهب أبن بنت الشافعي إلى أن الحرمة لا تثبت معه، وفي الجيلي حكاية وجه أن أبن أم الولد لا يحرم المرضعة على السيد بناء على أصليين:

أحدهما: أنه لا يجوز له أن يتزوجها.

الثاني: لا يجوز إجبار المملوك على النكاح.

قال: (وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسُ مُسْتَوْلِدَاتٍ، أَوْ أَرْبَعُ نِسَوَةٍ وَأُمٌّ وَلَدٍ، فَرَضَعَ طِفْلًا مِنْ كُلِّ رَضْعَةٍ صَارَ أَبْنَاهُ فِي الْأَصَحِّ) لأن لبن الجميع منه. والثاني: لا يصير؛ لأن الأبوة تابعة للأمومة لتحقيق انفصال اللبن عنها ولم يحصل.

قال: (فَيَحْرُمَنَّ [عَلَيْهِ] ^(٣) لَأَنَّهُنَّ مَوْطُوءَاتُ أَبِيهِ) أي: لا لكونهن أمهات له.

قال: (وَلَوْ كَانَ بَدَلَ الْمُسْتَوْلِدَاتِ بَنَاتٌ أَوْ أَخَوَاتٌ فَلَا حُرْمَةَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه لو ثبت التحريم لكان يصير الرجل جد الأم في صورة البنات، وخالاً في إرضاع الأخوات، وتصير المرأة جدة لأم أو خالة،

(١) «صحيح البخاري» (٤٧٩٦)، «صحيح مسلم» (١٤٤٥).

(٢) «الأم» ٢٤٦/٧.

(٣) زيادة من «المنهاج».

والجدودة والخؤولة لا تثبتان إلا بتوسط الأمومة، وما مضى من اللبن مشترك بين الرجل والمستولدات، ولا استحالة في ثبوت الأبوة دون الأمومة، (كما لا استحالة في ثبوت الأمومة دون الأبوة)^(١)، بأن در لبن بكر أو خلية أو وقع^(٢) بعض الخمس بلبن زوج وبعضهن^(٣) بلبن آخر. والثاني: نعم؛ تنزيلاً للبنات والأخوات منزلة الواحدة كما في المستولدات.

قال: (وَأَبَاءُ الْمُرْضِعَةِ مِنْ نَسَبِ أَوْ رَضَاعٍ أَجْدَادٌ لِلرَّضِيعِ) أي^(٤): حتى إذا أرتضعت أنثى حرم عليهم نكاحهن، (وأمهاتها جداته) أي: حتى إذا أرتضع ذكر حرم عليه نكاحهن، كما صرح بذلك في «المحرر»^(٥). قال: (وَأَوْلَادُهَا مِنْ نَسَبِ أَوْ رَضَاعٍ إِخْوَتُهُ وَأَخَوَاتُهُ وَإِخْوَتُهَا وَأَخَوَاتُهَا أَخَوَالُهُ وَخَالَاتُهُ، وَأَبُو) ذي (اللَّبَنِ) أي: المنسوب إليه اللبن^(٦) (جَدُّهُ، وَأَخُوهُ عَمُّهُ، وَكَذَا الْبَاقِي) أي: مثل جدته وأولاد إخوته.

فرع:

لا تثبت الحرمة بين الرضيع، وبين أولاد إخوة المرضعة وأخواتها فإنهم أولاد أخواله وخالاته، ولا تسري الحرمة من المرتضع إلى آبائه، وأمهاته وإخوته، وأخواته، فلاينه أن ينكح المرضعة (إذ لا منع من نكاح أم الابن، وأن ينكح بنتها، وإن كانت أخت ولده، ولأخيه

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٢) في الأصل: دفع. (٣) في الأصل: وبعض.

(٤) ساقطة من الأصل. (٥) «المحرر» (ص ٥٣).

(٦) ساقطة من الأصل.

أن ينكح المرضعة^(١)، وأن ينكح بنتها.
 قال: (وَاللَّبْنُ لِمَنْ نُسِبَ إِلَيْهِ / ٢٣ب/ وَلَدٌ نَزَلَ بِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ وَطْءٍ شُبْهَةٍ)
 إتباعاً للرضاع بالنسب، وفي قول: إن وطء الشبهة لا يحرم على الفحل،
 إذ لا ضرورة إليه، بخلاف النسب والعدة.

وشرط ابن القاص في لحوق الولد في النكاح أن يكون الأب أقر
 بالدخول، فإن لم يقر به ولحقه بمجرد الإمكان، فلا تثبت المحرمية
 بين الرضيع وأبي الولد^(٢)، وجعل هذا مما خالف فيه، ولد النسب ولد
 الرضاع.

قال: (لَا زَنًا)؛ لأنه لا حرمة له.
 قال الرافعي: ويشبه أن يجيء^(٣) الوجه المحكي في أنه لا يجوز له
 نكاح بنت زناه الذي تحقق أنها من مائه هنا^(٤).
 قلت: كلام الإمام كالمصرح به^(٥)، وقد صرح به الغزالي في
 «البيسط»^(٦).

قال: (وَلَوْ نَفَاهُ) أي: الولد (بِلِعَانٍ أُنْتَفَى اللَّبْنُ) كالنسب، ولو
 أَسْتَلْحَقَ الولد بعد ذلك لحق الرضيع.
 قال الرافعي: ولم يذكروا الوجهين المذكورين في نكاح المنفية
 باللعان، ولا يبعد أن يسوى بينهما^(٧).

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٢) في الأصل: الوليد. (٣) في الأصل: يحكي.

(٤) «الشرح الكبير» ٥٧٧/٩. (٥) «نهاية المطلب» ٣٩٥/١٥.

(٦) ينظر «الوسيط» ١٨٨/٦. (٧) «الشرح الكبير» ٥٧٧/٩.

قال: (وَلَوْ وَطِئَتْ مَنُكُوحَةً بِشُبْهَةٍ، أَوْ وَطِئَ اثْنَانِ بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ فَاللَّبَنُ لِمَنْ لَحِقَهُ الْوَلَدُ بِقَائِفٍ أَوْ غَيْرِهِ) لأن اللبن تابع للولد.

وفي «النهاية» قول في الثانية: أن المرضع يكون أبناً لهما، وإنما قال المصنف أو غيره؛ لأنه قد يلحق أحدهما بغير قائف؛ لانحصار الإمكان في حقه، أو إنه إذا لم يكن قائف فبلغ وانتسب إلى أحدهما ونحوه.

قال: (وَلَا تَنْقَطِعُ نِسْبَةُ اللَّبَنِ عَنْ زَوْجِ مَاتَ أَوْ طَلَّقَ، وَإِنْ طَالَتِ الْمُدَّةُ) أي: كعشر سنين فأكثر (أَوْ انْقَطَعَ وَعَادَ) لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه، فهو على استمراره منسوب إليه، وقيل: إن أنقطع وعاد بعد مضي أربع سنين من وقت الطلاق لم يكن منسوباً إليه كما لو أتت بولد بعد هذه المدة لا يلحقه. هكذا (خصص البغوي)^{(١)(٢)} هذا الوجه فيما إذا أنقطع وعاد، ومنهم من يشعر كلامه بطرده في صورة استمرار اللبن، وكيف كان فالصحيح جزم به المصنف.

قال: (فَإِنْ نَكَحَتْ آخَرَ وَوَلَدَتْ مِنْهُ فَاللَّبَنُ بَعْدَ الْوِلَادَةِ لَهُ) كالولد، وعن أحمد أنه يكون لهما جميعاً.

قال: (وَقَبْلَهَا لِلأَوَّلِ إِنْ لَمْ يَدْخُلْ وَقْتَ ظُهُورِ لَبَنِ حَمَلِ الثَّانِي) أي: سواء زاد على ما كان أم لا، أنقطع ثم عاد أم لا.

ويقال: أقل مدة يحدث فيها اللبن للحمل أربعون يوماً، كذا قاله ابن الصباغ والبندنجي.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) «التهذيب» ٦/٣١٢.

وقال الماوردي: أقله زمن إمكان ولادته حيًّا^(١). أي: بعد أربعة أشهر.

وقال الشيخ أبو حامد والإمام^(٢): (يرجع فيه إلى)^(٣) القوابل. قال: (وَكَذَا إِنْ دَخَلَ)^(٤) لأن اللبن تبع للولد وغذاؤه لا غذاء للحمل فيتبع الولد المنفصل.

قال: (وَفِي قَوْلٍ لِلثَّانِي) لقرب وقت الولادة بسبب ظهور اللبن فأشبهه النازل بعد الولادة.

قال: (وَفِي قَوْلٍ لَهُمَا) لتقابل المعنيين / ٢٤ / واعلم أن المصنف أطلق حكاية القول الثاني، وهو مخصوص بما إذا أنقطع اللبن مدة طويلة ثم عاد، أما إذا لم ينقطع أو أنقطع مدة يسيرة، فليس فيه قول أنه للثاني، بل للأول، أو لهما، أو للأول إن لم يزد، ولهما إن زاد، كذا حكاه في أصل «الروضة»^(٥) تبعًا للرافعي^(٦)، وفي «المطلب» عن ابن داود، عن صاحب «التقريب» أنه نزل الأقوال على أحوال، فقال: إن لم يحتمل إلا كونه من الأول فهو له، وإن لم يحتمل إلا كونه من الثاني فهو له، وإن احتمل كونه^(٧) منهما فهو لهما.



(١) «الحاوي الكبير» ٣٩٩/١١.

(٢) «نهاية المطلب» ٤٠٥/١٥. (٣) في الأصل: يراجع فيه.

(٤) فوقها في (ب)، والأصل: (أبو حنيفة).

(٥) «روضة الطالبين» ١٩/٩. (٦) «الشرح الكبير» ٥٨٢/٩.

(٧) من الأصل.

(فَصْلٌ)

(تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ أُخْتُهُ أَوْ زَوْجَتُهُ أُخْرَى أَنْفَسَخَ نِكَاحُهُ)

أي: منهما، فإن الصغيرة صارت بنتاً للكبيرة بإرضاعها إياها، وبنت الزوجة حرام عليه، وأخته بإرضاع أمه، وبنت أخته برضاع أخته.

قال: (وَلِلصَّغِيرَةِ نِصْفُ مَهْرِهَا) أي: المسمى إن كان صحيحاً، ونصف مهر المثل إن كان فاسداً، كما صرح به في «المحرر»^(١) وقد تقدم توجيهه في بابه.

قال في أصل «الروضة»: إلا أن يكون الانفساخ من جهتها بأن دبت فرضعت من نائمة لا شيء لها على المذهب، وهذا سيأتي^(٢).

قال: (وَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ نِصْفُ مَهْرٍ مِثْلٍ) لأنه لا يعزم إلا النصف فلا يعزم له إلا النصف، ويخالف شهود الطلاق بعد الرجوع فإن النكاح باق حقيقة بزعم الكل، لكن الشاهدين حالا بين البضع والزوج فعليهما قيمته كالغاصب.

قال في «المحرر»: وهذا ما رجحه الأكثرون^(٣).

قال: (وَفِي قَوْلٍ كُلُّهُ) لأن قيمة البضع مهر المثل، وإتلاف الشيء المتقوم يوجب قيمته، وفي (المسألة)^(٤) قولان آخران:

أحدهما: أن الواجب نصف المسمى؛ لأنه الذي يفوت على الزوج،

(١) «المحرر» (ص ٣٧٢).

(٢) «روضة الطالبين» ٢٠/٩.

(٣) «المحرر» (ص ٣٧٢).

(٤) في (ب): (المسلمة).

والثاني: كله؛ لأنه التزمه، والتشطير يثبت على خلاف القياس، ويختص بالزوجين، ولا فرق بين^(١) أن تقصد المرضعة فسخ النكاح أو لم تقصده؛ لزمها الإرضاع أم لا؟ لأن حكم إتلاف الأموال لا يختلف بذلك، وفيما إذا لزمها الإرضاع، بأن لا يكون هناك مرضعة أخرى احتمال للشيخ أبي حامد حكاه العمراني^(٢) والماوردي^(٣) وجهًا، وعن مالك أنه لا غرم على المرضعة.

وعن أبي حنيفة أنه لا غرم عليها إن لم تقصد فسخ النكاح.
فرع:

لم يتعرض المصنف رحمه الله لمهر الكبيرة، وحكمه إن كانت مدخولاً بها فلها المهر، وإلا فلا.

قال: (وَلَوْ رَضَعَتْ مِنْ نَائِمَةٍ فَلَا غُرْمَ) أي: عليها على الصحيح؛ لأنها لم تصنع شيئاً، ووجه مقابله أن اللبن لها وقد يعد نومها بحيث تصل الصغيرة إلى الإرضاع منها نوعاً من التقصير.

فرع:

لو كانت مستيقظة ساكتة، فالأصح في «الروضة» كذلك^(٤).

قال: (وَلَا مَهْرَ لِلْمُرْتَضِعَةِ) أي: على الأصح؛ لأن أنفاس النكاح حصل بفعلها وذلك يسقط المهر (قبل الدخول)^(٥).

قال: (وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ / ٢٤ب/ أُمُّ الْكَبِيرَةِ

(١) من الأصل.

(٢) «البيان» ١١/١٧٦.

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/٤٠٤.

(٤) «روضة الطالبين» ٩/٢٣.

(٥) ساقطة من الأصل.

الصَّغِيرَةَ أَنْفَسَخَتْ الصَّغِيرَةُ) لأنها صارت أختًا للكبيرة ولا سبيل إلى الجمع بين الأختين.

قال: (وَكَذَا الْكَبِيرَةُ فِي الْأَظْهَرِ) لأنهما صارتا أختين، فأشبه ما لو أرضعتها معًا، ومنهم من قطع به، حكاه الرافعي^(١) بعد ذلك.

والثاني: يختص الاندفاع بالصغيرة؛ لأن الجمع بها حصل فأشبه ما لو نكح أختًا على أخت، فإن البطلان يختص بالثانية.

ونسب الماوردي هذا إلى الجديد، والأول إلى القديم^(٢).

قال: (وَلَهُ نِكَاحُ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا) أي: من غير جمع (وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ) أي على الزوج.

(وَتَغْرِيمُهُ الْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ) أي: في إرضاع أمه ونحوها الصغيرة، وقد تقدم واضحًا.

قال: (وَكَذَا الْكَبِيرَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً، فَإِنْ كَانَتْ مَوْطُوءَةً فَلَهُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ مَهْرٌ مِثْلُ فِي الْأَظْهَرِ) كما لو شهدوا على الطلاق بعد الدخول ثم رجعوا يغرمون مهر المثل.

والثاني: لا غرم عليها؛ لأن البضع بعد الدخول لا يتقوم للزوج، بدليل ما لو أرتدت وأصررت لا غرم عليها.

فرع:

على الزوج مهرها المسمى، كما صرح به في «المحرر»^(٣) وحذفه المصنف؛ لأنه معلوم من بابه.

(١) «الشرح الكبير» ٥٨٦/٩.

(٢) «الحاوي الكبير» ٣٨٧/١١.

(٣) «المحرر» (ص ٣٧٢).

قال: (وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَتْ الْكَبِيرَةُ مَوْطُوءَةً) لكونها ربييته.

قال: (وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَطَلَّقَهَا فَأَرْضَعَتْهَا أَمْرَأَةٌ صَارَتْ أُمَّ أَمْرَأَتِهِ) أي فتحرم عليه، ولا نظر في ذلك إلى التقدم والتأخر، وقد دخلت تحت أمهات النساء.

قال: (وَلَوْ نَكَحَتْ مُطَلَّقَتُهُ صَغِيرًا وَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِهِ حُرِّمَتْ عَلَى الْمُطَلَّقِ وَالصَّغِيرِ أَبَدًا) أما على المطلق فمن جهة أنها زوجة الصغير، وقد صار أبناً له وأما على الصغير فمن جهة أنها أمه وزوجة أبيه، كذا عللها في «المحرر»^(١) وهو لائح لاشك فيه.

قال: (وَلَوْ زَوَّجَ أُمُّ وَلَدِهِ عَبْدُهُ الصَّغِيرَ فَأَرْضَعَتْهُ لَبَنَ السَّيِّدِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ) أي: لأنها أمه وموطوءة أبيه (وَعَلَى السَّيِّدِ) لأنها زوجة ابنه، وحكي قول أنها لا تحرم على السيد فغلط، وخرج على قول في أن المستولدة لا يجوز تزويجها بحال، أو قول: أنه لا يجوز إجبار العبد الصغير على النكاح؛ فإنه إذا لم يصح النكاح، لم تكن زوجة الابن فلا تحرم على السيد؛ لأن الصغير لم يصير أبناً له؛ فلا تكون هي زوجة الابن.

واعلم أن كلام المصنف رحمه الله يقتضي القطع بجواز تزويج عبده الصغير، وأن هذا أمر مفروغ منه، وإنما الكلام في فرع يتعلق به، وذلك مخالف لما صححه قبيل باب ما يحرم من النكاح، فإنه صحح أنه لا يجبر

(١) «المحرر» (ص ٣٧٢).

العبد مطلقاً عليه، فيكون هذا تفريراً على أحد الأقوال.

قال: (وَلَوْ أَرْضَعَتْ مَوْطُوءَتُهُ الْأُمُّ صَغِيرَةً تَحْتَهُ بِلَبِّنِهِ أَوْ لَبَنٍ غَيْرِهِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ) أما الأمة، فلأنها أم زوجته / ١٢٥/ وأما الصغيرة، فلأنها بنته إذا رضعت من لبنه أو بنت زوجته المدخول بها إن كان بلبن غيره.

قال: (وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا) أي: الكبيرة الصغيرة (انْفَسَخَتْ) لأن الجمع بين الأم والبنت في النكاح ممتنع، وقد صارت الصغيرة بنتاً والكبيرة أمّاً دفعة واحدة فاندفعا.

قال: (وَحُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا) لأنها أم زوجته.

قال: (وَكَذَا الصَّغِيرَةُ إِنْ كَانَ الْإِرْضَاعُ بِلَبِّنِهِ) لأنها بنته.

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن كان الإرضاع بلبن غيره (فربيبته) أي: فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها فهي محرمة أيضاً، وإلا لم تحرم الصغيرة على التأييد.

قال: (وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرٍ فَأَرْضَعَتْهُنَّ حُرِّمَتْ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغَائِرُ إِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ بِلَبِّنِهِ أَوْ لَبَنٍ غَيْرِهِ وَهِيَ) أي^(١): الكبيرة (مَوْطُوءَةٌ) أي: سواء أَرْضَعَتْهُنَّ مَعًا أو مُرْتَبًّا؛ لأن الكبيرة أم زوجاته، والصغائر بنات أو ربائب زوجته المدخول بها.

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن لم يكن اللبن له، ولا كانت الكبيرة مدخولاً بها (فَإِنْ أَرْضَعَتْهُنَّ مَعًا بِإِيجَارِهِنَّ) أي: اللبن المخلوط في (الْخَامِسَةِ أَنْفَسَخْنَ) لصيرورتهن أخوات؛ لاجتماعهن مع الأم في النكاح.

قال: (وَلَا يَحْرُمْنَ) أي: الصغائر (مُؤَبَّدًا) لأنهن بنات امرأة لم يدخل

(١) في (ب): (أم).

بها، فله أن يجدد نكاح واحدة منهن، فلا يجمع بينهما لأنهن أخوات وتحرم الكبيرة على التأيد؛ لأنها (أم)^(١) زوجاته، كما صرح به في «المحرر»^(٢)، وأفهمه كلام المصنف.

قال: (أَوْ مُرْتَبًا لَمْ يَحْرُمْنَ) أي: وإن أرضعتهم على الترتيب، فكذلك تحرم الكبيرة على التأيد، ولا تحرم الصغائر.

قال: (وَيَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأُولَى) لاجتماع الأم والبنت في النكاح (وَالثَّالِثَةُ) لأنها صارت أختًا للثانية التي هي في نكاحه.

قال: (وَتَنْفَسِخُ الثَّانِيَةُ بِإِرْضَاعِ الثَّالِثَةِ) لأنها صارتا أختين^(٣) معًا، فأشبه ما إذا أرضعتها معًا.

قال: (وَفِي قَوْلٍ لَا يَنْفَسِخُ) أي: ويخص الانفساخ بالثالثة؛ لأن الجمع تم بإرضاعها فاخص الفساد بها، كما لو نكح أختًا على أخت. قال في «المحرر»: والأول أصح القولين^(٤)، وقال في الشرحين: نسب هذا القول - أعنى الثاني - إلى الجديد، والأول إلى القديم، لكنه الذي عليه عامة الأصحاب، وبه قال أبو حنيفة وأحمد والمزني، قال في «الكبير»: فعلى هذا (تكون)^(٥) المسألة من المسائل التي رجح فيها القديم^(٦).

قلت: لكن نص عليه في الجديد أيضًا ففي «الأم»^(٧) حكاية القولين

(١) في الأصل: (أمهات).

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٣).

(٣) في الأصل: أختان.

(٤) «المحرر» (ص ٣٧٣).

(٥) من الأصل.

(٦) «الشرح الكبير» ٥٩٢/٩.

(٧) «الأم» ٢٨/٥.

معًا كما أفاده صاحب «المطلب».

فرع:

لو أرضعتهم على التعاقب، لكن أرضعت أثنين معًا ثم الثالثة فإنه يفسخ نكاح الأولين مع الكبيرة؛ لثبوت الأخوة بينهما، ولا اجتماعهما مع الأم في النكاح، ولا يفسخ نكاح الثالثة لانفرادها ووقوع إرضاعها بعد أندفاع نكاح أمها وأختها.

آخر:

لو أرضعت / ٢٥ب / واحدة أولاً ثم اثنتين معًا أندفع نكاح الأولى للاجتماع مع الأم، والآخرين؛ لأنهما صارتا أختين معًا. قال: (وَيَجْرِي الْقَوْلَانِ فِيمَنْ تَحْتَهُ صَغِيرَتَانِ أَرْضَعَتْهُمَا أَجْنَبِيَّةٌ مُرْتَبًا أَيَنْفَسَخَانِ أُمَ الثَّانِيَةِ؟) وجه الأول ما تقدم، وأيضًا فلو أرضعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة أنفسخ نكاحهما؛ لصيرورتهما أُمًّا وبنْتًا معًا، فكَذَلِكَ هُنَا، وَوَجْهُ الثَّانِي مَا تَقْدُمُ أَيْضًا، وَلَا خِلَافٌ عَلَى الْقَوْلَيْنِ أَنَّ الْمَرْضُوعَةَ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ أُمّهَاتِ زَوْجَاتِهِ. واحترز بقوله (مرتبًا) عما إذا أرضعتهم معًا، فإنه يفسخ نكاحهما قولًا واحدًا؛ لأنهما صارتا أختين معًا.



(فَضْلٌ)

قَالَ: هِنْدُ بِنْتِي أَوْ أُخْتِي [بِرَضَاعٍ]^(١)، أَوْ قَالَتْ: هُوَ أَخِي (أَي: أَوْ أَبْنِي كَمَا فِي «الْمَحَرَّرِ»^(٢)).

(حَرَّمَ نِكَاحُهُمَا^(٣)) أَي: بِشَرَطِ الْإِمْكَانِ، كَمَا صَرَحَ بِهِ فِي أَصْلِ «الرَّوْضَةِ»^(٤) تَبَعًا لِلرَّافِعِيِّ فِي شَرْحِهِ^(٥) وَلَمْ يَذْكُرْهُ هُنَا؛ لِأَنَّهُ أَسْلَفَهُ فِي بَابِ الْإِقْرَارِ؛ لِأَنَّهُ إِقْرَارٌ مِنْ أَحَدِهِمَا أَوْ مِنْهُمَا عَلَى نَفْسِهِ، وَلَيْسَ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَى غَيْرِهِ فَيُؤَاخِذُ بِمَوْجِبِهِ، فَإِنْ لَمْ يُمْكِنْ^(٦) بَأَنَ قَالَ: فَلَانَةُ بِنْتِي، وَهِيَ أَكْبَرُ سَنًا مِنْهُ فَهُوَ لَغْوٌ، خِلَافًا لِأَبِي حَنِيفَةَ.

قَالَ: (وَلَوْ قَالَ زَوْجَانِ: بَيْنَنَا رَضَاعٌ مُحَرَّمٌ. فُرِّقَ بَيْنَهُمَا) عَمَلًا بِقَوْلِهِمَا.
قَالَ: (وَسَقَطَ الْمُسَمَّى) إِذَا لَمْ يَصَادَفْ مُحَلًّا.

قَالَ: (وَوَجَبَ مَهْرٌ مِثْلُ إِنْ وَطِئَ) لثَلَا يَخْلُو الْوِطْءُ عَنْهُ، فَإِنْ لَمْ يَطَأْ فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

قَالَ: (وَإِنْ أَدْعَى رَضَاعًا فَأَنْكَرَتْ أَنْفَسَخَ) عَمَلًا بِقَوْلِهِ.

قَالَ: (وَلَهَا الْمُسَمَّى إِنْ وَطِئَ وَإِلَّا) أَي: وَإِنْ لَمْ يَطَأْ (فَنِصْفُهُ) تَرْجِيحًا لِحَاجَتِهِ.

(١) زيادة من «المنهاج».

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٣).

(٣) كذا في الأصول، وفي «المطبوع»: تناكحهما.

(٤) «روضة الطالبيين» ٣٤/٩.

(٥) «الشرح الكبير» ٥٩٧/٩.

(٦) في الأصل: يكن.

قال: (وَإِنْ أَدَّعَتْهُ فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا) لتضمن رضاها الإقرار بحلها.

قال: (وَإِلَّا) أي: وإن زوجت جبراً (فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُهَا) أي: ونص عليه كما نقله الرافعي عن حكاية^(١) القفال^(٢)؛ لأن ما يدعيه محتمل، ولم^(٣) يسبق ما يناقضه، فأشبه ما لو قالته ابتداء يمتنع تزويجها منه، وهذا ما حكاه الإمام عن معظم الأصحاب.

والثاني: المنع أستدامة للنكاح الجاري على الصحة ظاهراً وحسماً للباب.

قال الرافعي: وهو ظاهر النص، واعلم أن عبارة «المحرر» في ترجيح هذا ما نصه: فيه وجهان، رجح منهما تصديق الزوجة^(٤). وكأنه توقف في الترجيح، وهو ما يفهمه عبارته في الشرحين^(٥) حيث نقل هنا، وفي النكاح ترجيح كل عن جماعة، فإطلاق المصنف التصحيح عنه ليس بجيد لذلك.

وأطلق المصنف رحمه الله تصحيح القول^(٦) بأنها إذا زوجت بغير رضاها أن الأصح تصديقها، وشرطه^(٧) أن لا تكون مكنت من وطئها

(١) في الأصل: حكايته.

(٢) «الشرح الكبير» ٥٩٨/٩.

(٣) في الأصل: وإن لم.

(٤) «المحرر» (ص ٣٧٣).

(٥) «الشرح الكبير» ٥٩٨/٩.

(٦) في الأصل: القولين.

(٧) في الأصل: شرط.

مختارة، فإن مكنت منه لم يقبل قولها كما ذكره^(١) في أصل «الروضة»^(٢) تبعاً لـ «الشرح»^(٣).

قال: (ولها مهرٌ مثلٍ إن وطئ) لما تقدم (وإلا فلا شيء لها).

قال: (ويُحَلَّفُ مُنْكَرُ رَضَاعٍ عَلَى نَفْيِ عِلْمِهِ) لأنه ينفي فعل الغير.

قال: (وَمُدَّعِيهِ عَلَى بَتٍّ) لأن الغير يثبت ٢٦/ ويستوي في ذلك الرجل والمرأة، فلو نكلت عن اليمين ورددناها على الزوج أو عكسه، فاليمين المردودة تكون على البت؛ لأنها مثبتة.

وقال القفال على نفي العلم (وقيل: إن يمين المنكر منهما على البت، وقيل: يمينه إن أنكر على البت، ويمينها على نفي العلم)^(٤) والمذهب الأول.

قال: (وَيُنْبِتُ) أي: الرضاع (بِشَهَادَةِ رَجُلَيْنِ أَوْ رَجُلٍ وَامْرَأَتَيْنِ، وَبِأَرْبَعِ نِسْوَةٍ) لأنه مما يختص النساء بالاطلاع عليه غالباً، فأشبهه الولادة، ولا يثبت بما دون أربع نسوة، فإن كل امرأتين بمثابة رجل، وهذا قد كرره^(٥) المصنف في كتاب الشهادات، وسيأتي بزيادة وجه أن الرضاع (لا يثبت إلا)^(٦) بشهادة النساء الخالص.

(١) في (ب): ذكرته.

(٢) «روضة الطالبين» ٣٥/٩.

(٣) «الشرح الكبير» ٥٩٨/٩.

(٤) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٥) في الأصل: ذكره.

(٦) في الأصل: إنما يثبت.

قال^(١) في «التتمة»: وهذا معنى قبول شهادتهن إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي، أما إذا كان النزاع في الشرب أو الإيجار من طرف، فلا يقبل فيه شهادة النساء المتمحضات؛ لأنه لا اختصاص لهن بالاطلاع عليه.

وقال أبو حنيفة: لا يثبت الرضاع بالنسوة المتمحضات. وقال مالك: يثبت بقول اثنين. وقال أحمد: يثبت بشهادة المرضعة وحدها لحديث عقبة بن الحارث في البخاري^(٢).

قال: (وَالْإِقْرَارُ بِهِ شَرْطُهُ رَجُلَانِ) لأن الإقرار مما يطلع عليه الرجال غالبًا بخلاف نفس الرضاع.

قال: (وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ إِنْ لَمْ تَطْلُبْ أُجْرَةً) أي: (فإن طلبتها)^(٣) فلا؛ لأنها متهمة تشهد لنفسها. وقيل: تقبل في ثبوت الحرمة دون الأجرة، والصحيح المنع فيهما.

قال: (وَلَا ذَكَرْتُ فِعْلَهَا) أي^(٤): بل شهدت برضاع محرم، ولا نظر إلى ما يتعلق به من ثبوت المحرمية، وجواز الخلوة والمسافرة، فإن الشهادة لا ترد بمثل هذه الأغراض، ولهذا لو شهد رجلان أن زيدًا طلق زوجته أو أعتق أمته، قيل: وإن أستفاد حل مناكحتها^(٥).

(١) في الأصل: قاله.

(٢) «صحيح البخاري» (٢٦٦٠).

(٣) في الأصل: وإن طلبن.

(٤) من (ب).

(٥) في (ب): مناكحتها.

قال: (وَكَذَا إِنْ ذَكَرْتَهُ) أي: فعلها (فَقَالَتْ^(١)): أَرْضَعْتُهُ فِي الْأَصَحِّ؛ لأنها لم تجرب بها نفعًا، ولا تدفع ضررًا، وفعلها غير مقصود بالإثبات، بل الاعتبار بوصول اللبن إلى الجوف.

والثاني: لا تقبل كما لو شهدت على ولادتها، أو شهد الحاكم على حكم نفسه بعد العزل، أو القسام على القسمة، وفرق الأول بأن الولادة يتعلق بها حق النفقة والإرث، وسقوط القصاص وغيرها^(٢)، وفعل الحاكم والقسام مقصود^(٣) وفعل المرضعة غير مقصود كما تقدم، ولأن الشهادة بالحكم والقسمة تتضمن تركية النفس.

قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَكْفِي بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ مُحَرَّمٌ، بَلْ يَجِبُ ذِكْرُ وَقْتٍ وَعَدَدٍ) أي: بأن يشهد أنها أرضعته أو أرتضع في الحولين خمس رضعات متفرقات؛ لاختلاف المذاهب في شروط الرضاع، فاشتراط التفصيل ليعمل القاضي باجتهاده.

قال في «المحرر»: وهذا قول الأكثرين^(٤)، وكذا في «الشرحين»^(٥). ومقابل الأصح في كلام المصنف هو ما أطلقه جماعة منهم الإمام^(٦) أن الشهادة المطلقة مقبولة، وصرح به البغوي^(٧).

(١) في (ب): فقال.

(٢) في الأصل: وغيرهما.

(٣) في (ب): مقسوم.

(٤) «المحرر» (ص ٣٧٤).

(٥) «الشرح الكبير» ٦٠٢/٩.

(٦) «نهاية المطلب» ٤٠٨/١٥ - ٤٠٩.

(٧) «التهذيب» ٣١٧/٦.

قال الرافعي في «شرحيه» ويحسن أن يتوسط، فيقال: إن أطلق فقيه يوثق بمعرفته قبل؛ وإلا فلا، وينزل الكلامان عليه أو يخصص الخلاف^(١)، بغير الفقيه، وقد سبق مثله في الأخبار بنجاسة الماء، والمانعون من قبول المطلقة ذكروا وجهين في قبول الشهادة المطلقة على الإقرار بالرضاع ولو قال: هي أختي من الرضاع، ففي «البحر» وغيره أنه لا يفتقر إلى ذكر الشروط إن كان فقيهاً، وإلا فوجهان، وفرقوا بين الشهادة والإقرار، بأن المقر يحتاط لنفسه، فلا يقر إلا عن تحقيق^(٢).

واعترض صاحب «المطلب» على الرافعي فيما سبق، فقال: لا ينبغي أن يكتفي في هذا بكونه فقيهاً، بل ينبغي أن يكون فقيهاً على مذهب القاضي، وكلاهما مقلد.

أما لو كانا مجتهدين ففيه نظر؛ لأنه قد يتغير اجتهاد أحدهما عند الشهادة.

قال: ونظير ذلك ما ذكره ابن أبي الدم فيما إذا شهد بأن لفلان في ذمة فلان كذا، ولم يذكر مستنداً فهل يقبل منه، أو لا بد من التفصيل، أو يقبل إن وافق مذهبه مذهب القاضي؟ ثلاثة أوجه.

قال: (وَوُصُولُ اللَّبَنِ جَوْفَهُ) أعلم أنه قد تقرر أن الأصح أنه لا يكفي الشهادة المطلقة في الرضاع، بل لا بد من التفصيل بالتعرض للوقت والعدد.

(١) في الأصل: الكلام.

(٢) «الشرح الكبير» ٦٠٢/٩ - ٦٠٣.

واختلفوا في اشتراط ذكر وصول اللبن إلى الجوف على وجهين :
أصحهما : نعم ، كما يشترط ذكر الإيلاج في شهادة الزنا .
والثاني : لا ؛ لأنه يشاهد^(١) . وهذا الخلاف ذكره الرافعي في
«المحرر» فإنه قال : والأظهر أنه يشترط ذكر وصول اللبن إلى
الجوف^(٢) . فحذفه المصنف في الكتاب .
وجزم بالاشتراط كما قدمته لكل منهما ، منه عود الخلاف المذكور
أولاً في قوله : والأصح إليه ، وليس كذلك ؛ لأن الخلاف المذكور
مفرع عليه ، كما ذكره هو^(٣) في «الروضة» فإنه ذكر^(٤) الخلاف أولاً في
أنه هل تكفي الشهادة المطلقة أم لا ؟
ثم قال : الخامسة لا بد من التعرض للوقت والعدد^(٥) ، ثم ذكر هذا
الخلاف ، وكذا هو مذكور في «الشرحين»^(٦) فكان ينبغي أن يقول : بل
يجب ذكر وقت وعدد ، وكذا وصول لبن إلى جوفه في الأصح وفاء بما
في «المحرر» .
قال : (وَيُعْرَفُ ذَلِكَ) أي : وصول اللبن إلى جوفه (بِمُشَاهَدَةِ حُلْبِ)
أي : بفتح اللام كما ضبطه بخطه .

(١) في الأصل : (شاهد) .

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٤) .

(٣) من (ب) .

(٤) ساقطة من الأصل .

(٥) «روضة الطالبيين» ٣٨/٩ .

(٦) «الشرح الكبير» ٦٠٣/٩ .

(وَإِجَارٍ وَازْدِرَادٍ أَوْ قَرَأْنٍ كَالْتِقَامِ ثُدْيٍ وَمَصِّهِ وَحَرَكَةِ حَلْقِهِ بِتَجَرُّعٍ
وَازْدِرَادٍ بَعْدَ عِلْمِهِ بِأَنَّهَا لَبُونٌ) أي: ذات لبن؛ لأن مشاهدة القرائن قد
تفيد اليقين، وبتقدير أن لا تفيده، فيفيد الظن القوي، وذلك يسلط
على الشهادة، وإن لم يعلم أنها ذات لبن، فهل يحل له الشهادة
بمشاهدة القرائن المذكورة فيه وجهان:

أحدهما: نعم، أخذًا بظاهر الحال، وأظهرهما المنع، كما أفهمه
تقييد المصنف بقوله (بعد علمه / ١٢٧ / أنها لبون)؛ لأن الأصل لا لبن
لها والله أعلم.



[illegible]

کتاب النِّفَقَاتِ

[illegible]

كتاب النِّفَقَاتِ

عَلَى مُوسِرٍ لِرَوْجَتِهِ كُلِّ يَوْمٍ مِدًّا طَعَامٍ، وَمُعْسِرٍ مِدًّا، وَمُتَوَسِّطٍ مِدًّا وَنِصْفُ،
وَالْمِدُّ مِائَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ مِائَةٌ وَأَحَدٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثَلَاثَةُ أَسْبَاعٍ دِرْهَمٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.
وَمِسْكِينُ الرِّكَاءِ مُعْسِرٌ، وَمَنْ فَوْقَهُ إِنْ كَانَ لَوْ كُلفَ مُدَّيْنِ رَجَعَ مِسْكِينًا
فَمُتَوَسِّطٌ، وَإِلَّا فَمُوسِرٌ. وَالوَاجِبُ غَالِبُ قُوَّةِ الْبَلَدِ.

قُلْتُ: فَإِنْ اخْتَلَفَ وَجِبَ لَائِقٌ بِهِ، وَيُعْتَبَرُ الْيَسَارُ وَغَيْرُهُ طُلُوعَ الْفَجْرِ. وَاللَّهُ
أَعْلَمُ.

وَعَلَيْهِ تَمْلِيكُهَا حَبًّا، وَكَذَا طَحْنُهُ وَخَبْرُهُ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا بَدَلَ الْحَبِّ لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ، فَإِنْ أَعْتَاضَتْ جَارَ فِي
الْأَصَحِّ، إِلَّا خُبْرًا أَوْ دَقِيقًا عَلَى الْمَذْهَبِ.

وَلَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ كَالْعَادَةِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: إِلَّا أَنْ تَكُونَ غَيْرَ رَشِيدَةٍ وَلَمْ يَأْذَنْ وَلِيِّهَا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَيَجِبُ أَذْمُ غَالِبِ الْبَلَدِ كَرَيْتٍ وَسَمْنٍ وَجُبْنٍ وَتَمْرٍ، وَيَخْتَلِفُ بِالْفُصُولِ،
وَيُقَدَّرُهُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ، وَيُفَاوِثُ بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ، وَلَحْمٌ يَلِيقُ بَيْسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ
كَعَادَةِ الْبَلَدِ، وَلَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ الْخُبْزَ وَحْدَهُ وَجِبَ الْأُذْمُ.

وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهَا، فَيَجِبُ قَمِيصٌ، وَسَرَاوِيلٌ وَخِمَارٌ وَمُكَعَّبٌ، وَيَزِيدُ فِي الشَّتَاءِ
جُبَّةً، وَجَنَسُهَا قُطْنٌ، فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ لِمِثْلِهِ بِكَتَانٍ أَوْ حَرِيرٍ وَجِبَ فِي
الْأَصَحِّ.

وَيَجِبُ مَا تَقَعُدُ عَلَيْهِ كَرِلِّيَّةٍ أَوْ لَبْدٍ أَوْ حَصِيرٍ، وَكَذَا فِرَاشٌ لِلنَّوْمِ فِي الْأَصَحِّ،

وَمَخَدَّةٌ وَلِحَافٌ فِي الشِّتَاءِ، وَالْأَلَّةُ تَنْظِيفٌ: كَمُشِطٍ، وَدُهْنٍ، وَمَا تُغَسَّلُ بِهِ الرَّأْسُ وَمَزْتَكٌ وَنَحْوُهُ لِدَفْعِ ضُنَانٍ، لَا كُحْلٍ وَخِضَابٍ وَمَا تَزَيَّنَ بِهِ، وَدَوَاءٌ مَرَضٍ، وَأُجْرَةٌ طَبِيبٍ وَحَاجِمٍ.

وَلَهَا طَعَامُ أَيَّامِ الْمَرَضِ وَأَذْمُهَا، وَالْأَصْحُ وَجُوبُ أُجْرَةِ حَمَامٍ بِحَسَبِ الْعَادَةِ، وَتَمَنٍ مَاءٍ غُسْلٍ جَمَاعٍ وَنَفَاسٍ، لَا حَيْضٍ وَاحْتِلَامٍ فِي الْأَصَحِّ. وَلَهَا آلَاتُ أَكْلِ وَشُرْبٍ وَطَبَخٍ كَقَدِيرٍ وَقَصْعَةٍ وَكُوزٍ وَجَرَّةٍ وَنَحْوِهَا. وَمَسْكَنٌ يَلِيقُ بِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِلْكُهُ.

وَعَلَيْهِ لِمَنْ لَا يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا إِخْدَامُهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لَهُ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ، أَوْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ يَصْحَبُهَا مِنْ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لِخِدْمَتِهِ، وَسَوَاءٌ فِي هَذَا مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ وَعَبْدٌ، فَإِنْ أَخْدَمَهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ بِأُجْرَةٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهَا أَوْ بِأَمَتِهِ أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِمَنْ صَحَبَتْهَا لَزِمَهُ نَفَقَتُهَا.

وَجِنْسُ طَعَامِهَا جِنْسُ طَعَامِ الزَّوْجَةِ، وَهُوَ مُدٌّ عَلَى مُعْسِرٍ وَكَذَا مُتَوَسِّطٌ فِي الصَّحِيحِ، وَمُوسِرٌ مُدٌّ وَثُلُثٌ وَلَهَا كِسْوَةٌ تَلِيقُ بِحَالِهَا، وَكَذَا أَدَمٌ عَلَى الصَّحِيحِ، لَا أَلَّةٌ تَنْظِيفٍ فَإِنْ كَثُرَ وَسَخٌ وَتَأَذَّتْ بِقَمَلٍ وَجَبَ أَنْ تُرَفَّهَ.

وَمَنْ تَخْدُمُ نَفْسَهَا فِي الْعَادَةِ إِنْ أَحْتَاجَتْ إِلَى خِدْمَةٍ لِمَرَضٍ أَوْ زَمَانَةٍ وَجَبَ إِخْدَامُهَا، وَلَا إِخْدَامَ لِرَقِيقَةٍ، وَفِي الْجَمِيلَةِ وَجْهٌ.

وَيَجِبُ فِي الْمَسْكَنِ إِمْتَاعٌ، وَمَا يُسْتَهْلَكُ كَطَعَامٍ تَمْلِكُ، وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ فَلَوْ قَتَرَتْ بِمَا يَصُورُهَا مَنَعَهَا، وَمَا دَامَ نَفْعُهُ كَكِسْوَةٍ وَظُرُوفِ طَعَامٍ وَمُشِطٍ تَمْلِكُ، وَقِيلَ: إِمْتَاعٌ.

وَتُعْطَى الْكِسْوَةُ أَوَّلَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ، فَإِنْ تَلَفَتْ فِيهِ بِلَا تَقْصِيرٍ لَمْ تُبَدَّلْ إِنْ قُلْنَا تَمْلِكُ، فَإِنْ مَاتَتْ فِيهِ لَمْ تُرَدَّ. وَلَوْ لَمْ يَكُنْ مُدَّةً فَدَيْنٌ.

فَصْلٌ

الْجَدِيدُ أَنَّهَا تَجِبُ بِالتَّمَكُّينِ لَا الْعَقْدِ.

فَإِنْ اُخْتَلَفَا فِيهِ صُدِّقَ، فَإِنْ لَمْ تَعْرِضْ عَلَيْهِ مُدَّةً فَلَا نَفَقَةَ فِيهَا، وَإِنْ عَرَضْتَ وَجَبَتْ مِنْ بُلُوغِ الْخَبَرِ، فَإِنْ غَابَ كَتَبَ الْحَاكِمُ لِحَاكِمِ بَلَدِهِ لِيُعْلِمَهُ فَيَجِيءَ أَوْ يُوكِّلَ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَمَضَى زَمَنُ وَصُولِهِ فَرَضَهَا الْقَاضِي.

وَالْمُعْتَبَرُ فِي مَجْنُونَةٍ وَمُراهِقَةٍ عَرَضٌ وَلِيٌّ.

وَتَسْقُطُ بِنُشُوزٍ وَلَوْ بِمَنْعٍ لَمَسٍ بِلا عُدْرٍ، وَعِبَالَةِ زَوْجٍ، أَوْ مَرَضٍ يَضُرُّ مَعَهُ الْوَطْءُ عُدْرًا، وَالْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِلَّا أَنْ يُشْرِفَ عَلَى اتِّهَادِهِ.

وَسَفَرُهَا بِإِذْنِهِ مَعَهُ أَوْ لِحَاجَتِهِ لَا يُسْقِطُ وَلِحَاجَتِهَا يُسْقِطُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ نَشَرَتْ فَغَابَ فَأَطَاعَتْ لَمْ تَجِبْ فِي الْأَصَحِّ وَطَرِيقُهَا أَنْ يَكْتُوبَ الْحَاكِمُ كَمَا سَبَقَ.

وَلَوْ خَرَجَتْ فِي غَيْبِهِ لَزِيَارَةٍ وَنَحْوِهَا لَمْ تَسْقُطْ، وَالْأَظْهَرُ أَنْ لَا نَفَقَةَ لِصَغِيرَةٍ وَأَنَّهَا تَجِبُ لِلْكَبِيرَةِ عَلَى صَغِيرٍ.

وَإِحْرَامُهَا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ بِلا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَحْلِيلُهَا، وَإِنْ مَلَكَ فَلَا حَتَّى تَخْرُجَ فَمُسَافِرَةٌ لِحَاجَتِهَا أَوْ بِإِذْنٍ، فَفِي الْأَصَحِّ لَهَا نَفَقَةٌ مَا لَمْ تَخْرُجَ.

وَيَمْنَعُهَا صَوْمُ نَفْلِ فَإِنْ أَبَتْ فَنَاشِزَةٌ فِي الْأَظْهَرِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَضَاءَهُ لَا يَتَضَيِّقُ كَنَفْلِ فَيَمْنَعُهَا، وَأَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْ تَعْجِيلِ مَكْتُوبَةٍ أَوَّلَ وَقْتٍ، وَسُنَنِ رَاتِبَةٍ.

وَتَجِبُ لِرَجْعِيَّةِ الْمُؤْنِ إِلَّا مُؤْنَةٌ تَنْطَفِئُ.

فَلَوْ ظَنَنْتُ حَامِلًا فَأَنْفَقَ فَبَانَتْ حَائِلًا أَسْتَوْجَعَ مَا دَفَعَ بَعْدَ عِدَّتِهَا.

وَالْحَائِلُ الْبَائِسُ بِخُلْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا كِسْوَةَ، وَتَجِبَانِ لِحَامِلٍ لَهَا،

وفي قول: لِلْحَمْلِ، فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا تَجِبُ لِحَامِلٍ عَنْ شُبْهَةِ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ.
قُلْتُ: وَلَا نَفَقَةَ لِمُعْتَدَّةٍ وَفَاةٍ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَنَفَقَةُ الْعِدَّةِ مُقَدَّرَةٌ كَزَمَنِ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: تَجِبُ الْكِفَايَةُ، وَلَا يَجِبُ دَفْعُهَا
قَبْلَ ظُهُورِ حَمْلٍ، فَإِذَا ظَهَرَ وَجَبَ يَوْمًا يَوْمًا، وَقِيلَ: حِينَ تَضَعُ، وَلَا تَسْقُطُ
بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ.

فَصْلٌ

أَعْسَرَ بِهَا فَإِنْ صَبِرَتْ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَهَا الْفَسْخُ عَلَى الْأَظْهَرِ.
وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا فَسْخَ بِمَنْعِ مُوسِرٍ خَضَرَ أَوْ غَابَ، وَلَوْ خَضَرَ وَغَابَ مَالُهُ، فَإِنْ
كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ فَلَهَا الْفَسْخُ وَإِلَّا فَلَا، وَيُؤْمَرُ بِالْإِحْضَارِ، وَلَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِهَا لَمْ
يَلْزَمْهَا الْقَبُولُ، وَقُدِّرَتْهُ عَلَى الْكَسْبِ كَالْمَالِ، وَإِنَّمَا يُفْسَخُ بِعَجْزِهِ عَنْ نَفَقَةِ مُعْسِرٍ.
وَالْإِعْسَارُ بِالْكَسْوَةِ كَهُوَ بِالنَّفَقَةِ، وَكَذَا بِالْأَدَمِ، وَالْمَسْكَنُ فِي الْأَصَحِّ.
قُلْتُ: الْأَصَحُّ الْمَنْعُ فِي الْأَدَمِ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وفي إعساره بِالمهرِ أقوالٌ: أَظْهَرُهَا: تُفْسَخُ قَبْلَ وَطْءٍ لَا بَعْدَهُ، وَلَا فَسْخَ
حَتَّى يَنْبُتَ عِنْدَ قَاضٍ إِعْسَارُهُ فَيَفْسَخَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهَا فِيهِ، ثُمَّ فِي قَوْلٍ: يُنْجَزُ
الْفَسْخُ، وَالْأَظْهَرُ إِنْمَالُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ
نَفَقَتُهُ، وَلَوْ مَضَى يَوْمَانِ بِلَا نَفَقَةٍ وَأَنْفَقَ الثَّالِثَ وَعَجَزَ الرَّابِعَ بَنَتْ، وَقِيلَ: تَسْتَأْنِفُ.
وَلَهَا الْخُرُوجُ زَمَنَ الْمُهْلَةِ لِتَحْصِيلِ الثَّقَفَةِ، وَعَلَيْهَا الرُّجُوعُ لَيْلًا.

وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَوْ نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَهُ، وَلَوْ رَضِيَتْ
بِإِعْسَارِهِ بِالمهرِ فَلَا، وَلَا فَسْخَ لِوَلِيِّ صَغِيرَةٍ وَمَجْنُونَةٍ بِإِعْسَارِ بِمهرٍ وَنَفَقَةٍ.
وَلَوْ أَعْسَرَ زَوْجٌ أَمَةً بِالثَّقَفَةِ فَلَهَا الْفَسْخُ، فَإِنْ رَضِيَتْ فَلَا فَسْخَ لِلْسَيِّدِ فِي

الأصح، وله أن يُلجئها إليه بأن لا يُنفقَ عليها ويقول: أفسخي أو جوعي.

فَصْلٌ

تَلَزَمُهُ نَفَقَةُ الْوَالِدِ، وَإِنْ عَلَا، وَالْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ، وَإِنْ اخْتَلَفَ دِينُهُمَا بِشَرِطِ
يَسَارِ الْمُنْفِقِ بِفَضْلِ عَنْ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِ عِيَالِهِ فِي يَوْمِهِ، وَيُبَاعُ فِيهَا مَا يُبَاعُ فِي
الدِّينِ، وَيَلْزَمُ كَسُوبًا كَسْبُهَا فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا تَجِبُ لِمَالِكٍ كِفَايَتُهُ وَلَا مُكْتَسِبُهَا، وَتَجِبُ لِفَقِيرٍ غَيْرِ مُكْتَسِبٍ إِنْ كَانَ
زَمَنًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا، وَإِلَّا فَأَقْوَالٌ، أَحْسَنُهَا: تَجِبُ، وَالثَّلَاثُ لِأَصْلٍ، لَا فَرْعٍ.
قُلْتُ: الثَّلَاثُ أَظْهَرُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

وَهِيَ الْكِفَايَةُ. وَتَسْقُطُ بِفَوَاتِهَا، وَلَا تَصِيرُ دَيْنًا إِلَّا بِفَرْضِ قَاضٍ، أَوْ إِذْنِهِ فِي
اقتراضٍ لِعَيْبَةٍ أَوْ مَنَعٍ.

وَعَلَيْهَا إِرْضَاعُ وَلَدِهَا اللَّبَاءُ.

ثُمَّ بَعْدَهُ إِنْ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا هِيَ أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ وَجِبَ إِرْضَاعُهُ، وَإِنْ وُجِدَتَا لَمْ تُجْبَرَ
الْأُمُّ، فَإِنْ رَغِبَتْ وَهِيَ مَكْوَحَةٌ أَبِيهِ فَلَهُ مَنَعُهَا فِي الْأَصَحِّ.

قُلْتُ: الْأَصَحُّ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا، وَصَحَّحَهُ الْأَكْثَرُونَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَإِنْ اتَّفَقَا وَطَلَبَتْ أُجْرَةً مِثْلَ أُجْيَتٍ، أَوْ فَوْقَهَا فَلَا.

وَكَذَا إِنْ تَبَرَّعَتْ أَجْنَبِيَّةٌ أَوْ رَضِيَتْ بِأَقَلِّ فِي الْأَظْهَرِ.

وَمَنْ اسْتَوَى فَرْعَاهُ اتَّفَقَا، وَإِلَّا فَلَا أَصَحَّ أَقْرَبُهُمَا، فَإِنْ اسْتَوَيَا فَبِالْإِرْثِ فِي
الْأَصَحِّ، وَالثَّانِي: بِالْإِرْثِ ثُمَّ الْقُرْبُ، وَالْوَارِثَانِ يَسْتَوِيَانِ، أَمْ يُوزَعُ بِحَسَبِهِ؟
وَجْهَانِ، وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فَعَلَى الْأَبِ، وَقِيلَ: عَلَيْهِمَا لِبَالِغٍ، أَوْ أَجْدَادٌ وَجَدَاتٌ إِنْ
أَذَلَّى بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ فَلَا أَقْرَبَ، وَإِلَّا فَبِالْقُرْبِ. وَقِيلَ: الْإِرْثُ.

وقيل: بولاية المال، ومن له أصل وفرع ففي الأصح على الفرع، وإن بعد.
أو محتاجون يُقدّم زوجه ثم الأقرب، وقيل: الوارث، وقيل: الولي.

فصل

الحضانة: حفظ من لا يستقل وتربيته.

والإناث أليق بها، وأولاهن أم ثم أمهات يُدلين إناث يُقدّم أقربهن، والجديد
تُقدّم بعدهن أم أب ثم أمهاتها المُدليات إناث خلص، ثم أم أبي أب كذلك، ثم
أم أبي جد كذلك، والقديم الأخوات والخالات يُقدّمن عليهن، وتُقدّم أخت
على خالة وخالة على بنت أخ وأخت، وبنت أخ وأخت على عمّة، وأخت
من أبوين على أخت من أحدهما، والأصح تقديم أخت من أب على أخت
من أم وخالة وعمّة لأب عليهما لأم، وسقوط كل جدّة لا ترث دون أنثى
غير محرم كبنت خالة.

وتثبت لكل ذكر محرم وارث على ترتيب الإرث، وكذا غير محرم كابن
عم على الصحيح، ولا تُسلم إليه مُشتهاة بل إلى ثقة يعيها.
فإن فقد الإرث والمحرمة أو الإرث فلا في الأصح.

وإن اجتمع ذكور وإناث فالأم ثم أمهاتها ثم الأب، وقيل: تُقدّم عليه الخالة
والأخت من الأم، ويُقدّم الأصل على الحاشية، فإن فقد فالأصح الأقرب، وإلا
فالأنثى، وإلا فيقرع.

ولا حضانة لِرقيق ومجنون وفاسق وكافر على مُسلم، وناكحة غير أبي
الطفل إلا عمّه وابن عمّه وابن أخيه في الأصح، وإن كان رضيعاً اشترط أن
تُرضعه على الصحيح.

فَإِنْ كَمَلْتَ نَاقِصَةً أَوْ طَلَقْتَ مَنْكُوحَةً حَضَنْتَ، وَإِنْ غَابَتِ الْأُمُّ أَوْ أَمْتَنَتْ فَلِلْجَدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ، هَذَا كُلُّهُ فِي غَيْرِ مُمَيِّزٍ.

وَالْمُمَيِّزُ إِنْ أَفْتَرَقَ أَبَوَاهُ كَانَ عِنْدَ مَنْ اخْتَارَ مِنْهُمَا، فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فِسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ فَالْحَقُّ لِلْآخِرِ، وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أُمٍّ وَجَدٍّ، وَكَذَا أَخٌ أَوْ عَمٌّ أَوْ أَبٌ مَعَ أُخْتٍ أَوْ خَالَةٍ فِي الْأَصَحِّ، فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ الْآخَرُ حَوْلَ إِلَيْهِ، فَإِنْ اخْتَارَ الْأَبُ ذَكَرَ لَمْ يَمْنَعُهُ زِيَارَةُ أُمِّهِ وَيَمْنَعُ أَنْثَى، وَلَا يَمْنَعُهَا دُخُولًا عَلَيْهِمَا زَائِرَةً، وَالزِّيَارَةُ مَرَّةً فِي أَيَّامٍ، فَإِنْ مَرِضَا فَلِلْأُمِّ أَوْلَى بِتَمْرِضِهِمَا، فَإِنْ رَضِيَ بِهِ فِي بَيْتِهِ، وَإِلَّا فَبِي بَيْتِهَا، وَإِنْ اخْتَارَهَا ذَكَرَ فَعِنْدَهَا لَيْلًا، وَعِنْدَ الْأَبِ نَهَارًا يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ لِمَكْتَبٍ أَوْ حِرْفَةٍ، أَوْ أَنْثَى فَعِنْدَهَا لَيْلًا وَنَهَارًا، وَيَزُورُهَا الْأَبُ عَلَى الْعَادَةِ، وَإِنْ اخْتَارَهُمَا أَقْرَعٌ، فَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ فَلِلْأُمِّ أَوْلَى، وَقِيلَ: يُفْرَعُ.

وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَفَرَ حَاجَةً كَانَ الْوَلَدُ الْمُمَيِّزُ وَغَيْرُهُ مَعَ الْمُقِيمِ حَتَّى يَعُودَ، أَوْ سَفَرَ نُقْلَةً فَلِلْأَبِ أَوْلَى بِشَرْطِ أَمْنِ طَرِيقِهِ وَالْبَلَدِ الْمَقْصُودِ، قِيلَ: وَمَسَافَةُ قَصْرِ وَمَحَارِمُ الْعَصَبَةِ فِي هَذَا كَالْأَبِ، وَكَذَا ابْنُ عَمٍّ لِدَكَرٍ وَلَا يُعْطَى أَنْثَى، فَإِنْ رَافَقَتْهُ بِنْتُهُ سَلَّمَ إِلَيْهَا.

فصل

عَلَيْهِ كِفَايَةُ رَقِيقِهِ نَفَقَةً، وَكِسْوَةً وَإِنْ كَانَ أَعْمَى زَمَنًا وَمُدَبِّرًا وَمُسْتَوْلَدَةً مِنْ غَالِبٍ قُوتِ رَقِيقِ الْبَلَدِ وَأُذْمِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ، وَلَا يَكْفِي سِتْرُ الْعَوْرَةِ.

وَيُسْنَى أَنْ يُنَاوِلَهُ مِمَّا يَتَنَعَّمُ بِهِ مِنْ طَعَامٍ وَأُذْمٌ وَكِسْوَةٌ.

وَتَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ وَيَبِيعُ الْقَاضِي فِيهَا مَالَهُ، فَإِنْ قُعِدَ الْمَالُ أَمَرَهُ بِبَيْعِهِ أَوْ

إِغْتَاقِهِ.

وَيُجْبَرُ أُمَّتُهُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا، وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ فَضَلَ عَنْهُ، وَفَطَمَهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ
إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ، وَإِرْضَاعِهِ بَعْدَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهَا.

وَلِلْحَرَّةِ حَقٌّ فِي التَّرْبِيَةِ، فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَطَمُهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ، وَلَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ،
وَلِأَحَدِهِمَا بَعْدَ حَوْلَيْنِ، وَلَهُمَا الزِّيَادَةُ.

وَلَا يُكَلِّفُ رَقِيقَهُ إِلَّا عَمَلًا يُطِيقُهُ، وَتَجُوزُ مُخَارَجَتُهُ بِشَرْطِ رِضَاهُمَا، وَهِيَ
خَرَاجُ يَوْمٍ أَوْ أُسْبُوعٍ، وَعَلَيْهِ عِلْفُ دَوَابِّهِ، وَسَقْيُهَا، فَإِنْ أَمْتَنَعَ أُجِبَ فِي
الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعِ أَوْ عِلْفِ أَوْ ذَبْحٍ، وَفِي غَيْرِهِ عَلَى بَيْعِ أَوْ عِلْفٍ.

وَلَا يَحْلِبُ مَا ضَرَّ وَلَدَهَا

وَمَا لَا رُوحَ لَهُ، كَقَنَاقَةِ وَدَارٍ لَا تَجِبُ عِمَارَتُهَا.



(كتاب النَّفَقَاتِ)

النفقة من الإنفاق، وهو الإخراج. قاله في «التحرير»^(١)، والنفقات جمع نفقة، والنفقة: الدراهم ونحوها من الأموال، ويجمع على نفاق أيضاً كثمرة وثمار، وسميت بذلك إما لشبهها بذهابها بالموت، وإما لرواجها من نفقت السوق، وإما من نفق (المبيع إذا)^(٢) كثر طلابه، وإما لنفادها، ومن نفق الزاد بالكسر إذا ذهب؛ لأنها عرضة للنفاد.

وأساب وجوبها ثلاثة: ملك النكاح، وقرابة العصبة^(٣)، وملك اليمين، وقد ذكرها المصنف في الباب على هذا الترتيب وبدأ بنفقة ملك النكاح تبعاً لإمامه (قدس الله روحه ونور ضريحه)^(٤)؛ لأنها تجب بطريق المعاوضة في مقابلة التمكين من الاستمتاع، ولا تسقط بمضي الزمان، فهي أقوى من غيرها؛ فلهذا بدأ بها، والأصل في وجوبها الكتاب والسنة والإجماع، أما الكتاب فأيات منها ما بدأ بها

(١) «تحرير التنبيه» (ص ٣١٧).

(٢) في (ب): (البيع).

(٣) في الأصل: العصوبة.

(٤) من الأصل.

في «المحرر»^(١)، وهي قوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] فنص على وجوبها بالولادة في الحال التي تتشاغل بولدها عن أستماع الزوج؛ ليكون أدل على وجوبها عليه في حال أستماعه^(٢)، ومنها قوله تعالى: ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾ [النساء: ٣٤] والدليل فيها من وجهين:

الأول: قوله: ﴿قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾ والقيم على غيره هو المتكفل بأمره.

والثاني: قوله: ﴿وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ﴾.

ومنها قوله تعالى: ﴿قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ﴾ [الأحزاب: ٥٠] فدل على وجوب النفقة؛ لأنها من جملة الفروض.

وأما السنة فأحاديث كثيرة صحيحة، ومنها قوله عليه السلام: «حق الزوجة على الزوج أن تطعمها إذا طعمت»^(٣)، وتكسوها إذا اكتسيت» رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه والحاكم وقال: صحيح الإسناد^(٤). وأجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجات على الجملة.

قال: (عَلَى مُوسِرٍ لِرِزْقَتِهِ) أي: مسلمة وذمية^(٥) حرة، أو أمة شريفة وغيرها (كُلَّ يَوْمٍ مَدًّا طَعَامٌ، وَمُعْسِرٍ مَدٌّ، وَمُتَوَسِّطٍ مَدٌّ وَنِصْفٌ) أما التفاوت

(١) «المحرر» (ص ٣٧٥).

(٢) في (ب): الأستماعة. (٣) في الأصل: أطعمت.

(٤) «سنن أبي داود» (٢١٤٢)، «سنن ابن ماجه» (١٨٥٠)، «السنن الكبرى» للنسائي ٣٢٣/٦ (١١١٠٤)، «المستدرک» ١٨٧/٢ - ١٨٨.

(٥) في الأصل: أو ذمية.

بين المعسر والموسر، فالدليل عليه قوله تعالى: ﴿لِيُنْفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ﴾ أي: ضيق ﴿فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧] وأما اعتبار ما ذكره في حق الموسر والمعسر والمتوسط، فقد تمسك الأصحاب فيه بأن الشرع قَدَّر النفقة بالاجتهاد، ولا يجوز اعتبارها بقدر الحاجة؛ لأنه لو كان كذلك لسقطت نفقة المريضة ومن هي مستغنية بالشبع في بعض الأيام، وإذا بطل هذا المأخذ وجب أن يلحق بما هو شبيه بها، وأشبه شيء بها الكفارات /٢٧ب/؛ لأن كل واحدة^(١) منهما طعام واجب بالشرع لسد الجوعة فيستقر في الذمة، فالمد الواحد يكتفي به الزهيد ويتبلغ الرغيب، والمدان قدر المتوسعين، وأيضاً فقد اعتبر الله تعالى جنس الإطعام في الكفارة بنفقة الأهل بقوله تعالى: ﴿مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ﴾ [المائدة: ٨٩].

وذلك يدل على المشابهة والمقارنة، وأكثر ما أوجبه الشرع في الكفارة مدان للمسكين الواحد في كفارة الأذى في الإحرام، وأقل ما أوجبه للواحد فيها مد في كفارة اليمين والظهار والوقاع، فوجب أن يكون هنا كذلك، وأما اعتبار المد ونصف في حق المتوسط، فلأننا لو أوجبنا عليه المدين لأضررنا به. ولو أوجبنا المد لأضررنا بها وهو متردد بينهما، فوجب عليه من نفقة كل واحد منهما نصفها دفعاً للضرر، ووراء ما ذكره المصنف قولان، ووجه أحدهما: أن الواجب كفاية المرأة من غير تقدير كنفقة القريب.

(١) في الأصل: (واحد).

وقد يحتج له بقوله عليه السلام لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(١).
ولأنها في مقابلة التمكين، وهو مقدر بكفاية الزوج فكذلك النفقة.
الثاني: أن الاعتبار بالقاضي فيجتهد ويقدر، حكاه الرافعي عن
صاحب «التقريب»^(٢).

وعبارة الإمام في حكايته عنه تقتضي أنه إنما يرجع إلى أجتهد
القاضي في الزيادة على المد في حق المتوسط، وفي نفقة الخادم
فقط، لا في أصل النفقة^(٣).

وقال ابن خيران وغيره: المعتبر عرف الناس في البلد، وعند أبي
حنيفة ومالك الاعتبار بحال المرأة، ويختلف القدر برغبتها وزهادتها،
ويقال: النظر عند أبي حنيفة إلى شرفها وحسبها، وعند أحمد ينظر
إلى حال الزوجين جميعاً فيجب على الموسر للفقيرة نفقة متوسطة^(٤).

قال: (وَالْمُدُّ مِئَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ) هذا تفریع منه
على أن رطل بغداد مئة وثلاثون درهماً، والمصنف يخالفه في ذلك
ويقول: إنه مئة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم، لا جرم
أستدرك عليه فقال: (قُلْتُ: الْأَصْحُ مِائَةٌ وَاحِدٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثَلَاثَةُ
أَسْبَاعٍ دِرْهَمٍ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.)، وهو موافق لما صححه في رطل بغداد، وقد
تقدم في زكاة النبات الخلاف فيه واضحاً.

(١) رواه البخاري (٥٣٦٤)، ومسلم (١٧١٤) من حديث عائشة.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/٥.

(٣) «نهاية المطلب» ١٥/٤٢٠.

(٤) في الأصل: متوسط.

قال: (وَمِسْكِينُ الزَّكَاةِ مُعْسِرٌ، وَمَنْ فَوْقَهُ إِنْ كَانَ لَوْ كُفِّ مُدَّيْنِ رَجَعَ مِسْكِينًا فَمَتَوَسَّطٌ، وَإِلَّا فَمُوسِرٌ) هذا أحسن الأوجه في ضبط اليسار والإعسار والتوسط كما قاله الرافعي في «شرحيه»^(١).
وفي المسألة ثلاثة أوجه آخر، أحدها: أن ذلك يضبط بالعادة، ويختلف باختلاف الأحوال والبلاد.

ونقله صاحب «المطلب» عن مقتضى إطلاق الأكثرين والثاني: من زاد دخله على خرجه موسر /٢٨/ والمعسر عكسه، والمتوسط من ساوى دخله خرجه.

والثالث: أن الاعتبار بالكسب، فمن قدر على نفقة الموسرين في حق نفسه، وحق من في نفقته من كسبه، لا من أصل ماله فهو موسر، ومن قدر على أن ينفق من كسبه نفقة المتوسطين فمتوسط، ومن لا يقدر على أن ينفق من كسبه فمعسر.

قال: (وَالْوَاجِبُ غَالِبُ قُوَّةِ الْبَلَدِ) أي: من الحنطة أو الشعير أو الأرز أو التمر أو غيرها^(٢)، حتى يجب الأقط في أهل البادية الذين يقتاتونه؛ لأن الله تعالى أوجب النفقة والكسوة، بالمعروف، ومن المعروف أن يطعمها ما يطعم منه^(٣) أهل البلد، وأيضاً اعتباراً بالفطرة والكفارة، وعن ابن سريج أن المعتبر ما يليق بحال الزوج إلحاقاً للجنس بالقدر.

(١) «الشرح الكبير» ٦/١٠.

(٢) في (ب): (غيرهما).

(٣) ساقطة من الأصل.

قال: قُلْتُ: (فَإِنْ اُخْتَلَفَ) أي: قوت البلد، ولم يكن غالب (وَجَبَ لَأَيْقُ بِهِ) أي: بحال الزوج، أي: إن كان يأكل مما يليق به؛ فإن كان قوته أقل من الحال اللائق به كالمترهدين، فلا يعتبر اللائق به، قاله مجلي، وفي «الحاوي»: أنه إذا اختلف قوت بلدهما وجب لها الغالب من قوت مثلهما، فإن كان مختلفاً كان الزوج مخيراً دونها^(١).

قال: (وَيُعْتَبَرُ الْيَسَارُ وَغَيْرُهُ) أي: وهو الإعسار والتوسط (طُلُوعَ الْفَجْرِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ) أي: فإن كان موسراً حينئذ فعليه نفقة الموسرين، وإن أعسر في أثناء النهار، وإن كان موسراً لم يلزمه إلا نفقة المعسرين، وإن أيسر في أثناء النهار.

قال في «المطلب»: ومقتضى قول من جعل وقت^(٢) الوجوب طلوع الشمس^(٣) أن يعتبر حاله عنده.

فرع:

ليس على العبد إلا نفقة المعسر، وكذا المكاتب لضعف ملكه، والأصح أن المبعوض كذلك، وإن كثر ماله؛ لنقص حاله.

قال: (وَعَلَيْهِ تَمْلِكُهَا حَبًّا) أي: لا الخبز والدقيق بالقياس على الكفارات، وفي تعليق القاضي حسين أن بعض أصحابنا قال: إن كان الأغلب في بعض البلاد أنهم لا يطحنون الأطعمة بأيديهم لم يفرض لها إلا الدقيق، وإن كانت العادة أن المرأة تطحنه برحاً يد فلا بأس أن

(١) «الحاوي الكبير» ٤١٤/١١.

(٢) في الأصل: قوت. (٣) في الأصل: الفجر.

يفرض لها الحنطة.

قال: (وَكَذَا طَحْنُهُ وَخَبْزُهُ فِي الْأَصَحِّ) أي: مؤنة الطحن والخبز ببذل المال، أو بأن يتولاها بنفسه أو بغيره، ووجه ذلك أنها في حبسه، فيجب مؤنتها.

قال الرافعي: فعلى هذا عليه مؤنة طبخ اللحم وما يطبخ به^(١).
والثاني: لا يلزم كالكفارات.

والثالث: إن كانت من أهل القرى الذين عادتهم الطحن والخبز بأنفسهم فلا، وإلا فنعم، وبه قال الماوردي^(٢)، ولو كانت مما لا تتعاطاه^(٣) بنفسها، وكانت العادة أن يتعاطاه الخادم، وكانت ممن لا تخدم، فينبغي أن لا يجب عليه أيضًا، كما قاله في «المطلب» قال: وينبغي ٢٨ب/ أن يجب عليه تحصيل آلة الطحن والخبز من الوقود وغيره، كما يدل عليه إيجابهم الحطب والملح لإصلاح اللحم.
قال: ولو كان الواجب لها التمر أو الأقط لم يجب معه شيء؛ لأنه يؤكل كذلك.

فرع:

لو باعت الحب أو أتلفته ففي استحقاقها مؤنة إصلاحه تردد الإمام^(٤).
قال الغزالي^(٥): الظاهر نعم، وكلام الرافعي يميل إلى ترجح مقابله^(٦).

(١) «الشرح الكبير» ٢١/١٠. (٢) «الحاوي الكبير» ٤٢٦/١١.

(٣) في (ب): تتعاطى. (٤) «نهاية المطلب» ٤٣٣/١٥.

(٥) «الوسيط» ٢١١/٦. (٦) «الشرح الكبير» ٢١/١٠.

قال: (وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا بَدَلَ الْحَبِّ لَمْ يُجْبَرِ الْمُتَمَتِّعُ) لأنه خلاف الواجب.

قال: (فَإِنْ أَعْتَاظْتُ) أي^(١): دراهم ودنانير (جَازَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه طعام مستقر في الذمة لمعين، فجاز أخذ العوض عنه كالعرض، وقولنا: لمعين، يخرج الكفارة، فإنها لا تستقر لمعين، وقولنا: مستقر، يخرج المسلم فيه.

(والثاني: لا؛ لأنه طعام ثبت في الذمة عوضاً، فلم يجز الاعتياض عنه قبل القبض كالمسلم فيه)^(٢)، ولأنه طعام واجب في الذمة بالشرع، فلم يجز أخذ العوض عنه كطعام الكفارة، وفي تعليق القاضي حسين حكاية وجه ثالث فارق بين النفقة المستقرة الثابتة في الذمة، فيجوز الاعتياض عنها، وبين النفقة المستقبلية فلا يجوز.

قال في «الكفاية»: وكأنه يشير -والله أعلم- إلى نفقة اليوم قبل مضيه، فإنها متعرضة للسقوط بالنشوز^(٣).

قال: (إِلَّا خُبْرًا وَدَقِيقًا) أي: أو سويقًا كما في أصل «الروضة» (عَلَى الْمَذْهَبِ) لأنه ربا^(٤)، وقطع البغوي بالجواز^(٥)؛ لأنها تستحق الحب وإصلاحه، وقد فعله، هذا كله لفظ «الروضة»، وهو واف بما ذكره المصنف.

(١) من الأصل.

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٣) «كفاية النبيه» ١٥/١٦٩.

(٤) «روضة الطالبين» ٩/٥٤.

(٥) «التهذيب» ٦/٣٣٣.

وعبارة «الشرح الكبير» لو أعتاضت عنه الخبز والدقيق أو السوق فوجهان: وجه الجواز أنها تستحق الحب والإصلاح، فإذا أخذت الطعام المصلح فقد أخذت حقها، وأيضاً فقد يشق عليها تكليف الإصلاح، والمعالجة، وعليه بذل المؤنة.

ووجه المنع أن بيع الحنطة بالخبز والدقيق ربا، ورتب في «الوجيز»^(١) لهذا المعنى الخلاف في أعتياض الخبر على الخلاف في أعتياض الدراهم وجعله أولى بالمنع، وإلى ترجيح المنع ذهب أصحابنا العراقيون وتابعهم القاضي الروياني وغيره.

وأجاب صاحب «التهذيب» بالجواز^(٢)، ولم يذكر فيه خلافاً مع حكاية الخلاف في أعتياض الدراهم والدنانير، والأول أقوم^(٣).

وفي «الكفاية»: أن الذي حكاه ابن يونس والفوراني أن يخرج على الخلاف في الذهب والفضة^(٤).

وفي «الشامل»: إن الذي يجري على قول أصحابنا أنه لا يجوز.

فرع:

لا يجوز الاعتياض عن نفقة الزمن المستقبل، ولا بيع نفقة حالة لغير الزوج قبل قبضها قطعاً، قاله الرافعي^(٥).

(١) «الوجيز» ١١٥/٢.

(٢) «التهذيب» ٣٣٣/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٢٢/١٠ - ٢٣.

(٤) «كفاية النيه» ١٥/١٦٩.

(٥) «الشرح الكبير» ١٠/٢٣.

قال صاحب «المطلب»: ومقتضى تعليلهم جوازه.

قال: (وَلَوْ أَكَلْتُ مَعَهُ كَالْعَادَةِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو أولى الوجهين في «المحرر»^(١) وأحسنها في «الشرح الصغير» كما في «الوجيز»^(٢) لجريان الناس عليه في الأعصار، واكتفاء الزوجات به /٢٩/ ولأنها لو طلبت النفقة للزمن الماضي والحالة هذه لا تستنكر. والثاني: لا تسقط وإن جريا على ذلك سنين؛ لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره.

وبنى بعضهم الخلاف على المعاطاة إن جعلناها (تبعًا)^(٣) برئت ذمته على النفقة، وإلا فلا، وعليها غرامة ما أكلت. قال الرافعي في «شرحيه» تبعًا للغزالي: والأقيس الثاني^(٤). قال مجلي^(٥): وهذا إذا لم ترض بذلك عوضًا، فإن رضيت به عوضًا سقطت وجهًا واحدًا.

وقال البندنجي: ترجع عليه بالنفقة، ويرجع عليها ببدل ما أكلت. قال الرافعي: في شرحيه: وهذان الوجهان فيما إذا كانت المرأة بالغة أو صغيرة، وكانت تأكل معه بإذن القيم، فأما إذا لم يأذن القيم، فالزوج متطوع، ولا تسقط نفقتها بلا خلاف^(٦). فلذلك أعترض المصنف فقال: (قُلْتُ: إِلَّا أَنْ تَكُونَ غَيْرَ رَشِيدَةٍ وَلَمْ يَأْذَنْ وَلِيُّهَا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ). لكن قبض الصغيرة غير معتد به وإن أذن الولي، اللهم إلا أن يجعل

(١) «المحرر» (ص ٣٧٥).

(٢) «الوجيز» ١١٥/٢.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «الشرح الكبير» ٢١/١٠.

(٥) بياض في (ب).

(٦) «الشرح الكبير» ٢٢/١٠.

الزوج^(١) كالوكيل، في شراء الطعام، وإنفاقه عليها.

ثم أعلم أن تعبير المصنف بالأصح يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة» حيث قال: قلت: الصحيح من الوجهين سقوط نفقتها إذا أكلت معه برضاها، وهو الذي رجحه الرافعي في «المحرر»^(٢) وعليه جرى^(٣) الناس في زمن رسول الله ﷺ، وبعده من غير نزاع، ولا إنكار ولا خلاف، ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده، ولو كانت لا تسقط مع علم النبي ﷺ بإطباقتهم عليه لأعلمهم بذلك، ولقضاءه من تركه من مات، ولم يوفه، وهذا مما لا يشك فيه^(٤).

قال: (وَيَجِبُ أَدَمُ غَالِبِ الْبَلَدِ كَزَيْتٍ وَسَمْنٍ وَجُبْنٍ وَتَمْرٍ) أما وجوب أصل الأدم، فلأن الله تعالى قال: ﴿وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [النساء: ١٩] وليس من المعروف أن يدفع إليها القوت بلا أدم، فإن الطعام لا يستساغ أكله^(٥) في الغالب إلا به، وأما كونه يرجع فيه إلى أدم أهل البلد، فلأن الشرع لم يضبطه^(٦) بشيء، ولا له نظر في الشرع يقاس عليه، فتعين حمله على العرف كالحرز والإحياء، ولما كان العرف يختلف رجعنا في ذلك إلى الغالب.

قال الأئمة: إن كان بالعراق فالأدم فيه الشيرج والزيت، وإن كان بخراسان أو بالحجاز فالأدم فيه السمن، وإن كان بالشام، قال القاضي

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٥). (٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «روضة الطالبين» ٥٣/٩-٥٤. (٥) ساقطة من الأصل.

(٦) في (ب): يضبط. (٧) ساقطة من (ب).

حسين: أو مصر فالأدم فيه الزيت، وإنما خص بذلك لأنها أصلح للبدن، وأخف مؤنة، فإنه لا يحتاج في التأدم بها إلى طبخ ولا كلفة، هذا كلام ابن الصباغ، وظاهره يقتضي الحصر في الأدهان.

قال مجلي: وكذلك كلام الشيخ أبي حامد، فإنه ذكر هذه العلة وزاد فيها أنه قل طعام يطبخ إلا وفيه الدهن، ولهذا خص الدهن من بين سائر الإدام بالإيجاب، ثم قال: وهذا الذي قالاه ظاهر قول الشافعي في «الأم»^(١) رأيته، وقال بعض أصحابنا لا يختص بجنس الدهن ٢٩/ب/.
أنتهى. وهو ما حكاه الرافعي^(٢)، وتبعه المصنف^(٣).

فائدة:

الأدم والإدام ما يؤتدم به، يقول: أدمت الطعام وأدمته: إذا جعلت فيه إدامًا.

قال: (وَيَخْتَلِفُ بِالْفُصُولِ) أي: ويختلف ما ذكرناه باختلاف الفصول، وقد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب، قال^(٤) القاضي حسين: الرطب في وقته واليابس في وقته. قال الرافعي: والوجه المذكور في جنس القوت أنه ينظر إلى عادة الزوج دون الغالب بعود في الأدم أيضًا^(٥).

(١) «الأم» ٧٩/٥.

(٢) «الشرح الكبير» ٨/١٠.

(٣) «روضة الطالبين» ٤٢/٩.

(٤) في (ب): قاله.

(٥) «الشرح الكبير» ٨/١٠.

قال: (وَيُقَدَّرُهُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ) أي: فينظر في جنس الأدم وما يحتاج إليه المد من الطعام فيعرضه على المعسر وعلى الموسر مثله، والمتوسط بينهما، وهذا معنى قول المصنف بعد: (وَيُفَاوِثُ بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ)، ووقع في^(١) كلام الشافعي أنه قدر الأدم بمكيلة سمن أو زيت، ويقال: إنه أراد بها الأوقية.

قال الأئمة: وإنما أمر بذلك على التقريب لا على التقدير، وفي الجيلي وجه أن المراد بمكيلة السمن والزيت أربعون درهماً.

قال: (وَلَحْمٌ يَلِيقُ بَيْسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ كَعَادَةِ الْبَلَدِ) أي: ويجب اللحم أيضاً على عادة البلد في أكلهم اللحم مرة في الجمعة ومرتين، كما يليق ببسار الزوج وإعساره، وقول الشافعي: يطعمها في كل أسبوع رطل لحم^(٢). قال الأكثرون ذكره على عادة أهل مصر؛ لعزة اللحم عندهم يومئذ، فأما حيث يكثر اللحم فيزداد بحسب (حالة البلد)^(٣)، وفي الرافعي أنه محمول على المعسر، وعلى الموسر رطلان، وعلى المتوسط رطل ونصف، ويستحب أن يكون الإعطاء يوم الجمعة^(٤)، فإنه أولى بالتوسع فيه^(٥). كذا في أصل «الروضة»^(٦) تبعاً للرافعي، وفي «الكفاية»: الأولى أن يكون في يوم الجمعة مرة^(٧)، وفي يوم الثلاثاء أخرى^(٨).

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «الأم» ٧٩/٥.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «الشرح الكبير» ٨/١٠.

(٦) «روضة الطالبيين» ٤٢/٩.

(٨) «كفاية النبيه» ١٧١/١٥.

(٧) من الأصل.

وقال البغوي: يجب في وقت الرخص على الموسر في كل يوم رطل، وعلى المتوسط في كل يومين أو ثلاثة، وعلى المعسر في كل أسبوع، وفي وقت الغلاء يجب في أيام مرة على ما يراه الحاكم^(١).
وقال آخرون منهم القفال: لا مزيد على ما ذكره الشافعي؛ لأن فيه كفاية لمن قنع.

فرع:

هل يجب لها في اليوم الذي يعطيها فيه اللحم أدم؟ أبدى الرافعي فيه ترددًا لنفسه^(٢).

فرع:

لو تبرمت بالجنس الواحد من الأدم، فقليل: عليه إبداله لتكون مكفية المؤنة، والأصح: لا، بل تبدل هي إن شاءت. قال الإمام^(٣)؛ وهو ظاهر النص، وأبدل الأول احتمالًا، ورواه الغزالي^(٤) والرافعي^(٥) وجهاً.
قال: (وَلَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ الْخُبْزَ وَحْدَهُ وَجَبَ الْأَدَمُ) أي: ولا يسقط حقها منه، كما لا يسقط حقها من الطعام، بأن تأكل بعضه.
قال الرافعي: ويجيء فيه^(٦) وجه أن للزوج أن يمنعها من ترك التأم؛ لأنه حكى وجه أن له أن يمنعها من إبدال الجنس الشريف من الأدم الخسيس^(٧).

(٢) «الشرح الكبير» ٨/١٠.

(٤) «الوسيط» ٢٠٦/٦.

(٦) من الأصل.

(١) «التهذيب» ٦/٣٣٣ - ٣٣٤.

(٣) «نهاية المطلب» ٤٣٠/١٥.

(٥) «الشرح الكبير» ٨/١٠.

(٧) «الشرح الكبير» ٩/١٠.

فائدة:

النفقة تستحق يوماً فيوماً، ولها /٣٠/ المطالبة بها إذا طلع الفجر كل يوم، كذا قاله الجمهور. وفي «المهذب»: إذا طلعت الشمس^(١).

قال في «الكفاية»: وهو ما حكاه الرافعي في كتاب الضمان، وهو قضية كلام الماوردي^(٢).

قال: (وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهَا): أي: ويجب عليه كسوتها على قدر كفايتها حتى تختلف بطولها وقصرها، وهزالها وسمنها كما صرح به في «المحرر»^(٣) لقوله تعالى: ﴿وَكِسْوُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وللحديث السابق^(٤) أول الباب^(٥)، ولأن الكسوة كالقوت في أن البدن لا يقوم إلا بها، ولا تقاس الكسوة هنا بالكسوة في الكفارة بل بما قدمته؛ لأن هناك يكفي ما يقع عليه الاسم، وههنا لا يكفي بالإجماع، ولا يختلف عدد الكسوة بيسار الزوج وإعساره^(٦)، ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة، وفي كلام السرخسي وإبراهيم المروزي: أنه يعتبر في الكسوة حال الزوجين جميعاً، فيجب عليه ما يلبس^(٧) مثله مثلها.

وفي «الذخائر» وجه أنه يعتبر بحال الزوجة، ثم قال: وينبغي أن يعتبر

(١) «المهذب» ١٦٢/٢.

(٢) «الكفاية» ١٥/١٨٠، «الحاوي الكبير» ١١/٤٥٨.

(٣) «المحرر» (ص ٣٧٥). (٤) في الأصل: السالف.

(٥) رواه أبو داود (٢١٤٢)، وابن ماجه (١٨٥٠)، والنسائي في «الكبرى» ٣٧٣/٥، والحاكم ١٨٧/٢ - ١٨٨.

(٦) في الأصل: ولا إعساره. (٧) في الأصل: لبس.

بحالها أيضًا إذا قلنا: إنها إمتاع.

قال: (فَيَحِبُّ قَمِيصٌ، وَسَرَاوِيلُ وَخِمَارٌ وَمِكْعَبٌ) أي: وهو مداس الرجل، (وَتُزَادُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةً) أي: محشوة بالقطن لأجل حصول الكفاية بذلك، وجمع في أصل «الروضة» بين المكعب والنعل، وفيه نظر لأنه هو، وأغرب منه ما قع في «الكفاية» فإنه قال: ويقوم مقام المداس المكعب والنعل^(١).

قال المتولي: وقد يقام^(٢) الإزار مقام السراويل، والفرو مقام الجبة إذا كانت العادة لبسهما، وجزم بذلك في «الكفاية»^(٣) من غير عزو إلى أحد، وعن «المنهاج» للجويني أن السراويل لا تجب في الصيف، وإنما تجب في الشتاء، وعن «الحاوي» أن نساء أهل القرى إذا جرت عادتهن ألا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت، لا يجب لأجلهن شيء^(٤) بخلاف ما إذا جرت عادتهن بعدم لبس شيء أصلاً؛ لأن في ذلك هتك عورة، فيؤخذن به في حق الله تعالى بخلاف الأول.

