

المغنى

لمؤلف الدين أبى محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة
المقدسى الجماعىلى الدمشقى الصالحى الحنبلى
٥٤١-٦٢٠ هـ

تحقيق

الدكتور

عبد الفتاح محمد راحلو

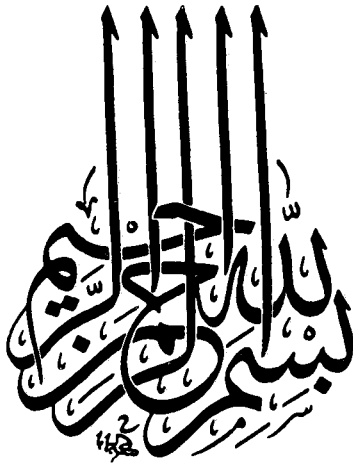
الدكتور

عبد بن عبد المحسن الترمكى

الجزء الحادى عشر

دار عالم الكتب

للطباعة والنشر والتوزيع
الرياض



المغنى

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



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

دَارُ عَالَمِ الْكُتُبِ
للطباعة والنشر والتوزيع

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإيلاء

الإيلاءُ في اللُّعَةِ : الحَلْفُ . يقال : آلى يُولِي إِيلاءً وَآلِيَةً . وَجَمْعُ الْآلِيَةِ الْآلِيَا ، قال الشاعر^(١) :

قَلِيلُ الْآلِيَا حَافِظٌ لِيَمِينِهِ إِذَا صَدَرَتْ مِنْهُ الْآلِيَةُ بَرَّتْ

٥٨/٨ و

/ وَيُقَالُ : تَأَلَّى يَتَأَلَّى . وفي الحَبْرِ : « مَنْ يَتَأَلَّ عَلَى اللَّهِ يُكَذِّبُهُ » . فَأَمَّا الإِيلاءُ فِي الشَّرْعِ ، فَهُوَ الحَلْفُ عَلَى تَرْكِ وَطْءِ الْمَرْأَةِ . وَالأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾^(٢) . وَكَانَ أَبِي بِنُ كَعْبٍ وَابْنُ عَبَّاسٍ يَقْرَأَانِ : « يُقْسِمُونَ »^(٣) .

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

وَجُمَلْتُهُ أَنَّ شُرُوطَ الإِيلاءِ أَرْبَعَةٌ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَخْلِفَ بِاللَّهِ تَعَالَى أَوْ بِصِفَةٍ مِنْ صِفَاتِهِ . وَلَا خِلَافَ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ فِي أَنَّ الحَلْفَ بِذَلِكَ إِيلاءٌ . فَأَمَّا إِنْ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الوَطْءِ بِغَيْرِ هَذَا ، مِثْلَ أَنْ حَلَفَ بِطَلَاقٍ ، أَوْ عَتَاقٍ ، أَوْ صَدَقَةِ الْمَالِ ، أَوْ الْحَجِّ ، أَوْ الظُّهَارِ ، فَفِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ أَحَدَاهُمَا ، لَا يَكُونُ مَوْلِيًا . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، هُوَ مَوْلٍ . وَرَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، أَنَّهُ قَالَ : كُلُّ يَمِينٍ مَنَعَتْ جَمَاعَهَا ، فَهِيَ إِيلاءٌ^(٤) .

(١) البيت لكثير عزة . ديوانه ٣٢٥ .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٣) انظر : تفسير القرطبي ٣ / ١٠٢ .

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

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

ظ ٥٨/٨

(٢) سورة البقرة ٢٢٦.

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

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

القَسَمِ حَلْفٍ ، لَكِنَّ الحَلْفَ بِإِطْلَاقِهِ إِثْمًا يَنْصَرِفُ إِلَى القَسَمِ ، وَإِثْمًا يُصَرَّفُ إِلَى غَيْرِ القَسَمِ بِدَلِيلٍ ، وَلَا خِلَافَ فِي أَنَّ القَسَمَ بِغَيْرِ اللَّهِ تَعَالَى وَصِفَاتِهِ لَا يَكُونُ إِيْلَاءً ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةً وَلَا شَيْئًا يَمْنَعُ مِنَ^(٥) الوَطْءِ ، فَلَا يَكُونُ إِيْلَاءً ، كَالْحَبْرِ بِغَيْرِ قَسَمٍ^(٦) . وَإِذَا قُلْنَا بِالرَّوَايَةِ الثَّانِيَةِ فَلَا يَكُونُ مُوَلِيًّا^(٧) إِلَّا أَنْ يَحْلِفَ بِمَا يَلْزَمُهُ بِالْحِنْثِ فِيهِ^(٨) حَقٌّ ، كَقَوْلِهِ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَعَبْدِي حُرٌّ . أَوْ : فَأَنْتِ طَالِقٌ . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَيَّ^(٩) كَطَهْرٍ أُمِّي . أَوْ : فَأَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . أَوْ : فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ سَنَةً أَوْ الحَجُّ أَوْ صَدَقَةٌ . فَهَذَا يَكُونُ إِيْلَاءً ؛ لِأَنَّهُ يَلْزَمُهُ بِوَطْئِهَا حَقٌّ يَمْنَعُهُ مِنْ وَطْئِهَا خَوْفُهُ مِنْ وَجُوبِهِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ فَأَنْتِ زَانِيَةٌ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزَمُهُ بِالوَطْءِ حَقٌّ ، وَلَا يَصِيرُ قَازِفًا بِالوَطْءِ ؛ لِأَنَّ القَذْفَ لَا يَتَعَلَّقُ بِالشَّرْطِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ تَصِيرَ زَانِيَةٌ بِوَطْئِهَا ، كَمَا لَا تَصِيرُ زَانِيَةٌ بِطُلُوعِ الشَّمْسِ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ هَذَا الشَّهْرَ . لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَطِئَهَا بَعْدَ مُضِيِّهِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ حَقٌّ ، فَإِنَّ صَوْمَ هَذَا الشَّهْرِ لَا يَتَصَوَّرُ بَعْدَ مُضِيِّهِ ، فَلَا يُلْزَمُ بِالنَّذْرِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ صَوْمٌ أُمْسٍ . وَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُصَلِّيَ عَشْرِينَ رَكْعَةً . كَانَ مُوَلِيًّا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّ الصَّلَاةَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهَا مَالٌ ، وَلَا تَتَعَلَّقُ بِمَالٍ ، فَلَا يَكُونُ الحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ وَطِئْتُكَ ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ أَنْ أُمْسِي فِي السُّوقِ . وَلَنَا ، أَنَّ الصَّلَاةَ تَجِبُ بِالنَّذْرِ ، فَكَانَ الحَالِفُ بِهَا مُوَلِيًّا ، كَالصَّوْمِ وَالحَجِّ ، وَمَا ذَكَرَهُ^(١٠) لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ الصَّلَاةَ تَخْتَاجُ إِلَى المَاءِ وَالسُّتْرَةِ . وَأَمَّا المَشْتَى فِي السُّوقِ ، فَمِقْيَاسُ المَذْهَبِ عَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، أَنَّهُ يَكُونُ مُوَلِيًّا ؛

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

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) في م : « القسم » .

(٧) في م : « مولى » .

(٨) في الأصل : « فيكون » .

(٩) سقط من : الأصل ، ب .

(١٠) في م : « ذكره » .

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

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

(١١) في م : « وأبي عبيدة » .

(١٢) في ا : « تركها » .

(١٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(١٤) في م : « ومع » .

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

/ تَطَاوَلَ هَذَا اللَّيْلُ وَأَزْوَرَّ جَانِبُهُ وَلَيْسَ إِلَيَّ جَنِيْبِي خَلِيْلُ الْأَعْبِيْهِ
فَوَاللَّهِ لَوْ لَا اللهُ لَا شَيْءَ غَيْرُهُ لَزَعْرَعُ مِنْ هَذَا السَّرِيْرِ جَوَانِبُهُ

ظ ٥٩/٨

- (١٥-١٥) في ١ : « الأربعة الأشهر » . وفي ب : « أربعة الأشهر » .
(١٦) في الأصل ، ب ، م ، « أشهر » .
(١٧) وردت الآية في ١ : ﴿ فَإِنْ فَاءُوا ﴾ .
(١٨) في ١ : « فعقت » .
(١٩) في ب ، م : « الفية » .
(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : عزم الطلاق انقضاء الأربعة الأشهر ، من كتاب الإيلاء . السنن الكبرى ٣٨٠ / ٧ . وإمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٢ / ٤٢ . وعبد الرزاق ، في : باب الإيلاء ، من كتاب الطلاق . المصنف ٦ / ٤٤٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الإيلاء ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٢٦ .
(٢١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .
(٢٢) في ب ، م : « يمكن » .
(٢٣) في ١ : « حنث » .
(٢٤) تقدمت القصة والآيات في : ١٠ / ٢٤٠ ، ٢٤١ .

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

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

إِذَا شَابَ الْغُرَابُ أَتَيْتُ أَهْلِي وَصَارَ الْقَارُ كَاللَّبَنِ الْحَلِيبِ

وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ حَتَّى تَحْبِلِي . فَهُوَ مُوَلٌّ ؛ لِأَنَّ حَبْلَهَا بَغَيْرِ وَطِئٍ مُسْتَحِيلٌ
 عَادَةٌ ، فَهُوَ كَصُعُودِ السَّمَاءِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، وَأَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ :
 لَيْسَ بِمُوَلٍّ إِلَّا أَنْ تَكُونَ صَغِيرَةً يُغْلَبُ عَلَى الظَّنِّ أَنَّهَا لَا تَحْمِلُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ آيَسَةً ،
 فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْأَقْرَاءِ ، فَلَا يَكُونُ مُوَلِّيًّا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ حَمْلَهَا . قَالَ الْقَاضِي :
 وَإِذَا كَانَتْ الصَّغِيرَةُ بِنْتٌ تَسْعُ سِنِينَ (٢٧) ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًّا ؛ لِأَنَّ حَمْلَهَا مُمَكِّنٌ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْحَمْلَ بِدُونِ الْوَطِئِ مُسْتَحِيلٌ عَادَةٌ ، فَكَانَ تَعْلِيقُ الْيَمِينِ عَلَيْهِ إِبِلَاءً ، كَصُعُودِ
 السَّمَاءِ . وَدَلِيلُ اسْتِحَالَتِهِ قَوْلُ مَرْيَمَ : ﴿ أَنِّي يَكُونُ لِي غُلَامٌ وَلَمْ يَمَسِّنِي بَشَرٌ وَلَمْ أَكُ
 بَغِيًّا ﴾ (٢٨) . وَقَوْلُهُمْ : ﴿ يَا أُخْتُ هَرُونَ مَا كَانَ أَبُوكَ أَمْرًا سَوِيًّا وَمَا كَانَتْ أُمَّكَ

(٢٥) سورة الأعراف ٤٠ .

(٢٦) تقدم في : ١٠ / ٤٧٥ .

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨) سورة مريم ٢٠ .

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

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

(٢٩) سورة مريم ٢٨ .

(٣٠) في ١ ، م : « لوجود » .

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

(٣٢) في ب ، م : « الغير » .

(٣٣) في ١ : « فلو » .

يَعْلَمُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ قَبْلَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَقِيَامِ السَّاعَةِ ، فَإِنَّ لَهَا أَعْلَامَاتٍ تَسْبِقُهَا ، فَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . وَكَذَلِكَ إِنْ قَالَ : حَتَّى تَأْتِيَ الْهِنْدُ . أَوْ نَحْوَهُ . فَهَذَا مُوَلِّ ؛ لِأَنَّ يَمِينَهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ . الثَّانِي ، مَا الْغَالِبُ أَنَّهُ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، كَخُرُوجِ الدَّجَالِ ، وَالذَّائِبَةِ ، وَغَيْرِهِمَا مِنْ أَشْرَاطِ السَّاعَةِ ، أَوْ يَقُولُ : حَتَّى أَمُوتَ . أَوْ : تَمُوتِي . أَوْ : يَمُوتَ وَلَدُكَ . أَوْ : زَيْدٌ . أَوْ : حَتَّى يَقْدَمَ زَيْدٌ مِنْ مَكَّةَ . وَالْعَادَةُ أَنَّهُ لَا يَقْدَمُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَيَكُونُ ^(٣٤) مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْغَالِبَ أَنَّ ذَلِكَ لَا يُوجَدُ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ فِي نِكَاحِي هَذَا . وَكَذَلِكَ لَوْ عَلَقَ الطَّلَاقَ عَلَى مَرَضِهَا ، أَوْ مَرَضِ إِنْسَانٍ بَعِيْنِهِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى أَمْرٍ يَحْتَمِلُ الْوُجُودَ فِي أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يُوجَدَ ، أَحْتِمَالًا مُتَسَاوِيًا ، كَقُدُومِ زَيْدٍ مِنْ سَفَرٍ قَرِيبٍ ، أَوْ مِنْ سَفَرٍ لَا يُعْلَمُ قَدْرُهُ ، فَهَذَا لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ خَلْفَهُ عَلَى أَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَا يُظَنُّ ذَلِكَ . الرَّابِعُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا يُعْلَمُ أَنَّهُ يُوجَدُ فِي أَقَلِّ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ يُظَنُّ ذَلِكَ ، كَذُبُولِ بَقْلِ ، وَجَفَافِ ثَوْبٍ ، وَمَجِيءِ الْمَطَرِ فِي أَوَانِهِ ، وَقُدُومِ الْحَاجِّ فِي زَمَانِهِ . فَهَذَا لَا يَكُونُ مُوَلِّيًا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ بِتَرْكِ وَطِئِهَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ شَهْرًا . الْخَامِسُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلِ مِنْهَا ، هِيَ قَادِرَةٌ عَلَيْهِ ، أَوْ فِعْلٍ مِنْ غَيْرِهَا . وَذَلِكَ يَنْقَسِمُ أَقْسَامًا ثَلَاثَةً ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى فِعْلِ مُبَاحٍ لَا مَشَقَّةَ فِيهِ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَدْخُلِي الدَّارَ . أَوْ : تَلْبَسِي هَذَا الثَّوْبَ . أَوْ : حَتَّى أَتَنَفَّلَ بِصَوْمِ يَوْمٍ . أَوْ : حَتَّى أَكْسُوكَ . فَهَذَا لَيْسَ بِإِبْلَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنُ الْوُجُودِ بِغَيْرِ ضَرَرٍ / عَلَيْهَا فِيهِ ، فَأَشْبَهَ الَّذِي قَبْلَهُ . وَالثَّانِي ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مُحَرَّمٍ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تَشْرَبِي الْعَمْرَ . أَوْ : تَزْنِي . أَوْ : تُسْقِطِي وَلَدَكَ . أَوْ : تُتْرِكِي صَلَاةَ الْفَرَضِ . أَوْ : حَتَّى أَقْتُلَ زَيْدًا . أَوْ نَحْوَهُ . فَهَذَا إِبْلَاءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَلَقَهُ بِمُتَمَتِّعٍ شَرْعًا ، فَأَشْبَهَ الْمُتَمَتِّعَ حَسًّا . الثَّلَاثُ ، أَنَّ يُعْلَقَهُ عَلَى مَا عَلَى فَاعِلِهِ فِيهِ مَضْرُوءٌ ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : وَاللَّهِ لَا أَطَاكَ حَتَّى تُسْقِطِي صَدَاقَكَ عَنِّي . أَوْ :

٦٠/٨ ظ

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

حتى تَكْفُلِي وَاَلِدِي . أَوْ : تَهَيَّبِي دَارَكَ . أَوْ : حتى يَبْعِي أَبوكِ دَارَه . أَوْ : نحو (٣٥)
 ذلك . فهذا إِيْلَاءٌ ؛ لِأَنَّ أَخْذَهُ لِمَالِهَا أَوْ مَالٍ غَيْرِهَا مِنْ غَيْرِ رِضَى صَاحِبِهِ مُحَرَّمٌ ، فَجَرَى
 مَجْرَى شَرْبِ الْحَمْرِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَطَأُكَ حَتَّى أُعْطِيكَ مَالًا . أَوْ : أَفْعَلُ فِي حَقِّكَ
 جَمِيلًا . لَمْ يَكُنْ إِيْلَاءً ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ لِدَلَالِكَ لَيْسَ بِمُحَرَّمٍ وَلَا مُمْتَنِعٍ ، فَجَرَى مَجْرَى قَوْلِهِ :
 حَتَّى أَصُومَ يَوْمًا .

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

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

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

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

(٣٦) سقط من : أ .

(٣٧) في أ : « كان » .

(٣٨) في ب ، ج ، م : « الوقوف » .

(٣٩) سقط من : ب .

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

٦١/٨ ظ

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

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

(٤١) فِي ١ : « يَكُن » .

(٤٢-٤٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

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

(٤٤-٤٤) فِي ١ : « أَرْبَعَةَ أَشْهُر » .

أشهر ، فهو إيلاء ؛ لأنَّ اللَّفْظَ يَحْتَمِلُهُ ، فأنصَرَفَ إليه بِنَيْتِهِ . وإن نَوَى مُدَّةً قَصِيرَةً ، لم يكن إيلاءً لذلك . وإن لم يَنْوِ شَيْئاً ، لم يكن إيلاءً ؛ لأنَّهُ يَقَعُ على القَلِيلِ والكَثِيرِ ، فلا يَتَعَيَّنُ للكَثِيرِ . فإن قال : والله لا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فإذا مَضَتْ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . أو : فإذا مَضَتْ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ . أو : لا وَطِئْتُكَ شَهْرَيْنِ ، فإذا مَضَتْ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ . ففيه وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا : ليس بِمَوْلٍ ؛ لأنَّهُ حَالِفٌ بِكُلِّ يَمِينٍ على مُدَّةٍ نَاقِصَةٍ عن مُدَّةِ الإيلاءِ ، فلم يكن مَوْلِيًا ، كما لو لم يَنْوِ (٤٥) إلا مُدَّتَهَا ، (٤٦) ولأنَّهُ يُمَكِّنُهُ الوطءُ بالنَّسْبَةِ إلى كُلِّ يَمِينٍ عَقِيبَ مُدَّتِهَا (٤٧) من غيرِ حَنْثٍ فيها ، فأشْبَهَ مالو اقتصَرَ عليها . والثَّانِي ، يصيرُ مَوْلِيًا ؛ لأنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ مِنَ الوطءِ بِيَمِينِهِ أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ مُتَوَالِيَةٍ ، فكان مَوْلِيًا ، كما لو مَنَعَهَا بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولأنَّهُ لا يُمَكِّنُهُ الوطءُ بعدَ المُدَّةِ إلا بِحَنْثٍ في يَمِينِهِ ، فأشْبَهَ مالو حَلَفَ على ذلك بِيَمِينٍ وَاحِدَةٍ ، ولو لم يكن هذا إيلاءً ، أفضَى إلى أن يَمْتَنَعَ (٤٧) مِنَ الوطءِ طُولَ ذَهْرِهِ بِالْيَمِينِ ، فلا يكون مَوْلِيًا . وهَكَذَا الحُكْمُ في كُلِّ مُدَّتَيْنِ مُتَوَالِيَتَيْنِ يَزِيدُ مَجْمُوعُهُمَا على أَرْبَعَةٍ ، كثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ وَثَلَاثَةِ ، أو ثَلَاثَةِ وَشَهْرَيْنِ ، لما ذَكَرْنَا مِنَ التَّعْلِيلَيْنِ . وَاللهُ أَعْلَمُ .

فصل : فإن قال : إن وَطِئْتُكَ ، فوالله لا وَطِئْتُكَ . لم يكن مَوْلِيًا في الحَالِ ؛ لأنَّهُ لا يَلْزُمُهُ بالوطءِ حَقٌّ ، لكن إن وَطِئَهَا صارَ مَوْلِيًا ؛ لأنها تَبْقَى يَمِينًا تَمْنَعُ الوطءَ على التَّأْيِيدِ . وهذا الصَّحِيحُ عن الشَّافِعِيِّ . / وحِكْيَى عنه قَوْلُ قَدِيمٍ ، أَنَّهُ يَكُونُ مَوْلِيًا (٤٦) مِنَ الأَوَّلِ ؛ لأنَّهُ لا يُمَكِّنُهُ الوطءُ إلا بِأَنْ يصيرَ مَوْلِيًا (٤٦) ، فيلْحَقُهُ بالوطءِ ضَرَرٌ . وكذلك على هذا القَوْلِ ، إن قال : وَطِئْتُكَ فوالله لا دَخَلْتُ الدَّارَ . يكونُ (٤٨) مَوْلِيًا مِنَ الأَوَّلِ ، فإن وَطِئَهَا انْحَلَّ الإيلاءُ ؛ لأنَّهُ لم يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنْ وَطِئِهَا بِيَمِينٍ ولا غَيْرِهَا ، وإنَّما

٦٢/٨ و

(٤٥) في الأصل : « يبق » .

(٤٦-٤٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٧) في ا ، م : « يمنع » .

(٤٨) في ا ، ب ، م : « لم يكن » .

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

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

(٤٩) سقطت الواو من : ب ، م .

(٥٠) سقط من : الأصل .

وَاحِدٌ ، حَلَفَ عَلَيْهِ بِيَمِينَيْنِ ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ عَامًا آخَرَ سِوَاهُ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهِ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ نِصْفَ عَامٍ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . دَخَلَتْ الْمُدَّةُ الْقَصِيرَةُ فِي الطَّوِيلَةِ ؛ لِأَنَّهَا بَعْضُهَا ، وَلَمْ يَجْعَلْ إِحْدَاهُمَا بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، أَوْ أَقَرَّ بِنِصْفِ دِرْهِمٍ ، ثُمَّ أَقَرَّ بِدِرْهِمٍ ، فَيَكُونُ إِبْلَاءً وَاحِدًا ، لِهَذَا وَقْتُ وَاحِدٌ ، وَكَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . وَإِنْ نَوَى بِإِحْدَى الْمُدَّتَيْنِ غَيْرَ الْأُخْرَى فِي هَذِهِ أَوْ فِي الَّتِي قَبْلَهَا ، أَوْ قَالَ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا آخَرَ . أَوْ : نِصْفَ عَامٍ آخَرَ . أَوْ قَالَ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ، فَإِذَا مَضَى فَوَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . فَهَذَا إِبْلَاءٌ فِي زَمَانَيْنِ ، لَا يَدْخُلُ حُكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ ، أَحَدُهُمَا مُنَجَّزٌ ، وَالْآخَرُ مُتَأَخَّرٌ ، فَإِذَا مَضَى حُكْمُ أَحَدِهِمَا ، بَقِيَ حُكْمُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ أَفْرَدَ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِزَمَنٍ غَيْرِ زَمَنِ صَاحِبِهِ ، فَيَكُونُ لَهُ حُكْمٌ يَنْفَرِدُ بِهِ . فَإِنْ قَالَ فِي الْمُحْرَمِ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ هَذَا الْعَامَ . ثُمَّ قَالَ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ^(٥١) مِنْ رَجَبٍ إِلَى تَمَامِ اثْنَيْ عَشَرَ شَهْرًا . أَوْ قَالَ فِي الْمُحْرَمِ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا . ثُمَّ قَالَ فِي رَجَبٍ : وَاللَّهُ لَا وَطِئْتُكَ عَامًا ^(٥٢) . فَهَذَا إِبْلَاءٌ فِي مَدَّتَيْنِ ، بَعْضُ إِحْدَاهُمَا دَاخِلٌ فِي الْأُخْرَى . فَإِنْ فَاءَ فِي رَجَبٍ ، أَوْ فِيمَا بَعْدَهُ مِنْ بَقِيَّةِ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَيْثُ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَتَجَزَّئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، وَيَنْقَطِعُ حُكْمُ الْإِبْلَاءَيْنِ . وَإِنْ فَاءَ قَبْلَ رَجَبٍ ، أَوْ بَعْدَ الْعَامِ الْأَوَّلِ ، حَيْثُ فِي إِحْدَى الْيَمِينَيْنِ دُونَ الْأُخْرَى . وَإِنْ فَاءَ فِي الْمَوْضِعَيْنِ ، حَيْثُ فِي الْيَمِينَيْنِ ، وَعَلَيْهِ كَفَّارَتَانِ .

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

(٥١-٥٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٥٢) في ١ : « فإذا » .

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

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

(٥٣) فِي ب : « إِحْدَاهُنَّ » .

(٥٤) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(٥٥) فِي الْأَصْلِ : « فِيهِنَّ » .

(٥٦) فِي ب : « فِي » .

المولى منها بالقرعة ، كالطلاق إذا أوقعه في مبهمة من نساؤه . وإن أطلق^(٥٧) ، صار مولىا منهن كلهن في الحال ؛ لأنه لا يمكنه وطء واحدة منهن إلا بالحنث ، فإن طلق واحدة منهن ، أو ماتت ، كان مولىا من البواقي . وإن وطئ واحدة منهن ، حيث وانحلت يمينه . وسقط حكم الإيلاء في الباقيات ؛ لأنها يمين واحدة ، فإذا حثت فيها مرة ، لم يحث مرة ثانية . ولا يبقى حكم اليمين بعد حنثه فيها ، بخلاف ما إذا طلق واحدة أو ماتت ، فإنه لم يحث ثم ، بقي حكم يمينه في من بقي منهن . وهذا مذهب الشافعي . وذكر القاضي ، أنه إذا أطلق ، كان الإيلاء في واحدة غير معينة . وهو اختيار بعض أصحاب الشافعي ؛ لأن لفظه تناول واحدة منكراً ، فلا يقتضي العموم . ولنا ، أن التكررة في سياق النفي تعم ، كقوله : ﴿ مَا اتَّخَذَ صَاحِبَةً ﴾^(٥٨) . وقوله : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُ كُفُوًا أَحَدٌ ﴾^(٥٩) . وقوله : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَجْعَلِ اللَّهُ لَهُ نُورًا فَمَا لَهُ مِنْ نُورٍ ﴾^(٦٠) . ولو قال إنسان : والله لا شربت ماء من إداوة . حيث بالشرب من أي إداوة كانت ، فيجب حمل اللفظ عند الإطلاق على مقتضاه في العموم . وإن قال : نويت واحدة معينة ، أو واحدة مبهمة . قبل / منه ؛ لأن اللفظ يحتمله احتمالاً غير بعيد . وهذا مذهب الشافعي ، إلا أنه إذا أبهم المحلوف عليها ، فله أن يعينها بقوله . وأصل هذا مذكور في الطلاق .

ظ ٦٣/٨

فصل : فإن قال : والله لا وطئت كل واحدة منكن . صار مولىا منهن كلهن في الحال ، ولا يقبل قوله : نويت واحدة منهن معينة ، ولا مبهمة ؛ لأن لفظه كل أزال احتيماً الخاص ، ومتى حثت في البعض ، انحلت الإيلاء في الجميع ، كالتي قبلها .

(٥٧) في الأصل : (طلق) .

(٥٨) سورة الجن ٣ . وفي النسخ : (ولم يتخذ صاحبة) .

(٥٩) سورة الإخلاص ٤ .

(٦٠) سورة النور ٤٠ .

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

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

(٦١) في الأصل : « يمينه » .

(٦٢) في الأصل : « يكون » .

(٦٣) في م زيادة : « وطلقها » .

(٦٤) في ب زيادة : « في حقهن » .

إِلَّا بِطَلَاقِ ضَرَائِرِهَا . وكذلك إن راجع بَعْضَهُنَّ لذلك ، إِلَّا أَنَّ الْمُدَّةَ تُسْتَأْنَفُ مِنْ حِينِ الرَّجْعَةِ . ولو كان الطَّلَاقُ بَائِنًا ، فعَادَ فَتَزَوَّجَهُنَّ ، أو تَزَوَّجَ بَعْضَهُنَّ ، عَادَ حُكْمُ الْإِيلَاءِ ، واستَوْفِيَتِ الْمُدَّةُ مِنْ حِينِ النِّكَاحِ . وسَوَاءٌ تَزَوَّجَهُنَّ فِي الْعِدَّةِ ، أو / بَعْدَهَا ، أو بَعْدَ زَوْجٍ آخَرَ وَإِصَابَةً ؛ لَمَا سَتَذَكَّرُهُ فِيمَا بَعْدُ . وإن قال : نَوَيْتُ وَاحِدَةً بَعَيْنِهَا . قَبْلَ مِنْهُ ، وَتَعَلَّقْتُ يَمِينَهُ بِهَا ، فإِذَا وَطَّئْتُهَا طَلَّقْتُ ضَرَائِرَهَا ، وَإِنْ وَطَّئْتُ غَيْرَهَا ، لَمْ يَطْلُقْ مِنْهُنَّ شَيْءٌ ، وَيَكُونُ مُوَلِيًّا مِنْ^(٦٥) الْمُعَيَّنَةِ دُونَ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا التِّي يَلْزِمُهُ بَوَاطِنُهَا الطَّلَاقُ دُونَ غَيْرِهَا .

فصل : الشرط الثالث ، أن يحلف على ترك الوطء في الفرج . ولو قال : والله لا وَطَّئُكَ فِي الدُّبْرِ . لم يكن موليًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتْرِكِ الْوَطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ ، وَلَا تَتَضَرَّرُ الْمَرْأَةُ بِتَرْكِهِ ، وَإِنَّمَا هُوَ وَطْءٌ مُحْرَمٌ ، وَقَدْ أَكَّدَ مَنْعَ نَفْسِهِ مِنْهُ بِيَمِينِهِ . وإن قال : والله^(٦٦) لا وَطَّئُكَ دُونَ الْفَرْجِ . لم يكن موليًّا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى الْوَطْءِ الَّذِي يُطَالِبُ بِهِ فِي الْفَيْقَةِ ، وَلَا ضَرَّرَ عَلَى الْمَرْأَةِ فِي تَرْكِهِ . وإن قال : والله لا جَامِعْتُكَ إِلَّا جِمَاعَ سَوْءٍ . سُئِلَ عَمَّا أَرَادَ ، فَإِنْ قَالَ : أَرَدْتُ الْجِمَاعَ فِي الدُّبْرِ . فهو مولى ؛ لِأَنَّهُ حَلَفَ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ فِي الْفَرْجِ . وكذلك إن قال : أَرَدْتُ أَنْ لَا أَطَّأَهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ . وإن قال : أَرَدْتُ جِمَاعًا ضَعِيفًا ، لَا يَزِيدُ عَلَى التِّقَاءِ الْخِتَانَيْنِ . لم يكن موليًّا ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ الْوَطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ فِي الْفَيْقَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وإن قال : أَرَدْتُ وَطْئًا لَا يَبْلُغُ التِّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ . فهو مولى ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءَ الْوَاجِبَ عَلَيْهِ فِي الْفَيْقَةِ بِغَيْرِ حَنْثٍ . وإن لم تكن له نِيَّةٌ ، فليس بمولى ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمِلٌ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ مَا يَكُونُ بِهِ مُوَلِيًّا . وإن قال : والله لا جَامِعْتُكَ جِمَاعَ سَوْءٍ . لم يكن موليًّا بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَحْلِفْ عَلَى تَرْكِ الْوَطْءِ ، إِنَّمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِ صِفَتِهِ الْمَكْرُوهَةِ .

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

(٦٥) في ب : (في) .

(٦٦) لم يرد في : م .

﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نُسَائِهِمْ تَرِيصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ﴾ (٦٧) . ولأنَّ غيرَ الرَّوْجَةِ لا حَقَّ لها في وَطْئِهِ ، فلا يَكُونُ مُوَلِّياً منها ، كالأَجْنَبِيَّةِ . فَإِنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْءِ أَمَّتِهِ ، لم يَكُنْ مُوَلِّياً ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ حَلَفَ على تَرْكِ وَطْءِ أَجْنَبِيَّةٍ ، ثم نَكَحَهَا ، لم يَكُنْ مُوَلِّياً ؛ لذلك . وبه قال الشَّافِعِيُّ ، وإِسْحَاقُ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال مالِكٌ : يَصِيرُ مُوَلِّياً إِذَا بَقِيَ مِنْ مُدَّةِ يَمِينِهِ أَكْثَرُ مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّهُ مُمْتَنِعٌ مِنْ وَطْءِ امْرَأَتِهِ بِحُكْمِ يَمِينِهِ مُدَّةَ الإِيْلَاءِ ، فَكَانَ مُوَلِّياً ، كما لو حَلَفَ في الرَّوْجِيَّةِ . وَحُكِيَ عَنِ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ إِنْ مَرَّتْ بِهِ امْرَأَةٌ ، فَحَلَفَ أَنْ لا يَفْرَبَهَا ، ثم تَزَوَّجَهَا ، لم يَكُنْ مُوَلِّياً . وَإِنْ قال : إِنْ تَزَوَّجْتُ فَلَأَنَّةَ ، فَوَاللَّهِ لا قَرَبَتُهَا . صارَ مُوَلِّياً ؛ لِأَنَّهُ أَضَافَ اليَمِينَ إِلى حَالِ / الرَّوْجِيَّةِ ، فَأَشْبَهَ ما لو حَلَفَ بَعْدَ تَزَوُّجِهَا (٦٨) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿لِلَّذِينَ يُؤَلُّونَ مِنْ نُسَائِهِمْ﴾ . وهذه لَيْسَتْ مِنْ نِسائِهِ ، وَلِأَنَّ الإِيْلَاءَ حُكْمٌ مِنْ أَحْكامِ النِّكاحِ ، فلم يَتَقَدَّمْهُ كَالطَّلَاقِ والقَسَمِ ، وَلِأَنَّ المُدَّةَ تُضْرَبُ لَهُ لِقَصْدِهِ الإِضْرَارَ بِها بِيَمِينِهِ ، وَإِذا كانَتِ اليَمِينُ قَبْلَ النِّكاحِ ، لم يَكُنْ قاصِداً للإِضْرَارِ ، فَأَشْبَهَ المُمْتَنِعَ بِغيرِ يَمِينٍ . قال الشَّرِيفُ أبو جَعْفَرٍ : وَقَدْ قالَ أَحْمَدُ : يَصِحُّ الظُّهْأُ قَبْلَ النِّكاحِ ؛ لِأَنَّهُ يَمِينٌ . فعلى هذا التَّعْلِيلِ يَصِحُّ الإِيْلَاءُ قَبْلَ النِّكاحِ . وَالْمَنْصُوصُ أَنَّهُ لا يَصِحُّ ؛ لما ذَكَرْناهُ .

ط ٦٤/٨

فصل : فَإِنْ آلَى مِنَ الرَّجْعِيَّةِ ، صَحَّ إِيْلَاؤُهُ . وهذا قَوْلُ مالِكٍ ؛ والشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَذَكَرَ ابنُ حامِدٍ ، أَنَّ فِيهِ رِوايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لا يَصِحُّ إِيْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ يَقْطَعُ مُدَّةَ الإِيْلَاءِ إِذا طَرَأَ ، فَلِأَنَّ يَمَنَعَ صِحَّتَهُ ابتداءً أَوْلَى . وَلَنَا ، أَنَّهُا زَوْجَةٌ (٦٩) يَلْحَقُها طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ إِيْلَاؤُهُ مِنْها ، كغيرِ المُطَلَّقةِ . وَإِذا آلَى مِنْها احتَسَبَ المُدَّةَ (٧٠)

(٦٧) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٦٨) في م : « تزويجها » .

(٦٩) في ب : « زوجته » .

(٧٠) في ب ، م : « بالمدّة » .

من حين آلى^(٧١)، وإن كانت في العدة. ذكره ابن حامد. وهو قول أبي حنيفة. ويجيء على قول الخرقي أن لا يُحتسب عليه بالمدة إلا من حين راجعها، لأن ظاهر كلامه أن الرجعية محرمة. وهذا مذهب الشافعي؛ لأنها معتدة منه، فأشبهت البائن، ولأن الطلاق إذا طرأ قطع المدة، ثم لا يُحتسب عليه بشيء من المدة قبل رجعتها، فأولى أن لا يستأنف المدة في العدة. ووجه الأول، أن من صح إيلائه، احتسب عليه بالمدة من حين إيلائه، كما لو لم تكن مطلقة^(٧٢)، ولأنها مباحة، فاحتسب عليه بالمدة فيها، كما لو لم يُطلقها^(٧٣). وفارق البائن، فإنها ليست زوجة، ولا يصح الإيلاء منها^(٧٤) بحال، فهي كسائر الأجنبية.

فصل: ويصح الإيلاء من كل زوجة، مسلمة كانت أو ذميمة، حرة كانت أو أمة؛ لعُموم قوله سبحانه: ﴿لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾. ولأن كل واحدةٍ منهن زوجة، فصح الإيلاء منها كالحرة المسلمة. ويصح الإيلاء قبل الدخول بعده. وبهذا قال النحعي، ومالك، والأوزاعي، والشافعي. وقال عطاء، والزهري، والثوري: إنما يصح^(٧٥) الإيلاء بعد الدخول. ولنا، عموم الآية والمعنى، ولأنه^(٧٥) مُمتنع من جماع زوجته بيمينه، فأشبه ما بعد الدخول. ويصح الإيلاء من المجنونة والصغيرة، إلا أنه لا يطالب بالفيئة في الصغر والجنون؛ لأنهما ليسا من أهل المطالبة. فأما الرثاء والقرناء، فلا يصح الإيلاء منهما؛ لأن الوطاء متعذر دائماً، فلم تنعقد اليمين على تركه، كما لو حلف لا يصعد السماء. ويحتمل أن يصح، وتضرب له المدة؛ لأن المنع بسبب من جهتها، فهي كالمريضة. فعلى هذا ينبغي أن يفيء فيئة

و٦٥/٨

(٧١) في ١: «الإيلاء».

(٧٢-٧٣) سقط من: ب.

(٧٣) في م: «ومنها».

(٧٤) سقط من: ١، ب.

(٧٥) سقطت الواو من: ١، ب، م.

المَعذُورِ ؛ لِأَنَّ الْفَيْئَةَ بِالْوَطْءِ فِي حَقِّهَا مُتَعَذِّرَةٌ ، فَلَا تُمَكِّنُ الْمُطَالَبَةَ بِهِ ، فَاشْتَبَهَ الْمَجْبُوبَ .

فصل : وَيَصِحُّ الْإِبْلَاءُ مِنْ كُلِّ زَوْجٍ مُكَلَّفٍ قَادِرٍ عَلَى الْوَطْءِ . وَأَمَّا الصَّبِيُّ وَالْمَجْنُونُ ، فَلَا يَصِحُّ إِبْلَاؤُهُمَا ؛ لِأَنَّ الْقَلَمَ مَرْفُوعٌ عَنْهُمَا ، وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ تَجِبُ بِمُخَالَفَتِهِ كَفَّارَةٌ أَوْ حَقٌّ ، فَلَمْ يَتَعَقَّدْ مِنْهُمَا كَالنَّذِيرِ . وَأَمَّا الْعَاجِزُ عَنِ الْوَطْءِ ، فَإِنْ كَانَ لِعَارِضٍ ^(٧٦) مَرْجُوًّا زَوَالَهُ كَالْمَرَضِ وَالْحَبْسِ ، صَحَّ إِبْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْدِرُ عَلَى الْوَطْءِ ، فَصَحَّ مِنْهُ الْإِمْتِنَاعُ مِنْهُ ^(٧٧) ، وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْجُوًّا الزَّوَالِ كَالجَبِّ وَالشَّلْلِ ، لَمْ يَصِحَّ إِبْلَاؤُهُ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ عَلَى تَرْكِ مُسْتَحِيلٍ ، فَلَمْ تَتَعَقَّدْ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ أَنْ لَا يَقْلِبَ الْحِجَارَةَ ذَهَبًا ، وَلِأَنَّ الْإِبْلَاءَ الْيَمِينُ الْمَانِعَةَ مِنَ الْوَطْءِ ، وَهَذَا لَا يَمْنَعُهُ يَمِينُهُ ، فَإِنَّهُ مُتَعَذِّرٌ مِنْهُ ، وَلَا تَضُرُّ الْمَرْأَةَ يَمِينُهُ . قَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَصِحَّ الْإِبْلَاءُ مِنْهُ قِيَاسًا عَلَى الْعَاجِزِ بِمَرَضٍ أَوْ حَبْسٍ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي ذَلِكَ قَوْلَانِ . وَالأَوَّلُ أَوْلَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَأَمَّا الْحَصِيُّ الَّذِي سَلَّتْ بَيْضَتَاهُ ، أَوْ رُضَّتْ ، فَيُمْكِنُ مِنْهُ الْوَطْءُ ، وَيُنزَلُ مَاءٌ رَقِيقًا ، فَيَصِحُّ إِبْلَاؤُهُ . وَكَذَلِكَ الْمَجْبُوبُ الَّذِي بَقِيَ مِنْ ذَكَرِهِ مَا يُمَكِّنُ الْجِمَاعَ بِهِ .

فصل : وَيَصِحُّ إِبْلَاءُ الذَّمِّيِّ وَيَلْزَمُهُ مَا يَلْزَمُ الْمُسْلِمَ إِذَا تَقَاضَوْا إِلَيْنَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَإِنْ أَسْلَمَ ، لَمْ يَنْقَطِعْ حُكْمُ إِبْلَائِهِ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ أَسْلَمَ ، سَقَطَ حُكْمُ يَمِينِهِ . وَقَالَ أَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : إِنْ حَلَفَ بِاللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًّا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْنُثُ إِذَا جَامَعَ ، لِكُونِهِ غَيْرَ مُكَلَّفٍ ، وَإِنْ كَانَتْ يَمِينُهُ بِطَّلَاقٍ أَوْ عَتَاقٍ ، فَهِيَ مُؤَلِّيةٌ ؛ لِأَنَّهُ يَصِحُّ عِتْقُهُ وَطَّلَاقُهُ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْتُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ تَرِيصًا أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ﴾ . وَلِأَنَّهُ مَانِعٌ نَفْسَهُ بِالْيَمِينِ مِنْ جِمَاعِهَا ، فَكَانَ مُؤَلِّيًّا كَالْمُسْلِمِ ،

(٧٦) فِي ١ ، ب : « الْعَارِضُ » .

(٧٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

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

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي الْإِيْلَاءِ الْعَضْبُ ، وَلَا قَصْدُ الْإِضْرَارِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ مَسْعُودٍ . وَبِهِ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَهْلُ الْعِرَاقِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . / وَرُوِيَ عَنْ عَلِيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَيْسَ فِي إِصْلَاحِ إِيْلَاءٍ^(٧٩) . وَعَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ : إِنَّمَا الْإِيْلَاءُ فِي الْعَضْبِ^(٨٠) . وَنَحْوُ ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَقَتَادَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ : مَنْ حَلَفَ لَا يَطَّأُ زَوْجَتَهُ حَتَّى تَقْطِمَ وَلَدَهُ ، لَا يَكُونُ إِيْلَاءً ، إِذَا أَرَادَ الْإِصْلَاحَ لَوْلَدِهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهُ مَانِعٌ^(٨١) نَفْسَهُ عَنْ^(٨٢) جَمَاعِهَا يَمِينِهِ ، فَكَانَ مُوَلِيًّا ، كَحَالِ الْعَضْبِ ، يُحَقِّقُهُ^(٨٣) أَنَّ حُكْمَ الْإِيْلَاءِ يَثْبُتُ لِحَقِّ الزَّوْجَةِ ، فَيَجِبُ أَنْ يَثْبُتَ سِوَاءَ قَصْدِ الْإِضْرَارِ أَوْ لَمْ يَقْصِدْ ، كَاسْتِيفَاءِ دُيُونِهَا ، وَإِثْلَافِ مَالِهَا ، وَلِأَنَّ الطَّلَاقَ وَالظُّهَارَ وَسَائِرَ الْأَيْمَانِ سِوَاءً فِي الْعَضْبِ وَالرُّضَى ، فَكَذَلِكَ الْإِيْلَاءُ ، وَلِأَنَّ حُكْمَ الْيَمِينِ فِي الْكُفَّارَةِ وَغَيْرِهَا سِوَاءً فِي الْعَضْبِ وَالرُّضَى ، فَكَذَلِكَ فِي الْإِيْلَاءِ . وَأَمَّا إِذَا حَلَفَ أَنْ لَا يَطَّأَهَا حَتَّى تَقْطِمَ وَلَدَهُ ، فَإِنْ أَرَادَ وَقْتُ الْفِطَامِ ، وَكَانَتْ مُدَّتُهُ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَهُوَ مُوَلٍ ، وَإِنْ أَرَادَ فِعْلَ الْفِطَامِ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ؛ لِأَنَّهُ مُمَكِّنٌ قَبْلَ الْأَرْبَعَةِ الْأَشْهُرِ ، وَلَيْسَ بِمُحْرَّمٍ ، وَلَا فِيهِ تَقْوِيَةٌ حَقٌّ لَهَا ، فَلَمْ يَكُنْ مُوَلِيًّا ، كَمَا لَوْ حَلَفَ لَا يَطَّأَهَا حَتَّى تَدْخُلَ الدَّارَ .

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

(٧٨) فِي الْأَصْلِ ، م : « وَلَا نُهُ » .

(٧٩) أَخْرَجَ نَحْوَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الْإِيْلَاءِ فِي الْغَضَبِ ، مِنْ كِتَابِ الْإِيْلَاءِ . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٧ / ٣٨١ ، ٣٨٢ . وَسَعِيدُ بْنُ مَنْصُورٍ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْإِيْلَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . السَّنَنِ ٢ / ٢٥ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَنْ قَالَ : الْإِيْلَاءُ فِي الرُّضَى وَالغَضَبِ ... ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفِ ٥ / ١٤١ .

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

(٨١) فِي ١ : « نَفْسَهُ مِنْ » .

(٨٢) فِي ب ، م : « بِحَقِّهِ » .

في الحُكْمِ والباطِنِ جميعًا ، وهي ^(٨٣) ثَلَاثَةُ الْفَاطِظِ ؛ قَوْلُهُ : وَاللَّهُ لَا أُنْبِئُكَ ^(٨٤) ، وَلَا أَدْخُلُ ، وَلَا أُغَيِّبُ أَوْ أُولِجُ ذِكْرِي فِي فَرْجِكَ . وَلَا أَفْتَضِضْتُكَ . لِلْبِكْرِ خَاصَّةٌ ، فَهَذِهِ صَرِيحَةٌ ، وَلَا يَدِينُ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْتَمِلُ غَيْرَ الْإِيْلَاءِ . الْقِسْمُ الثَّانِي ، صَرِيحٌ ^(٨٥) فِي الْحُكْمِ ، وَيَدِينُ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَهِيَ عَشْرَةُ الْفَاطِظِ : لَا وَطِئْتُكَ ، وَلَا جَامَعْتُكَ ، وَلَا أَصْبَيْتُكَ ، وَلَا بَاشَرْتُكَ ، وَلَا مَسَسْتُكَ ، وَلَا قَرَّبْتُكَ ، وَلَا أَتَيْتُكَ ، وَلَا بَاضَعْتُكَ ، وَلَا بَاعَلْتُكَ ، وَلَا اغْتَسَلْتُ مِنْكَ . فَهَذِهِ صَرِيحَةٌ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي الْعُرْفِ فِي الْوَطْءِ . وَقَدْ وَرَدَ الْقُرْآنُ بَعْضُهَا فَقَالَ اللَّهُ سُبْحَانَهُ ﴿ وَلَا تَقْرُبُوهُنَّ حَتَّى يَطْهَرْنَ فَإِذَا تَطَهَّرْنَ فَأْتُوهُنَّ ﴾ ^(٨٦) . وَقَالَ : ﴿ وَلَا تَبَاشِرُوهُنَّ وَأَنْتُمْ عَاكِفُونَ فِي الْمَسَاجِدِ ﴾ ^(٨٧) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ ﴾ ^(٨٨) . وَأَمَّا الْجِمَاعُ وَالْوَطْءُ ، فَهَمَا أَشْهُرُ الْأَلْفَاظِ فِي الْاسْتِعْمَالِ ، فَلَوْ قَالَ : أُرَدَّتْ بِالْوَطْءِ الْوَطْءُ بِالْقَدَمِ ، وَبِالْجِمَاعِ ^(٨٩) الْجِمَاعُ الْأَجْسَامِ ^(٩٠) ، وَبِالْإِصَابَةِ الْإِصَابَةُ بِالْيَدِ . دِينَ فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ اللَّهِ تَعَالَى ، وَلَمْ يَقْبَلْ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ خِلَافُ الظَّاهِرِ / وَالْعُرْفِ . وَقَدْ اِخْتَلَفَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ فِيمَا عَدَا الْوَطْءَ وَالْجِمَاعَ مِنْ هَذِهِ الْأَلْفَاظِ ، فَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الْحُكْمِ ؛ لِأَنَّهُ حَقِيقَةٌ فِي غَيْرِ الْجِمَاعِ . وَقَالَ فِي : لَا بَاضَعْتُكَ : لَيْسَ بِصَرِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنَ النِّقَاءِ الْبُضْعَتَيْنِ ، الْبُضْعَةُ مِنَ الْبَدَنِ بِالْبُضْعَةِ مِنْهُ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « فَاطِمَةُ بُضْعَةٌ مِنِّي » ^(٩١) . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُسْتَعْمَلٌ فِي الْوَطْءِ عُرْفًا ، وَقَدْ وَرَدَ بِهِ الْقُرْآنُ وَالسُّنَّةُ ، فَكَانَ

٦٦/٨ و

(٨٣) في م : « وهو » .

(٨٤) في الأصل ، ا ، م : « آتيك » .

(٨٥) في م : « تصریح » .

(٨٦) سورة البقرة ٢٢٢ .

(٨٧) سورة البقرة ١٨٧ .

(٨٨) سورة البقرة ٢٣٧ .

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

(٩٠) أخرجه البخاري ، في : باب مناقب قرابة رسول الله ﷺ ومنقبه فاطمة ، وباب ذكر أصحاب النبي ، وباب

مناقب فاطمة عليها السلام ، من كتاب فضائل الصحابة وفي : باب ذب الرجل عن ابنته في الغيرة والإنصاف ، من =

صَرِيحًا ، كَلْفِظِ الْوَطْءِ وَالْجِمَاعِ ، وَكَوْنُهُ حَقِيقَةً فِي غَيْرِ الْجِمَاعِ يَنْطَلُ بِلَفْظَةِ الْوَطْءِ وَالْجِمَاعِ ، وَكَذَلِكَ قَوْلُهُ : فَارْتَحُكْ ، وَسَرَّحْتُكَ . فِي الْأَفَاظِ الطَّلَاقِ ، فَإِنَّهُمْ قَالُوا : هِيَ صَرِيحَةٌ فِي الطَّلَاقِ ، مَعَ كَوْنِهَا حَقِيقَةً فِي غَيْرِهِ ، وَأَمَّا قَوْلُهُ : بَاضَعْتُكَ . فَهُوَ مُشْتَقٌّ مِنْ الْبُضْعِ ، وَلَا يُسْتَعْمَلُ هَذَا اللَّفْظُ فِي غَيْرِ الْوَطْءِ ، فَهُوَ أَوْلَى أَنْ يَكُونَ صَرِيحًا مِنْ سَائِرِ الْأَفَاظِ ؛ لِأَنَّهَا تُسْتَعْمَلُ فِي غَيْرِهِ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . الْقِسْمُ الثَّالِثُ ، مَا لَا يَكُونُ إِبْلَاءً إِلَّا بِالنِّيَّةِ ، وَهُوَ مَا عَدَا هَذِهِ الْأَفَاظَ ، مِمَّا يَحْتَمِلُ الْجِمَاعَ ، كَقَوْلِهِ : وَاللَّهِ لَا يَجْمَعُ رَأْسِي وَرَأْسِكَ شَيْءٌ . لَا سَاقَفَ رَأْسِي رَأْسِكَ . لِأَسْوَأَتِكَ . لِأَغِيظَنَّكَ . لِتَطْوُلَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . لَا مَسَّ جِلْدِي جِلْدَكَ . لِأَقْرَبْتُ فِرَاشَكَ . لَا آوَيْتُ مَعَكَ . لَا نِمْتُ عَنْكَ . فَهَذِهِ إِنْ أَرَادَ بِهَا الْجِمَاعَ ، وَاعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، كَانَ مُؤَلِّيًا ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَفَاظَ لَيْسَتْ ظَاهِرَةً فِي الْجِمَاعِ ، كَظُهُورِ الَّتِي قَبْلَهَا ، وَلَمْ يَرِدِ النَّصُّ بِاسْتِعْمَالِهَا فِيهِ ، إِلَّا أَنَّ هَذِهِ الْأَفَاظَ^(٩١) مُنْقَسِمَةٌ إِلَى مَا يَنْتَقِرُ فِيهِ إِلَى نِيَّةِ الْجِمَاعِ وَالْمُدَّةِ مَعًا ، وَهِيَ قَوْلُهُ : لِأَسْوَأَتِكَ ، وَلِأَغِيظَنَّكَ ، وَلِتَطْوُلَنَّ غَيْبَتِي عَنْكَ . فَلَا يَكُونُ مُؤَلِّيًا حَتَّى يَنْوِيَ تَرْكَ الْجِمَاعِ فِي مُدَّةٍ تَزِيدُ عَلَى أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ غَيْظَهَا يَكُونُ بِتَرْكِ الْجِمَاعِ فِي مَا دُونَ ذَلِكَ^(٩٢) ، وَفِي سَائِرِ هَذِهِ الْأَفَاظِ يَكُونُ مُؤَلِّيًا بِنِيَّةِ الْجِمَاعِ فَقَطْ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَيَطْوُلَنَّ تَرْكِي لَجِمَاعِكَ ، أَوْ لَوَطَّئْتُكَ ، أَوْ لِإِصَابَتِكَ . فَهَذَا صَرِيحٌ فِي تَرْكِ الْجِمَاعِ ، وَتُعْتَبَرُ نِيَّةُ الْمُدَّةِ دُونَ نِيَّةِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ فِيهِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لِاجْمَاعَتِكَ إِلَّا جِمَاعًا ضَعِيفًا . لَمْ يَكُنْ مُؤَلِّيًا ، إِلَّا أَنْ يَنْوِيَ جِمَاعًا لَا يَبْلُغُ التَّقَاءَ الْخِتَانَيْنِ . وَإِنْ قَالَ : وَاللَّهِ لَا أَدْخَلْتُ جَمِيعَ

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

(٩١) سقط من : ب .

(٩٢) فى ب : « الفرج » .

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

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

فصل : وَيَصِحُّ الْإِبْلَاءُ بِكُلِّ لُغَةٍ مِنَ الْعَجَمِيَّةِ وَغَيْرِهَا ، مِمَّنْ يُحْسِنُ الْعَرَبِيَّةَ ، وَمِمَّنْ لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّ الْيَمِينَ تَنْتَقِدُ بِغَيْرِ الْعَرَبِيَّةِ ، وَتَجِبُ بِهَا الْكِفَّارَةُ . وَالْمُوَلِيُّ هُوَ الْحَالِفُ بِاللَّهِ عَلَى قَرْكِ وَطْءِ زَوْجَتِهِ ، الْمُؤْتَمِعُ مِنْ ذَلِكَ بِيَمِينِهِ . فَإِنْ آلَى بِالْعَجَمِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ، وَهُوَ لَا يَدْرِي مَعْنَاهَا ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًّا ، وَإِنْ تَوَى مُوجِبًا عِنْدَ أَهْلِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِذَا آلَى بِالْعَرَبِيَّةِ مَنْ لَا يُحْسِنُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ قَصْدُ الْإِبْلَاءِ بَلْفِظِ لَا يَدْرِي مَعْنَاهُ . فَإِنْ اخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي مَعْرِفَتِهِ بِذَلِكَ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ إِذَا كَانَ مُتَكَلِّمًا بِغَيْرِ لِسَانِهِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَعْرِفَتِهِ بِهَا . فَأَمَّا إِنْ آلَى الْعَرَبِيُّ بِالْعَرَبِيَّةِ ، ثُمَّ قَالَ : جَرَى عَلَى لِسَانِي مِنْ غَيْرِ

(٩٣) فِي ب ، م ، : « وَإِنْ » .

(٩٤) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(٩٥) سَقَطَ مِنْ : ب ، م ، .

قَصْدٍ . أو قال ذلك العَجَمِيُّ في إيلائه بالعَجَمِيَّةِ ، لم يُقْبَلْ في الحُكْمِ ؛ لأنَّه خِلافُ الظَّاهِرِ .

فصل : ومُدَّةُ الإيلاءِ في حقِّ الأحرارِ والعبيدِ والمُسلمينِ وأهلِ الذِّمَّةِ سواءً ، ولا فَرْقَ بين الحرَّةِ والأمةِ ، والمُسلِمةِ والذِّمِّيَّةِ ، والصَّغِيرَةِ والكَبِيرَةِ ، في ظاهِرِ المذهبِ . وهو قولُ الشَّافِعِيِّ ، وابنِ المُنذِرِ . وعن أحمدَ ، روايةُ أُخْرَى ، أنَّ مُدَّةَ إيلاءِ العبيدِ شَهْرانِ . وهو اختيارُ أبي بكرٍ . وقولُ عَطَاءٍ ، والزُّهْرِيِّ ، ومَالِكٍ ، وإِسْحاقَ ؛ لأنَّهُم على النُّصْفِ في الطَّلَاقِ ، وَعَدَدِ المَنكُوحاتِ ، فَكَذَلِكَ في مُدَّةِ الإيلاءِ . وقال الحسنُ ، والشَّعْبِيُّ : إيلاءُ من الأُمَّةِ شَهْرانِ ، ومن الحرَّةِ أَرْبَعَةٌ . وقال الشَّعْبِيُّ : إيلاءُ الأُمَّةِ نِصْفُ إيلاءِ الحرَّةِ . وهذا قولُ أبي حَنِيفَةَ ؛ لأنَّ ذلك تَتَعَلَّقُ به البَيِّنَةُ عنده ، فَاخْتَلَفَ ^(٩٦) بالرُّقِّ والحرِّيَّةِ كالطَّلَاقِ ، ولأنَّها مُدَّةٌ يَثْبُتُ ابتداءُها بقولِ الزَّوجِ ، فَوَجَبَ أَنْ يَخْتَلَفَ بِرُقِّ المرأةِ وَحُرِّيَّتِها ، كَمُدَّةِ العِدَّةِ . ولنا ، عُمومُ الآيَةِ ، ولأنَّها مُدَّةٌ ضُرِبَتْ لِلوَطْءِ ، فَاسْتَوَى فيها الرُّقُّ والحرِّيَّةُ ، كَمُدَّةِ العِنَّةِ ، ولا تُسَلَّمُ أَنَّ البَيِّنَةَ تَتَعَلَّقُ بها ، ثمَّ يَبْطُلُ ذلك بِمُدَّةِ العِنَّةِ ، وَيُخَالِفُ مُدَّةَ العِدَّةِ ؛ لأنَّ العِدَّةَ مَبْنِيَّةً على الكَمالِ ، بِدليلِ أَنَّ الاسْتِبراءَ يَحْصُلُ بِقُرْيٍ واحِدٍ ، وَأَمَّا مُدَّةُ الإيلاءِ فَإِنَّ الاسْتِمتاعَ بالحرَّةِ أَكْثَرُ ، وَكانَ يَنْبَغِي أَنْ تَتَفَدَّمْ مُطالِبَتُها مُطالِبَةَ الأُمَّةِ ، والحَقُّ على الحرِّ في الاسْتِمتاعِ أَكْثَرُ منه على العبيدِ ، فلا تَجُوزُ الزِّيادَةُ في مُطالِبَةِ العبيدِ عليه .

٦٧/٨ و

١٢٩٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا مَضَتْ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ ، وَرَأَفْتَهُ ، أَمْرٌ بِالْفَيْئَةِ ^(١)) ، وَالْفَيْئَةُ الجِماعُ)

وجملةُ ذلك أَنَّ المُوَلَّى يَتَرَبَّصُ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، كما أَمَرَ اللهُ تَعالَى ، ولا يُطالِبُ بالوَطْءِ ^(٢)

(٩٦) في ب ، م : « واختلف » .

(١) في ب ، م : « الفيقة » .

(٢) سقط من : م .

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

(٣) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤ / ٦١ ، ٦٢ . والبيهقي ، في : باب من قال : يوقف المولى ... ، من كتاب الإبلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٧٦ . والإمام الشافعي ، في : الباب الثاني في الإبلاء ، من كتاب الطلاق . المسند ٢ / ٤٢ . وسعيد بن منصور ، في : باب من قال : يوقف المولى عند الأربعة الأشهر ، من كتاب الطلاق . السنن ٢ / ٣٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب في المولى يوقف ، من كتاب الطلاق . المصنف ٥ / ١٣٢ .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والخلع والإبلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤ / ٦١ . والبيهقي ، في : باب من قال : يوقف المولى ... ، من كتاب الإبلاء . السنن الكبرى ٧ / ٣٧٧ .

(٥) سورة البقرة ٢٢٦ .

ذلك أن الفَيْئَةَ بَعْدَ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ؛ لِذِكْرِهِ الْفَيْئَةَ بَعْدَهَا بِالْفَاءِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلتَّعْقِيبِ ، ثم قال : ﴿ وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ فَإِنَّ اللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ ^(٦) . ولو وَقَعَ بِمُضِيِّ الْمُدَّةِ ، لم يَحْتَجْ إِلَى عَزْمِ عَلَيْهِ ، وَقَوْلُهُ : ﴿ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴾ يَقْتَضِي أَنَّ الطَّلَاقَ مَسْمُوعٌ ، ولا يَكُونُ الْمَسْمُوعُ إِلَّا كَلَامًا ، ولأنَّهَا مُدَّةٌ ضَرِبَتْ لَهُ تَأْجِيلًا ، فلم يَسْتَحِقْ الْمُطَالَبَةَ فِيهَا ، كَسَائِرِ الْأَجَالِ ، ولأنَّ هَذِهِ مُدَّةٌ لم يَتَقَدَّمْهَا إِبْقَاعٌ ، فلا يَتَقَدَّمُهَا وَقُوعٌ ، كَمُدَّةِ الْعِنَّةِ . ومُدَّةُ الْعِنَّةِ حُجَّةٌ لَنَا ؛ فَإِنَّ الطَّلَاقَ لَا يَقَعُ إِلَّا ^(٧) بِمُضِيِّهَا ، ولِإِنَّ مُدَّةَ الْعِنَّةِ ضَرِبَتْ لَهُ لِيُحْتَبَرَ فِيهَا ، وَيُعْرَفَ عَجْزُهُ عَنِ الْوَطْءِ بِتَرْكِهِ فِي مُدَّتِهَا ، وَهَذِهِ ضَرِبَتْ تَأْخِيرًا لَهُ وَتَأْجِيلًا ، ولا يَسْتَحِقُّ الْمُطَالَبَةَ إِلَّا بَعْدَ مُضِيِّ الْأَجْلِ ، كَالَّذِينَ .

فصل : وابتداء المدة من حين اليمين ، ولا يفتقر إلى ضرب مدة ؛ لأنها ثبتت بالنص والإجماع ، فلم تفتقر إلى ضرب ^(٨) ، كمددة العنة . ولا يطالب بالوطء فيها ؛ لما ذكرنا ، فإن وطئها ^(٩) فيها فقد عجل ^(١٠) حقها قبل مجلها ، وخرج من الإيلاء ، كمن عليه ذين ^(١١) دفعه قبل الأجل . وهكذا إن وطئ بعد المددة ، قبل المطالبة أو بعدها ، خرج من الإيلاء . وسواء وطئها ، وهي عاقلة أو مجنونة ، أو يقظانة أو نائمة ؛ لأنه فعل ما حلف عليه ، فإن وطئها وهو مجنون ، لم يحنث . ذكره ابن حامد . وهو قول الشعبي . وقال أبو بكر : يحنث ، وعليه الكفارة ؛ لأنه فعل ما حلف عليه . والأول أصح ؛ لأنه غير مكلف ، والقلم عنه مرفوع ، ويخرج بوطئه عن الإيلاء ؛ لأنه قد وقأها حقها ، وحصل منه في حقها ما يحصل من العاقل ، وإنما تسقط الكفارة عنه لرفع القلم عنه . ذكر هذا ابن حامد . وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي . وذكر القاضي ما

(٦) سورة البقرة ٢٢٧ .

(٧) في م نهادة : « إلا » .

(٨) في نهادة : « مدة » .

(٩) في ١ : « وطئ » .

(١٠) في ١ ، ب ، م : « عجلها » .

(١١) سقط من ١ ، م .

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

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

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

(١٢) في ١ : فلا .

الدُّبُرِ . ولا يصحُّ هذا ؛ لأنَّ يَمِينَهُ انْحَلَّتْ ، ولم يَبْقَ مُمْتَنِعًا مِنَ الوَطْءِ بِحُكْمِ اليَمِينِ ، فلم يَبْقَ الإِبْلَاءُ ، كَالو كَفَرٍ عَنِ^(١٣) يَمِينِهِ ، أَوْ كَالو وَطِئَهَا مَرِيضَةً . وقد نَصَّ أَحْمَدُ ، فِي مَنْ حَلَفَ ، ثُمَّ كَفَرَ يَمِينَهُ ؛ أَنَّهُ لَا يَبْقَى مُوَلِيًا ، لِعَدَمِ حُكْمِ اليَمِينِ مَعَ أَنَّهُ مَا وَفَّاهَا حَقَّهَا ، فَلِأَنَّ يَزُولَ بَزْوَالِ اليَمِينِ بِحِنْثِهِ فِيهَا أَوْلَى . وقد ذَكَرَ القَاضِي فِي المُحْرِمِ^(١٤) وَالمُظَاهِرِ ، أَنَّهُمَا إِذَا وَطِئَا فَقَدْ وَفَّيَاهَا حَقَّهَا . وَفَارَقَ الوَطْءَ فِي الدُّبُرِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَحْنُثُ بِهِ ، وَلَيْسَ بِمَحَلِّ لِلوَطْءِ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا .

فصل : وإذا آلى منها ، وَثُمَّ عُدَّزَّ يَمْنَعُ الوَطْءَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كَمَرَضِهِ ، أَوْ حَبْسِهِ ، أَوْ إِخْرَامِهِ ، أَوْ صِيَامِهِ ، حُسِبَتْ عَلَيْهِ المُدَّةُ مِنْ حِينِ إِبْلَائِهِ ؛ لِأَنَّ^(١٥) المَانِعَ مِنْ جِهَتِهِ ، وَقَدْ وَجَدَ التَّمَكِينُ الَّذِي عَلَيْهَا . وَلِذَلِكَ لَوْ أَمَكَّنْتَهُ مِنْ نَفْسِهَا ، وَكَانَ مُمْتَنِعًا لِعُدُّرِ ، وَجَبَتْ لَهَا التَّفَقُّةُ . وَإِنْ طَرَأَ شَيْءٌ مِنْ هَذِهِ الأَعْدَارِ بَعْدَ الإِبْلَاءِ ، أَوْ جُنَّ ، لَمْ تَنْقَطِعِ المُدَّةُ ؛ لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ كَانَ المَانِعُ مِنْ جِهَتِهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ حَيْضًا ، لَمْ يَمْنَعُ ضَرْبَ المُدَّةِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ مَنَعَ لَمْ يُمَكِّنْ ضَرْبَ المُدَّةِ ؛ لِأَنَّ الحَيْضَ فِي الغَالِبِ لَا يَخْلُو مِنْهُ شَهْرٌ ، فَيُؤَدِّي ذَلِكَ إِلَى إسْقَاطِ حُكْمِ الإِبْلَاءِ ، وَإِنْ طَرَأَ الحَيْضُ ، لَمْ يَقْطَعِ المُدَّةُ ؛ لِما ذَكَرْنَاهُ^(١٦) . وَفِي النُّفَاسِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُوَ كالحَيْضِ ؛ لِأَنَّ أَحْكَامَهُ أَحْكَامُ الحَيْضِ . وَالثَّانِي ، هُوَ كَسَائِرِ الأَعْدَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ لِأَنَّهُ نَادِرٌ / غَيْرُ مُعْتَادٍ ، فَأَشْبَهَ سَائِرَ الأَعْدَارِ . وَأَمَّا سَائِرُ الأَعْدَارِ الَّتِي مِنْ جِهَتِهَا ؛ كَصَبْرِهَا ، وَمَرْضِيهَا ، وَحَبْسِهَا ، وَإِخْرَامِهَا ، وَصِيَامِهَا وَاعْتِكَافِهَا المَفْرُوضَتَيْنِ ، وَنُسُوزِهَا ، وَغَيْبَتِهَا ، فَمَتَى وَجَدَ مِنْهَا شَيْءٌ حَالَ الإِبْلَاءِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ المُدَّةُ حَتَّى يَزُولَ ؛ لِأَنَّ المُدَّةَ تُضْرَبُ لِامْتِنَاعِهِ

ظ ٦٨/٨

(١٣) سقط من : الأصل ، ب ، م .
 (١٤) في ب : المجرى ، تحريف .
 (١٥) في ١ ، ب ، م : لأنه .
 (١٦) في ب ، م : ذكرناه .

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

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

(١٧) فى الأصل : « حدث » .

(١٨) فى ب ، م ، « شهرين » .

(١٩) فى ا ، ب ، م ، « حثت » .

(٢٠) فى الأصل : « به » .

(٢١) فى م : « مع » .

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب ، م .

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

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

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

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

(٢٤-٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في الأصل ، ب ، م ، د : مع .

(٢٦-٢٦) سقط من : الأصل .

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

عنها ، أو لا يَسْتَوْلِدُهَا ، لم يَكُنْ مُوَلِّيًا ، ولو أَنَّ المُوَلِّيَّ وَطِئَ بِحَيْثُ يُوجَدُ التَّقَاءُ
 الخِتَانَيْنِ ، حَصَلَتِ الفَيْقَةُ ، وزالت عنه المطالبة ، وإن لم يَنْزِلْ ، وإنما استؤذِنَ السَّيِّدُ في
 العَزْلِ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالأَمَةِ ، فَرُبَّمَا نَقَصَ قِيَمَتَهَا .

فصل : فإن كانت المرأة صغيرة ، أو مجنونة ، فليس لهما المطالبة ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُمَا غَيْرُ
 مُعْتَبَرٍ ، وليس لَوَلِيِّهِمَا المطالبة لهما ؛ لِأَنَّ هَذَا طَرِيقُهُ الشَّهْوَةُ ، فلا يَقُومُ غَيْرُهُمَا مَقَامَهُمَا
 فيه ^(٢٨) . فإن كانتا مِمَّنْ لا يُمَكِّنُ وَطَأُهَا ، لم يُحْتَسَبْ عليه بالمُدَّةِ ؛ لِأَنَّ المَنْعَ من
 جِهَتَيْهِمَا . وإن كان وَطَأُهَا مُمَكِّنًا . فإن أَفَاقَتِ المَجْنُونَةُ ، أو بَلَغَتِ الصَّغِيرَةُ ، قَبْلَ
 انقضاءِ المُدَّةِ ، تُمَمَّتِ المُدَّةُ ، ثم لها المطالبة ، وإن كان ذلك بعد انقضاءِ المُدَّةِ ،
 فلهما المطالبة يَوْمَئِذٍ ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لهما ثابتٌ ، وإنما تَأَخَّرَ لعدم إمكانِ المطالبة . وقال
 الشَّافِعِيُّ : لا تُضْرَبُ المُدَّةُ في الصَّغِيرَةِ حَتَّى تَبْلُغَ . وقال أبو حَنِيفَةَ : تُضْرَبُ المُدَّةُ ،
 سواء أَمَكَّنَ الوَطْءُ أو لم يُمَكِّنِ الوَطْءُ ، فإن لم يُمَكِّنْ فَأَنَّ بِلِسانِهِ ، / وإلا بانَتْ بانقضاءِ
 المُدَّةِ . وكذلك الحُكْمُ عنده ^(٢٩) في النَّاشِزِ ، والرَّقِيعِ ، والقَرْناءِ ، والتي غابَتْ في
 المُدَّةِ ؛ لِأَنَّ هذا إِبْلَاءٌ صَحِيحٌ ، فوجبَ أَنْ تَتَعَقَّبَهُ المُدَّةُ ، كالتى يُمَكِّنُهُ جَماعُهَا . ولنا ،
 أَنَّ حَقَّهَا من الوَطْءِ يَسْقُطُ بَعْدَ جَماعِهَا ، فوجبَ أَنْ تَسْقُطَ المُدَّةُ المَضْرُوبَةُ لَهُ ، كما
 يَسْقُطُ أَجَلَ الدَّيْنِ بِسُقُوطِهِ . وأما التى أَمَكَّنَهُ جَماعُهَا ، فَضْرَبُ لَهُ المُدَّةُ في حَقِّهَا ؛
 لِأَنَّهُ إِبْلَاءٌ صَحِيحٌ مِمَّنْ يُمَكِّنُهُ جَماعُهَا ، فَضْرَبُ لَهُ المُدَّةُ كالبالِغَةِ ، وَمَتَى ^(٣٠) قَصَدَ
 الإِضْرَارَ بِهِمَا ^(٣١) بَتَرِكَ الوَطْءِ أَيْمًا ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُقَالَ لَهُ : اتَّقِ اللَّهَ فَإِذَا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِذَا أَنْ
 تُطَلَّقَ ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ ^(٣٢) . وقال تعالى :

٢٦٩/٨ ظ

(٢٨) سقط من : ب .

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

(٣٠) في الأصل : « عنه » .

(٣١) في ١ ، ب ، م : « والتي » .

(٣٢) في ١ ، ب ، م : « بها » .

(٣٣) سورة النساء ١٩ .

﴿ فَأَمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾^(٣٤) . وليس الإضْرَارُ مِنَ الْمُعَاشِرَةِ بِالْمَعْرُوفِ .

١٣٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَالْفَيْئَةُ : الْجِمَاعُ)

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

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

(٣٤) سورة البقرة ٢٢٩ .

(١) في م : رجع .

(٢) سورة البقرة ٢٢٦ .

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

فصل : وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو طلاق ، وَقَعَ بِنَفْسِ الْوَطْءِ ؛ لِأَنَّهُ مُعَلَّقٌ بِصِفَةٍ ، وَقَدْ وَجِدَتْ . وإن كان على نذر ، أو عتق ، أو صوم ، أو صلاة ، أو صدقة ، أو حج ، أو غير ذلك من الطاعات أو المباحات ، فهو مخير بين الوفاء به وبين كفارة

(٣) سورة المائدة ٨٩ .

(٤) سورة التحريم ٢ .

(٥) أخرجه البخارى ، فى : باب قول الله تعالى : ﴿ لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ ﴾ ، وباب لا تحلفوا بآياتكم ، من كتاب الأيمان والنذور ، وفى : باب من لم يسأل الإمامة أعانه الله ، وباب من سأل الإمامة وكل إليها ، من كتاب الأحكام . صحيح البخارى ٨ / ١٥٩ ، ١٦٥ ، ٩ / ٧٩ . ومسلم ، فى : باب نذب من حلف يمينا ... ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣ / ١٢٦٩ ، ١٢٧١ ، ١٢٧٤ .

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

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

يمينٍ ؛ لِأَنَّهُ نَذَرُ لِحَاجٍ وَغَضَبٍ ، فَهَذَا حُكْمُهُ . وَإِنْ عُلِقَ طَلَاقُهَا الثَّلَاثَ بِوَطْئِهَا ، لَمْ يُؤْمَرْ بِالْفَيْعَةِ ، وَأَمَرَ بِالطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ غَيْرُ مُمَكِّنٍ ؛ لِكُونِهَا تَبَيَّنَ مِنْهُ بِإِيْلَاجِ الْحَشْفَةِ ، فَيَصِيرُ مُسْتَمْتَعًا بِأَجْنَبِيَّةٍ . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَأَكْثَرُهُمْ قَالُوا : تَجُوزُ الْفَيْعَةُ ؛ لِأَنَّ النَّزْعَ تَرَكَّ لِلْوَطْءِ ، وَتَرَكَ الْوَطْءَ لَيْسَ بِوَطْءٍ . وَقَدْ ذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ كَلَامَ أَحْمَدَ يَقْتَضِي رَوَايَتَيْنِ ، كَهَذَيْنِ الْوَجْهَيْنِ . وَاللَّائِقُ بِمَذْهَبِ أَحْمَدَ تَحْرِيمُهُ ؛ لِوُجُوهٍ ثَلَاثَةٍ ، أَحَدُهَا أَنَّ آخِرَ الْوَطْءِ حَصَلَ فِي أَجْنَبِيَّةٍ كَمَا ذَكَرْنَا ؛ فَإِنَّ النَّزْعَ يُلْتَذُّ بِهِ كَمَا يُلْتَذُّ بِالْإِيْلَاجِ ، فَيَكُونُ فِي حُكْمِ الْوَطْءِ ، وَلِذَلِكَ قُلْنَا فِي مَنْ طَلَعَ عَلَيْهِ الْفَجْرُ وَهُوَ مُجَامِعٌ ، فَنَزَعَ : أَنَّهُ يَفْطُرُ . وَالتَّحْرِيمُ هُنَا أَوْلَى ؛ لِأَنَّ الْفَطْرَ بِالْوَطْءِ . وَيُمْكِنُ مَنَعُ كَوْنِ النَّزْعِ وَطْئًا ، وَالْمُحَرَّمَ هُنَا الِاسْتِمْتَاعُ ، وَالنَّزْعُ اسْتِمْتَاعٌ ، فَكَانَ مُحَرَّمًا ، وَلِأَنَّ لَمَسَهَا عَلَى وَجْهِ التَّلَذُّذِ بِهَا مُحَرَّمٌ ، فَلَمَسُ الْفَرْجِ بِالْفَرْجِ أَوْلَى بِالتَّحْرِيمِ . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا إِنَّمَا يَحْصُلُ ضَرُورَةٌ تَرَكَّ الْوَطْءَ الْحَرَّمَ . قُلْنَا : فَإِذَا لَمْ يُمَكِّنِ الْوَطْءُ إِلَّا بِفِعْلِ مُحَرَّمٍ حُرْمَ ضَرُورَةٍ تَرَكَ الْحَرَامَ . كَمَا لَوْ اخْتَلَطَ لَحْمُ الْخِنْزِيرِ بِلَحْمِ مُبَاحٍ ، لَا يُمَكِّنُهُ أَكْلُهُ إِلَّا بِأَكْلِ لَحْمِ الْخِنْزِيرِ ، حُرْمٌ ، وَلَوْ اشْتَبَهَتْ مَيْتَةً بِمَذْكَاءَةٍ ، أَوْ امْرَأَتَهُ بِأَجْنَبِيَّةٍ ، حُرْمَ الْكُلِّ . الْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ بِالْوَطْءِ يَحْصُلُ الطَّلَاقُ بَعْدَ الْإِصَابَةِ ، وَهُوَ طَّلَاقُ بِدْعَةٍ ، وَكَأَنَّ يَحْرُمُ إِيقَاعَهُ بِلِسَانِهِ ، يَحْرُمُ تَحْقِيقَ سَبَبِهِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّهُ ^(٧) يَقَعُ بِهِ طَّلَاقُ الْبِدْعَةِ مِنْ وَجْهِ آخَرَ ، وَهُوَ جَمْعُ ^(٨) الثَّلَاثِ ، فَإِنْ وَطِئَ ، فَعَلِيهِ أَنْ يَنْزِعَ حِينَ ^(٩) يُوَلِّجُ الْحَشْفَةَ ، وَلَا يَزِيدُ عَلَى ذَلِكَ ، وَلَا يَلْبَثُ وَلَا يَتَحَرَّكَ عِنْدَ النَّزْعِ ؛ لِأَنَّهَا أَجْنَبِيَّةٌ ، فَإِذَا فَعَلَ ذَلِكَ ، فَلَا حَدَّ وَلَا مَهْرَ ؛ لِأَنَّهُ تَارَكَ لِلْوَطْءِ ، وَإِنْ لَبِثَ أَوْ تَمَّ الْإِيْلَاجَ ، / فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ، لِتَمَكُّنِ الشَّبَهَةِ مِنْهُ ، لِكُونِهِ وَطْئًا بَعْضُهُ فِي زَوْجَتِهِ ، وَفِي الْمَهْرِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزُمُهُ ؛ لِأَنَّهُ حَصَلَ مِنْهُ وَطْءٌ مُحَرَّمٌ فِي مَحَلٍّ غَيْرِ مَمْلُوكٍ ، فَأَوْجَبَ الْمَهْرَ ، كَمَا لَوْ أَوْلَجَ بَعْدَ النَّزْعِ . وَالثَّانِي ،

ط ٧٠/٨

(٧) فِي أ ، ب ، م : وَأَنْ .

(٨) فِي أ : بِجَمْعِ .

(٩) فِي ب : حَتَّى .

لا يَجِبُ ؛ لِأَنَّهُ تَابَعَ الإِیْلَاجَ فِي مَحَلِّ مَمْلُوكٍ ، فَكَانَ تَابِعًا لَهُ فِي سَقُوطِ المَهْرِ . وَإِنْ نَزَعَ ، ثُمَّ أَوْلَجَ ، وَكَانَا جَاهِلَيْنِ بِالتَّحْرِيمِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ، وَعَلِيهِ المَهْرُ لَهَا ، وَيَلْحَقُهُ النِّسْبُ . وَإِنْ (١٠) كَانَ عَالَمِينَ بِالتَّحْرِيمِ ، فَعَلَيْهِمَا الحُدُّ ؛ لِأَنَّهُ إِيْلَاجٌ فِي أَجْنَبِيَّةٍ بغيرِ شُبْهَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ طَلَّقَهَا ثَلَاثًا ، ثُمَّ وَطَّئَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا مُطَاوَعَةٌ عَلَى الزَّنى ، وَلَا يَلْحَقُهُ النِّسْبُ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ زَنَى لَا شُبْهَةَ فِيهِ . وَذَكَرَ القَاضِي وَجْهًا ، أَنَّهُ لَا حَدَّ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْفَى عَلَى كَثِيرٍ مِنَ النَّاسِ ، وَهُوَ وَجْهٌ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لِأَنَّ الكَلَامَ فِي العَالَمِينَ ، وَلَيْسَ هُوَ فِي مَطْنَةِ الحِخْفَاءِ ؛ فَإِنَّ أَكْثَرَ المُسْلِمِينَ يَعْلَمُونَ أَنَّ الطَّلَاقَ الثَّلَاثَ مُحَرَّمٌ لِلْمَرْأَةِ . وَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا عَالِمًا ، وَالأُخْرَى جَاهِلًا ، نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ هُوَ العَالِمَ ، فَعَلِيهِ الحُدُّ ، وَلِهَا المَهْرُ ، وَلَا يَلْحَقُهُ النِّسْبُ ؛ لِأَنَّهُ زَانٍ مُحْدِثٌ . وَإِنْ كَانَتْ هِيَ العَالِمَةَ دُونَهُ ، فَعَلَيْهَا الحُدُّ وَحْدَهَا ، وَلَا مَهْرَ لَهَا ، وَالنِّسْبُ لِاحْتِقَاقِ الزَّوْجِ ، لِأَنَّ وَطْأَهُ وَطْءُ شُبْهَةٍ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : إِنْ وَطَّئْتِكِ ، فَأَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَا يَفْرُبُهَا حَتَّى يُكْفَرَ . وَهَذَا نَصٌّ فِي تَحْرِيمِهَا قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، وَهُوَ دَلِيلٌ عَلَى تَحْرِيمِ الوَطْءِ فِي المَسْأَلَةِ الَّتِي قَبْلَهَا بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ؛ لِأَنَّ المُطَلَّقةَ ثَلَاثًا أَعْظَمُ تَحْرِيمًا مِنَ المُظَاهَرِ مِنْهَا . وَإِذَا وَطَّئَ هُنَا ، فَقَدْ صَارَ مُظَاهِرًا مِنْ زَوْجَتِهِ ، وَزَالَ حُكْمُ الإِيْلَاجِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ أَحْمَدَ إِذَا أَرَادَ ، إِذَا وَطَّئَهَا مَرَّةً ، فَلَا يَطَّأُهَا حَتَّى يُكْفَرَ ؛ لِكَوْنِهِ صَارَ بِالْوَطْءِ مُظَاهِرًا ، إِذْ لَا يَصِحُّ تَقْدِيمُ الكُفَّارَةِ عَلَى الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَّهَا ، وَلَا يَجُوزُ تَقْدِيمُ الحُكْمِ عَلَى سَبِّهِ . وَلَوْ كَفَّرَ قَبْلَ الظَّهَارِ لَمْ يُجْزِئَهُ . وَقَدْ رَوَى إِسْحَاقُ ، قَالَ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ ، فِي مَنْ قَالَ لِزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي إِنْ قَرَيْتُكِ إِلَى سَنَةٍ . قَالَ : إِنْ جَاءَتْ تَطَلُّبٌ ، فَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَعْضُلَهَا بَعْدَ مُضِيِّ الأَرْبَعَةِ الأشْهُرِ ، يُقَالُ لَهُ : إِذَا أَنْ تَفِيءَ ، وَإِنَّمَا أَنْ تُطَلَّقَ . فَإِنْ وَطَّئَهَا ، فَقَدْ وَجَبَ عَلَيْهِ كُفَّارَةٌ ، وَإِنْ أَبَى ، وَأَرَادَتْ مُفَارَقَتَهُ ، طَلَّقَهَا الحَاكِمُ عَلَيْهِ . فَيَنْبَغِي أَنْ تُحْمَلَ الرِّوَايَةُ

(١٠) فِي الأَصْلِ : « وَإِذَا » .

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

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

٧١/٨

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

(١) في م : « ونحو » .

(٢) في ا ، ب ، م : « الجماع » .

(٣) سقط من : ا .

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

فصل : والإحرام كالمرضى ، في ظاهر قول الحرقي . وكذلك على قياسه الاعتكاف
 المندور والظهار . وذكر أصحابنا أن المظاهر لا يمهل ، ويؤمر بالطلاق . فيخرج من
 هذا أن كل عذر من فعله يمنعه الوطء لا يمهل من أجله . وهو مذهب الشافعي ؛ لأن
 الامتناع بسبب منه ، فلا يسقط حكماً واجباً عليه . فعلى هذا لا يؤمر بالوطء ؛ لأنه
 محرم عليه ، ولكن يؤمر بالطلاق . ووجه القول الأول ، أنه عاجز عن الوطء بأمر لا
 يمكنه الخروج منه ، فأشبهه المريض . فأما المظاهر ، فيقال له : إما أن تكفر وتبوء ،
 وإما / أن تطلق . فإن قال : أمهلوني حتى أطلب ربة ، أو أطعم . فإن علم أنه قادر على
 التكفير في الحال ، وإثما يقصد المدافعة والتأخير ، لم يمهل ؛ لأن الحق حال عليه .
 وإثما يمهل للحاجة ، ولا حاجة . وإن لم يعلم ذلك ، أمهل ثلاثة أيام ؛ لأنها قريية ، ولا
 يزداد على ذلك . وإن كان فرضه الصيام ، فطلب الإمهال ليصوم شهرين متتابعين ، لم
 يمهل ؛ لأنه كثير . ويخرج أن يفيء بلسانه فيئة المعذور ، ويمهل حتى يصوم ،
 كقولنا في المحرم . فإن وطئها فقد عصي ، وأنحل إيلأوه . ولها منعه منه ؛ لأن هذا
 الوطء محرم عليهما . وقال القاضي : يلزمها التمكين ، وإن امتنعت سقط حقها ؛ لأن
 حقها في الوطء ، وقد بذل لها ، ومتى وطئها فقد وفاها حقها ، والتحرير عليه دونها .
 ولنا ، أنه وطء حرام ، فلا يلزم التمكين منه ، كالوطء في الحيض والنفاس . وهذا يتنقض
 دليلهم . ولا نسلم كون التحريم عليه دونها ؛ فإن الوطء متى حرم على أحدهما حرم على

٧١/٨ ظ

(٤) في ب : قول .

(٥) في ب : الضرر .

(٦) في الأجل ، ب : يجب .

الآخر ؛ لكونه فعلاً واحداً ، ولو جاز اختصاصُ أحدهما بالتَّحريم ، لاختصَّت المرأة بتَّحريم الوطءِ في الحيض والنَّفاس وإحرامها وصيامها ؛ لاختصاصها^(٧) بسببه .

فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق يُمكنه^(٨) أدائه ، طوِّبَ بالفيئة ؛ لأنه قادرٌ عليها بأداء ما عليه . فإن لم يفعل ، أمر بالطلاق . وإن كان عاجزاً عن أدائه ، أو حيس ظلماً ، أمر بفيئة المذور . وإن انقضت وهو غائب ، والطريق آمن ، فلها أن تؤكِّل مَنْ يُطالِبُه بالمسير إليها ، أو حملها إليه ، فإن لم يفعل ، أخذ بالطلاق . وإن كان الطريق مخوفاً ، أو له عذرٌ يمنعه ، فاء فيئة المذور .

فصل : فإن كان مغلوباً على عقله بجنونٍ أو إغماءٍ ، لم يُطالب ؛ لأنه لا يصلح للخطاب ، ولا يصحُّ منه الجواب ، وتناخُرُ المطالبة إلى حال القُدرة ، وزوال العذر ، ثم يُطالب حينئذ . وإن كان مجبواً ، وقلنا : يصحُّ إيلأؤه . فاء فيئة المذور ، فيقول : لو قدرتُ جامعتها .