قال السرخسي: وإذا لم يستعن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود، يجب من الحطب أو الفحم بقدر الحاجة.

فرع:

لو لم تكف الجبة الواحدة حيث أشد البرد، قال الرافعي: قياس الباب الزيادة^(٥).

(١) «كفاية النبيه» ١٥/١٧٧.

(٢) «كفاية النبيه» ١٥/١٧٧.

(٣) في الأصل: يقوم.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/١٧.

(٥) «الحاوي الكبير» ١١/٤٣٠.

قلت: وبه صرح الخوارزمي في «كافيه» حيث قال: وفي الشتاء جبة أو جبتان على قدر شدة البرد.

قال: (وَجِنْسُهَا قُطْنٌ) لأن الشافعي^(١) قال: إن الموسر يعطى من لين البصرة أو الكوفة أو واسط، والمعسر من غليظها، والمتوسط ما بينهما. قالوا: وأراد المتخذ من القطن؛ لأن هذا لباس أهل الدين، وما زاد عليه رعونة.

قال: (فَإِنْ جَرَتْ الْعَادَةُ لِمِثْلِهِ بِكَتَّانٍ أَوْ حَرِيرٍ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ) أَتْبَاعًا للعادة، ويفاوت بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس. قال الأصحاب: وإنما ذكر الشافعي ما ذكر على عادة ذلك الوقت، لكن لو كانت عادة البلد الثياب الرقيقة كالعصب الذي لا يصلح ساترًا، ولا تصح فيها الصلاة لم يعطها منه، لكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة كالديقي / ٣٠ب/ والكتان المرتفع. (والوجه الثاني: لا يجب الاقتصار على القطن)^(٢).

وقال الماوردي: الاعتبار في الكسوة والطعام بموضع مقامهما، فلو كانت بدوية، وهو حضري، وأقام بها في البادية وجب عرفهم ولو كانا بالعكس، فإن أقام بها في الحاضرة أعتبر عرفهم أو في البادية أعتبر عرفهم^(٣)، وكلام القاضي قريب منه.

فائدة:

الكتان: بالفتح والكسر حكاهما ابن هشام وابن طلحة وابن الأنباري.

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(١) «الأم» ٧٩/٥.

(٣) «الحاوي الكبير» ٤٣٥/١١.

وقال يعقوب في الاصطلاح: لا يقال^(١) كتان بالكسر^(٢)، وذكره^(٣) ثعلب في «فصيحته» في المفتوح من الأسماء^(٤).

وهل هو عربي أو معرب؟ فيه خلاف ذكره صاحب «الواعي» في اللغة مأخوذ من كتن، وذلك لأنه يتلبد بعضه على بعض.

قال: (وَيَجِبُ مَا تَقَعْدُ عَلَيْهِ كَزَلِيَّةٍ أَوْ لَبْدٍ أَوْ حَصِيرٍ) كذا عبر عنه^(٥) في «المحرر»^(٦) أيضاً، وهو خلاف عبارة الشرحين و«الروضة» فإن فيهما: على الزوج أن يعطيها ما تفرشه للقعود عليه، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج^(٧).

قال المتولي: فعلى الموسر طنفسة في الشتاء ونطع في الصيف، وعلى المتوسط زلية، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء. قال الرافعي: ويشبه أن تكون الطنفسة والنطع معه^(٨) بسط زلية أو حصير، فإن الطنفسة والنطع لا يبسطان وحدهما^(٩).

قال الرافعي: وحكى في «الوجيز»^(١٠) في الزلية بالنهار وجهين، وفيه ما يشعر بأنها زائدة عليهما، والمفهوم فما أجراه الجمهور أن المفروش على الأرض من الزلية أو اللبد أو الحصير واحد بالليل والنهار والوجهان في فراش النوم^(١١) كما سيأتي، وناقشه في «المطلب» في ذلك.

(١) في (ب): تقل. (٢) أنظر: «إصلاح المنطق» (ص ١٦٣).

(٣) في الأصل: وذكر. (٤) «الفصيح» (ص ٤٤).

(٥) في (ب): به. (٦) «المحرر» (ص ٣٧٥).

(٧) «الشرح الكبير» ١٥/١٠، «روضة الطالبيين» ٤٨/٩.

(٨) في الأصل: تعد. (٩) «الشرح الكبير» ١٥/١٠.

(١٠) «الوجيز» ١١٥/٢. (١١) «الشرح الكبير» ١٦/١٠.

فائدة:

الزلية بكسر الزاي، وتشديد اللام والياء وجمعها زلالي، قاله الجوهري^(١): قيل إنها الطنفسة، وهي البساط من الصوف.

واللبد بكسر اللام، جمعه لبود، والحصير: ما يبسط في البيت جمعه حصر، بضم الصاد، وتسكن تخفيفاً. قاله ابن الأثير في «نهايته»^(٢): قال الزمخشري: سميت بذلك لمنعها الجالس على الأرض من أذى الأرض، ويجوز أن تكون حصيراً لأنه حصر، أي: ربط بعضه ببعض.

قال: (وَكَذَا فِرَاشٌ لِلنَّوْمِ فِي الْأَصَحِّ) للعادة الغالبة، فعلى هذا يلزمه مضربة وثيرة أو قطيفة.

والثاني: لا يجب عليه ذلك، وينام على ما يفرشه نهاراً.

والثالث: أنه يجب ذلك لامرأة الموسر دون المعسر، حكاه صاحب «المطلب».

والرابع: أنه لا يجب لأهل الأمصار وسكان القرى الذين يكتفون في بيوتهم بالبسط المستعملة للجلوس، وتجب لغيرهن، قاله الماوردي^(٣).

قال: (وَمِخْدَةٌ وَلِحَافٌ) أي: أو كساء (فِي الشِّتَاءِ) أي: في البلاد الباردة كما قيدهما في أصل «الروضة»^(٤) قال الغزالي: وشعار^(٥).

(١) «الصحاح» ١٧١٨/٤.

(٢) «نهاية في غريب الحديث والأثر» ٣٩٥/١.

(٣) «الحاوي الكبير» ٤٣٣/١١.

(٤) «روضة الطالبيين» ٤٨/٩.

(٥) «الوجيز» ١١٥/٢.

قال في «المطلب» وهو ما ولي الجسد من الثياب، ولم يتعرض له الأكثرون كما قاله^(١) الرافعي، قال: ويمكن تخصيصه بالصيف، كما خصص اللحاف بالشتاء / ٣١ / ويمكن وجوبه مع اللحاف في الشتاء كالقميص مع الجبة^(٢).

قال صاحب «المطلب»: ويجيء في الملحفة المكنى عنها بالشعار أربعة أوجه: الوجوب، ومقابله، والوجوب في الصيف دون الشتاء، والوجوب في الصيف لمن عادتتهن التغطية بها فيه، وإلا فلا. قال الرافعي: ويكون ذلك لامرأة الموسر من المرتفع وامرأة المعسر من النازل والمتوسط بينهما^(٣).

والحكم في جميع ذلك مبني على العادة نوعاً وكيفية حتى قال الروياني في «البحر»: لو كانوا لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم لم^(٤) يلزم شيء آخر.

فائدة:

المخدة: بكسر الميم كما تقدم في الجنائز. قال الجوهري: لأنها توضع تحت الخد^(٥) واللحاف معروف. قال ابن مالك: في «مثلته» الملحفة، والملحف: اللحاف. قال: (وَأَلَّةٌ تَنْظِيفٌ كَمْشَطٍ، وَدُهْنٍ، وَمَا تُغْسَلُ بِهِ الرَّأْسُ) (أي:

(١) في الأصل: قال.

(٢) ، (٣) «الشرح الكبير» ١٠ / ١٦.

(٤) في (ب): بل.

(٥) «الصحاح» ٢ / ٤٦٨.

ويجب على الزوج أن يعطيها ما تتنظف به وتزيل الأوساخ، كالمشط والدهن وما يغسل به الرأس^(١) من سدر أو خطمي أو طين على عادة البقعة؛ لأنها تحتاج إلى ذلك لإصلاح شعرها، فوجب عليه كنفقة بدنها، ويلتحق بما ذكرناه الصابون، والقلي للثياب، صرح به في «المهذب»^(٢)^(٣).

قال في «الكفاية»: والمراد بالمشط على ما حكاه الماوردي آلة المشط من الأفاوية والغسلة إذا كان ذلك^(٤) من عرف بلادهم^(٥).
قال: والذي يظهر أن مراد الشيخ - يعني: صاحب «التنبيه»^(٦) - الآلة المعروفة^(٧).

قلت: وكذا المصنف، ثم المرجع في جنس الدهن وغيره إلى العرف حتى لو كانت^(٨) مما لا يعتادون الادهان إلا بما طُيب بالورد والياسمين، وجب في قدره إلى كفاية مثلها ووقتها في كل أسبوع مرة، قاله الماوردي^(٩)، وفي ابن يونس أنه قيل: إن ذلك لا يجب، وأبداه الإمام وغيره احتمالاً في الدهن، فيما إذا قال الزوج: هذا للتجمل والتزين وأنا^(١٠) لا أريده^(١١).

(٢) في الأصل: «التهذيب».

(٤) ساقطة من الأصل.

(٦) «التنبيه» ص ٢٠٧.

(٨) في الأصل: (كان).

(١٠) ساقطة من (ب).

(١) ساقطة من الأصل.

(٣) «المهذب» ١٦١/٢.

(٥) «الحاوي الكبير» ٤٢٨/١١.

(٧) «كفاية النبيه» ١٧٣/١٥.

(٩) «الحاوي الكبير» ٤٢٨/١١.

(١١) «نهاية المطلب» ٤٤٣/١٥.

وأطلق المصنف الدهن وقيده في «التنبيه» للرأس^(١).

قال في «الكفاية»: وهو يفهم أنه لا يجب عليه الدهن للجسد، لأجل أنه لا يراد للزينة، بخلاف الرأس فإنه من الزينة التي تدعو إلى الاستمتاع بها^(٢).

قال: وفي «الحاوي» إلحاق الدهن للجسد بالدهن للرأس في الوجوب^(٣).

فرع:

ما لا يقصد التلذذ والاستمتاع كالكحل والخضاب، (فإنه لا)^(٤) يلزم الزوج بل ذلك إلى اختياره، فإن شاء هيأه لها، وإذا هيأ لها أسباب الخضاب لزمها الاختضاب، ومن هذا القبيل الطيب.

وفي «الحاوي» أن الكحل الذي يراد للزينة كالإثم يجب على الزوج الإتيان به، ولا يجب من الطيب إلا ما يقصد به قطع السُّهُوكَة^(٥).

قال: (وَمَرَّتِكَ وَنَحْوِهِ لِدَفْعِ صُنَانٍ) أي: إذا لم ينقطع بالماء والتراب، كما قيده في أصل «الروضة» وفيه وجه ضعيف^(٦).

قال: (لَا كُحْلٍ وَخِضَابٍ وَمَا تَزَيَّنُ بِهِ)^(٧) أي: فإنه لا يجب كما قدمته واضحاً.

(١) «التنبيه» (ص ٢٠٧). (٢) «كفاية النيه» ١٥/١٧٣-١٧٤.

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/٤٢٨. (٤) في الأصل: فلا.

(٥) «الحاوي الكبير» ١١/٤٢٨-٤٢٩، والسَّهْكُ: ريح كريهة تجدها من الإنسان إذا عرق، ينظر «تهذيب اللغة» ٢/١٧٨٦.

(٦) «روضة الطالبين» ٩/٥٠. (٧) زيادة من «المنهاج».

قال: ٣١/ب/ (وَدَوَاءَ مَرَضٍ، وَأُجْرَةَ طَبِيبٍ وَحَاجِمٍ) أي: لا يجب ذلك؛ لأن الزوج بمنزلة المستأجر، والزوجة بمنزلة الدار المستأجرة، والدواء وما في معناه لحفظ البدن، فلا يجب على الزوج كما لا يجب على المستأجر، وعمارة الدار بخلاف الدهن وما في معناه، فإن ذلك في معنى غسل الدار وكنسها وذلك على المكري، فلا جرم وجب على الزوج، وفي «التتمة» في قسم الصدقات عند الكلام في أنه هل يجوز أن يصرف لزوجة الفقير من سهم الفقراء شيء أم لا؟ إشارة إلى وجه في أن مداوتها تجب على الزوج كما قدمته هناك، ولعله مفرع على القول بأن نفقتها مقدرة بالكفاية، فإنها حينئذ تكون كالقريب.

قال: (وَلَهَا طَعَامُ أَيَّامِ الْمَرَضِ وَأُدْمُهَا) أي: ولها صرف ما تأخذه للدواء ونحوه.

قال: (وَالْأَصَحُّ وَجُوبُ أُجْرَةِ حَمَّامٍ بِحَسَبِ الْعَادَةِ) أعلم أن هذه العبارة توهم أنه تجب أجرة الحمام مطلقاً، لكن يكون قدره بحسب العادة، وذلك خلاف ما في الشرحين^(١) و«الروضة»^(٢) إذ فيها: هل على الزوج أجرة الحمام؟ لها وجهان: أحدهما: لا يجب إلا إذا أشتد البرد وعسر الغسل إلا في الحمام.

واختاره الغزالي^(٣) وتبعه «الحاوي الصغير».

وأصحهما وهو الذي أورده البغوي^(٤) والرويانى وغيرهما الوجوب إلا إذا كانت من قوم لا يعتادون دخولها كأهل القرى، فإن أوجبناها قال

(٢) «روضة الطالبين» ٥١/٩.

(١) «الشرح الكبير» ١٩/١٠.

(٤) «التهذيب» ٣٣٤/٦.

(٣) «الوجيز» ١١٥/٢.

الماوردي: إنما يجب في كل شهر مرة^(١). وهذا تفريع على جواز دخول المسلمة الحمام، وهو الأصح كما قدمته في الفصل المعقود لدخول الحمام في^(٢) آخر باب الغسل، وحكى هناك وجهًا أنه لا يجوز لها دخولها إلا لضرورة، وبه جزم الغزالي في «الإحياء» فقال: يحرم عليها دخولها إلا لنفاس أو مرض، وفرع عليه أنه يكره للزوج إعطاؤها الأجرة^(٣). قال: (وَتَمَنِّ مَاءَ غُسْلِ جَمَاعٍ وَنَفَاسٍ فِي الْأَصَحِّ) لأنه بسببه.

والثاني: لا يجب، ولم يوجهه الرافعي في شرحه ولا ابن الرفعة في «كفايته»^(٤) و«مطلبه» وحكى الحناطي طريقة جازمة بأن ثمن ماء الاغتسال عليها لا عليه.

وجزم البغوي^(٥) والمتولي في كتاب الصيام بأنه عليه، وقاسا^(٦) عليه وكأنهما قدراه متفقًا عليه، وقال الروياني في كتاب الصيام من «البحر»: قال القاضي أبو الطيب: لا أعرف هذه المسألة لأصحابنا، والذي عندي أنه بمنزلة النفقة؛ لقضاء الحج إذا وطأها الزوج^(٧) فأفسد عليها، والظاهر في المذهب أنها في ماله^(٨).

(١) «الحاوي الكبير» ٤٢٩/١١.

(٢) من الأصل.

(٣) «إحياء علوم الدين» ١/١٨٨.

(٤) «كفاية النبيه» ١٥/١٧٣.

(٥) «التهذيب» ٦/٣٣٦.

(٦) في الأصل: وقاسه.

(٧) ساقطة من الأصل.

(٨) «بحر المذهب» ٣/٢٥٨.

قال: (لَا حَيْضٌ وَاحْتِلَامٌ فِي الْأَصَحِّ) إذ لا صنع منه، واعلم أن الخلاف في الاحتلام غريب لم يذكره في شرحه ولا أبْنِ الرُّفْعَةَ في «كفايته» و«مطلبه» بل قطع المصنف في «الروضة» بعدم وجوبه فقال: إن كانت تغتسل من الاحتلام لم يلزم الزوج قطعاً^(١). نعم تبع^(٢) هنا ظاهر عبارة «المحرر»، فإنه ذكر الخلاف في أجره الحمام، وثمن ماء الغسل؛ لأجل الجماع والنفاس، ثم عطف هذا الخلاف على ذلك /٣٢/ فقال: وإنه لا تجب إذا كانت تغتسل من الحيض أو الاحتلام^(٣). وهو ظاهر في ذلك أو صريح، فصرح به المصنف.

قال الرافعي: وينظر على هذا القياس في ماء الوضوء إلى أن^(٤) السبب من جهته كاللمس، أو لا من جهته^(٥).

فرع:

لا يلزمه أن يضحى عن زوجته نذرت الضحية أم لا.

قال: (وَلَهَا) أي: ويجب لها (آلَاتُ أَكْلٍ وَشُرْبٍ وَطَبْخٍ كَقَدْرِ وَقَصْعَةٍ وَكُوزٍ وَجَرَّةٍ وَنَحْوَهَا) أي: سواء كان ذلك من خشب أو حجر أو خزف، وفي الظروف النحاسية احتمالان للإمام^(٦) وغيره، وعزاهما في «الكفاية»^(٧) للرافعي نفسه أحدهما: المنع.

ويقال: إنه من رعونات الأنفس.

(١) «روضة الطالبين» ٥١/٩.

(٢) في (ب): (تقع). (٣) «المحرر» ص ٣٧٦.

(٤) من الأصل. (٥) «الشرح الكبير» ١٠/١٩.

(٦) «نهاية المطلب» ٤٤٤/١٥. (٧) «كفاية النيه» ١٥/١٧٤.

والثاني: أنه يجب للشريفة للعادة.

فائدة:

القصعة: بفتح القاف، كذا ذكره ثعلب في «فصيحته»^(١) وغيره ولا أعرف الكسر فيها.

قال: (وَمَسْكَنٌ يَلِيقُ بِهَا) أي: ويجب عليه تهيئة مسكن يليق بحالها؛ لأن المعتدة تستحقها، فالزوجة^(٢) أولى.

وقال في «المهذب»: يليق به^(٣)، وقال المتولي: يكون لائقًا بالزوجين.

قال: (وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِلْكُهُ) أي: بل يجوز أن يكون مستعارًا أو مستأجرًا قطعًا؛ لحصول المقصود.

فرع:

لو سكنت هي وهو في منزلها مدة سقط فيها حق السكنى، ولا مطالبة لها بأجرة سكنه معها، إن كانت أذنت له في ذلك؛ لأن الإذن المطلق العري عن ذكر عوض منزل على الإعارة والإباحة، قاله ابن الصلاح^(٤).

قال: (وَعَلَيْهِ لِمَنْ لَا يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا إِخْدَامُهَا) لأنه من المعاشرة بالمعروف، وقال العلامة لهند: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف»^(٥)،

(١) أنظر: «شرح الفصيح» للزمخشري (ص ٣٩٩).

(٢) في (ب): فالرجعة.

(٣) «المهذب» ١٦٢/٢، بلفظ: على قدر يساره وإعساره وتوسطه.

(٤) «فتاوى ابن الصلاح» ص ٤٥٢.

(٥) رواه البخاري (٥٣٦٤)، ومسلم (١٧١٤).

وهذا من جملة الكفاية، ولأنه يجب عليه نفقتها، فوجب عليه إخدامها إذا كانت ممن يخدم، كالأب لما وجب عليه نفقة ولده، وجب عليه أجرة من يخدمه، وهو الحضانة.

وأشار المزماني إلى اختلاف قول في وجوب الإخدام، وقد أثبتته بعضهم، والجمهور قطعوا بالوجوب، وحملوا النصوص المشعة بخلافه على ما إذا لم تكن ممن تخدم.

فرع:

الاعتبار بحال المرأة في بيت أبيها، فلو أرتفعت بالانتقال إلى الزوج بحيث صار يليق بحالها في بيت الزوج الخادم لم يجب، صرح به أبو حامد.

وقال الماوردي: يجب إذا كانت^(١) من أهل الأمصار دون البوادي^(٢).

فرع:

يكفي خادم واحد، ولو كان الزوج موسراً على الأصح؛ لأن الذي يجب على الزوج كفايته في حق المخدومة الشريفة، على ما قاله أبو الفرج السرخسي: الطبخ والغسل ونحوهما دون حمل الماء إليها للشرب، وحمله إلى المستخدم، فإن الرفع عن ذلك محض رعونة، لا عبرة بها، وعلى ما حكاه في «التهذيب» حمل الماء إلى المستخدم وصبه على يدها وغسل خروق الحيض ونحوها^(٣)، وذلك كله يحصل بالواحد، وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد^(٤).

(١) في الأصل: كان. (٢) «الحاوي الكبير» ٤١٨/١١.

(٣) «التهذيب» ٣٣٢/٦. (٤) «الأصل» ٣٢٥/١٠، وانظر: «الهداية» ص ٤٩٦.

وقال مالك: إن كانت تخدم في بيت أبيها بخادمين أو أكثر وجب ذلك العدد، ولا يلزمه تملكها / ٣٢ب/ جارية، بل الواجب إعدامها^(١) بحرة أو أمة مستأجرة أو مملوكة، أو بالإنفاق على من صحبتها من حرة أو أمة لخدمة، كما صرح به المصنف حيث قال: (بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ، أَوْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ صَحِبَتْهَا مِنْ حُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لِيُخْدَمَ).

قال: (وَسَوَاءٌ فِي هَذَا) أي: في وجوب الإعدام (مُوسِرٌ وَمُعْسِرٌ وَعَبْدٌ) لأن المعاشرة بالمعروف لا تفرق بذلك، كذا جزم به الرافعي^(٢). قال في «الكفاية»، وفي «التتمة» عند الكلام في دليل وجوب الخدمة أن اليسار شرط في وجوب الخدمة^(٣).

فرع:

يشترط كون الخادم امرأة أو صبيا أو محرماً لها، وفي مملوكها اختلاف، وفي الذمية وجهان: لأن النفس تعاف أستخدمها، واختار ابن أبي عصرون الجواز مع الكراهة.

قال الماوردي، وتبعه الروياني: ولو قيل بجوازه في الخدمة الخارجة دون الداخلة كان وجهها^(٤). وما سلف (في المحرم بطرقه تفصيل وهو الفرق بين أن يكون أباً أو غيره وكذا ما سلف)^(٥) في الصبي بطريقة الاختلاف في الاحتجاب منه إذا كان فيه أهلية لحكاية ما يقع؛ لأنه

(١) ساقطة من الأصل. (٢) «الشرح الكبير» ٩/١٠.

(٣) «كفاية النبيه» ١٨٣/١٥-١٨٤.

(٤) «الحاوي الكبير» ٤١٩/١١، «البحر» ٤٤٦/١١.

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ب).

إنما يصلح للخدمة إذا كان بهذه المثابة، نبه على ذلك صاحب «المطلب».

فرع:

لا يجب عليه أن يستأجر بأكثر من نفقة الخادم، سواء كان المستأجر حرًّا أو رقيقًا قاله مجلي.

قال في «الكفاية»: وفي كلام الماوردي ما يدل على خلافه^(١).

فرع:

المرجع في تعيين الخادم إليه ابتداء؛ لأن الواجب كفايتها، هذا أصح الوجهين، أما أبيها فإليها إلا إذا ظهرت ريبة فله الإبدال.

قال: (فَإِنْ أَخْدَمَهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ بِأَجْرَةٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهَا أَوْ بِأَمَتِهِ أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِالْمِلْكِ أَوْ بِمَنْ صَحِبَتْهَا لَزِمَهُ نَفَقَتُهَا) لأنه من المعاشرة بالمعروف، ووجهه أن الخل بأن الواجب نفقة على ذلك.

قال: (وَجِنْسُ طَعَامِهَا جِنْسُ طَعَامِ الزَّوْجَةِ) أي: كما تقدم بيانه واضحًا.

قال: (وَهُوَ مُدٌّ عَلَى مُعْسِرٍ) أي: وإن كان فيه تسوية بين الخادمة والمخدومة؛ لأن النفس لا تقوم بما دون المد غالبًا.

قال: (وَكَذَا مُتَوَسِّطٌ فِي الصَّحِيحِ) قياسًا على المعسر، والثاني عليه مد وثلاث كالموسر.

والثالث: مد وسدس لتفاوت المراتب في حق الخادمة، كما تتفاوت في حق المخدومة. وفي «الوسيط»: أن المد والثلث المذكوران على التقريب إذ لا تقدير للشرع فيه، والصحيح أن النظر إلى كفايتها في

(١) «كفاية النبيه» ١٥/١٨٤.

الغالب^(١).

قال: (وَمُوسِرٌ مُدٌّ وَثُلُثٌ) لأن نفقة المخدومة مدان، وهذه تابعة لها فلا تساويها، ولا يمكن إيجاب مد ونصف لثلا^(٢) تساوي بينها وبين نفقة المتوسط، فاقصر فيه على مد وثلث، وهو ثلثا نفقة المخدومة، كذا وجهه الماوردي^(٣). وثم توجيه آخر فيه طول، ذكره الرافعي تبعاً للقفال^(٤)، وفي «أمالى السرخسي» أن نفقة الخادمة تتقدر بمد، ولا تختلف باختلاف حال الزوج، والصحيح ما أورده المصنف.

قال: (وَلَهَا كِسْوَةٌ تَلِيْقُ بِحَالِهَا) كالنفقة لأنها من المعاشرة بالمعروف، فلا بد من قميص لا سراويل على الأصح، والصحيح في «الروضة» القطع بوجوب المقنعة مطلقاً^(٥)، وقيل: إن كانت أمة وعادة إماء البلد كشف الرأس /١٣٣/ لم يجب في الصيف، وقياس هذا وجوب السراويل في الشتاء؛ لدفع البرد دون الصيف.

قال في «المطلب»: ولم أر من صرح به، ويجب لها الخف لحاجة الخروج دون المخدومة، ويجب لها في الشتاء جبة أو فرو، وما يلتحف به عند الخروج.

قال في «المطلب»: ولا تجب الملحفة للمخدومة لعدم احتياجها إليها. قال: (وَكَذَا أَدَمٌ عَلَى الصَّحِيحِ) كما يجب للمخدومة، وذلك لأن العيش لا يتم بدونه.

(١) «الوسيط» ٢٠٧/٦. (٢) في الأصل: لكيلا.

(٣) «الحاوي الكبير» ٤٢٧/١١. (٤) «الشرح الكبير» ١٠/١٠.

(٥) «روضة الطالبين» ٤٩/٩.

والثاني: لا يجب وتكتفي بما يفضل عن المخدومة، فعلى الأول جنسه جنس آدم المخدومة، وفي نوعه وجهان: أحدهما: كالمخدومة، وأصحهما: وهو نصه: دون نوع آدم المخدومة للعرف.

فرع:

هل يجب للخادم اللحم؟ فيه وجهان بناهما البنديجي وغيره على أن الأدم يجب من آدم المخدومة أم لا؟ فرع:

قدر الإدام بحسب الطعام.

قال: (لَا آلَهُ تَنْظِيفٌ) لأنها تراد للزينة، والخادم لا تتزين له، بل اللائق بحال الخادم أن تكون شعسة كيلا تمتد^(١) إليها الأعين بخلاف الزوجة. قال: (فَإِنْ كَثُرَ وَسَخٌ وَتَأَذَّتْ بِقَمَلٍ وَجَبَ أَنْ تُرَقَّهَ) كذا أستدركه القفال، واستحسنوه، وقريب منه ما حكى عن الصيدلاني إن أحتاجت إليه عند تلبد شعرها وجب. وأطلق صاحب «العدة» وجهين في أنه هل يعطى الخادم المشط والدهن.

وقال الفوراني: ليس لها المشط، وإن تأذت بالهوام كالدواء.

قال: (وَمَنْ تَخَدَّمُ نَفْسَهَا فِي الْعَادَةِ إِنْ أَحْتَاجَتْ إِلَى خِدْمَةٍ لِمَرَضٍ أَوْ زَمَانَةٍ وَجَبَ إِخْدَامُ) أي: سواء كانت الزوجة حرة أو أمة، هذا ما أطلقه

(١) في (ب): تميل.

الشافعي وجمهور الأصحاب في المرض، ومنهم من قال: إن كان المرض دائماً وجب الإخدام؛ لأن الدائم لا ينقص عن مراعاة الحشمة، وإلا فلا كأسباب المعالجة، وعلى^(١) ذلك جرى الآخذون عن الإمام^(٢).

وفرق الماوردي^(٣) بينه وبين المعالجة بأن الخدمة من جنس ما يجب على الزوج بخلاف المعالجة، وأفهم كلام المصنف أنها إذا لم تحتج إلى الخدمة لا يجب عليه والأمر كذلك، ولو أرادت أن تتخذ خادماً من مالها، فله منعه من دخول داره.

قال المتولي: وعلى الزوج أن يكفيها حمل الطعام إليها، والماء إلى المنزل وشبه ذلك.

قال: (وَلَا إِخْدَامَ لِرَقِيقَةٍ) لأنها ناقصة بالرق، وحقها أن تخدم دون أن تستخدم.

قال: (وَفِي الْجَمِيلَةِ وَجْهٌ) لجريان العادة بذلك، والأصح المنع وهو نصه في «الأم»^(٤) لما سلف، واعلم أن المصنف في «الروضة» قال: لم يجب إخدامها على المذهب، وبه قطع الأكثرون لنقصها، وقيل: وجهان: ثانيهما: يجب للعادة^(٥). أنتهى.

(١) في الأصل: وجرى.

(٢) «نهاية المطلب» ١٥/٤٢٥.

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/٤١٨ - ٤١٩.

(٤) «الأم» ٨١/٥.

(٥) «روضة الطالبين» ٩/٤٦.

فهذا يقتضي أن الراجح طريقة القطع لا طريقة الخلاف، لكن عبارة الرافعي: فيه وجهان:

أحدهما: يجب للعادة، وأصحهما -واقصر الأكثرون على إيراده- المنع^(١). فجعل المصنف في «الروضة» الإبراد طريقة على عادته.

فرع:

المبعضة كالأمة، قاله القاضي.

فرع:

أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها فللزوجة منعها دخول داره، ٣٣/ب/ وكذا لو حملت معها أكثر من واحدة فله أن يخرج من داره من زاد على واحدة، وله أن يمنع أبويها من الدخول إليها، وله أن يخرج ولدها (من غيره إذا أستاذتصحبته)^(٢).

(فرع)^(٣): لو قالت: أنا أخدم نفسي^(٤) وطلبت الأجرة أو نفقة الخادم لم يلزمه ذلك؛ لأنها أسقطت مرتبتها، وله ألا يرضى بذلك، وأشار الغزالي^(٥) إلى خلاف فيه، فعلى المذهب لو أتفقا على ذلك.

قال المتولي: هو على الخلاف في الاعتياض عن النفقة.

قال: لو قال: أنا أخدمها بنفسي وأراد إسقاط مؤنة الخادمة فأوجه:

(١) «الشرح الكبير» ١٣/١٠.

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٣) في (ب): قال.

(٤) ساقطة من (ب).

(٥) «الوسيط» ٢٠٨/٦.

أصحهما: المنع فإنها تتعير به.

وثانيها: يجب؛ فإن الخدمة حق عليه فله أن يوفيه بنفسه وبغيره.
وثالثها - وهو ما في «الحاوي الصغير» تبعاً لـ «الوجيز»^(١) - يجب فيما لا يستحي منه، كغسل الثوب والطبخ بخلاف ما يرجع إلى خدمة نفسها كصب الماء على يدها وحمله إلى المستحم ونحوهما.
فرع:

لو تبرع أجنبي بخدمتها عنه أو عنها سقطت خدمتها قاله الماوردي^(٢).
قال في «المطلب»: ولعل مراده إذا وافقت، أما إذا امتنعت فيظهر أن يقال: لها الامتناع عند تبرعه عليها، وكذا عند تبرعه عليه بغير إذنه (في إذن)^(٣) في الأصح، لما في القبول من المنة.
قال: (وَيَجِبُ فِي الْمَسْكَنِ إِمْتِنَاعُ) أي: بلا خلاف كما صرح به في «المحرر»^(٤).

قال: (وَمَا يُسْتَهْلَكُ كَطَعَامِ تَمْلِيكَ) كما في الكفارة.
قال: (وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ) أي: بالبيع وغيره.
قال: (فَلَوْ قَتَرْتُ بِمَا يَضُرُّهَا مَنَعَهَا) لأجل الإضرار، وعبارة «المحرر»^(٥) والشرحين^(٦): فله منعها.
قال: (وَمَا دَامَ نَفْعُهُ كَكِسْوَةٍ) أي: وفرش.
(وَوَظُرُوفِ طَعَامٍ وَمُشْطٍ تَمْلِيكَ) كالنفقة والأدم وكسوة الكفارة،

(٢) «الحاوي الكبير» ١١/٤٢٠.

(١) «الوجيز» ٢/١١٤.

(٤) «المحرر» (ص ٣٧٧).

(٣) من (ب).

(٦) «الشرح الكبير» ١٠/٢٠.

(٥) «المحرر» (ص ٣٧٦).

وليست الكسوة كالمسكن، فإن الكسوة تدفع إليها، والمسكن لا يدفع.
 قال: (وَقِيلَ: إِمْتَاعٌ) كالمسكن والخدام، وألحق الغزالي في
 «بسيطه»^(١) الفرش والظروف بالمسكن، وهذا الوجه يقال: إن قضية
 نصه في «الإملاء» كما ذكره صاحب «المطلب» والأول ينسب إلى
 النص أيضًا كما قاله الرافعي^(٢).

قال: (وَتُعْطَى الْكِسْوَةُ أَوَّلَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ) أذ هو وقت الحاجة إليها،
 وما يبقى سنة فأكثر، البسط تجدد في وقت تجديده وكذلك جبة الإبريسم،
 والخز لا يجدد كل سنة، وعليه تطريتها على العادة.

قال: (فَلَوْ نَلَفَتْ فِيهِ بِلَا تَقْصِيرٍ لَمْ تُبَدَّلْ إِنْ قُلْنَا تَمْلِيكَ) لأنه قد وقى ما
 عليه، فأشبهه ما إذا سلمها النفقة فلتفت في يدها.

وفي وجه ضعيف إنه يلزمه البذل؛ لأن المقصود الكفاية أما إذا قلنا:
 إنها إمتاع فعليه البذل.

فرع:

لو أتلّفها أو تمزقت قبل الحول^(٣) أو أن التمزق لكثرة ترددها فيها
 وتحاملها عليها فعلى التملك لا إبدال، وعلى الإمتاع يلزمها قيمة ما
 أتلّف، ويلزمه الإبدال.

قال: (فَإِنْ مَاتَتْ فِيهِ) أي: في الفصل.

(لَمْ تُرَدَّ) أي: على القول بالتملك، وكذا لو مات الزوج، كما لو

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/٢٤

(١) «البسيط» ٦/٢٠٩.

(٣) من الأصل.

سلم إليها نفقة اليوم فماتت^(١) فيه، وهذا هو الأصح /١٣٤/.

والثاني: له الاسترداد؛ لأن الكسوة مدفوعة إليها للزمن المستقبل، فأشبهه ما إذا أعطاها نفقة أيام، أما إذا قلنا بالإمتاع فإنه يسترد جزماً.
فرع:

لو وقع الموت أو البينونة بالطلاق في أثناء الفصل قبل قبض الزوجة الكسوة، فهل هو كما لو وقع بعد^(٢) قبضها حتى تأتي فيه ما سلف.
قال صاحب «المطلب»: لم أر فيه نقلاً، وهو كثير الوقوع، فيشبه أن يقال: إذا قلنا تسترد، فلا يجب هنا إلا بالقسط، وهو ما لا يجب أسترداده لو قبض، وإن قلنا: لا يسترد فهو محل التردد، وبالجمله فيبعد كل البعد أن تنكح وتطلق في يومه، ويوجب عليه كسوة فصل كامل، ولعل الأولى أن يوزع على أيام الفصل، ويجب لها من قيمة الكسوة ما يقابل زمن العصمة.

قال: وهذا ما عليه فراض زمننا عملاً من غير بحث وتحقيق، ونقل غيره عن «الإيضاح» للصيمري أن الكسوة تجب بالقسط، فلو دخل بامرأته وأقامت معه شهراً ثم أبانها فعليه سدس الكسوة، وكذا لو زاد أو نقص، لكن في «فتاوى» المصنف ما يقتضي أنها تستحق كسوة كاملة، فإنه سئل عن رجل دفع إلى زوجته كسوة فصل من فصلي السنة، ثم طلقها قبل أنقضاء الفصل وهي حامل منه طلاقاً بائناً، فهل يجب لها^(٣) كسوة

(١) في الأصل: فمات.

(٢) في الأصل: قبل.

(٣) في الأصل: عليه.

الفصل الذي شرعت فيه؟

فلو مضى لحملها ثمانية أشهر ووضعت الولد بعد شهر ونحوه، هل يسترجع منها؟

فأجاب بأنها تستحق كسوة ذلك الفصل الذي شرعت فيه؛ لأن الكسوة تجب بأول الفصل، فإن أنقضت عدتها بعد شهر ونحوه لم يسترجع منها ذلك على الأصح، كما لو ماتت في أثناء الفصل^(١).

قال: (وَلَوْ لَمْ يَكْسُ مُدَّةً فَدَيْنٌ) أي: ولو لم يكسها^(٢) مدة صارت الكسوة ديناً في ذمته، أي: إن قلنا: بالتمليك، وإلا فلا.
فرع:

ليس للزوج أن يدفع إليها ثمن الكسوة، بل يجب تسليم الثياب، وعليه مؤنة الخياطة.



(١) «فتاوى النووي» (ص ١١١ - ١١٢).

(٢) في (ب): تكس.

(فَصْلٌ)

قال^(١): (الْجَدِيدُ أَنَّهَا) أي: النفقة.

(تَجِبُ بِالتَّمْكِينِ لَا الْعَقْدِ) لأن النبي ﷺ تزوج عائشة ودخل بها بعد سنتين^(٢)، وما نقل أنه أنفق عليها قبل أن دخل بها، ولو كان لثقل، ولو كان حقاً لساقه إليها، ولما أَسْتَحْلَ أن يقيم على الامتناع من حق واجب عليه، ولكان إن أعوزه الحال أن يسوقها إليها من بعد، أو يعلمها بحقها ثم يستحلها لبراءة ذمته، وذلك يدل على عدم الوجوب بالعقد، ولأن النفقة مجهولة، والعقد لا يوجب مالا مجهولاً، وإذا لم يجب بالعقد فيجب بالتمكين يوماً فيوماً، ولأن المهر يجب به، والعقد لا يوجب عوضين مختلفين.

والقديم: أنها تجب بالعقد كالمهر، ولا تتوقف على التمكين بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء. لكن لو نشزت سقطت؛ فالعقد موجب والنشوز مسقط، وإذا حصل /٣٤ب/ التمكين أَسْتَقَرَّ الواجب يوماً فيوماً كالأجرة المعجلة، إلا أن الأجرة يجب تسليمها بالعقد جملة للعلم بها، وحمله النفقة غير معلومة؛ لأن نهاية النكاح غير معلومة.

قال الرافعي: وهذان القولان أدعى السرخسي أنهما منقولان في «الإملاء».

وقال قائلون: هما مستخرجان من معاني كلام الشافعي غير منصوص

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) روى البخاري (٣٨٩٤)، مسلم (١٤٢٢) من حديث عائشة أن النبي ﷺ تزوجها وهي بنت ست سنين، وبنى بها وهي بنت تسع سنين.

عليهما. شرع الرافعي يؤيد هذا^(١).

وقال البصريون: يجب بالعقد والتمكين جميعاً، وهو يحتمل أن كلاً منهما جرّ السبب، ويحتمل أن السبب العقد، والتمكين شرط عكس الجديد، وبالثاني صرح الماوردي عنهم^(٢).

قال أبو الرفعة في «الكفاية»: واعلم أن قولهم: يجب بالعقد أو التمكين. فيه تساهل؛ فإن الإمام قال ما ملخصه أنها ليست عوضاً على التحقيق، بل كفاية في مقابلة ارتباطها بالزوج وحبسها واستمتاعه بها. والصدّاق المذكور على صيغة الأعواض^(٣) قد صح عند المحققين: أنه ليس عوضاً حقيقياً، فكيف يتخيل ذلك في النفقة، لكن لما سقطت بالنشوز، وعدم توفية المنفعة كسقوط العوض المحقق بالامتناع من بدل مقابله^(٤).

قال قائلون: يجب بالعقد، أي: بالاحتباس الواجب به، وقال آخرون: يجب بالتمكين^(٥).

قال: (فإن اختلفا فيه) أي: في التمكين (صدّق)^(٦) أي: وعليها البينة كما صرح به في «المحرر»^(٧) لأن الأصل عدم التمكين، هذا إن قلنا بالجديد، كما أشار إليه المصنف. بإتيانه الفاء في قوله: (فإن اختلفا)

(١) «الشرح الكبير» ٢٧/١٠.

(٢) «الحاوي الكبير» ٤٣٧/١١. (٣) في (ب): الأعراض.

(٤) «كفاية النية» ١٥/١٩٧-١٩٨. (٥) «نهاية المطلب» ١٥/٤٤٦-٤٤٧.

(٦) في النسخ الخطية: صدقت، وهو خطأ، والمثبت من «المنهاج».

(٧) «المحرر» (ص ٣٧٧).

فإن قلنا بالقديم فالقول قولها، لأن الأصل استمرار ما وجب بالعقد وهو يدعي السقوط، فعليه بينة النشوز المسقط، هذا هو المشهور، وأشار الروياني إلى طريقة قاطعة بأن القول قول الزوج.

قال: (فَإِنْ لَمْ تَعْرِضْ عَلَيْهِ مُدَّةً فَلَا نَفَقَةَ فِيهَا) لعدم التمكين، هذا إن قلنا بالجديد، فإن قلنا بالقديم فلها النفقة لوجود الموجب وعدم المسقط وهو النشوز.

قال: (وَإِنْ عَرَضَتْ وَجَبَتْ مِنْ بُلُوغِ الْخَبَرِ) لوجوده فالتقصير منه حينئذ.

قال: (فَإِنْ غَابَ كَتَبَ الْحَاكِمُ لِلْحَاكِمِ بَلَدَهُ لِيُعْلِمَهُ فَيَجِيءَ أَوْ يُوَكَّلَ) أي^(١): وكيلًا ليتسلمها.

(فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ وَمَضَى زَمَنُ وَصُولِهِ فَرَضَهَا الْقَاضِي) أي: وجعل كالمتسلم لها؛ لأن الامتناع منه.

قال المتولي: فإن لم تعرف موضعه كتب الحاكم إلى حكام^(٢) البلاد التي تردها القوافل من تلك البلدة في العادة؛ ليطلب وينادي باسمه، فإن لم يظهر فرض القاضي^(٣) نفقتها في ماله الحاضر وأخذ منها كفيلاً بما يصرف إليها؛ لأنه لا يؤمن وفاته أو طلاقه، ومن الأصحاب من لم يتعرض للرفع إلى القاضي ولا لكتابه.

وقال: (تجب النفقة من حين يصل الخبر إليه) وبمضي زمن إمكان القدوم عليها، وكذا ذكره البغوي^(٤).

(١) ساقطة من (د). (٢) في الأصل: حاكم.

(٣) في الأصل: الحاكم. (٤) «التهذيب» ٦/ ٣٤١.

قال: (وَالْمُعْتَبَرُ فِي مَجْنُونَةٍ وَمَرَاهِقَةٍ عَرَضُ وَلِيِّ) أي^(١): لا عرضهما /٣٥/ وبذلها الطاعة.

فرع:

لو سلمت المرأة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي وجبت النفقة، بخلاف تسليم المبيع للمراهق؛ لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، واليد في عقدة المراهق للولي لا له.

قال: (وَتَسْقُطُ بِنُشُوزِ) أي: وإن كانت المرأة مراهقة أو مجنونة، كما صرح به في «المحرر»^(٢) لأنها تجب بالتسليم أو تستقر به فسقطت بالمنع، كالأجرة إذا أمتنع الآخر من تسليم الغير حتى مضت مدة، فإنه يسقط ما بإزائها، ولأنها وجبت لكونها معطلة المنافع بسبب الزوج محبوسة عنده، ولهذا لو أمتنع من الإنفاق عليها كان لها أن تمتنع من التمكن، فإذا نشزت سقط ما يقابل التمكن، ولا فرق في النشوز بين الحامل والحائل.

وفي تعليق القاضي حسين: أن من أصحابنا من قال: إن قلنا: أن النفقة للحمل وجبت، والأصح خلافه؛ لأن ذلك بعد البيئونة، والأبين أن يكون في جملة اليوم أو بعضه على الأصح في «الكفاية»^(٣) والأوفق في الرافعي^(٤).

قال: (وَلَوْ بِمَنْعٍ لَمْ يَسِرْ بِهَا عُدْرٌ) أي: فإن كان لها عذر، كما إذا كان بها قرح يضرها^(٥) الوطء فهي معذورة عن الامتناع عنه، وعليه النفقة إذا

(١) من الأصل.

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٧). (٣) «كفاية النبيه» ٢٠١/١٥.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٠/١٠. (٥) في الأصل: يضر بها.

كانت عنده، لا جرم بينه المصنف بعد ذلك فقال: (وَعَبَالَةُ زَوْجٍ) أي: وهي كبر ذكره (أَوْ مَرَضٌ يَضُرُّ مَعَهُ الْوَطْءُ عُذْرٌ) فلو أنكر الزوج المانع من الوطء فلها إثباته بقول النسوة وهن أربع لا واحدة في الأصح؛ لأنه شهادة، وكذا لو أنكر الضرر بسبب العبالاة يرجع فيه إلى النسوة، ولا بأس بنظرهن إليه عند اجتماعهما ليشهدن، وليس لها الامتناع من الزفاف بعذر عبالته، ولها الامتناع من المرض؛ لأنه متوقع الزوال.

قال: (وَالْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلَا إِذْنٍ) أي: كسفر^(١) وغيره كما في «المحرر»^(٢) نشوز لمخالفتها الواجب عليها.

قال: (إِلَّا أَنْ يُشْرِفَ عَلَى أَنْهَادِمٍ) أي: فلا يكون نشوزاً، وكذا لو كان المنزل لغير الزوج فأخرجت.

قال: (وَسَفَرُهَا بِإِذْنِهِ مَعَهُ أَوْ لِحَاجَتِهِ لَا يُسْقِطُ) أما إذا كانت معه فوجود التمكين، وأما إذا كان لحاجته^(٣)، فلأنه أسقطه لأجله.

قال: (وَلِحَاجَتِهَا يَسْقِطُ^(٤)) فِي الْأَظْهَرِ لأنها غير ممكنة، وبه قطع بعضهم، وحمل النص على ما إذا سافر معها، فإنها تجب اتفاقاً.

والثاني: أنها^(٥) تجب؛ لأنها سافرت بالإذن فأشبه ما إذا سافرت في حاجته، فإنه لا نزاع في وجوب النفقة.

(١) في الأصل: لسفر.

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٧).

(٣) في الأصل: لحاجة.

(٤) فوقها في الأصل، (ب): (أبو جنيفة، أحمد).

(٥) من (ب).

قال الرافعي: والأول مبني على وجوبها بالتمكين، والثاني: على وجوبها بالعقد إذ لا نشوز^(١).

وعن ابن الوكيل^(٢) طرد القولين فيما إذا كانت معه لحاجتها نفسها. وقطع الجمهور في هذه الصورة بالوجوب.

قال: (وَلَوْ نَشَرْتَ فَعَابَ فَأَطَاعَتْ) أي: كما إذا خرجت^(٣) من مسكنه بغير إذنه ثم عادت وهو غائب (لَمْ تَجِبْ فِي الْأَصَحِّ) لأنها خرجت عن قبضته، فلا بد من تسليم وتسلم مستأنفين، وهما لا يحصلان بمجرد عودها إلى^(٤) مسكنه.

والثاني: يجب؛ لأن الاستحقاق زال بعارض الخروج، فإذا زال العارض عاد الاستحقاق، وفي «التتمة» حكاية هذا الخلاف / ٣٥/ قولين. وكلام الرافعي في شرحه يقتضي رجحان ما في الكتاب حيث قدم حكاية الوجهين على حكاية القولين^(٥).

قال: (وَطَرِيقُهَا أَنْ يَكْتُبَ الْحَاكِمُ كَمَا سَبَقَ) أي: وطريقها في عود

(١) «الشرح الكبير» ٣١/١٠.

(٢) هو: أبو حفص عمر بن عبد الله بن موسى المعروف بابن الوكيل الباب شامي الشافعي الفقيه أحد أصحاب الوجوه، كان من كبار المحدثين والرواة، نقل عنه الرافعي في آخر التيمم وفي مواضع أخر. توفي بعد سنة ٣١٠هـ.

انظر: تهذيب «الأسماء واللغات» ٢/ ٢١٥، «طبقات الشافعية الكبرى» ٣/ ٤٧٠ «طبقات الشافعية» للإسنوي ٢/ ٥٣٨، «طبقات الشافعية» لابن قاضي شهبة ١/ ٩٧.

(٣) في الأصل: أحرمت.

(٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «الشرح الكبير» ٣١/١٠ - ٣٢.

الاستحقاق أن ترفع الأمر إلى القاضي كما ذكرنا في ابتداء التسليم.
قال في «المحرر»: وغيبية الزوج في دوام طاعتها لا يؤثر^(١). أي: في إسقاط النفقة، وحذفه المصنف لوضوحه.

قال: (وَلَوْ خَرَجَتْ فِي غَيْبَتِهِ) أي: لبيت أبيها كما صرح به في «المحرر»^(٢) (لِزِيَارَةٍ أَوْ نَحْوِهَا)، أي: كالعيادة لا على وجه النشوز (لَمْ تَسْقُطْ)، قاله البغوي في «تهذيبه»^(٣) وهو واضح.
فرع:

لو قالت المرأة: لا أمكنه إلا في موضع كذا أو بلد كذا، فهي ناشزة؛ لأن التمكين التام لم يوجد.

قال: (وَالْأَظْهَرُ أَلَا نَفَقَةً^(٤) لِصَغِيرَةٍ) أي: على زوج بالغ، وإن سلمت إليه أو عرضت عليه، وكذا على الزوج الصغير، كما صرح بذلك كله في «المحرر»^(٥) لأنه يتعذر الاستمتاع بها لمعنى فيها، فأشبهت الناشزة، وليست كالمريضة فإنه يطرأ ويحول سريعاً ولا كالرتقاء، فإن العلة هناك دائمة، ولا يمكن إدامة الحبس عليها بلا نفقة.

والثاني: لها النفقة؛ لأنها حبست عنده، وفوات الاستمتاع بسبب هي معذورة فيه، فأشبهت المريضة والرتقاء.

(١) «المحرر» (ص ٣٧٧).

(٢) «المحرر» (ص ٣٧٨).

(٣) «التهذيب» ٣٤٦/٦.

(٤) فوقها في الأصل (ب): (أبو حنيفة، مالك، أحمد).

(٥) «المحرر» (ص ٣٧٨).

وبنى جماعة الخلاف على أن النفقة تجب بالعقد فتجب، أو بالتمكين فلا.

قال: (وَأَنَّهَا تَجِبُ^(١) لِكَبِيرَةٍ عَلَى صَغِيرٍ) لأن التسليم مستحق^(٢) عليها دونه، وقد وجد التمكين من جهتها فوجبت النفقة، ولم تسقط بعذر من جهته كما لو هرب، وكما لو تعذر على المستأجر استيفاء المنفعة يعذر فيه بعد تسليم العين، وقطع بعضهم بهذا.

والثاني: لا؛ لأنه لا يستمتع بها بسبب هو معذور فيه، فلا يلزم غرماً، وعن أحمد روايتان كالقولين، ومن الأصحاب من قال: إن كانت (جاهلة بصغره وجبت وجهها واحداً، وإلا فلا كذا قاله الغزالي^(٣)، والرافعي قال: وإلا فقولان^(٤) وهو موافق^(٥) لرواية الإمام^(٦) عن بعض المصنفين، فيحصل من ذلك أن أجري كلام الغزالي على ظاهره أربع طرق، ثم موضع الخلاف في هذه الصورة، والأولى ما إذا سلمت إلى الزوج أو عرضت عليه، فإن لم يوجد تسليم ولا عرض فالحكم كما سبق في الكبيرة، وفي «الوسيط»^(٧) ما يقتضي خلافه.

(١) فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة).

(٢) في (ب): يستحق.

(٣) «الوسيط» ٢١٦/٦.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٣/١٠.

(٥) ما بين القوسين ساقط من (ب).

(٦) «نهاية المطلب» ٤٥٠/١٥.

(٧) «الوسيط» ٢١٦/٦.

والمذهب الأول، وإذا كان الزوج صغيراً فالعرض على وليه لا عليه، والمراد بالصغيرة والصغير ما لا يتأتى منه الجماع، ويدخل فيه المراهق، أما إذا كانت ممكنة الوطء فلها النفقة قطعاً إذا سلمها إليه الولي أو عرضها عليه، فلو سلمت هي فتسلمها وجب، وإن عرضت نفسها فلم يتسلمها لم يجب، وفيه احتمال لمجلي.

فرع:

لو كانا صغيرين لم يجب في أصح القولين.
قال: (وَإِحْرَامُهَا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ بِلَا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَحْلِيلَهَا فَإِنْ مَلَكَ فَلَا حَتَّى تَخْرُجَ فَمُسَافِرَةٌ لِحَاجَتِهَا) أي: وقد سبق حكمه (أَوْ بِإِذْنٍ فَفِي الْأَصَحِّ لَهَا نَفَقَةٌ مَا لَمْ تَخْرُجْ).

الشرح: بسط الكلام على الحالتين في إحرامها بحج أو عمره، الأولى إذا كان بغير إذنه، وقد تقدم في الحج أن له تحليلها من حج التطوع /١٣٦/ وكذا من الفرض في الأظهر، فإذا كان له التحليل ولم يحللها فلها النفقة ما لم تخرج؛ لأنها في قبضته، وهو قادر على تحليلها والاستمتاع، فإذا لم يفعل فهو المفوت على نفسه، لهذا ما جزم به المصنف، وهو أصح الوجهين.

والثاني: لا نفقة؛ لأنها ناشئة بالإحرام، والناشئة لا تستحقها إن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً، فإذا خرجت بغير إذنه، فلا نفقة، فإن خرج معها فعلى ما سبق، وإليه أشار المصنف بقوله: (فمسافرة لحاجتها)، وقد تقدم حكمه، وإن أذن في الخروج فعلى القولين في السفر بإذنه.
وإن قلنا: ليس له التحليل فهي ناشئة من وقت الإحرام مانعة من

الاستمتاع.

وقيل: لها النفقة ما دامت مقيمة؛ لأنها في قبضته. وقد خرج الأمر من يدها بعد الإحرام بخلاف النشوز الذي يقدر على تركه، والصحيح ما أطلقه المصنف أنها لا تستحقها.

وحكي وجه أو قول مطلق أن الإحرام لا يسقط النفقة مطلقاً؛ لأنها تسقط به فرضاً عليها، وأما الحالة الثانية: وهي ما إذا كان الإحرام بإذنه، فإذا خرجت فقد سافرت في غرض نفسها، ولا تسقط نفقتها إن كان الزوج معها، وإن لم يكن فقولان سبق ذكرهما. وقبل الخروج فوجهان كما حكاه المصنف، وفي بعض نسخ «المحرر» الصحيحة قولان، والأول هو ما في الشرحين أحدهما لا نفقة لها؛ لفوات الاستمتاع. وأظهرهما: وقطع به قاطعون أنها تجب؛ لأنها في قبضته، وفوات الاستمتاع جاء من سبب مأذون فيه^(١).

قال: (وَيَمْنَعُهَا صَوْمَ نَفْلٍ) لأجل حقه الواجب عليها، بل قال أصحابنا: لا يجوز للمرأة صوم تطوع وزوجها حاضر إلا بإذنه، كما نقله عنهم في «الروضة» في صوم التطوع كما قدمته عنهم هناك^(٢). وفي «سنن أبي داود» والترمذي محسنًا، و«صحيح ابن حبان» عن أبي هريرة رفعه: «لا تصومن امرأة يومًا سوى شهر رمضان وزوجها شاهد إلا بإذنه»^(٣).

(١) «الشرح الكبير» ١٠/٣٤ - ٣٥. (٢) «روضة الطالين» ٢/٣٨٨.

(٣) «سنن أبي داود» (٢٤٥٨)، «سنن الترمذي» (٧٨٢)، «صحيح ابن حبان» ٨/٣٣٩ - ٣٤٠ (٣٥٧٣).

قال: (فَإِنْ أَبَتْ فَنَاشِرَةٌ فِي الْأَظْهَرِ) لامتناعها من التمكين، وإعراضها عنه بما ليس بواجب عليها.

والثاني: لا؛ لأنها في داره وقبضته، ولها الخروج عما شرعت فيه متى شاءت، وحاصل هذا أن صوم التطوع لا يؤثر في النفقة، وفي العدة وجه فارق بين أن يدعوها إلى (الأكل فتأبى فلا تسقط النفقة؛ لأنه لا ضرر عليه في ذلك، وبين أن يدعوها إلى^(١) الوطء فتأبى فتسقط النفقة لمنعها حقه.

وعن «الحاوي» أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صدر النهار، أما إذا أتفق في آخره فلا تسقط لقرب زمان التمكين ومشابهة تلك البقية زمان الأكل والطهارة^(٢)، واستحسنه القاضي الروياني.

قال الرافعي: والأكثر سكتوا عن هذا التفصيل^{(٣)(٤)}.

واعلم أن المصنف تبع في حكايته الخلاف في هذه المسألة قولي «المحرر»^(٥) ٣٦/ب وهو خلاف ما في الشرحين^(٦) و«الروضة» و«الكفاية»^(٧) فإنهم حكوا في المسألة ثلاثة أوجه، وعبارة المصنف في «الروضة»: فَإِنْ أَبَتْ فَلَا نَفَقَةَ عَلَى الْأَصْح^(٨).



(١) ما بين القوسين ساقط من (ب).

(٢) «الحاوي الكبير» ٤٤٣/١١.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٦/١٠.

(٥) «المحرر» (ص ٣٧٨).

(٦) «الشرح الكبير» ٣٦/١٠.

(٧) «كفاية النبيه» ٢٠٤/١٥.

(٨) «روضة الطالبين» ٦٢/٩ - ٦٣.

فرع:

لو نكحها وهي صائمة، قال المروزي^(١): لا يجبرها على الإفطار وفي سقوط النفقة وجهان، أي: كما في نشوز بعض اليوم. قال^(٢): (وَالْأَصَحُّ أَنَّ قَضَاءَهُ لَا يَتَضَيَّقُ كَتَفْلٍ فَيَمْنَعُهَا) لأنه على التراخي وحقه على الفور.

والثاني: لا، وعبرة المصنف في «الروضة»: قطع الأكثرين بأن له منعها. وقيل: في جوازه وجهان^(٣). فاقضي أن الطريقة الراجحة القطع بالمنع خلاف ما في الكتاب حيث جزم بطريقة الوجهين، وعبرة الرافعي: فجواب الأكثرين منهما المنع^(٤)، أما إذا تضيق القضاء بتعديها فيجب على الفور.

وفي النفقة وجهان المذكور منهما في «التهذيب»^(٥) ورجحه غيره أنها لا تسقط، وجعله في أصل «الروضة» الأصح^(٦)، وإن فات الأداء بعذر وتضيق وقت القضاء بأن لم يبق من السنة إلا قدر أيام القضاء فهو كالأداء لا يمنع منه بحال، ولا تسقط النفقة لوجوبه على الفور.

قال: (وَأَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْ تَعْجِيلِ مَكْتُوبَةٍ أَوَّلَ وَقْتٍ، وَسُنَنِ رَاتِبَةٍ) أما في

(١) في (ب): المروذي. (٢) ساقطة من (ب).

(٣) أي: في جواز منعها «روضة الطالبين» ٦٢/٩.

(٤) «الشرح الكبير» ٣٥/١٠.

(٥) «التهذيب» ٣٤٦/٦.

(٦) «روضة الطالبين» ٦٢/٩، قال في «الزوائد» في عدم جواز إلزامها بالإفطار: الأصح السقوط.

الأولى فليحرر^(١) فضيلة أول الوقت، ويخالف الحج حيث جوزنا له المنع من المبادرة إليه؛ لأن زمان الصلاة لا يمتد، ولأن الصلاة في أول الوقت^(٢) مخصوصة بزيادة الفضيلة، والحج في السنة التي يبادر إليها كالحج في غيرها في الفضيلة.

وأما في الثانية فلتأكدتها وتقديرها، بخلاف النوافل المطلقة، وعليها أن لا يفرط في تطويلها.
والوجه الثاني: (له المنع منهما)^(٣).

فرع:

له منعها من نوافل العبادات المطلقة كصوم الإثنين والخميس بخلاف رواتب السنن كصوم عرفة وعاشوراء على الأصح.

فرع:

له منعها من النذر المطلق صوما وغيره؛ لأنه موسع، أما المعين فإن نذرتة في نكاحه بغير إذنه فكذلك، وإلا فلا.

فرع:

له منعها من صوم الكفارة فإنه على التراخي.

فرع:

له منعها من الخروج لصلاة العيدين والخسوفين، وليس له المنع من فعلها في المنزل.

قال: (وَتَحِبُّ لِرَجْعِيَّةِ الْمُؤْنِ) لبقاء حبس الزوج وسلطنته.

(١) في الأصل: فليجوز. (٢) ساقطة من الأصل.

(٣) في الأصل: لها المنع في تطويلها.

وذكر في «المحرر»^(١) معها النفقة^(٢)، وحذفها المصنف إذ يؤخذ من باب أولى؛ لأنها تابعة لها، وسواء في ذلك الحرة والأمة، والحائل والحامل، ويستمر الوجوب إلى أنقضاء العدة بوضع الحمل أو غيره كما صرح به في «المحرر»^(٣) وحذفه المصنف، لأن العدة إذا أنقضت لا رجعة، وهو إنما حكم بذلك للرجعية، ونقل الماوردي الإجماع على أن الرجعية تجب لها النفقة والسكنى^(٤).

فرع:

قال: طلقته بعد الولادة فلي الرجعة. وقالت: بل قبلها، وقد أنقضت عدتي. فالقول قوله في بقاء العدة وثبوت الرجعة، ولا نفقة لها لزعمها، كذا جزم به الرافعي^(٥)، ومقتضاه أنه لا نفقة لها وإن راجعها لإنكارها استحقاقها، وكذا لو اختلفا في أصل الطلاق البائن وأنكره الزوج وحلف /٣٧/، قال صاحب «المطلب»: وهو ما أورده الرافعي في كتاب «القسم» حيث جعل ذلك أصلاً مقيساً عليه.

قال: لكن ظاهر نصه في «الأم» الوجوب^(٦).

قال: (إِلَّا مُؤَنَّةً تَنْظِفُ^(٧)) أي: فإنها لا تجب عليه؛ لانتفاء المعنى الذي شرع ذلك لأجله فإنه ممتنع منها.

قال: (فَلَوْ ظَنَّتْ حَامِلًا فَأَنْفَقَ فَبَآئَتْ حَائِلًا أَسْتَرْجَعَ مَا دَفَعَ بَعْدَ عِدَّتِهَا)

(١) «المحرر» (ص ٣٧٨).

(٢) ساقطة من الأصل. (٣) «المحرر» (ص ٣٧٨).

(٤) «الحاوي الكبير» ٤٦٥/١١. (٥) «الشرح الكبير» ٣٩/١٠.

(٦) «الأم» ٨٠/٥. (٧) في الأصل: تنظيف.

لأنه تبين أن ذلك ليس بواجب عليه.

قال: (وَالْحَائِلُ الْبَائِنُ بِخُلْعٍ أَوْ ثَلَاثٍ لَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا كِسْوَةَ) لحديث فاطمة بنت قيس أن زوجها طلقها البتة، فأرسل إليها وكيله بشعير فسخطته، فجاءت رسول الله ﷺ فقال: «ليس لك عليه نفقة» متفق عليه^(١)، ولمسلم «ولا سكنى»^(٢) والتقييد في قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَئِكَ حَمَلَ فَاَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ﴾ [الطلاق: ٦] بعد الإطلاق في قوله تعالى من قبل: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ﴾ [الطلاق: ٦] إشعار بأن الحائل لا ينفق عليها، وخالف أبو حنيفة في النفقة فأوجبها.

قال: (وَيَجِبَانِ لِحَامِلٍ) للآية المذكورة، ولما روى أبو داود عن فاطمة أنها قالت: فأتيت رسول الله ﷺ فقال: «لا نفقة لك إلا أن تكوني حاملاً»^(٣).

وفي «البيان» عن أبي إسحاق المروزي الجزم بأنه لا تجب لها الكسوة، وهذا لفظه عنه: لا تجب للبائن الكسوة، وإن وجبت لها النفقة^(٤). ثم أقره، قال القاضي حسين: ويجب لها الإدام أيضاً. ونقله في «الروضة» من زوائده عن المتولي وحده وأقره.

قال: سواء قلنا: إن النفقة للحمل أو للحامل^(٥).

(١) «صحيح مسلم» (٣٦/١٤٨٠)، ورواه البخاري من حديث عائشة (٥٣٢٣)، ٥٣٢٤ بلفظ: «ما لفاطمة، ألا تتقي الله». يعني في قولها: لا سكنى ولا نفقة.

(٢) «صحيح مسلم» (٣٧/١٤٨٠).

(٣) «سنن أبي داود» (٢٢٩٠).

(٤) «البيان» ٢٣٦/١١. (٥) «روضة الطالبين» ٦٨/٩.

قال: (وَفِي قَوْلٍ لِلْحَمَلِ) أي: إذا قلنا: تجب النفقة للحامل فهل هي للحمل أو للحامل؟ فيه قولان:

أحدهما: للحمل وصرفت لها؛ لأنَّ غذاءه بغذائها، وإنما قلنا بذلك؛ لأنها لما وجبت بوجوده وسقطت بعدمه دل على وجوبها له دون أمه، ولأنَّ النفقة لما وجبت له بعد انفصاله وجبت في حال اتصاله لتحفظ حياته في الحالين، بل هو في حال الاتصال أضعف، ولأنَّ نفقة المرضع^(١) لما وجبت للمرضع دونها، وإنَّ تقدرت بكفايتها كانت نفقة الحامل بمثابةها، وتجب للحمل دونها، ويتعذر كفايتها دونها، كذا قال الماوردي^(٢)، وأصحهما: أنها تجب لها بسبب الحمل؛ لأنها تجب على المعسر وتختلف بيسار الزوج وإعساره ومقدرة لا بالكفاية، وذلك من شأن نفقات الزوجات دون الأقارب، ولأنها لو كانت للحمل لما وجبت على الأب إذا ملك الحمل مالا من وصية أو ميراث، وفي إجماعهم على أنها على الأب دليل على أنها تجب للحامل دون الحمل، ولأنها لو كانت للحمل لوجب على الجد عند إعسار الأب وهي لا تجب، ذكر هذا التوجيه والذي قبله الماوردي^(٣).

قال في «الكفاية»: وفيهما شيء^(٤).

قال: (فَعَلَى الْأَوَّلِ لَا تَجِبُ لِحَامِلٍ عَنْ شُبْهَةٍ أَوْ نِكَاحٍ فَاسِدٍ) لأنها لا

(١) في (ب): المرضعة.

(٢) «الحاوي الكبير» ١١/٤٧٤ - ٤٧٥.

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/٤٧٤.

(٤) «كفاية النيه» ١٥/٢١٣.

تستحقها في حال التمكن، فأولئ لا تستحقها بعده.

وعلى الثاني: تجب، قال الجمهور: لأن الحمل^(١) تابع له، وقال الإمام: لقيامها بتربيته كالحاضنة^(٢) ٣٧/ب.

قال الرافعي: وإلحاقه بالحاضنة لا اتجاه له؛ لأن واجب الحاضنة الكفاية من غير تقدير (وهو ههنا)^(٣) مقدر لنفقة الزوجات^(٤).

قال ابن الرفعة في «الكفاية»: إن أراد بالحاضنة غير المرضعة فالاعتراض^(٥) صحيح، وإن أراد المرضعة فكلام الماوردي يدل على أنها مقدرة، فانتفى الاعتراض^(٦).

قال الإمام: ويرجع حاصل القولين إلى أن الجنين هل تجب مؤنته كالمنفصل أم لا لأنه جزء^(٧) منها^(٨)؟.

تنبيه:

الشبهة في الوطء من ثلاثة أوجه: شبهة في المحل كوطئه من ظنها مباحة له بنكاح أو ملك.

وشبهة في الطريق كوطئه في نكاح فاسد أو مختلف فيه.

وشبهة ملك كوطئه جارية يملك بعضها والحكم في الأوليين واحد وأما الأخيرة فإنه يشبه كما قاله صاحب «المطلب»: أن يلاحظ فيها هل صارت الموطوءة أم ولد، أم لا؟ فإن قلنا: تصير فيجب نفقتها

(١) في (ب): الحامل. (٢) «نهاية المطلب» ٤٩١/١٥.

(٣) في (ب): وهي هنا. (٤) «الشرح الكبير» ٤٣/١٠.

(٥) في الأصل: فاعتراض. (٦) «كفاية النية» ٢١٧/١٥.

(٧) ساقطة من الأصل. (٨) «نهاية الطلب» ٤٩٣/١٥.

قطْعاً^(١) وإلا أُبْتِنَى عَلَى أَنْ الْوَلَدَ يَنْعَقِدُ كُلَّهُ حُرّاً أَوْ يَقْدِرُ الْمَلِكُ، فَعَلَى الْأَوَّلِ يَكُونُ الْحَكْمُ كَمَا تَقْدُمُ، وَعَلَى الثَّانِي يَنْظَرُ إِنْ حَصَلَتْ سَرَايَةٌ فَكَذَلِكَ، وَإِلَّا فَيَنْبَغِي أَنْ تَكُونَ النِّفْقَةُ عَلَيْهَا، سِوَاءَ قُلْنَا: إِنَّهَا لَهَا أَوْ لِلْحَمْلِ هَذَا مَا وَقَعَ لِي تَفْقَهَا.

قال: (قُلْتُ: وَلَا نَفَقَةً لِمُعْتَدَّةٍ وَفَاءٍ وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لقوله عليه السلام: «ليس للحامل المتوفى عنها زوجها نفقة» رواه الدارقطني من حديث حرب بن أبي العالية عن أبي الزبير عن جابر^(٢)، وهذا سند على شرط مسلم.

قال الشافعي: لا أعلم مخالفاً في أنه لا تجب النفقة للمتوفى عنها زوجها^(٣).

قال الرافعي: أما إذا كانت حائلاً، فلأن البائنة الحائلاً^(٤) لا نفقة لها على الزوج في حياته فبعد الموت أولى، وأما إذا كانت حاملاً، فلأن النفقة للحمل أو للحامل، إن كانت للحمل فنفقة الأقارب تسقط بالموت، وإن كانت للحامل فبسبب استحقاتها الحمل، فإذا كانت نفقته في نفسه بعد الانفصال لا تجب بعد الموت، فكذاك النفقة الواجبة بسببه^(٥).

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «سنن الدارقطني» ٤/ ٢١ - ٢٢ (٣٨٨٤ - ٣٨٨٥)، ورواه الشافعي في «الأم» ٥/ ٢٠٦ والبيهقي في «السنن الكبرى» ٧/ ٤٣٠ - ٤٣١، موقوفاً وقال البيهقي: هذا هو المحفوظ موقوف.

(٣) «الأم» ٤/ ٢٨.

(٤) في (ب): (الحامل).

(٥) «الشرح الكبير» ١٠/ ٤٣.

وحكى أبو إسحاق المروزي أن الإصطخري أجاب في هذه المسألة بالاستحقاق، فقليل له: ليس هذا من مذهب الشافعي فلم يصدق فأروه كتابه فلم يرجع، وقال: إن لم يكن مذهبه فهو مذهب علي وابن عباس. فعيّره ابن^(١) سريج بذلك في مجلس النظر.

وقال له: أنت سئلت عن مسألة أخطأت فيها، وأنت رجل كثرة أكل الباقلاء قد ذهب^(٢) بدماغك. فقال له أبو سعيد الإصطخري في الحال: وأنت رجل^(٣) كثرة أكل الخل والمري قد ذهب بدينك^(٤).

فرع:

لو مات زوج البائن الحامل قبل الوضع، إن قلنا: النفقة للحمل سقطت؛ لأن نفقة القريب تسقط بالموت، وإن قلنا: للحامل فوجهان: أصحهما عند الإمام وبه قال ابن الحداد: تسقط أيضًا؛ لأنها كالحاضنة للولد، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت.

وقال الشيخ أبو علي: لا تسقط؛ لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة / ٣٨٨/ بل تتم عدة الطلاق، والطلاق موجب^(٥).

قال الغزالي: (وهو أقيس)^(٦) وهو المجزوم به في «الحاوي الصغير» وجزم في أصل «الروضة»^(٧) في أوائل الباب الثالث في عدة الوفاة بأن البائن الحامل المتوفى عنها زوجها لها النفقة إذا كانت حاملاً من غير

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في الأصل: (ذهبت).

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «تاريخ بغداد» ٢٦٩/٧.

(٥) «نهاية المطلب» ٥٠٧/١٥.

(٦) ساقطة من الأصل.

(٧) «روضة الطالبيين» ٣٩٩/٨.

بناءً أن النفقة لها أو للحمل، فاعلم ذلك.

قال: (وَنَفَقَةُ الْعِدَّةِ مُقَدَّرَةٌ كَزَمَنِ النِّكَاحِ، وَقِيلَ: تَجِبُ الْكِفَايَةُ) أعلم أن هذه المسألة ذات طريقين، فإن المصنف قال في أصل «الروضة»: هل تتقدر النفقة الواجبة كنفقة صلب النكاح أم تعتبر كفايتها سواء زادت أم نقصت فيه طريقان المذهب، وبه قطع الجمهور أنها تتقدر، وشذ الإمام ومتابعوه فحكوا خلافاً، انتهى^(١).

فحكى في الكتاب ما قال في «الروضة» أنه شاذ، وعبارة الرافعي في شرحه: فيه طريقان نقلهما الإمام ومن تابعه.

أحدهما: أنا إن قلنا: إن النفقة للحمل ففيه وجهان: وجه أعتبار الكفاية النظر للحمل حتى لا يتأثر إذا لم يكفها القدر.

قال الغزالي: وهو أقيس الوجهين، وإن قلنا للحامل (فلا زيادة كما في صلب النكاح).

والثاني: أنا إن قلنا إنها للحمل فتعتبر الكفاية، وإن قلنا للحامل^(٢) فوجهان؛ احتياطاً للحمل، والذي أورده أكثرهم أنها مقدرة كما^(٣) في صلب النكاح^(٤). ولم يفصح الرافعي في «المحرر» ببيان كيفية الخلاف وإنما عبر بالأظهر فقط^(٥)، ويجاب عن كلام المصنف بأنه أطلق الوجه على الطريقة، وقد قدمنا بيان ذلك في الخطبة.

(١) «روضة الطالبين» ٦٨/٩.

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٣) من (ب). (٤) «الشرح الكبير» ٤٣/١٠ - ٤٤.

(٥) «المحرر» (ص ٣٧٩).

قال: (وَلَا يَجِبُ دَفْعُهَا قَبْلَ ظُهُورِ حَمْلٍ) أي: سواء جعلناها للحمل أو للحامل.

قال: (فَإِذَا ظَهَرَ وَجَبَ يَوْمًا بِيَوْمٍ) لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

قال: (وَقِيلَ حِينَ تَضَعُ) لأن الحمل غير مستيقن، والبيئونة تقتضي سقوط النفقة، ولا توجب التسليم إلا بيقين، وبنى الخلاف على أن الحمل هل يعرف، والأصح: نعم.

وقيل: هما على حالين، فالأول محمول على ما إذا تبين ظهوره. والثاني: على ما إذا لم يتبين، بل ظهر أدنى ظهور قاله الجيلي. واعلم أن إيراد المصنف الخلاف وجهين تبع فيه «المحرر»^(١)، وحكاه الرافعي في شرحه قولين^(٢)، وكذلك المصنف في «الروضة»^(٣) والشيخ في «التنبيه»^(٤) وهو الصواب، وقد رأيتهما في «المختصر» أيضًا. قال: (وَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ عَلَى الْمَذْهَبِ) لأن المرأة مستحقة لها، وانتفاعها بها أكثر من انتفاع الحمل، فكان كنفقة الزوجة (ولذلك قلنا: إنها تتقدر).

والطريق الثاني: إن قلنا: النفقة للحامل، فلا تسقط، ويصير دينا في الذمة كنفقة الزوجة^(٥)، وإن قلنا: للحمل فتسقط؛ لأن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان، وفي «الشامل» قيل باب الإحداد: أنه ينبغي أيضًا إذا قلنا

(١) «المحرر» (ص ٣٧٩).

(٢) «الشرح الكبير» ٤٥/١٠. (٣) «روضة الطالبين» ٦٨/٩.

(٤) «التنبيه» (ص ٢٠٨ - ٢٠٩). (٥) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

إنها للحمل، على الطريقين في نفقة الزوجة، فإن حق الحامل يتعلق بها؛
لأنها مصرفها فلم يجر /٣٨ب/ مجرى نفقة الأقارب.
قال الرافعي: وقد حكى الطريقين الشيخ أبو علي، وقال: ظاهر
المذهب ما عليه الجمهور أنها لا تسقط على القولين^(١).



(١) «الشرح الكبير» ١٠/٤٧.

(فَضْلٌ)

[قال:] ^(١) (أَعْسَرَ بِهَا) أي: بالنفقة (فَإِنْ صَبَرَتْ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَهَا الْفَسْخُ فِي الْأَظْهَرِ) ^(٢) لقوله تعالى: ﴿فَأَمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَنٍ﴾ [البقرة: ٢٢٩] خيره بين أحد ^(٣) الأمرين، فإذا عجز عن الإمساك بمعروف تعين التسريح بالإحسان ^(٤)، ولحديث أبي هريرة أن رسول الله ﷺ قال في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته: (يفرق بينهما) رواه البيهقي في «خلافياته» ^(٥)، وفي وروده كذلك وقفة؛ لنكتة ذكرتها في تخريجي لأحاديث «الشرح الكبير» للإمام الرافعي يتعين الوقوف عليها ^(٦)، وروى الشافعي والبيهقي عن سعيد بن المسيب أنه سئل عن رجل لا يجد ما ينفق على امرأته قال: يفرق بينهما، فقليل له: سنة؟ قال: نعم سنة ^(٧).

قال الشافعي: (الذي يشبه قول ابن المسيب) ^(٨) أنه سنة من رسول الله ﷺ. فصار كروايته عنه، وقد ذهب إلى ذلك عمر وعلي وأبو هريرة، وكتب عمر إلى أمراء الأجناد في رجال غابوا عن نسائهم أن ينفقوا أو يطلقوا ^(٩).

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) فوقها في الأصل (ب): (مالك، أحمد).

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) في الأصل: بإحسان.

(٥) أنظر: «مختصر خلافات البيهقي» للإشبيلي ٣١٢/٤.

(٦) «البدر المنير» ٣٠٢/٨ - ٣٠٧.

(٧) «مسند الشافعي» ٦٥/٢ (٢١٢)، «السنن الكبرى» ٤٦٩/٧.

(٨) في الأصل: وقول الراوي: سنة يقتضي.

(٩) رواه البيهقي في «السنن الكبرى» ٤٦٩/٧.

وليس له مع أنتشار قولهم في الصحابة مخالف، فكان إجماعاً، كذا قاله الماوردي^(١)، ولأن العجز عن الوطاء بالجِب والعدة يثبت حق الفسخ، فالعجز عن النفقة أولى؛ لأن البدن يقوم بدون الجماع بخلاف الغذاء.

والثاني^(٢): لا فسخ لها؛ لأن المعسر منظر، ولأن الفسخ يفوت حقها، وترك الفسخ يؤخر حقها، والتفويت أشد من التأخير.

قال الروياني: قال جدي: وبهذا أفتي. وجزم بعض الأصحاب بالقول الأول، وحمل الثاني على حكاية مذهب الغير.

قال ابن كج والروياني: وهذه أظهر. قال الرافعي: والأظهر أن المسألة ذات قولين^(٣)، كما جرى عليه المصنف، ولا فسخ لها بالنفقة الماضية.

وقيل: هو كالإعسار بالمهر بعد الدخول، وليس بشيء، ثم النفقة تبقى في الذمة، وإن لم يفرضها القاضي.

وفي قول مخرج من السكنى أنها تسقط، حكاه ابن الصباغ قبيل الإحداد، ويثبت الأدم في الذمة، وكذا نفقة الخادم على المشهور، وتثبت الكسوة إن قلنا يجب فيها التمليك، وإن قلنا إمتاع فلا، ولا تثبت مؤنة السكنى على المذهب، لأنها إمتاع قطعاً.

قال: (والأصحُّ أن لا فسخ بمنع مُوسِرٍ حَضَرَ أو غاب)، أما في الأولى فوجه الأصح فيها تمكينها من تحصيل حقها بالسلطان، ووجه

(١) «الحاوي الكبير» ٤٥٥/١١.

(٢) فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة).

(٣) «الشرح الكبير» ٤٩/١٠.

مقابله تضررها.

قال الرافعي: فإن كان له مال ظاهر أنفق السلطان منه، وليس ذلك موضع الوجهين^(١)، وأما في الثانية فتعليه ومقابله كما في الأولى^(٢).
واختار الطبري مقابله، وإليه مال ابن الصباغ، وذكر الروياني وابن أخيه صاحب «العدة» أن المصلحة الفتوى به، وصححه ابن الصلاح /٣٩/ وقال: قد صححه الغزالي في مسألة المفقود.

قال: ولصاحبه أبي الحسن بن الشهرزوري الدمشقي تصنيف في تقريره وتصحيحه^(٣).

وقال الغزالي في «فتاويه» إن قدر الحاكم على الاقتراض عليه فليفعل، وإن لم يثق بإعادة القرض، فإن كانت المدة تطول في المكاتبه، ورأى الفسخ أصوب كان له ذلك، وابن الصباغ وطائفة منهم الماوردي جزموا في الحاضر الممتنع الموسر بعدم الفسخ، وذكر الخلاف في الغائب^(٤)، وإذا جمعت بينهما حصل فيهما ثلاثة أوجه.

ثالثها: يثبت إن كان غائبًا، ولا يثبت إن كان حاضرًا ووقع في بعض نسخ «المحرر» المعتنى بها ذكر هذا الخلاف قولين، وهو خلاف ما في الشرحين نعم عبارة «الوسيط» في الأول^(٥) فيه طريقان منهم من طرد القولين للإضرار ومنهم من قال: لا.



(١) «الشرح الكبير» ١٠/٥٠.

(٢) في (ب): الأول. (٣) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/٤٥٤.

(٤) «الحاوي الكبير» ١١/٤٥٧. (٥) في الأصل: (الأولى).

فرع:

إذا لم نجوز الفسخ والغائب موسر فجهلنا يساره وإعساره فكذلك الحكم؛ لأن السبب لم يتحقق، وهو ما صححه الغزالي والبغوي^(١)، وجزم به الرافعي^(٢).

فرع:

متى ثبت إعسار الزوج عند حاكم بلدها، فهل يجوز الفسخ أم لا ينفسخ حتى يبعث إليه؟ فإن لم يحضر ولم يبعث النفقة فحينئذ هل^(٣) يفسخ؟ فيه وجهان: أصحهما: الأول.

قال: (وَلَوْ حَضَرَ وَغَابَ مَالُهُ، فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ فَلَهَا الْفَسْخُ) أي: ولا يلزمها الصبر.

قال الرافعي: وقد يحتج بهذا لأحد الوجهين، فيما إذا غاب وهو موسر في الغيبة^(٤).

وفرق البغوي بينهما بما لا يقنع فقال: إذا كان المال غائباً فالعجز من جهة الزوج، وإذا كان الزوج غائباً وهو موسر فقدردته حاصلة، والتعذر من جهتها^(٥).

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن كان على دون مسافة القصر (فَلَا) أي: لا فسخ

(١) «التهذيب» ٦/٣٥٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/٥٠.

(٣) من الأصل.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/٥٠.

(٥) «التهذيب» ٦/٣٥٨.

لها (وَيُؤْمَرُ ب) تعجيل (الإحضار).

قال: (وَلَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِهَا) أي: بالنفقة (لَمْ يَلْزَمَهَا الْقَبُولُ) أي: على الصحيح، ولها الفسخ كما لو كان له دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه لا يلزمه القبول؛ لأن فيه منة للمتبرع.

والثاني: لا خيار لها لعدم ضررها^(١) بفوات النفقة.

قال: (وَقُدِّرَتْهُ عَلَى الْكَسْبِ كَالْمَالِ) أي: فلو كان يكسب كل يوم قدر النفقة فلا خيار، فإن النفقة هكذا تجب، وليس عليه أن يدخر للمستقبل، ولو كان يكسب في كل^(٢) يوم ما يكفي لثلاثة أيام ثم لا يكسب يومين أو ثلاثة، ثم يكسب في يوم ما يكفي للأيام الماضية، فلا خيار؛ لأنه غير معسر، ولا تشق الاستدانة لما يتفق من التأخير اليسير، وكذا الحكم في الناسج الذي ينسج في الأسبوع يوماً تفي أجرته بنفقة الأسبوع، كذا قاله أبو إسحاق^(٣) والماوردي^(٤)، وصاحب «المهذب»^(٥) و«التهذيب»^(٦). قال الرافعي: وقد ذكرنا في المال الغائب على مسافة القصر أن لها الخيار، وقد يمكن إحضاره فيما دون أسبوع، والوجه التسوية^(٧). قال في «الروضة»: المختار هنا أنه ٣٩ب/ لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة^(٨).



(١) ساقطة من الأصل.	(٢) من الأصل.
(٣) ينظر «البيان» ١١/ ٢٢٢.	(٤) «الحاوي الكبير» ١١/ ٤٥٨.
(٥) «المهذب» ٢/ ١٦٣.	(٦) «التهذيب» ٦/ ٣٥٧.
(٧) «الشرح الكبير» ١٠/ ٩٤.	(٨) «روضة الطالبين» ٩/ ٧٤.

فرع:

من يعجز عن حلال الكسب ويقدر على حرامه^(١)، هل لزوجته الخيار؟

قال الماوردي: إن كانت أعياناً محرمة كالسرقة وأثمان الخمر فنعم، وإن كان الفعل محظوراً كصناعة الملاهي فلا، لأنه لا يستحق بها الأجرة المسماة، ولا بد أن يستحق لتفويت عمله أجراً فيصير به موسراً، وكذا المنجم والكاهن يتوصل إليه بسبب محظور، ولكنه يعطي عن طيب نفس فيجري مجرى الهبة، وإن كان محظور السبب فيباح له إنفاقه^(٢) واستحسنه الروياني، وفيه وقفة لأن ما يأخذه المنجم والكاهن حرام لا يجوز أكله ويجب رده.

قال: (وَإِنَّمَا يُفْسَخُ بِعَجْزِهِ عَنْ نَفَقَةِ مُعْسِرٍ) أي: أما إذا قدر عليها، وعجز عن نفقة المتوسطين أو الموسرين فلا فسخ.

قال الماوردي: وهذا مجمع عليه^(٣). وهذا الشخص قد عاد من حد اليسار إلى حد الإعسار، ولا يبقى الزائد على ذلك في ذمته كما لو كان ذلك ابتداءً، ولو كان يقدر على المدّ كل يوم لكن من غير القوت الواجب، بأن كان من قمح فقدر على الشعير.

قال الماوردي: إن كان في بلد يقتات أهله الشعير لم يفسخ، وإن لم تجر عاداتها باقتياته، وإلا ففسخت^(٤).

(١) في الأصل: الحرام.

(٢) «الحاوي الكبير» ١١/٤٥٨.

(٣) «الحاوي الكبير» ١١/٤٥٤.

(٤) «الحاوي الكبير» ١١/٤٥٧.

قال: (وَالْإِعْسَارُ بِالْكَسْوَةِ كَهَوِّ النَّفَقَةِ) لأنها لا بد منها ولا تبقى النفس بدونها، وفيه وجه آخر؛ لأنها ليست من ضرورات الخلقة، ويقال: إن من الناس صنفاً لا يلبسون الثياب، والظاهر الأول، ومنهم من يقطع به.