فصل : وإذا انقضت المدة ، فادَّعى أنه عاجزٌ عن الوطء ، فإذا^(٩) كان قد وطَّعها مرةً ، لم تُسمع دَعواه العنة ، كما لا تُسمع دَعواها عليه ، ويؤخذُ بالفيئة ، أو بالطلاق ، كغيره ، وإن لم يكن وطَّعها ، ولم تكن حاله معروفةً ، فقال القاضي : تُسمع دَعواه ، ويُقبلُ قوله ؛ لأنَّ التَّعنين من العيوب التي لا يقفُ عليها غيره . وهذا ظاهر نصِّ الشافعي . ولها / أن تسألَ الحاكم ، فيضربَ له مدة العنة بعد أن يفيءَ فيئة أهل الأعدار . وفيه وجهٌ آخر ، أنه لا^(١٠) يُقبلُ قوله^(١١) ؛ لأنه مُتهمٌ في دَعوى ما يسقطُ عنه : اتوجهَ عليه الطلبُ به^(١١) ، والأصلُ سلامته منه . وإن ادَّعت أنه قد أصابها مرةً ،

٧٢/٨

(٧) سقط من : ب .

(٨) في م : يمكن .

(٩) في الأهل : فإن .

(١٠-١٠) في م : يقبلُ قوله .

(١١) في ب : فيه .

وَأَتَكَرَّ ذَلِكَ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْمُطَالِبَةُ بِضَرْبِ مُدَّةِ الْعُنَّةِ ، لِاعْتِرَافِهَا بِعَدَمِ عُنْتِهِ ، وَالْقَوْلُ قَوْلُهُ فِي عَدَمِ الْإِصَابَةِ .

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

وجملة الأمر أن المولى إذا وقف ، وطولب بالفيئة وهو قادر عليها ، فلم يفعل ، أمر بالطلاق . وهذا قول كل من يقول : يُوقَفُ المولى ؛ لِأَنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(١) . فإذا امتنع من أداء الواجب عليه ، فقد امتنع من الإنساک بالمعروف ، فيومر بالتسريح بالإحسان . وإن كان معذورا ، ففأء بلسانه ، ثم قدر على الوطء ، أمر به ، فإن فعل ، وإلا أمر بالطلاق . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : إذا فاء بلسانه ، لم يطالب بالفيئة مرة أخرى ، وخرج من الإيلاء . وهو قول الحسن ، وعكرمة ، والأوزاعي ؛ لِأَنَّهُ فَاءٌ مَرَّةً ، فَخَرَجَ مِنَ الْإِيْلَاءِ ، وَلَمْ تَلْزَمْهُ فَيْئَةٌ ثَانِيَةٌ ، كَالْوَفَاءِ بِالْوَطْءِ . وقال أبو حنيفة : تُسْتَأْتَفُ لَهُ مُدَّةُ الْإِيْلَاءِ ؛ لِأَنَّهُ وَفَّاهَا حَقَّهَا بِمَا أُمَكَّنَهُ مِنَ الْفَيْئَةِ ، فَلَا يُطَالَبُ إِلَّا بَعْدَ اسْتِثْنَائِ مُدَّةِ الْإِيْلَاءِ ، كَالْوَطْءِ . ولنا ، أَنَّهُ أُخْرَجَ حَقَّهَا لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، فَإِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ ، لَزِمَهُ أَنْ يُوْفِّيَهَا إِيَّاهُ ، كَالَّذِينَ عَلَى الْمُعْسِرِ إِذَا قَدَرَ عَلَيْهِ . وما ذكره فليس بحقها ، ولا يزول الضرر عنها به ، وإنما وعدّها بالوفاء ، ولزمها الصبر عليه وإنظاره ^(٢) كالغريم المعسر .

فصل : وليس على من فاء بلسانه كفارة ، ولا جنث ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَفْعَلِ الْمَحْلُوفَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا وَعَدَّ بِفِعْلِهِ ، فَهُوَ كَمَنْ عَلَيْهِ دَيْنٌ حَلَفَ أَنْ لَا يُؤْفِيَهُ ، ثُمَّ أَعْسَرَ بِهِ ، فَقَالَ : مَتَى قَدَرْتُ وَفِيئته .

(١) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٢) في م : ١ ؛ وإنكاره ؛ تحريف .

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

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

٧٢/٨ ط

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

(١) سقط من : م .

(٢) في م : د فإنه .

لأنها فرقة لرفع الضرر ، فكان بائنا ، كفرقة العنة ، ولأنها لو كانت رجعية ، لم يندفع الضرر ؛ لأنه يرتجعها ، فيبقى الضرر . وقال أبو حنيفة : يقع الطلاق بانقضاء العدة بائنا . ووجه الأول ؛ أنه طلاق صادق مذكولا بها من غير عوض ، ولا استيفاء عديد ، فكان رجعيا ، كالطلاق في غير الإيلاء . ويفارق فرقة العنة ؛ لأنها فسخ لتعيب ، وهذه طلقة ، ولأنه لو أبيع له ارتجاعها ، لم يندفع عنها الضرر ، وهذه يندفع عنها الضرر ؛ فإنه إذا ارتجعها ، ضربت له مدة أخرى ، ولأن العنين قد يُيس من وطئه ، فلا فائدة في رجعتيه ، وهذا غير عاجز ، ورجعته دليل على رغبته وإقلاعه عن الإصرار بها ، فافترقا . والله تعالى أعلم .

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

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

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : ؛ بعده .

(٣) في م : ؛ بينكم .

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

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

(١) سقط من : م .

(٢) في ب زيادة : « من » .

(٣-٣) سقط من : الأصل . نقل نظر .

مذهب الزهري . وهذا مبني على أن الطلاق يقع بانقضاء مدة الإيلاء ، (٤) من غير إيقاع . / وقد سبق ذكر ذلك . فأما إن فسح الحاكم النكاح ، فليس للمولى الرجوع عليها إلا بنكاح جديد ، سواء كان في العدة أو بعدها . ولا يتقص به عدد طلاقه ؛ لأنه ليس بطلاق ، فأشبهه فسح النكاح لعيبه أو عنته . وإن طلق المولى أو الحاكم ثلاثاً ، لم تحل له إلا بعد زوج ثان وإصابة ونكاح جديد . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا طلق دون الثلاث ، فراجعها في عدتها ، فإن مدة الإيلاء تنقطع بالطلاق ، ولا يحسب عليه بما قبل الرجعة من المدة ؛ لأنها صارت ممنوعة منه (٥) بغير اليمين ، فانقطعت المدة كالوكان الطلاق بائناً ، فإن رجع ، استؤنفت المدة من حين رجوعه ، فإن كان الباقي منها أقل من أربعة أشهر ، سقط الإيلاء ، وإن كان أكثر منها تربيصنا به أربعة أشهر ، ثم وقفناه ليفيء أو يطلق ، ثم يكون الحكم ههنا كالحكم في وقفه الأول ، فإن طلق ، أو طلق الحاكم عليه واحدة ، ثم رجع ، وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من أربعة أشهر ، انتظرناه أربعة أشهر (٦) ، ثم طوّل بالفية أو الطلاق ، فإن طلق ، فقد كملت الثلاث ، وحرمت عليه . وهذا مذهب الشافعي . ويقتضى مذهب أبي عبد الله ابن حامد ، أنه إذا طلق استؤنفت المدة (٧) الأخرى من حين طلق ، فلو تمت أربعة أشهر قبل انقضاء عدة الطلاق ، وقف ثانياً ، فإن فاء ، وإلا أمر بالطلاق . ونحو هذا مذهب مالك ، وأبي عبيد . وإن انقضت العدة قبل مدة الإيلاء ، بانث ، وانقطع الإيلاء ، فإن رجع في العدة قبل مدة الإيلاء ، تربيص به تمام أربعة أشهر من حين طلق . وعن ابن مسعود ، وعطاء ، والحسن ، والنخعي ، وقتادة ، والأوزاعي ، أن الطلاق يهدم الإيلاء . وهذا يحتمل أن يكون معناه أنه يقطع مدته ، فلا يحسب بمدته قبل الرجعة ؛ فيكون قول

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سقط من : الأصل ، ب .

(٧) ف : البعد .

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

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

وهذا قول الشافعي ؛ لأن الأصل بقاء النكاح ، والمرأة تدعى ما يلزمه به رفعه ، وهو يدعى ما يوافق الأصل ، ويثبته ، فكان القول قوله . كالمودعي الرطء في العتة ، ولأن هذا أمر / خفي ولا يعلم إلا من جهته ، فقيل قوله فيه ، كقول المرأة في حيضها . وتلزمه اليمين ؛ لأن ما تدعيه المرأة محتمل ، فوجب ثبته باليمين . ونص أحمد ، في رواية الأثرم ، على أنه لا يلزمه يمين ؛ لأنه لا يقضى فيه بالنكول . وهذا اختيار أبي بكر . فأما إن كانت بكراً ، واختلافاً^(١) في الإصاية ، أريت النساء الثقات ، فإن شهدن بشيوتها ، فالقول قوله ، وإن شهدن بكارتها ، فالقول قولها ؛ لأنه لو وطئها زالت بكارتها . وظاهر قول الخرقى ؛ أنه لا يمين ههنا ؛ لقوله في باب العنين : فإن شهدن بما قالت ، أجل سنة . ولم يذكر يمينه . وهذا قول أبي بكر ؛ لأن البيعة تشهد لها ، فلا تجب اليمين معها .

و٧٤/٨

فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول بها ، فادعى أنه أصابها ، وكذبته ، ثم طلقها ، وأراد رجعتها ، كان القول قولها ، فتقبل قوله في الإصاية في الإيلاء ، ولا تقبله في إثبات الرجعة له^(٢) ، وقد سبق تعليل ذلك في كتاب الرجعة^(٣) .

(١) في ١ ، ب : « أو اختلافاً » .

(٢) سقط من : ١ .

(٣) في الأصل ، ١ ، ب : « باب » . وتقدم في : ٥٦٨/١٠ .

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

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

٧٤/٨ ظ

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

(١) في م نهادة : و حين .

(٢) في ١ : الإيلاء .

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

١٣٠٨ - مسألة ؛ قال : (ولو آلى منها ، واختلفا في مضي الأربعة أشهر ، كان القول قوله في أنّها لم تمض مع يمينه)

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

(٣) سقط من : ب .

(١) سقط من : أ ، ب ، م .

(٢) في ب : د ، أم .

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

٧٥/٨ و

فصل : فَإِنْ تَرَكَ الْوَطْءَ بِغَيْرِ يَمِينٍ ، لَمْ يَكُنْ مُوَلِّيًا ؛ لِأَنَّ الْإِيْلَاءَ الْحَلْفَ . وَلَكِنْ إِنْ تَرَكَ ذَلِكَ لِعُذْرٍ مِنْ مَرَضٍ ، أَوْ غَيْبَةٍ ، وَنَحْوِهِ ، لَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، وَإِنْ تَرَكَهُ مُضِرًّا بِهَا ، فَهَلْ تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، تُضْرَبُ لَهُ مُدَّةٌ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ ، فَإِنْ وَطَّئَهَا ، وَإِلَّا دُعِيَ بَعْدَهَا إِلَى الْوَطْءِ ، فَإِنْ أَمْتَنَعَ مِنْهُ ، أَمَرَ بِالطَّلَاقِ ، كَمَا يُفْعَلُ (٤) فِي الْإِيْلَاءِ ، سِوَاءَ ؛ لِأَنَّهُ أَضْرَبُهَا بِتَرْكِ الْوَطْءِ فِي مُدَّةِ الْإِيْلَاءِ ، فَيَلْزَمُ حُكْمَهُ ، كَمَا لَوْ حَلَفَ ، وَلَئِنْ مَا وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وَجَبَ أَدَاؤُهُ إِذَا لَمْ يَحْلِفْ ، كَالْتَفَقَةِ وَسَائِرِ الْوَاجِبَاتِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْيَمِينَ لَا تَجْعَلُ غَيْرَ الْوَاجِبِ وَاجِبًا إِذَا أَقْسَمَ عَلَى تَرْكِهِ ، فَوُجُوبُهُ مَعَهَا يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِهِ قَبْلَهَا ، وَلَئِنْ وُجُوبُهُ فِي الْإِيْلَاءِ إِنَّمَا كَانَ لِدَفْعِ (٥) حَاجَةِ الْمَرْأَةِ ، وَإِزَالَةِ الضَّرْرِ عَنْهَا ، وَضَرَرُهَا لَا يَحْتَلِفُ بِالْإِيْلَاءِ وَعَدَمِهِ ، فَلَا يَحْتَلِفُ الْوُجُوبُ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَا يَتَّقَى لِلْإِيْلَاءِ أَثَرٌ ، فَلِمَ أُفْرِدْتُمْ (٦) لَهُ بِأَبَا ؟ قُلْنَا : بَلْ لَهُ أَثَرٌ ؛ فَإِنَّهُ يَدُلُّ عَلَى قَصْدِ الْإِضْرَارِ ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَظْهَرْ مِنْهُ قَصْدُ الْإِضْرَارِ ، اِكْتَفَى بِدَلَالَتِهِ ، وَإِذَا لَمْ تُوجَدِ الْيَمِينُ ، اِحْتَجْنَا إِلَى دَلِيلٍ سِوَاهُ يَدُلُّ عَلَى الْمُضَارَّةِ ، فَيُعْتَبَرُ الْإِيْلَاءُ لِدَلَالَتِهِ عَلَى الْمُقْتَضَى لِإِعْيَانِهِ . وَالثَّانِيَّةُ ، لِأَنَّ تَضْرِبَ لَهُ مُدَّةٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَوْلٍ ، فَلَمْ تُضْرَبْ لَهُ مُدَّةٌ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَقْصِدِ الْإِضْرَارَ ، وَلَئِنْ تَعْلِيْقُ الْحُكْمِ بِالْإِيْلَاءِ يَدُلُّ عَلَى انْتِفَائِهِ عِنْدَ عَدَمِهِ ، إِذْ لَوْ ثَبَّتَ هَذَا الْحُكْمُ بِدُونِهِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ أَثَرٌ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٣) تقدم تخريجه في : ٦ / ٥٢٥ .

(٤) في ١ : يؤمر .

(٥) في م : للدافع .

(٦) في ب : أفرد .

كتاب الظهر

الظُّهَارُ : مُشْتَقٌّ مِنَ الظُّهْرِ ، وَإِنَّمَا خَصُّوا الظُّهْرَ بِذَلِكَ مِنْ بَيْنِ سَائِرِ الْأَعْضَاءِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ مَرْكُوبٍ يُسَمَّى ظَهْرًا ، لِحُصُولِ الرُّكُوبِ عَلَى ظَهْرِهِ فِي الْأَعْلَبِ ، فَشَبِّهُوا الزَّوْجَةَ بِذَلِكَ . وَهُوَ مُحَرَّمٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنَّهُمْ لَيَقُولُونَ مُنْكَرًا مِنَ الْقَوْلِ وَزُورًا ﴾ ^(١) . وَمَعْنَاهُ أَنَّ الزَّوْجَةَ لَيْسَتْ كَالْأُمِّ فِي التَّحْرِيمِ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَمَا جَعَلَ أَزْوَاجَكُمْ الَّتِي تَظْهَرُونَ مِنْهُنَّ أُمَّهَاتِكُمْ ﴾ ^(٣) . وَالْأَصْلُ فِي الظُّهَارِ الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ الَّذِينَ يَظْهَرُونَ مِنْكُمْ مِنْ نِسَائِهِمْ مَا هُنَّ أُمَّهَاتِهِمْ ﴾ ^(٤) . وَالآيَةُ الَّتِي بَعْدَهَا . وَأَمَّا / السُّنَّةُ ، فَرَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٥) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ حُوَيْلَةَ بِنْتِ مَالِكِ بْنِ ثَعْلَبَةَ ، قَالَتْ : ظَاهَرَ ^(٦) مِنِّي أَوْسُ بْنُ الصَّامِتِ ، فَجِئْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَشْكُو ^(٧) ، وَرَسُولُ اللَّهِ ﷺ يُجَادِلُنِي فِيهِ ، وَيَقُولُ : « اتَّقِيَ اللَّهَ ؛ فَإِنَّهُ ابْنُ عَمَلِكِ » . فَمَا بَرِحْتُ حَتَّى نَزَلَ الْقُرْآنُ : ﴿ قَدْ سَمِعَ اللَّهُ قَوْلَ الَّتِي تُجَادِلُكَ فِي زَوْجِهَا ﴾ ^(٨) . فَقَالَ : « يَغْتَبِقُ رَقَبَةً » . فَقُلْتُ ^(٩) : لَا يَجِدُ . قَالَ : « فَيَصُومُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ » . فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ شَيْخٌ كَبِيرٌ ، مَا بِهِ مِنْ صِيَامٍ . قَالَ : « فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا » . قُلْتُ : مَا عِنْدَهُ مِنْ شَيْءٍ يَتَصَدَّقُ بِهِ .

ظ ٧٥/٨

(١) سورة المجادلة ٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٤ .

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

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

(٤) في النسخ : « تظاهر » .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة المجادلة ١ .

(٧) في ١ ، ب ، م : « فقالت » .

قال : « فَأَيُّ (٨) سَاعِيْنُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرِ » . فقلتُ : يا رسولَ اللهِ ، فَأَيُّ أَعْيْنُهُ بِعَرَقٍ آخَرَ . قال : « قَدْ أَحْسَنْتِ ، أَذْهَبِي فَأَطْعِمِي عَنْهُ سِتِّينَ مِسْكِيْنَا ، وَارْجِعِي إِلَى ابْنِ عَمَلِكِ » . قال الأَصْمَعِيُّ : العَرَقُ ، بفتح العَيْنِ والرَّاءِ : هو ما سُفِّ (٩) مِنْ خُوصِ ، كَالزَّبِيلِ الكَبِيرِ . وَرَوَى أَيْضًا (١٠) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ سَلِيْمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، عَنْ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ البَيَاضِيِّ ، قال : كُنْتُ أُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ مَا لَا يُصِيبُ غَيْرِي ، فَلَمَّا دَخَلْتُ شَهْرَ رَمَضَانَ ، خِفْتُ أَنْ أُصِيبَ مِنْ أَمْرَأَتِي شَيْئًا يَتَّبَعُ (١١) حَتَّى أَصْبِحَ ، فَظَاهَرْتُ مِنْهَا حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ ، فَبَيْنَا هِيَ تَحْدِثُنِي ذَاتَ لَيْلَةٍ ، إِذْ تَكشَّفَ لِي مِنْهَا شَيْءٌ ، فَلَمْ أَلْبَسْ أَنْ نَزَوْتُ عَلَيْهَا ، فَلَمَّا أَصْبَحْتُ خَرَجْتُ إِلَى قَوْمِي ، فَأَخْبَرْتُهُمُ الخَبَرَ ، وَقُلْتُ : أَمْشُوا مَعِيَ إِلَى رَسُولِ اللهِ ﷺ . قالوا : لا وَاللهِ . فَأَنْطَلَقْتُ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَأَخْبَرْتُهُ الخَبَرَ ، فَقَالَ : « أَنْتِ بِذَلِكَ يَا سَلَمَةُ ؟ » (١٢) . فقلتُ : أَنَا بِذَلِكَ يَا رَسُولَ اللهِ ، وَأَنَا صَابِرَةٌ لِحُكْمِ اللهِ ، فَأَحْكُمْ فَيَ مَا أَرَاكَ اللهُ . قال : « حَرِّزِ رَقَبَةَ » . قلتُ : وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ مَا أَمْلِكُ رَقَبَةً غَيْرَهَا . وَضَرَبْتُ صَفْحَةَ رَقَبَتِي . قال : « فَصُمْ شَهْرَيْنِ مُتَّابِعَيْنِ » . قلتُ : وَهَلْ أَصَبْتُ الَّذِي أَصَبْتُ إِلَّا مِنَ الصِّيَامِ ؟ . قال : « فَأَطْعِمِ وَسَقَا مِنْ تَمْرِ بَيْنَ سِتِّينَ مِسْكِيْنَا » . قلتُ : وَالَّذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ ، لَقَدْ بَتْنَا وَحَشِينِ (١٣) ، مَا لَنَا طَعَامٌ . قال : « فَأَنْطَلِقِي إِلَى صَاحِبِ صَدَقَةِ بَنِي زُرَيْقٍ ، فَلْيَذْفَعْهَا إِلَيْكَ » . قال : « فَأَطْعِمِ

(٨) في الأصل : « فَأَنَا » .

(٩) سُفِّ : أَي نُسِجَ .

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

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

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

٣٧/٤ . وانظره في ٣٨٢/٤ .

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

(١٢) أي : أنت الملمة بذلك ، أو أنت المرتكبة له ؟

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

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

فصل : وكلُّ زَوْجٍ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظَهَارُهُ ، وهو البَالِغُ العَاقِلُ ، سواءً كان مسلماً أو كافرًا ، حرًّا أو عبدًا . / قال أبو بكرٍ : وظهارُ السُّكْرَانِ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاقِهِ . قال القاضي : وكذلك ظهارُ الصَّبِيِّ مَبْنِيٌّ عَلَى طَلَاقِهِ . والصَّحِيحُ أَنَّ ظَهَارَ الصَّبِيِّ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ مُوجِبَةٌ لِلْكَفَّارَةِ ، فلم تُتَعَقَّدْ مِنْهُ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْكَفَّارَةَ وَجَبَتْ لِمَا فِيهِ مِنْ قَوْلِ الْمُنْكَرِ وَالزُّورِ ، وَذَلِكَ مَرْفُوعٌ عَنِ الصَّبِيِّ ؛ لِكَوْنِ الْقَلَمِ مَرْفُوعًا عَنْهُ . وَقَدْ قِيلَ : لَا يَصِحُّ ظَهَارُ الْعَبْدِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَتَحْرِيرُ رَقِيَّةٍ ﴾ (١٤) . وَالْعَبْدُ لَا يَمْلِكُ الرِّقَابَ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، وَلِأَنَّهُ يَصِحُّ طَلَاقُهُ ، فَصَحَّ ظَهَارُهُ ، كَالْحُرِّ . فَأَمَّا إِجْبَابُ الرِّقِيَّةِ ، فَإِنَّمَا هُوَ عَلَى مَنْ يَجِدُهَا ، وَلَا يَنْبَغِي الظُّهَارُ فِي حَقِّ مَنْ لَا يَجِدُهَا ، كَالْمُعْسِرِ ، فَرَضَهُ الصِّيَامُ . وَيَصِحُّ ظَهَارُ الذَّمِيِّ . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَقَالَ مَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَصِحُّ مِنْهُ ، وَهِيَ الرِّافِعَةُ لِلتَّحْرِيمِ ، فَلَا يَصِحُّ مِنْهُ التَّحْرِيمُ ، وَدَلِيلُ أَنَّ الْكَفَّارَةَ لَا تَصِحُّ مِنْهُ ، أَنَّهَا عِبَادَةٌ تَفْتَقِرُ إِلَى النِّيَّةِ ، فَلَا تَصِحُّ مِنْهُ ، كَسَائِرِ الْعِبَادَاتِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ صَحَّ طَلَاقُهُ صَحَّ ظَهَارُهُ ، كَالْمُسْلِمِ . فَأَمَّا مَا ذَكَرُوهُ فَيَنْبَغِي بِكَفَّارَةِ الصَّبِيِّ إِذَا قَتَلَهُ فِي الْحَرَمِ ، وَكَذَلِكَ الْحَدُّ يُقَامُ عَلَيْهِ . وَلَا تُسَلِّمُ أَنَّ التَّكْفِيرَ لَا يَصِحُّ مِنْهُ ؛ فَإِنَّهُ يَصِحُّ مِنْهُ الْعِتْقُ وَالْإِطْعَامُ ، وَإِنَّمَا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الصَّوْمُ (١٥) ، فَلَا تَمْتَنِعُ صِحَّةُ الظُّهَارِ بِامْتِنَاعِ بَعْضِ أَنْوَاعِ الْكَفَّارَةِ ، كَمَا فِي حَقِّ الْعَبْدِ . وَالنِّيَّةُ إِنَّمَا تُعْتَبَرُ لِتَعْيِينِ الْفِعْلِ لِلْكَفَّارَةِ ، فَلَا يَمْتَنِعُ ذَلِكَ فِي حَقِّ الْكَافِرِ ، كَالنِّيَّةِ فِي كِنَايَاتِ الطَّلَاقِ . وَمَنْ يُخْنَقُ (١٦) فِي الْأَحْيَانِ ، يَصِحُّ ظَهَارُهُ فِي إِفَاقَتِهِ ، كَمَا يَصِحُّ طَلَاقُهُ فِيهِ .

(١٤) سورة المجادلة ٣ .

(١٥) في ١ ، ب : الصيام .

(١٦) العُنَاق : دَاءٌ يَمْتَنِعُ مَعَهُ نَفُوزُ النَّفْسِ إِلَى الرِّئَةِ وَالْقَلْبِ .

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

فصل : وَيَصِحُّ الظَّهَارُ مِنْ كُلِّ زَوْجَةٍ ، كَبِيرَةً كَانَتْ أَوْ صَغِيرَةً ، مُسَلِّمَةً كَانَتْ أَوْ ذَمِيمَةً ، مُمَكِّنًا وَطُوهَا أَوْ غَيْرَ مُمَكِّنٍ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو ثَوْرٍ : لَا يَصِحُّ الظَّهَارُ مِنَ الَّتِي لَا يُمَكِّنُ وَطُوهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ وَطُوهَا ، وَالظَّهَارُ لِتَحْرِيمِ وَطُوهَا . وَنَا ، عُمُومُ الْآيَةِ ، لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ يَصِحُّ طَلَاقُهَا ^(١٨) ، فَصَحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَغَيْرِهَا .

٧٦/٨ ظ

١٣٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِزَوْجَتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي / ، أَوْ كَظَهْرِ امْرَأَةٍ أُجْنِبِيَّةٍ ، أَوْ أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . أَوْ حَرَّمَ غَضًّا مِنْ أَعْضَائِهَا ، فَلَا يَطَّأُهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ)

في هذه المسألة فصول خمسة :

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

(١٧) تقدم في : ٣٥٠/١٠ ، ٣٥١ .

(١٨) في ١ : « طلاقه » .

(١) في م : « وهذا » .

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

الفصل الثاني : إِذَا شَبَّهَهَا بِظَهْرِ مَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا مُوقَّتًا ؛ كَأَخْتِ امْرَأَتِهِ ، وَعَمَّتِهَا ، أَوْ الْأَجْنَبِيَّةِ ^(٧) . فَعَنْ أَحْمَدَ فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ ظَهَارٌ . وَهُوَ اخْتِيَارُ الْخِرَقِيِّ وَقَوْلُ أَصْحَابِ مَالِكٍ . وَالثَّانِيَّةُ ، لَيْسَ بِظَهَارٍ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُحَرَّمَةٍ عَلَى التَّأْيِيدِ ، فَلَا يَكُونُ التَّشْبِيهُ بِهَا ظَهَارًا ، كَالْحَائِضِ ، وَالْمُحَرَّمَةِ مِنْ نِسَائِهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِمُحَرَّمَةٍ / ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ شَبَّهَهَا بِالْأُمِّ ، وَلِأَنَّ مُجَرَّدَ قَوْلِهِ :

٧٧/٨

(٢) في ب : « قول » .

(٣) سورة المجادلة ٢ .

(٤) في م : « والأخوات » .

(٥-٥) في الأصل : « بالأمهات » .

(٦) في ب ، م : « ثبت » .

(٧) في الأصل : « والأجنبية » .

أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . ظَهَارٌ إِذَا نَوَى بِهِ الظَّهَارَ ، وَالتَّشْبِيهُ بِالْمُحْرَمَةِ تَحْرِيمٌ ، فَكَانَ ظَهَارًا ، فَأَمَّا الْحَائِضُ فَبِإِحْتِمَاكِهَا فِي غَيْرِ الْفَرْجِ ، وَالتَّحْرِيمُ يُجِلُّ لَهُ النَّظْرَ إِلَيْهَا ، وَلَمْسُهَا بِغَيْرِ^(٨) شَهْوَةٍ ، وَلَيْسَ فِي وَطْءِ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا^(٩) حُدٌّ ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَاخْتَارَ أَبُو بَكْرٍ أَنَّ الظَّهَارَ لَا يَكُونُ إِلَّا مِنْ ذَوَاتِ الْمُحَارِمِ^(١٠) « مِنْ النِّسَاءِ ، لَا مِنْ الرِّجَالِ »^(١١) . قَالَ : فَبِهَذَا أَقُولُ .

فصل : وَإِنْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِ أَبِيهِ ، أَوْ « بظَهْرٍ غَيْرِهِ »^(١١) مِنَ الرِّجَالِ ، أَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ الْبَيْهَمَةِ . أَوْ : أَنْتِ عَلَيَّ كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ . فَفِي ذَلِكَ كُلُّهُ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ ظَهَارٌ . قَالَ الْمَيْمُونِيُّ : قُلْتُ لِأَحْمَدَ : إِنْ ظَاهَرَ مِنْ ظَهْرِ الرَّجُلِ ؟ قَالَ : فَظَهْرُ الرَّجُلِ حَرَامٌ ، يَكُونُ ظَهَارًا . وَبِهَذَا قَالَ ابْنُ الْقَاسِمِ صَاحِبُ مَالِكٍ ، فِيمَا إِذَا قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أَبِي . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ جَابِرِ بْنِ زَيْدٍ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَيْسَ بِظَهَارٍ . وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ الْعُلَمَاءِ ؛ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ بِمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلِاسْتِمْتَاعِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَمَا لَزِمَ . وَهَلْ فِيهِ كَفَّارَةٌ ؟ عَلَى رَوَاتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، فِيهِ كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَحْرِيمٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَرَّمَ مَالَهُ . وَالثَّانِيَةُ ، لَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ . نَقَلَ ابْنُ الْقَاسِمِ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ شَبَّهَ امْرَأَتَهُ بِظَهْرِ الرَّجُلِ : لَا يَكُونُ ظَهَارًا . وَلَمْ أَرَهُ يُلْزَمُهُ فِيهِ شَيْئًا^(١٢) ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ تَشْبِيهٌُ لِامْرَأَتِهِ بِمَا لَيْسَ بِمَحَلٍّ لِلِاسْتِمْتَاعِ ، أَشْبَهَ التَّشْبِيهُ بِمَا لَيْسَ بِهِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ^(١٣) « فِي قَوْلِهِ »^(١٣) : أَنْتِ عَلَيَّ كَالْمَيْتَةِ وَالْدَّمِ : إِنْ نَوَى بِهِ الطَّلَاقَ كَانَ طَلَاقًا ، وَإِنْ نَوَى الظَّهَارَ كَانَ ظَهَارًا ، وَإِنْ نَوَى الْيَمِينَ كَانَ يَمِينًا ، وَإِنْ لَمْ يَنْوِ شَيْئًا فِيهِ رَوَاتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هُوَ ظَهَارٌ . وَالأُخْرَى ، هُوَ يَمِينٌ . وَلَمْ يَتَحَقَّقْ عِنْدِي مَعْنَى إِرَادَةِ^(١٤) الظَّهَارِ وَالْيَمِينَ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٨) فِي م : « مِنْ غَيْرِ » .

(٩) فِي ب ، م : « مِنْهَا » .

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

(١١-١٢) فِي م : « بِظَهْرِهِ » .

(١٢) فِي م : « شَيْءٌ » .

(١٣-١٤) سَقَطَ مِنَ الْأَصْلِ .

(١٤) فِي م : « إِرَادَتِهِ » .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عِنْدِي ، أَوْ مَنِّي ، أَوْ مَعِي ، كَظَهَرِ أُمِّي . كَانَ ظَهَارًا بِمَنْزِلَةِ عَلِيٍّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ الْأَلْفَاظَ فِي مَعْنَاهُ . وَإِنْ قَالَ : جُمَلْتُكَ ، ^(١٥) أَوْ بَدْتُكَ ^(١٦) ، أَوْ جَسْمُكَ ، أَوْ ذَاتُكَ ، أَوْ كُلُّكَ عَلَيَّ كَظَهَرِ أُمِّي . كَانَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ أَشَارَ إِلَيْهَا . فَهُوَ كَقَوْلِهِ : أَنْتِ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ كَظَهَرِ أُمِّي . كَانَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِمَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِ فَأَنْصَرَفَ الْحُكْمُ إِلَيْهِ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيِّينَ : لَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ فِيهِ مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّ ذَلِكَ فِي حَقِّهِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، فَإِنَّهَا إِذَا كَانَتْ كَظَهَرِ / أُمِّهِ ، ^(١٥) فَظَهَرِ أُمِّهِ ^(١٥) ، مُحَرَّمٌ عَلَيْهِ .

ظ ٧٧/٨

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

(١٥) - (١٥) سقط من : الأصل .

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في م : « خرج » .

أو كرامتها . لا يتعلّق على شرط ، فبدل^(١٨) على أنّه إنّما أرادَ الظّهارة ، ووقوع ذلك في حالِ الخُصومةِ والغضبِ ، دليلٌ على أنّه أرادَ به ما يتعلّق بأذاها ، ويوجبُ اجتنابها ، وهو الظّهارة . وإنّ عُدِمَ هذا فليس بظهارٍ ؛ لأنّه مُحتَمِلٌ لغيرِ الظّهارةِ احتمالًا كثيرًا ، فلا يَتَعَيَّنُ الظّهارةُ فيه بغيرِ دليلٍ . ونحوُ هذا قولُ أبي نُورٍ . وهكذا قال : أنتِ عليّ كأُمِّي ، أو : مثلُ أُمِّي . أو قال : أنتِ أُمِّي ، أو : امرأتِي أُمِّي . مع الدليلِ الصّارِفِ له إلى الظّهارةِ ، كان ظهارةً ؛ إمّا نبيّةً ، أو ما يَقومُ مقامها . وإن قال : أُمِّي امرأتِي . أو : مثلُ امرأتِي . لم يَكُنْ ظهارةً ؛ لأنّه تشبيهُ لأُمّه ، ووصفٌ لها ، وليس بوصفٍ لامرأته .

الفصل الثالث : أنّه إذا قال : أنتِ عليّ حرامٌ . فإنّ نوى به الظّهارةَ ، فهو ظهارةٌ ، في قولِ عامّتهم . وبه يقولُ أبو حنيفةَ ، والشافعيُّ . وإنّ نوى به الطلاقَ ، فقد ذكرناه في باب الطلاقِ^(١٩) ، وإنّ أطلقَ ففيه روايتان ؛ إحداهما ، هو ظهارةٌ . ذكره الخِرقيُّ في موضِعٍ آخر . ونصَّ عليه أحمدٌ ، في روايةِ جماعةٍ من أصحابه . وذكره إبراهيمُ الحريبيُّ ،

٧٨/٨

عن عثمانَ ، وابنِ عَبّاسٍ ، وأبي قلابَةَ ، وسعيدِ بنِ جبّينَ ، وميمونَ بنِ مهرانَ ، وأبيّ التّيِّ ، / أنّهم قالوا : الحرامُ ظهارةٌ . وروى عن أحمدَ ما يدلُّ على أنّ التّحرِيمَ يَمِينٌ . وروى عن ابنِ عَبّاسٍ ، أنّه قال : إنّ التّحرِيمَ يَمِينٌ في كتابِ اللهِ عزَّ وجلَّ ، قال اللهُ عزَّ وجلَّ : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ ثم قال : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾^(٢٠) .

س وأكثَرُ الفقهاءِ على أنّ التّحرِيمَ إذا لم يَنوِ به الظّهارةَ ، ليس بظهارٍ . وهو قولُ مالِكٍ ، وأبي حنيفةَ ، والشافعيِّ . ووجهُ ذلك الآيةُ المذكورةُ ، وأنّ التّحرِيمَ يَتَنَوَّعُ ، منه ما هو بظهارٍ وبطلاقٍ وبحيضٍ وبإحرامٍ^(٢١) وصيامٍ ، فلا يَكُونُ التّحرِيمُ صَرِيحًا في واحدٍ منها ، ولا

(١٨) في ا ، ب : « يدل » .

(١٩) تقدم في : ٣٩٧/١٠ .

(٢٠) سورة التّحرِيمِ ١ ، ٢ .

وانظر ما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الطلاق والحلع والإيلاء وغيره . سنن الدارقطني ٤/٤٠٤ . وانظر أيضًا ما

تقدم في : ٣٩٨/١٠ .

(٢١) في م : « وإحرام » .

يُنصَرَفُ إليه بِغَيْرِ نِيَّةٍ^(٢٢) ، كما لا يُنصَرَفُ إلى تَحْرِيمِ الطَّلَاقِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ تَحْرِيمٌ أَوْقَعَهُ فِي أَمْرَاتِهِ ، فَكَانَ بِإِطْلَاقِهِ ظَهَارًا ، كَنَشْبِهَا بِظَهْرِ أُمِّهِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ التَّحْرِيمَ يَتَنَوَّعُ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّ تِلْكَ الْأَنْوَاعَ مُتَّفِقِيَّةً ، وَلَا يَخْصُلُ بِقَوْلِهِ مِنْهَا إِلَّا الطَّلَاقُ ، وَهَذَا أَوْلَى مِنْهُ ؛ لِأَنَّ الطَّلَاقَ تَبَيَّنَ بِهِ الْمَرْأَةُ ، وَهَذَا يُحَرِّمُهَا مَعَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ ، فَكَانَ أَدْنَى التَّحْرِيمَيْنِ ، فَكَانَ أَوْلَى . فَأَمَّا إِنْ قَالَ ذَلِكَ لِمُحَرَّمَةٍ عَلَيْهِ بِحَيْضٍ أَوْ نَحْوِهِ ، وَقَصَدَ الظُّهَارَ ، فَهُوَ ظَهَارٌ ، وَإِنْ قَصَدَ أَنَّهَا مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ بِذَلِكَ السَّبَبِ ، فَلَا شَيْءَ فِيهِ . وَإِنْ أَطْلَقَ ، فَلَيْسَ بِظَهَارٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ الْخَيْرَ عَنْ حَالِهَا ، وَيَحْتَمِلُ إِنْشَاءَ التَّحْرِيمِ فِيهَا بِالظُّهَارِ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ أَحَدُهُمَا بِغَيْرِ تَعْيِينٍ .

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

فصل : وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي حَرَامٌ . فَهُوَ صَرِيحٌ فِي الظُّهَارِ ، لَا يَنْصَرَفُ إِلَى غَيْرِهِ ، سِوَاءَ تَوَى الطَّلَاقَ أَوْ لَمْ يَتَوَى . وَلَيْسَ فِيهِ اخْتِلَافٌ بِحَمْدِ اللَّهِ ؛ لِأَنَّهُ صَرَّحَ بِالظُّهَارِ ، وَبَيَّنَّهُ بِقَوْلِهِ : حَرَامٌ . وَإِنْ قَالَ : أَنْتِ عَلَى حَرَامٍ^(٢٣) كَظْهِرِ أُمِّي . أَوْ :

٧٨/٨ ظ

(٢٢) فِي م : « النِّيَّةُ » .

(٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

كأُمِّي . فكذلك . وبه قال أبو حنيفة ، وهو أحد قولَي الشافعي . والقول الثاني ، إذا نوى الطلاق فهو طلاق . وهو قول أبي يوسف ومحمد ، إلا أن أبا يوسف قال : لا أقبل قوله في نفي الظهار . ووجه قولهم ، أن قوله : أنتِ علي حرام . إذا نوى به الطلاق فهو طلاق ، وزيادة قوله : كظهر أمي . بعد ذلك لا ينفى الطلاق ، كما لو قال : أنتِ طالق كظهر أمي . ولنا ، أنه أتى بصريح الظهار ، فلم يكن طلاقاً ، كالتى قبلها . وقولهم : إن التحريم مع نية الطلاق طلاق . لا تسلمه . وإن سلمناه لكنه فسّر لفظه ههنا بصريح الظهار بقوله ، فكان العمل بصريح القول أولى من العمل بالنية .

فصل : وإن قال : أنتِ طالق كظهر أمي . طلقت ، وسقط قوله (٢٤) : كظهر أمي . لأنه أتى بصريح الطلاق أولاً ، وجعل قوله : كظهر أمي . صفة له . فإن نوى بقوله : كظهر أمي . تأكيد الطلاق ، لم يكن ظهاراً ، كما لو أطلق ، وإن نوى به الظهار ، وكان الطلاق بائناً ، فهو كالظهار من الأجنبية ؛ لأنه أتى به بعد بينوتها بالطلاق . وإن كان رجعيًا ، كان ظهاراً صحيحًا . ذكره القاضي . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه أتى بلفظ الظهار في من هي زوجة . وإن نوى بقوله : أنتِ طالق . الظهار ، لم يكن ظهاراً ؛ لأنه نوى الظهار بصريح الطلاق . وإن قال : أنتِ علي كظهر أمي طالق . وقع الظهار والطلاق معاً ، سواء كان الطلاق بائناً ، أو رجعيًا ؛ لأن الظهار سبق الطلاق .

فصل : فإن قال : أنتِ علي حرام . ونوى الطلاق والظهار معاً ، كان ظهاراً ، ولم يكن طلاقاً ؛ لأن اللفظ الواحد لا يكون ظهاراً وطلاقاً ، والظهار أولى بهذا اللفظ ، فينصرف إليه . وقال بعض أصحاب الشافعي : يقال له (٢٥) : اختر أيهما شئت . وقال بعضهم : إن قال : أردت الطلاق والظهار . كان طلاقاً ؛ لأنه بدأ به . وإن قال : أردت

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) سقط من : الأصل .

الظَّهَارَ وَالطَّلَاقَ ، كَانَ ظَهَارًا ؛ لِأَنَّهُ بَدَأَ بِهِ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ اخْتِيَارًا لَهُ ، وَيَلْزَمُهُ مَا بَدَأَ بِهِ .
ولنا ، أَنَّهُ أَتَى بِلَفْظَةِ الْحَرَامِ يَنْوِي بِهَا الظَّهَارَ ، فَكَانَتْ ظَهَارًا ، كَمَا لَوْ انْفَرَدَ / الظَّهَارُ
بِنَيْتِهِ ، وَلَا يَكُونُ طَلَاقًا ؛ لِأَنَّهُ زَاخَمَتْ نِيَّتَهُ نِيَّةَ الظَّهَارِ ، وَتَعَدَّرَ الْجَمْعُ ^(٢٦) ، وَالظَّهَارُ
أَوْلَى بِهَذِهِ اللَّفْظَةِ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهَا وَاحِدٌ ، وَهُوَ التَّحْرِيمُ ، فَيَجِبُ أَنْ يُعْلَبَ مَا هُوَ الْأَوْلَى ،
أَمَّا الطَّلَاقُ فَإِنَّ مَعْنَاهُ الْإِطْلَاقُ ، وَهُوَ حُلُّ قَيْدِ التَّكَاحِ ، وَإِنَّمَا التَّحْرِيمُ حُكْمٌ لَهُ فِي بَعْضِ
أَحْوَالِهِ ، وَقَدْ يَنْفَكُ عَنْهُ ؛ فَإِنَّ الرَّجْعِيَّةَ مُطْلَقَةٌ مُبَاحَةٌ . وَأَمَّا التَّخْيِيرُ فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ
اللَّفْظَةَ قَدْ ثَبَّتَ حُكْمُهَا حِينَ لَفَظَ بِهَا ؛ لِكَوْنِهَا أَهْلًا وَالْحُلُّ قَابِلًا ، وَلِهَذَا لَوْ حَكَمْنَا بِأَنَّهُ
طَلَاقٌ ، لَكَانَتْ عِدَّتُهَا مِنْ حِينَ أَوْقَعَ الطَّلَاقَ ، وَليْسَ إِلَيْهِ ^(٢٧) رَفْعُ حُكْمٍ ثَبَّتَ فِي الْمَحَلِّ
بِاخْتِيَارِهِ ^(٢٨) ، وَإِبْدَالُهُ بِإِرَادَتِهِ ، وَالْقَوْلُ الْآخَرُ مَبْنِيٌّ عَلَى أَنَّ لَهُ الْاِخْتِيَارَ . وَهُوَ فَاسِدٌ عَلَى مَا
ذَكَرْنَا . ثُمَّ إِنَّ الْاِعْتِبَارَ بِجَمِيعِ لَفِظِهِ ، لَا بِمَا بَدَأَ بِهِ ، وَلِلذَلِكَ لَوْ قَالَ : طَلَّقْتُ هَذِهِ أَوْ هَذِهِ . لَمْ
يَلْزَمْ طَلَاقُ الْأَوْلَى .

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا شَبَّهَ عَضْوًا مِنْ امْرَأَتِهِ بِظَهْرِ أُمِّهِ أَوْ عَضْوٍ ^(٢٩) مِنْ أَعْضَائِهَا ،
فَهُوَ مَظَاهِرٌ ، فَلَوْ قَالَ : فَرَجُلِكَ ، أَوْ ظَهْرِكَ ، أَوْ رَأْسِكَ ، أَوْ جِلْدِكَ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي ،
أَوْ بَدَنِهَا ، أَوْ رَأْسِهَا ، أَوْ يَدِهَا . فَهُوَ مَظَاهِرٌ . وَهَذَا قَالِ مَالِكٌ . وَهُوَ نَصُّ ^(٣٠) الشَّافِعِيِّ .
وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ لَيْسَ بِمَظَاهِرٍ حَتَّى يُشَبَّهَ جُمْلَةً امْرَأَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ حَلَفَ بِاللَّهِ
لَا يَمَسُّ عَضْوًا مِنْهَا ، لَمْ يَسِرْ إِلَى غَيْرِهِ ، فَكَذَلِكَ الْمُظَاهَرَةُ ، وَلِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ
عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي مَعْنَى الْمَنْصُوصِ ؛ لِأَنَّ تَشْبِيهَ جُمْلَتِهَا تَشْبِيهَ لِمَحَلِّ ^(٣١) الْاِسْتِمْتَاعِ بِمَا
يَتَأَكَّدُ تَحْرِيمُهُ ، وَفِيهِ تَحْرِيمٌ لِجُمْلَتِهَا ، فَيَكُونُ أَكَّدًا . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : إِنْ شَبَّهَهَا بِمَا يَحْرُمُ

(٢٦) في م : (الجميع) .

(٢٧) في ب : له .

(٢٨) في م : واختياره .

(٢٩) في النسخ : عضوا .

(٣٠) في ١ : قول .

(٣١) في ب : بمحل .

النَّظْرُ إِلَيْهِ مِنَ الْأُمِّ ، كَالْفَرْجِ ، وَالْفَخِذِ ، وَنَحْوِهِمَا ، فَهُوَ مُظَاهَرٌ ، وَإِنْ لَمْ يَحْرُمِ النَّظْرُ إِلَيْهِ ، كَالرَّأْسِ ، وَالْوَجْهِ ، لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُ شَبَّهَهَا بِعَضْوِ لَا يَحْرُمُ النَّظْرُ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ، كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِعَضْوِ زَوْجَةٍ لَه (٣٢) أُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَبَّهَهَا بِعَضْوِ مِنْ أُمِّهِ ، فَكَانَ مُظَاهِرًا ، كَمَا لَوْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِهَا ، وَفَارَقَ الزَّوْجَةَ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ شَبَّهَهَا بِظَهْرِهَا لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ، وَالنَّظْرُ إِنْ لَمْ يَحْرُمْ ، فَإِنَّ التَّلُدُّدَ يَحْرُمُ ، وَهُوَ الْمُسْتَفَادُ بِعَقْدِ النِّكَاحِ .

فصل : وَإِنْ قَالَ : كَشَعْرِ أُمِّي ، أَوْ سَنِّهَا ، أَوْ ظُفْرِهَا . أَوْ شَبَّهَ شَيْئًا مِنْ ذَلِكَ مِنْ أَمْرَاتِهِ بِأُمِّهِ ، أَوْ بِعَضْوِ مِنْ أَعْضَائِهَا (٣٣) ، لَمْ يَكُنْ مُظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ مِنْ أَعْضَاءِ الْأُمِّ الثَّابِتَةِ ، وَلَا يَقَعُ الطَّلَاقُ بِإِضَافَتِهِ إِلَيْهَا ، فَكَذَلِكَ الظُّهَارُ (٣٤) . وَكَذَلِكَ لَوْ قَالَ : كَزَوْجِ أُمِّي . فَإِنَّ الزَّوْجَ لَا يُوصَفُ بِالتَّحْرِيمِ ، وَلَا هُوَ مَحَلٌّ / لِلتَّسْتِمَاعِ . وَكَذَلِكَ الرَّيْقُ ، وَالْعَرَقُ ، وَالذَّمْعُ . وَإِنْ قَالَ : وَجْهِي مِنْ وَجْهِكَ حَرَامٌ . فَلَيْسَ بِظَاهِرٍ ، نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذَا شَيْءٌ يَقُولُهُ النَّاسُ ، لَيْسَ بِشَيْءٍ . وَذَلِكَ لِأَنَّ هَذَا يُسْتَعْمَلُ كَثِيرًا فِي غَيْرِ الظُّهَارِ ، وَلَا يُؤَدِّي مَعْنَى الظُّهَارِ ، فَلَمْ يَكُنْ ظَاهِرًا ، كَمَا لَوْ قَالَ : لَا أَكَلِّمُكَ .

فصل : فَإِنْ قَالَ : أَنَا مُظَاهَرٌ ، أَوْ عَلَيَّ الظُّهَارُ ، أَوْ عَلَيَّ الحَرَامُ ، أَوْ الحَرَامُ لِي لِأَنِّي . وَلَا نِيَّةَ لَهُ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظُّهَارِ ، وَلَا نَوَى بِهِ الظُّهَارَ . وَإِنْ نَوَى بِهِ (٣٢) الظُّهَارَ ، أَوْ اقْتَرَنَتْ بِهِ قَرِينَةٌ (٣٥) تَدُلُّ عَلَى إِرَادَتِهِ الظُّهَارَ ، مِثْلُ أَنْ يُعَلِّقَهُ عَلَى شَرْطٍ ، فَيَقُولُ : عَلَيَّ الحَرَامُ إِنْ كَلَّمْتُكَ . اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ ظَاهِرًا ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعَيْ تَحْرِيمِ الزَّوْجَةِ ، فَصَحَّ بِالْكِنَايَةِ مَعَ النِّيَّةِ ، كَالطَّلَاقِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ بِهِ الظُّهَارُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ إِذَا وَرَدَّ بِهِ بِصَرِيحٍ لَفْظِهِ ، وَهَذَا لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ يَمِينٌ مُوجِبَةٌ

(٣٢) سقط من : ب .

(٣٣) في م زيادة : « الثلاثة » .

(٣٤) في أ : « المظاهرة » .

(٣٥) في الأصل ، ب : « نية » .

للكفارة ، فلم يثبت حكمه بغير الصريح ، كاليمن بالله تعالى .

فصل : يُكْرَهُ أَنْ يُسَمَّى الرَّجُلُ امْرَأَتَهُ يَمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ ، كَأُمِّهِ ، أَوْ أُخْتِهِ ، أَوْ بِنْتِهِ ؛
لما رَوَى أَبُو دَاوُدَ^(٣٦) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي تَمِيمَةَ الْهَجِيمِيِّ ، أَنَّ رَجُلًا قَالَ لِامْرَأَتِهِ : يَا
أُخْتِي . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أُخْتُكَ هِيَ ! » . فَكْرَهُ ذَلِكَ ، وَنَهَى عَنْهُ . وَلِأَنَّهُ لَفِظٌ
يُشْبِهُ لَفِظَ الظَّهَارِ . وَلَا تَحْرُمُ بِهَذَا ، وَلَا يُثْبِتُ حُكْمُ الظَّهَارِ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمْ يَقُلْ لَهُ :
حَرَمْتُ عَلَيْكَ . وَلِأَنَّ هَذَا اللَّفْظَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الظَّهَارِ وَلَا تَوَاهُ بِهِ^(٣٧) ، فَلَا يُثْبِتُ
التَّحْرِيمُ . وَفِي الْحَدِيثِ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّ إِبْرَاهِيمَ عَلَيْهِ السَّلَامُ أُرْسِلَ إِلَيْهِ جَبَّارٌ ، فَسَأَلَهُ
عَنْهَا - يَعْنِي عَنْ سَارَةَ - فَقَالَ : إِنَّهَا أُخْتِي^(٣٨) . وَلَمْ يُعَدِّ ذَلِكَ ظَهَارًا .

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

٨٠/٨

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

(٣٧) في ب : « له » .

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

(٣٩) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٤٠) في ١ : « أمر » .

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

فصل : فَأَمَّا التَّلَذُّذُ بِمَادُونَ الجِماعِ^(٤٢) ، مِنَ القُبَلَةِ ، وَاللَّمْسِ ، وَالْمُبَاشَرَةِ فِيمَا دُونَ الفَرْجِ ، ففِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَحْرُمُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ النَّخَعِيِّ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَحْرَمٌ الوَطْءِ مِنَ القَوْلِ حَرَمِ دَوَاعِيهِ ، كَالطَّلَاقِ وَالْإِحْرَامِ وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَحْرُمُ . قَالَ أَحْمَدُ : أَرْجُو أَنْ لَا يَكُونَ بِهِ بَأْسٌ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَحُكِيَ عَنِ مَالِكٍ . وَهُوَ القَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ يَتَعَلَّقُ بِتَحْرِيمِهِ مَالٌ ، فَلَمْ يَتَجَاوِزْهُ التَّحْرِيمُ ، كَوَطْءِ الحَائِضِ .

فصل : وَلَا يَصِحُّ الظُّهَارُ مِنْ أُمَّتِهِ ، وَلَا أُمَّ وِلْدِهِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنِ ابْنِ عُمَرَ ، وَعَبْدِ اللَّهِ ابْنِ عَمْرٍو ، وَسَعِيدِ بْنِ المُسَيَّبِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ . وَرُوِيَ عَنِ الحَسَنِ ، وَعِكْرِمَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَعَمْرٍو ابْنِ دِينَارٍ ، وَسُلَيْمَانَ بْنِ يَسَّارٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالْحَكَمَ ، وَالثَّوْرِيَّ ، وَمَالِكٍ ، فِي الظُّهَارِ مِنَ الأُمَّةِ كَفَّارَةٌ تَامَّةٌ ؛ لِأَنَّهَا مُبَاحَةٌ لَهُ ، فَصَحَّ الظُّهَارُ مِنْهَا كَالزَّوْجَةِ . وَعَنِ الحَسَنِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، إِنَّ كَانَ يَطَّأُهَا فَهُوَ ظُهَارٌ ، وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لم يَطَّأُهَا^(٤٣) فَهُوَ كَتَحْرِيمِ مَالِهِ . وَقَالَ عطاءٌ : عَلَيْهِ نِصْفُ كَفَّارَةِ حُرَّةٍ ؛ لِأَنَّ الأُمَّةَ عَلَى النُّصْفِ مِنَ الحُرَّةِ

(٤١) أَخْرَجَهُ أَبُو داودَ ، فِي : بابِ فِي الظُّهَارِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . سَنَنَ أَبُو داودَ ١/٥١٥ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بابِ مَا جَاءَ فِي المَظَاهِرِ يَواقِعُ قَبْلَ أَنْ يَكْفَرَ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . عَارِضَةُ الأَحْوَذِيِّ ١٧٧/٥ .

كما أَخْرَجَهُ النِّسَائِيُّ ، فِي : بابِ فِي الظُّهَارِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . المَجْتَمِعِيُّ ٦/١٣٦ .

(٤٢) فِي ب : « الفرج » .

(٤٣) فِي ب : « يظاها » .

في كثير من أحكامها ، وهذا من أحكامها ، فتكون على التصيف . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾^(٤٤) فَخَصَّهِنَّ بِهِ ؛ ولأنه^(٤٥) لفظ يتعلّق به تحريمُ الزَّوْجَةِ ، فلا تُحْرَمُ به الأُمَّة ، كالطلاق ، ولأنَّ الظَّهَارَ كان طلاقاً في الجاهليّة ، فنُقِلَ حُكْمُهُ وَبَقِيَ مَحِلُّهُ . قال أحمدُ : قال أبو قلابَةَ ، وقتادةُ : إنَّ الظَّهَارَ كان طلاقاً في الجاهليّة . ورُوِيَ عن أحمد ، أنَّ على المظَاهِرِ مِنْ أُمَّتِهِ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ . وقال أبو بكرٍ : لا يَتَوَجَّهُ هذا على مذهبه ؛ لأنَّه لو كانت^(٤٦) عليه كَفَّارَةُ ظَهَارٍ كان ظهارةً ، ولكن عليه كَفَّارَةُ يَمِينٍ ؛ لأنَّه تحريمٌ لمُباحٍ من ماله ، فكانت فيه كَفَّارَةُ يَمِينٍ ، كتحرير سائِرِ ماله . قال نافعٌ : حرّم رسول الله ﷺ جاريتَهُ ، فأمره الله أَنْ يُكْفِرَ يَمِينَهُ^(٤٧) . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا^(٤٨) يَلْزَمَهُ شَيْءٌ ، بِنَاءً عَلَى قَوْلِهِ فِي الْمَرْأَةِ إِذَا قَالَتْ / لِزَوْجِهَا : أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . لا يَلْزَمُهَا شَيْءٌ . وإن قال لِأُمَّتِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . فعليه كَفَّارَةُ يَمِينٍ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكَ ﴾ . إلى قوله تعالى : ﴿ قَدْ فَرَضَ اللَّهُ لَكُمْ تَحِلَّةَ أَيْمَانِكُمْ ﴾^(٤٩) نزلت في تحريم النَّبِيِّ ﷺ لِجَارِيَتِهِ فِي قَوْلِ بَعْضِهِمْ . ويُحَرِّجُ على الرواية الأخرى أَنْ تَلْزَمَهُ كَفَّارَةُ ظَهَارٍ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيمَ ظَهَارٌ . والأوَّلُ هو الصَّحِيحُ ، إن شاء الله تعالى .

٨٠/٨ ط

فصل : ويصحُّ الظَّهَارُ مُوقَّتًا ، مِثْلُ أَنْ يَقُولَ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي شَهْرًا ، أَوْ حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ . فإذا مَضَى الْوَقْتُ زَالَ الظَّهَارُ ، وَحَلَّتِ الْمَرْأَةُ^(٥٠) بِلا كَفَّارَةٍ ، وَلا يَكُونُ عَائِدًا إِلَّا^(٤٨) بِالْوَطْءِ فِي الْمُدَّةِ . وهذا قول ابن عباس ، وعطاء ، وقتادة ، والثوري ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وأحد قولي الشافعي . وقوله الآخرُ : لا يكونُ

(٤٤) سورة المجادلة ٣ .

(٤٥) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٤٦) في ١ : « كان » .

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

(٤٨) سقط من : م .

(٤٩) سورة التحريم ١ ، ٢ .

(٥٠) سقط من : الأصل ، ١ ، ب .

ظهاراً . وبه قال ابنُ أبي ليلى ، واللَّيْثُ ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَّ بِلَفْظِ الظَّهَارِ مُطْلَقًا ، وَهَذَا لَمْ يُطْلَقْ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ شَبَّهَهَا بِمَنْ تَحْرُمُ عَلَيْهِ فِي وَقْتِ دُونَ وَقْتِ . وَقَالَ طَاوُسٌ : إِذَا ظَاهَرَ فِي وَقْتِ ، فَعَلِيهِ الْكَفَّارَةُ ، وَإِنْ بَرَّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يَسْقُطُ التَّأْقِيتُ ، وَيَكُونُ ظَهَارًا^(٥١) مُطْلَقًا ؛ لِأَنَّ هَذَا لَفْظٌ يُوجِبُ تَحْرِيمَ الزَّوْجَةِ ، فَإِذَا وَقَّتْ لَمْ يَتَوَقَّتْ كَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ ، وَقَوْلُهُ : ظَاهَرْتُ^(٥٢) مِنْ^(٥٣) امْرَأَتِي حَتَّى يَنْسَلِخَ شَهْرُ رَمَضَانَ . وَأَخْبَرَ النَّبِيُّ ﷺ أَنَّهُ أَصَابَهَا فِي الشَّهْرِ ، فَأَمَرَهُ بِالْكَفَّارَةِ . وَلَمْ يَعْتَبِرْ عَلَيْهِ تَقْيِيدَهُ ، لِأَنَّهُ مَنَعَ نَفْسَهُ مِنْهَا بِيَمِينِهَا كَفَّارَةً ، فَصَحَّ مُوقَّتًا كَالِإِلْيَاءِ ، وَفَارَقَ الطَّلَاقَ ؛ فَإِنَّهُ يُرِيدُ الْمِلْكَ ، وَهُوَ^(٥٤) يُوقِعُ تَحْرِيمًا يَرْفَعُهُ التَّكْفِيرُ ، فَجَازَ تَأْقِيتَهُ . وَلَا يَصِحُّ قَوْلُ مَنْ أَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ وَإِنْ بَرَّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى إِنَّمَا أَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ عَلَى الَّذِينَ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ، وَمَنْ بَرَّ وَتَرَكَ الْعَوْدَ فِي الْوَقْتِ الَّذِي ظَاهَرَ فَلَمْ يُعُدْ لِمَا قَالَ ، فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ كَفَّارَةٌ . وَفَارَقَ التَّشْبِيهَ بِمَنْ لَا تَحْرُمُ عَلَيْهِ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَهَا غَيْرُ كَامِلٍ ، وَهَذِهِ حَرَمَهَا^(٥٥) فِي هَذِهِ الْمُدَّةِ تَحْرِيمًا مُشَبَّهًا بِتَحْرِيمِ ظَهْرِ أُمَّهُ . عَلَى أَنَّ مَنَعَ الْحُكْمَ فِيهَا . إِذَا تَبَيَّنَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا يَكُونُ عَائِدًا إِلَّا بِالْوَطْءِ فِي الْمُدَّةِ . وَهَذَا هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : إِنْ لَمْ يُطْلَقْهَا عَقِيبَ الظَّهَارِ ، فَهُوَ عَائِدٌ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةُ^(٥٦) . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : إِذَا أَجْمَعَ عَلَى غَشْيَانِهَا فِي الْوَقْتِ ، لَزِمَتْهُ الْكَفَّارَةُ . وَإِلَّا فَلَا ؛ لِأَنَّ الْعَوْدَ الْعَزْمُ عَلَى الْوَطْءِ . وَلَنَا ، حَدِيثُ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ ، وَأَنَّهُ لَمْ يُوجِبْ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةَ إِلَّا بِالْوَطْءِ ، وَلِأَنَّهَا يَمِينٌ لَمْ يَحْنُثْ فِيهَا ، فَلَا يَلْزُمُهُ / كَفَّارَتُهَا ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى ، وَلِأَنَّ الْمُظَاهَرَ فِي وَقْتِ ، عَازِمٌ عَلَى إِمْسَاكِ زَوْجَتِهِ فِي ذَلِكَ الْوَقْتِ ، فَمَنْ أَوْجَبَ عَلَيْهِ الْكَفَّارَةَ بِذَلِكَ ، كَانَ قَوْلُهُ كَقَوْلِ

و ٨١/٨

(٥١) في ١ ، ب : « مظاهرا » .

(٥٢) في ب ، م : « تظاهرت » .

(٥٣) سقط من : ب .

(٥٤) في الأصل : « وهذا » .

(٥٥) في ب : « تحريمها » .

(٥٦) في ١ ، م : « بالكفارة » .

طاوُس ، فلا مَعْنَى لِقَوْلِهِ : يَصِحُّ الظُّهَارُ مُوقَّتًا ؛ لِعَدَمِ تَأْثِيرِ التَّائِيَةِ (٥٧) .

فصل : ويصحُّ تعليقُ الظُّهَارِ بالشُّرُوطِ ، نحو أن يقولَ : إن دَخَلتِ الدَّارَ ، فأنتِ عليّ كظهِرِ أُمِّي ، (٥٨) وإن شاء زَيْدٌ ، فأنتِ عليّ كظهِرِ أُمِّي (٥٨) . فَمَتَى شاءَ زَيْدٌ أَوْ دَخَلتِ الدَّارَ ، صارَ مُظَاهِرًا ، وإلَّا فلا . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لأنَّهُ يَمِينٌ ، فجازَ تعليقُهُ على شَرْطِ كالإيلاءِ ، ولأنَّ أَصْلَ الظُّهَارِ أَنَّهُ كانَ طَلاقًا ، والطلاقُ يَصِحُّ تعليقُهُ بالشُّرُوطِ (٥٩) ، فكذلك الظُّهَارُ ، ولأنَّهُ قَوْلٌ تَحْرُمُ به الزَّوْجَةُ ، فَصَحَّ تعليقُهُ على شَرْطِ كالطلاقِ . ولو قال لامرأته : إن تظاهرتُ من امرأتِي الأُخْرَى ، فأنتِ عليّ كظهِرِ أُمِّي . ثمَّ تظاهَرَ مِنَ الأُخْرَى ، صارَ مُظَاهِرًا مِنها جميعًا . وإن قال : إن تظاهرتُ من فلانة الأجنبيَّةِ ، فأنتِ عليّ كظهِرِ أُمِّي . ثمَّ قال للأجنبيَّةِ : أنتِ عليّ كظهِرِ أُمِّي . صارَ مُظَاهِرًا من امرأته ، عند مَنْ يَرَى الظُّهَارَ مِنَ الأجنبيَّةِ ، وَمَنْ لا فلا . وسنذكرُ ذلك (٦٠) في موضِعِهِ (٦٠) ، إن شاء اللهُ تعالى .

فصل : فإن قال : أنتِ عليّ كظهِرِ أُمِّي ، إن شاء اللهُ . لم يَتَعَقَّدْ ظهارُهُ . نصَّ عليه أحمدٌ ، فقال : إذا قال لامرأته : عليه كظهِرِ أُمِّي إن شاء اللهُ ، فليس عليه شيءٌ ، هي (٦١) يَمِينٌ . وإذا قال : ما أحلَّ اللهُ عليّ حرامًا ، إن شاء اللهُ . وله أهلٌ ، هي يَمِينٌ ، ليس عليه شيءٌ . وبهذا قال الشَّافِعِيُّ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ولا نعلمُ عن غيرِهِم خِلافَهُم ؛ وذلكَ لأنَّها يَمِينٌ مُكْفَرَةٌ ، فَصَحَّ الاستثناءُ فيها ، كاليَمِينِ باللهِ تعالى ، أو كتحريمِ مالِهِ . وقد قال النَّبِيُّ ﷺ : « مَنْ حَلَفَ عَلَيَّ يَمِينٍ ، فَقَالَ : إن شاء اللهُ . فلا حَنْثَ عليه » . رواه التِّرْمِذِيُّ (٦٢) ، وقال : حديثٌ حسنٌ غريبٌ . وفي لَفِظِ : « مَنْ

(٥٧) في ١ ، ب ، م ، : الوقت .

(٥٨-٥٨) سقط من الأصل . نقل نظر .

(٥٩) في ١ : بالشُّرُوطِ .

(٦٠-٦٠) سقط من ١ ، ب ، م .

(٦١) في ١ : هو .

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

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

٨١/٨ ظ

١٣١٠ - مسألة ، قال : (فَإِنْ مَاتَ ، أَوْ مَاتَتْ ، أَوْ طَلَّقَهَا ، لَمْ تَلْزِمَهُ الْكُفَّارَةُ . فَإِنْ عَادَ فَتَزَوَّجَهَا ، لَمْ يَطَّأَهَا حَتَّى يُكْفَرَ ؛ لِأَنَّ الْحِنْتَ بِالْعُودِ ، وَهُوَ الْوَطْءُ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ أَوْجَبَ الْكُفَّارَةَ عَلَى الْمُظَاهِرِ قَبْلَ الْحِنْتِ)

الكلام في هذه المسائل^(٦٦) في ثلاثة فصول :

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

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

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

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

(٦٤) في ب ، م : « ظاهراً » .

(٦٥) في م : « بإحديهما » .

(٦٦) في م : « المسألة » .

العَوْدُ ، فلا كَفَّارَةٌ عليه . وهذا قولُ عَطَاءٍ ، والنَّخَعِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والحسَنِ ، والثَّوْرِيِّ ، ومَالِكٍ ، وأبي عُبَيْدٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وقال طَاوُسٌ ، ومُجَاهِدٌ ، والشَّعْبِيُّ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتَادَةُ : عليه الكَفَّارَةُ بِمُجَرَّدِ الظَّهَارِ ؛ لِأَنَّهُ سَبَبٌ لِلْكَفَّارَةِ (٢) ، وقد وَجَدَ ، ولأنَّ الكَفَّارَةَ وَجَبَتْ لِقَوْلِ الْمُتَكْرِرِ وَالزُّورِ ، وهذا يَحْصُلُ بِمُجَرَّدِ الظَّهَارِ . وقال الشَّافِعِيُّ : متى أَمْسَكَهَا بَعْدَ ظَهَارِهِ زَمَنًا يُمَكِّنُهُ طَلَاقُهَا فِيهِ ، فلم يُطَلِّقْهَا ، فعليه الكَفَّارَةُ . لِأَنَّ ذَلِكَ هُوَ الْعَوْدُ عِنْدَهُ . ولنا ، قولُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ ﴾ (٣) . فَأَوْجَبَ الْكَفَّارَةَ بِأَمْرَيْنِ ، ظَهَارٍ وَعَوْدٍ ، فلا تَثَبُّتٌ بِأَحَدِهِمَا ، ولأنَّ الكَفَّارَةَ فِي الظَّهَارِ كَفَّارَةٌ يَمِينٍ ، فلا يَحْنُثُ بِعَیْرِ الْحِنْثِ ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ ، وَالْحِنْثُ فِيهَا هُوَ الْعَوْدُ ، وَذَلِكَ فِعْلٌ مَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، وَهُوَ الْجِمَاعُ ، وَتَرَكُّ طَلَاقُهَا لَيْسَ بِحِنْثٍ فِيهَا ، وَلَا فِعْلٌ لِمَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ ، فَلا تَجِبُ بِهِ الْكَفَّارَةُ ، ولأنَّهُ لو كان الْإِنْسَانُ عَوْدًا ، لَوَجِبَتْ الْكَفَّارَةُ عَلَى الْمُظَاهِرِ الْمُوقَّتِ (٤) وَإِنْ بَرَّ . وَقَدْ نَصَّ الشَّافِعِيُّ عَلَى أَنَّهَا لَا تَجِبُ عَلَيْهِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ لَا كَفَّارَةَ عَلَيْهِ إِذَا مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ وَطْئِهِمَا . وَكَذَلِكَ إِنْ فَارَقَهَا ، سِوَاءَ كَانَ ذَلِكَ مُتَرَاخِيًا عَنْ يَمِينِهِ ، أَوْ عَقِيْبِهِ . وَأَيُّهُمَا مَاتَ وَرَثَتُهُ صَاحِبُهُ ، فِي قَوْلِ الْجُمْهُورِ . وَقَالَ قَتَادَةُ : إِنْ مَاتَتْ ، لَمْ يَرِثْهَا حَتَّى يُكْفَرَ . وَلَنَا ، أَنَّ مَنْ وَرِثَهَا إِذَا كَفَّرَ وَرِثَهَا وَإِنْ لَمْ يُكْفَرَ ، كَالْمَوْلَى مِنْهَا .

الفصل الثَّانِي : أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَ مَنْ ظَاهَرَ مِنْهَا ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، لَمْ يَحِلَّ لَهُ وَطْئُهَا حَتَّى يُكْفَرَ . سِوَاءَ كَانَ الطَّلَاقُ ثَلَاثًا ، أَوْ أَقَلَّ مِنْهُ . وَسِوَاءَ رَجَعَتْ إِلَيْهِ (٥) بَعْدَ زَوْجِ آخَرَ ، أَوْ قَبْلَهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ / عَطَاءٍ ، وَالْحَسَنِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ . وَقَالَ قَتَادَةُ : إِذَا بَاتَتْ ، سَقَطَ الظَّهَارُ ، فَإِذَا عَادَ فَنَكَحَهَا (٦) ، فَلا كَفَّارَةَ

و ٨٢/٨

(٢) فِي ب : « الْكَفَّارَةُ » .

(٣) سُورَةُ الْمُجَادَلَةِ ٣ .

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

(٥) فِي الْأَصْلِ : « عَلَيْهِ » .

(٦) فِي م : « فَنَكَاحَهَا » .

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

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

(٧) فى الأصل زيادة : « قد » .

(٨) فى ١ ، م ، « لو » . وفى ب : « أو » .

(٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) فى م : « حرم » .

(١١) فى ١ ، ب ، م : « قصد » .

ولأنَّ الظَّهَارَ تَحْرِيمٌ ، فإذا أَرَادَ اسْتِبَاحَتَهَا ، فَقَد رَجَعَ فِي ذَلِكَ التَّحْرِيمِ ، فَكَانَ عَائِدًا .
وقال الشَّافِعِيُّ : العَوْدُ إِسْمَاكُهَا بَعْدَ ظَهَارِهِ زَمَنًا يُمَكِّنُهُ طَلَاقُهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ ظَهَارَهُ مِنْهَا
يَقْتَضِي إِبَاتَتَهَا ، فَإِسْمَاكُهَا عَوْدٌ فِيهَا قَالَ . وقال دَاوُدُ : العَوْدُ ، تَكَرُّرُ الظَّهَارِ مَرَّةً
ثَانِيَةً ؛ لِأَنَّ العَوْدَ فِي الشَّيْءِ إِعَادَتُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ العَوْدَ فِعْلٌ ضِدُّ قَوْلِهِ ، وَمِنَ العَائِدِ فِي هَيْبَتِهِ ،
هو / الرَّاجِعُ فِي المَوْهُوبِ ، وَالعَائِدُ فِي عِدَّتِهِ ، التَّارِكُ لِلوفَاءِ بِمَا وَعَدَ ، وَالعَائِدُ فِيهَا
نُهِىَ عَنْهُ فَاعِلٌ المَنْهِيٌّ عَنْهُ . قال اللهُ تَعَالَى : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا نَهَوْا عَنْهُ ﴾ . فَاَلْمُظَاهِرُ
مُحَرَّمٌ لِلوَطْءِ عَلَى نَفْسِهِ ، وَمَانِعٌ لَهَا مِنْهُ ، فَالعَوْدُ فِعْلُهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ العَوْدَ يَقْتَضِي
التَّكْفِيرَ ، وَالوَطْءَ يَتَأَخَّرُ عَنْهُ . قُلْنَا : المُرَادُ بِقَوْلِهِ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ ﴾ . أَى يُرِيدُونَ
العَوْدَ ، كَقَوْلِ اللهِ تَعَالَى : ﴿ إِذَا قُمْتُمْ إِلَى الصَّلَاةِ ﴾ ^(١٢) . أَى ، أَرَدْتُمْ ذَلِكَ . وَقَوْلُهُ
تَعَالَى : ﴿ فَإِذَا قَرَأْتَ الْقُرْآنَ فَاسْتَعِذْ ﴾ ^(١٣) . فَإِنْ قِيلَ : فَهَذَا تَأْوِيلٌ ، ثُمَّ هُوَ رُجُوعٌ
إِلَى إِجْبَابِ الكُفَّارَةِ بِالْعَزْمِ المُجَرَّدِ . قُلْنَا : دَلِيلُ التَّأْوِيلِ ، مَا ذَكَرْنَا . وَالأَمْرُ ^(١٤)
بِالْكُفَّارَةِ عِنْدَ الْعَزْمِ فَإِنَّمَا أَمْرٌ بِهَا شَرْطًا لِلجَلِّ ، كَالأَمْرِ بِالظَّهَارَةِ لِمَنْ أَرَادَ صَلَاةَ النَّافِلَةِ ،
وَالأَمْرُ بِالنَّيَّةِ لِمَنْ أَرَادَ الصِّيَامَ . فَأَمَّا الإِسْمَاكُ فَلَيْسَ بِعَوْدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِعَوْدٍ فِي الظَّهَارِ
المَوْقِفِ ، فَكَذَلِكَ فِي المُطَلَّقِ ، وَلِأَنَّ العَوْدَ فِعْلٌ ضِدُّ مَا قَالَهُ ، وَالإِسْمَاكُ لَيْسَ بِضِدِّهِ ،
وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الظَّهَارَ يَقْتَضِي إِبَاتَتَهَا . لَا يَصِحُّ ، وَإِنَّمَا يَقْتَضِي تَحْرِيمَهَا وَاجْتِنَابَهَا ،
وَلِذَلِكَ صَحَّ تَوْقِيتُهُ ، وَلِأَنَّهُ قَالَ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا ﴾ . وَثُمَّ لِلتَّرَاخِي ، وَالإِسْمَاكُ
غَيْرُ مُتَرَاخٍ . وَأَمَّا قَوْلُ دَاوُدَ فَلَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ أَوْسًا وَسَلْمَةَ بِنَ صَخْرٍ
بِالْكُفَّارَةِ مِنْ غَيْرِ إِعَادَةِ اللَّفْظِ ، وَلِأَنَّ العَوْدَ إِنَّمَا هُوَ فِي مَقُولِهِ دُونَ قَوْلِهِ ، كَالعَوْدِ فِي الهَيْبَةِ
وَالعِدَّةِ ، وَالعَوْدُ لِمَا نُهِىَ عَنْهُ ، وَيَدُلُّ عَلَى إِبْطَالِ هَذِهِ الأَقْوَالِ كُلِّهَا أَنَّ الظَّهَارَ يَمِينٌ
مُكْفَّرَةٌ ، فَلَا تَجِبُ الكُفَّارَةُ إِلَّا بِالعِنْتِ فِيهَا ، وَهُوَ فِعْلٌ مَا حَلَفَ عَلَى تَرْكِهِ كَسَائِرِ

(١٢) سورة المائدة ٦ .

(١٣) سورة النحل ٩٨ .

(١٤) في ١ ، ب ، م ، « وَأَمَّا الأَمْر » .

الأيمان ، وتَجِبُ الكَفَّارَةُ بِذَلِكَ كَسَائِرِ الأَيْمَانِ ، ولأنَّهَا يَمِينٌ تَقْتَضِي تَرْكَ الوَطْءِ ، فلا تَجِبُ كَفَّارُهَا إِلَّا بِهِ ، كالإِبْلَاءِ .

١٣١١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَ لِامْرَأَةٍ أُجْنَبِيَّةٍ : أُنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . لَمْ يَطَّأْهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِالْكَفَّارَةِ)

وجمَلته ، أَنَّ الظَّهَارَ مِنَ الأُجْنَبِيَّةِ يَصِحُّ ، سِوَاءَ مَا قَالَ ذَلِكَ لِامْرَأَةٍ بَعِيْنَهَا ، أَوْ قَالَ : كُلُّ النِّسَاءِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . وَسِوَاءَ أَوْفَعَهُ مُطْلَقًا ، أَوْ عَلَّقَهُ عَلَى التَّزْوِيجِ ، فَقَالَ : كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ، فَهِيَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . وَمَتَى تَزَوَّجَ الَّتِي ظَاهَرَ مِنْهَا ، لَمْ يَطَّأْهَا حَتَّى يُكْفِّرَ . وَيُرْوَى ^(١) نَحْوَ هَذَا عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عَنْهُ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ المُسَيَّبِ ، وَعُرْوَةُ ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَمَالِكٌ ، وَإِسْحَاقُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَثْبُتَ حُكْمُ الظَّهَارِ قَبْلَ التَّزْوِيجِ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيَّ . وَيُرْوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ؛ لِقَوْلِ اللهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ ^(٢) . / وَالأُجْنَبِيَّةُ لَيْسَتْ مِنْ نِسَائِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّهَارَ يَمِينٌ وَرَدَّ الشَّرْعُ بِحُكْمِهَا مُقَيَّدًا بِنِسَائِهِ ، فَلَمْ يَثْبُتْ حُكْمُهَا فِي الأُجْنَبِيَّةِ ، كَالِإِبْلَاءِ ؛ فَإِنَّ اللهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ . كَمَا قَالَ : ﴿ لِلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ﴾ ^(٣) . وَلِأَنَّهَا لَيْسَتْ بِزَوْجَةٍ ^(٤) ، فَلَمْ يَصِحَّ الظَّهَارُ مِنْهَا ، كَأَمْتِهِ ، وَلِأَنَّهُ حَرَمٌ مُحَرَّمَةٌ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، كَمَا لَوْ قَالَ : أَنْتِ حَرَامٌ . وَلِأَنَّهُ نَوْعٌ تَحْرِيمٍ ، فَلَمْ يَتَقَدَّمِ النِّكَاحُ ، كَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الإِمَامُ أَحْمَدُ بِإِسْنَادِهِ عَنْ عُمَرَ بْنِ الخَطَّابِ ، أَنَّهُ قَالَ فِي رَجُلٍ قَالَ : إِنْ تَزَوَّجْتُ فُلَانَةَ ، فَهِيَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَتَزَوَّجَهَا . قَالَ : عَلَيْهِ كَفَّارَةُ الظَّهَارِ ^(٥) . وَلِأَنَّهَا يَمِينٌ مُكْفَّرَةٌ ، فَصَحَّ

٨٣/٨ و

(١) فِي ب : (روى) .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٦ .

(٤) فِي ب : (زوجة) .

(٥) أَخْرَجَهُ الإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ ظَهَارِ الحِرِّ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الموطأ ٥٥٩/٢ . وِلَيْسَ فِي المَسْنَدِ . انظر الإرواء ١٧٦/٧ .

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

فصل : وَإِذَا قَالَ : كُلُّ امْرَأَةٍ أَتَزَوَّجُهَا ، فَهِيَ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . ثُمَّ تَزَوَّجَ نِسَاءً ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ ، فَعَلِيهِ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، سِوَاءِ تَزَوُّجِهِنَّ فِي عَقْدٍ وَاحِدٍ^(٨) أَوْ فِي عُقُودٍ مُتَفَرِّقَةٍ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ . وَهُوَ قَوْلُ عُرْوَةَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهَا يَمِينٌ وَاحِدٌ ، فَكَفَّارَتُهَا وَاحِدَةٌ . كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْ أَرْبَعِ نِسَاءٍ بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ . وَعِنَهُ ، أَنَّ لِكُلِّ عَقْدٍ كَفَّارَةً ؛ فَلَوْ تَزَوَّجَ اثْنَتَيْنِ فِي عَقْدٍ ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ فَعَلِيهِ^(٩) كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، ثُمَّ إِذَا تَزَوَّجَ أُخْرَى ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ ، فَعَلِيهِ^(٩) كَفَّارَةٌ أُخْرَى . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ إِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ الثَّلَاثَةَ وَجَدَ الْعَقْدَ عَلَيْهَا الَّذِي يَثْبُتُ بِهِ الظَّهَارُ ، وَأَرَادَ الْعَوْدَ إِلَيْهَا بَعْدَ التَّكْفِيرِ عَنِ الْأُولَيَيْنِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ لَهَا / كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ ظَاهَرَ مِنْهَا ابْتِدَاءً . وَلَوْ قَالَ لِأَجْنَبِيَّةٍ : أَنْتِ عَلَى كَظْهِرِ أُمِّي . وَقَالَ : أَرَدْتُ أَنَّهَا مِثْلُهَا فِي التَّحْرِيمِ فِي الْحَالِ . دِينَ فِي ذَلِكَ . وَهَلْ يُقْبَلُ فِي الْحُكْمِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ،

٨٣/٨ ظ

(٦) فِي ١ ، م : (بِمَخْرَجِهِ) .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : (تَعَلَّقَ) .

(٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب ، م .

(٩-٨) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ . نَقَلَ نَظْرًا .

لا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ صَرِيحٌ لِلظُّهَارِ ، فَلَا يُقْبَلُ صَرَفُهُ إِلَى غَيْرِهِ . وَالثَّانِي : يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهَا حَرَامٌ عَلَيْهِ ، كَمَا أَنَّ أُمَّهُ حَرَامٌ عَلَيْهِ .

١٣١٢ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَلَوْ قَالَ : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . وَأَرَادَ فِي تِلْكَ الْحَالِ ، لَمْ يَكُنْ عَلَيْهِ شَيْءٌ وَإِنْ تَزَوَّجَهَا ؛ لِأَنَّهُ صَادِقٌ . وَإِنْ أَرَادَ فِي كُلِّ حَالٍ ، لَمْ يَطَّأَهَا إِنْ تَزَوَّجَهَا حَتَّى يَأْتِيَ بِكَفَّارَةِ الظُّهَارِ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ بِقَوْلِهِ لَهَا : أَنْتِ عَلَيَّ حَرَامٌ . الْإِنْخِبَارَ عَنْ حُرْمَتِهَا فِي الْحَالِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ صَادِقٌ ؛ لِكَوْنِهِ وَصَفَهَا بِصِفَتِهَا ، وَلَمْ يَقُلْ مُنْكَرًا وَلَا زُورًا . وَكَذَلِكَ لَوْ أُطْلِقَ هَذَا الْقَوْلُ ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ نِيَّةٌ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ لِذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ تَحْرِيمَهَا فِي كُلِّ حَالٍ ، فَهِيَ ظُهَارٌ ؛ لِأَنَّ لَفْظَةَ الْحَرَامِ ، إِذَا أُرِيدَ بِهَا الظُّهَارُ ، ظُهَارٌ فِي الزَّوْجَةِ^(١) ، فَكَذَلِكَ فِي الْأَجْنَبِيَّةِ ، فَصَارَ كَقَوْلِهِ : أَنْتِ عَلَيَّ كَظَهْرِ أُمِّي .

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

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

(١) فِي ب : « الزَّوْجِيَّة » .

(١) سُورَةُ الْمُجَادَلَةِ ٣ .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ١ .

مَسْهُا حَتَّى يُكْفَرَ ، وَلَإِنَّ الظَّهَارَ قَدْ صَحَّ فِيهَا ، وَحُكْمُهُ لَا يَسْقُطُ بِالطَّلَاقِ الْمُرْتَبِعِ لِلْمَلِكِ
وَالْحِلِّ ، فَبِمَلِكِ الْيَمِينِ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهَا يَمِينٌ انْعَقَدَتْ مُوجِبَةً لِكُفَّارَةٍ ، فَوَجِبَتْ دُونَ
غَيْرِهَا ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ عَبْدُ الْعَزِيزِ : يَسْقُطُ الظَّهَارُ بِمَلِكِهِ لَهَا ، وَإِنْ
وَطَفَهَا حَيْثُ ، وَعَلَيْهِ كُفَّارَةٌ يَمِينٌ ، كَمَا لَوْ تَظَاهَرَ مِنْهَا ، وَهِيَ أُمَّتُهُ ؛ ^(٣) لِأَنَّهَا خَرَجَتْ عَنْ
الرِّجَالِ ، وَصَارَ وَطُوهَا لَهَا بِمَلِكِ الْيَمِينِ ، فَلَمْ يَكُنْ مُوجِبًا لِكُفَّارَةِ الظَّهَارِ ، كَمَا لَوْ
تَظَاهَرَ مِنْهَا وَهِيَ أُمَّتُهُ ^(٤) . / وَيَقْتَضِي قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ هَذَا أَنْ تُبَاحَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ
الظَّهَارَ ، وَجَعَلَهُ يَمِينًا ، كَتَحْرِيمِ أُمَّتِهِ . فَإِنْ أَعْتَقَهَا عَنْ كُفَّارَتِهِ ، صَحَّ عَلَى الْقَوْلَيْنِ . فَإِنْ
تَزَوَّجَهَا بَعْدَ ذَلِكَ ، حَلَّتْ لَهُ بِغَيْرِ كُفَّارَةٍ ؛ لِأَنَّهُ كَفَّرَ عَنْ ظَهَارِهِ بِإِعْتَاقِهَا ، وَلَا يَمْتَنِعُ
إِجْرَؤُهَا عَنِ الْكُفَّارَةِ الَّتِي وَجِبَتْ بِسَبَبِهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : إِنْ مَلَكَتُ أُمَّةً ، فَلِلَّهِ عَلَيَّ عِتْقُ
رَقَبَةٍ . فَمَلَكَتُ أُمَّةً ، فَأَعْتَقْتُهَا . وَإِنْ أَعْتَقَهَا عَنْ غَيْرِ الْكُفَّارَةِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَهَا ، عَادَ حُكْمُ
الظَّهَارِ ، وَلَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يُكْفَرَ .

و٨٤/٨

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

وجملته أنه إذا ظاهر ^(٢) من نisائه الأربعة بلفظ واحد ، فقال : أتتني علي كظهر
أُمِّي . فليس عليه أكثر من كفارة . بغير خلاف في المذهب . وهو قول علي ، وعمر ،
وعروة ، وطاوس ، وعطاء ، وربيعة ، ومالك ، والأوزاعي ، وإسحاق ، وأبي ثور ،
والشافعي في القديم . وقال الحسن ، والنخعي ، والزهرى ، ويحيى الأنصارى ،
والحكيم ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، والشافعي في الجديد : عليه لكل امرأة كفارة ؛

(٣-٣) سقط من : ب . نقل نظر .

(١) في زيادة : « واحدة » .

(٢) في ١ : « تظاهر » .