فرع:

لو أعسر بالجبة أو ما يقوم مقامها من كسوة الشتاء.
قال ابن الصلاح بعد أن فكر فيه أياماً: لها الفسخ كالفسخ ببعض ما لا بد منه من النفقة^(١).

قال: (وَكَذَا بِإِدَامٍ، وَمَسْكِنٍ فِي الْأَصَحِّ) أما في الأدم فإنه يعسر الصبر على الخبز البحت دائماً، أي: الخالص وهو بالمهملة، ووجه مقابله سيأتي، وأما في المسكن فلأن الإنسان لا بد له من مسكن يؤويه، ومن الحر والبرد يقيه، والحوالة على المستجد كالحوالة في النفقة على السؤال، ووجه مقابله أن النفس تقوم بدونه، فإنها لا تعدم مستجداً أو موضعاً مباحاً، فعلى هذا هل يبقى في ذمته؟ فيه^(٢) وجهان في «التتمة» وأصحهما: لا.

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ: الْمَنْعُ فِي الْأَدَمِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ)^(٣)، لأنه تابع والنفس تقوم بدونه، وهذا ما صححه الرافعي في «الشرح الصغير» وهو قضية كلامه في «الكبير» فإنه قال: وهذا أصح عند الإمامين أبي حامد

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/ ٤٥٥.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) ورد في هامش (ب): قال في «العجالة»: وهو توجيه عجيب.

والقفال وغيرهما، وتابعهما الإمام^(١) والغزالي^(٢) والفراء، وقال في الأول: قال به الداركي، ورجحه الروياني^(٣)، لا جرم قال المصنف في أصل «الروضة»: فلا خيار على الأصح عند الأكثرين^(٤)، فقد علمت حينئذ أن ترجيح الرافعي في «المحرر»^(٥) الفسخ به خلاف ما اقتضاه فحوى كلامه في «الكبير» وتصريحه في «الصغير».

وقال الماوردي: إن كان القوت مما^(٦) ينساغ دائماً / ٤٠ / للفقراء بلا آدم فلا خيار، وإلا فيثبت^(٧).

قال الرافعي: وهذا توسط^(٨).

قال: (وَفِي إِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ أَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا تَفْسُخٌ قَبْلَ وَطْءٍ) للعجز عن تسلم العوض مع بقاء المعوض كالإفلاس.

قال: (لَا بَعْدَهُ) لتلف المعوض فصار العوض ديناً في الذمة، ولأن تسلمها يشعر برضاها بذمته وإذا منعناها من الامتناع بعد ما سلمت نفسها فلأن نسلطها^(٩) على الفسخ أولى.

قال في «المحرر»: وهذا أرجح عند أكثرهم^(١٠). والقول الثاني: يثبت مطلقاً، أما قبل الوطء فلما تقدم، وأما بعده فلأن البضع لا يتلف حقيقة بوطأة واحدة.

(١) «نهاية المطلب» ٤٦٣/١٥. (٢) «الوسيط» ٢٢٣/٦.

(٣) «الشرح الكبير» ٥٢/١٠. (٤) «روضة الطالبين» ٧٥/٩.

(٥) «المحرر» (ص ٣٧٩). (٦) من (ب).

(٧) «الحاوي الكبير» ٤٥٧/١١. (٨) «الشرح الكبير» ٥٢/١٠.

(٩) في (ب): (لا ساطها). (١٠) «المحرر» (ص ٣٧٩).

والثالث: المنع مطلقاً؛ لأنه ليس في فوات المهر وتأخيرته مثل ضرر فوات النفقة، وليس هو على قياس الأعواض حتى يفسخ العقد بتعذره، وفي المسألة خمس طرق تخرج منها عند الاختصار هذه الثلاثة أقوال، وهي موضحة في «الشرح»^(١) و«الروضة»^(٢) والقطع بالفسخ قبل الدخول عزاه الرافعي لجماعة، ونسبه في «الشرح الصغير» للأكثرين، والمصنف تبع «المحرر» في ترجيح طرد الخلاف في الحالين، ولو كانت المرأة قبضت بعض الصداق وأعسر الزوج بباقيه، قال ابن الصلاح في «فتاويه»: ليس لها الفسخ، وإن كان قبل الدخول. واستدل بأنها لو فسخت لكان الفسخ^(٣) وارداً على البضع أجمع وجميع المعوض، وقد قبضت عوض بعضه فلا سبيل إلى الفسخ فيما قبضت عوضه.

قال: وبهذا يخالف نظره من الفسخ بالفلس، فإن الفسخ هناك يختص بما يقابل من المبيع القدر المتعذر من الثمن دون ما يقابل المقبوض^(٤). واستشكل ما ذكره بأن البضع ليس شيئاً يقبل التبعض حتى يتقسط عليه.

فرع:

هذا الخيار على الفور صرح به الرافعي^(٥)، ومقتضى ما في «التممة» المنع.

(١) «الشرح الكبير» ١٠/٥٣.

(٢) «روضة الطالبين» ٩/٧٥. (٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/٤٢٧ - ٤٢٨.

(٥) «الشرح الكبير» ١٠/٦٠.

فرع:

لا يثبت الإعسار بنفقة الخادم على الصحيح؛ لأنه ليس ضروريًا. قال^(١): (وَلَا فُسْخَ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَ قَاضٍ إِعْسَارُهُ فَيَفْسَخَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهَا فِيهِ) لأنه مجتهد فيه؛ وهذا أصح الوجهين.

وثانيهما: أن لها أن تتولى الفسخ بنفسها من غير رفع إلى القاضي كفسخ المبيع بالعيب، وقوله: (يفسخه أو يأذن لها فيه) أي: هو مخير بينهما وهذا هو الأصح.

وقيل: يستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عنده.

فرع:

هذه الفرقة فرقة فسخ على المنصوص، وفي قول مخرج: هي طلاق.

فائدة:

إذا أرادت المرأة إثبات إعسار زوجها الغائب ليفسخ نكاحها ولم يمكنها إقامة البينة على إثبات الزوجية، فالحيلة فيه كما قال القاضي في «فتاويه» أن تدعي على رجل: إنك ضمننت لي عن زوجي عشرة

(١) ورد في هامش (ب): سئل ابن الصلاح عن رجل غاب عن زوجته وهي في منزله مطيعة غير ناشزة مدة، ولم يترك عندها نفقة يوم واحد، وشهدت البينة أنه سافر عنها وهو معسر معدم لا شيء له، وحضرت المرأة عند الحاكم واختارت الفسخ، وسألت الحاكم فسخ نكاحها ففسخه، هل يصح الفسخ؟ أجاب: لا يصح على الأصح بناء على مجرد هذا بلغ الاستصحاب، فلو شهدت البينة بإعساره الآن بناء على الاستصحاب جاز لها ذلك، وإذا لم تعلم زوال ذلك فحينئذ يصح الحكم بالفسخ وإذا حضر الزوج لم تسلم إليه، والله أعلم. [فتاوى ابن الصلاح] (ص ٤٥٦) (٤٢٢).

دراهم من جهة النفقة. فينكر فتقيم البينة على إثبات الضمان والنكاح، فإذا ثبت النكاح فالقاضي إن وجد له مالاً فرض النفقة فيه، وإن لم يجده فلها الفسخ، كذا ذكر أنها تدعى بالدراهم، ٤٠ب/ والصواب دعواها بالطعام. قال: (ثُمَّ فِي قَوْلٍ يُنَجِّزُ الْفَسْخَ) لأن السبب الإعسار وقد حصل؛ ولأنه فسخ لتعذر العوض فثبت في الحال كفسخ البيع بالإفلاس بالثمن. قال: (وَالْأَظْهَرُ إِمْهَالُهُ^(١) ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ إِلَّا أَنْ يُسَلَّمَ نَفَقَتُهُ) لأن الإنسان قد يتعسر^(٢) عليه وجود النفقة لعوارض ثم تزول، وهذه مدة قريبة لا يصعب ترجيحها باستقراض وغيره، وقيد الفوراني والغزالي الإمهال باستمهال الزوج^(٣) ولم يقيد غيرهما بذلك، قال الرافعي: وهو الظاهر^(٤).

والثالث: أنه يمهل يوماً واحداً، وأنكره الأكثرون. فإن قلنا بالأول فوجهان: أحدهما: لها المبادرة إلى الفسخ في أول النهار، وأقربهما: ليس لها المبادرة، فعلى هذا يؤخر الفسخ إلى نصف النهار. أم إلى آخره^(٥) إلى أنقضاء اليوم واللييلة بعده. فيه احتمالات أرجحها عند الإمام^(٦) والغزالي^(٧) الثالث.

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في الأصل: يعسر.

(٣) «الوسيط» ٢٢٥/٦.

(٤) «الشرح الكبير» ٥٧/١٠، قال: والظاهر أنه لا حاجة إليه.

(٥) ساقطة من الأصل.

(٦) «نهاية المطلب» ٤٦٩/١٥.

(٧) «الوسيط» ٢٢٥/٦.

فرع:

لو أعتاد الدفع إليها ليلاً فلها الفسخ؛ لأن هذا صيام الدهر.
قال الرافعي: ويقرب من هذا ما ذكره صاحب «العدة» أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار، وكان يجدها في آخره فلها الفسخ على الأصح أو هي هي^(١)؟، وقال العجلي: الوجه اعتبار الضرر، فإن أمكنها أن تكتفي في الحال ببعضه وتؤخر باقيه إلى الغد فلا ضرر، وإن كانت رغبته والقوت مد، ولو قطعت له لثقتين لم تشبع به فقد كلفت الصوم، وفيه نظر.

قال: (وَلَوْ مَضَى يَوْمَانِ بِلَا نَفَقَةٍ وَأَنْفَقَ الثَّالِثَ وَعَجَزَ الرَّابِعَ ثَبَتَ، وَقِيلَ: تَسْتَأْنَفُ) أي: ولو مضى يومان بلا نفقة ووجد نفقة اليوم الثالث وعجز في الرابع فيستأنف المدة أو يبني؟ فيه وجهان:

أحدهما: يستأنف؛ لأن العجز الأول قد زال.

وأظهرهما: البناء؛ لأنها تتضرر بطول المدة للاستئناف، فعلى هذا تصبر يوماً آخر لينضم إلى اليومين ويفسخ في اليوم الذي يليه.

قال: (وَلَهَا الْخُرُوجُ زَمَنَ الْمُهِلَةِ لِتَحْصِيلِ النَّفَقَةِ) أي: إما بالكسب أو بالسؤال أو بالتجارة، وليس له منعها من الخروج وهذا أصح الأوجه؛ لأنه إذا لم يوف ما عليه لم يملك الحجر، وهو المنصوص أيضاً.

ثالثها: إن قدرت على الإنفاق بمالها أو كسب في بيتها كالخياطة والغزل فله منعها، وإلا فلا.

قال: (وَعَلَيْهَا الرُّجُوعُ لَيْلًا) أي: إلى منزل الزوج؛ لأنه وقت الدعة

(١) «الشرح الكبير» ٥٨/١٠.

ولو أراد الاستمتاع بها لم يمنع، قاله الروياني، وقال البغوي: لها المنع^(١).

قال الرافعي: وهو قضية التوجيه المذكورة، ولا شك أنها إذا منعت نفسها منه لا تستحق نفقة مدة الامتناع فلا يثبت ديناً عليه^(٢).

قال: (وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَوْ نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَهُ) لأن الضرر متجدد، ولا أثر لقولها: /٤١/ رضيت بإعساره أبداً؛ لأنه وعد لا يلزم الوفاء به.

فرع:

صرح البندنجي أن الفسخ بعد الرضا بالإعسار إنما هو في غير يوم الرضا، أما فيه فلا.

قال: (وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ فَلَا) أي: إذا أعسر بالمهر ومكنها الحاكم من الفسخ فرضيت بالمقام معه ثم أرادت الفسخ فليس لها؛ لأن الضرر لا يتجدد، والحاصل مرضي به، كذا أطلقه المصنف تبعاً للجمهور كما قاله الرافعي^(٣).

وقال الماوردي: إن كانت المحاکمتان معاً قبل الدخول (أو بعده فكذا)، وإن كانت المحاکمة الأولى قبل الدخول^(٤) والأخرى بعده فوجهان: وجه تجويز الفسخ أن بالدخول استقر ما لم يكن مستقراً

(١) «التهذيب» ٣٥٩/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ٥٩/١٠.

(٣) «الشرح الكبير» ٦٠/١٠.

(٤) ساقطة من الأصل.

فالإعسار^(١) به يجوز أن يجدد خياراً^(٢).

فرع:

لو نكحته عالمة بإعساره بالصدّاق فهل لها الفسخ؟ فيه وجهان، وقيل: قولان، أشبههما في الرافعي^(٣). لا كما لو رضيت به في النكاح ثم بدا لها بخلاف النفقة، والثاني: نعم، وهو الصحيح في «المطلب» قال^(٤): وعليه أقتصر الماوردي^(٥) والجمهور.

قال: (وَلَا فَسْخَ لَوْلِيٍّ صَغِيرَةٍ وَمَجْنُونَةٍ بِإِعْسَارٍ بِمَهْرٍ وَنَفَقَةٍ) أي: وإن كان فيه مصلحتهما؛ لأن الأمر فيهما يتعلق بالطبع والشهوة فلا يفوض إلى غير صاحب الحق، وكما لا ينوب عنهما في الطلاق، ولا لهما الفسخ أيضاً لبطلان عبارتهما.

قال^(٦): (وَلَوْ أَعْسَرَ زَوْجٌ أُمَةً بِالنَّفَقَةِ)^(٧) فَلَهَا الْفَسْخُ) كما أنها تفسخ بجب الزوج وعنته، وهذا لأنها صاحبة حق في تناول النفقة، فإن ضمن السيد النفقة فهو كالأجنبي يضمنها، ولالإمام احتمال أن للسيد منعها؛ لأن الملك في النفقة له^(٨).

(١) في الأصل: فالاعتبار.

(٢) «الحاوي الكبير» ١١/٤٦٢.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/٦٠.

(٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «الحاوي الكبير» ١١/٤٦٣.

(٦) ساقطة من الأصل.

(٧) ساقطة من (د).

(٨) «نهاية المطلب» ١٥/٤٨٠.

قال: (فَإِنْ رَضِيََتْ فَلَا فَسْخَ لِلسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ) لأن النفقة في الأصل لها ثم يتلقاها السيد؛ لأنها لا تملك فيكون الفسخ إليها، كما إنه إذا أوصى للعبد أو وهبه^(١) منه يكون القبول إليه، وإن كان الملك يحصل للسيد فعلى هذا لا يلزم السيد نفقة الكبيرة العاقلة بل يقول: أفسخي أو أصبري على الجوع، كما صرح به المصنف بعد؛ حيث قال: (وَلَهُ أَنْ يُلْجِئَهَا إِلَيْهِ بِأَنْ لَا يُنْفِقَ عَلَيْهَا وَيَقُولَ: أُفْسَخِي أَوْ جُوعِي) والثاني: له الفسخ؛ لأن الملك في النفقة له وضرر فواتها يعود إليه.

فرع:

لو أعسر زوج الأمة بالمهر، وقلنا يثبت به الفسخ فالفسخ للسيد على الصحيح؛ لأنه محض حقه لا تعلق للأمة به، ولا ضرر عليها في فواته.



(١) في الأصل: (وهب).

(فَضْلٌ)

(يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الْوَالِدِ) أي: أَبًا وَأُمًّا (وَإِنْ عَلَا) أي: جَدَّةً وَجَدًّا إذا كانوا أحرارًا؛ لقوله تعالى: ﴿وَصَاحِبُهُمَا فِي الدُّنْيَا مَعْرُوفًا﴾ [لقمان: ١٥] ومن المعروف القيام بكفائتهما، وقوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَلَدَيْهِ حُسْنًا﴾ [العنكبوت: ٨] ومن الإحسان إليهما النفقة.

وقوله: ﴿فَلَا تَقُلْ لَهُمَا أُفٌ﴾ [الإسراء: ٢٣] مبالغة في برهما.

وقول رسوله عليه أفضل الصلاة والسلام «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه وولده من كسبه / ٤١ب/ فكلوا من أموالهم» رواه الأربعة وحسنه الترمذي وصححه الحاكم^(١)، فإذا ثبت نفقة الوالدين ألحقنا بهما آباءهما وأمهاتهما إن لم يدخلوا في عموم ما ذكر، كما ألحقوا بهما في عتقهم بالملك وسقوط القود عنهم بالقتل ورد الشهادة لوجود البعضية.

قال: (وَالْوَلَدِ) أي: الحر (وَإِنْ سَفَلَ) لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] يعني: المطلقات، فلما لزمّت أجرة الرضاع كان لزوم النفقة أحق.

وقوله: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ [الإسراء: ٣١] فلولا وجوب النفقة عليه ما قتله خشية الإملاق من النفقة.

وفي «سنن أبي داود» والنسائي من حديث أبي هريرة أن رجلاً جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله معي دينار، قال: «تصدق به على نفسك» فقال: معي آخر، فقال: «أنفقه على ولدك»، فقال:

(١) «سنن أبي داود» (٣٥٢٨)، «سنن الترمذي» (١٣٥٨)، «سنن النسائي» ٧/ ٢٤٠-٢٤١، «سنن ابن ماجه» (٢١٣٧)، «المستدرک» ٢/ ٤٦، من حديث عائشة.

معي آخر، فقال: «أنفقه على أهلِكَ»^(١) هذا لفظ أبي داود، وقدم النسائي الزوجة على الولد، وصححها ابن حبان^(٢).

وفي الصحيحين من حديث عائشة قالت: جاءت هند بنت عتبة، فقالت: يا رسول الله، إن أبا سفيان رجل شحيح لا يعطيني من النفقة ما يكفيني ويكفي بني، فهل علي جناح إن أخذت من ماله (بغير إذنه؟)^(٣) فقال: «خذي من ماله ما يكفيك ويكفي بنيك»^(٤) فإذا ثبت وجوب نفقة الولد على الوالد ألحقنا به أباه وإن علا، وإن لم يتناوله إطلاق ما ذكرناه؛ لأنه لما قام مقام الأب في الولاية وما ذكر من الأحكام وجب أن يقوم مقامه في التزام النفقة، وكذلك الولد وإن سفل. قال في «المحرر»: والأحفاد كالأولاد^(٥).

قال: ويستوي في أصل الاستحقاق الذكر والأنثى والوارث وغيره، والقريب من الأحفاد والأجداد والبعيد.

قلت: وهذا كله داخل تحت إطلاق لفظ المصنف؛ فلهذا حذفه. وفي «الأم» وجه^(٦) غريب أنه لا يجب عليها النفقة بحال، أما العبد فلا يجب عليه نفقة الأقارب؛ لأنه أسوأ حالاً من المعسر، وخالف نفقة الزوجة فإنها معاوضة، وتلزم المعسر والعبد من أهل المعاوضة، ونفقة

(١) «سنن أبي داود» (١٦٩١)، «سنن النسائي» ٦٢/٥.

(٢) «صحيح ابن حبان» ١٢٦/٨ - ١٢٧.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «صحيح البخاري» (٥٣٦٤)، «صحيح مسلم» (١٧١٤).

(٥) «المحرر» (ص ٣٨٠).

(٦) فوقها في الأصل، (ب): (مالك).

القريب مواساة لا تلزم المعسر فلم تلزمه لإعساره، ولا فرق فيما ذكرناه بين الموافق له في الدين والمخالف كما صرح به المصنف بعد؛ حيث قال: (وَإِنْ اُخْتَلَفَ دَيْنُهُمَا) وهذا^(١) أصح الوجهين أو القولين كما حكاه ابن الصلاح في «طبقاته» عن الجوزي.

والثاني: لا يجب على المسلم نفقة الكافر، والفرق على الأصح بين النفقة والميراث أن الميراث يجب لأجل الموالاة والمناصرة وهي منقطعة باختلاف الدين، وأما النفقة فتجب بالقرابة والملك والزوجية، وإنها محققة مع اختلاف الدين.

فرع:

لا يلحق بالأصول والفروع الأخ والعم والخال وأولادهم، بل يختص وجوب النفقة بقرابة البعضية ٤٢/١ وعند أبي حنيفة تجب نفقة كل ذي محرم، لكنه شرط اتفاق الدين في غير الأبعاض، وعن أحمد اعتبار العصوبة، ويروي: اعتبار الإرث، وعن مالك: أنه لا نفقة على الجد بحال، وعنه أيضاً أنه لا تجب نفقة الأجداد والجندات على الولد. وقال أبو ثور: تجب نفقة الولد على الوارث أستدلالاً بقوله تعالى: ﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وأشار الشافعي إلى الجواب عن ذلك بأنها لو كانت على الوارث^(٢) لوجب على الأب ثلثا نفقة الولد وعلى الأم الثلث، وقد قال تعالى: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ لَا تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلَّا وُسْعَهَا لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] وأما قوله تعالى:

(١) في الأصل: وهو.

(٢) في (ب): (الوارثة).

﴿وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ﴾ فقد قال ابن عباس: أن^(١) لا تضار الأم بانتزاع الولد منها^(٢).

فرع مستثنى: الأصح في «الروضة» أن نفقة المكاتب على ولده الحر لا تلزم لبقاء أحكام الرق^(٣) كما سيأتي مع غيره قريباً قبل الحضانة. قال: (بِشْرَطِ يَسَارِ الْمُتْنَفِقِ) أي: إنما تجب على القريب إذا كان موسراً.

(بِفَاضِلٍ عَنْ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِ عِيَالِهِ فِي يَوْمِهِ) لأن هذه النفقة مشروعة على سبيل المواساة، (ومن لم يفضل عنه شيء فليس من أهل المواساة)^(٤) وفي وجه أنه لا يشترط يسار الوالد في نفقة الولد الصغير؛ لأنه من تنمة مؤنة الاستمتاع لنفقة الزوجة، فعلى هذا يستقرض عليه ويؤمر بقضائه إذا أيسر، والظاهر ما جزم به الشيخ.

قال: (وَيُبَاعُ فِيهَا مَا يُبَاعُ فِي الدِّينِ) أي: من العقار وغيره؛ لأن النفقة حق مالي لا بدل له فأشبهه الدين، وعند أبي حنيفة لا يباع العقار. وكيف يباع العقار؟ فيه وجهان:

أحدهما: أنه يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة.

والثاني: أن ذلك يشق فيستقرض عليه إلى أن يجمع ما يسهل بيع العقار له.

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) لم أقف عليه من قول ابن عباس، وقد رواه ابن أبي حاتم عن سعيد بن جبير، والسدي «تفسير ابن أبي حاتم» ٤٣١/٢.

(٣) «روضة الطالبين» ٩٦/٩. (٤) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

قال: (وَيَلْزَمُ كَسُوبًا كَسْبُهَا فِي الْأَصَحِّ) لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب، فكذا أصله.

والثاني: لا يلزمه كما لا يلزمه لقضاء الدين، والأول فرق بأن النفقة قدرها يسير والدين لا ينضبط قدره، والثالث: يلزمه للولد دون الوالد إذ سبيل نفقته سبيل المواساة، فلا يكلف الاكتساب ليصير من أهل المواساة، والفرع سبب حصوله الاستمتاع فالحق بالزوجة، وهذا مصير إلى الاكتساب لنفقة الزوجة وهو الأصح، وفي ابن يونس حكاية^(١) الخلاف فيمن لم تجر عاداته بالاكتساب، والجزم بالوجوب فيمن جرت عاداته به.

قال الإمام: ومحل الخلاف إذا كان المنفق عليه غير كسوب، وإلا لم تجب نفقته^(٢)، وتعبير المصنف بالأصح يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة» حيث عبر بالصحيح^(٣).

فرع:

لا يجبر القريب على أن يسأل الناس^(٤)، ولا أن يقبل الهبة والوصية، ولو فعل وصار به غنياً لزمه مؤنة قريبه.

قال: (وَلَا تَجِبُ لِمَالِكٍ كِفَايَتُهُ وَلَا مُكْتَسِبُهَا) أي: سواء كان مجنوناً أو عاقلاً، صغيراً كان أو كبيراً، زمناً كان^(٥) / ٤٢ب/ أو صحيح البدن؛ لعدم تحقق الحاجة حينئذ.

(١) ساقطة من الأصل. (٢) «نهاية المطلب» ٥٢٢/١٥.

(٣) «روضة الطالبيين» ٨٥/٩. (٤) ساقطة من الأصل.

(٥) ساقطة من الأصل.

قال: (وَتَجِبُ لِفَقِيرٍ غَيْرِ مُكْتَسِبٍ إِنْ كَانَ زَمِنًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا) لعجزه عن كفاية نفسه، وفي معنى الزمن العاجز بالمرض والعمى، قاله البغوي^(١).

قال: (وإلا) أي: وإن لم يكن زمنًا أو صغيرًا أو مجنونًا (فَأَقْوَالُ أَحْسَنُهَا تَجِبُ) لأنه يقبح أن يكلف قريبه الكسب مع اتساع ماله. قال الرافعي في «الكبير» نقلًا عن «العدة»: إن الفتوى اليوم على هذا. والثاني: المنع لاستغناء الكسوب عن أن يحمل غيره كله^(٢).

قال: (وَالثَّالِثُ لِأَصْلٍ، لَا فَرْعٍ) أي: والثالث أنه تجب نفقة الأصل على الفرع دون العكس؛ لأن الولد مأمور بأن يصاحب والداه بالمعروف، وليس من الصحبة بالمعروف تكليفهما الكسب على كبر السن، وهذا ما صححه الرافعي في «شرحيه» فإنه قال: الأصح عند الأصحاب أنها لا تجب للفرع، وإن منهم من قطع به، ثم قال: ومال جماعة في الأصل إلى ترجيح الوجوب^(٣). وامتنعوا لذلك من طرد طريقة المنع، لا جرم أن المصنف قال في أصل «الروضة»: فإن كان من الفروع لم تجب نفقته على المذهب، وإن كان من الأصول وجب في الأظهر^(٤)، وقال هنا: (قُلْتُ: الثَّالِثُ أَظْهَرُ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ).



(١) «التهذيب» ٣٧٨/٦.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/٦٨.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/٦٨.

(٤) «روضة الطالبين» ٩/٨٤.

فرع:

إذا شرطنا العجز عن الكسب، فهل يشترط كونه لائقاً؟ وجهان أقواهما في «الكبير»^(١)، وأولاهما في «الصغير»: نعم حتى يجب مع القدرة على الكنس وحمل القاذورات، وسائر ما لا يليق به.

تنبيه:

قد عرفت مذهبنا في هذه المسألة.

قال الرافعي بعد ذكر القولين في الفروع^(٢): ولا فرق على القولين بين الابن والبت.

وقال أبو حنيفة ومالك: لا يجب للابن وتجب للبت إلى أن تتزوج؛ لعجزها عن الاكتساب، ثم لا يعود أستحقاق النفقة بالطلاق عند أبي حنيفة، وعند مالك إن كان الطلاق قبل الدخول عاد، وإن كان بعده فلا، ومنع الأصحاب عجزها، وقالوا: هي تقدر على الاكتساب بالغزل والخدمة وغيرهما^(٣).

قال: (وَهِيَ الْكِفَايَةُ) أي: نفقة القريب لا تتقدر، بل هي قدر الكفاية؛ لأنها تجب على سبيل المواساة لدفع حاجته، فتعتبر أصل الحاجة وقدرها حتى تعتبر حاله^(٤) في سنه وزهاده ورغبته، ولو أستغنى في بعض الأيام لصيامه لم يجب، وعن ابن خيران أنها تتقدر بقدر نفقة الزوجة، والصحيح ما جزم به المصنف.

(١) «الشرح الكبير» ٦٩/١٠، بلفظ: الأعدل والأقرب.

(٢) في (ب): (الفرع). (٣) «الشرح الكبير» ٦٨/١٠.

(٤) ساقطة من الأصل.

فرع:

لا يشترط انتهاء المنفق عليه إلى حد الضرورة، ولا يكفي ما يسد الرmq، بل يعطيه ما يستقل به ويتمكن معه من التردد والتصرف.

فرع:

يجب الأدم كما يجب القوت، وفي «التهذيب» نزاع في الأدم^(١).

فرع:

تجب الكسوة والسكنى أيضًا على ما يليق بالحال، وإذا أحتاج إلى الخدمة وجبت مؤنة الخادم.

قال: (وَتَسْقُطُ بِفَوَاتِهَا، وَلَا تَصِيرُ دَيْنًا) أي: تسقط النفقة بفواتها وذلك بمضي الزمان ١٤٣/ ولا تصير دينًا في الذمة، وإن كان متعديًا بذلك؛ لأنها وجبت لدفع الحاجة الناجزة وقد زالت، ولأن التملك فيها غير واجب بدليل الاكتفاء بالغداء والعشاء مع القريب وما لا يجب فيه التملك، وابنئى على الكفاية يستحيل مصيره دينًا في الذمة، وهذا بخلاف نفقة الزوجة على المشهور عندنا، كما سلف في الفصل قبله، خلافًا لأبي حنيفة حيث قال: لا يصير دينًا إلا بفرض القاضي، وعن أحمد روايتان كالمذهبين، ووقع في كلام صاحب «المهذب»^(٢) وغيره ما يقتضي أن نفقة القريب تملك لا إمتاع، فإنهم قالوا: لو ملك الابن أباه جارية ليعفه بها، وقلنا: يجب إعفاهه، فأيسر الأب^(٣) بعد ذلك لم

(١) «التهذيب» ٣٨٦/٦.

(٢) «المهذب» ١٦٧/٢.

(٣) في الأصل: الأب.

يكن للابن^(١) الرجوع فيها، كما لو أعطاه النفقة فلم يأكلها حتى أيسر، ومقتضى كونها إمتاعا الاسترداد، وسواء في ذلك الصغير والكبير على الأصح، وفي وجه في الصغير أنها تصير ديناً في الذمة تبعاً كنفقه الزوجة. قال: (إِلَّا بِفَرْضٍ قَاضٍ، أَوْ إِذْنِهِ فِي اقْتِرَاضٍ لِعَيْبَةٍ أَوْ مَنَعٍ) أي: فإنها تصير ديناً في الذمة؛ لتأكد ذلك بفرض القاضي، والإذن فيه.

واعلم أن ما جزم به المصنف من عدم سقوط نفقة القريب بمضي الزمان إذا فرضها القاضي هو الذي ذكره الغزالي في «الوسيط»^(٢) و«الوجيز»^(٣) فتابعه عليه الرافعي في كتبه الثلاثة الشرحين^(٤) و«المحرر»^(٥)، والمصنف في الكتاب و«الروضة»^(٦) والمنقول عدم الاستقرار. ممن صرح بذلك ابن القاص وأبو علي الطبري وأبو الفتح نصر المقدسي والمحاملي ومحمد بن يحيى والبندنجي، ولم يحكه ابن الرفعة مع أطلاعه إلا عن الرافعي عقب قوله، وفي الجيلي أنه لا أثر لفرض القاضي، وهو ظاهر من جهة المعنى؛ لأنهم عللوا عدم الاستقرار بأنها تجب على سبيل المواساة لإحياء النفس، وإذا كان ذلك^(٧) كذلك فالزمن الماضي قد حيت نفسه فيه، فلا معنى لإيجاب النفقة، وأيضاً فإن نفقة القريب إمتاع لا تملك كما قدمته.

وقد قال الإمام: وما لا تملك فيه، وانبنى على الكفاية أستحال

(١) في (ب): (للأب).

(٢) «الوسيط» ٢٣٢/٦. (٣) «الوجيز» ١٢١/٢.

(٤) «الشرح الكبير» ٧٠/١٠. (٥) «المحرر» (ص ٣٨٠).

(٦) «روضة الطالبين» ٨٥/٩. (٧) من الأصل.

مصيره ديناً في الذمة^(١).

فرع:

يستثنى من القول بسقوط نفقة القريب بمضي الزمان ما إذا كان حملاً
والأم مطلقة ولم ينفق عليها حتى وضعت على وجه سلف قبل الكلام
على الإعسار بالنفقة؛ لتعلق حق الأم بها.



(١) «نهاية المطلب» ٥١٦/١٥.

فصل

قال: (وَعَلَيْهَا) أي: على الأم (إِرْضَاعُ وَلَدِهَا اللَّبَأُ)، لأن الولد لا يعيش إلا به.

قال الرافعي في شرحه: كذا أطلقوه، وكأنهم أرادوا الغالب أو أنه لا يقوى، ولا تشتد بنيته إلا به، وإلا فنشاهد من يعيش بلا لبأ^(١).
قال المصنف في «التحرير»: واللأ - بكسر اللام - مهموز مقصور، هو اللبن أول التاج^(٢)، وكذا رأيت مضبوطاً بخطه في أصل الكتاب.
وعبارة صاحب «البيان» تسقيه اللأ حتى يروى^(٣).
وقال الرافعي في ٤٣ب/ القصاص: مدة إرضاع اللأ مدة يسيرة^(٤).

فرع:

لها أن تأخذ عليه الأجرة إن كان لمثله أجرة على الأصح، كما يلزم بذل الطعام للمضطر ببدل^(٥)، ووجه مقابله تعينه عليها، وهذا حكاه الرافعي^(٦) عن رواية الماوردي وجهًا، وهو إنما ذكره احتمالًا، وبه جزم صاحب «الكافي».



قال: (ثُمَّ بَعْدَهُ) أي: بعد إرضاعه اللأ (إِنْ لَمْ يُوجَدْ إِلَّا هِيَ أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ وَجَبَ إِرْضَاعُهُ) أي: على الأم في الأولى والأجنبية في الثانية إبقاء للولد، ولهما طلب أجرة المثل.

(١) «الشرح الكبير» ١٠/٧٣. (٢) «تحرير التنبيه» (ص ٣٢٦).

(٣) «البيان» ١١/٢٦٤. (٤) «الشرح الكبير» ١٠/٢٧١.

(٥) في الأصل: ببدله. (٦) «الشرح الكبير» ١٠/٧٣.

وقال القاضي حسين والماوردي^(١) والغزالي^(٢): يجب عليه في إرضاعها ولدها أن يكفيها النفقة مدته، والمنصوص في «الأم» إيجاب الأجرة فقط كما أفاده صاحب «المطلب».

قال: (وَإِنْ وَجِدْنَا لَمْ تُجْبَرِ الْأُمُّ) أي: سواء كانت في نكاح الأب أو لم تكن كما صرح به في «المحرر»^(٣) كانت ممن يرضع مثلها الولد في العادة أم لا؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ تَعَاَسَرْتُم فَسَتَرْضِعُ لَهُ أُخْرَى﴾ [الطلاق: ٦] وإذا أمتنعت فقد حصل التعاسر وبهذا قال أبو حنيفة وأحمد، وعن مالك روايتان: إحداهما أنه يلزمها الإرضاع وتجبر عليه، وأشهرهما أنه يلزمها الإرضاع إن كان مثلها يرضع الولد في العادة.

وقال المزني وأبو ثور يلزمها إرضاعه حولين، كذا في «الكفاية» عنهما^(٤).

قال: (فَإِنْ رَغِبَتْ) أي: ^(٥) في إرضاعه (وَهِيَ مَنكُوحَةٌ أَبِيهِ) أي: أبي الرضيع، وكانت متطوعة (فَلَهُ مَنعُهَا فِي الْأَصَحِّ)؛ لأنه يستحق الاستمتاع بها في أوقات الإرضاع، نعم يكره له المنع، قاله صاحب «المهذب»^(٦)، وقال في «البيان»: الأولي أن لا يمنعها من ذلك^(٧).

قال الرافعي في شرحه: وهذا أقوى الوجهين^(٨).

(١) «الحاوي» ٣٢٤/١١ (٢) «الوسيط» ٢٣٣/٦.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨١). (٤) «كفاية النيه» ٢٦١/١٥.

(٥) من (ب). (٦) «المهذب» ١٦٧/٢ - ١٦٨.

(٧) «البيان» ٢٦٥/١١.

(٨) «الشرح الكبير» ٧٣/١٠ - ٧٤، وفيه أن أقوى الوجهين: له المنع.

قال: (قُلْتُ: الْأَصَحُّ لَيْسَ لَهُ مَنَعُهَا، وَصَحَّحَهُ الْأَكْثَرُونَ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ) لأن فيه إضرارًا بالولد.

قال في «الروضة»^(١): وممن صححه البغوي^(٢) والرويانى، وقطع به الدارمى.

والقاضى أبو الطيب فى «المجرد» والمحاملى والفورانى وصاحب «التنبية»^(٣).

وقال الماوردى: الصحيح أنه ينظر فى سبب المنع، فإن كان لأجل الاستمتاع وفى أوقاته كان له المنع، وإن كان فى غير الاستمتاع وفى غير أوقاته، (لم يكن)^(٤) له المنع^(٥).

واعلم أنه وقع فى «الكفاية» نقل الأول عن الجمهور^(٦). ففيه مخالفة لما نقله المصنف من كون الأكثرين على الثانى، وكان ما فى الكتاب هو الصواب.

قال: (فَإِنْ اتَّفَقَا وَطَلَبْتَ أَجْرَةَ مِثْلِ أُجِيبْتَ) أى: إذا توافقا على الإرضاع، أو لم تكن فى نكاحه كما صرح به فى «المحرر»^(٧) وطلبت أجرة المثل فإنها تجاب، بل هى أولى من غيرها لوفور شفقتها.

(١) «التهذيب» ٦/٣٨٨.

(٢) «التنبية» (ص ٢١٠).

(٣) «روضة الطالبيين» ٩/٨٨.

(٤) فى (ب): كان.

(٥) «الحاوى الكبير» ١١/٣٢٤.

(٦) «كفاية النبيه» ١٥/٢٦٠.

(٧) «المحرر» (ص ٣٨١).

قال: (أَوْ فَوْقَهَا فَلَا) أي: إذا طلبت فوق أجره المثل فلا يلزمه الإجابة، وله استرضاع أجنبية.

قال: (وَكَذَا إِنْ تَبَرَّعَتْ أَجْنَبِيَّةٌ أَوْ رَضِيََتْ بِأَقْلٍ) أي: من أجره المثل (في الأظهر) لقوله تعالى: ﴿وَلِنْ أَرَدْتُمْ أَنْ تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَدَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٣] وكما لو طلبت أكثر من أجره المثل وهناك من يرضع بها، ومنهم من قطع بهذا.

والثاني: واختاره المزني وصححه صاحب «التنبيه»^(١) أنه لا ينتزع الولد منها وتجاب نظراً لها / ٤٤٤/ وللطفل، فإنها أشفق عليه ولبنها أرفق له، وقد قال تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَاتُّوهُنَّ أَجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] وهذا كالخلاف فيما لو تبرع أجنبي بحفظ مال الصبي، وطلب الأب أجره، فالأصح أنه لا يجاب، وفي «الحاوي» فيما إذا رضيت بأقل من أجره المثل، إن نقصت بقدر بعض إدراكها عن إدراك الأم، فالأم أحق بفضل حنوها، ونقصان الأجره يصير في مقابلة اللبن وإلا فالقولان^(٢).
 فرع:

إذا فرعنا على الأظهر -وهو أنها لا تجاب فيما إذا وجدت متبرعة- فلو اختلفا فقال الأب: وجدتها وأنكرت فهو المصدق بيمينه نص عليه في «المختصر»^(٣) لأنه يشق عليه البينة.



(١) «التنبيه» (ص ٢١٠).

(٢) «الحاوي الكبير» ٥٣٠/١١.

(٣) «مختصر المزني» ٨٣/٥.

فرع:

حيث أَسْتَأْجَرَهَا لِإِرْضَاعِهِ فَأَرْضَعَتْ مَعَهُ آخَرَ، قَالَ أَبُو الصَّلَاحِ: إِنْ
أَوْجَبَ ذَلِكَ نَقْصًا فِيمَا هُوَ مُسْتَحَقٌّ عَلَيْهَا فِي الْإِجَارَةِ ثَبَتَ لِلْأَبِ حَقُّ
الْفَسْخِ، وَإِلَّا فَلَا^(١).



(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/ ٤٦٢.

فصل

قال: (وَمَنْ أَسْتَوَىٰ فَرْعَاهُ أَنْفَقًا) أي: الأصل المحتاج إذا كان له فرعان فصاعداً، وكل واحد منهم بحيث تلزمه النفقة لو أنفرد واستويا في القرب والوراثه، أو عدمهما^(١) فالنفقة عليهما بالسوية سواء أَسْتَوَىٰ في اليسار أو تفاوتتا، قادرين بالمال أو بالكسب، أو أحدهما بالمال والآخر بالكسب، مثاله كما في «المحرر»^(٢): أبنان أو أبتان.

قال: (وَالِإِلَّا) أي: وإن اختلفا في شيء من ذلك (فَالْأَصَحُّ أَقْرَبُهُمَا)؛ لأنه أولى بالاعتبار، ولا فرق بين أن يكون الأقرب وارثاً أو غير وارث ذكرًا كان^(٣) أو أنثى.

قال: (فَإِنْ أَسْتَوَىٰ) أي: القرب (فَبِالإِثْرِ فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو الأقرب في «المحرر»^(٤) لقوة قرابته.

والثاني: أنه لا أثر للإرث؛ لأن القرابة المجردة عن الإرث موجبة للنفقة والإرث غير مرعي في الباب^(٥).

قال: (وَالثَّانِي بِالإِثْرِ ثُمَّ الْقُرْبُ) هذا مقابل قوله أولاً، (فَالْأَصَحُّ أَقْرَبُهُمَا)، واعلم أن جعل المصنف هذه المسألة من أصلها ذات وجهين ليس كذلك فإن الموجود في الشرحين^(٦) و«الروضة»^(٧) له أن المسألة ذات طريقين:

(١) في الأصل: عدمها.

(٢) «المحرر» (ص ٣٨١). (٣) ساقطة من الأصل.

(٤) «المحرر» (ص ٣٨١). (٥) في الأصل: الإرث.

(٦) «الشرح الكبير» ٧٦/١٠ - ٧٧. (٧) «روضة الطالبين» ٩٠/٩.

أحدهما: ينظر إلى القرب.

والثاني: إلى الإرث، والعجب أن الرافعي في «المحرر» صرح بذلك فقال: وإن اختلفا ففيه طريقان: أرجحهما: النظر إلى القرب، فإن كان أحدهما أقرب فالنفقة عليه، وإن أستويا في القرب ففي التقديم بالإرث وجهان: أقربهما: التقديم، والثاني: أن النظر إلى الإرث، فإن أختص أحدهما بالوراثة فالنفقة عليه، وإلا فالنفقة على الأقرب، وإن أستويا فهي عليهما^(١). هذا لفظه.

قال: (وَالْوَارِثَانِ يَسْتَوِيَانِ، أَمْ يُوزَعُ [بِحَسَبِهِ] أَي^(٢)): بحسب الإرث (وَجْهَانِ) وجه الثاني إشعار زيادة الإرث بزيادة قوة القرابة.

واعلم أن عبارة «المحرر»: وعلى الطريقين لو كانا وارثين فيستويان أو توزع النفقة بحسب الإرث؟ فيه وجهان^(٣). وهي^(٤) أحسن من عبارة المصنف من حيث إنه صرح بأن المذكور جار ٤٤ب/ على كل من الطريقين بخلاف عبارة الكتاب، فإنه^(٥) قد لا يفهمه، وهذا ثاني موضع لم يصرح فيه في الكتاب بتصحيح.

وعبارة «الحاوي الصغير»: وللتساوي وزع، وقال الرافعي في شرحه^(٦) في اجتماع^(٧) الأصول فيما إذا اجتمع أبوه وأمه والمحتاج كبير أن أحد الوجهين أنها توزع عليهما.

(١) «المحرر» (ص ٣٨١).

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨١).

(٤) في الأصل: وهو.

(٥) في (ب): فإنها.

(٦) ساقطة من الأصل.

(٧) في (ب): احتمال.

قال: وعلى هذا فيسوى بينهما أو يجعل أثلاثاً بحسب الإرث؟ فيه وجهان رجح منهما الثاني^(١). وذكر الرافعي رحمه الله في «المحرر» أمثلة لهذه المسألة من أصلها، فقال المثل: ابن وبنت يستويان على الطريقتين ويكون الكل عليهما أثلاثاً، إن اعتبرنا مقدار الإرث. بنت وابن ابن، هي على البنت على الطريق الأول، ويستويان على الثاني.

ابن ابن، وابن بنت عليهما إن اعتبرنا القرب، وعلى الأول إن اعتبرنا الإرث^(٢).

قال: (وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فَعَلَى الْأَبِ^(٣)) أي: وإن اجتمع للمحتاج قريبان من أصوله، وكانا الأب والأم فالنفقة على الأب، أما إذا كان صغيراً فلقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] أوجب أجره الإرضاع على الأب، ويدل عليه قصة هند، وأما إذا كان بالغاً فاستصحاباً لما كان في الصغر.

قال: (وَقِيلَ عَلَيْهِمَا لِبَالِغٍ) لاستوائهما في القرب والولاية، والإيجاب عليه قبل البلوغ كان من أثر^(٤) الولاية على الصغر، وعلى هذا فيسوى بينهما، أو يجعل أثلاثاً بحسب الإرث؟ فيه وجهان: رجح منهما الثاني كما قدمته.

(١) «الشرح الكبير» ٧٩/١٠.

(٢) «المحرر» (ص ٣٨١ - ٣٨٢).

(٣) فوقها في الأصل، (ب): (أبو حنيفة).

(٤) في (ب): أمر.

قال: (أَوْ أَجْدَادُ وَجَدَاتُ، إِنْ أَذْلَى بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ فَلَا قَرَبَ، وَإِلَّا فَبِالْقُرْبِ، وَقِيلَ: الْإِرْثُ، وَقِيلَ بِوِلَايَةِ الْمَالِ) أي: وإن اجتمع اثنان من الأجداد والجدات نظر إن كان أحدهما يدلي بالآخر فالنفقة على القريب دون البعيد، وإلا فقد طرق أحدها اعتبار القرب.

والثاني: اعتبار الإرث.

والثالث: أن الاعتبار بولاية المال، فإنها تشعر بتفويض الترتيب إليه، وقد يحتج له أيضًا بأن النفقة عند اجتماع الأب والأم على الأب، فإن لم يكن لواحد منهما ولاية وأحدهما يدلي بالولي أو هو^(١) أقرب إدلاء بالولي فالنفقة عليه، فإن استويا فهي عليهما.

والرابع: أن الاعتبار بالذكورة، فإن كانا ذكرين أو أنثيين، فالنفقة على المدلي بالذكر فإن استويا اعتبر القرب.

والخامس: أنه يعتبر الإرث والذكورة معًا، فإن أختص أحدهما بالمعنيين فالنفقة عليه، وإن وجدا فيهما^(٢) أو لم يوجدوا ووجد أحدهما في أحدهما والثاني في الثاني فيعتبر القرب ويجيء^(٣) على هذه الطريقة فقدان كل واحد من المعنيين بالآخر.

الأمثلة اجتمع أب الأب، وأب الأم^(٤)، إن أكتفينا بالقرب سوين بينهما، وإن اعتبرنا الإرث أو الولاية أو الذكورة والإدلاء بها فالنفقة على أب الأب.

أم الأب، وأم الأم إن اعتبرنا القرب أو الإرث سوين بينهما وإن

(١) ، (٢) ساقطة من الأصل.

(٣) في الأصل: ويجبر. (٤) ساقطة من (ب).

أعتبرنا الإدلاء بالولي أو بالذكر /٤٥/ فهي على أم الأب.

أب الأم وأم الأب إن اعتبرنا القرب فهما سواء، أو الإرث أو الإدلاء بالولي فهي على أم الأب، وعلى الطريقة الخامسة يجبر فقدان الإرث في أب الأم بالذكورة، وفقدان الذكورة في أم الأب بالوراثة فيستويان، وما ذكرته لك برمته هو لفظ الشرحين للرافعي^(١)، وبه يعلم أن جعل المصنف المسألة ذات أوجه خلاف ما في الشرحين، وخلاف ما في «المحرر» أيضًا، فإنه قال ما نصه: وأما الأجداد والجندات، فإن كان يدلي أحدهما بالآخر فالنفقة على القريب، وإلا فيعتبر الإرث أو القرب فيه الطريقتان، وقيل: تعتبر ولاية المال حتى يقدم أب الأب على أم الأم^(٢). انتهى.

وجعل المصنف في أصل «الروضة» هذه الطرق الخمسة خمسة أوجه أيضًا^(٣).

قال: (وَمَنْ لَهُ أَصْلٌ وَفَرْعٌ فَفِي الْأَصْحِّ عَلَى الْفَرْعِ، وَإِنْ بَعُدَ) لأن عصبته أقوى، ولأنه أولى بالقيام بشأن أبيه لعظم حرمة.

قال الرافعي في «المحرر»: وهذا هو الذي رجح من الخلاف، سواء كان الفرع وارثًا أو غير وارث، قريبًا أو بعيدًا^(٤).

والثاني: أنها على الأب أستصحابًا لما كان في الصغر، وأيضًا فنفقة الولد على الأب^(٥) منصوص عليها في قصة هند وغيرها، بخلاف نفقة

(١) «الشرح الكبير» ١٠/ ٨٠ - ٨١. (٢) «المحرر» (ص ٣٨٢).

(٣) «روضة الطالبين» ٩/ ٩٢. (٤) «المحرر» (ص ٣٨٢).

(٥) في (ب): الولد.

الأب على الولد.

والثالث: أنها عليهما؛ لاستوائهما في القرب، ولتعارض المعاني.
قال: (أَوْ مُحْتَاجُونَ) أي: وضاق الموجود عنهم (يُقَدِّمُ زَوْجَتَهُ) لأنها
أكد، من حيث إنها لا تسقط بمضي الزمان، ولا بغناها.

قال الإمام: إذا كانت كذلك التحق^(١) بالديون ونفقة القريب في مال
المفلس تقدم على الديون^(٢). وخرج لذلك احتمالاً في نفقة القريب تقدم
على نفقتها، وفي وجه تقدم نفقة الصغير على نفقتها.

قال: (ثُمَّ الْأَقْرَبُ، وَقِيلَ: الْوَارِثُ، وَقِيلَ الْوَلِيُّ) أي: يقدم بعد نفقة
الزوجة الأقرب أو الوارث أو الولي؟ فيه الطرق المتقدمة، كذا صرح به
الرافعي في شرحه^(٣)، وكذا عبارة «المحرر» حيث قال: فيه الخلاف.
وأشار إلى ما صرح به من الطرق^(٤)، نعم قال في «الروضة»: فيه
الأوجه اعتماداً على ما قدمه أولاً حيث أبدل الطرق بالأوجه^(٥).
فروع^(٦):

الأصح في «الروضة» أن نفقة المكاتب على ولده الحر لا تلزم لبقاء
أحكام الرق، وأن المبعوض يلزمه نفقة قريبه كاملة، وأن المبعوض إذا كان
محتاجاً يلزم قريبه الحر نفقته بقدر ما فيه من الحرية^(٧).



(١) في الأصل: التحقت.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٣٦/١٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٨٣/١٠.

(٤) «المحرر» (ص ٣٨٢).

(٥) «روضة الطالبين» ٩٤/٩.

(٦) في الأصل: فرع.

(٧) «روضة الطالبين» ٩٤/٩.

(فَصْلٌ)

(الْحَضَانَةُ: حِفْظُ مَنْ لَا يَسْتَقِلُّ) أي: بأمره^(١). (وَتَرْبِيَّتُهُ) أي: ووقايته عما يهلكه، كما صرح به في «المحرر»^(٢).

قال الماوردي: وانتهاء مدتها سن التمييز وما بعده يسمى كفالة إلى البلوغ، فإذا بلغ أنتهى حد الكفالة.

قلت: وهي مأخوذة من الحضن بكسر الحاء وهي الجنب، فإنها تضمه إلى حضنها.

قال: (وَالْإِنَاثُ أَلْيَقُ بِهَا) ولأنهن أشفق وأهدى إلى التربية وأصبر على القيام بها وأشد/٤٥ب/ ملازمة للأطفال.

فرع:

مؤنة الحضانة على الأب، لأنها من أسباب الكفاية^(٣) كالنفقة، وفي وجه أنه ليس للأم طلب الأجرة بعد الفطام، والصحيح الأول.

قال: (وَأَوَّلَاهُنَّ أُمَّ) لقوله ﷺ لها حين أراد الأب نزعها منها «أنت أحق به ما لم تنكحي» رواه أبو داود وصححه الحاكم^(٤)، ولأنها بتربية ولدها أخبر وعليه أصبر؛ لما جبلت عليه من فضل الميل إلى الأولاد وكثرة الحنو والإشفاق.

قال: (ثُمَّ أُمَّهَاتٌ يُدْلِينَ بِإِنَاثٍ) لمشاركتهن إياها في تحقيق الإرث والولادة.

(١) في (ب): بامرأة.

(٢) «المحرر» (ص ٣٨٢).

(٣) في الأصل: الكفالة.

(٤) «سنن أبي داود» (٢٢٧٦)، «المستدرک» ٢/٢٠٧.

قال: (يُقَدَّمُ أَقْرَبُهُنَّ) أي: يقدم منهن القربى فالقربى.

قال: (وَالْجَدِيدُ تَقَدَّمَ بَعْدَهُنَّ أُمُّ أَبِي) لمساواتها للأم في المعنى الذي ذكرناه، وإنما قدمت عليها أمهات الأم، وإن علون؛ لأن الولادة فيهن محققة، وفي أمهات الأب لأجل الأب مظنونة، ولأنهن أقوى ميراثاً من أمهات الأب؛ لأنهن لا يسقطن بالأب، وتسقط أمهات الأب بالأم.

قال: (ثُمَّ أُمّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ) لما ذكرنا في أمهات الأم.

قال: (ثُمَّ ^(١) أُمُّ أَبِي أَبِي كَذَلِكَ ^(٢))، ثُمَّ أُمُّ أَبِي جَدِّ كَذَلِكَ) أي: يدلين بإناث؛ لأن لهن ولادة ووراثة كالأم وأمها، ولأنهن أكثر شفقة، وأقوى قرابة ولذلك ^(٣) يعتقن على الولد.

قال: (وَالْقَدِيمُ الْأَخَوَاتُ وَالْخَالَاتُ يُقَدَّمْنَ عَلَيْهِنَّ) أما الأخوات فلائهن ركضن مع الطفل في صلب واحد وبطن واحد، وأما الخالة فلقلوله عليه السلام في قصة بنت حمزة: «الخالة بمنزلة الأم» رواه البخاري ^(٤)، ويؤيده ما حكاه ابن عطية عن السدي في قوله تعالى: ﴿وَرَفَعَ أَبَوَيْهِ عَلَى الْعَرْشِ﴾ [يوسف: ١٠٠] أنه رفع أباه وخالته ^(٥)؛ لأن أمه كانت قد ^(٦) ماتت، وأجاب الجديد بأن النظر إلى الشفقة، وشفقة

(١) فوقها في الأصل: أبو حنيفة.

(٢) ساقطة من (د).

(٣) في الأصل: كذلك.

(٤) «صحيح البخاري» (٢٦٩٩).

(٥) «تفسير ابن عطية» ٧٩/٨، ورواه الطبري ٣٠٢/٧، وابن أبي حاتم ٧/٢٢٠٠-٢٢٠١.

(٦) ساقطة من (ب).

الجدات من قبل الأب كما قاله الإمام في الغالب تزيد على شفقة الأخوات والخالات فقدمن.

قال الإمام: وهذا على ظهوره قد لا ينتهي إلى القطع والوجه الذي يفسد^(١) به القديم أنه قدم الأخت من الأب على الأخت من الأم، ولا إدلاء للأخت من الأم إلا بالأم، فاضطرب بهذا تقديم الاتصال بجانب الأم^(٢).

قال: (وَتُقَدَّمُ أُخْتُ عَلَى خَالَةٍ لِقَرَبِهَا).

قال: (وَخَالَةُ عَلَى بِنْتِ أَخٍ وَأُخْتٍ) لأنها أم.

قال: (وَبِنْتُ أَخٍ وَأُخْتٍ عَلَى عَمَّةٍ) كما يتقدم ابن الأخ في الميراث على العم.

قال: (وَأُخْتُ مِنْ أَبَوَيْنِ عَلَى أُخْتٍ مِنْ أَحَدِهِمَا) أي: من أب أو أم؛ لأنه اجتمع فيها مراكضة في الرحم، والعصوبة، وشفقتها أتم.

قال: (وَالْأَصَحُّ تَقْدِيمُ أُخْتٍ مِنْ أَبٍ عَلَى أُخْتٍ مِنْ أُمٍّ) لأنهما يستويان في القرب والشفقة، وتختص هي بقوة الإرث، وبأنها قد تصير عصة.

واعلم أن الرافعي في «المحرر» لم يفصح عن كيفية هذا الخلاف، بل قال: والأظهر تقديم أخت من أب على أخت من أم^(٣).

وقال في «الشرحين»: هل تقدم الأخت للأب على الأخت من الأم؟ الظاهر ١٤٦/ - وهو الحكاية عن نصه في القديم والجديد - تقديمها

(١) في الأصل: يقيد.

(٢) «نهاية المطلب» ١٥/ ٥٥٧.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٢).

عليه^(١)، وقال المزني وابن سريج: تتقدم الأخت من الأم عليها لإدلائها بالأم^(٢).

وقال في «الوجيز» الأخت للأب مقدمة على الأخت للأم في الجديد، وفي القديم^(٣) وجه: أن الأخت للأم أولى^(٤).

قال الرافعي: وهو مطرد على الجديد والقديم، لكن يجوز أن يكون خصصه بالذكر؛ لأنه على القديم أظهر، قال: وأشار بعضهم إلى أنه منصوص عليه^(٥).

فقد علمت أن المسألة ذات قول ووجه، فكان الوافي باصطلاح المصنف أن يقول على النص: نعم.

قال في أصل «الروضة»: فيه وجهان الصحيح المنصوص في القديم والجديد تقديم الأخت من الأب^(٦).

قال: (وَحَالَةٌ وَعَمَّةٌ لِأَبٍ عَلَيْهِمَا لِأُمٍّ) أي: فالأصح تقديم الخالة للأب على الخالة للأم، والعمة للأب على العمة للأم، لقوة الجهة. والثاني: لا، بل يقدمان - أعني الخالة للأم، والعمة للأم - عليهما، لأن التقديم هناك كان لقوتهما^(٧) في الإرث، وهنا لا إرث لواحدة منهما، وفي الخالة للأب وجه أنها لا تستحق الحضانة أصلاً؛ لأنها تدلي بأب^(٨) الأم فأشبهت أم أبي الأم.

(١) من (ب).

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/١٠٢.

(٣) فوقها في الأصل: أبو حنيفة.

(٤) «الوجيز» ٢/١٢٣.

(٥) «الشرح الكبير» ١٠/١٠٢ - ١٠٣.

(٦) «روضة الطالبين» ٩/١٠٩.

(٧) في الأصل: لقوتهما.

(٨) في الأصل: بأم.

قال: (وَسُقُوطُ كُلِّ جَدَّةٍ لَا تَرِثُ) أي: والأصح سقوط كل جدة لا ترث. أي: وهي من تدلي بذكر بين أنثيين كما تقدم، كأم أب الأم؛ لأنها تدلي بمن لا حق له في الحضانة بحال، فأشبهت الأجنبي. والثاني: لا، لولادتهن وشمول أحكام البعضية^(١) لهن، لكن يتأخرن عن جميع المذكورات أو لا لضعفهن.

والثالث: أنهن يتقدمن على الأخوات والخالات؛ لأنهن أصول ويتأخرن عن الجدات الوارثات، وما أقتضاه كلام المصنف في الكتاب من قوة الخلاف حيث عطفه على الأصح مخالف لما في «الروضة» حيث عبر بالصحيح المنصوص^(٢).

فرع:

في معنى الجدة الساقطة كل محرم يدلي بذكر^(٣) لا يرث، كبنت أبن البنت، وبنت العم للأم.

قال: (دُونَ أَنْثَى غَيْرِ مَحْرَمٍ كَبِنْتِ خَالَةٍ) أي: وبنت عمه^(٤) لشفقتها بالقرابة وهدايتها بالأنوثة، وتخالف الجدة الساقطة، فإنها تدلي بغير وارث.

والثاني: لا يستحقها، لأن الحضانة تحوج إلى معرفة بواطن الأمور، ويقع فيها الاختلاط التام، فالاحتياط تخصيصها بالمحارم.

(١) في (ب): التعصبة.

(٢) «روضة الطالبين» ١١٢/٩.

(٣) في الأصل: بمن.

(٤) في الأصل: العمه.

قال: (وَتَثَبُّتُ لِكُلِّ ذَكَرٍ مَحْرَمٍ وَارِثٍ) أي: كالأب والجد والأخ وابن الأخ والعم؛ لوفور شفقتهم وقوة مراتبهم بالإرث والولاية والمحرمية، وفي وجه أنه لا حضانة لغير الأب والجد من الرجال لتكامل شفقتهم، وإلا فالذكور بعداء عن الحضانة.

وقيل: لا حضانة للأخ من الأم خاصة لعدم العصبوبة والولاية، وظاهر المذهب ما جزم به المصنف.

قال: (عَلَى تَرْتِيبِ الْإِرْثِ) أي^(١): فيقدم منهن الأب ثم الجد وإن علا، ويتقدم من^(٢) الأجداد الأقرب فالأقرب ثم الأخ لأبوين، ثم لأب، ثم لأم، ثم بنوهما على هذا الترتيب، ثم العم لأبوين /٤٦ب/ ثم لأب، ثم عم الأب ثم عم الجد، هذا هو الظاهر، وفي وجه تقدم الأخ للأم على الأخ للأب، وآخر يتقدم العم على الأخ للأم لعصوبته، وآخر يتقدم الأعمام على بني الإخوة من الأم.

قال: (وَكَذَا غَيْرُ مَحْرَمٍ كَابْنِ عَمٍّ عَلَى الصَّحِيحِ) ويؤخذ تعليله، وتعليل مقابله مما قدمته.

قال: (وَلَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ مُشْتَهَاةٌ بَلْ (إِلَى ثِقَةٍ يُعِينُهَا)^(٣)) أي: إذا فرعنا على ثبوت الحضانة له، وكانت المحضونة في حد تشتهي، فإنها لا تسلم إليه، بل تسلم إلى بنته أو امرأة ثقة يعينها، ولم يذكر المصنف البنت لدخولها في قوله: ثقة، وعبارة «الروضة» تبعاً لـ«الشرح»: له أن

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في (ب): على.

(٣) في الأصل: تسلم إلى بنته أو امرأة ثقة يعينها. وهو أنتقال نظر إلى أسفل.

يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة وتعطى أجرتها، فإن كانت له بنت سلمت إليه^(١).

وعبارة القاضي حسين: تسلم إلى امرأة ثقة تتعهدا، وهو يتكفل من وراء الستر أمرها.

وقال الفوراني والإمام والغزالي: لا حضانة له إذا كانت مشتهاة^(٢).
 فرع:

أصح الوجهين أن الحضانة لا تثبت للمعتق؛ لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة.

قال: (فَإِنْ فُقِدَ الْإِرْثُ وَالْمَحْرَمِيَّةُ) أي: كابن الخال وابن العمّة (أَوْ الْإِرْثُ) أي: دون المحرمية كالخال وأبي الأم (فَلَا فِي الْأَصَحِّ) أي: فلا حضانة لهم في الأصح؛ لضعف القرابة، ألا ترى أنها تقاعدت عن إفادة الولاية والإرث وتحمل العقل، فكذلك تتقاعد عن إفادة هذا الحق، وإنما تثبت الحضانة للخالة؛ لانضمام الأنوثة إلى القرابة، ولها أثر في الحضانة على ما سبق، ومنهم من قطع بهذا في الأولى.

والوجه الثاني: نعم، لأن لهم قرابة تدعو إلى الشفقة والتربية، وأيضاً فالخالة ملحقّة بالأم، فكذلك الخال ملحق بالأب، وجعل المصنف في «الروضة» المسألة الأولى ذات طريقين فقال: لا حضانة لهم على المذهب^(٣).

(١) «الشرح الكبير» ١٠/١٠٥، «روضة الطالبين» ٩/١١١.

(٢) «نهاية المطلب» ١٥/٥٦١، «الوسيط» ٦/٢٤٥.

(٣) «روضة الطالبين» ٩/١١١.

وقيل: وجهان فهذا ظاهره يخالف ما أورده هنا من طريقة الوجهين التي ضعفها في «الروضة» وكلام الرافعي، في «شرحيه» لا يدل صريحاً لما في «الروضة» من أن الطريقة الراجحة القطع، بل فيهما أن الصحيح أنه لا حضانة، ومنهم من قطع به هذا لفظه في «الكبير»^(١) ولفظه في «الصغير» وفيه وجه ضعيف، ومنهم من لم يبينه، وهذا قد يؤيد ذلك.

قال: (وَإِنْ أَجْتَمَعَ ذُكُورٌ وَإِنَاثٌ فَالْأُمُّ) للخبر السابق في أول الفصل والمعنى فيه أنها تساوي الأب في القرب والشفقة، وتختص بالولادة المحققة، (ولصلاحية الحضانة)^(٢) لسبب الأنوثة، وأيضاً فالأب لا يستغني في الحضانة عن النساء، أو لا يكاد يباشرها وهي تباشرها^(٣).

قال: (ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا) أي: التي ذكرناهن؛ لأنهن يشاركن الأم في الشفقة والأنوثة والولادة المحققة، فالحقن بها، فلو نكحت الأم ورضي أبو الولد بكونه عندها سقط حق الجدة على الصحيح^(٤).

قال: (ثُمَّ الْأَبُّ) لأن من عداه إن ٤٧/أدلى به فهو مقدم عليه كما في الإرث، وإن لم يدل به فمن يدلي به مقدم عليه، والمقدم مقدم على المقدم.

قال: (وَقِيلَ تُقَدَّمُ عَلَيْهِ الْخَالَةُ وَالْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ) لأن كلا منهن ذات حضانة تدلي بالأم فسقط الأب معها كالجدة أم الأم، والأصح أن الأب

(١) «الشرح الكبير» ١٠٦/١٠.

(٢) في (ب): ولصلاحيتهما لحضانة.

(٣) في الأصل: تباشره.

(٤) في الأصل: (الأصح).

يقدم عليهما لقوته، ولو قال المصنف: والأخت وحذفت: ^(١) من الأم. كان أحسن ^(٢)، ليشمل الأخت من الأبوين، ومن الأب ومن الأم، فإن في كل واحدة منهن وجهًا ^(٣) أنها تقدم على الأب، كما حكاها هو في أصل «الروضة» ^(٤)، نعم تبع «المحرر» ^(٥).

قال: (وَيُقَدَّمُ الْأَصْلُ عَلَى الْحَاشِيَةِ) أي: وتتقدم الأصول على الأقارب الواقعين في حواشي النسب، وجزمه بهذا؛ مخالف لقوله قبله: وقيل: يقدم عليه الخال ^(٦) والأخت من الأم. نعم تبع في ذلك «المحرر» ^(٧) وهو كذلك في الشرحين ^(٨) و«الروضة» ^(٩) أيضًا.

قال: (فَإِنْ فُقِدَ) أي: الأصل (فَالْأَصَحُّ الْأَقْرَبُ) أي: تقديم ^(١٠) الأقرب فالأقرب كالإرث.

(وَالْأَلَا فَاَلْأُنْثَى): أي: فإن استوى أثنان في القرب، فالتقديم بالأنوثة. (وَالْأَلَا فَيَقْرَعُ) أي: فإن استويا من كل وجه كالأخوين والخالتين فيقطع النزاع بالقرعة.

والوجه الثاني: أن نساء القرابة وإن بعدن أولى بالحضانة من الذكور، وإن كانوا عصابات؛ لأنهن أصلح لها.

(١) في الأصل: (وحذفت). (٢) ساقطة من الأصل.

(٣) في الأصول: وجه. والجادة ما أثبتناه.

(٤) «روضة الطالبين» ١١٢/٩. (٥) «المحرر» (ص ٣٨٣).

(٦) ساقطة من الأصل. (٧) «المحرر» (ص ٣٨٣).

(٨) «الشرح الكبير» ١٠٨/١٠. (٩) «روضة الطالبين» ١١٢/٩.

(١٠) في الأصل: يقدم.

والثالث: العصابات أولى منهن لقوة نسبهم، وليقيموا بالتأديب والتعليم.

قال: (وَلَا حَضَانَةَ لِرَقِيقٍ) أي: ولو مكاتبًا ومبعضًا لأنها ولاية، والرقيق ليس من أهلها، ولأنه مشغول بسيده وولد المكاتبه إذا قلنا: تستعين به في الكتابة فإنه يسلم لها كذلك لا للحضانة، ولا حضانة لأم الولد على الأصح لنقصها، وقيل: لها حق الحضانة دون الكفالة.

قال الروياني: والمصلحة الفتوى به، وإن كان الصحيح الأول.

قال: (وَمَجْنُونٍ) لأنه لا يتأتى منه^(١) الحفظ والتعهد وسواء كان الجنون متقطعًا أو مطبقًا إلا إذا كان لا يقع إلا نادرًا، ولا تطول مدته كيوم في سنة، فهو كمرض يطرأ ويزول.

قال: (وَفَاسِقٍ) لأنه لا يلي، ولأنه لا يؤمن من^(٢) خيائته في الحفظ والتربية، وفي عدول المصنف عن اشتراط العدالة، كما هو لفظ «المحرر»^(٣) إلى اعتبار نفي الفسق دلالة على أنا لا نشترط تحقق العدالة الباطنة، بل يكفي نفي^(٤) الفسق، وذلك يحصل بالعدالة الظاهرة كما في شهود النكاح، وبه صرح الماوردي^(٥).

قال: (وَكَاْفِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ) أي: خلافًا للإصطخري لحديث فيه^{(٦)(٧)}.

(١) في الأصل: (به). (٢) من (ب).

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٣). (٤) في الأصل: نفس.

(٥) «الحاوي الكبير» ٥٠٣/١١. (٦) ساقطة من الأصل.

(٧) رواه أبو داود (٢٢٤٤)، وأحمد ٤٤٦/٥، والدارقطني ٤٢/٤-٤٣، والحاكم ٢/

٢٠٦-٢٠٧، والبيهقي ٤٠٣/٨، وانظر «البدر المنير» للمصنف ١٨/٨-٢٣.

وهو منسوخ أو مؤول، ولأنها ولاية، وليس للكافر ولاية على مسلم.
وقيل^(١): الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلى أن يبلغ
الولد سبع سنين، ثم الأب بعد ذلك.

وقيل: يثبت للكافر، ما لم يميز الولد ويخاف أن يغير دينه، حكاة
الرافعي في باب^(٢) أمهات الأولاد / ٤٧ب/ عن أبي إسحاق.
فرع:

الطفل الكافر، والمجنون الكافر يثبت لقريبه المسلم حضنته وكفالتة
على الصحيح؛ لأن فيه مصلحة له.

قال: (وَنَاكِحَةَ غَيْرِ أَبِي الطُّفْلِ) للحديث السابق أول الباب، ولأن
النكاح يشغلها بحق^(٣) الزوج، ويمنعها من الكفالة ولا أثر لرضى
الزوج، كما صرح به في «المحرر»^(٤) كما لا أثر لرضى السيد بحضانة
الأمه فقد يرجعان فيتضرر الولد.

قال: (إِلَّا عَمَّهُ وَابْنَهُ عَمَّهُ وَابْنَهُ أَخِيهِ فِي الْأَصَحِّ) أي: وهو الأشبه في
«المحرر»^(٥) فإن لها الحضانة بشرط الرضى؛ لأن هؤلاء أصحاب حق في
الحضانة، والشفقة تحملهم على رعاية الطفل، فيتعاونون على كفالتة
بخلاف الأجنبي.

قال الرافعي: وضابطه كل من له حق في الحضانة لكن وقع في كلامه

(١) فوقها في الأصل: أبو حنيفة.

(٢) من الأصل.

(٣) في الأصل: لحق.

(٤) ، (٥) «المحرر» (ص ٣٨٣).

ذكر الخال مع العم، وفيه نظر؛ لأنه قرر أن الخال لا حضانة له على الصحيح.

والثاني^(١): لا، لإطلاق الخبر.

فرع:

لو كان زوجها^(٢) جد الطفل -أي: أب أبيه- وهي جدته بقي حقها، نص عليه، وصورة ذلك أن يتزوج رجل بامرأة وابنة بنتها من غيره، ثم يجيء للابن ولد، ثم تموت الأم والأب فتنتقل الحضانة إلى أم الأم، وهي زوجة الجد، أما أب الأم، فقال المصنف في «فتاويه»: إنها إذا تزوجت به فلا حق لها؛ لأن الزوج لا حق له^(٣). ولم يذكرها في باقي كتبه ولا الرافعي، لكنهما مثلاً بأبي الأب^(٤)، وظاهره كما قال في «الكفاية» أنه كالأجنبي^(٥).

لكن في الجيلي عن «التحرير»^(٦) و«الحلية» أنه لا فرق بينهما، وهو كما قال عن «التحرير»^(٧) دون «الحلية».

قال: وكلام القاضي حسين يقتضيه. أي: في أحد الموضعين كما بينه في «المطلب».

وصرح في موضع آخر بخلافه، وكلام «الوجيز»^{(٨)(٩)} يقتضي إجراء

(١) ورد في هامش الأصل: حاشية: أي من الخلاف المذكور في الكتاب.

(٢) ساقطة من (ب). (٣) «فتاوى النووي» (ص ١١٣).

(٤) في الأصل: الأم. (٥) «كفاية النبيه» ٢٩٧/١٥.

(٦) «تحرير التنبيه» (ص ٣١٩). (٧) في (ب): البحر.

(٨) في الأصل: الوسيط.

(٩) «الوجيز» ١٢٣/٢، «الوسيط» ٢٣٩/٦.

الخلاف الذي في العم فيه.

آخر:

لو أختلعت بالحضانة مدة معلومة ونكحت^(١)، قال القاضي حسين: يبقى حقها فإنها إجارة لازمة.

تنبيه:

هذا كله إذا رضي الزوج بأن تحضنه الزوجة وإلا سقط حقها. قال: (وَإِنْ كَانَ رَضِيْعًا اشْتَرَطَ أَنْ تُرْضِعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ) أي: هل يشترط لاستحقاقها الحضانة أن ترضع الولد إذا كان رضيعًا وكان لها لبن؟ فيه وجهان: الصحيح كما قال المصنف: نعم، زاد في أصل «الروضة»: وبه قطع الأكثرون لعسر استئجار مرضعة تترك بيتها وتنتقل إلى مسكن الأم^(٢).

قال الرافعي في «المحرر»: وهذا ما أجاب به أكثرهم^(٣). وكذا عبارته في الشرحين^(٤).

والثاني: لا يشترط ولها الحضانة وإن لم يكن لها لبن، وعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الأم.

تنبيه:

بقي من موانع الحضانة المرض الذي لا يرجئ زواله كالسل والفالج

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «روضة الطالبين» ١٠١/٩.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٣).

(٤) «الشرح الكبير» ٩٠/١٠.

إذا كان يشغله الألم عن الكفالة، نعم لو كان تأثيره في نفس الحركة، فإن كان مباشر الكفالة بنفسه فكذلك، وإن باشرها غيره وهو يدبر الأمور لم يكن مانعاً، ومنها العمى.

قال في «الكفاية»: ولم أر فيه شيئاً غير أن في كلام الإمام ما يستنبط منه /١٤٨/ أنه مانع^(١). وقد يقال إذا كان المباشر للكفالة غيره وهو يدبر أموره لا يمنع، كما تقدم.

قلت: وعن فتاوى عبد الملك بن إبراهيم المقدسي من أصحابنا أنه لا حضانة لها أيضاً.

قال: (فَإِنْ كُمِلَتْ نَاقِصَةٌ أَيْ: بَأْنَ أَسْلَمَتِ الْكَافِرَةُ أَوْ أَفَاقَتْ أَوْ عَتَقَتِ الْأُمَّةَ أَوْ حَسَنَ حَالِ الْفَاسِقَةِ).

(أَوْ طُلِّقَتْ مَنكُوحَةٌ حَضَنْتْ) لزوال المانع، سواء أكان الطلاق بائناً أو رجعيّاً، وفي قول: لا حضانة للرجعية حتى تنقضي العدة. وبه^(٢) قال المزني؛ لأن الرجعية زوجة، وعلى الأول فإنما يعود حقها إذا كانت تعتد في بيت الزوج إذا رضي بأن يدخل الولد بيته، وخالف مالك في المطلقة. قال (وَإِنْ غَابَتِ الْأُمُّ أَوْ أُمْتَنَعَتْ فَلِلْجَدَّةِ عَلَى الصَّحِيحِ) كما لو ماتت أو جُنَّت.

والثاني: تنتقل إلى الأب.

والثالث: إلى السلطان؛ لبقاء أهلية الأم، كما لو غاب الولي في النكاح أو عضل، يزوج السلطان لا الأبعد.

(١) «كفاية النبيه» ٢٩٨/١٥.

(٢) فوقها في الأصل: أبو حنيفة.

فرع:

لو رضي الأب أن يكون عند الأم وقد تزوجت فلا حق للجدّة في الأصح، قاله البغوي^(١) (قال الخوارزمي)^(٢): وهو غريب كما قاله^(٣) في «المطلب» إذ كيف يسقط حق الشخص برضى غيره. قلت: لكنه صححه في «كفايته»^(٤).

قال: (هذا كُلُّهُ فِي غَيْرِ مُمَيِّزٍ. وَالْمُمَيِّزُ إِنْ افْتَرَقَ أَبَوَاهُ كَانَ عِنْدَ مَنْ اخْتَارَ مِنْهُمَا) لأنه عليه السلام خير غلامًا بين أبيه وأمه. رواه ابن ماجه والترمذي، وقال: حسن^(٥).

ويستوي في التمييز الغلام والجارية كما هو ظاهر إطلاق المصنف، وصرح به في «المحرر»^(٦) خلافًا لأبي حنيفة ومالك، ثم عند أبي حنيفة يكون الغلام مع الأم حتى يستقل ثم يسلم إلى الأب، والجارية تكون معها حتى تزوج أو تحيض، وعند مالك: يكون الغلام مع^(٧) الأم حتى يثغر، ويروى حتى يبلغ. وتكون الجارية معها حتى تتزوج^(٨) ويدخل بها الزوج.

وقال أحمد: يخير الغلام ولا تخير الجارية، وسن التمييز في الغالب

(١) «التهذيب» ٦/٣٩٤.

(٢) في (ب): والخوارزمي.

(٣) في (ب): قال.

(٤) «كفاية النيه» ١٥/٢٩٦.

(٥) «سنن الترمذي» (١٣٥٧)، «سنن ابن ماجه» (٢٣٥٢)، ورواه الإمام أحمد ٥/

٤٤٦، وأبو داود (٢٢٤٤)، والدارقطني ٤/٤٢-٤٣، والحاكم ٢/٢٠٦-٢٠٧

والبيهقي ٨/٣-٤.

(٦) «المحرر» (ص ٣٨٤).

(٧) في الأصل: عند.

(٨) في الأصل: تزوج.

سبع أو ثمان تقريبًا.

قال الأصحاب: وقد يتقدم التمييز على السبع وقد يتأخر عن ثمان.
قال: (فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فَسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ
فَالْحَقُّ لِلْآخِرِ) لما سبق.

قال: (وَيُخَيَّرُ بَيْنَ أُمٍّ وَجَدٍّ) أي^(١): عند فقد الأب كما صرح به في
«المحرر»^(٢)؛ لأنه بمنزلة الأب.

قال: (وَكَذَا أَخٌ أَوْ عَمٌّ أَوْ أَبٌ مَعَ أُخْتٍ أَوْ خَالَةٍ فِي الْأَصَحِّ) لما روى
الشافعي عن عمارة الجرمي، قال: خيرني علي رضي الله عنه بين أُمِّي وعمي،
وكنت أبن سبع أو ثمان سنين^(٣).

والثاني: لا، بل الأم أحق لقربها وولادتها كما قبل التمييز.

قال: (فَإِنْ اخْتَارَ أَحَدُهُمَا ثُمَّ الْآخَرَ حَوْلَ إِلَيْهِ) لأنه قد يبدو له الأمر
على خلاف ما ظنه، ولأن المتبع شهوته، وقد أشتهى المقام عند
أحدهما، فإن كثر التردد بحيث يغلب على الظن أن سببه نقصانه وقلة
تمييزه جعل عند الأم، كما قبل التمييز، وكذا لو بلغ وهو على نقصانه
وخبله.

وقال الإمام: لا وجه / ٤٨ب/ عندي في ذلك إلا أتباعه بشرط أن لا
تتعطل الحضانة بالتردد^(٤).

(١) من (ب).

(٢) «المحرر» (ص ٣٨٤).

(٣) «مسند الشافعي» ٦٣/٢ (٢٠٦)، «الأم» ٨٢/٥.

(٤) «نهاية المطلب» ٥٤٧/١٥.

وقيل: إن القاضي يختار له خيرهما، حكاه في «المطلب» عن ابن داود.

قال: (فَإِنْ أُخْتَارَ الْأَبَ ذَكَرٌ لَمْ يَمْنَعُهُ زِيَارَةُ أُمِّهِ) كي لا يكون ساعياً في العقوق وقطيعة الرحم، وهل ذلك على سبيل الوجوب أو الاستحباب؟ قال في «الكفاية»: الذي صرح به البندنجي، ودل عليه كلام الماوردي الأول^(١).

قال: (وَيَمْنَعُ أَنْثَى) أي: من زيارة أمها؛ لأنها من الحرم فتمنع من البروز؛ لتألف الصيانة وعدم التبرج، وفي «فتاوى ابن الصلاح»: أن للأم أن تطلبها فتتخذ إليها قدر الزيارة^(٢).

قال: (وَلَا يَمْنَعُهَا) أي: الأم (دُخُولًا عَلَيْهِمَا زَائِرَةً) لما ذكرناه أولاً، فإن قيل الأم إذا زارتها أحتاجت إلى الخروج أيضاً فلم رجحت البنت عليها؟ قيل: لأن الحذر على البنت أكثر وحالها أخطر.

قال: (وَالزِّيَارَةُ مَرَّةً فِي أَيَّامٍ) أي: (٣) لا في كل يوم، ولا تطيل المكث؛ لجريان العادة بذلك.

قال: (فَإِنْ مَرَضًا) أي: الذكر أو الأنثى (فَالأُمُّ أَوْلَى بِتَمْرِضِهِمَا) لأنها أهدى إليه وأشفق، فأشبهه الحضانة في الصغر.

قال: (فَإِنْ رَضِيَ بِهِ فِي بَيْتِهِ، وَإِلَّا فَفِي بَيْتِهَا) أي: ويحترز عن الخلوة بها إذا كان في بيته، وكذا إذا زارت الولد، فإن لم يكن هناك ثالث خرج حتى تدخل.

(١) «كفاية النبيه» ٢٨٦/١٥، وانظر: «الحاوي الكبير» ٥٠٧/١١.

(٢) «فتاوى ابن الصلاح» ٤٦١/٢. (٣) من الأصل.

فرع:

لو مات^(١) في بيت الأب لم يمنعها من حضور تجهيزه ودفنه، وله منعها من زيارة قبره إن دفن في ملكه بحقه، وكذا في غيره ملكه بحق الله. قال: (وَإِنْ اخْتَارَهَا ذَكَرُ فَعِنْدَهَا لَيْلًا، وَعِنْدَ الْأَبِ نَهَارًا، يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ إِلَى الْمَكْتَبِ) أي: إن كان من أهل التعلم^(٢)، (أَوْ حِرْفَةٍ)، أي: إن لم يكن من أهله، والمرجع في ذلك إلى عرف أهله، كما صرح به الماوردي^(٣)؛ لأن المقصود من الكفالة حظه، وبهذا يحصل له الحظ.

فرع:

على أبيه مؤنة كفالته، كما يجب عليه مؤنة حضانتها وإرضاعه من قبل، لأن ذلك من تنمة الكفاية، وهي واجبة عليه، وكلام الغزالي (في «وسيطه»)^{(٤)(٥)} يقتضي استمرار استحقاق^(٦) مؤنة الحضانة، وليس كذلك كما نبه عليه^(٧) صاحب «المطلب»، ومؤنة الكفالة غير مؤنة الحضانة، وهي أقل منها غالبًا.

فائدة:

قال^(٨) في «ديوان الأدب»: المَكْتَبُ: الكُتَّاب. ذكره في باب مفعّل بفتح الميم والعين^(٩).

(١) في الأصل: ماتت. (٢) في الأصل: العلم.

(٣) «الحاوي الكبير» ٥٠٧/١١. (٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «الوسيط» ٢٤٢/٦.

(٦)، (٧) ساقطة من الأصل.

(٨) ساقطة من الأصل. (٩) «معجم ديوان الأدب» ٢٨٠/١.

وقال الجوهري: المُكْتَب: الذي يعلم الكتاب. قال الحسن: كان الحجاج مكتبا بالطائف. أي: معلماً^(١).

وقال المطرزي في «المعرب»: المُكْتَب: معلم الخط، والمَكْتَب والكَتَاب مكان التعليم.

ووقع في «المختصر» الكتاب بدل المكتب، وناقشه ابن داود، فقال: الأفصح المكتب؛ لأن الكتاب جمع كاتب، فيكون التقدير إلى موضع فيه الكتاب.

قال: (أَوْ أُثْنِي فَعَنْدَهَا لَيْلًا وَنَهَارًا) لتساوي الزمانين في حقها، وحصول المقصود منها في بيتها.

قال: (وَيَزُورُهَا الْأَبُّ عَلَى الْعَادَةِ) أي: ولا يطلب إحضارها^(٢) عنده قال: /١٤٩/ (وَلَوْ اخْتَارَهُمَا أَقْرَعٌ) قطعاً للنزاع.

قال: (وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْ) أي: واحداً منهما (فَالأُمُّ أَوْلَى) لأنه لم يختَر غيرها، فكانت الحضانة لها، فيستصحب ما كان.

قال الرافي في «المحرر»: وهذا أشبه الوجهين^(٣).

قال: (وَقِيلَ يُقْرَعُ) لأنه لا بد من كفالته إلى البلوغ.

قال: (وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَفَرَ حَاجَةٍ كَانَ الْوَلَدُ الْمُمَيِّزُ وَغَيْرُهُ مَعَ الْمُقِيمِ حَتَّى يَعُودَ) لما في السفر من الخطر والضرر، وسواء طالت المدة أو قصرت، وفي الأول وجه.

(١) «الصحاح» ٢٠٩/١.

(٢) بعدها في (ب): إلى.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٤).

قال: (أَوْ سَفَرَ نُقْلَةً فَلَأَبُّ أَوْلَى) أي: سواء كان المنتقل الأب أو الأم أو أحدهما إلى بلد، والآخر إلى آخر؛ احتياطًا للنسب، فإن النسب يتحفظ بالآباء، ولمصلحة التأديب والتعلم وسهولة القيام بنفقته ومؤنته، وسواء نكحها في بلده أو في الغربة.

قال أبو حنيفة: إن نكحها في بلد الغربة^(١)، فالحكم كما ذكرنا، وإن كان في بلدها، فالأم أحق به.

ويروى عنه أنه إذا كانت الأم تنتقل والأب مقيم، فهي أحق به، إلا إذا كانت تنتقل به^(٢) من بلدة إلى قرية، وفي تعليق القاضي حسين أنه إذا أنتقل من البلد إلى البادية، كانت الأم أحق به؛ إلحاقًا له باللقيط.

قال: (بِشَرَطِ أَمْنِ طَرِيقِهِ وَالْبَلَدِ الْمَقْصُودِ) أي^(٣): فإن كان الطريق الذي يسلكه مخوفًا أو البلد الذي يقصده غير مأمون لم يكن له أستصحابه. قال: (قِيلَ: وَمَسَافَةُ قَصْرِ) أي: فإن كان الانتقال إلى دونها^(٤) فلا يؤثر، ويكونان كالمقيمين في محلتين من بلد، والأصح وهو الأشبه في «المحرر»^(٥) أنه كالانتقال إلى مسافة القصر؛ لانقطاع مصلحة التأديب^(٦) والتعليم.

قال: (وَمَحَارِمُ الْعَصَبَةِ) أي: كالأخ والعم (في هذا كالأب) أي: في أنتزاع الولد عند الانتقال؛ احتياطًا للنسب. قال: (وَكَذَا أَبْنُ عَمٍّ لِدَكَرٍ) لما قلناه.

(١) ساقط من الأصل. (٢) من الأصل.

(٣) ساقطة من الأصل. (٤) في (ب): (دفنها).

(٥) «المحرر» (ص ٣٨٤). (٦) ساقطة من الأصل.

قال: (وَلَا يُعْطَى أُثْنَى) أي: حذرًا من الخلوة المحرمة، اللهم إلا إذا لم تبلغ حدًا يشتهى مثلها، قاله المتولي.

قال: (فَإِنْ رَافَقَتْهُ بِنْتُهُ سَلَّمَ إِلَيْهَا) هكذا نقله في «الشرح الكبير» عن «الشامل» ولفظه في حكايته عنه، أنه لو كانت له بنت ترافقه سلمت إلى بنته^(١)، وقال في «الشرح الصغير»: وقد قيل: تسلم إليها، وهذا كأنه لم يرتضه، نعم جزم به في «المحرر»^(٢) فتبعه المصنف، وما ذكرنا من لفظه هو ما نقلناه من خطه فاعتمده، فقد اختلفت النسخ هنا.

فرع:

لو أراد كل من الأبوين السفر لحاجة إلى جهة.

قال الرافعي: يشبه أن يدام حق الأم، ويجوز أن يقال: يكون مع أقربهما مقصدًا أو أقصرهما مدة سفر^(٣)، واختار المصنف الأول، وقال: إنه مقتضى كلام الأصحاب^(٤).



(١) «الشرح الكبير» ٩٩/١٠.

(٢) «المحرر» (ص ٣٨٤).

(٣) «الشرح الكبير» ٩٩/١٠.

(٤) «روضة الطالبين» ١٠٨/٩.

فصل

(عَلَيْهِ: كِفَايَةُ رَقِيقِهِ نَفَقَةً، وَكِسْوَةً وَإِنْ كَانَ أَعْمَى زَمِنًا وَمُدَبَّرًا وَمُسْتَوْلَدَةً) أي: ولو كبيرًا كما صرح به في «المحرر»^(١)؛ لقوله ﷺ: «للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق». ٤٩١/ب/ رواه مسلم من حديث أبي هريرة^(٢)، ولأن السيد يملك كسب العبد وتصرفه فلزمته مؤنته، وقد اتفق العلماء على ذلك.

وقول المصنف: (عليه كفاية رقيقه) أشار به إلى أنها لا تتقدر، بل الاعتبار الكفاية، لكن فيما تعتبر به الكفاية أوجه: أصحابها: تعتبر كفايته في نفسه، وتراعى رغبته وزهاده، وإن زاد ذلك على كفاية مثله غالبًا.

والثاني: يعتبر ما يكفي مثله في الغالب، ولا يعتبر نفسه، وعن الماوردي أنه إن كان يؤثر فقد الزيادة في قوته وبدنه لزمته، وإلا فلا^(٣). قال الرافعي: وينبغي أن تجيء هذه الأوجه في نفقة القريب^(٤). فرع:

لا تجب نفقة المكاتب صحيحة أو فاسدة على السيد؛ لاستقلاله، وكذا الأب في وجهه (إلحاقًا له)^(٥) بالنشوز، والأصح خلافه.

(١) «المحرر» (ص ٣٨٥).

(٢) «صحيح مسلم» (١٦٦٢).

(٣) «الحاوي الكبير» ٥٢٦/١١.

(٤) «الشرح الكبير» ١١٠/١٠.

(٥) في الأصل: في نفقة.

آخر: هل يلزم السيد شراء الماء لطهارة رقيقه؟ فيه وجهان:
أصحهما من زوائد «الروضة»: نعم كفطرته.
والثاني: لا؛ لأن له بدلاً وهو التيمم، كما لا يلزمه دم تمتعه بل يصوم^(١).

وقد قدمت هذا الفرع في آخر باب الغسل أيضاً.
قال: (مِنْ غَالِبٍ قُوْتٍ رَقِيْقٍ الْبَلَدِ وَأُدْمِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ) أي: ويراعي حال السيد في اليسار والإعسار، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه.
فرع:

لو أكل السيد أو لبس دون المعتاد رياضة أو بخلا فالصحيح أنه يراعي للرقيق الغالب.
والثاني: له الاقتصار على ما اقتصر عليه هو.

قال: (وَلَا يَكْفِي سَتْرُ الْعَوْرَةِ) لأنه تحقير وإذلال، ذكره الإمام^(٢)
تفقهًا، وقيده الغزالي ببلادنا^(٣)، واحترز بذلك عن بلاد السودان.
قال: (وَيُسْنُ أَنْ يُنَاوِلَهُ مِمَّا يَتَنَعَّمُ بِهِ مِنْ طَعَامٍ وَأُدْمٍ وَكِسْوَةٍ) قال في «المحرر»: سيما إذا عالج الطعام وولي الطبخ^(٤)؛ لقوله العلية: «إذا صنع لأحدكم خادمه طعامه، ثم جاء به وقد ولي حره ودخانه فليقعه»

(١) «روضة الطالبين» ٩/ ١٢٠.

(٢) «نهاية المطلب» ١٥/ ٥٧١.

(٣) «الوسيط» ٦/ ٢٤٧.

(٤) «المحرر» (ص ٣٨٥).

معه، وليأكل، فإن كان الطعام مشفوها قليلاً، فليضع منه في يده أكلة أو أكلتين».

قال^(١): يعني: لقمة أو لقمتين، متفق عليه من حديث أبي هريرة، واللفظ لمسلم^(٢).

قال الرافعي: ولا يجب ذلك على أصح احتمالات الشافعي^(٣).
قال: (وَتَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ) كنفقة القريب.

قال: (وَيَبِيعُ الْقَاضِي فِيهَا مَالَهُ)، كما في نفقة القريب^(٤)، وهل يبيع شيئاً فشيئاً أم يستدين عليه؟ فإذا اجتمع عليه شيء صالح باع؟ فيه وجهان: أصحهما في «الروضة» الثاني^(٥)، فإن لم يمكن بيع بعضه يباع جميعه، صرح به الماوردي^(٦).

قال: (فَإِنْ قُذِرَ الْمَالُ أَمْرُهُ بِبَيْعِهِ أَوْ إِعْتَاقِهِ) أي: أو بإجارته، كما صرح به الرافعي في شرحه، فإن لم يفعل باعه الحاكم أو أجره، فإن لم يشتري أحد أنفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال فهو من محاييج المسلمين، فعليهم القيام بكفايته^(٧).



(١) ساقطة من الأصل.

(٢) «صحيح البخاري» (٢٥٥٧)، «صحيح مسلم» (١٦٦٣).

(٣) «الشرح الكبير» ١١١/١٠.

(٤) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٥) «روضة الطالبيين» ١١٩/٩.

(٦) «الحاوي الكبير» ٢٧٤/١٨.

(٧) «الشرح الكبير» ١١٤/١٠.

فرع:

قال الروياني: لو قال الحاكم لعبد رجل غائب: أستدن وأنفق على نفسك. جاز، وكان ديناً على السيد /٥٠/.

فرع:

هذا في غير أم الولد، أما المستولدة، فقليل: تخير بعقها أو تزويجها^(١)، والأصح في «الروضة» المنع، بل يخليها لتكتسب.
قال: (وَيُجْبَرُ أُمُّهُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا) لأن لبنها ومنافعها له، ولو أراد تسليم الولد إلى غيرها أو أرادت هي إرضاعه، فالأصح أنه ليس له ذلك؛ لأن فيه تفريقاً بين الأم وولدها، لكن له أن يضمه في أوقات الاستمتاع إلى غيرها.

قال: (وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ فَضَّلَ عَنْهُ) أي: وله أن يجبرها على إرضاع ولد آخر مع ولدها إن فضل عن ولدها؛ لقلة شربه أو لكثرة اللبن، أو لاجتزائه بغير اللبن في أكثر الأوقات، فإن لم يفضل فلا إجبار؛ لوجود الضرر، وقد قال تعالى: ﴿لَا تُضَارَّ وَالِدَةُ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣] ولأن نفقته عليه، وطعامه اللبن، وكما لا يجوز أن ينقص من طعامه غير اللبن عن كفايته كذلك من طعامه اللبن.

قال: (وَفَطْمُهُ قَبْلَ حَوْلَيْنِ إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ، وَإِرْضَاعُهُ بَعْدَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهَا) أي: له إجبارها على ذلك لما قررناه أولاً.

قال: (وَلِلْحَرَّةِ حَقٌّ فِي التَّرْبِيَةِ فَلَيْسَ لِأَحَدِهِمَا فَطْمُهُ قَبْلَ الْحَوْلَيْنِ)؛

(١) في الأصل: تزويجها.

لأنها تمام مدة الرضاع، وعلى الأب أجرة إذا أمتنعت الأم من الفطام^(١) إما لها، وإما لغيرها، وذكر فيه احتمال للإمام قبل الحولين إذا لم يتضرر به الولد^(٢).

قال: (وَلَهُمَا إِنْ لَمْ يَضُرَّهُ، وَلِأَحَدِهِمَا بَعْدَ حَوْلَيْنِ، وَلَهُمَا الزِّيَادَةُ) أي: وللأبوين الإنفاق على الفطام قبل الحولين إذا لم يتضرر الولد به، ولكل واحد منهما الفطام إذا تم الحولان، ويجوز أن يزيدا في الإرضاع باتفاقهما.

قال: (وَلَا يُكَلَّفُ رَقِيقُهُ إِلَّا عَمَلًا يُطِيقُهُ) للخبر السالف أول الفصل. قال الشافعي: ومعنى قوله الْعَمَلُ: «ولا يكلف من العمل ما لا يطيق» يعني - والله أعلم - إلا ما يطيق الدوام عليه، لا ما يطيق يومًا أو يومين أو نحو ذلك، ثم يعجز^(٣). وفي «صحيح ابن حبان» من حديث عمرو بن حريث^(٤) رفعه: «ما خففت عن خادمك من عمله كان لك أجرًا في موازينك»^(٥).

فرع:

لو كلف مملوكه ما لا يطيقه من العمل بيع عليه، قاله القاضي، كما نقله ابن الصلاح، قال: وليس ببعيد، كما يباع المسلم على الكافر؛

(١) في الأصل: الرضاع.

(٢) «نهاية المطلب» ٥٧٤/١٥.

(٣) «الأم» ٩١/٥.

(٤) في الأصول: كريب، والمثبت من «صحيح ابن حبان» وهو الصحيح.

(٥) «صحيح ابن حبان» ١٥٣/١٠ (٤٣١٤).

صيانة له عن الذل واستأنس بذلك، لما أفتى به في امرأة مغنية اشترت جارية، وحملتها على الفساد أنها تباع عليها ليصير ذلك طريقاً إلى الخلاص من الفساد^(١).

قال: (وَيَجُوزُ مُخَارَجَتُهُ بِشَرَطِ رِضَاهُمَا) لحديث أنس بن مالك، قال: حجج أبو طيبة رسول الله ﷺ فأعطاه صاعين أو صاعاً من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجهم. متفق عليه^(٢).

وفي «سنن البيهقي» من حديث الأوزاعي، قال: حدثني رجل منا يقال له: نهيك بن يريم قال: حدثني معتب بن سمي قال: كان للزبير بن العوام رضي الله عنه ألف مملوك يؤدي إليه الخراج، فلا يدخل بيته من خراجهم شيئاً.

ومن حديث ابن^(٣) أبي (ذئب)^(٤) عن درهم مولى عبد الرحمن، قال: ضرب علي مولاي كل يوم / ٥٠ ب/ درهمًا، فأتيت أبا هريرة فقال: أتق الله وأد حق الله، وحق مولاك^(٥).

قال: (وَهِيَ) أي: المخارجة (خَرَجٌ يُؤَدِّيهِ كُلُّ يَوْمٍ أَوْ أُسْبُوعٍ) على حسب ما يتفقان عليه، ولا يجبر العبد السيد عليها، ولا هو العبد عليها، كما صرح به المصنف حيث قال: بشرط رضاهما، وفي قول

(١) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/ ٢٧٠ - ٢٧١.

(٢) «صحيح البخاري» (٢٢٧٧)، «صحيح مسلم» (١٥٧٧).

(٣) من الأصل.

(٤) في الأصل: (ذؤيب).

(٥) «السنن الكبرى» ٩/ ٨.

مخرج في الثاني: نعم كما ينقل منفعه قهراً إلى غيره.

فائدة:

لو أراد العبد الدخول في الصلاة في أول الوقت فأصح الوجهين أنه ليس للسيد منعه، قاله الروياني في «البحر» في كتاب الاعتكاف؛ لأن التعجيل فيها مطلوب، بخلاف النذر الموسع^(١).

قلت: وكان الخلاف عند عدم الاحتياج إلى خدمته في ذلك الوقت؛ إذ منعه مجرد عبث، أما عند الاحتياج فيظهر القطع بالمنع.

قال: (وليس للسيد منعه من النوافل) التي سن رسول الله ﷺ في أدبار المكتوبات وقبلها، وإنما يمنعه بما سواها ذكره أصحابنا.

قال: وفيه وجه آخر.

فائدة ثانية:

يكره أن يقول المملوك لمالكه: ربي، بل يقول: سيدي ومولاي، ويكره أن يقول السيد له: عبدي، وأمتي، بل يقول: غلامي وجاريتي أو فتاي وفتاتي، ولا كراهة في إضافة رب إلى غير مكلف كرب الدار ونحوه.

قال: (وَعَلَيْهِ عُلْفٌ دَوَابَّهُ، وَسَقْيُهَا) لحرمة الروح ويقوم مقامهما تخليتها لترعى^(٢)، وترد الماء إن كانت ممن ترعى ويجتزأ به، ويطرد ذلك في كل حيوان محترم، وفي الصحيحين من حديث ابن عمر أن رسول الله ﷺ قال: «عذبت امرأة في هرة أمسكتها حتى ماتت من

(١) «بحر المذهب» ٤/٣٨٦.

(٢) في الأصل: لرعى.

الجوع، فلم تكن تطعمها، ولم ترسلها تأكل من خشاش الأرض»^(١).
وفي «مسند أحمد»، و«سنن البيهقي» من حديث عبد الله بن جعفر:
أن رسول الله ﷺ دخل حائطًا لرجل من الأنصار، فإذا فيه جمل، فلما
رأى النبي ﷺ ذرفت عيناه، قال: فأتاه النبي ﷺ، فمسح سراته إلى
سنامه وذفريه فسكن، قال: «من رب هذا الجمل، لمن هذا الجمل»
فجاء فتى من الأنصار، فقال: هو لي يا رسول الله، فقال: «ألا تتقي
الله في هذه البهيمة التي ملكك الله إياها، فإنها تشكو إلي أنك تجيعه
وتدئبه»^(٢) وأخرجه أحمد والبرقاني أيضًا.

وقال ابن الجوزي في كتابه «جامع المسانيد»: أنفرد بإخراجه
مسلم^(٣)، وهو غلط، فلم يخرج في كتابه هذا اللفظ أصلاً، نعم أخرج
قطعة منه في الاستئثار لم أذكرها أنا، وأخرج أيضًا سنده.
سراته: ظهره، والذفرى من البعير: مؤخر رأسه.

فائدة:

قال أهل اللغة: العلف بفتح اللام ما تطعمه البهيمة من شعير وتبن
وحشيش وغيرها، وبإسكانها مصدر^(٤) علفها علفًا، ويجوز هنا
الوجهان، والإسكان ضبطه المصنف بخطه، وقد قدمت ذلك أيضًا في
باب محرمات الإحرام والوديعة.

(١) «صحيح البخاري» (٢٣٦٥)، «صحيح مسلم» (٢٢٤٢).

(٢) «مسند أحمد» ١/ ٢٠٤ - ٢٠٥، «السنن الكبرى» ٨/ ١٣.

(٣) وكذا عزاه ابن كثير في «جامع المسانيد والسنن» ٥/ ١١٧. لمسلم أيضًا.

(٤) ساقطة من الأصل.

قال: (فَإِنْ أُمْتَنَعَ أُجْبِرَ فِي الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلْفٍ) أي: بالإسكان كما ضبطه بخطه أيضًا أَوْ ذَبَحَ، وَفِي غَيْرِهِ /٥١/ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلْفٍ صيانة لها عن الهلاك، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ نَابَ الْحَاكِمُ عَنْهُ فِي ذَلِكَ عَلَى مَا يَرَاهُ وَيَقْتَضِيهِ الْحَالُ.

وعن ابن القطان أنه لا يخليها لخوف الذئب وغيره، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ بَاعَ الْحَاكِمُ الدَّابَّةَ أَوْ جِزْءًا مِنْهَا أَوْ أَكْرَاهَا، فَإِنْ لَمْ يَرْغَبْ فِيهَا لِعَمَلٍ أَوْ زَمَانَةٍ أَنْفَقَ عَلَيْهَا مِنْ بَيْتِ الْمَالِ كَالرَّقِيقِ.

وقال أبو حنيفة: لا يجبره السلطان على العلف ولا يبيع ماله فيه، وَلَكِنْ الْأَمْرُ بِهِ عَلَى سَبِيلِ الْأَمْرِ بِالْمَعْرُوفِ.

قال: (وَلَا يَحْلِبُ مَا ضَرَّ وَلَدَهَا) لما روى أحمد والبيهقي وغيرهما من حديث الأعمش عن يعقوب بن بجير، عن ضرار بن الأزور قال: أهديت لرسول الله ﷺ لقحة، فأمرني أن أحلبها فحلبتها، فجهدت حلبها، فقال: «لا تفعل، دع داعي اللبن»^(١).

قال الذهبي في «الميزان»: هذا حديث غريب فرد، والأعمش فمدلس، وما ذكر سماعًا، ولا يعقوب ذكر سماعه من ضرار، ولا أعرف لضرار سواه.

قال: ويعقوب لا يعرف، تفرد عنه الأعمش^(٢).

وقيل: عن الأعمش عن عبد الله بن سنان، عن يعقوب، ذكره البيهقي^(٣)، فالله أعلم.

(١) «مسند أحمد» ٧٦/٤، «السنن الكبرى» ١٤/٨.

(٢) «ميزان الاعتدال» ١٢٣/٦. (٣) «السنن الكبرى» ١٤/٨.

قلت: ولم يعبأ ابن حبان بهذا، وأخرجه بالسند المذكور بلفظ: بعثني أهلي بلقوح إلى رسول الله ﷺ فأتيته بها، فأمرني أن أحلبها، قال: فحلبتها، فقال لي ﷺ: «دع داعي اللبن»^(١) ولأن اللبن خلق غذاء للولد فلا يجوز منعه منه كما في ولد الأمة، والمراد أن يفضل عما يقيمه؛ حتى لا يموت. كذا قاله الروياني.

قال الرافي: وقد يتوقف في الاكتفاء بهذا. وذكر في «التتمة» أنه لا يجوز الحلب إذا كان يضر بالبهيمة؛ لقلة العلف، وأنه يكره إذا لم^(٢) يكن في الحلب إضرار بها لما فيه من تضييع المال. قال: وأن يقص الحالب أظفاره لئلا يؤذيها^(٣).

قلت: دليله حديث سواد بن الربيع قال: أتيت رسول الله ﷺ فسألته فأمر لي بذود ثم قال لي: «إذا رجعت إلى بيتك فمرهم ليحسنوا غذاء رباعهم، ومرهم فليقللوا أظفارهم لا يغيظوا بها ضروع مواشيهم إذا حلبوا» رواه أحمد في «مسنده»^(٤) بإسناد صحيح.

الرباع جمع ربع، وهو الفصيل ينتج في الربيع، و«يغيظوا» يعقروا^(٥) قال: (وما لا روح له كقناة ودار)^(٦) أي: وزرع وثمار (لا تجب

(١) «صحيح ابن حبان» ٩٠/١٢ (٥٢٨٣).

(٢) في (ب): تركه.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/١١٥.

(٤) «مسند أحمد» ٣/٤٨٤.

(٥) في (ب): يعقرون.

(٦) هنا أنتهت النسخة الأصل.

عمارتها) أي: لكن يكره تركها إلى أن تخرب، ولا تكره عمارة الدار وسائر العقار للحاجة، والأولى ترك الزيادة، وربما تكره الزيادة، وفي «صحيح ابن حبان» عن خباب رفعه: «إن الرجل ليؤجر في نفقته كلها إلا في هذا التراب»^(١) وأخرجه البخاري من قول خباب بمعناه^(٢). قال ابن حبان: معناه لا يؤجر إذا أنفق في التراب فضلاً عما يحتاج إليه من البناء.

فرع:

لا يكره ترك زراعة الأرض، لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان؛ لما فيه من إضاعة المال. كذا جزم به في «الروضة»^(٣) هنا تبعاً ١٥١ب/ للرافعي^(٤).

ومقتضى هذا التعليل التحريم كما ذكرناه في مسألة إلقاء المتاع في البحر من غير خوف، وحكى في كتاب الرهن وجهاً فيما إذا أتفق الراهن والمرتهن على ترك سقي الثمرة أنه يجبر عليه كما يجبر على علف الحيوان، وادعى أنه الأصح، ووجهه ظاهر؛ لأن تركه إضاعة للمال.

خاتمة:

يكره للإنسان أن يدعو على ولده ونفسه وخدمه وماله، فقد نهى عنه.



(١) «صحيح ابن حبان» ٧/ ٢٦٥، (٢٩٩٩) ٨/ ٣٥، (٣٢٤٣).

(٢) «صحيح البخاري» (٥٦٧٢).

(٣) «روضة الطالبين» ٩/ ١٢١.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/ ١١٦.

[illegible]

کتاب الجراح

[illegible]

كتاب الجراح

الفِعْلُ الْمَرْهُقُ ثَلَاثَةٌ: عَمْدٌ، وَخَطَأٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ.

وَلَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعَمْدِ، وَهُوَ قَصْدُ الْفِعْلِ وَالشَّخْصِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا: جَارِحٌ أَوْ مُثَقِّلٌ، إِنْ قُتِلَ قَصْدُ أَحَدِهِمَا بِأَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ فَمَاتَ، أَوْ رَمَى شَجَرَةً فَأَصَابَهُ فَخَطَأٌ، وَإِنْ قَصَدَهُمَا بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَشِبْهُهُ عَمْدٌ، وَمِنْهُ الضَّرْبُ بِسَوْطٍ أَوْ عَصَا. فَلَوْ غَرَزَ إِبْرَةً بِمَقْتَلٍ فَعَمْدٌ، وَكَذَا بغيره إِنْ تَوَرَّمَ وَتَأَلَّمَ حَتَّى مَاتَ، فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرٌ وَمَاتَ فِي الْحَالِ فَشِبْهُهُ عَمْدٌ، وَقِيلَ: عَمْدٌ، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ، وَلَوْ غَرَزَ فِيمَا لَا يُؤْلَمُ كَجِلْدَةٍ عَقِبَ فَلَا شَيْءَ بِحَالٍ.

وَلَوْ حَبَسَهُ وَمَنَعَهُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ وَالطَّلَبَ حَتَّى مَاتَ، فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَمُوتُ مِثْلُهُ فِيهَا غَالِبًا جُوعًا أَوْ عَطَشًا فَعَمْدٌ، وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ جُوعٌ وَعَطَشٌ سَابِقٌ فَشِبْهُهُ عَمْدٌ، وَإِنْ كَانَ بَعْضُ جُوعٍ وَعَطَشٍ، وَعَلِمَ الْحَابِسُ الْحَالَ فَعَمْدٌ، وَإِلَّا فَلَا فِي الْأَظْهَرِ.

وَيَجِبُ الْقِصَاصُ بِالسَّبَبِ، فَلَوْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ فَقُتِلَ ثُمَّ رَجَعَا وَقَالَا: تَعَمَّدْنَا، لَزِمَهُمَا الْقِصَاصُ إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الْوَلِيُّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِهِمَا.

وَلَوْ ضَيَّفَ بِمَسْمُومٍ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، أَوْ بِالْغَا عَاقِلًا وَلَمْ يَعْلَمْ حَالَ الطَّعَامِ فِدِيَّةً، وَفِي قَوْلٍ: قِصَاصٌ، وَفِي قَوْلٍ: لَا شَيْءَ، وَلَوْ دَسَّ سُمًّا فِي طَعَامِ شَخْصٍ الْغَالِبُ أَكَلَهُ مِنْهُ فَأَكَلَهُ جَاهِلًا فَعَلَى الْأَقْوَالِ.

وَلَوْ تَرَكَ الْمَجْرُوحُ عِلَاجَ جُرْحٍ مُهْلِكٍ فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ لَا يُعَدُّ مُغَرَّقًا، كَمُنْبَسِطٍ فَمَكَتْ فِيهِ مُضْطَجِعًا حَتَّى هَلَكَ فَهَدَرٌ، أَوْ مُغَرَّقٌ لَا يَخْلُصُ مِنْهُ إِلَّا بِسَبَاحَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْهَا أَوْ كَانَ مَكْتُوفًا أَوْ زَمِنًا فَعَمْدٌ، وَإِنْ مَنَعَ

منها عارضٌ كَرِيحٍ وَمَوْجٍ فَشُبْهَةٌ عَمْدٍ، وَإِنْ أَمَكَّنْتُهُ فَتَرَكَهَا فَلَا دِيَّةَ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ فِي نَارٍ يُمَكِّنُ الْخَلَاصُ فَمَكَّتْ، فَفِي الدِّيَّةِ الْقَوْلَانِ.

وَلَا قِصَاصَ فِي الصُّورَتَيْنِ وَفِي النَّارِ وَجْهٌ، وَلَوْ أَمَسَكَهُ فَقَتَلَهُ آخَرُ أَوْ حَفَرَ بَيْتًا فَرَدَّاهُ فِيهَا آخَرُ، أَوْ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ فَتَلَقَّاهُ آخَرُ فَقَدَّهْ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْقَاتِلِ وَالْمُرْدِي وَالْقَادِّ فَقَطْ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُغْرِقٍ فَالتَقَمَهُ حُوتٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ غَيْرِ مُغْرِقٍ فَلَا.

وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلِ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ، وَكَذَا عَلَى الْمُكْرِهِ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَّةُ وَزُعَتْ، فَإِنْ كَافَاهُ أَحَدُهُمَا فَقَطْ فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ.

وَلَوْ أَكْرَهَ بَالِغٌ مُرَاهِقًا فَعَلَى الْبَالِغِ الْقِصَاصُ إِنْ قُلْنَا: عَمْدُ الصَّبِيِّ عَمْدٌ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ، وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى رَمِيٍّ شَاخِصٍ عَلِمَ الْمُكْرَهُ أَنَّهُ رَجُلٌ وَظَنَّهُ الْمُكْرَهُ صَيْدًا فَلَا أَصْحَ وَجُوبُ الْقِصَاصِ عَلَى الْمُكْرِهِ، أَوْ عَلَى رَمِيٍّ صَيْدٍ فَأَصَابَ رَجُلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَى أَحَدٍ، أَوْ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ فَزَلَقَ فَمَاتَ فَشِبْهُهُ عَمْدٌ، وَقِيلَ: عَمْدٌ، أَوْ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ فَلَا قِصَاصَ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي وَإِلَّا قَتَلْتُكَ فَقَتَلَهُ، فَالْمَذْهَبُ لَا قِصَاصَ، وَالْأَظْهَرُ لَا دِيَّةَ، وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا فَلَيْسَ بِإِكْرَاهٍ.

فَصْلٌ

وُجِدَ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعًا فِعْلَانِ مُزْهِقَانِ كَحَزٌّ وَقَدْ، أَوْ لَا كَقَطْعٍ عُضْوَيْنِ فَقَاتِلَانِ وَإِنْ أَنْهَاهُ رَجُلٌ إِلَى حَرَكَةٍ مَذْبُوحٍ: بِأَنْ لَمْ يَتَّقَ إِبْصَارًا، وَنُطِقَ وَحَرَكَةُ اخْتِيَارٍ. ثُمَّ جَنَى آخَرُ فَلَاوُلُ قَاتِلٌ، وَيُعَزَّرُ الثَّانِي، وَإِنْ جَنَى الثَّانِي قَبْلَ الْإِنْهَاءِ إِلَيْهَا، فَإِنْ دَفَفَ كَحَزٌّ بَعْدَ جُزْجٍ فَالثَّانِي قَاتِلٌ، وَعَلَى الْأَوَّلِ قِصَاصُ الْعُضْوِ أَوْ مَالٌ بِحَسَبِ الْحَالِ، وَإِلَّا فَقَاتِلَانِ.

وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضًا فِي التَّرْعِ وَعَيْشُهُ عَيْشُ مَذْبُوحٍ وَجَبَ الْقِصَاصُ.

[فصل^(١)]

قَتَلَ مُسْلِمًا ظَنَّنَ كُفْرَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا قِصَاصَ، وَكَذَا لَا دِيَّةَ فِي الْأَطْهَرِ، أَوْ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَجَبَا، وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلٌ.

أَوْ مَنْ عَهْدَهُ مُرْتَدًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا، أَوْ ظَنَّنَهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَبَانَ خِلَافُهُ، فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ.

وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا جَهْلَ مَرَضِهِ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَقِيلَ: لَا.

وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْقَتِيلِ إِسْلَامٌ أَوْ أَمَانٌ، فَيُهْدَرُ الْحَرْبِيُّ وَالْمُرْتَدُّ، وَمَنْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ كَعَبْدِهِ.

وَالزَّانِي الْمُخَصَّنُ إِنْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ قُتِلَ، أَوْ مُسْلِمٌ فَلَا فِي الْأَصَحِّ
وَفِي الْقَاتِلِ بُلُوغٌ وَعَقْلٌ، وَالْمَذْهَبُ وَجُوبُهُ عَلَى السَّكَرَانِ، وَلَوْ قَالَ: كُنْتُ
يَوْمَ الْقَتْلِ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا صُدِّقَ يَمِينِهِ إِنْ أَمَكَنَ الصَّبَا وَعُهِدَ الْجُنُونُ، وَلَوْ قَالَ:
أَنَا صَبِيٌّ فَلَا قِصَاصَ وَلَا يُحْلَفُ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى حَرْبِيٍّ.

وَيَجِبُ عَلَى الْمَعْصُومِ وَالْمُرْتَدِّ.

وَمُكَافَأَةٌ، فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ، وَيُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِهِ وَبِذِمِّيٍّ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا،
فَلَوْ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ.

وَلَوْ جَرَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا وَأَسْلَمَ الْجَارِحُ ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ فَكَذَا فِي الْأَصَحِّ، وَفِي

(١) ساقط من (م).

الصُّورَتَيْنِ إِنَّمَا يُقْتَصُّ الْإِمَامُ بِطَلَبِ الْوَارِثِ، وَالْأَظْهَرُ قَتْلُ مُرْتَدِّ بِذِمِّيٍّ وَبِمُؤْتَدٍّ، لَا ذِمِّيٍّ بِمُؤْتَدٍّ

وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ.

وَيُقْتَلُ قِتْنٌ وَمُدَبَّرٌ وَمُكَاتَبٌ وَأُمٌّ وَلَدٍ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا ثُمَّ عَتَقَ الْقَاتِلُ، أَوْ عَتَقَ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ فَكَحْدُوثِ الْإِسْلَامِ، وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَوْ قَتَلَ مِثْلَهُ لَا قِصَاصَ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ تَرُدَّ حُرِّيَّةَ الْقَاتِلِ وَجَبَ، وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَحُرٍّ ذِمِّيٍّ.

وَلَا يَقْتُلُ وَلَدٌ وَإِنْ سَقَلَ، وَلَا لَهُ، وَيُقْتَلُ بِوَالِدَيْهِ.

وَلَوْ تَدَاعَا مَجْهُولًا فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالْآخِرِ اقْتَصَّ، وَإِلَّا فَلَا. وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الْأَخَوَيْنِ الْأَبَ، وَالْآخِرُ الْأُمَّ مَعًا فَلِكُلِّ قِصَاصٌ، وَيُقَدَّمُ بِقُرْعَةٍ، فَإِنْ اقْتَصَّ بِهَا، أَوْ مُبَادِرًا فَلِوَارِثِ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ قَتْلُ الْمُقْتَصِّ إِنْ لَمْ تُورَثْ قَاتِلًا بِحَقٍّ، وَكَذَا إِنْ قَتَلَ مُرْتَبًا وَلَا زَوْجِيَّةً، وَإِلَّا فَعَلَى الثَّانِي فَقَطُّ.

وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ بِوَاحِدٍ، وَلِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَنْ بَعْضِهِمْ عَلَى حِصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ بِاعْتِبَارِ الرُّؤُوسِ.

وَلَا يُقْتَلُ شَرِيكُ مُخْطِئٍ وَشُبْهَةُ عَمْدٍ.

وَيُقْتَلُ شَرِيكُ الْأَبِ، وَعَبْدٌ شَارَكَ حُرًّا فِي عَبْدٍ، وَذِمِّيٌّ شَارَكَ مُسْلِمًا فِي ذِمِّيٍّ، وَكَذَا شَرِيكُ حَزْبِيٍّ، وَقَاطِعُ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا، وَشَرِيكُ النَّفْسِ، وَدَافِعُ الصَّائِلِ فِي الْأَظْهَرِ، وَلَوْ جَرَحَهُ مُجْرَحِينَ عَمْدًا وَخَطَأً وَمَاتَ بِهِمَا، أَوْ جَرَحَ حَزْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ وَجَرَحَهُ ثَانِيًا فَمَاتَ لَمْ يُقْتَلْ.

وَلَوْ دَاوَى جُرْحَهُ بِسَمٍّ مُدْفَفٍ فَلَا قِصَاصَ عَلَى جَارِحِهِ، وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ غَالِيًا فَشُبْهَةُ عَمْدٍ، وَإِنْ قَتَلَ غَالِيًا وَعَلِمَ حَالَهُ فَشَرِيكُ جَارِحِ نَفْسِهِ، وَقِيلَ: شَرِيكُ مُخْطِئٍ.

وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِسِيَاطٍ فَقَتَلُوهُ، وَضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ غَيْرُ قَاتِلٍ فِيهِ الْقِصَاصَ عَلَيْهِمْ
أَوْجُهُ، أَصَحُّهَا: يَجِبُ إِنْ تَوَاطَوْا.

وَمَنْ قَتَلَ جَمْعًا مُرْتَبًا قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ، أَوْ مَعَ فَيَا الْقَرْعَةَ، وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَاثُ.
قُلْتُ: فَلَوْ قَتَلَهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ عَصَى وَوَقَعَ قِصَاصًا، وَلِلْأَوَّلِ دِيَّةٌ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

فَصْلٌ

جَرَحَ حَرَبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا أَوْ عَبْدًا نَفْسِهِ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِالْجُرْحِ فَلَا ضَمَانَ،
وَقِيلَ: تَجِبُ دِيَّةٌ، وَلَوْ رَمَاهُمَا فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ فَلَا قِصَاصَ، وَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ دِيَّةِ
مُسْلِمٍ مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ.

وَلَوْ أَرْتَدَّ الْمَجْرُوحُ وَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَالْنَفْسُ هَذَرٌ، وَيَجِبُ قِصَاصُ الْجُرْحِ فِي
الْأَظْهَرِ يَسْتَوْفِيهِ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ، وَقِيلَ: الْإِمَامُ، فَإِنْ أَقْتَضَى الْجُرْحُ مَالًا وَجَبَ أَقْلُ
الْأَمْرَيْنِ: مِنْ أَرْشِهِ وَدِيَّةٍ، وَقِيلَ: أَرْشُهُ، وَقِيلَ: هَذَرٌ.

وَلَوْ أَرْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ، وَقِيلَ: إِنْ قَصُرَتِ الرَّدَّةُ
وَجَبَ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ، وَفِي قَوْلٍ: نِصْفُهَا، وَلَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ أَوْ حُرًّا
عَبْدًا فَعَتَقَ وَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ.

وَتَجِبُ دِيَّةُ مُسْلِمٍ وَهِيَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ، فَإِنْ زَادَتْ عَلَى قِيمَتِهِ فَالزِّيَادَةُ لَوَرَثَتِهِ،
وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِسَرَايَةِ فَلِلْسَيِّدِ الْأَقْلُ مِنَ الدِّيَّةِ الْوَاجِبَةِ وَنِصْفِ
قِيمَتِهِ، وَفِي قَوْلٍ: الْأَقْلُ مِنَ الدِّيَّةِ وَقِيمَتِهِ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَعَتَقَ فَجَرَحَهُ آخَرَانِ
وَمَاتَ بِسَرَايَتِهِمْ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ كَانَ حُرًّا، وَيَجِبُ عَلَى الْآخَرَيْنِ.

فَصْلٌ

يُشْتَرَطُ لِقِصَاصِ الطَّرْفِ وَالْجُرْحِ مَا شُرِطَ لِلنَّفْسِ.

وَلَوْ وَضَعُوا سَيْفًا عَلَى يَدِهِ وَتَحَامَلُوا عَلَيْهِ دَفَعَهُ فَأَبَانُوهَا قَطَعُوهَا.

وَشَجَاجُ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ عَشْرٌ: حَارِصَةٌ، وَهِيَ مَا شَقَّ الْجِلْدَ قَلِيلًا، وَدَامِيَّةٌ تُدْمِيهِ، وَبَاضِعَةٌ تَقْطَعُ اللَّحْمَ، وَمُتَلَا حِمَةٌ تَغُوصُ فِيهِ، وَسِمْحَاقٌ تَبْلُغُ الْجِلْدَةَ الَّتِي بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْعَظْمِ، وَمُوضِحَةٌ تُوضِحُ الْعَظْمَ، وَهَاشِمَةٌ تَهْشِمُهُ، وَمُنْقَلَةٌ تَنْقُلُهُ، وَمَأْمُومَةٌ تَبْلُغُ خَرِيطَةَ الدِّمَاغِ، وَدَامِغَةٌ تَخْرِقُهَا، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْمُوضِحَةِ فَقَطْ، وَقِيلَ: وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى الْحَارِصَةِ.

وَلَوْ أَوْضَحَ فِي بَاقِي الْبَدَنِ أَوْ قَطَعَ بَعْضَ مَارِنٍ أَوْ أُذُنٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَصَحِّ.

وَيَجِبُ فِي الْقَطْعِ مِنْ مَفْصِلٍ حَتَّى فِي أَصْلٍ فَخِذٍ وَمَنْكِبٍ إِنْ أُمِّكَنْ بِلا إِجَافَةٍ، وَإِلَّا فَلَا عَلَى الصَّحِيحِ.

وَيَجِبُ فِي فَقْءِ عَيْنٍ وَقَطْعِ أُذُنٍ وَجَفْنٍ وَمَارِنٍ وَشَفَةِ وَلِسَانٍ وَذَكَرٍ وَأُنْثَيْنِ، وَكَذَا أَلْيَانٍ وَشَفْرَانٍ، فِي الْأَصَحِّ.

وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ.

وَلَهُ قَطْعُ أَقْرَبِ مَفْصِلٍ إِلَى مَوْضِعِ الْكَسْرِ، وَحُكُومَةُ الْبَاقِي.

وَلَوْ أَوْضَحَهُ وَهَشَمَ أَوْضَحَ وَأَخَذَ خَمْسَةَ أَبْعَرَةٍ.

وَلَوْ أَوْضَحَ وَنَقَلَ أَوْضَحَ، وَلَهُ عَشْرَةُ أَبْعَرَةٍ.

وَلَوْ قَطَعَهُ مِنَ الْكُوعِ فَلَيْسَ لَهُ التِّقَاطُ أَصَابِعِهِ، فَإِنْ فَعَلَهُ غُرَّرَ وَلَا غُرْمَ، وَالْأَصَحُّ أَنَّ لَهُ قَطْعَ الْكَفِّ بَعْدَهُ.

وَلَوْ كَسَرَ عِظْمَهُ وَأَبَانَهُ قُطِعَ مِنَ الْمِرْقِقِ، وَلَهُ حُكُومَةُ الْبَاقِي، فَلَوْ طَلَبَ الْكُوعَ مُكَّنَ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ أَوْضَحَهُ فَذَهَبَ ضَوْؤُهُ أَوْضَحَهُ، فَإِنْ ذَهَبَ الضَّوْءُ وَإِلَّا أَذْهَبَهُ بِأَخْفٍ
مُمْكِنٍ كَتَقْرِيبِ حَدِيدَةٍ مُحَمَّاقَةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ.

وَلَوْ لَطَمَهُ لَطَمَةً تَذْهِبُ ضَوْؤَهُ غَالِيًا فَذَهَبَ لَطَمُهُ مِثْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَذْهَبْ
أَذْهَبَ.

وَالسَّمْعُ كَالْبَصَرِ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِ بِالسَّرَايَةِ.

وَكَذَا الْبَطْشِ وَالذُّوقِ وَالشَّمِّ فِي الْأَصَحِّ.

وَلَوْ قَطَعَ أَصْبَعًا فَتَأَكَلَ غَيْرُهَا فَلَا قِصَاصَ فِي الْمُتَأَكِّلِ.

بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَالْاِخْتِلَافِ فِيهِ

لَا تُقَطَّعُ يَسَارٌ يَمِينٍ، وَلَا شَفَةٌ سُفْلَى بُعْلِيَا وَعَكْسُهُ، وَلَا أَنْمَلَةٌ بِأُخْرَى، وَلَا
زَائِدٌ بِزَائِدٍ فِي مَحَلٍّ آخَرَ.

وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُثُ كَبَرٍ وَطُولٍ وَقُوَّةٍ بَطْشٍ فِي أَصْلِيٍّ، وَكَذَا زَائِدٌ فِي الْأَصَحِّ.
وَيُعْتَبَرُ قَدْرُ الْمُوضِحَةِ طَوْلًا وَعَرْضًا.

وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُثُ غِلَظٍ لَحْمٍ وَجِلْدٍ.

وَلَوْ أَوْضَحَ كُلُّ رَأْسِهِ، وَرَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرَ اسْتَوْعَبْنَاهُ وَلَا تُتَمَّمُهُ مِنَ الْوَجْهِ
وَالْقَفَا، بَلْ يُؤْخَذُ قِسْطُ الْبَاقِي مِنْ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ لَوْ وُزَّعَ عَلَى جَمِيعِهَا.

وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ أُخِذَ قَدْرُ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ فَقَطَّ، وَالصَّحِيحُ أَنَّ
الْاِخْتِيَارَ فِي مَوْضِعِهِ إِلَى الْجَانِي.

وَلَوْ أَوْضَحَ نَاصِيئَهُ، وَنَاصِيئَتُهُ أَصْغَرَ تُتَمَّمُ مِنَ بَاقِي الرُّأْسِ.

وَلَوْ زَادَ الْمُفْتَضُّ فِي مُوضِحَةٍ عَلَى حَقِّهِ لَزِمَهُ قِصَاصُ الزِّيَادَةِ، فَإِنْ كَانَ خَطَأً
أَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ وَجَبَ أَرْضُ كَامِلٌ، وَقِيلَ: قِسْطٌ.

وَلَوْ أَوْضَحَهُ جَمْعٌ أَوْضَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلَهَا، وَقِيلَ: قِسْطُهُ.

وَلَا تُقَطَّعُ صَحِيحَةٌ بِشَلَاءٍ، وَإِنْ رَضِيَ الْجَانِي، فَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعْ قِصَاصًا بَلْ عَلَيْهِ دِيَّتُهَا، فَلَوْ سَرَى فَعَلَيْهِ قِصَاصُ النَّفْسِ، وَتُقَطَّعُ الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْخِيَرَةِ: لَا يَنْقَطِعُ الدَّمُ وَيَقْنَعُ بِهَا مُسْتَوْفِيهَا.

وَيُقَطَّعُ سَلِيمٌ بِأَعْسَمٍ وَأَعْرَجٌ، وَلَا أَثَرُ لِحُضْرَةِ أَظْفَارٍ وَسَوَادِهَا، وَالصَّحِيحُ قَطْعُ ذَاهِبَةِ الْأَظْفَارِ بِسَلِيمَتِهَا دُونَ عَكْسِهِ.

وَالذَّكَرُ صِحَّةٌ وَشَلَاءٌ كَالْيَدِ، وَالْأَشْلُ: مُنْقَبِضٌ لَا يَنْبَسِطُ أَوْ عَكْسُهُ، وَلَا أَثَرٌ لِلِائْتِشَارِ وَعَدَمِهِ، فَيُقَطَّعُ فَحْلٌ بِخَصِيٍّ وَعَيْنَيْنِ.

وَأَنْفٌ صَحِيحٌ بِأَحْشَمٍ. وَأُذُنٌ سَمِيعٌ بِأَصَمٍّ.

لَا عَيْنٌ صَحِيحَةٌ بِحَدَقَةِ عَمِيَاءٍ. وَلَا لِسَانٌ نَاطِقٌ بِأَخْرَسٍ.

وَفِي قَلْعِ السِّنِّ قِصَاصٌ، لَا فِي كَسْرِهَا، وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يُنْغَرْ فَلَا ضَمَانٌ فِي الْحَالِ، فَإِنْ جَاءَ وَقْتُ نَبَاتِهَا بِأَنْ سَقَطَتِ الْبَوَاقِي وَعُدُنْ دُونَهَا، وَقَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: فَسَدَ الْمَنْبُتُ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَلَا يُسْتَوْفَى لَهُ فِي صِغَرِهِ.

وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ مَنُغَوَّرٍ فَنَبَتَتْ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ.

وَلَوْ نَقَصَتْ يَدُهُ أَصْبَعًا فَقَطَّعَ كَامِلَةً قُطِعَ وَعَلَيْهِ أَرْشُ أَصْبَعٍ، إِنْ قَطَعَ كَامِلٌ نَاقِصَةً فَإِنْ شَاءَ الْمَقْطُوعُ أَخَذَ دِيَّةَ أَصَابِعِهِ الْأَرْبَعِ، وَإِنْ شَاءَ لَقَطَّهَا، وَالْأَصْحَحُ أَنَّ حُكُومَةَ مَنَابِتِهِنَّ تَجِبُ إِنْ لَقَطَ، لَا إِنْ أَخَذَ دِيَّتَهُنَّ، وَأَنَّهُ تَجِبُ فِي الْحَالَيْنِ حُكُومَةُ خُمُسِ الْكَفِّ.

وَلَوْ قَطَعَ كَفًّا بِلَا أَصَابِعٍ فَلَا قِصَاصَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ كَفُّهُ مِثْلَهَا.

وَلَوْ قَطَعَ فَاقِدُ الْأَصَابِعِ كَامِلَهَا قَطَعَ كَفُّهُ وَأَخَذَ دِيَّةَ الْأَصَابِعِ، وَلَوْ شَلَّتْ

أَصْبُعَاهُ فَقَطَعَ يَدًا كَامِلَةً، فَإِنْ شَاءَ الْمَقْطُوعُ لَقَطَ الثَّلَاثَ السَّلِيمَةَ وَأَخَذَ دِيَّةَ أَصْبُعَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَقَتَعَ بِهَا.

فَصْلٌ

قَدْ مَلْفُوفًا وَزَعَمَ مَوْتَهُ صُدِّقَ الْوَلِيُّ بِيَمِينِهِ فِي الْأَظْهَرِ.
وَلَوْ قَطَعَ طَرَفًا وَزَعَمَ نَقْصَهُ فَالْمَذْهَبُ تَصْدِيقُهُ إِنْ أَنْكَرَ أَصْلَ السَّلَامَةِ فِي غُضْبٍ ظَاهِرٍ، وَإِلَّا فَلَا.
أَوْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ وَزَعَمَ سِرَائَةً، وَالْوَلِيُّ أَنْدِمَالًا مُمَكِّنًا أَوْ سَبَبًا فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْوَلِيِّ.

وَكَذَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ وَزَعَمَ سَبَبًا وَالْوَلِيُّ سِرَائَةً.
وَلَوْ أَوْصَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ وَرَفَعَ الْحَاجِزَ وَزَعَمَهُ قَبْلَ أَنْدِمَالِهِ صُدِّقَ إِنْ أُمِكنَ، وَإِلَّا حُلْفَ الْجَرِيخِ وَثَبَتَ أَرْشَانٌ. قِيلَ: وَثَالِثٌ.

فَصْلٌ

الصَّحِيحُ ثُبُوتُهُ لِكُلِّ وَارِثٍ.
وَيُنْتَظَرُ غَائِبُهُمْ وَكَمَالُ صَبِيَّتِهِمْ، وَمَجْنُونُهُمْ.
وَيُحْبَسُ الْقَاتِلُ وَلَا يُحَلَّى بِكَفِيلٍ، وَلِيَتَّفِقُوا عَلَى مُسْتَوْفٍ.
وَإِلَّا فَفَرَعَةٌ.
يَدْخُلُهَا الْعَاجِزُ وَيَسْتَنْبِئُ، وَقِيلَ: لَا يَدْخُلُ.
وَلَوْ بَدَرَ أَحَدُهُمْ فَقَتَلَهُ فَلَا أَظْهَرَ لَا قِصَاصَ، وَلِلْبَاقِينَ قِسْطُ الدِّيَةِ مِنْ تَرَكَّتِهِ،
وَفِي قَوْلٍ: مِنَ الْمُبَادِرِ.

وإن بادرَ بعدَ عفوِ غيرهَ لزمه القصاصُ، وقيل: لا إن لم يعلم، ويحكم قاضٍ به، ولا يستوفى قصاصٌ إلا بإذن الإمام.

فإن استقلَّ عزَّر، ويأذنُ لأهلٍ في نفسٍ، لا في طرفٍ في الأصح. فإن أذن في ضربِ رقبةٍ فأصابَ غيرها عمداً عزَّر ولم يعزله، وإن قال: أخطأت وأمكن عزله لم يعزِّر.

وأجرةُ الجلادِ على الجاني على الصحيح. ويقتص على الفور، وفي الحرم، والحَرِّ والبردِ والمرض. وتُحبسُ الحاملُ في قصاصِ النفسِ أو الطرفِ حتَّى تُرضعه اللبنُ ويستغنيَ بعَيرها، أو فطامٍ لحولين.

والصحيحُ تصديقُها في حملها بغيرِ مَخِيلَةٍ. ومن قتلَ بمُحدِّدٍ أو خنقٍ وتجويعٍ ونحوه اقتُصَّ به أو بسحرٍ فبسيفٍ.

وكذا حَمَرٌ ولواطٌ في الأصح. ولو جوعَ كَتَجْوِيعِهِ فلم يمُتْ زيدٌ، وفي قولِ السَّيْفِ. ومن عدلَ إلى سيفٍ فله.

ولو قطعَ فسرى فللوليِّ حَزٌّ رَقَبَتِهِ، وله القطعُ ثُمَّ الحَزُّ، وإن شاء انتظر السَّرايَةَ.

ولو ماتَ بجائفةٍ أو كسرٍ عَضِدٍ فالحَزُّ، وفي قولٍ كَفِغْلِهِ، فإن لم يمُتْ لم تُزدِ الجوائفُ في الأظهر.

ولو اقتُصَّ مَقْطُوعٌ ثُمَّ ماتَ سَرايَةً فَلَوْلِيُّهُ حَزٌّ، وله عفوٌ بِنِصْفِ دِيَّةٍ.

وَلَوْ قُطِعَتْ يَدَاهُ فَاقْتَصَّ ثُمَّ مَاتَ فَلَوْلِيَّهِ الْحَزُّ، فَإِنْ عَفَا فَلَا شَيْءَ.
 وَلَوْ مَاتَ جَانٍ مِنْ قَطْعِ قِصَاصٍ فَهَدَرَ، وَإِنْ مَاتَا سِرَايَةً مَعًا أَوْ سَبَقَ الْمَجْنُونُ
 عَلَيْهِ فَقَدْ اقْتَصَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي الْأَصَحِّ.
 وَلَوْ قَالَ مُسْتَحِقُّ يَمِينٍ: أَخْرِجْهَا، فَأَخْرَجَ يَسَارًا وَقَصَدَ إِبَاحَتَهَا فَمُهِدَرَةٌ وَإِنْ
 قَالَ: جَعَلْتُهَا عَنِ الْيَمِينِ وَظَنَنْتُ إِجْزَاءَهَا فَكَذَّبَهُ فَلَا أَصَحَّ لَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ،
 وَتَجِبُ دِيَّةٌ، وَيَتَقَى قِصَاصُ الْيَمِينِ، وَكَذَا لَوْ قَالَ: دُهِشْتُ فَظَنَنْتُهَا الْيَمِينِ. وَقَالَ
 الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُهَا الْيَمِينِ.

فَصْلٌ

مُوجِبُ الْعَمْدِ الْقَوْدُ، وَالدِّيَةُ بَدَلٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ، وَفِي قَوْلٍ: أَحَدُهُمَا مُبْهَمًا،
 وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لِلْوَلِيِّ عَفْوٌ عَلَى الدِّيَةِ بِغَيْرِ رِضَا الْجَانِي، وَعَلَى الْأَوَّلِ لَوْ أَطْلَقَ
 الْعَفْوُ فَالْمَذْهَبُ لَا دِيَّةَ، وَلَوْ عَفَا عَنِ الدِّيَةِ لَغَا، وَلَهُ الْعَفْوُ بَعْدَهُ عَلَيْهَا، وَلَوْ عَفَا
 عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدِّيَةِ ثَبَتَ إِنْ قَبِلَ الْجَانِي، وَإِلَّا فَلَا، وَلَا يَسْقُطُ الْقَوْدُ فِي الْأَصَحِّ،
 وَلَيْسَ لِمَحْجُورٍ فَلَسٍ عَفْوٌ عَنْ مَالٍ إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا، وَإِلَّا فَإِنْ عَفَا عَلَى الدِّيَةِ
 ثَبَتَتْ، وَإِنْ أَطْلَقَ فَكَمَا سَبَقَ، وَإِنْ عَفَا عَلَى أَنْ لَا مَالَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ،
 وَالْمُبْدَرُ فِي الدِّيَةِ كَمُفْلِسٍ، وَقِيلَ: كَصَبِيٍّ.

وَلَوْ تَصَالَحَا عَنِ الْقَوْدِ عَلَى مَائَتَيْ بَعِيرٍ لَغَا إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا، وَإِلَّا فَلَا أَصَحَّ
 الصَّحَّةُ،

وَلَوْ قَالَ رَشِيدٌ: أَقْطَعْنِي فَفَعَلَ فَهَدَرَ، فَإِنْ سَرَى أَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي، فَهَدَرَ، وَفِي
 قَوْلٍ: تَجِبُ دِيَّةٌ.

وَلَوْ قُطِعَ فَعَفَا عَنْ قَوْدِهِ وَأَرْشِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْرِ فَلَا شَيْءَ، وَإِنْ سَرَى فَلَا قِصَاصَ.

وَأَمَّا أَرْضُ الْعُضْوِ فَإِنْ جَرَى لَفْظُ وَصِيَّةٍ كَأَوْصَيْتُ لَهُ بِأَرْضٍ هَذِهِ الْجِنَايَةِ
فَوَصِيَّةٌ لِقَاتِلٍ، أَوْ لَفْظُ إِبْرَاءٍ أَوْ إِسْقَاطٍ، أَوْ عَفْوٍ سَقَطَ، وَقِيلَ: وَصِيَّةٌ، وَتَجِبُ
الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ إِلَى تَمَامِ الدِّيَّةِ، وَفِي قَوْلٍ: إِنْ تَعَرَّضَ فِي عَفْوِهِ لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا
سَقَطَتْ.

فَلَوْ سَرَى إِلَى عُضْوٍ آخَرَ فَاَنْدَمَلَ ضَمِنَ دِيَّةَ السَّرَايَةِ فِي الْأَصَحِّ.
وَمَنْ لَهُ قِصَاصُ نَفْسٍ بِسَرَايَةِ طَرَفٍ لَوْ عَفَا عَنِ النَّفْسِ فَلَا قَطْعَ لَهُ، أَوْ عَنِ
الطَّرَفِ فَلَهُ حَزُّ الرَّقَبَةِ فِي الْأَصَحِّ.
وَلَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَّانًا، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ بَانَ بُطْلَانُ الْعَفْوِ، وَإِلَّا
فَيَصِحُّ.

وَلَوْ وَكَّلَ ثُمَّ عَفَا فَاقْتَصَّ الْوَكِيلُ جَاهِلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، وَالْأَظْهَرُ وَجُوبُ
دِيَّةٍ، وَأَنَّهَا عَلَيْهِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ، وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجَعُ بِهَا عَلَى الْعَافِي.
وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ عَلَيْهَا فَتَكَحَّهَا عَلَيْهِ جَازَ وَسَقَطَ، فَإِنْ فَارَقَهَا قَبْلَ الْوُطْءِ
رَجَعَ بِنِصْفِ الْأَرْضِ، وَفِي قَوْلٍ: بِنِصْفِ مَهْرِ الْمِثْلِ.



﴿بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ﴾

﴿رَبَّنَا آتِنَا مِنْ لَدُنْكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا﴾^(١)

(كتاب الجراح)

الجراح بكسر الجيم جمع^(٢) جراحة، ورجل جريح، وامرأة جريح. والجرح بالضم الاسم، وجمعه جروح. وترجم المصنف هذا الباب بهذه الترجمة وإن كان التبويب بالجنايات أشمل كما فعله في «الروضة»^(٣)؛ لصدقه على الجناية بالمحدد والمثقل؛ لكون الجراح أغلب طرق القتل، فلهذا حسن التبويب به.

والمراد بالجراح ما يحصل الزهوق أو الإبانة، أو ما لا يحصل واحداً منهما. والأصل في ابتداء القتل وتحريمه ما ذكره الله تعالى من قصة أبني آدم^(٤) هايل وقايل.

وافتح الرافعي في «المحرر» الباب بقوله تعالى: ﴿كُنِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ﴾ [البقرة: ١٧٨] وبقوله عليه أفضل الصلاة والسلام: «لا

(٢) في الأصل: (جمعه).

(٤) ساقطة من (ب).

(١) البسملة والآية من الأصل.

(٣) «روضة الطالبيين» ١٢٢/٩.

يحل دم امرئ مسلم إلا بإحدى ثلاث: كفر بعد إيمان، وزنا بعد إحصان، وقتل نفس بغير حق»^(١) وهذا حديث صحيح أخرجه الشافعي في «الأم» والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث عثمان رضي الله عنه، وصححه الحاكم على شرط الشيخين^(٢)، وهو في الصحيحين بمعناه من حديث ابن مسعود رضي الله عنه^(٣)، ولا شك في أن القتل بغير حق من أكبر الكبائر.

قال الشافعي في «المختصر»: هو أكبر الكبائر بعد الكفر، وتقبل التوبة منه، فإن مات قبل التوبة كان في خطر المشيئة كسائر أصحاب الكبائر، ولا يتحتم دخوله النار، فإن دخلها لم يخلد خلافاً للخوارج والمعتزلة، ومذهب أهل السنة أن المقتول لا يموت إلا (في أجله)^(٤)، والقتل لا يقطع الأجل، خلافاً للمعتزلة فإنهم قالوا: القتل يقطعه.

قال: (الْفِعْلُ الْمُزْهَقُ) أي: للروح (ثَلَاثَةٌ: عَمْدٌ، وَخَطَأٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ) وجه الحصر أن الجاني إن لم يقصد عين المجني عليه فهو الخطأ، فإن قصده، فإن كان بما يقتل غالباً فهو العمد، وإلا فشبه العمد^(٥).

قال: (وَلَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعَمْدِ) أما وجوبه فيه عند اجتماع شرائطه فبالإجماع، وأما عدم وجوبه في الخطأ؛ فلقلوله تعالى: ﴿وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ﴾ [النساء: ٩٢] فأوجب الدية ولم

(١) «المحرر» (ص ٣٨٦).

(٢) «الأم» ٢٢٧/١، الترمذي (٢١٥٨)، النسائي ٩١/٧٧، ابن ماجه (٢٥٣٣)، الحاكم ٣٥٠/٤. ورواه أيضا أبو داود (٤٥٠٢).

(٣) البخاري (٦٨٧٨)، مسلم (١٦٧٦).

(٤) في (ب): بأجله. (٥) في (ب): عمد.

يتعرض للقصاص، ولأنه إذا لم يجب في شبه العمد مع قصد الجناية على الشخص، فلأن لا يجب مع عدم القصد من باب أولى، وأما عدم وجوبه في شبه العمد؛ فلقوله ﷺ: «ألا إن دية الخطأ شبه العمد ما كان بالسوط والعصا، فيه مائة من الإبل، منها أربعون في بطونها أولادها». حديث صحيح رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث عبد الله بن عمرو، وصححه ابن حبان^(١) وابن القطان أيضًا، وقال: لا يضره الاختلاف^(٢).

فائدة:

القصاص - بكسر القاف: قال الأزهري: هو المماثلة، وهو مأخوذ من القص. وهو القطع^(٣)، وقال الواحدي وغيره / ٣ب/ من المحققين: هو من أقتصاص الأثر، وهو تتبعه؛ لأنه يتبع الجناية، فيأخذ مثلها. قال: (وَهُوَ) أي: العمد (قَصْدُ الْفِعْلِ وَالشَّخْصِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا: جَارِحٌ أَوْ مُثَقِّلٌ)^(٤) وهذا ما أقتصر عليه الجمهور في تفسيره. وقال القاضي: العمد: أن يضربه بما لو مات عقبه غلب على الظن أنه مات منه. ووراءه وجهان آخران:

(١) أبو داود (٤٥٤٧)، (٤٥٨٨)، النسائي ٨/ ٤٠ - ٤١، ابن ماجه (٢٦٢٧)، ابن حبان (٦٠١١)، وصححه الألباني في «الإرواء» (٢١٩٧).

(٢) «بيان الوهم والإيهام» ٥ - ٤١٠.

(٣) «الزاهر» (ص ٢٣٧).

(٤) ورد فوقها في (ب): (مالك وأحمد). وانظر: «المدونة» ٤/ ٤٣٣، «المغني» ٤٤٦/ ١١.

أحدهما: أنه إذا وجد قصد الفعل والشخص، وعلمنا حصول الموت بفعله فهو عمد محض، سواء قصد الإهلاك أو لم يقصده، وسواء كان الفعل غالبًا أو نادرًا كقطع الأنملة، وإن شككنا في حصول الموت به فهو شبه عمد.

الثاني: أنه إن ضربه بجراح فالحكم كذلك، وإن ضربه بمثل نعتبر مع ذلك أن يكون مهلكًا غالبًا، فإن لم يكن مهلكًا فهو شبه عمد. واعترض الغزالي في «وسيطه» على الأول بأنه لو ضرب كوعه بعضًا فتورم الموضع ودام الألم حتى مات، فإننا نعلم حصول الموت به، ولا يجب فيه القصاص^(١)، وعلى الثاني بأن العمدية أمر حسي لا يختلف بالجراح والمثقل، وكما يؤثر الجراح في الظاهر بالشق يؤثر المثقل في الباطن بالتريض. وفي كلام الإمام نحو هذا، ثم أختار الغزالي لنفسه ضابطًا آخر. وأثبتته في «الروضة» وجهًا، وهو من تفقه الغزالي. وليس في «السيط» لأن^(٢) لإفضاء الفعل إلى الهلاك ثلاث مراتب: غالب وكثير ونادر^(٣)، والكثير هو المتوسط^(٤) بين الغالب والنادر.

ومثاله: الصحة والمرض والجذام، فالصحة هي الغالبة في الناس، والمرض كثير ليس بغالب، والجذام نادر، فإن ضربه بما يقتل غالبًا جرحًا كان أو مثقلًا فعمد، وإن كان يقتل كثيرًا فهو عمد إن كان

(١) «الوسيط» ٢٥٥/٦. (٢) في (ب): أن.

(٣) «روضة الطالبين» ١٢٣/٩ - ١٢٤، وانظر: «نهاية المطلب» ٣٩/١٦، «الوسيط» ٢٥٦/٦.

(٤) في (ب): المتوسط.

جارحًا كالسكين الصغير، وإن كان مثقلًا كالسوط والعصا فشبه عمد، وإن كان يقتل نادرًا فلا قصاص مثقلًا كان أو جارحًا، كغرز إبرة لا يعقبه ألم ولا ورم.

والفرق بين الجارح والمثقل على هذا أن الجراحة لها أثر في الباطن قد يخفى، ولأن الجرح هو طريق الإهلاك غالبًا بخلاف المثقل، وجزم «الحاوي الصغير» بما ذكره الغزالي.

فرع:

في «التتمة» أنه لو^(١) رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم (كان فأصاب)^(٢) واحدًا، ففي القصاص وجهان؛ لأنه لم يقصد عينه. قال المصنف في «الروضة»: «والراجع الوجوب»^(٣)، وهذا ظاهر في عدم اشتراط قصد عين الشخص في العمد الموجب للقصاص، لكنه قال في الطرف الرابع من الباب الرابع من وجوب الدية في أثناء المسألة الثانية: إن العمدية تعمد^(٤) قصد عين الشخص^(٥). قال: (فَإِنْ فُقِدَ قَصْدُ أَحَدِهِمَا) أي: الفعل أو الشخص (بِأَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ فَمَاتَ، أَوْ رَمَى شَجَرَةً فَأَصَابَهُ فَخَطَأً) هذا تفسير للخطأ، وهو مهموز، وفي المثال الأول نظر، فإن الواقع لا ينسب إليه فعل ٤/أ فضلًا عن كونه خطأ، نعم يجعل حكم فعله حكم الخطأ؛ لقربه منه وبعده من غيره. واعلم أن القتل الخطأ لا يوصف بكونه حرامًا ولا مباحًا كما لا^(٦)

(١) ساقطة من الأصل. (٢) في (ب): كأن أصاب.

(٣) «روضة الطالبيين» ٢٥٤/٩. (٤) ساقطة من الأصل.

(٥) «روضة الطالبيين» ٣٤٢/٩. (٦) من (ب).

يوصف بهما فعل المجنون والبهيمة، والمخطئ غير مكلف فيما أخطأ فيه. وعن أبي حامد أن قتل الخطأ محرم لا إثم فيه^(١)، وهذا تناقض.

قال: (وَإِنْ قَصَدَهُمَا) يعني: الفعل والشخص (بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَشِبْهُ عَمْدٍ، وَمِنْهُ الضَّرْبُ بِسَوْطٍ أَوْ عَصَا) هذا هو الصحيح في تفسيره، وفيه ما قدمته من الخلاف في أثناء تفسير العمد.

قال: (فَلَوْ غَرَزَ إِبْرَةً بِمَقْتَلٍ) أي: كالدماع والعين وأصل الإذن والحلق وثغرة النحر والأخدع، وهو عرق العنق، والخاصرة والإحليل والأنثيين والمثانة والعجان، وهو ما بين الخصية والدبر فَعَمْدٌ؛ لخطر الموضوع وشدة تأثيره.

قال: (وَكَذًا بغيره) أي: كالألية والفخذ (إِنْ تَوَرَّمَ) أي: الموضع؛ للإمعان في الغرز والتوغل في اللحم (وَتَأَلَّمَ حَتَّى مَاتَ) للعلم بحصول الهلاك به. وهذا هو المذهب.

وقيل: في القصاص وجهان، وفي «الكفاية» أن محل الخلاف إذا لم يبالغ في إدخال الإبرة، فإن بالغ وجب القود قولاً واحداً، صرح به جماعة^(٣).

وعبارة الرافعي صريحة في جريان الخلاف في المبالغة^(٤). ولم يذكر «الحاوي الصغير» الألم بل أقصر على التورم.

قال الرافعي: والورم يغني عنه؛ لأنه لا يخلو عنه^(٥). وقال المصنف

(١) أنظر: «المهذب» ٢/٢١٧.

(٢) ساقطة من الأصل. (٣) «كفاية النبيه» ١٥/٣٣٢.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/١٢٢. (٥) «الشرح الكبير» ١٠/١٢٢.

في كلامه على «الوسيط» في دوام الألم بلا ورم الأصح -وبه قطع الشيخان أبو حامد وأبو إسحاق- الوجوب.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرٌ وَمَاتَ فِي الْحَالِ فَشِبْهُ عَمْدٍ) لأنه لا يقتل مثله في العادة، فأشبهه ما لو مات بعد مدة ولم يعقب الغرز ألمًا ولا ورمًا. قال (وَقِيلَ: عَمْدٌ) كما لو طعنه^(١) بمسلة فمات في الحال؛ لأن في البدن مقاتل خفية، فربما صادفها.

قال: (وَقِيلَ: لَا شَيْءَ) أي: لا قصاص ولا دية، وعبارة «المحرر» أقوى الوجهين أنه لا قصاص، والأشبه أنه شبه عمد^(٢). وفي «الرقم» للعبادي أن الغرز في بدن الصغير والشيخ الهمة^(٣) ونضو الحلق يوجب القصاص بكل حال^(٤).

وقال القاضي حسين: إن غرز في اللحم ودمي وجبت، وإلا فوجهان، وإن غرز في الجلد ولم يدم فلا قصاص، وإن دمي فوجهان. قال: (وَلَوْ غَرَزَ فِيمَا لَا يُؤْلَمُ كَجِلْدَةِ عَقِبٍ فَلَا شَيْءَ بِحَالٍ) لعلمنا أنه لم يمت به، والموت عقبه موافقة قدر، فهو كما لو ضربه بقلم أو ألقى عليه خرقة فمات في الحال.

فرع:

قال الإمام: إبانة فلقة خفيفة من اللحم كغرز الإبرة^(٥).

قال: (وَلَوْ حَبَسَهُ وَمَنَعَهُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ وَالطَّلَبَ حَتَّى مَاتَ، فَإِنْ

(١) في الأصل: طعن.

(٢) «المحرر» (ص ٣٨٦).

(٣) في (ب): الهرم.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/١٢٢.

(٥) «نهاية المطلب» ٤٣/١٦.

مَضَتْ مُدَّةٌ يَمُوتُ مِثْلُهُ فِيهَا غَالِبًا جُوعًا وَعَطَشًا فَعَمِدُ) لأنه قصد إهلاكه،
وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوة وضعفًا، والزمان حرًا وبردًا؛
لأن فقد الماء في الحر ليس كهو في البرد.

واحترز بقوله: (منعه) عما إذا كان عنده طعام وشراب فلم يتناوله
خوفًا أو حزنًا أو أمكنه طلبه ولو بالسؤال /٤ب/ فلم يفعل، فإنه لا
يجب على حابسه قصاص ولا ضمان؛ لأن الحابس لم يقتله، وإنما
المحبوس قتل نفسه، ولو منعه الشراب دون الطعام فلم يأكل
المحبوس خوفًا من العطش فمات فلا قصاص قطعًا، ولا ضمان على
الأصح؛ لأنه المهلك نفسه، ولو منعه الطعام وحده فلم أره منقولًا،
ويتجه إلحاقه بما لو منعهما.

قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن لم تمض هذه المدة (فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ جُوعٌ
وَعَطَشٌ سَابِقٌ فَشِبْهُ عَمِدٍ) لأن هذا الفعل لا يقتل غالبًا.

قال: (وَإِنْ كَانَ بَعْضُ جُوعٍ وَعَطَشٍ، وَعَلِمَ الْحَابِسُ الْحَالَ فَعَمِدُ)
لظهور قصد الإهلاك.

قال: (وَالْأَيُّ) أي: وإن لم يعلم الحابس الحال (فَلَا فِي الْأَظْهَرِ) لأنه
لم يقصد إهلاكه، ولا أتى بما يهلكه، فأشبهه من دفع رجلًا دفعًا خفيفًا
فسقط على سكين وراءه، والدافع جاهل بها، فإنه لا قصاص.

والثاني: يلزمه القصاص كما لو ضرب المريض ضربًا يهلكه ولا
يهلك الصحيح، وهو جاهل بمرضه.

تنبيهان:

أحدهما: فيما إذا علم الحابس الحال قول بعدم الوجوب أيضًا، وقد

حكى المصنف في أصل «الروضة» في المسألة ثلاثة أقوال: لا يجب التفصيل بين أن يعلم الحابس جوعه السابق أم لا. وتبع في الجزم بالجواب هنا «المحرر»^(١).

الثاني: إن أوجبنا القصاص وجب دية عمد بكمالها إن كان عالمًا، ودية شبه عمد إن كان جاهلًا، وإن لم يوجب القصاص فقولان: أحدهما: تجب الدية بكمالها، وإنما سقط القصاص للشبهة. وأظهرهما: يجب نصف دية العمد أو شبه العمد.

فرع:

لو حبسه وراعه بالطعام والشراب فمات في الحبس، فإن كان عبدًا ضمنه باليد، فإن كان حرًا فلا ضمان أصلاً، سواء مات حتف أنفه أو بانهدام سقف أو جدار عليه، أو بلسع حية ونحوها.

فرع:

لو حبسه وعراه حتى مات بالبرد فهو كما لو حبسه ومنعه الطعام والشراب، ذكره القاضي حسين، ولو أخذ طعامه أو شرابه أو ثيابه في مفازة فمات جوعًا أو عطشًا أو بردًا فلا ضمان؛ لأنه لم يحدث فيه صنعًا؛ جزم به المتولي والرافعي^(٢). وقال القاضي: إنه الصحيح.

فائدتان:

إحدهما: لو قتله بالدخان بأن حبسه في بيت وسد منافذ البيت

(١) «روضة الطالبين» ١٢٧/٩، وانظر: «المحرر» (ص ٣٨٦).

(٢) «الشرح الكبير» ١٢٥/١٠ - ١٢٦.

فاجتمع فيه الدخان وضاق نفسه فمات وجب القصاص، قاله في «التتمة».
 الثانية: لو أفتصد فمنعه رجل من أن يعصب العرق حتى مات، أو
 عصبه فحله رجل ومنعه من إعادة العصابة حتى مات وجب القصاص.
 قاله الغزالي في «فتاويه».

قال: (وَيَجِبُ الْقِصَاصُ بِالسَّبَبِ) قياساً على المباشرة.
 قال: (فَلَوْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ فَقُتِلَ ثُمَّ رَجَعَا وَقَالَا تَعَمَّدُنَا) الكذب (لَزِمَهُمَا
 الْقِصَاصُ) لتوصلهما إلى قتله بسبب يقتل غالباً.
 قال: (إِلَّا أَنْ يَعْتَرِفَ الْوَلِيُّ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِهِمَا) أي: فإنه لا قصاص
 والحالة هذه عليهما^(١)؛ لأنهما لم يلجأه إلى قتله حساً ولا شرعاً،
 فصار قولهم شرطاً محضاً كالممسك مع القاتل، فعلى الولي حينئذ
 القصاص رجعوا أو لم يرجعوا.

وقد ذكر المصنف في كتاب الشهادات / ١٥/ ما إذا رجع الولي وحده
 ومع الشهود، وسيأتي بيانه مبسوطاً هناك إن شاء الله تعالى^(٢).
 قال: (وَلَوْ ضَيَّفَ بِمَسْمُومٍ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ)
 أي: سواء قال لهما: هو مسموم أم لا لإلجائهما إليه، ومثله
 الأعجمي الذي يعتقد وجوب طاعة الأمر.

قال الرافعي: ولم يفرقوا بين الصبي المميز وغيره، ولا نظروا إلى أن
 عمد الصبي عمد أَوْخَطًا، وللنظرين مجال^(٣).

(١) في (ب): عليها.

(٢) انظر كتاب الشهادات /

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/ ١٣١.

قال: (أَوْ بِالْعَا عَاقِلًا وَلَمْ يَعْلَمْ حَالِ الطَّعَامِ فَدِيَّةٌ) أي: ولا قصاص؛ لأنه فعل ما هلك باختياره من غير إلقاء^(١).

قال: (وَفِي قَوْلٍ قِصَاصٌ) لأنه تغرير يفضي إلى الهلاك غالباً في شخص معين فأشبه الإكراه، وصححه جماعة منهم البغوي^(٢) والرويانى.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: لَا شَيْءَ) تغليباً للمباشرة، وعبارة «المحرر»: فالذي مال إلى ترجيحه المعتبرون من القولين أنه لا قصاص، وعلى هذا فالأقرب أنه شبه عمد^(٣).

واحترز بقوله (ولم يعلم حال الطعام) عما إذا علم حاله، فإنه لا شيء على المناول والمقدم بل الآكل هو (المهلك لنفسه)^(٤).

فرع:

الخلاف في وجوب القصاص جار فيما لو غطى رأس بئر في دهليزه ودعا إلى داره ضعيفاً، وكان الغالب أنه يمر على ذلك الموضع إذا أتاه، فأتاه وهلك بها، وجزم «الحاوي الصغير» بوجوب القصاص، وطرده البغوي فيما لو قال: كُلْ، وفيه شيء من السم لكنه لا يضررك، وفيما إذا جعل السم في جرة ماء على الطريق فشرب منه ومات^(٥).

قال الرافعي: ولتكن الصورة فيما إذا كان على طريق شخص معين إما مطلقاً، وإما في ذلك الوقت، وإلا فلا يتحقق العمدية^(٦).



(٢) «التهذيب» ٣٧/٧.

(١) في (ب): إلقاءه.

(٤) في (ب): مهلك نفسه.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٧).

(٦) «الشرح الكبير» ١٠/١٣١.

(٥) «التهذيب» ٣٧/٧، ٤٠.

تنبيه:

روى أبو داود في «سننه» أنه عليه السلام قتل اليهودية التي سمت له الشاة بخير بيشر بن البراء، فإنه أكل معه منها فمات، وهو مرسل^(١). وأسنده الطبراني^(٢) والبيهقي من حديث أبي هريرة^(٣)، ولا ينافي هذا حديث أنس الصحيح أنه عليه السلام عفا عنها^(٤)؛ لأن ذلك قبل موت بشر، فعفا عن حقه عليه السلام، فلما مات بشر بقي^(٥) عليها القصاص. قاله البيهقي^(٦).

قال: (وَلَوْ دَسَّ سُمًّا فِي طَعَامِ شَخْصٍ الْعَالِبُ أَكَلَهُ مِنْهُ فَأَكَلَهُ جَاهِلًا فَعَلَى الْأَقْوَالِ) أي: في أنه تجب الدية أو القصاص أو لا يجب شيء، والتعليل ما سلف، وهذه الطريقة هي الصحيحة، ومن الأصحاب من قطع بالقول الثالث؛ لأنه لم يوجد منه تغير، ولا حمل على الأكل، بخلاف المسألة قبلها، وإنما وجد منه إتلاف طعامه فعليه ضمانه.

فرع:

لو دس^(٧) في طعام نفسه فدخل شخص داره بغير إذنه وأكل^(٨) فلا ضمان، فإن كان الرجل ممن يدخل داره ويأكل أنبساطًا فهل يجري

(١) أبو داود (٤٥١١)، (٤٥١٢). عن أبي سلمة بن عبد الرحمن بن عوف مرسلًا.

(٢) في الأصل: الطبري.

(٣) الطبراني ٣٤/٢ (١٢٠٢)، البيهقي ٤٦/٨. وصححه الحاكم ٣/٢١٩ - ٢٢٠ على شرط مسلم.

(٤) رواه البخاري (٢٦١٧)، مسلم (٢١٩٠).

(٥) في (ب): تعين، وفي هامش الأصل: خ: تبين.

(٦) البيهقي ٤٧/٨. (٧) في (ب): دسه.

(٨) في (ب): وأكله.

القولان في القصاص أو يقطع بنفيه؟ طريقان.

فائدة:

في السم ثلاث لغات: ضم السين، وكسرها، وفتحها. والفتح أفصح وأشهر. وممن حكى الكسر ابن السيد^(١) أيضًا.

قال: (وَلَوْ تَرَكَ الْمَجْرُوحُ عِلَاجَ جُرْحٍ مُهْلِكٍ فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ) أي: على الجراح؛ لأن البرء غير موثوق به لو عالج، ومجرد الجراحة مهلكة بخلاف ما لو حبسه والطعام عنده فلم يأكل حتى مات؛ لأن الحبس بمجرده ليس مهلكًا، وبخلاف ما لو فصدته فلم يعصب العرق حتى مات؛ لأن تعصبيه^(٢) العرق يحصل البرء قطعًا.

قال: /هـ/ (وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ لَا يُعَدُّ مُعَرِّقًا كَمُنْبَسِطٍ فَمَكَثَ فِيهِ مُضْطَجِعًا حَتَّى هَلَكَ فَهَدَرٌ) لأنه المهلك نفسه، نعم لو كتفه وألقاه على هيئة لا يمكنه الخلاص فعليه القصاص.

تنبيهات:

أحدها: قوله: (كمنبسط) ظاهره أنه صفة للماء. وعبرة «المحرر»: كما لو كان في موضع منبسط. وكذا عبارة المصنف في أصل «الروضة» وقيد الماء بكونه راکدًا، فإنه قال: بأن كان راکدًا في موضع منبسط^(٣).
الثاني: الاستلقاء كالاضطجاع، ذكره في أصل «الروضة»^(٤).

(١) «المثلث» لابن السيد ٤١٤/٢.

(٢) في (ب): تعصيب.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٧)، «روضة الطالبين» ١٣١/٩.

(٤) «روضة الطالبين» ١٣١/٩.

الثالث: قد عرفت لغات المكث في أوائل كتاب الطهارة.

والهدر - بفتح الهاء والبدال كما رأيته بخط مؤلفه. وحكى غيره إسكانها - الملغي الذي وجوده كعدمه.

قال: (أَوْ مُغْرَقٍ لَا يَخْلُصُ مِنْهُ إِلَّا بِسَبَاحَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْهَا أَوْ كَانَ مَكْتُوفًا أَوْ زَمِنًا فَعَمْدٌ) لأن هذا مهلك لمثله.

قال: (وَإِنْ مَنَعَ مِنْهَا عَارِضٌ كَرِيحٍ وَمَوْجٍ فَشِبْهُ عَمْدٍ) أي: فتجب دية ولا قصاص كما سيأتي.

قال: (وَإِنْ أَمَكَّتْهُ) أي: السباحة (فَتَرَكَهَا) أي: حزنا أو إلجاءا (فَلَا دِيَةَ فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأنه بترك السباحة معرض عما ينجي.

والثاني: تجب الدية؛ لأنه قد يمنعه من السباحة دهشة، وعارض باطن، وأيضا فالإلقاء مهلك، والسباحة حيلة دافعة، فأشبه ما لو أمتنع من معالجة الجرح.

واعلم أن جزم المصنف بحكاية الخلاف قولين تبع فيه «المحرر» وعبارته في أصل «الروضة» تبعا للرافعي وجهان أو قولان، ثم حكى طريقة قاطعة بالوجوب، وطريقة أخرى بعدمه^(١).

قال: (أَوْ فِي نَارٍ يُمَكِّنُ الْخَلَاصُ مِنْهَا فَمَكَّتْ فِي الدِّيَةِ الْقَوْلَانِ) قد عرفتهما بتعليقهما، والأظهر عدم^(٢) وجوبهما.

قال: (وَلَا قِصَاصَ فِي الصُّورَتَيْنِ) أي: في صورة الإلقاء في الماء

(١) «المحرر» (ص ٣٨٧)، «الشرح الكبير» ١٠/١٣٣، «روضة الطالين» ٩/١٣٢.

(٢) ساقطة من الأصل.

والنار، (وَفِي النَّارِ وَجْهٌ)، كما لو جرحه فترك التداوي حتى مات، ولأن النار تقرح وتؤثر بأول اللمس، والقروح الحاصلة بها جراحات قاتلة بخلاف ملاقات الماء.

وفي مسألة الماء قول أو وجه أيضًا بوجوب القصاص؛ لأننا إذا أوجبنا الضمان ألحقنا تارك السباحة الذي يحسنها بمن لا يحسنها في الضمان فكذلك في القصاص^(١).

واحترز المصنف بقوله (يمكن الخلاص) عما إذا لم يمكن لعظمها أو كونها في وهدة، أو كونه مكتوفًا أو زمنًا أو صغيرًا فمات بها، أو خرج منها متأثرًا متألمًا إلى أن مات فعليه القصاص.

فرع:

لا يخفى إذا لم نوجب الدية أنه يجب ضمان ما تنثر بالنار لأول الملاقاة إلى تقصيره وتقاعده^(٢) عن الخروج من أرش عضو أو حكومة.

فرع:

لو تنازع الملقى والولي في تمكنه من الخروج من الماء أو النار فقال الملقى: كان يمكنه الخروج فقصر.

وقال الولي: لم يمكنه. فأيهما يصدق بيمينه؟ وجهان، ويقال قولان؛ لتعارض براءة الذمة، مع أن الظاهر أنه لو تمكن لخرج، أرجحهما من زوائد «الروضة» تصديق الولي^(٣).

(١) أنظر: «نهاية المطلب» ٤٨/١٦ - ٤٩.

(٢) في (ب): وتباعده.

(٣) «روضة الطالبيين» ٩/١٣٢.

فرع:

كتفه وطرحه على الساحل فزاد الماء وهلك به، فإن كان في موضع /١٦/ يعلم زيادة الماء فيه كالمدة بالبصرة وجب القصاص، وإن كان قد يزيد وقد لا فهو شبه العمد، وإن كان بحيث لا يتوقع زيادة فاتفق سيل نادر^(١) فخطأ محض.

قال: (وَلَوْ أَمْسَكَهُ فَقَتَلَهُ آخَرُ أَوْ حَفَرَ بَثْرًا فَرَدَّاهُ فِيهَا آخَرُ، أَوْ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ) أي: مكان عال (فَتَلَقَّاهُ آخَرُ فَقَدَّهُ) أي: قطعه نصفين مثلاً (فَالْقِصَاصُ عَلَى الْقَاتِلِ وَالْمُرْدِيِّ وَالْقَادِّ فَقَطُّ) أي: دون الممسك والحافر والملقي، أما في الأولى فلقوله ﷺ: «إذا أمسك الرجل الرجل وقتله الآخر يقتل الذي قتل، ويحبس الذي أمسك» رواه البيهقي من حديث ابن عمر بإسناد على شرط الصحيح، ثم صوب إرساله^(٢).

وأما ابن القطان فصحح رفعه^(٣)، نعم يأثم بالإمساك للقتل ويعزر، وكما لا قصاص لا دية، هذا في الحر، أما لو كان المقتول عبداً فيطالب الممسك بالضمان باليد والقرار على القاتل.

وأما في الثانية فلأن الحفر شرط والمردى سبب، وسواء كان الحفر في محل عدوان أو غيره.

(١) في (ب): زائد.

(٢) البيهقي ٥٠/٨. ورواه أيضا الدارقطني ١٤٠/٣ موصولاً. وقال الحافظ في «بلوغ المرام» (١٢٠٢): رجاله ثقات، إلا أن البيهقي رجح المرسل.

(٣) «بيان الوهم والإيهام» ٤١٦/٥.

وأما في الثالثة فلأن فعله قطع أثر السبب الأول، وسواء عرف الملقى الحال أم لا^(١) في كونه لا شيء عليه. وفي وجه يجب عليه الضمان بالمال لا بالقصاص.

وقيل: يجب الضمان على الملقى بالقصاص أو الدية دون القاد. وقيل: يضمناه جميعاً بالقصاص أو الدية، حكاها ابن الرفعة^(٢). والصحيح ما جزم به المصنف، وجزم الإمام بأنه لو ألقى إنساناً على سكين بيد إنسان فتلقاه صاحبها بها فإن الضمان عليهما نصفين^(٣).

قال: (وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُّغْرَقٍ) أي: كلجة بحر (فَالْتَقَمَهُ حُوتٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ) لأنه رماه في مهلكة، وقد هلك بسبب رميه، ولا نظر إلى جهة الهلاك، كما لو ألقاه في بئر مهلكة فكان في أسفلها سكاكين لم يعلم بها الملقى فهلك بها.

والثاني: لا يجب؛ لأنه هلك بغير ما قصد إهلاكه به، فأشبه ما لو رماه من شاهر ففقدته إنسان بسيفه، فإنه لا قود على الرامي كما سلف، لكن تجب دية مغلظة. وهذا القول من تخريج الربيع، فكان ينبغي للمصنف أن يقول هنا: على النص^(٤). لا على الأظهر؛ لأن الراجح أن القول المخرج لا ينسب إلى الشافعي، كما أسلفته في أوائل الكتاب. وقد عبر في «الروضة» بالصواب حيث قال: على الملقى القصاص على الصحيح المنصوص. وخرج الربيع قولاً أنه لا قصاص، وظهر

(٢) «الكفاية» ١٥ / ٣٤١.

(١) ساقطة من الأصل.

(٣) «نهاية المطلب» ١٦ / ٥٧٩.

(٤) «الأم» ٦ / ٥.