لأنه وَجِدَ (٣) الظَّهَارُ وَالْعَوْدُ فِي حَقِّ (٤) كُلِّ امْرَأَةٍ مِنْهُنَّ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ عَنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ (٥) كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ أَفْرَدَهَا بِهِ . وَلَنَا ، عُمُومُ (٦) قَوْلِ عُمَرَ وَعَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، رَوَاهُ عَنْهُمَا الْأَثَرُ (٧) ، وَلَا نَعْرِفُ هُمَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ الظَّهَارَ كَلِمَةٌ تَجِبُ بِمُخَالَفَتِهَا الْكُفَّارَةُ ، فَإِذَا أُوجِدَتْ فِي جَمَاعَةٍ أُوجِبَتْ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى . وَفَارَقَ مَا إِذَا ظَاهَرَ (٨) بِكَلِمَاتٍ ؛ فَإِنَّ كُلَّ كَلِمَةٍ تَقْتَضِي كَفَّارَةً تَرْفَعُهَا ، وَتُكْفَرُ إِثْمَهَا . وَهِيَ الْكَلِمَةُ وَاحِدَةٌ ، فَالْكَفَّارَةُ الْوَاحِدَةُ تَرْفَعُ حُكْمَهَا ، وَتَمْحُو إِثْمَهَا ، فَلَا يَبْقَى لَهَا حُكْمٌ .

فصل : ومفهوم كلام الخرقى ، أنه إذا ظاهر منهن بكلمات ، فقال لكل واحدة :
 أَنْتِ عَلَيَّ كَظْهَرِ أُمِّي . فَإِنَّ لِكُلِّ يَمِينٍ كَفَّارَةً . وَهَذَا قَوْلُ عُرْوَةَ ، وَعَطَاءٍ . قَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : الْمَذْهَبُ رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ فِي هَذَا . قَالَ الْقَاضِي : الْمَذْهَبُ عِنْدِي مَا ذَكَرَ الشَّيْخُ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ . وَقَالَ (٩) أَبُو بَكْرٍ : فِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزِئُهُ كَفَّارَةٌ وَاحِدَةٌ . وَاخْتَارَ ذَلِكَ ، وَقَالَ : هَذَا الَّذِي قُلْنَا أَتْبَاعًا لِعَمَرَ بْنِ الْخَطَّابِ ، وَالْحَسَنِ ، وَعَطَاءٍ ، وَإِبْرَاهِيمَ ، وَرَبِيعَةَ ، وَقَبِيصَةَ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّ كَفَّارَةَ الظَّهَارِ / حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ تَتَكَرَّرْ بِتَكَرُّرِ سَبَبِهَا ، كَالْحَدِّ ، وَعَلَيْهِ يُخْرَجُ الطَّلَاقُ . وَلَنَا ، أَنَّهَا أَيْمَانٌ مُتَكَرِّرَةٌ عَلَى أَعْيَانٍ مُتَفَرِّقَةٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ كَفَّارَةٌ ، كَمَا لَوْ كَفَّرَ ثُمَّ ظَاهَرَ ، وَلِأَنَّهَا أَيْمَانٌ لَا يَخْتَفُ فِي

(٣) في ١ ، م : « وجب » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ١ : « امرأة » .

(٦) سقط من : ١ ، ب .

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

(٨) في م زيادة : « منها » .

(٩) سقطت الواو من : ١ ، ب ، م .

إحداها بالحنث في الأخرى ، فلا تُكفّرُها كفارة واحدة ، كالأصل ، ولأن الظهار معنى
يوجبُ الكفارة ، فتتعدّد الكفارة بتعدّده في المحال المختلفة ، كالقتل ، ويُفارق الحدّ ،
فإنّه عقوبة تُدرأ بالشبهات . فأما إن ظاهر من زوجته مراراً ولم يكفّر ، فكفارة واحدة ؛
لأن الحنث واحد ، فوجبت^(١٠) كفارة واحدة ، كما لو كانت اليمين واحدة .

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

١٣١٥ - مسألة ؛ قال : (وَالْكَفَّارَةُ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ سَالِمَةٍ مِنَ الْعُيُوبِ
الْمُضِرَّةِ بِالْعَمَلِ)

(١٠) في إنادة : « به » .

(١١) في ١ : « للأخرى » .

(١٢) في الأصل : « يتخصص » .

(١٣) سقط من : ب .

في هذه المسألة ثلاث مسائل :

الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق ، عتق رَقَبَةٍ ، لا يُجزئُه غير ذلك .
بغير خلافٍ عَلِمناه^(١) بين أهل العلم . والأصل في ذلك قولُ الله تعالى / ﴿ وَالَّذِينَ يُظَاهِرُونَ مِنْ نِسَائِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾ إلى قوله :
﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَا ﴾^(٢) . وقولُ النَّبِيِّ ﷺ
لأوس بن الصَّامِتِ ، حينَ ظاهرَ من امرأته : « يَعْتِقُ رَقَبَةً » . قُلْتُ : لا يَجِدُ . قال :
« فَيَصُومُ »^(٣) . وقوله لِسَلَمَةَ بنِ صَخْرٍ مثل ذلك^(٤) . فَمَنْ وَجَدَ رَقَبَةً يَسْتَعْنِي عَنْهَا ،
أَوْ وَجَدَ ثَمَنَهَا فَاضِلًا عَنْ حَاجَتِهِ ، وَوَجَدَهَا بِهِ ، لَمْ يُجْزِئْهُ إِلَّا الْإِعْتَاقُ ؛ لِأَنَّ وُجُودَ
المُبْدَلِ إِذَا مَنَعَ الْإِتِّقَالَ إِلَى البَدَلِ ، كَانَتْ القُدْرَةُ^(٥) عَلَى ثَمَنِهِ تَمْنَعُ الْإِتِّقَالَ ، كَالْمَاءِ
وَتَمَنِهِ ، يَمْنَعُ الْإِتِّقَالَ إِلَى التَّيْمِيمِ .

المسألة الثانية : أنه لا يُجزئُه إِلَّا عَتَقَ رَقَبَةً مُؤْمِنَةً فِي كَفَّارَةِ الظُّهَارِ ، وسائرِ
الكفَّاراتِ . هذا ظاهرُ المَذْهَبِ . وهو قولُ الحَسَنِ ، ومَالِكٍ ، والشَّافِعِيِّ ،
وإِسْحَاقَ ، وأبِي عُبَيْدٍ . وعن أَحْمَدَ ، روايةٌ ثَانِيَةٌ ، أَنَّهُ يُجْزِئُ فِيمَا عَدَا كَفَّارَةَ القَتْلِ ، مِنْ
الظُّهَارِ وَغَيْرِهِ ، عَتَقَ رَقَبَةً ذِمِّيَّةً . وهو قولُ عَطَاءَ ، والنَّخَعِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، وأبِي ثَوْرٍ ،
وأصحابِ الرَّأْيِ ، وابنِ المُنْذِرِ ؛ لِأَنَّ اللهَ تَعَالَى أَطْلَقَ الرَّقَبَةَ فِي هَذِهِ الكَفَّارَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ
يُجْزِئَ مَا تَنَاقَلَ الإِطْلَاقُ . ولَنَا ، مَا رَوَى معاويةُ بنُ الحَكَمِ ، قال : كَانَتْ لِي جَارِيَّةٌ ،
فَأَتَيْتُ النَّبِيَّ ﷺ فَقُلْتُ : عَلَيَّ رَقَبَةٌ أَفَاعَتِقُهَا ؟ فقال لها رسولُ اللهِ ﷺ : « أَيْنَ
اللهُ ؟ » قالت : فِي السَّمَاءِ . قال : « مَنْ أَنَا ؟ » . قالت : أَنْتَ رسولُ اللهِ . فقال

(١) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٣) تقدم التخرج في صفحة : ٥٤ ، ٥٥ .

(٤) سقط من : ب .

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

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

ظ ٨٥/٨

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

(٥) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الْكَلَامِ فِي الصَّلَاةِ وَنَسَخِ مَا كَانَ مِنْ إِيَابَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَسَاجِدِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٣٨٢/١ . وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْكَلَامِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ السُّهُورِ . الْمُجْتَمَعِيُّ ١٤/٣ .
 كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَشْمِيتِ الْعَاطِسِ فِي الصَّلَاةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلَاةِ ، وَفِي : بَابِ فِي الرَّقَبَةِ الْمُؤْمِنَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْأَيْمَانِ وَالنَّدْوَرِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٢١٣/١ ، ٢٠٦/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٤٤٧/٥ - ٤٤٩ .
 (٦) فِي ١ ، ب ، م : « وَيُمْكِنُهُ » .
 (٧) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب ، م :

سَبَّابَتِهَا^(٨) ، أو الوُسْطَى ؛ لَأَنَّ نَفْعَ الْيَدِ يَذْهَبُ بِذَهَابِ هَوَاءِ ، وَلَا يُجْزَى مَقْطُوعُ
الْخِنْصَرِ وَالْبِنْصَرِ مِنْ يَدٍ وَاحِدَةٍ ؛ لَأَنَّ نَفْعَ الْيَدِ مِنْهُمَا^(٩) يُزُولُ أَكْثَرُهُ بِذَلِكَ . وَإِنْ قُطِعَتْ كُلُّ
وَاحِدَةٍ^(١٠) مِنْ يَدٍ جَارٍ ؛ لَأَنَّ نَفْعَ الْكَفَّيْنِ بَاقٍ ، وَقُطِعَ أُثْمَلَةُ الْإِبْهَامِ كَقَطْعِ جَمِيعِهَا ؛ فَإِنَّ
نَفْعَهَا يَذْهَبُ بِذَلِكَ ؛ لَكَوْنِهَا أُثْمَلَتَيْنِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ غَيْرِ الْإِبْهَامِ لَمْ يَمْنَعْ ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَتَهَا لَا
تَذْهَبُ ؛ فَإِنَّهَا تَصِيرُ كَالْأَصَابِعِ الْقَصَارِ ، حَتَّى لَوْ كَانَتْ أَصَابِعُهُ كُلُّهَا غَيْرَ الْإِبْهَامِ قَدْ
قُطِعَتْ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهَا أُثْمَلَةٌ ، لَمْ يَمْنَعْ . وَإِنْ قُطِعَ مِنَ الْإِصْبَعِ أُثْمَلَتَانِ ، فَهُوَ
كَقَطْعِهَا ؛ لِأَنَّهُ يَذْهَبُ بِمَنَفْعَتِهَا . وَهَذَا جَمِيعُهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ :
يُجْزَى مَقْطُوعُ إِحْدَى الْيَدَيْنِ أَوْ إِحْدَى الرَّجْلَيْنِ ، وَلَوْ قُطِعَتْ يَدُهُ وَرِجْلُهُ جَمِيعًا مِنْ
خِلَافِ أَجْزَائِهِ ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الْجِنْسِ بَاقِيَةٌ ، فَأَجْزَاءُ فِي الْكُفَّارَةِ ، كَالْأَعْوَرِ ، فَأَمَّا إِنْ
قُطِعَتْ مِنْ وَفَاقٍ ، أَى مِنْ جَانِبٍ وَاحِدٍ ، لَمْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّ مَنَفْعَةَ الشَّيْءِ تَذْهَبُ . وَلَنَا ، أَنَّ
هَذَا يُؤْتِرُ فِي الْعَمَلِ ، وَيَضُرُّ ضَرَرًا بَيِّنًا ، فَوَجِبَ أَنْ يَمْنَعَ إِجْزَاءُهَا ، كَمَا لَوْ قُطِعَتْ مِنْ
وَفَاقٍ . وَيُخَالِفُ الْعَوْرَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَضُرُّ ضَرَرًا بَيِّنًا . وَالْإِعْتِبَارُ بِالضَّرْرِ أَوْلَى مِنَ الْإِعْتِبَارِ
بِمَنَفْعَةِ الْجِنْسِ ؛ فَإِنَّهُ لَوْ ذَهَبَ شَمُّهُ ، أَوْ قُطِعَتْ أُذُنَاهُ مَعًا ، أَجْزَأُ مَعَ ذَهَابِ مَنَفْعَةِ
الْجِنْسِ ، وَلَا يُجْزَى الْأَعْرَجُ إِذَا كَانَ عَرَجًا كَثِيرًا فَاحِشًا ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، فَهُوَ
كَقَطْعِ الرَّجْلِ . وَإِنْ كَانَ عَرَجًا يَسِيرًا^(١١) ، لَمْ^(١٢) يَمْنَعِ الْإِجْزَاءُ^(١٣) ؛ لِأَنَّهُ قَلِيلُ
الضَّرْرِ

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

(٨) فِي الْأَصْلِ : « شَيْئًا مِنْهَا » .

(٩) فِي م : « الْيَدَيْنِ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(١١) فِي م : « كَثِيرًا » .

(١٢) فِي ١ ، م : « لَا » .

(١٣) فِي م : « الْأُخْرَى » .

ما ذَكَرْنَاهُ ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ تَكْمِيلُ الْأَحْكَامِ ، وَتَمْلِيكُ الْعَبِيدِ الْمَنَافِعَ ، / وَالْعَوْرُ لَا يَمْنَعُ ذَلِكَ ، وَلِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، فَأَشْبَهَ قَطْعَ إِحْدَى الْأُذُنَيْنِ . وَيَفَارِقُ الْعَمَى ؛ فَإِنَّهُ يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ضَرَرًا بَيْنًا ، وَيَمْنَعُ كَثِيرًا مِنَ الصَّنَائِعِ ، وَيَذْهَبُ بِمَنْفَعَةِ الْجِنْسِ . وَيَفَارِقُ قَطْعَ إِحْدَى الْيَدَيْنِ وَالرَّجْلَيْنِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يَعْمَلُ بِأَحَدِهِمَا مَا يَعْمَلُ بِهِمَا ، وَالْأَعْوَرُ يُدْرِكُ بِإِحْدَى الْعَيْنَيْنِ مَا يُدْرِكُ بِهِمَا . وَأَمَّا الْأَضْحِيَّةُ وَالْهَدْيُ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْنَعُ مِنْهُمَا مُجَرَّدَ الْعَوْرِ ، وَإِنَّمَا يَمْنَعُ انْخِسَافَ الْعَيْنِ ، وَذَهَابَ الْعَضْوِ الْمُسْتَطَابِ ، وَلِأَنَّ الْأَضْحِيَّةَ يَمْنَعُ فِيهَا قَطْعُ الْأُذُنِ وَالْقَرْنِ ، وَالْعَتَقُ لَا يَمْنَعُ فِيهِ إِلَّا مَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ . وَيُجْزِي الْمَقْطُوعُ الْأُذُنَيْنِ . وَبِذَلِكَ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَزُفَرٌ : لَا يُجْزِي . لِأَنَّهُمَا عُضْوَانِ فِيهِمَا الدِّيَّةُ ، أَشْبَهَا الْيَدَيْنِ . وَلَنَا ، أَنَّ قَطْعَهُمَا لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ الضَّرَرَ الْبَيْنَ ، فَلَمْ يَمْنَعْ ، كَنْقَصِ السَّمْعِ ، بِخِلَافِ قَطْعِ الْيَدَيْنِ . وَيُجْزِي مَقْطُوعُ الْأَنْفِ كَذَلِكَ ^(١٤) . وَيُجْزِي الْأَصْمُ إِذَا فَهَمَ بِالْإِشَارَةِ . وَيُجْزِي الْأَخْرَسُ إِذَا فَهَمْتَ إِشَارَتَهُ وَفَهَمَ بِالْإِشَارَةِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا يُجْزِي ؛ لِأَنَّ مَنْفَعَةَ الْجِنْسِ ذَاهِبَةٌ ، فَأَشْبَهَ زَائِلَ الْعَقْلِ . وَهَذَا الْمَنْصُوصُ عَلَيْهِ عَنْ أَحْمَدَ ؛ لِأَنَّ الْحَرَسَ نَقَصٌ كَثِيرٌ ، يَمْنَعُ كَثِيرًا مِنَ الْأَحْكَامِ ، مِثْلَ الْقَضَاءِ ، وَالشَّهَادَةِ ، وَأَكْثَرَ النَّاسِ لَا يَفْهَمُ إِشَارَتَهُ ، فَيَتَضَرَّرُ فِي تَرْكِ اسْتِعْمَالِهِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ الْحَرَسُ وَالصَّمَمُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا يُجْزِي . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ؛ لِاجْتِمَاعِ النَّفْصَيْنِ فِيهِ ، وَذَهَابِ مَنْفَعَتِي الْجِنْسِ . وَوَجْهُ الْإِجْرَاءِ ، أَنَّ الْإِشَارَةَ تَقُومُ مَقَامَ الْكَلَامِ فِي الْإِفْهَامِ ^(١٥) ، وَيُثْبِتُ فِي حَقِّهِ أَكْثَرَ الْأَحْكَامِ ، فَيُجْزِي فِي الْعَتَقِ ، كَالَّذِي ذَهَبَ شَمُّهُ . فَأَمَّا الَّذِي ذَهَبَ شَمُّهُ فَيُجْزِي ؛ لِأَنَّهُ لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ وَلَا بغيرِهِ . فَأَمَّا الْمَرِيضُ ، فَإِنْ كَانَ مَرْجُوًّا الْبُرْءِ ، كَالْحُمَى ، وَمَا أَشْبَهَهَا ، أَجْزَأُ فِي الْكُفَّارَةِ . وَإِنْ كَانَ غَيْرَ مَرْجُوًّا الزَّوَالِ ، كَالسُّلِّ ، وَنَحْوِهِ ، لَمْ يُجْزِيَ ؛ لِأَنَّ زَوَالَه

(١٤) في ١ ، ب ، م ، : « لذلك » .

(١٥) في الأصل : « الكلام » .

يَنْدُرُ ، وَلَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الْعَمَلِ مَعَ بَقَائِهِ . وَأَمَّا نِضْوُ (١٦) الْخَلْقِ ، فَإِنْ كَانَ يَتَمَكَّنُ مَعَهُ مِنَ الْعَمَلِ أَجْزَاءً ، وَالْأَفْلا . وَيُجْزِي الْأَحْمَقُ ، وَهُوَ الَّذِي يُخْطِئُ عَلَى بَصِيرَةٍ (١٧) ، وَيَصْنَعُ الْأَشْيَاءَ لِغَيْرِ فَائِدَةٍ ، وَيَرَى الْخَطَأَ صَوَابًا ، وَمَنْ يُخْنَقُ فِي الْأَحْيَانِ ، وَالْحَصِيُّ ، وَالْمَجْبُوبُ ، وَالرِّثْقَاءُ ، وَالْكَبِيرُ الَّذِي يَقْدِرُ عَلَى الْعَمَلِ ؛ لِأَنَّ مَا لَا يَضُرُّ بِالْعَمَلِ ، لَا يَمْنَعُ تَمْلِيكَ الْعَبْدِ مَنَافِعَهُ ، وَتَكْمِيلَ أَحْكَامِهِ ، فَيَحْصُلُ الْإِجْرَاءُ بِهِ كَالسَّالِمِ مِنَ الْعُيُوبِ .

ظ ٨٦/٨

فصل : وَيُجْزِي عِتْقَ الْجَانِي وَالْمَرْهُونِ ، وَعِتْقَ / الْمُفْلِسِ عَبْدَهُ ، إِذَا قُلْنَا بِصِحَّةِ عِتْقِهِمْ ، وَعِتْقَ الْمُدْبِرِ ، وَالْحَصِيِّ (١٨) ، وَوَلَدِ الزَّوْنِيِّ ؛ لِكَمَالِ الْعِتْقِ فِيهِمْ .

فصل : وَلَا يُجْزِي عِتْقَ الْمَعْصُوبِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَى تَمَكُّنِهِ مِنْ مَنَافِعِهِ ، وَلَا غَايِبِ غَيْبَةٍ مُنْقَطِعَةٍ لَا يُعْلَمُ خَبْرَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُعْلَمُ حَيَاتُهُ ، فَلَا يُعْلَمُ صِحَّةُ عِتْقِهِ . وَإِنْ لَمْ يَنْقَطِعْ خَبْرُهُ ، أَجْزَاءً عِتْقُهُ ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ صَحِيحٌ . وَلَا يُجْزِي عِتْقَ الْحَمَلِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ تُثَبِّتْ لَهُ أَحْكَامُ الدُّنْيَا ، وَلِذَلِكَ لَمْ تَجِبْ فِطْرَتُهُ ، وَلَا يُتَبَيَّنُ أَيْضًا وُجُودُهُ ، وَحَيَاتُهُ ، وَلَا عِتْقُ أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّ عِتْقَهَا مُسْتَحَقٌّ بِسَبَبِ غَيْرِ الْكُفَّارَةِ ، وَالْمَلِكِ فِيهَا غَيْرُ كَامِلٍ ، وَهَذَا لَا يَجُوزُ بَيْعُهَا . وَقَالَ طَاوُسٌ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ : يُجْزِي عِتْقُهَا ؛ لِأَنَّهُ عِتْقٌ صَحِيحٌ . وَلَا يَجْزِي عِتْقُ مَكَاتِبِ أَدَى مِنْ كِتَابَتِهِ شَيْئًا . وَسَنَذْكُرُ هَذَا فِي الْكُفَّارَاتِ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

١٣١٦ - مسألة ؛ قال : (فَمَنْ لَمْ يَجِدْ ، فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَابِعَيْنِ)

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

(١٦) النضر : الهزيل .

(١٧) في أ ، م : « بصير » .

(١٨) سقط من : ب ، م .

(١) سورة المجادلة ٤ .

(٢) تقدم تخريجهما في صفحة ٥٤ ، ٥٥ .

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

و ٨٧/٨

(٣) الزَّمَنُ : الْعِلَّةُ الْمَلَابِئَةُ .

(٤) فِي ١ : « حَاجَتِهِ » .

(٥) سَقَطَ مِنْ ١ ، ب ، م ،

(٦) سَقَطَ مِنْ : م .

شِرَاءِ رَقَبَةٍ ، كَرَمَهُ . وَيُرَاعَى فِي ذَلِكَ الْكِفَايَةُ الَّتِي يَحْرُمُ مَعَهَا اخْتِذَ الزَّكَاةِ ، فَإِذَا فَضَّلَ عَنْ ذَلِكَ شَيْءٌ ، وَجَبَتْ فِيهِ الْكَفَّارَةُ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ جَمِيعُهُ عَلَى نَحْوِ مِمَّا قُلْنَا . وَإِنْ كَانَتْ لَهُ سُرِّيَّةٌ ، لَمْ يَلْزَمُهُ^(٧) إِعْتَاقُهَا ؛ لِأَنَّهُ يَخْتَارُ إِلَيْهَا . وَإِنْ أَمَكَّنَهُ بَيْعُهَا ، وَشِرَاءُ سُرِّيَّةٍ أُخْرَى ، وَرَقَبَةٍ يَعْتَقُهَا ، لَمْ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْعَرَضَ^(٨) قَدْ يَتَعَلَّقُ بِعَيْنِهَا ، فَلَا يَقُومُ غَيْرُهَا مَقَامَهَا ، سِيمَا إِذَا كَانَ بَدُونٍ تَمْنِيهَا .

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

فصل : وَإِنْ وَجَدَ تَمَنَ الرَّقَبَةَ ، وَلَمْ يَجِدْ رَقَبَةً يَشْتَرِيهَا ، فَلَهُ الْإِتِّقَالُ إِلَى الصِّيَامِ ، كَمَا لَوْ وَجَدَ تَمَنَ الْمَاءِ وَلَمْ يَجِدْ مَا يَشْتَرِيهِ . وَإِنْ وَجَدَ رَقَبَةً تُبَاعُ بِزِيَادَةٍ عَلَى^(١١) تَمَنِ الْمِثْلِ تُجْحِفُ بِمَالِهِ ، لَمْ يَلْزَمُهُ شِرَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرْرًا ، وَإِنْ كَانَتْ لَا تُجْحِفُ بِمَالِهِ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَلْزَمُهُ ؛ لِأَنَّهُ قَادِرٌ عَلَى الرَّقَبَةِ / بِتَمَنٍ يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، لَا

(٧) فِي م : « يَلْزَمُهَا » .

(٨) فِي ب : « الْعَرَضُ » .

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

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « فَدَعَتْهُ » .

(١١) فِي ب : « عَنْ » .

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

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

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

(١٢) سقط من : ب .

(١٣-١٤) في ١ : « مالكاها » .

(١) في الأصل ، م : « فيها » .

(٢) أى : الكفارة . وفي م : « أيامهما » .

(٣) أى في الشهرين . وفي ب ، م : « فيها » .

(٤) سقط من : م .

(٥) في ١ ، ب ، م : « ويكفي » .

فإن ذلك رخصة ، فافتقر إلى نية الترخيص . وما ذكروه ينتقض بالمتابعة بين الركعات .
وأجمع أهل العلم على أن الصائمة متتابعاً ، إذا حاضت قبل إتمامه ، تقضى إذا
طهرت ، وثبتى . وذلك لأن الحيض لا يمكن التحرز منه في الشهرين إلا بتأخيره إلى
الإياس ، وفيه تعريض بالصوم ؛ لأنها ربما ماثت قبله . والنفاس كالحيض ، في أنه لا
يقطع التتابع ، في أحد الوجهين ؛ لأنه بمنزلة في أحكامه ، ولأن الفطر لا يحصل فيهما
بفعلهما ، وإنما ذلك الزمان كزمان الليل في حقيهما . والوجه الثاني ، أن النفاس يقطع
التتابع ؛ لأنه فطر أمكن التحرز منه ، لا يتكرر كل عام . فقطع التتابع ، كالفطر لغير
عذر . ولا يصح قياسه على الحيض ؛ لأنه أندر منه ، ويمكن التحرز عنه . وإن أفطر
لمرض مخوف ، لم ينقطع التتابع أيضاً . روى ذلك عن ابن عباس . وبه قال ابن
المسيب / ، والحسن ، وعطاء ، والشعبي ، وطاوس ، ومجاهد ، ومالك ،
وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر ، والشافعي في القديم . وقال في
الجديد : ينقطع التتابع . وهذا قول سعيد بن جبير ، والنخعي ، والحكم ، والثوري ،
وأصحاب الرأي ؛ لأنه أفطر بفعله ، فلزمه الاستئناف ، كما لو أفطر لسفر . ولنا ، أنه
أفطر بسبب^(١) لا صنع له فيه ، فلم ينقطع التتابع ، كما فطر المرأة للحيض . وما ذكروه
من الأصل ممنوع . وإن كان المرض غير مخوف ، لكنه يبيح الفطر ، فقال أبو
الخطاب : فيه وجهان ؛ أحدهما ، لا ينقطع التتابع ؛ لأنه مرض أباح الفطر ، أشبه
المخوف . والثاني ، ينقطع التتابع ؛ لأنه أفطر اختياراً ، فانقطع التتابع ، كما لو أفطر
لغير عذر . فأما الحامل والمرضع ، فإن أفطرتا خوفاً على أنفسهما ، فهما كالمريض ،
وإن أفطرتا خوفاً على ولديهما . ففيهما وجهان ؛ أحدهما ، لا ينقطع التتابع . اختاره
أبو الخطاب ؛ لأنه فطر أبيض لهما بسبب لا يتعلق باختيارهما ، فلم ينقطع التتابع ، كما لو
أفطرتا خوفاً على أنفسهما . والثاني ، ينقطع ؛ لأن الخوف على غيرهما ، ولذلك
يلزمهما الفدية مع القضاء . وإن أفطرتا لجنون ، أو إغماء ، لم ينقطع التتابع ؛ لأنه

و ٨٨/٨

(٦) في ب : بسبب .

عُذْرٌ لَا صُنْعَ لَهُ فِيهِ ، فَهُوَ كَالْحَيْضِ .

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

ط ٨٨/٨

(٧) فِي م : « قَطَعَ » . خَطَأً .

(٨) فِي م : « بِالْحَيْضِ » .

(٩) كَذَا ، وَالْأَوْفَقُ : « يَنْقَطِعُ » .

(١٠) سَقَطَ مِنْ م .

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

فصل : وإن أفطرَ في أثناءِ الشَّهْرَيْنِ لِغَيْرِ عُدْرٍ ، أَوْ قَطَعَ التَّابِعَ بِصَوْمِ نَذْرٍ ، أَوْ قَضَاءٍ ، أَوْ تَطَوُّعٍ ، أَوْ كَفَّارَةٍ أُخْرَى ، لَزِمَهُ اسْتِثْنَاؤُ الشَّهْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ أَخْلَّ بِالتَّابِعِ المُشْتَرِطِ (١٢) ، وَيَقَعُ صَوْمُهُ عَمَّا نَوَاهُ ، لِأَنَّ هَذَا الزَّمَانَ لَيْسَ بِمُسْتَحَقِّ مُتَعَيِّنٍ لِلْكَفَّارَةِ ، وَهَذَا يَجُوزُ صَوْمُهَا فِي غَيْرِهِ ، بِخِلَافِ شَهْرِ رَمَضَانَ ، فَإِنَّهُ مُتَعَيِّنٌ لَا يَصْلُحُ لِغَيْرِهِ . وَإِذَا كَانَ عَلَيْهِ (١٣) نَذْرُ صَوْمٍ (١٢) غَيْرِ مُعَيَّنٍ ، أَخَّرَهُ إِلَى فِرَاقِهِ مِنَ الْكَفَّارَةِ . وَإِنْ كَانَ مُتَعَيِّنًا فِي وَقْتِ بَعْضِهِ ، أَخَّرَ الْكَفَّارَةَ عَنْهُ ، أَوْ قَدَّمَهَا عَلَيْهِ إِنْ أَمَكَرَ . وَإِنْ كَانَ أَيَّامًا مِنْ كُلِّ شَهْرٍ ، كِيَوْمِ الْخَمِيسِ ، أَوْ أَيَّامِ الْبَيْضِ ، قَدَّمَ الْكَفَّارَةَ عَلَيْهِ ، وَقَضَاهُ بَعْدَهَا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَفَّى بِنَذْرِهِ لَا تَقْطَعُ التَّابِعُ ، وَلَزِمَهُ الْاسْتِثْنَاءُ ، فَيُضَيِّبُ إِلَى أَنْ لَا يَتِمَّكَنَ مِنَ التَّكْفِيرِ ، وَالنَّذْرُ يُمَكِّنُ قَضَاؤَهُ ، فَيَكُونُ هَذَا عُدْرًا فِي تَأْخِيرِهِ كَالْمَرِيضِ (١٤) .

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

وهذا قال مالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتِمَّاسَا ﴾ (١) . فَأَمَرَ بِهِمَا خَالِئِينَ عَنْ وَطْءٍ ، وَلَمْ يَأْتِ بِهِمَا عَلَى مَا أَمَرَ ، فَلَمْ يُجْزِئَهُ ، كَمَا لَوْ وَطِئَ نَهَارًا ، لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ لِلِوَطْءِ لَا يَخْتَصُّ النَّهَارَ ، فَاسْتَوَى فِيهِ اللَّيْلُ وَالنَّهَارُ كَالِاعْتِكَافِ . وَرَوَى الْأَثْرُمُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ التَّابِعَ لَا يَنْقَطِعُ بِهَذَا ، وَيَبْنِي . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَابْنِ الْمُنْدِرِ ؛ لِأَنَّهُ وَطْءٌ لَا يَبْطُلُ الصَّوْمُ ، فَلَا يُوجِبُ الْاسْتِثْنَاءَ ، كَوَطْءِ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ التَّابِعَ فِي الصِّيَامِ عِبَارَةٌ عَنْ إِتْبَاعِ صَوْمِ يَوْمِ لَلَّذِي قَبْلَهُ ، مِنْ غَيْرِ فَارِقٍ ، وَهَذَا مُتَحَقِّقٌ وَإِنْ وَطِئَ لَيْلًا ، وَارْتَكَبَ النَّهْيَ

(١٢) في م : « المشروط » .

(١٣-١٢) في ب ، م : « صوم نذر » .

(١٤) في الأصل ، م : « كالمرضى » .

(١) سورة المجادلة ٤ .

في الوطء قبل إتمامه إذا لم يُخَلَّ بالتابع المُشْتَرَط، لا يَمْنَعُ صِحَّتَهُ وإِجْزَاءَهُ، كَالوَطْئِ قَبْلَ الشُّهُرَيْنِ، أَوْ لَوْ (٢) وَطِئَ لَيْلَةَ أَوَّلِ الشُّهُرَيْنِ وَأَصْبَحَ صَائِمًا، وَالْإِتْيَانُ / بِالصِّيَامِ قَبْلَ التَّمَّاسِ فِي حَقِّ هَذَا سَبِيلٌ إِلَيْهِ، سِوَاءَ بَنَى أَوْ اسْتَأْنَفَ. وَإِنْ وَطِئَهَا، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا، فِي نَهَارِ الشُّهُرَيْنِ عَامِدًا، أَفْطَرَ، وَانْقَطَعَ التَّابِعُ، إِجْمَاعًا، إِذَا كَانَ غَيْرَ مَعْدُورٍ. وَإِنْ وَطِئَهَا، أَوْ وَطِئَ غَيْرَهَا، نَهَارًا نَاسِيًا، أَفْطَرَ، وَانْقَطَعَ التَّابِعُ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا يُعْذَرُ فِيهِ بِالنِّسْيَانِ. وَعَنْ أَحْمَدَ، رَوَايَةٌ أُخْرَى، أَنَّهُ (٣) لَا يُفْطِرُ، وَلَا يَنْقَطِعُ التَّابِعُ. وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ، وَأَبِي ثَوْرٍ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ؛ لِأَنَّهُ فَعَلَ الْمُفْطِرَ نَاسِيًا، أَشْبَهَ مَا لَوْ أَكَلَ نَاسِيًا. وَإِنْ أُبِيحَ لَهُ الْفِطْرُ لِعُذْرٍ، فَوَطِئَ غَيْرَهَا نَهَارًا، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ؛ لِأَنَّ الْوَطْءَ لَا أَثَرَ لَهُ فِي قَطْعِ التَّابِعِ. وَإِنْ وَطِئَهَا، كَانَ كَوَطِئِهَا لَيْلًا، هَلْ يَنْقَطِعُ (٤) التَّابِعُ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ. وَإِنْ وَطِئَ غَيْرَهَا لَيْلًا، لَمْ يَنْقَطِعِ التَّابِعُ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لَيْسَ بِمُحْرَمٍ عَلَيْهِ، وَلَا هُوَ مُخَلَّ بِإِتْبَاعِ الصَّوْمِ الصَّوْمِ، فَلَمْ يَقْطَعْ (٥) التَّابِعُ، كَالْأَكْلِ لَيْلًا. وَلَيْسَ فِي هَذَا اخْتِلَافٌ نَعَلَّمَهُ. وَإِنْ لَمَسَ الْمُظَاهَرَ مِنْهَا، أَوْ بَاشَرَهَا دُونَ الْفَرْجِ عَلَى وَجْهِ يُفْطِرُ بِهِ، قَطَعَ التَّابِعُ؛ لِإِخْلَالِهِ بِمُؤَالَاةِ الصِّيَامِ، وَإِلَّا فَلَا يَنْقَطِعُ. وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

١٣١٩ - مسألة؛ قال: (فَإِنْ لَمْ يَسْتَطِعْ، فِإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى أَنَّ الْمُظَاهَرَ إِذَا لَمْ يَجِدِ الرَّقَبَةَ، وَلَمْ يَسْتَطِعِ الصِّيَامَ، أَنْ فَرَضَهُ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا، عَلَى مَا أَمَرَ اللَّهُ تَعَالَى فِي كِتَابِهِ، وَجَاءَ فِي سُنَّةِ نَبِيِّهِ ﷺ، سِوَاءَ عَجَزَ عَنِ الصِّيَامِ لِكَبَرِهِ، أَوْ مَرَضَ يَخَافُ بِالصَّوْمِ تَبَاطُؤَهُ أَوْ الزِّيَادَةَ فِيهِ، أَوْ الشَّبَقَ فَلَا يَصْبِرُ فِيهِ عَنِ الْجِمَاعِ، فَإِنَّ (١) أَوْسَ بْنَ الصَّامِتِ، لَمَّا أَمَرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِالصِّيَامِ، قَالَتْ

(٢) سقط من: م .

(٣) سقط من: الأصل .

(٤) في ب: (يقطع) .

(٥) في م: (ينقطع) .

(١) في ب: (قال) .

امرأته : يا رسول الله ، إنه شيخ كبير ، ما به من صيام . قال : « فليطعم ستين مسكينا »^(٢) . ولما أمر سلمة بن صححر بالصيام قال : وهل أصبت الذي أصبت إلا من الصيام ! قال : « فاطعم »^(٣) . فنقله إلى الإطعام لما أخبر أن به من الشبق والشهوة ما يمنعه من الصيام . وقسنا على هذين ما يشبههما في معناهما . ويجوز أن ينتقل إلى الإطعام إذا عجز عن الصيام للمرضى ، وإن كان مرجو الزوال ؛ لدخوله في قوله سبحانه وتعالى : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . ولأنه لا يعلم أن له نهاية ، فأشبهه الشبق . ولا يجوز أن ينتقل لأجل السفر ؛ لأن السفر لا يعجزه^(٤) عن الصيام ، وله نهاية ينتهي إليها ، وهو من أفعاله الاختيارية . والواجب في الإطعام إطعام / ستين مسكينا ، لا يجزئه أقل من ذلك . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : لو أطعم مسكينا واحدا في ستين يوما ، أجزأه . وحكاه القاضي أبو الحسين رواية عن أحمد ؛ لأن هذا المسكين لم يستوف قوت يومه من هذه الكفارة ، فجاز أن يعطى منها ، كاليوم الأول . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فِإِطْعَامِ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وهذا لم يطعم إلا واحدا ، فلم يمتثل الأمر ، ولأنه لم يطعم ستين مسكينا ، فلم يجزئه ، كما لو دفعها إليه في يوم واحد ، ولأنه لو جاز الدفع إليه في أيام ، لجاز في يوم واحد ، كالزكاة وصدقة الفطر ، يُحقق هذا أن الله أمر بعدد المساكين ،^(٥) لا بعدد الأيام ، وقائل هذا يعتبر عدد الأيام دون عدد المساكين^(٥) ؛ والمعنى في اليوم الأول أنه لم يستوف حقه من هذه الكفارة ، وفي اليوم الثاني قد استوفى حقه منها ، وأخذ منها قوت يوم ، فلم يجز أن يدفع إليه في اليوم الثاني ، كما لو أوصى إنسانا بشئ وليستين مسكينا .

(٢) تقدم ترجمته في صفحة ٥٤ .

(٣) تقدم ترجمته في صفحة ٥٥ .

(٤) في ب : « يعجز » .

(٥-٥) سقط من : الأصل . نقل نظر .

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

وجملة الأمر ، أن قَدَرَ الطَّعَامُ فِي الْكِفَارَاتِ كُلِّهَا مُدٌّ مِنْ بُرٍّ لِكُلِّ مِسْكِينٍ ، أَوْ نِصْفُ صَاعٍ مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ . وَمِمَّنْ قَالَ : مُدٌّ بُرٌّ . زَيْدُ بْنُ ثَابِتٍ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَابْنُ عُمَرَ . حَكَاهُ عَنْهُمْ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، وَرَوَاهُ عَنْهُمْ الْأَثَرُ ، وَعَنْ عَطَاءٍ ، وَسَلِيمَانَ بْنِ مُوسَى . وَقَالَ سَلِيمَانُ بْنُ يَسَارٍ : أَدْرَكْتُ النَّاسَ إِذَا أُعْطُوا فِي كِفَارَةِ الْبَيْنِ ، أُعْطُوا ^(٦) مُدًّا مِنْ حِنْطَةٍ بِالْمُدِّ الْأَصْغَرِ ، مُدُّ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَالَ أَبُو هُرَيْرَةَ : يُطْعَمُ مُدًّا مِنْ أَى الْأَنْوَاعِ كَانَ . وَهَذَا قَالَ عَطَاءٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو دَاوُدَ ^(٧) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَطَاءٍ ، عَنْ أَوْسِ بْنِ أُخِي عُبَادَةَ بْنِ الصَّامِتِ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أُعْطَاهُ - يَعْنِي الْمُظَاهِرَ - خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا مِنْ شَعِيرٍ ، إِطْعَامَ سِتِّينَ مِسْكِينًا . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي هُرَيْرَةَ فِي حَدِيثِ الْمَجَامِعِ فِي رَمَضَانَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَتَى بِعَرَقٍ فِيهِ خَمْسَةَ عَشَرَ صَاعًا ، فَقَالَ : « خُذْهُ وَتَصَدَّقْ بِهِ » ^(٨) . وَإِذَا تَبَّتْ فِي الْمَجَامِعِ بِالْخَبْرِ ، تَبَّتْ فِي الْمُظَاهِرِ بِالْقِيَاسِ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ إِطْعَامٌ وَاجِبٌ ، فَلَمْ يَخْتَلَفْ بِاخْتِلَافِ أَنْوَاعِ الْمُخْرَجِ ، كَالْفِطْرَةِ وَفِدْيَةِ الْأَذَى . وَقَالَ مَالِكٌ : لِكُلِّ مِسْكِينٍ مُدَّدَانِ مِنْ جَمِيعِ الْأَنْوَاعِ . وَمِمَّنْ قَالَ : مُدَّدَانِ مِنْ قَمْحٍ ؛ بِجَاهِدٍ ، وَعِكْرَمَةَ ، وَالشَّعْبِيَّ ، وَالنَّحْيِيُّ ^(٩) ؛ لِأَنَّهَا كِفَارَةٌ تَشْتَمِلُ عَلَى صِيَامٍ وَإِطْعَامٍ ، فَكَانَ لِكُلِّ مِسْكِينٍ نِصْفُ صَاعٍ ، كِفْدِيَّةِ الْأَذَى . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَصْحَابُ / الرَّأْيِ : مِنَ الْقَمْحِ مُدَّدَانِ ، وَمِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ صَاعٌ ، لِكُلِّ مِسْكِينٍ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ فِي حَدِيثِ سَلَمَةَ بْنِ صَخْرٍ : « فَأَطْعِمْ وَسَقِّمْ مِنْ تَمْرٍ » . رَوَاهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي « الْمُسْنَدِ » ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا ^(١٠) . وَرَوَى الْحَلَّالُ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ يُوسُفَ بْنِ

٩٠/٨ و

(٦) سقط من : م .

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

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

(٩) سقط من : أ .

(١٠) تقدم تخريجه في صفحة ٥٥ .

عبد الله بن سلام ، عن خُوَيْلَةَ : فقال لى رسول الله ﷺ : « فليُطعمَ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسَقًا مِنْ تَمْرٍ » . وفي رواية أبى داودَ : وَالْعَرَقَ سِتُّونَ صَاعًا^(١١) . وَرَوَى ابْنُ ماجه^(١٢) ، بإسناده عن ابن عباس ، قال : كَفَّرَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بِصَاعٍ مِنْ تَمْرٍ ، وَأَمَرَ النَّاسَ : « فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَنِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ » . وَرَوَى الْأَثَرُ ، بإسناده عن عمر رَضِيَ اللهُ عَنْهُ ، قال : أُطِعِمَ عَنَى صَاعًا مِنْ تَمْرٍ أَوْ شَعِيرٍ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ^(١٣) . وَلِأَنَّهُ إِطْعَامٌ لِلْمَسَاكِينِ ، فَكَانَ صَاعًا مِنَ التَّمْرِ وَالشَّعِيرِ ، أَوْ نِصْفَ صَاعٍ مِنْ بُرٍّ ، كَصَدَقَةِ الْفَطْرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، ثنا إِسْمَاعِيلُ ، ثنا أَيُّوبُ ، عَنْ أَبِي يَزِيدَ^(١٤) الْمَدَنِيِّ قال : جَاءَتْ امْرَأَةٌ مِنْ بَنِي بَيْضَةَ بِنِصْفِ وَسِقِ شَعِيرٍ ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْمُظَاهِرِ : « أُطِعِمْ هَذَا ؛ فَإِنَّ مُدْنَى شَعِيرٍ مَكَانٌ مُدُّ بُرٍّ »^(١٥) . وَهَذَا نَصٌّ . وَيُدَلُّ عَلَى أَنَّهُ مُدُّ بُرٍّ ، أَنَّهُ قَوْلُ زَيْدٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ ، وَلَمْ نَعْرِفْ لَهُمْ فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفًا^(١٦) ، فَكَانَ إِجْمَاعًا ،^(١٧) وَيُدَلُّ عَلَى^(١٧) أَنَّهُ نِصْفُ صَاعٍ مِنَ التَّمْرِ أَوْ الشَّعِيرِ^(١٨) ، مَا رَوَى عَطَاءُ بْنُ يَسَّارٍ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ لِحُوَيْلَةَ^(١٩) امْرَأَةَ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ : « أَذْهَبِي إِلَى فُلَانِ الْأَنْصَارِيِّ ، فَإِنَّ عِنْدَهُ شَطْرٌ وَسِقٌ مِنْ تَمْرٍ ، أَخْبَرَنِي أَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَتَّصِدَّقَ بِهِ ، فَلْتَأْخُذِيهِ ، فَلْيَتَّصِدَّقْ بِهِ عَلَى سِتِّينَ مِسْكِينًا »^(٢٠) . وَفِي حَدِيثِ أَوْسِ بْنِ الصَّامِتِ أَنَّ

(١١) حديث خويلدة تقدم تخريجه في صفحة ٥٤ عن غير الحلال .

(١٢) في : باب كم يطعم في كفارة اليمين ، من كتاب الكفارات . سنن ابن ماجه ١ / ٦٨٢ .

(١٣) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب إطعام عشرة مساكين أو كبوتهم ، من كتاب الأيمان والنذور . المصنف ٥٠٧ / ٨ .

(١٤) في ب : « زيد » . وتقدم تصحيحه في : ٣٨٣ / ٤ .

(١٥) تقدم تخريجه في : ٣٨٣ / ٤ ، ويوقع منه المسند .

(١٦) في الأصل : « مخالفة » .

(١٧-١٧) في ا ، ب ، م : « وعلى » .

(١٨) في الأصل ، ب ، م : « والشعير » .

(١٩) في النسخ : « لحويلة » .

(٢٠) أخرجه البيهقي ، في : باب من له الكفارة بالإطعام ، من كتاب الظهار . السنن الكبرى ٧ / ٣٨٩ ، ٣٩٠ .

وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في الظهار ، من كتاب الطلاق . السنن ١٥ / ٢ .

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

ظ ٩٠/٨

(٢١) - (٢١) : ١ (: بهما) .

(٢٢) تقدم تخريجه في : صفحة ٥٤ .

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

(٢٤) تقدم تخريجه في : ٣٦٦/٤ .

(٢٥) في ١ ، م : « إذا » .

(٢٦) في ب : « غيره » .

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

(٢٨) في ١ ، م : « لأحمد » .

اقتصَرَ على البعض الذي لم يجد سواه . وحديثُ أوس ابن أخى عبادة مُرسَلٌ ، يرويه عنه عطاءٌ ولم يُدرِكْه ، على أنه حُجَّةٌ لنا ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ أعطاه عرقًا ، وأعانته امرأته بآخَرَ ، فصارا جميعًا ثلاثين صاعًا . وسائر الأخبارِ تجمَعُ بينها وبين أخبارنا بحملها على الجوازِ ، وأخبارنا على الإجزاءِ ، وقد عضد هذا أن ابن عباسٍ راوى بعضها ، ومذهبه أن المُدَّ من البرِّ يُجزئُ ، وكذلك أبو هريرةَ ، وسائرُ ما ذكرنا من الأخبارِ ، مع الإجماع الذي نقله سليمان بن يسارٍ . والله أعلم .

فصل : وبقي الكلام في الإطعام في أمور ثلاثة ؛ كَيْفِيَّتُهُ ، وجنسُ الطَّعامِ ، ومُسْتَحِقُّهُ . فأما كَيْفِيَّتُهُ ، فظاهرُ المذهبِ أن الواجبَ تملكُ كُلِّ إنسانٍ من المساكين (٢٩) القَدْرَ (٣٠) الواجبَ له من الكفارة ، ولو غَدَى المساكينَ أو عَشَّاهُمْ لم يُجزئْهُ ، سواءَ فَعَلَ ذلك بالقَدْرِ الواجبِ ، أو أقلَّ ، أو أكثرَ ، ولو غَدَى كُلَّ واحدٍ بِمُدٍّ ، لم يُجزئْهُ ، إلا أن يملكه إياه . وهذا مذهبُ الشَّافعيِّ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرى ، أنه يُجزئْهُ إذا أَطْعَمَهُمُ القَدْرَ الواجبَ لهم . وهو قولُ النَّحْعيِّ ، وأبى حنيفةَ . وأطعمَ أنسٌ في فِدْيَةِ الصِّيَامِ (٣١) . قال أحمدُ : أَطْعَمَ شيئًا كثيرًا ، وصنَعَ (٣٢) الجِفَانَ . وذكرَ حديثَ حَمَادِ بنِ سَلَمَةَ ، عن ثابتٍ ، عن أنسٍ ، وذلك لقولِ الله تعالى : ﴿ فإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ (٣٣) . وهذا قد أَطْعَمَهُمُ ، فينبغي أن يُجزئْهُ ، ولأنَّهُ أَطْعَمَ المساكينَ ، فأجزأهُ ، كما لو ملكَهُمُ . ولنا ، أنَّ المَنْقُولَ عن الصَّحابةِ إعطاؤُهُمُ ؛ ففي قولِ زيدٍ ، وابنِ عباسٍ ، وابنِ عمرَ ، وأبى هريرةَ ، مُدٌّ لِكُلِّ فقيرٍ . وقال النَّبِيُّ ﷺ لِكَعْبِ في فِدْيَةِ الأَدَى :

(٢٩) سقط من: الأصل .

(٣٠) في ب : « للقدر » .

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

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

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

المعجم الكبير ١ / ٢١٤ .

(٣٢) في الأصل : « وضع » .

(٣٣) سورة المجادلة ٤ .

« أَطْعِمُ ثَلَاثَةَ أَصْعُجٍ مِنْ تَمْرٍ ، بَيْنَ سِتَّةِ مَسَاكِينٍ » (٣٤) . ولأنه مَالٌ وَجَبَ لِلْفُقَرَاءِ شَرْعًا ، فَوَجِبَ تَمْلِيكُهُمْ إِيَّاهُ كَالزَّكَاةِ . فَإِنْ قُلْنَا : يُجْزَى . اشْتَرَطَ أَنْ يُعَدِّيَهُمْ بِسِتِّينَ مُدًّا فَصَاعِدًا ؛ لِيَكُونَ قَدْ أَطْعَمَهُمْ قَدْرَ الْوَاجِبِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُجْزَى أَنْ يُعَدِّيَهُمْ ، فَقَدَّمَ إِلَيْهِمْ سِتِّينَ مُدًّا ، وَقَالَ / : هَذَا بَيْنَكُمْ بِالسُّوْيَةِ . فَاقْبَلُوهُ ، أَجْزَأُ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهُمْ التَّصَرُّفُ فِيهِ وَالانْتِفَاعُ قَبْلَ الْقِسْمَةِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ : يُجْزَى ، وَإِنْ لَمْ يَقُلْ : بِالسُّوْيَةِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ : خُذُوهَا عَنْ كَفَّارَتِي . يَقْتَضِي السُّوْيَةَ ، لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُهَا . وَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ عَلِمَ أَنَّهُ وَصَلَ إِلَى كُلِّ وَاحِدٍ قَدْرَ حَقِّهِ ، أَجْزَأُ ، وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ، لَمْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ شَعْلُ ذِمَّتِهِ ، مَا لَمْ يَعْلَمْ وَصُولَ الْحَقِّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ دَفَعَ الْحَقَّ إِلَى مُسْتَحِقِّهِ مُشَاعًا ، فَاقْبَلُوهُ ، فَبَرِيءٌ مِنْهُ ، كَذِيُونِ غُرْمَائِهِ .

٩١/٨ و

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

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

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

(٣٤) تقدم تخريجه في : ١١٦ ، ١٤٥ / ٥ .

(٣٥) سقط من : الأصل .

يوم من كفارة ، فلم يُجزئهُ الدَّفْعُ إليه ثانيًا في يومه ، كما لو دَفَعَهُمَا^(١) إليه من كفارة واحدة . فعلى هذه الرواية ، يُجزئهُ عن إحدى الكفارتين . وهل له الرجوعُ في الأخرى ؟ يُنظر ؛ فإن^(٢) كان أعلمه أنها عن كفارة ، فله الرجوعُ ، وإلا فلا . ويتخرَّجُ أن لا يرجع بشيء ، على ما ذكرناه في الزكاة . والروايةُ الأولى أقمِسُ وأصحُّ ، فإنَّ اعتبارَ عددِ المساكين ، أولى من اعتبارِ عددِ الأيام ، ولو دَفَعُ إليه ذلك في يومين أجزأ ، ولأنَّه لو كان الدَّفْعُ اثنتين ، أجزأ عنهما ، فكذلك إذا كان الدَّفْعُ واحدًا . ولو دَفَعُ سِتِّينَ مُدًّا إلى ثلاثين فقيرًا من كفارة واحدة ، أجزأه من ذلك ثلاثون ، ويُطعمُ ثلاثين آخرين ، وإن دَفَعُ السِتِّينَ من كفارتين . أجزأه ذلك ، على إحدى الروايتين ، ولا يُجزئُ في الأخرى^(٣) إلا عن^(٤) ثلاثين . والأمرُ الثاني ، أنَّ المُجزئُ في الإطعام ما يُجزئُ في الفِطْرَةِ ، وهو البرُّ ، والشَّعِيرُ ، والتَّمْرُ ، والزَّيْبُ ، سواء كانت قوته أو لم تكن ، وما عداها . فقال القاضي : لا يُجزئُ إخراجُه ، سواء كان قوتَ بَلَدِهِ أو لم يكن ؛ لأنَّ الحَبَرَ وَرَدَ بإخراج هذه الأصنافِ ، على ما جاء في الأحاديثِ التي رَوَيْنَاهَا ، ولأنَّه الجنسُ المُخرَجُ في الفِطْرَةِ ، فلم يُجزئُ غيره ، كما لو لم يكن قوتَ بَلَدِهِ . وقال أبو الحَطَّابِ : عندى أنَّه يُجزئُهُ الإخراجُ من جميع الحبوبِ التي هي قوتُ بَلَدِهِ ، كالذُّرَّةِ ، والدُّخْنِ ، والأُرْزِّ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾^(٤) . وهذا مما يُطعمُهُ أهله ، فوجبَ أن يُجزئَهُ بظاهِرِ النَّصِّ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ . فإنَّ أخرجَ غيرَ قوتِ بَلَدِهِ ، أجمَدَ منه ، فقد زادَ خيرًا ، وإن كان أنقصَ ، لم يُجزئَهُ ، وهذا أجودُ .

فصل : والأفضلُ عندَ أبي عبد الله ، إخراجُ الحَبِّ ؛ لأنَّه يخرُجُ به من الخِلافِ ، وهي حالةُ كَمَالِهِ ، لأنَّه يُدخِرُ فيها ، ويتهَيِّأُ لمنافعِهِ كُلِّهَا ، بخِلافِ غيره . فإنَّ أخرجَ

(١) في الأصل : « دفعها » .

(٢) في م : « فإذا » .

(٣-٣) في ١ ، ب ، م : « عن إلا » .

(٤) سورة المائدة ٨٩ .

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

٩٢/٨

(٥) سقط من: الأصل.

(٦) في ب: « قلت » .

مقصودًا في الكفارة ، فإنها مُقَدَّرَةٌ بما يَقُوتُ المسكينَ في يومه ، فيدُلُّ ذلك على أنَّ المقصودَ كِفَايَتُهُ في يومه ، وهذا قد هَيَّأَهُ للأكلِ الْمُعتَادِ للاقتِيَابِ ، وكفاهم مُؤنَّتَهُ ، فأشْبَهَ ما لو تَقَى الجِنطَةَ وَعَسَلَهَا . وَأَمَّا الهَرِيسَةُ وَالكَبُولَا^(٧) وَنَحْوُهُمَا ، فلا يُجْزَى ؛ لأنَّهُمَا خَرَجَا عنِ الاقْتِيَابِ الْمُعتَادِ إلى حَيِّزِ الإِدَامِ . وَأَمَّا السُّويْقُ ، فالصَّحِيحُ أَنَّهُ لا يُجْزَى ؛ لذلك . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ يُقْتَاتُ في بعضِ البُلْدَانِ ، ولا يُجْزَى مِنَ الحُبْزِ والسُّويْقِ أَقْلٌ مِنْ شَيْءٍ يُعْمَلُ مِنْ مُدٍّ ، فَإِنْ أَخَذَ مُدَّ جِنطَةَ ، أَوْ رِطْلًا وَثُلْثًا مِنَ الدَّقِيقِ ، وَصَنَعَهُ حُبْزًا ، أَجْزَاهُ . وَقَالَ الخَرِيقِيُّ : يُجْزَى رِطْلَانِ . قَالَ القَاضِي : المُدُّ يَجِيءُ مِنْهُ رِطْلَانِ ؛ وَذلكَ لِأَنَّ الغَالِبَ أَنَّ رِطْلَيْنِ مِنَ الحُبْزِ لا تَكُونُ إِلَّا مِنْ مُدٍّ ، وَذلكَ بِالرِطْلِ الدَّمَشَقِيِّ حُمْسُ أَوَاقٍ وَأَقْلٌ مِنْ حُمْسِ أَوْقِيَّةٍ ، وَهذا في البُرِّ ، فَأَمَّا إِنْ كانَ المُخْرَجُ مِنَ الشَّعِيرِ ، فلا يُجْزَى إِلَّا ضَعْفُ ذلكَ ، على ما قَرَّرْتَاهُ .

فصل : لا تُجْزَى القِيمَةُ في الكفارة . نَقَلَهَا المِيمُونِيُّ ، والأَثَرُمُ . وَهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَخَرَجَ بعضُ أَصْحَابِنَا مِنْ كَلَامِ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزَى . وَهو ما رَوَى الأَثَرُمُ ، أَنَّ رَجُلًا سَأَلَ أَحْمَدَ ، قَالَ : أَعْطَيْتُ في كَفَّارَةِ حُمْسَةَ دَوَانِيْقٍ ؟ فَقَالَ : لو اسْتَشْرَيْتَنِي قَبْلَ أَنْ تُعْطِيَ لَمْ أُشِرْ عَلَيْكَ ، وَلَكِنْ أَعْطِ^(٨) مَا بَقِيَ مِنَ الأَثْمَانِ على ما قُلْتُ لك . وَسَكَتَ عَنِ الذِّي أَعْطَى . وَهذا ليس بِرِوَايَةٍ ، وَإِنَّمَا سَكَتَ عَنِ الذِّي أَعْطَى ؛ [لأنَّهُ^(٩) مُخْتَلَفٌ فِيهِ ، فَلَمْ يَرِ التَّضْيِيقَ عَلَيْهِ فِيهِ .

الأمرُ الثالثُ ، أَنَّ مُسْتَحِقَّ الكَفَّارَةِ هُمُ المَساكِينُ الَّذِينَ يُعْطَوْنَ مِنَ الرِّكَاةِ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ إِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًا ﴾ . وَالْفُقَرَاءُ يَدْخُلُونَ فِيهِمْ ؛ لِأَنَّ فِيهِمُ المَسْكَنَةَ وَزِيَادَةً ، وَلا خِلافَ في هَذَا . فَأَمَّا الأَغْنِيَاءُ فلا حَقَّ لَهُمْ في الكَفَّارَةِ ، سِوَا ما كانوا مِنْ أَصْنَافِ الرِّكَاةِ ، كَالعَزَاةِ وَالمُؤَلَّفَةِ قُلُوبِهِمْ^(١٠) ، أَوْ لَمْ يَكُونُوا ؛ لِأَنَّ

(٧) الكبولا : العصيدة .

(٨) في م زيادة : « على » .

(٩) تكملة لازمة .

(١٠) سقط من : الأصل ، ب ، م .

الله تعالى خصَّ بها المساكينَ ، واختلف أصحابنا في المُكاتبِ ؛ فقال القاضي ، في «المُجرَّد» ، وأبو الخطابِ ، في «الهداية» : لا يجوز دَفْعُها إليه . وهو مذهبُ الشافعيِّ . وقال الشَّريفُ أبو جعفرٍ ، وأبو الخطابِ ، في «مسائلهما» : يجوزُ الدَّفْعُ إليه . وهو مذهبُ أبي حنيفةَ ، وأبي ثورٍ ؛ لأنه يأخذُ مِنَ الرِّكَاةِ لحاجتِهِ ، فأشبهَهُ المسكينَ . ووجهُ الأولى أَنَّ الله تعالى خصَّ بها المساكينَ ، والمُكاتبونَ صِنْفٌ آخَرُ ، فلم يَجْزِ الدَّفْعُ إليهِم ، كالغُرَّةِ والمُؤلِّفَةِ ، ولأنَّ الكفَّارةَ قَدَّرتْ بقُوَّةِ يومٍ لكلِّ مسكينٍ ، وصَرَفَتْ^(١١) إلى مَنْ يَحْتَاجُ إليها للاقتيَاتِ ، والمُكاتبُ لا يأخذُ لذلك ، فلا يكونُ في معنى المسكينِ . ويُفَارِقُ الرِّكَاةَ ، فإنَّ الأغنياءَ يأخذونَ منها ، وهم الغُرَّةُ ، والعامِلونَ عليها^(١٢) ، والمُؤلِّفَةُ ، والغارمونَ ، ولأنَّهُ غَنِيٌّ بِكسْبِهِ أو بِسَيِّدِهِ ، فأشبهَهُ العامِلَ . ولا خِلافَ بينهم في أَنَّهُ لا يجوزُ دَفْعُها إلى عَبْدٍ ؛ لأنَّ نَفَقَتَهُ واجبةٌ على سيِّدِهِ ، وليس هو من أصنافِ الرِّكَاةِ ، ولا إلى أُمِّ وُلْدٍ ؛ لأنَّها أُمَّةٌ نَفَقَتُها على سيِّدِها ، وكسْبُها له ، ولا إلى مَنْ تَلَزَمَهُ نَفَقَتُهُ . وقد ذكرنا ذلك في الرِّكَاةِ^(١٣) ، وفي دَفْعِها إلى الزَّوْجِ وَجْهَانِ ؛ بناءً على دَفْعِ الرِّكَاةِ إليه . ولا يجوزُ دَفْعُها إلى كافرٍ . وهذا قال الشافعيُّ . وخرَّجَ أبو الخطَّابِ وجهًا في إعطائهم ، بناءً على الروايةِ في إعْتاقِهِم . وهو قولُ أبي ثورٍ ، وأصحابِ الرُّأيِ ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿إِطْعَامُ عَشْرَةِ مَسْكِينٍ﴾ . وأطلقَ ، فيدخُلونَ في الإِطلاقِ . ولنا ، أَنَّهُ كافرٌ ، فلم يَجْزِ الدَّفْعُ إليه ، كَمَساكينِ أهلِ الحربِ ، وقد سلَّمَهُ أصحابُ الرُّأيِ ، والآيةُ مَحْصُوصَةٌ بأهلِ الحربِ ، فَتَقْيِسُ عليهم سائرَ الكُفَّارِ ، ويجوزُ صَرْفُها إلى^(١٤) الكبيرِ ، والصَّغِيرِ^(١٥) ، إنَّ كانَ مِمَّنْ يَأْكُلُ الطَّعامَ . وإذا أرادَ صَرْفَهُ إلى الصَّغِيرِ ، فَإِنَّهُ يَدْفَعُهُ^(١٥) إلى وِليِّهِ ، يَقْبِضُ له ؛ فَإِنَّ الصَّغِيرَ لا يَصِحُّ مِنْهُ الْقَبْضُ . فأما مَنْ لا يَأْكُلُ الطَّعامَ ،

(١١) في ١ : « فصرفت » .

(١٢) سقط من : الأصل ، ١ .

(١٣) تقدم في : ٩٨/٤ وما بعدها .

(١٤) (١٤-١٤) في ٣ : « الصغير والكبير » .

(١٥) في الأصل : « يدفع » .

فظاهرُ كلامِ الخِرَقِيِّ أَنَّهُ لَا يَجُوزُ الدَّفْعُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْكُلُهُ ، فَيَكُونُ بِمَنْزِلَةِ دَفْعِ الْقِيَمَةِ .
 وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ : يُجْزَى ؛ لِأَنَّهُ مَسْكِينٌ يُدْفَعُ إِلَيْهِ مِنَ الزَّكَاةِ ، فَأَشْبَهَ الْكَبِيرَ . وَإِذَا
 قُلْنَا : يَجُوزُ^(١) الدَّفْعُ إِلَى الْمُكَاتِبِ ، جَازَ لِلسَّيِّدِ الدَّفْعُ مِنْ كَفَّارَتِهِ إِلَى مُكَاتِبِهِ ؛ لِأَنَّهُ
 يَجُوزُ أَنْ يُدْفَعَ إِلَيْهِ مِنْ زَكَاتِهِ .

فصل : وَيَجُوزُ دَفْعُ الْكُفَّارَةِ إِلَى مَنْ ظَاهِرُهُ الْفَقْرُ ، فَإِنْ بَانَ غَنِيًّا ، فَهَلْ تُجْزَى فِيهِ
 وَجْهَانِ ؛ بِنَاءً عَلَى الرَّوَابِئِيِّ فِي الزَّكَاةِ . وَإِنْ بَانَ كَافِرًا ، أَوْ عَبْدًا ، لَمْ يُجْزَى ، وَجْهًا
 وَاحِدًا .

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

وجملة ذلك ، أَنَّهُ إِذَا تَحَلَّلَ صَوْمَ الظُّهَارِ زَمَانًا لَا يَصِحُّ صَوْمُهُ عَنِ الْكُفَّارَةِ ، مِثْلَ أَنْ
 يَبْتَدِئَ الصَّوْمَ مِنْ أَوَّلِ شَعْبَانَ ، فَيَتَحَلَّلَهُ رَمَضَانَ وَيَوْمَ الْفِطْرِ ، أَوْ يَبْتَدِئَ مِنْ ذِي الْحِجَّةِ ،
 فَيَتَحَلَّلَهُ يَوْمَ النَّحْرِ وَأَيَّامَ التَّشْرِيقِ ، فَإِنَّ التَّتَابُعَ لَا يَنْقَطِعُ بِهَذَا ، وَيَبْنَى عَلَى مَا مَضَى مِنْ
 صِيَامِهِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَنْقَطِعُ التَّتَابُعُ ، وَيَلْزُمُهُ الْاسْتِثْنَاءُ ؛ لِأَنَّهُ أَفْطَرَ فِي أَثْنَاءِ
 الشُّهُورَيْنِ بِمَا كَانَ يُمَكِّنُهُ التَّحَرُّزُ مِنْهُ ، فَأَشْبَهَ مَا^(١) إِذَا أَفْطَرَ بغيرِ^(٢) ذلك ، أَوْ صَامَ^(٣) عَنْ
 نَذْرٍ ، أَوْ كُفَّارَةٍ أُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَمَنٌ مَنَعَهُ الشَّرْعُ عَنْ صَوْمِهِ فِي الْكُفَّارَةِ ، فَلَمْ يَقْطَعْ
 التَّتَابُعَ ، كَالْحَيْضِ وَالنَّفَاسِ .^(٤) فَإِنْ قَالُوا : الْحَيْضُ وَالنَّفَاسُ^(٤) غَيْرُ مُمَكِّنِ التَّحَرُّزِ مِنْهُ .
 قُلْنَا : قَدْ يُمَكِّنُ التَّحَرُّزُ مِنَ النَّفَاسِ بِأَنْ لَا تَبْتَدِئَ الصَّوْمَ فِي حَالِ الْحَمْلِ ، وَمِنْ الْحَيْضِ

(١٦) فِي ب : « يَجُوزُ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢) فِي ب : « لغير » .

(٣) فِي إِهَادَةِ : « نَذْرًا وَكُفَّارَةً » .

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

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

٩٣/٨ ط

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

(٥) في ا ، ب ، م : استأنف .

(٦) في ا : يمكنه .

(٧) في م : وصح .

(٨) سقط من : الأصل .

إجماعًا . وهذا قال الثَّورِيُّ ، وأهل العراق ، ومالكٌ في أهل الحِجَازِ ، والشَّافِعِيُّ ، وأبو نُورٍ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وغيرهم ؛ لأنَّ الله تعالى قال : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعِينَ ﴾ . وهذا شهران مُتَتَابِعَانِ : وإنَّ بَدَأَ مِنْ أَثْنَاءِ شَهْرٍ ، فَصَامَ سِتِّينَ يَوْمًا . أَجْزَأَهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ أَيْضًا . قال ابنُ المُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . فَأَمَّا إِنْ صَامَ شَهْرًا بِالْهَيْلَالِ ، وَشَهْرًا بِالْعَدَدِ ، فَصَامَ خَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا مِنَ الْمُحَرَّمِ ، وَصَفَرَ^(٩) جَمِيعَهُ ، وَخَمْسَةَ عَشَرَ يَوْمًا^(١٠) مِنْ رَيْبِ ، فَإِنَّهُ يُجْزِئُهُ ، سِوَاءَ كَانَ صَفَرَ تَامًا أَوْ نَاقِصًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ اعْتِبَارُ الشُّهُورِ بِالْأَهْلَةِ ، لَكِنْ تَرَكَنَاهُ فِي الشَّهْرِ الَّذِي بَدَأَ مِنْ وَسْطِهِ لِتَعَذُّرِهِ ، فَفِي الشَّهْرِ الَّذِي أَمَكَّنَ اعْتِبَارَهُ يَجِبُ أَنْ يُعْتَبَرَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَيَتَوَجَّهُ أَنْ يُقَالَ : لَا يُجْزِئُهُ إِلَّا شَهْرَانِ بِالْعَدَدِ ؛ لِأَنَّ اللَّامَ ضَمَمْنَا إِلَى الْخَمْسَةِ عَشَرَ^(١١) مِنَ الْمُحَرَّمِ^(١٢) خَمْسَةَ عَشَرَ مِنْ صَفَرَ ، فَصَارَ ذَلِكَ شَهْرًا ، صَارَ^(١٣) ابْتِدَاءَ صَوْمِ الشَّهْرِ الثَّانِي^(١٤) مِنْ أَثْنَاءِ شَهْرٍ أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ الرَّهْرِيِّ .

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

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

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١-١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في ١ ، م : « صام » .

(١٣) في ب : « التالى » .

(١٤) في الأصل : « لصوم » .

فلم يُجزئهُ عن غيره ، كيَوْمِي الْعِيدَيْنِ ، ولا يُجزِي عن رمضان ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ بِالنِّيَّاتِ ، وَإِنَّمَا لِامْرِئٍ/ مَا نَوَى »^(١٥) . وهذا ما نَوَى رمضان ، فلا يُجزئهُ ، ولا فرق بين الْحَضَرِ وَالسَّفَرِ ؛ لأنَّ الزَّمانَ مُتَعَيَّنٌ ، وَإِنَّمَا جازَ فِطْرُهُ في السَّفَرِ رُحْصَةً ، فإذا تَكَلَّفَ وصامَ ، رَجَعَ إلى الْأَصْلِ . فإنَّ سافرَ في رمضانَ الْمُتَحَلِّلَ لَصَوْمِ الْكُفَّارَةِ وَأَفْطَرَ ، لم يَنْقَطِعِ التَّائِبُ ؛ لأنَّه زمنٌ لا يَسْتَحِقُّ صَوْمَهُ عن الْكُفَّارَةِ ، فلم يَنْقَطِعِ التَّائِبُ بِفِطْرِهِ كَاللَّيْلِ .

١٣٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْمُظَاهِرُ عَبْدًا ، لَمْ يُكْفَرْ إِلَّا بِالصِّيَامِ ، وَإِذَا صَامَ ، فَلَا يُجْزئُهُ إِلَّا شَهْرَانِ مُتَّابِعَانِ)

قد ذَكَرْنَا أَنَّ ظَهَرَ الْعَبْدِ صَحِيحٌ وَكُفَّارَتُهُ بِالصِّيَامِ ؛ لأنَّ اللَّهَ تَعَالَى قال : ﴿ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامَ شَهْرَيْنِ مُتَّابِعَيْنِ ﴾^(١٦) . وَالْعَبْدُ لا يَسْتَطِيعُ الْإِعْتِاقَ ، فهو كَالْحُرِّ الْمُعْسِرِ ، وَأَسْوَأُ مِنْهُ حَالًا ، وظاهرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ لا يُجْزئُهُ غَيْرُ الصِّيَامِ ، سواءً أذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ في التَّكْفِيرِ^(١٧) بِالْعِتْقِ ، أو لم يَأْذَنْ^(١٨) . وَحِكْمِي هَذَا عن الْحَسَنِ ، وأبَى حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيَّ . وعن أَحْمَدَ ، روايةٌ أُخْرَى ، إنَّ أذِنَ لَهُ سَيِّدُهُ في التَّكْفِيرِ^(١٩) بِالْمَالِ ، جازَ . وهو مذهبُ الْأَوْزَاعِيِّ ، وأبَى ثَوْرٍ ؛ لأنَّه يَأْذِنُ سَيِّدُهُ بِصَيْرُ قَادِرًا على التَّكْفِيرِ بِالْمَالِ ، فَجازَ لَهُ ذلكَ ، كَالْحُرِّ . وعلى هَذِهِ الرَّوَايةِ ، يجوزُ لَهُ التَّكْفِيرُ بِالْإِطْعَامِ عِنْدَ الْعَجْزِ عن الصِّيَامِ . وهل لَهُ الْعِتْقُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، « لا يجوزُ » . وَحِكْمِي هَذَا عن مالِكٍ ، وقال : أرجو أن يُجْزئَهُ الْإِطْعَامُ . وَأَنْكَرَ ذلكَ ابنُ الْقَاسِمِ صاحِبُهُ ، وقال : لا يُجْزئُهُ إِلَّا الصِّيَامُ ؛ وذلكَ لأنَّ الْعِتْقَ يَقْتَضِي الْوِلَاةَ ، وَالْوِلَاةَ ، وَالْإِرْثَ ، وليس ذلكَ لِلْعَبْدِ . وَالرَّوَايةُ الثَّانِيَةُ ، لَهُ الْعِتْقُ . وهو قولُ الْأَوْزَاعِيِّ . واختارها أَبُو بَكْرٍ ؛ لأنَّ مَنْ صَحَّ تَكْفِيرُهُ بِالْإِطْعَامِ ، صَحَّ

(١٥) تقدم تخريجه في : ١٥٦/١ .

(١٦) سورة المجادلة ٤ .

(١٧) في ب : « بالتكفير » .

(١٨) في الأصل زيادة : « له » .

(١٩) سقط من : م .

بالعِتقِ ، ولا يَمْتَنِعُ صِحَّةُ العِتقِ مع انْتِفَاءِ الإرْثِ . كما لو أعتقَ مَنْ يُخالفُه في دينه ، ولأنَّ المقصودَ بالعِتقِ إسقاطُ المِلْكِيَّةِ عن العبيدِ ، وتَمْلِكُكَ نَفْعَ نَفْسِهِ ، وتخلُّوصُه مِنْ ضَرَرِ الرِّقِّ ، وما يَحْصُلُ مِنْ تَوابعِ ذلك ليس هو المقصودُ ، فلا يَمْتَنِعُ مِنْ صِحَّتِهِ ما يَحْصُلُ مِنْهُ المقصودُ ، لا ممتناع بعضِ توابعه . ووجهُ الأولى ، أَنَّ العبدَ مالٌ ، لا يَمْلِكُ المَالَ ، فيَقَعُ تَكْفِيرُه بِالمالِ بِمالِ غيره ، فلم يُجْزِئْهُ ، كما لو أعتقَ عبدَ غيره عن (٥) كَفَّارَتِهِ . وعلى كِلْتا الرِّوايَتَيْنِ ، لا يَلْزِمُهُ التَّكْفِيرُ بِالمالِ ، وإن أذن له سيِّدُه فيه ؛ لأنَّ فَرْضَه الصِّيَامَ ، فلم يَلْزِمْهُ غيره ، كما لو أذن مُوسِرٌ لِحُرٍّ مُعَسِّرٍ في التَّكْفِيرِ مِنْ مالِهِ . ولو (٦) كان عاجزاً عن الصِّيَامِ ، فأذن له / سيِّدُه في التَّكْفِيرِ بما شاء مِنَ العِتقِ والإطعامِ ، فإنَّ (٧) له التَّكْفِيرُ بالإطعامِ ؛ لأنَّ مَنْ لا يَلْزِمُهُ الإعتاقُ مع قُدْرَتِهِ على الصِّيَامِ ، لا يَلْزِمُهُ مع عَجْزِهِ عنه ، كالْحُرِّ المُعَسِّرِ ، ولأنَّ عليه ضَرَرًا في التزامِ المِنَّةِ الكَبِيرَةِ في قَبولِ الرِّقَّةِ ، ولا يَلْزِمُ مِثْلُ (٨) ذلك في الطَّعامِ ؛ لِقِلَّةِ المِنَّةِ فيه . وهذا (٩) فيما إذا (٩) أذن له سيِّدُه في التَّكْفِيرِ قَبْلَ العُودِ ، فإن عادَ وَجَبَتْ الكَفَّارَةُ في ذِمَّتِهِ ، ثم أذن له سيِّدُه في التَّكْفِيرِ ، أثبتى مع ذلك على أصيلِ آخَرَ ، وهو أَنَّ التَّكْفِيرَ هل هو مُعْتَبَرٌ بِحالَةِ الوُجُوبِ ، أو بِأَعْلَظِ الأحوالِ ؟ وسنَدُكُ ذلك إن شاء اللهُ تعالى . وعلى كُلِّ حالٍ ، فإذا صامَ ، لا يُجْزِئُهُ إلا شَهْرانِ مُتتَابِعانِ ؛ لدُخُولِهِ في عُمومِ قولِهِ تعالى : ﴿ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتتَابِعِينَ ﴾ . ولأنَّه صَوْمٌ في كَفَّارَةِ فَاسْتَوَى فِيهِ الحُرُّ والعَبْدُ ، ككَفَّارَةِ اليمينِ . وبهذا قالِ الحَسَنُ ، والشَّعْبِيُّ ، والنَّحَّعِيُّ ، والرُّهْرِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإِسْحاقُ . ولا نَعْلَمُ لَهُمُ مُخالفًا ، إلا ما رَوَى عن عطاءٍ ، أَنَّهُ قالَ (١٠) : لو صامَ شَهْرًا ، أَجْزَأَهُ (١١) . وقاله النَّحَّعِيُّ ، ثم رَجَعَ عنه إلى قولِ الجماعةِ .

فصل : والاعتبارُ في الكَفَّارَةِ بِحالَةِ الوُجُوبِ ، في أَظْهَرِ الرِّوايَتَيْنِ ، وهو ظاهِرٌ

٩٤/٨ ظ

(٥) في ١ ، م : « من » .

(٦) في م : « وإن » .

(٧) في ١ : « كان » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩-٩) سقط من : الأصل .

(١٠) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١١) في ب : « لأجزأه » .

كلام الخِرْفِيِّ ؛ لأنه قال : إذا حَنَثَ وهو عَبْدٌ ، فلم يُكْفَرْ حتى عَتَقَ ، فعليه الصَّوْمُ لا يُجْزئُهُ غيره . وكذلك قال الأَثَرِيُّ : سمعتُ أبا عبد الله يُسألُ عن عبدٍ حَلَفَ على يَمِينٍ ، فَحَنَثَ فيها وهو عَبْدٌ ، فلم يُكْفَرْ حتى عَتَقَ ، أَيُكْفَرُ كَفَّارَةً حُرًّا أو كَفَّارَةَ عَبْدٍ ؟ قال : يُكْفَرُ كَفَّارَةَ عَبْدٍ ؛ لأنه إنَّما يُكْفَرُ ما وَجَبَ عليه يومَ حَنَثِ ، ^(١٢) لا يومَ حَلَفَ . قلتُ له : حَلَفَ وهو عَبْدٌ ، وَحَنَثَ وهو حُرٌّ ؟ قال : يومَ حَنَثِ ^(١٣) . واحتجَّ فقال : افتَرَى وهو عَبْدٌ - أى ^(١٤) ثم أُعْتِقَ - فإنَّما يُجْلَدُ جَلْدَ العَبْدِ . وهو أحدُ أقوالِ الشَّافِعِيِّ . فعلى هذه الرواية يُعْتَبَرُ بِسَارِهِ وإِعْسارِهِ حالٌ وَجوبِها عليه ، فإن كان مُوسِرًا حالَ الوجوبِ ، اسْتَمَرَّ وجوبُ الرِّقَبَةِ عليه ، فلم يَسْقُطْ بإِعْسارِهِ بعدَ ذلك . وإن كان مُعْسِرًا ، ففَرَضَهُ الصَّوْمُ ، فإذا أَيْسَرَ بعدَ ذلك ، لم يَلْزَمُهُ الانتقالُ إلى الرِّقَبَةِ . والروايةُ الثانيةُ ، الاعتبارُ بأغْلَظِ الأحوالِ من حينِ الوجوبِ إلى حينِ التَّكْفِيرِ ، فمتى وَجَدَ رِقَبَةً فيما بينَ الوجوبِ إلى حينِ التَّكْفِيرِ ، لم يُجْزئُهُ إلا الإعتاقُ . وهذا قولُ ثانٍ للشَّافِعِيِّ ؛ لأنه حَقٌّ يَجِبُ في الذِّمَّةِ بِوُجودِ مالٍ ، فاعتَبِرَ فيه أغْلَظُ الحالينِ كالْحَجِّ . وله قولٌ ثالثٌ ، أنَّ الاعتبارَ بحالةِ الأداءِ . وهو قولُ أبى حنيفةَ ، ومالكٍ ؛ لأنه حَقٌّ له بَدَلٌ من غيرِ جنسِهِ ، فكان الاعتبارُ فيه بحالةِ الأداءِ ، كالوضوءِ . ولنا ، أنَّ الكَفَّارَةَ تَجِبُ على وجهِ / الطُّهْرَةِ ، فكان الاعتبارُ فيها بحالةِ الوجوبِ ^(١٥) كالحَدِّ ، أو نقولُ : مَنْ وَجَبَ عليه الصِّيَامُ في الكَفَّارَةِ ، لم يَلْزَمُهُ غيرهُ ، كالعَبْدِ إذا أُعْتِقَ ^(١٥) ، ويُفارقُ الوضوءَ ، فإنه لو تَيَمَّمَ ثم وَجَدَ الماءَ ، بَطَلَ تَيَمُّمُهُ ، وههنا لو صامَ ، ثم قَدَرَ على الرِّقَبَةِ ، لم يَبْطُلْ صومُهُ ، وليس الاعتبارُ في الوضوءِ بحالةِ الأداءِ ، فإنَّ أداءَهُ فَعْلُهُ ، وليس الاعتبارُ به ، وإنَّما الاعتبارُ بأداءِ الصَّلَاةِ ، وهي غيرُ الوضوءِ . وأما الْحَجُّ فهو عِبادةُ العُمَرِ ، وجميعُهُ وقتٌ لها ، فمتى قَدَرَ عليه في جُزءٍ من وقتِهِ ، وَجَبَ ، بخلافِ مَسْأَلَتِنَا . ثم يَبْطُلُ ما ذَكَرُوهُ بالعَبْدِ إذا عَتَقَ ^(١٥) ، فإنه لا يَلْزَمُهُ

٩٥/٨

(١٢-١٣) سقط من: الأصل . نقل نظر .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : الأصل .

(١٥) في ١ ، ب ، م : « أعتق » .

الانتقال إلى العتق مع ما ذكره . فإن قيل : العبد لم يكن ممن تجب عليه الرقبة ، ولا تُجزئُه ، فلما لم تُجزئُه الزيادة ، لم تلزمه بتغيير الحال ، بخلاف مسألتنا . قلنا : هذا لا أثر له . إذا ثبت هذا ، فإنه إذا أيسر ، فأحب أن ينتقل إلى الإعتاق ، جاز له ، في ظاهر كلام الجرجاني ؛ فإنه قال : ومن دخل في الصوم ، ثم قدر على الهدى ، لم يكن ^(٦٦) له الانتقال إليه ^(٦٧) إلا أن يشاء . وهذا يدل على أنه إذا شاء فله الانتقال إليه ، ويُجزئُه ، إلا أن يكون الحائث عبداً ، فليس له إلا الصوم وإن عتق . وهو قول الشافعي ، على القول الذي توافقنا فيه ؛ وذلك لأن العتق هو الأصل ، فوجب أن يُجزئَه كسائر الأصول . فأما إن استمر به العجز حتى شرع ^(٦٧) في الصيام ، لم يلزمه الانتقال إلى العتق . بغير خلاف في المذهب . وهو مذهب الشافعي ، وقتادة ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، والشافعي ، وأبي ثور ، وابن المنذر . وهو أحد قولَي الحسن . وذهب ابن سيرين ، وعطاء ، والنخعي ، والحكم ، وحماد ، والثوري ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، إلى أنه يلزمه العتق ؛ لأنه قدر على الأصل قبل أداء فرضه بالبدل ، فلزمه العود إليه ، كالمتمم يجد الماء قبل الصلاة ، أو في أثنائها . ولنا ، أنه لم يقدر على العتق قبل تلبسه بالصيام ، فلم يسقط عنه ، كما لو استمر العجز إلى بعد الفراغ ، ولا يشبهه الوضوء ، فإنه لو وجد الماء بعد التيمم بطل ، وههنا بخلافه ، ولأنه وجد المبدل بعد الشروع في صوم البدل . فلم يلزمه الانتقال ^(٦٨) إليه ، كالمتمم يجد الهدى بعد الشروع في صيام السبعة .

فصل : إذا قلنا : الاعتبار بحالة الوجوب ، فوقته في الظهر زمن العود ، لا وقت المظاهرة ؛ لأن الكفارة لا تجب / حتى يعود ، ووقته ^(٦٩) في اليمين ، زمن الحنث ، لا وقت اليمين ، وفي القتل زمن الزهوق ، لا زمن الجرح ، وتقديم الكفارة قبل الوجوب

(١٦-١٦) في ب ، م : (عليه الخروج) .

(١٧) في ب : (يشرع) .

(١٨) في م : (الانتقام) .

(١٩) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

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

فصل : وإذا كان المظاهر ذمياً ، فتكفيره بالعتق ، أو الإطعام ؛ لأنه يصح منه في غير الكفارة ، فصح منه فيها ، ولا يجوز بالصيام ؛ لأنه عبادة محضة ، والكافر ليس من أهلها ، ولأنه لا يصح منه في غير الكفارة ، فلا يصح منه فيها ، ولا يُجزئه في العتق إلا عتق رقية مؤمنة ، فإن كانت في ملكه ، أو ورثها ، أجزأت عنه ، وإن لم يكن كذلك ، فلا سبيل له إلى شراء رقية مؤمنة ؛ لأن الكافر لا يصح منه شراء المسلم ، ويتعين تكفيره بالإطعام ، إلا أن يقول لمسلم : أعتق عبدك عن كفارتى ، وعلى ثمنه . فيصح ، في إحدى الروايتين . وإن أسلم الذمى قبل التكفير بالإطعام ، فحكمه حكم العبد ، يعتق قبل التكفير بالصيام ، على ما مضى ؛ لأنه في معناه . وإن ظاهر وهو مسلم ، ثم ارتد ، فصام في رده عن كفارته ، لم يصح . وإن كفر بعتق أو إطعام ، فقد أطلق أحد القول أنه لا يُجزئه . وقال القاضي : المذهب أن ذلك موقوف ، فإن أسلم تبيناً أنه أجزأه ، وإن مات أو قتل تبيناً أنه لم يصح منه ، كسائر تصرفاته .

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

قد ذكرنا أن المظاهر يحرم عليه وطء زوجته قبل التكفير ؛ لقول الله تعالى في العتق والصيام : ﴿ مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسًا ﴾ ^(١) . فإن وطئ عصى ربه لمخالفة أمره ، واستقر الكفارة في ذمته ، فلا تسقط بعد ذلك بموت ، ولا طلاق ، ولا ^(٢) غيره ، وتحریم زوجته عليه باق بحاله ، حتى يكفر . هذا قول أكثر أهل العلم . روى ذلك عن سعيد بن المسيب ، وعطاء ، وطاوس ، وجابر بن زيد ، ومورق العجلي ^(٣) ، وأبي مجلز ،

(١) سورة المجادلة ٣ ، ٤ .

(٢) سقط من : الأصل .