بعبارته هذه أعترض آخر عليه في تصريحه بقوة الخلاف؛ حيث عبر بالأظهر.

وفي «الروضة» عبر بالصحيح، ثم قيل: محل الخلاف إذا التقمه بعد وصوله إلى الماء، فإن كان التقمه قبله فلا قصاص قطعاً. وإيراد الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين يشعر بأنه إذا التقمه بعد وصوله إلى الماء أنه يجب قطعاً^(١).

وقيل: إن كان في نيل مصر وجب؛ لأنه يغلب فيه التماسيح فلا يسلم منها أحد، وإن كان في غيره فلا، حكاه الماوردي وحمل اختلاف النص عليهما^(٢).

والأصح طرد القولين ب/ب/ مطلقاً، والأصح وجوب القصاص مطلقاً. وفرق الإمام بين مسألة القاد والالتقام بأن القاد صدر من فاعل مختار بفعل وروية، فقطع أثر السبب الأول، والحوث يلتقم بطبعه كالسبع الضاري فلم يقطع أثر السبب الأول، ألا ترى أنه لو أمسكه فقتله آخر فالقصاص على القاتل دون الممسك، ولو أمسكه وهدفه^(٣) لوثة سبع ضارٍ فافترسه فالقصاص على الممسك؛ لأن الحيوان الضاري يفعل بطبعه عند التمكن فعله، فكأنه آلة لصاحب السبب الأول نازل منزلة ما لو ألقاه في بئر، وكان في أسفلها نصل منصوب فمات به، فالقصاص على الملقى بخلاف ما إذا كان الطارئ فعل صاحب رأي ومشية، فإنه

(١) «روضة الطالبين» ٩/١٣٤، وانظر: «الأم» ٦/٥-٦.

(٢) «الحاوي» ١٢/٤٣.

(٣) في (ب): من قذفه.

يبعد تنزيله منزلة الآلة^(١).

ومحل الخلاف إذا لم يعلم بالحوث الذي في اللجة، فإن علم به وجب القصاص قطعاً، كما لو ألقاه على أسد في زريته^(٢) كما أفهمه كلام الأصحاب، ونبه عليه صاحب «المعين» اليمني، وهو كما قال كما أسلفته في التعليل، وإذا أردت تلخيص الخلاف حصل لك أربعة آراء:

أصحابها: وجوب القصاص.

وثانيها: عدمه.

وثالثها: إن التقمه بعد وصوله إلى الماء وجب القصاص، وإلا فلا.

ورابعها: إن كان بنيل مصر وجب، وإلا فلا.

قال: (أَوْ غَيْرِ مُغْرِقٍ فَلَا) أي: لا قصاص قطعاً؛ لأنه لم يقصد إهلاكه، ولم يشعر بسبب الإهلاك، فأشبه ما لو دفع رجلاً دفعاً خفيفاً فألقاه فجرحه سكين كان هناك، ولم يشعر به الدافع، فلا قصاص، ولكن يجب في الصورتين دية شبه العمد. ولا بن كج احتمال في وجوب الدية كما لا يتعلق به قصاص.

فرع:

لو رفع الحوت رأسه فألقمه فاه لزمه القصاص قطعاً.

قال: (وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلِ) أي: بغير حق كما قيده في «المحرر»^(٣)

(١) «نهاية المطلب» ١٦/٥٠ - ٥١.

(٢) في الأصول: زينة. والصواب ما أثبتناه.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٧).

(فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ)، لأنه أهلكه بما يقصد به الهلاك غالبًا، فأشبه ما إذا رماه بسهم فقتله، ولأنه كالمباشر، بدليل أن المطلوب نفسه له أن يقتل الأمر أو المأمور أو هما، وهذا هو الصحيح المنصوص، وعن ابن سريج أنه لا قصاص، وحكاه ابن يونس وغيره قولاً؛ لأنه متسبب، والمأمور (مباشر أثم بفعله)^(١)، والمباشرة مقدمة.

قال: (وَكَذًا عَلَى الْمُكْرِهِ) أي: بفتح الراء (فِي الْأَظْهَرِ)؛ لأنه قتله عمدًا؛ عدوانًا لاستبقاء نفسه، فأشبه ما لو قتله المضطر ليأكله، بل أولى؛ لأن المضطر على يقين من التلف إن لم يأكل بخلاف المكروه. والثاني: لا يجب للحديث الصحيح السابق في كتاب الطلاق: «وضع^(٢) عن أمتي الخطأ والنسيان وما أسترهوا عليه»^(٣) ولأنه قتله دفعًا عن نفسه، فأشبه قتل الصائل وأيضًا هو الآلة^(٤) للمكروه -بكسر الراء- فصار كما لو ضربه به والأولى أن يفرق بأن الصائل متعدد؛ ولهذا لا يأثم بقتل الصائل، والمكروه يأثم كما يأثم المختار، وبهذا يبطل كونه آلة، ولا فرق /٧/ في جريان القولين بين أن يصدر الإكراه من الإمام أو نائبه أو إمام البغاة أو المتغلب بالوصوية أو غيرهم، هذا هو الأصح.

وقيل: هما في السلطان، فإن كان متغلبًا وجب القصاص قطعًا، والفرق أن السلطان واجب الطاعة في الجملة، فأمره وإكراهه يوجب شبهة تدرأ القصاص.

(١) في (ب): المباشر، ولم يفعله. (٢) في (ب): رفع. (٣) تقدم تخريجه. (٤) في (ب): الألم.

وقيل: إن كان المكره السلطان فلا يجب قطعاً، وإن كان غيره فيجب قطعاً، وتنزيل القولين عليهما حكاهما صاحب «العدة» و«الإبانة» ومقتضاه إلحاق نائب السلطان بغيره.

وقيل: إن المكره -بالكسر- إذا كان حربياً وجب القصاص على المكره قطعاً، حكاها الإمام في كتاب السير^(١).

فائدة:

قد تقدم في الطلاق ما يحصل به الإكراه على الطلاق، ف قيل: يحصل به الإكراه على القتل أيضاً.

وقال القاضي حسين: الإكراه هنا أن يخوف بعقوبة لو نالها من بدنه ابتداء وجب القصاص، والصحيح الذي رجحه المعتمدون أنه لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل أو بما يخاف منه التلف كالقطع، وألحق به الغزالي الضرب الشديد^(٢).

قال: (فَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَةُ) أي: بأن آل الأمر إليها (وُزِعَتْ) أي: كالشريكين.

قال: (فَإِنْ كَافَأَهُ أَحَدُهُمَا فَقَطُّ فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ) أي: دون الآخر كشريك الأب، فإذا أكره عبد حرّاً على قتل^(٣) عبد، أو ذمي مسلماً على قتل ذمي فالقصاص واجب على الأمر دون المأمور، ولو أكره حر عبدًا على قتل عبد، أو مسلم ذميًا على قتل ذمي^(٤) فالحكم بالعكس،

(٢) «الوسيط» ٣٨٩/٥.

(١) «نهاية المطلب» ٤٥٩/١٧.

(٤) في الأصل: مسلم.

(٣) ساقطة من الأصل.

وضايق بعضهم في تصوير إكراه الذمي المسلم على قتل مسلم، وقال: إنه ينتقض^(١) عهده به فيصير حريياً، فلا يجب قصاص، وأجيب عنه بأنه لا يزيد على مباشرة القتل. وفي انتقاض عهد الذمي بقتل المسلم خلاف فإن قلنا: ينتقض، قتلناه به قصاصاً أيضاً، فكذا هنا.

فرع:

إذا فرعنا على القول الآخر، وهو عدم لزوم القصاص، فالأظهر لزوم نصف الدية.

والثاني: لا؛ تنزيلاً له منزلة الآلة، وذكر الغزالي في «الوسيط» خاصة وجهاً أنفرد به أنها تجب عليهما جميعاً، ثم يرجع على المكره^(٢)، وعلى الأظهر يكون نصف الدية في ماله لا على عاقلته على الراجح عند المصنف في «الروضة»^(٣)، فإن قلنا: لا دية، وجبت الكفارة على الأصح، لأنه أثم، فإن أوجبنا الكفارة حرم الإرث، وإلا فوجهان أصحهما الحرمان.

قال: (وَلَوْ أَكْرَهَ بَالِغٌ مُرَاهِقًا) أي: على قتل (فَعَلَى الْبَالِغِ الْقِصَاصُ إِنْ قُتِلَ: عَمْدُ الصَّبِيِّ عَمْدٌ، وَهُوَ الْأَظْهَرُ) لوجود مقتضيه، وهو القتل المحض العدوان، فإن قلنا: إن عمدته خطأ فلا قصاص؛ لأنه شريك مخطئ.

قال الإمام: هذا إذا قلنا: يجب القصاص على المكره والمكره جميعاً، وجعلناهما كالشريكين، فأما إن قلنا: لا قصاص على المكره ففي وجوب القصاص على المكره مع قولنا: عمد الصبي خطأ وجهان،

(١) في (ب): ينتقض.

(٣) «روضة الطالبيين» ١٣٥/٩.

(٢) «الوسيط» ٢٦٣/٦.

أما المراهق فلا محالة في عدم وجوب القصاص في حقه، ووجه من يقول: إن عمده عمد أنه ميز مضاره من منفعه ويؤدب على القتل، فأشبهه الكامل، ووجه ٧ب/ مقابله رفع القلم عنه، ويجب بأن المراد فيما يتعلق بالبدن، ولهذا لا يوجب القصاص^(١).

فرع:

الدية جميعها على المكره إن لم يوجب على المكره شيئاً، فإن أوجبنا عليه نصفها فنصفها على المكره ونصفها في مال الصبي إن قلنا: عمده عمد، وإن قلنا: خطأ فعلى عاقلته.

فرع:

لو أكره مراهق بالغاً فلا قصاص على المراهق، وفي البالغ القولان إن قلنا: عمد الصبي عمد وإن قلنا: خطأ، فلا قصاص قطعاً؛ لأنه شريك مخطئ.

قال: (وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى رَمِي شَاخِصٍ عَلِمَ الْمُكْرَهَ أَنَّهُ رَجُلٌ وَظَنَّهُ الْمُكْرَهُ صَيْدًا) أي: أو حجرًا (فَالْأَصَحُّ وَجُوبُ الْقَصَاصِ عَلَى الْمُكْرَهِ) أي: بكسر الراء؛ لأن المكره جاهل بالحال، فكان كالألة للمكره، فأشبه ما إذا أمر صبيًا لا يعقل أو أعجميًا بقتل إنسان فقتله، فإنه يجب القصاص على الأمر، والثاني لا يجب عليه^(٢)؛ لأنه شريك مخطئ، وتعبير المصنف بالأصح يقتضي قوة الخلاف، وهو خلاف ما في «الروضة» حيث عبر بالصحيح^(٣).

(٢) ساقطة من (ب).

(١) «نهاية المطلب» ١٦/١١٨.

(٣) «روضة الطالبيين» ٩/١٣٦.

فرع:

إذا آل الأمر إلى الدية فوجهان:

أحدهما: تجب كلها على الأمر، واختاره البغوي^(١).

والثاني: عليه نصفها وعلى عاقلة المأمور نصفها.

قال: (أَوْ عَلَى رَمِي صَيْدٍ فَأَصَابَ رَجُلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَى أَحَدٍ) أي: من المكره والمكره؛ لأنهما لم يتعمدا، نعم الدية جميعها على عاقلة الأمر إن لم يضمن المكره، وإلا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصفها، فإذا غرمت عاقلة الرامي هل يرجع به على المكره؟ قال الروياني عن والده: يحتمل أن يقال: لا، كما لا ترجع العاقلة على القاتل، ويحتمل أن يقال: لا شيء على المكره، بكسر الراء.

قال: (أَوْ عَلَى صُعُودِ شَجَرَةٍ فَزَلَقَ وَمَاتَ فَشِبْهُ عَمْدٍ) لأنه لا يقصد به القتل غالبًا، وكذا إذا أكرهه على نزول في بئر ففعل فزلق فمات.

قال: (وَقِيلَ: عَمْدٌ) لأنه تسبب إلى قتله، فأشبهه ما لو رماه بسهم، وهذا الوجه هو قول الغزالي، فإن الرافي قال: إنه الجواب في «الوجيز»^(٢).

قال في «الوسيط»: ولا يجيء فيه الوجهان في رضا المكره وجهله^(٣)، ثم قال الرافي: والأظهر ما ذكره الفوراني والبغوي وحكاه الروياني واستغربه أنه شبه عمد^(٤)، وكذا قال المصنف في «الروضة»

(١) «التهذيب» ٦٦/٧.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٢، وانظر: «الوجيز» ٢/١٢٧.

(٣) «الوسيط» ٦/٢٦٥.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٢، وانظر: «التهذيب» ٦٧/٧.

لما ذكر أنه شبه عمد، قال: هذا الذي ذكره البغوي والفوراني والرويانى، ثم قال: وقال الغزالي: يجب القصاص^(١). وسبب وقوع المصنف في ذلك هنا إيهام قول «المحرر» والأظهر أنه شبه عمد^(٢)، ولا يلزم ذلك كما تقدم التنبيه على ذلك في الخطبة، وحمل بعضهم قول الغزالي على ما إذا كان الصعود والنزول مما يتفق الهلاك فيه غالبًا، وقول غيره على ما إذا كان^(٣) يسلم فيه غالبًا.

قال: (أَوْ عَلَى قَتْلِ نَفْسِهِ فَلَا قِصَاصَ فِي الْأَظْهَرِ) لأن ما جرى ليس بإكراه حقيقة؛ لأن المكره من يتخلص بما يؤمر به عما هو أشد عليه، وهو الذي خوفه المكره، وههنا المأمور به القتل المخوف به، ولا يتخلص بقتل نفسه / ١٨ / عن القتل، فلا معنى لإقدامه عليه.

والثاني: يجب؛ لأنه بالإكراه على القتل والإلجاء إليه قاتل له، فإن أوجبنا. فعفا عنه على مال وجب جميع الدية، وإن لم يوجه فعله نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره، وجميعها إن لم نوجهه، ويجري القولان فيما لو أكرهه على شرب سم فشربه وهو عالم به، وإن كان جاهلا فعلى المكره القصاص قطعًا.

فرع:

لو هدده بقتله يتضمن تعذيبًا شديدًا لو لم يقتل نفسه. قال الرافعي في «الشرح الصغير» يشبه أن يكون ذلك إكراهًا.

(١) «روضة الطالبيين» ١٣٧/٩.

(٢) «المحرر» (ص ٣٨٨).

(٣) ساقطة من (ب).

فرع:

لو قال: أَقْتُلْ فُلَانًا وَإِلَّا قَتَلْتُ وَلَدَكَ.

قال الروياني: الصحيح أنه إكراه عندي؛ لأن ولده كنفسه.

فرع:

لو قال: أَقْطَعْ يَدَكَ وَإِلَّا قَتَلْتُكَ. فهو إكراه قطعاً ذكره العبادي.

قال القاضي حسين^(١): لا يكون إكراهًا.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي وَإِلَّا قَتَلْتُكَ فَقَتَلَهُ فَالْمَذْهَبُ لَا قِصَاصَ) لأن

الإذن شبهة دائرة للقصاص.

قال: (وَالْأَظْهَرُ لَا دِيَّةَ) أعلم أنه إذا تجرد الإذن في القتل ففي الدية

قولان ذكرهما المصنف في أوائل الفصل الأخير من باب كيفية القصاص،

وهما مبنيان على أن الدية تجب للورثة ابتداء عقب هلاك المقتول، أو

تجب للمقتول في آخر جزء من حياته ثم تنتقل إليهم، إن قلنا بالأول

وجب ولم يؤثر إذنه، وإلا فلا، وهذا الثاني أظهر؛ لأنه ينفذ منها

ديونه ووصاياه، ولو كانت للورثة ابتداء لم يكن كذلك.

إذا عرفت ذلك فإذا أنضم الإكراه إلى الإذن فسقوط القصاص

أقوى^(٢) كما قال الرافعي، قال: وأما الدية فإن لم نوجبها عند مجرد

الإذن، فمع الإكراه أولى، وإن أوجبناها بُني على أن المكره هل عليه

نصف الدية؟ إن قلنا: نعم فعليه نصف الدية، وإلا فلا^(٣).

(١) في (ب): الحسين.

(٢) في (ب): أولى.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٤.

وهذا ظاهر على القول بأنه يغرم نصف الدية ويستقر عليه، أما على القول بأنه يغرم الدية ويرجع بها على المكره، فيظهر أنه لا يغرم شيئاً؛ لأنه لو غرمه لرجع به^(١) على تركة المقتول والدية من تركته، فلا فائدة في الغرم والرجوع.

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا) أي: وإلا قتلتك (فَلَيْسَ بِإِكْرَاهٍ) أي: فمن قتله منهما كان مختاراً لقتله، وإنما المكره من حمل على قتل معين، لا يجد عنه محيصاً.

وفي وجه أنه إكراه، واختاره القاضي حسين، قال الرافعي: وليجىء مثله في الطلاق^(٢).

قلت: قد حكاها هناك عن المتولي^(٣)، وعلى هذا يجيء في إيجاب القصاص على القاتل القولان.

وأما المكره - بالكسر - فيظهر تخريجه على الخلاف في أن قصد عين^(٤) الشخص هل يشترط في العمدية؟ فإن شرطناه لم يجب وإلا وجب، والصحيح ما جزم به المصنف، فإذا قتل أحدهما لزمه القصاص ولا شيء على الأمر إلا الإثم.

فرع:

لو قال: أقتل فلاناً وإلا أتلقت عليك مائة، ولو قتله^(٥) لاحتاج إلى المائة للدية^(٦) والكفارة فهل يكون إكراهاً؟ فيه احتمالان للرويان.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٥.

(٤) في (ب): غير.

(٦) في (ب): في الدية.

(١) بعدها في (ب): عليه إما.

(٣) «الشرح الكبير» ٨/٥٥٨.

(٥) في (ب): قتلاه.

فرع:

لو أكره رجلاً على أن يكره ثالثاً على قتل رابع ففعلاً^(١) وجب القصاص /ب/ على الأمر. وفي الثاني والثالث القولان؛ لأنهما مكرهان.

فائدة:

يبیح الإكراه كلمة الكفر، ولا يجب التلفظ على الأصح، بل الثبات أفضل، ولا يتصور الإكراه على فعل القلب.

ويبيح أيضاً شرب الخمر، والإفطار في رمضان، والخروج من صلاة الفرض، وإتلاف مال الغير، لا الزنا والقتل؛ لتعلقهما بالغير، ولا يجب شرب الخمر عند الإكراه على الصحيح في أصل «الروضة»، ويمكن أن يجيء مثله في الإفطار في رمضان، ولا يكاد يجيء فيه^(٢) الإكراه على إتلاف المال^(٣). وقال في «الوسيط»: يباح بالإكراه إتلاف المال، بل يجب^(٤). وتبعه «الحاوي الصغير» فجزم بالوجوب.

وفي وجه أن الشارب مكرهاً يحد، ذكره الرافعي والمصنف في بابه^(٥)، وسيأتي.

والإكراه على شهادة الزور ينبغي أن ينظر فيما تقتضيه، فإن اقتضت قتلاً ألحقه^(٦) به، أو مالاً ألحقت به، وقد صرح به الشيخ عز الدين بن عبد السلام^(٧).

(١) في (ب): ففعله.

(٢) في (ب): في.

(٣) «روضة الطالبين» ١٤٢/٩.

(٤) «الوسيط» ٢٦٦/٦.

(٥) «المحرر» (ص ٤٤١).

(٦) في (ب): ألحقت.

(٧) «القواعد الكبرى» ٩٣/١.

فصل

قال: (وُجِدَ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعًا فِعْلَانِ مُذَفَّانِ كَحَزٍّ وَقَدْ، أَوْ لَا) أي: غير مذفين (كَقَطْعِ عُضْوَيْنِ) أي: ومات منهما (فَقَاتِلَانِ) أي: فيجب عليهما القصاص أو الدية؛ لوجود سببهما، فإن كان أحدهما مذفياً دون الآخر فقياس ما سيأتي أن يكون المذفف هو القاتل، واحترز بقوله: (معاً) عما^(١) إذا ترتب، وسيدكره إثر ذلك.

قال: (وَإِنْ أَنَّهُ رَجُلٌ إِلَى حَرَكَةِ مَذْبُوحٍ، بِأَنْ لَمْ يَبَقَ إِبْصَارٌ، وَنُطْقٌ وَحَرَكَةُ اخْتِيَارٍ. ثُمَّ جَنَى آخِرُ فَلَأَوَّلُ قَاتِلٌ) لأنه صيره إلى حالة الأموات، ولهذا لا يصح إسلامه في هذه الحالة، وكذا كفره^(٢) على الصحيح، ولا يصح شيء من تصرفاته، ويصير ماله للورثة، ولو مات قريب لمن أنتهى إليها لم يورث منه، ولو أسلم كافر أو عتق رقيق فيها لم يزاحم سائر الورثة، وقد يقدر الشخص وتترك أحشائه في النصف الأعلى فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم، ولئن^(٣) أنتظمت فليست صادرة^(٤) عن روية واختيار، والحالة المذكورة هي التي تسمى حالة اليأس.

قال: (وَيُعَزَّرُ الثَّانِي) لأنه هتك حرمة ميت فهو كما لو قطع عضو ميت.

(١) ساقطة من (ب).

(٢) في (ب): كغيره.

(٣) في (ب): وإن.

(٤) في (ب): صارة.

قال: (وَإِنْ جَنَى الثَّانِي قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَيْهَا فَإِنْ ذَفَفَ كَحَزٍّ بَعْدَ جُرْحٍ فَالثَّانِي قَاتِلٌ) لوجود سببه، ولأنه قطع سراية الجرح^(١) الأول.

قال: (وَعَلَى الْأَوَّلِ قِصَاصُ الْعُضْوِ أَوْ مَالٌ بِحَسَبِ الْحَالِ) أي: ولا فرق بين أن يتوقع البرء من الجرح السابق لو^(٢) لم يطرأ الحز وبين ألا يتوقع ويستبين^(٣) الهلاك بعد يومين، أو نحو ذلك؛ لأن حياته في الحال مستقرة، وتصرفاته نافذة. عهد عمر رضي الله عنه وأوصى في هذه الحالة فعمل بعهدة ووصاياه.

قال: (وَالْأَلَا فَقَاتِلَانِ) أي: وإن لم يذفف الثاني أيضاً ومات بسرايتهما بأن أجافاه، أو قطع الأول يده من الكوع والثاني من المرفق فهما قاتلان؛ لأن القطع الأول قد أنتشرت سرايته.

فرع:

لو شك في الانتهاء إلى حركة المذبوحين عمل بقول أهل الخبرة. واعلم أن من قطع حلقومه ومريئه أو أبنت حشوته من جوفه فقد أنتهى إلى حركة المذبوح، ولو أصاب الحشوة خرق أو قطع وتيقن / ٩ / موته بعد يوم أو يومين وجب القصاص على قاتله في تلك الحالة.

قال: (وَلَوْ قَتَلَ مَرِيضًا فِي النَّزْعِ وَعَيْشُهُ عَيْشُ مَذْبُوحٍ وَجَبَ الْقِصَاصُ) لأن انتهاء المريض إلى تلك الحالة غير مقطوع به، وقد يظن به ذلك ثم يشفى، بخلاف المقدود في المسألة السالفة فيما إذا أنتهت حياته بالجناية

(١) في (ب): الجراح.

(٢) في (ب): أو.

(٣) في (ب): ويستيقن.

إلى حد المذبوحين، وأيضاً المريض لم يسبق منه فعل بحال القتل وأحكامه عليه حتى يهدر الفعل الثاني، والقدر ونحوه بخلافه، وما جزم به المصنف تبع فيه الرافعي والإمام^(١). وقال القاضي حسين: من قتله لا يكون قاتلاً. هذا لفظه.



(١) «نهاية المطلب» ١٦/٥٥-٥٦، «المحرر» (ص ٣٨٨).

فصل

(قَتَلَ مُسْلِمًا ظَنَّنَ كُفْرَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ) أي: بأن كان عليه زي الكفار، أو رآه يعظم ألهمتهم (فلا قصاص).

قال: (وَكَذًا لَا دِيَّةَ فِي الْأَظْهَرِ)^(١) للجهل ووضوح العذر فيما فعل هناك. والثاني: تجب الدية؛ لأنها تثبت مع الشبهة.

فرع:

تجب الكفارة قطعاً كما ذكره المصنف في بابه، واحترز بقوله: (ظن كفره) عما إذا لم يظن. ولم يذكر الرافعي حكمه هنا، وذكره في كلامه على كفارة القتل فقال: وأحسن ترتيب فيه ما أورده البغوي، وهو إن عرف^(٢) مكانه فكما لو قتله في دار الإسلام، حتى إذا قصد^(٣) قتله يجب القصاص، أو الدية المغلظة في ماله مع الكفارة^(٤)، وإن قصد غيره فأصابه تجب الدية المخففة على العاقد مع الكفارة، وإن لم يعرف مكانه ورمى سهماً إلى صف الكفار في دار الحرب - سواء علم في الدار مسلماً أم لا نظر إن لم يعين شخصاً، أو عين كافراً فأخطأ

(١) ورد في هامش (ب): حاشية: لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَتْ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُمْ مُؤْمِنٌ فَنَجِّهِمْ رَقَبَةً مَوْمِنَةً﴾ فإن [من] بمعنى (في) كما نقله الشافعي وغيره، فلم يذكر الله تعالى فيه غير الكفارة، قال الشافعي: ولأنه أسقط حرمة نفسه بمقامه في دار الحرب التي هي دار الإباحة، ولقوله ﷺ: «أنا بريء من كل مسلم [يقيم] مع مشرك» الإسنوي.

(٢) في (ب): عرفت. (٣) في (ب): قتل.

(٤) ورد بهامش الأصل: حاشية: هذا إذا لم يتبين سرية الكفار، وإلا فلا قصاص على الصحيح إذا دعت الحاجة إلى رمية إذا قصد قتال المشرك.

وأصاب مسلماً فلا قصاص ولا دية، وكذا لو قتله في بيات أو إغارة ولم يعرفه، وإن عين شخصاً فأصابه، وكان مسلماً فلا قصاص، وفي الدية قولان.

قال الرافعي: ويشبه أن يكونا هما القولين فيمن ظنه كافراً، وجه الوجوب أنه قصد قتله، ووجه مقابلة الجهل بحاله، فأشبه ما لو لم يعين شخصاً^(١).

قال: (أَوْ بِدَارِ الْإِسْلَامِ وَجَبَا) لأن الظاهر من حال من هو في دار الإسلام العصمة.

قال: (وَفِي الْقِصَاصِ قَوْلٌ) أي: أنه لا يجب كما في دار الحرب.
فرع:

تجب الكفارة هنا أيضاً قطعاً.

فرع:

إذا لم نوجب القصاص فهل الدية مغلظة أو مخففة على العاقلة؟ فيه قولان.

قال: (أَوْ مَنْ عَهْدُهُ مُرْتَدًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا أَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَبَانَ خِلَافُهُ فَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ الْقِصَاصِ) أعلم أن الشافعي نص على أنه إذا قتل من عهده مرتدّاً، أو ظن أنه لم يسلم وكان أسلم أن القصاص يجب، ونص فيما لو عهده ذمياً أو عبداً فقتله ظانّاً أنه لم يسلم، أو لم يعتق فبان خلافه أنه لا قصاص^(٢). وقيل في الجمع قولان: أحدهما: يجب

(١) «الشرح الكبير» ١٠/٥٣٧ - ٥٣٨.

(٢) «الأم» ٦/٣٣.

القصاص؛ لأنه كان من حقه التثبيت. والثاني: لا يجب؛ لظنه عدم المكافأة.

وقيل: بظاهر النص؛ لأن المرتد يحبس ولا يخلى، فقاتله مقصر بخلاف الذمي والعبد، وقيل: يجب القصاص في الجميع قطعاً؛ لأن ظنه لا يبيح القتل، والمذهب وجوب القصاص في الجميع، وإن أثبتنا الخلاف كما لو علم تحريم القتل وجهل وجوب القصاص.

ويتلخص من كلام الأصحاب في المرتد أربعة آراء:

أصحابها / ٩ب/: وجوب القصاص.

وثانيها: لا.

وثالثها: إن بقيت عليه أمانة الردة من حبس لم يجب وإلا وجب.

ورابعها: إن قتله وهو غير ممتنع وجب القصاص، وإن كان ممتنعاً فلا.

وفي العبد والذمي طريقان كما سلف.

وأما إذا ظنه قاتل أبيه فقتله فبان غيره فإن القصاص يجب على أظهر

القولين؛ لأنه يلزمه التثبيت ولم يعهده قاتلاً حتى يستصحبه.

ولم يذكر في «الروضة» طريقة فيه، بل قال: على الأظهر فقط. تبعاً

لرأفي بخلاف^(١) ما يعطيه كلامه هنا^(٢)، وعبارة «المحرر»: الظاهر

وجوب القصاص^(٣) وهي لا تعطي كيفية خلاف كما أسلفته لك غير مرة.

(١) في (أ): (بخلافه).

(٢) «روضة الطالبين» ١٤٧/٩، وانظر: «الشرح الكبير» ١٥٦.

(٣) «المحرر» (ص ٣٨٩).

نعم الرافعي في «شرحه» ذكر ذلك على سبيل البحث فقال: والوجه التسوية بينه وبين ما إذا ظنه مرتدًا أو حربيًا من غير أن يعهده كذلك ولم يكن كما ظنه إما في القطع وإما في إثبات القولين^(١).

واحترز بقوله: (عهده) عما إذا لم يعهد رده بل ظنها، فإن القصاص واجب لا محالة، ولو قتل من ظنه عبدًا أو ذميًا ولم يعهد منه ذلك، فحكى الإمام في وجوب القصاص قولين أيضًا، وجعل ما إذا عهده كذلك مرتبة عليهما^(٢).

فرع:

لو عهده حربيًا وظن أنه لم يسلم فقتل: كالمرتد. وقيل: لا قصاص قطعًا؛ لأن المرتد لا يخلو والحربي يخلو بالمهادنة ويخالف العبد والذمي، فإنه ظن لا يفيد الحل والإهدار بخلاف الحربي. فرع^(٣):

إذا قلنا: لا قصاص فيما إذا قتل شخصًا وظنه قاتل أبيه فقال: ظننته كافرًا أو رقيقًا. وقال الولي: بل علمته مسلمًا حرًا، فالقول قول القاتل؛ لأنه أعرف.

ونقل الغزالي في موضع القولين فيما إذا قال: ظننته قاتل أبي، طريقتين:

أحدهما: موضعهما ما إذا تنازعا، أما إذا صدقه الولي فلا قصاص قطعًا.

(١) «الشرح الكبير» ١٥٦/١٠.

(٢) «نهاية المطلب» ٢٨١/١٦ - ٢٨٢. (٣) في (ب): قال.

والثاني: طرد القولين في الحالين؛ لأنه ظن من غير مستند شرعي^(١).
قال: (وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا جَهْلَ مَرَضِهِ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ) أي: دون الصحيح (وَجَبَ الْقِصَاصُ) لأن جهله لا يبيح الضرب، وقد حصل القتل بصورة التعدي.

قال: (وَقِيلَ لَا) لأن ما أتى به ليس بمهلك عنده فلم يتحقق قصد الإهلاك.

قال: (وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْقَتْلِ إِسْلَامٌ أَوْ أَمَانٌ) أي: بعقد ذمة أو عهد (فَيُهْدَرُ الْحَرْبِيُّ) إذ لا إيمان له ولا أمان.

قال: (وَالْمُرْتَدُّ)^(٢) أي: في حق المسلم كذلك أيضًا، وأما في حق ذمي ومرتد آخر فسيأتي الخلاف فيه.

قال: (وَمَنْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ كَغَيْرِهِ) أي: فإذا قتله غير المستحق يلزمه القصاص؛ لأنه ليس بمباح الدم، وإنما عليه حق قد يترك وقد يستوفى.
فرع:

يد السارق معصومة على غير المستحق، كذا قاله صاحب «الحاوي الصغير» وهو تابع في ذلك الماوردي حيث قال: إذا قطعها أجنبي قطعت يده^(٣)، والذي في الرافعي و«الروضة» في بابه أنها ليست معصومة بالنسبة إليه أيضًا؛ لأنها مستحقة الإزالة، ولو سرى إلى النفس أيضًا فلا ضمان لتولدها من مستحق^(٤)، نعم يعزر لافتياته على الإمام، كذا أطلقوه. قالوا: ويشبه أن يجعل وجوب القصاص ١١٠/ على الخلاف في قتل الزاني

(١) «الوسيط» ٢٧١/٦. (٢) في (ب): ومرتد.

(٣) «الحاوي» ١٢/١٤٥. (٤) في (ب): المستحق.

المحصن^(١).

قال: (وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ إِنْ قَتَلَهُ ذِمِّي قُتِلَ) لأنه لا تسلط له على المسلم ولا حق له في الواجب عليه.

قال: (أَوْ مُسْلِمٌ فَلَا فِي الْأَصَحِّ) أي: والمنصوص أيضًا؛ لأنه مباح الدم فأشبه المرتد.

والثاني يجب القصاص؛ لأن الزجر إلى الإمام، وأيدي الآحاد مصروفة عنه فأشبه ما لو قتل من عليه القصاص غير مستحقه، وربما بني الخلاف على أن الحق لله تعالى أو للمسلمين، فإن قلنا: لله تعالى، فإذا قتله غير الإمام يلزمه القصاص. وإن قلنا: للمسلمين، فقد قتله بعض المستحقين فلا قصاص.

تنبيهان:

أحدهما^(٢): أطلق المصنف الخلاف المذكور ولم يفصل بين ثبوت زناه بإقراره أو ببيته، وصحح في «تصحیح التنبيه» أنه إذا ثبت بالإقرار^(٣) وجب بقتله القصاص أو الدية^(٤)، ولم يذكر ذلك في «الروضة».

الثاني: محل الخلاف المذكور ما إذا قتل قبل أن يأمر الإمام بقتله، فإن قتل بعد أمر الإمام فلا قصاص قطعًا، نقله في «الروضة» من زوائده عن القاضي أبي الطيب^(٥).



(١) «الشرح الكبير» ٢٤٥/١١، «روضة الطالبين» ١٠/١٥١.

(٢) ساقطة من (ب). (٣) في (ب): الإقرار.

(٤) «تصحیح التنبيه» ١٦٧/٢. (٥) «روضة الطالبين» ٩/١٤٨.

قال: (وَفِي الْقَاتِلِ بُلُوغٌ وَعَقْلٌ) أي: يشترط في القاتل ما (مر وفي)^(١) القاتل بلوغ وعقل، فلا قصاص على صبي ومجنون، قال الرافعي: كما لا قصاص على النائم إذا أُنقلب على شخص، لأنهما ليس لهما أهلية، وقد رفع القلم عنهما كما صح به الخبر المشهور، ولأنه عقوبة فلم يجب عليهما كالحَد^(٢).

وفي قياس الرافعي نظر؛ لأن انتفاءه في النائم لانتفاء العمدية.
 فرع:

من يُقَطَّع جنونه له حكم المجنون في حال الجنون وحكم العاقل في حال عقله.

قال: (وَالْمَذْهَبُ وَجُوبُهُ عَلَى السَّكَرَانِ) لأن زوال عقله لا أمانة عليه، وهو متهم في دعواه، ولئلا يؤدي إلى ترك القصاص، فإن من رام القتل لا يعجز أن يسكر حتى لا يقتص منه، وقد سبق توجيه الخلاف فيه في كتاب الطلاق، وألحق به المتعدي بتناول الأدوية المزيلة للعقل، ومن يعذر في زوال عقله كمن شرب دواء فسكر أو أكره على الخمر ثم قتل فلا قصاص عليه، وممن صرح به ابن الرفعة^(٣).
 قال: (وَلَوْ قَالَ: كُنْتُ يَوْمَ الْقَتْلِ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا صَدَّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ أَمَكَنَ الصَّبَا وَعُهِدَ الْجُنُونُ) لأن الأصل بقاؤهما.

وفي وجه ثان المصدق الوارث إن كان الجنون الذي عهد منقطعاً،

(١) في (ب): قرر في.

(٢) «الشرح الكبير» ١٥٨/١٠.

(٣) «كفاية النبيه» ٣٠٧/١٥.

حكاه الروياني. وفي ثالث حكاة الماوردي وغيره أنه المصدق مطلقاً؛ لأن الأصل السلامة^(١).

قال: (وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ) أي: الآن (فَلَا قِصَاصَ وَلَا يُحْلَفُ) لأن اليمين لإثبات المحلوف عليه، ولو ثبت صباه لبطلت يمينه، هذا ما جزم به الرافعي^(٢).

وفي «الذخائر» نسبة ذلك إلى قول أبي الطيب وأن أبا نصر وصاحب «الحاوي» حكيا عن المذهب أن عليهما اليمين، وأن الشاشي قال: (إن الأول)^(٣) أصح. وقال أبو إسحاق: تؤخر اليمين إلى أن يبلغ إذا أوجبناها^(٤). قال: وفيه نظر.

فرع:

لو اتفقا على زوال العقل وقال القاتل: كنت مجنوناً.
وقال الوارث: بل سكرت. صدق القاتل.

فرع:

لو أقام بينة أنه كان يوم القتل مجنوناً وأقام الوارث بينة أنه كان حينئذ عاقلاً تعارضتا.

قال: (وَلَا قِصَاصَ عَلَى حَرْبِيٍّ) كما لا يضمن المال لعدم التزامه، وهذا هو الصحيح.

(١) «الحاوي» ١٢/٣٣.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/١٥٨.

(٣) في (ب): والأول.

(٤) «الحاوي» ١٢/٣٣، ٨٨، «المهذب» ٢/٣٠٢.

وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفرايني: يلزمه ضمان النفس والمال؛ لأنه مخاطب بفروع الشرع.

قال العبادي^(١): ويعزى هذا إلى المزني (في المتنور)^{(٢)(٣)}، وظاهره /١٠/ب/ يقتضي ضمان النفس بالقصاص، وهو غريب. وزاد العبادي في «طبقاته» عن المزني أن الحربي إذا أتلّف وأسلم لا شيء عليه، وهل^(٤) عدم وجوب القصاص على الحربي مختص بالمسلم أم هو عام فيه وفي حق الحربي؟ كلام الغزالي يقتضي الثاني، وتعليقه يقتضي الأول^(٥).

قال: (وَيَجِبُ عَلَى الْمَعْصُومِ) أي: وهو الممنوع من قتله (وَالْمُرْتَدُّ) للالتزامهما الأحكام، وسواء كان معصومًا بذمة أو هدنة أو أمان فهو^(٦) أعم من عبارة «المحرر» ويجب على الذمي^(٧).

قال: (وَمُكَافَأَةٌ) أي: ويشترط مساواة المقتول للقاتل (فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ)؛ لقوله ﷺ: «لا يقتل مسلم بكافر» رواه البخاري من حديث علي كرم الله وجهه^(٨)، ولا يقتل أيضًا بالحربي والمعاهد، وكذا بمن تمسك بدين بعض الأنبياء ولم تبلغه الدعوة في الأصح، وكذا بالمستأمن في الأظهر؛ لعموم الخبر.

(١) في هامش الأصل: (خ: الماوردي).

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل، والمثبت من (ب).

(٣) أنظر: «الشرح الكبير» ١٠/١٥٩.

(٤) في (ب): وجهها. (٥) «الوسيط» ٦/٣٩١.

(٦) في (ب): فهي. (٧) «المحرر» (ص ٣٨٩).

(٨) «صحيح البخاري» (١١١).

وانفرد أبو حنيفة فقال: يقتل بالذمي. وعنه في المعاهد أيضًا رواية غير مشهورة^(١).

فرع:

قتل عبد مسلم عبدًا مسلمًا لكافر فهل يثبت القصاص؟ فيه وجهان: أحدهما: لا؛ لئلا يثبت القصاص ابتداءً لكافر على مسلم. وأصحهما: نعم؛ لتساوي العبدین، ويكون السيد كالوارث، ولو قتل عبد كافر عبدًا كافرًا^(٢) لمسلم فعن القاضي حسين: فيه احتمالان. قال في «الروضة»: أرجحهما ثبوته. وفيه نظر^(٣).

فرع:

قتل مسلم ذميًا فقتل ولي الذمي القاتل بغير حكم حاكم فعليه القصاص، نقله الروياني عن والده.

فرع:

لو قتله الجلاد بإذن الإمام وهما لا يعتقدان وجوبه، قال الماوردي: لا يجب الضمان وفي القصاص وجهان^(٤).

قال: (وَيُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِهِ) وكذا معاهد لشرفه عليهما.

قال: (وَبِذِمِّيٍّ) أي: ويقتل الذمي بالذمي (وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا)

(١) أنظر: «شرح معاني الآثار» ٣/ ١٩٢ - ١٩٣، «الاختيار لتعليل المختار» ٥/ ٣٤ - ٣٥.

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من (ب).

(٣) لم نقف عليها في «الروضة» وهي في «الشرح الكبير» ١٠/ ١٦١.

(٤) «الحاوي» ١٣/ ٤٢٢.

كيهودي ونصراني، لأن الكفر كله كالملة الواحدة.

قال: (فَلَوْ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ) لأنهما كانا متكافئين حال الجنائية، والاعتبار في العقوبات بحال الجنائية ولا نظر إلى ما يحدث بعدها، ألا ترى أن العبد إذا زنى أو قذف ثم عتق يقام عليه حد العبيد. قال: (وَلَوْ جَرَحَ ذِمِّيٌّ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ الْجَارِحُ ثُمَّ مَاتَ الْمَجْرُوحُ فَكَذًا فِي الْأَصَحِّ) أي: إن القصاص لا يسقط للتكافؤ حالة الجرح، والاعتبار بتلك الحالة، فإنه الفعل الداخل تحت الاختيار.

والثاني: يسقط؛ نظراً لحالة الزهوق. وصححه الإمام وغيره^(١)، فإن القصاص (إنما يجب بسبب الزهوق، ولهذا يقول: لو جرح مسلم مسلماً ثم أرتد المجروح لا يجب القصاص)^(٢)، وهذا الخلاف في قصاص النفس، وإليه يرشد قوله: (ثم مات المجروح) أما لو جرح جرحاً يوجب قصاصاً كقطع طرف ثم أسلم القاطع ثم سرى وجب القصاص في الطرف قطعاً، قاله البغوي والرافعي^(٣)، ويجوز طرد خلاف فيه كما لو قطع مسلم يد مسلم ثم أرتد المجني عليه ومات من الجرح في الردة، فإنه لا يجب القصاص في الطرف؛ لأنه يتبع النفس وقد صارت بالجنائية قتلاً.

قال: (وَفِي الصُّورَتَيْنِ) ١١١/ أي: وهما إذا طرأ إسلام القاتل بعد القتل أو بعد الجرح (إِنَّمَا يَقْتَصُّ الْإِمَامُ بِطَلَبِ الْوَارِثِ) أي: ولا

(١) «نهاية المطلب» ١٦/ ١٣.

(٢) ما بين القوسين ساقط من (ب).

(٣) «التهذيب» ٧/ ١٥، «الشرح الكبير» ١٠/ ١٦٠.

يفوضه إليه؛ حذرًا من تسليط الكافر على المسلم، اللهم إلا أن يسلم
فيفوضه إليه.

قال: (وَالْأَظْهَرُ قَتْلُ مُرْتَدٍّ بِذِمِّيٍّ) لاستوائهما في الكفر فأشبهها^(١)
الوثنيين، ولأن المرتد أخس، لأنه مهدر الإسلام^(٢) لا تحل ذبيحته،
ولا يقر بالجزية والذمي بخلافه.

والثاني: لا؛ لبقاء حرمة الإسلام فيه بدليل قضاء الصلاة والصوم
وتحريم أسترقاقه، ولا يمكن الذمي من نكاح المرتدة.

قال: (وَبِمُؤْتَدٍّ) أي: والأظهر قتل مرتد بمرتد، كما لو قتل الذمي ذميًّا.
والثاني: لا؛ لأن المرتد مباح الدم.

وتبع المصنف في حكايته الخلاف قولين في هذه المسألة «المحرر»
والرافعي في «شرحه» حكاه وجهين، وكذا المصنف في «الروضة» وعبر
بالأصح^(٣).

قال: (لَا ذِمِّيٌّ بِمُؤْتَدٍّ) لأنه مهدر كالحربي، وقتل معصوم بمهدر بعيد،
ومنهم من قطع بهذا.

والثاني: نعم؛ لأن الذمي يقتله عنادًا لا تدينًا، فأشبه ما لو قتل
مسلمًا، ولأن استحقاق قتله للمسلمين، فإذا قتله غيرهم كان كما لو
قتل من عليه القصاص غير مستحقه، فعلى هذا القول يستوفيه الإمام.
وفي قول بعيد يستوفيه قريبه المسلم الذي كان يرثه لولا الردة، وبنى

(١) في (ب): فأشبهه.

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من (ب).

(٣) «المحرر» (ص ٣٩٠)، «الشرح الكبير» ١٠/١٦٢، «روضة الطالبين» ٩/١٥٠.

القاضي الحسين الخلاف على عتي القصاص فيما سلف، فيما إذا قتل مرتد ذميًا، فإن قلنا أستواؤهما في الكفر وجب هنا. وإن قلنا: إن القاتل مهدر والمقتول معصوم لم يجب هنا.

واعلم أن عبارة الرافعي في إيراد الخلاف في مسألة الكتاب فيه قولان أو وجهان، نعم جزم في «المحرر» بطريقة القولين، وكذا المصنف في «الروضة»^(١).

فرع:

إذا عفا المستحق واختار الدية أو كان القتل خطأ ففي وجوب الدية وجهان أصحهما: لا تجب، وإذا قلنا بوجوب القصاص فيما لو قتل مرتد مرتدًا ففي وجوب الدية هذان الوجهان.

فرع:

إذا أوجبنا الدية بقتل المرتد فهل هي دية مسلم؛ لبقاء علة الإسلام أم دية مجوسي؛ لأنها أقل الديات إذ لا دين له؟ فيه وجهان حكاهما الروياني، وبالثاني قطع البغوي^(٢).

قال: (وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ) لقوله تعالى: ﴿الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ [البقرة: ١٧٨] فظاهره^(٣) عدم قتل حر بعبد، ولأنه لا يقطع طرفه بطرفه^(٤) باتفاق منا ومن أبي حنيفة^(٥) فأولى أن لا يقتل به.

(١) «الشرح الكبير» ١٠/١٦٢، «المحرر» (ص ٣٩٠)، «روضة الطالبين» ٩/١٤٨.

(٢) «التهذيب» ٧/١٦.

(٣) في (ب): فظاهر. (٤) ساقطة من (ب).

(٥) أنظر: «بدائع الصنائع» ٢/١٨٢.

وفي «سنن الدارقطني» من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده أن رجلاً قتل عبده متعمداً فجلده النبي ﷺ ونفاه سنة ومحا سهمه من المسلمين، ولم يقده^(١) به، وأمره أن يعتق رقبة^(٢)، وهو من رواية إسماعيل بن عياش عن الأوزاعي، وهو من علماء الشام، وحديث «من قتل عبده^(٣) قتلناه» رواه الإمام أحمد وأصحاب السنن الأربعة، وحسنه الترمذي ١١/ب مع الغرابة وصححه الحاكم على شرط البخاري^(٤).

فالجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أنه من رواية الحسن عن سمرة. قال البيهقي: وأكثر أهل العلم بالحديث رغبوا عن روايته عنه. كذا قال في «سننه» هنا^(٥).
وقال في البيوع: أكثر الحفاظ لا يثبتون سماعه منه في غير حديث العقيقة^(٦).

(١) في (ب): يقده.

(٢) «سنن الدارقطني» ١٤٣/٣. وفيه إسماعيل بن عياش الحمصي وهو صدوق في روايته عن أهل بلده، مغلط في غيرهم. قاله الحافظ في «التقريب» (٤٧٣). وفيه أيضاً محمد بن عبد العزيز الرملي، قال أبو حاتم في «الجرح والتعديل» ٨/٨: أدركته ولم يقض لي السماع منه، كان عنده غرائب ولم يكن عندهم بالمحمود، هو إلى الضعف ما هو. اهـ.

(٣) في (ب): عبده.

(٤) أبو داود (٤٥١٥)، الترمذي (١٤١٤)، النسائي ٨/٢٠-٢١، ابن ماجه (٢٦٦٣)، أحمد ٥/١٠، ١٢، الحاكم ٤/٣٦٧. وسئل عنه البخاري فقال: كان ابن المديني يقول بهذا الحديث، وأنا أذهب إليه. اهـ. أنظر: «علل الترمذي» ٥٨٨/٢. وضعفه الألباني في «ضعيف الجامع» (٥٧٤٩).

(٥) «سنن البيهقي» ٨/٣٥. (٦) «سنن البيهقي» ٥/٢٨٨.

الثاني: أنه مؤول على أنه أراد من كان عنده؛ لئلا يتوهم أن تقدم الملك يمنع من ذلك. وشمل قول المصنف من فيه رق المدبر والمكاتب والمستولدة والمبعض سواء كان له أو لغيره.

قال: (وَيُقْتَلُ قِنٌّْ وَمُدَبَّرٌ وَمُكَاتِبٌ وَأُمٌّ وَلَدٍ بَعْضُهُمْ يَبْعُضٍ) لتساويهم في الملك، وعن أبي حنيفة أنه لا يقتل القن بالمكاتب إذا خلف وفاء^(١)^(٢).

قال: (وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا ثُمَّ عَتَقَ الْقَاتِلُ، أَوْ عَتَقَ بَيْنَ الْجُرْحِ وَالْمَوْتِ فَكَحْدُوثِ الْإِسْلَامِ) أي: فيما إذا قتل ذمي ذميًّا أو جرحه ثم أسلم، وقد تقدم واضحًا، ولو عتق بعد إرسال الحر السهم^(٣) عليه وقبل الإصابة فلا قصاص، وكذا في إسلام الذمي عقب إرسال المسلم السهم، ذكره الروياني وغيره.

فرع:

لو قتل الحر المسلم شخصًا لا يعلم أنه مسلم أو كافر، أو لا يعلم أنه حر أو عبد فلا قصاص للشبهة، ذكره في «البحر»^(٤).

قال القاضي شرف الدين البارزي رحمه الله: وهذه المسألة مثل مسألة اللقيط سواء، والأصح فيها الوجوب، ولا يظهر بين المسألتين فرق. وقال غيره: الظاهر أن مراده إذا لم يكن له ولي أدعى الكفاءة، أما إذا كان له^(٥) ولي فهي مسألة اللقيط.

(١) في (ب): قويا.

(٢) أنظر: «بدائع الصنائع» ٧/ ٢٧٠.

(٣) في (ب): إليهم. (٤) ١٤٩/١٣ - ١٥٠.

(٥) ساقطة من الأصل، والمثبت من (ب).

فرع:

ذكر ابن كج أنه لو حكم حاكم بقتل حرٍّ بعدد لا ينقض حكمه، ولو حكم بقتل مسلم بذمي نقض حكمه.

وقال: ويحتمل أن لا ينقض، وهو الوجه. هذا ما في الرافعي هنا^(١).
وقال في كتاب القضاء: أجاب فيها محققون بالنقض، وقال بعضهم: لا ينتقض^(٢). وصححه الروياني^(٣).

قال: (وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَوْ قُتِلَ مِثْلُهُ لَا قِصَاصَ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ تَزِدْ حُرِّيَّةَ الْقَاتِلِ وَجَبَ) أعلم أن من بعضه حر وبعضه رقيق إذا قتل مثله ينظر إن كان قدر الحرية في القاتل أكثر فلا قصاص وجهًا واحدًا، وإن^(٤) أَسْتَوَى القدران أو زادت حرية المقتول فوجهان:

أشهرهما عند المتقدمين: وجوب القصاص، وبه قال الشيخ أبو حامد والماوردي^(٥)؛ لأنه إما مساوٍ أو فاضل، وأصحهما عند المتأخرين، وهو اختيار القاضي أبي الطيب والقفال.

قال في «المحرر» - وهو الأولى^(٦) - لا قصاص^(٧)؛ لأنه لا يَقْتَلُ بجزء الحرية جزء الحرية، وبجزء الرق جزء الرق، بل جميعه بجميعه، ولهذا لو كان القتل خطأ أو آل الأمر إلى الدية وأوجبنا نصف الدية ونصف القيمة مثلاً، لا نقول نصف الدية في مال القاتل ونصف

(١) «الشرح الكبير» ١٠/١٦٤.

(٢) في (ب): ينقض. (٣) «الشرح الكبير» ١٢/٤٨١.

(٤) في (ب): وإذا. (٥) «الحاوي» ١٢/١٩.

(٦) في (ب): الأول. (٧) «المحرر» (ص ٣٩٠).

الدية^(١) في رقبته، بل يجب ربع الدية وربع القيمة في ماله، وربع الدية وربع القيمة في رقبته، وهذا متفق عليه، فلو وقع الاستيفاء شائعاً لزم قتل البعض الحر بالبعض الحر والرقيق معاً.

قال: (وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَحُرٍّ ذِمِّيٍّ) / ١١٢ / أي: بأن قتل عبد مسلم حرّاً ذمياً أو عكسه، وكذا إذا قُتل كافر أبنه المسلم أو عكسه؛ لأن الحر والمسلم والأب لا يقتل بمفضوله.

فرع:

قتل المكاتب أباه وهو يملكه لا قصاص عليه في أشبه الوجهين في «الشرح الكبير» لأنه مملوكه والسيد لا يقتل بعبد.

والثاني: الوجوب^(٢).

قال في «الشرح الصغير»: وهو أقوى الوجهين؛ لأن أباه إذا دخل في ملكه فكاتب عليه وثبت له حق الحرية كما هو ثابت للمكاتب، فصار كما إذا قتل الحر أباه، ولو قتل عبداً له غير أبيه فلا قصاص على الراجح في الشرحين^(٣)؛ لأنه مملوكه، والسيد لا يقتل بعبد. وقيل: نعم؛ لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

قال: (وَلَا بِقَتْلِ وَلَدٍ)^(٤) وَإِنْ سَفَلَ لقوله ﷺ: «لا يقاد الأب^(٥) من

(١) في (ب): القيمة.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠ / ١٦٥.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠ / ١٦٥.

(٤) في (ب): يقتل والد بولده.

(٥) في الأصل: (الوالد) وفي هامشها: (في: الأب).

أَبْنَهُ « رَوَاهُ الْبَيْهَقِيُّ فِي «السنن» و«المعرفة» مِنْ حَدِيثِ عُمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ رضي الله عنه.

قَالَ فِي «المعرفة»: إِسْنَادُهُ ^(١) صَحِيحٌ ^(٢).

وَكَذَا قَالَ الْحَاكِمُ فِي «مُسْتَدْرَكِهِ» أَيْضًا ^(٣)، وَلَأَنَّ الْوَالِدَ سَبَبٌ فِي وَجُودِهِ، فَلَا يَحْسُنُ أَنْ يَصِيرَ الْوَلَدُ سَبَبًا فِي إِعْدَامِهِ، وَالْأُمُّ كَالْأَبِ، وَكَذَا الْأَجْدَادُ وَالْجَدَّاتُ وَإِنْ عَلُو مِنْ قَبْلِ الْأَبِ وَالْأُمِّ جَمِيعًا لِأَنَّهُمْ مِثْلُهُ فِي الْعَتَقِ عَلَيْهِ، وَوُجُوبِ النِّفْقَةِ، وَرَدِّ الشَّهَادَةِ.

وَفِي قَوْلِ غَرِيبٍ ضَعِيفٍ أَنَّهُ يَقْتَضِي مِنَ الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ ^(٤).

وَقِيلَ: إِنْ الْقَصَاصُ يَجِبُ عَلَى الْأَبِ ثُمَّ يَسْقُطُ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْوُجُوبِ التَّسَاوِي، وَلَكِنْ تَعَذَّرَ الْإِسْتِيفَاءُ. قَالَ الْإِمَامُ: وَهَذَا حَشْوٌ، فَإِنْ مَا يَمْنَعُ الْإِسْتِيفَاءُ يَمْنَعُ الْوُجُوبَ ^(٥).

فَرَعُ:

لَوْ حَكَمَ حَاكِمٌ بِقَتْلِ الْوَالِدِ بَوْلَدِهِ، قَالَ أَبُو كَعْبٍ: يَنْقُضُ حُكْمَهُ. وَلَيْكِنْ هَذَا فِيمَا يُوَافِقُنَا فِيهِ مَالِكٌ رَحِمَهُ اللَّهُ، فَإِنَّهُ رَوَى عَنْهُ أَنَّهُ إِذَا أَضْجَعَهُ وَذَبَحَهُ

(١) فِي (ب): إِسْنَادُ.

(٢) «سنن البيهقي» ٣٨/٨، ٧٢، «معرفة السنن» ٤٠/١٢. وَقَالَ الْحَافِظُ فِي «التَّلْخِصِ» ١٦/٤: رَوَاتُهُ ثَقَاتٌ. وَقَالَ الْأَلْبَانِيُّ فِي «الإِرواءِ» ٢٦٩/٧: إِسْنَادُهُ جَيِّدٌ، رَجَالُهُ كُلُّهُمْ ثَقَاتٌ، وَفِيهِ عُمَرُو بْنُ أَبِي قَيْسٍ فِيهِ كَلَامٌ يَسِيرٌ لَا يَنْزِلُ حَدِيثُهُ عَنْ رَتْبَةِ الْحَسَنِ.

(٣) «المستدرک» ٢١٥/٢ - ٢١٦، ٤ / ٣٦٨.

(٤) قَالَ ابْنُ الْقَاصِ الطَّبْرِيُّ كَمَا فِي «نَهَايَةِ الْمَطْلَبِ» ٢١/١٦.

(٥) «نَهَايَةِ الْمَطْلَبِ» ٢٢-٢٣/١٦.

فعليه القصاص، وإن حذفه بالسيف فلا^(١)؛ لاحتمال قصده التأديب،
وعندنا لا فرق.

قال: (وَلَا لَهُ) أي: ولا يقتل لأجل ولد له وإن سفل بقتل غيره، فلو
قتل الوالد معتق ولده لم يكن للولد أن يقتص منه؛ لأنه إذا لم يقتص منه
بجنايته على الولد كان أولى ألا يستوفيه الولد، ومن ذلك ما إذا قتل
والد^(٢) عتيق ولده ثم مات العتيق وورثه الولد، وكذا إذا قتل زوجة أبنه
أو زوجته وله منها ولد، أو قتلت أم الولد سيدها ولها منه ولد، أو قتل
أبا زوجته ثم ماتت الزوجة ولها منه ولد، وكذا إذا قتل أحد الابنين
أباه ثم مات الابن الآخر فورثه القاتل، ووقع في بعض النسخ مكان
قوله: (ولا له) (ولا يقتل من يرثه الولد بأن قتل زوجة أبنه أو زوجته
وله منها ولد (وكذا إذا)^(٣) قتل عبدٌ عبده) وهو صحيح أيضًا. والذي
رأيت به خط المصنف ما قدمته أولاً.

قال: (وَيُقْتَلُ بِوَالِدَيْهِ) لأن سقوط القصاص عن الوالد بالنص،
وحرمة الولد ليست كذلك، وكذا سائر المحارم يقتل بعضهم ببعض
كما صرح به في «المحرر»^(٤).

فرع:

لو قتل الأب الرقيق عبد أبنه فلا قصاص؛ لأن قصاصه لابنه، وقد
صرح بذلك في «المحرر»^(٥) وهو داخل في^(٦) إطلاق كلام المصنف

(١) «المدونة» ٤/٣٩٤. (٢) ساقطة من (ب).

(٣) في (ب): (أو). (٤) «المحرر» (ص ٣٩٠).

(٥) «المحرر» (ص ٣٩٠). (٦) في (ب): من.

السابق، وهذا بخلاف ما لو قتل الابن الرقيق عبد أبيه فلأب^(١) القصاص.

فرع:

يكره للجلاد قتل والده حدًا أو قصاصًا.

فرع:

لو شهد الابن على أبيه بما يوجب القتل قبلنا^(٢) شهادته على الصحيح.

قال: (وَلَوْ تَدَاعَى ١٢/ب) مَجْهُولًا فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالْآخِرِ أَقْتَصَّ، وَإِلَّا فَلَا) أي: ولو تداعى رجلان ولدًا مجهولًا ثم قتله أحدهما أو قتلاه فلا قصاص في الحال؛ لأن أحدهما أبوه، فإن ألحقه^(٣) القائف بأحدهما وكانا مشتركين في القتل فلا قصاص على الذي ألحق به، ويقتص من الآخر؛ لأننا ثبتنا أنه غير أبيه. وحكى ابن كج وجهًا شاذًا أنه لا يقتص من الآخر؛ لأن إلحاق القائف مبني^(٤) على الاشتباه، وهو ضعيف، فلا يترتب عليه القصاص الذي يسقط بالشبهات.

وإن كان القاتل أحدهما فألحقه بالآخر أقتص منه، وكذا لو ألحقه بغيرهما ويعود فيه وجه ابن كج.

وإن رجعا عن الدعوة لم يقبل رجوعهما؛ لأنه صار أبنا لأحدهما.

(١) في (ب): فإن للأب.

(٢) في (ب): قبلت.

(٣) في (ب): ألحقنا.

(٤) في (ب): يبنني.

وفي رجوعه إبطال حق الولد، فإن رجع أحدهما وأصر الآخر فهو أبن الآخر، فيقتص من الراجع إن أشركا في قتله أو أنفرد هو بقتله.

إذا علمت ذلك فمقتضى قوله: (وإلا فلا) أنه لا قصاص مطلقاً إذا لم يلحقه بالآخر، وقد علمت أنه إذا ألحقه بغيرهما أقتص من القاتل أيضاً، مع أن ذلك يصدق أنه لم يلحقه بالآخر، وعبارة «المحرر» سالمة من ذلك، فإنه قال: فإن ألحقه القائف بعد ذلك بالقاتل فلا قصاص، وإن ألحقه بالآخر أقتص^(١). ثم هذا كله^(٢) إذا لحق المولود أحدهما بالدعوة، أما إذا^(٣) لحق بالفراش بأن نكحت معتدة وأتت بولد يمكن كونه من الأول أو من الثاني، أو فرض وطء شبهة، فإنما يتعين أحدهما بإلحاق القائف أو بانتساب المولود بعد بلوغه، فلو نفاه أحدهما فهل يتعين للثاني^(٤) أم يبقى للإبهام^(٥) حتى يعرض على القائف أو ينتسب؟ قولان:

أظهرهما ثانيهما، فإذا ألحقه القائف بأحدهما (اقتص من الآخر إن أنفرد بقتله، أو شاركه فيه، وإن ألحقه بأحدهما)^(٦) أو أنتسب بعد البلوغ فقتله الذي لحقه لم يقتص منه، فإن أقام الآخر بينة لحقه نسبه واقتص من الأول.

قال: (وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ أَخَوَيْنِ الْآبَ، وَالْآخَرُ الْأُمَّ مَعَ فَلِكُلِّ قِصَاصٍ) أي على الآخر؛ لأنه قتل مورثه، والاعتبار بالمعية والترتيب أيضاً^(٧) بزهوق

(١) «المحرر» (ص ٣٩٠).

(٢) من (ب). (٣) ساقطة من (ب).

(٤) في الأصل: الثاني. (٥) في (ب): للإبهام.

(٦) ساقط من (ب). (٧) ساقطة من الأصل، والمثبت من (ب).

الروح لا بالجرح، فإن عفا أحدهما فللمعفو عنه أن يقتص من العافي، وإن لم يعف قدم للقصاص من خرجت قرعته، وهذا معنى قول المصنف: (وَيُقَدَّمُ بِقُرْعَةٍ) إذ لا مزية لأحدهما على الآخر.

قال: (فَإِنْ أُقْتَصَّ بِهَا، أَوْ مُبَادِرًا فَلِوَارِثِ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ قَتْلُ الْمُقْتَصِّ)^(١) إن لم نُورِثْ قَاتِلًا بِحَقٍّ) أي: فإن أقتص من خرجت قرعته أو بادر بلا قرعة فإن قلنا^(٢): القاتل بحق لا يحرم الميراث ولم يكن المقتص محجوبًا سقط القصاص عنه؛ لأنه ورث القصاص المستحق على نفسه أو بعضه، وإن قلنا: يحرم الميراث، وهو المذهب إذ^(٣) كان هناك من يحجبه فلوارث المقتص منه أن يقتص من المبادر لثبوته عليه.

قال: (وَكَذَا إِنْ قَتَلَ مُرْتَبًّا وَلَا زَوْجِيَّةً) أي: وكذا إذا قتل مرتبًا ولم تكن الزوجية باقية بين الأب والأم، فلكل واحد منهما ١/٣ حق القصاص على الآخر، وهل يقدم بالقرعة أو يقتص من المبتدئ بالقتل؟ فيه وجهان أرجحهما في «الروضة» الثاني ونقله الإمام عن الأصحاب^(٤).

قال: (وَالْأَمَّا فَعَلَى الثَّانِي فَقَطُّ) أي: وإن كانت الزوجية باقية بين الأب والأم فلا قصاص على القاتل أولًا، ويجب على القاتل الثاني، وذلك لأنه إذا سبق أحدهما إلى قتل الأب لم يرث من الأب لكونه قاتلًا، وكان حق القصاص للابن الآخر وللأم^(٥) بالزوجية، فإذا قتل الآخر

(١) زاد بعدها في (ب): أي.

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من (ب).

(٣) في (ب): أو. (٤) «نهاية المطلب» ٢٨/١٦، «روضة الطالبيين» ٩/١٥٤.

(٥) في (ب): ولا بن.

الأم كان الأول هو الذي يرثها فينتقل إليه القصاص المستحق عليه ويسقط، ولو تقدم قتل الأم وتأخر قتل الأب سقط القصاص عن قاتل الأم وثبت على قاتل الأب، فإذا أقتص القاتل الأول من الثاني وقلنا: القاتل بحق يحرم الميراث، أو كان المقتص محجوباً فلورثة المقتص منه نصيبه من دية القاتل الأول، يطالبون به القاتل الأول.

قال: (وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ^(١) بِوَاحِدٍ) أي: إذا كان فعل كل^(٢) منهم لو أنفرد لقتل سواء قتلوه بمحدد أو مثقل أو ألقوه من شاهق أو في بحر، أو جرحوه جراحات مجتمعة أو متفرقة؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾ [الإسراء: ٣٣] أي: بالقصاص، ولأن عمر رضي الله عنه قتل نفراً خمساً أو سبعا برجل قتلوه غيلة، وقال: لئن تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم به جميعاً. رواه مالك والشافعي والبخاري^(٣)، وروي مثله عن علي والمغيرة وغيرهما^(٤)، ولم ينكر عليهم، فصار إجماعاً، ولأن القصاص شرع لحقن الدماء فلو لم يجب عند الانفراد لاتخذ ذلك ذريعة إلى سفكها.

وأثبت ابن الوكيل قولاً أن الجماعة لا يقتلون بالواحد، ونقل القفال وغيره قولاً قديماً أن الولي يقتل واحداً من الجماعة أيهم شاء، ويأخذ حصة الآخرين من الدية، ولا يقتل الجميع، ويكفي للزجر كون كل

(١) في (ب): جمع. (٢) من (ب).

(٣) «الموطأ» (ص ٥٤٣)، «مسند الشافعي» بترتيب السندي ١٠٠/٢ (٣٣٣)، البخاري (٦٨٩٦).

(٤) أثر علي أن جماعة كان معهم رجل في سفر فقتل فاتهموا به فاعترفوا، فأمر بهم فقتلوا. وأثر المغيرة أنه قتل سبعة برجل. رواهما ابن أبي شيبة ٤٢٨/٥ - ٤٢٩.

واحد منهم خائفاً من القتل، والمشهور الصحيح ما جزم به المصنف.
 قال: (وَلِللَّوَلِيِّ عَفْوٌ عَنْ بَعْضِهِمْ عَلَى حِصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ بِاعْتِبَارِ الرُّؤُوسِ)
 أي: إذا تقرر قتل الجماعة بالواحد فللولي أن يقتل بعضهم ويأخذ حصة
 الباقيين من الدية، وله أن يقتصر على الدية، فيكون على جميعهم دية
 واحدة موزعة على عددهم، سواء أكانت جراحة بعضهم أفحش، أو
 عدد جراحات بعضهم أكثر، أم لم يكن شيء من ذلك، وسواء كان
 لجراحة بعضهم أرش مقدر أم لم يكن، إذا كانت الجماعة عشرة مثلاً
 فالولي يستحق دم كل واحد منهم بكماله، وعن الحليمي: إنما يستحق
 عشر دم^(١) كل واحد لكنه يجوز قتله؛ لأنه لا يمكن أستيفاءه إلا
 باستيفاء الباقي، والصواب الأول.

قال الإمام: وقول الحليمي بعيد، وكيف يريق تسعة أعشار دم غير
 مستحقة لتحصيل العشر، وقاسه الحليمي أيضاً على الدية وهو باطل
 بقتل الرجل بالمرأة فإن الدم مستحق فيها، وديتها على النصف^(٢)، أما
 لو ضربه كل واحد ضربة بسوط أو بعصا خفيفة فمات ففي وجوب
 القصاص عليهم أوجه، أصحها كما يأتي الوجوب إن تواطؤوا.

قال: (وَلَا يُقْتَلُ شَرِيكُ مُخْطِئٍ وَشِبْهِ عَمْدٍ) لأن الزهوق حصل بفعليين
 أحدهما: يوجهه والآخر ينفيه، فغلب المسقط كما إذا قتل (المبعض)^(٣)
 /١٣ب/ رقيقاً.

(١) في (ب): دية.

(٢) «نهاية المطلب» ٣٥/١٦.

(٣) في (ب): البعض.

وقال المزني: يقتص من شريك المخطئ وشريك الجارح شبه عمد. وقيل: إنه قول للشافعي ونفى^(١) الإمام وجوده للشافعي^(٢).

قال: (وَيُقْتَلُ شَرِيكُ الْأَبِ، وَعَبْدٌ شَارَكَ حُرًّا فِي عَبْدٍ، وَذِمِّيٌّ شَارَكَ مُسْلِمًا فِي ذِمِّيٍّ) لأن كل واحد من الأجنبي والعبد والذمي لو أنفرد بالقتل وجب عليه القصاص، فإذا شارك من لا يقتص منه لا لمعنى^(٣) في فعله وجب أيضًا، كما لو أعانا عامدين فعفا الولي عن أحدهما، وليس شريك الأب كشريك الخاطئ، فإن الخطأ شبهة في فعل الخاطئ، والفعالان مصادفان لمحل واحد فأورث الخطأ في أحدهما شبهة في القصاص، كما لو جرح واحد جراحتين جراحة عمدًا والأخرى خطأ، وشبهة الأبوة في نفس الأب لا في الفعل، وذات الأب تتميز عن ذات الأجنبي فلا يؤثر شبهة في حقه.

قال: (وَكَذَا شَرِيكُ حَرْبِيٍّ) أي في قتل مسلم (وَقَاطِعُ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا، وَشَرِيكُ النَّفْسِ وَدَافِعُ الصَّائِلِ فِي الْأَظْهَرِ) بحصول الزهوق بفعالين عمدين، وامتناع القصاص على الآخر لمعنى يخصه، فصار كشريك الأب.

والثاني: لا يجب بل عليه نصف الدية؛ لأن من لا يضمن أخف حالًا من الخاطئ، فأولئ لا يجب على الشريك في هذه الصورة. واعلم أن مراد المصنف بشريك الحربي ما إذا جرح مثلاً حربي

(١) في الأصل: وتمنى.

(٢) «نهاية المطلب» ٧٧/١٦.

(٣) في (ب): معنى.

مسلمًا ثم جرحه مسلم ومات منهما، ومراده بقوله: (وَقَاطِعُ قِصَاصًا أَوْ حَدًّا) ما إذا قطعت يد إنسان في سرقة أو قصاص ثم جرحه جرح متعديًا، وبقوله: (وَشَرِيكَ النَّفْسِ) ما إذا جرح نفسه وجرحه آخر. وب(دافع الصائل) ما إذا جرحه المصول عليه ثم جرحه آخر.

وعبارة الرافعي في «الشرح» فيما إذا جرح نفسه وجرحه غيره أن وجوب القصاص على الشريك ينبني على أن قاتل نفسه هل تلزمه الكفارة؟ إن قلنا: نعم، فهو كشريك السيد، أي: في عبده. وإن قلنا: لا، فهو كشريك الحربي. قال: وكيفما كان فالظاهر الوجوب. وفي شريك الجلاد ومستوفي القصاص طريقة قاطعة بالوجوب؛ لأن فعلهما في مقابلة ما سبق من جناية المقطوع، فهو كالمضمون به^(١).

قال: (وَلَوْ جَرَحَهُ جَرَّاحَتَيْنِ عَمْدًا أَوْ خَطَأً وَمَاتَ بِهِمَا، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ وَجَرَحَهُ ثَانِيًا فَمَاتَ لَمْ يُقْتَلْ) أما في الأولى وهي ما إذا صدرت جراحتان من شخص إحداهما عمدًا والأخرى خطأ ومات المجروح بهما، فلأن الزهوق لم يحصل بالعمد المحض، نعم يجب نصف دية مخففة على العاقلة ونصف دية مغلظة في ماله. وأما في الثانية وهي ما إذا جرح حربياً أو مرتدًا فأسلم فجرحه ثانيًا فمات، فلأن الموت حصل بمضمون وغير مضمون، نعم يثبت موجب الجراحة الواقعة في حال العصمة من القصاص أو الدية المغلظة.

قال: (وَلَوْ دَاوَى جُرْحَهُ بِسُمٍّ مُدَفِّفٍ) أي: قاتل. بأن شربه أو وضعه على الجراحة (فَلَا قِصَاصَ عَلَى جَارِحِهِ)؛ لأنه الذي قطع سراية الجرح

(١) «الشرح الكبير» ١٠/ ١٨٠.

فأشبه ما لو جرحه إنسان فذبح المجروح نفسه، نعم عليه أرش جراحته أو القصاص إن تعلق /١٤/ بها قصاص، كما لو قطع طرفًا.
قال الماوردي: ولا فرق بين أن يكون المجروح علم بحال السم أم لا^(١).

قال: (وَإِنْ لَمْ يَقْتُلْ غَالِبًا فَشِبْهُ عَمْدٍ) أي: فلا قصاص في النفس، بل عليه نصف الدية المغلظة أو القصاص في الطرف إن اقتضته. وقيل: في وجوب القصاص في النفس خلاف كما في شريك الحربي.
قال: (وَإِنْ قَتَلَ غَالِبًا وَعَلِمَ) أي: المجروح (حاله فَشْرِيكَ جَارِحِ نَفْسِهِ) أي: فيجب القود على الأظهر كما مر؛ سلوكا بفعل المجروح سلوك العمد.

قال: (وَقِيلَ: شَرِيكَ مُخْطِئٍ) لأن المجروح إنما قصد المداواة فشريكه شريك خاطئ، وهذا الوجه حكاه في «الروضة» تبعًا للرافعي طريقة^(٢)، نعم تبع في الكتاب «المحرر»^(٣) وجعل الماوردي محل الطريقين إذا كان السم يقتل غالبًا، وقد لا يقتل، وقطع فيما إذا كان يقتل في ثاني الحال بجريان القولين^(٤).

واحترز بقوله: (وعلم حاله) عما إذا لم يعلم المجروح بأنه يقتل غالبًا، فإنه لا قصاص كما لو كان مما لا يقتل غالبًا.

(١) «الحاوي» ٥٠/١٢.

(٢) «الشرح الكبير» ١٨٣/١٠، «روضة الطالبين» ١٦٤/٩.

(٣) «المحرر» (ص ٣٩١).

(٤) «الحاوي» ٤٩/١٢.

قال: (وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِسِيَّاطٍ فَتَقَتْلُوهُ، وَضَرَبُ كُلِّ وَاحِدٍ غَيْرُ قَاتِلٍ) أي: بأن ضربه كل واحد من العدد الكثير ضربة (فَفِي الْقِصَاصِ عَلَيْهِمْ أَوْجُهُ: أَصْحُهَا^(١)): يَجِبُ إِنْ تَوَاطَوْا) أي: على أن يضربوه تلك الضربات، بخلاف ما إذا وقعت اتِّفَاقًا، وهذا بخلاف الجراحات، فإنه لا يشترط فيها التواطؤ؛ لأن نفس الجرح قصد إلى الإهلاك والضرب بالسوط الخفيف لا يظهر فيه قصد الإهلاك إلا بالموالاة من واحد أو المواطأة من جماعة.

قال في «المحرر»: وهذا أولى الأوجه^(٢).

والثاني: لا قصاص على واحد منهم؛ لأن فعل كل واحد منهم ليس عمدًا مقتضيًا للقصاص، ومن عداه شركاؤه، ولا قصاص على شركاء الخاطئ ولا شركاء صاحب شبه العمد، فعلى هذا تجب الدية قطعًا، قاله الإمام^(٣).

والثالث: يجب على الجميع القصاص لئلا يكون ذلك ذريعة إلى القتل.

واحترز المصنف بقوله: (وضرب كل واحد غير قاتل) عما إذا كان ضربات كل واحد منهم قاتلة لو أنفردت، فإن عليهم القصاص كما أسلفته، وإذا آل الأمر إلى الدية وزعت على عدد الضربات لا بالسوية في الأظهر؛ لأن الضربات تلاقي ظاهر البدن، فلا يعظم فيها التفاوت

(١) في الأصل: أصحهما.

(٢) «المحرر» (ص ٣٩١).

(٣) «نهاية المطلب» ١٦/٨٤.

بخلاف الجراحات.

قال: (وَمَنْ قَتَلَ جَمْعًا مُرْتَبًا قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ) لاستحقاقه القصاص أولاً وللباقين^(١) الديات، وكذا لو قطع الواحد أطراف الجماعة^(٢)؛ لأنها جنيات لو كانت خطأ لم تتداخل، فعند العمد أولى.

قال: (أَوْ مَعًا) أي: بأن هدم عليهم جداراً، أو جرحهم وماتوا معاً (فِبِالْقُرْعَةِ) أي: وجوباً لتساويهم. وقيل: أستحباً، وصححه الروياني (وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَّاتُ).

فرع:

لو أشكل الحال فلم يدر أقتلهم معاً أو مرتباً جعل كما لو قتلهم^(٣) معاً فيقرع.

فرع^(٤):

لو كان ولي نفس^(٥) القتل غائباً أو صبيّاً أو مجنوناً فالقياس الظاهر ١٤/ب الانتظار إذا أوجبنا الإقراع.

وفي «الوسيط» عن رواية حرملة أن للحاضر والكامل أن يقتص ويكون الحضور والكمال مرجحاً كالقرعة^(٦).

قال: (قُلْتُ: فَلَوْ قَتَلَهُ غَيْرُ الْأَوَّلِ) أي: (بأن بادر)^(٧) وأقدم على ذلك ولم يعف الأول ولم يقتص (عَصَى) أي: ويعزر؛ لإبطال حق غيره.

(١) في (ب): وللباقي.

(٢) في (ب): جماعة.

(٣) في (ب): قتل.

(٤) في (ب): قال.

(٥) في (ب): بعض.

(٦) «الوسيط» ٦/ ٣٠٥.

(٧) في (ب): بأن ثالث.

قال: (وَوَقَعَ قِصَاصًا) لأن حقه متعلق به، بدليل ما لو عفا ولي الأول فإنه ينتقل إلى من بعد.

قال: (وَلِلأَوَّلِ دِيَّةٌ، وَاللهُ أَعْلَمُ) لتعذر القصاص بغير اختياره. وفي وجه أنه يغرم للأول دية قتيله، ويأخذ من الجاني دية قتيل نفسه.

فَصْلٌ

قال: (جَرَحَ حَرَبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا أَوْ عَبْدَ نَفْسِهِ فَأَسْلَمَ) أي: الحربي والمرتد (وَعَتَقَ) أي: العبد (ثُمَّ مَاتَ بِالْجُرْحِ فَلَا ضَمَانَ) لأن الجراحة والحالة هذه غير مضمونة بالقصاص، فالسراية كذلك كقطع يد السارق إذا سرى إلى النفس.

قال: (وَقِيلَ: تَجِبُ دِيَّةٌ) اعتبارًا بحالة استقرار الجناية، وهو في المسألة الثانية- أعني: إذا قتل عبد نفسه- قول مخرج كما حكاه في «الروضة» تبعًا للرافعي^(١)، نعم هنا تبع «المحرر»^(٢).

قال: (وَلَوْ رَمَاهُمَا فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ فَلَا قِصَاصَ) أي: ولو رمى مرتدًا أو حربيًا فأسلم ثم أصابه السهم فلا قصاص؛ لعدم المكافأة في أول أجزاء الجناية، وكذا إذا رمى إلى عبده ثم أعتقه قبل الإصابة كذلك أيضًا.

ومسألة العبد لم أرها في «المحرر».

قال: (وَالْمَذْهَبُ وَجُوبُ دِيَّةِ مُسْلِمٍ) اعتبارًا بحالة الإصابة؛ لأنها حال اتصال الجناية والرمي كالمقدمة التي يتسبب بها إلى الجناية.

واعلم أن عبارة الرافعي في كيفية إيراد هذا الخلاف ما نصه: إن

(١) «روضة الطالبين» ١٦٧/٩، وانظر: «الشرح الكبير» ١٠/١٨٨.

(٢) «المحرر» (ص ٣٩٢).

قلنا: يجب الضمان في مسألة الحربي والمرتد إذا أسلم بعد الجرح ثم مات فهذا أولى، وإن قلنا: لا يجب هناك، فهنا ثلاثة أوجه: أصحابها- وهو المنصوص- أنه يجب؛ اعتبارًا بحالة الإصابة. والثاني: لا يجب؛ اعتبارًا بحالة الرمي، فإنه الداخل تحت الاختيار. والثالث: يجب في المرتد دون الحربي؛ لأن المرتد لا يجوز لغير الإمام قتله، ولأن المرتد يقتص بالسيف ولا يرشق بالنشاب، فرشقه ممنوع، بخلافهما، فلو كان الرامي إلى المرتد هو الإمام فعلى الفرق الأول عن القاضي حسين أنه لا شيء، وقضية الفرق الثاني أنه لا فرق بين الإمام وغيره في ذلك^{(١)(٢)}.

قال الرافعي: وقد يعبر عما ذكرنا من كيفية الخلاف بأن يقال: الوجهان في صورة مرتبان على الوجهين فيما إذا جرح حربيًا أو مرتدًا ثم أسلم، وهي أولى بوجوب الضمان؛ لأن الجرح الذي هو سبب الهلاك وجد في حالة الإهدار، والرمي إنما يتم بالإصابة، وقد حصلت في حال العصمة، وقد ترتب الوجهان في الرمي إلى المرتد على الوجهين في الرمي إلى الحربي، ويقال: المرتد أولى بالوجوب، وقد يعكس ويجعل الحربي أولى بعدم الوجوب، ثم قال: ويجري الوجهان فيما إذا رمى إلى عبد نفسه ثم أعتقه قبل الإصابة، وهذا أولى الصور بوجوب الضمان؛ لأن العبد معصوم مضمون بالكفارة، أنتهى^(٣)، فعبّر^(٤) المصنف عن جميع ذلك /١٥/ بالمشهد.

(١) في (ب): تلك. (٢) «الشرح الكبير» ١٠/١٨٨ - ١٨٩.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/١٨٩. (٤) في الأصل: تعبير.

قال: (مُخَفَّفَةٌ عَلَى الْعَاقِلَةِ) أعلم أن الرافعي جزم بهذا في «المحرر»^(١)، وحكى في «الشرح» في الديات فيه ثلاثة أوجه:

أحدها: دية عمد.

ثانيها: دية شبه عمد.

ثالثها: دية خطأ.

قال: وهذه الأوجه جارية فيما إذا قتل في دار الحرب مسلماً ظنه كافراً.

قال: والأول أولى بأن^(٢) يلحق بالخطأ؛ لأنه لم يكن معصوماً عند الرمي، ويشبه أن يكون هو الأظهر. ورجح ابن كج كون الدية في ماله. إذا تقرر ذلك فلك أن تعيد قول المصنف: (والمذهب) إلى كونها مخففة أم لا، وهو ظاهر كلامه، ويكون أطلق الطرق على الأوجه مجازاً، ولك أن تقطعه عنه، ويكون جزم بالراجع موافقة لما في «المحرر». قال الغزالي: وتجري هذه الأوجه في كل قتل عمد محض صدر عن ظن في حال القتيل^(٣).

قال الرافعي هنا: ثم الذي رأى الإمام القطع به وجرى عليه الغزالي أن الدية فيما إذا طرأ^(٤) الإسلام أو العتق بعد الجرح تكون مخففة، وعلى العاقلة كما لو رمى إلى صيد فأصاب آدمياً^(٥). وهذه هي أول مسألة في الفصل في الكتاب، كما تقدمت.

(١) «المحرر» (ص ٣٩١). (٢) في (ب): بل.

(٣) «الوجيز» ١٤٢/٢ - ١٤٣. (٤) في (ب): ظن.

(٥) «الشرح الكبير» ١٩٠/١٠، وانظر: «نهاية المطلب» ٨٩/١٦.

قال: (وَلَوْ أُرْتَدَّ الْمَجْرُوحُ وَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَالنَّفْسُ هَدْرٌ) أي: فلا يجب قصاصها ولا دينها ولا الكفارة؛ لأنها تلفت وهي هدر^(١).

قال: (وَيَجِبُ قِصَاصُ الْجُرْحِ) أي كالموضحة وقطع اليد (فِي الْأَظْهَرِ) لأن القصاص في الطرف منفرد عن القصاص في النفس، ويستقر فلا يتغير بما يحدث بعده، ألا ترى أنه لو قطع طرفه وجاء آخر وحز رقبتة يجب على الأول قصاص الطرف، وإن لم يجب عليهما قصاص النفس.

والثاني: لا يجب؛ لأن الطرف يتبع النفس إذا صارت الجناية قتلاً، فإذا لم يجب قصاص النفس لا يجب قصاص الطرف، وكذلك لو قطع طرف إنسان فمات منه، فعفا وليه عن قصاص النفس لم يكن له أن يقتص في الطرف.

قال: (يَسْتَوْفِيهِ قَرِيبُهُ الْمُسْلِمُ) أي: الذي كان يرثه لولا الردة، لأن القصاص للتشفي وترك الغيظ^(٢)، وذلك يتعلق بالقريب دون الإمام.

قال في «المحرر»: وهذا ما رجحه الأكثرون^(٣).

قال: (وَقِيلَ: الْإِمَامُ) لأنه لا^(٤) وارث للمرتد فيستوفيه الإمام كغيره، وادعى ابن كج أن الأكثرين عليه وأن الإصطخري أنفرد بالأول، وهذا رأي المزماني معللاً بأنه لا يأخذ ماله فكيف يقتص^(٥)؟!

(١) في (ب): مهذرة.

(٢) في (ب): الغيب.

(٣) «المحرر» (ص ٣٩٢).

(٤) من (ب).

(٥) «مختصر المزماني» ٩٩/٥.

وأجاب الأصحاب عن ذلك بأنه يجوز أن يستوفي القصاص غير من يأخذ المال إذا آل الأمر إليه، ألا ترى أنه إذا قتل مديون يقتص وارثه، فإذا عفا أخذ الغرماء المال.

فرع:

إذا قلنا بالأول فلو كان القريب صغيراً أو مجنوناً أنتظر بلوغه وإفاقته ليستوفي.

قال: (فَإِنْ أَقْتَضَى الْجُرْحُ مَالًا) أي: لا قصاصاً كالهاشمة والجائفة (وَجَبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ أَرْضِهِ وَدِيَّةٌ) أي: من الأرش الذي تقتضيه الجراحة ودية النفس، فإن كان الأرش أقل كالجائفة وقطع اليد الواحدة لم يزد بالسراية في الردة شيء، وإن كانت دية النفس أقل، كما إذا قطع يديه ورجليه فارتد ومات، فلو /١٥ب/ مات بالسراية مسلماً لم يجب أكثر منها، فإذا مات مرتدّاً فأولئ لا يجب أكثر منها.

قال: (وَقِيلَ: أَرْضُهُ) أي: وقيل: الواجب أرش الجرح^(١) بالغاً ما بلغ فيجب فيما إذا قطع يديه ورجليه ديتان؛ لأن (الأرش إنما يندرج)^(٢) في الدية إذا وجب ضمان النفس بتلك الجراحة، والنفس ههنا تلفت مهدرة، فلو أدرجنا لأهدرنا، فجعلت الردة قاطعة للإدراج، قائمة مقام الاندمال، وعلى كل حال فالواجب فيء لا يأخذ منه القريب شيئاً.

قال: (وَقِيلَ: هَدَرٌ) أي: لا يوجب مالاً؛ لأن الجراحة (إذا سرت)^(٣) صارت قتلاً وصارت الأطراف تابعة للنفس، والنفس مهدرة،

(١) في (ب): الجراح. (٢) في (ب): الأروش إنما تندرج.

(٣) من (ب).

فكذلك ما يتبعها^(١)، ومنهم من حكى هذا قولاً، والأصح وجوب المال؛ لأنه وجب بالجنائية أرش، والردة تمنع وجوب شيء بعدها، ولا تسقط ما وجب قبلها، وهذا كما لو قطع طرف رجل وقتل الرجل نفسه، فإنه لا يسقط ضمان الطرف. وهذا كله إذا طرأت الردة بعد الجرح، فلو طرأت بعد الرمي وقبل الإصابة فلا ضمان باتفاقهم؛ لأنه مرتد حين باشر^(٢) الجنائية.

قال الرافعي: ويجيء فيه وجه من نظيره فيما إذا رمى إلى مرتد فأسلم قبل الإصابة أنه يعتبر وقت الرمي وإن لم يذكره^(٣).

قال: (وَلَوْ أَرْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ. وَقِيلَ: إِنَّ قُصِرَتِ الرِّدَّةُ وَجَبَ) أي: إذا تخلل المهدر بين الجرح والموت، كما إذا^(٤) جرح مسلم مسلماً ثم أرتد المجروح ثم أسلم ومات بالسراية، فالمنصوص أنه لا يجب^(٥)، والمنصوص فيما إذا جرح ذمي ذمياً أو مستأمنًا فنقض العهد والتحق بدار الحرب، ثم جدد العهد ومات بالسراية أن في وجوب القصاص قولين^(٦)، وللأصحاب طريقان أصحهما في المسألة قولان:

أحدهما: وجوب القصاص؛ لأنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت.

والثاني: لا؛ لتخلل حالة الإهدار. والطريق الثاني تنزيل النصين على

(١) في (ب): سبقها. (٢) في الأصل: تأثر.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/١٩٢. (٤) في (ب): لو.

(٥) «الأم» ٦/٣٨. (٦) «الأم» ٦/٣٩.

حالين، فحيث قال: لا قصاص أراد إذا طالت مدة الإهدار بحيث يظهر أثر السراية، وحيث قال: يجب، فذاك إذا قصرت المدة بحيث لا يظهر للسراية أثر، وإذا قلنا بطريقة القولين ففي موضعهما طريقان:

أحدهما: تخصيصهما بما إذا قصرت المدة، فإن طالت لم يجب القصاص قطعاً؛ لأن القصاص يتعلق بالسراية والجنائية معاً، ألا ترى أنه لو جرح مسلماً فارتد، أو مرتدّاً فأسلم لا يجب القصاص؟ وإذا حصلت السراية المؤثرة في زمن الإهدار كان كما لو جرح جراحة في الإسلام وأخرى في الردة.

وصورة القولين في نقض العهد عند هؤلاء ما إذا كان في جوار دار الحرب فالتحق بها وعاد وجدد العهد في زمان خفيف، والثاني طردهما^(١) في الحالين.

والأصح من الطريقتين عند المعظم تخصيص القولين بما إذا قصرت المدة، والأظهر منهما عند الجمهور أنه لا قصاص.

إذا علمت ذلك فحكاية المصنف الخلاف وجهين تبع فيه «المحرر» فإنه قال: إن طالت (مدة الردة)^(٢) لا قصاص، وكذا إن قصرت، فكَذلك في أولى الوجهين^(٣).

والذي حكاه في «الروضة» تبعاً للرافعي ما قدمناه^(٤).

(١) في الأصل: طردها.

(٢) في الأصل: (المدة) وعلق في هامشها: خ: مدة الردة.

(٣) «المحرر» (ص ٣٩٢).

(٤) «روضة الطالبيين» ٩/ ١٦٩ - ١٧٠، وانظر: «الشرح الكبير» ١٠/ ١٩٣ - ١٩٤.

قال: (وَتَجِبُ الدِّيَةُ) أي: إذا فرعنا ١١٦/ على الأظهر أنه لا يجب القصاص كما مر، فالأظهر وجوب كمال الدية؛ لوقوع الجرح والموت في حالة العصمة، ولأن في الدية ينظر إلى آخر الأمر.

قال: (وَفِي قَوْلٍ نِصْفُهَا)؛ توزيعًا على العصمة والإهدار. وفي المسألة قول ثالث: أنه يجب ثلثاها توزيعًا على الأحوال الثلاث: حالتي العصمة وحالة الإهدار.

وقول رابع: أنه يجب أقل الأمرين من كل الدية وأرش الجراحة، وهذان الأخيران مخرجان، ثم قال الأكثرون: موضع الخلاف ما إذا طالت مدة الإهدار، فإن قصرت وجب كل الدية قطعًا. وقيل: بطردها^(١) في الحالين.

قال الإمام: وإذا أوجبنا القصاص فالأمر إلى الدية ففيه هذا الخلاف^(٢).

وقال البغوي: إذا أوجبنا القصاص فعفا وجب كمال الدية بلا خلاف، وإنما الخلاف إذا لم نوجب قصاصًا^(٣). قال الرافعي: وهذا أوجه^(٤).

فرع:

رمى إلى مسلم فارتد وعاد إلى الإسلام وأصابه^(٥) السهم فلا قصاص على المشهور.

(١) في (ب): بطردهما.

(٢) «نهاية المطلب» ٩٨/١٦. (٣) «التهذيب» ٥٥/٧.

(٤) «الشرح الكبير» ١٩٤/١٠. (٥) في الأصل: ثم أصابه.

قال: (وَلَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ، أَوْ حُرٌّ عَبْدًا فَعَتَقَ وَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ) لأنه لم يقصد بالجناية من يكافئه.

قال: (وَتَجِبُ دِيَّةُ مُسْلِمٍ) لأنه كان مضموناً أولاً وهو في الانتهاء حر مسلم، فلا فرق بين أن تكون القيمة أقل من الدية أو أكثر حتى لو فقاً عيني عبد قيمته تساوي مائتين من الإبل، أو قطع يديه لم تجب إلا مائة.

قال: (وَهِيَ لِسَيِّدِ الْعَبْدِ) أي: سواء كانت الدية مثل القيمة أو أقل؛ لأنه يستحق هذا القدر بالجناية الواقعة في ملكه.

قال: (فَإِنْ زَادَتْ) أي: الدية (عَلَى قِيمَتِهِ فَالزِّيَادَةُ لَوَرَثَتِهِ) لأنها وجبت بسبب الحرية. وقال المزني: إذا كانت القيمة أكثر وجبت بكمالها للسيد^(١).

قال: (وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ) أي: أو فقاً إحدى عينيه (فَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِسَرَايَةٍ) أي: وأوجبنا كمال الدية (فَلِلْسَيِّدِ الْأَقْلُ مِنَ الدِّيَةِ الْوَاجِبَةِ وَنِصْفِ قِيمَتِهِ) أي: وهو أرش الطرف المقطوع في ملكه لو أندملت الجراحة؛ لأن السراية لم تحصل في الرق حتى تعتبر في حق السيد، فإن كان كل الدية أقل فلا واجب غيره، وإن كان نصف القيمة أقل فهو أرش الجناية الواقعة في ملكه.

قال: (وَفِي قَوْلِ الْأَقْلُ مِنَ الدِّيَةِ وَقِيمَتِهِ) أي: وفي قول أن للسيد أقل الأمرين من كل القيمة وكل الدية؛ لأن السراية حصلت بجناية مضمونة للسيد، وقد اعتبرنا السراية حيث أوجبنا دية النفس، فلا بد من النظر

(١) «مختصر المزني» ١٠٠/٥.

إليها في حق السيد، فيقدر موته رقيقاً وموته حرّاً، ويوجب للسيد أقلّ العوضين، فإن كانت الدية أقلّ فليس على الجاني غيرها، ومن إعتاق السيد جاء النقصان، وإن كانت القيمة أقلّ فالزيادة وجبت بسبب الحرية فليس للسيد إلا قدر القيمة الذي كان يأخذه لو مات رقيقاً.

قال: (وَلَوْ قَطَعَ يَدُهُ فَعَتَقَ فَجَرَحَهُ آخِرَانِ ١٦٦/ب وَمَاتَ بِسِرَائَتِهِمْ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ إِنْ كَانَ حُرّاً) لعدم المكافأة (وَيَجِبُ عَلَى الْآخَرَيْنِ) لوجودها وصار كشريك الأب، وهذا هو المذهب^(١)، وقيل: في وجوب قصاص النفس عليهما قولان كشريك السبع.

وقيل: لا قصاص عليهما قطعاً؛ لأنه مات من جرح صادف رقاً وحرية، فأشبه ما إذا خرج من نصفه حر ونصفه رقيق.

وأما الدية فتجب على الثلاثة أثلاثاً، ولا حق للسيد فيما يجب على الآخرين، وإنما يتعلق حقه بما على الأول.

وفيما يستحقه القولان، فعلى القول الأول أقلّ الأمرين من ثلث الدية وثلث القيمة. وعلى الثاني الأقل من ثلث الدية وأرش الجناية في ملكه، وهو نصف القيمة.



(فَصْلٌ)

قال: (يُشْتَرَطُ لِقِصَاصِ الطَّرَفِ وَالْجُرْحِ مَا شُرِطَ لِلنَّفْسِ) أي: من كون القتل محضاً عدواناً، ومن كون القاتل مكلفاً ملتزماً، ومن كون المقتول معصوماً، فلا يجب القصاص فيما إذا وقعت الجراحة خطأ كما إذا قصد بالحجر جداراً فأصاب رأس إنسان وأوضحه، أو شبه عمد بأن ضرب رأسه بحجر لا يشج غالباً فتورم الموضع، وانتهى الأمر إلى وضوح العظم ومن لا يقتل به لا يقطع طرفه بطرفه، ولا يشترط في قصاص الطرف التساوي في البدل، فيقطع العبد بالعبد والمرأة بالرجل وبالعكس، والذمي بالمسلم، والعبد بالحر ولا عكس فيهما.

وقال أبو حنيفة: لا يجري قصاص الطرف بين العبد والحر، ولا بين العبدین، ولا بين الذكر والأنثى^(١).

قال: (وَلَوْ وَضَعُوا سَيْفًا عَلَى يَدِهِ وَتَحَامَلُوا عَلَيْهِ دَفْعَةً فَأَبَانُوهَا قُطِعُوا) كما في النفس، ويخالف ما لو سرق رجلان نصاباً واحداً لا يجب القطع؛ لأنه حق الله تعالى، بخلاف القصاص فإنه حق الآدمي، وكذلك لو سرق نصف نصاب ثم عاد فأكمل لا يقطع.

وهنا لو أبان اليد بدفعتين قطع، وقال أبو حنيفة: لا تقطع الأطراف بطرف واحد^(٢)، لنا ما سلف.

(١) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/١٥٩ - ١٦١، «المبسوط» ٢٦/١٣٦ - ١٣٧، «بدائع الصنائع» ٧/٣٠٥، «الاختيار لتعليل المختار» ٥/٣٨.

(٢) أنظر: «المبسوط» ٢٦/١٣٧، «الاختيار لتعليل المختار» ٥/٤٠، «تبيين الحقائق» ٦/١١٥.

أما إذا تميز فعل الشركاء بأن قطع هذا من جانب وذا^(١) من جانب حتى التقت الحديدتان، أو قطع أحدهما بعض اليد وجاء آخر وقطع الباقي فلا قصاص على واحد منهما، وتجب الحكومة على كل واحد منهما على ما يليق بجنايته.

وينبغي أن يبلغ مجموع الحكومتين دية اليد. وعن صاحب «التقريب» حكاية قول أنه يقطع من كل واحد منهما بقدر ما قطع إن أمكن ضبطه^(٢)، والمشهور ما تقدم.

فائدة:

قوله: (تحاملوا عليه) قال الجوهري: تحامل عليه. أي: مال عليه، وتحاملت على نفسي، أي: تكلفت الشيء على مشقة^(٣). قال: (وَشَجَاجُ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ عَشْرٌ) أي: مشهورة، وذكر^(٤). فيها ألفاظ آخر ستأتي، والشجاج- بكسر الشين- جمع شجة بفتحها كما قيده المصنف في «نكته» على «التنبية»^(٥) ورأيته مضبوطاً في الأصل بخطه، وسبقه إلى ذلك كمال الدين الدزماري في «شرح التنبية» أيضاً فقال: الشجاج بكسر الشين لا غير. وقال غيره: هي المرة من شجه يشجه شجاً فهو مشجوج وشجيج.

قال: (حَارِصَةٌ) أي: بمهمات / ١٧ (وَهِيَ مَا شَقَّ الْجِلْدَ قَلِيلاً) أي:

(١) في (ب): وهذا.

(٢) أنظر: «نهاية المطلب» ٣٦/١٦.

(٣) «الصحاح» ١٦٧٧/١٤ - ١٦٧٨.

(٤) بعدها في (ب): الشجاج. (٥) «تحرير التنبية» ص ٣٢٣.

نحو الخدش. وفسرها صاحب «المهذب» وغيره بما يكشف الجلد^(١)، وهي مأخوذة من قولهم: حرص القصار الثوب: إذا خدشه قليلا بالدق أو كشط عنه الوسخ.

قال صاحب «المحكم»^(٢): وتسمى الحريصة أيضًا^(٣).

وفي الرافعي و«الروضة»: الحرصة بلا ياء بين الرء والصاد^(٤).

قال: (وَدَامِيَّةٌ تُدْمِيهِ) أي: تدمي موضعها من الشق أو الخدش، ولا يقطر منها دم. كذا نقل عن الشافعي وأهل اللغة.

قال أهل اللغة: فإن سال منها دم فهي الدامعة، بالعين المهملة^(٥). وذكر الإمام والغزالي في تفسيرها: سيلان الدم^(٦). وهو خلاف الصواب.

قال: (وَبَاضِعَةٌ تَقْطَعُ اللَّحْمَ) لأن البضع: الشق.

قال: (وَمُتْلَاحِمَةٌ تَغُوصُ فِيهِ) أي: في اللحم ولا تبلغ^(٧) الجلد بين اللحم والعظم، وتسمى اللاحمة^(٨) أيضًا، وأهل المدينة يسمونها البازلة. وعن «الأم»^(٩) تقديم المتلاحمة على الباضعة، وتفسير كل منهما بما سبق في الأخرى^(١٠)، والمعنى لا يختلف^(١١).

(١) «المهذب» ١٩٨/٢. (٢) في (ب): المطلع.

(٣) «المحكم» ١٠٤/٣.

(٤) «الشرح الكبير» ٢٠٧/١٠، «روضة الطالبين» ١٧٩/٩.

(٥) «الصحيح» ١٢٠٩/٣.

(٦) «نهاية المطلب» ١٨٧/١٦، «الوسيط» ٢٨٨/٦.

(٧) في (ب): تقطع. (٨) في (ب): المتلاحمة.

(٩) في (ب): الإمام. (١٠) «الأم» ٦٨/٦.

(١١) بعدها في (ب): به.

قال: (وَسِمْحَاقُ) أي: بكسر السين وبالحاء المهملتين (تَبْلُغُ الْجِلْدَةَ التي بَيْنَ اللَّحْمِ وَالْعَظْمِ)، سميت بذلك؛ لأن تلك الجلد تسمى سمحاق الرأس، وقد تسمى هذه الشجة (الملطا والملطاة واللاطئة)^(١).

قال: (وَمَوْضِحَةُ تَوْضِيحِ الْعَظْمِ) أي: تكشفه بحيث يقرع بالمرود، وإن كان العظم غير مشاهد للدم الذي ستره، ولو غرز إبرة في رأسه ووصلت إلى العظم فظاهر النص أنه إيضاح^(٢)، وهو ما أورده كثيرون؛ لأن أنكشاف العظم قد حصل، وإن تعذرت الرؤية لضيق المنفذ. وتردد فيه الإمام^(٣).

قال: (وَهَاشِمَةُ تَهْشِمُهُ) أي: تكسره.

قال: (وَمُنْقَلَةٌ تَنْقُلُهُ) أي: تنقل العظم من موضع، إلى موضع ويقال: هي التي تكسر وتنقل، ويقال: هي التي تكسر العظم حتى يخرج منها فراش العظام، والفراشة: كل عظم رقيق. وفراش الرأس: عظام رقاق تلي^(٤) القحف.

قال: (وَمَأْمُومَةٌ تَبْلُغُ خَرِيطَةَ الدِّمَاغِ) أي: المحيطة به، وهي أم الرأس، ويقال لها: الأمة أيضًا.

قال: (وَدَامِغَةٌ تَخْرِقُهَا) أي: تخرق خريطة الدماغ وتصل إلى^(٥)

(١) في (ب): الملطاة والملطاة والملاطئة.

(٢) «الأم» ٦٨/٦.

(٣) «نهاية المطلب» ١٦/١٩٧.

(٤) في الأصل: على.

(٥) ساقطة من (ب).

الدماغ وهي مذففة.

هذه العشرة المشهورة، وجعل ابن سريج الدامغة والمأمومة سواء، وأثبت بدل الدامغة- بالمعجمة- الدامعة- بالمهملة- وجعلها بين الباضعة والدامية، ولذلك عدّها الأكثرون كما قال الماوردي: أحد عشر^(١)، وزاد بعضهم بين الباضعة والمتلاحمة البازلة، فتكون اثني عشر. وزاد بعضهم بين المتلاحمة والسمحاق الملطاة، فيكون ثلاثة عشر.

وزاد بعضهم بين الموضحة والهاشمة المفرشة فيكون أربعة عشر^(٢). ونقل القاضي أبو الطيب عن أهل اللغة أنها ثمانية، وأسقط الدامية والدامغة، ويذكر في الشجاج الحالقة.

وعن إبراهيم الحربي أنها الأولى من الشجاج، والحادصة تليها. والأكثرون عكسوا وقالوا: إنها تلي الحارصة.

ويقال للمفرشة السابقة: المقرشة- بالقاف- والقاشرة^(٣)، وهي الحارصة بعينها، ويجوز أن تجعل الحالقة بين الحارصة والدامية، وكذا فعل صاحب «المجمل» في جزء صنّفه في ذلك.

وجميع هذه /١٧ب/ الشجاج تفرض في الجبهة كما تفرض في الرأس كما صرح به المصنف، وكذلك يتصور ما سوى المأمومة والدامعة في الجلد^(٤) وقصبة الأنف واللحي الأسفل.

(١) «الحاوي» ١٢/١٥١.

(٢) «الحاوي» ١٢/٢٣٠.

(٣) في (ب): (الناشرة).

(٤) في الأصل: الخد.

قال: (وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْمَوْضِحَةِ فَقَطْ) لتيسر ضبطها واستيفاء مثلها، وأما غيرها، فقالوا^(١): لا تؤمن الزيادة والنقصان في طول الجراحة وعرضها، ولا يوثق باستيفاء المثل، ولذلك لا يوجب القصاص في كسر العظام.

قال: (وَقِيلَ وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى الْحَارِصَةِ) وهي الدامية والباضعة والمتلاحمة والسحقاق؛ لإمكان الوقوف على نسبة المقطوع إلى الجملة. وصور الشيخ أبو حامد ذلك فيما إذا كان على رأس كل واحد من الشاج والمشجوج موضحة قريبة من موضع الشجة، فينظر في موضحة المشجوج، ويقاس بها^(٢) الشجة التي يريد القصاص فيها أهي نصفها أو ثلثها؟

فإذا عرفنا ذلك نظرنا في موضحة الشاج واستوفينا مثل نصفها أو ثلثها.

قال الإمام: ويمكن ذلك إذا كانت الموضحتان طريتين، أما إذا عتقتا وأخذتا في الالتئام لم يتأت الضبط^(٣).

وهذا الوجه حكاه الرافعي قولاً فيما عدا الدامية، ثم حكى طرق الأصحاب في تنزيله وتابعه عليه المصنف في «الروضة» وعبر بالمشهد^(٤).

(١) في (ب): فلا.

(٢) في (ب): فيها.

(٣) «نهاية المطلب» ١٦/١٩٣.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/٢٠٩، «روضة الطالبين» ٩/١٨١.

أما الحارصة فلا قصاص فيها قطعاً كما حكاه الإمام؛ لأنه لا وقع لها، ولا يفوت بها شيء^(١). واستثنى المصنف الحارصة مما زاده على «المحرر» قال: في «الدقائق» ولا بد منه؛ لأن عبارته توهم^(٢) إجراء الخلاف فيها^(٣).

قلت: لكن قال ابن الرفعة: كلام الماوردي^(٤) والفوراني والمتولي يوهم^(٥) خلافاً فيها.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ فِي بَاقِي الْبَدَنِ أَوْ قَطَعَ بَعْضَ مَآرِنٍ أَوْ أُذُنٍ وَلَمْ يُبَيِّنْهُ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَصْحِ) أما الأولى، وهي ما إذا أوضح في بقية بدنه سوى الرأس والوجه كما إذا أوضح عظم الصدر أو العنق أو الساعد أو الأصابع، فوجه عدم الوجوب القياس على الأرش، فإنه لا أرش فيه مقدر، وهذا لأن الخطر في الجراحة على الرأس والوجه أعظم خطراً، والشين الحاصل بهما أقبح.

ووجه الوجوب، وهو الأصح، وظاهر النص تيسر أستيفاء المثل، ولا يعتبر القصاص بالأرش^(٦)، ألا ترى أن الأصبع الزائدة يقتص بمثلها، وليس لها أرش مقدر، وكذلك الساعد بالكف، وعلى عكسه الجائفة لها أرش مقدر ولا قصاص فيها^(٧).

(١) «نهاية المطلب» ١٦ / ١٩٢.

(٢) في الأصل: توجب. (٣) «دقائق المنهاج» ص ٧٣.

(٤) أنظر: «كفاية النبيه» ٣٨٥ / ١٥، وانظر: «الحاوي» ١٢ / ١٥١، ١٥٥.

(٥) في (ب): يفهم. (٦) «الأم» ٦ / ٤٥ - ٤٦.

(٧) في الأصل: قال فيها.

قال الرافعي: وإذا أختصرت وأجبت في الجراحات في جميع البدن بما هو الظاهر قلت: يجب القصاص في الجراحة على أي موضع كانت بشرط أن ينتهي إلى عظم ولا يكسره^(١).

وأما المسألة الثانية وهي ما إذا قطع بعض الأذن أو بعض المارن- وهو ما لان من الأنف- ولم يبنه، فقال الرافعي: فيه اختلاف قول رتب على الخلاف في الباضعة والمتلاحمة، والظاهر الوجوب؛ لإحاطة الهواء بهما وإمكان الاطلاع عليهما من الجانبين، ويقدر المقطوع بالجزئية كالنصف والثلث، ويستوفى من الجاني مثله، ولا نظر إلى مساحة المقطوع، وقد تختلف الأذان^(٢) صغراً وكبراً ١٨/ هذا ما في الرافعي^(٣).

وعبارة «الروضة»: الأظهر الوجوب^(٤)، فحيث حكاية الخلاف هنا وجهين (يخالف لما)^(٥) في الرافعي و«الروضة»، نعم هو موافق لما في «المحرر»^(٦).

فرع:

لو قطع بعض الكوع أو مفصل الساق والقدم ولم يبن فلا قصاص في الأظهر؛ لأنها مجمع العروق والأعصاب، وهي مختلفة الوضع تسفلاً وتصدداً، فلا يؤثر بالمماثلة فيها بخلاف المارن.

(١) «الشرح الكبير» ٢١٠/١٠. (٢) في (ب): الأذنان.

(٣) «الشرح الكبير» ٢١٢/١٠ - ٢١٣.

(٤) «روضة الطالبين» ١٨٢/٩. (٥) في (ب): كما.

(٦) «المحرر» (ص ٣٩٣).

قال: (وَيَجِبُ فِي الْقَطْعِ مِنْ مَفْصِلٍ) أي: ويجب القصاص بقطع الطرف، قال الله تعالى: ﴿وَالْعَيْنَ وَالْأَنْفَ وَالْأَذُنَ وَالْأَذُنَ﴾ الآية [المائدة : ٤٥].

ولأن الحاجة تدعو إلى صيانة ذلك كالنفس، والشرط إمكان المماثلة وأمن أستيفاء الزيادة، وتحصيل^(١) ذلك بطريقتين: أحدهما: أن يكون للعضو جزء مضبوط ببقاء دلالة الإبانة كقطع الأذن ونحوه. وسيذكره المصنف بعد.

الثاني: أن يكون للعضو مفصل توضع الحديدة عليه وبيان، والمفصل: موضع اتصال عضو بعضو على منقطع عظمين، وقد يكون ذلك بمجاورة محضة كالكوع^(٢) والأنامل، والقدم والساق، وقد يكون موضع^(٣) مع دخول عضو في عضو كالمرفق والركبة، فإذا وقع القطع على بعضها أقتص من الجاني.

قال الإمام: وفي بعض تعاليقي عن شيخي حكاية وجه بعيد في المرفق والركبة، وكان سببه أنه لا تؤمن الزيادة لدخول عظم في عظم. قال: وأظنه غلطاً من المعلق. ومن المفاصل أصل الفخذ والمنكب، فإن أمكن القصاص بلا إجافة أقتص^(٤)، وهذا معنى قول المصنف: (حَتَّى فِي أَصْلِ فَخْذٍ وَمَنْكَبٍ إِنْ أُمِّكَنْ بِلَا إِجَافَةٍ).

والمفصل: بفتح الميم وكسر الصاد، وكذا رأيته مضبوطاً بخطه في أصله رحمه الله، وستعرف فيه زيادة في آخر السقرة إن شاء الله تعالى.

(١) في (ب): ويحصل. (٢) في (ب): كالبوع.

(٣) من (ب). (٤) «نهاية المطلب» ٢٠٥/١٦.

ثم قال: (وَالْأَفْلَا عَلَى الصَّحِيحِ) أي: وإن لم يكن القصاص إلا بالإجافة فلا يقتص سواء أجافه الجاني أم لا؛ لأن الجوائف لا تنضبط ضيقاً وسعة، وتأثيراً ونكاية، ولذلك لم يجز القصاص فيها. والثاني: أنه يقتص إذا كان الجاني أجافه^(١).

وقال أهل النظر: يمكن أن يقطع ويجاف مثل تلك الجائفة. ووجهه أن الجائفة ههنا تابعة غير مقصودة، وهذا هو المقابل للوجه الصحيح، لا أنه يقتص مطلقاً، فاعلم ذلك.

قال: (وَيَجِبُ) أي: القصاص (فِي فَقْءِ عَيْنٍ وَقَطْعِ أُذُنٍ وَجَفْنٍ وَمَارِنٍ وَشَفَةِ وَلِسَانٍ وَذَكَرٍ وَأُنْثَيْنِ)؛ لأن لها نهايات مضبوطة وإن لم يكن مفصل. وفي اللسان وجه ضعيف أنه لا قصاص؛ لأنه لا يمكن أستيفاؤه إلا بقطع غيره، وكذا في الشفة.

وقال الماوردي في الجفن: إن أمكن القود فيه ولم يتعد ضرره إلى العين وجب وإلا فلا^(٢).

فائدة^(٣):

الجفن بفتح الجيم كما ضبطه رحمه الله بخطه. وعن ابن سيده كسرهما^(٤).

والمارن: ما لان من الأنف كما قدمته قبل.

(١) في (ب): أجاف.

(٢) «الحاوي» ٢٥٧/١٢.

(٣) ساقطة من (ب).

(٤) «المحكم والمحيط الأعظم» ٣١٨/٧ (جفن).

وقال الماوردي: هو ما لان من الحاجز بين المنخرين المتصل بقصبة
/١٨ب/ الأنف^(١).

والشفة بالفتح أصلها: شفة وجمعها شفاه^(٢).

وقيل: المحذوف منها واو، واللسان يذكر ويؤنث، والمنكب
المذكور قريباً مجمع ما بين العضد والكتف. جمعه: مناكب.
قال: (وَكَذَا أَلْيَانٍ وَشُفْرَانٍ، فِي الْأَصَحِّ) لأن لها نهاية تنتهي إليها.
والثاني: لا؛ لأنه لا يمكن الاستيفاء إلا بقطع غيره.

فائدة:

قوله (أليان) هذا هو الفصيح بياء مثناة تحت فقط^(٣). وفي لغة أخرى
أليتان بزيادة مثناة فوق، والمفرد: ألية بفتح الهمزة، والجمع: أليات بفتح
الهمزة واللام.

والشفران بضم الشين طرفا جانب الفرج، وشفر كل شيء: حرفه.

قال: (وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ الْعِظَامِ) لعدم الوثوق بالمماثلة.

قال: (وَلَهُ قَطْعُ أَقْرَبِ مَفْصِلٍ إِلَى مَوْضِعِ الْكَسْرِ، وَحُكُومَةُ الْبَاقِي)
لتعذر القصاص كما أسلفناه، (فإذا قطع يده من الذراع مثلاً فيقتص من
الكوع ويأخذ أرش ما زاد)^(٤)، ولا يخفى أن له العفو والعدول إلى المال.
قال: (وَلَوْ أَوْضَحَهُ وَهَشَمَ أَوْضَحَ) لإمكان القصاص في الموضحة،
فأشبهه قطع اليد من وسط الساعد، فإن له أن يقتص في الكف.

(١) «الحاوي» ١٢/ ١٨٧.

(٢) في (ب): (شفا).

(٣) من (ب).

(٤) ساقط من (ب).

قال: (وَأَخَذَ خَمْسَةَ أَبْعَرَةٍ) لتعذر القصاص في الهشم، وهذا المأخوذ هو أرش ما بين الهاشمة والموضحة.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ وَنَقَلَ أَوْضَحَ، وَلَهُ عَشْرَةُ أَبْعَرَةٍ) لما قلناه في التي قبلها، وهذا المأخوذ هو أرش ما بين الموضحة والمنقلة.

قال: (وَلَوْ قَطَعَهُ مِنْ كُوعٍ فَلَيْسَ لَهُ التِّقَاطُ أَصَابِعِهِ) لأنه قدر على وضع الحديد على محل الجناية، ومهما أمكن رعاية المماثلة لا يعدل عنها.

والكوع: بضم الكاف (، ويقال له: الكاع،)^(١) وهو العظم الذي في مفصل الكف يلي الإبهام، وأما الذي يلي الخنصر فكرسوع، والمفصل^(٢) رسغ، بالسین والصاد.

قال: (فَإِنْ فَعَلَهُ عَزَّرَ) لعدوله عن المستحق.

قال: (وَلَا غُرْمَ) لأنه يستحق بإتلاف الجملة فلا يلزمه بإتلاف البعض غرم، كما أن مستحق قتل النفس لو قطع طرف الجاني لا غرم عليه.

قال: (وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ لَهُ قَطَعَ الْكَفِّ بَعْدَهُ) كما أن مستحق النفس لو قطع يد الجاني له أن يعود، ويحز رقبتة.

والثاني: لا، وهو نظير ما جزم به الإمام فيما إذا قطع يده من مفصل فاستوفى من الجاني دونه وأراد أن يقتص من المفصل^(٣)، كما أنه لو طلب حكومة لم يجب إليها، وكذا وجهه أبى الرفعة في «الكفاية»^(٤) ولم يذكر الرافعي له وجهًا^(٥).

(١) من (ب). (٢) في (ب): والمتصل.

(٣) «نهاية المطلب» ٢٢١/١٦. (٤) «كفاية النبيه» ٤٠٠/١٥.

(٥) «الشرح الكبير» ٢١٦/١٠.

فرع:

لو ترك قطع الكف وطلب حكومتها لم يجب؛ لأن حكومة الكف تدخل في دية الأصابع، وقد أستوفى الأصابع المقابلة بالدية.
قال: (وَلَوْ كَسَرَ عَصْدَهُ وَأَبَانَهُ قُطِعَ مِنَ الْمِرْفَقِ) لأنه أقرب مفصل إلى محل الجناية، والعصد مؤنثة وقد تذكر، وهي من مفصل المرفق إلى الكتف، وقد ذكرنا لغاتها في باب الوضوء.

قال: (وَلَهُ حُكُومَةُ الْبَاقِي) لعدم إمكان القصاص فيه.
قال: (فَلَوْ طَلَبَ الْكُوعَ مُكَّنَ فِي الْأَصَحِّ) لأنه عاجز عن القطع في محل الجناية، وهو بالعدول إلى الكوع تارك بعض حقه، فلا يمنع منه.
قال في «المحرر»: وهذا ما رجح من الوجهين^(١). وأشار به إلى البغوي فإنه رجحه كما نقله عنه في «شرحه».

والثاني: لا يمكن؛ لأنه عدول عما هو أقرب إلى محل الجناية.
قال الرافعي: وإيراد الروياني وغيره يشعر بترجيحه^(٢) ١١٩/١.
قال: (وَلَوْ أَوْضَحَهُ فَذَهَبَ ضَوْؤُهُ أَوْضَحَهُ فَإِنْ ذَهَبَ الضَّوْءُ وَإِلَّا أَذْهَبَهُ بِأَخْفٍ مُمَكِّنٍ كَتَقْرِبِ حَدِيدَةٍ مُحَمَّاةٍ مِنْ حَدَقَتِهِ) أعلم أن الشافعي نص على أنه يجب القصاص في الضوء كما يجب في الموضحة^(٣)، ونص فيما إذا قطع أصبعه فسرى إلى الكف أو إلى أصبع أخرى بتآكل أو شلل، فإنه لا يجب في محل السراية^(٤)، فقل قولان:

(١) «المحرر» (ص ٣٩٤).

(٢) «الشرح الكبير» ٢١٥/١٠، وانظر: «التهذيب» ١٠٧/٧.

(٣) «الأم» ٥٦/٦. (٤) «الأم» ٤٧/٦.

أحدهما: أنه لا قصاص فيهما بالسراية؛ لأنه لا يقصد تفويت جسم بالجناية على غيره، ولا تفويت الضوء بالجناية على غير الحدقة، فإذا حصل بفعله كان الشخص كالمخطئ فيه.

والثاني: يجب لتولد الفوات من جناية تعمدتها فكذلك لو تولد الزهوق من قطع الأنملة وجب القصاص، وإن كان لا يقصد به الزهوق غالباً؛ لأنه لا يفضي إليه غالباً، والمذهب تقرير النصين.

والفرق أن الضوء ونحوه من اللطائف لا يباشر بالجناية، وإنما يقصد بالجناية على محلها أو محل آخر، والأجسام تنال بالجناية، والجناية على غيرها لا تعد قصداً إلى تفويتها، فإذا أوضحناه فذهب الضوء فذاك^(١)، وإن لم يذهب أذهب بأخف ممكن كتقريب حديدة محماة من عينه أو طرح كافور فيها ونحوهما، واستشكل بعضهم كيفية إمكان إذهاب البصر^(٢) بذلك على وجه تقع به المماثلة.

قال: (وَلَوْ لَطَمَهُ لَطْمَةً تَذْهَبُ ضَوْؤُهُ غَالِبًا فَذَهَبَ لَطْمُهُ مِثْلَهَا) طلباً للمماثلة.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَذْهَبْ أَذْهَبَ) أي: بالمعالجة كما سلف؛ لإمكان الاستيفاء من غير حيف، كذا نص عليه^(٣).

وفي وجه صححه البغوي واستحسنه الرافعي أنه لا يقتص في اللطمة كما لا يقتص في الهاشمة إذا هشمه فذهب ضوؤه؛ لأنه لا قصاص في اللطمة إذا أنفردت وكذا الهاشمة أيضاً^(٤).

(١) في (ب): فذلك. (٢) في (ب): الضوء. (٣) «الأم» ٥٧/٦.

(٤) «التهذيب» ٩٩/٧ - ١٠٠، «الشرح الكبير» ٢١٩/١٠.

فرع:

لو ذهب ضوء إحدى العينين فقط لم يلطم لاحتمال ذهاب ضوءها، بل يذهب بالمعالجة إن أمكن، فإن لم يمكن أخذت الدية لتعذر القصاص. قال: (وَالسَّمْعُ كَالْبَصَرِ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهِ بِالسَّرَايَةِ) لأن له محلاً مضبوطاً، وهذا ما صححه الإمام رواية ونقلًا كما قال الرافعي^(١).

وقال صاحب «المهذب»: لو جنى على أذنه فذهب سمعه لم يجب القصاص في السمع؛ لأنه في غير محل الجناية فلا يمكن القصاص فيها^(٢).

قال الرافعي: وهذا القدر من التوجيه يشكل بمسألة الضوء، يعني: السالفة^(٣).

قال: (وَكَذَا الْبَطْشُ وَالذُّوقُ وَالشَّمُّ فِي الْأَصَحِّ) لأن لها محلاً مضبوطة ولأهل الخبرة طرق في إبطالها.

قال في «المحرر»: وهذا هو الأشبه^(٤).

والثاني: المنع؛ لأن هذه المعاني لا يمكن القصاص فيها.

فرع:

في العقل أيضاً تردد لبعده تناوله بالسراية، والأقرب كما قال الرافعي: منع القصاص؛ لأنه لا يوثق بالمعالجة بما يزيله^(٥).

(١) «الشرح الكبير» ٢١٨/١٠ وانظر: «نهاية المطلب» ٢٠٩/١٦.

(٢) «المهذب» ١٨٠/٢. (٣) «الشرح الكبير» ٢١٨/١٠.

(٤) «المحرر» (ص ٣٩٤).

(٥) «الشرح الكبير» ٢١٨/١٠.

قال: (وَلَوْ قَطَعَ أَصْبَعًا فَتَأْكَلَ غَيْرُهَا فَلَا قِصَاصَ فِي الْمُتَأَكِّلِ) لعدم تحقق العمدية، وفيه قول مخرج من ذهاب البصر^(١) بالموضحة أنه يجب القصاص، وقد قدمته قريباً.

وقال أبو حنيفة: يسقط قصاص الأصبع بالسراية (إلى الكف)^(٢)، لنا: أنها جناية مضمونة بالقصاص لو لم يسر فلا يسقط القصاص / ١٩ب/ فيها بالسراية)^(٣) كما لو قطع يد حامل فسرى إلى جنيها فسقط ميتاً.



(١) في (ب): الضوء.

(٢) أنظر: «المبسوط» ٢٦ / ١٠١، «بدائع الصنائع» ٣٠٦ / ٧ - ٣٠٧، «الاختيار لتعليل المختار» ٥١ / ٥.

(٣) ساقطة من (ب).

(بَابُ كَيْفِيَّةِ الْقِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَالِاخْتِلَافُ فِيهِ)

أي: والعفو عنه فإنه قد ذكره آخرًا، وذكر الاختلاف فيه قبل مستوفي القصاص، ويجاب بأن الواو لا تقتضي ترتيبًا.

قال: (لَا تُقَطَّعُ يَسَارٌ يَمِينٍ) لأن المقصود من القصاص المساواة، ولا مساواة بين اليمين واليسار.

قال: (وَلَا شَفَّةٌ عَلِيًّا بِسُفْلَى) لاختلاف المنافع، واختلاف تأثير المحال بالجراحات.

قال: (وَلَا عَكْسُهُ) أي: لا تقطع يمين بيسار، وَلَا شَفَّةٌ سُفْلَى بِعُلْيَا، لما ذكرناه أيضا من اختلاف المحال والمنافع كما لا يؤخذ أنف بعين. فرع:

لو وجب القصاص في اليمين، واتفقا على قطع اليسار بدلها لم تكن بدلًا كما لو قتل غير القاتل برضاه بدلًا لا يقع بدلًا، ولكن لا قصاص في اليسار لشبهة البدل والرضا، وتجب ديتهما، ومن علم منهما فساد هذه المصالحة أثم بقطع اليسار.

وهل يسقط قصاص اليمين بما جرى؟ وجهان: أحدهما: نعم؛ لأن الرضا بأخذ اليسار عوضاً عن اليمين عفو عن اليمين.

قال: (وَلَا أُنْمَلَةُ بِأُخْرَى، وَلَا زَائِدٌ بِزَائِدٍ فِي مَحَلٍّ آخَرَ) أي: ولا تقطع أنملة أصبع بأنملة أخرى من تلك الأصابع لما ذكرناه، ولا أصبع زائدة بزائدة أخرى إذا اختلف محلها بأن كانت زائدة المجني عليه بجانب الخنصر، وزائدة الجاني بجانب الإبهام، بل تؤخذ الحكومة.



فرع:

لا يقطع أصبع بأصبع كالسبابة بالوسطى، ذكره الرافعي في «المحرر»^(١).

قال: (وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ كِبَرٍ وَطُولٍ وَقُوَّةٍ بَطْشٍ فِي أَصْلِيٍّ) كما لا تعتبر مماثلة النفوس هذه الأمور، والسبب فيه أن مماثلة النفوس والأطراف لا تكاد تتفق.

قال: (وَكَذَا زَائِدٌ) أي: كالأصبع والسن الزائدين (فِي الْأَصْحَحِّ) كما في الأصلية.

والثاني: يضر؛ لأنه ليس لها أسم مخصوص حتى يكتفى بالاتفاق في الاسم كما يكتفى في اليمين واليسار، فينظر في القدر، وتراعى الصورة، فعلى هذا إن كانت زائدة الجاني أكبر لم يقتص منه، وإن كانت زائدة المجني عليه أكبر أقتص منه، وأخذ حكومة قدر النقصان. ثم الخلاف فيما رآه الإمام مخصوص بما إذا لم يؤثر تفاوت الحجم في الحكومة، فإن أثر اختلفت نسبتها إلى الجملة، وذلك يمنع القصاص؛ ولذلك لم تقطع الصحيحة بالشلاء؛ لأن الصحيحة نصف الجملة بخلاف الشلاء^(٢).

قال: (والاختلاف في اللون وسائر الصفات لا يؤثر بعد التساوي في الحكومة) بخلاف التفاوت في الحجم، وأطلق مطلقون منهم البغوي الخلاف^(٣).

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/٢١٣ - ٢١٤.

(١) «المحرر» (ص ٣٩٤).

(٣) «التهذيب» ٧/١٠٥.

فرع:

تقطع الزائدة بالأصلية إذا اتفق محلها، ولا شيء له؛ لنقصان الزائدة كما لو رضي بالشلاء عن الصحيحة.



قال: (وَيُعْتَبَرُ قَدْرُ الْمُوضِحَةِ طُولًا وَعَرْضًا) أي: في قصاصها فلا يقابل ضيقه بواسعته، ولا يقنع بضيقه عن واسعه، كما صرح به في «المحرر»^(١) فتذرع موضحة المشجوج بخشبة أو خيط^(٢)، ويحلق ذلك الموضع من رأس الشاج إن كان عليه شعر ويخط عليه بسواد أو حمرة، ويضبط الشاج ٢٠/ حتى لا يضطرب، ويوضح بحديدة حادة كالموسى، ولا يوضح بالسيف وإن أوضح الشاج به؛ لأنه لا تؤمن الزيادة، وكذا لو أوضح بحجر وخشبة يقتص منه بالحديدة.

كذا ذكره القفال وغيره، وتردد فيه الروياني ثم يفعل ما هو أسهل عليه من الشق دفعة واحدة أو شيئاً فشيئاً، ويرفق في موضع العلامة، وإنما يحلق موضع الموضحة من رأس الجاني إن كان على رأس المجني عليه شعر، فإن لم يكن عليه شعر وقت الجناية، وللجاني شعر فلا قصاص؛ لما فيه من إتلاف شعر لم يتلفه الجاني، نص عليه في «الأم» ولا نظر إلى خفة الشعر وكثافته^(٣)، وجزم في «الحاوي الكبير» بالحلق مطلقاً^(٤)، وظاهر نص «المختصر»^(٥) يوافقه^(٦).

(١) «المحرر» (ص ٣٩٤ - ٣٩٥). (٢) في (ب): (بخيط).

(٣) «الأم» ٥٦/٦. (٤) «الحاوي» ١٢/١٥١.

(٥) «الأم» ١١٧/٥. (٦) في (ب): فراجع.

قال: (وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ غِلَظِ لَحْمٍ وَجِلْدٍ) لأن أَسْمَ الموضحة يتعلق بإنهاء الجراحة إلى العظم والتساوي في قدر العوض^(١) قليلاً ما يتفق فيقطع النظر عنه كما يقطع النظر عن الصغير والكبير في الأطراف، وعن أبي إسحاق أنه يعتبر التساوي في العمق، ولا يعوض شعرتين في مقابلة شعرة، وغلطه الإمام وغيره؛ لأنه يؤدي إلى سد باب الموضحة^(٢). قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ كُلُّ رَأْسِهِ، وَرَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرُ أَسْتَوْعَبْنَاهُ) لقوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥].

قال: (وَلَا تُنَمِّمُهُ مِنَ الْوَجْهِ وَالْقَفَا) لأنهما غير محل الجناية. قال: (بَلْ يُؤْخَذُ قِسْطُ الْبَاقِي مِنْ أَرْضِ الْمُوضِحَةِ لَوْ وُزِعَ عَلَى جَمِيعِهَا) لتعيينه طريقاً، فلو كان المستوفي بإيضاح جميع رأسه قدر الثلثين أخذ ثلث الأرش، ويشبه ذلك بما إذا قطع ناقص الأصابع يداً كاملة الأصابع فإنه تقطع يده الناقصة، ويأخذ أرش الأصبع الناقصة. وقيل: يأخذ تمام أرش موضحة؛ لأنه لو أنفرد ذلك القدر كان موضحة كاملة.

قال: (وَإِنْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَكْبَرَ أُخِذَ قَدْرُ رَأْسِ الْمَشْجُوجِ فَقَطُّ) لحصول المساواة.

قال: (وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْاِخْتِيَارَ فِي مَوْضِعِهِ إِلَى الْجَانِي) لأن جميع رأسه محل الجناية.

والثاني: إلى المجني عليه، وعزا إلى الماوردي تصحيحه، وأنه نقله

(١) في (ب): (العرض).

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/١٩٣. وأبو إسحاق هو: المروزي.

عن جمهور الأصحاب^(١).

والثالث: أنه يتبدى من حيث ابتداء الجاني، ويذهب في الجهة التي ذهب إليها إلى أن يتم القدر.

فرع:

لو أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس وبعضه من مؤخره، لم يكن له ذلك على الصحيح؛ لأنه يأخذ موضحتين بدل موضحة، ولو أراد أن يستوفي البعض ويأخذ للباقي قسطه^(٢) من الأرش مع تمكنه من أستيفاء الباقي لم يكن له ذلك على الصحيح بخلاف ما لو^(٣) أوضح في موضعين؛ لأنهما جنايتان.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ نَاصِيَةً، وَنَاصِيَتُهُ) يعني: الجاني (أَصْغَرَ تُمَمٍ مِنْ بَاقِي الرَّأْسِ) لأن الرأس كله عضو واحد، ولا فرق بين مقدمه ومؤخره. وفي وجه اختياره القاضي حسين أنه لا يجوز مجاوزة ذلك الموضع كما لا يجوز النزول إلى الوجه والقفا لتكميل موضحة الرأس. والمشهور المنصوص ما جزم به المصنف^(٤).

قال: (وَلَوْ زَادَ الْمُقْتَصُّ ٢٠ب/ فِي مُوضِحَةٍ عَلَى حَقِّهِ لَزِمَهُ قِصَاصُ الزِّيَادَةِ) أي: ويكون بعد أندمال الموضحة التي في رأسه، وأطلق المصنف ذلك، ومحله كما قال في «الروضة» تبعاً للرافعي ما إذا لم يضطرب الجاني، فإن زاد باضطرابه فلا غرم^(٥).

(١) «الحاوي» ١٢/ ١٥٢. (٢) في (ب): (قسط).

(٣) في (ب): إذا. (٤) «الأم» ٦/ ٤٤.

(٥) «روضة الطالبين» ٩/ ١٩١، وانظر: «الشرح الكبير» ١٠/ ٢٢٥.

قال: (فَإِنْ كَانَ خَطًّا) أي: بأن اضطربت يده (أَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ وَجَبَ أَرْضٌ كَامِلٌ)، لأن حكم الزيادة يخالف حكم الأصل، فالأصل عمد مستحق والزيادة خطأ وغير مستحقة، وتغاير الحكم كتعدد الجاني.

قال: (وَقِيلَ: قِسْطُهُ) أي: قسط الزيادة بعد توزيع الأرض عليهما؛ لاتحاد الجارح والجراحة، وهذا كما ذكرنا أنه يجب القسط فيما إذا كان رأس الشاج أصغر.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَهُ جَمْعٌ) أي: بأن تحاملوا على الآلة وحزوها معاً (أَوْضَحَ مِنْ كُلِّ وَاحِدٍ مِثْلَهَا) أي: مثل تلك الموضحة كالشركاء في القطع. قال في «المحرر» وهذا أقرب الوجهين^(١)، وهو لفظ الإمام في «نهايته» أيضاً^(٢)، وبه أجاب البغوي أيضاً.

قال: (وَقِيلَ قِسْطُهُ) أي: يوزع عليهم ويوضح من كل واحد قدر حصته؛ لإمكان التجزئة بخلاف القتل.

وهذا الوجه هو احتمال للإمام^(٣) كما صرح به الرافعي والمصنف في «الروضة»^(٤)، نعم جعله في «المحرر» وجهاً^(٥) فتبعه المصنف.

قال: (وَلَا تُقْطَعُ صَحِيحَةٌ بِشَلَاءٍ، وَإِنْ رَضِيَ الْجَانِي) لأن الشلاء مسلوقة المنفعة، فلا يؤخذ بها كاملة، كما لا تؤخذ العين البصيرة

(١) «المحرر» (ص ٤٩٥).

(٢) «نهاية المطلب» ٢٠١/١٦. (٣) في (ب): (الأم).

(٤) «الشرح الكبير» ٢٢٦/١٠، «روضة الطالبين» ٩/١٩١، وانظر: «نهاية المطلب» ٢٠١/١٦.

(٥) «المحرر» (ص ٣٩٥).

بالعمياء، بخلاف الأذن الشلاء حيث أخذت بها الأذن الصحيحة في الأصح؛ لأن منفعتها من جمع الصوت أو دفع الهوام باقية، هذا إذا وقف القطع فإن سرى إلى النفس ففي الطرف الثالث من «الروضة» تبعاً للرافعي في الكلام على ما إذا مات بجائفة أو كسر عضد، وأن الأكثر على أنه يفعل به كفعله أن الخلاف يجري فيما إذا قطع يداً شلاء ويد القاطع صحيحة أو ساعداً ممن لا كف له، والقاطع سليم، هل يستوفي القصاص بقطع اليد والساعد، ومقتضاه أن الأكثر على الاستيفاء^(١).

فائدة:

الشلاء بالمد كما ضبطه مؤلفه بخطه رحمه الله: التي بطل بطشها. قال البعلي: الشلل بطلان في اليد أو الرجل من آفةٍ (تعترئها)^(٢)، قال: وليس معناه قطعت، كما قاله ابن سيده^(٣).

وقال الزمخشري: إذا أسترخت.

وقال كراع في «المجرد»^(٤): والشلل تقبض الكف، يقال: شلت يده تشل شللاً فهي شلاء، وماضيه مفتوح، ولا يجوز: شلت بضم الشين إلا في لغة قليلة حكاها اللحياني والمطرز^(٥).

(١) «روضة الطالبين» ٩/١٩٣، وانظر: «الشرح الكبير» ١٠/ ٢٢٦ - ٢٢٧.

(٢) في (ب): تعرضها.

(٣) «المحكم» ٧/ ٤٢٥.

(٤) في الأصل: البحر.

(٥) أنظر: «المطلع على أبواب المقنع» (ص ٣٦١ - ٣٦٢).

وقال الجويني من أصحابنا: المراد بالشلل في اليد والرجل زوال الحس (والحركة، وجعل شلل العضو موته).

وقال إمام الحرمين: لا يشترط زوال الحس^(١) بالكلية، وإنما الشلل بطلان العمل^(٢)، وهذا ما صححه ابن الرقعة^(٣).

قال: (فَلَوْ فَعَلَ) أي: خالف وقطع الصحيحة (لَمْ يَقَعْ قِصَاصًا بَلْ عَلَيْهِ دِيَّتُهَا، فَلَوْ سَرَىٰ فَعَلَيْهِ قِصَاصُ النَّفْسِ) هذا إذا قطع بغير رضا الجاني، فإن قطع برضاه فلا قصاص عند السراية؛ لأنه قطع بالإذن، ثم ينظر فإن قال الجاني: أقطع يدي. وأطلق، جعل^(٤) المجني عليه مستوفياً لحقه، ولم يلزمه شيء، وإن قال: أقطعها عوضاً عن يدك، أو قصاصاً. ففيه وجهان: أحدهما -وبه أجاب البغوي- أن على المجني عليه نصف الدية / ٢١/ وعلى الجاني الحكومة؛ لأنه لم يبذلها مجاناً^(٥).
والثاني: لا شيء على المجني عليه وكأن الجاني أدى الجيد عن الرديء وقبضه المستحق.

فرع:

(وَتُقَطَّعُ الشَّلَاءُ بِالصَّحِيحَةِ)؛ لأنها دون حقه.

قال: (إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الْخِبَرَةِ لَا يَنْقَطِعُ الدَّمُّ) أي: بل تنفتح أفواه

(١) ما بين القوسين ساقط من (ب).

(٢) «نهاية المطلب» ٢١٧/١٦.

(٣) «كفاية النبيه» ٤٠٠/١٥.

(٤) في (ب): حصل.

(٥) «التهذيب» ١٠٩/٧.

العروق ولا تنسد بالحسم لما فيه من أستيفاء النفس بالطرف، وللمجني عليه دية يده، فإن قال أهل الخبرة: تنقطع. فله قطعها قصاصًا كقتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر.

قال: (وَيَقْنَعُ بِهَا مُسْتَوْفِيهَا) أي: ولا يطلب مع ذلك أرش الشلل، ووجه ذلك بأن الصحيحة والشلأ متساويتان في الجرم، والاختلاف بينهما في الصفة، والصفة المجردة لا تقابل بالمال، وكذلك إذا قتل الذمي بالمسلم والعبد بالحر لم يجب؛ لفضيلة الإسلام والحرية شيء. وشبه أيضًا بما إذا تعيب العبد في يد البائع، فإن المشتري إما أن يرده ويسترد الثمن، أو يرضى به بجميع الثمن، وليس له أن يمسكه ويسترد بعض الثمن.

وفي وجه لا تقطع الشلأ بالصحيحة مطلقًا؛ لأن الشرع لم يرد بالقصاص فيها، وظاهر ما في الجيلي طرد الخلاف فيما إذا قال أهل الخبرة: ينقطع^(١) الدم، وهو بعيد.

فرع:

هل تقطع الشلأ بالشلأ؟ فيه وجهان:

أحدهما: لا؛ لأن العلل تتفاوت.

وأصحهما: نعم إن أستويا في الشلل، أو كان شلل يد القاطع أكثر، والشرط ألا يخاف نزف الدم كما سلف.

قال: (وَيُقْطَعُ سَلِيمٌ بِأَعْسَمٍ وَأَعْرَجٌ)؛ لأنه لا خلل^(٢) في اليد والرجل.

(١) في (ب): لا ينقطع.

(٢) في الأصل: (حائل).

والأعسم بالعين والسين المهملتين ، وكذا رأيته بخط مؤلفه رحمه الله ،
وعلم على السين علامة الإهمال.

قال الجوهري : هو ييس مفصل الرسغ حتى يعوج الكف والقدم^(١).
وقال ابن فارس : هو ييس في المرفق^(٢).

(وقال الرافعي : تشنج في المرفق أو قصر في الساعد أو العضد)^(٣).

وقال الشيخ أبو حامد : هو الذي يكون بطشه بيساره أكثر. وقال
صاحب «الشامل» وغيره : هو أعوجاج وميل في رسغ اليد.

قال : (وَلَا أَثَرَ لِحُضْرَةِ أَظْفَارٍ وَسَوَادِهَا) أي : وزوال نضارتها كما ذكره
في «المحرر»^(٤) فَإِنَّ هَذِهِ الْأَحْوَالَ عِلَّةٌ وَمَرَضٌ فِي الظفر.

قال : (وَالصَّحِيحُ قَطْعُ ذَاهِبَةِ الْأَظْفَارِ بِسَلِيمَتِهَا دُونَ عَكْسِهِ) أعلم أن
مقتضى كلام المصنف هذا أنه على وجه لا يقطع ذاهبة^(٥) الأظفار
بسليمتها ، وليس ذلك في الرافعي ولا في «الروضة» ، وليس في عكسه
أيضاً وجه منقول ، بل فيه احتمال للإمام أنه تقطع السليمة بذهابة
الأظفار^(٦) ، وهذا لفظ الرافعي : وأما الذي لا أظفار لها فالذي ذكره
أصحابنا العراقيون وغيرهم أنه لا^(٧) تقطع بها سليمة الأظفار ، وأنها

(١) «الصحاح» ٥ / ١٩٨٥.

(٢) «مجل اللغة» ٣ / ٦٦٧ ، «مقاييس اللغة» (ص ٧٤٥).

(٣) من (ب).

(٤) «المحرر» (ص ٣٩٥).

(٥) في الأصل : دامية.

(٦) «نهاية المطلب» ١٦ / ٢٥٢.

(٧) ساقطة من (ب).

تقطع بالسليمة، وكذا حكاها الإمام عنهم ونسبه إلى النص، لكن عن الشيخ أبي حامد وغيره أنه تكمل فيها الدية، فقال الإمام على سبيل الاحتمال: القياس جريان القصاص، وإن عدت الأظفار؛ لأنها زوائد، ولو لم يجز القصاص لما تمت دية اليد ولا الأصابع^(١) الساقطة / ٢١ب/ الظفر.

وفي البغوي بعكس^(٢) قياس المنقول، فقال: تنقص عن الدية شيء. وجرى الغزالي على ما أبداه الإمام احتمالاً، وترك المنقول للظاهر^(٣). أنتهى.

وكذا ذكره المصنف في «الروضة»^(٤) وعبر الرافعي في «المحرر» بالظاهر^(٥) فأوهم إجراء الخلاف، فصرح به المصنف.

قال: (وَالذَّكْرُ صِحَّةٌ وَشَلَلًا كَالْيَدِ) أي: الصحيحة مع الشلاء، فحكم قطع الذكر الصحيح بالأشل وبالعكس والأشل بالأشل، وقد تقدم واضحاً في اليد.

قال: (وَالْأَشْلُ) أي: والذكر الأشل (مُنْقَبِضٌ لَا يَنْبَسِطُ وَعَكْسُهُ) هذه عبارة الجمهور. وقيل: الذكر الأشل الذي لا يتقلص في البرد ولا يسترسل في الحر، وهو بمعنى العبارة الأولى.

قال: (وَلَا أَثَرٌ لِلْإِنْتِشَارِ وَعَدَمِهِ، فَيُقْطَعُ فَحُلٌّ بِخَصِيٍّ وَعَيْنٍ) لأنه لا

(١) في (ب): الأصبع.

(٢) ساقطة من (ب).

(٣) «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٢٨ - ٢٢٩، وانظر: «التهذيب» ٧ / ١٠٩.

(٤) «روضة الطالبيين» ٩ / ١٩٤.

(٥) «المحرر» (ص ٣٩٥).

خلل في نفس العضو، وتعذر الانتشار لضعف في القلب أو الدماغ، كذا قاله^(١) الرافعي في القلب^(٢)، ولعله في الصلب، كما قاله أبو الطيب، وعند الأئمة الثلاثة: لا يقطع ذكر الفحل بذكر الخصي والعنين^(٣)، ولا فرق بين الأكلف والمختون، والجلدة الزائدة حقها أن تكون زائلة.

فائدة:

الخصي بكسر الخاء والصاد: من قطعت أُنثياه مع جلدتهما، وقيل: من شلت أُنثياه. والعنين: تقدم بيانه في النكاح.

قال: (وَأَنْفٌ صَحِيحٌ بِأَخْشَمٍ) لأن الشم ليس في جرم الأنف، والأخشم هو الذي لا يشم.

قال: (وَأُذُنٌ سَمِيعٌ بِأَصَمٍّ) أي: وكذا بالعكس؛ لأن السمع ليس في جرم الأذن، وإنما هي آلة السمع. وعن مالك: لا تقطع أذن السميع بأذن الأصم^(٤).

قال: (لَا عَيْنٌ صَحِيحَةٌ بِحَدَقَةٍ عَمِيَاءٍ) لأنها أكثر من حقه. وفي العكس يؤخذ إن رضي المجني عليه، لأنه دون حقه.

قال: (وَلَا لِسَانٌ نَاطِقٌ بِأَخْرَسٍ) لأن النطق في جرم اللسان، ويجوز العكس برضا المجني عليه.

(١) في (ب): قال.

(٢) «الشرح الكبير» ٢٣٠/١٠.

(٣) أنظر: «الأصل» ٤/٤٥٤، «مختصر أختلاف العلماء» ١٣٧/٥، «بداية المجتهد» ١٦٩٦/٤، «الاستذكار» ٢٥/١٠١، «المغني» ١١/٥٤٥.

(٤) أنظر: «بداية المجتهد» ٤/١٦٧١.

قال: (وَفِي قَلْعِ السِّنِّ قِصَاصٌ) للآية.

قال: (لَا فِي كَسْرِهَا) لأن كسر العظام لا يمكن المماثلة فيه.

وفي «المهذب» و«الحاوي» أنه يقتصر إن أمكن أن يكسر من الجاني مثله، وهو المنقول عن نصه في «الأم»^(١)، وصور ابن يونس الإمكان بأن يكسر نصفه طولاً.

قال: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يُثَغَرْ فَلَا ضَمَانٌ فِي الْحَالِ) أي: ولا دية؛ لأنها تعود غالباً فلم يتحقق إتلافها.

وقوله: (يثغر) هو بضم الياء المثناة تحت، ثم مثناة ساكنة، ثم غين معجمة مفتوحة، كذا ضبطه المصنف في «تحريره»، ثم قال: معناه: لم تسقط أسنانه التي هي رواضعه^(٢)، وكذا رأيت في الأصل بخط مؤلفه وضبطه^(٣)، وذكر غيره أنه يقال بالمثناة أيضاً.

قال: (فَلَوْ جَاءَ وَقْتُ نَبَاتِهَا بِأَنْ سَقَطَتِ الْبَوَاقِي وَعُدْنَ دُونَهَا، وَقَالَ أَهْلُ الْبَصَرِ: فَسَدَ الْمَنْبْتُ وَجَبَ الْقِصَاصُ) لأنه قد قلع السن الحاصلة في الحال وأفسد المنبت فيقابل بمثله، وهذا ما أورده الجمهور، واقتصروا عليه، وحكى الغزالي فيه قولين: أحدهما: هذا.

والثاني: لا يجب؛ لأنها فضلة كالشعر الذي ينبت مرة بعد أخرى، وسن البالغ أصلية^(٤).

(١) «الأم» ٦/ ٤٥، «المهذب» ٢/ ١٨٣، «الحاوي» ١٢/ ١٦٠.

(٢) «تحرير التنبيه» ص ٣٢٦. (٣) من (ب).

(٤) «الوسيط» ٦/ ٢٩٥.

قال الرافعي : وهذا لم أره في كتاب الإمام، غير أنه لما نقل الوجوب قال : وفي القلب منه شيء. أما إذا قال أهل البصر /٢٢/ : يتوقع نباتها إلى وقت كذا. توقفنا تلك المدة، فإن مضت ولم تنبت وجب القصاص^(١).
قال : (وَلَا يُسْتَوْفَى لَهُ فِي صِغَرِهِ) أي : بل يؤخر إلى البلوغ فيستوفى، فإن مات الصبي قبل البلوغ أقتص وارثه في الحال أو أخذ الأرش، وإن مات قبل حصول اليأس وقبل تبين الحال فلا قصاص، وفي الأرش وجهان.

فرع :

لو عادت كما كانت ولم يبق شين ولا نقصان منفعة ففي إيجاب الحكومة وجهان، وخصصهما الماوردي بما إذا لم يكن خرج حين القلع دم، فإن خرج وجبت قطعاً. قال : ولو قيل بوجه ثالث إن كان قلعها في زمن سقوطها لم يجب، وإن كان قبله وجبت كان مذهباً^(٢).
وقال في موضع آخر : إن كان الدم خرج عن لحم العمور^(٣) وجبت، وإن كان من^(٤) محل السن فوجهان، وجه الوجوب أنه قلع^(٥) يتبعه ما اتصل به من عروق محله أو مرابطه^(٦).

(١) «الشرح الكبير» ٢٣٤/١٠، وانظر : «نهاية المطلب» ١٦ / ٣٨٣.

(٢) «الحاوي» ١٢ / ٢٧٢.

(٣) ورد بهامش الأصل : الناتئ للأسنان.

(٤) في (ب) : في.

(٥) في (ب) : قطع.

(٦) في الأصل : روابطه.

قال: ومقتضى هذا التعليل أنه^(١) يجب عليه الأرش وإن لم يخرج دم^(٢).

قال: (وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ مَثْغُورٍ فَنَبَتَتْ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ) لأن العادة عدم العود، فهذه نعمة جديدة، قال في «المحرر»: وهذا ما رجح من القولين^(٣).

وأشار به إلى صاحب «العدة» فإنه صححه كما نقله عنه في «الشرح»^(٤).

وقال في كتاب الديات منه أنه الظاهر^(٥).

والثاني: يسقط كالصغير إذا عادت سنه.

وعلى القولين لا ينتظر العود بل للمجني عليه أن يقتصر أو يأخذ الدية في الحال؛ لأن أَسْتَظَارَ^(٦) ما هو في غاية الندرة مستبعد، وقيل: يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: يرجئ عودها إلى مدة أنتظرت وإلا أقتصر.

قال: (وَلَوْ نَقَصَتْ يَدُهُ أُصْبُعًا فَقَطَعَ كَامِلَةً قُطِعَ وَعَلَيْهِ أَرَشُ أُصْبُعٍ) لأنه قد قطع منه أصبعا لم تستوف قصاصها، وله أن يأخذ دية اليد ولا تقطع. قال: (وَلَوْ قَطَعَ كَامِلٌ نَاقِصَةً فَإِنْ شَاءَ الْمَقْطُوعُ أَخَذَ دِيَةَ الْأَصَابِعِ)

(١) في (ب): أن.

(٢) «الحاوي» ١٢ / ١٨٩.

(٣) «المحرر» (ص ٣٩٦).

(٤) «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٣٥.

(٥) «المحرر» (ص ٤٠٥).

(٦) في (ب): أنتظار.

الْأَرْبَعِ، وَإِنْ شَاءَ لَقَطَهَا) أي: وليس للمجني عليه قطع اليد الكاملة؛ لما فيه من أستيفاء الزيادة.

قال: (وَالْأَصْحَحُّ أَنَّ حُكُومَةَ مَنَابِتِهِنَّ تَجِبُ إِنْ لَقَطَ) لأن الحكومة من جنس الدية، فلا يبعد دخولها فيها، والقصاص ليس من جنسها، ولأن الدية بدل حكمي، فجاز أن يجعل بدلاً عن الكل، والقصاص أستيفاء المثل حساً، فلا يمكن أن تجعل الأصابع وحدها في مقابلة الأصابع ومنابتها مع التفاوت المحسوس بين الجملتين.

والثاني: أنها لا تجب والحالة هذه، وتدخل تحت قصاص الأصابع كما تدخل ديتها؛ فإنه أحد موجبي الجناية، وقد قدمت الفارق أيضاً^(١). قال: (لَا إِنْ أَخَذَ دَيْتَهُنَّ) أي: فإن حكومة منابتهن تدخل في الدية كما أن حكومة جميع الكف تدرج تحت دية الأصابع، فإن الواجب في لفظ الأصابع خمسون من الإبل، وفي القطع من الكوع لا يجب إلا ذلك، وإذا أدرجت حكومة الكف تجب دية الأصابع أدرج بعضها تحت البعض، لأن البعض من البعض كالكل من الكل.

والثاني: لا تدخل، وتختص قوة الاستتباع بالكل / ٢٢ب/.

قال: (وَأَنَّهُ تَجِبُ فِي الْحَالَيْنِ حُكُومَةُ خُمُسِ الْكَفِّ) أي: خمس الباقي من الكف.

والثاني: إن كل أصبع تستتبع الكف كما تستتبعها كل الأصابع. واعلم أن تعبير المصنف بالأصح في هذه المسائل الثلاث يقتضي قوة

(١) في (ب): أنفا.

الخلاف، وهو في الثانية والثالثة مخالف لما في «الروضة» فإنه عبر بالصحيح^(١).

قال: (وَلَوْ قَطَعَ كَفًّا بِلَا أَصَابِعَ فَلَا قِصَاصَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ كَفُّهُ مِثْلَهَا) لفقد المساواة في الأولى ووجوده في الثانية.
قال: (وَلَوْ قَطَعَ فَاقِدُ الْأَصَابِعِ كَامِلَهَا قَطَعَ كَفُّهُ وَأَخَذَ دِيَّةَ الْأَصَابِعِ) ليصل إلى حقه.

قال: (وَلَوْ شَلَّتْ أُصْبُعَاهُ فَقَطَعَ يَدًا كَامِلَةً، فَإِنْ شَاءَ لَقَطَّ الثَّلَاثَ السَّلِيمَةَ وَأَخَذَ دِيَّةَ أُصْبُعَيْنِ، وَإِنْ شَاءَ قَطَعَ يَدَهُ وَقَنَعَ بِهَا) لأننا ذكرنا فيما إذا عم الشلل اليد أنه إذا قطعها يقنع بها، فإذا كان الشلل في بعضها فالقناعة أولى، وفي الحالة الأولى في استتباع الثلاث حكومة منابتها، وفي استتباع دية الأصبعين حكومة منبتها الخلافان السابقان.



(١) «روضة الطالبيين» ٩/٢٠٣.

(فَصْلٌ)

قال: (قَدْ مَلْفُوفًا) أي: في ثوب بنصفين (وَزَعَمَ مَوْتَهُ صُدِّقَ الْوَلِيُّ بِيَمِينِهِ فِي الْأَظْهَرِ) لأن الأصل أ استمرار الحياة، وأيضًا فإنه كان مضمونًا، والأصل أ استمرار تلك الحالة، فأشبه ما إذا قتل من عهده مسلمًا وادعى رده.

والثاني: أن المصدق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته عن القصاص وهما منصوبان.

وقال القاضي والإمام: هما مأخوذان من القولين في تقابل الأصلين^(١).

وقال الماوردي: من القولين في حد المدعي، فإن قلنا: المدعي الذي يدعي خلاف الظاهر -أو- خلاف الأصل، فهو هنا مدعي الموت فيكون القول قول (الولي وإن قلنا: المدعي من لو سكت خُلي ولم يطالب بشيء فهو الولي فيكون القول قول)^(٢) الجاني، وفي محلها طرق:

أحدها: عن أبي إسحاق أنه ينظر إلى الدم السائل، فإن قال أهل البصر: إنه دم ميت، صدق الجاني، أو دم حي فالمجني عليه، وإن أشتبه فالقولان.

والثاني: هما إذا كان في ثياب تصلح للأحياء والأموات، فإن كان ملفوفًا على هيئة التكفين فالمصدق الجاني، أو في ثياب الأحياء

(١) «نهاية المطلب» ١٦ / ٢٦١.

(٢) من (ب).

فالمصدق الولي^(١).

قال الإمام: وهذا لا أصل له، والأظهر طردهما في الأحوال^(٢).
ونظير المسألة ما إذا هدم عليه بناء^(٣)، وادعى موته والولي حياته.
فرع:

إذا صدقنا الولي بلا بينة فالواجب الدية دون القصاص، ذكره
المحاملي والبغوي، وقال المتولي: هو على الخلاف في استحقاق
القود بالقسامة كذا ذكره في «الروضة» من زياداته^(٤)، وهو غريب فقد
ذكره في آخر الشهادة على الدم في أصل «الشرح»، وهذا لفظه هناك:
وإن صدقنا الولي فحلف فله الدية وفي القصاص وجهان.

قال الشيخ أبو حامد: لا؛ للشبهة، وقال الماسرجسي والقاضي أبو
الطيب وغيرهما: يجب القصاص؛ لأنه مقتضى تصديقه^(٥).

قال: (وَلَوْ قَطَعَ طَرْفًا وَزَعَمَ نَقْصَهُ) أي: كشلل في اليد والرجل
وخرس في اللسان وأنكره^(٦) المجني عليه (فَالْمَذْهَبُ تَصْدِيقُهُ إِنْ أَنْكَرَ
أَصْلَ السَّلَامَةِ فِي عَضْوٍ ظَاهِرٍ) أي: كاليد والرجل واللسان والعين؛ لأن
الأصل أنه لا قصاص، وأنه لم يفوت ما يدعيه المجني عليه والمجني
عليه متمكن من إقامة البيئة على السلامة التي يدعيها لظهور العضو.

(١) «الحاوي» ١٢/١٨٥ - ١٨٦.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/٢٦١. (٣) في (ب): بيتاً.

(٤) «روضة الطالبين» ٩/٢١٠، وانظر: «التهذيب» ٧/١٢١.

(٥) «الروضة» ١٠/٤١، وانظر: «الشرح الكبير» ١١/٦٧ - ٦٨.

(٦) في الأصل: وأنكر.

قال: (وَالْأَفَلَا) أي: وإن لم ينكر أصل السلامة بل اتفقا على أنه / ٢٣أ/ كان سليماً، وادعى الجاني حدوث النقص والشلل، فأظهر القولين أن المصدق المجني عليه؛ لأن الأصل استمرار السلامة التي كانت. ووجه مقابله: أن الأصل البراءة عن القصاص، وإن كان العضو باطناً كالذكر والأنثيين فقولان، سواء أنكر الجاني أصل السلامة، أو سلمه وادعى زوالها، أصحهما: تصديق المجني عليه؛ لأن الأعضاء الباطنة لا يطلع عليها، فيعسر إقامة البيئة على سلامتها.

قال الرافعي في «المحرر» و«الشرح»: هذا أظهر الطرق^(١).

والثانية: طرد قولين في الأعضاء الظاهرة والباطنة، ويحكى عن ابن الوكيل، وطردهما في إنكار أصل السلامة وفي تسليمه ودعوى الزوال، ووجه تصديق المجني عليه مع إنكار الجاني أصل السلامة بأن الغالب السلامة، ولذلك أثبتنا الرد في البيع بالعيب.

والطريقة الثالثة: القطع في الأعضاء الظاهرة بتصديق الجاني، وفي الباطنة بتصديق المجني عليه، والفرق بينهما أن الظاهر يطلع عليه ويعرف سلامته، فيمكن إقامة^(٢) البيئة عليه بخلاف الباطن.

ولذلك قلنا: إنه لو علق طلاق امرأته على الدخول وسائر الأفعال الظاهرة فادعت حصولها لا تصدق فيه، ولو علقه على الحيض فادعته صدقت.

والرابعة: إنه إن أنكر الجاني أصل السلامة فهو المصدق بلا

(١) «المحرر» (ص ٣٩٦)، «الشرح الكبير» ١٠/٢٤٩.

(٢) في الأصل: بإقامته.

خلاف، وإن سلم السلامة، وادعى حدوث النقصان فالمصدق المجني عليه بلا خلاف، ويتخرج من هذه الطرق عند الاختصار أربعة أقوال كما فعله الغزالي، وتبعه المصنف في «الروضة» وسبقهما إلى ذلك صاحب «التقريب»:

أحدها: تصديق^(١) المجني عليه مطلقاً.

وثانيها: الجاني مطلقاً.

وثالثها: يصدق^(٢) المجني عليه إن ادعى السلامة من الأصل، وإن ادعى زوال النقص بعد وجوده صدق الجاني.

ورابعها وهو أصحها: أنه يصدق المجني عليه إلا في العضو الظاهر عند إنكار أصل السلامة. ثم تنبه بعد ذلك لأمرين:

أحدهما: المراد بالعضو الباطن ما يعتاد ستره مروءة.

وقيل: ما يجب وهو العورة، والظاهر ما سواه.

الثاني: إذا صدقنا الجاني أحتاج المجني عليه إلى بينة بالسلامة، ثم الأصح أنه يكفي قول الشهود: كان صحيحاً، ولا يشترط تعرضهم لوقت الجناية^(٣).

قال: (أَوْ يَدِيهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ وَزَعَمَ) أي: الجاني أنه مات (سِرَايَةً) أي: فالواجب دية (وَالْوَلِيُّ أَنْدِمَالاً مُمَكِّناً أَوْ سَبَبًا) أي: فالواجب ديتان (فَالْأَصَحُّ تَصْدِيقُ الْوَلِيِّ) بيمينه وهذا ما قطع به الأكثرون.

(١) في (ب): يصدق.

(٢) في (ب): تصديق.

(٣) «الوسيط» ٣٠٠/٥، «روضة الطالبين» ٢١٠/٩.

وعبارة «الوجيز»: هو خارج على تقابل الأصلين؛ إذ الأصل براءة الذمة من جانب، وعدم التداخل من جانب^(١).

والثاني: إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة صدق الولي بلا يمين، وإلا فيمينين، قاله ابن الصباغ والرويانى. والثالث: إن كان احتمال الاندمال مع إمكانه بعيداً صدق الجاني بيمينه، وإلا فالولي. وادعى الإمام أ اتفاق الأصحاب عليه^(٢)، وليس كما أدعى.

واحترز بقوله (اندمالاً ممكناً) عما إذا لم يمكن الاندمال في تلك المدة لقصرها كيوم ويومين، فإن القول قول الجاني / ٢٣ب/ بلا يمين. وقيل: بيمين؛ لاحتمال الموت بعارض جب، وسم مدفف وهو ضعيف؛ لأن الاختلاف في الاندمال فقط فلا ينظر إلى غيره، ولو اختلفا في مضي زمن الاندمال صدق الجاني؛ لأن الأصل أنه لم يمض. وقوله: (أو سبياً) أي: قال الجاني: مات بالسراية. وقال الولي: بل مات بسبب آخر، بأن قال: قتله آخر، ووجه تصديق الجاني احتمال ما يقوله، وأن الأصل براءة الذمة.

ووجه الأصح أن الأصل بقاء الديتين الواجبتين بالجنايتين، والأصل عدم السبب الآخر، وهذه الحالة فيها وجهان فقط، والأولى ثلاثة أوجه كما ذكرتها أولاً، ولو اقتصر الولي على أنه مات بسبب آخر ولم يعينه. قال الصيدلاني: لا يلتفت إلى قوله إن قصر الزمان ولم يمكن فيه

(١) «الوجيز» ٢/ ١٣٦.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/ ٢٨٣.

الاندمال فإن أمكن، فإن صدقناه بيمينه ولم نحوجه إلى بينة قبل قوله وحلف أنه مات بسبب آخر، وإن لم نصدقه وأحوجناه إلى البينة فلا بد من التعيين لتتصور إقامة البينة.

قال الإمام: ولا يبعد التخريج على الوجهين، وإن لم يمكن الاندمال^(١).

قال: (وَكَذًا لَوْ قَطَعَ يَدُهُ وَزَعَمَ سَبَبًا) أي: مات به من قتل أو شرب سم مَوْحٍ فلا يلزمه إلا نصف الدية.

قال: (وَالْوَلِيُّ) بل مات (بالسرّاية) فإن الأصح أن المصدق الولي؛ لأن الأصل أنه لم يوجد سبب آخر.

والثاني: يصدق الجاني؛ لأن الأصل براءة ذمته.

قال: (وَلَوْ أَوْضَحَ مُوضِحَتَيْنِ وَرَفَعَ الْحَاجِزَ) أي: بينهما (وَزَعَمَهُ قَبْلَ أَنْدِمَالِهِ) أي: فليس عليه إلا أرش واحد، وقال المجني عليه: بل بعده، فعليك أرش ثلاث موضحات (صُدِّقَ) أي: الجاني (إِنْ أُمِّكَنَ) أي: بأن قصر الزمان.

قال: (وَالْحَلْفُ الْجَرِيحُ وَثَبَتْ أَرْشَانِ. قِيلَ: وَثَالِثٌ) أي: وإن لم يمكن بأن طال الزمان صدق المجني عليه، فإذا حلف ثبت أرشان، وهل يثبت ثالث؟ فيه وجهان:

أحدهما: نعم؛ لأنه ثبت رفع الحاجز باعترافه، وثبت الاندمال بيمين المجني عليه فقد حصلت موضحة ثالثة.

(١) «نهاية المطلب» ١٦ / ٢٨٤ - ٢٨٥.

وأصحهما: لا ، ويصدق فيه الجاني ؛ لأنه يقول: رفعت الحاجز حتى لا يلزمني أرش ثالث، بل يعود الأولان إلى واحد، فإن لم يقبل قوله في الاتحاد وجب ألا يقبل في الثالث الذي لم يثبت موجه.



(فَصْلٌ)

قال: (الصَّحِيحُ ثُبُوتُهُ) يعني: القصاص (لِكُلِّ وَارِثٍ) أي: على فرائض الله تعالى؛ لأنه أحد بدلي النفس فاستحقه جميعهم كالدية.

والثاني: تستحقه العصبه خاصة؛ لأن القصاص يدفع العار فتختص كولاية النكاح.

الثالث: يستحقه الوارثون بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت، فلا حاجة إلى التشفي.

قال: (وَيُنْتَظَرُ غَائِبُهُمْ) أي^(١): إلى أن يحضر أو يراجع (وَكَمَالُ صَبِيهِمْ، وَمَجْنُونُهُمْ) لأن القصاص للتشفي، فحقه التفويض إلى خيرة المستحق، ولا يحصل ذلك باستيفاء الولي.

وقال أبو حنيفة ومالك: للكاملين الانفراد بالاستيفاء^(٢).

وعن أحمد روايتان كالمذهبين^(٣).

قال الجيلي: ولو حكم حاكم بالاستيفاء، أي: في حق^(٤) الصبي والمجنون لم ينقض حكمه في الأصح.

وقال صاحب «الذخائر»: إن ثبت له قصاص / ٢٤ / طرف بإرث لم يستوفه وليه، وإن كان بجناية على طرف فلوليه أستيفأوه، وعن القفال: أن للسلطان أستيفاء قصاص المجنون بعد الأب، وهو ضعيف.

(١) من (ب).

(٢) أنظر: «الهداية» ٥٠٦/٤، «بداية المجتهد» ١٦٦٢/٤.

(٣) أنظر: «المغني» ٥٧٦/١١.

(٤) من (ب).

قال: (وَيُحْبَسُ الْقَاتِلُ) أي: إلى أن يقدم الغائب ويبلغ الصبي ويفيق المجنون؛ لئلا يهرب فيفوت الحق، ويحبسه الحاكم دون الولي، ولا يتوقف على طلب الولي، قاله الماوردي^(١). وفي «الحاوي»: لا يحبس إلا باستدعاء الغائب^(٢). وذكر ابن الصباغ أنه لا يحبس في قصاص الطرف إلى قدوم الغائب؛ لأن الحاكم لا ولاية له على المالك المكلف، كما لا يأخذ ماله المغصوب.

وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه، ويشعر بأنه يأخذ مال الغائب، ويحفظه له، وأنه يحبس في قصاص الطرف^(٣).

وفي «أمالى السرخسي» أن الشيخ أبا علي قال: لا يحبس القاتل؛ لأنه عقوبة زائدة.

وحمل الحبس في كلام الشافعي على التوقف للانتظار^(٤)، وهو ضعيف.

قال الأصحاب: وحبسه أهون من تعجيل القتل، ولا طريق إلى حفظ الحق سواه.

قال: (وَلَا يُخَلَّى بِكَفِيلٍ) لأنه قد يهرب فيفوت الحق.

قال: (وَلْيَتَّقُوا عَلَى مُسْتَوْفٍ) أي: إذا كان القصاص لجماعة حضور كاملين فليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله؛ لأن فيه تعذيباً، ولكن

(١) «الحاوي» ١٢ / ١٠٤.

(٢) «الحاوي» ١٢ / ١٠٤.

(٣) «نهاية المطلب» ١٦ / ١٤٥.

(٤) أنظر: «الأم» ٦ / ٥٣.

يتفقون على واحد يستوفيه أو يוכלون أجنبيًا.

قال: (وَالْأَقْرَعَةُ) أي: فإن تزاحموا بأن طلب كل واحد الاستيفاء بنفسه فيقرع بينهم؛ لعدم المزية، فمن خرجت قرعته تولاه بإذن الباقيين، فإن أخروا أو منع بعضهم لم يكن له الاستيفاء، بخلاف ما إذا تنازعوا في التزويج فخرجت قرعة واحد فإنه يزوج، ولا يحتاج إلى إذن الباقيين؛ لأن القصاص مبني على الإسقاط، ولجميعهم ولبعضهم تأخير كإسقاطه، بخلاف النكاح، فإنه لا يجوز تأخير، وهذا هو الصحيح.

وعن القفال تفرعًا عليه أنه لا يقرع بينهم في الابتداء إلا بإذنهم بخلاف القرعة في القسمة، والقرعة بين الأولياء، وفي وجه أنه لا حاجة بعد خروج القرعة إلى إذن الباقيين لتظهر فائدة القرعة، وإلا فاتفقهم على الواحد مغن عن القرعة.

قال: (يَدْخُلُهَا الْعَاجِزُ) كالشيخ والمرأة؛ لأنه صاحب حق.

(وَيَسْتَنِيْب) أي: من يصلح للاستيفاء، قال في «المحرر»: وهذا هو الأظهر^(١)، ونقل ترجيحه في «الشرح» عن البغوي وحده^(٢).

قال: (وَقِيلَ لَا يَدْخُلُ) لأنه ليس أهلاً للاستيفاء، والقرعة إنما تجري بين المستويين في الأهلية، وهذا ما صححه الرافعي في «الشرح الصغير». وعبر بالأظهر.

وقال في «الكبير»: رجحه ابن كج وأبو الفرج والإمام وغيرهم، وعن

(١) «المحرر» (ص ٣٩٧).

(٢) «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٥٧، وانظر: «التهذيب» ٧ / ٨١.

بعض الأصحاب طريقة قاطعة به^(١).

وقال المصنف في أصل «الروضة»: إنه الأصح عند الأكثرين^(٢) (وحذف الطريقة القاطعة)^(٣)، فاختلف كلامهما إذن. وهذا الخلاف حكاه ابن كج وأبو الفرج الزاز قولين.

قال: (وَلَوْ بَدَرَ أَحَدُهُمْ) أي: أحد الورثة (فَقَتَلَهُ) أي: من غير إذن الباقيين (فَالْأَظْهَرُ لَا قِصَاصَ) لأن له حقاً في قتله فصار شبهة؛ ولأن من علماء المدينة أو أكثرهم من ذهب إلى أنه يجوز لكل واحد من الورثة الانفراد، وإن عفا / ٢٤ب/ الباقون، ويقال: إنه رواية عن مالك^(٤).

والثاني: نعم؛ لأنه أستوفى أكثر من حقه كما لو أستحق طرفاً فاستوفى نفساً، ولأنه قتل نصفاً مثلاً لم يستحقه فأشبهه من شارك في القتل، وهذا الخلاف فيما إذا قتله عالماً بالتحريم، فإن جهل فلا قصاص بلا خلاف، ذكره في «الروضة» تبعاً لـ «الشرح»^(٥)، وفيما إذا كان قبل حكم الحاكم بالمنع منه، فإن كان بعده فالصحيح أن عليه القصاص لدفع الشبهة به، قاله الماوردي^(٦).

قال: (وَلِلْبَاقِينَ قِسْطُ الدِّيَةِ) لفوات القصاص بغير اختيارهم.

(١) «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٥٧، وانظر: «نهاية المطلب» ١٦ / ١٤٧.

(٢) «روضة الطالبين» ٩ / ٢١٥.

(٣) من (ب).

(٤) أنظر: «الذخيرة» ١٢ / ٣٤٤.

(٥) «روضة الطالبين» ٩ / ٢١٦، وانظر: «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٥٨.

(٦) «الحاوي» ١٢ / ١٣٣.