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

والتَّحِيَّيُّ ، وعبد الله بن أُذَيْنَةَ ، ومالك ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاق ، وأبي ثَوْرٍ . وَرَوَى الْحَلَّالُ ، عن الصَّلْتِ بن دِينَارٍ ، قال : سألتُ عشرةً من الفقهاء عن المَظَاهِرِ يُجَامِعُ^(٤) قَبْلَ أَنْ يُكْفَرَ ؟ قالوا : ليس عليه إِلَّا كَفَّارَةٌ واحدةٌ . الحسن^(٥) ، وابن سِيرِينَ ، وبكر المَزِينِي ، ومُورِقُ العِجْلِي ، وعطاء ، وطاؤس ، ومجاهد ، وعِكْرِمَةَ ، وقتادة ، وقال وَكَيْعٌ^(٦) : و / أَظُنُّ العَاشِرَ نافعًا . وَحِكْيَى عن عمرو بن العاصي ، أَنَّ عليه كَفَّارَتَيْنِ . وَرَوَى ذلك عن قَبِيصَةَ ، وسعيد بن جُبَيْرٍ ، والزُّهْرِيُّ ، وقتادة ؛ لأنَّ الوَطْءَ^(٧) يُوجِبُ كَفَّارَةً ، والظُّهَارُ مُوجِبٌ لِأُخْرَى^(٨) . وقال أبو حنيفة : لا تَثْبُتُ الكَفَّارَةُ فِي ذِمَّتِهِ ، وَإِنَّمَا هِيَ شَرْطٌ لِلإِبَاحَةِ بَعْدَ الوَطْءِ . كما كانت قَبْلَهُ . وَحِكْيَى عن بعضِ النَّاسِ أَنَّ الكَفَّارَةَ تَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ فَاتٌ وَقْتَهَا ؛ لَكُونِهَا وَجِبَتْ قَبْلَ المَسِيِسِ . ولنا ، حديثُ سَلَمَةَ بن صَخْرٍ حينَ ظاهَرَ ثمَّ وَطِئَ قَبْلَ التَّكْفِيرِ ، فَأَمَرَهُ النَّبِيُّ ﷺ بِكَفَّارَةٍ واحدةٍ^(٩) . ولأنَّهُ وُجِدَ الظُّهَارُ والعَوْدُ ، فيدخُلُ فِي عُمومِ قولِهِ : ﴿ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾^(١٠) . فَأَمَّا قولُهُم : فَاتٌ وَقْتَهَا . فَيَسْتَلُ بِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وبالصَّلَاةِ ، وسائرِ العباداتِ يَجِبُ قضاؤها بَعْدَ قَوَاتِ وَقْتِهَا .

١٣٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَالَتِ الْمَرْأَةُ لِرُزُوجِهَا : أَنْتَ عَلَيَّ كَظْهَرِ أَبِي . لَمْ تُكُنْ مُظَاهِرَةً ، وَلَزِمَتْهَا كَفَّارَةُ الظُّهَارِ ؛ لِأَنَّهَا قَدْ أَتَتْ بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّورِ)

(٤) في ١ : « يطأ زوجته » .

(٥) أي : العشرة هم ؛ الحسن ...

(٦) سقط من : الأصل .

(٧) في الأصل : « ولأن » .

(٨) في م : « للأخرى » .

(٩) تقدم تخريجه في صفحة ٦ .

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

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

٩٦/٨ ظ

(١-١) سقط من : الأصل ، نقل نظر .

(٢) سورة المجادلة ٣ .

(٣) في ١ : « للزوج » .

(٤) أي : النقل .

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

(٦) في ١ : « الذي » .

(٧) سقط من : ب ، م .

(٨) في ١ ، ب : « وتزوجه » .

فَأَعْتَقْتَنِي وَتَزَوَّجْتَهُ . وَرَوَى سَعِيدٌ^(٩) هَذَيْنِ الْخَبِيرَيْنِ مُحْتَصِرَيْنِ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجٌ أَتَى
بِالْمُنْكَرِ مِنَ الْقَوْلِ وَالزُّورِ ، فَلَزِمَهُ كَفَّارَةُ الظُّهَارِ كَالْآخِرِ ، وَلِأَنَّ الْوَاجِبَ كَفَّارَةُ يَمِينِ ،
فَاسْتَوَى فِيهَا الزُّوجَانِ ، كَالْيَمِينِ بِاللَّهِ تَعَالَى . وَالرُّوَايَةُ الثَّانِيَةُ : لَيْسَ عَلَيْهَا كَفَّارَةٌ . وَهُوَ قَوْلُ
مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ مُنْكَرٌ وَزُورٌ ، وَلَيْسَ بِظُهَارٍ ، فَلَمْ
يُوجِبْ كَفَّارَةً ،^(١٠) كَالسَّبِّ وَالْقَذْفِ . وَلِأَنَّهُ قَوْلٌ لَيْسَ بِظُهَارٍ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةً^(١١)
الظُّهَارِ ، كَسَائِرِ الْأَقْوَالِ ، أَوْ تَحْرِيمٍ مِمَّا لَا يَصِحُّ مِنْهُ الظُّهَارُ ، فَأَشْبَهَ الظُّهَارَ مِنْ أُمَّتِهِ .
وَالرُّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ : عَلَيْهَا كَفَّارَةُ الْيَمِينِ . قَالَ أَحْمَدُ :^(١٢) « قَدْ ذَهَبَ^(١١) عَطَاءٌ مَذْهَبًا حَسَنًا ،
جَعَلَهُ بِمَنْزِلَةِ مَنْ حَرَّمَ عَلَى نَفْسِهِ شَيْئًا مِثْلَ الطَّعَامِ وَمَا أَشْبَهَ . وَهَذَا أَقْبَسُ عَلَى مَذْهَبِ أَحْمَدَ ،
وَأَشْبَهُ بِأَصُولِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِظُهَارٍ ، وَمُجَرَّدُ الْقَوْلِ مِنَ الْمُنْكَرِ وَالزُّورِ لَا يُوجِبُ كَفَّارَةَ
الظُّهَارِ ، بِدَلِيلِ سَائِرِ الْكُذْبِ ، وَالظُّهَارِ قَبْلَ الْعَوْدِ ، وَالظُّهَارِ مِنْ أُمَّتِهِ وَأَمِّ وَلَدِهِ ، وَلِأَنَّهُ
تَحْرِيمٌ لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ فِي الْمَحَلِّ ، فَلَمْ يُوجِبْ كَفَّارَةَ الظُّهَارِ ، كَتَحْرِيمِ سَائِرِ الْحَلَائِلِ .
وَلِأَنَّهُ ظُهَارٌ مِنْ غَيْرِ أَمْرَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ الظُّهَارَ مِنْ أُمَّتِهِ ، وَمَا رَوَى عَنْ عَائِشَةَ بِنْتِ طَلْحَةَ ، فِي
عِتْقِ الرَّقِيَّةِ ، فَيَجُوزُ أَنْ يَكُونَ إِعْتَاقُهَا تَكْفِيرًا لِيَمِينِهَا ، فَإِنَّ عِتْقَ الرَّقِيَّةِ أَحَدُ خِصَالِ كَفَّارَةِ
الْيَمِينِ ، وَبَيَّعْنُ حَمْلَهُ عَلَى هَذَا ؛ لِكَوْنِ^(١٢) الْمَوْجُودِ مِنْهَا لَيْسَ بِظُهَارٍ ، وَكَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي
رَوَايَةِ الْأَثَرِمْ ، لَا يَقْتَضِي وَجُوبَ كَفَّارَةِ الظُّهَارِ ، إِنَّمَا قَالَ : الْأَحْوَابُ أَنْ تُكْفَّرَ . وَكَذَا
حَكَاهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَلَا شَكَّ فِي أَنَّ الْأَحْوَابَ التَّكْفِيرُ بِأَغْلَظِ الْكُفَّارَاتِ ، لِيُخْرَجَ مِنْ
الْخِلَافِ ،^(١٣) وَلَكِنْ لَيْسَ^(١٣) ذَلِكَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَنْصُوصٍ عَلَيْهِ ، وَلَا هُوَ فِي

(٩) في : باب ما جاء في ظهار النساء ، من كتاب الطلاق . السنن ١٩ / ٢ .

كما أخرج الأول عبد الرزاق في : باب ظهارها قبل نكاحها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٤٤ / ٦ .

(١٠-١٠) سقط من : الأصل ، ب . نقل نظر .

(١١-١١) في ١ : « ذهب » .

(١٢) في ١ : « ليكون » .

(١٣-١٣) في ب : « وليس » .

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

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

٩٧/٨

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

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

(١٤) في النسخ : « إكراهها » .

(١٥) في ب : « كذلك » .

(١٦) في أ : « للرجل » .

(١) سقط من : ب .

كان في مجالس ، فكفارات . ورؤي ذلك عن علي ، وعمرو بن دينار ، وقتادة ؛ لأنه قولٌ
يوجبُ تحريمَ الزَّوْجَةِ ، فإذا نَوَى الاستِنَافَ تَعَلَّقَ بِكُلِّ مَرَّةٍ حُكْمُ حَالِهَا^(٢) ،
كالطَّلَاقِ . ولنا ، أَنَّهُ قَوْلٌ لم يُؤثِّرْ تحريمًا في الزَّوْجَةِ ، فلم تَجِبْ به كَفَّارَةُ الظُّهَارِ ،
كاليمينِ باللهِ تعالى ، ولا يَحْفَى أَنَّهُ لم يُؤثِّرْ تحريمًا ، فإنَّها قد حُرِّمَتْ بالقولِ الأوَّلِ ، ولم يَزِدْ
تحريمها ، ولأنَّهُ لفظٌ يَتَعَلَّقُ به كَفَّارَةٌ ، فإذا كَرَّرَهُ كَفَّاهُ كَفَّارَةٌ^(٣) واحدةً ، كاليمينِ باللهِ
تعالى^(٤) . وأمَّا الطَّلَاقُ ، فما زادَ عن الثَّلَاثِ^(٥) ، لا يَثْبُتُ له حُكْمٌ بالإجماعِ ، وبهذا
يَتَّقَضُ ما ذَكَرُوهُ . وأمَّا الثَّلَاثَةُ ، فإنَّها تُثَبِّتُ تحريمًا زائدًا ، وهو التَّحريمُ قَبْلَ زَوْجِ
وَإِصَابَةِ ، بخلافِ الظُّهَارِ الثَّانِي ، فإنه لا يَثْبُتُ به تحريمٌ ، فَتَطِيرُهُ ما زادَ على الطَّلَاقِ
الثَّلَاثَةِ ، لا يَثْبُتُ له حُكْمٌ ، فكذلكِ الظُّهَارِ الثَّانِي . فأما إنْ كَفَّرَ عن الأوَّلِ ، ثم ظاهَرَ ،
لَرَمْتِهِ لِلثَّانِي كَفَّارَةٌ ، بلا خِلافٍ ؛ لأنَّ الظُّهَارَ الثَّانِي مِثْلُ الأوَّلِ ، فإنه حَرَّمَ الزَّوْجَةَ
المُحَلَّلَةَ^(٦) ، فأوجِبَ الكَفَّارَةَ كالأوَّلِ ، بخلافِ ما قَبَلَ التَّكْفِيرِ .

ظ ٩٧/٨

فصل : والنِّيةُ شَرْطٌ في صِحَّةِ الكَفَّارَةِ ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنَّمَا الْأَعْمَالُ
بِالنِّيَّاتِ »^(٧) . ولأنَّ العِتْقَ يَقَعُ مُتَبَرِّعًا به ، وعن كَفَّارَةِ أُخْرَى ، أو نَذْرٍ ، فلم يَنْصَرَفْ إلى
هذه الكَفَّارَةِ إِلَّا بِنِيَّةٍ ، وَصِفَتُهَا أَنْ يَنْوِيَ العِتْقَ ، أو الصِّيَامَ ، أو الإطعامَ عن الكَفَّارَةِ ،
فإن^(٨) زادَ الواجِبَةَ كان تَأْكِيدًا ، وإلا أَجْزَأَتْ نِيَّتُهُ الكَفَّارَةَ . وإن نَوَى وُجُوبَهَا ، ولم يَنْوِ
الكَفَّارَةَ ، لم يُجْزِئَهُ ؛ لأنَّ الوُجُوبَ يَتَنَوَّعُ عن كَفَّارَةِ وَنَذْرٍ ، فوجِبَ تَمْيِيزُهُ . ومَوْضِعُ
النِّيَّةِ مع التَّكْفِيرِ ، أو قَبْلَهُ بِيَسِيرٍ . وهذا الذي نَصَّ عليه الشَّافِعِيُّ ، وقال به بعضُ
أصحابِهِ . وقال بعضهم : لا يُجْزِئُ حتى يَسْتَصْحِبَ النِّيَّةَ ، وإنْ كانتِ الكَفَّارَةُ صِيَامًا

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) سقط من : م .

(٤) في ب زيادة : « قال » .

(٥) في ب ، م : « ثلاث » .

(٦) في م : « المحلّة » .

(٧) تقدم تخريجه في : ١٥٦/١ .

(٨) في ب : « فإذا » .

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

٩٨/٨ و

(٩) تقدم تخريجه في : ٤ / ٣٣٤ .

(١٠) سقط من : الأصل ، ب .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في م : نية .

الشَّافِعِيُّ عن أحمد . وهو مذهبُ أبي حنيفة ؛ لأنَّهما عبادتانِ من جنسين ، فوجبَ تعيينُ النِّيةِ لهما ، كما لو وجبَ عليه صومٌ من قضاءٍ ونذرٍ ، فعلى هذا لو كانت عليه كفارةٌ واحدةٌ ، لا يُعلمُ سببُها ، فكفَّرَ كفارةً واحدةً ، أجزأه ، على الوجهِ الأوَّلِ . قاله أبو بكرٍ . وعلى الوجهِ الثَّاني ، ينبغي أن يُلزِمَه التَّكْفِيرُ بعددِ أسبابِ الكفَّاراتِ ، كُلُّ واحدةٍ عن سببٍ ، كمن نَسِيَ صلاةً من يومٍ لا يعلمُ عينيها ، فإنَّه يُلزِمُه خمسُ صلواتٍ ، ولو علمَ أنَّ عليه صومٌ يومٍ ، لا يعلمُ أمِنَ قضاءٍ هو ، أو نذرٍ ، لزمه صومٌ يومين . فإن كان عليه صومٌ ثلاثةَ أيَّامٍ ، لا يَدْرِي أهي من كفارةِ يمينٍ ، أو قضاءٍ ، أو نذرٍ ، لزمه صومٌ تسعةَ أيَّامٍ ، كُلُّ ثلاثةٍ عن واحدةٍ من الجهاتِ الثلاثِ .

فصل : وإذا كانت على رجلٍ كفارتانِ ، فأعتقَ عنهما عبدينِ ، لم يحلَّ من أربعةِ أحوالٍ ؛ أحدها ، أن يقولَ : أعتقتُ هذا عن هذه الكفارةِ ، وهذا عن هذه . فيُجزئُه ، إجماعًا . الثاني ، أن يقولَ : أعتقتُ هذا عن إحدى الكفَّارتينِ ، وهذا عن الأخرى . من غيرِ تعيينٍ ، فيُنظَرُ ؛ فإن كانا من جنسٍ واحدٍ ، ككفَّارتَي ظهارٍ ، أو كفَّارتَي قتلٍ ، أجزأه . وإن كانا^(١٣) من جنسينِ ، ككفارةِ ظهارٍ ، وكفارةِ قتلٍ ، خرَّجَ على الوجهينِ في اشتراطِ تعيينِ السَّببِ ؛ إن قلنا : يُشترطُ . لم يُجزئُه واحدٌ منهما . وإن قلنا : لا يُشترطُ . أجزأه عنهما . الثالثُ ، أن يقولَ : أعتقتُهما عن الكفَّارتينِ . فإن كانتا من جنسٍ واحدٍ^(١٤) أجزأ عنهما ، ويقعُ كُلُّ واحدٍ عن كفارةٍ ، لأنَّ^(١٥) عرَّفَ الشَّرْعُ والاستعمالُ إعتاقَ الرِّقبةِ عن الكفارةِ ، فإذا أطلقَ ذلك ، وجبَ حملُه عليه ، وإن كانتا من جنسينِ ، خرَّجَ على الوجهينِ . الرَّابِعُ ، أن يعتقَ كُلَّ واحدةٍ عنهما جميعًا ، فيكونَ مُعتقًا عن كُلِّ واحدةٍ من الكفَّارتينِ نصفَ العبدَيْنِ ، فينبئني ذلك على أصيلِ آخرٍ ، وهو إذا أعتقَ نصفَ رقبتيْنِ عن كفارةٍ ، هل يُجزئُه أو لا ؟ فعلى قولِ الخِرَقِيِّ يُجزئُه ؛ لأنَّ

(١٣) في م : « كانتا » .

(١٤) سقط من : الأصل ، ب .

(١٥) في م : « ولأن » .

الأشخاص بمنزلة / الأشخاص ، فيما لا يمتنع منه العيب اليسير ، بدليل الزكاة ، فإن من ملك نصف ثمانين شاة ، كان بمنزلة من ملك أربعين ، ولا تلزم الأضحية ، فإنه يمتنع منه العيب اليسير . وقال أبو بكر ، وابن حامد : لا يُجزئهُ . وهو قول مالك ، وأبي حنيفة ؛ لأن ما أمر بصرفه إلى شخص في الكفارة ، لم يُجزَّ تفريقه على اثنين ، كالمُد في الإطعام ولأصحاب الشافعي كهذين الوجهين ، ولهم وجه ثالث ، وهو أنه إن كان باقيهما حرًا أجزأ^(١٦) ، وإلا فلا ؛ لأنه متى كان باقيهما حرًا ، حصل تكميل الأحكام والتصرف . وخرجه القاضي وجهًا لنا أيضًا ، إلا أن للمعتز عليه أن يقول : إن تكميل الأحكام ما حصل بعق هذا ، وإنما حصل بانضمامه إلى عتق النصف الآخر ، فلم يُجزئهُ . فإذا قلنا : لا يُجزئ عتق النصفين . لم يُجزئ في هذه المسألة عن شيء من الكفارتين . وإن قلنا : يُجزئ . وكانت الكفارتان من جنس^(١٧) ، أجزأ العتق عنهما . وإن كانتا من جنسين ، فقد قيل : يُخرج على الوجهين . والصحيح أنه يُجزئ ، وجهًا واحدًا ؛ لأن عتق النصفين عنهما كعتق عبدين عنهما .

فصل : ولا يجوز تقديم كفارة الظهر قبله ؛ لأن الحكم لا يجوز تقديمه على سببه ، فلو قال لعبيده : أنت حر الساعة عن ظهاري إن تظهرت^(١٨) . عتق ، ولم يُجزئهُ عن ظهاريه إن ظاهراً^(١٩) ؛ لأنه قدّم الكفارة على سببها المختص ، فلم يُجز ، كما لو قدّم كفارة اليمن عليها ، أو كفارة القتل على الجرح . ولو قال لامرأته : إن دخلت الدار فأنت على كظهر أمي . لم يُجز التكفير قبل دخول الدار ؛ لأنه تقديم للكفارة قبل الظهار . فإن أعتق عبداً عن ظهاريه ، ثم دخلت الدار ، عتق العبد ، وصار مظاهراً ، ولم يُجزئهُ ؛ لأن الظهار مُعلق على شرط ، فلا يوجد قبل وجود شرطه . وإن قال لعبيده : إن ظاهرت^(٢٠) ، فأنت حر عن ظهاري . ثم قال لامرأته : أنت على كظهر أمي . عتق العبد ، لوجود

(١٦) سقط من : ب .

(١٧) في ب زيادة : « آخر » .

(١٨) في م : « ظاهرت » .

(١٩) في الأصل ، ا : « يظهر » .

(٢٠) في الأصل ، ا : « تظهرت » .

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

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

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

(٢٣) في الأصل ، ا ، ب : « يظاهر » .

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

(١) من السادسة إلى التاسعة من سورة النور .

(٢) في ب : « قتلته » . وفي الصحيحين : « أيقلته » .

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

(٤-٤) في م : « بحضرة » .

(٥) تقدم تخريجه في : ١٠ / ٣٣٠ .

(٦) تقدم تخريجه ، في : ٨ / ٣٧٣ .

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

فَكَرِهَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا جَاءَ بِهِ ، وَاشْتَدَّ عَلَيْهِ ، فَنَزَلَتْ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَادَةُ أَحَدِهِمْ ^(٨) أَرْبَعُ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ ^(٩) ﴿ الْآيَتَيْنِ كَتَبْتَهُمَا ^(١٠) فَسُرِّيَ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « أَبَشِّرْ يَا هَلَالُ ، فَقَدْ جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا » . قَالَ هَلَالُ : قَدْ كُنْتُ أَرْجُو ذَلِكَ مِنْ رَبِّي تَبَارَكَ وَتَعَالَى . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَرْسِلُوا إِلَيْهَا » . ^(١١) « فَأَرْسَلُوا إِلَيْهَا ^(١٢) ، فَتَلَاها عَلَيْهِمَا ^(١٣) رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، وَذَكَرَهُمَا ، وَأَخْبَرَهُمَا أَنَّ عَذَابَ الْآخِرَةِ أَشَدُّ مِنْ عَذَابِ الدُّنْيَا . فَقَالَ هَلَالُ : وَاللَّهِ لَقَدْ صَدَقْتُ عَلَيْهَا . فَقَالَتْ : كَذَبَ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَاعِنُوا بَيْنَهُمَا » . فَقِيلَ لِهَلَالٍ : اشْهَدْ . فَشَهِدَ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الصَّادِقِينَ ، فَلَمَّا كَانَتْ الْخَامِسَةَ قِيلَ : يَا هَلَالُ ، اتَّقِ اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ / مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمَوْجِبَةَ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَقَالَ : وَاللَّهِ لَا يُعَذِّبُنِي اللَّهُ عَلَيْهَا ، كَمَا لَمْ يَجْلِدَنِي عَلَيْهَا . فَشَهِدَ الْخَامِسَةَ أَنَّ لَعْنَةَ اللَّهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الْكَاذِبِينَ . ثُمَّ قِيلَ لَهَا : اشْهَدِي . فَشَهِدَتْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ ، فَلَمَّا كَانَتْ الْخَامِسَةَ قِيلَ لَهَا : اتَّقِي اللَّهَ ، فَإِنَّ عَذَابَ الدُّنْيَا أَهْوَنُ مِنْ عَذَابِ الْآخِرَةِ ، وَإِنَّ هَذِهِ الْمَوْجِبَةَ الَّتِي تُوجِبُ عَلَيْكَ الْعَذَابَ . فَتَلَكَّأَتْ سَاعَةً ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ لَا أَفْضَحُ قَوْمِي . فَشَهِدَتْ الْخَامِسَةَ ، أَنَّ غَضَبَ اللَّهِ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ . فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَقَضَى أَنْ لَا يَبْتَئَ لَهَا عَلَيْهِ ، وَلَا قُوَّةَ ، مِنْ أَجْلِ أَنَّهُمَا يَتَفَرَّقَانِ ^(١٤) مِنْ غَيْرِ طَلَاقٍ ، وَلَا مُتَوَفَى عَنْهَا ، وَقَالَ : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَصِيهَبَ أُرْيِصِحْ ^(١٥) أَثْيِجْ ^(١٦) حَمَشَ ^(١٧) السَّاقِينَ ، فَهَوَ

ظ ٩٩/٨

(٨-٨) ورد في واحدها .

(٩) في ا ، ب ، م : « كليهما » .

(١٠-١٠) سقط من : الأصل .

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

(١٢) في ا ، م : « يفترقان » .

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

(١٤) الأثييح : تصغير الأثييح ، وهو الناقء الثيح وهو ما بين الكاهل ووسط الظهر .

(١٥) في م : « أمحش » . ومحش الساقين : دقيقهما .

لِهَلَالٍ ، وَإِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ ^(١٦) جَعْدًا ^(١٧) جَمَالِيًّا ^(١٨) خَدَلَجَ السَّاقِينَ ^(١٩) سَابِعَ
 الْأَيْتِينَ ، فَهُوَ لِلَّذِي رُمِيَ بِهِ . فَجَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ ، جَعْدًا ، جَمَالِيًّا ، خَدَلَجَ
 السَّاقِينَ ، ^(٢٠) سَابِعَ الْأَيْتِينَ ^(٢١) ، فقال رسول الله ﷺ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ ، لَكَانَ لِي
 وَلَهَا شَأْنٌ » . قال عِكْرِمَةُ : فكان بعد ذلك أميرًا على مُضَرَ ^(٢٢) ، وما يُدْعَى لِأَبٍ ^(٢٣) .
 ولأنَّ الزَّوْجَ يُتَلَى بِقَذْفِ امْرَأَتِهِ لِيُنْفَى الْعَارَ وَالنَّسَبَ الْفَاسِدَ ، وَتَعْتَدُّ عَلَيْهِ الْبَيِّنَةُ ، فَجُعِلَ
 اللَّعَانُ بَيِّنَةً لَهُ ، وَهَذَا لَمَّا نَزَلَتْ آيَةُ اللَّعَانِ ، قال النَّبِيُّ ﷺ : « أَبَشِرْ يَا هَلَالُ ، فَقَدْ
 جَعَلَ اللَّهُ لَكَ فَرْجًا وَمَخْرَجًا » .

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

أحدها ، في صِفَةِ الزَّوْجَيْنِ اللَّذَيْنِ يَصِحُّ اللَّعَانُ مِنْهُمَا ^(١) . وقد اختلفت الروايةُ
 فيهما ، فروى أَنَّهُ يَصِحُّ مِنْ كُلِّ زَوْجَيْنِ مُكَلَّفَيْنِ ، سَوَاءً كَانَا مُسْلِمَيْنِ أَوْ كَافِرَيْنِ ، أَوْ
 عَبْدَيْنِ أَوْ فَاسِقَيْنِ ، أَوْ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفِ ، أَوْ كَانَ أَحَدُهُمَا كَذَلِكَ . وبه قال سعيدُ ابن
 المُسَيَّبِ ، وسليمانُ بنُ يسارٍ ، والحسنُ ، ورَبِيعَةُ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ . قال أحمدُ ،
 في رواية إسحاق ^(٢) بن منصورٍ : جميعُ الأزواجِ يَلْتَعُنُونَ ؛ الحُرُّ مِنَ الحُرَّةِ وَالْأَمَةُ

(١٦) الأورق : الأسمر .

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

(١٨) الجمالي : الضخم الأعضاء التام الأوصال .

(١٩) خدلج الساقين : ممتلئهما وعظيمهما .

(٢٠-٢١) سقط من : ب .

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

(٢٣) في الأصل ، ا ، م ، « الأب » .

(١) في ب ، م ، « بينهما » .

(٢) سقط من : ب ، م .

إذا كانت زَوْجَةً ، ^(٣) وكذلك العَبْدُ مِنَ الحُرَّةِ والأَمَةِ إذا كانت زَوْجَةً ^(٣) ، وكذلك /
المُسْلِمُ مِنَ اليَهُودِيَّةِ والنَّصْرَانِيَّةِ . وعن أحمد ، رواية أُخْرَى : لا يَصِحُّ اللِّعَانُ إِلَّا مِنْ
زَوْجَيْنِ مُسْلِمَيْنِ ، عَدْلَيْنِ ، حُرَّيْنِ ، غَيْرِ مَحْدُودَيْنِ فِي قَذْفٍ . ورُوِيَ هذا عن
الزُّهْرِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، وَحَمَادٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وعن مَكْحُولٍ : ليسَ
بَيْنَ المُسْلِمِ والذَّمِّيَّةِ لِعَانٌ . وعن عطاءٍ ، والنَّخَعِيِّ ، فِي المَحْدُودِ فِي القَذْفِ : يُضْرَبُ
الحَدُّ ، وَلَا يُلَاعِنُ . ورُوِيَ فِيهِ حَدِيثٌ لَا يُثْبِتُ . كذلك ^(٤) قال الشَّافِعِيُّ ،
وَالسَّاجِيُّ ^(٥) . ولأنَّ ^(٦) اللِّعَانَ شَهَادَةً ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ سَبْحَانَهُ : ﴿ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا
أَنْفُسُهُمْ ﴾ ^(٧) . فَاسْتَنْتَى أَنْفُسَهُمْ مِنَ الشُّهَدَاءِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ فَشَهَدَةُ أَحَدِهِمْ
أَرْبَعٌ شَهَدَاتٌ ﴾ ^(٨) . فَلَا يُقْبَلُ مِمَّنْ لَيْسَ مِنْ أَهْلِ الشَّهَادَةِ . وَإِنْ كَانَتِ المَرْأَةُ مِمَّنْ لَا
يُحَدُّ بِقَذْفِهَا ، لَمْ يَجِبِ اللِّعَانُ ؛ لِأَنَّهُ يُرَادُ لِإِسْقَاطِ الحَدِّ ، بِدَلِيلِ قَوْلِهِ تَعَالَى :
﴿ وَيَدْرَأُ عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ ^(٩) . وَلَا حَدٌّ هُنَا ، فَيَنْتَفِي
اللِّعَانُ لِانْتِفَائِهِ . وَذَكَرَ القَاضِي ، فِي « المُجَرَّدِ » أَنَّ مَنْ لَا يَجِبُ الحَدُّ بِقَذْفِهَا ، وَهِيَ الأَمَةُ ،
وَالذَّمِّيَّةُ ، وَالمَحْدُودَةُ فِي الزَّيْنِ ، لِزَوْجِهَا لِعَانُهَا ؛ لِتَنْفِي الوَلَدِ خَاصَّةً ، وَلَيْسَ لَهُ لِعَانُهَا
لِإِسْقَاطِ القَذْفِ وَالتَّعْزِيرِ ، لِأَنَّ الحَدَّ لَا يَجِبُ ، وَاللِّعَانُ إِنَّمَا يُشْرَعُ لِإِسْقَاطِ حَدٍّ ، أَوْ نَفْيِ
وَلَدٍ ، فَإِذَا لَمْ يَكُنْ وَاحِدًا مِنْهُمَا لَمْ يُشْرَعِ اللِّعَانُ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ
أَزْوَاجَهُمْ ﴾ ^(١٠) . الآيَةُ ، وَلِأَنَّ اللِّعَانَ يَمِينٌ ، فَلَا يَفْتَقِرُ إِلَى مَا شَرَطُوهُ ، كَسَائِرِ الأَيْمَانِ ،
وَدَلِيلٌ أَنَّهُ يَمِينٌ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَوْلَا الأَيْمَانُ ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَأْنٌ » ^(١١) .

(٣-٣) سقط من: ب.

(٤) في ب، م: « وكذلك » .

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

(٦) سقطت الواو من: م .

(٧) سورة النور ٦ .

(٨) سورة النور ٨ .

(٩) تقدم تخريجه في: ٣٧٣/٨ .

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

١٠٠/٨ ظ

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

(١٠) سورة المنافقون ١

(١١) سقط من : الأصل .

(١٢) في ب : « منها » .

فصل : فَإِنْ كَانَ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ غَيْرَ مُكَلَّفٍ ، فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ تَخَصُّصٌ بِهِ
الْفُرْقَةُ ، وَلَا يَصِحُّ مِنْ غَيْرِ مُكَلَّفٍ ، كَالطَّلَاقِ ، أَوْ يَمِينٍ ، فَلَا تَصِحُّ مِنْ غَيْرِ
الْمُكَلَّفِ ^(١٣) ، كَسَائِرِ الْأَيْمَانِ . وَلَا يَخْلُو غَيْرُ الْمُكَلَّفِ مِنْ أَنْ يَكُونَ الزَّوْجَ ، أَوْ
الزَّوْجَةَ ، أَوْ هُمَا ؛ فَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ فَلَهُ حَالَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ طِفْلاً . وَالثَّانِي ، أَنْ
يَكُونَ بِالْعَازِلِ الْعَقْلِ . فَإِنْ كَانَ طِفْلاً لَمْ يَصِحَّ مِنْهُ الْقَذْفُ ، وَلَا يَلْزَمُهُ بِهِ حَدٌّ ؛ لِأَنَّ الْقَلَمَ
مَرْفُوعٌ عَنْهُ ، وَقَوْلُهُ غَيْرُ مُعْتَبَرٍ ، وَإِنْ أَتَتْ امْرَأَتُهُ بِوَلَدٍ ؛ نَظَرْنَا ، فَإِنْ كَانَ لِدُونِ عَشْرِ
سِنِينَ ، لَمْ يَلْحَقْهُ الْوَلَدُ ، وَيَكُونُ مَنْفِيًّا عَنْهُ ؛ لِأَنَّ الْعِلْمَ يُحِيطُ بِأَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ ، فَإِنَّ اللَّهَ عَزَّ
وَجَلَّ لَمْ يُجْرِ الْعَادَةَ بِأَنْ يُوَلِّدَ لَهُ لِدُونِ ذَلِكَ ، فَيَنْتَفِي عَنْهُ ، كَمَا لَوْ أَتَتْ بِهِ ^(١٤) الْمَرْأَةُ لِدُونِ
سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا . وَإِنْ كَانَ ابْنُ عَشْرِ ^(١٥) فَصَاعِدًا ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يُلْحَقُ بِهِ
إِلَّا بَعْدَ الْبُلُوغِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لَا يُخْلَقُ إِلَّا مِنْ مَاءِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، وَلَوْ أَنْزَلَ لَبَلَّغَ . وَقَالَ
ابْنُ حَامِدٍ : يُلْحَقُ بِهِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ أَحْمَدَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛
لِأَنَّ الْوَلَدَ يُلْحَقُ بِالْإِمْكَانِ ، وَإِنْ خَالَفَ الظَّاهِرَ ، وَهَذَا لَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ
الْعَقْدِ ، لَحَقَّ بِالزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَ خِلَافَ الظَّاهِرِ ، وَكَذَلِكَ يُلْحَقُ بِهِ إِذَا أَتَتْ / بِهِ لِأَرْبَعِ
سِنِينَ ، مَعَ نُذْرَتِهِ . وَلَيْسَ لَهُ نَفِيٌّ فِي الْحَالِ ، حَتَّى يُتَحَقَّقَ بُلُوغُهُ بِأَحَدِ أَسْبَابِ الْبُلُوغِ ،
فَلَهُ نَفْيُ الْوَلَدِ أَوْ اسْتِلْحَاقُهُ ^(١٦) . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا أَلْحَقْتُمْ بِهِ الْوَلَدَ ، فَقَدْ حَكَمْتُمْ
بِبُلُوغِهِ ، فَهَلَّا سَمِعْتُمْ نَفْيَهُ وَلِعَانَهُ ؟ قُلْنَا : إِلْحَاقُ الْوَلَدِ يَكْفِي فِيهِ الْإِمْكَانَ ، وَالْبُلُوغُ لَا
يَثْبُتُ إِلَّا بِسَبَبِ ظَاهِرٍ ، وَلِأَنَّ إِلْحَاقَ الْوَلَدِ بِهِ حَقٌّ عَلَيْهِ ، وَاللِّعَانُ حَقٌّ لَهُ ، فَلَمْ يَثْبُتْ مَعَ
الشُّكِّ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِالْعَا انْتَفَى عَنْهُ الْوَلَدُ ، وَإِنْ كَانَ بِالْعَا انْتَفَى عَنْهُ
بِاللِّعَانِ ^(١٧) . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَبْتَدِيَ الْبَيْمَانَ مَعَ الشُّكِّ فِي صِحَّتِهَا ، فَسَقَطَتْ

١٠١/٨

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « مُكَلَّفٌ » .

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

(١٥) فِي الزِّيَادَةِ : « سِنِينَ » .

(١٦) فِي م : « وَاسْتِلْحَاقُهُ » .

(١٧) فِي ب ، م : « اللَّعَانُ » .

للشك فيها . الثاني ، إذا كان زائل العقل لجنون^(١٨) ، فلا^(١٩) حكم لقذفه ؛ لأن القلم عنه مرفوع أيضاً ، وإن أتت امرأته بولد ، فنسبه لا حرق به لإمكانه ، ولا سبيل إلى نفيه مع زوال عقله ، فإذا عقل ، فله نفى الولد حينئذ واستلحاقه . وإن ادعى أنه كان ذاهب العقل حين قذفه ، وأنكرت ذلك ، ولأحدهما بيته بما قال ، ثبت قوله . وإن لم يكن لواحد منهما بيته ، ولم يكن له حالة علم فيها زوال عقله ، فالقول قولها مع يمينها ؛ لأن الأصل والظاهر الصحة والسلامة . وإن عرفت له حالة جنون ، ولم تعرف له حالة إفاقة ، فالقول قوله مع يمينه ، وإن عرفت له حالة جنون وحالة إفاقة ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، القول قولها . قال القاضي : هذا قياس قول أصحابنا في الملقوف إذا ضربته فقتله ، ثم ادعى أنه كان ميتاً ، وقال الولي : كان حياً . والوجه الثاني ، أن القول قوله ؛ لأن الأصل براءة ذمته من الحد ، فلا يجب بالشك ، ولأن الحد يسقط بالشبهة ، ولا يشبه هذا الملقوف ، لأن الملقوف قد علم أنه كان حياً ، ولم يعلم منه ضيد ذلك ، فنظيره في مسألتنا أنه يعرف له حالة إفاقة ، ولا يعلم منه ضيدها ، وفي مسألتنا قد تقدم له حالة جنون ، فيجوز أن تكون قد استمرت إلى حين قذفه . وأما إن كانت الزوجة غير مكلفة ، فقدفها الزوج ؛ نظرنا ، فإن كانت طفلة لا يجامع مثلها ، فلا حد على قاذفها ؛ لأنه قول يتيقن كذبه فيه ، وبراءة عرضها منه ، فلم يجب به حد كالمو قال : أهل الدنيا زناة . ولكنه يعزر للسب ، لا للقذف ، ولا يحتاج في التعزير إلى مطالبة ؛ لأنه مشروع لتأديبه ، وللإمام فعله إذا رأى ذلك . فإن كانت يجامع مثلها ، كابتة / تسع سنين ، فعليه الحد ، وليس لوليها ولا لها المطالبة به حتى تبلى ، فإذا بلغت فطالبت ، فلها الحد ، وله إسقاطه باللعان ، وليس له لعانها قبل البلوغ ؛ لأن اللعان يراد لإسقاط الحد أو نفى الولد ، ولا حد عليه قبل بلوغها ، ولا ولد فينفيه ، فإن أتت بولد حكم ببلوغها ؛ لأن الحمل أحد أسباب البلوغ ، ولأنه لا يكون إلا من نطفتها ، فمن ضرورته إنزالها ، وهو من أسباب بلوغها .

ظ ١٠١/٨

(١٨) في ١ : « بجنون » .

(١٩) في ب ، م : « فلا » .

وإن قَدَفَ امرأته المجنونة بزنى أضافه إلى حال إفاقتهَا ، أو قَدَفَهَا وهى عاقلة ، ثم جُنَّت ، لم يَكُنْ لها المُطالَبَةُ ، ولا لَوَلِيَّهَا قَبْلَ إفاقتهَا ؛ لأنَّ هذا طريقه التَّشْفِي ، فلا يُنوبُ عنه الوَلِيُّ فيه ، كالتقصاص ، فإذا أفاقَتْ فلها المُطالَبَةُ بالحدِّ ، وللزَّوجِ إسقاطه باللَّعَانِ ، وإنَّ أَرَادَ لعانها في حال جُنونها ، ولا وَلَدٌ يَنْفِيه ، لم يَكُنْ له ذلك ؛ لعدمِ الحاجةِ إليه ، لأنَّه لم يَتَوَجَّهْ عليه حدٌّ فيسقطه ، ولا نَسَبٌ فيَنْفِيه . وإنَّ كان هناك وَلَدٌ يُريدُ نَفِيه ، فالذى يَفْتَضِيه المذهبُ أَنَّهُ لا يُلاعِنُ ، ويَلْحَقُه الوَلَدُ ؛ لأنَّ الوَلدَ إِنَّمَا يَنْتَفِي باللَّعَانِ مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، وهذه لا يَصِحُّ منها لعانٌ . وقد نصَّ أحمدٌ ، في الحَرْسَاءِ ، أَنَّ زَوْجَهَا لا يُلاعِنُ . فهذه أَوْلَى . وقال الخِرَقِيُّ في العاقلةِ : لا يُعْرَضُ له حتى تُطالبه زَوْجته . وهذا قولُ أَصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنَّها أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فلم يُشْرَعِ اللَّعَانُ مع جُنونه (٢٠) ، كالزَّوْجِ ، ولأنَّ لعانَ الزَّوْجِ وحده لا يَنْتَفِي به الوَلَدُ ، فلا فائدةَ في مَشروعِيته . وقال القاضى : له أن يُلاعِنَ لِنَفْيِ الوَلدِ ؛ لأنَّه مُحتاجٌ (٢١) إلى نَفِيه ، فيُشْرَعُ (٢٢) له طريقٌ إلى نَفِيه . وقال الشافِعِيُّ : له أن يُلاعِنَ . وظاهرُ مذهبه أنَّ له لعانها مع عَدَمِ الوَلدِ ، لِدُخُولِه في عُمومِ قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَزْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه زَوْجٌ مُكَلَّفٌ ، قاذِفٌ لامرأته ، التى يُولَدُ لِمِثْلِها ، فكان له أن يُلاعِنَها ، كما لو كانت عاقلةً .

فصل : فأما الأخرسُ والحَرْسَاءُ ؛ فإنَّ كانا غيرَ معلومِي الإشارةِ والكِتابَةِ ، فهما كالمَجْنُونَيْنِ فيما ذَكَرناه ؛ لأنَّه لا يُتَصَوَّرُ منهما لعانٌ ، ولا يُعْلَمُ مِنَ الزَّوْجِ قَدَفٌ ، ولا مِنَ المرأةِ مُطالَبَةٌ . وإنَّ كانا معلومِي الإشارةِ والكِتابَةِ ، فقد قال أحمدٌ ؛ إذا كانتِ المرأةُ حَرْسَاءً لم تُلاعِنَ ؛ لأنَّه لا تُعْلَمُ مُطالبَتُها . وحكاها ابنُ المُنذِرِ عن أحمدَ ، وأبى عُبَيْدٍ ، وإسحاقَ (٢٣) ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وكذلك يَنْبَغِي أن يكونَ فى الأخرسِ ؛ وذلك لأنَّ اللَّعَانَ لَفْظٌ يَفْتَقِرُ إلى الشَّهادَةِ ، فلم يَصِحَّ مِنَ الأخرسِ ، / كالشَّهادَةِ الحَقِيقِيَّةِ ، ولأنَّ

و١٠٢/٨

(٢٠) فى ١ : مجنونه .

(٢١) فى ١ : محتاج .

(٢٢) فى ب ، م : فشرع .

(٢٣) سقط من : م .

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

فصل : فَإِنْ قَدَفَ الْأَخْرَسُ وَلَا عَنَ ^(٢٩) ثُمَّ تَكَلَّمَ ، فَأُنْكَرَ الْقَدْفَ وَاللَّعَانَ ، لَمْ يُقْبَلْ
 إِنْكَارُهُ لِلْقَدْفِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَعَلَّقَ بِهِ حَقٌّ لَغَيْرِهِ بِحُكْمِ الظَّاهِرِ ، فَلَا يُقْبَلُ إِنْكَارُهُ لَهُ ، وَيُقْبَلُ
 إِنْكَارُهُ لِلْعَانَ فِيمَا عَلَيْهِ ، فَيُطَالَبُ بِالْحَدِّ ، وَيُلْحَقُهُ النَّسَبُ ، وَلَا تَعُودُ الزَّوْجِيَّةُ . فَإِنْ
 قَالَ : أَنَا الْأَعْيُنُ لِلْحَدِّ وَنَفْيُ النَّسَبِ . كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا لَزِمَهُ بِإِقْرَارِهِ أَنَّهُ لَمْ يَلَاعِنَ ،
 فَإِذَا أَرَادَ أَنْ يَلَاعِنَ كَانَ لَهُ ذَلِكَ .

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

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

(٢٥) في الأصل ، ا : « ولا » .

(٢٦) في م : « بالشهادة » .

(٢٧) في م : « له » .

(٢٨) في م : « إسماعه » .

(٢٩) في ب ، م : « أو لاعن » .

(٣٠) سقط من : م .

في مَعْرِفَةِ ذلك إلى قول عَدْلَيْنِ مِنْ أَطْبَاءِ الْمُسْلِمِينَ . وهذا قول بعض أصحابِ الشَّافِعِيِّ .
 وَذَكَرَ بَعْضُهُمْ أَنَّهُ يُبْلَغُ فِي الْحَالِيَيْنِ بِالْإِشَارَةِ ؛ لِأَنَّ أَمَامَةَ بِنْتِ أَبِي الْعَاصِي أَصَمَّتْ ،
 فَقِيلَ لَهَا : لِفُلَانٍ كَذَا ، وَلِفُلَانٍ كَذَا ؟ فَأَشَارَتْ أَنْ نَعَمْ . فَرَأَوْا أَنَّهَا وَصِيَّةٌ . وهذا لا حُجَّةَ
 فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُذَكَّرْ مِنَ الرَّأْيِ لِذَلِكَ ، وَلَمْ يُعْلَمَ أَنَّهُ قَوْلٌ مِنْ قَوْلِهِ حُجَّةٌ ، وَلَا عِلْمٌ هَلْ كَانَ
 ذَلِكَ لِحَرَسٍ يُرْجَى زَوَالُهُ أَوْ لَا ؟ وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ فِي مَنْ اعْتَقَلَ لِسَانَهُ ، وَأَيْسَ مِنْ
 نُطْقِهِ : هَلْ يَصِحُّ لِعَانُهُ بِالْإِشَارَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

فصل : وَكُلُّ مَوْضِعٍ لَا لِعَانَ فِيهِ ، فَالْتَسَبُّ لِأَحَقِّ فِيهِ ، وَيَجِبُ بِالْقَدْفِ مُوجِبُهُ مِنْ
 الْحَدِّ وَالتَّعْزِيرِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ الْقَادِفُ صَبِيًّا ، أَوْ مَجْنُونًا ، فَلَا ضَرْبَ / فِيهِ ، وَلَا لِعَانَ .
 كَذَلِكَ قَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ،
 وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ : وَلَا أَحْفَظُ عَنْ غَيْرِهِمْ خِلَافَهُمْ .

الفصل الثاني : أَنَّهُ لَا لِعَانَ بَيْنَ غَيْرِ الزَّوْجَيْنِ ، فَإِذَا قَدَفَ أَجْنَبِيَّةً مُحْصَنَةً ، حَدَّ وَلَمْ
 يُبْلَغْ ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُحْصَنَةً عَزَّرَ ، وَلَا لِعَانَ أَيْضًا . وَلَا خِلَافَ فِي هَذَا ؛ وَذَلِكَ ^(٣١) لِأَنَّ
 اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ
 ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ ^(٣٢) . ثُمَّ حَصَرَ الزَّوْجَاتِ مِنْ عُمُومِ هَذِهِ الْآيَةِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى :
 ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ففِيمَا عَدَاهُنَّ يَبْقَى عَلَى قَضِيَّةِ الْعُمُومِ . وَإِنْ مَلَكَ أُمَّةً ،
 ثُمَّ قَدَفَهَا ، فَلَا لِعَانَ ، سِوَاءَ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ ، وَلَا حَدٌّ عَلَيْهِ بِقَدْفِهَا ، وَيُعْزَرُ .
 فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ بِوَطْعِهَا ، لَمْ يَلْحَقْهُ نَسَبُهُ ، وَلَمْ يَحْتَجْ إِلَى نَفْيِهِ ، وَإِنْ
 اعْتَرَفَ بِوَطْعِهَا ، صَارَتْ فِرَاشًا لَهُ . وَإِذَا أَتَتْ بِوَلَدٍ لِمُدَّةِ الْحَمْلِ مِنْ يَوْمِ الْوَطْءِ لِحَقِّهِ .
 وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَا تَصِيرُ فِرَاشًا لَهُ حَتَّى يُقَرَّ
 بِوَلَدِهَا ، فَإِذَا أَقَرَّ بِهِ صَارَتْ فِرَاشًا لَهُ ^(٣٣) ، وَلِحَقِّهِ أَوْلَادُهَا بَعْدَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ

(٣١) سقط من : الأصل .

(٣٢) سورة النور ٤ .

(٣٣) سقط من : الأصل ، ب .

صارت فراشاً بالوطءِ ، ^(٣٤) لصارت فراشاً ^(٣٥) بإباحته ، كالزوجة . ولنا ، أن سعداً نازع
عبد بن زمعة في ابن وليدة زمعة ، فقال : هو أخي ، وابن وليدة أبي ، ولد على فراشه .
فقال النبي ﷺ : « هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، الْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ ، وَلِلْعَاهِرِ الْحَجَرُ » .
مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣٥) . وَرَوَى ابْنُ عَمْرٍو ، أَنَّ ^(٣٦) عَمْرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، قَالَ : مَا بَالُ رِجَالٍ
يَطْأُونَ وَلَا يَنْدَهُمْ ، ثُمَّ يَعْزِلُونَهُنَّ ، لَا تَأْتِيَنِي وَلِيْدَةٌ يَعْتَرِفُ سَيِّدُهَا أَنَّهُ أَلَمَ بِهَا ، إِلَّا أَلْحَقْتُ بِهِ
وَلَدَهَا ، فَاعْزِلُوا بَعْدَ ذَلِكَ ، أَوْ اتْرُكُوا ^(٣٧) . وَلِأَنَّ الْوَطْءَ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، فَإِذَا
كَانَ مَشْرُوعًا صَارَتْ بِهَ الْمَرْأَةُ فِرَاشًا ، كَالنِّكَاحِ ، وَلِأَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا سُمِّيَتْ فِرَاشًا تَجُوزُ ، إِمَّا
لِمُضَاجَعَتِهَا عَلَى الْفِرَاشِ ، وَإِمَّا لِكَوْنِهَا تَحْتَهُ فِي حَالِ الْمُجَامَعَةِ ، وَكِلَا الْأَمْرَيْنِ
يَحْصُلُ فِي الْجِمَاعِ ، وَقِيَاسُهُمُ الْوَطْءَ عَلَى الْمَلِكِ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ
الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَا يَحْصُلُ مِنْهُ الْوَلَدُ بِدُونِ الْوَطْءِ ، وَيُفَارِقُ النِّكَاحَ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُرَادُ إِلَّا ^(٣٨)
لِلْوَطْءِ ، وَيَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْمُصَاهَرَةِ ، وَلَا يَنْعَقِدُ فِي مَحَلِّ يَحْرُمُ الْوَطْءُ فِيهِ ، كَالْمَجُوسِيَّةِ
وَالْوَيْبِيَّةِ وَذَوَاتِ ^(٣٩) مَحَارِمِهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنْ أَرَادَ نَفْسِي وَلِدَ أُمِّهِ التِّي يَلْحَقُهَا وَلَدُهَا / ،
فَطَرِيقُهُ أَنْ يَدَّعَى أَنَّهُ اسْتَبْرَأَهَا بَعْدَ وَطْئِهَا بِحَيْضَةٍ ، فَيَنْتَفِي بِذَلِكَ . وَإِنْ ادَّعَى أَنَّهُ كَانَ
يَعْزِلُ عَنْهَا ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ بِذَلِكَ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنَ الْأَنْصَارِ إِلَى رَسُولِ
اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ لِي جَارِيَةً ، وَأَنَا أَطُوفُ عَلَيْهَا ، وَأَنَا أَكْرَهُ أَنْ تَحْمَلَ . فَقَالَ :
« اعْزِلْ عَنْهَا إِنْ شِئْتَ ، فَإِنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . قَالَ : فَلَبِثَ الرَّجُلُ ، ثُمَّ أَتَاهُ ،
فَقَالَ : إِنَّ الْجَارِيَةَ قَدْ حَمَلَتْ . قَالَ : « قَدْ أَخْبَرْتُكَ أَنَّهُ سَيَأْتِيهَا مَا قُدِّرَ لَهَا » . رَوَاهُ أَبُو

١٠٣/٨

(٣٤-٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) تقدم ترجمته في : ٣١٦/٧ .

(٣٦) في م : « عن » .

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

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) في م : « وذواتي » .

داود^(٤٠) . وروى عن أبى سعيد ، أنه قال : كنتُ أعزِلُ عن جاريتي ، فولدتُ أحبَّ الخلقِ إليَّ^(٤١) . يعنى ابنه . ولحديث عمر الذى ذكرناه . ولأنه حكّم تعلقاً بالوطء ، فلم يُعتبر معه الإنزال ، كسائر الأحكام . وقد قيل : إنّه ينزلُ من الماء ما لا يُحسُّ به . وإن أقرَّ بالوطء دون الفرج ، أو فى الدُّبر ، لم تصير بذلك فراشاً ؛ لأنه ليس بمنصوص عليه ، ولا فى معنى المنصوص ، ولأنه ينتفى عنه الولدُ بدعوى الاستبراء إذا أتت به بعد الاستبراء بمدة الحمل ، فهنا أولى . وروى عن أحمد ، أنها تصيرُ فراشاً ؛ لأنه قد يُجامعُ ، فيسبقُ الماء إلى الفرج . ولأصحاب الشافعيّ وجهان كهذين . وإذا ادعى الاستبراء ، قبل قوله بغير يمين ، فى أحد الوجهين ؛ لأنَّ من قبل قوله فى الاستبراء ، قبل بغير يمين ، كالمرأة تدعى انقضاء عدتها . وفى الآخر ، يستحلف . وهو مذهب الشافعيّ ؛ لعموم قوله عليه السلام : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدْعَى عَلَيْهِ »^(٤٢) . ولأنَّ الاستبراء غيرُ مختصٍّ به ، فلم يُقبل قوله فيه بغير يمين ، كسائر الحقوق ، بخلاف العدة . ومتى لم يدع الاستبراء ، لحقه ولدها ، ولم ينتف عنه . وقال الشافعيّ ، فى أحد قوليه : له نفية باللعان ؛ لأنه ولد^(٤٣) لم يرض به ، فأشبهه ولد المرأة . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . فخصَّ بذلك الأزواج ، ولأنه ولدٌ يلحقه نسبه من غير الزوجة ، فلم يملك نفية باللعان ، كما لو وطئ أجنبيةً بشبهة ، فاللحق القافة ولدها به ، ولأنَّ له طريقاً إلى نفى الولد بغير اللعان ، فلم يحتج إلى نفية باللعان ، فلا يُشرعُ ، ولأنه إذا وطئ أمته ولم يستبرئها ، فأنت بولد ، احتمل أن يكون منه ، فلم يجوز له نفية ؛ لكون النسب يلحق بالإمكان ، فكيف مع^(٤٣) الظهور ووجود^(٤٣) سببه ! ولو ادعى الاستبراء . فأنت بولدَيْن ، فأقرَّ بأحدهما / ونفى الآخر ، لحقاه معاً ؛ لأنه لا يمكنُ جعل أحدهما منه

١٠٣/٨ ط

(٤٠) تقدم تحريجه فى : ٢٣٠/١٠ .

(٤١) تقدم تحريجه فى : ٥٢٥/٦ .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣-٤٣) فى م : ظهور وجود .

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

فصل : وإذا نكح امرأة نكاحاً فاسداً ، ثم قدفها ، وبينهما ولد يُريدُ نفيه ، فله أن يلاعِنَ نفيه ، ولا حدَّ عليه . وإن لم يكن بينهما ولد ، حدَّ ولا لعانَ بينهما . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يلحقه الولد ، وليس له نفيه ، ولا اللعان ؛ لأنها أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنبية ، أو إذا لم يكن بينهما ولد . ولنا ، أن هذا ولد يلحقه بحكم عقد النكاح ، فكان له نفيه ، كما لو كان النكاح صحيحاً ، ويفارق إذا لم يكن ولد ، فإنه ^(٤٥) لا حاجة إلى القذف ؛ لكونها أجنبية ، ويفارق سائر الأجنبية ؛ لأنه لا يلحقه ولدهن ، فلا حاجة به إلى قذفهن ، ويفارق الزوجة . فإنه يحتاج إلى قدفها مع عدم الولد ، لكونها خاتمه ^(٤٦) وغاظته وأفسدت فراشه ، فإذا كان له منها ولد ، فالحاجة موجودة فيهما ، وإذا لاعن سقط الحد ؛ لأنه لعان مشروع ^(٤٧) نفى النسب ^(٤٧) ، فأسقط الحد ، كاللعان في النكاح الصحيح . وهل يثبت التحريم المؤبد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يثبت ؛ لأنه لعان صحيح ، أشبه لعان الزوجة . والثاني ، لا يثبت ؛ لأن الفرقة لم تحصل به ، فإنه لا نكاح بينهما يحصل قطعه به ، بخلاف لعان الزوجة ، فإن الفرقة حصلت به . ولو لاعنها من غير ولد ، لم يسقط الحد ، ولم يثبت التحريم المؤبد ؛ لأنه لعان فاسد ، فلم تثبت أحكامه . وسواء اعتقد أن النكاح صحيح أو لم يعتقد ذلك ؛ لأن النكاح في نفسه ليس بنكاح صحيح ، فأشبهه ما لو لاعن أجنبية يظن أنها زوجته .

(٤٤-٤٤) في ١ : « موقع إقراره » .

(٤٥) في ١ : « لأنه » .

(٤٦) في م : « حالته » تحريف .

(٤٧-٤٧) في م : « لنفى الحد » .

فصل : فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزنى أضافه إلى حال الزوجية ، فهي كالمسألة قبلها ؛ إن كان بينهما ولد يُريد نفيه ، فله أن ينفيه باللعان ، وإلا حُدِّ ولم يُلاعِن . وهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : يُحُدُّ ، ويلحقه الولد ، ولا يُلاعِن . وهو قول عطاء . ووجه المذهبين ما تقدّم في التي قبلها . وقال عثمان البتي : له أن يُلاعِن ، وإن لم يكن / بينهما ولد . ورؤي عن ابن عباس ، والحسن ، أنه يُلاعِنها ؛ لأنه قذف مُضاف إلى حال الزوجية ، أشبه ما لو كانت زوجته . ولنا ، أنه إذا كان بينهما ولد فيه حاجة إلى القذف ، فشرع ، كالمقذفها وهي زوجته ، وإذا لم يكن له ولد ، فلا حاجة به إليه ، وقد قذفها وهي أجنبية^(٤٨) ، فأشبه ما لو لم يُضِفْه إلى حال الزوجية . ومتى لاعِنها لنفي ولدها انتفى ، وسقط عنه الحد . وفي ثبوت التحريم المؤبد وجهان . وهل له أن يُلاعِنها قبل وضع الولد ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، له ذلك ؛ لأن من كان له لعانها بعد الوضع ، كان له لعانها قبله ، كالزوجة . والثاني ، ليس له ذلك ، وهو ظاهر قول الخرقي ؛ لأن الولد عنده لا ينتفى في حال الحمل ، ولأن اللعان إنما يثبت ههنا لأجل الولد ، فلم يجز أن يُلاعِن إلا بعد تحققه بوضعه ، بخلاف الزوجة ، فإنه يجوز لعانها مع عدم الولد . وهكذا الحكم في نفي الحمل في النكاح الفاسد .

فصل : إذا اشترى زوجته الأمة ، ثم أقر بوطئها ، ثم أتت بولد لسيّة أشهر ، كان لاحقاً به ، ولم ينتف عنه إلا بدعوى الاستبراء ؛ لأنه ملحق به بالوطء في الملك دون النكاح ، لكون الملك حاضراً ، فصار كالزوج الثاني ، يلحق به الولد وإن أمكن أن يكون من الأول . وإن لم يكن أقر بوطئها ، أو أقر به فأنت بولد لدون سيّة أشهر منذ وطئ ، كان ملحقاً بالنكاح ، إن أمكن ذلك ، وله نفيه باللعان ، وهل يثبت هذا اللعان التحريم المؤبد ؟ على وجهين .

فصل : إذا قذف مُطلقته الرجعية ، فله لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم يكن . قال أبو طالب : سألت أبا عبد الله ، عن الرجل يُطلق تطليقة أو تطليقتين ، ثم يقذفها .

(٤٨) في الأصل : « قذف » .

قال : قال ابن عباس : لا يُلاعِنُ ، ويُجلِّدُ . وقال ابنُ عمرَ : يُلاعِنُ ما كانت^(٤٩) في العِدَّةِ . قال : وقولُ ابنِ عمرَ أجودُ ؛ لأنَّها زَوْجَتُهُ^(٥٠) ، وهو يرثُها وترثُه ، فهو يُلاعِنُ . وهذا قال جابرُ بنُ زيدَ ، والنَّخَعِيُّ ، والرُّهْرِيُّ ، وقتادةُ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو عُبيدٍ ، وأبو ثورٍ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . ورَوَى ذلك عن ابنِ عمرَ ؛ لأنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ فكان له لعانُها ، كما لو لم يُطلِّقها .

فصل : وإن قَدَفَ زَوْجَتَهُ ثم أبانها ، فله لعانُها . نَصَّ / عليه أحمدُ ، سواءً كان له ولدٌ أو لم يكن . ورَوَى ذلك عن ابنِ عباسٍ . وبه قال الحسنُ ، والقاسمُ بنُ محمدٍ ، ومكحولٌ^(٥١) ، ومالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو عُبيدٍ ، وأبو ثورٍ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال الحارثُ العُكْلِيُّ ، وجابرُ بنُ زيدٍ ، وقتادةُ ، والحَكَمُ : يُجلِّدُ . وقال حمادُ بنُ أبي سُلَيْمانَ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : لا حَدَّ ولا لعانَ ؛ لأنَّ اللِّعانَ إنَّما يكونُ بينَ الزَّوْجَيْنِ ، وليس هذان بزَوْجَيْنِ ، ولا يحدُّ ؛ لأنَّه لم يَقْدِفْ أَجْنَبِيَّةً . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وهذا قد رَمَى زَوْجَتَهُ^(٥٢) ، فيدخلُ في عُمومِ الآيةِ ، وإذا^(٥٣) لم يُلاعِنِ وجبَ الحدُّ بعُمومِ قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾ . ولأنَّه قاذِفٌ لِزَوْجَتِهِ ، فوجبَ أن يكونَ له أن يُلاعِنَ ، كما لو كانا على النِّكاحِ إلى حالَةِ اللِّعانِ .

فصل : فإن قالت : قَدَفَنِي قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَنِي . وقال^(٥٤) : بل بَعْدَهُ . أو قالت : قَدَفَنِي بَعْدَ مَا بِنْتُ مِنْهُ^(٥١) . وقال : بل قَبْلَهُ . فالقولُ قولُهُ ؛ لأنَّ القولَ قولُهُ في أصْلِ

(٤٩) في م : « دامت » .

(٥٠) في الأصل ، ١ : « زوجة » .

(٥١) سقط من : الأصل .

(٥٢) في ب : « زوجه » .

(٥٣) سقطت الواو من : ١ ، م .

(٥٤) في زيادة : « لا » .

القَدْفِ ، فكذلك في وقته . وإن قالت أجنبية : قَدَفْتَنِي ^(٥٥) . فقال : كُنْتِ زَوْجَتِي حينئذٍ . فأثكرت الزَّوجِيَّةَ ، فالقول قولها ؛ لأنَّ الأصلَ عَدْمُهَا .

فصل : ولو قَدَفَ أجنبيَّةً ، ثم تزَّوجَهَا ، فعليه الحَدُّ ، ولا يُلاعِنُ ؛ فإنَّه ^(٥٦) وَجِبَ في حالِ كَوْنِهَا أجنبيَّةً ، فلم يَمَلِكِ اللِّعَانُ من أَجْلِهِ ، كما لو لم يتزَّوجَهَا . وإن قَدَفَهَا بعدَ تزَّوجِهَا بِزِنْيٍ أَضَافَهُ إلى ما قبلِ النِّكَاحِ ، حُدَّ ، ولم يُلاعِنِ ، سواءَ كانَ ثمَّ ولدًا أو لم يكن . وهو ^(٥٧) قولُ مالِكٍ وأبي ثَوْرٍ . وروى ذلك عن سعيد بن المُسَيَّبِ ، والشَّعْبِيِّ . وقال الحسنُ ، وزرارةُ بن أوفى ، وأصحابُ الرَّأْيِ : له أن يُلاعِنَ ؛ لأنَّه قَدَفَ امرأته ، فَيَدْخُلُ ^(٥٨) في عُمومِ قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . ولأنَّه قَدَفَ امرأته ، فأشبهه ما لو قَدَفَهَا ولم يَضِفْهُ إلى ما قبلِ النِّكَاحِ . وحكى الشَّريفُ أبو جَعْفَرٍ عن أحمدَ روايةً أُخْرَى كذلك . وقال الشافعيُّ : إن لم يكن ثمَّ ولدٌ ، لم يُلاعِنِ ، وإن كان بينهما ولدٌ ، ففيه وَجْهان . ولنا ، أنَّه قَدَفَهَا قَدْفًا مُضَافًا إلى حالِ البَيْنُونَةِ ، أشبهه ما لو قَدَفَهَا وهي بائِنٌ ، وفارقَ قَدْفَ الزَّوْجِيَّةِ ، لأنَّه مُحتاجٌ إليه لأنَّها غاظته وخائتته ، وإن كان بينهما ولدٌ ، فهو مُحتاجٌ إلى نَفْيِهِ ، وههنا إذا / تزَّوجَهَا وهو يَعْلَمُ زِنَاها ، فهو المُفْرَطُ في نِكَاحِ حَامِلٍ من الزَّنى ، فلا يُشْرَعُ له طَرِيقٌ إلى نَفْيِهِ .

١٠٥/٨

فصل : ولو قال لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ ثَلَاثًا يَارَازِيَّةَ . فَنَقَلَ مُهْتًا ، قال : سألتُ أحمدَ ، عن رَجُلٍ قال لِامْرَأَتِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ يَارَازِيَّةَ . ثَلَاثًا ، فقال : يُلاعِنُ . قلتُ : فإنَّهم يقولون : يُحَدُّ ، ولا يَلْزَمُهَا ^(٥٩) إِلَّا واحِدَةً . قال : بئسَ ما يقولون . فهذا يُلاعِنُ ؛ لأنَّه قَدَفَهَا قبلَ الحُكْمِ بَيْنُونَتِهَا ، فأشبهه قَدْفَ الرَّجْعِيَّةِ . وأما في المسألةِ الأولى ، فإن كان بينهما ولدٌ ، فإنَّه يُلاعِنُ ؛ لِتَفْيِهِ ، وإلَّا حُدَّ ولم يُلاعِنِ ؛ لأنَّه يَتَعَيَّنُ إِضَافَةُ القَدْفِ إلى حالِ

(٥٥) في م : « قَدَفْتَنِي » .

(٥٦) في م : « لأنَّه » .

(٥٧) في ب : « وهذا » .

(٥٨) في ب : « فدخُل » .

(٥٩) في ب : « يلزمه » .

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

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

ظ ١٠٥/٨

الفصل الرابع : أَنَّهُ إِذَا قَذَفَ زَوْجَتَهُ الْمُحْصَنَةَ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ ، وَحُكِمَ بِفَسْقِهِ ، وَرَدَّ ^(٦٣) شَهَادَتِهِ ، إِلَّا أَنْ يَأْتِيَ بِبَيِّنَةٍ أَوْ يُلَاعِنَ ، فَإِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، أَوْ ائْتَمَعَ مِنَ اللَّعَانِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ كُلُّهُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَجِبُ

(٦٠) - (٦٠) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَشَهِدَتْ بِسَمْعِي » .

(٦١) فِي أ ، ب ، م : « فَيُشْرَعُ » .

(٦٢) فِي أ : « أَوْ أَذَاهُمْ » .

(٦٣) فِي أ : « وَوَرَدَتْ » .

اللَّعَانُ ذُوْنَ الْحَدِّ ، فَإِنْ أَبِي حُبِسَ حَتَّى يُلَاعِنَ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ
أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ فَشَهَدَةُ أَحْدِهِمْ أَرْبَعٌ شَهَادَاتٍ ﴾ .
الآيَات . فلم يُوجِبْ بَقْدْفِ الأَزْوَاجِ إِلَّا اللَّعَانَ . ولَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ
يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ
شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ ﴾ . وهذا عامٌّ فِي الزَّوْجِ وَغَيْرِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَّ الزَّوْجَ
بِأَنَّ أَقَامَ لِعَانِهِ مَقَامَ الشَّهَادَةِ ، فِي نَفْيِ الْحَدِّ وَالْفِسْقِ وَرَدَّ الشَّهَادَةَ عَنْهُ . وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ
ﷺ : « الْبَيِّنَةُ وَالْأَحَدُ فِي ظَهْرِكَ » (٦٤) . وقوله له (٦٥) لَمَّا لَاعَنَ : « عَذَابُ الدُّنْيَا أَهْوَنُ
مِنْ عَذَابِ الآخِرَةِ » (٦٤) . ولأنَّهُ قَازِفٌ يَلْزِمُهُ الْحَدُّ لَوْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَلَزِمَهُ إِذَا لَمْ (٦٦)
يَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ الْمَشْرُوعَةِ ، كَالْأَجْنَبِيِّ . فَأَمَّا إِنْ قَدَّفَ (٦٧) غَيْرَ مُحْصَنَةٍ (٦٧) كَالْكِتَابِيَّةِ ،
وَالْأَمَةِ ، وَالْمَجْنُونَةِ ، وَالطُّفْلَةَ ، فَإِنَّهُ يَجِبُ عَلَيْهِ التَّعْزِيرُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَدْخَلَ عَلَيْهِنَ الْمَعْرَةَ
بِالْقَدْفِ ، وَلَا يُحَدُّ لهنَّ حَدًّا كَامِلًا لِتَنْقِصَانِهِنَّ بِذَلِكَ ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ فِسْقٌ ، وَلَا رُدٌّ
شَهَادَةٍ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُوجِبُ الْحَدَّ . قال القاضي : وليس له إسقاطُ هذا التَّعْزِيرِ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّ
اللَّعَانَ إِمَّا لِنَفْيِ النَّسَبِ ، أَوْ لِدَرْءِ الْحَدِّ ، وَليْسَ هُهُنَا وَاحِدٌ مِنْهُمَا . وقال الشافعيُّ : له
إسقاطُهُ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا مَلَكَ إِسْقَاطَ الْحَدِّ الْكَامِلِ بِاللَّعَانِ ، فَإِسْقَاطُ مَا ذُوْنَهُ أَوْلَى .
وللقاضي أَنْ يَقُولَ : لَا يَلْزِمُ مِنْ مَشْرُوعِيَّتِهِ لِدَفْعِ الْحَدِّ الَّذِي يَعْظُمُ ضَرْرُهُ ، مَشْرُوعِيَّتَهُ لِدَفْعِ
مَا يَقْلُ ضَرْرُهُ ، كَالوَ قَدْفِ طِفْلَةٍ لَا يَتَّصَرُّ وَطُوعًا ، فَإِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ وَالْأَذَى ، وَليْسَ
له إسقاطُهُ بِاللَّعَانِ . كذا هُنَا . وَأَمَّا إِنْ كَانَ لِأَحَدٍ هَوْلَاءِ ، وَلَا يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فَقَالَ الْقَاضِيُ :
له أَنْ يُلَاعِنَ لِنَفْيِهِ . وهذا قولُ الشافعيِّ ، وهو ظاهرُ كلامِ / أحمد ، فِي الأَمَةِ
وَالْكِتَابِيَّةِ ، سِوَاءَ كَانَ لهما وَلَدٌ أَوْ لَمْ يَكُنْ . وقد ذَكَرْنَا ذَلِكَ فِيما مَضَى .

(٦٤) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٨ .

(٦٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٦٦) سقط من : م .

(٦٧-٦٧) في م : « غيرها » .

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

يعنى لا يُعْرَضُ لَهُ بإقامة الحدِّ عليه ، ولا طَلَبِ اللِّعَانِ منه ، حتى تُطَالِبَهُ زَوْجَتُهُ بذلك ؛ فَإِنَّ ذَلِكَ حَقٌّ لَهَا ، فلا يُقَامُ من غيرِ طَلَبِهَا ، كسائرِ حُقُوقِهَا . وليس لَوَلِيِّهَا المُطَالِبَةُ عنها إن كانت مَجْنُونَةً أو مَحْجُورًا عليها ، ولا لَوَلِيِّ الصَّغِيرَةِ وَسَيِّدِ الأُمَّةِ المُطَالِبَةُ بالتَّعْزِيرِ من أَجْلِهَا ؛ لأنَّ هذا حَقٌّ ثَبَتَ لِلتَّشْفِيِّ ، فلا يَقُومُ الغَيْرُ فيه مَقَامَ المُسْتَحِقِّ ، كالقصاصِ . فَإِنِ ارْتَدَّ الرَّوْحُ اللِّعَانَ من غيرِ مُطَالِبَةٍ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنِ لم يَكُنْ هناك نَسَبٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، لم يَكُنْ له أن يُلَاعِنَ ، وكذلك كُلُّ موضعٍ سَقَطَ فيه الحدُّ ، مثل إن أقام البينة بزناها ، أو أبرأته من قذفها ، أو حدَّها ثم أراد لعانها ، ولا نَسَبَ هناك يُنْفَى ، فإنه لا يُشْرَعُ اللِّعَانُ . وهذا قولُ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، ولا نَعْلَمُ فيه مُخَالَفًا ، إلا بعضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ قالوا : له المُلاَعَنَةُ ؛ لِإِزَالَةِ الفِرَاشِ . والصَّحِيحُ عندهم مثلُ قولِ الجُمَاعَةِ ؛ لأنَّ إِزَالََةَ الفِرَاشِ مُمَكِّنَةٌ ^(١) بِالطَّلَاقِ ، والتَّحْرِيمُ المُؤَبَّدُ ليس ^(٢) بِمَقْصُودٍ يُشْرَعُ ^(٣) اللِّعَانُ من أَجْلِهِ ، وَإِنَّمَا حَصَلَ ذلك ضِمَّنًا . فأما إن كان هناك وَلَدٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فقال القاضي : له أن يُلَاعِنَ لِنَفْيِهِ . وهذا مذهبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لأنَّ هِلَالَ بنِ أُمَيَّةَ لَمَّا قَذَفَ امرأته ، وَأَتَى النَّبِيَّ ﷺ فَأَخْبَرَهُ ، أُرْسِلَ إليها ، فَلَاعَنَ بينهما ، ولم تَكُنْ طَالِبَتَهُ ^(٤) . ولأنَّه مُحتَاجٌ إلى نَفْيِهِ ، فشرع ^(٥) له طَرِيقٌ إليه ، كما لو طَالَبَتَهُ ، ولأنَّ نَفْيَ النِّسَبِ الباطلِ حَقٌّ له ، فلا يَسْقُطُ بِرِضَاهَا به ، كما لو طَالَبَتْ باللِّعَانِ وَرَضِيَتْ بِالوَلَدِ . وَيَحْتَمِلُ أن لا يُشْرَعُ اللِّعَانُ هُنَا ، كما لو قَذَفَهَا فَصَدَّقَتْهُ ، وهو قولُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهُ أَحَدُ مُوجِبِي

(١) في النسخ : « تمكته » .

(٢) في ١ ، ب زيادة : « هو » .

(٣) في الأصل ، ١ : « شرع » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣ / ٨ .

(٥) في الأصل : « فيشرع » .

القَذْف ، فلا يُشْرَعُ مع عَدَمِ الْمُطَالِبَةِ ، كَالْحَدِّ .

فصل : وإذا قَدِّفَهَا ثم مات قَبْلَ لِعَانِهَا ، أو قَبْلَ إِثْمَامِ^(٦) لِعَانِهِ ، سَقَطَ اللِّعَانُ ، وَلِحَقِّهِ الْوَلَدُ^(٧) ، وورثته ، في قول الجميع ؛ لأنَّ اللِّعَانَ لم يُوجَدْ ، فلم يَثْبُتْ حُكْمُهُ . وإن مات بعد أن أُكْمِلَ لِعَانُهُ ، وقَبْلَ لِعَانِهَا ، فكذلك . وقال الشافعيُّ : تَبَيَّنُ بِاللِّعَانِ ، وَيَسْقُطُ^(٨) التَّوَارِثُ ، وَيَتَنَفَى / الْوَلَدُ ، وَيَلْزَمُهَا الْحَدُّ ، إِلَّا أَنْ تَلْتَعِنَ . ولنا ، أَنَّهُ مات قَبْلَ إِكْمَالِ اللِّعَانِ ، أَشْبَهَ ما لو مات قَبْلَ إِكْمَالِ التِّعَانِ^(٩) ، وذلك لأنَّ الشَّرْعَ إِثْمَارَتَبَ هذه الْأَحْكَامَ على اللِّعَانِ التَّامِ^(١٠) ، وَالْحُكْمُ لا يَثْبُتُ قَبْلَ كَمَالِ سَبَبِهِ . وإن ماتت المرأة قَبْلَ اللِّعَانِ ، فقد ماتت على الزَّوْجِيَّةِ ، وَيَرِثُهَا في قول عامة أهل العلم . وروى عن ابن عباس : إن التَّعَنَ ، لم يَرِثْ . ونحو ذلك عن الشَّعْبِيِّ ، وَعِكْرِمَةَ ؛ لأنَّ اللِّعَانَ يُوجِبُ فُرْقَةً تَبَيَّنُ بِهَا ، فَمَنَعَ^(١١) التَّوَارِثُ ، كما لو التَّعَنَ في حَيَاتِهَا . ولنا ، أَنَّهُ ماتت على الزَّوْجِيَّةِ ، فَوَرِثُهَا ، كما لو لم يَلْتَعِنَ ، ولأنَّ اللِّعَانَ سَبَبُ الْفُرْقَةِ فلم يَثْبُتْ حُكْمُهُ^(١٢) بعد موتها كالطَّلَاقِ ، وفارَقَ اللِّعَانُ في الْحَيَاةِ ، فَإِنَّهُ يَقْطَعُ الزَّوْجِيَّةَ ، على أَنَّا قد ذَكَرْنَا أَنَّهُ لو لَاعَنَتْها ولم تَلْتَعِنَ هِيَ ، لم تَنْقَطِعِ الزَّوْجِيَّةُ أَيضًا ، فَهَهُنَا أَوْلَى . فإن قيل : أليس قد قُلْتُمْ : لو التَّعَنَ من الْوَلَدِ الْمَيِّتِ ونَفَاهُ لم يَرِثْهُ فكذلك الزَّوْجَةُ ؟ قلنا : لو التَّعَنَ الزَّوْجُ وحده دونها ، لم يَتَنَفَى الْوَلَدُ ، ولم يَثْبُتْ حُكْمُ اللِّعَانِ ، على ما ذكرنا ، ثُمَّ الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّهُ إِذَا نَفَى الْوَلَدُ ، تَبَيَّنَا أَنَّهُ لم يَكُنْ مِنْهُ أَصْلًا في حَالٍ من الْأَحْوَالِ ، وَالزَّوْجَةُ قد كانت أَمْرًا تَبَيَّنَ قَبْلَ اللِّعَانِ ، وَإِنَّمَا يُزِيلُ نِكَاحَهَا اللِّعَانُ^(١٣) ، كما يُزِيلُهُ الطَّلَاقُ . فإذا ماتت قَبْلَهُ ، فقد

(٦) في الأصل : « تمام » .

(٧) في ب : « النسب » .

(٨) في أ : « وسقط » .

(٩) في أ : « لعانه » .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في أ ، ب ، م : « فيمنع » .

(١٢) في م : « حكم » .

(١٣) في ب : « باللعان » .

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

فصل : وإذا مات المذوف قبل المطالبة بالحد ، سقط ، ولم يكن لورثته الطلب

به . وقال أصحاب الشافعي يُورث ، وإن لم يكن طالب به ؛ لقول النبي ﷺ : « / مَنْ تَرَكَ حَقًّا فَلِوَرِثَتِهِ » ^(١٥) . ولأنه حقُّ ثبت ^(١٦) له في الحياة ، يُورث إذا طالب به ، فيورث وإن لم يُطالب به ، كحقِّ القصاص . ولنا ، أنه حدُّ تُعتبر فيه المطالبة ، فإذا لم يوجد الطلب من المالك ، لم يجب ، كحدِّ القطع في السرقة ، والحديث يدلُّ على أن الحقَّ المتروك يُورث ، وهذا ليس بمتروك ، وأما حقُّ القصاص ، فإنه حقٌّ يجوز الاعتياض عنه ، ويتنقل إلى المال ، بخلاف ما نحن فيه ، فأما إن طالب به ثم مات ، فإنه ترثه العصباء من النسب دون غيرهم ؛ لأنه حقُّ يثبت للدفع العار ، فاخصَّ به العصباء ، كولاية النكاح . وهذا أحد الوجوه لأصحاب الشافعي . ومتى ثبت للعصباء ، فلهم استيفاءه . وإن طلب أحدُهم وحده ، فله استيفاءه . وإن عفى بعضهم ، لم يسقط ، وكان للباقيين استيفاءه . ولو بقى واحد ، كان له استيفاء جميعه ؛ لأنه حقُّ يراد للردع

١٠٧/٨ و

(١٤) في الأصل : « فإنه » .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ١٥٢ / ٨ .

(١٦) في الأصل ، ١ : « يثبت » .

وَالزَّجْرِ ، فلم يَتَّبِعْ ، كسائرِ الحُدُودِ ، ولا يَسْقُطُ بِإِسْقَاطِ البعضِ ؛ لأنَّهُ يرادُ لِدَفْعِ العارِ عن المَقْدُوفِ ، وكلُّ واحدٍ من العَصَبَاتِ يقومُ مقامه في اسْتِيفائِهِ ، فَيُثَبِّتُ له جَمِيعُهُ ، كولايةِ النكاحِ ، ويُفَارِقُ حَقَّ القِصَاصِ ؛ لأنَّ ذلكَ يفوتُ إلى بَدَلٍ ، ولو أَسْقَطناه هُهنا ، لَسَقَطَ حَقُّ غيرِ العافِي إلى غيرِ^(١٧) بَدَلٍ . فعلى هذا ، لو قَدَفَ امرأته فماتت بعدَ المُطالبةِ ، ولها أحدٌ من عَصَبَاتِها غيرُهُ ، فله اسْتِيفاءُهُ ، وإن كان زَوْجُها عَصَبَتِها ، وليس لها أحدٌ سِوَاهُ ، سَقَطَ . وإن كان لها من عَصَبَتِها غيرُهُ ، فله الطَّلَبُ به ، ولا يَسْقُطُ ؛ لما^(١٨) ذَكَرنا ، من أَنَّهُ يكْمُلُ لكلِّ واحدٍ ، بخِلافِ القِصَاصِ .

فصل : وإذا قَدَفَ امرأته ، وله بَيِّنَةٌ ، تَشْهَدُ بِزِنَاهَا ، فهو مُحَيَّرٌ بينِ لِعَانِها وبينِ إقامةِ البَيِّنَةِ ؛ لأنَّهُما بَيِّنَتانِ ، فكانت له الخِيَرَةُ في إقامةِ أَيِّهما شاءَ ، كَمَنْ له بَدِينِ شاهِدانِ وشاهِدٌ وامرأتانِ ، ولأنَّ كلَّ واحدةٍ منهما يَحْصُلُ بها ما لا يَحْصُلُ بالأُخرى ، فَإِنَّهُ يَحْصُلُ باللَّعَانِ نَفْيُ النَّسَبِ الباطِلِ ، ولا يَحْصُلُ ذلكَ بالبَيِّنَةِ ، ويَحْصُلُ بالبَيِّنَةِ ثُبُوتُ زِنَاهَا ، وإقامةُ الحَدِّ عليها ، ولا يَحْصُلُ باللَّعَانِ ، فإن لَاعَنَها^(١٩) ونَفَى وَلَدَها ، ثم أرادَ إقامةَ البَيِّنَةِ ، فله ذلكَ ، فإذا أقامَها ، ثَبَتَ مُوجِبُ اللَّعَانِ ومُوجِبُ البَيِّنَةِ ، وإن أقامَ البَيِّنَةَ أَوَّلًا ، ثَبَتَ الزُّنْيُ ومُوجِبُهُ ، ولم يَنْتَفِ عنه الولدُ ؛ فَإِنَّهُ لا يَلْزَمُ من الزُّنْيِ / كَوْنُ الولدِ منه . وإن أرادَ لِعَانِها بعدَ ذلكَ ، وليس بينهما ولدٌ يريدُ نَفْيَهُ ، لم يَكُنْ له ذلكَ ؛ لأنَّ الحَدَّ قد انْتَفَى عنه بإقامةِ البَيِّنَةِ ، فلا حاجةَ إليه ، وإن كان بينهما ولدٌ يريدُ نَفْيَهُ ، فعلى قولِ القاضِي ، له أن يُلَاعِنَ . وقد ذَكَرنا ذلكَ فيما مضى .

فصل : وإن قَدَفَها ، فطالَبْتَهُ بالحَدِّ ، فأقامَ شاهِدَيْنِ على إقرارِها بالزُّنْيِ ، سَقَطَ عنه الحَدُّ ؛ لأنَّهُ ثَبَتَ تَصَدِيقُها إيَّاه ، ولم يَجِبْ عليها الحَدُّ^(٢٠) ؛ لأنَّ الحَدَّ لا يَجِبُ إِلَّا

(١٧) في م : (غيه) .

(١٨) في ا ، ب ، م : (بما) .

(١٩) في الأصل : (لعانها) .

(٢٠) سقط من : الأصل ، ب .

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

فصل : فإن شهد شاهدان أنه قدف فلانة وقدفنا . لم تُقبل شهادتهما ؛ لا عتراهما بعداوتة لهما ، وشهادة العدو لا تُقبل على عدوه . فإن أبرأه وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بذلك القذف ، لم تُقبل ؛ لأنها ردّت للثمة ، فلم تُقبل بعد ، كالفاسق إذا شهد فردّت شهادته لفسقه ثم تاب وأعادها . ولو أنّهما ادّعىا عليه أنه قدفهما ، ثم أبرأه وزالت العداوة ، ثم شهدا عليه بقذف زوجته ، قُبلت شهادتهما ؛ لأنهما لم يُردّا في هذه الشهادة . ولو شهدا أنه قدف امرأته ، ثم ادّعىا بعد ذلك أنه قدفهما ، فإن أضافا دَعواهُما إلى ما قبل شهادتهما ، بطلت شهادتهما ؛ لا عتراهما أنه كان عدوا لهما حين شهدا عليه . وإن لم يُضيفاها إلى ذلك الوقت ، وكان ذلك قبل الحكم بشهادتهما ، لم يُحكّم بها ؛ لأنه لا يُحكّم عليه بشهادة عدوين ، وإن كان^(٢٦) بعد الحكم ، لم يُبطل ؛

(٢١) في الأصل : « بإقرار » .

(٢٢) في ب ، م ، « الرجوع » .

(٢٣) سقط من : ب ، م .

(٢٤) في ا ، ب ، م ، « مؤرخين » .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في ب ، م ، « كانا » .

لأنَّ الحُكْمَ تَمَّ قَبْلَ وُجُودِ المَانِعِ ، كظُهُورِ الفِسْقِ . وإن شَهِدَا أَنَّهُ قَذَفَ امرَأَتَهُ وَأَمْنَا ، لم تُقْبَلْ / شَهَادَتُهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا رُدَّتْ فِي البَعْضِ لِلتُّهْمَةِ ، فَوَجَبَ أَنْ تُرَدَّ (٢٧) فِي الكُلِّ (٢٧) .
 وإن شَهِدَا على أبيهِمَا أَنَّهُ قَذَفَ ضَرَّةً أُمَّهُمَا ، قَبِلَتْ شَهَادَتُهُمَا . وبهذا قال مالكٌ ، وأبو حنيفةٌ ، والشافعيُّ في الجديد . وقال في القديم : لا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُمَا يَجْرَانِ إلى أُمَّهُمَا نَفْعًا ، وهو أَنَّهُ يُلَاعِنُهَا ، فَتَبِينُ ، وَيَتَوَقَّرُ على أُمَّهُمَا . وليس بشيءٍ ، لِأَنَّ لِعَانَتَهُمَا يَتَّبِعُنِي على مَعْرِفَتِهِ بَرِزَانَا ، لا على الشهادةِ عليه بما لا يَعْتَرِفُ به . وإن شَهِدَا بِطَلَاقِ الضَّرَّةِ ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُمَا (٢٨) يَجْرَانِ إلى أُمَّهُمَا نَفْعًا ، وهو تَوَفِيرُهُ على أُمَّهُمَا . والثاني ، تُقْبَلُ ، لِأَنَّهُمَا لا يَجْرَانِ إلى أَنْفُسِهِمَا نَفْعًا .

فصل : ولو شَهِدَ شاهدٌ أَنَّهُ أَقْرَبُ بالعَرَبِيَّةِ أَنَّهُ قَذَفَهَا ، وشَهِدَ آخَرُ (٢٩) أَنَّهُ أَقْرَبُ بذلك بالعَجَمِيَّةِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ، لِأَنَّ الاختِلَافَ فِي العَرَبِيَّةِ والعَجَمِيَّةِ عَائِدٌ إلى الإِقْرَارِ دونَ القَذْفِ ، ويجوزُ أَنْ يَكُونَ القَذْفُ واحِدًا والإِقْرَارُ به فِي مَرَّتَيْنِ ، وكذلك لو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ يَوْمَ الخَمِيسِ بقَذْفِهَا ، وشَهِدَ آخَرُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بذلك يَوْمَ الجُمُعَةِ ، تَمَّتِ الشَّهَادَةُ ؛ لِما ذَكَرناه . وإن شَهِدَا أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَرَبِيَّةِ ، وشَهِدَ الآخَرُ (٣٠) أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَجَمِيَّةِ ، أو شَهِدَا أَحَدُهُمَا أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أَنَّهُ قَذَفَهَا يَوْمَ الجُمُعَةِ (٣١) ، (٣٢) أو شَهِدَا أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَرَبِيَّةِ أو يَوْمَ الخَمِيسِ ، وشَهِدَ الآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَبُ أَنَّهُ قَذَفَهَا بالعَجَمِيَّةِ أو يَوْمَ الجُمُعَةِ (٣٣) ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، تُكْمَلُ الشَّهَادَةُ . وهو قولُ أبي بَكْرٍ ، ومذهبُ أبي حنيفةٍ ؛ لِأَنَّ الوَقْتَ ليس ذِكْرُهُ شَرْطًا فِي الشَّهَادَةِ بالقَذْفِ ، وكذلك

(٢٧-٢٧) في م : « للكل » .

(٢٨) في النسخ زيادة : « لا » .

(٢٩) سقط من : الأصل .

(٣٠) في الأصل : « آخر » .

(٣١) في الأصل زيادة : « أو بالعجمية » . وفي ب ، م زيادة : « أو شهد أحدهما أنه أقر أنه قذفها بالعربية أو بالعجمية » .

(٣٢-٣٢) في ب ، م : « أو أشهد » .

(٣٣) في ب ، م زيادة : « أو يوم الخميس وشهد الآخر أنه قذفها يوم الجمعة » .

اللِّسَانُ ، فلم يُؤثِّر الاختلافُ فيه^(٣٤) ، كما لو شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ أَقْرَبُ بِقَدْفِهَا^(٣٥) يَوْمَ الْخَمِيسِ بِالْعَرَبِيَّةِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ أَقْرَبُ بِقَدْفِهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ بِالْعَجَمِيَّةِ . وَالْآخَرُ ، لَا تَكْمُلُ الشَّهَادَةُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدَفَانِ لَمْ تَتِمَّ الشَّهَادَةُ عَلَى وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، فَلَمْ تَثْبُتْ ، كَمَا لَوْ شَهِدَ أَحَدُهُمَا أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْخَمِيسِ ، وَشَهِدَ الْآخَرُ أَنَّهُ تَزَوَّجَهَا يَوْمَ الْجُمُعَةِ ، وَفَارَقَ الْإِفْرَارَ بِالْقَدْفِ ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْمُقَرَّبُ بِهِ وَاحِدًا ، أَقْرَبُ بِهِ فِي وَقْتَيْنِ بِلِسَانَيْنِ .

١٣٢٩ - مسألة ؛ قال : (فَمَتَى تَلَاعَنَّا وَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، لَمْ يَجْتَمِعَا أَبَدًا) .

في هذه المسألة مسألتان :

١٠٨/٨ ظ إحداهما : أن الفرقة / بين المتلاعنين لا تحصل إلا بتلاعنهما^(١) جميعًا ، وهل يُعْتَبَرُ تَفْرِيقُ الْحَاكِمِ بَيْنَهُمَا ؟ فِيهِ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّهُ مُعْتَبَرٌ فَلَا تَحْصُلُ الْفُرْقَةُ حَتَّى يُفَرِّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا . وَهُوَ ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ ، وَقَوْلِ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِقَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ فِي حَدِيثِهِ : فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا^(٢) . وَهَذَا يَقْتَضِي أَنَّ الْفُرْقَةَ لَمْ تَحْصُلْ قَبْلَهُ . وَفِي حَدِيثِ عَوْثِيِّ ، قَالَ : كَذَّبْتُ عَلَيْهَا يَا رَسُولَ اللَّهِ إِنْ أُمْسَكْتُهَا . فَطَلَّقَهَا ثَلَاثًا قَبْلَ أَنْ يَأْمُرَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ^(٣) . وَهَذَا يَقْتَضِي إِمْكَانَ إِمْسَاكِهَا ، وَأَنَّهُ وَقَعَ طَلَّاقُهُ ، وَلَوْ كَانَتْ الْفُرْقَةُ وَقَعَتْ قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمَا وَقَعَ طَلَّاقُهُ ، وَلَا أَمْكَنَهُ إِمْسَاكُهَا . وَلِأَنَّ سَبَبَ هَذِهِ الْفُرْقَةِ يَقِفُ عَلَى الْحَاكِمِ ، فَالْفُرْقَةُ الْمُتَعَلِّقَةُ بِهِ لَا^(٤) تَقَعُ إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ ، كَفُرْقَةِ الْعُنَّةِ .

(٣٤) سقط من : ا ، م .

(٣٥) في ا : « أنه قذفها » .

(١) في م : « بلعائنها » .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٣) تقدم تخريجه ، في : ٣٣٠/١٠٠ .

(٤) في ا ، ب ، م : « لم » .

والرؤية الثانية ، تحصلُ الفرقةُ بمجردِ إلعانِهما . وهى اختيارُ أبى بكرٍ ، وقولُ مالكٍ ، وأبى عبيدٍ^(٥) ، وأبى ثورٍ ، وداودَ ، وزُفرَ ، وابنِ المنذرِ . ورؤى ذلك عن ابنِ عباسٍ ؛ لما روى عن عمرَ ، رضى الله عنه ، أنه قال : المتلاعنانِ يُفرَّقُ بينهما ، ولا يجتمعانِ أبداً . رواه سعيدٌ^(٦) . ولأنه معنى يفتضى التحريمَ المؤبدَ ، فلم يقف على حكمِ الحاكمِ ، كالرضاعِ ، ولأنَّ الفرقةَ لو لم تحصلْ إلا بتفريقِ الحاكمِ ، لساغ تركُ التفريقِ إذا كرهاه ، كالتفريقِ للعيبِ^(٧) وللإعسارِ^(٨) ، ولو جبَّ أن الحاكمَ إذا لم يُفرِّقْ بينهما ، أن يتقى النكاحَ مستمراً ، وقولُ النبيِّ ﷺ : « لا سبيلَ لكَ عليها »^(٩) . يدلُّ على هذا ، وتفريقه بينهما ، بمعنى إعلامه لهما بحصولِ^(١٠) الفرقةِ ، وعلى كلتا الروايتين ، لا تحصلُ الفرقةُ قبلَ تمامِ اللعانِ منهما . وقال الشافعى ، رحمه الله تعالى : تحصلُ الفرقةُ بِلعانِ الزوجِ وحده ، وإن لم تلتنِ المرأةُ ؛ لأنها فرقةٌ حاصلةٌ بالقولِ ، فتحصلُ بقولِ الزوجِ وحده ، كالطلاقِ . ولا نعلمُ أحداً وافقَ الشافعى على هذا القولِ ، وحكى عن البيهقى أنه لا يتعلّقُ باللعانِ فرقةٌ ؛ لما روى أن العجلانى لما لاعن امرأته طلقها ثلاثاً ، فأنفذه رسولُ الله ﷺ^(١١) ، ولو وقعت الفرقةُ ، لما نفذَ طلاقه . وكلا القولين لا يصحُّ ؛ لأنَّ النبيَّ ﷺ فرّقَ بين المتلاعنينِ . رواه عبدُ الله بن عمرَ ، وسهّلُ بن سعيدٍ ، وأخرجهما مسلمٌ^(١٢) . وقال سهّلُ : فكانت سنةً لمن^(١٣) كان بعدهما ، أن يُفرِّقَ بين المتلاعنينِ .

(٥) فى ا ، ب ، م زيادة : « عنه » .

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

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

(٧) فى ا : « بالعيب » .

(٨) فى ا ، ب ، م : « والإعسار » .

(٩) تقدم تخريجه ، فى : ٣٧٣ / ٨ .

(١٠) فى الأصل : « حصول » .

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

(١٢) تقدم تخريجه ، فى : ٣٣٠ / ١٠ .

(١٣) فى الأصل : « من » .

وقال عمرُ : المتلاعنان يُفَرَّقُ بينهما ، ثم لا يَحْتَمِعَانِ أبداً . وأما القول الآخرُ ، فلا يَصِحُّ ؛ / لأنَّ الشرعَ إنَّما وَرَدَ بالتفريقِ بين المتلاعنين ، ولا يكونان متلاعنين بِلَعَانِ أحدهما ، وإنَّما فَرَّقَ النَّبِيُّ ﷺ بينهما بعد تمام اللعانِ منهما ، فالقولُ بوقوع الفرقة قبله ، تحكُّمٌ يُخَالِفُ مَدْلُولَ السُّنَّةِ وفعل النبي ﷺ ، ولأنَّ لَفْظَ اللعَانِ لا يَقْتَضِي فرقةً ؛ فَإِنَّهُ إِمَّا أَيْمَانٌ عَلَى زِنَاهَا ، أو شَهَادَةٌ بِذَلِكَ ، ولولا وُرُودُ الشرعِ بالتفريقِ بينهما ، لم يَحْصُلِ التَّفْرِيقُ ، وإنَّما وَرَدَ الشرعُ به بعد لعانِهما ، فلا يجوزُ تَعْلِيْقُهُ على بعضه ، كما لم يَجُزْ تَعْلِيْقُهُ على بعضِ لعانِ الزَّوْجِ ، ولأنَّهُ فَسَخَ ثَبَتَ بِأَيْمَانِ مُخْتَلِفَيْنِ ، فلم يَثْبُتْ بِيَمِينِ أحدهما ، كالفَسْخِ لِتَحَالُفِ الْمُتَبَايِعِينَ عِنْدَ الْاِخْتِلَافِ ، وَيَبْطُلُ مَا ذَكَرُوهُ بِالْفَسْخِ بِالْعَيْبِ أو الْعِتْقِ ، وقول الزَّوْجِ : اِخْتَارِي . أو : أَمْرِكِ^(١٤) بِيَدِكَ . أو : وَهَبْتُكَ لِأَهْلِكَ أو لِنَفْسِكَ . وَأَشْبَاهُ ذَلِكَ كَثِيرٌ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنْ قُلْنَا^(١٥) : إِنَّ الْفُرْقَةَ تَحْصُلُ بِلِعَانِهِمَا . فلا تحصلُ إِلَّا بعد إكمالِ اللعَانِ منهما . وإن قُلْنَا : لا تَحْصُلُ إِلَّا بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ . لم يَجُزْ له أن يَفْرُقَ بينهما إِلَّا بعد كمالِ لعانِهما ، فَإِنْ فَرَّقَ قَبْلَ ذَلِكَ كان تَفْرِيقُهُ باطلاً ، ووُجُودُهُ^(١٦) كَعَدَمِهِ . وبهذا قال مالكٌ . وقال الشافعيُّ : لا تَقَعُ الْفُرْقَةُ حَتَّى يُكْمَلَ الزَّوْجُ لِعَانَهُ . وقال أبو حنيفةً ، ومحمدُ بنُ الحَسَنِ : إِذَا فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بَعْدَ أَنْ لَاعَنَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ثَلَاثَ مَرَّاتٍ ، أَخْطَأَ السُّنَّةَ ، وَالْفُرْقَةُ جَائِزَةٌ ، وَإِنْ فَرَّقَ بَيْنَهُمَا بِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَالْفُرْقَةُ باطِلَةٌ ؛ لِأَنَّ مَنْ أَتَى بِالثَّلَاثِ فَقَدِ اتَى بِالْأَكْثَرِ ، فَيَتَعَلَّقُ الْحُكْمُ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ تَفْرِيقٌ قَبْلَ تَمَامِ اللعَانِ ، فلم يَصِحَّ ، كما لو فَرَّقَ بَيْنَهُمَا لِأَقْلٍ مِنْ ثَلَاثٍ ، أو قَبْلَ لِعَانِ الْمَرْأَةِ ، ولأنَّهَا أَيْمَانٌ مَشْرُوعَةٌ ، لا يجوزُ لِلْحَاكِمِ الْحُكْمُ قَبْلَهَا بِالْإِجْمَاعِ ، فَإِذَا حَكَمَ ، لم يَصِحَّ حُكْمُهُ . كأَيْمَانِ الْمُخْتَلِفَيْنِ فِي الْبَيْعِ . وكما قَبْلَ الثَّلَاثِ ، ولأنَّ الشرعَ

(١٤) في م : « وأمرِك » .

(١٥) في ب ، م : « قلن » .

(١٦) سقطت الواو من : ا ، ب ، م ، .

إِنَّمَا وَرَدَ بِالتَّفْرِيقِ بَعْدَ كَمَالِ السَّبَبِ ، فَلَمْ يَجْزُ قَبْلَهُ ، كَسَائِرِ الْأَسْبَابِ ، وَمَا ذَكَرُوهُ تَحَكُّمًا لَا دَلِيلَ عَلَيْهِ ، وَلَا أَصْلَ لَهُ ، ثُمَّ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا شَهِدَ بِالذَّيْنِ رَجُلٌ وَامْرَأَةٌ وَاحِدَةً . أَوْ بِمَنْ تَوَجَّهَتْ عَلَيْهِ الْبَيْمِينُ إِذَا أَتَى بِأَكْثَرِ حُرُوفِهَا ، وَبِالْمَسَابِقَةِ إِذَا قَالَ : مَنْ سَبَقَ إِلَى خَمْسِ إِصْبَابَاتٍ . فَسَبَقَ إِلَى ثَلَاثَةِ ، وَسَائِرِ^(١٧) الْأَسْبَابِ ، فَأَمَّا إِذَا تَمَّ اللَّعَانُ ، فَلِلْحَاكِمِ أَنْ يُفَرِّقَ بَيْنَهُمَا مِنْ غَيْرِ اسْتِئْذَانِهِمَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ ، وَلَمْ يَسْتَأْذِنْهُمَا . وَرَوَى مَالِكٌ ، عَنْ نَافِعٍ ، عَنْ ابْنِ عَمْرٍ ، أَنَّ رَجُلًا / لَاعَنَ امْرَأَتَهُ فِي زَمَنِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَانْتَفَى مِنْ وَلَدِهَا ، فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا ، وَأَلْحَقَ الْوَلَدَ بِالْمَرْأَةِ . وَرَوَى سُفْيَانُ ، عَنْ الزُّهْرِيِّ ، عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ ، قَالَ : شَهِدْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ فَرَّقَ بَيْنَ الْمُتَلَاعِنَيْنِ . أَخْرَجَهُمَا سَعِيدٌ^(١٨) . وَمَتَى قُلْنَا : إِنَّ الْفُرْقَةَ لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ . فَلَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَهُمَا ، فَالْتِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ؛ لِأَنَّ مَا يُبْطِلُ النِّكَاحَ لَمْ يُوجَدْ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَلَاعِنِ .

١٠٩/٨ ظ

فصل : وفُرْقَةُ اللَّعَانِ فَسَخَّ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : هِيَ طَلَاقٌ ؛ لِأَنَّهَا فُرْقَةٌ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، تَخْتَصُّ النِّكَاحَ ، فَكَانَتْ طَلَاقًا ، كَالْفُرْقَةِ بِقَوْلِهِ : أَنْتِ طَالِقٌ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فُرْقَةٌ تُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا ، فَكَانَتْ فَسْخًا ، كَفُرْقَةِ الرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ لَيْسَ بِصَرِيحٍ فِي الطَّلَاقِ ، وَلَا تَوَى بِهِ الطَّلَاقَ ، فَلَمْ يَكُنْ طَلَاقًا ، كَسَائِرِ مَا يَنْفَسِخُ بِهِ النِّكَاحُ ، وَلِأَنَّهُ لَوْ كَانَ طَلَاقًا ، لَوَقَعَ يَلْعَانِ الزَّوْجِ دُونَ لِعَانِ الْمَرْأَةِ .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « وَسَائِرُ » .

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

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

فصل : وذكر بعض أهل العلم ، أن الفرقة إنما حصلت باللعان ؛ لأن لعنة الله وغضبه قد وقع بأحدهما لتلاعهما ، فإن النبي ﷺ قال عند الخامسة : « إنها الموجبة^(١٩) » . أي إنها توجب لعنة الله وغضبه ، ولا نعلم من هو منهما يقينا ، ففرقنا بينهما خشية أن يكون هو الملعون ، فيعلموا امرأة غير ملعونة ، وهذا لا يجوز ، كما لا يجوز أن يعلموا المسلمة كافر ، ويمكن أن يقال على^(٢٠) هذا : « لو كان هذا^(٢١) الاحتمال مانعا من دوام نكاحهما ، لمنع من نكاح غيرها ، فإن هذا الاحتمال متحقق فيه . ويحتمل أن يكون الموجب للفرقة وقوع اللعنة والغضب بأحدهما غير معين ، فيفضي إلى علو ملعون لغير ملعونة ، أو إلى إمساكه لملعونة مغضوب عليها . ويحتمل أن سبب الفرقة الثفرة الحاصلة من إساءة كل واحد منهما إلى صاحبه ، فإن الرجل إن كان صادقا ، فقد أشاع فاحشيتها ، وفضحها على رؤوس الأشهاد ، وأقامها مقام خزي ، وحقق^(٢٢) عليها اللعنة والغضب ، وقطع نسب ولدها ، وإن كان كاذبا ، فقد أضاف إلى ذلك بهتها وقذفها بهذه الفرية العظيمة ، والمرأة إن كانت صادقة ، فقد أكذبت على رؤوس الأشهاد ، وأوجبت عليه لعنة الله ، وإن كانت كاذبة ، فقد أفسدت فراشه ، وخانت في نفسها ، وأزمت العار والفضيحة ، وأخوته إلى هذا المقام المخزي ، فحصل لكل واحد منهما / ثفرة من صاحبه ، لما حصل إليه من إساءة لا يكاد يلتئم لهما معها حال ، فاقتضت حكمة الشارع^(٢٣) انحتام الفرقة بينهما ، وإزالة الصئبة المتمحضبة مفسدة ، ولأنه إن كان كاذبا عليها ، فلا ينبغي أن يسلم على إمساكها ، مع ما صنع من القبيح إليها ، وإن كان صادقا ، فلا ينبغي أن يمسيكها مع علمه بحالها ، ولهذا قال

(١٩) تقدم تحريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١-٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٢) في ب : « وجعل » .

(٢٣) في الأصل : « الشرع » .

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

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

(٢٤) فِي ب ، م : : رَوَاهُ .

(٢٥) انظُرْ مَا تَقَدَّمَ عَنْ سَهْلِ بْنِ سَعْدٍ فِي : ٣٣٠/١٠٠ .

(٢٦) فِي م : : لِأَنَّ تَحْرِيمَهَا .

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : : لَمْ .

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

١٣٣٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، فَلَهَا عَلَيْهِ الْحَدُّ)

وجملة ذلك أن الرجل إذا قذف امرأته ، ثم أكذب نفسه ، فلها عليه الحد ، سواء أكذبها قبل لعانها أو بعده . وهذا قول الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، ولا تعلم لهم مخالفا ؛ وذلك لأن اللعان أقيم مقام البينة في حق الزوج ، فإذا أكذب نفسه بأن^(١) لعانه^(٢) كذب ، وزيادة في هتكها ، وتكرار لقذفها ، فلا أقل من أن يجب الحد^(٣) الذي كان واجبا بالقذف المحرر . فإن عاد عن إكذاب نفسه ، وقال : لي بينة أقيمها بزناها . أو أراد إسقاط الحد عنه باللعان ، لم يسمع منه ؛ لأن البينة واللعان لتحقيق ما قاله ، وقد أقر بكذب نفسه ، فلا يسمع منه خلافه ، وهذا فيما إذا كانت المقدوفة محصنة ، فإن كانت غير محصنة ، فعليه التعزير .

فصل : ويلحقه نسب الولد ، سواء كان الولد^(٤) حيا أو ميتا ، غنيا كان أو فقيرا .
وهذا قال الشافعي ، وأبو ثور . وقال الثوري : إذا استلحق الولد الميت نظرنا ؛ فإن كان ذا مال ، لم يلحقه ؛ لأنه إنما يدعى مالا ، وإن لم يكن ذا مال ، لحقه . وقال أصحاب الرأي : إن كان الولد الميت ترك ولدا ، ثبت نسبه من المستلحق ، وتبعه نسب ابنه ، وإن لم يكن^(٣) ترك ولدا ، لم يصح استلحاقه ، ولم يثبت نسبه ، ولا يرث منه المدعى شيئا ؛ لأن نسبه منقطع بالموت ، فلم يصح استلحاقه ، فإذا كان له ولد كان مستلحقا لولده ، وتبعه نسب الميت . ولنا ، أن هذا ولد نفاه باللعان ، فكان له

(٢٨) في ب : « وليس » .

(١) في الأصل : « أن » .

(٢) في م : « لعانها » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل ، ا .

استلحاقه ، كما لو كان حياً ، أو كان له ولدٌ ، ولأنَّ ولدَ الولدِ يتبعُ نَسَبَ الوالدِ ، وقد جعلَ أبو حنيفةٌ نَسَبَ الولدِ تابعاً لنَسَبِ أبيه ، فجعلَ الأصلُ تابعاً للفرعِ ، وذلك باطلٌ . فأما قولُ الثوريِّ : إنه إنما يدعى مالاً . قلنا : إنما يدعى النَسَبَ والميراثُ ، والمالُ تبعٌ له . فإن قيل : فهو مُتَّهَمٌ في أنْ عَرَضَهُ حصولُ الميراثِ . قلنا : إن^(٥) النَسَبَ لا تمنعُ التُّهْمَةُ لُحُوقَهُ ، بدليلِ أنه لو كان له أخٌ يُعَادِيهِ ، فأقرَّ بأبني ، لَزِمَهُ ، وسَقَطَ ميراثُ أخيه ، ولو كان الابنُ حياً وهو غنيٌّ ، والأبُ فقيرٌ ، فاستلحقه ، فهو مُتَّهَمٌ في إيجابِ نَفَقَتِهِ على أبيه ، ويُقبَلُ قوله ، فكذلك ههنا ، ثم كان ينبغي أن يثبتَ النَسَبُ ههنا ؛ لأنه حقٌّ للولدِ ، ولا تُهْمَةٌ فيه ، ولا يثبتُ الميراثُ المُختصُّ بالتُّهْمَةِ ، ولا يلزمُ من انقطاعِ^(٦) التَّبَعِ انقطاعُ^(٦) الأصلِ . قال القاضي : ويتعلَّقُ باللَّعَانِ أربعةُ أحكامٍ ؛ حَقَانِ عليه ، وُجُوبُ الحَدِّ ، ولُحُوقُ النَسَبِ . وحَقَانِ له ؛ الفُرْقَةُ ، والتَّحْرِيمُ المُؤَبَّدُ ، فإذا أكَذَبَ نَفْسَهُ ، قَبِلَ قوله فيما عليه ، فلزِمَهُ الحَدُّ والنَسَبُ ، ولم يُقبَلْ فيما له ، فلم تُزَلْ الفُرْقَةُ ، ولا التَّحْرِيمُ المُؤَبَّدُ .

١١١/٨

فصل : فإن لم يُكذِّبْ نَفْسَهُ ، ولكن لم يكن له بيِّنَةٌ ، ولا لَاعِنٌ ، أُقِيمَ عليه الحَدُّ . فإن أُقِيمَ عليه بعضُهُ ، بَدَّلَ اللَّعَانُ ، وقال : أنا الَاعِنُ . قَبِلَ منه ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ يُسْقَطُ^(٧) جَمِيعَ الحَدِّ ، فُسِقَطُ بعضُهُ ، كالبَيِّنَةِ^(٨) . فإن ادَّعَتْ زَوْجَتُهُ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالزَّنَى ، فأنكرَ ، فأقامتْ عليه بيِّنَةٌ أَنَّهُ قَذَفَهَا بِالزَّنَى ، فقال : صَدَقَتِ البَيِّنَةُ ، وليس ذلك قَذْفًا ؛ لِأَنَّ القَذْفَ الرَّمْيُ بِالزَّنَى كِذْبًا ، وأنا صادقٌ فيما رَمَيْتُهَا به . لم يكنْ ذلك إكذَابًا لِنَفْسِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُصِرٌّ على رَمْيِهَا بِالزَّنَى ، وله إسقاطُ الحَدِّ باللَّعَانِ . ومذهبُ الشافعيِّ في هذا الفصلِ كَمَذْهَبِنَا . فإن قال : ما زَنْتُ ، ولا رَمَيْتُهَا بِالزَّنَى . فقامتِ البَيِّنَةُ عليه بِقَذْفِهَا ، لَزِمَهُ الحَدُّ ، ولم تُسْمَعْ بَيِّنَتُهُ ولا لِعَانُهُ . نصٌّ عليه أحمدٌ ؛ لِأَنَّ قوله :

(٥) سقط من : الأصل .

(٦-٦) سقط من : ١ ، ب ، م .

(٧) في ١ : « أسقط » .

(٨) في ١ ، م : « بالبينة » .

ما زلت . تكذيب للبينة واللعان^(٩) ، فلا تثبت له حجة قد أكذبت بها . وجرى هذا مجرى قوله في الوديعه إذا ادعيت عليه ، فقال : ما أودعيتني . فقامت عليه البينة بالوديعه ، فادعى الرد أو التلف^(١٠) ، لم يقبل . ولو أجاب بأنه ماله عندي شيء . أو لا^(١١) يستحق علي شيئاً . فقامت عليه البينة ، فادعى الرد أو التلف ، قبل منه .

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

وجملة ذلك أن الزوج إذا ولدت امرأته ولداً يمكن كونه^(١) منه ، فهو ولده في الحكم ؛ لقول النبي ﷺ : « الولد للفراش »^(٢) . ولا ينتفى عنه إلا أن يتفیه باللعان التام ، الذي اجتمعت شروطه ، وهي أربعة ؛ أحدها ، أن يوجد اللعان^(٣) منهما جميعاً . وهذا قول عامة أهل العلم . وقال الشافعي : ينتفى بلعان الزوج وحده ؛ لأن نفى الولد إنما كان بيمينه والتعانه^(٤) ، لا بيمين المرأة على تكذيبه ، ولا معنى ليمين المرأة في نفى النسب ، وهي تثبت وتكذب قول من يتفیه ، وإنما لعانها لدرء الحد عنها^(٥) ، كما قال الله تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ / أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ بِاللَّهِ إِنَّهُ لَمِنَ الْكَذِبِينَ ﴾^(٦) . ولنا ، أن النبي ﷺ إنما نفى الولد عنه بعد تلاعنها ، فلا يجوز النفي ببعضه ، كبعض لعان الزوج . والثاني : أن تكمل الفاظ اللعان منهما جميعاً . الشرط الثالث ، أن يبدأ بلعان الزوج قبل المرأة ، فإن بدأ بلعان المرأة لم يعتد به . وبه قال

١١١/٨ ظ

(٩) سقط من : الأصل .

(١٠) في ب : « والتلف » .

(١١) في ا ، ب ، م : « ولا » .

(١) في ا : « أن يكون » .

(٢) تقدم تحريجه ، في : ٣١٦/٧ .

(٣) في م : « باللعان » .

(٤) في الأصل : « ولعانه » .

(٥) في م : « منها » .

(٦) سورة النور ٨ .

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

(٧) في ا ، ب ، م : ترتيبها .

(٨) في الأصل زيادة : وما .

(٩) في ب ، م : فإذا .

(١٠) في زيادة : عنه .

(١١) سقط من : ب .

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

(١٣) تقدم تخريجه في : ٣٧٣ / ٨ .

(١٤) أي ابن عمر .

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

فصل : وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو أن يكون بينهما دون ستة أشهر . فاستلحق^(١٩) أحدهما ، ونفى الآخر ، لحقاً به ؛ لأن الحمل الواحد لا يجوز أن يكون بعضه منه وبعضه من غيره ، فإذا ثبت نسب أحدهما منه ، ثبت نسب الآخر ضرورة ، فجعلنا ما نفاه تابعاً لما استلحقه ، ولم نجعل ما أقر به تابعاً لما نفاه ؛ لأن النسب يحتاط لإثباته لالتفيه ، ولهذا لو أتت امرأته بولد يُمكن كونه منه ، ويُمكن أن يكون من غيره ، ألحقناه به احتياطاً ، ولم نقطع عنه احتياطاً لتفيه . فإن كان قد قذف أمهما وطأبته بالحد ، فله إسقاطه باللعان . وحكى عن القاضي ، أنه يُحد ، ولا يملك إسقاطه

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

(١٦) سقط من : الأصل .

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

(١٨) في الأصل : « للعان » .

(١٩) في م : « فاستحق » .

باللَّعَانِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه باستلحاقه اعترفَ بكذبِهِ في قَدْفِهِ ، فلم يُسْمَعْ إنكارُهُ بعدَ ذلك . وَوَجْهُ الْأَوَّلِ ، أَنَّهُ لَا يَلْزَمُ مِنْ كَوْنِ الْوَلَدِ مِنْهُ ، انْتِفَاءُ الرَّثْبِيِّ عَنْهَا ، كَمَا لَا يَلْزَمُ مِنْ وُجُودِ الرَّثْبِيِّ مِنْهَا كَوْنُ الْوَلَدِ مِنْهُ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَقْرَبْتُ بِالرَّثْبِيِّ ، أَوْ قَامْتُ بِهِ بَيِّنَةً ، لَمْ يَنْتَفِ الْوَلَدُ عَنْهُ ، فَلَا تَنَافِي بَيْنَ لِعَانِهِ وَبَيْنَ اسْتِلْحَاقِهِ^(٢٠) لِلْوَلَدِ . وَإِنْ اسْتَلْحَقَ أَحَدٌ^(٢١) التَّوَامِينَ وَسَكَتَ عَنِ الْآخَرِ ، لِحَقِّهِ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ نَفَاهُ لِلْحَقِّهِ^(٢٢) ، فَإِذَا سَكَتَ عَنْهُ كَانَ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ امْرَأَتَهُ مَتَى أَتَتْ بِوَلَدٍ ، لِحَقِّهِ مَا لَمْ يَنْفِهِ عَنْهُ^(٢٣) بِاللَّعَانِ^(٢٤) . وَإِنْ نَفَى أَحَدَهُمَا ، وَسَكَتَ عَنِ الْآخَرِ ، لِحَقِّهِمَا جَمِيعًا . فَإِنْ قِيلَ : أَلَا نَفَيْتُمُ الْمَسْكُوتَ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ نَفَى أَحَاهُ ، وَهِيَ حَمْلٌ وَاحِدٌ ؟ قُلْنَا : لِحُوقِ النَّسَبِ مَبْنِيٌّ عَلَى التَّغْلِيْبِ ، وَهُوَ يَثْبُتُ بِمُجَرَّدِ الْإِمْكَانِ ، وَإِنْ كَانَ / لَمْ يَثْبُتِ الْوَطْءُ ، وَلَا يَنْتَفِي^(٢٥) الْإِمْكَانِ النَّفْيِ^(٢٥) ، فَافْتَرَقَا . فَإِنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، فَنَفَاهُ ، وَلَا عَنَ لَنْفِيهِ ، ثُمَّ وَلَدَتْ آخَرَ لِأَقْلَ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لَمْ يَنْتَفِ الثَّانِي بِاللَّعَانِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ تَنَاوَلَ الْأَوَّلُ وَحْدَهُ ، وَيَحْتَاجُ فِي نَفْيِ الثَّانِي إِلَى لِعَانِ ثَانٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ يَنْتَفِي بِنَفْيِهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ إِلَى لِعَانِ ثَانٍ ؛ لِأَنَّهُمَا حَمْلٌ وَاحِدٌ ، وَقَدْ لَاعَنَ لَنْفِيهِ مَرَّةً ، فَلَا يَحْتَاجُ إِلَى لِعَانِ ثَانٍ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي . فَإِنْ أَقْرَبَ بِالثَّانِي ، لِحَقِّهِ هُوَ وَالْأَوَّلُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنْ سَكَتَ عَنِ نَفْيِهِ ، لِحَقِّهِمَا أَيْضًا . فَأَمَّا إِنْ نَفَى الْوَلَدَ بِاللَّعَانِ ، ثُمَّ أَتَتْ بِوَلَدٍ آخَرَ بَعْدَ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَهَذَا مِنْ حَمْلِ آخَرَ ، فَإِنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بَيْنَ وَلَدَيْنِ مِنْ حَمْلٍ وَاحِدٍ مُدَّةُ الْحَمْلِ ، وَلَوْ أُمِّكَنْ لَمْ تَكُنْ هَذِهِ مُدَّةُ حَمْلٍ كَامِلٍ . فَإِنْ نَفَى هَذَا الْوَلَدَ بِاللَّعَانِ ، انْتَفَى ، وَلَا يَنْتَفِي بِغَيْرِ اللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ حَمْلٌ مُنْفَرِدٌ ، وَإِنْ اسْتَلْحَقَهُ ، أَوْ تَرَكَ نَفْيَهُ ، لِحَقِّهِ وَإِنْ كَانَتْ قَدْ بَاءَتْ بِاللَّعَانِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أَنْ يَكُونَ قَدْ وَطَّئَهَا بَعْدَ وَضْعِ

(٢٠) في ا ، ب ، م : « استلحاقه » .

(٢١) في ا : « بأحد » .

(٢٢) في ا : « لحقه » .

(٢٣) في ا ، ب ، م : « عن » .

(٢٤) في ب ، م : « اللعان » .

(٢٥) في ب ، م : « الإمكان للنفي » .

الأوّل . وإن لآعنها قبلَ وَضْعِ الأوّل ، فأثت بوليد ، ثم ولدت آخرَ بعدِ سِتَّةِ أشهرٍ ، لم يَلْحَقَهُ الثاني ؛ لأنّها بانث باللّعان ، وانْقَضَتْ عِدَّتُهَا بَوْضِعِ الأوّل ، وكان حَمْلُهَا الثاني بعدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا في غيرِ نكاح ، فلم يَحْتَجْ إلى نَفْيِهِ .

فصل : وإن مات أحدُ التَّوَامِيْنِ ، أو ماتا معًا ، فله أن يُلَاعِنَ لِنَفْيِ نَسَبِهِمَا . وبهذا^(٢٦) قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : يَلْزُمُهُ نَسَبُ الْحَيِّ ، ولا يُلَاعِنُ إِلَّا لِنَفْيِ الْحَدِّ ؛ لأنَّ المَيِّتَ لا يَصِحُّ نَفْيُهُ بِاللّعانِ ، فإنَّ نَسَبَهُ قد انْقَطَعَ بِمَوْتِهِ ، فلا حاجة إلى نَفْيِهِ بِاللّعانِ ، كما لو ماتتِ امرأته ، فإنه لا يُلَاعِنُهَا بعدَ مَوْتِهَا ، لِقَطْعِ النكاحِ ، لكَوْنِهِ قد انْقَطَعَ ، وإذا لم يَنْتَفِ المَيِّتُ لم يَنْتَفِ الْحَيُّ ؛ لأنَّهُمَا حَمَلٌ واحدٌ . ولنا ، أنَّ المَيِّتَ يُنْسَبُ إليه ، فيقال : ابنُ فلانٍ . وَيَلْزُمُهُ تَجْهِيزُهُ ، وَتَكْفِينُهُ ، فكان له نَفْيُ نَسَبِهِ ، وإسقاطُ مَوْتِهِ ، كَالْحَيِّ ، وكما لو كان للمَيِّتِ ولدٌ .

١٣٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَكْذَبَ نَفْسَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، لِحَقِّهِ الْوَلَدُ) .

وجملة ذلك أنَّ الرجلَ إذا لَاعِنَ امرأته ، ونَفَى وَلَدَهَا ، ثم أَكْذَبَ نَفْسَهُ ، لِحَقِّهِ الْوَلَدَ إذا كان حَيًّا . بغيرِ خلافٍ بين أهلِ العلمِ . وإن كان مَيِّتًا ، لِحَقِّهِ نَسَبُهُ أيضًا . في قولٍ أكثرِ أهلِ العلمِ ، سواء كان له ولدٌ أو لم يكنْ ، وسواءَ خَلَفَ مَالًا أو لم يُخَلِّفْ ؛ وذلك لأنَّ النَّسَبَ حَقٌّ لِلْوَلَدِ ، فإذا أَقْرَبَهُ / ، لَزَمَهُ ، وسواءً^(١) تقدَّم إنكارُهُ له أو لم يكنْ ، ولأنَّ سَبَبَ نَفْيِهِ عَنْ نَفْيِهِ له ، فإذا أَكْذَبَ نَفْسَهُ . فقد زال سَبَبُ النَّفْيِ ، وبطلَ ، فوجِبَ أن يَلْحَقَهُ نَسَبُهُ بِحُكْمِ النِّكَاحِ الْمَوْجِبِ لِلْحُقُوقِ نَسَبِهِ بِهِ .

فصل : والقذفُ على ثلاثةِ أَضْرِبٍ ؛ واجبٌ ، وهو أن يَرَى امرأته تزني في طُهرٍ لم يَطَّأها^(٢) فيه ، فإنه يَلْزُمُهُ اغْتِزَالُهَا حتى تَنْقُضِيَ عِدَّتُهَا ، فإذا أثت بوليدٍ لِسِتَّةِ أشهرٍ من

(٢٦) في ١ : « وبه » .

(١) سقطت الواو من : ب .

(٢) في ١ : « بجامعها » .

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

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

١١٣/٨ ظ قوله : « وَهُوَ يَنْظُرُ إِلَيْهِ » . يَعْنِي يَرَاهُ مِنْهُ / ، فَكَمَا حَرَّمَ اللَّهُ عَلَى الْمَرْأَةِ أَنْ تُدْخَلَ عَلَى قَوْمٍ مِنْ لَيْسَ مِنْهُمْ ، حَرَّمَ عَلَى الرَّجُلِ جَحْدَ وِلْدِهِ . وَلَا يَجُوزُ قَدْفُهَا بِخَبْرٍ مَنْ لَا يُوثَقُ بِخَبْرِهِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَأْمُونٍ عَلَى الْكِذْبِ عَلَيْهَا ، وَلَا بُرُوتِيهِ رَجُلًا خَارِجًا مِنْ عِنْدِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَسْتَفِيضَ زِنَاهَا ؛ لِأَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ دَخَلَ سَارِقًا ، أَوْ هَارِبًا ، أَوْ لِحَاجَةٍ ، أَوْ لَعَرَضٍ فَاسِدٍ ، فَلَمْ يُمَكِّنْهُ ، وَلَا لِاسْتِفَاضَةِ ذَلِكَ فِي النَّاسِ مِنْ غَيْرِ قَرِينَةٍ تَدُلُّ عَلَى صِدْقِهِمْ ؛ لِاحْتِمَالِ أَنْ يَكُونَ أَعْدَاؤُهَا أَشَاعُوا ذَلِكَ عَنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ الاسْتِفَاضَةَ أَقْوَى مِنْ خَبَرِ الثَّقَةِ . وَلَا بِمُخَالَفَةِ^(٧) الْوَالِدِ لَوْنِ وَالِدَيْهِ أَوْ شَبَهَهُمَا ، وَلَا لِشَبَهِهِ بِغَيْرِ وَالِدَيْهِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ قَالَ : جَاءَ رَجُلٌ مِنْ بَنِي قُرَظَةَ إِلَى النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : إِنَّ أَمْرَاتِي جَاءَتْ بِوَلَدٍ أَسْوَدَ . يُعْرَضُ بِنَفْسِهِ ، فَقَالَ لَهُ النَّبِيُّ ﷺ : « هَلْ لَكَ مِنْ إِبِلٍ ؟ » قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : « فَمَا أَلْوَانُهَا ؟ » . قَالَ : حُمْرٌ . قَالَ : « هَلْ فِيهَا مِنْ أَوْرَقٍ ؟ » . قَالَ : إِنَّ فِيهَا لَوُرْقًا^(٨) . قَالَ : « فَأَنْسَى أَتَاهَا ذَلِكَ ؟ » قَالَ : عَسَى أَنْ يَكُونَ تَزَعَهُ عِرْقٌ . قَالَ : « فَهَذَا عَسَى أَنْ يَكُونَ^(٩) تَزَعَهُ عِرْقٌ » . قَالَ : وَلَمْ يُرْخِصْ لَهُ فِي^(١٠) الْإِنْتِفَاءِ مِنْهُ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١١) . وَلِأَنَّ النَّاسَ كُلَّهُمْ مِنْ آدَمَ وَحَوَاءَ ، وَالْوَأْنُ هُمْ وَخِلْقَتُهُمْ مُخْتَلِفَةٌ ، فَلَوْلَا مُخَالَفَتُهُمْ شَبَهَ وَالِدَيْهِمْ ، لَكَانُوا عَلَى صِفَةٍ^(١٢) وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ دَلَالََةَ الشَّبَهِ ضَعِيفَةٌ ، وَدَلَالَةُ وِلَادَتِهِ عَلَى الْفِرَاشِ قَوِيَّةٌ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ الْقَوِيِّ لِمُعَارَضَةِ الضَّعِيفِ ، وَلِذَلِكَ لَمَّا تَنَازَعَ سَعْدُ بْنُ أَبِي وَقَّاصٍ ، وَعَبْدُ بْنُ زَمْعَةَ ، فِي ابْنِ وَوَلِيدَةَ

= كما أخرجه النسائي ، في : باب التغليظ في الانتفاء من الولد . المجتبى ١٤٧/٦ . وابن ماجه ، في : باب من أنكر ولده ، من كتاب الفرائض . سنن ابن ماجه ٩١٦/٢ . والدارمي ، في : باب من جحد ولده وهو يعرفه ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٣/٢ .
 (٧) في الأصل : « مخالفة » .
 (٨) في م : « أورقا » .
 (٩) في الزيادة : « قد » .
 (١٠) سقط من : ا ، ب ، م .
 (١١) تقدم تحريجه ، في : ٣٧٧ / ٨ .
 (١٢) في ا ، م : « خلقة » .

زَمْعَةٌ ، ورأى النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بِهِ (١٣) شَبَّهَا بَيْنَنَا بَعْتَبَةَ ، الْحَقَّ الْوَالِدَ بِالْفِرَاشِ ، وَتَرَكَ الشَّبَّهَ (١٤) . وهذا اختيارُ أبي عبد الله ابن حامد ، وأحدُ الوجهين لأصحابِ الشافعي . وذكر القاضي ، وأبو الخطاب ، أنَّ ظاهرَ كلامِ أحمد ، جوازُ نفيه . وهو الوجهُ الثاني لأصحابِ الشافعي ؛ لقولِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، في حديثِ اللَّعَانِ : « إِنْ جَاءَتْ بِهِ أَوْرَقٌ جَعَدًا جُمَالِيًّا خَدَلَجَ السَّاقِينَ سَابِعَ الْأَيْتِينَ ، فَهُوَ لِلذِّي رُمِيَتْ بِهِ » . فَأَتَتْ بِهِ عَلَى النَّعْتِ الْمَكْرُوهِ ، فَقَالَ النَّبِيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لَوْلَا الْإِيمَانُ ، لَكَانَ لِي وَلَهَا شَانٌ (١٥) » . فَجَعَلَ الشَّبَّهَ دَلِيلًا عَلَى نَفْيِهِ عَنْهُ ، (١٦) وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ . وهذا الحديثُ إِنَّمَا يَدُلُّ عَلَى نَفْيِهِ عَنْهُ (١٦) ، مع ما (١٧) تَقَدَّمَ مِنْ لِعَانِهِ وَنَفْيِهِ إِيَّاهُ (١٧) عَنْ نَفْسِهِ ، فَجَعَلَ الشَّبَّهَ مُرَجَّحًا لِقَوْلِهِ ، وَدَلِيلًا عَلَى تَصَدِيقِهِ ، وَمَا تَقَدَّمَ مِنَ الْأَحَادِيثِ / يَدُلُّ عَلَى عَدَمِ اسْتِقْلَالِ الشَّبَّهِ بِالنَّفْيِ ، وَلِأَنَّ هَذَا كَانَ فِي مَوْضِعِ زَالِ الْفِرَاشِ ، وَانْقَطَعَ نَسَبُ الْوَالِدِ عَنْ صَاحِبِهِ ، فَلَا يَثْبُتُ مَعَ بَقَاءِ الْفِرَاشِ الْمُقْتَضِي لِحُقُوقِ نَسَبِ الْوَالِدِ بِصَاحِبِهِ . وَإِنْ كَانَ يَعْزَلُ عَنْ أَمْرَاتِهِ ، فَأَتَتْ بِوَالِدٍ ، لَمْ يُبَيِّحْ لَهُ نَفْيَهُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ جَابِرٍ وَأَبِي سَعِيدٍ (١٨) . وَعَنْ أَبِي سَعِيدٍ ، أَنَّهُ قَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا نُصِيبُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَنُحِبُّ الْأَثْمَانَ ، أَفَنَعزَلُ عَنْهُنَّ ؟ قَالَ : « إِنَّ اللَّهَ إِذَا قَضَى خَلْقَ نَسَمَةٍ خَلَقَهَا » . وَلِأَنَّهُ قَدْ يَسْبِقُ مِنَ الْمَاءِ مَا لَا يُحْسُ بِهِ فَتَعَلَّقُ . وَأَمَّا إِنْ كَانَ لَا يَطْوُهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ ، أَوْ فِي الدُّبْرِ ، فَأَتَتْ بِوَالِدٍ ، فَذَكَرَ أَصْحَابُنَا أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَأْمُنُ أَنْ يَسْبِقَ الْمَاءُ إِلَى الْفَرْجِ فَيَعَلَّقُ بِهِ . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَهُوَ بَعِيدٌ ؛ لِأَنَّهُ مِنْ أَحْكَامِ الْوَطْءِ فِي الْفَرْجِ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ (١٩) بِمَا دُونَهُ كَسَائِرِ الْأَحْكَامِ ، وَدَلَالَةُ عَدَمِ

١١٤/٨ و

(١٣) في ١ ، م ، : « فيه » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في : ٣١٦ / ٧ .

(١٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣ / ٨ .

(١٦-١٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٧) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٨) تقدم التخرج ، في : ٢٢٩ / ١٠ .

(١٩) في ب زيادة : « به » .

الوَطِءِ فِي الْفَرْجِ عَلَى انْتِفَاءِ الْوَلَدِ أَشَدُّ مِنْ دَلَالَةِ مُخَالَفَةِ الْوَلَدِ لَوْنِ وَالِدَيْهِ . فَأَمَّا إِنْ وُجِدَ أَحَدُ هَذِهِ الْوُجُوهِ الَّتِي ذَكَرْنَا مَعَ الزَّئِي ، وَيَحْتَمِلُ كَوْنُهُ مِنْهُ أَوْ مِنَ الزَّائِي ، مِثْلَ أَنْ زَنَتْ فِي طَهْرِ أَصَابِهَا فِيهِ ، أَوْ زَنَتْ فَلَمْ يَعْتَرِلْهَا ، وَلَكِنَّهُ كَانَ يَعْرِضُ عَنْهَا ، أَوْ كَانَ لَا يَطُوقُهَا إِلَّا دُونَ الْفَرْجِ ، لَوْ كَانَ الْوَلَدُ شَبِيهًا بِالزَّائِي دُونَهُ ، لَزِمَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّ هَذَا مَعَ الزَّئِي يُوجِبُ نِسْبَتَهُ إِلَى الزَّائِي ، بِدَلِيلِ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ حَكَمَ بِوَلَدِ امْرَأَةِ هِلَالٍ لِشَرِيكِ بْنِ سَخْمَاءَ ، بِشَبِيهِهِ لَهُ ، مَعَ لِعَانِ هِلَالٍ لَهَا ، وَقَدْ فَهِمْنَا بِهَا . وَأَمَّا إِذَا أَتَتْ زَوْجَتَهُ بِوَلَدٍ ، فَشَكَكَ فِيهِ مِنْ غَيْرِ مَعْرِفَتِهِ لِرِزَايَا ، فَلَا يَحِلُّ لَهُ قَذْفُهَا ، وَلَا لِعَانُهَا ؛ لِمَا تَقَدَّمَ مِنْ حَدِيثِ الْفَزَارِيِّ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَرَفَ زِنَاهَا ، وَلَمْ يَعْلَمْ أَنَّ الْوَلَدَ مِنَ الزَّائِي ، وَلَا وُجِدَ دَلِيلٌ عَلَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ لِلْفِرَاشِ وَاللِّعَانِ الْحَجْرُ .

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

١٣٣٣ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ نَفَى الْحَمْلَ فِي التِّعَانِيهِ ، لَمْ يَنْتَفِ عَنْهُ^(١) حَتَّى يَنْفِيَهُ عِنْدَ وَضْعِهَا لَهُ ، وَيُلَاعِنَ)

(٢٠) سقط من : ١ ، م .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

اختلف أصحابنا فيما إذا لعنَ امرأته وهي حامل ، ونفى حملها في لعانها ، فقال الخِرَقِيُّ وجماعةٌ : لا يَنْتَفِي الحملُ بِنَفْيِهِ قَبْلَ الْوَضْعِ ، ولا يَنْتَفِي حتى يُلَاعِنَهَا بعدَ الْوَضْعِ ، وَيَنْتَفِي الْوَلَدُ فِيهِ . وهذا قولُ أبي حنيفة ، وجماعةٍ من أهلِ الكُوفَةِ ؛ لأنَّ الحملَ غيرُ مُسْتَتَفِنٍ بِجَوْزٍ أَنْ يَكُونَ رِيحًا ، أو غيرها ، فيصيرُ نَفْيَهُ مَشْرُوطًا بِوُجُودِهِ ، ولا يجوزُ تَعْلِيْقُ اللَّعَانِ بِشَرْطٍ . وقال مالكٌ ، والشافعِيُّ ، وجماعةٌ من أهلِ الحجازِ : يَصِحُّ نَفْيُ الحملِ ، وَيَنْتَفِي عنه ، مُحتَجِّينَ بِحديثِ هلالٍ ، وَأَنَّهُ نَفَى حَمَلَهَا فَنفاهُ عنه النَّبِيُّ ﷺ ، وَالْحَقُّه بِالْأُمِّ^(٢) . ولا خَفَاءَ بَأْتَهُ كَانَ حَمَلًا ، ولهذا قال النَّبِيُّ ﷺ : « انظُرُوهَا ، فَإِنْ جَاءَتْ بِه كَذَا وكذا » . قال ابنُ عبدِ البرِّ : الأثارُ الدَّالَّةُ على صِحَّةِ هذا القولِ كثيرةٌ . وأوردَها . ولأنَّ الحملَ مَظْنُونٌ بِأَمَارَاتٍ تُدَلُّ عليه ، ولهذا ثَبَتَتْ^(٣) لِلْحَامِلِ أَحْكَامٌ تُخَالِفُ فِيهَا^(٤) الْحَائِلَ ؛ من النَّفَقَةِ ، وَالْفِطْرِ فِي الصِّبْيَانِ ، وَتَرْكِ إِقَامَةِ الْحَدِّ عَلَيْهَا ، وتأخيرِ الْقِصَاصِ عنها ، وغيرِ ذلك ممَّا يَطُولُ ذِكْرُهُ . وَيَصِحُّ اسْتِئْذَانُ الحملِ ، فكان كالوَلَدِ بعدَ وَضْعِهِ . وهذا القولُ هو الصَّحِيحُ ؛ لِمُوافَقَتِهِ ظَوَاهِرَ الْأَحَادِيثِ ، وما خالفَ الحديثَ لا يُعْبَأُ به كائِنًا ما كان . وقال أبو بكرٍ : يَنْتَفِي الْوَلَدُ بِزَوَالِ الْفِرَاشِ ، ولا يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ فِي اللَّعَانِ . احتِجَاجًا بِظَاهِرِ الْأَحَادِيثِ ، حيثُ لم يَنْقَلْ فِيهَا نَفْيُ الْحَمَلِ ، ولا التَّعَرُّضُ لِنَفْيِهِ . وقد ذكرنا ذلك ، فأما مَنْ قال : إنَّ الْوَلَدَ لا يَنْتَفِي إِلَّا بِنَفْيِهِ بعدَ الْوَضْعِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَاجُ فِي نَفْيِهِ إِلَى إِعَادَةِ اللَّعَانِ بعدَ الْوَضْعِ . وقال أبو حنيفةٌ وَمَنْ وافَقَهُ : إنَّ لَاعِنَهَا حَامِلًا ، ثمَّ أَتَتْ بِالْوَلَدِ ، لَزِمَهُ ، ولم يَتِمَّكُنْ من نَفْيِهِ ؛ لأنَّ اللَّعَانَ لا يَكُونُ إِلَّا بَيْنَ الزَّوْجَيْنِ ، وهذه قد بانَتْ يلعانِها في حالِ^(٥) حَمَلِها . وهذا فيه إِرْثَامُهُ وَلَدًا ليس منه ، وسُدُّ بابِ الْإِنْتِفَاءِ من أولادِ الزَّئِي ، واللهُ تعالى قد جَعَلَ / له إلى ذلك طَرِيقًا ، فلا يجوزُ سُدُّهُ ،

١١٥/٨ و

(٢) في م : « بالأول » . وتقدم تحريجه في : ٣٧٣/٨ .

(٣) في الأصل : « ثبت » .

(٤) في ا ، ب ، م : « بها » .

(٥) سقط من : الأصل .

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

فصل : وَإِنْ اسْتَلْحَقَّ الْحَمْلَ ، فَمَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ نَفْيُهُ . قَالَ : لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . وَهُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ . وَمَنْ أَجَازَ نَفْيَهُ ، قَالَ : ^(٨) يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ مَخْكُومٌ بِوُجُودِهِ ، بِدَلِيلِ وُجُوبِ النِّفْقَةِ ، وَوَقْفِ الْمِيرَاثِ ، فَصَحَّ الْإِقْرَارُ بِهِ كَالْمَوْلُودِ ، وَإِذَا اسْتَلْحَقَّهُ لَمْ يَمْلِكْ نَفْيَهُ بَعْدَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ بَعْدَ الْوَضْعِ . وَمَنْ قَالَ : لَا يَصِحُّ اسْتِلْحَاقُهُ . قَالَ : لَوْ صَحَّ اسْتِلْحَاقُهُ لَلَزِمَهُ ^(٩) بِتْرِكِ نَفْيِهِ كَالْمَوْلُودِ ، وَلَا يَلْزِمُهُ ذَلِكَ بِالْإِجْمَاعِ . وَلِأَنَّ لِلشَّبِيهِ ^(١٠) أَثْرًا فِي الْإِنْحِاقِ ، بِدَلِيلِ حَدِيثِ الْمُلاَعِنَةِ ، وَذَلِكَ مُخْتَصٌّ بِمَا بَعْدَ الْوَضْعِ ، فَاخْتَصَّ صِحَّةُ الْإِنْحَاقِ ^(١١) بِهِ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَوْ اسْتَلْحَقَّهُ ثُمَّ نَفَاهُ بَعْدَ وَضْعِهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ، فَأَمَّا إِنْ سَكَتَ عَنْهُ ، فَلَمْ يَنْفِهِ ، وَلَمْ يَسْتَلْحَقَّهُ ، لَمْ يَلْزِمَهُ عِنْدَ أَحَدٍ عَلِمْنَا قَوْلَهُ ؛ لِأَنَّ تَرْكَهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِأَنَّهُ لَا يَتَحَقَّقُ وُجُودَهُ إِلَّا أَنْ يُلَاعِنَهَا ، فَإِنَّ أَبَا حَنِيفَةَ أَلْزَمَهُ الْوَلَدَ ، عَلَى مَا أَسْلَفْنَا .

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

(٦) فِي الْأَصْلِ : « الَّتِي » .

(٧) فِي م : « وَإِذَا » .

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

(٩) فِي م : « لَزِمَهُ » .

(١٠) فِي الْأَصْلِ : « فِي الشَّبِيهِ » .

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

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

(١٢) فِي ب : « وَيُحَرِّزُ » .

(١٣) فِي الْأَصْلِ : « مُحَرَّرٌ » .

(١٤) فِي م : « ذَلِكَ » .

(١٥) تَقَدَّمَ تَخْرِيجهُ فِي : ٣١٦/٧ .

(١٦) فِي أ ، م : « لِأَنَّهُ » .

(١٧) فِي أ : « فَإِنَّهُ » .

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

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

(١٨-١٩) في ١ : « فأخر » .

(١٩) في ب ، م : « كان » .

(٢٠) بعد هذا في م زيادة : « قائما » .

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

أبو حنيفة . وقال الشافعي : لا يَلْزَمُهُ ؛ لأنه جازاه على قَصْدِهِ . وإذا قال : رَزَقَكَ اللهُ مثله . فليس ذلك إقرارًا ، ولا مُتَضَمَّنًا له . ولنا ، أن ذلك جوابُ الرَّاضِي في العادة ، فكان إقرارًا ، كالتأمين على الدعاء . وإن سَكَتَ ، كان إقرارًا . ذكره أبو بكر ؛ لأنَّ السُّكُوتَ صلَحَ دَالًا^(٢٢) على الرُّضَى في حَقِّ البَكْرِ ، وفي مواضع أُخْرَى^(٢٣) ، فهُنَا أُوْلَى . وفي كُلِّ مَوْضِعٍ لَرِمَهُ الولدُ ، لم يَكُنْ له نَفْيُهُ بعدَ ذلك . في قول جماعة أهل العلم ؛ منهم الشَّعْبِيُّ ، والنَّحَّيِيُّ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، ومالكُ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْدَرِجِ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال الحسنُ : له أن يَلَاعِنَ لَنَفْيِهِ ما دامت أمه عنده يَصِيرُ لها الولدُ ، ولو أَقْرَبَهُ . والذي عليه الجمهورُ أُوْلَى ؛ فَإِنَّهُ أَقْرَبَهُ ، فلم يَمْلِكْ جَحْدَهُ ، كما لو بَأَتْ منه أمه ، ولأنَّه أَقْرَبَ بِحَقِّ عليه ، فلم يُقْبَلْ منه جَحْدُهُ ، كسائرِ الحُقُوقِ .

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

وجملة ذلك أن المرأة إذا ولدت . فقال زوجها : ليس هذا الولد مني . أو قال : ليس هذا وليدي . فلا حد عليه ؛ لأن هذا ليس بقذف بظاهره ، لإحتمال أنه^(٢) يريد أنه من زوج آخر ، أو من وطئه بشبهة^(٣) ، أو غير ذلك ، ولكنه يُسأل ، فإن قال : زنت ، فولدت هذا من الزنى . فهذا قذف يثبت به اللعان ، وإن قال : أردت أنه^(٤) لا يشبهني خلقًا ولا خلقًا . فقالت : بل أردت قذفي . فالقول قوله ؛ لأنه أعلم بمُراده ، ولا^(٥) سيما إذا صرح بقوله : لم

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

(٢٣) في الأصل ، ب : أخر . .

(١) سقط من : م .

(٢) في ا ، ب : أن . .

(٣) في الأصل ، ا : شبه . .

(٤) في ا ، ب ، م : أن . .

(٥) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

تَزْن . وإن قال : وَطِئَتْ بِشُبُهَيْهٍ ، وَالْوَالِدُ مِنَ الْوَاطِئِ . فلا حَدَّ عَلَيْهِ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِفْهَا ، وَلَا قَدَفَ واطِئَهَا . وإن قال : أَكْرَهَتْ عَلَى الرَّئِي . فلا حَدَّ أَيْضًا ، لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِفْهَا ، وَلَا لِعَانَ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْدِفْهَا ، وَمِنْ / شَرَطِ اللَّعَانِ الْقَدْفُ ، وَيَلْحَقُهُ نَسَبُ الْوَالِدِ . وبهذا قال أَبُو حَنِيفَةَ . وذكر الْقَاضِي أَنَّ^(٦) فِي هَذِهِ الصُّورَةِ الْآخِرَةِ^(٧) رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ لَهُ اللَّعَانَ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَاجٌ إِلَى نَفْيِ الْوَالِدِ ، بِخِلَافِ مَا إِذَا قَالَ : وَطِئَتْ بِشُبُهَيْهٍ . فَإِنَّهُ يُمَكِّنُ نَفْيَ النَّسَبِ بِعَرَضِ الْوَالِدِ عَلَى الْقَافَةِ^(٨) ، فَيُسْتَعْنَى بِذَلِكَ عَنِ اللَّعَانِ ، فَلَا يُشْرَعُ ، كَمَا لَا يُشْرَعُ لِعَانَ أُمَّتِهِ ، لَمَّا أُمِكنَ نَفْيُ نَسَبِ وِلْدَانِهَا بِدَعْوَى الْاِسْتِبْرَاءِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّعَانَ إِنَّمَا وَرَدَ بِهِ الشَّرْعُ بَعْدَ الْقَدْفِ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ وَلَمْ يَكُنْ لَهُمْ شُهَدَاءُ إِلَّا أَنْفُسُهُمْ ﴾ . الْآيَةِ^(٩) . وَلَمَّا لَاعَنَ النَّبِيُّ ﷺ بَيْنَ هِلَالٍ وَامْرَأَتِهِ كَانَ بَعْدَ قَدْفِهِ إِيَّاهَا^(١٠) ، وَكَذَلِكَ لَمَّا لَاعَنَ بَيْنَ عُومَيْرِ الْعَجْلَانِيِّ وَامْرَأَتِهِ كَانَ بَعْدَ قَدْفِهِ إِيَّاهَا^(١١) ، وَلَا يَثْبُتُ الْحُكْمُ إِلَّا فِي مِثْلِهِ ، وَلِأَنَّ نَفْيَ اللَّعَانِ إِنَّمَا يَنْتَفِي بِهِ الْوَالِدُ بِتَمَامِهِ مِنْهَا ، وَلَا يَتَحَقَّقُ اللَّعَانُ مِنَ الْمَرْأَةِ هُنَا . فَأَمَّا إِنْ قَالَ : وَطِئَتْ فَلَانَ بِشُبُهَيْهٍ ، وَأَنْتَ تَعْلِمِينَ الْحَالَ . فَقَدْ قَدَفَهَا ، وَلِهَذَا لِعَانُهَا ، وَنَفْيُ نَسَبِ وِلْدَانِهَا ، وَقَالَ الْقَاضِي : لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ بِاللَّعَانِ . وَكَذَلِكَ قَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُهُ نَفْيُ نَسَبِهِ^(١٢) بِعَرَضِهِ عَلَى الْقَافَةِ^(٨) ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَالَ : وَاشْتَبَهَ عَلَيْكَ أَيْضًا . وَلَنَا ، أَنَّهُ رَامَ لِرُؤُوسِهِ ، فَيَدْخُلُ فِي عَمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ ﴾ . وَلِأَنَّهُ رَامَ لِرُؤُوسِهِ بِالرَّئِي ، فَمَلَكَ لِعَانَهَا وَنَفَى وِلْدَانَهَا ، كَمَا لَوْ قَالَ : زَنَى بِكَ فَلَانٌ . وَمَا

(٦) سقط من : ب .

(٧) في ب : « الأخرى » .

(٨) في م : « القاذفة » .

(٩) سورة النور ٦ .

(١٠) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٥ .

(١١) تقدم تخريجه في : ٣٣٠/١٠ .

(١٢) في ب : « نسب ولده » .

ذَكَرُوهُ لَا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّهُ قَدْ لَا يُوجَدُ قَافَةٌ ، وَقَدْ لَا يَعْتَرِفُ الرَّجُلُ بِمَا نُسِبَ إِلَيْهِ ، أَوْ يَغِيبُ ، أَوْ يَمُوتُ ، فَلَا يَتَنَفَى الْوَلَدُ . وَإِنْ قَالَ : مَا وَلَدْتَهُ ^(١٣) وَإِنَّمَا التَّقَطُّتَهُ ^(١٤) أَوْ اسْتَعْرَتَهُ ^(١٥) . فَقَالَتْ : بَلْ هُوَ وَوَلَدِي مِنْكَ . لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُ الْمَرْأَةِ إِلَّا بَيِّنَةً . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَأَبْنِ ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّ الْوِلَادَةَ يُمَكِّنُ إِقَامَةَ الْبَيِّنَةِ عَلَيْهَا ، وَالْأَصْلُ عَدَمُهَا ، فَلَمْ تُقْبَلْ دَعْوَاهَا مِنْ غَيْرِ بَيِّنَةٍ ، كَالدَّيْنِ . قَالَ الْقَاضِي : وَكَذَلِكَ لَا تُقْبَلُ دَعْوَاهَا لِلْوِلَادَةِ ، فِيمَا إِذَا عُلِّقَ طَلَاقُهَا بِهَا ، وَلَا دَعْوَى الْأُمِّ لَهَا لِتَصْيِيرِهَا أُمَّمٌ وَلَدٌ ، وَيُقْبَلُ قَوْلُهَا فِيهَا لِتَقْضِي عِدَّتَهَا بِهَا . فَعَلِيَ هَذَا لَا يَلْحَقُهُ الْوَلَدُ إِلَّا أَنْ تُقِيمَ بَيِّنَةً ، وَهِيَ امْرَأَةٌ مَرْضِيَّةٌ ، تَشْهَدُ بِوِلَادَتِهَا لَهُ ، فَإِذَا ثَبَّتَتْ وِلَادَتَهَا لَهُ ، لَحِقَهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّهُ وُلِدَ عَلَى فِرَاشِهِ ، وَالْوَلَدُ لِلْفِرَاشِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، فِي مَوْضِعٍ آخَرَ ، أَنَّ الْقَوْلَ قَوْلُ الْمَرْأَةِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ يَكُنْ مِنْهَا مَخْرُجًا وَلَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ يَكُنْ مِنْهَا مَخْرُجًا فِي أَرْحَامِهِنَّ ﴾ ^(١٦) . / وَتَحْرِيمُ كِتْمَانِهِ دَلِيلٌ عَلَى قَبُولِ قَوْلِهَا فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ خَارِجٌ مِنَ الْمَرْأَةِ ، تَنْقُضِي بِهِ عِدَّتَهَا ، فَاقْبَلْ قَوْلَهَا فِيهِ ، كَالْحَيْضِ ، ^(١٧) وَلِأَنَّهُ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْوِلَادَةِ ، فَاقْبَلْ قَوْلَهَا فِيهِ ، كَالْحَيْضِ ^(١٧) . فَعَلِيَ هَذَا ، التَّسَبُّبُ لِأَحَقِّ بِهِ ، فَهَلْ لَهُ نَفْيُهُ بِاللُّعَانِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَيْسَ لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّ انْكَارَهُ لَوِلَادَتِهَا إِيَّاهُ ، إِقْرَارٌ بِأَنَّهَا لَمْ تَلِدْهُ مِنْ زَيْئٍ ، فَلَا يَقْبَلُ انْكَارُهُ لِذَلِكَ ، لِأَنَّهُ تَكْذِيبٌ لِنَفْسِهِ . وَالثَّانِي ، لَهُ نَفْيُهُ ؛ لِأَنَّهُ رَامَ لِرُؤُوسِهِ ، وَنَافٍ لَوَلَدِهَا ، فَكَانَ لَهُ نَفْيُهُ ^(١٨) بِاللُّعَانِ ، كَغَيْرِهِ .

١١٧/٨

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

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

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

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

(١٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٢٨ .

(١٧) (١٧-١٧) سِقْطُ مَنْ : ب . نَقْلُ نَظَرٍ .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « نَفْيًا » .

(١٩) فِي ب ، م : « مِنْ حِينَ » .

عَلِمْنَا قَوْلَهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِأَنَّنا نَعْلَمُ أَنَّها عِلَقَتْ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَتَزَوَّجَها . وَإِنْ كانَ الزَّوْجُ
 طِفْلاً لَهُ أَقْلٌ مِنْ عَشْرِ سِنِينَ ، فَأَتَتْ امْرَأَتُهُ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا^(٢٠) يُوجَدُ وَلَدٌ لِمِثْلِهِ ،
 وَلَا يُمَكِّنُهُ الْوَطْءُ . وَإِنْ كانَ لَهُ عَشْرٌ ، فَحَمَلَتْ امْرَأَتُهُ ، لَحِقَهُ وَلَدُها ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ :
 « وَاضْرِبُوهُمْ عَلَى الصَّلَاةِ لِعَشْرِ ، وَفَرَّقُوا بَيْنَهُمْ فِي الْمَضَاجِعِ^(٢١) » . وَقَالَ الْقَاضِي :
 يَلْحَقُ بِهِ ، إِذَا أَتَتْ بِهِ لِتِسْعَةِ أَعْوَامٍ وَنَصِيفِ عَامِ مُدَّةِ الْحَمْلِ ؛ لِأَنَّ الْجَارِيَةَ يُوَلَّدُ لها لِتِسْعِ ،
 فَكَذَلِكَ الْغُلَامُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا يَلْحَقُهُ حَتَّى يَبْلُغَ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَكُونُ مِنَ الْمَاءِ ، وَلَا
 يَنْزِلُ حَتَّى يَبْلُغَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ زَمَنٌ يُمَكِّنُ الْبُلُوغُ فِيهِ ، فَيَلْحَقُهُ الْوَلَدُ ، كَالْبَالِغِ ، وَقَدْ رُوِيَ أَنَّ
 عَمْرُو بْنَ الْعَاصِ ، وَابْنَةَ عَبْدِ اللَّهِ ، لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا إِلَّا اثْنَا عَشَرَ عَامًا ، وَأَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ
 بِالتَّفْرِيقِ بَيْنَهُمْ ، دَلِيلٌ عَلَى إِمكانِ الْوَطْءِ الَّذِي هُوَ سَبَبُ الْوَلادَةِ ، وَأَمَّا قِياسُ الْغُلَامِ عَلَى
 الْجَارِيَةِ ، فَغَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ يُمَكِّنُ الْاسْتِمْتَاعُ بِها لِتِسْعِ عَادَةً ، وَالْغُلَامُ لَا يُمَكِّنُهُ
 الْاسْتِمْتَاعُ لِتِسْعِ ، وَقَدْ تَحِيضُ لِتِسْعِ ، وَمَا عَهَدْنَا^(٢٢) بِلَوْغِ غُلَامٍ لِتِسْعِ . وَلَوْ تَزَوَّجَ رَجُلٌ
 امْرَأَةً فِي مَجْلِسٍ ، ثُمَّ طَلَّقَها فِيهِ قَبْلَ غَيْبَتِهِ عَنْهُمْ ، ثُمَّ أَتَتْ امْرَأَتُهُ بِوَلَدٍ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ حِينِ
 الْعَقْدِ ، أَوْ تَزَوَّجَ مُشْرِقِيَّ بِمَعْرَبِيَّةٍ ، ثُمَّ مَضَتْ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَأَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَمْ يَلْحَقْهُ .
 وَبِذَلِكَ قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ إِنَّمَا يَلْحَقُهُ
 بِالْعَقْدِ ، وَمُدَّةُ الْحَمْلِ ، أَلَا تَرَى أَنَّكُمْ قُلْتُمْ : إِذَا مَضَى زَمَانُ الْإِمكانِ ، لَحِقَ الْوَلَدُ ، وَإِنْ
 عِلْمٌ / أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ مِنْهُ الْوَطْءُ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لَمْ يَحْصُلْ إِمكانُ الْوَطْءِ^(٢٣) فِي هَذَا^(٢٣) الْعَقْدِ ،
 فَلَمْ يَلْحَقْ بِهِ الْوَلَدُ ، كَزَوْجَةِ ابْنِ سَنَّةٍ ، أَوْ كَالْوَلَدِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، وَفَارَقَ ما قاسُوا
 عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْإِمكانَ إِذَا وَجِدَ لَمْ يُعْلَمَ أَنَّهُ لَيْسَ مِنْهُ قِطْعًا ، لِجَوَازِ أَنْ يَكُونَ وَطِئَها مِنْ حَيْثُ
 لَا يُعْلَمُ ، وَلَا سَبِيلَ لَنَا إِلَى مَعْرِفَةِ حَقِيقَةِ الْوَطْءِ ، فَعَلَّقْنَا الْحُكْمَ عَلَى إِمكانِهِ فِي النِّكاحِ ، وَلَمْ

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

(٢١) تقدم تحريجه في : ٣٥/٢ .

(٢٢) في ا ، ب ، م ، ه : عهد .

(٢٣-٢٢) في م : ه : بهذا .

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

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

(٢٤) سقط من : م .

(٢٥) في ١ : يَلْحَقُ . وفي م : يَلْحَقُ .

(٢٦-٢٦) سقط من : ب .

(٢٧) في ١ ، ب ، م : مِنْهُمَا .

(٢٨) في الأصل : حَائِضٌ .

سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، فهو (٢٩) من الزَّوْجِ (٣٠) ؛ لِأَنَّنا نَعْلَمُ أَنهما حَمَلٌ واحِدٌ ، فإذا كان أحدهما منه ، فالآخرُ منه . وإن كان بينهما أكثرُ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ ، لم يَلْحَقِ الزَّوْجُ ، وانْتَفَى عنه من غيرِ / إِعانٍ ؛ لِأَنَّهُ لا يُمَكِّنُ أن يكونَ الولدانَ حَمَلًا واحِدًا وبينهما مُدَّةُ الحَمَلِ ، فَعَلِمَ أَنَّها عِلَقَتْ به بعدَ زَوالِ الزَّوْجِيَّةِ ، وانْقِضاءِ العِدَّةِ ، وَكَوْنِها أَجْنِيَّةً ، فهي كسائرِ الأَجْنِيَّاتِ . وإن طَلَّقَها ، فاعتَدَّتْ بالأقراءِ ، ثم ولَدَتْ ولِداً قَبْلَ مُضِيِّ سِتَّةِ أَشْهُرٍ من آخِرِ أَقْرانِها ، لِحَقِّه ؛ لِأَنَّنا نَبْتَقِنُ أَنَّها لم تَحْمِلْهُ بعدَ انْقِضاءِ عِدَّتِها ، ونَعْلَمُ أَنَّها كانت حامِلاً به (٣١) في زَمَنِ رُؤْيَةِ الدَّمِ ، فَيَلزَمُ أن لا يكونَ الدَّمُ حَيْضًا ، فلم تُنْقِضِ عِدَّتِها به . وإن أَتَتْ به لأكثرَ من ذلك ، لم يَلْحَقِ بِالزَّوْجِ . وهذا قولُ أبي العَبَّاسِ ابنِ سُرَيْجٍ . وقال غيرُهُ من أَصحابِ الشافعيِّ : يَلْحَقُ به ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ أن يكونَ منه ، والولِدُ يَلْحَقُ بالإمكانِ . ولنا ، أَنَّها أَتَتْ به بعدَ الحُكْمِ بانْقِضاءِ عِدَّتِها ، في وقتٍ يُمَكِّنُ أن لا يكونَ منه ، فلم يَلْحَقْهُ ، كما لو انْقَضَتْ عِدَّتِها بوضعِ الحَمَلِ ، وإِنما يُعْتَبَرُ الإمكانُ مع بقاءِ الزَّوْجِيَّةِ أو العِدَّةِ ، وأما بعدَها ، فلا يُكْتَفَى بالإمكانِ لِلحَاقِ ، وإِنما يُكْتَفَى بالإمكانِ لِنَفْيِهِ ، وذلك لِأَنَّ الفِرَاشَ سَبَبٌ ، ومع وُجُودِ السَّبَبِ يُكْتَفَى بِإمكانِ الحِكْمَةِ واحتمالِها ، فإذا انْتَفَى السَّبَبُ وآثارُهُ ، فَيَنْتَفِي الحُكْمُ لِانْتِفائِهِ ، ولا يُلْتَقَتُ إلى مُجَرِّدِ الإمكانِ . والله أعلم . فأما إن وَضَعْتَهُ قَبْلَ انْقِضاءِ العِدَّةِ لأقلَّ من أربعِ سِنينَ ، لِحَقِّ بِالزَّوْجِ ، ولم يَنْتَفِ عنه إلاَّ بِاللِّعانِ . وإن وَضَعْتَهُ لأكثرَ من أربعِ سِنينَ من حينِ الطَّلاقِ ، وكان بائِنًا ، انْتَفَى عنه بِغيرِ إِعانٍ ؛ لِأَنَّنا عَلِمنا أَنَّها عِلَقَتْ به بعدَ زوالِ الفِرَاشِ . وإن كان رَجَعِيًّا ، فَوَضَعْتَهُ لأكثرَ من أربعِ سِنينَ مُنْذُ انْقِضاءِ العِدَّةِ ، فَكَذلِكَ ؛ لِأَنَّها عِلَقَتْ به بعدَ البَيِّنُونَةِ . وإن وَضَعْتَهُ لأكثرَ من أربعِ سِنينَ مُنْذُ الطَّلاقِ ، ولأقلَّ منها مُنْذُ انْقِضاءِ العِدَّةِ ، ففيه روايتان ؛ إحداهما ، لا يَلْحَقْهُ ؛ لِأَنَّها لم تَعْلُقْ به قَبْلَ طَلاقِها ، فأشْبَهتْ

(٢٩) في م : فهم .

(٣٠) في ب زيادة : في قول الجمهور .

(٣١) سقط من : ١ .

البائِنَ . والثانية ، يَلْحَقُهُ ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ فِي السُّكْنَى وَالنَّفَقَةِ وَالطَّلَاقِ وَالظَّهَارِ
وَالْإِيلَاءِ وَالْحَلِّ ، فِي رِوَايَةٍ ، فَأَشْبَهَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

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

١١٨/٨ ظ

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

(٣٢) سقط من : ا ، ب ، م .

وقال أبو بكر: لا يكون الولد للواطئ، وإنما يكون للزَّوج. وهذا الذي يفتضيه مذهب
أبي حنيفة، لأن الولد للفراس. ولنا، أن الواطئ انفرد بوطئها فيما يلحق به النسب،
فلحق به كما لو لم تكن ذات زوج، وكما لو تزوجت امرأة المفقود عند الحكم بوفاته ثم بان
حيًا، والخبر مخصوص بهذا، فتقيس عليه ما كان في معناه. وإن (٣٣) وطئت امرأته أو أمته
بشبهة في طهر لم يصنها فيه، فاعتزلها حتى أتت بولد لستة أشهر من حين الوطء، لحق
الواطئ، وانتفى عن الزوج من غير لعان، وعلى قول (٣٤) أبي بكر (٣٤)، وأبي حنيفة:
يلحق بالزوج (٣٥)؛ لأن الولد للفراس. وإن أنكروا الواطئ الوطء، فالقول قوله بغير
يمين، ويلحق نسب الولد بالزوج؛ لأنه لا يمكن إلحاقه بالمنكر، ولا يقبل
دعوى الزوج في قطع نسب الولد. وإن أتت بالولد لدون ستة أشهر / من حين الوطء
لحق الزوج بكل حال؛ لأننا نعلم أنه ليس من الواطئ. وإن اشتركا في وطئها في طهر،
فأنت بولد يمين أن يكون منهما، لحق الزوج (٣٦)؛ لأن الولد للفراس، وقد أمكن كونه
منه (٣٧). وإن ادعى الزوج أنه من الواطئ. فقال بعض أصحابنا: يعرض على القافة
معهما فيلحق بمن ألحقته به منهما، فإن ألحقته بالواطئ لحقه، ولم يملك نفيه عن
نفسه، وانتفى عن الزوج بغير لعان، وإن ألحقته بالزوج لحقه، ولم يملك نفيه باللعان
في أصح الروايتين. والأخرى، له ذلك. وإن ألحقته (٣٨) بهما، لحق بهما، ولم يملك
الواطئ نفيه عن نفسه. وهل يملك الزوج نفيه باللعان؟ على روايتين. وإن لم توجد
قافة، أو أنكروا الواطئ الوطء، أو اشتبه على القافة، لحق الزوج؛ لأن المفتضى
للحاق النسب به متحقق، ولم يوجد ما يعارضه، فوجب إثبات حكمه. ويحتمل أن

١١٩/٨

(٣٣) سقط من: م.

(٣٤-٣٤) سقط من: ب.

(٣٥) في ب، م: «الزوج».

(٣٦) في زيادة: «بكل حال».

(٣٧) سقط من: الأصل.

(٣٨) في ا، م: «ألحقه».

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

فصل : وإن (٣٩) أتت امرأته (٤٠) بوليد ، فادّعى أنه من زوج قبله ، نظرنا ؛ فإن كانت تزوجت بعد انقضاء العدة ، لم يلحق بالأول بحال ، وإن كان (٤١) بعد أربع سنين منذ بانث من الأول ، لم يلحق به أيضا ، وإن وضعت لأقل من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ، لم يلحق به ، ويتنفي عنهما ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر ، فهو ولده ، وإن كان لأكثر من ستة أشهر منذ تزوجها الثاني ، ولأقل من أربع سنين من طلاق الأول ، ولم يعلم انقضاء العدة ، عرض على القافة ، ولحق (٤٢) بمن ألحقته به منهما ، فإن ألحقته بالأول ، انتفى عن الزوج بغير لعان ، وإن ألحقته بالزوج انتفى عن الأول ولحق الزوج . وهل له نفيه باللعان ؟ على روايتين .

١٣٣٥ - مسألة ؛ قال : (واللعان الذي يبرأ به من الحد أن يقول الزوج بمحض من الحاكم : أشهد بالله لقد زنت . ويشير إليها . وإن لم تكن حاضرة سماها (١) ، ونسبها ، حتى يكمل ذلك أربع مرات ، ثم يوقف عند الخامسة ، ويقال له : اتق الله ، فإنها الموجبة ، وعذاب الدنيا أهون من عذاب الآخرة . فإن أباي إلا أن يتم ، فليقل : ولعنة الله عليه إن كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنى . وتقول هي : أشهد بالله لقد كذب . / أربع مرات ، ثم يوقف عند الخامسة ، وتخوف كما تخوف الرجل ، فإن أثبت إلا أن يتم ، فلتقل : وغضب الله عليها إن

١١٩/٨ ظ

(٣٩) في ١ : « وإذا » .

(٤٠) سقط من : م .

(٤١) في ١ : « كانت » .

(٤٢) في ١ ، ب ، م : « الحق » .

(١) في الأصل : « أسماها » .

كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا زَمَانِي ^(٢) بِهِ مِنَ الرَّئِيِّ .

في هذه المسألة مسألتان :

إحدهما : أن اللعان لا يصح إلا بمحض من الحاكم ، أو من يقوم مقامه . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأن النبي ﷺ أمر هلال بن أمية أن يستدعي زوجته إليه ، ولأعن بينهما ^(٣) . ولأنه إما يمين ، وإما شهادة ، وأيهما كان ، فمن شرطه الحاكم . وإن تراضى الزوجان بغير الحاكم يلاعن بينهما ، لم يصح ذلك ؛ لأن اللعان مبني على التغليظ والتأكيد ، فلم يجز بغير الحاكم ، كالحد . وسواء كان الزوجان حرين أو مملوكين ، في ظاهر كلام الخرقى . وقال أصحاب الشافعي : للسيد أن يلاعن بين عبده وأمه ؛ لأن له إقامة الحد عليهما . ولنا ، أنه لعان بين زوجين ، فلم يجز لغير الحاكم أو نائيه ، كاللعان بين الحرين . ولا نسلم أن السيد يملك إقامة الحد على أمته المزوجة ، ثم لا يشبه اللعان الحد ؛ لأن الحد زجر وتأديب ، واللعان إما شهادة وإما يمين ، فافتراقاً ، ولأن اللعان داري للحد ، وموجب له ، فجرى مجرى إقامة البينة على الرئي والحكم به أو بنفيه . وإن كانت المرأة خفراً لا تبرز لحوائجها ، بعث الحاكم نائيه ، وبعث معه عدولاً ، ليلاعنوا بينهما ، وإن بعث نائيه وحده جاز ؛ لأن الجمع غير واجب .

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

(٢) في م : « ماها » .

(٣) تقدم تخريجه في : ٣٧٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ب : « من » .

شيء من هذا واجباً . ويُستحبُّ أن يتلَاعَنَا قِيَامًا ، فَيَبْدَأُ الزَّوْجُ فَيَلْتَعِنُ وَهُوَ قَائِمٌ ، فَإِذَا فَرَغَ قَامَتِ الْمَرْأَةُ فَالْتَعَنَتْ وَهِيَ قَائِمَةٌ ؛ لِمَا رَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ لِهَلَالِ بْنِ أُمِيَّةَ : « قُمْ فَاشْهَدْ أَرْبَعَ شَهَادَاتٍ »^(٦) . ولأنَّه إِذَا قَامَ شَاهَدَهُ النَّاسُ ، فَكَانَ أَبْلَغَ فِي^(٧) شَهْرَتِهِ ، فَاسْتُحِبَّ كَثْرَةُ^(٨) الْجَمْعِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ وَاجِبًا . وبهذا كله / قال أبو حنيفة ، والشافعي ، ولا أعلم فيه مخالفاً .

و١٢٠/٨

فصل : قال القاضي : ولا يُسْتَحَبُّ التَّغْلِيظُ فِي اللَّعَانِ بِمَكَانٍ وَلَا زَمَانٍ . وبهذا قال أبو حنيفة ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَطْلَقَ الْأَمْرَ بِذَلِكَ ، وَلَمْ يُقَيِّدْهُ بِزَمَانٍ وَلَا مَكَانٍ ، فَلَا يَجُوزُ تَقْيِيدُهُ إِلَّا بِدَلِيلٍ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ الرَّجُلَ بِإِحْضَارِ امْرَأَتِهِ ، وَلَمْ يَخْصُصْهُ بِزَمَنِ ، وَلَوْ خَصَّصَهُ بِذَلِكَ لَتَقَلَّ وَلَمْ يُهْمَلْ . وقال أبو الخطاب : يُسْتَحَبُّ أَنْ يَتَلَاعَنَا فِي الْأَزْمَانِ وَالْأَمَاكِنِ الَّتِي تُعْظَمُ . وهذا مذهبُ الشافعي ، إِلَّا أَنَّ عِنْدَهُ فِي التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ قَوْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ التَّغْلِيظَ بِهِ مُسْتَحَبٌّ كَالزَّمَانِ . والثاني ، أَنَّهُ وَاجِبٌ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَاعَنَ بَيْنَهُمَا^(٩) عِنْدَ الْمَنْبَرِ ، فَكَانَ فِعْلُهُ بَيِّنًا لِلْعَانِ . ومعنى التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ ، أَنَّهُمَا إِذَا كَانَا بِمَكَّةَ لَاعَنَ بَيْنَهُمَا بَيْنَ الرُّكْنِ وَالْمَقَامِ ، فَإِنَّهُ أَشْرَفُ الْبِقَاعِ ، وَإِنْ كَانَا بِالْمَدِينَةِ^(١٠) فَعِنْدَ مَنْبَرِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، وَفِي بَيْتِ الْمَقْدِسِ عِنْدَ الصَّخْرَةِ ، وَفِي سَائِرِ الْبُلْدَانِ فِي جَوَامِعِهَا . وَأَمَّا الزَّمَانُ فَبَعْدَ الْعَصْرِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ تَحْسِبُونَهُمَا مِنْ بَعْدِ الصَّلَاةِ فَيُقْسِمَانِ بِاللَّهِ ﴾^(١١) . وَأَجْمَعَ الْمُفَسِّرُونَ عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ بِالصَّلَاةِ صَلَاةَ الْعَصْرِ . قال أبو الخطاب في موضع آخر^(١٢) : أو بين^(١٢) الأذنين ؛ لِأَنَّ الدُّعَاءَ بَيْنَهُمَا لَا يُرَدُّ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ،

(٦) تقدم ترجمته ، في : ٣٧٣/٨ .

(٧) في ا ، ب : « من » .

(٨) في م : « كثرة » .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ب ، م : « في المدينة » .

(١١) سورة المائدة ١٠٦ .

(١٢) في ب : « وبين » .

ولو^(١٣) اسْتَحَبَّ ذَلِكَ لَفَعَلَهُ النَّبِيُّ ﷺ ، ولو فَعَلَهُ لَتَقِلَّ ، ولم يَسْعُ^(١٤) تَرْكُهُ^(١٥) وإهماله . وأما قولهم : إنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَأَعَنَ بَيْنَهُمَا عِنْدَ الْمِنْبَرِ . فليس هذا في شيء من الأحاديث المشهورة . وإن ثَبَتَ هذا ، فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ^(١٦) كان بِحُكْمِ الْإِتِّفَاقِ ؛ لِأَنَّ مَجْلِسَهُ كان عِنْدَهُ ، فَلَأَعَنَ بَيْنَهُمَا فِي مَجْلِسِهِ . وإن كان اللَّعَانُ بَيْنَ كَافِرَيْنِ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَالْحُكْمِ فِي اللَّعَانِ بَيْنَ الْمُسْلِمِينَ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَغْلُظَ بِالْمَكَانِ^(١٧) ؛ لِقَوْلِهِ فِي الْأَيْمَانِ : وإن كان لهم مواضع يُعْظَمُونَهَا ، وَيَتَّقُونَ^(١٨) أَنْ يَحْلِفُوا فِيهَا كَافِرِينَ ، حُلْفُوا فِيهَا . فعلى هذا ، يُلَاعِنُ بَيْنَهُمَا فِي مَوَاضِعِهِمُ التِّي^(١٩) يُعْظَمُونَهَا ؛ النَّصْرَانِيُّ فِي الْكَنِيسَةِ ، وَالْيَهُودِيُّ فِي الْبَيْعَةِ ، وَالْمَجُوسِيُّ فِي بَيْتِ النَّارِ . وإن لم يَكُنْ لَهُمْ مَوَاضِعُ يُعْظَمُونَهَا ، حَلَفَهُمُ الْحَاكِمُ فِي مَجْلِسِهِ ؛ لِتَعَدُّرِ التَّغْلِيظِ بِالْمَكَانِ . وإن كانت الْمُسْلِمَةُ حَائِضًا ، وَقُلْنَا : إنَّ اللَّعَانَ بَيْنَهُمَا يَكُونُ فِي الْمَسْجِدِ . وَقَفَّتْ عَلَى بَابِهِ ، وَلَمْ تَدْخُلْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ أَقْرَبُ الْمَوَاضِعِ / إِلَيْهِ .