قال: (مَنْ تَرَكَتِهِ) أي: من تركه الجاني لأن القاتل فيما وراء حقه كالأجنبي، ولو قتله أجنبي يأخذ الورثة الدية من تركه الجاني لا من الأجنبي، فكذا هنا.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: مِنَ الْمُبَادِرِ) أي: وهو الأخ المبادر مثلاً؛ لأنه أتلف ما يستحقه هو وأخوه، فلزمه ضمان حق أخيه، كما لو كانت لهما ودیعة فأتلفها أحدهما، وفرق الأول بأن الودیعة غير مضمونة لو تلفت بأفة سماوية، بخلاف نفس الجاني، وعن ابن سريج^(١) تخريج قول ثالث أنه يتخير بين الأخذ من المبادر وتركه الجاني، وينزلان منزلة الغاصب والمتلف منه.

قال: (وَإِنْ بَادَرَ بَعْدَ عَفْوٍ غَيْرِهِ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ، وَقِيلَ: لَا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ، وَيَحْكُمُ قَاضٍ بِهِ) أي: ما تقدم إذا بادر قبل العفو، فإن بادر بعده، فإن علم العفو وحكم الحاكم بسقوط القصاص عن الجاني لزمه القصاص قطعاً؛ لارتفاع الشبهة وامتناع المخالف من المخالفة بعد حكم الحاكم.

قال الرافعي: كذا أطلقوا، وإن لم يحكم به، فإن أوجبنا القصاص عند عدم العفو فهنا أولى، وإن لم نوجب فوجهان؛ ويقال: قولان مبنیان على المعنيين المذكورين هناك. إن قلنا: إن لهم فيه حقاً وجب هنا لسقوط حقه بالعفو، فأشبه ما لو قتله العافي، فإنه يجب القصاص قطعاً، وإن قلنا: شبهة اختلاف العلماء لم يجب هنا؛ لأن خلافهم موجود لكن تنقض هذه العلة بما لو قتل مسلم ذمياً فقتله وليه، فإننا لا نقتله به،

(١) في الأصل: شريح.

وإن كان الخلاف في قتله ثابتاً، لا جرم كان الصحيح الأول وإن جهله، فإن قلنا: لا قصاص إذا علمه فهنا أولى، وإلا فوجهان^(١).

واعلم أن هذه المسألة -يعني: مسألة المبادرة- توصف بالإشكال كما قال الرافعي، حتى حكى عن الصيرفي^(٢) أنه قال: كررتها على نفسي ألف مرة حتى تحققتها، وقد أتى المصنف هنا بمقصودها، وبسطها الرافعي في شرحه^(٣).

قال: (وَلَا يُسْتَوْفَى قِصَاصٌ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ) أي: أو نائبه؛ لأن موضع القصاص يختلف فيه، وأمر الدم خطير، فافتقر إلى اجتهد السلطان، وأيضاً لتفقد آلة الاستيفاء.

قال الشيخ عز الدين: فإن تعذر إتيانه كان له الاستبداد به حيث لا يراه أحد^(٤)، وذكر صاحب «التنبيه» أنه لا يجوز أستيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان^(٥)، وضم إليه ابن الرفعة في «الكفاية»^(٦) إذنه أيضاً، والذي في الكتاب والرافعي وجوب الإذن فقط^(٧). وفي وجه ضعيف أن لمستحقه الاستقلال باستيفائه، لثبوته بالنص والإجماع.

قال: (فَإِنْ أَسْتَقْلَّ) أي: باستيفائه (عُزِّرَ)؛ لافتياته.

(١) «الشرح الكبير» ٢٥٩/١٠.

(٢) في (ب): الضبعي.

(٣) «الشرح الكبير» ٢٥٨/١٠ - ٢٦١.

(٤) «القواعد الكبرى» ١٩٨/٢.

(٥) «التنبيه» (ص ٢١٨).

(٦) «كفاية النيه» ٤٥٥/١٥.

(٧) «المحرر» (ص ٣٩٨)، «الشرح الكبير» ٢٦٥/١٠.

وحكى البندنجي وجهًا أنه لا يعزر، ويحتمل أن يكون منسوبًا إلى مجوز الاستبداد به ولا غرم عليه والحالة هذه، ويقع عن القصاص. وفي الجيلي وجه أنه لا يقع قصاصًا.

فرع:

يستحب للإمام أن يحضر معه شاهدين؛ لأنه ربما جحد القصاص، وطالب بالدية، وينبغي /٢٥/ أن يضرب عنقه من خلف قفاه، وأن تعصب عيناه؛ لأنه أرفق به، قاله الماوردي^(١).

قال: (وَيَأْذَنُ لِأَهْلِ فِي نَفْسٍ) أي: إذا طلب المستحق الاستيفاء بنفسه، فإن لم يره الإمام أهلاً له كالشيخ والزمن والمرأة لم يجبه، وأمره أن يستنيب ليصل (حقه إليه)^(٢) من غير حيف وإن رآه أهلاً له بأن كان رجلاً قوي النفس واليد عارفاً بالمفصل، كما ذكره الماوردي^(٣). فإن كان المطلوب قصاص النفس والطالب الولي فوضه إليه، قال تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِرِيسِهِ سُلْطٰنًا﴾ [الإسراء: ٣٣] الآية، وليكمل التشفي.

قال المتولي: فلو طلب الأجرة عليه أعطيها؛ لأنه عمل معلوم يجوز أن يتبرع به، فجاز أخذ الأجرة عليه، وهذا بخلاف الجلد في القذف لا يفوض إلى المقدوف؛ لأن تفويت النفس مضبوط، والجلدات تختلف موقعها، والتعزير كحد القذف.

وإن كان المطلوب قصاص الطرف والطالب المجني عليه فوجهان:

(١) «الحاوي» ١٢/ ١١٠.

(٢) في (ب): إلى حقه.

(٣) «الحاوي» ١٢/ ١٠٩.

أحدهما: يفوضه إليه كالنفس؛ لأن إبانة^(١) الطرف مضبوطة.
وأصحهما: المنع؛ لأنه لا يؤمن أن يردد الحديد وي زيد في الإيلام،
وهذا معنى قول المصنف: (لَا طَرَفٌ فِي الْأَصَحِّ) ويأتي فيه وجه ثالث أنه
يمكن إذا سرى القطع إلى النفس وإلا فلا، فإن الماوردي جزم أولاً بعدم
التمكين من استيفاء القطع فيما إذا كان الجاني قد قطع يد المجني عليه ثم
قتله، كذا ذكره في أوائل الباب، ثم حكى في أواخره وجهين في الجواز:
أحدهما: لا كما لو أنفرد القطع، والثاني: نعم للاتصال بالنفس^(٢).

فرع:

لو قتل ذمي ذمياً ثم أسلم القاتل، فإنه يجب القصاص، ولا يمكن من
أستيفائه، وإنما يستوفيه الإمام بطلب المستحق؛ لثلاث يسقط الكافر على
المسلم، وكذا إذا جرح ذمي ذمياً فأسلم الجارح، ثم مات المجروح
بالسرية، وكذا إذا جرح ذمي معاهداً، ثم أسلم الجارح، ثم مات
المجروح بالسرية، وهذه الصورة^(٣) تخرج بقول المصنف (لأهل).

قال: (فَإِنْ أُذِنَ فِي ضَرْبِ رَقَبَةٍ فَأَصَابَ غَيْرَهَا عَمْدًا عَزْرٌ) لتعديده، وكذا
لو ادعى الخطأ فيما لا يقع الخطأ بمثله بأن ضرب رجله ووسطه.

قال: (وَلَمْ يَعْزَلْهُ) لوجود الأهلية، وإن تعدى بفعله، كما لو جرحه
قبل الارتفاع إلى الحاكم لا يمنع من الاستيفاء، وفيه وجه أو قول ضعيف
أنه يعزل ويؤمر بالاستنابة؛ لأنه لا يؤمن أن يتعدى ثانياً.

(١) في الأصل: أمانة.

(٢) «الحاوي» ١٢ / ١١١، ١٣٧.

(٣) في (ب): الصور.

قال: (وَإِنْ قَالَ: أَخْطَأْتُ وَأَمْكَنْ) أي: بأن ضرب كتفه أو رأسه مما يلي الرقبة (عَزَلُهُ)؛ لأن حاله يشعر بعجزه وخرقه، وحكي وجهه أو قول أنه لا يعزل والحالة هذه.

قال الإمام: وهذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم يتكرر الخطأ منه، ولا ظهر خرقه، فإن ظهر فليمنع بلا خلاف. قال: وعزله على الصحيح، وينبغي أن يكون مخصوصاً بمن لا^(١) يعرف مهارته في ضرب الرقاب، فأما الماهر فينبغي أن لا يعزل لخطأ أتفق له بلا خلاف^(٢). وهذا ذكره في «الروضة» عنه تبعاً للرافعي، فليقيد به^(٣) كلامه في الكتاب.

قال: (وَلَمْ يُعَزَّرْ) أي: والحالة هذه، وذلك إذا حلف كما قيده في «الروضة» تبعاً للرافعي^(٤).

تنبيه:

حرر بعضهم في الانعزال سبعة أوجه: الانعزال ومقابله. ثالثها: إن كان مما لا يمكن الخطأ فيه كما لو ضرب يده أو رجله لا ينعزل وممكن ثانياً، وإن كان مما لا يمكن كالكتف مكن. ورابعها: عكسه.

وخامسها: إن ادعى الخطأ فيما يمكن لم ٢٥ب/ يمكن، وإن ادعى العمدية، أو كان مما لا يمكن الخطأ فيه مكن.

(١) في (ب): لم.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/١٤٨ - ١٤٩.

(٣) من (ب).

(٤) «روضة الطالبين» ٩/٢٢٢، وانظر: «الشرح الكبير» ١٠/٢٦٧.

سادسها: عكسه إذا لم يثبت.

سابعها: إن علم الإمام أنه يعرف مكن منه إن تاب، وإن لم يتب أو عرف أنه لا يحسن القصاص لم يمكنه.

قال: (وَأَجْرَةُ الْجَلَادِ) أي: المقتص (عَلَى الْجَانِي عَلَى الصَّحِيحِ) لأن الحق عليه، فلزمه أجرة الاستيفاء كما يلزم البائع أجرة الكيال، والمشتري أجرة الوزن.

والثاني: أنها على المقتص، والواجب عليه التمكين لا التسليم، كما أن أجرة نقل الطعام المشتري على المشتري المستوفي، وهما كالخلاف في أن مؤنة الجذاذ هل تلزم البائع أو المشتري.

واعلم أن محل هذا الخلاف ما إذا لم يكن عند الإمام من مال المصالح شيء، أو كان واحتاج إليه لأهم منه، وإلا فالإمام ينصب من يقيم الحدود، ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له، ويرزقه من خمس خمس^(١) الفيء والغنيمة المرصد للمصالح.

فرع:

في أجرة الجلاد في الحدود، والقاطع في السرقة وجهان: أصحابهما: على المجلود والسارق؛ لأنها تتمم الحد الواجب عليه. والثاني: في بيت المال.

فرع:

لو قال الجاني: أنا أقتص من نفسي، ولا أؤدي الأجرة فهل يقبل منه؟

(١) في (ب): الخمس.

وجهان:

أصحهما: لا؛ لفقد التشفي، فعلى هذا لو قتل نفسه أو قطع طرفه بإذن المستحق، ففي الاعتداد به عن القصاص وجهان، كما لو جلد نفسه في الزنا بإذن الإمام، وفي القذف بإذن المقدوف لا يسقط الحد عنه، وكما لو قبض المبيع من نفسه بإذن المشتري لا يعتد به.

والثاني: نعم؛ لحصول الزهوق وإزالة الطرف، بخلاف الجلد فإنه قد لا يؤلم نفسه، ويوهم الإيلام، ولا يتحقق حصول المقصود، وفي البيع المقصود إزالة يد البائع ولم تزل.

قال البغوي: ولو قطع السارق يد نفسه بإذن الإمام معتد^(١) به عن الحد، وهل يمكنه إذا قال: أقطع بنفسي؟ فيه وجهان: أقربهما نعم؛ لأن الغرض التنكيل ويحصل بذلك^(٢).

قال: (وَيُقْتَصُّ عَلَى الْفَوْرِ) لأن القصاص موجب الإتلاف فيتعجل كقيم المتلفات.

قال: (وَفِي الْحَرَمِ) أي: قتلا وقطعاً؛ لأنه قتل لو وقع في الحرم لم يوجب ضماناً، فلا يمنع منه كقتل الحية والعقرب.

وقال أبو حنيفة: لا يستوفى قصاص النفس في الحرم إلا أن ينشأ القتل فيه، ولكن يضيق الأمر عليه، ولا يكلم ولا يطعم ولا يعامل حتى يخرج فيقتل، وسلم أنه يستوفي منه قصاص الطرف^(٣)، وقال

(١) في (ب): أعتد. (٢) «التهذيب» ٩١/٧.

(٣) أنظر: «مختصر أختلاف العلماء» ٢٤٢/٢، «الجامع الصغير» (ص ٥١٨)،

«أحكام القرآن» للجصاص ٣٠٦/٢.

أحمد: لا يستوفى من الملتجئ واحد منهما^(١).

فرع:

لو التجأ إلى المسجد الحرام.

قال الإمام: أو غيره من المساجد أخرج منه وقتل؛ لأن هذا تأخير يسير، وفيه صيانة للمسجد، وفيه وجه ضعيف أنه تبسط الأنطاع ويقتل في المسجد تعجيلاً؛ لتوفية الحق وإقامة الهيبة^(٢).
قال في «الروضة»: ولو التجأ إلى الكعبة أو إلى ملك إنسان أخرج قطعاً^(٣).

قال: (وَالْحَرُّ وَالْبَرْدُ وَالْمَرَضُ) أي: وإن كان مخطراً، وكذا لا يؤخر الجلد في القذف بخلاف قطع السرقة، والجلد في حدود الله تعالى؛ لأن حقوق الله تعالى مبنية على المساهلة، وحقوق العباد على المضايقة.
وعن نصه في «الأم» أنه يؤخر لقصاص^(٤) الطرف بهذه الأسباب^(٥).

/٢٦/.

وقال المتولي: لا يجوز في الحر الشديد والبرد الشديد إذا لم تقع الجناية في مثله، فإن وقعت فيه أستوفي فيه للمماثلة.



(١) أنظر: «المغني» ١٢/٤٠٩.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/٣٠٦.

(٣) «روضة الطالبيين» ٩/٢٢٤.

(٤) في (ب): قصاص.

(٥) «الأم» ٦/٥٠.

فرع:

لو قطع أطراف رجل فللمجني عليه أن يقتص في الجميع متواليًا، سواء قطعها الجاني متوالية أم متفرقة.

وقيل: تفرق مطلقا.

وقيل: تفرق إن فرق وتوالى إن والى. والصحيح الأول؛ لأنها حقوق واجبة في الحال.

قال: (وَتُحْبَسُ الْحَامِلُ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ أَوْ الطَّرْفِ حَتَّى تُرْضِعَهُ اللَّبَأَ وَيَسْتَعْنِيَ بِغَيْرِهَا، أَوْ فِطَامَ لِحَوْلَيْنِ).

أما تأخيرها إلى الوضع فهو إجماع في النفس، ولأن فيه قتل غير القاتل، وهو الحمل، وقد أخرج عليه الصلاة والسلام رجم الغامدية إلى الوضع كما أخرجه مسلم^(١)، وكذا هذه.

وفي «سنن ابن ماجه» حديث^(٢)، وهو نص في المسألة لكنه ضعيف، وأما في الطرف، فلأن فيه إجهاض الجنين، وهو متلف له.

وأما التأخير، لإرضاع اللبأ، فلأن الولد لا يعيش إلا به غالبًا أو محققا.

(١) مسلم (١٦٩٥) من حديث بريدة بن الحصيب الأسلمي.

(٢) ابن ماجه (٢٦٩٤) من حديث معاذ بن جبل، وأبو عبيدة بن الجراح، وعبادة بن الصامت، وشداد بن أوس مرفوعًا، «المرأة إذا قتلت عمدًا لا تقتل حتى تضع ما في بطنها إن كانت حاملاً، وحتى يكفل ولدها». وقال البوصيري في «مصابيح الزجاجة» ٣/١٣٨: فيه ابن أنعم، واسمه عبد الرحمن بن زياد وهو ضعيف، وكذا الراوي عن ابن لهيعة. اهـ.

وقال الألباني في «الإرواء» (٢٢٢٥): إسناده ضعيف مسلسل بالضعفاء.

وقيل: لا يؤخر لذلك، وقال الإمام: إنه إن تحقق أنه لا يعيش بدونه فيمهل^(١).

واللبأ: مقصور، وهو اللبن أول التاج، كما تقدم الكلام عليه في النفقات. وأما التأخير للاستغناء بغيرها فلاجل صيانة الولد أيضًا، فإن لم يوجد ذلك الغير ولو بهيمة يحل له تناول لبنها^(٢) حتى ترضعه حولين كاملين كما قال المصنف.

وفي وجه ضعيف أنه يستوفي في الحال وإن لم يوجد غيرها كما لو كان (للصائل صبيان)^(٣) يضيعون إذا أقتص منه، وسواء كانت حاملاً من زنا أو غيره، وسواء وجبت العقوبة قبل الحمل أو بعده، حتى إن المرتدة لو حملت^(٤) من زنا بعد الردة لا تقتل حتى تضع، وكل ذلك مقتضى إطلاق المصنف.

فرع:

لو بادر الولي وقتلها قبل أستغناء الولد بلبن غيرها ومات الولد بذلك، فالأصح المنصوص أن عليه القصاص كما لو حبس رجلاً في بيت ومنعه الطعام.

فرع:

لو وجد مراضع وامتنعن أجبر الحاكم من يرى منهن بالأجرة.

(١) «نهاية المطلب» ١٦/١٥٣.

(٢) في (ب): شربها.

(٣) في (ب): للعائل ضياع، وفي هامش الأصل: (خ: عيال).

(٤) في (ب): حبلت.

فرع:

قال الماوردي: لو علمنا أنه سيوجد له مرضعة ترتب لإرضاعه لكن لم يتعين في الحال ولا تسلمته ففي تعجيل قتلها قبل تعيين مرضعة وتسلمه وجهان، وكذا في رجم الحامل، والأظهر جواز التعجيل^(١).

فرع:

الجلد في القذف كالقصاص، وأما الرجم وسائر حدود الله فلا يستوفى وإن وجدت مرضعة، بل ترضعه إلى أن يوجد كافل بعد أنقضاء الإرضاع، والفرق بين الحدود والقصاص أنها على المساهلة كما سلف.

فرع:

قد تقدم أن الحامل تحبس في القصاص إلى أن يمكن الاستيفاء، فلو كان عليها رجم أو غيره من حدود الله تعالى لم تحبس على الصحيح؛ لأنه على التخفيف.

قال: (وَالصَّحِيحُ تَصْدِيقُهَا فِي حَمْلِهَا بِغَيْرِ مَخِيلَةٍ) لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ يَكْتُمَنَّ مَا خَلَقَ اللَّهُ فِي أََرْحَامِهَا﴾ [البقرة: ٢٢٨] أي: من حمل أو حيض، ومن حرم عليه كتمان شيء وجب قبول قوله فيه^(٢) إذا أظهره كالشهادة، ولأن بعض أمارات الحمل خفية ٢٦ب/ تختص الحامل بمعرفتها فصدمت فيها؛ لتعذر إقامة البينة عليها.

قال في «المحرر»: وهذا أحوط الوجهين^(٣). والثاني: لا تصدق لأن حقه على الفور مع أن الأصل عدم الحمل، وهي متهمة في الإخبار فلا بد

(١) «الحاوي» ١١٦/١٢. (٢) ساقطة من (ب).

(٣) «المحرر» (ص ٣٩٨).

من بينة بذلك.

قال الإمام: ولا أدري أن الذي يصدقها يقول بالصبر إلى انقضاء مدة الحمل أم إلى ظهور المخايل. والأرجح الثاني، فإن التأخير أربع سنين من غير بينة بعيد^(١).

قال الغزالي: وعلى الثاني لا يمكن الاقتصاص من منكوحة يخالطها زوجها^(٢)، وهذا إن أراد به إذا أدعت الحمل فهو كذلك، وإن أراد الامتناع بمجرد المخالطة والوطء بغير دعوها فليس كذلك؛ لأن الأصل عدم الحمل.

قال: (وَمَنْ قَتَلَ بِمُحَدِّدٍ أَوْ خَنِقٍ أَوْ تَجْوِيعٍ وَنَحْوِهِ) أي: كأن رماه من شاهق (أَقْتَصَّ بِهِ) قال تعالى: ﴿فَمَنْ أَعَدَّى عَلَيْكُمْ فَأَعِدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا أَعَدَّى عَلَيْكُمْ﴾ [البقرة: ١٩٤] وقال تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِثْلُهَا﴾ [الشورى: ٤٠]. وفي الصحيحين: أن يهوديًا رَضَّ رأس جارية بين حجرين فَرُضَّتْ رأسه بالحجارة^(٣).

وفي البيهقي من حديث البراء مرفوعاً: «من حرق حرقناه، ومن غرق غرقناه»^(٤) ونجمع بين هذا وبين^(٥) حديث النهي عن المثلة بأنه إنما نهى

(١) «نهاية المطلب» ١٦ / ١٥٩. (٢) «الوسيط» ٦ / ٣٠٨.

(٣) البخاري (٢٤١٣)، مسلم (١٦٧٢) من حديث أنس.

(٤) البيهقي ٤٣ / ٨ وقال في «المعرفة» ١٢ / ٤٠٩: في هذا الإسناد بعض من يجهل اهـ. وقال ابن الجوزي في «التحقيق» ٢ / ٣١٧: هذا لا يثبت عن رسول الله ﷺ، إنما قاله زياد في خطبته. اهـ. وقال الحافظ في «الدراية» ٢ / ٢٦٦: في إسناده من لا يعرف. وضعفه الألباني في «الإرواء» (٢٢٣٣).

(٥) من (ب).

عنها في حق من وجب عليه القتل لا على طريق المكافأة. وأيضاً فالمقصود من القصاص التشفي، وإنما يكمل إذا قتل القاتل بمثل ما قتل. وعند أبي حنيفة أنه يتعين القصاص بالسيف^(١)، وهو قول مخرج لنا حكاها في «التتمة» ويستثنى من هذه القاعدة ثلاث مسائل سيذكرها المصنف بعد.

قال: (أَوْ بِسِحْرٍ فَبِسَيْفٍ) لقوله الطَّلَاةُ: «حد الساحر ضربة بالسيف» رواه الترمذي من حديث جندب وصحح وقفه عليه، والحاكم وصحح رفعه مع الغرابة^(٢)؛ ولأن عمل السحر محرم، ولا شيء مباح يشبهه على أنه لا ينضبط ويختلف تأثيره، وهذا لا خلاف فيه كما قاله البندنجي والمحاملي، لكن في كلام القاضي حسين ما يقتضي أنه يقتله بالسحر، قاله ابن الرقعة^(٣).

قال: (وَكَذَا خَمْرٌ) أي: بأن أوجره به^(٤) حتى مات (وَلَوْ أْطَأَ) أي: ^(٥) يقتل مثله غالباً بأن لا ط بصغير (فِي الْأَصَحِّ)؛ لأن ما قتل به محرم الفعل فتعين السيف.

(١) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ١٤٧/٥، «بدائع الصنائع» ٢٤٥/٧، «الهداية» ٥٠٤ - ٥٠٥.

(٢) الترمذي (١٤٦٠)، الحاكم ٣٦٠/٤. وقال الترمذي في «العلل» ٦٢٤/٢: سألت البخاري عن هذا الحديث فقال: هذا لا شيء، وإنما رواه إسماعيل بن مسلم، وضعف إسماعيل بن مسلم المكي جداً. اهـ. وقال الحافظ في «الفتح» ١٠/٢٣٦: في سنده ضعف. وضعفه الألباني في «الضعيفة» (١٤٤٦).

(٣) «كفاية النبيه» ٤٧٩/١٥.

(٤)، (٥) من (ب).

والثاني: أنه في الأولى يوجر مائعا كخل أو ماء أو شيء مر، كذا عبر به الرافعي^(١)، ولما ذكر في «الكفاية» قول الشيخ: وفي الخمر يسقى الماء. زاد بعده وقيل: الخل^(٢)، فأوهم أن المسألة خلافية.

وفي الثانية: يعمل مثل الذكر من الخشب، وقيل: من الجلد فيقتل به لقربه من فعله.

وفي الرافعي و«الروضة» تقييد الخشبة بأن تكون قريبة من آله^(٣)، وهو مقتضى كلام الإمام^(٤) والمتولي، وظاهر كلام الجمهور أنها لا تتقدر بذلك بل يعمل خشبة تقتل مثل القاتل.

قال المتولي في الثانية: هذا إذا توقع موته بالخشبة، وإلا فالسيف، نقله الرافعي عن المتولي^(٥)، واقتصر عليه، وهو في «النهاية» أيضًا /٢٧/ مع إشارة إلى احتمال فيه^(٦).

والثالث: أنه لا قصاص فيهما ألبته؛ لأنه لم يقصد بهما الإهلاك فلم تتحقق العمدية. قال الرافعي: وهو غريب ضعيف، وأما ابن يونس فحكاه في اللواط عن حكاية الخراسانيين.

فرع:

لو سقاه بولاً فكالخمر، وقيل: يسقى بولاً؛ لأنه يباح عند الضرورة

(١) «الشرح الكبير» ٢٧٦/١٠.

(٢) «كفاية النبيه» ٤٨٠/١٥.

(٣) «الشرح الكبير» ٢٧٦/١٠، «روضة الطالبين» ٢٢٩/٩.

(٤) «نهاية المطلب» ١٨٢/١٦. (٥) «الشرح الكبير» ٢٧٦/١٠.

(٦) «نهاية المطلب» ١٨٢/١٦.

بخلاف الخمر. هذا لفظ «الروضة»، ومقتضاه أن الرافعي رجع الأول، والذي فيه حكاية وجهين عن القاضي حسين من غير ترجيح^(١).

فرع:

لو أوجره ماء نجسًا، قال البغوي: يوجر ماءً طاهرًا^(٢).

فرع:

لو سقى سمًا طاهرًا قال القاضي حسين: أسقيه.
وقال الماوردي: إذا أوجره سمًا، فإن كان مهرئًا أحتمل القصاص
بمثله وجهين:

أحدهما: الجواز.

والثاني: المنع؛ لأنه قد يتعذر غسله، وقد يتعدى إلى غاسله^(٣).

فرع:

لو قتله بنهش الأفعى، فهل يقتل بالسيف أو بالنهش؟ فيه وجهان،
وعلى الثاني: إن كانت تلك الأفعى موجودة لم يعدل إلى غيرها، وإلا
عدل إلى مثلها.

فرع:

لو قتل بسيف كال، فهل يقتل^(٤) بمثله أو يتعين الصارم؟ فيه وجهان:
أصحهما الأول.

(١) «روضة الطالبيين» ٢٢٩/٩، وانظر: «الشرح الكبير» ٢٧٦/١٠.

(٢) «التهذيب» ٩٢/٧.

(٣) «الحاوي» ١٢/١٤٠ - ١٤١.

(٤) في (ب): يقتص.

فرع:

لو شهدوا بزنا محصن فرجم، ثم رجعوا، فيحدون حد القذف أولاً، ثم يقتلون، وهل يرجمون أم يقتلون بالسيف؟ فيه احتمالان للعبادي أصحهما الأول، ذكره الرافعي في باب الرجوع عن الشهادة^(١)، وحكماهما القاضي حسين وجهين.

فرع:

قال صاحب «الحاوي الصغير»: ويقتص في الحرم وبالسيف، أو مثل فعله لا باللواط، وإيجار خمر وسحر وبمسموم ومثله، (فقوله: وبمسموم ومثله، هل)^(٢) هو معطوف على ما قبل النفي، فإذا قتل بمسموم أو بمثله يقتل بهما أو معطوف على المنفي^(٣)، فلا يفعل الذي أوضحه^(٤) به؟ البارزي الأول، والذي فهمه غيره من الشراح الثاني.

فرع:

لو كان المجني عليه مات بقتل الحيتان، ففي جواز إلقائه لتقتله وجهان حكاهما الماوردي، قال: ولو كانت تستهلكه^(٥) حينئذ ألقى^(٦) فيه لم يجز أن يلقي فيه لحق الله تعالى^(٧).

وحكى الروياني وجهاً أنه يترك فيه حتى تأكله.

(١) «الشرح الكبير» ١٣/١٢٤.

(٢) من (ب).

(٣) في (ب): النفي.

(٤) في (ب): تستهلك.

(٥) في (ب): وضحه.

(٦) في (ب): الملقى.

(٧) «الحاوي» ١٢/١٤٤.

تنبيه :

اللواط، سمي بذلك؛ لأن أول من عمله قوم لوط.
والخنق السالف في كلام المصنف بفتح الخاء وكسر النون، كذا رأيته
في الأصل بخطه هنا وفي كتاب: الأيمان، ويجوز كسر الخاء أيضًا مع
إسكان النون وشذ فتحها، حكاه صاحب «المطالع»^(١).
قال: (وَلَوْ جُوعَ كَتَجْوِيعِهِ فَلَمْ يَمُتْ زَيْدٌ) أي: وكذا إذا أُلقي في النار
مثل مدته أو ضرب بالحجر والسوط كضربه ليكون قتله بالطريق الذي قتل
به، ولا يبالى بزيادة الإيلام والتعذيب كما لو ضرب رقبة إنسان بضربة
واحدة / ٢٧ ولم تنحز رقبته إلا بضربتين فصاعدًا.
قال في «المحرر» وهذا ما رجح من القولين^(٢)، وأشار بذلك إلى
البغوي^(٣)، فإنه الذي رجحه كما نقله في «الشرح»^(٤).
قال الماوردي: وإذا أُنْتهى إلى حالة يعلم أنه يقطع بموته أمسك عنه،
كما يمسك عن مضروب العنق إذا بقيت فيه حياة^(٥).
قال: (وَفِي قَوْلٍ: السَّيْفُ) لأن المماثلة قد حصلت، ولم يبق إلا
تفويت الروح فيجب تفويتها بالأسهل.
قال الرافعي: كذا أطلق مطلقون الخلاف منهم الغزالي، إلا أنه أبدل

(١) «مطالع الأنوار» بتحقيقنا ٢/ ٤٥٨.

(٢) «المحرر» (ص ٣٩٨).

(٣) «التهذيب» ٧/ ٩٣.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/ ٢٧٧.

(٥) «الحاوي» ١٢/ ١٤١.

القولين بالوجهين، وقد فعله غيره أيضًا؛ لأنه قد قيل: إن القول الثاني مخرج^(١).

وفصل الإمام وغيره فقالوا: يفعل الأهون منهما^(٢).

قال الرافعي: ويجيء وجه ثالث وترجيحه قريب^(٣)، وأبدل ذلك في «الروضة» بأن قال: (أقرب) بدل قريب^(٤).

وقيل: يعدل في السوط والحجر إلى السيف قطعًا؛ لأنه أسهل. فرع:

لو قتل نحيفًا بضربات تقتل مثله غالبًا، وعلمنا أو ظننا ظنا مؤكدًا أن الجاني لا يموت بتلك الضربات لقوة جثته فالوجه القطع بأنه لا يضرب، قاله الإمام، ثم قال: وفيه احتمال^(٥).

قال: (وَمَنْ عَدَلَ إِلَى سَيْفٍ فَلَهُ) أي: ومهما عدل المستحق عن غير السيف إلى السيف فله ذلك؛ لأنه أرجى^(٦) وأسهل.

قال البغوي: وهو الأولى^{(٧)(٨)}، وأشار الإمام إلى وجه أنه لا يعدل

(١) «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٧٧، وانظر: «الوجيز» ٢ / ١٣٩.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦ / ١٧٩.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠ / ٢٧٨.

(٤) «روضة الطالبين» ٩ / ٢٣٠.

(٥) «نهاية المطلب» ١٦ / ١٨٥.

(٦) في الأصل: أوجى.

(٧) في الأصل: الأول.

(٨) «التهذيب» ٧ / ٩٠.

من الخنق إلى السيف؛ لأن الخنق قد يظن أنه أقرب إلى إزالة الحس المدرك للألم، والضرب بالسيف يختلف باختلاف الضاربين^(١)، والمشهور ما جزم به المصنف.

قال: (وَلَوْ قَطَعَ فَسَرَى) أي: إلى النفس (فَلِلْوَلِيِّ حَزُّ رَقَبَتِهِ) لأنه أسهل على الجاني من القطع، ثم الخنق^(٢) (وَلَهُ الْقَطْعُ ثُمَّ الْحَزُّ) طلبًا للمماثلة (وَإِنْ شَاءَ أَنْتَظَرَ السَّرَايَةَ) أي: بعد القطع، وليس للجاني أن يقول: أمهلوني مدة بقاء المجني عليه بعد جنايتي؛ لثبوت حق القصاص ناجزًا. وعن ابن القطان أن له ذلك؛ لأنه قد يخطر لبعضهم العفو في مدة التأخير، والمشهور ما جزم به المصنف، وليس للجاني أن يقول: أريحوني بالقتل أو بالعفو بل الخيرة إلى المستحق، ومثل القطع الإيضاح فيما ذكر، صرح بذلك في «المحرر»^(٣). وإذا أقتص في موضحة الجناية أو قطع العضو المقطوع مثله لم يكن له أن يوضح موضعًا آخر ولا أن يقطع عضوًا آخر بلا خلاف بل ليس له إلا حز الرقبة. قال: (وَلَوْ مَاتَ بِجَائِفَةٍ أَوْ كَسَرَ عَظْمًا فَالْحَزُّ) لأن المماثلة لا تتحقق في هذه الحالة بدليل عدم إيجاب القصاص في ذلك عند الاندمال فتعين السيف. قال في «المحرر»: وهذا ما رجحه كثيرون^(٤).

قال: (وَفِي قَوْلٍ كَفَعْلِهِ) تحقيقًا للمماثلة، ويخالف ما إذا أندملت؛

(١) «نهاية المطلب» ١٦ / ١٨٠.

(٢) في (ب): الحز.

(٣) «المحرر» (ص ٣٩٨).

(٤) «المحرر» (ص ٣٩٩).

لأن المقصود فيها ليس الإزهاق فقد يرتد فيه ويموت.
والمقصود هنا الإزهاق، ألا ترى أنه لو ضربه بمثقل فلم يمت لا
قصاص فيه / ٢٨ / ولو مات منه أقتص بمثله.

قال الرافعي: وهذا هو الأظهر عند الشيخ أبي حامد^(١) وغيره من
العراقيين والرويانى أيضاً، والأول أظهر عند البغوي^(٢)، ولم ينقل
ترجيح الأول عن غيره، فلك أن تتوقف حينئذ^(٣) في قوله في «المحرر»
رجحه الأكثرون^(٤)، وكأنه - والله أعلم - من طغيان القلم، فإنه قال:
فيستوفي القصاص بمثل^(٥) ذلك أو يعدل إلى السيف؟ فيه قولان،
ورجح كثيرون الثاني منهما^(٦) - يعني: السيف - فسبق القلم من الأول
إلى الثاني، ولما رأى المصنف في «الروضة» ما ذكره الرافعي في
«شرحه»؛ قال: الأكثرون على الثاني^(٧)، وهو واف بما فيه، وبنى
المتولي الخلاف على أن القطع في الصورة التي قبلها هل هو مقصود
في نفسه أو هو طريق في الاستيفاء، فيتعين^(٨) السيف على الأول دون
الثاني؟

(١) في (ب): محمد.

(٢) «الشرح الكبير» ٢٧٩/١٠، وانظر: «التهذيب» ٩٣/٧.

(٣) من (ب).

(٤) في (ب): كثيرون.

(٥) في الأصل: قبل.

(٦) «المحرر» (ص ٣٩٩).

(٧) «روضة الطالبين» ٢٣١/٩.

(٨) في (ب): فتعين.

قال البغوي: ومحل القول الثاني إذا قال: أجيفه ثم أحز رقبتة، أما لو قال: أجيفه ثم أعفو، إن لم يمت لم يمكن منه^(١)، وأفهم كلام الفارقي أن محل الخلاف عند الإطلاق.

أما إذا قال: أجيفه ثم أقتله إن لم يمت فله ذلك قطعاً.

قال البغوي: ولو أجافه ثم عفا عنه عزز على ما فعل، ولم يجبر على قتله، فإن مات بان بطلان العفو^(٢)، وينتظم من هذا لغز فيقال: رجل مطلق التصرف وارث القصاص في غير المحاربة، ومتى عفا عنه عزز. وخص القاضي حسين محل التعزير بما إذا قال بعد الإجافة: كنت لا أريد قتله.

فرع:

الخلاف في الإجافة جار فيما لو^(٣) قطع يداً شلاء، ويد القاطع صحيحة، أو ساعداً مما لا كف له، والقاطع سليم هل يستوفي القصاص بقطع اليد والساعد؟ وقد قدمت هذا في أوائل الباب.

قال: (فَإِنْ لَمْ يَمُتْ) أي: بعد أن فعل به كفعله (لَمْ تَزِدِ الْجَوَائِفُ فِي الْأَظْهَرِ) لاختلاف تأثير الجوائف باختلاف محالها^(٤)، فهي كقطع الأطراف المختلفة.

(١) «التهذيب» ٩٤/٧.

(٢) «التهذيب» ٩٤/٧.

(٣) في (ب): (إذا).

(٤) في (ب): محلها.

والثاني: نعم، فيكون إزهاق الروح قصاصًا بطريق إزهاقه عدوانًا. قال البغوي: وهو مخرج من مسألة التجويع، والإلقاء في النار ونحوهما^(١).

واعلم أن المصنف تبع في حكايته الخلاف قولي «المحرر»^(٢) وحكاه في «الروضة» وجهين تبعًا للرافعي في «الشرح»^(٣).

قال: (وَلَوْ أَقْتَصَرَ مَقْطُوعٌ) أي: من قاطعه (ثُمَّ مَاتَ) أي: المقطوع الأول (سِرَايَةً فَلَوْلِيَّهِ حَزٌّ) أي: في مقابلة نفس مورثه (وَلَهُ عَفْوٌ بِنِصْفِ دِيَّةٍ) أي: واليد المستوفاة مقابلة بالنصف، فإن مات الجاني أو قتل ظلما أو في قصاص آخر تعين^(٤) نصف الدية من تركته.

قال: (وَلَوْ قُطِعَتْ يَدَاهُ فَأَقْتَصَرَ ثُمَّ مَاتَ) أي: المجني عليه (بالسرارية فَلَوْلِيَّهِ الْحَزُّ) أي: من القاطع، (فَإِنْ عَفَا فَلَا شَيْءَ لَهُ)؛ لأنه أستوفى ما يقابل الدية، وهذه صورة يستحق فيها القصاص، ولا تستحق الدية بالعفو عليها.

قال: (وَلَوْ مَاتَ ٢٨ب/ جَانٍ مِنْ قُطْعِ قِصَاصٍ فَهَدَرٌ) كالقطع في السرقة، ولقوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ أَنْصَرَ بَعْدَ ظُلْمِهِ﴾ [الشورى: ٤١] الآية.

قال ابن المنذر: وروينا عن أبي بكر وعمر أنهما قالا: من قتله حد فلا عقل له. وروينا عن عمر وعلي: من مات في حد أو في قصاص فلا

(١) «التهذيب» ٩٣/٧.

(٢) «المحرر» (ص ٣٩٩).

(٣) «روضة الطالبين» ٢٣١/٩، وانظر: «الشرح الكبير» ٣٧٩/١٠.

(٤) في الأصل: يتعين.

دية له^(١).

(وخالف أحمد)^(٢) وخالف أبو حنيفة فقال: تجب الدية في سراية القطع^(٣).

قال: (وَإِنْ مَاتَا سِرَايَةً) أي: بعد الاقتصاص في اليد (مَعًا أَوْ سَبَقَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ فَقَدْ أَقْتَصَّ) أي: حصل قصاص اليد باليد والسراية بالسراية ولا شيء على الجاني؛ لأن السراية لما كانت كالمباشرة في الجناية، فكذلك في الاستيفاء.

قال الرافعي: وهذا هو المشهور. ونسبه ابن كج إلى أبي علي الطبري، وحكى عن عامة الأصحاب أن لولي المجني عليه نصف الدية في تركة الجاني؛ لأن سراية الجاني مهدرة وسراية المجني عليه مضمونة^(٤).

قال: (وَإِنْ تَأَخَّرَ) أي: بأن مات الجاني أولاً (فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ) أي: في تركة الجاني (فِي الْأَصَحِّ) أي: إذا أَسْتَوَى قَدْرُ^(٥) دية الجاني، والمجني عليه، ولا يحصل القصاص بما جرى؛ لأن القصاص إنما يجب في النفس بالزهوق^(٦) فتصير كالسلف في القصاص، وهو ممتنع كما لو قال: أقطع يدك حتى إذا قطعت يدي لا يكون لي عليك شيء، والثاني لا شيء له، ويحصل القصاص بما جرى؛ لأن الجاني مات

(١) «الأوسط» لابن المنذر ١٣/١٠٠.

(٢) من (ب).

(٣) أنظر: «مختصر اختلاف العلماء» ٥/١٤٦.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/٢٨١.

(٥) في الأصل: مور.

(٦) من (ب).

بسراية فعل^(١) المجني عليه، وحصلت المقابلة.
 وادعى الروياني أن هذا هو الصحيح، لكنَّ الأول^(٢) رجحه أكثرهم.
 فرع:

قطعه فحز المقطوع رقبة الجاني، فإن مات المقطوع بالسراية صار
 قصاصًا، وإن أندمل قتل قصاصًا، وفي تركة الجاني نصف الدية لقطعه
 اليد، كذا ذكره البغوي^(٣).
 فرع:

قطع يد رجل، وقتل آخر ثم مات المقطوع بالسراية فقد قتل شخصين.
 قال الأصحاب كما نقله في «الشامل»: يقتل بالمقتول دون المقطوع؛ لأن
 قصاص المقطوع وجب بالسراية، وهي متأخرة عن وجوبه للمقتول لكن
 لولي المقطوع أن يقطع يده، فإذا قتله الآخر أخذ نصف الدية من تركته،
 وتوقف في تخصيص الاقتصاص في النفس بالمقتول.

ولو أنه بعد ما قطع واحدًا وقتل آخر قطعت يده قصاصًا ومات
 بالسراية فلولي المقتول الدية في تركته. وإن قطع قصاصًا ثم قتل
 قصاصًا ثم مات المقطوع الأول، فلولي في تركة الجاني نصف الدية.
 قال: (وَلَوْ قَالَ مُسْتَحِقُّ يَمِينٍ أَخْرِجَهَا فَأَخْرَجَ يَسَارًا وَقَصَدَ إِبَاحَتَهَا
 فَمُهْدَرَةٌ) أي: لا قصاص ولا دية، وإن علم القاطع بالحال على
 الأصح المنصوص^(٤)؛ لأن صاحبها بذلها مجانًا، وإن لم يتلفظ كما
 قلنا في تقديم الطعام للضيف.

(١) في (ب): (من قبل). (٢) من (ب).

(٣) «التهذيب» ٨٦/٧. (٤) «الأم» ٥٣/٦.

وقيل: يلزم ضمان اليسار إذا لم يتلفظ المخرج بالإذن في القطع.
ولأبي الطيب بن سلمة احتمال في وجوب القصاص إذا علم، ولو
قصد شخص قطع يد رجل ظلماً فلم يدفعه، وسكت حتى قطع فهل
يكون سكوته /٢٩/ إهداراً؟ وجهان:

أصحهما: لا؛ لأنه لم يوجد منه لفظ ولا فعل فصار كسكوته عن
إتلاف ماله.

والثاني: نعم؛ لأنه سكوت محرم فدل على الرضا، هذا حكم قطع
اليسار.

وأما قصاص اليمين فيبقى كما كان، لكن إذا سرى قطع اليسار إلى
النفس فات القصاص فيعدل إلى دية اليد، فلو قال القاطع: قطعت
اليسار. على ظن أنها تجزئ عن اليمين فالأصح أنه يسقط القصاص عن
اليمين؛ لأنه رضي بسقوطه أكتفاءً باليسار، فعلى هذا يعدل إلى دية
اليمين؛ لأن اليسار وقعت هدرًا، ووجه عدم السقوط أنه لم يسقطه،
ولا أعتاض عنه، وطرد الخلاف فيما لو جاء الجاني بالدية، وطلب من
مستحق القطع متضرعًا إليه أن يأخذها ويترك القصاص فأخذها، هل
يجعل الأخذ عفوًا؟ ولو قال القاطع: علمت أن اليسار لا تجزئ عن
اليمين شرعًا لكن جعلتها عوضًا عنها. أطرده الخلاف، وجعل الإمام
هذه الصورة أولى بالسقوط^(١).

قال: (وَإِنْ قَالَ: جَعَلْتُهَا عَنِ الْيَمِينِ وَظَنَنْتُ إِجْزَاءَهَا فَكَذَّبَهُ) أي:

(١) «نهاية المطلب» ١٦/٢٧٣.

القاطع، وقال: عرفت أنها اليسار، وأنها لا تجزئ عن اليمين (فَالْأَصَحُّ لَا قِصَاصَ فِي الْيَسَارِ) لأننا أقمنا ذلك مقام الإذن في القطع، وهو لو قال لغيره: أقطع يدي فقطعها، لا قصاص عليه، وعلل أيضًا بأنه سلط المخرج عليه بجعله عوضًا وإخراجه على هذا القصد.

والثاني: نعم؛ لأنه قطع بلا استحقاق عن علم بالحال، بخلاف مسألة الإذن في القطع فإنه عام، وإذنه هنا إنما هو ليكون عوضًا عن اليمين، فإذا لم يقع عنها فهو كَلَّا إذن.

قال ابن الرفعة: وأطلق هذا الخلاف جماعة، وجزم الماوردي بأنه إذا أخذها القاطع بدلًا عن حقه لا قصاص، وإن أخذها لا بدلًا عنه وجب^(١).

قال: (وَتَجِبُ دِيَّةٌ) لأنه لم يبذلها مجانًا (وَيَبْقَى قِصَاصُ الْيَمِينِ) أي: على الوجهين، قاله البغوي^(٢) وغيره، ولو قال القاطع: ظننت أنه أباحها بالإخراج فلا قصاص عليه في اليسار. وفيه احتمال للإمام^(٣). قال الرافعي: ويحسن إقامته وجهًا^(٤). أنتهى.

وظاهر كلام الماوردي وجوب القصاص^(٥). ولو قال: قطعها عوضًا عن اليمين وظننتها تجزئ كما ظنه المخرج.

(١) «كفاية النبيه» ٤٩٧/١٥، وانظر: «الحاوي» ١٢/١٩٣.

(٢) «التهذيب» ٧/١٢٤.

(٣) «نهاية المطلب» ١٦/٢٧٣.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/٢٨٥.

(٥) «الحاوي» ١٢/١٩٤.

فالصحيح أنه لا قصاص في اليسار، وأنه يسقط قصاص اليمين،
ولكل منهما دية ما قطعه الآخر.

ولو قال: ظننت أن المخرجة اليمين. فلا قصاص في اليسار على
الأصح.

والثاني: نعم، كما لو قتل إنساناً وقال: ظننته قاتل أبي فلم يكن، فإن
لم نوجب القصاص وجبت الدية على الأصح؛ لأنه لم يبذلها مجاناً،
ويبقى قصاص اليمين على الراجح.

قال: (وَكَذَٰلَا لَوْ قَالَ: دُهِشْتُ فَظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ. وَقَالَ الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُهَا
الْيَمِينَ) أي: فلا قصاص في اليسار على الأصح؛ لأن هذا الاشتباه
قريب.

والثاني: نعم، كما لو قتل رجلاً وقال: ظننته قاتل ٢٩ب/ أبي لكن
الفرق تقصير المخرج عنها، وقال الإمام في هذه الحالة: إنه على
الخلاف المذكور فيما إذا قتل إنساناً وقال: ظننته قاتل أبي.

ولو قال القاطع: ظننت أن المخرج قصد الإباحة. فقياس مثله فيما
سلف قبله ألا يجب القصاص في اليسار^(١)، والذي ذكره البغوي
الوجوب كمن قتل رجلاً وقال: ظننت أنه أذن لي في القتل^(٢). وهذا
يوافق الاحتمال المذكور هناك، وهو المتوجه في الموضعين، قاله
الرافعي^(٣).

(١) «نهاية المطلب» ١٦/٢٧٢-٢٧٣. (٢) «التهذيب» ٧/١٢٣-١٢٤.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/٢٨٦.

ولو قال: علمت أنها اليسار وأنها لا تجزئ، فيجب القصاص على الأصح؛ لأنه لم يوجد من المخرج بدل، ولو قال: ظننت اليسار تجزئ قال الأصحاب: لا قصاص. وفيه احتمال للإمام^(١).

وفي جميع هذه الصيغ الأربع في صورة الدهش يبقى قصاص اليمين إلا إذا قال: ظننت أن اليسار تجزئ. فإن الأصح سقوطه، وإذا سقط القصاص من الطرفين فلكل واحد منهما الدية على الآخر.

فائدة:

الدهشة: التحير. يقال: دهش - بكسر الهاء - ودهش ودهش فهو مدهوش: تحير، والدهشة المرة منه.

فرع:

لو قال القاطع: دهشت فلم أدر ما قطعت. قال الإمام: لا يقبل منه ويلزمه القصاص في اليسار؛ لأن الدهشة لا تليق بحال القاطع^(٢).

و^(٣) في كتب الأصحاب لاسيما العراقيين أن المخرج لو قال: لم أسمع من المقتص: أخرج يمينك، وإنما وقع في سمعي أخرج يسارك فأخرجتها. فالحكم فيه كقوله: دهشت فأخرجتها وأنا أظنها اليمين.

قال الرافعي: لكن مقتضى ما سلف أن الفعل المطابق للسؤال كالإذن لفظاً أن يلحق ذلك بصورة الإباحة^(٤).

(١) «نهاية المطلب» ١٦/٢٧٢.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦/٢٧٣.

(٣) في (ب): فرع.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/٢٨٦.

فرع:

حيث أوجبنا دية اليسار فيما سبق فهي في ماله؛ لأنه قطع متعمداً، وعن نصه في «الأم» أنها تجب على العاقلة^(١).

فرع:

حيث قلنا يبقى القصاص في اليمين لا يستوفى حتى يندمل قطع اليسار؛ لما في توالي القطعين من خطر الهلاك نص عليه، ولو قطع طرفي رجل أقتص فيهما معاً، ولا يلزمه التفريق نص عليه، فقل: فيهما قولان، والمذهب تقرير النصين. والفرق أن خطر الموالاة في الصورة الأولى يحصل من قطع مستحق وغير مستحق بخلاف الثانية.

فرع:

قال المخرج: قصدت بإخراجها إيقاعها عن اليمين. وقال القاطع: أخرجتها بقصد الإباحة. فالمصدق المخرج؛ لأنه أعرف بقصده.



(فَصْلٌ)

قال: (مُوجِبُ الْعَمْدِ الْقَوْدُ، وَالْدِّيَّةُ بَدَلٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ) لقوله تعالى: ﴿الْأَنفُسَ بِالنَّفْسِ﴾ [المائدة: ٤٥] الآية. ولقوله ﷺ: «من قتل عمداً فهو قود» رواه الشافعي وأبو داود والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس بأسانيد صحيحة^(١)، ولأنها بدل متلف فتعين جنسه كسائر المتلفات. قال الماوردي: وهي بدل عن النفس لا عن القود، بدليل أن المرأة إذا / ٣٠ / قتلت رجلاً وجب عليها دية رجل، ولو كانت بدلاً عن القود لوجب عليها دية امرأة^(٢).

وفي كلام غيره ما يدل على أنها بدل عن القود.

وقول المصنف: (القود) هو بفتح القاف والواو كما رأيت به خطه مضبوطاً، مأخوذاً من قود المستقيد الجاني بحبل وغيره ليقص منه. والقود والقصاص بمعنى.

وقوله: (موجب) هو بفتح الجيم، كذا رأيت مضبوطاً بخط مؤلفه أيضاً.

(١) أبو داود (٤٥٤٠)، (٤٥٩١)، النسائي ٣٩/٨ - ٤٠، ابن ماجه (٢٦٣٥) من طريق طاوس، عن ابن عباس. ورواه أبو داود (٤٥٣٩)، الشافعي في «المسند» بترتيب السندي ١٠٠/٢ (٣٣٠) عن طاوس مرسلاً. وصحح الدارقطني في «العلل» ١١/ ٣٥ الرواية المرسلة. وقال المصنف في «البدر المنير» ٤٠٩/٨: إسناده رواية ابن ماجه على شرط الشيخين. وقال الحافظ في «التلخيص» ٢١/٤: اختلف في وصله وإرساله. وقال في «بلوغ المرام» (١٢٠١): أخرجه أبو داود والنسائي وابن ماجه بإسناد قوي. وصححه الألباني في «صحيح الجامع» (٦٤٥١).

(٢) «الحاوي» ٩٧/١٢.

قال: (وَفِي قَوْلٍ: أَحَدُهُمَا مُبْهَمًا) لقوله ﷺ: «ومن قتل له قاتل فهو بخير النظرين إما أن يودي وإما أن يقاد» متفق عليه من حديث أبي هريرة^(١).

وهذا القول أرجح عند الشيخ أبي حامد والمحاملي وصاحب «العدة»، والأول رجحه الأكثرون كما نقله الرافعي في «المحرر»^(٢) وغيره، ومنهم المصنف في «الروضة» أيضًا^(٣)، ووقع له في «نكته» (أيضًا)^(٤) على «التنبية» أن القول الثاني هو الجديد الصحيح، وكأنه تبع ابن يونس، فإنه نقله عن الجديد، والأول عن القديم.

وقال الماوردي: كل منهما أصل^(٥). وزاد المحاملي فقال: إذا أختار أحدهما حكمنا بأنه الذي كان وجب بالقتل.

وقال الغزالي: إذا قلنا: الواجب أحدهما فهل القصاص أصل والدية بدل أو هما متوازيان؟ فيه تردد^(٦).

قال ابن الرفعة: وهو مستنبط من كلام الإمام^(٧).

قال: (وَعَلَى الْقَوْلَيْنِ لِلْوَلِيِّ عَقْوٌ عَلَى الدِّيَةِ بِغَيْرِ رِضَا الْجَانِي) لحديث أبي هريرة المذكور آنفًا، ولو مات أو سقط الطرف المستحق وجبت الدية.

(١) البخاري (٦٨٨٠)، مسلم (١٣٥٥).

(٢) «المحرر» (ص ٣٩٩).

(٣) «روضة الطالبين» ٢٣٩/٩.

(٤) ساقطة من الأصل، والمثبت من (ب).

(٥) «الحاوي» ٩٧/١٢. (٦) «الوسيط» ٣١٦/٦.

(٧) «كفاية النبيه» ٤١٦/١٥، وانظر: «نهاية المطلب» ١٣٧/١٦ وما بعدها.

وحكي قول قديم^(١) أنه لا يعدل إلى المال إلا برضا الجاني، وأنه لو مات الجاني سقطت الدية، وليس بشيء.

قال: (وَعَلَى الْأَوَّلِ) أي: وهو أن الواجب القود عينا (لَوْ أَطْلَقَ الْعَفْوُ) أي: فلم يتعرض للدية بنفي ولا إثبات (فَالْمَذْهَبُ لَا دِيَّةَ) لأن القتل لم يوجب الدية على هذا القول.

والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم.

والثاني: يجب لقوله تعالى: ﴿فَمَنْ غُفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ١٧٨] أي: أتباع المال، وذلك يشعر بوجوب المال بالعفو؛ لأنه يسقط القصاص بالعفو، فعدل إلى بدله كما لو مات الجاني. وأجاب الأول بحمل الآية إذا عفا على الدية.

قال الرافعي: وهذه الطريقة هي أظهرهما^(٢)، وهي حاكية لقولين أو وجهين ولم يذكر الطريقة الأخرى هنا^(٣).

وقال في آخر كلامه: وقوله: - يعني «الوجيز» - وإن عفا مطلقا فقولان معلم بالواو؛ لأجل الطريقة القاطعة^(٤) ولم يبين هل هي^(٥) قاطعة بالصحيح - وهو عدم وجوب الدية - أو بوجوبها؟ لكن أبين

(١) فوقها في (ب): (أبو حنيفة، مالك)، وانظر: «مختصر اختلاف العلماء» ١٦٩/٥، «المبسوط» ٦٠/٢٦، «بدائع الصنائع» ٢٤١/٧، «الهداية» ٥١١/٤، «الكافي في فقه أهل المدينة» (ص ٥٩٠)، «البيان والتحصيل» ٤٤٦/١٥.

(٢) في (ب): أظهرها. (٣) من (ب).

(٤) «الشرح الكبير» ٢٩٤/١٠، وانظر: «الوجيز» ١٤٠/٢.

(٥) من (ب).

الصباغ والمحاملي لما حكيا الوجوب قالوا: إنه ليس بشيء، ففي هذا إشعار بأن الطريقة القاطعة هي القائلة بعدم الوجوب، ولم يبين في «المحرر» كيفية الخلاف، بل قال: الأصح أنه لا تجب الدية^(١).

فائدة:

العفو: التجاوز عن الذنب وترك العقاب عليه، وأصله: المحو والطمس.

قال: (وَلَوْ عَفَا عَنِ الدِّيَةِ لَعَا) بناء على أن الواجب القود المحض (وَلَهُ الْعَفْوُ / ٣٠ب) بَعْدَهُ عَلَيْهَا لما قلناه.

قال: (وَلَوْ عَفَا عَلَى غَيْرِ جَنْسِ الدِّيَةِ ثَبَتَ) أي: المال وسقط القود (إِنْ قَبِلَ الْجَانِي، وَإِلَّا فَلَا) أي: وإن لم يقبل الجاني لم يثبت المال، وفي سقوط القود خلاف، ولهذا قال: (وَلَا يَسْقُطُ الْقَوْدُ فِي الْأَصَحِّ)، ووجهه أنه رضي به على عوض ولم يحصل العوض، وليس هذا كالصلح على الأعواض الفاسدة، فإن الجاني هناك قد قبل والتزم، فرجعنا إلى بدل المال.

والثاني: يسقط؛ لأنه رضي به حيث أقدم على الصلح وطلب العوض، فإن قلنا بهذا فهل تثبت الدية؟ قال البغوي: هو كما لو عفا مطلقا^(٢).

فرع:

لو عفا عن القود على نصف الدية.

(٢) «التهذيب» ٧/ ٧٥.

(١) «المحرر» (ص ٣٩٩).

قال القاضي حسين: هذه معضلة^(١) أسهرت الخلد.
قال غيره: هو كعفوه عن القود ونصف الدية فيسقط القود ونصف الدية.

واعلم أن المصنف رحمه الله فرع هذه الفروع على القول الصحيح أن الواجب القود عينا والدية بدل عند سقوطه، وترك التفرع على القول المرجوح لطوله.

وقد ذكره في «الروضة» تبعا للرافعي^(٢).
قال: (وَلَيْسَ لِمَحْجُورٍ فَلْسٌ^(٣) عَفْوٌ عَنْ مَالٍ إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا) أي: أحد الأمرين للتفويت على الغرماء.

قال: (وَالْأَيُّ أَيُّ: وَإِنْ قُلْنَا: الْوَاجِبُ الْقُودُ عَيْنًا (فَإِنْ عَفَا عَلَى الدِّيَةِ تَبَيَّنَ، وَإِنْ أَطْلُقَ (فَعَلَى مَا)^(٤) سَبَقَ) أَيُّ: فِيمَا إِذَا عَفَا مُطْلَقًا، فَإِنْ قُلْنَا: إِنَّهُ يَوْجِبُ الدِّيَةَ يَثْبُتُ إِلَّا فَلَا، وَالْمَذْهَبُ عَدَمُ الْوَجُوبِ كَمَا سَلَفَ.

قال: (وَإِنْ عَفَا عَلَى أَنْ لَا مَالَ فَالْمَذْهَبُ أَنَّهُ لَا يَجِبُ شَيْءٌ) لأن العفو مع نفي المال لا يقتضي مالا، فلو كلفنا المفلس على^(٥) أن يطلق ليثبت المال كان ذلك تكليفاً بأن يكتسب، وليس على المفلس أن يكتسب، كذا علله الرافعي^(٦).

(١) في الأصل: مغلطة.

(٢) «روضة الطالبين» ٢٣٩/٩ - ٢٤٠، وانظر: «الشرح الكبير» ٢٩٠/١٠ - ٢٩٣.

(٣) في (ب): فليس. (٤) من (ب)، وفي غيرها: فكما.

(٥) ساقطة من (ب).

(٦) «الشرح الكبير» ٢٩٥/١٠.

وأشار المصنف بقوله: (فالمذهب) إلى ذكر طريقين، وبيان ذلك أنا إذا قلنا: إن مطلق العفو لا يوجب المال. فالمقيد بالنفي أولى، وإلا فوجهان أصحهما هذا.

والثاني: الوجوب؛ لأنه لو أطلق العفو لوجب المال، فالنفي كالإسقاط؛ لما له حكم الوجوب، كذا ذكره الرافعي والمصنف^(١)، وقد اقتضى كلام المصنف في باب (الفلس)^(٢) الجزم بالصحة أيضًا، فإنه قال: ويصح اقتصاصه وإسقاطه، ومقتضاه أنه لا فرق في الإسقاط بين أن يكون مجاناً أو على مال.

فرع:

عفو المريض مرض الموت وعفو الورثة عن القصاص مع نفي المال إذا كان على التركة دين أو وصية كعفو المفلس. قال: (وَالْمُبْدَرُ فِي الدِّيَةِ كَمُفْلِسٍ) أي: في حكمه الذي قررناه أيضًا^(٣).

قال في «المحرر»: وهذا ما أجاب به أكثرهم^(٤).

قال: (وَقِيلَ: كَصَبِيٍّ) أي: فلا يصح عفوّه عن المال بحال، وهذا ما قطع به القفال، وعلل بأننا وإن قلنا: مطلق العفو لا يوجب المال، فإذا تصدى له مال لم يجز له تركه، كما لو وهب له شيء أو أوصي له

(١) «الشرح الكبير» ١٠/٢٩٥، «روضة الطالبيين» ٩/٢٤٢.

(٢) في (ب): التفليس.

(٣) في (ب): أنفا.

(٤) «المحرر» (ص ٤٠٠).

بشيء فلم يقبل، فولىه يقبل عنه. بخلاف المفلس لا يقبل الغرماء عنه، ولا الحاكم.

وحكى الإمام أنه لو رده لم يصح رده، وأن الولي يقبل عنه، وتوقف فيه^(١).

فرع:

عفو المكاتب / ٣١/ عن الدية تبرع فلا تصح بغير إذن سيده، وبإذنه الخلاف في صحة تبرعاته بإذنه.

فائدة وقعت أسترادًا:

نقل ابن الصلاح عن الفزاري من أصحابنا أن قاتل إمام المسلمين هل يقتل حدًا أو قصاصًا؟ وجهان، فعلى الحد لا عفو^(٢).

قال: (وَلَوْ تَصَالَحَا عَنِ الْقَوْدِ عَلَى مَائَتِي بَعِيرٍ لَغَا إِنِّ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا) يعني: القصاص أو الدية؛ لأنه زيادة على الواجب نازل منزلة الصلح من ألف على ألفين.

قال: (وَالْإِلَّا) أي: وإن قلنا بالأصح، وهو أن الواجب القود عينا، والدية بدل عند سقوطه (فَالْأَصَحُّ الصَّحَّةُ) لأنه مال يتعلق باختيار المستحق والتزام الجاني، فلا معنى لتقديره^(٣) كبذل الخلع.

والثاني: لا يصح؛ لأن الدية هي التي تخلف القصاص عند سقوطه فلا يزداد عليها.

(١) «نهاية المطلب» ١٦/ ١٤١. (٢) «فتاوى ابن الصلاح» ٢/ ٧٠٣.

(٣) في (ب): (لتقديره).

قال: (وَلَوْ قَالَ رَشِيدٌ: أَقْطَعْنِي فَفَعَلَ فَهَدَرٌ) أي: لا قصاص ولا دية، كما لو أذن في إتلاف ماله، فإنه لا ضمان بإتلافه.

قال الرافعي في كلامه على الإكراه: وقد يقتضي المعنى الثاني في توجيه وجوب القصاص -أي: فيما إذا سرى، وهو أن القتل لا يباح بالإذن- تخريج الخلاف فيه^(١).

قال: (فَإِنْ سَرَى) أي: القطع (أَوْ قَالَ أَقْتُلْنِي فَهَدَرٌ وَفِي قَوْلٍ تَجِبُ دِيَةٌ) هذا الخلاف بناء الرافعي على أن الدية تجب للورثة ابتداء عقب هلاك المقتول، أم تجب للمقتول في آخر جزء من حياته ثم تنتقل إليهم؟ إن قلنا بالأول وجبت، ولم يؤثر إذنه وإلا فلا^(٢).

وأشار ابن الصباغ إلى القطع بنفي الدية، وهذا الثاني أظهر- أعني: الانتقال إليهم- لأنه ينفذ منها ديونه ووصاياه، ولو كانت للورثة لم يكن ذلك^(٣)، وقد قدمت هذا في الكلام على الإكراه في أوائل الجراح، وهذا كله في الدية، أما القصاص ففيه طريقان أشهرهما القطع بنفيه كما جزم به المصنف، وجعل الإذن شبهة دائرة.

والثاني: طرد الخلاف فيه، قاله أبو سهل الصعلوكي، ووجه الوجوب بأن القصاص أيضاً يثبت للورثة ابتداء، وبأن القتل لا يباح بالإذن، فأشبهه إذن المرأة في الزنا، ومطاوعتها لا تسقط الحد.



(١) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٤.

(٢) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٣.

(٣) في (ب): كذلك.

فرع:

لو أذن عبد في القتل أو القطع لم يسقط الضمان؛ لأنه حق السيد، وفي وجوب القصاص إذا كان المأذون له عبداً وجهان، وجه المنع أن القصاص يسقط بالشبهة، وقول العبد فيه مقبول إذا أقر على نفسه، وكذلك يؤثر رضاه في سقوطه.

فرع:

إذا قلنا في مسألة الكتاب: لا دية للكفارة واجبة على الأصح، ولا تؤثر فيها الإباحة. وقيل: تسقط تبعاً.

تنبيه:

اعترض على قول التلقي من الوارث بأن الدية إذا ثبتت له وهي عرضة الانتقال إلى الورثة وجب أن لا ينفذ الإسقاط والإباحة إلا في ثلثها. وأجيب بأنه لا يسقط ثابتاً في الحال، وإنما يبيح ما يتضمن إتلافه مآلاً لولا الإباحة.

واعترض على القول الآخر بأنها لو ثبتت للورثة ابتداء لما قضى منها ديون القتيل، ولا نفذت وصاياه، وأجيب بأن الورثة ملكوا الدية من جهته وبدلاً عن نفسه، فقدم حقه على حقوقهم. ذكره ٣١١/ب/ الرافعي^(١).

قال: (وَلَوْ قُطِعَ) أي: عضو إنسان كأصبعه أو يده (فَعَفَا عَنْ قَوْدِهِ وَأَرْشِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسْرِ فَلَا شَيْءَ) أي: من قصاص أو دية؛ لأن المستحق أسقط الحق بعد ثبوته فيسقط.

(١) «الشرح الكبير» ١٠/١٤٣.

وقال المزني: تجب الدية^(١)؛ لأن أَسْتَقَرَّارَ الجناية باندمالها، فلا يعتبر العفو قبل أَسْتَقَرَّارها، وسواء أقتصر على قوله: عفوت عن موجبها، أو قال: عما يحدث منها؛ لأنه لم يحدث شيء، ولو قال: عفوت عن هذه الجناية ولم يزد، فالنص في «الأم» أنه عفو عن القصاص^(٢).

وعن الأصحاب أنه مفرع على قولنا: موجب العمد القود. فإن قلنا: أحد الأمرين، ففي بقاء الدية احتمالات للروائي.

قال: (وَإِنْ سَرَى) أي: إلى النفس (فَلَا قِصَاصَ) أي: كما لا قصاص في الطرف؛ لأن السراية تولدت عن معفو عنه فصارت شبهة دافعة^(٣)، وأيضاً فقد عفا عن الطرف، ولا يمكن أَسْتِيفَاء النفس إلا بالطرف.

وعن ابن سريج وابن سلمة وجوب قصاص النفس^(٤)؛ لأنه لم يدخل في العفو، فعلى هذا إن عفا عن القصاص فله نصف الدية فقط؛ لسقوط نصفها بالعفو عن اليد، والصحيح ما جزم المصنف به.

قال: (وَأَمَّا أَرَشُ الْعُضْوِ فَإِنْ جَرَى لَفْظُ وَصِيَّةٍ كَأَوْصِيْتُ لَهُ بِأَرَشِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَوْصِيَّةٌ لِقَاتِلٍ) أي: وقد سبق الخلاف فيها في كتاب الوصية، فإن أبطلناها لزمه أرش اليد، وإن صححناها سقط الأرش إن خرج من الثلث، وإلا سقط منه قدر الثلث.

(١) «مختصر المزني» ١٢٤/٥.

(٢) «الأم» ١٣/٦.

(٣) في الأصل: واقعة.

(٤) أنظر: «نهاية المطلب» ٣٠٣/١٦.

قال: (أَوْ لَفْظُ إِبْرَاءٍ) أي: وإن جرى لفظ إبراء (أَوْ إِسْقَاطٍ، أَوْ عَفْوٍ) أي: بأن قال: أبرأته عن أرش هذه الجناية، أو أسقطته، أو عفوت عنه (سَقَطَ) أي: قطعاً؛ لأنه إسقاط حق ناجز، والوصية هي التي تتعلق بحال الموت.

قال: (وَقِيلَ: وَصِيَّةٌ) بدليل الاعتبار من الثلث، فيعود الخلاف في الوصية للقاتل، والطريقة الأولى هي الصحيحة وهي القطع بعدم مجيء الخلاف.

وقول المصنف: (وقيل) قد أتضح أنه طريقة وليس وجهاً، وهو^(١) أحد ما وقع في الكتاب مخالفاً لما أصطلح عليه في الخطبة، وقد تقدم التنبيه على أصل ذلك في خطبة هذا الشرح.

قال: (وَتَجِبُ الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ) أي: على أرش العضو (إِلَى تَمَامِ الدِّيَةِ، وَفِي قَوْلٍ: إِنَّ تَعَرَّضَ فِي عَفْوِهِ لِمَا يَحْدُثُ مِنْهَا سَقَطَتْ).

اعلم أن ما تقدم في أرش العضو، وأما الزيادة عليه إلى تمام الدية فهي واجبة إن اقتصر على العفو عن موجب المال، ولم يقل: وما يحدث منها، فإن قال: وما يحدث نظر إن قاله بلفظ الوصية كقوله: أوصيت له بأرش هذه الجناية، وأرش ما يحدث منها، أو يتولد أو يسري إليه، بني على القولين في الوصية للقاتل، ويجيء في جميع الدية ما ذكرناه في أرش العضو.

وإن قال: عفوت عنه أو أبرأته عن ضمان ما يحدث أو أسقطته ففي

(١) في (ب): وهذا.

تأثيره فيما يحدث قولان كما ذكرهما المصنف، أظهرهما: لا. فيلزمه الضمان؛ لأن إسقاط الشيء قبل ثبوته غير منتظم.

والثاني: يؤثر فلا يلزمه شيء؛ لأن الجناية على الطرف سبب لفوات النفس وأن النفس لا تباشر بالجناية، وهذا هو الخلاف الذي سبق في الإبراء عما لم يجب وجري سبب وجوبه.

فرع^(١): هذا كله / ٣٢ / إذا كان الأرش دون الدية، فأما إذا قطع يديه فعفا عن أرش الجناية وما يحدث منها، فإن لم نصحح الوصية وجبت الدية بكمالها، وإن صححناها سقطت بكمالها إن وفى بها الثلث، سواء صححنا الإبراء عما لم يجب أو لم نصححه؛ لأن أرش اليدين^(٢) دية كاملة فلا يزيد بالسراية شيء.

قال: (فَلَوْ سَرَى إِلَى عُضْوٍ آخَرَ فَأَنْدَمَلَ) (أي: بأن قطع إصبعه فتآكل)^(٣) باقي الكف بها ثم أندمل (ضَمِنَ دِيَةَ السَّرَايَةِ فِي الْأَصْح) لأنه عفا عن موجب الجناية الحاصلة في الحال، فيقتصر أثره عليه.

والثاني: المنع؛ لأنه إذا سقط الضمان بالعفو صارت الجناية غير مضمونة، وإذا كانت الجناية غير مضمونة كانت السراية أيضاً غير مضمونة، كما إذا قال لغيره: أقطع يدي فقطعها وسرى القطع إلى عضو آخر، وكما إذا قطع يد^(٤) مرتد فأسلم ثم سرى، أما سقوط دية العضو المقطوع بالعفو فلا يخفى، ولا قصاص أيضاً والحالة هذه،

(١) في الأصل: قال. (٢) في الأصل: اليد من.

(٣) ما بين القوسين ساقط من (أ).

(٤) في (ب): يدي.

ويمكن أن يجيء فيه خلاف كما قاله الرافعي^(١)، ومحل الخلاف الذي ذكره المصنف ما إذا أقتصر على العفو عن موجب الجناية، فأما إذا قال: عفوت عن هذه الجناية وما يحدث منها، فسرى قطع الأصبع إلى الكف، فإن لم نوجب ضمان السراية إذا أطلق فهذا أولى، وإن أوجبناه فيخرج ههنا على الإبراء عما لم تجب، وجرى سبب وجوبه.

وقد تلخص من كلام المصنف من عند قوله: (ولو قطع فعفا) إلى هنا أن للمسألة ثلاث حالات:

أحدها: أن يندمل ولا يسري.

وثانيها: أن يسري القطع إلى النفس.

وثالثها: أن يسري إلى عضو آخر، وقد أوضحنا ذلك كله.

قال: (وَمَنْ لَهُ قِصَاصُ نَفْسٍ بِسَرَايَةِ طَرْفٍ) أي: بأن كان الجاني قد قطع يد المجني عليه ومات بالسراية، و(لَوْ عَفَا عَنِ النَّفْسِ فَلَا قَطْعَ لَهُ) لأن المستحق هو القتل والقطع طريقة، وقد عفا عن المستحق له.

قال: (أَوْ عَنِ الطَّرْفِ فَلَهُ حَزُّ الرَّقَبَةِ فِي الْأَصَحِّ) لأنه متمكن من العدول إلى حز الرقبة، فلعله قصد ذلك، وأيضاً ففي العفو عن القطع تسهيل الأمر عليه وترك الإيلام بالقطع.

قال في «المحرر»: وهذا أقوى الوجهين^(٢). وكذا قال في «الشرح»^(٣)، والثاني: ليس له ذلك؛ لأنه أستحق القتل بالقطع الساري وقد تركه.

(١) «الشرح الكبير» ٢٩٩/١٠. (٢) «المحرر» (ص ٤٠١).

(٣) «الشرح الكبير» ٣٠٢/١٠.

فرع:

لو قطع يد رجل ثم حز رقبتة قبل الاندمال فعفا الولي عن القطع لا يسقط حز الرقبة، وكذا عفوه عن النفس لا يسقط القطع؛ لأن الزهوق حصل بجناية مستحقة، وهما حقان مقصودان في نفسيهما ليس الأول طريقاً للثاني.

فرع:

لو وجب على الجاني طرف إنسان ونفسه نظر إن كان مستحق هذا غير مستحق ذاك، فلا شك أن عفوا أحدهما لا يسقط حق الآخر، ومن صورته أن يقطع عبد يد عبد فيعتق المجني عليه، ثم سرى القصاص إلى نفسه، فالقصاص في اليد للسيد، وفي النفس لورثة العتيق، وإن استحقهما واحد فعفا عن النفس وأراد القصاص في الطرف فله ذلك؛ لأنهما حقان ثبتا له، فالعفو عن أحدهما لا يسقط الآخر، كما لو كان الاستحقاق لشخصين، وفي «الوسيط» حكاية وجه ٣٢/ب أنه إذا عفا عن النفس فقد التزم بقاء الأطراف فيسقط قصاص الطرف، كذا^(١) حكاة الرافعي عنه، ثم قال: ولم ينقل الإمام في هذه الصورة خلافاً، وإنما حكى خلافاً فيما إذا عفا عن الطرف، هل يسقط قصاص النفس؟^(٢) والأصح في أصل «الروضة» لا يسقط^(٣)، أنتهى.

(١) من (ب).

(٢) «الشرح الكبير» ٣٠٣/١٠، وانظر: «نهاية المطلب» ٣٠٢/١٦، «الوسيط» ٦/٣٢١.

(٣) «روضة الطالبين» ٢٤٦/٩.

ووقع^(١) في بعض نسخ «الوسيط» كما في «النهاية»، وهذا لفظه: إذا عفا عن أحدهما لا يسقط الآخر.

وقيل: إن عفا عن النفس فله القطع، وإن عفا عن الطرف فليس له الحز؛ إذ قد التزم بقاء الأطراف فيسقط قصاص النفس^(٢).

قال: (وَلَوْ قَطَعَهُ) أي: الولي بسبب القطع الساري (ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَانًّا، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ بَانَ بَطْلَانُ الْعَفْوِ، وَإِلَّا) أي: وإن وقف (فَيَصِحُّ) أي: العفو ولم يلزمه بقطع اليد شيء، وكذا لو كان قتله بغير القطع، وقطع الولي يده متعديا ثم عفا عنه لا ضمان عليه. وقال أبو حنيفة: إذا عفا فعليه دية اليد^(٣) (وقال أحمد: عليه ديتها عفا أو لم يعف^(٤)) وقال مالك: يلزمه القصاص في اليد^(٥)^(٦).

لنا أنه قطع يد من يباح له دمه فلا يلزمه قصاص ولا ضمان، كما لو قطع يد^(٧) مرتد، والعفو إنما يؤثر فيما يبقى لا فيما أستوفي، ولا يخفى أن قول المصنف: (ولو قطعه ثم عفا) إلى آخره من تمام حكم قوله (ومن له قصاص نفس بسراية طرف) فإنه تارة يعفو، وتارة يقطع، فذكر الأول ثم الثاني.

(١) في (ب): كذا وقع.

(٢) «نهاية المطلب» ١٦ / ٣٠٢، «الوسيط» ٦ / ٣٢١.

(٣) أنظر: «الأصل» ٤ / ٥٢٠، «مختصر اختلاف العلماء» ٥ / ١٣٢، «المبسوط» ٢٦ / ١٥٠.

(٤) أنظر: «المغني» ١١ / ٥١٣. (٥) ما بين القوسين ساقط من الأصل.

(٦) أنظر: «الذخيرة» ١٢ / ٢٩٨.

(٧) في (ب): (يدي).

قال: (وَلَوْ وَكَّلَ) أي: باستيفاء القصاص (ثُمَّ عَفَا فَأَقْتَصَّ الْوَكِيلُ جَاهِلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ) لقيام العذر به.

وحكى الجويني قولاً مخرجاً مما إذا قتل من عهده مرتدًا فبان مسلمًا أنه يجب القصاص^(١)، لكن الفارق بينهما تقصير القاتل هناك؛ لأن المرتد لا يخلّى ما بقي على الردة، والوكيل ههنا معذور بانٍ على ما يجوز البناء عليه، وما جزم به المصنف مفرع على جواز الاستيفاء في غيبة الموكل، وهو المذهب كما قرره في بابه، أما إذا قتله الوكيل عالمًا بالعفو فلا شك في وجوب القصاص عليه كما لو قتله غيره، ولو ادعى على الوكيل العلم بالعفو فأنكر صدق يمينه، فإن نكل حلف الوارث واستحق القصاص.

قال: (وَالْأَظْهَرُ وَجُوبُ دِيَّةٍ) لأنه ظن أنه قتله بغير حق.

والثاني: لا يجب؛ لأنه عفا بعد خروج الأمر من يده فوق لغوًا، ولأن القتل يباح له في الظاهر، فلا يتجه التضمين به، ثم قيل: الخلاف مبني على أن الوكيل هل ينزل قبل بلوغ الخبر أم لا؟ وقيل: على الخلاف فيما إذا قتل في صف المشركين من حسبه كافرًا فبان مسلمًا أو أسيرًا.

وقيل: الخلاف غير مبني على شيء.

فرع:

لو عزله فقتله الوكيل جاهلًا بالعزل ففي وجوب الدية القولان، فإن لم نوجب الدية وجبت الكفارة في الأصح.

(١) «الجمع والفرق» ٣/ ٤٣٥-٤٣٦.

فرع:

إذا أوجبنا الدية فهي مغلظة على المشهور؛ لأنه عمد أو شبه عمد. وفي قول مخففة.

قال: (وَأَنَّهَا عَلَيْهِ لَا عَلَى عَاقِلَتِهِ) لأنه متعمد، وإنما سقط القصاص للشبهة. والثاني: أنها على العاقلة؛ لأنه^(١) قتل جاهلاً بالحال، فكان كالمخطئ.

فرع:

إذا قلنا بالأول فأصح الوجهين /٣٣/ في «الروضة» أنها حالة لا مؤجلة^(٢).

تنبيهان:

أحدهما: قوله (وأنها عليه) تعطي حكاية قولين في ذلك أيضًا؛ لأنه عطفه على الأظهر وليس بجيد على اصطلاحه؛ لأنه عبر في «الروضة» بالأصح، وكذا الرافعي في «الشرح» قال: فيه وجهان^(٣)، ولك أن تصحح كلامه وتجعله راجعًا إلى أنها مغلظة أو مخففة، والخلاف في ذلك قولان كما حكيته لك قبل، لكن الرافعي قال: إذا قلنا: إنها مخففة فهي على العاقلة، وإن قلنا: مغلظة، فوجهان أصحهما عليه^(٤).

الثاني: الدية هنا - أعني: في قتل الوكيل - تكون لورثة الجاني، لا

(١) في الأصل: لأنها.

(٢) «روضة الطالبين» ٩/٢٤٩.

(٣) «الشرح الكبير» ١٠/٣٠٦.

(٤) «الشرح الكبير» ١٠/٣٠٦.

تعلق للموكل بها بخلاف ما إذا ثبت القصاص لاثنين فبادر أحدهما وقتل الجاني، يجب عليه نصف الدية للآخر على أحد القولين. والفرق أن القاتل هناك أتلف حق أخيه فتعلق الأخ ببذله، والوكيل هنا قتل بعد سقوط حق الموكل^(١).

ونقل ابن كج عن بعضهم جعله على الخلاف. قال: (وَالْأَصَحُّ أَنَّهُ لَا يَرْجَعُ) إلى^(٢) الوكيل الغارم (بِهَا) أي: بالدية (عَلَى الْعَافِي) لأن العافي محسن بالعفو غير مغرر بخلاف الغاصب إذا قدم الطعام المغصوب إلى الضيف. والثاني: يرجع.

والثالث: يرجع الوكيل دون العاقلة، كذا حكى المصنف الخلاف في «الروضة»^(٣)، وأما الرافعي فقال: إذا غرم الوكيل أو عاقلته الدية فهل يرجع من غرم على العافي؟ فيه طريقتان: أحدهما: قولان كما في تقديم الغاصب الطعام المغصوب إلى غيره فأكله.

والثاني: القطع بأنه لا رجوع، ثم فرق بما أسلفته. قال: والظاهر المنع وإن ثبت الخلاف. قال: وخص بعضهم الخلاف في الرجوع بالدية بما إذا غرمنها^(٤) للوكيل، وقطع فيما إذا غرمنها العاقلة أنهم لا يرجعون بها^(٥) فأطلق

(١) في (ب): الوكيل. (٢) في (ب): أي.

(٣) «روضة الطالبين» ٢٤٩/٩. (٤) في (ب): غرماها.

(٥) «الشرح الكبير» ٣٠٦/١٠ - ٣٠٧.

المصنف الأوجه على الطرق، وهو مجاز كما قدمته في خطبة هذا الشرح، وليت المصنف عطف هذه على الأظهر وأتى بالأصح في التي قبلها.

فرع:

إذا قلنا بالرجوع فهل لولي الجاني أن يأخذ الدية ابتداء من العافي؟ فيه وجهان.

فرع:

أما الكفارة فلا يرجع بها على الأصح كما لا يضرب على العاقلة، كذا جزم به الرافعي^(١). وعن القاضي حسين حكاية وجهين في ذلك.

فرع:

هل للموكل العافي دية قتيله؟ ينظر إن عفا مجاناً أو مطلقاً وقلنا: المطلق لا يوجب الدية فلا شيء له، وإن عفا على مال أو مطلقاً وقلنا: يوجب المال. فله الدية في تركة الجاني مغلظة إن أوجبنا تقبل الوكيل الدية، وإن لم نوجبها به فلا دية للموكل لخروج العفو على هذا التقدير عن الفائدة.

قال: (وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ عَلَيْهَا) أي: بأن جنت زوجة حرة على شخص (فَنَكَحَهَا عَلَيْهِ) أي: هو أو وارثه (جَازَ) لأنه عوض مقصود.

قال: (وَسَقَطَ) أي: القصاص لملكها قصاص نفسها.

قال: (فَإِنْ فَارَقَ قَبْلَ الْوَطْءِ رَجَعَ بِنِصْفِ الْأَرْضِ) لأنه المسمى في

(١) «الشرح الكبير» ٣٠٧/١٠.

العقد وفات (وفي قول: بنصف مهر مثل) قال في «المحرر»: والأول هو ما رجح من القولين^(١). وأشار بذلك إلى البغوي فإنه الذي نقل تصحيحه كما نقله عنه في «الشرح»^(٢).



(١) «المحرر» (ص ٤٠١).

(٢) «الشرح الكبير» ٣٠٨/١٠، وانظر: «التهذيب» ٧/١٣٠.

[illegible]

محتويات المجلد الثاني عشر ومسائله

- ٥ كِتَابُ الْكَفَّارَةِ
- ٩ يُشْتَرَطُ نِيَّتُهَا لَا تَعْيِينُهَا وَخِصَالُ كَفَّارَةِ الظَّهَارِ: عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤَمَّنَةٍ
- ١١ فَيُجْزَى صَغِيرٌ وَأَقْرَعٌ وَأَعْرَجٌ يُمَكِّنُهُ تِبَاعُ مَشْيٍ، وَأَعْوَرٌ وَأَصَمٌّ وَأَخْرَسٌ وَأَخْشَمٌ،
- ١٢ وَفَاقِدُ أَنْفِهِ وَأُذُنَيْهِ وَأَصَابِعِ رِجْلَيْهِ، لَا زَمَنٌ وَلَا فَاقِدُ رِجْلٍ أَوْ خَنْصِرٍ وَبَنْصِرٍ مِنْ يَدٍ
- ١٣ وَلَا هَرَمٌ وَلَا عَاجِزٌ، وَمَنْ أَكْثَرَ وَقْتِهِ مَجْنُونٌ أَوْ مَرِيضٌ لَا يُرْجَى، فَإِنْ بَرَأَ بَانَ
- ١٤ وَلَا يُجْزَى شِرَاءُ قَرِيبٍ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ، وَلَا أُمٌّ وَلَدٍ وَذِي كِتَابَةٍ صَحِيحَةٍ،
- ١٥ وَيُجْزَى مُدَبَّرٌ وَمُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ، فَلَوْ أَرَادَ جَعْلَ الْعِتْقِ الْمُعَلَّقِ كَفَّارَةً لَمْ يَجْزْ، وَلَهُ تَعْلِيقُ
- ١٦ وَلَوْ أَعْتَقَ مُعْسِرٌ نِصْفَيْنِ عَنْ كَفَّارَةٍ فَلَا صَحَّ الْإِجْزَاءُ إِنْ كَانَ بَاقِيَهُمَا حُرًّا ...
- ١٦ وَلَوْ أَعْتَقَ بَعُوضٍ لَمْ يَجْزْ عَنْ كَفَّارَةٍ، وَالْإِغْتَاقُ بِمَالٍ كَطَلَاقٍ بِهِ،
- ١٨ وَمَنْ مَلَكَ عَبْدًا أَوْ ثَمَنَهُ فَاضِلًا عَنْ كِفَايَةِ نَفْسِهِ وَعِيَالِهِ نَفَقَةً وَكِسْوَةً وَسُكْنَى وَأَثَانًا
- ١٩ وَلَا يَجِبُ بَيْعُ ضَيْعَةٍ وَرَأْسِ مَالٍ لَا يَفْضُلُ دَخْلُهُمَا عَنْ كِفَايَتِهِ، وَلَا مَسْكَنٍ وَعَبْدٍ
- ٢١ فَإِنْ عَجَزَ عَنْ عِتْقِ صَامٍ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ بِالْهَلَالِ بِنِيَّةِ كَفَّارَةٍ،
- ٢٢ وَلَا يُشْتَرَطُ نِيَّةُ تَتَابُعٍ فِي الْأَصْحِّ، فَإِنْ بَدَأَ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ حُسِبَ الشَّهْرُ بَعْدَهُ بِالْهَلَالِ
- ٢٥ فَإِنْ عَجَزَ عَنْ صَوْمٍ بِهِرَمٍ أَوْ مَرَضٍ قَالَ الْأَكْثَرُونَ: لَا يُرْجَى زَوَالُهُ، أَوْ لِحَقُّهُ
- ٣١ كِتَابُ اللَّعَانِ
- ٣٧ تعريف اللعان
- ٣٨ يَسْبِقُهُ قَذْفٌ، وَصَرِيحُهُ الزَّنا كَقَوْلِهِ لِرَجُلٍ أَوْ أَمْرَأَةٍ: زَنَيْتَ أَوْ زَنَيْتِ أَوْ يَا زَانِي
- ٤٠ وَقَوْلُهُ: يَا فَاجِرُ يَا فَاسِقُ، وَلَهَا: يَا خَيْبَتُهُ، وَأَنْتِ تُحْيِيَنَّ الْخُلُوءَةَ،
- ٤١ وَقَوْلُهُ: زَنَيْتَ بِكَ إِقْرَارٌ بَزْنًا وَقَذْفٌ، وَلَوْ قَالَ لَزَوْجَتِهِ: يَا زَانِيَةً. فَقَالَتْ: زَنَيْتُ بِكَ
- ٤٢ وَالْمَذْهَبُ أَنَّ قَوْلَهُ: يَدُكَ وَعَيْنُكَ، وَلَوْلَايَهُ: لَسْتُ مِثِّي أَوْ لَسْتُ ابْنِي كِنَايَةً،
- ٤٤ وَيَحْدُثُ قَاذِفٌ مُحْصَنٌ وَيَعْزُرُ غَيْرُهُ، وَالْمُحْصَنُ مُكَلَّفٌ حُرٌّ مُسْلِمٌ عَفِيفٌ عَنْ وِطْءٍ

- ٤٥ وَلَوْ زَنَى مُقْدُوْفٌ سَقَطَ الْحَدُّ، أَوْ أَرْتَدَّ فَلَا
- ٤٦ وَمَنْ زَنَى مَرَّةً ثُمَّ صَلَحَ لَمْ يَعُدَّ مُحْصَنًا، وَحَدُّ الْقَذْفِ يُورَثُ وَيَسْقُطُ بِعَفْوٍ،
- ٤٨ فَضْلُ: لَهُ قَذْفُ زَوْجَةٍ عَلِمَ زَنَاهَا أَوْ ظَنَّهُ ظَنًّا مُوَكَّدًا كَشْيَاعِ زَنَاهَا بِرَيْدٍ
- ٤٩ وَإِنْ وَلَدَتْهُ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنَ الْوِطْءِ أَوْ فَوْقَ أَرْبَعِ سِنِينَ، فَلَوْ وَلَدَتْهُ لِمَا بَيْنَهُمَا
- ٥٠ وَلَوْ وَطِئَ وَعَزَلَ حَرَمَ عَلَى الصَّحِيحِ، وَلَوْ عَلِمَ زَنَاهَا وَاحْتِمَلَ كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ
- ٥٢ فَضْلُ: اللَّعَانُ قَوْلُهُ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ: أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ
- ٥٣ وَإِنْ كَانَ وَلَدٌ يَنْفِيهِ ذَكَرَهُ فِي الْكَلِمَاتِ فَقَالَ: وَإِنَّ الْوَلَدَ الَّذِي وَلَدَتْهُ أَوْ هَذَا الْوَلَدُ
- ٥٤ وَلَوْ بُدِّلَ لَفُظُ شَهَادَةٍ بِحَلْفٍ وَنَحْوِهِ، أَوْ غَضَبٍ بِلَعْنٍ وَعَكْسِهِ، أَوْ ذِكْرًا قَبْلَ تَمَامِ
- ٥٥ وَيُسْتَرْطَفُ فِيهِ أَمْرُ الْقَاضِي وَيُلْقَنُ كَلِمَاتِهِ... وَيُلَاعِنُ أَخْرَسُ بِإِشَارَةٍ مُفْهِمَةٍ أَوْ كِتَابَةٍ
- ٥٦ وَيَصِحُّ بِالْعَجَمِيَّةِ، وَفِي مَنْ عَرَفَ الْعَرَبِيَّةَ وَجْهٌ،
- ٥٧ وَيُعْلَظُ بِزَمَانٍ وَهُوَ بَعْدَ عَصْرِ جُمُعَةٍ
- ٥٨ وَمَكَانٍ وَهُوَ أَشْرَفُ بَلَدِهِ، فَبِمَكَّةَ بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ، وَالْمَدِينَةِ عِنْدَ الْمِنْبَرِ،
- ٥٩ وَبَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ. وَغَيْرِهَا عِنْدَ مَنَبَرِ الْجَامِعِ،
- ٦٠ وَحَائِضُ بَابِ الْمَسْجِدِ، وَذِمِّيٌّ فِي بَيْعَةٍ وَكَنِيْسَةٍ، وَكَذَا بَيْتُ نَارِ مَجُوسِيٍّ
- ٦٢ وَجَمْعُ أَقْلُهُ أَرْبَعَةٌ. وَالتَّغْلِيظَاتُ سُنَّةٌ لَا فَرَضٌ عَلَى الْمَذْهَبِ،
- ٦٣ وَيُسَنُّ لِلْقَاضِي وَعُظُمَاهَا، وَيُبَالِغُ عِنْدَ الْخَامِسَةِ
- ٦٤ وَأَنْ يَتَلَاعَنَا قَائِمَيْنِ، وَشَرْطُهُ زَوْجٌ يَصِحُّ طَلَاؤُهُ،
- ٦٥ وَلَوْ أَرْتَدَّ بَعْدَ وَطْءٍ فَقَذَفَهَا وَأَسْلَمَ فِي الْعِدَّةِ لَا عَنْ... وَيَتَعَلَّقُ بِلِعَانِهِ فُرْقَةٌ
- ٦٦ وَحُرْمَةٌ مُؤَبَّدَةٌ،
- ٦٧ وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ، وَسُقُوطُ الْحَدِّ عَنْهُ وَوُجُوبُ حَدِّ زَنَاهَا،
- ٦٨ وَانْتِفَاءُ نَسَبٍ نَفَاهُ بِلِعَانِهِ، وَإِنَّمَا يَحْتَاجُ إِلَى نَفْيٍ مُمَكِّنٍ مِنْهُ، فَإِنْ تَعَدَّرَ بِأَنْ وَلَدَتْهُ
- ٦٩ وَلَهُ نَفْيُهُ مَيِّتًا، وَالنَّفْيُ عَلَى الْفَوْرِ فِي الْجَدِيدِ

- ٧٠ وَيُعَذِّرُ لِعُدْرٍ، وَلَهُ نَفْيُ حَمْلٍ وَانْتِظَارُ وَضْعِهِ،
- ٧١ وَمَنْ آخَرَ وَقَالَ: جَهَلْتُ الْوِلَادَةَ صُدِّقَ بِيَمِينِهِ إِنْ كَانَ غَائِبًا، وَكَذَا الْحَاضِرُ فِي مُدَّةٍ
- ٧٣ فَضْلٌ: لَهُ اللَّعَانُ لِنَفْيِ وَلَدٍ وَإِنْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ وَزَالَ النِّكَاحُ، وَلِدْفِعِ حَدِّ
- ٧٤ وَلَوْ عَفَتْ عَنِ الْحَدِّ أَوْ أَقَامَ بَيْنَهُ بَرْنَاهَا أَوْ صَدَّقَتْهُ وَلَا وَلَدَ، أَوْ سَكَتَتْ عَنْ طَلَبِ
- ٧٥ وَلَوْ أَبَانَهَا أَوْ مَاتَتْ ثُمَّ قَذَفَهَا بَرْنًا مُطْلَقٍ أَوْ مُضَافٍ إِلَى مَا بَعْدَ النِّكَاحِ لَا عَنْ
- ٧٦ وَلَا يَصِحُّ نَفْيُ أَحَدٍ تَوَآمَيْنِ
- ٧٩ كِتَابُ الْعِدَّةِ
- ٨٧ تعريف العدد
- ٨٨ عِدَّةُ النِّكَاحِ ضَرْبَانِ: الْأَوَّلُ مُتَعَلِّقٌ بِفُرْقَةٍ حَيٍّ بِطَلَاقٍ وَفَسْخٍ وَلِعَانٍ،
- ٨٩ وَإِنْ تَيَقَّنَ بَرَاءَةَ الرَّجْمِ، لَا بِخُلُوعٍ فِي الْجَدِيدِ، وَعِدَّةُ حُرَّةٍ ذَاتِ أَقْرَاءٍ ثَلَاثَةٌ
- ٩٠ وَالْقَرَّةُ: الطُّهْرُ
- ٩٢ فَإِنْ طُلِّقَتْ طَاهِرًا انْقَضَتْ بِالطَّلْعِ فِي حَيْضَةٍ ثَالِثَةٍ، أَوْ حَائِضًا فِي رَابِعَةٍ،
- ٩٥ وَهَلْ يُحْسَبُ طُهْرٌ مَنْ لَمْ تَحْضِ قَرَّةً؟ قَوْلَانِ، بِنَاءً عَلَى أَنَّ الْقَرَّةَ انْتِقَالٌ مِنْ طُهْرٍ
- ٩٦ وَعِدَّةُ مُسْتَحَاضَةٍ بِأَقْرَائِهَا الْمَرْدُودَةِ إِلَيْهَا وَمُتَحَيِّرَةٍ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ فِي الْحَالِ ...
- ٩٧ وَأُمُّ وَلَدٍ وَمُكَاتَبَةٌ وَمَنْ فِيهَا رِقٌّ يَقْرَأَيْنِ،
- ٩٨ وَإِنْ عَفَتْ فِي عِدَّةٍ رَجْعِيَّةٍ كَمَلَتْ عِدَّةُ حُرَّةٍ فِي الْأَطْهَرِ،
- ٩٩ وَحُرَّةٍ لَمْ تَحْضِ أَوْ يَبْسُتْ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ،
- ١٠٠ فَإِنْ طُلِّقَتْ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ فَبَعْدَهُ هِلَالَانِ وَتُكْمَلُ الْمُكْسِرَ ثَلَاثَيْنِ، فَإِنْ حَاضَتْ فِيهَا
- ١٠١ وَأَمَّةٌ بِشَهْرٍ وَنِصْفٍ، وَفِي قَوْلٍ: شَهْرَانِ، وَفِي قَوْلٍ: ثَلَاثَةٌ، وَمَنْ انْقَطَعَ دَمُهَا لِعِلَّةٍ
- ١٠٤ وَالْمُعْتَبَرُ يَأْسُ عَشِيرَتِهَا، وَفِي قَوْلٍ: كُلُّ النِّسَاءِ
- ١٠٧ فَضْلٌ: عِدَّةُ الْحَامِلِ بِوَضْعِهِ بِشَرْطِ نِسْبَتِهِ إِلَى ذِي الْعِدَّةِ وَلَوْ أَحْتِمَالًا كَمَنْفِيٍّ
- ١٠٩ وَلَوْ ظَهَرَ فِي عِدَّةٍ أَقْرَاءٍ أَوْ أَشْهُرٍ حَمْلٌ لِلزَّوْجِ أَغْتَدَّتْ بِوَضْعِهِ، وَلَوْ أُرْتَابَتْ فِيهَا

- أَوْ بَعْدَهَا قَبْلَ نِكَاحٍ فَلْتَصْبِرْ لِنَزْوَلِ الرَّبِيبَةِ، فَإِنْ نَكَحَتْ فَاَلْمَذْهَبُ عَدَمُ إِبْطَالِهِ ١١٠
- وَلَوْ أَبَانَهَا فَوَلَدَتْ لِأَرْبَعِ سِنِينَ لِحَقِّهِ، أَوْ لِأَكْثَرِ فَلَا ١١١
- وَلَوْ طَلَّقَ رَجْعِيًّا حُسِبَتِ الْمُدَّةُ مِنَ الطَّلَاقِ، وَفِي قَوْلٍ مِنْ أَنْصِرَامِ الْعِدَّةِ ... ١١٤
- وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ الْعِدَّةِ فَوَلَدَتْ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ فَكَأَنَّهَا لَمْ تَنْكِحْ، وَإِنْ كَانَ لِسِتَّةِ ١١٤
- فَصُلِّ: لَزِمَهَا عِدَّتَا شَخْصٍ مِنْ جِنْسٍ بِأَنْ طَلَّقَ ثُمَّ وَطِئَ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءِ ١١٦
- وَقِيلَ: إِنْ كَانَ الْحَمْلُ مِنَ الْوَطْءِ فَلَا، أَوْ لِشَخْصَيْنِ بِأَنْ كَانَتْ فِي عِدَّةِ زَوْجٍ، ١١٧
- أَوْ كَانَتْ زَوْجَةً مُعْتَدَّةً عَنْ شُبْهَةٍ فَطُلِّقَتْ فَلَا تَدْخُلُ فَإِنْ كَانَ حَمْلٌ قُدِّمَتْ عِدَّتُهُ ١١٨
- وَالْإِذَا كَانَ سَبَقَ الطَّلَاقُ أَتَمَّتْ عِدَّتُهُ ثُمَّ اسْتَأْنَفَتْ الْأُخْرَى، وَلَهُ الرَّجْعَةُ فِي عِدَّتِهِ ١١٩
- فَصُلِّ: عَاشَرَهَا كَزَوْجٍ بِلَا وَطْءٍ فِي عِدَّةِ أَقْرَاءِ أَوْ أَشْهُرٍ فَأَوْجُهُ: ١٢١
- وَلَا رَجْعَةٌ بَعْدَ الْأَقْرَاءِ وَالْأَشْهُرِ. قُلْتُ: وَيَلْحَقُهَا الطَّلَاقُ إِلَى انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ، ١٢٢
- وَلَوْ نَكَحَ مُعْتَدَّةً بِظَنِّ الصَّحَّةِ وَوَطِئَ انْقَطَعَتْ مِنْ حِينِ وَطْئٍ، وَفِي قَوْلٍ أَوْ وَجْهِ ١٢٣
- وَلَوْ خَالَعَ مَوْطُوءَةً ثُمَّ نَكَحَهَا ثُمَّ وَطِئَ ثُمَّ طَلَّقَ اسْتَأْنَفَتْ وَدَخَلَ فِيهَا الْبَقِيَّةُ ١٢٥
- فَصُلِّ: عِدَّةُ حُرَّةٍ حَائِلٍ لَوَفَاةٍ وَإِنْ لَمْ تُوَطَّأْ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرَةَ أَيَّامٍ بِلَيَالِيهَا ١٢٦
- وَإِنْ مَاتَ عَنْ رَجْعِيَّةٍ انْتَفَلَتْ إِلَى وَفَاةٍ أَوْ بَائِنٍ فَلَا، وَحَامِلٍ بَوَضْعِهِ بِشَرْطِهِ السَّابِقِ ١٢٨
- فَلَوْ مَاتَ صَبِيٍّ عَنْ حَامِلٍ قَبْلَ الْأَشْهُرِ، وَكَذَا مَمْسُوحٌ إِذَا لَا يَلْحَقُهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ١٣٠
- وَيَلْحَقُ مَجْبُوبًا بَقِيَ أَنْشَاءُهُ فَتَعْتَدُ بِهِ، وَكَذَا مَسْلُوبٌ بَقِيَ ذِكْرُهُ بِهِ عَلَى الْمَذْهَبِ ١٣١
- وَلَوْ طَلَّقَ إِحْدَى أُمْرَأَتَيْهِ وَمَاتَ قَبْلَ بَيَانٍ أَوْ تَعْيِينٍ فَإِنْ كَانَ لَمْ يَطَّأْ أُعْتِدَّتَا لَوَفَاةٍ، ١٣٢
- وَكَذَا إِنْ وَطِئَ وَهُمَا ذَوَاتَا أَشْهُرٍ أَوْ أَقْرَاءِ، وَالطَّلَاقُ رَجْعِيٌّ فَإِنْ كَانَ بَائِنًا أُعْتِدَّتْ ١٣٣
- وَمَنْ غَابَ وَانْقَطَعَ خَبَرُهُ لَيْسَ لِزَوْجَتِهِ نِكَاحٌ حَتَّى يُتَيَقَّنَ مَوْتُهُ أَوْ طَلَاقُهُ، ١٣٤
- وَلَوْ نَكَحَتْ بَعْدَ التَّرْبُصِ وَالْعِدَّةِ قَبَانَ مَيِّتًا صَحَّ عَلَى الْجَدِيدِ فِي الْأَصَحِّ ... ١٣٦
- وَيَجِبُ الْإِحْدَادُ عَلَى مُعْتَدَّةٍ وَفَاةٍ، ١٣٧
- لَا رَجْعِيَّةٌ، وَيُسْتَحَبُّ لِبَائِنٍ، وَفِي قَوْلٍ يَجِبُ، ١٣٨

- ١٣٩ وهو تركُ بُسٍ مَصْبُوعٍ لِزَيْنَةٍ وَإِنْ حَشَنَ، وَقِيلَ: يَحِلُّ مَا صُبَّ عَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ،
- ١٤١ وَيُباحُ غَيْرُ مَصْبُوعٍ مِنْ قُطْنٍ وَصُوفٍ وَكَتَّانٍ، وَكَذا إِبْرَيْسَمٌ فِي الْأَصَحِّ، ...
- ١٤٢ وَمَصْبُوعٌ لَا يُقْصَدُ لِزَيْنَةٍ، وَيَحْرُمُ حُلِّيٌّ ذَهَبٍ وَفُضَّةٍ وَكَذا لَوْلُؤٌ فِي الْأَصَحِّ،
- ١٤٤ وَطِيبٌ فِي بَدَنِ وَثَوْبٍ وَطَعَامٍ وَكُحْلٍ، وَاتِّحَالٌ بِإِثْمِدٍ
- ١٤٥ إِلَّا لِحَاجَةٍ كَرَمَدٍ،
- ١٤٦ وَإِسْفِيدَاجٍ وَدُمَامٍ، وَخِصَابٍ حِثَاءٍ، وَنَحْوِهِ،
- ١٤٧ وَيَحِلُّ تَجْمِيلُ فِرَاشٍ وَأَثَاثٍ، وَتَنْظِيفُ بَغْسَلِ رَأْسٍ وَقَلَمٍ وَإِزَالَةُ وَسَخٍ
- ١٤٨ وَلَوْ تَرَكَتِ الْإِحْدَادَ عَصَتْ وَانْقَضَتِ الْعِدَّةُ كَمَا لَوْ فَارَقَتِ الْمَسْكَنَ،
- ١٤٩ فَضْلٌ: تَحِبُّ السُّكْنَى لِمُعْتَدَةِ طَلَاقٍ وَلَوْ بَائِنٍ، إِلَّا نَاشِزَةً، وَلِمُعْتَدَةِ وَفَاةٍ
- ١٥٠ وَفَسَخٌ عَلَى الْمَذْهَبِ،
- ١٥١ وَتُسْكَنُ فِي مَسْكَنٍ كَانَتْ فِيهِ عِنْدَ الْفُرْقَةِ، وَلَيْسَ لِرَوْجٍ وَغَيْرِهِ إِخْرَاجُهَا
- ١٥٢ وَكَذا لَيْلًا إِلَى دَارٍ جَارَةٍ لِعَزْلِ وَحْدِيٍّ وَنَحْوِهِمَا بِشَرْطِ أَنْ تَرْجَعَ وَتَسِيَتْ فِي بَيْتِهَا
- ١٥٣ وَلَوْ انْتَقَلَتْ إِلَى مَسْكَنٍ بِإِذْنِ الرَّوْجِ فَوَجَبَتِ الْعِدَّةُ قَبْلَ وَصُولِهَا إِلَيْهِ أَعْتَدَتْ فِيهِ
- ١٥٤ وَلَوْ أَذِنَ فِي الْإِنْتِقَالِ إِلَى بَلَدٍ فَكَمَسْكَنٍ، أَوْ فِي سَفَرٍ حَجٍّ أَوْ تِجَارَةٍ ثُمَّ وَجَبَتْ
- ١٥٦ وَلَوْ خَرَجَتْ إِلَى غَيْرِ الدَّارِ الْمَالُوفَةِ فَطَلَّقَ وَقَالَ: مَا أَذِنْتُ فِي الْخُرُوجِ صَدَّقَ
- ١٥٨ وَمَنْزِلٌ بِدَوِيَّةٍ وَيَتُّهَا مِنْ شَعْرِ كَمَنْزِلٍ حَضْرِيَّةٍ. وَإِذَا كَانَ الْمَسْكَنُ لَهُ وَيَلِيقُ بِهَا تَعَيَّنَ
- ١٥٨ وَلَا يَصِحُّ بَيْعُهُ إِلَّا فِي عِدَّةِ ذَاتِ أَشْهُرٍ فَكُمُسْتَأْجَرٍ،
- ١٥٩ وَقِيلَ: بَاطِلٌ، أَوْ مُسْتَعَارًا لَزِمَهَا فِيهِ، فَإِنْ رَجَعَ الْمُعِيرُ وَلَمْ يَرْضَ بِأَجْرَةٍ نُقِلَتْ،
- ١٦٠ فَإِنْ كَانَ مَسْكَنُ التَّكَاحِ نَفِيسًا فَلَهُ التَّقْلُّ إِلَى لَا يَتَّقِي بِهَا، أَوْ خَسِيسًا فَلَهَا الْأَمْتِنَاعُ،
- ١٦١ فَإِنْ كَانَ فِي الدَّارِ مُحَرَّمٌ لَهَا مُمَيِّزٌ ذَكَرٌ أَوْ لَهُ أُنْثَى أَوْ زَوْجَةٌ أُخْرَى، أَوْ أَمَةٌ،
- ١٦٣ وَيَنْبَغِي أَنْ يُعْلَقَ مَا بَيْنَهُمَا مِنْ بَابٍ، وَأَنْ لَا يَكُونَ مَمَرٌ إِحْدَاهُمَا عَلَى الْأُخْرَى،
- ١٦٥ بَابُ الْأَسْتِبرَاءِ

- يَجِبُ بِسَبْيَيْنِ: أَحَدُهُمَا: مِلْكُ أَمَةٍ بِشِرَاءٍ أَوْ إِرْثٍ أَوْ هِبَةٍ أَوْ سَبْيٍ أَوْ رَدِّ عَيْبٍ، ١٦٧
- وَيَجِبُ فِي مُكَاتَبَةٍ عَجَزَتْ، وَكَذَا مُرْتَدَّةٌ فِي الْأَصَحِّ، ١٦٩
- لَا مَنْ خَلَتْ مِنْ صَوْمٍ وَاعْتِكَافٍ وَإِحْرَامٍ، وَفِي الْإِحْرَامِ وَجْهٌ. وَلَوْ اشْتَرَى زَوْجَتَهُ ١٧٠
- وَلَوْ مَلَكَ مُزَوَّجَةً أَوْ مُعْتَدَّةً لَمْ يَجِبْ، فَإِنْ زَالَا وَجَبَ فِي الْأَظْهَرِ ١٧١
- الثَّانِي: زَوَالُ فِرَاشٍ عَنْ أَمَةٍ مَوْطُوءَةٍ أَوْ مُسْتَوْلَدَةٍ يَعْتَقُ أَوْ مَوْتِ السَّيِّدِ ١٧٢
- وَلَوْ مَضَتْ مُدَّةُ اسْتِبْرَاءٍ عَلَى مُسْتَوْلَدَةٍ ثُمَّ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ ١٧٣
- وَلَوْ أَعْتَقَ مُسْتَوْلَدَتَهُ فَلَهُ نِكَاحُهَا بِلا اسْتِبْرَاءٍ فِي الْأَصَحِّ، وَلَوْ أَعْتَقَهَا أَوْ مَاتَ، ١٧٤
- وَهُوَ بَقَرٌ، وَهُوَ حَيْضَةٌ كَامِلَةٌ فِي الْجَدِيدِ ١٧٥
- وَذَاتُ أَشْهُرٍ بِشَهْرٍ، وَفِي قَوْلٍ: بِثَلَاثَةِ، وَحَامِلٌ مَسِيَّةٌ أَوْ زَالَ عَنْهَا فِرَاشُ سَيِّدٍ ١٧٦
- وَلَوْ مَضَى زَمَنُ اسْتِبْرَاءٍ بَعْدَ الْمَلِكِ وَقَبْلَ الْقَبْضِ حُسِبَ إِنْ مَلَكَ بِإِرْثٍ، ١٧٧
- وَلَوْ اشْتَرَى مُجُوسِيَّةً فَحَاضَتْ ثُمَّ أَسْلَمَتْ لَمْ يَكْفِ. ١٧٨
- وَيَحْرُمُ الْأَسْتِمْتَاعُ بِالْمُسْتَبْرَأَةِ إِلَّا مَسِيَّةً فَيَحِلُّ غَيْرُ وَطْءٍ، ١٧٩
- وَإِذَا قَالَتْ: حِضْتُ صُدِّقْتُ، وَلَوْ مَنَعَتِ السَّيِّدَ فَقَالَ: أَخْبَرْتَنِي بِتَمَامِ الْاسْتِبْرَاءِ ١٨٠
- وَلَا تَصِيرُ أَمَةٌ فِرَاشًا إِلَّا بِوَطْءٍ، فَإِذَا وَلَدَتْ لِلْإِمْكَانِ مِنْ وَطْئِهِ لَحِقَهُ ١٨١
- وَلَوْ أَقَرَّ بِوَطْءٍ وَنَفَى الْوَلَدَ وَادَّعَى اسْتِبْرَاءً لَمْ يَلْحَقْهُ عَلَى الْمَذْهَبِ، ١٨٢
- وَلَوْ ادَّعَتْ اسْتِيلَادًا فَأَنْكَرَ أَضْلَ الْوَطْءِ، وَهُنَاكَ وَلَدَ لَمْ يُحْلَفْ عَلَى الصَّحِيحِ ١٨٣
- كِتَابُ الرِّضَاعِ** ١٨٥
- تعريف الرضاع ١٩١
- إِنَّمَا يَثْبُتُ بِلَبَنِ أَمْرَأَةٍ حَيَّةٍ بَلَغَتْ تِسْعَ سِنِينَ، وَلَوْ حَلَبَتْ فَأَوْجَرَ بَعْدَ مَوْتِهَا حَرَمٌ ١٩٢
- وَلَوْ جَبَنَ أَوْ نَزَعَ مِنْهُ زُبْدٌ حَرَمٌ، وَلَوْ خُلِطَ بِمَائِعٍ حَرَمٌ إِنْ غَلَبَ ١٩٤
- فَإِنْ غَلَبَ وَشَرِبَ الْكُلَّ قِيلَ أَوْ الْبَعْضُ حَرَمٌ فِي الْأَظْهَرِ، ١٩٥
- وَيُحْرَمُ إِيجَارٌ، وَكَذَا إِسْعَاطٌ عَلَى الْمَذْهَبِ، ١٩٧

- ١٩٨ لا حُفْنُهُ فِي الْأَظْهَرِ. وَشَرْطُهُ: رَضِيعٌ حَيٌّ لَمْ يَبْلُغْ سَتَيْنِ،
- ٢٠١ وَخَمْسُ رَضَعَاتٍ،
- ٢٠٢ وَضَبُّهُنَّ بِالْعُرْفِ. فَلَوْ قَطَعَ إِعْرَاضًا تَعَدَّدَ، أَوْ لِلَّهِوْ وَعَادَ فِي الْحَالِ، أَوْ تَحَوَّلَ
- ٢٠٣ وَلَوْ شُكَّ هَلْ رَضَعَ خَمْسًا أَمْ أَقَلَّ، أَوْ هَلْ رَضَعَ فِي حَوْلَيْنِ أَمْ بَعْدُ؟ فَلَا تَحْرِيمَ،
- ٢٠٤ وَلَوْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسُ مُسْتَوْلِدَاتٍ أَوْ أَرْبَعُ نِسْوَةٍ وَأُمُّ وَلَدٍ فَرَضَعَ طِفْلًا مِنْ كُلِّ رَضْعَةٍ
- ٢٠٥ وَأَبَاءُ الْمُرْضِعَةِ مِنْ نَسَبٍ أَوْ رَضَاعٍ أَجْدَادٌ لِلرَّضِيعِ، وَأُمَّهَاتُهَا جَدَّاتُهُ،
- ٢٠٦ وَاللَّبْنُ لِمَنْ نُسِبَ إِلَيْهِ وَلَدٌ نَزَلَ بِهِ بِنِكَاحٍ أَوْ وَطِئَ شُبْهَةً لَا زِنًا، وَلَوْ نَفَاهُ بِلِعَانٍ انْتَفَى
- ٢٠٧ وَلَوْ وَطِئَتْ مَنكُوحَةً بِشُبْهَةٍ، أَوْ وَطِئَ اثْنَانِ بِشُبْهَةٍ فَوَلَدَتْ فَاللَّبْنُ لِمَنْ لِحَقَّهُ الْوَلَدُ
- ٢٠٩ فَضْلٌ: تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أُمُّهُ أَوْ أُخْتُهِ أَوْ زَوْجَتُهُ أُخْرَى أَنْفَسَخَ
- ٢١٠ وَلَوْ رَضَعَتْ مِنْ نَائِمَةٍ فَلَا غُرْمَ وَلَا مَهْرَ لِلْمُرْتَضِعَةِ
- ٢١٠ وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْ أُمُّ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ أَنْفَسَخَتْ الصَّغِيرَةُ
- ٢١١ وَحُكْمُ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ وَتَغْرِيمُهُ الْمُرْضِعَةَ مَا سَبَقَ، وَكَذَا الْكَبِيرَةُ إِنْ لَمْ تَكُنْ مَوْطُوءَةً
- ٢١٢ وَلَوْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ حُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغِيرَةُ ...
- ٢١٣ وَلَوْ أَرْضَعَتْ مَوْطُوءَتُهُ الْأُمُّ صَغِيرَةً تَحْتَهُ بِلَبَنِهِ أَوْ لَبَنٍ غَيْرِهِ حُرِّمَتْ عَلَيْهِ
- ٢١٣ وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ صَغِيرَةٌ وَكَبِيرَةٌ فَأَرْضَعَتْهَا أَنْفَسَخَتْ، وَحُرِّمَتْ الْكَبِيرَةُ أَبَدًا،
- ٢١٣ وَلَوْ كَانَ تَحْتَهُ كَبِيرَةٌ وَثَلَاثُ صَغَائِرٍ فَأَرْضَعَتْهُنَّ حُرِّمَتْ أَبَدًا، وَكَذَا الصَّغَائِرُ
- ٢١٦ فَضْلٌ: قَالَ: هِنْدُ بِنْتِي أَوْ أُخْتِي بِرَضَاعٍ، أَوْ قَالَتْ: هُوَ أَخِي حُرْمَ تَنَاكُحُهُمَا
- ٢١٧ وَإِنْ أَدْعَتْهُ فَأَنْكَرَ صُدِّقَ بِبَيِّنَةٍ إِنْ زُوِّجَتْ بِرِضَاهَا، وَإِلَّا فَلَا صَحَّ تَصْدِيقُهَا
- ٢١٨ وَلَهَا مَهْرٌ مِثْلُ إِنْ وَطِئَ، وَإِلَّا فَلَا شَيْءَ. وَيُحْلَفُ مُنْكَرُ رَضَاعٍ عَلَى نَفْيِ عِلْمِهِ،
- ٢١٩ وَالْإِفْرَارُ بِهِ شَرْطُهُ رَجُلَانِ. وَتُقْبَلُ شَهَادَةُ الْمُرْضِعَةِ إِنْ لَمْ تَطْلُبْ أَجْرَةً،
- ٢٢٢ وَيُعْرَفُ ذَلِكَ بِمُشَاهَدَةِ حَلَبٍ وَإِجَارٍ وَازْدِرَادٍ أَوْ قَرَائِنَ كَالْتِقَامِ تَدْنِي وَمَصِّهِ وَحَرَكَةِ
- ٢٢٥ كِتَابُ النِّفَقَاتِ

- ٢٣٥ تعريف النفقة
- ٢٣٦ عَلَى مُوسِرٍ لِزَوْجَتِهِ كُلِّ يَوْمٍ مَدًّا طَعَامٍ، وَمُعْسِرٍ مَدًّا، وَمُتَوَسِّطٍ مَدًّا وَنِصْفًا،
- ٢٣٨ وَالْمَدُّ مِائَةٌ وَثَلَاثَةٌ وَسَبْعُونَ دِرْهَمًا وَثُلُثُ دِرْهَمٍ، قُلْتُ: الْأَصْحُ مِائَةٌ وَأَحَدٌ وَسَبْعُونَ
- ٢٣٩ وَمِسْكِينُ الرِّكَاءِ مُعْسِرٌ، وَمَنْ فَوْقَهُ إِنْ كَانَ لَوْ كُلَّفَ مُدَّيْنِ رَجَعَ مِسْكِينًا فَمُتَوَسِّطٌ،
- ٢٤٠ فَإِنْ اخْتَلَفَ وَجَبَ لِأَقْبَى بِهِ، وَيُعْتَبَرُ الْيَسَارُ وَغَيْرُهُ طُلُوعُ الْفَجْرِ
- ٢٤١ وَعَلَيْهِ تَمْلِكُهَا حَبًّا، وَكَذَا طَحْنُهُ وَخَبْزُهُ فِي الْأَصَحِّ
- ٢٤٢ وَلَوْ طَلَبَ أَحَدُهُمَا بَدَلَ الْحَبِّ لَمْ يُجْبَرْ الْمُتَمَتِّعُ، فَإِنْ أَعْتَاضَتْ جَارَ فِي الْأَصَحِّ،
- ٢٤٤ وَلَوْ أَكَلَتْ مَعَهُ كَالْعَادَةِ سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا فِي الْأَصَحِّ
- ٢٤٥ وَيَجِبُ أَذْمُ غَالِبِ الْبَلَدِ كَزَيْتٍ وَسَمْنٍ وَجُبْنٍ وَتَمْرٍ،
- ٢٤٦ وَيُخْتَلَفُ بِالْفُضُولِ،
- ٢٤٧ وَيُقَدَّرُهُ قَاضٍ بِاجْتِهَادِهِ، وَيُقَاوِثُ بَيْنَ مُوسِرٍ وَغَيْرِهِ، وَلَحْمٌ يَلِيقُ بِسَارِهِ وَإِعْسَارِهِ
- ٢٤٨ وَلَوْ كَانَتْ تَأْكُلُ الْخُبْزَ وَحْدَهُ وَجَبَ الْأَذْمُ
- ٢٤٩ وَكِسْوَةٌ تَكْفِيهَا،
- ٢٥٠ فَيَجِبُ قِمِصٌّ، وَسَرَاوِيلٌ وَخِمَارٌ وَمُكَعَّبٌ، وَيَزِيدُ فِي الشِّتَاءِ جُبَّةً،
- ٢٥١ وَجِنْسُهَا قُطْنٌ، فَإِنْ جَرَتْ عَادَةُ الْبَلَدِ لِمِثْلِهِ بِكَتَانٍ أَوْ حَرِيرٍ وَجَبَ فِي الْأَصَحِّ
- ٢٥٢ وَيَجِبُ مَا تَقَعُدُ عَلَيْهِ كَزَلِّيَّةٍ أَوْ لَبْدٍ أَوْ حَصِيرٍ
- ٢٥٣ وَكَذَا فِرَاشٌ لِلنَّوْمِ فِي الْأَصَحِّ، وَمِخْدَةٌ وَلِحَافٌ فِي الشِّتَاءِ،
- ٢٥٤ وَالْأَلَّةُ تَنْظِيفٌ: كَمُشِطٍ، وَدُهْنٍ، وَمَا تُغْسَلُ بِهِ الرَّأْسُ
- ٢٥٦ وَمَرْتَكٌ وَنَحْوُهُ لِدَفْعِ ضَنَانٍ، لَا كُحْلٍ وَخِضَابٍ وَمَا تَزَيَّنَ بِهِ،
- ٢٥٧ دَوَاءٌ مَرَضٍ، وَأُجْرَةٌ طَبِيبٍ وَحَاجِمٍ. وَلَهَا طَعَامُ أَيَّامِ الْمَرَضِ وَأَذْمُهَا،
- ٢٥٨ وَثَمَنُ مَاءٍ غُسْلٍ جَمَاعٍ وَنَفَاسٍ، لَا حَيْضٍ وَاخْتِلَامٍ فِي الْأَصَحِّ
- ٢٥٩ وَلَهَا آلَاتُ أَكْلِ وَشُرْبٍ وَطَبْخٍ كَقِدْرِ وَقِصْعَةٍ وَكُوْزٍ وَجَرَّةٍ وَنَحْوِهَا

- ٢٦٠ وَمَسْكَنٌ يَلِيقُ بِهَا، وَلَا يُشْتَرَطُ كَوْنُهُ مِلْكَهُ. وَعَلَيْهِ لِمَنْ لَا يَلِيقُ بِهَا خِدْمَةُ نَفْسِهَا
- ٢٦٢ إِخْدَامُهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ لَهُ أَوْ مُسْتَأْجَرَةٍ، أَوْ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى مَنْ يَصْحَبُهَا مِنْ حُرَّةٍ
- ٢٦٣ فَإِنْ أَخْدَمَهَا بِحُرَّةٍ أَوْ أَمَةٍ بِأَجْرَةٍ فَلَيْسَ عَلَيْهِ غَيْرُهَا أَوْ بِأَمَتِهِ أَنْفَقَ عَلَيْهَا بِالْمَلِكِ
- ٢٦٣ وَجِنْسُ طَعَامِهَا جِنْسُ طَعَامِ الزَّوْجَةِ، وَهُوَ مُدٌّ عَلَى مُعْسِرٍ وَكَذَا مُتَوَسِّطٌ
- ٢٦٤ وَمُوسِرٌ مُدٌّ وَثَلْثٌ وَلَهَا كِسْوَةٌ تَلِيقُ بِحَالِهَا، وَكَذَا أَدَمٌ عَلَى الصَّحِيحِ،
- ٢٦٥ لَا آلَةٌ تَنْظِيفٍ فَإِنْ كَثُرَ وَسَخٌ وَتَأَدَّتْ بِقَمَلٍ وَجَبَ أَنْ تُرَفَّهَ. وَمَنْ تَخْدُمُ نَفْسَهَا
- ٢٦٦ وَلَا إِخْدَامَ لِرَقِيقَةٍ، وَفِي الْجَمِيلَةِ وَجْهٌ
- ٢٦٨ وَيَجِبُ فِي الْمَسْكَنِ إِمْتَاعٌ، وَمَا يُسْتَهْلَكُ كَطَعَامِ تَمْلِكٍ، وَتَتَصَرَّفُ فِيهِ فَلَوْ قَتَرَتْ
- ٢٦٩ وَتُعْطَى الْكِسْوَةُ أَوَّلَ شِتَاءٍ وَصَيْفٍ، فَإِنْ تَلَفَتْ فِيهِ بِلَا تَقْصِيرٍ لَمْ تُبَدَّلْ
- ٢٧٢ فَضْلٌ: الْجَدِيدُ أَنَّهَا تَجِبُ بِالْتَّمَكِينِ لَا الْعَقْدِ
- ٢٧٣ فَإِنْ اُخْتَلَفَ فِيهِ صُدِّقَ،
- ٢٧٤ فَإِنْ لَمْ تَعْرِضْ عَلَيْهِ مَدَّةً فَلَا نَفَقَةَ فِيهَا، وَإِنْ عَرَضْتَ وَجَبَتْ مِنْ بُلُوغِ الْخَبَرِ،
- ٢٧٥ وَالْمُعْتَبَرُ فِي مَجْنُونَةٍ وَمُراهِقَةٍ عَرَضٌ وَلِيٍّ. وَتَسْقُطُ بِنُشُوزٍ وَلَوْ بِمَنْعٍ لِمَسِّ بِلَا عُذْرِ،
- ٢٧٦ أَوْ مَرَضٍ يَضُرُّ مَعَهُ الْوَطْءُ عُذْرٌ، وَالْخُرُوجُ مِنْ بَيْتِهِ بِلَا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِلَّا أَنْ يُشْرِفَ
- ٢٧٧ وَلَوْ نَشَزَتْ فَعَابَ فَأَطَاعَتْ لَمْ تَجِبْ فِي الْأَصَحِّ وَطَرِيقُهَا أَنْ يَكْتَبَ الْحَاكِمُ
- ٢٧٨ وَلَوْ خَرَجَتْ فِي غَيْبَتِهِ لَزِيَارَةٍ وَنَحْوِهَا لَمْ تَسْقُطْ، وَالْأَظْهَرُ أَنْ لَا نَفَقَةَ لِصَغِيرَةٍ
- ٢٧٩ وَأَنَّهَا تَجِبُ لِلْكَبِيرَةِ عَلَى صَغِيرٍ
- ٢٨٠ وَإِحْرَامُهَا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ بِلَا إِذْنٍ نُشُوزٌ إِنْ لَمْ يَمْلِكْ تَحْلِيلُهَا
- ٢٨١ وَيَمْنَعُهَا صَوْمُ نَفْلِ فَإِنْ أَبَتْ فَناشِرَةٌ فِي الْأَظْهَرِ،
- ٢٨٣ وَالْأَصَحُّ أَنَّ قِضَاءَهُ لَا يَتَضَيَّقُ كَنَفْلِ فَيَمْنَعُهَا، وَأَنَّهُ لَا مَنَعَ مِنْ تَعْجِيلِ مَكْتُوبَةٍ أَوَّلَ
- ٢٨٤ وَتَجِبُ لِرَجْعَةِ الْمُؤْنِ إِلَّا مُؤْنَةٌ تَنْظِفُ
- ٢٨٥ فَلَوْ طُنَّتْ حَامِلًا فَأَنْفَقَ فَبَانَتْ حَائِلًا أَسْتَرْجَعَ مَا دَفَعَ بَعْدَ عِدَّتِهَا

- ٢٨٦ والحائلُ البائنُ يخلعُ أو ثلاثٌ لا نفقةَ لها ولا كسوةً، وتجبانِ لحامِلٍ لها،
- ٢٨٩ قُلْتُ: ولا نفقةَ لمُعْتَدَةٍ وفاةً وإن كانت حامِلاً. والله أعلمُ
- ٢٩١ ونفقةُ العِدَّةِ مُقَدَّرَةٌ كَزَمَنِ النِّكَاحِ، وقيلَ: تَجِبُ الكِفَايَةُ،
- ٢٩٢ ولا يَجِبُ دَفْعُهَا قَبْلَ ظُهُورِ حَمْلٍ، فإذا ظَهَرَ وَجِبَ يَوْمًا يَوْمٌ، وقيلَ: حِينَ تَضَعُ،
- ٢٩٤ فَضْلٌ: أَعْسَرَ بِهَا فَإِنْ صَبَرَتْ صَارَتْ دَيْنًا عَلَيْهِ، وَإِلَّا فَلَهَا الْفَسْخُ
- ٢٩٥ وَالْأَصَحُّ أَنْ لَا فَسْخَ بِمَنْعِ مُوسِرٍ حَضَرَ أَوْ غَابَ،
- ٢٩٧ وَلَوْ حَضَرَ وَغَابَ مَالُهُ، فَإِنْ كَانَ بِمَسَافَةِ الْقَصْرِ فَلَهَا الْفَسْخُ وَإِلَّا فَلَا،
- ٢٩٨ وَلَوْ تَبَرَّعَ رَجُلٌ بِهَا لَمْ يَلْزَمْهَا الْقَبُولُ، وَقُدْرَتُهُ عَلَى الْكَسْبِ كَالْمَالِ،
- ٢٩٩ وَإِنَّمَا يُفْسَخُ بِعَجْزِهِ عَنِ نَفَقَةِ مُعْسِرٍ
- ٣٠٠ وَالْإِعْسَارُ بِالْكِسْوَةِ كَهَوِّ النَّفَقَةِ، وَكَذَا بِالْأَدَمِ، وَالْمَسْكِنُ فِي الْأَصَحِّ
- ٣٠١ وَفِي إِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ أَقْوَالٌ: أَظْهَرُهَا: تُفْسَخُ قَبْلَ وَطْءٍ لَا بَعْدَهُ،
- ٣٠٣ وَلَا فَسْخٌ حَتَّى يَثْبُتَ عِنْدَ قَاضٍ إِعْسَارُهُ فَيَفْسَخَهُ أَوْ يَأْذَنَ لَهَا فِيهِ،
- ٣٠٤ ثُمَّ فِي قَوْلٍ: يُنْجَزُ الْفَسْخُ، وَالْأَظْهَرُ إِمْهَالُهُ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ، وَلَهَا الْفَسْخُ صَبِيحَةَ الرَّابِعِ
- ٣٠٥ وَلَوْ مَضَى يَوْمَانِ بِلَا نَفَقَةٍ وَأَنْفَقَ الثَّالِثَ وَعَجَزَ الرَّابِعَ بَنَتْ، وَقِيلَ: تَسْتَأْنِفُ
- ٣٠٥ وَلَهَا الْخُرُوجُ زَمَنَ الْمُهْلَةِ لِتَحْصِيلِ النِّفَقَةِ، وَعَلَيْهَا الرُّجُوعُ لَيْلًا
- ٣٠٦ وَلَوْ رَضِيَتْ بِإِعْسَارِهِ أَوْ نَكَحَتْهُ عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ فَلَهَا الْفَسْخُ بَعْدَهُ، وَلَوْ رَضِيَتْ
- ٣٠٧ وَلَا فَسْخَ لَوْلِيٍّ صَغِيرَةٍ وَمَعْجُونَةٍ بِإِعْسَارٍ بِمَهْرٍ وَنَفَقَةٍ. وَلَوْ أَعْسَرَ زَوْجٌ أَمَةً بِالنِّفَقَةِ
- ٣٠٨ فَإِنْ رَضِيَتْ فَلَا فَسْخَ لِلسَّيِّدِ فِي الْأَصَحِّ، وَلَهُ أَنْ يُلْجِئَهَا إِلَيْهِ بِأَنْ لَا يُتَّفَقَ عَلَيْهَا
- ٣٠٩ فَضْلٌ: تَلْزَمُهُ نَفَقَةُ الْوَالِدِ، وَإِنْ عَلَا، وَالْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلَ،
- ٣١١ وَإِنْ اخْتَلَفَ دِينُهُمَا
- ٣١٢ بِشَرِّطِ يَسَارِ الْمُتَّفِقِ بِفَاضِلٍ عَنْ قُوَّتِهِ وَقُوَّتِ عِيَالِهِ... وَيُبَاعُ فِيهَا مَا يُبَاعُ فِي الدِّينِ،
- ٣١٣ وَيَلْزَمُ كُسُوبًا كَسْبُهَا فِي الْأَصَحِّ. وَلَا تَجِبُ لِمَالِكٍ كِفَايَتُهُ وَلَا مُكْتَسِبُهَا

- وَتَجِبُ لِغَيْرِ مُكْتَسِبٍ إِنْ كَانَ زَمِنًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا، وَإِلَّا فَأَقْوَالُ، ٣١٤
- وَهِيَ الْكِفَايَةُ ٣١٥
- وَتَسْقُطُ بِفَوَاتِهَا، وَلَا تَصِيرُ دَيْنًا إِلَّا بِفَرْضٍ قَاضٍ، أَوْ إِذْنِهِ فِي اقْتِرَاضٍ لِعَيْبَةٍ ٣١٦
- وَعَلَيْهَا إِرْضَاعٌ وَلِذَا اللَّبَاءُ. ثُمَّ بَعْدَهُ إِنْ لَمْ يُوْجَدْ إِلَّا هِيَ أَوْ أَجْنَبِيَّةٌ وَجَبَ إِرْضَاعُهُ، ٣١٩
- فَإِنْ رَغِبَتْ وَهِيَ مَنْكُوحَةٌ أَبِيهِ فَلَهُ مِنْعُهَا فِي الْأَصَحِّ ٣٢٠
- فصل: وَمَنْ أَسْتَوَى فَرَعَاهُ أَنْفَقَا، وَإِلَّا فَلَا صَحَّ أَقْرَبُهُمَا، فَإِنْ أَسْتَوَيَا فَبِالِإِرْثِ ٣٢٤
- وَمَنْ لَهُ أَبَوَانِ فَعَلَى الْأَبِ، وَقِيلَ: عَلَيْهِمَا لِبَالِغٍ، أَوْ أَجْدَادٌ وَجَدَاتٌ إِنْ أَذْلَى ٣٢٦
- وَمَنْ لَهُ أَصْلٌ وَفَرَعٌ فَفِي الْأَصَحِّ عَلَى الْفَرَعِ، وَإِنْ بَعُدَ ٣٢٨
- أَوْ مُحْتَاجُونَ يُقَدَّمُ زَوْجَتُهُ ثُمَّ الْأَقْرَبُ، وَقِيلَ: الْوَارِثُ، وَقِيلَ: الْوَلِيُّ ٣٢٩
- فصل: الْحَضَانَةُ: حِفْظُ مَنْ لَا يَسْتَقِيلُ وَتَرْبِيَّتُهُ ٣٣٠
- وَالِإِنَاثُ أَلْيَقُ بِهَا، وَأَوْلَاهُنَّ أُمَّ ثُمَّ أُمَّهَاتُ يُدْلِلْنَ بِإِنَاثٍ يُقَدَّمُ أَقْرَبُهُنَّ، ٣٣٠
- وَالْجَدِيدُ يُقَدَّمُ بَعْدَهُنَّ أُمَّ أَبٍ ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا الْمُدْلِيَاتُ بِإِنَاثٍ خَلَصَ، ثُمَّ أُمَّ أَبِي أَبٍ ٣٣١
- وَتُقَدَّمُ أُخْتُ عَلَى خَالَةٍ وَخَالَةٌ عَلَى بِنْتِ أَخٍ وَأُخْتٍ، وَبِنْتُ أَخٍ وَأُخْتٌ عَلَى عَمَّةٍ، ٣٣٢
- وَسُقُوطُ كُلِّ جَدَّةٍ لَا تَرِثُ دُونَ أُثْنَيْنِ غَيْرِ مُحْرَمٍ كَبِنْتِ خَالَةٍ ٣٣٤
- وَتَثْبُتُ لِكُلِّ ذَكَرٍ مُحْرَمٍ وَارِثٍ عَلَى تَرْتِيبِ الْإِرْثِ، وَكَذَا غَيْرُ مُحْرَمٍ كَابْنِ عَمٍّ ٣٣٥
- فَإِنْ قُفِدَ الْإِرْثُ وَالْمُحْرَمِيَّةُ أَوْ الْإِرْثُ فَلَا فِي الْأَصَحِّ ٣٣٦
- وَإِنْ اجْتَمَعَ ذُكُورٌ وَإِنَاثٌ فَلَا أُمَّ ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا ثُمَّ الْأَبُ، وَقِيلَ: تُقَدَّمُ عَلَيْهِ الْخَالَةُ ٣٣٧
- وَلَا حَضَانَةُ لِرَقِيقٍ وَمَجْنُونٍ وَفَاسِقٍ وَكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ، ٣٣٩
- وَنَاكِحَةٍ غَيْرِ أَبِي الطِّفْلِ إِلَّا عَمُّهُ وَابْنُ عَمِّهِ وَابْنُ أَخِيهِ فِي الْأَصَحِّ، ٣٤٠
- وَإِنْ كَانَ رَضِيعًا اشْتَرَطَ أَنْ تُرْضِعَهُ عَلَى الصَّحِيحِ ٣٤٢
- فَإِنْ كَمَلَتْ نَاقِصَةً أَوْ طَلَقَتْ مَنْكُوحَةً حَضَنْتْ، وَإِنْ غَابَتِ الْأُمُّ أَوْ أَمْتَنَعَتْ فَلِلْجَدَّةِ ٣٤٣
- هَذَا كُلُّهُ فِي غَيْرِ مُمَيِّزٍ. وَالْمُمَيِّزُ إِنْ افْتَرَقَ أَبَوَاهُ كَانَ عِنْدَ مَنْ اخْتَارَ مِنْهُمَا، ٣٤٤

- فَإِنْ كَانَ فِي أَحَدِهِمَا جُنُونٌ أَوْ كُفْرٌ أَوْ رِقٌّ أَوْ فِسْقٌ أَوْ نَكَحَتْ فَالْحَقُّ لِلْآخِرِ، ٣٤٥
- فَإِنْ اخْتَارَ الْأَبَ ذَكَرَ لَمْ يَمْنَعُهُ زِيَارَةُ أُمِّهِ وَيَمْنَعُ أُنْثَى، وَلَا يَمْنَعُهَا دُخُولًا عَلَيْهِمَا ٣٤٦
- وَإِنْ اخْتَارَهَا ذَكَرَ فَعِنْدَهَا لَيْلًا، وَعِنْدَ الْأَبِ نَهَارًا يُؤَدِّبُهُ وَيُسَلِّمُهُ لِمُكْتَبٍ أَوْ حِرْفَةٍ، ٣٤٧
- أَوْ أُنْثَى فَعِنْدَهَا لَيْلًا وَنَهَارًا، وَيَزُورُهَا الْأَبُ عَلَى الْعَادَةِ، وَإِنْ اخْتَارَهُمَا أَقْرَع، ٣٤٨
- وَلَوْ أَرَادَ أَحَدُهُمَا سَفَرَ حَاجَةٍ كَانَ الْوَلَدُ الْمُمَيِّزُ وَغَيْرُهُ مَعَ الْمُقِيمِ حَتَّى يَعُودَ، ٣٤٨
- فصل: عَلَيْهِ كِفَايَةُ رَقِيقِهِ نَفَقَةً، وَكِسْوَةً وَإِنْ كَانَ أَعْمَى زَمِنًا وَمُدَبَّرًا وَمُسْتَوْلَدَةً ٣٥١
- مِنْ غَالِبِ قُوتِ رَقِيقِ الْبَلَدِ وَأُذْمِهِمْ وَكِسْوَتِهِمْ، وَلَا يَكْفِي سِتْرُ الْعَوْرَةِ ٣٥٢
- وَيُجْبَرُ أُمَّتُهُ عَلَى إِرْضَاعِ وَلَدِهَا، وَكَذَا غَيْرُهُ إِنْ فَضَّلَ عَنْهُ، وَقَطْمِهِ قَبْلَ حَوْلَيْنِ ٣٥٤
- وَلَا يُكَلِّفُ رَقِيقَهُ إِلَّا عَمَلًا يُطِيقُهُ، ٣٥٥
- فَإِنْ أُمْتِنَعَ أَجْبَرَ فِي الْمَأْكُولِ عَلَى بَيْعٍ أَوْ عَلْفٍ أَوْ ذَبْحٍ، وَفِي غَيْرِهِ عَلَى بَيْعٍ ٣٥٩
- كِتَابُ الْجِرَاحِ ٣٦٣
- تعريف الجراح ٣٧٧
- الْفِعْلُ الْمُزْهَقُ ثَلَاثَةٌ: عَمْدٌ، وَخَطَأٌ، وَشِبْهُ عَمْدٍ. وَلَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعَمْدِ، ٣٧٨
- وَهُوَ قَصْدُ الْفِعْلِ وَالشَّخْصِ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا: جَارِحٌ أَوْ مُثَقِّلٌ، ٣٧٩
- فَإِنْ قُتِلَ قَصْدُ أَحَدِهِمَا بِأَنْ وَقَعَ عَلَيْهِ فَمَاتَ، أَوْ رَمَى شَجَرَةً فَأَصَابَهُ فَخَطَأً، ٣٨١
- وَإِنْ قَصَدَهُمَا بِمَا لَا يَقْتُلُ غَالِبًا فَشِبْهُهُ عَمْدٌ، وَمِنْهُ الضَّرْبُ بِسَوْطٍ أَوْ عَصَا . ٣٨٢
- إِنْ لَمْ يَظْهَرْ أَثَرٌ وَمَاتَ فِي الْحَالِ فَشِبْهُهُ عَمْدٌ، وَقِيلَ: عَمْدٌ، وَقِيلَ: لَا شَيْءَ، ٣٨٣
- وَلَوْ حَبَسَهُ وَمَنَعَهُ الطَّعَامَ وَالشَّرَابَ وَالطَّلَبَ حَتَّى مَاتَ، ٣٨٣
- فَإِنْ مَضَتْ مُدَّةٌ يَمُوتُ مِثْلُهُ فِيهَا غَالِبًا جُوعًا أَوْ عَطَشًا فَعَمْدٌ، وَإِلَّا فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهِ ٣٨٤
- وَيَجِبُ الْقِصَاصُ بِالسَّبَبِ، فَلَوْ شَهِدَا بِقِصَاصٍ فَقُتِلَ ثُمَّ رَجَعَا وَقَالَا: تَعَمَّدْنَا، ٣٨٦
- وَلَوْ ضَيَّفَ بِمَسْمُومٍ صَبِيًّا أَوْ مَجْنُونًا فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ ٣٨٦
- وَلَوْ دَسَّ سُمًّا فِي طَعَامِ شَخْصٍ الْغَالِبُ أَكَلَهُ مِنْهُ فَأَكَلَهُ جَاهِلًا فَعَلَى الْأَقْوَالِ ٣٨٨

- ٣٨٩ وَلَوْ تَرَكَ الْمَجْرُوحُ عِلَاجَ جُرْحِ مُهْلِكٍ فَمَاتَ وَجَبَ الْقِصَاصُ، وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ
- ٣٩٠ أَوْ مُعْرِقٍ لَا يَخْلُصُ مِنْهُ إِلَّا بِسَبَاحَةٍ، فَإِنْ لَمْ يُحْسِنْهَا أَوْ كَانَ مَكْتُوفًا أَوْ زَمِنًا فَعَمْدٌ،
- ٣٩٢ وَلَوْ أَمْسَكَه فَقَتَلَهُ آخَرُ أَوْ حَفَرَ بَيْتًا فَرَدَّاهُ فِيهَا آخَرُ، أَوْ أَلْقَاهُ مِنْ شَاهِقٍ فَقَتَلَاهُ آخَرُ
- ٣٩٣ وَلَوْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ مُعْرِقٍ فَالْتَقَمَهُ حُوتٌ وَجَبَ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ، أَوْ غَيْرِ مُعْرِقٍ
- ٣٩٥ وَلَوْ أَكْرَهَهُ عَلَى قَتْلِ فَعَلَيْهِ الْقِصَاصُ،
- ٣٩٦ وَكَذَا عَلَى الْمُكْرَهِ فِي الْأَظْهَرِ، فَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَةُ وَزُعَتْ،
- ٣٩٧ فَإِنْ كَافَأَهُ أَحَدُهُمَا فَقَطَّ فَاَلْقِصَاصُ عَلَيْهِ.
- ٣٩٨ وَلَوْ أَكْرَهَ بَالِغٌ مُرَاهِقًا فَعَلَى الْبَالِغِ الْقِصَاصُ إِنْ قُلْنَا: عَمْدُ الصَّبِيِّ عَمْدٌ، ..
- ٣٩٩ وَلَوْ أَكْرَهَ عَلَى رَمِيٍّ شَاخِصٍ عَلِمَ الْمُكْرَهُ أَنَّهُ رَجُلٌ وَظَنَّهُ الْمُكْرَهُ صَيِّدًا
- ٤٠٢ وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي وَإِلَّا قَتَلْتُكَ فَقَتَلَهُ، فَالْمَذْهَبُ لَا قِصَاصَ، وَالْأَظْهَرُ لَا دِيَّةَ،
- ٤٠٣ وَلَوْ قَالَ: أَقْتُلْ زَيْدًا أَوْ عَمْرًا فَلَيْسَ بِإِكْرَاهٍ
- ٤٠٥ فَضْلٌ: وَجِدَ مِنْ شَخْصَيْنِ مَعًا فِعْلَانِ مُزْهِقَانِ مُدَفَّنَانِ كَحَزٍّ وَقَدْ،
- ٤٠٦ وَإِنْ جَنَى الثَّانِي قَبْلَ الْإِنْتِهَاءِ إِلَيْهَا، فَإِنْ ذَفَفَ كَحَزٍّ بَعْدَ جُرْحٍ فَالثَّانِي قَاتِلٌ،
- ٤٠٨ فَصَل: قَتَلَ مُسْلِمًا ظَنَّ كُفْرَهُ بِدَارِ الْحَرْبِ لَا قِصَاصَ، وَكَذَا لَا دِيَّةَ فِي الْأَظْهَرِ،
- ٤٠٩ أَوْ مَنْ عَهْدَهُ مُرْتَدًّا أَوْ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا، أَوْ ظَنَّهُ قَاتِلَ أَبِيهِ فَبَانَ خِلَافُهُ
- ٤١٢ وَلَوْ ضَرَبَ مَرِيضًا جَهْلَ مَرَضِهِ ضَرْبًا يَقْتُلُ الْمَرِيضَ وَجَبَ الْقِصَاصُ،
- ٤١٢ وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْقَتِيلِ إِسْلَامٌ أَوْ أَمَانٌ، فَيُهْدَرُ الْحَرْبِيُّ وَالْمُرْتَدُّ،
- ٤١٣ وَالزَّانِي الْمُحْصَنُ إِنْ قَتَلَهُ ذِمِّيٌّ قُتِلَ، أَوْ مُسْلِمٌ فَلَا فِي الْأَصَحِّ
- ٤١٤ وَفِي الْقَاتِلِ بُلُوغٌ وَعَقْلٌ، وَالْمَذْهَبُ وَجُوبُهُ عَلَى السَّكْرَانِ،
- ٤١٥ وَلَوْ قَالَ: أَنَا صَبِيٌّ فَلَا قِصَاصَ وَلَا يُحْلَفُ، وَلَا قِصَاصَ عَلَى حَرْبِي
- ٤١٦ وَيَجِبُ عَلَى الْمَعْصُومِ وَالْمُرْتَدِّ. وَمُكَافَأَةٌ، فَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِذِمِّيٍّ،
- ٤١٧ وَيُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِهِ وَبِذِمِّيٍّ، وَإِنْ اخْتَلَفَتْ مِلَّتُهُمَا،

- ٤١٨ فَلَوْ أَسْلَمَ الْقَاتِلُ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ. وَلَوْ جَرَحَ ذِمِّيًّا وَأَسْلَمَ الْجَارِحُ ثُمَّ مَاتَ
- ٤١٩ وَالْأَظْهَرُ قَتْلُ مُرْتَدٍّ بِذِمِّيٍّ وَبِمُرتَدٍّ، لَا ذِمِّيٍّ بِمُرتَدٍّ
- ٤٢٠ وَلَا يُقْتَلُ حُرٌّ بِمَنْ فِيهِ رِقٌّ
- ٤٢٢ وَيُقْتَلُ قَبْلَ وَمُذَبَّرٌ وَمُكَاتَبٌ وَأُمٌّ وَلَدٍ بَعْضُهُمْ بِبَعْضٍ، وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا ثُمَّ عَتَقَ
- ٤٢٣ وَمَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ لَوْ قَتَلَ مِثْلَهُ لَا قِصَاصَ، وَقِيلَ: إِنْ لَمْ تَزِدْ حُرِّيَّةَ الْقَاتِلِ وَجَبَ،
- ٤٢٤ وَلَا قِصَاصَ بَيْنَ عَبْدٍ مُسْلِمٍ وَحُرٍّ ذِمِّيٍّ. وَلَا يَقْتُلُ وَلَدٌ وَإِنْ سَفَلَ،
- ٤٢٦ وَلَا لَهُ، وَيُقْتَلُ بِوَالِدِيهِ.
- ٤٢٧ وَلَوْ تَدَاعَا مَجْهُولًا فَقَتَلَهُ أَحَدُهُمَا، فَإِنْ أَلْحَقَهُ الْقَائِفُ بِالْآخِرِ أَقْتَصَّ، وَإِلَّا فَلَا.
- ٤٢٨ وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الْأَخَوَيْنِ الْأَبَ، وَالْآخِرُ الْأُمَّ مَعًا فَلِكُلِّ قِصَاصٌ،
- ٤٢٩ وَيُقَدَّمُ بِقُرْعَةٍ، فَإِنْ أَقْتَصَّ بِهَا، أَوْ مُبَادِرًا فَلِوَارِثِ الْمُقْتَصَّ مِنْهُ قَتْلُ الْمُقْتَصَّ
- ٤٣٠ وَيُقْتَلُ الْجَمْعُ بِوَاحِدٍ،
- ٤٣١ وَلِلْوَلِيِّ الْعَفْوُ عَنْ بَعْضِهِمْ عَلَى حِصَّتِهِ مِنَ الدِّيَةِ بِاعْتِبَارِ الرُّؤُوسِ. وَلَا يُقْتَلُ شَرِيكُ
- ٤٣٢ وَيُقْتَلُ شَرِيكُ الْأَبِ، وَعَبْدٌ شَارَكَ حُرًّا فِي عَبْدٍ، وَذِمِّيٌّ شَارَكَ مُسْلِمًا فِي ذِمِّيٍّ،
- ٤٣٣ وَلَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ عَمْدًا وَخَطَأً وَمَاتَ بِهِمَا، أَوْ جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا ثُمَّ أَسْلَمَ
- ٤٣٤ وَلَوْ ضَرَبُوهُ بِسِيَاطٍ فَقَتَلُوهُ، وَضَرَبَ كُلُّ وَاحِدٍ غَيْرُ قَاتِلٍ فَفِي الْقِصَاصِ عَلَيْهِمْ
- ٤٣٦ وَمَنْ قَتَلَ جَمْعًا مُرْتَبًا قُتِلَ بِأَوَّلِهِمْ، أَوْ مَعًا فَبِالْقُرْعَةِ، وَلِلْبَاقِينَ الدِّيَاتُ
- ٤٣٧ فَضْلٌ: جَرَحَ حَرْبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا أَوْ عَبْدًا نَفْسَهُ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ثُمَّ مَاتَ بِالْجُرْحِ
- ٤٤٠ وَلَوْ أَرْتَدَّ الْمَجْرُوحُ وَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَالنَّفْسُ هَدَرٌ، وَيَجِبُ قِصَاصُ الْجُرْحِ
- ٤٤١ إِنْ أَقْتَصَى الْجُرْحُ مَالًا وَجَبَ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ: مِنْ أَرَشِهِ وَدِيَةِ، وَقِيلَ: أَرَشُهُ،
- ٤٤٢ وَلَوْ أَرْتَدَّ ثُمَّ أَسْلَمَ فَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ، وَقِيلَ: إِنْ قَصُرَتِ الرَّدَّةُ وَجَبَ،
- ٤٤٥ وَلَوْ جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا فَأَسْلَمَ أَوْ حُرٌّ عَبْدًا فَعَتَقَ وَمَاتَ بِالسَّرَايَةِ فَلَا قِصَاصَ.
- ٤٤٦ وَلَوْ قَطَعَ يَدَهُ فَعَتَقَ فَجَرَحَهُ آخَرَانِ وَمَاتَ بِسَرَايَتِهِمْ فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ

- ٤٤٧ فَضْلٌ: يُشْتَرَطُ لِقِصَاصِ الظَّرْفِ والجُرْحِ ما شُرِطَ لِلنَّفْسِ. وَلَوْ وَضَعُوا سَيْفًا
- ٤٤٨ وشِجَاجَ الرَّأْسِ والْوَجْهَ عَشْرًا: حَارِصَةً، وَهِيَ ما شَقَّ الجِلْدَ قَلِيلًا،
- ٤٤٩ ودَامِيَّةٌ تَدْمِيهِ، وبَاضِعَةٌ تَقْطَعُ اللَّحْمَ، وَمُتَلَا حِمَّةٌ تَغُوصُ فِيهِ،
- ٤٥٠ وَسِمْحَاقٌ تَبْلُغُ الجِلْدَةَ الَّتِي بَيْنَ اللَّحْمِ والعَظْمِ، وَمُوضِحَةٌ تُوضِحُ العَظْمَ،
- ٤٥٢ وَيَجِبُ القِصَاصُ فِي المَوْضِحَةِ فَقَطْ، وَقِيلَ: وَفِيمَا قَبْلَهَا سِوَى الحَارِصَةِ.
- ٤٥٣ وَلَوْ أَوْضَحَ فِي باقِي البَدَنِ أَوْ قَطَعَ بَعْضَ مَارِنٍ أَوْ أُذُنٍ وَلَمْ يُبْنِ وَجَبَ القِصَاصُ
- ٤٥٥ وَيَجِبُ فِي القِطْعِ مِنْ مَفْصِلٍ حَتَّى فِي أَصْلٍ فَخِذٍ وَمَنْكَبٍ إِنْ أَمَكَنَ بِلَا إِجَافَةٍ،
- ٤٥٦ وَيَجِبُ فِي فَقْءٍ عَيْنٍ وَقَطْعِ أُذُنٍ وَجَفْنٍ وَمَارِنٍ وَشَفَةِ وَلِسَانٍ وَذَكَرٍ وَأُنْثَيْنِ،
- ٤٥٧ وَكَذَا أَلْيَانٍ وَشَفْرَانٍ، فِي الْأَصَحِّ. وَلَا قِصَاصَ فِي كَسْرِ العِظَامِ.
- ٤٥٨ وَلَوْ أَوْضَحَ وَنَقَلَ أَوْضَحَ، وَلَهُ عَشْرَةُ أَبْعَرَةٍ. وَلَوْ قَطَعَهُ مِنَ الكُوعِ فَلَيْسَ لَهُ التِّقَاطُ
- ٤٥٩ وَلَوْ كَسَرَ عِضْدَهُ وَأَبَانَهُ قُطِعَ مِنَ المِرْفَقِ، وَلَهُ حُكُومَةُ البَاقِي، فَلَوْ طَلَبَ الكُوعَ
- ٤٦٠ وَلَوْ لَطَمَهُ لَطَمَةً تُذْهِبُ ضَوْءَهُ غَالِبًا فَذَهَبَ لَطَمُهُ مِثْلَهَا، فَإِنْ لَمْ يَذْهَبْ أَذْهَبَ
- ٤٦١ وَالسَّمْعُ كَالْبَصَرِ يَجِبُ القِصَاصُ فِيهِ بِالسَّرَايَةِ. وَكَذَا البَطْشُ وَالذُّوقُ وَالشَّمُّ
- ٤٦٢ وَلَوْ قَطَعَ أَضْبَعًا فَتَأَكَّلَ غَيْرُهَا فَلَا قِصَاصَ فِي المَتَأَكَّلِ
- ٤٦٣ بَابُ كَيْفِيَّةِ القِصَاصِ وَمُسْتَوْفِيهِ وَالِاخْتِلَافُ فِيهِ
- ٤٦٤ وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ كِبَرٍ وَطُولٍ وَقُوَّةٍ بَطْشٍ فِي أَصْلِيٍّ، وَكَذَا زَائِدٌ فِي الْأَصَحِّ
- ٤٦٥ وَيُعْتَبَرُ قَدْرُ المَوْضِحَةِ طُولًا وَعَرْضًا
- ٤٦٦ وَلَا يَضُرُّ تَفَاوُتُ غَلْظِ لَحْمٍ وَجِلْدٍ. وَلَوْ أَوْضَحَ كُلَّ رَأْسِهِ، وَرَأْسُ الشَّاجِّ أَصْغَرُ
- ٤٦٧ وَلَوْ أَوْضَحَ نَاصِيَّةً، وَنَاصِيَّتُهُ أَصْغَرُ تَمَمَ مِنْ باقِي الرَّأْسِ. وَلَوْ زَادَ الْمُفْتَقِصُ
- ٤٦٨ فَإِنْ كَانَ خَطَأً أَوْ عَفَا عَلَى مَالٍ وَجَبَ أَرَشٌ كَامِلٌ، وَقِيلَ: قِسْطٌ. وَلَوْ أَوْضَحَهُ
- ٤٦٩ وَلَا تَقْطَعُ صَحِيحَةً بِسَلَاءٍ، وَإِنْ رَضِيَ الجَانِي، فَلَوْ فَعَلَ لَمْ يَقَعِ قِصَاصًا بَلْ عَلَيْهِ
- ٤٧٠ وَتَقْطَعُ السَّلَاءَ بِالصَّحِيحَةِ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الخِبْرَةِ: لَا يَنْقُطِعُ الدَّمُ وَيَقْنَعُ بِهَا

- ٤٧١ وَيُقَطَّعُ سَلِيمٌ بِأَعْسَمَ وَأَعْرَجَ ،
- ٤٧٢ .. وَلَا أَثَرَ لِحُضْرَةِ أَظْفَارٍ وَسَوَادِهَا ، وَالصَّحِيحُ قَطْعُ ذَاهِبَةِ الْأَظْفَارِ بِسَلِيمَتِهَا ..
- ٤٧٣ وَالذَّكْرُ صِحَّةً وَشَلًّا كَالْيَدِ ، وَالْأَسْلُ: مُنْقَبِضٌ لَا يَنْبَسِطُ أَوْ عَكْسُهُ ،
- ٤٧٤ .. وَأَنْفٌ صَحِيحٌ بِأَخْشَمَ . وَأُذُنٌ سَمِيعٌ بِأَصَمَ . لَا عَيْنٌ صَحِيحَةٌ بِحَدَقَةٍ عَمِيَاءَ ..
- ٤٧٥ .. وَفِي قَلْعِ السِّنِّ قِصَاصٌ ، لَا فِي كَسْرِهَا ، وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ صَغِيرٍ لَمْ يَنْغَرْ فَلَا ضَمَانٌ
- ٤٧٧ .. وَلَوْ قَلَعَ سِنَّ مَغْغُورٍ فَنَبَتَتْ لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِي الْأَظْهَرِ . وَلَوْ نَقَصَتْ يَدُهُ أُصْبُعًا
- ٤٧٩ .. وَلَوْ قَطَعَ كَفًّا بِلا أَصَابِعَ فَلَا قِصَاصَ إِلَّا أَنْ تَكُونَ كَفَّهُ مِثْلَهَا . وَلَوْ قَطَعَ فَاوِدُ
- ٤٨٠ .. فَضْلٌ: قَدْ مَلْفُوفًا وَزَعَمَ مَوْتَهُ صُدِّقَ الْوَلِيُّ بِيَمِينِهِ فِي الْأَظْهَرِ ..
- ٤٨١ .. وَلَوْ قَطَعَ طَرْفًا وَزَعَمَ نَقْصَهُ فَالْمَذْهَبُ تَصْدِيقُهُ إِنْ أَنْكَرَ أَضْلَ السَّلَامَةِ فِي غُضُو
- ٤٨٣ .. أَوْ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ فَمَاتَ وَزَعَمَ سِرَايَةً ، وَالْوَلِيُّ أَنْدِمَالًا مُمَكِّنًا أَوْ سَبَبًا
- ٤٨٥ .. وَلَوْ أَوْضَحَهُ مُوضِحَتَيْنِ وَرَفَعَ الْحَاجِزَ وَزَعَمَهُ قَبْلَ أَنْدِمَالِهِ صُدِّقَ إِنْ أَمَكَّنَ ،
- ٤٨٧ .. فَضْلٌ: الصَّحِيحُ ثُبُوتُهُ لِكُلِّ وَارِثٍ . وَيُنْتَظَرُ غَائِبُهُمْ وَكَمَالُ صَيِّهِمْ ، وَمَجْنُونُهُمْ
- ٤٨٨ .. وَيُخْبَسُ الْقَاتِلُ وَلَا يُخْلَى بِكَفِيلٍ ، وَلِيَتَّفِقُوا عَلَى مُسْتَوْفٍ ..
- ٤٨٩ .. وَإِلَّا فَقُرْعَةً . يَدْخُلُهَا الْعَاجِزُ وَيَسْتَنْبِئُ ، وَقِيلَ: لَا يَدْخُلُ ..
- ٤٩٠ .. وَلَوْ بَدَرَ أَحَدُهُمْ فَقَتَلَهُ فَلَا أَظْهَرَ لَا قِصَاصَ ، وَلِلْبَاقِينَ قِسْطُ الدِّيَةِ مِنْ تَرْكِتِهِ ،
- ٤٩١ .. وَإِنْ بَادَرَ بَعْدَ عَفْوٍ غَيْرِهِ لَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، وَقِيلَ: لَا إِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، وَيَحْكُمُ قَاضٍ بِهِ ،
- ٤٩٢ .. وَلَا يُسْتَوْفَى قِصَاصٌ إِلَّا بِإِذْنِ الْإِمَامِ . فَإِنْ أَسْتَقْلَّ عَزَّرَ ، وَيَأْذَنُ لِأَهْلِ فِي نَفْسٍ ،
- ٤٩٤ .. فَإِنْ أَذِنَ فِي ضَرْبِ رَقَبَةٍ فَأَصَابَ غَيْرَهَا عَمْدًا عَزَّرَ وَلَمْ يَعْزَلْهُ ، ..
- ٤٩٥ .. وَإِنْ قَالَ: أَخْطَأْتُ وَأَمَكَّنَ عَزَلَهُ لَمْ يُعَزَّرَ ..
- ٤٩٦ .. وَأُجْرَةُ الْجَلَادِ عَلَى الْجَانِي عَلَى الصَّحِيحِ ..
- ٤٩٧ .. وَيُقْتَصُّ عَلَى الْقَوْرِ ، وَفِي الْحَرَمِ ، ..
- ٤٩٨ .. وَالْحَرِّ وَالْبَرْدِ وَالْمَرَضِ ..

- ٤٩٩ وتُحْبَسُ الحَامِلُ فِي قِصَاصِ النَّفْسِ أَوْ الطَّرَفِ حَتَّى تُرْضِعَهُ اللَّبَأُ وَيَسْتَعْنِي بِغَيْرِهَا،
- ٥٠٢ وَالصَّحِيحُ تَصْدِيقُهَا فِي حَمْلِهَا بِغَيْرِ مَخِيلَةٍ. وَمَنْ قَتَلَ بِمُحَدَّدٍ أَوْ خَنْقٍ وَتَجْوِيعٍ
- ٥٠٣ أَوْ بِسِحْرِ فَيْسِفٍ. وَكَذَا خَمْرٌ وَلِوَاطٌ فِي الْأَصَحِّ
- ٥٠٧ وَلَوْ جَوْعَ كَتَجْوِيعِهِ فَلَمْ يَمُتْ زَيْدٌ، وَفِي قَوْلِ السَّيْفِ
- ٥٠٨ وَمَنْ عَدَلَ إِلَى سَيْفٍ فَلَهُ
- ٥٠٩ وَلَوْ قَطَعَ فَسَرَى فَلِلْوَلِيِّ حَرْزٌ رَقَبَتِهِ، وَلَهُ الْقَطْعُ ثُمَّ الْحَرْزُ، وَإِنْ شَاءَ أَنْتَظَرَ السَّرَايَةَ
- ٥٠٩ وَلَوْ مَاتَ بِجَائِفَةٍ أَوْ كَسَرَ عَضِدٍ فَالْحَرْزُ، وَفِي قَوْلِ كَفْعَلِهِ،
- ٥١١ فَإِنْ لَمْ يَمُتْ لَمْ تَزِدِ الْجَوَائِفُ فِي الْأَظْهَرِ
- ٥١٢ وَلَوْ أَقْتَصَّ مَقْطُوعٌ ثُمَّ مَاتَ سَرَايَةً فَلِلْوَلِيِّ حَرْزٌ، وَلَهُ عَفْوٌ بِنِصْفِ دِيَّةٍ. وَلَوْ قُطِعَتْ يَدَاهُ
- ٥١٢ وَلَوْ مَاتَ جَانٍ مِنْ قَطْعِ قِصَاصٍ فَهَدَرٌ،
- ٥١٣ وَإِنْ مَاتَ سَرَايَةً مَعًا أَوْ سَبَقَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ فَقَدْ أَقْتَصَّ، وَإِنْ تَأَخَّرَ فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَّةِ
- ٥١٤ وَلَوْ قَالَ مُسْتَحِقُّ يَمِينٍ: أَخْرِجْهَا، فَأَخْرَجَ يَسَارًا وَقَصَدَ إِبَاحَتَهَا فَمُهْدَرَةٌ
- ٥١٧ وَكَذَا لَوْ قَالَ: دُهِشْتُ فَظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ. وَقَالَ الْقَاطِعُ: ظَنَنْتُهَا الْيَمِينَ
- ٥٢٠ فَضْلٌ: مُوجِبُ الْعَمْدِ الْقَوْدُ، وَالِدِّيَّةُ بَدَلٌ عِنْدَ سُقُوطِهِ،
- ٥٢٣ وَلَوْ عَفَا عَنِ الدِّيَّةِ لَعَا، وَلَهُ الْعَفْوُ بَعْدَهُ عَلَيْهَا، وَلَوْ عَفَا عَلَى غَيْرِ جِنْسِ الدِّيَّةِ ثَبَتَ
- ٥٢٤ وَلَيْسَ لِمَحْجُورٍ فَلَسٍ عَفْوٌ عَنْ مَالٍ إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا، وَإِلَّا فَإِنْ عَفَا عَلَى الدِّيَّةِ
- ٥٢٥ وَالْمُبْدَرُّ فِي الدِّيَّةِ كَمُفْلِسٍ، وَقِيلَ: كَصَبِيٍّ
- ٥٢٦ فائدة وقعت استطرادًا في قاتل إمام المسلمين
- ٥٢٦ وَلَوْ تَصَالَحَا عَنِ الْقَوْدِ عَلَى مَائَتِي بَعِيرٍ لَعَا إِنْ أَوْجَبْنَا أَحَدَهُمَا،
- ٥٢٧ وَلَوْ قَالَ رَشِيدٌ: أَقْطَعْنِي فَفَعَلَ فَهَدَرٌ، فَإِنْ سَرَى أَوْ قَالَ: أَقْتُلْنِي، فَهَدَرٌ،
- ٥٢٨ وَلَوْ قُطِعَ فَعَفَا عَنْ قَوْدِهِ وَأَرْشِهِ، فَإِنْ لَمْ يَسِرْ فَلَا شَيْءَ، وَإِنْ سَرَى فَلَا قِصَاصَ
- ٥٢٩ وَأَمَّا أَرَشُ الْعُضْوِ فَإِنْ جَرَى لَفُظٌ وَصِيَّةٌ كَأَوْصِيْتُ لَهُ بِأَرَشِ هَذِهِ الْجِنَايَةِ فَوْصِيَّةٌ

- ٥٣١ فَلَوْ سَرَىٰ إِلَىٰ غُضُوٍّ آخَرَ فَاَنْدَمَلَ ضَمِينَ دِيَّةَ السَّرَايَةِ فِي الْأَصَحِّ
- ٥٣٢ وَمَنْ لَهُ قِصَاصُ نَفْسٍ بِسَرَايَةٍ طَرَفٍ لَوْ عَفَا عَنِ النَّفْسِ فَلَا قَطْعَ لَهُ، أَوْ عَنِ الطَّرَفِ
- ٥٣٤ وَلَوْ قَطَعَهُ ثُمَّ عَفَا عَنِ النَّفْسِ مَجَانًّا، فَإِنْ سَرَى الْقَطْعُ بَانَ بِظُلَانِ الْعَفْوِ،
- ٥٣٥ وَلَوْ وَكَّلَ ثُمَّ عَفَا فَاَقْتَصَّ الْوَكِيلُ جَاهِلًا فَلَا قِصَاصَ عَلَيْهِ، وَالْأَظْهَرُ وَجُوبُ دِيَّةٍ،
- ٥٣٦ وَأَنَّهَا عَلَيْهِ لَا عَلَىٰ عَاقِلَتِهِ،
- ٥٣٨ وَلَوْ وَجَبَ قِصَاصٌ عَلَيْهَا فَتَكَحَّهَا عَلَيْهِ جَازَ وَسَقَطَ، فَإِنْ فَارَقَهَا قَبْلَ الْوِطْءِ رَجَعَ



تقسيم مجلدات الكتاب

المجلد الأول	مقدمة التحقيق - مقدمة المصنف - كتاب الطهارة حتى آخر باب الوُضوء
المجلد الثاني	باب مسح الخُفِّ - كتاب الصَّلَاة حتى آخر باب صِفَةِ الصَّلَاةِ
المجلد الثالث	باب سُرُوط الصَّلَاة - حتى آخر باب صَلَاةِ الْجُمُعَةِ
المجلد الرابع	باب صَلَاةِ الْخَوْفِ حتى ترك الصَّلَاة - كتاب الجنائز كتاب الزكاة حتى آخر باب زَكَاةِ الْفِطْرِ
المجلد الخامس	باب مَنْ تَلَزَّمَهُ الزَّكَاةُ - كتاب الصِّيَام - كتاب الإغْتِكَافِ كتاب الْحَجِّ حتى باب دُخُولِ مَكَّةَ
المجلد السادس	المبيت بمزدلفة حتى باب الإحصارِ وَالْفَوَاتِ - كِتَابُ الْبَيْع - باب الْأُصُولِ وَالنَّمَارِ
المجلد السابع	باب اخْتِلَافِ الْمُتَبَايِعِينَ - كتاب السَّلَم - كتاب الرُّهْن - كتاب التفليس الحجر - الصلح - كتاب الْخَوَالَةِ - كتاب الضَّمَان - كتاب الشَّرْكَة - كتاب الْوُكَالَةِ
المجلد الثامن	كتاب الْإِقْرَارِ - كتاب الْعَارِيَةِ - كتاب الْفُضْصِ - كتاب الشُّفْعَةِ كتاب الْقِرَاضِ - كتاب الْمُسَاقَاةِ - كتاب الْإِجَارَةِ
المجلد التاسع	كتاب إحياء الْمَوَاتِ - كتاب الْوَقْفِ - كتاب الْهَبَةِ - كتاب اللَّقْطَةِ كتاب اللَّقِيطِ - كتاب الْجَعَالَةِ - كتاب الْفَرَائِضِ
المجلد العاشر	كتاب الْوَصَايَا - كتاب الْوَدِيعَةِ - كتاب قَسَمِ الْفَيْءِ وَالْغَنِيمَةِ - كتاب قَسَمِ الصَّدَقَاتِ كتاب النِّكَاحِ حتى باب ما يحرم من النكاح
المجلد الحادي عشر	باب نِكَاحِ الْمُشْرِكِ - كتاب الصَّدَاقِ - كتاب الْقَسَمِ وَالنُّشُوزِ - كتاب الْخُلْعِ كتاب الطَّلَاقِ - كتاب الرِّجْعَةِ - كتاب الْإِيلَاءِ - كتاب الظَّهَارِ
المجلد الثاني عشر	كتاب الْكُفَّارَةِ - كتاب اللِّعَانِ - كتاب الْعِدَّةِ - الْإِسْتِبْرَاءِ - كتاب الرِّضَاعِ كتاب الثَّقَفَاتِ - كتاب الْحِزَاجِ
المجلد الثالث عشر	كتاب الدِّيَّانَاتِ - كتاب دَعْوَى الدَّمِّ وَالْقَسَامَةِ - كتاب الْبُعَاةِ - كتاب الرَّذَّةِ - كتاب الرِّئَا كتاب خَدِّ الْقَذْفِ - كتاب قطع السرقة - باب قَاطِعِ الطَّرِيقِ - كتاب الْأَشْرِبَةِ - كتاب الصِّيَالِ
المجلد الرابع عشر	كتاب السير - كتاب الْحِزْبَةِ - كتاب الصَّيْدِ وَالذَّبَائِحِ - كتاب الْأَضْحِيَّةِ كتاب الْأَطْعَمَةِ - كتاب الْمُسَابَقَةِ وَالْمُنَاضَلَةِ - كتاب الْإِيمَانِ
المجلد الخامس عشر	كتاب التَّنْذِيرِ - كتاب الْقَضَاءِ - كتاب الْقِسْمَةِ - كتاب الشَّهَادَاتِ - كتاب الدَّعْوَى وَالْبَيِّنَاتِ كتاب الْعِتْقِ - كتاب التَّذْيِيرِ - كتاب الْكِتَابَةِ - كتاب أَهْهَاتِ الْأَوْلَادِ
المجلد السادس عشر	الفهارس

[illegible]