المسألة الثانية : في ألفاظ اللعان وصفته ، أما ألفاظه فهي خمسة في حق^(٢٠) كل واحد منهما . وصفته أن الإمام يبدأ بالزوج ، فيقيمُه ، ويقول له : قُلْ أَرْبَعَ مَرَّاتٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنِّي لِمَنْ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي هَذِهِ مِنَ الزَّانِي . وَيُشِيرُ إِلَيْهَا إِنْ كَانَتْ حَاضِرَةً ، وَلَا يَحْتَاجُ مَعَ الْحُضُورِ وَالْإِشَارَةِ إِلَى^(٢١) نِسْبَةٍ وَتَسْمِيَةٍ^(٢٢) ، كَمَا لَا يَحْتَاجُ إِلَى ذَلِكَ

(١٣) في ا ، ب : « فلو » .

(١٤) في ا ، ب ، م زيادة : « له » .

(١٥) سقط من : م .

(١٦) في م : « إذا » .

(١٧) في م : « في المكان » .

(١٨) في م : « ويتقون » .

(١٩) في م : « اللاتي » .

(٢٠) سقط من : الأصل .

(٢١-٢٢) في م : « نسبها وتسميتها » .

في سائر العُقُودِ ، وإن كانت غائبةً أَسْمَاهَا وَنَسَبَهَا ، فقال : امرأتى فلانة بنتُ فلانٍ^(٢٢) . ويرْفَعُ في نَسَبِهَا حتى تَنْتَفِي^(٢٣) المشاركةَ بينها وبين غيرها . فإذا شَهِدَ أربعَ مراتٍ ، وقَفَّه الحَاكِمُ ، وقال له : اتَّقِ اللهَ ، فَإِنَّهَا المُوَجِّبَةُ ، وَعَذَابُ^(٢٤) الدُّنْيَا أَهْوَنُ من عَذَابِ الآخِرَةِ ، وَكُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ من لَعْنَةِ اللهِ . وَيَأْمُرُ رَجُلًا فَيَضَعُ يَدَهُ عَلَى فِيهِ ، حتى لا يُبَادِرَ بالخَامِسَةَ قَبْلَ المَوْعِظَةِ ، ثم يَأْمُرُ الرَّجُلَ ، فَيُرْسِلُ يَدَهُ عَنِ فِيهِ ، فَإِن رَأَاهُ يَمْضِي فِي ذَلِكَ ، قال له : قُلْ : وَأَنَّ لَعْنَةَ اللهِ عَلَيَّ إِنْ كُنْتُ مِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ زَوْجَتِي هَذِهِ مِنَ الزَّئْبِيِّ . ثم يَأْمُرُ المَرَأَةَ بِالقِيَامِ ، ويقولُ لها : قُولِي : أَشْهَدُ باللهِ أَنَّ زَوْجِي هَذَا مِنَ الكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّئْبِيِّ . وَتُشِيرُ إِلَيْهِ ، وَإِن كَانَ غَائِبًا أَسْمَتَهُ وَنَسَبَتَهُ ، فَإِذَا كَرَّرْتَ ذَلِكَ أَرْبَعَ مَرَاتٍ ، وَقَفَّهَا ، وَوَعَّظَهَا كَمَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الزَّوْجِ ، وَيَأْمُرُ امْرَأَةً فَتَضَعُ يَدَهَا عَلَى فِيهَا ، فَإِن رَأَاهَا تَمْضِي عَلَى ذَلِكَ ، قال لها : قُولِي : وَأَنَّ غَضَبَ اللهِ عَلَيَّ إِنْ كَانَ زَوْجِي هَذَا مِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّئْبِيِّ . قال إسحاقُ بن منصورٍ : قلتُ لأحمدَ : كيف يُلَاعَنُ ؟ قال : على ما في كتابِ اللهِ تعالى ، يقولُ أَرْبَعَ مَرَاتٍ : أَشْهَدُ باللهِ أَنِّي فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الصَّادِقِينَ . ثم يُوقِفُ عِنْدَ الخَامِسَةِ ، فيقولُ : لَعْنَةُ اللهِ عَلَيْهِ إِنْ كَانَ مِنَ الكَاذِبِينَ . وَالمَرَأَةُ مِثْلُ ذَلِكَ ، تُوقِفُ عِنْدَ الخَامِسَةِ ، فيقالُ لها اتَّقِ اللهَ ، فَإِنَّهَا المُوَجِّبَةُ ، تُوجِبُ عَلَيْكَ العَذَابَ . فَإِن حَلَفْتَ ، قالت : غَضِبَ اللهُ عَلَيْهَا إِنْ كَانَ مِنَ الصَّادِقِينَ . وَعَدُّ هَذِهِ الأَلْفَاظِ الخَمْسَةِ شَرْطٌ فِي اللِّعَانِ ، فَإِن أُحْلِلَ بِوَاحِدَةٍ مِنْهَا ، لم يَصِحَّ ، على ما ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى ، وَإِن أُبْدِلَ لفظًا مِنْهَا ، فظَاهِرُ كَلَامِ الخِرْقِيِّ أَنَّهُ يَجُوزُ أَنْ يُبَدَلَ قَوْلُهُ : إِنِّي مِنَ الصَّادِقِينَ . بقوله : لقد زَنْتُ . لأنَّ معنَاهُمَا وَاحِدٌ ، وَيَجُوزُ لها إِبْدَالُ : إِنَّهُ لِمِنَ الكَاذِبِينَ . بقَوْلِهَا : لقد كَذَبَ . لأنَّهُ ذَكَرَ صِفَةَ اللِّعَانِ كَذَلِكَ . / وَاتِّبَاعُ لَفْظِ النَّصْرِ أَوْلَى وَأَحْسَنُ . وَإِن أُبْدِلَ لَفْظًا^(٢٥) : « أَشْهَدُ » بِلَفْظٍ مِنَ الأَلْفَاظِ الَّتِي مَعِنِ ، فقال : أَحْلِفْ

١٢١/٨ و

(٢٢) في زيادة : « ابن فلان » .

(٢٣) في م : « ينفي » .

(٢٤) سقطت الواو من : م .

(٢٥) في ب ، م : « لفظة » .

أو أقسِمُ أو أُولَى . لم يُعْتَدَّ به . وقال أبو الحَطَّابِ : فيه وجهٌ آخِرُ ، أَنَّهُ يُعْتَدُّ به ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِالْمَعْنَى ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَبْدَلَ : إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ . بقوله : لَقَدْ زَنْتُ . وللشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ فِي هَذَا . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ مَا اعْتَبِرَ فِيهِ لَفْظُ الشَّهَادَةِ ، لَمْ يَقُمْ غَيْرُهُ مَقَامَهُ ، كَالشَّهَادَاتِ فِي الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّ اللَّعَانَ يُقْصَدُ فِيهِ التَّغْلِيظُ ، وَاعْتِبَارُ لَفْظِ الشَّهَادَاتِ أَبْلَغُ فِي التَّغْلِيظِ ، فَلَمْ يَجُزْ تَرْكُهُ ، وَهَذَا لَمْ يَجُزْ أَنْ يُقْسِمَ بِاللَّهِ مِنْ غَيْرِ كَلِمَةٍ تَقُومُ مَقَامَ أَشْهَدُ . وَالثَّانِي ، يُعْتَدُّ به ؛ لِأَنَّهُ أَتَى بِالْمَعْنَى ، أَشْبَهَ مَا قَبْلَهُ . وَلِلشَّافِعِيِّ وَجْهَانِ كَهَذَيْنِ . وَإِنْ أَبْدَلَ لَفْظَةَ اللَّعْنَةِ بِالْإِبْعَادِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ لَفْظَ اللَّعْنَةِ أَبْلَغُ فِي الرَّجْرِ وَأَشَدُّ فِي أَنْفُسِ النَّاسِ ، وَلِأَنَّهُ عَدَلَ عَنِ الْمَنْصُوصِ . وَقِيلَ : يَجُوزُ ؛ لِأَنَّ مَعْنَاهُمَا وَاحِدٌ . وَإِنْ أَبْدَلَتِ الْمَرْأَةُ لَفْظَةَ الْعَضْبِ بِاللَّعْنَةِ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْعَضْبَ أَعْلَظُ ، وَهَذَا اخْتَصَّتِ الْمَرْأَةُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ^(٢٦) الْمُعَيَّرَةَ^(٢٧) بَرْنَاهَا أَقْبَحُ ، وَإِثْمُهَا بِفِعْلِ الزَّئِي أَعْظَمُ مِنْ إِثْمِهِ بِالْقَذْفِ^(٢٨) . وَإِنْ أَبْدَلَتْهَا بِالسَّخِطِ ، خُرَّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ^(٢٩) فِيمَا إِذَا أَبْدَلَ الرَّجُلُ لَفْظَ^(٣٠) اللَّعْنَةِ بِالْإِبْعَادِ . وَإِنْ أَبْدَلَ الرَّجُلُ لَفْظَ^(٣١) اللَّعْنَةِ بِالْعَضْبِ ، اخْتَمَلَ أَنْ يَجُوزَ ؛ لِأَنَّهُ أَبْلَغُ ، وَاخْتَمَلَ أَنْ لَا يَجُوزَ ؛ لِخَالَفَتِهِ^(٣٢) الْمَنْصُوصِ . قَالَ الْوَزِيرُ يَحْيَى بْنُ مُحَمَّدِ بْنِ هُبَيْرَةَ^(٣٢) رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى : مِنَ الْفُقَهَاءِ مَنْ اشْتَرَطَ أَنْ يُزَادَ بَعْدَ قَوْلِهِ : مِنَ الصَّادِقِينَ : فِيمَا رَمَيْتُهَا بِهِ مِنَ الزَّئِي . وَاشْتَرَطَ فِي نَفْسِهَا عَنْ نَفْسِهَا : فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّئِي . وَلَا أَرَاهُ يَحْتَاجُ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ سَبَّحَانَهُ أَنْزَلَ ذَلِكَ وَبَيَّنَّهُ ، وَلَمْ يَذْكَرْ هَذَا الْاِشْتِرَاطَ . وَأَمَّا مَوْعِظَةُ الْإِمَامِ

(٢٦) سقط من : الأصل .

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في م : « للقذف » .

(٢٩) في ا ، م : « وجهين » .

(٣٠) في ب ، م : « لفظة » .

(٣١) في الأصل : « مخالفة » .

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

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

وروى / أبو إسحاق الجوزجاني ، بإسناده ، حديث المتلاعنين ، قال : فشهد أربع شهادَاتٍ بالله إنَّه لمن الصادقين ، ثم أمر به فأمسك على فيه ، فوعظه ، وقال : « وَيَحْكُ كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ لَعْنَةِ اللَّهِ » . ثم أرسل ، فقال : لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين . ثم دعاها ، فقرأ عليها ، فشهدت أربع شهادَاتٍ بالله إنَّه لمن الكاذبين ، ثم أمر بها فأمسك على فيها ، وقال : « وَيَحْكُ كُلُّ شَيْءٍ أَهْوَنُ عَلَيْكَ مِنْ عَذَابِ اللَّهِ » . وذكر الحديث .

١٢١/٨ ظ

فصل : ويُشترط في صححة اللعان شروط ستة ؛ أحدها ، أن يكون بمنحصر الإمام أو نائبه . والثاني ، أن يأتي كل واحد منهما باللعان بعد إلقائه عليه ، فإن بادر به قبل أن يُلقيه الإمام عليه ، لم يصح ، كإلحاقه قبل أن يحلفه الحاكم . الثالث ، استكمال لفظات اللعان الخمسة ، فإن نقص منها لفظة ، لم يصح . الرابع ، أن يأتي بصورته ، إلا ما ذكرنا من الاختلاف في إبدال لفظة بمثلها في المعنى . الخامس ، الترتيب ، فإن قدم لفظة اللعنة على شيء من الألفاظ الأربعة ، أو قدمت المرأة لعانها على لعان الرجل ، لم يعتد به . السادس ، الإشارة من كل واحد منهما إلى صاحبه إن كان حاضراً ، أو تسميته (٣٤) ونسبته إن كان غائباً . ولا يشترط حضورهما معاً ، بل لو كان أحدهما غائباً عن صاحبه ،

(٣٣-٣٣) سقط من : الأصل .

(٣٤) في م : « وتسميته » .

مثل أن لَاعَنَ الرَّجُلُ فِي الْمَسْجِدِ وَالْمَرْأَةَ عَلَى بَابِهِ ، لَعَدَمِ إِمْكَانِ دُخُولِهَا^(٣٥) ، جاز .
فصل : وإن كان الزَّوْجَانِ يَعْرِفَانِ الْعَرَبِيَّةَ ، لم يَجْزُ أَنْ يَلْتَعِنَا بغيرها ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ وَرَدَ فِي الْقُرْآنِ بِلَفْظِ الْعَرَبِيَّةِ . وإن كانا لا يُحْسِنَانِ ذَلِكَ ، جاز لهما الألتعان بلسانِهما ؛ لموضع الحاجة ، فإن كان الحاكمُ يُحْسِنُ لِسَانَهُمَا ، أَجْزَأُ ذَلِكَ ، وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يَحْضُرَ مَعَهُ أَرْبَعَةٌ يُحْسِنُونَ لِسَانَهُمَا ، وإن كان الحاكمُ لا يُحْسِنُ لِسَانَهُمَا ، فلا بُدَّ من تَرْجُمان . قال القاضي : ولا يُجْزِئُ فِي التَّرْجِمَةِ أَقْلٌ مِنْ اثْنَيْنِ عَدْلَيْنِ . وهو قولُ الشافعيِّ ، وظاهرُ قولِ الخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : وَلَا يُقْبَلُ فِي التَّرْجِمَةِ عَنْ أَعْجَمِيٍّ حَاكِمٌ إِلَيْهِ ، إِذَا لم يَعْرِفْ لِسَانَهُ ؛ أَقْلٌ مِنْ عَدْلَيْنِ يَعْرِفَانِ لِسَانَهُ . وذكرَ أَبُو الْخَطَّابِ رِوَايَةَ أُخْرَى ، أَنَّهُ يُجْزِئُ قَوْلُ عَدْلٍ^(٣٦) وَاحِدٍ .^(٣٧) وهو قولُ أَبِي حَنِيفَةَ^(٣٧) ، وسندُكُ ذَلِكَ فِي مَوْضِعِ آخَرَ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تعالى .

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

و١٢٢/٨

وجملة ذلك ، أَنَّهُ مَتَى كَانَ اللَّعَانُ لِنَفْسِي وَلِدٍ ، فلا بُدَّ من ذِكْرِهِ فِي لِعَانِهِمَا . وقال الشافعيُّ : لا تَحْتَاجُ الْمَرْأَةُ إِلَى ذِكْرِهِ ؛ لِأَنَّهَا لا تَنْفِيهِ ، وَإِنَّمَا احتاجُ الزَّوْجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِنَفْيِهِ . وقال أبو بكرٍ : لا يَحْتَاجُ وَاحِدٌ^(١) مِنْهُمَا إِلَى ذِكْرِهِ ، وَيَنْتَفِي بِزِوَالِ الْفِرَاشِ . ولنا ، أَنَّ مَنْ سَقَطَ حَقُّهُ بِاللَّعَانِ ، اشْتَرَطَ ذِكْرُهُ فِيهِ ، كَالْمَرْأَةِ ، وَالْمَرْأَةُ أَحَدُ الزَّوْجَيْنِ ، فَكَانَ ذِكْرُ الْوَلَدِ شَرْطًا فِي لِعَانِهَا كَالزَّوْجِ ، ولأنَّهُمَا مُتَحَالِفَانِ^(٢) عَلَى شَيْءٍ ، فَيُشْتَرَطُ^(٣) ذِكْرُهُ فِي

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

(٣٦) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٣٧-٣٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « مُخْتَلِفَانِ » .

(٣) فِي م : « فَاشْتَرَطَ » .

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

فصل : وَإِذَا قَذَفَ امْرَأَتُهُ بِالزَّيْنِيِّ بَرَجْلٍ بَعَيْنِهِ ، فَقَدْ قَذَفَهُمَا ، وَإِذَا لَاعَنَهَا^(٩) سَقَطَ الْحَدُّ عَنْهُمَا ، سِوَاءَ ذَكَرَ الرَّجُلُ فِي لِعَانِهِ أَوْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، وَإِنْ لَمْ يُلَاعِنْ ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْمَطَالِبَةُ ، وَأَيُّهُمَا طَالِبٌ ، حُدُّهُ ، وَمَنْ لَمْ يُطَالِبْ ، فَلَا يُحَدُّ لَهُ ، كَمَا لَوْ قَذَفَ رَجُلًا بِالزَّيْنِيِّ بِامْرَأَةٍ مُعَيَّنَةٍ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ ، إِلَّا فِي أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ حَدُّهُ بِلِعَانِهَا^(١٠) . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : الْقَذْفُ لِلزَّوْجَةِ وَحَدُّهَا ، وَلَا يَتَعَلَّقُ بِغَيْرِهَا حَقٌّ فِي الْمَطَالِبَةِ وَلَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّ هِلَالَ بْنَ أُمَيَّةَ قَذَفَ زَوْجَتَهُ بِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، فَلَمْ يَحُدَّهُ

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في ١ ، ب زيادة : « هو » .

(٦) في الأصل : « فاعتقد » .

(٧) في ١ : « اللَّفْظَيْنِ » .

(٨) في الأصل ، ١ : « وأنه » .

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

(١٠) في ب : « بلعانها » .

١٢٢/٨ ظ النبي ﷺ ، ولا عزَّره له^(١١) . وقال بعضُ أصحابِ الشافعيِّ : يجبُ / الحَدُّ لهما^(١٢) . وهل يجبُ حَدُّ واحدٍ^(١٣) أو حَدَّانِ ؟ على وَجْهَيْنِ . وقال بعضهم : لا يجبُ إِلَّا حَدُّ واحدٍ ، قولًا واحدًا . ولا خِلافَ بينهم أَنَّهُ إِذَا لَاعَنَ ، وَذَكَرَ الأَجْنَبِيَّ فِي لِعَانِهِ ، أَنَّهُ يَسْقُطُ عَنْهُ حُكْمُهُ ، وَإِنْ لَمْ يَذْكُرْهُ ، فعلى وَجْهَيْنِ . ولنا ، أَنَّ اللِّعَانَ بَيِّنَةٌ فِي أَحَدِ الطَّرْفَيْنِ ، فَكَانَ بَيِّنَةً فِي الطَّرْفِ الأَخرِ ، كَالشَّهَادَةِ ، ولأنَّ بِهِ حَاجَةٌ إِلَى قَذْفِ الزَّانِي ، لما أَفسَدَ عَلَيْهِ مِنَ فِرَاشِهِ ، وَرِما يَحْتَاجُ إِلَى ذِكْرِهِ لِيَسْتَدِلَّ بِشَبِّهِ الوَلِدِ لِلْمَقْدُوفِ عَلَى صِدْقِ قَاضِيهِ ، كما اسْتَدَلَّ النبي ﷺ عَلَى صِدْقِ هَلالٍ بِشَبِّهِ الوَلِدِ لِشَرِيكِ بْنِ سَحْمَاءَ ، فَوَجَبَ أَنْ يُسْقَطَ حُكْمَ قَذْفِهِ ما أَسْقَطَ حُكْمَ قَذْفِهَا ، قِياسًا لَهُ عَلَيْهَا .

فصل : ولو قَذَفَ امرأته وأجْنَبِيَّةً أو أجنَبِيًّا بكلمَتَيْنِ ، فعليه حَدَّانِ لهما ، فيُخْرُجُ مِنْ حَدِّ الأَجْنَبِيَّةِ بِالْبَيِّنَةِ خاصَّةً ، وَمِنْ حَدِّ الزَّوْجَةِ بِالْبَيِّنَةِ أو اللِّعَانِ . وَإِنْ قَذَفَهُمَا بِكَلِمَةٍ ، فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا لَمْ يَلِاعِنِ ، وَلَمْ تَقَمَّ بَيِّنَةٌ ، فَهَلْ يُحَدُّ لهما حَدًّا واحدًا أو حَدَّيْنِ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْداهِما ، يُحَدُّ حَدًّا واحدًا . وَبِهِ قال أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشافعيُّ فِي القَدِيمِ . وَزاد أَبُو حَنِيفَةَ : سِوَاءَ كانَ بِكَلِمَةٍ أو بِكَلِمَاتٍ ؛ لِأَنَّها^(١٤) حُدُودٌ مِنْ جِنْسٍ ، فَوَجَبَ أَنْ تَتَدَاخَلَ ، كَحُدُودِ الزَّانِي . وَالثَّانِيَّةُ : إِنْ طَلَبُوا^(١٥) مُجْتَمِعِينَ فَحَدُّ واحدٍ ، وَإِنْ طَلَبُوا^(١٥) مُتَفَرِّقِينَ فَلِكُلِّ واحدٍ حَدٌّ ؛ لِأَنَّهم إِذَا اجْتَمَعُوا فِي الطَّلَبِ ، أَمَكَّنَ إِيفاءُهم بِالْحَدِّ الوَاحِدِ ، وَإِذَا تَفَرَّقُوا لَمْ يُمَكِّنْ جَعْلُ الحَدِّ الوَاحِدِ إِيفاءً لِمَنْ لَمْ يُطالَبْ ؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ إِقامَةُ الحَدِّ لَهُ قَبْلَ المُطالَبَةِ مِنْهُ . وَقَالَ الشافعيُّ ، فِي الجَدِيدِ^(١٦) : يُقامُ لِكُلِّ واحدٍ حَدٌّ بِكُلِّ

(١١) تقدم تخرجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(١٢) سقط من : ب ، م .

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في ا ، ب ، م ، : « لأنهما » .

(١٥) في ا ، ب ، م ، : « طالبوا » .

(١٦) في م : « الحد » .

حَالٍ ؛ لِأَنَّهَا حُقُوقٌ لآدَمِيِّينَ (١٧) ، فَلَمْ تَتَدَاخَلَ ، كَالذُّيُونِ . وَلَنَا ، عَلَى (١٨) أَنَّهُ إِذَا قَدَفَهُمَا بِكَلِمَةٍ وَاحِدَةٍ يُجْزَى حَدْ وَاحِدٌ ، أَنَّهُ (١٩) يَظْهَرُ كَذِبُهُ فِي قَدْفِهِ ، (٢٠) وَبِرَاءَةٌ عَرَضِيَّتُهُ (٢١) مِنْ رَمِيهِ بِحَدِّ وَاحِدٍ ، فَأَجْزَأُ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَدْفُ لَوَاحِدٍ . وَإِذَا قَدَفَهُمَا بِكَلِمَتَيْنِ ، وَجَبَ حَدَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا قَدَفَانِ لِشَخْصَيْنِ ، فَوَجِبَ لِكُلِّ وَاحِدٍ حَدٌّ ، كَمَا لَوْ قَدَفَ الثَّانِي بَعْدَ حَدِّ الْأَوَّلِ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِيمَا إِذَا قَدَفَ أَجْنَبِيَّتَيْنِ أَوْ أَجْنَبِيَّاتٍ ، فَالْتَفْصِيلُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ قَدَفَ أَرْبَعَ نِسَائِهِ ، فَالْحُكْمُ فِي الْحَدِّ كَذَلِكَ . وَإِنْ أَرَادَ اللَّعَانَ ، فَعَلَيْهِ أَنْ يَلْعَنَ لِكُلِّ وَاحِدَةٍ لِعَانًا مُفْرَدًا ، وَيَبْدَأُ بِلِعَانِ التِّي تَبْدَأُ بِالْمُطَالِبَةِ ، فَإِنْ طَالَ بِنِ جَمِيعًا ، وَتَشَاحَحْنَ ، بَدَأُ / بِأَحَدَاهُنَّ بِالْفُرْعَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَشَاحَحْنَ (٢١) ، بَدَأُ بِلِعَانِ مَنْ شَاءَ مِنْهُنَّ ، وَلَوْ بَدَأَ بِوَاحِدَةٍ (٢٢) مِنْهُنَّ مِنْ غَيْرِ فُرْعَةٍ مَعَ الْمُشَاحَّةِ ، صَحَّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُجْزَى لِعَانًا وَاحِدًا ، فَيَقُولُ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ إِنِّي لَمِنَ الصَّادِقِينَ فِيمَا رَمَيْتُ بِهِ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْ زَوْجَاتِي هَؤُلَاءِ الْأَرْبَعِ مِنَ الزَّوْجِي . وَتَقُولُ كُلُّ وَاحِدَةٍ : أَشْهَدُ بِاللَّهِ أَنَّهُ لَمِنَ الْكَاذِبِينَ فِيمَا رَمَانِي بِهِ مِنَ الزَّوْجِي . لِأَنَّهُ يَحْصُلُ الْمَقْصُودُ بِذَلِكَ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ اللَّعَانَ أَيْمَانَ ، فَلَا تَتَدَاخَلُ لِمَجَاعَةٍ ، كَالْأَيْمَانِ فِي الذُّيُونِ .

و ١٢٣/٨

فصل : ولو قال لزوجته : يا زانية بنت الزانية . فقد قدفها ، وقدف أمها بكلمتين ، والحكم في الحد لهما على ما مضى من التفصيل فيه . فإن اجتمعا في المطالبة ، ففي آيتينهما يقدم (٢٣) ؟ فيه (٢٤) وجهان ؛ أحدهما ، الأم ؛ لأن حقها أكد ، لكونه (٢٥) لا

(١٧) في ب ، م : « الآدميين » .

(١٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٩) في م : « لأنه » .

(٢٠-٢٠) في الأصل : « فبراءة عرضها » .

(٢١) في م : « يتشاحن » .

(٢٢) في ا : « بلعان واحدة » .

(٢٣) في الأصل ، م : « يتقدم » .

(٢٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٢٥) في الأصل : « لكونها » .

يَسْقُطُ (٢٦) إِلَّا بِالْبَيِّنَةِ (٢٦) ، ولأنَّ (٢٧) لها فَضِيلَةَ الْأُمُومَةِ . والثاني ، تُقَدَّمُ (٢٨) الْبَيِّنَةُ ؛ لِأَنَّهُ
 بَدَأَ بِقَدْفِهَا . ومتى حُدَّ لِأَحَدِهِمَا ، ثُمَّ وَجِبَ عَلَيْهِ الْحَدُّ لِالْأُخْرَى ، لم يُحَدَّ حَتَّى يَبْرَأَ
 جِلْدُهُ مِنْ حَدِّ (٢٩) الْأُولَى . فَإِنْ قِيلَ : إِنَّ الْحَدَّ هُنَا حَقٌّ لِأَدْمَى ، فَلِمَ لَا يُوَالَى بَيْنَهُمَا
 كَالْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ لَوْ قَطَعَ يَدَى رَجُلَيْنِ ، قَطَعْنَا يَدَيْهِمَا ، ولم نُؤَخِّرْهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ حَدَّ
 الْقَدْفِ لَا يَتَكَرَّرُ بِتَكَرُّرِ سَبَبِهِ قَبْلَ إِقَامَةِ حَدِّهِ ، فَالْمُوَالَاةُ بَيْنَ حَدَّيْنِ فِيهِ تُخْرِجُهُ عَنْ
 مَوْضُوعِهِ ، وَالْقِصَاصُ يَجُوزُ أَنْ تُقَطَعَ الْأَطْرَافُ كُلُّهَا فِي قِصَاصٍ وَاحِدٍ ، فَإِذَا جَازَ
 لِوَاحِدٍ ، فَلَا تُنْتَبِهُ أُولَى .

فصل : وَإِنْ قَدَفَ مُحْصِنًا مَرَّاتٍ ، فَحَدُّ وَاحِدٌ ، رِوَايَةٌ وَاحِدَةٌ ، سِوَاءَ قَدَفِهِ بَزْنِي آخَرَ ،
 أَوْ كَرَّرَ الْقَدْفَ بِالْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُمَا حَدَّانِ تَرَادَفَ سَبَبَيْهِمَا ، فَتَدَاخَلَا ، كَالزَّنْيِ مَرَارًا . وَإِنْ
 قَدَفَهُ فَحَدُّ لَهُ ، ثُمَّ قَدَفَهُ مَرَّةً أُخْرَى بِذَلِكَ الزَّنْيِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ تَحَقَّقَ كَذِبُهُ فِيهِ
 بِالْحَدِّ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى إِظْهَارِ كَذِبِهِ فِيهِ ثَانِيًا ، وَلَمَّا جَلَدَ عَمْرُ أَبَا بَكْرَةَ حِينَ شَهِدَ عَلَى
 الْمُغِيرَةَ بْنِ شُعْبَةَ ، أَعَادَ قَدْفَهُ ، فَهَمَّ عَمْرُ بِإِعَادَةِ الْحَدِّ عَلَيْهِ ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : إِنَّ جَلْدَتَهُ
 فَارْجُمْ صَاحِبَهُ . فَتَرَكَهُ (٣٠) . وَلَكِنَّهُ يُعَزَّرُ تَعْزِيرَ السَّبِّ وَالشَّتْمِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّ فِيهِ رِوَايَةً
 أُخْرَى ، أَنَّ عَلَيْهِ الْحَدَّ ثَانِيًا ؛ لِأَنَّهُ قَدَفَ ثَانِيًا بَعْدَ إِقَامَةِ (٣١) الْحَدِّ عَلَيْهِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ
 ظ ١٢٣/٨ قَدَفَهُ بَزْنِي ثَانِيًا . وَأَمَّا إِنْ قَدَفَهُ بَزْنِي آخَرَ ، فَعَلَيْهِ حَدُّ آخَرُ ؛ لِأَنَّهُ قَدَفَ / لِ مُحْصِنٍ لَمْ
 يَحَدِّ فِيهِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَعَقَّبَهُ الْحَدُّ كَالْأَوَّلِ ، وَلِأَنَّ سَبَبَ الْحَدِّ وَجَدَ بَعْدَ إِقَامَتِهِ ، فَأَعِيدَ

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

(٢٧) فِي الْأَصْلِ : « وَلِأَنَّهَا » .

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

(٢٩) فِي الْأَصْلِ : « جِلْدٌ » .

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

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

(٣١) سَقَطَ مِنْ : ب .

عليه ، كالزنى والسَّرْقَةِ . وعن أحمد روايةٌ أُخرى ، لا حَدَّ عليه في الثاني ؛ لأنه حَدٌّ لصاحبه مرَّةً ، فلا يُعادُ عليه الحدُّ^(٣٢) ، كما لو قَدَفَه بالزنى الأول . وعلى هذه الرواية يُعزَّرُ تَعزِيرُ السَّبِّ والشَّتْمِ . وهذه الرواية الثانية فيما إذا تقارَبَ القَدْفُ الثاني من الحدِّ ، فأما إذا تباعدَ زمانُهُما ، وجَبَ الحدُّ بكلِّ حالٍ ؛ لأنه لا يجوزُ أن يكونَ حَدُّهُ مرَّةً من أجله يُوجِبُ^(٣٣) إطلاقَ عَرَضِهِ له . ومَذْهَبُ الشافعيِّ في هذا كَمَذْهَبِنَا ، إلا أنَّهم حكَّوا عن الشافعيِّ ، فيما إذا أَعادَ القَدْفُ بزنى ثانٍ قبلَ إقامةِ الحدِّ ، قَوْلَيْنِ ؛ أحدهما ، يجبُ حَدُّ واحدٍ . والثاني ، يجبُ حَدَّانِ . فأما إن^(٣٤) قَدَفَ أُجْنَبِيَّةً ، ثم تَرَوَّجَها ، ثم قَدَفَها ، فعليه الحدُّ للقَدْفِ الأولِ ، ولا شيءَ عليه للثاني . في قول أبي بكرٍ . وحِكْمِي نحو ذلك عن الزُّهْرِيِّ ، والثَّوْرِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ؛ لأنه لو قَدَفَ أُجْنَبِيَّةً قَدْفَيْنِ ، لم يجبَ عليه أكثرُ من حَدٍّ واحدٍ . واختار القاضي أَنَّهُ إن قَدَفَها بالزنى الأولِ ، لم يكنْ عليه أكثرُ من حَدٍّ واحدٍ^(٣٥) ، وليس له إسقاطُه إلا بالبيِّنة ، وإن قَدَفَها بزنى آخَرَ ،^(٣٦) فهو على الروابِتين فيما إذا قَدَفَ الأُجْنَبِيَّةَ ، ثم حُدَّها ، ثم قَدَفَها بزنى آخَرَ^(٣٦) ، فإن قلنا : يجبُ حَدَّانِ . فطالبتِ المرأةُ بمُوجِبِ القَدْفِ الأولِ ، فأقامَ به بيِّنةً ، سَقَطَ عنه حَدُّهُ ، ولم يجبَ في الثاني حَدٌّ ؛ لأنَّها غيرُ مُحصَنَةٍ ، وإن لم يُقَمَّ به^(٣٧) بيِّنةً ، حُدَّها . ومتى طالبتَه بمُوجِبِ الثاني ، فأقامَ به بيِّنةً ، أو لَاعَنَها ، سَقَطَ ، وإلا وجَبَ عليه الحدُّ به^(٣٧) أيضا ؛ لأنَّ هذا القَدْفَ مُوجِبُهُ غيرُ مُوجِبِ الأولِ ، فإنَّ الأولُ مُوجِبُهُ الحدُّ على الخُصُوصِ ، والثاني مُوجِبُهُ اللِّعانُ أو الحدُّ^(٣٨) . وإن بدأتِ بالمُطالبةِ بمُوجِبِ الثاني ، فأقامَ بيِّنةً به ، أو لَاعَنَ ، سَقَطَ حَدُّهُ ، ولها المُطالبةُ بمُوجِبِ الأولِ ، فإن أقامَ به بيِّنةً ، وإلا حُدَّ . قال

(٣٢) سقط من : ب ، م .

(٣٣) في ا ، ب ، م ، د : فوجب .

(٣٤) في م : د : إلى ؛ خطأ .

(٣٥) سقط من : ب .

(٣٦-٣٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٧) سقط من : م .

(٣٨) في ا ، ب ، م ، د : والحد .

القاضي : إن أقام بالثاني بيّنة ، سقط مُوجبُ الأوّل . وهو مذهبُ الشافعيّ ؛ لأنّها صارت غير مُحصنة ، فلا يُثبت لها حدّ المُحصنات . ولنا ، أن سُقوط إحصانها في الثاني ، لا يُوجب سُقوطه فيما قبل ذلك ، كما لو استوفى حدّه قبل إقامة البيّنة . ولعل هذا يَنبئني ^(٣٩) على ما إذا قَذَفَ رَجُلًا فلم يُقِم / الحدّ على القاذِفِ حتى زَنَى المَقْدُوفُ . وإن لم يُقِم بيّنةً عليهما ، ولم يَلْتَمِصَنَّ للثاني ، لم يجب إلّا حدّ واحدٌ . نص عليه أحمدٌ ؛ لأنهما ^(٤٠) حدّان من جنسَيْن تَرادُفا ، لم ^(٤١) يُقِم أحدهما ، فتداحلا ، كما لو قَذَفَها وهي أجنبيّة قَذَفَيْن . ولو قَذَفَ زَوْجَتَهُ ، فحدّها ، ثم أعادَ قَذَفَها بذلك الزَّنى ، لم يحدّها ؛ لما ذكرنا في إعادة قَذَفِ الأجنبيّ ، لكن ^(٤٢) يُعزَّرُ للأدَى ^(٤٣) والسَّبِّ ، وليس له إسقاطُ التّعزيرِ باللّعانِ ؛ لأنّه تعزيرُ سَبِّ ، لا تعزيرُ قَذَفِ ، إلّا على الرواية التي تُلزمُ الأجنبيّ ^(٤٤) حدًّا ثانيًا ، بإعادة القَذَفِ ، فإنّه يلزمُه ههنا حدّ ، وله إسقاطُه باللّعانِ . وإن وُلد له ولدٌ بعد حدّه ، فذكر أنّه من ذلك الزَّنى ، فله اللّعانُ لإسقاطه ، على ^(٤٥) كلتا الروايتين ؛ لأنّه محتاجٌ إلى نفيه . وإن قَذَفَها في الزَّوجيّة قَذَفَيْن بزناَين ، فليس عليه إلّا حدّ واحدٌ ، ويكفيه لعانٌ واحدٌ ؛ لأنّه يمينٌ ، فإذا كان الحَقَّانِ ^(٤٦) لواحدٍ ، كفته ^(٤٦) يمينٌ واحدةٌ ، لكنّه يحتاجُ أن يقولَ : أشهدُ باللهِ إنِّي ^(٤٧) لمن الصادقين ^(٤٧) فيما رميتها به من الزَّناَينِ . وفارقٌ ما إذا قَذَفَ زَوْجَتَيْنِ ^(٤٨) ، حيث لا يكفيه لعانٌ واحدٌ ؛ لأنّ اليمينَ وجبتُ لكلِّ واحدٍ

(٣٩) في ١ : مبنى .

(٤٠) في ب ، م ، د : ولأنهما .

(٤١) في م : فلم .

(٤٢) في ١ : لكنه .

(٤٣) في ب : للأخرى .

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

(٤٥) في الأصل ، م ، د : عن .

(٤٦-٤٧) سقط من : ب .

(٤٧-٤٨) في ١ : لصادق .

(٤٨) في الأصل : زوجه من .

منهما ، فلا تتداخل ، كسائر الأيمان . وإن أقام البيّنة بالأوّل ، سقط عنه موجب الثاني ؛ لأنّه زال إحصائها ، ولا لعان إلا أن يكون فيه نسب يريد نفه . وإن أقامها بالثاني لم يسقط الحدّ الأوّل ، وله إسقاطه باللّعان ، إلا على قول القاضي ، فإنّه يسقط بإقامة البيّنة على الثاني . وإن قدّفها في الزوجية ولا عنها ثم قدّفها بالزنى الأوّل ، فلا حدّ عليه ؛ لأنّه قد حقه بلعانه ، ويحتمل أن يحدّ ، كما لو قدّفها به^(٤٩) أجنبى . وهو قول القاضي . ولو قدّفها به أجنبى ، أو بزنى غيره ، فعليه الحدّ ، في قول عمّة أهل العلم ، منهم ابن عباس ، والزهرى ، والشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأبو عبيد . وذكر أبو عبيد عن أصحاب الرأي ، أنّهم قالوا : إن لم ينف بلعانها ولدا ، حدّ قاذفها ، وإن نفاه ، فلا حدّ على قاذفها ؛ لأنّه منّيف عن زوجها بالشرع . ولنا ، ما روى ابن عباس ، عن النبيّ ﷺ ، أنّه قال : « من رمأها ، أو ولدّها ، فعليه الحدّ » . رواه أبو داود^(٥٠) . وهذا نصّ ، فإنّه نصّ على من رمأها ، مع / أن ولدّها منّفى عن الملاعن شرعا ، ولأنّه لم يثبت زناها ، ولا زال إحصائها ، فيلزم قاذفها الحدّ بقوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَرْمُونَ الْمُحْصَنَاتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ فَاجْلِدُوهُمْ ثَمَانِينَ جَلْدَةً ﴾^(٥١) . وكما لو لم ينف ولدّها . فأما إن أقام^(٥٢) بيّنة ، فقدّفها قاذف بذلك الزنى ، أو بغيره ، فلا حدّ عليه ؛ لأنّه قد زال إحصائها ، ولأنّ هذا القذف لم يدخل المعرّة عليها ، وإنما دخلت المعرّة بقيام البيّنة ، ولكنه يعزّر تعزير^(٥٣) السبّ والأذى . وهكذا كل من قامت البيّنة بزناه ، لا حدّ على قاذفه . وبه قال الشافعي ، وأصحاب الرأي . ولكنه يعزّر تعزير السبّ والأذى ، ولا يملك الزوج إسقاطه عن نفسه باللّعان ؛ لما قدّمناه . وإن قدّف زوجته

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

(٥١) سورة النور ٤ .

(٥٢) في : « قام » .

(٥٣) في ١ : « بتعزير » .

وَلَاعَنَهَا^(٥٤) ، ثم قَدَفَهَا بِرُئْيَى آخَرَ ، فعليه الحَدُّ ؛ لِأَنَّهَا بَانَتْ مِنْهُ بِاللِّعَانِ ، وصارت أجنبيَّةً ، إِلَّا أَنْ يُضَيِّفَ الرُّئْيَى إِلَى حَالِ الزَّوْجِيَّةِ ، فعند ذلك إن كان ثمَّ نَسَبٌ يُرِيدُ نَفْيَهُ ، فله المُلَاعَنَةُ لِتَفْيِهِ ، وَإِلَّا لَزِمَهُ الحَدُّ ، وَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا .

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

وجملة ذلك أَنَّهُ إِذَا لَاعَنَهَا ، وَامْتَنَعَتْ هِيَ^(١) مِنَ المُلَاعَنَةِ ، فَلَا حَدَّ عَلَيْهَا . وبه قال الحسنُ ، والأوزاعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الحَارِثِ العُكْلِيِّ ، وَعَطَاءِ الخُرَّاسَانِيِّ . وَذَهَبَ مَكْحُولٌ ، والشَّعْبِيُّ ، ومالكٌ ، والشَّافِعِيُّ^(٢) ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وأبو إِسْحَاقَ الجَوْزْجَانِيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ ، إِلَى أَنَّ عَلَيْهَا الحَدُّ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَيَدْرُوهَا عَنْهَا العَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَدَاتٍ ﴾^(٣) . والعذابُ الذي^(٤) يَدْرُوهُ لِعَانُهَا هُوَ الحَدُّ المَذْكُورُ فِي قَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَلَيْشْهَدَ عَذَابُهُمَا طَائِفَةٌ مِّنَ الْمُؤْمِنِينَ ﴾^(٥) . ولأنَّهُ يُلَاعِنُهُ حَقَّقَ زِنَاهَا ، فَوَجَبَ عَلَيْهَا الحَدُّ ، كَمَا لو شَهِدَ عَلَيْهَا أَرْبَعَةٌ . ولنا ، أَنَّهُ لَمْ يَتَحَقَّقْ مِنْ^(٦) زِنَاهَا ، فَلَا يَجِبُ عَلَيْهَا الحَدُّ ، كَمَا لو لَمْ يُلَاعِنِ ، ودليلُ ذلك أَنَّ تَحَقُّقَ زِنَاهَا لَا يَخْلُو إِمَّا أَنْ يَكُونَ بِلِعَانِ الزَّوْجِ ، أَوْ بِنُكُولِهَا ، أَوْ بِهَمَا ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِلِعَانِ الزَّوْجِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ لو ثَبِتَ زِنَاهَا بِهِ ، لَمَا سُمِعَ لِعَانُهَا ، وَلَا وَجَبَ الحَدُّ عَلَى قَاذِفِهَا ، ولأنَّهُ إِمَّا يَمِينٌ ، وَإِمَّا شَهَادَةٌ ، وكلاهما لَا يَثْبُتُ لَهُ الحَقُّ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ

(٥٤) سقط من : ب .

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سورة النور ٨ .

(٤) سقط من : م .

(٥) سورة النور ٢ .

(٦) سقط من : ا ، ب ، م .

يُثْبِتُ بِنُكُولِهَا ؛ لِأَنَّ الْحَدَّ لَا / يَثْبُتُ بِالنُّكُولِ ، فَإِنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِهَا ؛
وذلك لِأَنَّ التُّكُولَ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ لِشِدَّةِ خَفَرِهَا ، أَوْ لِعَقْلَةِ عَلَى لِسَانِهَا ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ،
فَلَا يَجُوزُ إِثْبَاتُ الْحَدِّ الَّذِي اعْتَبِرَ فِي بَيِّنَتِهِ مِنَ الْعَدَدِ ضِعْفُ مَا اعْتَبِرَ فِي سَائِرِ الْحُدُودِ ،
وَاعْتَبِرَ فِي حَقِّهِمْ أَنْ يَصِفُوا صُورَةَ الْفِعْلِ ، وَأَنْ يُصَرِّحُوا بِلَفْظِهِ ، وَغَيْرُ ذَلِكَ ، مُبَالَغَةٌ فِي
تَفْيِ الشُّبُهَاتِ عَنْهُ ، وَتَوَسُّلاً إِلَى إسْقَاطِهِ ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْضَى فِيهِ بِالنُّكُولِ الَّذِي هُوَ فِي
نَفْسِهِ شُبُهَةٌ ، وَلَا^(٧) يُقْضَى بِهِ فِي شَيْءٍ مِنَ الْحُدُودِ وَلَا الْمُعْضُوبَاتِ ، وَلَا مَا عَدَا الْأَمْوَالَ ، مَعَ
أَنَّ الشَّافِعِيَّ لَا يَرَى الْقَضَاءِ بِالنُّكُولِ فِي شَيْءٍ ، فَكَيْفَ يُقْضَى بِهِ فِي أَعْظَمِ الْأُمُورِ وَأَبْعَدِهَا
ثُبُوتًا ، وَأَسْرَعِهَا سُقُوطًا ، وَلِأَنَّهَا لَوْ أَقْرَتْ بِلِسَانِهَا ، ثُمَّ رَجَعَتْ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ ،
فَلِأَنَّ لَا يَجِبُ بِمُجَرَّدِ امْتِنَاعِهَا مِنَ الْيَمِينِ عَلَى بَرَاءَتِهَا أَوْلَى ، وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُقْضَى فِيهِ
بِهَا ؛ لِأَنَّ مَا لَا يُقْضَى فِيهِ بِالْيَمِينِ الْمُفْرَدَةِ ، لَا يُقْضَى فِيهِ بِالْيَمِينِ مَعَ التُّكُولِ ، كَسَائِرِ
الْحُقُوقِ ، وَلِأَنَّ مَا فِي كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مِنَ الشُّبُهَةِ لَا يَنْتَقِي بَضْمٌ أَحَدَهُمَا إِلَى الْآخَرِ ، فَإِنَّ
احْتِمَالَ نُكُولِهَا ، لِفَرْطِ حَيَاتِهَا وَعَجْزِهَا عَنِ النُّطْقِ بِاللُّعَانَ فِي مَجْمَعِ النَّاسِ ، لَا يَزُولُ
بِلِعَانِ الزَّوْجِ ، وَالْعَذَابُ يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ الْحَبْسَ أَوْ غَيْرَهُ ، فَلَا يَتَعَيَّنُ فِي الْحَدِّ ، وَإِنْ
احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ هُوَ الْمَرَادُ ، فَلَا يَثْبُتُ الْحَدُّ بِالِاحْتِمَالِ ، وَقَدْ يُرْجَحُ مَا ذَكَرْنَاهُ بِقَوْلِ
عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : إِنَّ الْحَدَّ عَلَى مَنْ زَنَى وَقَدْ أَحْصَنَ ، إِذَا كَانَتْ بَيِّنَةٌ ، أَوْ كَانَ
الْحَمْلُ ، أَوْ الْإِعْتِرَافُ^(٨) . فَذَكَرَ مُوجِبَاتِ الْحَدِّ ، وَلَمْ يَذْكَرِ اللَّعَانَ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ
فِيمَا يُصْنَعُ بِهَا ؛ فَرُوي^(٩) أَنَّهَا تُحْبَسُ حَتَّى تَلْتَعِنَ أَوْ تُقْرَأَ رِيعًا . قَالَ أَحْمَدُ : فَإِنَّ أَبْتَ الْمَرْأَةَ
أَنْ تَلْتَعِنَ بَعْدَ التَّعَانِ الرَّجُلِ^(١٠) ، أَجْبَرْتُهَا عَلَيْهِ ، وَهَبْتُ أَنْ أُحْكَمَ عَلَيْهَا بِالرَّجْمِ ؛ لِأَنَّهَا
لَوْ أَقْرَتْ بِلِسَانِهَا لَمْ أُرْحَمْهَا إِذَا رَجَعَتْ ، فَكَيْفَ إِذَا أَبْتَ اللَّعَانَ ! وَلَا يَسْقُطُ النَّسَبُ إِلَّا

(٧) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ١١ .

(٩) في ب ، وحاشية زيادة : « عنه » .

(١٠) في ب : « الزوج » .

بالتعانهما جميعاً ؛ لأنَّ الفراشَ قائمٌ حتى تلتعِنَ ، والوَلَدُ للفراشِ . قال القاضي : هذه الروايةُ أصحُّ . وهذا قولٌ من وافقنا في أنَّه لا حَدَّ عليها ؛ وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَيَذَرُوا عَنْهَا الْعَذَابَ أَنْ تَشْهَدَ أَرْبَعٌ شَهِدَاتٍ بِاللَّهِ ﴾ فَيُدَلُّ على أنَّها إذا لم تَشْهَدْ لا يُدْرَأُ^(١١) عنها العَذَابُ . والروايةُ الثانيةُ ، يُحَلَى سَبِيلُهَا . وهو قولُ أبي بكرٍ ؛ / لأنَّه لم يَجِبْ عليها الحدُّ ، فَيَجِبُ تَحْلِيَةُ سَبِيلِهَا ، كما لو^(١٢) لم تَكْمَلِ البَيِّنَةُ . فَأَمَّا الزَّوْجِيَّةُ ، فلا تُزَوَّلُ ، والوَلَدُ لا يَنْتَفِي ما لم يَسَمِ اللِّعَانَ بينهما ، في قولِ عامَّةِ أَهْلِ العِلْمِ ، إِلَّا الشَّافِعِيُّ ، فَإِنَّه قَضَى بالفرقةِ ونَفَى الوَلَدَ بِمُجَرَّدِ لِعَانِ الرَّجُلِ^(١٣) . وقد ذَكَرْنَا ذلك .

١٣٣٨ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ إِنْ أَقْرَتْ ذُونَ الْأَرْبَعِ مَرَّاتٍ)

وَجُمَلَتَهُ أَنْ الرَّجُلَ إِذَا قَذَفَ امْرَأَتَهُ ، فَصَدَّقْتَهُ ، وَأَقْرَتْ بِالزَّنى مَرَّةً ، أَوْ مَرَّتَيْنِ ، أَوْ ثَلَاثًا ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا الْحَدُّ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَثْبُتُ إِلَّا بِإِقْرَارِ أَرْبَعِ مَرَّاتٍ ، عَلَى مَا يُذَكَّرُ فِي الْحُدُودِ ، ثُمَّ إِنْ كَانَ تَصَدِّقُهَا لَهُ قَبْلَ لِعَانِهِ ، فَلَا لِعَانَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّ اللِّعَانَ كَالْبَيِّنَةِ ، إِنَّمَا يُقَامُ مَعَ الْإِنْكَارِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ لِعَانِهِ ، لَمْ ثَلَاغِنَ هِيَ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَحْلِفُ مَعَ الْإِقْرَارِ ، وَحُكْمُهَا حَكْمُ مَا لَوْ امْتَنَعَتْ مِنْ غَيْرِ إِقْرَارٍ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : إِنْ صَدَّقْتَهُ قَبْلَ لِعَانِهِ ، فَعَلَيْهَا الْحَدُّ ، وَليْسَ لَهُ أَنْ يُلَاعِنَ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ثُمَّ نَسَبَ يَنْفِيهِ ، فَيُلَاعِنُ وَحْدَهُ ، وَيَنْتَفِي النَّسَبُ بِمُجَرَّدِ لِعَانِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ لِعَانِهِ ، فَقَدْ انْتَفَى النَّسَبُ ، وَلَزِمَهَا الْحَدُّ ؛ بِنَاءً عَلَى أَنَّ النَّسَبَ يَنْتَفِي بِمُجَرَّدِ لِعَانِهِ ، وَتَقَعُ الْفُرْقَةُ ، وَيَجِبُ الْحَدُّ ، وَأَنَّ^(١) الْحَدَّ يَجِبُ^(٢) بِإِقْرَارِ مَرَّةٍ . وَهَذِهِ الْأَصُولُ قَدْ مَضَى أَكْثَرُهَا . وَلَوْ أَقْرَتْ أَرْبَعًا ، وَجَبَ الْحَدُّ ، وَلا لِعَانَ بَيْنَهُمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ثُمَّ نَسَبَ يَنْفَى . وَإِنْ رَجَعَتْ سَقَطَ

(١١) في ب ، م : « يندرى » .

(١٢) سقط من : ا ، م .

(١٣) في ا ، ب : « الزوج » .

(١) في ب ، م : « فإن » .

(٢) سقط من : ب ، م .

الْحَدُّ عَنْهَا ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمناه . وبه يقول الشافعيُّ ، وأبو ثورٍ (٣) ، وأصحابُ الرَّأْيِ . فإنَّ الرَّجوعَ عن الإقرارِ بِالْحَدِّ مَقْبُولٌ ، وليس له أن يُلَاعِنَ لِلْحَدِّ ، فَإِنَّهُ لم يَجِبْ عَلَيْهِ لِتَصَدِيقِهَا إِيَّاهُ . وإن أراد لِعائِها لِتَنفِي نَسَبٍ ، فظاهرُ قولِ الحِرَقِيِّ ، أَنَّهُ ليس له ذلك في جميعِ هذه الصُّوَرِ . وهو قولُ أصحابِ الرَّأْيِ . وقال الشافعيُّ : له لِعائِها لِتَنفِي النَّسَبِ فِيها كُلِّها ؛ لِأَنَّها لو كانت عَفِيفَةً صالِحَةً فَكَذَّبَتْهُ ، مَلَكَ نَفْيَ وَلَدِها ، فإذا كانت فَاجِرَةً فَصَدَّقَتْهُ ، فَلانَّ يَمْلِكُ نَفْيَ وَلَدِها أَوْلَى . وَوَجْهُ الأَوَّلِ ، أَنَّ نَفْيَ الوَلدِ إِنَّمَا يَكُونُ بِعائِنِها مَعًا ، وَقَدْ تَعَدَّرَ اللِّعانُ مِنْها (٤) ؛ لِأَنَّها (٥) لا تُسْتَحْلَفُ على نَفْيِ ما تُقَرُّ به ، فَتَعَدَّرَ نَفْيُ الوَلدِ لِتَعَدُّرِ سَبِّبِهِ ، كما لو مات بعدَ القَذْفِ وَقَبْلَ اللِّعانِ .

فصل : ولو قال لامرأته : يا زانية . فقالت : بك زنيئتُ . فلا حدَّ عليها ، ولا عليه . وقال أصحابُ الشافعيِّ : عليه حدُّ القَذْفِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّها أَرادَتْ بِذلك نَفْيَ الزَّنى عَنِ نَفْسِها ، كما يَسْتَعْمِلُ أَهْلُ العُرْفِ فيما إذا قال قائلٌ : سَرَقْتَ . قال : مَعَكَ سَرَقْتُ . أَيْ أَنَا لم أُسْرِقْ ؛ لَكُونِكَ (٦) أَنْتِ لم تَسْرِقِ . ولنا ، أَنَّها صَدَّقَتْهُ في قَذْفِ إِيَّاهَا ، فَأَشْبَهَ ما لو قالتُ (٧) : صَدَقْتَ . ولا حدَّ عليها ؛ لِأَنَّ حدَّ الزَّنى لا يَثْبُتُ إِلا بِالإِقْرارِ (٨) أَرْبَعِ مَرَّاتٍ ، وليس عليها حدُّ القَذْفِ ؛ فَإِنَّها (٩) لم تَقْدِفْهُ ، وَإِنَّمَا أَقْرَتْ على نَفْسِها بِزَناها به ، وَيُمْكِنُ ذلك من غيرِ كَوْنِهِ زانِيًا ، بأن يَطْنُها زَوْجَتَهُ وَهِيَ عالِمَةٌ أَنَّهُ أَجْنَبِيٌّ ، ولأنَّهُ يَحْتَمِلُ أن تُريدَ نَفْيَ ذلكَ عنهما ، كما ذَكَرُوهُ ، أو أَنَّهُ لم يَطأني سِوَاكَ ، فإنَّ (١٠) يَكُنُ زَنِيًّا

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في ب ، م : « منها » .

(٥) في ا ، ب ، م : « ولأنها » .

(٦) في ا ، م : « لكنك » .

(٧) في ا ، م : « قال » .

(٨) في ا ، ب : « بإقرار » .

(٩) في ب ، م : « لأنها » .

(١٠) في ا ، م ، زيادة : « لم خطأ » .

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

(١١-١١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٢) في ١ ، م ، : بتصديقها .

(١٣-١٣) في ب ، م ، : لأن .

كتاب العِدَّة

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

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) سورة الطلاق ٤ .

(٣) سورة البقرة ٢٣٤ .

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

١٢٦/٨ ط أم مَكْتُومٌ»^(٥) . / في آي وأحاديث كثيرة . وأجمعت الأمة على وجوب العدة في الجملة ، وإنما اختلفوا في أنواع منها . وأجمعوا على أن المطلقة قبل المسيس لا عدة عليها ؛ لقول الله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا فَمَعُوهُنَّ وَسَّرَّحُوهُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا ﴾^(٦) . ولأن العدة تجب لبراءة الرجيم ، وقد تيقناها ههنا . وهكذا كل فرقة في الحياة ، كالفسخ لرضاع ، أو عيب ، أو عتيق ، أو لعان ، أو اختلاف دين .

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

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

(٥) تقدم تخريجه ، في : ٣٣١/١٠٠ ، ويضاف : وأخرجه النسائي ، في : باب إذا استشارت المرأة رجلا في من يخطبها هل يجبرها بما يعلم ، من كتاب النكاح . المحبى ٦٢/٦ .

(٦) سورة الأحزاب ٤٦ .

(٧) في الأصل : « وأشبهت » .

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

أو ١٢٧/٨

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

(٨) في ب ، م : القرء .

(٩) في الأصل ، أ : القرء .

(١٠) في ب ، م : ذوات .

(١١) سقطت الواو من : ١ . وتقدم في : ٤١٥/٥ .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٦٧/١٠ .

عثمان قَضَى به . رواه النَّسَائِي ، وابنُ ماجه (١٣) . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَالْمُطَلَّقاتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . ولأنَّها فُرْقَةٌ بعدَ الدُّخولِ في الحياة ، فكانت ثلاثة قُرُوءٍ ، كغيرِ الخُلَع ، وقولُ النَّبِيِّ ﷺ : « قُرءُ الأُمَّةِ حَيْضَتَانِ » (١٤) . عامٌ ، وحَدِيثُهُم يَرَوِيهِ عِكْرِمَةُ مُرسِلاً ، قال أبو بكرٍ : هو ضَعِيفٌ مُرسَلٌ . وقولُ عثمانَ وابنِ عباسٍ ، قد خالَفَهُ قولُ عمرَ وعليٍّ ، فإنَّهُما قالا : عَدَّتْها ثلاثُ حَيْضٍ . وقولُهُما أَوْلَى . وأمَّا ابنُ عمرَ ، فقد رَوَى مالِكٌ (١٥) ، عن نافعٍ ، أنَّه قال : عِدَّةُ المُخْتَلَعَةِ عِدَّةُ المُطَلَّقةِ (١٦) . وهو أَصَحُّ عنه .

فصل : والمُوطِوءَةُ بِشَبْهَةِ تَعْتُدُّ عِدَّةَ المُطَلَّقةِ ، وكذلك الموطِوءَةُ في نِكَاحِ فاسِدٍ . وهذا قال الشافعيُّ ؛ لأنَّ وطءَ الشَّبْهَةِ وفي النِكَاحِ الفاسِدِ ، في شَغْلِ الرَّجْمِ ولُحُوقِ (١٧) النَّسَبِ ، كالوطءِ في النِّكَاحِ الصَّحِيحِ ، فكان مثله فيما تُحْصَلُ به البراءةُ . وإن وُطِئَتِ المُرْوَجةُ بِشَبْهَةٍ ، لم يَحِلَّ لِزَوْجِها وطؤها قَبْلَ قِضاءِ (١٨) عَدَّتْها ، كى لا يُفْضَى إلى اِخْتِلاطِ المِياهِ واشْتِباهِه الأَنْسابِ ، وله الاستِمْتاعُ منها بما دُونَ / الفَرَجِ ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لأنَّها زَوْجَةٌ حُرْمٌ وطؤها لعارِضٍ مُخْتَصٌّ بالفَرَجِ ، فأبيحَ الاستِمْتاعُ منها بما دُونَهُ ، كالحائِضِ .

فصل : والمَزْنِيُّ بها ، كالمُوطِوءَةِ بِشَبْهَةٍ في العِدَّةِ . وهذا قال الحسنُ ، والنَّخَعِيُّ . وعن أحمدَ روايةُ أُخرى ، أنَّها تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ . ذكرها ابنُ أبي موسى . وهذا قولُ مالِكٍ ،

(١٣) أخرجه النسائي ، في : باب عدة المختلعة ، من كتاب الطلاق . المختص ١٥٣/٦ . وابن ماجه ، في : باب عدة المختلعة ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ١/٦٦٣ ، ٦٦٤ . كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب طلاق المختلعة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٦٥ .
(١٤) تقدم تخريجه ، في : ١٠/٥٣٤ .
(١٥) في : باب طلاق المختلعة ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٢/٥٦٥ .
(١٦) في ١ ، ب ، م : « مطلقه » .
(١٧) في ١ ، ب ، م : « ولحقوق » .
(١٨) في ب ، م : « انقضاء » .

(١٩) ورُوي عن أبي بكرٍ وعمرَ ، رضِيَ اللهُ عنهما : لا عِدَّةَ عليهما . وهو قولُ الثَّورِيِّ ، والشافعي^(١٩) ، وأصحابِ الرَّأيِ ؛ لأنَّ العِدَّةَ لحِفْظِ النَّسَبِ ، ولا يَلْحَقُهُ نَسَبٌ . وقد رُوي عن عليٍّ ، رضِيَ اللهُ عنه ، ما يَدُلُّ على ذلك . ولنا ، أَنَّهُ وَطءٌ يَفْتَضِي شَعْلَ الرَّجِيمِ ، فَوَجِبَتِ العِدَّةُ منه ، كَوَطءِ الشَّبْهَةِ . وأما وَجوبُها كَعِدَّةِ المُطَلَّقةِ ، فلا تُها حُرَّةٌ ، فَوَجِبَ اسْتِبراءُها بِعِدَّةٍ كاملةٍ ، كالمُوطوءَةِ بِشَبْهَةِ . وقولُهم : إنَّما تَجِبُ لحِفْظِ النَّسَبِ . لا يَصِحُّ ، فإنَّها لو اِحتَصَتْ بِذلك ، لَما وَجِبَتْ على المُلاعِنَةِ المَنفِيِّ ولَدُها ، والآيسَةِ ، والصغيرةِ ، ولَما وَجِبَ اسْتِبراءُ الأُمَّةِ التي لا يَلْحَقُ ولَدُها بالبائعِ ، ولو وَجِبَتْ لذلك ، لَكانَ اسْتِبراءُ الأُمَّةِ على البائعِ ، ثم لو ثَبِتَ أَنَّها وَجِبَتْ لذلك ، فالحاجةُ إليها داعيةٌ ؛ فإنَّ المَزْنِيَّ بها إذا تزَوَّجَتْ قَبْلَ الاِعتِدادِ ، اشْتَبَهَ ولَدُ الزَّوْجِ بالوَلَدِ مِنَ الزَّوْجِ^(٢٠) ، فلا يَحْصُلُ حِفْظُ النَّسَبِ .

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

في هذه المسألة ثلاثة فصول :

أحدها : أَنَّ العِدَّةَ تَجِبُ على كُلِّ مَنْ خَلَا بِها زَوْجُها ، وإن لم يَمَسَّها . ولا خِلافَ بين أهلِ العِلْمِ في وَجوبِها على المُطَلَّقةِ بَعْدَ المَسِّيسِ ، فأَما إن خَلَا بِها ولم يُصِبْها ، ثم طَلَّقَها ، فإنَّ مَذْهَبَ أَحْمَدَ وَجوبُ العِدَّةِ عليها . ورُويَ ذلكَ عن الخُلَفاءِ الرَّاشِدينَ ، وزَيْدِ ، وابنِ عَمَرَ . وبه قالَ عُرْوَةُ ، وعليُّ بنُ الحُسَيْنِ ، وَعَطَاءٌ ، والزُّهْرِيُّ ، والثَّورِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وإِسْحاقُ ، وأَصْحابُ الرَّأيِ ، والشافعيُّ في قَدِيمِ قَوْلِهِ^(١) . وقال

(١٩-١٩) سقط من : ب .

(٢٠) في ب : المَزْنِيَّ .

(١) في ا ، م : قوليه .

الشافعي في الجديد : لا عِدَّةَ عليها ؛ لقوله تعالى : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا إِذَا نَكَحْتُمُ
 الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ (٢) .
 وهذا نص ، ولأنها مطلقَّة لم تَمَسَّ ، فأشبهت من لم يُحَلَّ بها . ولنا ، إجماع الصحابة ،
 روى (٣) الإمام أحمد ، والأثرم ، بإسنادٍ هما عن زرارة بن أوفى ، قال : قضى الخلفاء
 الراشدون أن من أرخى سِتْرًا ، أو أغلق بابًا ، فقد وجب / المهر ، ووجبت العِدَّةُ (٤) .
 ورواه الأثرم أيضًا عن الأحنف ، عن عمر وعلي ، وعن سعيد بن المسيب ، عن عمر
 وزيد بن ثابت . وهذه قضايا اشتهرت ، فلم تنكَّر ، فصارت إجماعًا . وضعف أحمد
 ما روى في خلاف ذلك ، وقد ذكرناه في كتاب الصداق (٥) . ولأنه عقْدٌ على المنافع ،
 والتَّمَكِينُ (٦) فيه يجرى مجرى الاستيفاء في الأحكام المتعلقة ، كعقد الإجارة ، والآية
 مخصوصة بما ذكرناه ، ولا يصح القياس على من لم يحلَّ بها ؛ لأنه لم يوجد منها (٧)
 التَّمَكِينُ .

فصل : وظاهر كلام الخرقى ، أنه لا فرق بين أن يحلَّو بها مع المانع من الوطء ، أو
 مع عدمه ، سواء كان المانع حقيقياً ، كالجَبِّ والعنة والفتق والرتق ، أو شرعياً كالصوم
 والإحرام والحَيْضِ والنَّفَسِ والظَّهَارِ ؛ لأنَّ الحُكْمَ عُلِّقَ (٨) ههنا على الحَلْوَةِ التي هي مظنة
 الإصَابَةِ دُونَ حَقِيقَتِهَا ، ولهذا لو حلَّ بها فأثت بوليد لمُدَّةِ الحَمْلِ ، لِحَقِّهِ نَسْبُهُ ، وإن لم
 يَطَأْ . وقد روى عن أحمد ، أن الصداق لا يكمل مع وجود المانع ، فكذلك يُخْرَجُ في
 العِدَّةِ . وروى عنه ، أن صوم شهر رمضان يَمْنَعُ كَمَالَ الصَّدَاقِ مع الحَلْوَةِ ، وهذا يدلُّ

(٢) سورة الأحزاب ٤٩ .

(٣) في ١ : وروى .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ١٥٣/١٠ .

(٥) في : ١٥٤/١٠ .

(٦) في م : فاتمكين .

(٧) سقط من : ب .

(٨) في ١ : تعلق .

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

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

كِرْهْتُ الْعَقْرَ عَقَرَ بِنَى تَمِيمٍ إِذَا هَبَّتْ لِقَارِبِهَا الرِّيحُ^(١١)

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

مُورِّثَةٌ عَزَا فِي الْحَيِّ رِفْعَةً لِمَا ضَاعَ فِيهَا مِنْ قُرُوءِ نِسَائِكَا

فهذا الطهر . واختلف أهل العلم في المراد بقوله سبحانه : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . واختلفت الرواية في ذلك عن أحمد ، فروى أنها الحيض . روى ذلك عن

(٩) في الأصل : « والقروء » .

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

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

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٢٧٧/١ .

(١٣) هو الأعشى ، والبيت في ديوانه ٩١ .

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

(١٤) في الزيادة : « قد » .

(١٥) سقطت الواو من : الأصل .

(١٦) سورة الطلاق ١ .

(١٧) سورة الأنبياء ٤٦ .

(١٨) تقدم ترجمته ، في : ٤٤٤/١ .

(١٩) سقط من : الأصل .

ولأنها عِدَّةٌ عن طَلاقٍ مُجَرَّدٍ مُباحٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُعْتَبَرَ عَقِيبَ الطَّلَاقِ ، كَعِدَّةِ (٢٠) الأيسةِ والصَّغِيرَةِ (٢١) ولنا ، قولُ اللهِ / تعالى : ﴿ وَاللَّيْ يَمْسَنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنْ آرَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيْ لَمْ يَحِضْنَ ﴾ (٢٢) . فنقلهنَّ عندَ عَدَمِ الْحَيْضِ إِلَى الْعِتْدَادِ بِالْأَشْهُرِ ، فَدَلَّ ذَلِكَ عَلَى أَنَّ الْأَصْلَ الْحَيْضُ ، كما قال تعالى : ﴿ فَلَمْ تَجِدُوا مَاءً فَتَيَمَّمُوا صَعِيدًا ﴾ (٢٣) . الآية ، ولأنَّ الْمَعْهُودَ فِي لِسَانِ الشَّرْحِ اسْتِعْمَالُ الْقُرْءِ بِمَعْنَى الْحَيْضِ ، قال النَّبِيُّ ﷺ : « تَدْعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا » . رواه أبو داود (٢٤) . وقال لفاطمة بنتِ أبي حبيشٍ : « انظري ، فإذا أتى قُرُوكِ ، فلا تُصَلِّي ، وإذا مرَّ قُرُوكِ ، فَتَطَهَّرِي ، ثم صَلِّي ما بَيْنَ الْقُرْءِ إِلَى الْقُرْءِ » . رواه النَّسَائِيُّ (٢٥) . ولم يُعْهَدَ فِي لِسَانِهِ اسْتِعْمَالُهُ بِمَعْنَى الطُّهْرِ فِي مَوْضِعٍ ، فَوَجِبَ أَنْ يُحْمَلَ كَلَامُهُ عَلَى الْمَعْهُودِ فِي لِسَانِهِ . وَرَوَى عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « طَلَّاقُ الْأُمَةِ طَلَّقَتَانِ ، وَقُرُوءُهَا حَيْضَتَانِ » . رواه أبو داود ، وغيره (٢٦) . فإن قالوا : هذا يرويه مظاهرُ بنِ أسلم (٢٧) ، وهو مُنْكَرُ الْحَدِيثِ . قلنا : قد رواه عبدُ اللهِ بنُ عيسى ، عن عَطِيَّةِ الْعَوْفِيَّةِ ، عن ابنِ عمرَ ، كذلك أَخْرَجَهُ ابنُ ماجه ، في « سُنَنِهِ » ، وأبو بكرِ الْخَلَّالُ ، في « جَامِعِهِ » ، وهو نَصٌّ فِي عِدَّةِ الْأُمَةِ ، فَكَذَلِكَ عِدَّةُ الْحُرَّةِ . ولأنَّ ظاهِرَ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ . وَجُوبُ التَّرَبُّصِ ثَلَاثَةَ كَامِلَةٍ ، وَمَنْ جَعَلَ الْقُرُوءَ الْأَطْهَارَ ، لَمْ يُوجِبْ ثَلَاثَةَ ؛ لِأَنَّهُ يَكْتَفِي بِطَهْرَيْنِ وَبَعْضِ الثَّالِثِ ، فَيُخَالِفُ ظَاهِرَ النَّصِّ ، وَمَنْ جَعَلَ الْحَيْضَ ، أَوْجِبَ ثَلَاثَةَ

(٢٠) في ١ ، ب ، م : « وكعدة » .

(٢١) في ب : « أو الصغيرة » .

(٢٢) سورة الطلاق ٤ .

(٢٣) سورة المائدة ٦ .

(٢٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٩٧/١ .

(٢٥) في : باب الأقراء ، من كتاب الطلاق . المحببى ١٧٦/٦ . وانظر ٢٧٧/١ .

(٢٦) تقدم ترجمته ، في : ٥٣٤/١٠ .

(٢٧) في النسخ : « مسلم » . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ١٨٣/١٠ .

كاملة ، فَيُؤْفَقُ ظَاهِرَ النَّصِّ ، فَيَكُونُ أَوْلَى مِنْ مُخَالَفَتِهِ ، وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ اسْتِبْرَاءً ، فَكَانَتْ بِالْحَيْضِ ، كَاسْتِبْرَاءِ الْأَمَةِ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ اسْتِبْرَاءَ لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَةِ الرَّجْمِ مِنَ الْحَمْلِ ، وَالَّذِي يَدُلُّ عَلَيْهِ الْحَيْضُ ، فَوَجَبَ أَنْ يَكُونَ اسْتِبْرَاءً بِهِ . فَإِنْ قِيلَ : لَا نُسَلِّمُ أَنَّ اسْتِبْرَاءَ الْأَمَةِ بِالْحَيْضَةِ ، وَإِنَّمَا هُوَ بِالطُّهْرِ الَّذِي قَبْلَ الْحَيْضَةِ . كَذَلِكَ قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ ، وَقَالَ (٢٨) : قَوْلُهُمْ : إِنْ اسْتَبْرَأَ الْأَمَةُ حَيْضَةً بِإِجْمَاعٍ . لَيْسَ كَمَا ظَنُّوْا ، بَلْ جَائِزٌ لَهَا عِنْدَنَا أَنْ تُنَكِّحَ إِذَا دَخَلَتْ فِي الْحَيْضَةِ ، وَاسْتَيْقَنَتْ أَنَّ دَمَهَا دَمُ حَيْضٍ ، كَذَلِكَ قَالَ إِسْمَاعِيلُ بْنُ إِسْحَاقَ لِيَحْيَى بْنِ أَكْثَمٍ حِينَ أُدْخِلَ (٢٩) عَلَيْهِ فِي مُنَاطَرَتِهِ إِيَّاهُ . قُلْنَا : هَذَا يُرَدُّهُ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعُ ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ » (٣٠) . وَلِأَنَّ بِالِاسْتِبْرَاءِ (٣١) تُعْرَفُ بَرَاءَةُ الرَّجْمِ ، وَإِنَّمَا يَحْصُلُ بِالْحَيْضَةِ ، لَا بِالطُّهْرِ الَّذِي قَبْلَهَا ، وَلِأَنَّ الْعِدَّةَ (٣٢) تَتَعَلَّقُ بِخُرُوجِ خَارِجٍ / مِنَ الرَّجْمِ ، فَوَجَبَ أَنْ تَتَعَلَّقَ بِالطُّهْرِ ، كَوَضْعِ الْحَمْلِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعِدَّةَ (٣٢) مَقْصُودُهَا مَعْرِفَةُ (٣٣) بَرَاءَةِ الْمَرْأَةِ مِنَ الْحَمْلِ ، فَتَارَةً تَحْصُلُ بِوَضْعِهِ ، وَتَارَةً تَحْصُلُ بِمَا يُنَافِيهِ ، وَهُوَ الْحَيْضُ الَّذِي لَا يُتَصَوَّرُ وَجُودُهُ مَعَهُ . فَأَمَّا (٣٤) قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَطَلَّقُوهُنَّ إِعْدَتِهِنَّ ﴾ فَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ أَرَادَ قَبْلَ عِدَّتِهِنَّ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَى الطَّلَاقِ فِي الْعِدَّةِ ، ضَرُورَةَ أَنَّ الطَّلَاقَ يَسْبِقُ (٣٥) الْعِدَّةَ ، لِكَوْنِهِ سَبَبُهَا ، وَالسَّبَبُ يَتَقَدَّمُ (٣٦) الْحُكْمَ ، فَلَا يُوجَدُ الْحُكْمُ (٣٧) قَبْلَهُ ، وَالطَّلَاقُ فِي الطُّهْرِ تَطْلِيقٌ قَبْلَ الْعِدَّةِ إِذَا كَانَتْ الْأَقْرَاءُ الْحَيْضَ .

ظ ١٢٩/٨

(٢٨) سقطت الواو من : ب .

(٢٩) في م : « دخل » .

(٣٠) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤/١ .

(٣١) في م : « الاستبراء » .

(٣٢-٣٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٣) سقط من : ب .

(٣٤) في ا ، م : « فإن » .

(٣٥) في ا ، م : « سبق » .

(٣٦) في ب ، م ، زيادة : « على » .

(٣٧) سقط من : ب ، م ،

الفصل الثالث : أن الحيضة التي تطلق^(٣٨) فيها ، لا تحسب من عدتها . بغير خلاف بين أهل العلم ؛ لأن الله تعالى أمر بثلاثة قروء ، فتناول ثلاثة كاملة ، والتي طلق فيها لم يبق منها ما يتم به مع اثنتين ثلاثة كاملة ، فلا يعتد بها . ولأن الطلاق إنما حرم في الحيض ؛ لما فيه من تطويل العدة عليها ، فلو احتسبت^(٣٩) بتلك الحيضة قراء ، كان أقصر لعدتها ، وأنفع لها ، فلم يكن محرماً^(٤٠) ، ومن قال : القروء الأطهار .^(٤١) احتسب لها بالطهر الذي طلقها فيه قراء ، فلو طلقها وقد بقي من قريتها لحظة ، حسبها قراء ، وهذا قول كل من قال : القروء الأطهار^(٤٢) . إلا الزهري وحده ، قال : تعتد بثلاثة^(٤٣) قروء سوى الطهر الذي طلقها فيه . وحكى عن أبي عبيد ، أنه إن كان جامعها في الطهر ، لم يحتسب ببقية ؛ لأنه زمن حرم فيه الطلاق ، فلم يحتسب به^(٤٤) من العدة ، كزمن الحيض . ولنا ، أن الطلاق حرم في زمن الحيض دفعا لضرر تطويل العدة عليها ، فلو لم يحتسب ببقية الطهر قراء ، كان الطلاق في الطهر أضربا ، وأطول عليها ، وما ذكر عن أبي عبيد لا يصح ؛ لأن تحريم الطلاق في الحيض لكونها لا تحتسب ببقية ، فلا يجوز أن تجعل العلة في عدم الاحتساب تحريم الطلاق ، فتصير العلة معلولا ، وإنما تحريم الطلاق في الطهر الذي أصابها فيه ، لكونها مرتابة ، ولكونه^(٤٥) لا يأمن الندم بظهور حملها ، فأما إن انقضت حروف الطلاق مع انقضاء الطهر ، فإن الطلاق يقع في^(٤٥) أول الحيضة ، ويكون محرماً ، ولا تحتسب بتلك

(٣٨) في ا ، ب ، م : (طلق) .

(٣٩) في الأصل : (احتسب) .

(٤٠) في م : (محرماً) .

(٤١-٤٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(٤٢) في ا : (ثلاثة) .

(٤٣) سقط من : ب .

(٤٤) في ا : (وكونها) .

(٤٥) سقط من : ا .

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

١٣٠/٨
١٣٤٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا اغْتَسَلَتْ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّلَاثَةِ ، أُيْحَثَ لِلزَّوْجِ)

حكى أبو عبد الله ابن حامد ، في هذه المسألة روايتين ؛ إحداهما ، أنها في العدة ما لم تغتسل ، فيباح لزوجهما الرجوع ، ولا يحل لغيره نكاحها . قال أحمد : عمر ، وعلي ، وابن مسعود يقولون : قبل أن تغتسل من الحيضة الثالثة . وروى ذلك عن سعيد بن المسيب ، والثوري ، وإسحاق . وروى ذلك عن أبي بكر الصديق ، وعثمان بن عفان ، وأبي موسى ، وعبد الله ، وأبي الدرداء ، رضي الله عنهم . قال شريك : له الرجعة وإن فرطت في الغسل عشرين سنة . قال أبو بكر : وروى عن أبي عبد الله ، أنها في عدتها ، ^(١) ولزوجهما رجعتها حتى يمضي وقت الصلاة التي طهرت في وقتها . وهذا قول الثوري . وبه قال أبو حنيفة ^(٢) إذا انقطع الدم لدون أكثر الحيض ، فإن انقطع لأكثره ، انقضت العدة بانقطاعه . ووجه اعتبار الغسل قول الأكاير ^(٣) من الصحابة ، ولا مخالف لهم في

(٤٦) في ١ ، م : « فحروف » .

(١-١) سقط من : ب .

(٢) في ١ ، ب : « الأكثر » . وفي م : « الأكثين » .

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

١٣٠/٨ ط

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

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) في الأصل : « ما » .

(٥) في ١ : « الأقرء » .

(٦) في ٣ : « زمن » .

(٧) أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في الأقرء وعدة الطلاق وطلاق الحائض ، من كتاب الطلاق . الموطأ

٥٧٧/٢ . والإمام الشافعي . انظر : الباب الخامس في العدة ، من كتاب الطلاق ، ترتيب المسند ٥٩٢/٢ = .

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

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

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

١٣١/٨

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

السنن الكبرى ٤١٥/٧ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) سقطت الواو من : ا ، ب ، م .

(١) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ٥٣٤/١٠٠ .

القياسُ يُفْتَضَى أَنْ تَكُونَ حَيْضَةً وَنِصْفًا ، كما كان حُدُّهَا عَلَى النِّصْفِ مِنْ حُدِّ الْحُرَّةِ ، إِلَّا أَنَّ الْحَيْضَ لَا يَتَّبَعُ ، فَكَمَلْ حَيْضَتَيْنِ ، وَهَذَا قَالَ عُمَرُ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : لَوْ أَسْتَطِيعُ أَنْ أُجْعَلَ الْعِدَّةُ حَيْضَةً وَنِصْفًا لَفَعَلْتُ . فَإِذَا تَقَرَّرَ هَذَا ، فإِنْ قَضَاءُ عِدَّتِهَا بِالْعُسْرِ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ ، فِي إِحْدَى الرَّوَابِئِ ، وَفِي الْأُخْرَى ، بِانْقِطَاعِ الدَّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : إِنَّ الْقُرْءَ الْأَطْهَارُ . فإِنْ قَضَاءُ عِدَّتِهَا بِرُؤْيَةِ الدَّمِّ مِنَ الْحَيْضَةِ الثَّانِيَةِ .

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

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى هَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى ذَكَرَهُ فِي كِتَابِهِ بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَاللَّيَّ يَحِضْنَ مِنَ الْمَحِيضِ مِنْ نُسَائِكُمْ إِنْ أَرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ وَاللَّيَّ لَمْ يَحِضْنَ ﴾ (١) . فَإِنْ كَانَ الطَّلَاقُ فِي أَوَّلِ الْهِلَالِ ، اعْتُبِرَ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ بِالْأَهْلِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ يَسْأَلُونَكَ عَنِ الْأَهْلِ قُلْ هِيَ مَوْقِيتٌ لِلنَّاسِ وَالْحَجُّ ﴾ (٢) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ إِنْ عِدَّةَ الشُّهُورِ عِنْدَ اللَّهِ اثْنَا عَشَرَ شَهْرًا فِي كِتَابِ اللَّهِ يَوْمَ خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ مِنْهَا أَرْبَعَةٌ حُرْمٌ ﴾ (٣) . وَلَمْ يَخْتَلِفِ النَّاسُ فِي أَنَّ الْأَشْهُرَ الْحُرْمَ (٤) مُعْتَبَرَةٌ بِالْأَهْلِ . وَإِنْ وَقَعَ الطَّلَاقُ فِي أَثْنَاءِ شَهْرٍ (٥) اعْتَدَّتْ بَقِيَّتَهُ ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ شَهْرَيْنِ بِالْأَهْلِ ، ثُمَّ اعْتَدَّتْ مِنَ الشُّهُرِ الثَّلَاثِ تَمَامَ ثَلَاثِينَ يَوْمًا . وَهَذَا مَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ، تَحْتَسِبُ بَقِيَّةُ الْأَوَّلِ ، وَتَعْتَدُّ مِنَ الرَّابِعِ بِقَدْرِ مَا فَاتَهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، تَأْمًا كَانَ أَوْ نَاقِصًا ؛ لِأَنَّهُ لَوْ كَانَ مِنْ أَوَّلِ الْهِلَالِ ، كَانَتْ الْعِدَّةُ بِالْأَهْلِ ، فَإِذَا كَانَ مِنْ بَعْضِ الشُّهُرِ ، وَجَبَ قَضَاءُ مَا فَاتَ مِنْهُ .

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) سورة البقرة ١٨٩ .

(٣) سورة التوبة ٣٦ .

(٤) في م : « الحرام » .

(٥) في م : « الشهر » .

وخرَج أصحابنا وجهاً ثانياً ؛ أن جميع الشهورِ مَحْسُوبَةٌ بالعددِ . وهو قول ابنِ بنتِ الشافعي ؛ لأنه إذا حُسِبَ الأوَّلُ بالعددِ ، كان ابتداءُ الثاني من بعضِ الشَّهرِ ، فيجبُ أن يُحسَبَ بالعددِ ، وكذلك الثالثُ . ولنا ، أن الشَّهرَ يَقَعُ على ما بين / الهَلالَيْنِ وعلى الثلاثينِ ، ولذلك إذا غَمَّ الشَّهرُ كَمَلَّ ثلاثينَ ، والأصلُ الهَلالُ ، فإذا أمكَنَ اعتِبارُ الهَلالِ ، اعتَبِرَ^(٦) ، وإذا تَعَدَّرَ ، رُجِعَ^(٧) إلى العددِ . وفي هذا انفِصالٌ عما ذُكِرَ لأبي حنيفةَ . وأمَّا التَّخْرِيجُ الذي ذَكَرناه ، فإنه لا يَلزَمُ إتمامُ الشَّهرِ الأوَّلِ من الثاني ، ويجوزُ أن يكونَ تمامُه من الرَّابعِ .

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

١٣٤٣ - مسألة ؛ قال : (والأمة شهران)

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

(٦) في أ ، م : « اعتبروا » .

(٧) في م : « رجعوا » .

(٨) في م : « وتجب » .

(٩) في الأصل : « احتسب » .

(١٠) في ب : « وإذا » .

(١) في الأصل ، ب : « الرواية » .

شَهْرَانِ . رَوَاهُ عَنْهُ جَمَاعَةٌ مِنْ أَصْحَابِهِ ، وَاحْتَجَّ فِيهِ بِقَوْلِ عُمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ : عِدَّةُ أُمِّ الْوَلِيدِ حَيْضَتَانِ ، وَلَوْ لَمْ تَحْضُ كَانَ عِدَّتُهَا شَهْرَيْنِ . رَوَاهُ الْأَثْرُمُ عَنْهُ بِإِسْنَادِهِ ^(١) . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَحَدُ أَقْوَالِ ^(٢) الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْأَشْهُرَ بَدَلٌ مِنَ الْقُرُوءِ ، وَعِدَّةُ ذَاتِ الْقُرُوءِ قُرْءَانٌ ، فَبَدَلْتُهُمَا شَهْرَانِ ، وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَةٌ بِالشُّهُورِ عَنْ غَيْرِ الْوَفَاةِ ، فَكَانَ عَدْدُهَا كَعَدْدِ الْقُرُوءِ ، لَوْ كَانَتْ ذَاتَ قُرُوءٍ ^(٣) ، كَالْحُرَّةِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، أَنَّ عِدَّتَهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ . نَقَلَهَا الْمَيْمُونِيُّ ، وَالْأَثْرُمُ ، وَاخْتَارَهَا أَبُو بَكْرِ . وَهَذَا قَوْلُ عَلِيِّ ^(٤) رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عُمَرَ ^(٥) ، وَابْنِ الْمُسَيْبِ ، وَسَالِمِ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَهُوَ قَوْلُ ثَانٍ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ نِصْفٌ عِدَّةُ الْحُرَّةِ ، وَعِدَّةُ الْحُرَّةِ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، فَنِصْفُهَا شَهْرٌ وَنِصْفٌ ، وَإِنَّمَا كَمَلْنَا لِذَاتِ الْحَيْضِ حَيْضَتَيْنِ ، لِتَعَدُّرِ تَبْعِيضِ الْحَيْضَةِ ، فَإِذَا / صَبَرْنَا إِلَى الشُّهُورِ ، أَمْكَنَ التَّنْصِيفُ ، فَوَجَبَ الْمَصِيرُ إِلَيْهِ ، كَمَا فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَيَصِيرُ هَذَا كَالْمُحْرِمِ ، إِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ فِي جَزَاءِ الصَّبَدِ نِصْفٌ مُدًّا ، أَجْزَأَهُ إِخْرَاجُهُ ، فَإِنِ أَرَادَ الصِّيَامَ مَكَانَهُ ، صَامَ يَوْمًا كَامِلًا . وَلِأَنَّهَا عِدَّةٌ أَمْكَنَ تَنْصِيفُهَا ، فَكَانَتْ عَلَى النُّصْفِ مِنْ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ، ^(٦) كَعِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَةٌ بِالشُّهُورِ ، فَكَانَتْ عَلَى النُّصْفِ مِنْ عِدَّةِ الْحُرَّةِ ^(٧) كَالْمُتَوَفَّى عَنْهَا رَوْجُهَا ^(٨) . وَالرَّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ ، أَنَّ عِدَّتَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الْحَسَنِ ، وَمُجَاهِدٍ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَيَحْيَى الْأَنْصَارِيِّ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّلَاثُ لِلشَّافِعِيِّ ؛ لِعُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ ^(٩) . وَلِأَنَّهُ اسْتِثْرَاءٌ

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

(٣) فِي ١ ، م : ﴿ قَوْلِي ١ ٠ ﴾ .

(٤) فِي ١ ، ب ، م : ﴿ قَرَأَ ٠ ﴾ .

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

١٦٧ .

(٦-٦) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرَ .

(٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٤ .

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

فصل : واختلف^(١٣) عن أحمد في السن الذي تصير به المرأة من الآيسات ، فعنه : أوّله خمسون سنة ؛ لأن عائشة قالت : لن ترى المرأة في بطنها ولدا بعد خمسين سنة . وعنه : إن كانت من نساء العجم فخمسون ، وإن كانت من نساء العرب فستون ؛ لأنهن أقوى طبيعة . وقد ذكر الزبير بن بكار ، في كتاب « النسب » ، أن هند ابنت أبي عبيدة ابن عبد الله بن زمة^(١٤) ، ولدت موسى بن عبد الله بن حسن بن حسن^(١٥) بن علي بن أبي طالب ولها ستون سنة . وقال : يقال : إنه لن تلد بعد خمسين سنة إلا عريية ، ولا تلد

(٩) في م : « الرحم » .

(١٠-١٠) سقط من : أ .

(١١) في أ ، ب ، م : « الحل » .

(١٢) في م : « القراء » .

(١٣) أي النقل .

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

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

لَسْتَيْنِ إِلَّا قَرْشِيَّةٌ . وللشافعي قولان ؛ أحدهما ، يُعْتَبَرُ السَّنُّ الَّذِي يُتَبَيَّنُ أَنَّهَا^(١٦) إِذَا بَلَغَتْهُ
 لَمْ تَحِضْ . قال بعضهم : / هو اثْنَانِ وَسِتُّونَ سَنَةً . والثاني ، يُعْتَبَرُ السَّنُّ الَّذِي يَنَاسُ
 فِيهِ نِسَاءُ عَشِيرَتِهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ نَشَأَهَا كَنَشَأِهَا ، وَطَبَعُهَا كَطَبَعِهَا . وَالصَّحِيحُ ،
 إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ مَتَى^(١٧) بَلَغَتِ الْمَرْأَةُ خَمْسِينَ سَنَةً ، فَانْقَطَعَ حَيْضُهَا عَنْ عَادَتِهَا
 مَرَّاتٍ لَغِيرِ سَبَبٍ ، فَقَدْ صَارَتْ آيِسَةً ؛ لِأَنَّ وُجُودَ الْحَيْضِ فِي حَقِّ هَذِهِ نَادِرٌ ، بِدَلِيلِ قَوْلِ
 عَائِشَةَ ، وَقِلَّةِ وُجُودِهِ ، فَإِذَا انْضَمَّ إِلَى هَذَا انْقِطَاعُهُ عَنِ الْعَادَاتِ مَرَّاتٍ ، حَصَلَ الْيَأْسُ
 مِنْ وُجُودِهِ ، فَلَهَا حَيْثُذُ أَنْ تَعْتَدَّ بِالْأَشْهُرِ ، وَإِنْ انْقَطَعَ قَبْلَ ذَلِكَ ، فَحُكْمُهَا حُكْمُ مَنْ
 ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ . عَلَى مَا سَنَدُكُرُهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى . وَإِنْ رَأَتْ الدَّمَ بَعْدَ
 الْخَمْسِينَ ، عَلَى الْعَادَةِ الَّتِي كَانَتْ تَرَاهُ فِيهَا ، فَهُوَ حَيْضٌ ، فِي الصَّحِيحِ ؛ لِأَنَّ دَلِيلَ
 الْحَيْضِ الْوُجُودُ فِي زَمَنِ الْإِمْتِكَانِ ، وَهَذَا يُمَكِّنُ وُجُودَ الْحَيْضِ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ نَادِرًا .
 وَإِنْ رَأَتْهُ بَعْدَ السَّتِّينِ ، فَقَدْ تُبَيَّنُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ ؛^(١٨) لِأَنَّهُ لَمْ يُوْجَدْ ذَلِكَ . قَالَ
 الْخَزْرَقِيُّ : وَإِذَا رَأَتْهُ بَعْدَ السَّتِّينِ ، فَقَدْ تُبَيَّنُ أَنَّهُ لَيْسَ بِحَيْضٍ^(١٨) . فَعِنْدَ ذَلِكَ لَا تَعْتَدُّ بِهِ ،
 وَتَعْتَدُّ بِالْأَشْهُرِ ، كَالَّتِي لَا تَرَى دَمًا .

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

(١٦) في ١ ، ب ، م : « أنه » .

(١٧) في الأصل : « إذا » .

(١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .

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

فصل : فإن بَلَغَتْ سِنًا تَحِيضُ فِيهِ النِّسَاءُ فِي الغَالِبِ ، فلم تَحِضْ ، كَحَمَسَ عَشْرَةَ سَنَةً ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الخِرَقِيِّ ، ^(٢٠) « وَهُوَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ . » ^(٢١) وَهُوَ مَذْهَبُ ^(٢٢) أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَضَعَفَ أَبُو بَكْرٍ الرِّوَايَةَ المُخَالَفَةَ لِهَذَا ، وَقَالَ : رَوَاهَا أَبُو طَالِبٍ ، فَخَالَفَ ^(٢٣) فِيهَا أَصْحَابَهُ ، وَذَلِكَ مَا رَوَى أَبُو طَالِبٍ ، عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ سَنَةً . قَالَ / القَاضِي : هَذِهِ الرِّوَايَةُ أَصْحَحُ ؛ لِأَنَّهُ مَتَى أَتَى عَلَيْهَا زَمَانُ الحَيِضِ فَلَمْ تَحِضْ ، صَارَتْ ^(٢٤) مُرْتَابَةً ، يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ بِهَا حَمْلٌ مَنَعَ حَيْضَهَا ، فَيَجِبُ أَنْ تَعْتَدَّ بِسَنَةٍ ، كَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا بَعْدَ وُجُودِهِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَاللَّيْئِي يَسْنَنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إِنْ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ وَاللَّيْئِي لَمْ يَحِضْنَ ﴾ ^(٢٤) ^(٢٥) وَهَذِهِ مِنَ اللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ ^(٢٥) ، وَلِأَنَّ الِاعْتِبَارَ بِحَالِ المَعْتَدَّةِ ، لِابْحَالِ غَيْرِهَا ، وَهَذَا لِوَحَاضَتِ قَبْلَ بُلُوغِ سِنٍ يَحِيضُ لِمِثْلِهِ النِّسَاءُ فِي الغَالِبِ ، مِثْلَ أَنْ تَحِيضَ وَهِيَ عَشْرُ سِنِينَ ، اعْتَدَّتْ بِالحَيِضِ ، وَفَارَقَ مِنْ ارْتَفَعِ حَيْضُهَا ^(٢٦) وَلَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ ^(٢٦) ؛ فَإِنَّهَا مِنْ ذَوَاتِ القُرُوءِ ^(٢٧) ، وَهَذِهِ لَمْ تَكُنْ مِنْهُنَّ .

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

(٢٠-٢٠) فِي ١ ، ب : « وَقَوْلٌ » .

(٢١-٢١) فِي ب : « وَمَذْهَبٌ » .

(٢٢) فِي ١ ، م : « فَخَالِصٌ » .

(٢٣) فِي الأَصْلِ ، ب : « حَصَلَتْ » .

(٢٤) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٤ .

(٢٥-٢٥) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ .

(٢٦-٢٦) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢٧) فِي ١ : « الأَقْرَاءُ » .

(١) فِي ب : « أُعْتِقَهَا » .

(٢) فِي ١ ، م : « رَجْعَةٌ » .

هذا قول الحسن ، والشَّعْبِيُّ ، والضَّحَّاكُ ، وإسحاق ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وهو (٣) أحدُ أقوالِ الشافعيِّ . والقولُ الثاني ، تُكْمَلُ عِدَّةُ أُمِّهِ ، سواءَ كانتِ بائناً أو رجعيةً . وهو قولُ مالكٍ ، وأبي ثورٍ ؛ لأنَّ الحُرِّيَّةَ طَرَأَتْ بعدَ وُجُوبِ العِدَّةِ عليها ، فلا يُعْتَبَرُ حُكْمُهَا ، كما لو كانتِ بائناً . أو كما لو طَرَأَتْ بعدَ وُجُوبِ الاستبراءِ ، ولأنَّه معنَى يَحْتَلِفُ بالرَّقِّ والحُرِّيَّةِ ، فكان الاعتبارُ بحالَةِ الوُجُوبِ ، كالحَدِّ . وقال عطاءٌ ، والزُّهْرِيُّ ، وقَتَادَةُ : تَبْنِي على عِدَّةِ حُرَّةٍ بكلِّ حالٍ . وهو القولُ الثالثُ للشافعيِّ ؛ لأنَّ سَبَبَ العِدَّةِ الكَامِلَةِ إِذَا وُجِدَ في أَثْناءِ العِدَّةِ ، انْتَقَلَتْ إليها وإن كانتِ بائناً ، كما لو اعْتَدَّتْ بالشُّهُورِ ثم رأتِ اللَّدْمَ . ولنا ، أنَّها إِذَا أُعْتِقَتْ (٤) وهي رَجْعِيَّةٌ ، فقد وَجَدَتْ الحُرِّيَّةَ ، وهي زَوْجَةٌ تُعْتَدُّ عِدَّةَ الوَفَاةِ لو مات ، فَوَجَبَ أَنْ تُعْتَدَّ عِدَّةَ الحرائِرِ ، كما لو أُعْتِقَتْ قَبْلَ الطَّلَاقِ . وإن أُعْتِقَتْ وهي بائِنٌ ، فلم تُوجَدِ الحُرِّيَّةُ في الزَّوْجِيَّةِ ، فلم تَجِبْ عليها عِدَّةُ الحرائِرِ ، كما لو أُعْتِقَتْ بعدَ مَضِيِّ القُرْءَيْنِ . ولأنَّ (٥) الرَّجْعِيَّةُ تَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الوَفَاةِ لو مات ، فَتَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الحرائِرِ ، والبائِنُ لا تَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الوَفَاةِ ، فلا تَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ الحرائِرِ ، كما لو انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وما ذَكَرناه لِمَالِكٍ يَبْطُلُ بما إِذَا ماتَ زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ ، فَإِنَّها تَنْتَقِلُ إلى عِدَّةِ / ١٣٣/٨ ظ

الوفاةِ ، والفرقُ بينَ ما نحنُ فيه وبينَ ما إِذَا حاضَتِ الصَّغِيرَةُ ، أَنَّ الشُّهُورَ بَدَلٌ عن الحِيضِ ، فَإِذَا وُجِدَ المُبْدَلُ ، زال حُكْمُ البَدَلِ ، كالمُتَمِّمِ يَجِدُ الماءَ ، وليس كذلك ههنا ، فإن عِدَّةَ الأُمِّه لَيْسَتْ بِبَدَلٍ ، ولذلك تَبْنِي الأُمُّه على ما مَضَى من عِدَّتِها أَثْفاقاً ، وَإِذَا حاضَتِ الصَّغِيرَةُ اسْتَأْنَفَتِ العِدَّةَ فافْتَرَقاً (٦) ، وَتَخَالَفُ الاستبراءِ ؛ فَإِنَّ الحُرِّيَّةَ لو قارنَتْ سَبَبَ وُجُوبِهِ ، لم تُكْمَلُ ، ألا تَرَى أَنَّ أُمَّ الوَلِدِ إِذَا ماتَ سَيِّدُها عَعَّتْ (٧) لَمَوْتِهِ ، وَوَجَبَ الاستبراءُ ، كما يَجِبُ على التبيِّ لم تُعْتِقْ ، ولأنَّ الاستبراءَ لا يَحْتَلِفُ بالرَّقِّ والحُرِّيَّةِ ، بِخِلافِ مَسْأَلَتِنَا .

(٣) في م : « وهذا » .

(٤) في الأصل ، ب ، م : « عتقت » .

(٥) في م زيادة : « عدة » .

(٦) في ا ، م : « فافترق » .

(٧) في ا : « فأعتقت » .

فصل : إذا عتقت الأمة تحت العبد ، فاختارت نفسها ، اغتدت عِدَّة الحُرَّة ؛ لأنها بانث من زوجها وهي حُرَّة . وقد روى الحسن ، أن النبي ﷺ ، أمر بربيرة أن تعتد عِدَّة الحُرَّة^(٨) . وإن طلقها العبد طلاقاً رجعيًا ، فأعتقها سيدها ، بنت على عِدَّة الحُرَّة ، سواء فسخت ، أو أقامت على النكاح ؛ لأنها عتقت في عِدَّة رجعية . وإن لم تفسخ ، فراجعها في عِدتها ، فلها الخيار بعد رجعتها ،^(٩) فإن اختارت الفسخ قبل المسيس ، فهل تستأنف العِدَّة ، أم تبني على ما مضى من عِدتها ؟ . على وجهين^(٩) . فإن قلنا : تستأنف . فإنها تستأنف عِدَّة حُرَّة . وإن قلنا : تبني . بنت على عِدَّة حُرَّة .

١٣٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَهَا وَهِيَ مَمَّنْ قَدْ حَاضَتْ ، فَارْتَفَعَ حَيْضُهَا ، لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ ، اغتدت سنة)

وجملة ذلك ، أن الرجل إذا طلق امرأته ، وهي من ذوات الأقراء ، فلم تر الحيض في عادتها ، ولم تدر ما رفعه ، فإنها تعتد سنة ؛ تسعة أشهر منها تتربص فيها لتعلم براءة رجمها ؛ لأن هذه المدة هي غالب مدة الحمل ، فإذا لم يبين الحمل^(١) فيها ، علم براءة الرجم ظاهراً ، فتعتد بعد ذلك عِدَّة الآيسات ، ثلاثة أشهر . هذا قول عمر ، رضى الله عنه . قال الشافعي : هذا قضاء عمر بين المهاجرين والأنصار ، لا ينكره منهم منكر علمناه . وبه قال مالك ، والشافعي في أحد قوليه . وروى ذلك عن الحسن . وقال الشافعي ، في قول آخر : تتربص أربع سنين ، أكثر مدة الحمل ، ثم تعتد بثلاثة أشهر ؛ لأن هذه المدة هي التي يتيقن بها براءة رجمها ، فوجب اعتبارها احتياطاً . وقال في الجديد : تكون في عِدَّة أبداً ، حتى تحيض ، أو تبلغ سن الإياس ، تعتد حينئذ بثلاثة أشهر . وهذا قول / جابر بن زيد ، وعطاء ، وطاوس ، والشعبي ، والنخعي ،

١٣٤/٨

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

(٩-٩) سقط من : ب .

(١) سقط من : الأصل .

والزُّهْرِيُّ ، وأبى الزُّنَادِ ، والثَّوْرِيُّ ، وأبى عُيَيْدٍ ، وأهلِ الْعِرَاقِ ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِدَادَ بِالشُّهُرِ جُعِلَ بَعْدَ الْإِيَّاسِ ، فَلَمْ يَجْزُ قَبْلَهُ ، وَهَذِهِ لَيْسَتْ آيَسَةً ، وَلِأَنَّهَا تُرْجُو عَوْدَ الدِّمِّ ، فَلَمْ تَعْتَدَ بِالشُّهُورِ ، كَمَا لَوْ تَبَاعَدَ حَيْضُهَا لِعَارِضٍ . وَلَنَا ، الْإِجْمَاعُ الَّذِي حَكَاهُ الشَّافِعِيُّ ، وَلِأَنَّ الْغَرَضَ بِالْإِعْتِدَادِ مَعْرِفَةُ بَرَاءَةِ رَحِمِهَا ، وَهَذَا تَحْصُلُ بِهِ بَرَاءَةُ رَحِمِهَا ، فَكَتَفَى بِهِ ، وَهَذَا كَتَفَى فِي حَقِّ ذَاتِ الْقُرْءِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ، وَفِي حَقِّ الْآيَسَةِ بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ ، وَلَوْ رُوِيَ الْبَقِيَّةُ ، لِأَنَّ أَقْصَى مُدَّةِ الْحَمْلِ ، وَلِأَنَّ عَلَيْهَا فِي تَطْوِيلِ الْعِدَّةِ ضَرَرًا ، فَإِنَّهَا تُنْمَعُ مِنَ الْأَزْوَاجِ ، وَتُحْبَسُ دَائِمًا ، وَتَبْتَضَّرُ الزَّوْجُ بِإِجَابِ السُّكْنَى وَالتَّفَقُّهِ عَلَيْهِ . وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : لَا تُطَوَّلُوا عَلَيْهَا الشُّقَّةَ ، كَمَا هِيَ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَإِذَا مَضَتْ تِسْعَةُ أَشْهُرٍ ، فَقَدْ عَلِمَ بَرَاءَةُ رَحِمِهَا ظَاهِرًا ، فَلِمَ اعْتَبَرْتُمْ ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ بَعْدَهَا ؟ قُلْنَا : الْإِعْتِدَادُ بِالْقُرْءِ وَالْأَشْهُرِ إِنَّمَا يَكُونُ عِنْدَ عَدَمِ الْحَمْلِ ، وَقَدْ تَجِبُ الْعِدَّةُ مَعَ الْعِلْمِ بِبَرَاءَةِ الرَّحِمِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ عَلَّقَ طَلَاقُهَا بَوَاضِعِ الْحَمْلِ ، فَوَضَعْتَهُ ، وَقَعَ الطَّلَاقُ ، وَلَزِمَتْهَا الْعِدَّةُ .

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

١٣٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَّةً ، اعْتَدَّتْ بِأَحَدِ عَشَرَ شَهْرًا ، تِسْعَةَ أَشْهُرٍ لِلْحَمْلِ ، وَشَهْرَانِ لِلْعِدَّةِ)

(٢) سقط من : ب .

هذه المسألة مُبَيَّنَةٌ عَلَى أَصْلَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنَّ الْحُرَّةَ تَعْتَدُ بِسَنَةِ ، إِذَا ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تَدْرِي مَا رَفَعَهُ . الثَّانِي ، أَنَّ عِدَّةَ الْأُمَةِ الْآيِسَةِ شَهْرَانِ ، فَتَتَرَبَّصُ تِسْعَةَ أَشْهُرٍ ؛ لِأَنَّ مُدَّةَ الْحَمْلِ تَتَسَاوَى فِيهَا الْحُرَّةُ وَالْأُمَةُ ، لِكَوْنِهِ أَمْرًا حَقِيقِيًّا ، فَإِذَا بَسَّتْ مِنَ الْحَمْلِ ، اعْتَدَّتْ عِدَّةَ ^(١) الْآيِسَةِ شَهْرَيْنِ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي جَعَلَ عِدَّتُهَا شَهْرًا وَنِصْفًا ، تَكُونُ عِدَّتُهَا / عَشْرَةَ أَشْهُرٍ وَنِصْفًا . وَمَنْ جَعَلَهَا ثَلَاثَةَ أَشْهُرٍ ، فَعِدَّتُهَا سَنَةٌ كَالْحُرَّةِ ، ^{١٣٤/٨} سَوَاءٌ ^(٢) .

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

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

(١) في ب ، م : « مدة » .

(٢) سقط من : م .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في ب : « لعارض » .

(٣) في ب ، م : « اليأس » .

(٤-٤) في م : « فعند ذلك تعدد » .

(٥) انظر : الباب الخامس في العدة ، من كتاب الطلاق ، من ترتيب المسند ٥٨/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب عدة من تباعد حيضها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤١٩/٧ . وعبد

الرزاق ، في : باب تعدد أقرعها ، ما كانت ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٤٠/٦ ، ٣٤١ .

(٦) في الأصل ، أ : « وكان » .

وزيد : ما تريان ؟ فقالا : نرى أنها إن ماتت ورثها ، وإن مات ورثته ؛ لأنها ليست من القواعد اللائمي^(٧) يمسن من المحيض ، ولا من الأبكار اللائمي^(٨) لم يئلغن المحيض . فرجع حبان إلى أهله ، فانتزع البنت منها ، فعاد إليها الحيض ، فحاضت خيضتين ، ومات حبان قبل انقضاء الثالثة ، فورثها عثمان ، رضي الله عنه . وروى الأثرم ، بإسناده عن محمد بن يحيى بن حبان ، أنه كانت عند جدّه امرأتان ؛ هاشميّة ، وأنصاريّة ، فطلق الأنصاريّة وهي مرضع ، فمرت بها سنة ، ثم هلكت ولم تحض ، فقالت الأنصاريّة : لم أحض . فاختصموا إلى عثمان ، رضي الله عنه ، فقضى لها بالميراث ، فلامت الهاشميّة عثمان ، فقال : هذا عمل ابن عمك ، هو أشار علينا بهذا . يعني على ابن أبي طالب ، رضي الله عنه^(٨) .

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

وذلك لما روى عن عمر ، رضي الله عنه ، أنه قال ، في رجل طلق امرأته فحاضت خيضة أو خيضتين ، فارتفع خيضها ، لا تدرى ما رفعه : تجلس تسعة أشهر ، فإذا^(٣) لم

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

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

(١) في الأصل زيادة : « من » .

(٢-٢) في ب ، م : « بعد » .

(٣) في الأصل : « فإن » .

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

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

(٤) فِي ب : « ثَلَاثَةٌ » .

(٥) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ جَامِعِ عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَوْطَأُ ٥٨٢/٢ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي :
بَابِ عِدَّةٍ مِنْ تَبَاعُدِ حَيْضِهَا ، مِنْ كِتَابِ الْعِدَّةِ . السَّنَنِ الْكُبْرَى ٤١٩/٧ ، ٤٢٠ . وَالْإِمَامُ الشَّافِعِيُّ ، أَنْظَرَ : الْبَابِ
الْخَامِسَ فِي الْعِدَّةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ، مِنْ تَرْتِيبِ الْمَسْنَدِ ٥٨/٢ . وَعَبْدُ الرَّزَّاقِ ، فِي : بَابِ الْمَرْأَةِ بِحَسْبِ أَنْ يَكُونَ
الْحَيْضُ قَدِ ادْبَرَ عَنْهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفِ ٣٣٩/٦ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ مَا قَالُوا فِي الرَّجُلِ يُطَلِّقُ الْمَرْأَةَ
فَتَرْفَعُ حَيْضَتَهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ . الْمَصْنُفِ ٢٠٩/٥ .

(٦) فِي الْأَصْلِ ، أ : « وَلَا » .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « رَفَعَتْ » .

(٨) فِي أ ، م : « الْحَيْضَةُ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٠) فِي ب : « وَكَذَلِكَ » .

(١١) فِي ب : « كَانَ » .

فهي من ذوات القُرْوِ، باقية على عادتها ، فأشبهت من لم يتباعد حيضها . ولا نعلم في هذا مخالفاً .

فصل : في عِدَّةِ المُسْتَحَاضَةِ ؛ لا تخلو إما أن يكون لها حَيْضٌ مُحْكَمٌ به بعادةٍ أو تمييزٍ ، أو لا تكون كذلك ، فإن كان لها حَيْضٌ مُحْكَمٌ به بذلك ، فحُكْمُهَا فِيهِ حُكْمٌ غيرِ المُسْتَحَاضَةِ ، إذا مرَّت لها ثلاثة قُرْوٍ ، فقد انقضت عِدَّتُهَا . قال أحمدُ : المُسْتَحَاضَةُ تُعْتَدُّ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا الَّتِي كَانَتْ تُعْرِفُ . وَإِنْ عَلِمَتْ ^(١٢) أَنَّهَا فِي كُلِّ شَهْرٍ حَيْضَةٌ ، وَلَمْ تُعْلَمْ مَوْضِعُهَا ، فَعِدَّتُهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَإِنْ شَكَّتْ فِي شَيْءٍ ، تَرَبَّصَتْ حَتَّى تَسْتَيَقِنَ أَنَّ الْقُرْوَةَ الثَّلَاثَ قَدْ انْقَضَتْ . وَإِنْ كَانَتْ مُبْتَدَأَةً لَا تُمَيِّزُهَا ، أَوْ نَاسِيَةً لَا تُعْرِفُ لَهَا وَقْتًا وَلَا تُمَيِّزُهَا ، فَعِنَ أَحْمَدَ فِيهَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ عِدَّتَهَا ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ . وَهُوَ قَوْلُ عِكْرِمَةَ ، وَقَتَادَةَ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَمَرَ حَمْنَةَ بِنْتَ جَحْشٍ أَنْ تَجْلِسَ فِي كُلِّ شَهْرٍ سِتَّةَ أَيَّامٍ أَوْ سَبْعَةَ ^(١٣) . فَجَعَلَ لَهَا حَيْضَةً فِي كُلِّ شَهْرٍ ^(١٤) تَتْرُكُ فِيهَا الصَّلَاةَ وَالصِّيَامَ ، وَيَثْبُتُ فِيهَا سَائِرُ أَحْكَامِ الْحَيْضِ ، فَيَجِبُ أَنْ تُنْقِضِيَ بِهِ الْعِدَّةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَحْكَامِ الْحَيْضِ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، تُعْتَدُّ سَنَةٌ بِمَنْزِلَةٍ مَنْ رُفِعَتْ ^(١٥) حَيْضَتُهَا لَا تَنْدِرِي مَا رَفَعَهَا . قَالَ أَحْمَدُ : إِذَا كَانَتْ قَدْ اخْتَلَطَتْ ، وَلَمْ تُعْلَمْ إِقْبَالَ الدَّمِ وَإِدْبَارَهُ ، اعْتَدَّتْ سَنَةٌ ؛ لِحَدِيثِ عُمَرَ ؛ لِأَنَّ بِهِ ^(١٦) يَتَبَيَّنُ الْحَمْلُ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَتَيَقَّنْ لَهَا

(١٢) في ١ : « عرفت » .

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

(١٤) في الزيادة : « ولأننا نحكم لها بحيضة في كل شهر » .

(١٥) في الأصل ، ١ : « رفعتها » . وفي ب : « رفعها » .

(١٦) سقط من : م .

١٣٥/٨ ط حَيْضًا ، مع أَنَّها من ذَوَاتِ الْقُرُوءِ ، فَكَانَتْ عِدَّتُهَا / سَنَةً ، كَالَّتِي ارْتَفَعَ حَيْضُهَا . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، يَنْبَغِي أَنْ يُقَالَ : إِنَّا مَتَى حَكَمْنَا بِأَنَّ حَيْضَهَا سَبْعَةُ أَيَّامٍ مِنْ كُلِّ شَهْرٍ ، فَمَضَى لَهَا شَهْرَانِ بِالْهِلَالِ وَسَبْعَةُ أَيَّامٍ مِنْ أَوَّلِ الثَّلَاثِ ، فَقَدْ انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وَإِنْ قُلْنَا : الْقُرُوءُ الْأَطْهَارُ . فَطَلَّقَهَا فِي آخِرِ شَهْرٍ ، ثُمَّ مَرَّ لَهَا شَهْرَانِ وَهَلَّ الثَّلَاثُ ، انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ .

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

وجملته أن الصغيرة التي لم تحض ، أو البالغة^(١) التي لم تحض ، إذا اعتدت بالشهور ، فحاضت قبل انقضاء عديتها ولو بساعة ، لزمها استئناف العدة . في قول عامة علماء الأئصار ، منهم سعيد بن المسيب ، والحسن ، ومجاهد ، وقتادة ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرري ، والثوري ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأصحاب الرأي ، وأهل المدينة ، وأهل البصرة ؛ وذلك لأن الشهور بدلت عن الحيض ، فإذا وجد المبدل بطل حكم البدل ، كالتييم مع الماء . ويلزمها أن تعتد بثلاث حيض إن قلنا : القرء الحيض . وإن قلنا : القرء الأطهار . فهل تعتد بما مضى من الطهر قبل الحيض قرءاً ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، تعتد به ؛ لأنه طهر انتقلت منه إلى حيض ، فأشبه الطهر بين الحيضتين . والثاني ، لا تعتد به . وهو ظاهر كلام الشافعي ؛ لأن القرء هو الطهر بين حيضتين ، وهذا لم يتقدمه حيض ، فلم يكن قرءاً . فأما إن انقضت عديتها بالشهور ، ثم حاضت بعدها ولو بلحظة ، لم يلزمها استئناف العدة ؛ لأنه معنى حدث بعد انقضاء العدة ، كالتى حاضت بعد انقضاء العدة بزمن طويل ، ولا يمكن منع هذا الأصل ؛ لأنه لو صح منعه ، لم يحصل لمن لم تحض الاعتداد بالشهور بحال .

فصل : ولو حاضت حيضة أو حيضتين ، ثم صارث من الآيسات ، استأنفت

(١) في ا : د البالغة .

العِدَّةَ بثلاثة أشهر ؛ لأنَّ العِدَّةَ لا تُلْفَقُ من جنسين ، وقد تعذَّرَ إتمامها بالحَيْضِ ، فَوَجَبَ تَكْمِيلُهَا بالأشهرِ . وإن ظَهَرَ بها حَمْلٌ من الرِّوَجِ ، سَقَطَ حُكْمُ ما مَضَى وَبَيَّنَّا^(٢) أَنَّ ما رَأَيْتَهُ من الدَّمِ لم يَكُنْ حَيْضًا ؛ لأنَّ الحامِلَ لا تَحِيضُ . ولو حاضَتْ ثلاثَ حِيضٍ ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ لأقلَّ من سِتَّةِ أَشْهُرٍ منذ انقَضَتِ الحِيضَةُ الثالثةُ ، تَبَيَّنَ أَنَّ الدَّمِ ليس بِحَيْضٍ ؛ لأنَّها / كانت حاملاً مع رُؤية الدَّمِ ، والحامل لا تَحِيضُ . ولو حاضَتْ ثلاثَ حِيضٍ ، ثم ظَهَرَ بها حَمْلٌ يُمَكِّنُ أن يكونَ حادثاً بعدَ قضاءِ العِدَّةِ ، بأن تَأْتِيَ به^(٣) لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ منذ فرغَتْ من عِدَّتِها ، لم تلحقَ بالزَّوْجِ ، وحَكَمْنَا بِصِحَّةِ الاعتِدادِ ، وكان هذا الولدُ حادثاً . وإن أتتْ به لِذَوْنِ ذلك ، تَبَيَّنَ أَنَّ الدَّمِ ليس بِحَيْضٍ ؛ لأنَّه لا يَجُوزُ وُجُودُهُ في مُدَّةِ الحَمْلِ .

١٣٦/٨ و

فصل : وإذا ارتابتِ المُعتدَّةُ ، ومعناه أن تَرى أماراتِ الحَمْلِ ؛ من حَرَكةٍ أو نَفْخَةٍ ونحوها^(٤) ، وشكَّتْ هل هو حَمْلٌ أم لا ؟ فلا يَحُلُو من ثلاثةِ أحوالٍ ؛ أحدها ، أن تَحْدُثَ بها^(٥) الرِّيبَةُ قبلَ انقضاءِ عِدَّتِها ، فإنَّما تَبْقَى في حُكْمِ الاعتِدادِ حتى تُزُولَ الرِّيبَةُ ، فإن بانَ حَمْلًا ، انقَضَتْ عِدَّتُها بِوَضْعِهِ ، فإن زالتْ وبانَ أَنَّهُ ليس بِحَمْلِ ، تَبَيَّنَ أَنَّ عِدَّتِها انقَضَتْ بالقُرُوءِ أو الشُّهُورِ . فإن زُوِّجَتْ قبلَ زَوَالِ الرِّيبَةِ ، فالنِّكاحُ باطلٌ ؛ لأنَّها تزوجَتْ وهي في حُكْمِ المُعتدَّاتِ في الظاهرِ . ويَحْتَمِلُ أَنَّهُ إذا تَبَيَّنَ عَدَمُ الحَمْلِ ، أَنَّهُ يَصِحُّ النِّكاحُ ؛ لأنَّنا تَبَيَّنَّا أَنَّها تزوجَتْ بعدَ انقضاءِ عِدَّتِها . الثاني ، أن تَظْهَرَ الرِّيبَةُ بعدَ قِضائِ عِدَّتِها والتَّزْوُجِ ، فالنِّكاحُ صحيحٌ ؛ لأنَّه وُجِدَ بعدَ قِضائِ العِدَّةِ ظاهراً ، والحَمْلُ مع الرِّيبَةِ مشكوكٌ فيه ، فلا يُزُولُ به ما حُكِمَ بِصِحَّتِهِ ، لكن ، لا يَحِلُّ لِزَوْجِها وَطُوبُها ؛ لأنَّنا شكَّكْنَا في صِحَّةِ النِّكاحِ ، ولأنَّه لا يَحِلُّ لمن يُؤْمِنُ باللهِ واليومِ الآخِرِ أن يَسْقَى

(٢) في الأصل ، م : « وتبين » .

(٣) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤) في ا : « ونحوه » .

(٥) في الأصل ، ا ، م : « به » .

مَاءَ زَرْعٍ غَيْرِهِ ، ثُمَّ تَنْظُرُ ؛ فَإِنْ وَضَعَتِ الْوَلَدَ لِأَقَلِّ مِنْ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْذُ تَزَوَّجَهَا الثَّانِي وَوَطَّعَهَا ، فَنِكَاحُهُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهُ نَكَحَهَا وَهِيَ حَامِلٌ ، وَإِنْ أَتَتْ بِهِ لِأَكْثَرِ مِنْ ذَلِكَ ، فَالْوَلَدُ لِأَحَقِّ بِهِ ، وَنِكَاحُهُ صَحِيحٌ . الْحَالُ الثَّلَاثُ ، ظَهَرَتِ الرَّيْبَةُ بَعْدَ قِضَاءِ الْعِدَّةِ وَقَبْلَ النِّكَاحِ ، فِيهِ وَجْهَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا يَحِلُّ لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ ، وَإِنْ تَزَوَّجَتْ فَالنِّكَاحُ بَاطِلٌ ؛ لِأَنَّهَا تَتَزَوَّجُ مَعَ الشُّكِّ فِي انْقِضَاءِ الْعِدَّةِ^(٦) ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَمَا لَوْ وَجِدَتِ الرَّيْبَةَ فِي الْعِدَّةِ ، وَلَأَنَّ لَوْ صَحَّحْنَا النِّكَاحَ ، لَوَقَعَ مَوْقُوفًا ، وَلَا يَجُوزُ كَوْنُ النِّكَاحِ مَوْقُوفًا ، وَهَذَا لَوْ أَسْلَمَ وَتَخَلَّفَتِ امْرَأَتُهُ فِي الشَّرْكِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَتَزَوَّجَ أُخْتَهَا ؛ لِأَنَّ نِكَاحَهَا يَكُونُ مَوْقُوفًا عَلَى إِسْلَامِ الْأُولَى . وَالثَّانِي ، يَحِلُّ لَهَا النِّكَاحُ ، وَيَصِحُّ ؛ لِأَنَّنا حَكَمْنَا بِانْقِضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَجِلَّ النِّكَاحِ ، وَسُقُوطِ النِّفْقَةِ وَالسُّكْنَى ، فَلَا يَجُوزُ زَوَالُ مَا حُكِمَ بِهِ بِالشُّكِّ^(٧) الطَّارِئِ ، وَهَذَا لَا يَنْقُضُ الْحَاكِمُ مَا حَكَمَ بِهِ بِتَغْيِيرِ اجْتِهَادِهِ وَرُجُوعِ الشُّهُودِ .

١٣٦/٨ ظ

فصل : وَإِذَا طَلَّقَ وَاحِدَةً مِنْ نِسَائِهِ لَا يُعَيِّنُهَا ، / أُخْرِجَتْ بِالْقُرْعَةِ ، وَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ دُونَ غَيْرِهَا ، وَتُحْسَبُ^(٨) عِدَّتُهَا مِنْ حِينَ طَلَّقَ ، لَا مِنْ حِينَ الْقُرْعَةِ . وَإِنْ طَلَّقَ وَاحِدَةً بَعَيْنِهَا وَأَنْسَبَهَا ، فَفِي قَوْلِ^(٩) أَصْحَابِنَا ، الْحُكْمُ فِيهَا كَذَلِكَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّهُ يَحْرُمُ عَلَيْهِ الْجَمِيعُ ، فَإِنْ مَاتَ فَعَلَى الْجَمِيعِ الْإِعْتِدَادُ بِأَقْصَى الْأَجَلَيْنِ ، مِنْ عِدَّةِ الطَّلَاقِ وَالْوَفَاةِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ كَانَ ثَابِتًا بَيِّنِينَ ، وَكُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ^(١٠) يَجُوزُ أَنْ تَكُونَ هِيَ^(١١) الْمَطْلُوقَةَ^(١٢) ، وَأَنْ تَكُونَ زَوْجَةً ، فَوَجِبَ أَقْصَى الْأَجَلَيْنِ إِنْ كَانَ الطَّلَاقُ بَاثِنًا ، لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيِّنِينَ ، كَمَا نَسِيَ صَلَاةً مِنْ يَوْمٍ لَا يَعْلَمُ عَيْنَهَا ، لَزِمَهُ أَنْ يُصَلِّيَ خَمْسَ صَلَوَاتٍ ، لَكِنْ^(١٣)

(٦) فِي ١ : « عِدَّتِهَا » .

(٧) فِي ب ، م : « الشُّكُّ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ : « وَتُجِبُّ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(١٠) فِي ١ ، ب : « مِنْهُمَا » .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ١ .

(١٢) فِي ب نَهَادَةٌ : « وَيَجُوزُ » .

(١٣) فِي م : « وَلَكِنْ » .

ابتداء القُرْوِ^(١٤) من حين طَلَّقَ ، وابتداء عِدَّةِ الوفاةِ من حين المَوْتِ . وهذا مذهب الشافعي . وإن طَلَّقَ الجميع ثلاثاً بعد ذلك ، فعليهِنَّ كلهنَّ تَكْمِيلُ عِدَّةِ الطَّلَاقِ من حين طَلَّقَهُنَّ^(١٥) . وإن طَلَّقَ ثلاثاً وأنسيهنَّ ، فهو كما لو طَلَّقَ واحدةً .

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

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

(١٤) في ب ، م : « القرء » .

(١٥) في ا ، ب ، م زيادة : « ثلاثا » .

(١) سورة البقرة ٢٣٤ .

(٢) تقدم تخريجه ، في صفحة ١٩٣ .

(٣) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٤) سورة الأحزاب ٤٩ .

بإتقائها ، والعدّة من أحكامه . الثاني ، أنّ المطلقة إذا أتت بولد يُمكن الرّوح
 ١٣٧/٨ تكذيبها ونفيه باللّعان ، وهذا / ممتنع في حقّ الميّت ، فلا يؤمن أن تأتي بولد ، فيلحق
 الميّت نسبه ، وماله من ينفيه ، فاحتطنا بإيجاب العدّة عليها لحفظها عن التصرف
 والمبيت في غير منزلها ، حفظاً لها . إذا ثبت هذا ، فإنّه لا يُعتبر وجود الحيض في عدّة
 الوفاة . في قول عامّة أهل العليم . وحكى عن مالك ، أنّها إذا كانت مدخولاً بها ،
 وجبت^(٥) أربعة أشهر وعشر فيها حيضة ، وأتباع الكتاب والسنة أولى ، ولأنّه^(٦) لو اعتبر
 الحيض في حقّها ، لاعتبر ثلاثة قروء ، كالمطلقة . وهذا الخلاف يختصّ بذات
 القراء ، فأما الآيسة والصغيرة ، فلا خلاف فيهما^(٧) ، وأما الأمة المتوفى عنها
 زوجها^(٨) ، فعِدّتها شهران وخمسة أيام . في قول عامّة أهل العليم ؛ منهم سعيّد بن
 المسيّب ، وعطاء ، وسليمان بن يسار ، والزّهري ، وقنادة ، ومالك ، والثوري ،
 والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم ، إلا ابن سيرين ، فإنّه
 قال : ما أرى عدّة الأمة إلا كعدّة الحرّة ، إلا أن تكون قد مضت في ذلك سنة ، فإنّ
 السنة أحقّ أن تتبع . وأخذ بظاهر النصّ وعمومه . ولنا ، اتفاق الصحابة ، رضي الله
 عنهم ، على أن عدّة الأمة المطلقة على النصف من عدّة الحرّة ، فكذلك عدّة الوفاة .

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

(٥) في ب ، م : « وجب » .

(٦) سقطت الواو من : الأصل .

(٧) في الأصل ، ب ، م : « فيها » .

(٨) سقط من : ا ، ب .

قال الله تعالى لَزَكْرِيَّا : ﴿ عَائِتِكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَ لَيَالٍ سَوِيًّا ﴾ ^(٩) . يريدُ بِأَيَّامِهَا ^(١٠) ، بدليل أنه قال في موضعٍ آخر : ﴿ عَائِتِكَ أَلَّا تُكَلِّمَ النَّاسَ ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ إِلَّا رَمَزًا ﴾ ^(١١) . يريدُ بلياليها . ولو نَدَرَ اعْتِكَافَ العَشْرِ الأَخِيرِ من رمضان ، لَزِمَهُ اللَّيَالِي والأَيَّامُ . ويقول القائل : سِرْنَا عَشْرًا . يُرِيدُ اللَّيَالِي بِأَيَّامِهَا . فلم يَجُزْ نَقْلُهَا عن العِدَّةِ إلى الإِبَاحَةِ بِالشُّكِّ .

فصل : وإذا مات زَوْجُ الرَّجْعِيَّةِ ، اسْتَأْنَقَتْ عِدَّةَ الوَفَاةِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا / ، بلا خلافٍ . وقال ابنُ المُنْدَرِجِ : أجمَعَ كُلُّ مَنْ نَحْفَظُ عَنْهُ من أهلِ العِلْمِ على ذلك . وذلك لِأَنَّ الرَّجْعِيَّةَ زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ ، وَيُنَالُهَا مِيرَاثُهُ ، فَاعْتَدَّتْ لِلوَفَاةِ ، كغَيْرِ المُطَلَّقةِ . وإن مات مُطَلَّقُ البَائِنِ في عِدَّتِهَا ، بَنَتْ على عِدَّةِ الطَّلَاقِ ، لِأَنَّهَا يُطَلَّقُهَا في مَرَضٍ مَوْتِهِ ، فَإِنَّهَا تَعْتَدُّ أَطْوَلَ الأَجَلَيْنِ من عِدَّةِ الوَفَاةِ أو ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ . نَصَّ على هذا أَحْمَدُ . وبه قال الثَّوْرِيُّ ، وأبو حنيفةً ، ومحمدُ بنُ الحسنِ . وقال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو عُبَيْدٍ ، وأبو ثَوْرٍ ، وابنُ المُنْدَرِجِ : تَبْنِي على عِدَّةِ الطَّلَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مات وَلَيْسَتْ زَوْجَةً لَهُ ، لِأَنَّهَا بَائِنٌ مِنَ النِّكَاحِ ، فَلَا تَكُونُ مَنكُوحَةً . وَلَنَا ، أَنَّهَا وارِثَةٌ لَهُ ، فَيَجِبُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الوَفَاةِ ، كَالرَّجْعِيَّةِ ، وَتَلْزُمُهَا عِدَّةُ الطَّلَاقِ ؛ لما ذَكَرُوهُ في دَلِيلِهِمْ ، وَإِنْ مات المَرِيضُ المُطَلَّقُ بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتِهَا بِالحَيْضِ ، أو بِالشُّهُورِ ، أو بِوَضْعِ الحَمْلِ ، أو كان طَلَاقُهُ قَبْلَ الدُّخُولِ ، فَلَيْسَ عَلَيْهَا عِدَّةٌ لِمَوْتِهِ . وقال القاضِي : عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الوَفَاةِ إِذَا قُلْنَا : يَرِثُنَّهُ . لِأَنَّهُنَّ يَرِثُنَّهُ بِالرِّزْوَجِيَّةِ ، فَتَجِبُ عَلَيْهِنَّ عِدَّةُ الوَفَاةِ ، كما لو مات بَعْدَ الدُّخُولِ وَقَبْلَ ^(١٢) قِضَاءِ العِدَّةِ . ورواه أبو طالبٍ عن أَحْمَدَ ، في التي انْقَضَتْ عِدَّتُهَا . وذكر ابنُ أَبِي موسى فيها روايَتَيْنِ . والصَّحِيحُ أَنَّهَا لا عِدَّةَ

(٩) سورة مريم ١٠ .

(١٠) في ب ، م : « أَيَّامها » .

(١١) سورة آل عمران ٤١ .

(١٢) سقطت الواو من : ١ .

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

(١٣) سورة الطلاق ٤ .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في م : « لأن » .

ما سنذكره في المسألة التي تلي هذه إن شاء الله تعالى .

١٣٥١ - مسألة ؛ قال : (وَ لَوْ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَ هِيَ حَامِلٌ مِنْهُ ، لَمْ تَنْقُضْ عِدَّتُهَا إِلَّا بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، أُمَّةً كَانَتْ أَوْ حُرَّةً)

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

(١) سقط من : الأصل .

(٢) يأتي الحديث بتامه في المسألة قريباً .

(٣) في م : « عن » .

(٤) في م زيادة : « أنه » .

(٥) سورة الطلاق ٤ .

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

(٦) في الأصل : « وللمتوفى » .

(٧) في زيادة : « زوجها » .

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

شاء باهلتُهُ أو لَاعَنَتُهُ ، أَنَّ الْآيَةَ الَّتِي فِي سُورَةِ النَّسَاءِ الْقُصْرَى : ﴿ وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالُ أَجْلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . نَزَلَتْ بَعْدَ الَّتِي فِي سُورَةِ الْبَقَرَةِ : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفَّوْنَ مِنْكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَاجًا ﴾ ^(٩) . يَعْنِي أَنَّ هَذِهِ الْآيَةَ هِيَ الْأَخِيرَةُ ، فَتَقَدَّمَ عَلَى مَا خَالَفَهَا مِنْ عُمُومِ الْآيَةِ ^(١٠) الْمَتَقَدِّمَةِ ، وَيُحْصَى بِهَا عُمُومُهَا . وَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ الْأَرْقَمِ ، أَنَّ سُبَيْعَةَ الْأَسْلَمِيَّةَ أَخْبَرَتْهُ ، أَنَّهَا كَانَتْ تَحْتَ سَعِيدِ بْنِ حَوْلَةَ / ، وَتُوفِّيَ عَنْهَا فِي حَجَّةِ الْوُدَاعِ وَهِيَ حَامِلٌ ، فَلَمْ تَنْشَبْ أَنْ وَضَعَتْ حَمْلَهَا بَعْدَ وَفَاتِهِ ، فَلَمَّا تَعَلَّتْ ^(١١) مِنْ نِفَاسِهَا ، تَحَمَّلَتْ لِلْحُطَابِ ، فَدَخَلَ عَلَيْهَا أَبُو السَّنَابِلِ بْنُ بَعْكُكٍ ، فَقَالَ : مَالِي أَرَاكَ مُتَّجِمَةً ، لَعَلَّكَ تَرْجِينَ النِّكَاحَ ؟ إِنَّكَ وَاللَّهِ مَا أَنْتِ بِنَاكِحٍ حَتَّى تَمُرَّ عَلَيْكَ أَرْبَعَةُ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ . قَالَتْ سُبَيْعَةُ : فَلَمَّا قَالَ لِي ذَلِكَ ، جَمَعْتُ عَلَيَّ ثِيَابِي حِينَ أَمْسَيْتُ ، فَأَتَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَسَأَلْتُهُ عَنْ ذَلِكَ ، فَأَقْتَانِي بَأْتِي قَدْ حَلَلْتُ حِينَ وَضَعْتُ حَمْلِي ، فَأَمَرَنِي بِالتَّرْوِجِ ^(١٢) إِنْ بَدَأَ لِي . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(١٣) . وَقَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، قَدْ جَاءَ مِنْ وَجْهِ شَتَّى ، كُلُّهَا ثَابِتَةٌ ، إِلَّا مَا رَوَى عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ مِنْ وَجْهِ مُنْقَطِعٍ . وَلَا تَهَا مُعْتَدَّةٌ حَامِلٌ ، فَتَنْقُضِي عِدَّتَهَا بِوَضْعِهِ كَالْمُطَلَّقَةِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْعِدَّةَ إِنَّمَا شَرَعَتْ لِمَعْرِفَةِ بَرَاءَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ ، وَوَضْعُهُ أَذَلُّ الْأَشْيَاءِ عَلَى الْبَرَاءَةِ مِنْهُ ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْقُضِيَ بِهِ ^(١٤) الْعِدَّةَ ، وَلَا تَهَّ لَا خِلَافَ فِي بَقَاءِ الْعِدَّةِ بِبَقَاءِ الْحَمْلِ ، فَوَجَبَ أَنْ تَنْقُضِيَ بِهِ ، كَمَا فِي حَقِّ الْمُطَلَّاقَةِ .

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

(١٠) في ب ، م : « الآيات » .

(١١) تعلت من نفاسها : سَلِمَتْ .

(١٢) في النسخ : « الترويح » . والمثبت من الصحيحين .

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

١٠٢/٥ ، ١٠٣ . ومسلم ، في : باب انقضاء عدة المتوفى عنها زوجها وغيرها بوضع الحمل ، من كتاب الرضاع .

صحيح مسلم ١١٢٢/٢ .

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

(١٤) سقط من : أ ، ب ، م .

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

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

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

(١٥) في ١ ، م : « ما لم » .

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

(١٧) أي غلب .

وابن سيرين ، وشريح ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرى ، والثوري ، وأبو حنيفة^(١) ، ومالك ، والشافعي ، وأحمد ، وإسحاق . قال الأثرم : قلت لأبي عبد الله : إذا نكس في الخلق الرابع ؟ يعني تنقضي به العدة . فقال : إذا نكس في الخلق الرابع ، فليس فيه اختلاف ، ولكن إذا تبين خلقه^(٢) هذا أدل^(٣) . وذلك لأنه إذا بان فيه شيء من خلق آدمي ، علم أنه حمل ، فيدخل في عموم قوله تعالى : ﴿ وَأُولتِ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٤) . الحال الثاني ، ألفت نطفة أو دمًا ، لا تدرى هل هو ما يخلق منه آدمي أو لا ؟ فهذا لا يتعلق به شيء من الأحكام ؛ لأنه لم يثبت أنه ولد ، لا بالمشاهدة ولا بالبينة . الحال الثالث ، ألفت مضعة لم تبين فيها الخلق ، فشهدت ثقات من القوابل ، أن فيه صورة خفية ، بانها أنها خلقة آدمي ، فهذا في حكم الحال الأول ، لأنه قد تبين بشهادة أهل المعرفة أنه ولد . الحال الرابع ، إذا ألفت مضعة لا صورة فيها ، فشهدت ثقات من القوابل أنه مبتدأ خلق آدمي ، فاختلف عن أحمد ، فنقل أبو طالب أن عدتها لا تنقضي به ، ولا تصير به أم وولد ؛ لأنه لم يبين فيه خلق آدمي ، فأشبهه الدم . وقد ذكر^(٥) هذا قولاً للشافعي ، وهو اختيار أبي بكر . ونقل الأثرم ، عن أحمد ، أن عدتها لا تنقضي به ، ولكن تصير أم وولد ؛ لأنه مشكوك في كونه ولداً ، فلم يحكم بانقضاء العدة المتيقنة بأمر مشكوك فيه ، ولم يجز بيع الأمة الوالدة له مع الشك في رقتها ، فيثبت كونها أم وولد احتياطاً ، ولا تنقضي العدة احتياطاً . ونقل حنبل ، أنها تصير أم وولد ، ولم يذكر العدة ، فقال بعض أصحابنا : على هذا تنقضي به العدة . وهو قول الحسن . وظاهر^(٥) ١٣٩/٨ ظ مذهب الشافعي ؛ لأنهم شهدوا بأنه خلقة آدمي ، أشبهه ما لو تصور . والصحيح أن هذا ليس رواية^(٦) في العدة ، لأنه لم يذكرها ، ولم يتعرض لها . الحال الخامس ، أن تضع

(١) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢) (٢-٢) في ا : « وهذا أولى » .

(٣) سورة الطلاق ٤ .

(٤) في ا : « نقل » .

(٥) في ب : « وهذا ظاهر » .

(٦) في ا ، م : « برواية » .

مُضَعَّةً لِصُورَةٍ فِيهَا ، وَلَمْ تَشْهَدْ الْقَوَابِلُ بِأَنَّهَا مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ ، فَهَذَا لَا تَنْقِضِي بِهِ عِدَّةً ، وَلَا تَصِيرُ بِهِ أُمَّ وَلِدٍ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ وَلَدًا بَيِّنَةً وَلَا مُشَاهِدَةً ، فَأَشْبَهَ الْعَلَقَةَ ، وَلَا (٧) تَنْقِضِي الْعِدَّةَ بِوَضْعِ مَا قَبْلَ الْمُضْغَةِ بِحَالٍ ، سِوَاءَ كَانَ نُظْفَةً أَوْ عَلَقَةً ، وَسِوَاءَ قِيلَ : إِنَّهُ مُبْتَدَأُ خَلْقِ آدَمِيٍّ أَوْ لَمْ يُقَلِّ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، فَقَالَ : أَمَّا إِذَا كَانَ عَلَقَةً ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، إِنَّمَا هِيَ دَمٌ ، لَا تَنْقِضِي بِهِ عِدَّةً ، وَلَا تَعْتَقُ بِهِ (٨) أُمَّةً . وَلَا نَعْلَمُ مَخَالَفًا فِي هَذَا ، إِلَّا الْحَسَنَ ، فَإِنَّهُ قَالَ : إِذَا عَلِمَ أَنَّهَا حَمْلٌ ، انْقَضَتْ بِهِ (٨) الْعِدَّةُ ، وَفِيهِ الْغَرَّةُ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَعَلَيْهِ الْجُمْهُورُ . وَأَقْلَمَ مَا تَنْقِضِي بِهِ الْعِدَّةَ مِنَ الْحَمْلِ ، أَنْ تَضَعَهُ بَعْدَ ثَمَانِينَ يَوْمًا مِنْذُ أَمَكْنَتِهِ وَطُوعَا ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنْ خَلَقَ أَحَدُكُمْ لِيَجْمَعَ فِي بَطْنِ أُمِّهِ ، فَيَكُونُ نُظْفَةً أَرْبَعِينَ يَوْمًا ، ثُمَّ يَكُونُ عَلَقَةً مِثْلَ ذَلِكَ ، ثُمَّ يَكُونُ مُضْغَةً مِثْلَ ذَلِكَ » (٩) . وَلَا تَنْقِضِي الْعِدَّةَ بِمَا دُونَ الْمُضْغَةِ فَوَجَبَ أَنْ تَكُونَ بَعْدَ الثَّمَانِينَ ، فَأَمَّا مَا (١٠) بَعْدَ الْأَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ ، فَلَيْسَ فِيهِ إِشْكَالٌ ؛ لِأَنَّهُ يُنْكَسُ (١١) فِي الْخَلْقِ الرَّابِعِ .

فصل : وَأَقْلَمَ مُدَّةَ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ؛ لِمَا رَوَى الْأَثَرِيُّ ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ أَبِي الْأَسْوَدِ ، أَنَّهُ رَفَعَ إِلَى عَمَرَ ، أَنَّ امْرَأَةً وَلَدَتْ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، فَهَمَّ عَمْرٌ بِرَجْمِهَا ، فَقَالَ لَهُ عَلِيٌّ : لَيْسَ لَكَ ذَلِكَ . قَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ (١٢) .

(٧) فِي أ ، ب ، م : « فَلَ » .

(٨) فِي ب : « بِهَا » .

(٩) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ ذِكْرِ الْمَلَأَكَةِ ، مِنْ كِتَابِ بَدْءِ الْخَلْقِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِذَا قَالَ رِيكٌ لِلْمَلَأَكَةِ إِنِّي جَاعِلٌ فِي الْأَرْضِ خَلِيفَةً ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْأَنْبِيَاءِ ، وَفِي : بَابِ حَدِيثِ أَبِي الْوَلِيدِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقَدْرِ ، وَفِي : بَابِ : ﴿ وَلَقَدْ سَبَقَتْ كَلِمَتُنَا لِعِبَادِنَا الْمُرْسَلِينَ ﴾ مِنْ كِتَابِ التَّوْحِيدِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٣٥/٤ ، ١٦١ ، ١٥٢/٨ ، ١٦٥/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ كَيْفِيَّةِ خَلْقِ الْآدَمِيِّ فِي بَطْنِ أُمِّهِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقَدْرِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢٠٣٦/٤ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ فِي الْقَدْرِ ، مِنْ كِتَابِ السَّنَةِ . سَنَنْ أَبِي دَاوُدَ ٥٣٠/٢ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ أَنَّ الْأَعْمَالَ بِالْحَوَاتِمِ ، مِنْ كِتَابِ الْقَدْرِ . عَارِضَةُ الْأَحْوَذِيِّ ٣٠١/٨ .

(١٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١١) فِي أ ، ب ، م : « مِنْكَسٌ » .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٣ .

وقال تعالى : ﴿ وَحَمْلُهُ وَفَصَالُهُ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾ (١٣) . فحَوْلَانِ وَسِتَّةَ أَشْهُرٍ ثَلَاثُونَ شَهْرًا ، لَارْجَمَ عَلَيْهَا . فَحَلَّى عَمْرُ سَبِيلَهَا ، وَوَلَدَتْ مَرَّةً أُخْرَى لِذَلِكَ الْحَدِّ (١٤) . وَرَوَاهُ الْأَثَرُ أَيْضًا عَنْ عِكْرَمَةَ ، أَنَّ ابْنَ عَبَّاسٍ قَالَ ذَلِكَ . قَالَ عَاصِمٌ الْأَحْوَلُ : قُلْتُ لِعِكْرَمَةَ : إِنَّا بَلَعْنَا أَنَّ عَلِيًّا قَالَ هَذَا (١٥) . فَقَالَ عِكْرَمَةُ : لَا ، مَا قَالَ هَذَا إِلَّا ابْنُ عَبَّاسٍ . وَذَكَرَ ابْنُ قُتَيْبَةَ ، فِي « الْمَعَارِفِ » (١٦) ، أَنَّ عَبْدَ الْمَلِكِ بْنَ مَرْوَانَ وَوَلَدَ لَسِتَةَ أَشْهُرٍ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَغَيْرِهِمْ .

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

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

(١٣) سورة الأحقاف ١٥ .

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

(١٥) في ب زيادة : قال .

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

(١) سقطت الواو من : الأصل ، ب .

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

(٣-٣) سقط من : ب .

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

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

سَيْنِينَ ، حَمَلَتْ مَوْلَاةً لِعَمَرَ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ ثَلَاثَ سِنِينَ . وَقَالَ عَبَادُ بْنُ الْعَوَّامِ : خَمْسُ سِنِينَ . وَعَنِ الزُّهْرِيِّ قَالَ : قَدْ تَحْمِلُ الْمَرْأَةُ سِتَّ سِنِينَ وَسَبْعَ سِنِينَ . وَقَالَ أَبُو عُبَيْدٍ : لَيْسَ لِأَقْصَاهُ وَقْتُ يُوقَفُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنَّ مَا لَا نَصَّ فِيهِ ^(٦) ، يُرْجَعُ فِيهِ إِلَى الْوُجُودِ ، وَقَدْ وَجَدَ الْحَمْلُ لِأَرْبَعٍ ^(٧) سَيْنِينَ ، فَرَوَى الْوَلِيدُ بْنُ مُسْلِمٍ قَالَ : قُلْتُ لِمَالِكِ بْنِ أَنَسٍ : حَدِيثُ جَمِيلَةَ بِنْتِ سَعْدٍ ، عَنْ عَائِشَةَ : لَا تَزِيدُ الْمَرْأَةُ عَلَى السَّنَتَيْنِ فِي الْحَمْلِ . قَالَ مَالِكٌ : سُبْحَانَ اللَّهِ ، مَنْ يَقُولُ هَذَا ؟ هَذِهِ جَارَتُنَا امْرَأَةُ مُحَمَّدِ بْنِ عَجْلَانَ ^(٨) تَحْمِلُ أَرْبَعَ سِنِينَ قَبْلَ أَنْ تَلِدَ ^(٩) . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَقِي مُحَمَّدُ بْنُ عَجْلَانَ ^(٨) فِي بَطْنِ أُمِّهِ أَرْبَعَ سِنِينَ ^(١٠) . وَقَالَ أَحْمَدُ : نِسَاءُ بَنِي عَجْلَانَ يَحْمِلْنَ أَرْبَعَ سِنِينَ ، وامرأة عجلان حملت ثلاث بطون ، كل دفعة أربع سنين . ويقي محمد بن عبد الله بن الحسن بن ^(١١) الحسن بن علي ^(١١) في بطن أمه أربع سنين . وهكذا إبراهيم بن نجيج العقيلي ، حكى ذلك أبو الخطاب . وإذا تفرّر وجوده ، وجب أن يحكم به ، ولا يزداد عليه ؛ لأنه ما وجد ، ولأن عمر ضرب لامرأة المفقود أربع سنين ، ولم يكن ^(١٢) ذلك إلا لأنه غاية الحمل ، وروى ذلك عن عثمان ، وعلي ، وغيرهما . إذا ثبت هذا ، فإن المرأة إذا ولدت لأربع سنين فما دون ، من يوم موت ^(١٣) الزوج أو طلاقه ، ولم تكن تزوجت ، ولا وطئت ، ولا انقضت عدتها بالقروء ، ولا بوضع الحمل ، فإن الولد لاحق ^(١٤) بالزوج ، وعدتها منقضية به .

(٦) سقط من : م .

(٧) في الأصل ، ب : « أربع » .

(٨-٨) سقط من : ب .

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

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

. ٥٩٥

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

(١٢) في ب : « يذكر » .

(١٣) في ا : « مات » .

(١٤) في الأصل ، م : « لاحق » .

فصل : وإن أتت بالولد^(١٥) بعد أربع^(١٥) سنين منذ مات ، أو بانث منه بطلاق أو فسخ أو انقضاء عدتها إن كانت رجعية ، لم يلحقه ولدها ؛ لأننا نعلم أنها علققت به بعد زوال النكاح ، والبيئونة منه ، وكونها قد صارت منه أجنبية ، فأشبهت سائر الأجنيبات . ومفهوم كلام الخرقى ، أن عدتها لا تنقضى به ؛ لأنه^(١٦) يتنفي عنه بغير لعان ، فلم تنقض عدتها منه بوضعه ، كما لو أتت به لأقل / من ستة أشهر منذ نكحها . وقال^(١٧) أبو الخطاب : هل تنقضى به العدة ؟ على وجهين . وذكر القاضي أن عدتها تنقضى به ، وهو مذهب الشافعى ؛ لأنه ولد يمين أن يكون منه بعد نكاحه ، بأن يكون قد وطئها بشبهة ، أو جدد نكاحها ، فوجب أن تنقضى به العدة ، وإن لم يلحق به ، كالولد المنفى باللعان ، وهذا فارق الذى أتت به لأقل من ستة أشهر ، فإنه يتنفي عنه يقيناً . ثم ناقضوا قولهم ، فقالوا : لو تزوجت في عدتها ، وأتت بولد لأقل من ستة أشهر من حين دخل بها الثانى ، ولأكثر من أربع سنين من حين بانث من الأول ، فالولد منقذ عنهما ، ولا تنقضى عدتها بوضعه عن واحد منهما . وهذا أصح ؛ فإن احتمال كونه منه ، لم يكف في إثبات نسب الولد منه ، مع أنه يثبت بمجرد الإمكان ، فلأن لا يكفى في انقضاء العدة أولى وأحرى . وما ذكروه منتقض بما سلموه . وما ذكروه من الفرق بين هذا وبين الذى أتت به قبل^(١٨) ستة أشهر غير صحيح ؛ فإنه يَحْتَمِلُ أن يكون أصابها قبل نكاحها بشبهة ، أو بنكاح غير هذا النكاح الذى أتت بالولد فيه ، فاستويا . وأما المنفى باللعان فإننا نفينا الولد عن الزوج بالنسبة إليه ، ونفينا حكمه في^(١٩) كونه منه بالنسبة إليها ، حتى أوجبنا الحد على قاذفها وقاذف ولدها ، وانقضاء عدتها من الأحكام المتعلقة بها دونه ، فثبتت^(٢٠) .

(١٥) - (١٥) في م : (أربع) .

(١٦) في م زيادة : (لا) .

(١٧) سقطت الواو من : م .

(١٨) في ب ، م : (لأقل من) .

(١٩) في ب : (عن) .

(٢٠) في الأصل : (ثبت) .

فصل : وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها بالقروء ، ثم أتت بوليدٍ لسيِّتة أشهرٍ فصاعداً من بعد انقضائها ، لم يلحق نَسبُه بالزوج . وبه قال أبو حنيفة ، وابن سريج ، وقال مالك ، والشافعي : يلحق به ، ما لم تتزوج ، أو يبلغ أربع سنين . وكلام الخرقي يحتمل ذلك ؛ فإنه أطلق قوله : إذا أتت بوليدٍ بعد طلاقه أو موته بأربع سنين لحقه الولد ؛ وذلك لأنه ولدٌ يُمكنُ كونه منه ، وليس معه من هو أولى منه ، ولا من يساويه ، فوجب أن يلحق به ، كما لو أتت به بعد عقد النكاح . ولنا ، أنها أتت به بعد الحكم بقضاء عدتها ، وحل النكاح لها بمدة^(٢١) الحمل ، فلم يلحق به ، كما لو أتت به بعد انقضاء عدتها بوضع حملها لمدة الحمل ، وإنما يُعتبر الإمكان مع بقاء النكاح أو آثاره ، وقد زال ذلك . وإن انقضت عدتها^(٢٢) بالشهور ، ثم أتت بوليدٍ لدون أربع سنين ، لحقه نسبه ؛ لأنها إن^(٢٣) كانت تدعى / الإياس ، تبيناً كذبها ، فإن من تحمّل ليست بآيسة ، وإن كانت من اللاتي لم يحضن ، أو متوفى عنها ، لحقه ولدها ؛ لأنه لم يوجد في حقها ما ينافي كونها حاملاً .

١٤١/٨ و

فصل : وإذا مات الصغير الذي لا يولد لمثله عن زوجته ، فأنت بوليد ، لم يلحقه نسبه ، ولم تنقض العدة بوضعه ، وتعد^(٢٤) بالأشهر^(٢٥) . وبهذا قال مالك ، والشافعي . وقال أبو حنيفة : إن مات وبها حملٌ ظاهرٌ ، اعتدت عنه بالوضع ، وإن ظهر الحمل بها بعد موته ، لم تعدد به . وقد روي عن أحمد ، في الصبي مثل قول أبي حنيفة . وذكره ابن أبي موسى ، قال أبو الخطاب : وفيه بُعد . وهكذا الخلاف فيما إذا تزوج بامرأة ، ودخل بها ، وأتت بوليدٍ لدون^(٢٦) سيِّتة أشهرٍ من حين عقد النكاح ، فإنها لا تعدد بوضعه

(٢١) في الأصل ، ١ : ٥ لمدة .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : الأصل .

(٢٤) سقط من : ١ ، م .

(٢٥) سقط من : م .

(٢٦) في ب : ٥ دون .

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

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

(٢٧) سقط من : الأصل .

(٢٨-٢٨) سقط من : ب .

وجملة الأمر أن المعتدة لا يجوز لها أن تنكح في عدتها ، إجماعاً ، أي عِدَّةٌ كانت ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابَ أَجَلَهُ ﴾ (١) . ولأنَّ العِدَّةَ إنما اعتبرت لمعرفة براءة الرَّحيم ، لئلا يُفْضِيَ إلى اختلاط الميَاه ، وامتزاج الأنساب . وإن تزوجت ، فالنكاح باطل ؛ لأنها ممنوعة من النكاح لحقِّ الزوج الأوَّل ، فكان نكاحاً (٢) باطلاً ، كما لو تزوجت وهي في نكاحه ، ويَجِبُ أن يُفْرَقَ بيْنه وبينها ، فإن لم يَدْخُلْ بها ، فالعِدَّةُ بحالها ، ولا تَنْقَطِعُ بالعقد الثاني ؛ لأنَّه باطل لا تصيرُ به المرأة فَرِاشًا ، ولا يُسْتَحَقُّ عليه بالعقد شيءٌ ، وتَسْقُطُ (٣) سُكْنَاهَا وَتَفْقُطُهَا عَنِ الزَّوْجِ الأوَّلِ ؛ لأنَّها ناشِئٌ . وإن وطئها ، انقطعت العِدَّةُ ، سواء عَلِمَ التَّحْرِيمَ أو جَهِلَهُ . وقال أبو حنيفة : لا تَنْقَطِعُ ؛ لأنَّ كونها فَرِاشًا لغير مَنْ له العِدَّةُ لا يَمْنَعُهَا ، كما لو وطئت بشبهة (٤) وهي زَوْجَةٌ ، فإنَّها تَعْتَدُ ، وإن كانت فَرِاشًا للزوج . وقال الشافعي (٥) : إن وطئها عالماً بأنَّها مُعْتَدَةٌ ، وأنَّها (٦) تَحْرُمُ ، فهو زَانٍ ، فلا تَنْقَطِعُ العِدَّةُ بوطئه ؛ لأنَّها لا تصيرُ به فَرِاشًا ، ولا يَلْحَقُ به نَسَبٌ ، وإن كان جاهلاً أنَّها مُعْتَدَةٌ ، أو بالتَّحْرِيمِ ، انقطعت العِدَّةُ بالوطء ؛ لأنَّها تصيرُ به فَرِاشًا (٧) ، والعِدَّةُ تُرَادُ للاستبراء ، وكونها فَرِاشًا يُنَافِي ذلك ، فوجِبَ أن يَقطَعَهَا ، فأما طَرِيائُهُ عَلَيْهَا ، فلا يَجُوزُ . ولنا ، أن هذا واطءٌ بِشبهة نِكَاحٍ ، فَتَنْقَطِعُ به العِدَّةُ ، كما لو جَهِلَ . وقولهم : إنَّها لا تصيرُ به (٨) فَرِاشًا . قلنا : لَكِنَّه لا يَلْحَقُ نَسَبُ الوَلَدِ الحَادِثِ مِنْ وَطْئِهِ بِالزَّوْجِ الأوَّلِ ، فهما شَيْئَانِ . إذا ثَبَتَ هذا ، فعليه فَرِاقُهَا ، فإن لم يَفْعَلْ ، وَجِبَ التَّفْرِيقُ بيْنهما ، فإن فَارَقَهَا أو فَرَّقَ بيْنهما ، وَجِبَ عَلَيْهَا

(١) سورة البقرة ٢٣٥ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م زيادة : « شيء » خطأ .

(٤) في ب : « لشبهة » .

(٥) في م : « القاضي » .

(٦) في الأصل ، ا ، ب : « وأنه » .

(٧-٧) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٨) سقط من : ب .

أن تُكْمَلَ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، وَعِدَّتُهُ وَجَبَتْ عَنْ وَطْءٍ فِي نِكَاحٍ صَحِيحٍ ، فَإِذَا
 أَكْمَلْتَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ ، وَجَبَ عَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَ مِنَ الثَّانِي ، وَلَا تَتَدَاخَلُ الْعِدَّتَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ
 رَجُلَيْنِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَتَدَاخَلَانِ ، فَتَأْتِي بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ بَعْدَ
 مُفَارَقَةِ الثَّانِي ، تَكُونُ عَنْ بَقِيَّةِ عِدَّةِ الْأَوَّلِ وَعِدَّةِ لِلثَّانِي ^(٩) ؛ لِأَنَّ الْقَصْدَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَةِ
 الرَّجِيمِ ، وَهَذَا تَحْصُلُ بِهِ بَرَاءَةُ الرَّجِيمِ مِنْهُمَا ^(١٠) جَمِيعًا . وَلَنَا ، مَا رَوَى مَالِكٌ ^(١١) ، / ١٤٢/٨
 عَنْ ابْنِ شِهَابٍ ، عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَسَلِيمَانَ بْنِ يَسَارٍ ، أَنَّ طَلِيحَةَ كَانَتْ تَحْتَ
 رَشِيدِ الثَّقَفِيِّ ، فَطَلَّقَهَا ، وَنَكَحَتْ ^(١٢) غَيْرَهُ فِي عِدَّتِهَا ، فَضَرَبَهَا عُمَرُ بْنُ الْخَطَّابِ ،
 وَضَرَبَ زَوْجَهَا ضَرْبَاتٍ بِمُخَفِّقَةٍ ، وَفَرَّقَ بَيْنَهُمَا . ثُمَّ قَالَ : أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحْتَ فِي
 عِدَّتِهَا ، فَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا الَّذِي تَزَوَّجَهَا لَمْ يَدْخُلْ بِهَا ، فَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا ، ثُمَّ اعْتَدْتَ بِقِيَّةِ
 عِدَّتِهَا مِنْ زَوْجِهَا الْأَوَّلِ ، وَكَانَ خَاطِبًا مِنَ الْخُطَّابِ ، وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِهَا ، فَفُرِّقَ بَيْنَهُمَا ،
 ثُمَّ اعْتَدْتَ بِقِيَّةِ عِدَّتِهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، ثُمَّ اعْتَدْتَ مِنَ الْآخِرِ ، وَلَا يَنْكِحُهَا أَبَدًا . وَرَوَى ،
 بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَلِيٍّ أَنَّهُ قَضَى فِي الَّتِي تَزَوَّجُ فِي عِدَّتِهَا ، أَنَّهُ يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، وَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا
 اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَتُكْمَلُ مَا أَفْسَدَتْ مِنْ عِدَّةِ الْأَوَّلِ ، وَتَعْتَدُ مِنَ الْآخِرِ ^(١٣) ، وَهَذَا
 قَوْلَا سَيِّدَيْنِ مِنَ الْخُلَفَاءِ ^(١٤) ، لَمْ يُعْرَفْ لِهَذَا فِي الصَّحَابَةِ مُخَالَفٌ ، لِأَنَّهُمَا حَقَّانِ
 مَقْصُودَانِ لِأَدْمِيَيْنِ ، فَلَمْ يَتَدَاخَلَا ، كَالَّذَيْنِ وَالْيَمِينَيْنِ ، لِأَنَّهُ حَبْسٌ يَسْتَحِقُّهُ الرَّجَالُ

(٩) فِي ب ، م : « الثَّانِي » .

(١٠) فِي أ ، ب ، م : « مِنْهُمَا » .

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

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

وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ نِكَاحِهَا فِي عِدَّتِهَا ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ ٢١٠/٦ .

(١٢) فِي م : « وَنَكَحَهَا » .

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

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

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

(١٤) فِي الزِّيَادَةِ : « الرَّاشِدَيْنِ » .

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

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

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

١٤٢/٨ ظ

(١٥) في ب ، م : « الزوجة » .

(١) في الأصل ، ا : « قضاء » .

(٢) تقدم في الصفحة السابقة .

(٣) في ا : « محله » .

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

(٥) في م : « ولأنه » .

(٦-٦) سقط من ب .

(٧) في الأصل ، ب : « أحسن » .

(٨) في ا : « تحريماً » .

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

فصل : وكلُّ مُعتدَّةٍ من غير النكاح الصحيح ، كالزانية ، والموطوءة بشبهة ، أو في نكاح فاسد ، فقياس المذهب تحريم نكاحها على الواطئ وغيره . والأولى حل نكاحها لمن هي مُعتدَّةٌ منه ، إن كان يلحقه نسب ولدها ؛ لأن العِدَّةَ لحفظ مائه ، وصيانة نسبه ، ولا يُصان ماؤه المُحترَم (١٥) عن مائه المُحترَم ، ولا يُحفظ نسبه عنه ، ولذلك أباح للمختلعة نكاح مَنْ خالعتها ، ومن لا يلحقه نسب ولدها كالزانية ، لا يحل له نكاحها ؛ لأن نكاحها يُفضي إلى اشتباه النسب ، فالواطئ كغيره ، في أن الولد لا يلحق نسبه بواحد منهما .

(٩) سورة النساء ٢٤ .

(١٠) سورة المائدة ٥ .

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

(١٢) في م زيادة : عليه .

(١٣) في ا ، ب : قضاء .

(١٤) سورة البقرة ٢٣٥ .

(١٥) في الأصل ، ا ، م : المحترم .

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

وجملته أنّها إذا كانت حاملاً ، انقضت عِدَّتُهَا مِنْهُ (١) بوضع حملها ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (٢) . ثم تنظر ؛ فإن كان يُمكنُ أَنْ يَكُونَ مِنَ الْأَوَّلِ دُونَ الثَّانِي ، وهو أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِذَوْنِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَأَرْبَعِ سِنِينَ فَمَا دُونَهَا مِنْ فِرَاقِ الْأَوَّلِ ، فَإِنَّهُ يَلْحَقُ بِالْأَوَّلِ ، وَتَنْقَضِي عِدَّتُهَا (٣) مِنْهُ بِوَضْعِهِ ، ثُمَّ تَعْتَدُ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ عَنِ الثَّانِي . وَإِنْ أُمَكِّنَ كَوْنُهُ مِنَ الثَّانِي وَحْدَهُ (٤) دُونَ الْأَوَّلِ ، وَهُوَ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَمَا زَادَ إِلَى أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَا أَكْثَرَ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْذُ بَاءَتْ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَهُوَ مُلْحَقٌ (٥) بِالثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ، فَتَنْقَضِي بِهِ عِدَّتُهَا مِنَ الثَّانِي ، ثُمَّ تَبْتَدَأُ عِدَّةَ الْأَوَّلِ . وَتَقْدَمُ عِدَّةُ الثَّانِي هُنَا عَلَى عِدَّةِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَنْ يَكُونَ / الْحَمْلُ مِنْ إِنْسَانٍ وَالْعِدَّةُ مِنْ غَيْرِهِ . وَإِنْ أُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، وَهُوَ أَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ فَصَاعِدًا مِنْ وَطْءِ الثَّانِي ، وَلَا أَرْبَعِ سِنِينَ ، فَمَا دُونَهَا مِنْ بَيْنُونَتَيْهَا مِنَ الْأَوَّلِ ، أَرَى الْقَافَةَ ، فَإِنَّ الْحَقَّقَةَ (٦) بِالْأَوَّلِ ، لِحَقِّقِ بِهِ ، كَمَا لَوْ أُمَكِّنَ أَنْ يَكُونَ مِنْهُ دُونَ الثَّانِي ، وَإِنْ أَلْحَقَّتَهُ بِالثَّانِي ، لِحَقِّقِ بِهِ ، وَكَانَ الْحُكْمُ كَمَا لَوْ أُمَكِّنَ كَوْنُهُ مِنَ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ . وَإِنْ (٧) أَشْكَلَ أَمْرُهُ عَلَى الْقَافَةِ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ قَافَةً ، لَزِمَهَا أَنْ تَعْتَدَ بَعْدَ وَضْعِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَقَدْ أَثْبِتَ بِمَا عَلَيْهَا مِنْ عِدَّةِ الثَّانِي ، وَإِنْ كَانَ مِنَ الثَّانِي ، فَعَلَيْهَا أَنْ تُكْمَلَ عِدَّةَ الْأَوَّلِ ، لَيْسَ قَطْعَ الْفَرَضِ بَيِّنِينَ . فَأَمَّا الْوَلَدُ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَضِيعُ نَسْبُهُ ؛

١٤٣/٨ و

- (١) سقط من : ا .
- (٢) سورة الطلاق ٤ .
- (٣) في م زيادة : « به » .
- (٤) سقط من : م .
- (٥) في م : « ملصق » .
- (٦) في ا : « الحقوه » .
- (٧) في ب ، م : « فإن » .

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

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

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

(٨) في الأصل ، ا : : فنت .

(٩) في ا : : تنم .

(١٠) في الأصل : : وإن مات .

(١١) في ا : : النكاح .

والحسن ، وقتادة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وشذ بعض المتأخرين ، فقال : لا يحل له نكاحها ، ولا خطبتها ؛ لأنها معتدة . ولنا ، أن العدة لحفظ نسبه ، وصيانة مائه ، ولا يُصان ماؤه عن مائه إذا كانا من نكاح صحيح ، فإذا تزوجها ، انقطعت العدة ؛ لأن المرأة تصير فراشاً له بعقده ، ولا يجوز أن تكون زوجته^(١٢) معتدة . فإن وطئها ، ثم طلقها ، لزمها عدة مستأنفة ، ولا شيء عليها من الأولى ؛ لأنها قد انقطعت وارتفعت . وإن طلقها قبل أن يمسه ، فهل تستأنف العدة ، أو تبنى على ما مضى ؟ قال القاضي : فيه روايتان ؛ إحداهما ، تستأنف . وهو قول أبي حنيفة ؛ لأنه طلاق لا يخلو من عدة ، فأوجب عدة مستأنفة ، كالأول . والثانية ، لا يلزمها استئناف عدة . وهو قول الشافعي ، ومحمد بن الحسن ؛ لأنه طلاق في نكاح قبل المسيس ، فلم يوجب عدة ، لعموم قوله سبحانه : ﴿ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾^(١٣) . وذكر القاضي ، في « كتاب الروايتين » أنه لا يلزمها استئناف العدة ، رواية واحدة ، لكن يلزمها إتمام بقية العدة الأولى ؛ لأن إسقاطها يفضي إلى اختلاط المياه ، لأنه يتزوج امرأة ويوطؤها ويخلعها ، ثم يتزوجها ويطلقها في الحال ، ويتزوجها الثاني ، في يوم واحد . فإن خلعها حاملاً ثم تزوجها حاملاً ، ثم طلقها وهي حامل ، انقضت عدتها بوضع الحمل ، على كلتا الروايتين ، ولا نعلم فيه مخالفاً ، ولا تنقضي عدتها قبل^(١٤) « وضع حملها »^(١٥) بغير خلاف نعلمه . وإن وضعت حملها قبل النكاح الثاني ، فلا عدة عليها للطلاق من النكاح الثاني ، بغير خلاف أيضاً ؛ لأنه نكحها بعد انقضاء^(١٥) عدة الأول . وإن وضعت^(١٦)

(١٢) في م : زوجة .

(١٣) سورة الأحزاب ٤٩ .

(١٤-١٤) في م : وضعها .

(١٥) في الأصل : قضاء .

(١٦) في ١ : وضعت .

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

١٤٤/٨

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

(١٧) سقط من : الأصل ، م .

(١٨) في الأصل : « والشهور » .

(١٩) في م : « الجديدة » خطأ .

(٢٠) في م : « لكن » .

(٢١) - (٢١) سقط من : الأصل .

سواءً . والثانية ، لا تحصل الرجعة به ، ويلزمها استئناف عدّة ؛ لأنه وطء في نكاح تشعّت ، فهو كوطء الشبهة . وتدخّل بقيّة عدّة الطلاق فيها ؛ لأنّهما من رجل واحد . وإن حملت من هذا الوطء ، فهل تدخّل فيها بقيّة الأولى ؟ على وجهين ؛ أحدهما ، تدخّل ؛ لأنّهما^(٢٢) من رجل واحد . والثاني ، لا تدخّل ؛ لأنّهما من جنسين . فعلى هذا ، إذا وضعت حملها ، أتمت عدّة الطلاق . وإن وطئها وهي حامل ، ففي تدخّل العديتين وجهان ؛ فإن قلنا : يتداخلان . فائقضاهما معاً بوضع الحمل . وإن قلنا : لا يتداخلان . فائقضاه عدّة الطلاق بوضع الحمل ، وستأنف عدّة الوطء بالقرء .

فصل : فإن طلقها طلاقاً رجعيّاً ، فنكحت في عدتها من وطئها ، فقد ذكرنا أنّها تبنى على عدّة الأولى ، ثم تستأنف عدّة للثاني^(٢٣) ، ولزوجه الأول رجعتها في بقيّة عدتها منه ؛ لأنّ الرجعة إمساك للزوجة ، وطريان / الوطء من أجنبي على النكاح ، لا يمنع الزوج إمساك زوجته ، كما لو كانت في صلب النكاح . وقيل : ليس له رجعتها ؛ لأنّها محرمة عليه ، فلم يصحّ له ارتجاعها ، كالمرتدة^(٢٤) . والصحيح الأول ؛ فإنّ التحريم لا يمنع الرجعة ، كالإحرام . ويفارق الردّة ؛ لأنّها جارية إلى بينونة بعد الرجعة ، بخلاف العدة . وإذا انقضت عدتها منه ، فليس له رجعتها في عدّة الثاني ؛ لأنّها ليست منه . وإذا ارتجعها في عدتها من نفسه ، وكانت بالقرء أو بالأشهر ، انقطعت عدته بالرجعة ، وابتدأت عدّة من الثاني ، ولا يحلّ له وطؤها حتى تنقضي^(٢٥) عدّة الثاني ، كما لو وطئ بشبهة في صلب نكاحه . وإن كانت معتدة بالحمل ، لم يمكن شروعه في عدّة الثاني قبل وضع الحمل ؛ لأنّها بالقرء ، فإذا وضعت حملها ، شرعت في عدّة الثاني ، وإن كان الحمل ملحقاً بالثاني ، فإنّها تعتد

(٢٢) في الأصل : « لأنها » .

(٢٣) في ١ ، ب ، م : « الثاني » .

(٢٤) في ١ : « كالمرتدة » .

(٢٥) في ١ ، ب ، م : « تنقضي » .

به عن الثاني، وتقدّم^(٢٦) عِدَّةُ الثاني على عِدَّةِ^(٢٧) الأول، فإذا اكتملتها، شرعت في إتمام عِدَّةِ الأول، وله حينئذ أن يرتجعها؛ لأنها في عِدَّتِهِ. وإن أحب أن يرتجعها في حال حملها، ففيه وجهان؛ أحدهما، ليس له ذلك؛ لأنها ليست في عِدَّتِهِ، وهي مُحَرَّمَةٌ عليه، فأشبهت الأجنبية أو المرتدة. والثاني، له رجعتها؛ لأنَّ عِدَّتَهَا منه لم تنقض، وتحريمها لا يمنع رجعتها، كالمحرمة.

فصل: إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من غيره، فمات ولدها، فإنَّ أحمد قال: يعتزل امرأته حتى تحيض حيضةً. وهذا يروى عن علي بن أبي طالب، والحسين ابنه، ونحوه عن عمر بن الخطاب، وعن الحسين^(٢٨) بن علي، والصعب بن جثامة^(٢٩). وبه قال عطاء، وعمر بن عبد العزيز، والنخعي، ومالك، وإسحاق، وأبو عبيد. قال عمر بن عبد العزيز: لا يقربها حتى ينظر بها حمل أم لا؟ وإنما قالوا ذلك؛ لأنها إن كانت حاملاً حين موته، ورثه حملها، وإن حدث الحمل بعد الموت، لم يرثه. فإن كان للميت ولد أو أب أو جد، لم يحتج إلى استبرائها؛ لأنَّ الحمل لا ميراث له، وإن كانت حاملاً قد تبين حملها، لم يحتج إلى استبرائها؛ لأنَّ الحمل معلوم، وإن كانت آيسة، لم يحتج إلى استبرائها؛ لليأس من حملها، وإن كانت ممن^(٣٠) يمكن حملها، ولم يتبين^(٣١) بها حمل، ولم يعتزلها زوجها، فأثت بوليد قبل سبئة أشهر، ورث، وإن أثت به بعد سبئة أشهر من حين / وطفها بعد موت ولدها، لم يرث، لأنَّ لا نتيقن وجوده حال موته. هذا يروى عن سفيان. وهو قياس قول الشافعي.

١٤٥/٨

(٢٦) في م: «وتقدم».

(٢٧) سقط من: ا، ب، م.

(٢٨) في م: «الحسن».

(٢٩) الصعب بن جثامة بن قيس الليثي الحجازي، هاجر إلى النبي ﷺ، وروى عنه، وتوفى بعد خلافة أبي بكر تذيب التهذيب ٤/٤٢١، الإصابة ٣/٤٢٦.

(٣٠) في الأصل زيادة: «لم».

(٣١) في م: «بين».

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

(٣٢) سقطت الواو من : ا ، ب .

(٣٣) في ب ، م ، هـ : وروى .

(٣٤) أحمد بن أصرم بن خزيمة الزني ، سمع من الإمام أحمد وغيره ، وكان بصريا ، قدم مصر وكتب عنه ، وخرج عنها

فتوفى بدمشق ، في سنة خمس وثمانين ومائتين . طبقات الحنابلة ٢٢/١ :

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

(٣٥-٣٥) فى ١ : « انقطع » .

(٣٦) سقط من ١ ، ب ، م .

(٣٧) فى الأصل : « قالوا » .

(٣٨) كذا على حكاية قوله .

(٣٩) فى ١ ، ب ، م : « وهذا » .

عبد العزيز ، والحسن ، والرُّهْرِيُّ ، وقتادة ، واللَّيْثُ ، وعليُّ بن المَدِينِيَّ ، وعبدُ العزيز ابن أبي سَلَمَةَ . وبه يقولُ مالكٌ ، والشافعيُّ في القديم ، إلا أنَّ مالِكًا قال : ليس في انْتِظارِ مَنْ يُفقدُ في القِتالِ وَقتٌ . وقال سعيدُ بن المُسيَّبِ ، في امرأة المَفقودِ بين الصَّفَّينِ : تَرَبِّصُ سَنَةً ؛ لأنَّ غَلَبَةَ هَلاكِهِ هُنا أَكثَرُ من غَلَبَةِ غيرِهِ ، لوجُودِ سَببِهِ . وقد نُقلَ عن أحمدَ ، أَنَّهُ قال : «^(٤٠) كُنْتُ أَقولُ » : إذا تَرَبَّصْتَ أربَعَ سِنينَ ، ثم اَعْتَدْتَ أربَعَةَ أَشهُرٍ وَعَشْرًا . تَرَوَّجَتْ . وقد اَرْتَبْتُ فيها ، وهَبْتُ الجَوابَ فيها ، «^(٤١) لما اِخْتَلَفَ » الناسُ فيها ، فكاَتِي أُحِبُّ السَّلَامَةَ . وهذا تَوَقُّفٌ يَحْتَمِلُ الرُّجوعَ عَمَّا قالَهُ ، وتَرَبِّصُ أَبَدًا ، وَيَحْتَمِلُ / التَّورُّعَ ، ويكونُ المَذْهَبُ ما قالَهُ أَوَّلًا . قال القاضي : أَكثَرُ أَصحابِنا على ^(٤٢) أَنَّ المَذْهَبَ رِوايةٌ واحِدَةٌ ، وعندِي أَنَّ المسأَلَةَ على رِوايَتينِ . وقال أبو بكرٍ : الذي أَقولُ به ، إن صَحَّ الاختِلافُ في المسأَلَةِ ، أن لا يُحْكَمَ بِحُكْمٍ ثانٍ إلاَّ بِدليلٍ على الاتِّقالِ ، وإن تَبَّتْ الإجماعُ ، فالحُكْمُ فيه على ما نصَّ عليه . وظاهرُ المَذْهَبِ على ما حَكَّيناهُ أَوَّلًا . نَقَلَهُ عن أحمدَ الجماعةُ ، وقد أنكَرَ أحمدُ رِوايةَ مَنْ رَوَى عنه الرُّجوعَ ، على ما حَكَّيناهُ من رِوايةِ الأثرَمِ . وقال أبو قِلابَةَ ، والنَّحِيُّ ، والثَّورِيُّ ، وابنُ أبي لَيْلى ، وابنُ شُبْرَمَةَ ، وأصحابُ الرُّأيِ ، والشافعيُّ في الجديد : لا تَتَرَوَّجُ امرأةُ المَفقودِ حتى يَتَبَيَّنَ مَوْتُهُ أو فِرَاقُهُ ؛ لما ^(٤٣) رَوَى المُعَيَّرُ ^(٤٤) ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : «أمرأةُ المَفقودِ امرأتُهُ ، حَتَّى يَأْتِيَهَا» ^(٤٥) الحَبْرُ ^(٤٦) . ورَوَى الحَكَمُ ، وحَمَّادُ ، عن عليٍّ : لا تَتَرَوَّجُ امرأةُ

(٤٠-٤١) سقط من : ١ .

(٤١-٤٢) في ١ : لا اختلاف .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في الأصل : « ولا » .

(٤٤) في انهاده : « بن شعبة » .

(٤٥) في ب ، م : « يأتي » .

(٤٦) في النسخ : « زوجها » . والمثبت من سنن الدارقطني ، وقد أخرجه في : باب المهر ، من كتاب النكاح . سنن

الدارقطني ٣/٣١٢ .

المفقود ، حتى يأتي موته أو طلاقه^(٤٧) . ولأنه^(٤٨) شك في زوال الزوجية ، فلم تثبت به الفرقة ، كما لو كان ظاهر غيبته السلامة . ولنا ، ما روى الأثرم . والجورجاني ، بإسناديهما عن عبيد بن عمير ، قال : فقد رجل في عهد عمر ، فجاءت امرأته إلى عمر ، فذكرت ذلك له ، فقال : انطلقى ، فترصبي أربع سنين . ففعلت ، ثم أتته ، فقال : انطلقى ، فاعتدى أربعة أشهر وعشرا . ففعلت ، ثم أتته ، فقال : أين ولي هذا الرجل ؟^(٤٩) فجاء وليه^(٤٩) ، فقال : طلقها . ففعل ، فقال لها عمر : انطلقى ، فتزوجي من شئت . فتزوجت ، ثم جاء زوجها الأول ، فقال له^(٥٠) عمر : أين كنت ؟ قال : يا أمير المؤمنين ، استهوتني الشياطين ، فوالله ما أذري في أي أرض الله^(٥١) ، كنت عند قوم يستعبدونني ، حتى اغتراهم منهم قوم مسلمون ، فكنت في ما غنموه ، فقالوا لي^(٥٢) : أنت رجل من الإنس ، وهؤلاء من الجن^(٥٣) ، فمالك وما لهم ؟ فأخبرتهم خبري ، فقالوا : بأي^(٥٤) أرض الله تحب أن تصبح ؟ قلت : المدينة هي أرضي . فأصبحت وأنا أنظر إلى الحرّة . فخيره عمر ؛ إن شاء امرأته ، وإن شاء الصداق ، فاختر الصداق ، وقال : قد حببت ، لا حاجة لي فيها^(٥٥) . قال أحمد : يروى عن عمر ،

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

(٤٨) سقطت الواو من : م .

(٤٩) سقط من : م .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) في م زيادة : « كنت » .

(٥٢) سقط من : ب .

(٥٣) سقط من : الأصل .

(٥٤) في ١ ، ب : « بأيت » .

(٥٥) أخرجه البيهقي ، في الباب السابق . السنن الكبرى ٤٤٥/٧ ، ٤٤٦ ، . وعبد الرزاق ، في الباب السابق .

المصنف ٨٦/٧ - ٨٨ . وسعيد ، في الباب السابق . السنن ٤٠١/١ ، ٤٠٢ .

من ثلاثة وجوه ، ولم يُعرف في الصحابة له مخالف . ورَوَى الجوزجاني وغيره ، بإسنادهم عن علي في امرأة المفقود : تعتد أربع سنين ، ثم يُطلقها ولي زوجها ، وتعتد بعد ذلك أربعة أشهرٍ وعشراً ، / فإن جاء زوجها المفقود بعد ذلك ، خير بين الصداق وبين امرأته . وقضى به عثمان أيضاً ، وقضى به ابن الزبير في مولاة لهم . وهذه قضايا انتشرت في الصحابة فلم تُنكر ، فكانت إجماعاً . فأما الحديث الذي رَوَاهُ عن النبي ﷺ ، فلم يثبت ، ولم يذكره أصحاب السنن . وما رَوَاهُ عن علي ، فيرويه الحكم وحماداً مُرسلاً ، والمُسند عنه مثل قولنا ، ثم يُحمل ما رَوَاهُ على المفقود الذي ظاهر غيبته السلامة ، جمعاً بينه وبين ما رَوَيْنَاهُ . وقولهم : إنه شك في زوال الزوجية . ممنوع ، فإن الشك ما تساوى فيه الأمران ، والظاهر في مسألتنا هلاكه .

فصل : وهل يُعتبر أن يُطلقها ولي زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة قروء ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، يعتبر ذلك ؛ لأنه في (٥٦) حديث عمر الذي رَوَيْنَاهُ ، وقد قال أحمد : هو أحسنها . وذكر في حديث علي ، أنه يُطلقها ولي زوجها . والثانية ، لا يُعتبر ذلك ، كذلك قال ابن عمر ، وابن عباس . وهو القياس ؛ فإن ولي الرجل لا ولاية له في طلاق امرأته ، ولأننا حكّمنا عليها بعدة الوفاة ، فلا يجب عليها مع ذلك عِدَّة الطلاق ، كما لو تيفت وفاته ، ولأنه قد (٥٧) وجد دليل هلاكه على وجه أباح لها التزويج ، وأوجب عليها عِدَّة الوفاة ، فأشبهه ما لو شهد به شاهدان .

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

(٥٦) في ب : « من » .

(٥٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٥٨) في ا ، ب ، م : « والثاني » .

وبعد أثره ؛ لأن هذا ظاهر في موته ، فكان ابتداء المدة منه ، كما لو شهد به شاهدان .
وللشافعي وجهان ، كالروايتين .

فصل : فإن قدم زوجها الأول قبل أن تتزوج ، فهي امرأته . وقال بعض أصحاب الشافعي : إذا ضربت لها المدة ، فأنقضت ، بطل نكاح الأول . والذي ذكرنا أولى ؛ لأننا إنما أبخنا لها التزويج لأن الظاهر موته ، فإذا بان حياً أنحرم ذلك الظاهر ، وكان النكاح بحاله ، كما لو شهدت البينة بموته ثم بان حياً ، ولأنه أحد المملكين ، فأشبهه ملك / المال . فإما إن قدم بعد أن تزوجت نظرنا ؛ فإن كان قبل دخول الثاني بها ، فهي زوجة الأول ، تُرد إليه ، ولا شيء . قال أحمد : أما قبل الدخول ، فهي امرأته ، وإما التحيير بعد الدخول . وهذا قول الحسن ، وعطاء ، وإخلاس بن عمرو ، والنخعي ، وقتادة ، ومالك ، وإسحاق . وقال القاضي : فيه رواية أخرى ، أنه يُحير . وأخذ من عموم قول أحمد : إذا تزوجت امرأته فجاء ، حُير بين الصداق وبين امرأته . والصحيح أن عموم كلام أحمد يُحمل على خاصه في رواية الأثرم ، وأنه لا تحيير إلا بعد الدخول ، فتكون زوجة الأول ، رواية واحدة ؛ لأن النكاح إنما صح في الظاهر دون الباطن ، فإذا قدم تبين أن النكاح كان باطلاً ؛^(٥٩) لأنه صادف امرأة ذات زوج ، فكان باطلاً^(٥٩) ، كما لو شهدت بينة بموته ، وليس عليه صداق ؛ لأنه نكاح فاسد لم يتصل به دخول ، وتعود^(٦٠) إلى^(٦١) الزوج بالعقد الأول ، كما لو لم تتزوج . وإن قدم بعد دخول الثاني بها . حُير الأول بين أخذها ، فتكون امرأته^(٦٢) بالعقد الأول ، وبين أخذ صداقها ، وتكون زوجة الثاني^(٦٣) . وهذا قول مالك ؛ لإجماع الصحابة عليه ، فروى معمر ، عن الزهري ، عن سعيد بن المسيب ، أن عمر وعثمان قالا : إن جاء زوجها الأول ، حُير بين المرأة وبين

(٥٩-٥٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٦٠) في م : « ويعود » .

(٦١) سقط من : م ،

(٦٢) في ب ، م : « زوجته » .

(٦٣) في م : « للثاني » .

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

١٤٧/٨ ظ

فصل : ومبني اختار الأول تركها ، فإنه يرجع على الثاني بصداقها ؛ لقضاء
 الصحابة بذلك ، ولأنه حال بينه وبينها بعقده عليها ، ودخوله بها . واختلف^(٦٦) عن
 أحمد فيما يرجع به ؛ فروى عنه ، أنه يرجع بالصداق الذي أصدقها هو . وهو اختيار أبي
 بكر ، وقول الحسن ، والزهرى ، وقتادة ، وعلي^(٦٧) ابن المديني ، لقضاء علي وعثمان أنه
 يُخَيَّرُ بَيْنَهَا وَبَيْنَ الصَّدَاقِ الَّذِي سَاقَ هُوَ ، وَلِأَنَّهُ^(٦٨) أَتْلَفَ عَلَيْهِ الْمُعَوِّضَ ، فَرَجَعَ عَلَيْهِ

(٦٤) في ب زيادة : « جديدا » .

(٦٥) سقط من : الأصل .

(٦٦) أى النقل .

(٦٧) في م : « وعن » .

(٦٨) في ب زيادة : « لو » .

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

(٦٩) في ب : « والمرجوع » .

(٧٠) في ب : « أخذت » .

(٧١) في ا ، ب ، م : « فرجع » .

(٧٢) في م : « تربص » . وهما بمعنى .

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

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

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

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

(٧٤-٧٥) سقط من : الأصل ، م .

(٧٥) في الأصل ، ب : « فيه » .

(٧٦) في ب زيادة : « لو » .

(٧٧) في م : « بينها » .

(٧٨) في الأصل زيادة : « من » .

(٧٩) في ب : « وينفق » .

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

قلنا : ليس لها أن تتزوج . لم تسقط نفقتها ، ما لم تتزوج ، فإن تزوجت ، سقطت نفقتها ؛ لأنها بالتزويج تخرج عن يديه ، وتصير ناشئاً ، وإن فرق بينهما ، فلا نفقة لها ما دامت في العدة ، فإذا انقضت ، فلم تعد إلى مسكن زوجها ، فلا نفقة لها أيضاً ؛ لأنها باقية على الشؤز . وإن عادت إلى مسكنه^(٨١) ، احتمل أن تعود النفقة ؛ لأن الشؤز المستقط لنفقتها قد زال ، ويحتمل ألا / تعود ؛ لأنها ما سلمت نفسها إليه . وإن عاد فتسلمها ، عادت نفقتها . ومتى أنفق عليها ، ثم بان أن الزوج كان قدماء قبل ذلك ، حسب عليها ما أنفق عليها من حين موته من ميراثها ، فإن لم ترث^(٨٢) شيئاً ، فهو عليها ؛ لأنها أنفقت من مال الوارث ما لا تستحقه ، فأما نفقتها على الزوج الثاني ، فإن قلنا : لها أن تتزوج . فيكأحها صحيح ، حكمه في النفقة حكم غيره من الأئحة الصحيحة . وإن قلنا : ليس لها أن تتزوج . فلا نفقة لها ، فإن أنفق عليها ، لم يرجع بشيء ؛ لأنه تطوع به ، إلا أن يجبره على ذلك حاكم ، فيحتمل أن يرجع بها ؛ لأنه ألزمه أداء ما لم يكن واجباً عليه ، ويحتمل ألا يرجع به ؛ لأن ما حكم به الحاكم لا يجوز نقضه ، ما لم يخالف كتاباً أو سنة أو إجماعاً . فإن فارقها بتفريق الحاكم أو غيره ، فلا نفقة لها ، إلا أن تكون حاملاً ، فينبني^(٨٣) وجوب النفقة ، على الروايتين في النفقة ؛ هل هي للحمل ، أو لها من أجله ؟ فإن قلنا : هي للحمل . فلها النفقة ؛ لأن نسب الحمل لأحق به ، فيجب عليه الإنفاق على ولده . وإن قلنا : لها من أجله . فلا نفقة لها ؛ لأنه في غير نكاح صحيح ، فأشبهه حمل الموطوءة بشبهه . وإذا أتت بولد يمكن كونه من الثاني ، لحقه نسبه ؛ لأنها صارت فراشاً له ، وقد علمنا أن الولد ليس من الأول ؛ لأنها تربصت بعد فقده أكثر^(٨٤)

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

(٨١) في ١ : مسكنها .

(٨٢) في الأصل : تورث .

(٨٣) في الأصل ، ب ، م : فينبغي .

(٨٤) في م زيادة : من .

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

فصل : فِي مِيرَاثِهَا مِنَ الزَّوْجَيْنِ ، وَتَوْرِيثِهَا مِنْهُمَا . مَتَى مَاتَ زَوْجُهَا الْأَوَّلُ ، أَوْ
 مَاتَتْ قَبْلَ تَزْوُجِهَا بِالثَّانِي ، وَرِثَتْهُ وَوَرَّثَهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ تَزَوَّجَتِ الثَّانِي فَلَمْ يَدْخُلْ بِهَا ؛
 لِأَنَّهَا قَدْ تَبَيَّنَا أَنَّهُ مَتَى قَدِمَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِهَا ، رُدَّتْ إِلَيْهِ بِغَيْرِ تَحْيِيرٍ . وَقَدْ ذَكَرْنَا أَنَّ الْقَاضِيَ
 ذَكَرَ أَنَّ فِيهَا رَاوِيَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ يُخَيَّرُ فِيهَا . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، حُكْمُهُ حَكْمُ مَالِو دَخَلَ بِهَا
 الثَّانِي . فَأَمَّا إِنْ دَخَلَ الثَّانِي بِهَا نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ قَدِمَ / الْأَوَّلُ ، فَاخْتَارَهَا ، وَرُدَّتْ إِلَيْهِ ،
 وَرِثَهَا وَوَرَّثَتْهُ ، وَلَمْ تَرِثِ الثَّانِي وَلَمْ يَرِثْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا زَوْجِيَّةَ بَيْنَهُمَا . وَإِنْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ
 اخْتِيَارِهَا ؛ إِمَّا فِي الْعَيْبَةِ ، أَوْ بَعْدَ قُدُومِهِ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ^(٨٨) لَهَا أَنْ تَتَزَوَّجَ . وَرِثَتْ الزَّوْجَ
 الثَّانِي وَوَرَّثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الْأَوَّلَ وَلَمْ يَرِثْهَا ؛ لِأَنَّ مَنْ خَيَّرَ بَيْنَ شَيْئَيْنِ ، فَتَعَدَّرَ أَحَدَهُمَا ، تَعَيَّنَ
 الْآخَرُ . وَإِنْ مَاتَتْ قَبْلَ اخْتِيَارِ الْأَوَّلِ ، خَيَّرَ ، فَإِنْ اخْتَارَهَا وَرِثَهَا ، وَإِنْ لَمْ يَخْتَرْهَا وَرِثَهَا
 الثَّانِي . هَذَا ظَاهِرٌ قَوْلِ أَصْحَابِنَا . وَأَمَّا عَلَى مَا اخْتَارَهُ ، فَإِنَّهَا لَا تَرِثُ الثَّانِي وَلَا يَرِثُهَا
 بِحَالٍ ، إِلَّا أَنْ يُجَدِّدَ لَهَا عَقْدًا ، أَوْ لَا يَعْلَمَ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ حَيًّا ، وَمَتَى عِلِمَ أَنَّ الْأَوَّلَ كَانَ
 حَيًّا ، وَرِثَهَا وَوَرَّثَتْهُ ، إِلَّا أَنْ يَخْتَارَ تَرْكَهَا ، فَتَبَيَّنَ مِنْهُ بِذَلِكَ ، فَلَا تَرِثُهُ وَلَا يَرِثُهَا .

(٨٥) اللَّبَأُ : أَوَّلُ اللَّبَنِ .

(٨٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « رِضَاعُهُ » .

(٨٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨٨) سَقَطَ مِنْ : م .

وعلى قول أبى الحطّاب ، إن حَكَمْنَا بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بِتَفْرِيقِ الْحَاكِمِ ظَاهِرًا وَبِاطِنًا ، وَرِثَ الثَّانِي وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الْأَوَّلَ وَلَمْ يَرِثْهَا ، ^(٨٩) وَإِنْ لَمْ تَحْكَمْ بِوُقُوعِ الْفُرْقَةِ بِاطِنًا ، وَرِثَ الْأَوَّلَ وَوَرِثَهَا ، وَلَمْ تَرِثِ الثَّانِيَّ وَلَمْ يَرِثْهَا ^(٩٠) . فَأَمَّا عِدَّتُهَا مِنْهُمَا ، فَمَنْ وَرِثَتْهُ اعْتَدَّتْ لَوْفَاتِهِ عِدَّةَ الْوَفَاةِ ، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي فِي مَوْضِعٍ لَا تَرِثُهُ ، فَالْمَنْصُوصُ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُّ عِدَّةَ الْوَفَاةِ فِي النِّكَاحِ الْفَاسِدِ . فَعَلَى هَذَا ، عَلَيْهَا عِدَّةُ الْوَفَاةِ لَوْفَاتِهِ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا لَوْفَاتِهِ ، لَكِنْ تَعْتَدُّ مِنْ وَطْئِهِ بِثَلَاثَةِ قُرُوءٍ ؛ فَإِنْ مَاتَا مَعًا ^(٩١) ، اعْتَدَّتْ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَبَدَأَتْ بَعْدَةَ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْهَا ، اعْتَدَّتْ لِلْآخِرِ ، وَإِنْ مَاتَ الْأَوَّلُ أَوْلًا ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ مَاتَ الثَّانِي أَوْلًا ، بَدَأَتْ بَعْدَتَهُ ، فَإِذَا مَاتَ الْأَوَّلُ ، انْقَطَعَتْ عِدَّةُ الثَّانِي ، ثُمَّ ابْتَدَأَتْ عِدَّةُ الْأَوَّلِ ، فَإِذَا اكْتَمَلَتْهَا ، أَتَمَّتْ عِدَّةُ الثَّانِي . وَإِنْ عَلِمَ مَوْتُ أَحَدِهِمَا ، وَجَهَلَ وَقْتُ مَوْتِ الْآخِرِ ، أَوْ جَهَلَ مَوْتُهُمَا ، فَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَّ عِدَّتَيْنِ مِنْ حِينِ تَيَقَّنَتْ الْمَوْتَ ، وَتَبْدَأُ بَعْدَةَ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ وَأَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَبِوَضْعِ الْحَمْلِ تَنْقَضِي عِدَّةُ الثَّانِي ؛ لِأَنَّ الْوَلَدَ مِنْهُ ، ثُمَّ تَبْتَدِئُ بَعْدَهُ بَعْدَةَ الْوَفَاةِ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا .

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

(٨٩-٨٩) سقط من : م . نقل نظر .

(٩٠) سقط من : الأصل .

(٩١) في ب : « فيصح » .

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

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

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

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

(٩٢) سقط من : الأصل .

(٩٣) في الأصل : « والمرتبة » .

(٩٤) في م : « منه » .

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

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

(٩٥) في م : « تربص » .

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

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

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

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

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

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

١٥٠/٨ ظ

(١٠٠) في م : « شهدا » .

(١٠١-١٠٢) سقط من : ا ، ب .

(١٠٢) في ب ، م : « جرى » .

أَنَّ الْخَلْوَةَ عِنْدَهُ فِي التَّكَاحِ الصَّحِيحِ لَا تُوجِبُ الْعِدَّةَ ، ففِي الْفَاسِدِ أَوْلَى . وَهَذَا مُقْتَضَى
قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ .

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

١٣٥٧ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَأُمُّ الْوَلِيدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا ، فَلَا تَنْكِحُ حَتَّى تُحِيضَ
حَيْضَةً كَامِلَةً)

هَذَا هُوَ ^(١) الْمَشْهُورُ عَنْ أَحْمَدَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَمْرٍ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنْ عَثْمَانَ ،
وَعَائِشَةَ ، وَالْحَسَنَ ، وَالشَّعْبِيَّ ، وَالْقَاسِمِ بْنِ مُحَمَّدٍ ، وَأَبِي قَلَابَةَ ، وَمَكْحُولٍ ، وَمَالِكٍ ،
وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي نُورٍ . وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّهَا تَعْتَدُ عِدَّةَ الْوَفَاةِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ
وَعَشْرًا . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبِي عِيَّاضٍ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَسَعِيدِ بْنِ جُبَيْرٍ ،
وَمُجَاهِدٍ ، وَخَلَّاسِ ^(٢) بْنِ عَمْرٍو ، وَعَمْرٍو بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَيَزِيدَ بْنِ عَبْدِ
الْمَلِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَمْرٍو بْنِ الْعَاصِ ، أَنَّهُ قَالَ : لَا تُنْفِسِدُوا

(١٠٣) فِي ب ، م : « نِصْفُهُ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

(٢) فِي النِّسْخِ : « خَلَّاصٌ » . وَتَقَدَّمَ فِي : ٤٣٩/٩ .

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

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

(٤) سقط من: م.

(٥) في م: «ولأنها».

(٦) في ب: «وروى».

(٧) سورة البقرة ٢٣٤.

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

سألتُ أبا عبد الله عن حديث عمرو بن العاص ، فقال : لا يصح . وقال الميموني : رأيتُ أبا عبد الله يعجبُ من حديث عمرو بن العاص هذا ، ثم قال : أين سنة النبي ﷺ في هذا ؟ وقال : أربعة أشهرٍ وعشرٌ إنما هي عِدَّةُ الحُرَّةِ من النكاح ، وإنما هذه أمةٌ خَرَجَتْ من الرِّقِّ إلى الحُرِّيَّةِ . ويلزَمُ من قال بهذا أن يُورثَها . وليس لقول من قال : تَعْتَدُ بثلاثِ حيضٍ . وَجَهٌ ، وإنما ^(٩) تَعْتَدُ بذلك المُطَلَّقةُ ، وليست هذه مُطَلَّقةً ، ولا في معنى المُطَلَّقةِ . وأما قياسُهم إياها على الزَّوجاتِ ، فلا يصحُّ ؛ لأنَّ ^(١٠) هذه ليست زَوْجَةً ، ولا في حُكْمِ الزَّوجَةِ ، ولا مُطَلَّقةً ، ولا في حُكْمِ المُطَلَّقةِ .

فصل : ولا يكفي في الاستبراء طَهْرٌ واحدٌ ، ولا بعضُ حَيْضَةٍ . وهذا قولُ أكثرِ أهلِ العلمِ . وقال بعضُ أصحابِ مالكٍ : متى طَعَنْتُ في الحَيْضَةِ ، فقد تَمَّ اسْتِبْرَاؤُهَا . وَزَعَمَ أَنَّهُ مذهبُ مالكٍ . وقال الشافعيُّ ، في أحدِ قولَيْهِ : يَكْفِي طَهْرٌ واحدٌ إذا كان كاملاً ، وهو أن يموتَ في حَيْضِهَا ، فإذا رَأَتِ الدَّمَ من الحَيْضَةِ الثانيةِ ، حَلَّتْ ، وَتَمَّ اسْتِبْرَاؤُهَا . وهكذا الخلافُ في الاستبراءِ كُلِّهِ ، ويتَّوَّأ هذا على أَنَّ القُرْءَ الأطْهَارُ ، وهذا يَرُدُّهُ قولُ النَّبِيِّ ﷺ / : « لا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ ، وَلَا حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ » ^(١١) . وقال زُوَيْفِعُ بنُ ثابتٍ : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يقولُ يومَ خَيْبَرَ : « مَنْ كَانَ يَوْمَئِذٍ بِاللهِ وَالْيَوْمِ الآخِرِ ، فَلَا يَطَأُ جَارِيَةً مِنَ السَّبْيِ حَتَّى يَسْتَبْرِئَهَا » ^(١٢) بِحَيْضَةٍ . رواه الأثرُمُ ^(١٣) . وهذا صريحٌ فلا يُعوَّلُ على ما خالفه . ولأنَّ الواجبَ اسْتِبْرَاءُ ، والذي يُدَلُّ على البراءةِ هو الحَيْضُ ، فإنَّ الحاملَ لا تَحِيضُ . فأما الطَّهْرُ فلا دَلالةَ فيه ^(١٤) على

(٩) سقطت الواو من : الأصل ، ا .

(١٠) في ا ، ب ، م : « فإن » .

(١١) تقدم تخريجه ، في : ٤٤٤/١ .

(١٢) في ا ، ب : « تستبرأ » .

(١٣) وأخرجه أيضا الدارمي عن زُوَيْفِعِ بنِ رُوَيْفِعِ في يومِ خَيْبَرَ ، في : باب استبراء الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمي . ٢٢٧/٢ . وانظر ما تقدم في : ٤٤٤/١ .

(١٤) في ا ، م : « عليه » .

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

١٣٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ آيسًا^(١) ، فِثْلَاثَةِ أَشْهُرٍ)

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

(١٥) سقط من : ١ ، ب ، م .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في ب : (الخلاف) .

(١٨) في ب : الثانية .

(١٩-١٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٢٠) في الأصل ، ب : مؤسفة .

(٢) في م : بذلك .

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

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

(٣) في ١: «ولا».

(٤) سقط من: ب.

(٥) في ١: «ثلاثة».

(٦) تقدم تحريجه في صفحة ٢٣١.

(٧) في م: «استبرائه».

(٨) في ب: «وللامرأة».

١٣٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ ارْتَفَعَ حَيْضُهَا لَا تُدْرِي مَا رَفَعَهُ ، اغْتَدَّتْ بِتِسْعَةِ أَشْهُرٍ ^(١) ، وَشَهْرٍ مَكَانَ الْحَيْضَةِ)

في ^(٢) هذه المسألة أيضًا روايتان ؛ إحداهما ، أنها تُسْتَبْرَأُ بعشرة أشهر . والثانية بسنة ؛ تسعة أشهر للحمل ، لأنها غالبٌ مُدَّتِهِ ، وثلاثة أشهر مكانَ الثلاثة التي تُسْتَبْرَأُ بها الآيساتُ . وقد ذكرنا الروایتين في الآيسَةِ ، وذكرنا أن المُخْتَارَ عن أحمد استبراءها بثلاثة أشهر ، وهُنَا جَعَلَ مكانَ الحَيْضَةِ شهرًا ؛ لأنَّ اعتبارَ تَكَرُّرِهَا في الآيسَةِ ، لتَعَلُّمِ بَرَاءَتِهَا مِنَ الحَمْلِ ، وقد عَلِمَ بَرَاءَتُهَا مِنْهُ هُنَا بِمَضِيِّ غَالِبِ مُدَّتِهِ ، فَجَعَلَ الشَّهْرَ مكانَ الحَيْضَةِ على وَفْقِ القِيَّاسِ .

فصل : وَإِنْ عَلِمَتْ مَا رَفَعَ الحَيْضَ ، لم تَزَلْ في الاستبراءِ حتى يَعُودَ الحيضُ ، فَتُسْتَبْرَأُ نَفْسُهَا ^(٣) بِحَيْضَةٍ ، إِلَّا أَنْ تُصِيرَ آيسَةً ، فَتُسْتَبْرَأُ نَفْسُهَا اسْتِبْرَاءَ الآيسَاتِ . وَإِنْ ارْتَابَتْ بِنَفْسِهَا ^(٤) ، فَهِيَ كَالْحُرَّةِ المُسْتَبْرِيَةِ ^(٥) . وقد ذكرنا حُكْمَهَا فيما مضى من هذا البابِ . والله تعالى أعلمُ .

١٥٢/٨ ظ

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

وهذه ، بِحَمْدِ اللَّهِ ، لا خِلَافَ فِيهَا فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَأُولَتْ الْأَحْمَالُ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(١) . وقال النَّبِيُّ ﷺ : « لَا تُوطَأُ حَامِلٌ حَتَّى تَضَعَ » ^(٢) . ولأنَّ عِدَّةَ الحُرَّةِ والأُمَةِ والمُتَوَفَّى عنها والمُطَلَّقةِ واستبراءِ كُلِّ أُمَةٍ إِذَا كَانَتْ

(١) سقط من : م .

(٢) في ا ، ب ، م : « وفي » .

(٣) في م : « بنفسها » .

(٤) في م : « نفسها » .

(٥) في ب : « المستبرية » .

(١) سورة الطلاق ٤ .

(٢) تقدم تخريجه ، في ١٠/٤٤٤ .

حَامِلًا بَوْضِعَ حَمْلِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنَ الْعِدَّةِ وَالِاسْتِبْرَاءِ مَعْرِفَةَ بَرَاءَةِ الرَّحِمِ مِنَ الْحَمْلِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بَوْضِعِهِ ، وَمَتَى كَانَتْ حَامِلًا بَائِثِينَ أَوْ أَكْثَرَ . فَلَا يَنْقُضِي اسْتِبْرَاؤُهَا حَتَّى تَضَعَ آخِرَ حَمْلِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْمُعْتَدَّةِ .

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

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

(٣-٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : (ولأنه) .

شَهْرانِ وَخَمْسَةَ أَيَّامٍ فَمَا دُونَ ، فليس عليها استبراء ؛ لأنَّ السَّيِّدَ إِنْ كَانَ مَاتَ أَوْلَا ، فَقَدْ مَاتَ وَهِيَ زَوْجَتُهُ ، وَإِنْ كَانَ مَاتَ آخِرًا ، فَقَدْ مَاتَ وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ ، وَلَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ فِي هَاتَيْنِ الْحَالَتَيْنِ / ، وَعَلَيْهَا أَنْ تَعْتَدَّ بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا (٥) عِدَّةَ الْحُرَّةِ ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . ١٥٣/٨ و

وَإِنْ كَانَ بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، فَعَلَيْهَا بَعْدَ مَوْتِ الْآخِرِ مِنْهُمَا (٦) أَطْوَلُ الْأَجَلَيْنِ ، مِنْ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ وَعَشْرٍ ، وَاسْتِبْرَاءٍ بِحَيْضَةٍ (٧) ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنَّ (٨) السَّيِّدَ مَاتَ أَوْلَا ، فَيَكُونُ عَلَيْهَا عِدَّةُ الْحُرَّةِ مِنَ الْوَفَاةِ ، وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ مَاتَ آخِرًا ، بَعْدَ انْقِضَاءِ عِدَّتَيْهَا مِنَ الزَّوْجِ ، وَعَوْدِهَا إِلَى فِرَاشِهِ ، فَلَزِمَهَا الْاسْتِبْرَاءُ بِحَيْضَةٍ ، فَوَجِبَ الْجَمْعُ بَيْنَهُمَا لِيَسْقُطَ الْفَرَضُ بَيِّنِينَ . قَالَ ابْنُ عَبْدِ الْبَرِّ : وَعَلَى هَذَا جَمِيعُ الْقَائِلِينَ مِنَ الْعُلَمَاءِ بِأَنَّ عِدَّةَ (٩) أُمِّ الْوَلَدِ (١٠) مِنْ سَيِّدِهَا بِحَيْضَةٍ ، وَمِنْ زَوْجِهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَ لَيَالٍ ، فَإِنْ جُهِلَ مَا بَيْنَ مَوْتَيْهِمَا (١١) ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ عَلِمْنَا أَنَّ بَيْنَهُمَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ ، اخْتِيَاظًا لِإِسْقَاطِ الْفَرَضِ بَيِّنِينَ ، كَمَا أَخَذْنَا بِالْإِحْتِيَاظِ فِي الْإِيجَابِ (١٢) بَيْنَ عِدَّةِ حُرَّةٍ وَحَيْضَةٍ ، فِيمَا إِذَا عَلِمْنَا أَنَّ بَيْنَهُمَا شَهْرَيْنِ وَخَمْسَ لَيَالٍ . وَقَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ (١٣) كَقَوْلِنَا (١٤) ، وَكَذَلِكَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَأَصْحَابِهِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ جَعَلُوا مَكَانَ الْحَيْضَةِ ثَلَاثَ حَيْضَاتٍ ، بِنَاءً عَلَى أَصْلِهِمْ فِي اسْتِبْرَاءِ أُمِّ الْوَلَدِ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : حُكْمُهَا حُكْمُ الْإِمَاءِ ، وَعَلَيْهَا شَهْرَانِ وَخَمْسَةَ أَيَّامٍ ، وَلَا تُنْقَلُهَا إِلَى حُكْمِ الْحَرَائِرِ إِلَّا بِإِحَاطَةِ أَنَّ الزَّوْجَ مَاتَ بَعْدَ الْمَوْتِ . وَقِيلَ : إِنْ هَذَا قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ عَبْدِ الْعَزِيزِ أَيْضًا . وَالَّذِي ذَكَرْنَاهُ أَحْوَطُ . فَأَمَّا الْمِيرَاثُ ، فَإِنَّهَا لَا

(٥-٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) في ب : « الحِيضَةُ » .

(٧) في م زيادة : « يَكُونُ » .

(٨-٨) في م : « الْأُمَّةُ » .

(٩) في م : « مَوْتَيْنِ » .

(١٠) في الأصل : « بِالْإِيجَابِ » .

(١١) في م : « الْقَوْلُ » .

(١٢) في م : « مِثْلَ قَوْلِنَا » .

تَرثُ مِنْ زَوْجِهَا شَيْئًا ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ (١٣) الرُّقُّ ، وَالْحَرِيَّةُ مُشْكُوكٌ فِيهَا ، فَلَمْ تَرثْ مَعَ الشُّكِّ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْإِزْثِ وَالْعِدَّةِ ، أَنَّ إِجْبَابَ الْعِدَّةِ عَلَيْهَا اسْتِظْهَارٌ لَا (١٤) ضَرَرَ فِيهِ عَلَى غَيْرِهَا ، وَإِجْبَابَ الْإِزْثِ إِسْقَاطٌ لِحَقِّ غَيْرِهَا ، وَلِأَنَّ الْأَصْلَ تَحْرِيمُ التَّكَاحِ عَلَيْهَا ، فَلَا يُزُولُ إِلَّا بَيِّقِينَ ، وَالْأَصْلُ عَدَمُ الْمِيرَاثِ لَهَا ، فَلَا تَرثُ إِلَّا بَيِّقِينَ . فَإِنْ قِيلَ : أَفَلَيْسَ (١٥) زَوْجَةُ الْمَفْقُودِ لَوْ مَاتَتْ (١٥) وَقَفَّ مِيرَاثُهُ مِنْهَا مَعَ الشُّكِّ فِي إِرْثِهِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْأَصْلَ هُنَا الرُّقُّ ، وَالشُّكُّ فِي زَوَالِهِ وَحُدُوثِ الْحَالِ الَّتِي يَرثُ فِيهَا ، وَالْمَفْقُودُ الْأَصْلُ حَيَاتِهِ ، وَالشُّكُّ فِي مَوْتِهِ وَخُرُوجِهِ عَنِ كَوْنِهِ وَاِثًا ، فَافْتَرَقَا .

١٣٦١ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ أَعْتَقَ أُمَّ وَوَلَدَهُ ، أَوْ أُمَّةً كَانَ يُصَيِّبُهَا ، لَمْ تَنْكُحْ حَتَّى تَحِيضَ حَيْضَةً كَامِلَةً ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ أَنْ يُزَوِّجَهَا (١) ، وَهِيَ فِي مَلِكِهِ ، اسْتَبْرَأَهَا بِحَيْضَةٍ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا (٢))

لا يَخْتَلِفُ الْمَذْهَبُ فِي (٣) أَنَّ الْاسْتِبْرَاءَ هُنَا بِحَيْضَةٍ فِي ذَاتِ الْقُرْءِ . وَهُوَ قَوْلُ ١٥٣/٨ ظ الشافعي . وَهُوَ قَوْلُ الزُّهْرِيِّ وَالثَّوْرِيِّ ، فِي مَنْ / أَرَادَ تَزْوِيجَ (٤) أُمَّةٍ كَانَ يُصَيِّبُهَا . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَيْسَ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّ لَهَا بَيْعَهَا ، فَكَانَ لَهَا تَزْوِيجُهَا ، كَالَّتِي لَا يُصَيِّبُهَا . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَقَتَادَةُ : عِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ ، كَعِدَّةِ الْأُمَّةِ الْمُطَلَّقةِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فِرَاشٌ لِسَيِّدِهَا ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ تَنْتَقِلَ إِلَى فِرَاشِ غَيْرِهِ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ، كَمَا لَوْ مَاتَ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ هَذِهِ مَوْطُوءَةٌ وَطَقًا لَهُ حُرْمَةٌ ، فَلَمْ يَجْزُ أَنْ تَنْتَزَّجَ قَبْلَ الْاسْتِبْرَاءِ ، كَالْمَوْطُوءَةِ بِشُبُهَةِ ،

(١٣) سقط من : الأصل .

(١٤) في الأصل : « ولا » .

(١٥-١٥) في م : « المفقود إذا ماتت زوجته » .

(١) في أ : « يتزوجها » .

(٢) في أ : « تزوجها » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في أ : « تزوج » .

وهذا لأنه إذا وَطِئَهَا سَيِّدُهَا الْيَوْمَ ، ثُمَّ زَوَّجَهَا^(٥) ، فَوَطِئَهَا الرَّوْحُ فِي آخِرِ الْيَوْمِ ، أَفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَامْتِزَاجِ الْأَنْسَابِ ، وَهَذَا لَا يَجِلُّ ، وَيُخَالِفُ الْبَيْعَ ؛ فَإِنَّهَا لَا تُصَيِّرُ بِهِ فِرَاشًا ، وَلَا يَجِلُّ لِمُشْتَرِبِهَا وَطُوعًا حَتَّى يَسْتَبْرَأَ نَهَا ، فَلَا يُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَهَذَا يَصِحُّ فِي الْمُعْتَدَةِ وَالْمُتَزَوِّجَةِ^(٦) ، بِخِلَافِ التَّزْوِيجِ .

فصل : فَإِنْ لَمْ تَكُنْ مِنْ ذَوَاتِ الْقُرْوِ ، فَاسْتَبْرَأُوهَا بِمَا ذَكَرْنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، عَلَى مَا شَرَحْنَا . وَمَفْهُومُ كَلَامِ الْخَرْقِيِّ ، أَنَّهَا إِذَا كَانَتْ أُمَّةً لَا يَطُوعُهَا سَيِّدُهَا ، لَمْ يَلْزَمُهَا اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ فِرَاشًا لِسَيِّدِهَا ، فَلَمْ يَلْزَمُهَا اسْتِبْرَاءٌ ، كَالْمُزَوِّجَةِ وَالْمُعْتَدَةِ ، وَلَئِنْ تَزَكَّيَا بِالْاسْتِبْرَاءِ^(٧) لَا يُفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَامْتِزَاجِ الْأَنْسَابِ ، بِخِلَافِ الْمَوْطُوءَةِ .

فصل : وَإِنْ مَاتَ عَنْ أُمَّةٍ كَانَ يُصَيَّبُهَا ، فَاسْتَبْرَأُوهَا بِمَا ذَكَرْنَا فِي أُمِّ الْوَلَدِ ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لِسَيِّدِهَا ، فَاشْتَبَهَتْ أُمَّ الْوَلَدِ ، إِلَّا أَنَّهَا إِنْ^(٨) كَانَتْ مِنْ ذَوَاتِ الْقُرْوِ ، فَاسْتَبْرَأُوهَا بِحَيْضَةٍ وَاحِدَةٍ ، رَوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهَا لَا تُصَيِّرُ حُرَّةً .

فصل : وَإِنْ أَعْتَقَ أُمَّ وَوَلَدَهُ ، أَوْ أُمَّتَهُ الَّتِي كَانَ يُصَيَّبُهَا ، أَوْ غَيْرَهَا مِمَّنْ تَحِلُّ لَهُ إِصَابَتُهَا ، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَهَا فِي الْحَالِ ، مِنْ غَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ أَعْتَقَ صَفِيَّةَ ، وَتَزَوَّجَهَا ، وَجَعَلَ عِتْقَهَا صَدَاقَهَا^(٩) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « ثَلَاثَةٌ يُؤْفُونَ أَجْرَهُمْ مَرَّتَيْنِ ؛ رَجُلٌ كَانَتْ لَهُ أُمَّةٌ ، فَأَدَّبَهَا فَأَحْسَنَ تَأْدِيبَهَا ، وَعَلَّمَهَا فَأَحْسَنَ تَعْلِيمَهَا ، ثُمَّ أَعْتَقَهَا وَتَزَوَّجَهَا »^(١٠) . وَلَمْ يَذْكَرْ

(٥) في ب : « تزوجها » .

(٦) في ب ، م : « والمزوجة » .

(٧) في ب : « للاستبراء » .

(٨) في ب ، م : « إذا » .

(٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٤٨/٩ .

(١٠) تقدم تخريجه ، في : ٣٩٧/٩ .

استبراء^(١١)، ولأن الاستبراء^(١٢) لصيانة مائه وحفظه عن الاختلاط بماء غيره، ولا يُصان ماؤه عن مائه، ولهذا كان له أن يتزوّج مُحْتَلَعَتَهُ في عِدَّتِهَا. وقد روى عن أحمد، في الأمة التي لا يطؤها إذا أعتقها: لا يتزوّجها بغير استبراء؛ لأنه لو باعها لم تحل للمشتري بغير استبراء. والصحيح أنه يحل له ذلك؛ لأنه يحل له وطؤها بملك اليمين، وكذلك بالتكاح، كالتي كان يصيبها، ولأن النبي ﷺ أعتق صفيّة وتزوّجها، / ولم ينقل أنه كان أصابها، والحديث الآخر يدل على حلها له بظاهرها، لدخولها في العموم، ولأنها تحل لمن يتزوّجها^(١٣) سواها، فله أولى، ولأنه^(١٤) لو استبرأها، ثم أعتقها وتزوّجها في الحلال، كان جائزاً حسناً، فكذلك هذه، فإنه تارك لو طؤها، ولأن وجوب الاستبراء في حق غيره، إنما كان لصيانة مائه عن الاختلاط بغيره، ولا يوجد ذلك ههنا. وكلام أحمد، محمول على من اشتراها، ثم تزوّجها قبل أن يستبرئها.

فصل: وإن اشترى أمة، فأعتقها قبل استبرائها، لم يجز أن يتزوّجها حتى يستبرئها. وبهذا قال الشافعي. وقال أصحاب الرأي: له ذلك. ويحكي أن الرشيدي اشترى جارية، فتاقت نفسه إلى جماعها قبل استبرائها، فأمره أبو يوسف أن يعتقها ويتزوّجها ويطأها. قال أبو عبد الله: وبلغني أن المهدي اشترى جارية، فأعجبته، فقيل له: أعتقها وتزوّجها. قال أبو عبد الله: سبحان الله، ما أعظم هذا، أبطلوا الكتاب والسنة، جعل الله على الحرائر العدة من أجل الحمل، فليس من امرأة تطلق أو يموت زواجها إلا لتعتد من أجل الحمل، وسن رسول الله ﷺ استبراء الأمة بحيضة من أجل الحمل، ففرج يوطأ يشتره، ثم يعتقها على المكان، فيتزوّجها، فيطؤها، يطؤها رجل اليوم ويطؤها^(١٥) الآخر غداً، فإن كانت حاملاً كيف يصنع؟ هذا نقض

(١١) في ب، م: « الاستبراء ».

(١٢) في ب، م: « استبراء ».

(١٣) في م: « تزوجها ».

(١٤) في الأصل: « ولأنها ».

(١٥) في الأصل، أ: « ويطأ ».

الكتاب والسنة ، قال النبي ﷺ : « لا تُوطأ الحامل^(١٦) حتى تضع ، ولا غير الحامل حتى تحيض^(١٧) . وهذا لا يدري أهي حامل أم لا . ما أسمع هذا ! قيل له : إن قوما يقولون هذا . فقال : قبح الله هذا ، وقبح من يقوله . وفيما نبه عليه أبو عبد الله من الأدلة^(١٨) كفاية مع ما ذكرنا فيما قبل هذا الفصل . إذا ثبت هذا ، فليس له تزويجها لغيره قبل استبرائها ، إذا لم يعتقها ؛ لأنها ممن يجب استبرؤها ، فلم يجز أن تتزوج ، كالمعتدة ، وسواء في ذلك المشتراة من رجل يطؤها ، أو من رجل قد استبرأها ثم^(١٩) لم يطأها ، أو ممن لا يمكنه الوطء ، كالصبي والمرأة والمجبوب . وقال الشافعي : إذا اشتراها ممن لا يطؤها ، فله تزويجها ، سواء أعتقها أو لم يعتقها ، وله أن يتزوجها إذا أعتقها ؛ لأنها ليست فراشا ، وقد كان لسيدها تزويجها قبل بيعها ، فجاز ذلك بعد بيعها ، ولأنها لو عتقت على البائع بإعتاقه أو غيره ، / لجاز لكل أحد نكاحها ، فكذلك إذا أعتقها المشتري . ولنا ، عموم قوله عليه السلام : « لا تُوطأ حائل حتى تستبرأ بحيضة^(٢٠) . ولأنها أمة يحرم عليه وطؤها قبل استبرائها ، فحرم عليه تزويجها والتزوج بها ، كما لو كان بائعها يطؤها . فأما إن أعتقها في هذه الصورة ، فله تزويجها لغيره ؛ لأنها حرة لم تكن فراشا ، فأبيح لها النكاح ، كما لو أعتقها البائع ، وفارق الموطوءة ؛ فإنها فراش يجب عليها استبراء نفسها إذا عتقت ، فحرم عليها النكاح ، كالمعتدة ، وفارق ما إذا أراد سيدها نكاحها ، فإنه لم يكن له وطؤها بملك اليمين ، فلم يكن له أن يتزوجها ، كالمعتدة^(٢٠) ، ولأن هذا يتخذ حيلة على إبطال الاستبراء ، فمنع منه ، بخلاف تزويجها لغيره .

(١٦) في ب : « حامل » .

(١٧) تقدم تحريمه ، في : ٤٤٤/١ .

(١٨) في ا ، م : « الأحاديث » .

(١٩) في م : « ولم » .

(٢٠) في ب زيادة : « لم يكن له وطؤها » .

فصل : وإذا كانت له ^(٢١) أمة يطؤها ، فاستبرأها ، ثم أعتقها ، لم يلزمها استبراء ؛ لأنها خرجت عن كونها فراشا باستبرائه لها . وإن باعها ، فأعتقها المشتري قبل وطئها ، لم تحتج إلى استبراء لذلك . وإن باعها قبل استبرائها ، فأعتقها المشتري قبل وطئها واستبرائها ، فعليها استبراء نفسها . وإن مضى بعض الاستبراء في ملك المشتري ، لزمها إتمامه بعد عتقها ، ولا يتقطع بانتقال الملك فيها ؛ لأنها لم تصر فراشا للمشتري ، ولم يلزمها استبراء باعته ^(٢٢) .

فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين ، فوطئها ، لزمها استبراء إن . وقال أصحاب الشافعي ، في أحد الوجهين : يلزمها استبراء واحد ؛ لأن القصد معرفة براءة الرجم ، ولذلك لا يجب الاستبراء بأكثر من حيضة واحدة ، وبراءة الرجم تُعلم باستبراء واحد . ولنا ، أنهما حقان مقصودان لآدميين ، فلم يتداخلا ، كالعِدَّتَيْنِ ، ^(٢٣) ولأنهما استبراءان من رجلين ، فأشبهتا العِدَّتَيْنِ ^(٢٣) ، وما ذكروه يبطل بالعِدَّتَيْنِ من رجلين .

١٣٦٢ - مسألة ؛ قال : (ومن ملك أمة ، لم يصنها ولم يقبلها حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها بحيضة ، إن كانت ممن تحيض ، أو بوضع الحمل ، إن كانت حاملا ، أو بمضئ ثلاثة أشهر ، إن كانت من الآيسات أو من اللاتي لم يحضن)

وجملته ، أن من ملك أمة بسبب من أسباب الملك ؛ كالبيع ، والهبة ، والإرث ، وغير ذلك . لم يحل له وطؤها حتى يستبرئها ، بكرا كانت أو ثيبا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، ممن تحمل أو ممن لا تحمل . وهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، وأكثر أهل العلم ؛ منهم مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وقال ابن عمر : لا يجب استبراء / ^{١٥٥/٨} البكر . وهو قول داود ؛ لأن العرض بالاستبراء معرفة براءتها من الحمل ،

(٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : الأصل .

(٢٣-٢٣) سقط من : ب . نقل نظر .

وهذا معلومٌ في البكرِ ، فلا حاجةً إلى الاستبراءِ . وقال الليثُ : إن كانت ممن لا تحمِلُ مثلها ، لم يجب استبرأؤها لذلك . وقال عثمانُ البتيُّ : يجبُ الاستبراءُ على البائعِ دونَ المشتريِ ، لأنه لو زوّجها ، لكان الاستبراءُ على المزوّجِ دونَ الزوّجِ ، كذلك ههنا . ولنا ، ما روى أبو سعيد^(١) ، أن النبيَّ ﷺ نهى عام أوطاس^(٢) أن تُوطأ حاملٌ حتى تَضَع ، ولا غيرُ حاملٍ حتى تَحِيضَ . رواه أحمدُ في « المسندِ »^(٣) . وعن رؤفِج بن ثابتٍ ، قال : إنني لا أقولُ إلا ما سمعته^(٤) من رسولِ الله ﷺ ، سمعته يقولُ : « لا يحلُّ لامرئٍ يؤمنُ باللهِ واليومِ الآخرِ ، أن يَفَعَ عَلَى امرأةٍ من السبيِّ ، حتّى يَسْتَبْرئَها بِحَيْضَةٍ » . رواه أبو داود^(٥) . وفي لفظٍ ، قال : سمعتُ رسولَ الله ﷺ يومَ حنينٍ^(٦) يقولُ : « مَنْ كَانَ يَوْمًا بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، فَلَا يَسْقَى مَاءَهُ زُرْعَ غَيْرِهِ ، وَمَنْ كَانَ يَوْمًا بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ فَلَا يَطَأُ جَارِيَةً مِنَ السَّبْيِ حَتَّى يَسْتَبْرئَها بِحَيْضَةٍ » . رواه الأثرمُ . ولأنه ملكٌ جاريةٌ محرّمةٌ عليه ، فلم تحلَّ له قبلَ استبرائها ، كالثيبِ التي تحمِلُ ، ولأنه سبَّبَ موجبٌ للاستبراءِ ، فلم يفتَرِقِ الحالُ فيه بين البكرِ والثيبِ ، والتي تحمِلُ والتي لا تحمِلُ ، كالعِدَّةِ . قال أبو عبد الله : قد بلغني أن العذراءَ تحمِلُ . فقال له بعضُ أهلِ المجلسِ : نعم ، قد كان في جيراننا . وذكر ذلك بعضُ أصحابِ الشافعيِّ . وما ذكروه يبطُلُ بما إذا اشتراها من امرأةٍ أو صبيٍّ ، أو ممن تحرمُ عليه برضاعٍ أو غيره ، وما ذكره البتيُّ لا يصحُّ ؛ لأنَّ الملكَ قد يكونُ بالسبيِّ والإرثِ والوصيةِ ، فلو لم يستبرئها

(١) سقط من : الأصل .

(٢) أوطاس : واد في ديار هوازن ، كانت فيه وقعة حنين . معجم البلدان ٤٠٥/١ .

(٣) في : ٢٨/٣ ، ٦٢ ، ٨٧ . كما أخرجه الدارمي ، في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧١/٢ . وانظر ما تقدم في : ٤٤٤/١ .

(٤) في الأصل : « سمعت » .

(٥) في : باب في وطء السبايا ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٩٧/١ .

(٦) في ١ ، ب ، م : « خير » . وهو موافق لما عند الدارمي ، حيث أخرجه في : باب في استبراء الأمة ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢٢٧/٢ . وما في الأصل موافق لما أخرجه أبو داود ، في الباب السابق . والإمام أحمد ، في : المسند ١٠٨/٤ .

المُشْتَرَى ، أَفْضَى إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَاشْتِبَاهِ الْأَنْسَابِ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَ الْبَيْعِ وَالتَّزْوِيجِ ، أَنَّ النِّكَاحَ لَا يُرَادُ إِلَّا لِلْإِسْتِمْتَاعِ ، فَلَا يَجُوزُ إِلَّا فِي مَنْ تَحِلُّ لَهُ ، فَوَجِبَ أَنْ يَتَقَدَّمَ الْاِسْتِبْرَاءُ ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ تَزْوِيجُ مُعْتَدَّةٍ ، وَلَا مُرْتَدَّةٍ ، وَلَا مَجُوسِيَّةٍ ، وَلَا وَثَنِيَّةٍ ، وَلَا مُحَرَّمَةٍ بِالرِّضَاعِ وَلَا الْمَصَاهِرَةِ ، وَالبَيْعُ يُرَادُ لِغَيْرِ ذَلِكَ ، فَصَحَّ قَبْلَ الْاِسْتِبْرَاءِ ، وَهَذَا صَحَّ فِي هَذِهِ الْمُحَرَّمَاتِ ، وَوَجِبَ الْاِسْتِبْرَاءُ عَلَى الْمُشْتَرَى ؛ لِمَا ذَكَرْنَاهُ . فَأَمَّا الصَّغِيرَةُ الَّتِي لَا يُوطَأُ مِثْلَهَا ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْحَرْقِيِّ تَحْرِيمُ قَبْلَتِهَا وَمُبَاشَرَتِهَا لِشَهْوَةِ قَبْلِ اسْتِبْرَائِهَا . وَهُوَ ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، فِي (٧) أَكْثَرِ الرِّوَايَاتِ عَنْهُ ، قَالَ : تُسْتَبْرَأُ ، وَإِنْ كَانَتْ فِي الْمَهْدِ . وَرَوَى عَنْهُ / أَنَّهُ قَالَ : إِنْ كَانَتْ صَغِيرَةً بِأَيِّ شَيْءٍ تُسْتَبْرَأُ إِذَا كَانَتْ رَضِيْعَةً . وَقَالَ فِي رِوَايَةٍ أُخْرَى : تُسْتَبْرَأُ بِحَيْضَةٍ إِنْ (٨) كَانَتْ (٩) تَحْيِضُ ، وَإِلَّا بِثَلَاثَةِ أَشْهُرٍ إِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تُوطَأُ وَتَحْبَلُ . فَظَاهِرُ هَذَا أَنَّهُ لَا يَجِبُ اسْتِبْرَاؤُهَا ، وَلَا تَحْرِيمُ (١٠) مُبَاشَرَتِهَا . وَهَذَا اخْتِيَارُ ابْنِ (١١) أَبِي مُوسَى ، وَقَوْلُ مَالِكٍ ، وَهُوَ الصَّحِيحُ ؛ لِأَنَّ سَبَبَ الْإِبَاحَةِ مُتَحَقِّقٌ . وَليْسَ عَلَى تَحْرِيمِهَا دَلِيلٌ ، فَإِنَّهُ لَا نَصَّ فِيهِ ، وَلَا مَعْنَى نَصٍّ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيمَ مُبَاشَرَةِ الْكَبِيرَةِ إِذَا كَانَ لِكُونِهِ دَاعِيًا إِلَى الْوَطْءِ الْمُحَرَّمِ ، أَوْ خَشْيَةِ أَنْ تَكُونَ أُمًّا وَلَدٍ لِغَيْرِهِ ، وَلَا يُتَوَهَّمُ هَذَا فِي هَذِهِ ، فَوَجِبَ الْعَمَلُ بِمُقْتَضَى الْإِبَاحَةِ . فَأَمَّا مَنْ يُمْكِنُ وَطْؤُهَا ، فَلَا تَحِلُّ قَبْلَتُهَا ، وَلَا الْاِسْتِمْتَاعُ مِنْهَا فِيمَا (١٢) دُونَ الْفَرْجِ قَبْلَ الْاِسْتِبْرَاءِ ، إِلَّا الْمَسْبِيَّةَ ، عَلَى إِحْدَى الرِّوَايَتَيْنِ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا يَحْرُمُ مِنَ الْمُشْتَرَاةِ إِلَّا فَرْجُهَا ، وَلَهُ أَنْ يَسْتَمْتِعَ مِنْهَا بِمَا شَاءَ ، مَا لَمْ يَمَسَّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ إِذَا نَهَى عَنِ الْوَطْءِ ، وَلَا أَنَّهُ تَحْرِيمٌ لِلْوَطْءِ مَعَ ثُبُوتِ الْمَلِكِ ، فَاخْتَصَّ بِالْفَرْجِ ، كَالْحَيْضِ . وَلَنَا

(٧) فِي أ ، م : د وَفِي .

(٨) فِي ب ، م : د إِذَا .

(٩) فِي م نَهَادَةٌ : مِمَّنْ .

(١٠) فِي أ : د تَحْرِيمٌ .

(١١) سَقَطَ مِنْ ب ، م .

(١٢) فِي أ ، ب ، م : د بِمَا .

أَنَّهُ اسْتَبْرَاءٌ يُحْرِمُ الْوَطْءَ، فَحَرَّمَ الِاسْتِمْتَاعَ، كَالْعِدَّةِ، وَلِأَنَّهُ لَا يَأْمَنُ مِنْ^(١٣) كَوْنِهَا حَامِلًا مِنْ بَائِعِهَا، فَتَكُونُ أُمُّ وُلْدٍ، وَالْبَيْعُ بَاطِلٌ^(١٤)، فَيَكُونُ مُسْتَمْتَعًا بِأُمَّ وُلْدٍ غَيْرِهِ، وَهَذَا فَارَقَ تَحْرِيمَ الْوَطْءِ لِلْحَيْضِ. فَأَمَّا الْمَسْئِيَّةُ، فَظَاهِرُ كَلَامِ الْخِرَقِيِّ تَحْرِيمُ مَبَاشَرَتِهَا فِيمَا دُونَ الْفَرْجِ لَشَهْوَةٍ. وَهُوَ الظَّاهِرُ عَنْ أَحْمَدَ؛ لِأَنَّ كُلَّ اسْتَبْرَاءٍ حَرَّمَ الْوَطْءَ حَرَمَ دَوَاعِيهِ، كَالْعِدَّةِ، وَلِأَنَّهُ دَاعِيَةٌ إِلَى الْوَطْءِ الْمُحْرَمِ، لِأَجْلِ اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ، وَاسْتِبْهَاءِ الْأَنْسَابِ، فَأَشْبَهَتْ الْمَيْبَعَةَ. وَرَوَى عَنْ أَحْمَدَ، أَنَّهُ لَا يَحْرُمُ؛ لِمَا رَوَى عَنْ ابْنِ عُمَرَ، أَنَّهُ قَالَ: وَقَعَ فِي سَهْمِي يَوْمَ جَلُولَاءَ^(١٥) جَارِيَةٌ، كَانَ عُنُقُهَا إِبْرِيْقُ فِضَّةٍ، فَمَا مَلَكَتُ نَفْسِي أَنْ قُمْتُ إِلَيْهَا فَقَبَّلْتُهَا، وَالنَّاسُ يَنْظُرُونَ^(١٦). وَلِأَنَّهُ لَا نَصَّ فِي الْمَسْئِيَّةِ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْمَيْبَعَةِ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَمِلُ أَنْ تَكُونَ أُمُّ وُلْدٍ لِلْبَائِعِ، فَيَكُونُ مُسْتَمْتَعًا بِأُمَّ وُلْدٍ غَيْرِهِ، وَمُبَاشِرًا لِمَمْلُوكَةٍ غَيْرِهِ، وَالْمَسْئِيَّةُ مَمْلُوكَةٌ لَهُ عَلَى كُلِّ حَالٍ، وَإِنَّمَا حُرِّمَ وَطُوعُهَا لِئَلَّا يَسْقَى مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ. وَقَوْلُ الْخِرَقِيِّ: بَعْدَ تَمَامِ مِلْكِهِ لَهَا. يَعْنِي أَنَّ الِاسْتَبْرَاءَ لَا يَكُونُ إِلَّا بَعْدَ مِلْكِ الْمُشْتَرِي لْجَمِيعِهَا، وَلَوْ مَلَكَ بَعْضُهَا، ثُمَّ مَلَكَ بَاقِيَهَا، لَمْ يُحْتَسَبِ الِاسْتَبْرَاءُ إِلَّا مِنْ حِينَ مَلَكَ بَاقِيَهَا. وَإِنْ مَلَكَهَا بَيْعٌ فِيهِ الْخِيَارُ، انْتَبَى عَلَى نَقْلِ الْمَلِكِ فِي مَدَّتِهِ، فَإِنْ قُلْنَا: يَنْتَقِلُ. فَابْتِدَاءُ الِاسْتَبْرَاءِ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ. وَإِنْ قُلْنَا: لَا يَنْتَقِلُ. فَابْتِدَاؤُهُ/ مِنْ حِينَ انْقِطَاعِ الْخِيَارِ. وَإِنْ كَانَ الْمَبِيعُ مَعِيًّا، فَابْتِدَاؤُهُ^(١٧) الْخِيَارِ^(١٨) مِنْ حِينَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْعَيْبَ لَا يَمْنَعُ نَقْلَ الْمَلِكِ بِغَيْرِ خِلَافٍ. وَهَلْ يُبْتَدَأُ الِاسْتَبْرَاءُ مِنْ حِينَ الْبَيْعِ قَبْلَ الْقَبْضِ، أَوْ مِنْ حِينَ الْقَبْضِ؟ فِيهِ وَجْهَانِ؛ أَحَدُهُمَا، مِنْ حِينَ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ يَنْتَقِلُ بِهِ. وَالثَّانِي، مِنْ حِينَ الْقَبْضِ؛

١٥٦/٨ و

(١٣) سقط من: ١.

(١٤) في م: «باطلا».

(١٥) جلولاء: ناحية من نواحي السودان، في طريق خراسان، فتحها المسلمون في السنة التاسعة عشرة. معجم البلدان

١٠٧/٢، معجم ما استعجم ٣٩٠/٢، البداية والنهاية ٦٩/٧.

(١٦) أخرجه ابن أبي شيبة، في: باب في الرجل يشتري الأمة يصيب منها شيئا دون الفرج أم لا، من كتاب النكاح.

المصنف ٢٢٧/٤، ٢٢٨.

(١٧) في ١، م: «فابتداء».

(١٨) في ١: «الاستبراء».

لأنَّ القَصْدَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَتِهَا مِنْ مَاءِ البَائِعِ ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ مَعَ كَوْنِهَا فِي يَدِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى عَبْدُهُ التَّاجِرُ أُمَّةً ، فَاسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ صَارَتْ إِلَى السَّيِّدِ ، حَلَّتْ لَهُ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّ مِلْكَه ثَابِتٌ عَلَى مَا فِي يَدِ عَبْدِهِ ، فَقَدْ حَصَلَ اسْتِبْرَاؤُهَا فِي مِلْكِهِ . وَإِنْ اشْتَرَى مُكَاتِبَهُ أُمَّةً ، فَاسْتَبْرَأَهَا ، ثُمَّ صَارَتْ إِلَى سَيِّدِهِ ، فَعَلِيهِ اسْتِبْرَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَه تَجَدَّدَ عَلَيْهَا ^(١٩) ، إِذْ لَيْسَ لِلْسَّيِّدِ مِلْكٌ عَلَى مَا فِي يَدِ مُكَاتِبِهِ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ الْجَارِيَةُ مِنْ ذَوَاتِ مَحَارِمِ الْمُكَاتِبِ ، فَقَالَ أَصْحَابُنَا : تُبَاحٌ لِلْسَّيِّدِ بِغَيْرِ اسْتِبْرَاءٍ ؛ لِأَنَّهُ يَصِيرُ حُكْمُهَا حَكْمَ الْمُكَاتِبِ ، إِنْ رَقَّ رَقَّتْ ، وَإِنْ عَتَقَ عَتَقَتْ ، وَالْمُكَاتِبُ عَبْدٌ مَا بَقِيَ عَلَيْهِ ذِرْهُمٌ ، وَالاسْتِبْرَاءُ الْوَاجِبُ هَهُنَا فِي حَقِّ الْحَامِلِ بَوْضِعِهِ بِإِخْلَافٍ ، وَفِي ذَاتِ الْقُرْءِ بِحَيْضَةٍ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ : بِحَيْضَتَيْنِ . وَهُوَ مُخَالَفٌ لِلْحَدِيثِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ ، وَلِلْمَعْنَى ؛ فَإِنَّ الْمَقْصُودَ مَعْرِفَةَ بَرَاءَتِهَا مِنَ الْحَمْلِ ، وَهُوَ حَاصِلٌ بِحَيْضَةٍ ، وَفِي الْإِسْئَةِ وَالَّتِي لَمْ تَحْضُ وَالَّتِي ارْتَمَعَ حَيْضُهَا بِمَا ذَكَرْنَاهُ فِي أُمِّ الْوَلَدِ ، عَلَى مَا مَضَى مِنَ الْإِخْلَافِ فِيهِ .

فصل : وَمَنْ مَلَكَ مَجُوسِيَّةً ، أَوْ وَثَنِيَّةً ، فَاسْلَمَتْ قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ، لَمْ تَحِلَّ لَهُ حَتَّى يَسْتَبْرَأَهَا ، أَوْ تُتِمَّ مَا بَقِيَ مِنْ اسْتِبْرَائِهَا ؛ لِمَا مَضَى . وَإِنْ اسْتَبْرَأَهَا ثُمَّ اسْلَمَتْ ، حَلَّتْ لَهُ ^(٢٠) بِغَيْرِ اسْتِبْرَائِهَا . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا تَحِلُّ لَهُ ^(٢١) حَتَّى يُجَدِّدَ اسْتِبْرَاءَهَا بَعْدَ إِسْلَامِهَا ؛ لِأَنَّ مِلْكَه تَجَدَّدَ عَلَى اسْتِمْتَاعِهَا ، فَأَشْبَهَتْ مَنْ تَجَدَّدَ مِلْكَه عَلَى رَقَبَتِهَا . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « لَا تُوطَأُ حَائِلٌ حَتَّى تُسْتَبْرَأَ بِحَيْضَةٍ » . وَهَذَا وَرَدَ فِي سَبَابِ أَوْطَاسٍ ، وَكُنَّ مُشْرِكَاتٍ ، وَلَمْ يَأْمُرْ فِي حَقِّهِنَّ بِأَكْثَرِ مِنْ حَيْضَةٍ ، لِأَنَّهُ لَمْ يَتَجَدَّدْ مِلْكَه عَلَيْهَا ، وَلَا أَصَابَهَا وَطْءٌ مِنْ غَيْرِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ اسْتِبْرَاؤُهَا ، كَمَا لَوْ حَلَّتِ الْمُحْرَمَةُ ، لِأَنَّ الاسْتِبْرَاءَ إِنَّمَا وَجِبَ كَيْلَا يُفْضِيَ إِلَى اخْتِلَاطِ الْمِيَاهِ ، وَامْتِزَاجِ الْأَنْسَابِ ، وَمِطْنَةُ ذَلِكَ

(١٩) فِي ب : (عَلَيْهِ) .

(٢٠) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ : أ .

تَجَدُّدُ الْمَلِكِ عَلَى رَقَبَتَيْهَا ، ولم يُوجَد . ولو باع أُمَّتَهُ ، ثم رُدَّتْ عَلَيْهِ بِفَسْخِخٍ أَوْ إِقَالَةٍ بَعْدَ
 (٢٢) قَبْضِهَا أَوْ افْتِرَاقِهَا ، / لَزِمَهُ اسْتِبْرَآؤُهَا ؛ لِأَنَّهُ تَجْدِيدُ مَلِكٍ ، سَوَاءً كَانَ الْمُشْتَرِي
 لَهَا امْرَأَةً أَوْ غَيْرَهَا . وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ قَبْلَ افْتِرَاقِهَا ، أَوْ قَبْلَ غَيْبَةِ الْمُشْتَرِي بِالْجَارِيَةِ ، فَفِيهَا
 رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَجْدِيدُ مَلِكٍ .
 وَالثَّانِيَةِ ، لَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاءٌ ، وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ إِذَا تَقَايَلَا قَبْلَ الْقَبْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةَ فِي
 الِاسْتِبْرَاءِ مَعَ تَعْيِينِ الْبِرَاءَةِ .

فصل : وَإِذَا زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّتَهُ ، (٢٣) فَطَلَّقَهَا الزَّوْجَ (٢٣) ، لم يَلْزِمَ السَّيِّدَ اسْتِبْرَآؤُهَا ،
 وَلَكِنْ إِنْ طَلَّقَتْ بَعْدَ الدُّخُولِ ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ أُمَّتَهُ ، أَوْ
 كَاتَبَهَا ، ثُمَّ أَسْلَمَتِ الْمُرْتَدَّةُ ، وَعَجَزَتِ الْمُكَاتَبَةُ ، حَلَّتْ لِسَيِّدِهَا بغيرِ اسْتِبْرَاءٍ . وَهَذَا
 قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : يَجِبُ عَلَيْهِ الِاسْتِبْرَاءُ فِي هَذَا كَلِّهِ ؛ لِأَنَّهُ زَالَ مَلِكُهُ عَنْ
 اسْتِمْنَاعِهَا ، ثُمَّ عَادَ ، فَأَشْبَهَتْ الْمُشْتَرَاةَ . وَلَنَا ، أَنَّهُ لم يَتَجَدَّدْ مَلِكُهُ عَلَيْهَا ، فَأَشْبَهَتْ
 الْمُحْرَمَةَ إِذَا حَلَّتْ ، وَالْمَرْهُونَةَ إِذَا فُكِّتْ ، فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ فِي جِلِّهِمَا بغيرِ اسْتِبْرَاءٍ ، وَلِأَنَّ
 الِاسْتِبْرَاءَ شُرِعَ لِمَعْنَى مَطْنَتِهِ تَجَدُّدُ الْمَلِكِ ، فَلَا يُشْرَعُ مَعَ تَخَلُّفِ الْمَطْنَةِ وَالْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ اشْتَرَى أُمَّةً مُزَوَّجَةً ، فَطَلَّقَهَا الزَّوْجَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، لم تُبَحِّ بغيرِ اسْتِبْرَاءٍ .
 نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَقَالَ : هَذِهِ حَيْلَةٌ وَضَعَهَا أَهْلُ الرَّأْيِ ، لِابْتِدَاءِ اسْتِبْرَاءٍ . وَوَجْهُ ذَلِكَ
 أَنَّ هَذِهِ تَجَدَّدَ الْمَلِكُ فِيهَا ، وَلَمْ يَحْصُلْ اسْتِبْرَآؤُهَا فِي مَلِكِهِ ، فَلَمْ تَحِلَّ بغيرِ اسْتِبْرَاءٍ ، كَمَا
 لَوْ لَمْ تَكُنْ مُزَوَّجَةً ، وَلِأَنَّ إِسْقَاطَ الِاسْتِبْرَاءِ هُنَا ذَرِيعَةٌ إِلَى إِسْقَاطِهِ فِي حَقِّ مَنْ أَرَادَ إِسْقَاطَهُ ،
 بِأَنْ يُزَوِّجَهَا عِنْدَ بَيْعِهَا ، ثُمَّ يُطَلِّقَهَا زَوْجَهَا بَعْدَ تَمَامِ الْبَيْعِ ، وَالْحَيْلُ حَرَامٌ . فَأَمَّا إِنْ كَانَ
 الزَّوْجُ دَخَلَ بِهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، فَعَلَيْهَا الْعِدَّةُ ، وَلَا يَلْزِمُ الْمُشْتَرِي اسْتِبْرَآؤُهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ قَدْ
 حَصَلَ بِالْعِدَّةِ ، وَلِأَنَّهَا لَوْ عَتَقَتْ لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا مَعَ الْعِدَّةِ اسْتِبْرَاءٌ ، وَلِأَنَّهَا قَدْ اسْتِبْرَأَتْ

(٢٢-٢٢) فِي الْأَصْلِ : « قَبْضُهَا وَافْتِرَاقُهَا » .

(٢٣-٢٣) سَقَطَ مِنْ : ب .

نَفْسَهَا مَمَّنْ كَانَتْ فِرَاشًا لَهُ ، فَأَجْزَأُ^(٢٤) ذَلِكَ ، كَالْوِ^(٢٥) اسْتَبْرَأَتْ نَفْسَهَا مِنْ سَيِّدِهَا إِذَا
كَانَتْ خَالِيَةً مِنْ زَوْجٍ . وَإِنْ اشْتَرَاهَا ، وَهِيَ مُعْتَدَّةٌ مِنْ زَوْجِهَا ، لَمْ يَجِبْ^(٢٦) عَلَيْهَا
اسْتِبْرَاءٌ ؛ لِأَنَّهَا^(٢٦) لَمْ تَكُنْ فِرَاشًا لِسَيِّدِهَا ، وَقَدْ حَصَلَ اسْتِبْرَاءُ مِنَ الزَّوْجِ بِالْعِدَّةِ ،
وَلِذَلِكَ لَوْ عَقَّقَتْ فِي هَذِهِ الْحَالِ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهَا اسْتِبْرَاءٌ . وَقَالَ أَبُو الْحَطَّابِ ، فِي
الْمَرْوُوجَةِ : هَلْ يَدْخُلُ اسْتِبْرَاءُ فِي الْعِدَّةِ ؟ عَلَى وَجْهِينِ . وَقَالَ الْقَاضِي ، فِي الْمُعْتَدَّةِ :
يَلْزَمُ السَّيِّدَ اسْتِبْرَاءُهَا بَعْدَ قَضَاءِ الْعِدَّةِ ، وَلَا يَتَدَاخَلَانِ ؛ لِأَنَّهُمَا مِنْ رَجُلَيْنِ . وَمَفْهُومُ
كَلَامِ أَحْمَدَ مَا ذَكَرْنَاهُ / أَوَّلًا ؛ لِأَنَّهُ عَلَّلَ قَبْلَ الدُّخُولِ بِأَنَّهَا حِيلَةٌ وَضَعَهَا أَهْلُ
الرَّأْيِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ هُنَا ، وَلَا يَصِحُّ قَوْلُهُمْ : إِنَّ اسْتِبْرَاءَ مِنْ رَجُلَيْنِ . فَإِنَّ السَّيِّدَ
هُنَا لَيْسَ لَهُ اسْتِبْرَاءٌ .

١٥٧/٨

فصل : وَإِنْ كَانَتِ الْأُمَّةُ لِرَجُلَيْنِ ، فَوَطَّأَهَا ، ثُمَّ بَاعَهَا لِرَجُلٍ ، أَجْزَأَهُ اسْتِبْرَاءُ
وَاحِدٍ ؛ لِأَنَّهُ يَحْصُلُ بِهِ مَعْرِفَةُ الْبِرَاءَةِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ أَعْتَقَهَا لِأَنَّ مَتْمُوهَا اسْتِبْرَاءَيْنِ .
قُلْنَا : وَجُوبُ اسْتِبْرَاءِ فِي حَقِّ الْمُعْتَقَةِ مُعَلَّلٌ بِالْوَطْءِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ أَعْتَقَهَا وَهِيَ مَمَّنْ لَا
يَطُوهَا ، لَمْ يَلْزَمَهَا اسْتِبْرَاءٌ ، وَقَدْ وَجَدَ الْوَطْءُ مِنْ اثْنَيْنِ ، فَلَزِمَهَا حُكْمُ وَطْئِهَا ، وَفِي
مَسْأَلَتِنَا هُوَ^(٢٧) مُعَلَّلٌ بِتَجْدِيدِ الْمِلْكِ لِغَيْرٍ ، وَلِهَذَا يَجِبُ عَلَى الْمُشْتَرِي اسْتِبْرَاءُ ، سِوَاءَ
كَانَ سَيِّدُهَا يَطُوهَا أَوْ لَمْ يَكُنْ ، وَالْمِلْكُ وَاحِدٌ ، فَوَجَبَ أَنْ يَتَجَدَّدَ اسْتِبْرَاءُ .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَى الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ الْأُمَّةَ ، لَمْ يَلْزَمَهُ اسْتِبْرَاءُهَا ؛ لِأَنَّهَا فِرَاشٌ لَهُ ، فَلَمْ
يَلْزَمَهُ اسْتِبْرَاءُهَا مِنْ مَائِهِ ، لَكِنْ يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ؛ لِيَعْلَمَ هَلِ الْوَلَدُ مِنَ النِّكَاحِ فَيَكُونُ عَلَيْهِ
وَلَاءٌ لَهُ ، لِأَنَّهُ عَتَقَ بِمِلْكِهِ لَهُ ، وَلَا نَصِيرُ بِهِ الْأُمَّةُ أُمُّ وُلْدٍ ، أَوْ هُوَ حَادِثٌ فِي مِلْكِ يَمِينِهِ ،
فَلَا يَكُونُ عَلَيْهِ وِلَاءٌ ، وَنَصِيرُ بِهِ الْأُمَّةُ أُمُّ وُلْدٍ ؟ وَمَتَى تَبَيَّنَ حَمْلُهَا ، فَلَهُ وَطُوهَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ
عُلِمَ الْحَمْلُ ، وَزَالَ الشُّبُهَاءُ .

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « فَأَجْزَأَتْ » .

(٢٥) فِي م نِيَادَةَ : « كَانَتْ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عَلَيْهِ اسْتِبْرَاءٌ » .

(٢٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

فصل : وإن وطئ الجارية التي يلزمه استبرأؤها قبل استبرائها ، أثم ، والاستبراء باق بحاله ؛ لأنه حق عليه ، فلا يسقط بعدوانه . فإن لم تعلق منه ، استبرأها بما كان يستبرئها به قبل الوطء ، وثبني على ما مضى من الاستبراء ، وإن علقته منه ، فمتى وضعت حملها ، استبرأها بحيضة ، ولا يحل له الاستمتاع منها في حال حملها ؛ لأنه لم يستبرئها . وإن وطئها ، وهي حامل حملاً كان موجوداً حين البيع من غير البائع ، فمتى وضعت حملها انقضت استبرأؤها . قال أحمد : ولا يلحق بالمشتري ، ولا يتبعه ، ولكن يعتقه ؛ لأنه قد شارك فيه ؛ لأن الماء يزيد في الولد . وقد روى أبو داود^(٢٨) ، بإسناده عن أبي الدرداء ، عن النبي ﷺ ، أنه مرّ بامرأة مújح ، على باب فسطاط ، فقال : « لعلهُ يريد أن يلم بها » . فقالوا : نعم . فقال رسول الله ﷺ : « لقد هممت أن ألعنه لعنًا يدخل معه قبره ، كيف يؤرثه وهو لا يحل له ، أو كيف يستخدمه وهو لا يحل له ! » ومعناه أنه إن استلحقه وشاركه في ميراثه ، لم^(٢٩) يحل له ؛ لأنه ليس بولده^(٣٠) ، وإن اتخذَه مملوكًا ، لم يحل له ؛ لأنه قد شارك فيه ، لكون الوطء يزيد في الولد . وعن ابن عباس ، قال : نهى رسول الله ﷺ عن وطء الحبالى حتى يرضع ما في بطونهن . رواه النسائي ، والترمذي^(٣١) .

فصل : ومن أراد بيع أمته ، فإن كان لا يطؤها ، لم يلزمه استبرأؤها ، لكن^(٣٢)

(٢٨) تقدم تخريجه ، في : ٥٦٢/٩ .

(٢٩) في ١ : « لا » .

(٣٠) في ب ، م : « بولده » .

(٣١) أخرجه النسائي ، في : باب بيع المغنم قبل أن تقسم ، من كتاب البيوع . المجتبى ٢٦٥/٧ . والترمذي ، في :

باب ما جاء في كراهية وطء الحبالى من السبايا ، من كتاب السير . عارضة الأحمدي ٥٩/٧ . عن عرياض بن سارية ،

وليس ابن عباس . انظر التعليق المغنى على الدارقطني ٦٩/٣ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب البيوع . سنن الدارقطني ٦٩/٣ . والحاكم ، في : كتاب قسم الفىء .

المستدرک ١٣٧/٢ .

(٣٢) في ١ : « ولكن » .

يُسْتَحَبُّ ذَلِكَ ، لِيُعْلَمَ خُلُوهَا مِنَ الْحَمْلِ ، فَيَكُونَ أَحْوَطَ لِلْمُشْتَرِي ، وَأَقْطَعَ لِلزَّرَاعِ .
 قَالَ أَحْمَدُ : وَإِنْ كَانَتْ (٣٣) لِامْرَأَةٍ ، فَإِنِّي أَحِبُّ أَنْ لَا تَبِيعَهَا حَتَّى تَسْتَبْرِئَهَا بِحَيْضَةٍ ،
 فَهِيَ أَحْوَطُ لَهَا . وَإِنْ كَانَ يَطُوهَا ، وَكَانَتْ آيَسَةً ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا ؛ لِأَنَّ انْتِفَاءَ
 الْحَمْلِ مَعْلُومٌ . وَإِنْ كَانَتْ مِمَّنْ تَحْمِلُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا . وَبِهِ قَالَ النَّحَّيْ ،
 وَالتَّوْرِيُّ . وَعَنْ أَحْمَدَ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، لَا يَجِبُ عَلَيْهِ اسْتِبْرَاؤُهَا . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ،
 وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ عَبْدَ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بَاعَ جَارِيَةً كَانَتْ يَطُوهَا قَبْلَ
 اسْتِبْرَائِهَا (٣٤) . وَلِأَنَّ الاسْتِبْرَاءَ عَلَى الْمُشْتَرِي ، فَلَا يَجِبُ عَلَى الْبَائِعِ ، فَإِنَّ الاسْتِبْرَاءَ فِي حَقِّ
 الْحُرَّةِ آكَدٌ ، وَلَا يَجِبُ قَبْلَ النِّكَاحِ وَبَعْدَهُ ، كَذَلِكَ لَا يَجِبُ فِي الْأُمَّةِ قَبْلَ الْبَيْعِ وَبَعْدَهُ .
 وَلَنَا ، أَنَّ عَمْرًا أَنْكَرَ عَلَى عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ عَوْفٍ بَيْعَ جَارِيَةٍ كَانَتْ يَطُوهَا (٣٥) قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا ،
 فَرَوَى عَبْدُ اللَّهِ بْنُ عُبَيْدِ بْنِ عُمَيْرٍ ، قَالَ : بَاعَ عَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنُ عَوْفٍ جَارِيَةً كَانَتْ يَقَعُ
 عَلَيْهَا (٣٥) قَبْلَ أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا ، فَظَهَرَ بِهَا حَمْلٌ عِنْدَ الَّذِي اشْتَرَاهَا ، فَخَاصَمُوهُ إِلَى عَمْرٍ ، فَقَالَ
 لَهُ عَمْرٌ : كُنْتُ تَقَعُ عَلَيْهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ . قَالَ : فَبِيعْتَهَا قَبْلَ أَنْ تَسْتَبْرِئَهَا ؟ قَالَ : نَعَمْ .
 قَالَ : مَا كُنْتُ لَذَلِكَ بِخَلِيقٍ . قَالَ : فَدَعَا الْقَافَةَ ، فَنَظَرُوا إِلَيْهِ ، فَالْحَقُّوهُ بِهِ (٣٤) . وَلِأَنَّهُ يَجِبُ
 عَلَى الْمُشْتَرِي الاسْتِبْرَاءَ لِحِفْظِ مَائِهِ ، فَكَذَلِكَ الْبَائِعُ ، وَلِأَنَّهُ قَبْلَ الاسْتِبْرَاءِ مَشْكُوكٌ فِي
 صِحَّةِ الْبَيْعِ وَجَوَازِهِ ، لِاحْتِمَالِ أَنْ تَكُونَ أُمٌّ وَلِيدٍ ، فَيَجِبُ الاسْتِبْرَاءُ لِإِزَالَةِ الْإِحْتِمَالِ ، فَإِنْ
 خَالَفَ وَبَاعَ ، فَالْبَيْعُ (٣٦) صَحِيحٌ فِي الظَّاهِرِ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْحَمْلِ ، وَلِأَنَّ عَمْرَ وَعَبْدَ
 الرَّحْمَنِ ، لَمْ يَحْكُمَا بِفَسَادِ الْبَيْعِ فِي الْأُمَّةِ الَّتِي بَاعَهَا قَبْلَ اسْتِبْرَائِهَا (٣٧) إِلَّا بِلِحَاقِ الْوَلِيدِ
 بِهِ ، وَلَوْ كَانَ الْبَيْعُ بَاطِلًا قَبْلَ ذَلِكَ ، لَمْ يَحْتَجَّ إِلَى ذَلِكَ . وَذَكَرَ أَصْحَابُنَا الرَّوَايَتَيْنِ فِي كُلِّ

(٣٣) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « كَان » .

(٣٤) أَخْرَجَهُ ابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ فِي الرَّجُلِ يَرِيدُ أَنْ يَبِيعَ الْجَارِيَةَ مِنْ قَالَ : يَسْتَبْرِئُهَا ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . الْمَصْنُفِ
 . ٢٢٨/٤

(٣٥) - ٣٥) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣٦) فِي الزِّيَادَةِ : « يَبِيع » .

(٣٧) فِي أ : « أَنْ يَسْتَبْرِئَهَا » .

أمة يطؤها ، من غير تفريق بين الآيسة وغيرها . والأولى أن ذلك لا يجب في الآيسة ؛ لأنَّ علة الوجوب احتمال الحمل ، وهو وهم بعيد ، والأصل عدمه ، فلا تثبت به حكماً مُجرده .

فصل : وإذا اشترى جاريةً ، فظهرَ بها حملٌ ، لم يخلُ من أحوال خمسة ؛ أحدها ، أن يكون البائع / أقرَّ بوطئها عند البيع أو قبله ، وأتت^(٣٨) بولدٍ لدون^(٣٨) الستة أشهر ، أو يكون البائع ادَّعى الولدَ ، فصَدَّقَه المُشْتَرِي ، فإنَّ الولدَ يكون للبائع ، والجاريةُ أمٌ وُلِدَ له ، والبيعُ باطلٌ . الحال الثاني ، أن يكون أحدهما استبرأها ، ثم أتت بولدٍ لأكثر من ستة أشهر من حين وطئها المُشْتَرِي ، فالولدُ للمُشْتَرِي ، والجاريةُ أمٌ وُلِدَ له^(٣٩) . الحال الثالث ، أن تأتي به لأكثر من ستة أشهر بعد استبرأ أحدهما لها ، ولأقل من ستة أشهر منذ وطئها المُشْتَرِي ، فلا يلحقُ نسبهُ بواحدٍ منهما ، ويكون ملكاً للمُشْتَرِي ، ولا يملكُ فسَخَ البيعُ ؛ لأنَّ الحملَ تجددَ في ملكه ظاهراً . فإن ادَّعاه كلُّ واحدٍ منهما ، فهو للمُشْتَرِي ؛ لأنَّه وُلِدَ في ملكه مع احتمال كونه منه ، وإن ادَّعاه البائع وحده ، فصَدَّقَه المُشْتَرِي ، لحقه ، وكان البيعُ باطلاً ، وإن كذَّبه ، فالقول قول المُشْتَرِي في ملكِ الولدِ ؛ لأنَّ الملكَ انتقلَ إليه ظاهراً ، فلم تُقبَلْ دَعْوَى البائع فيما يُبطلُ حقَّه ، كما لو أقرَّ بعد البيع أن الجاريةَ مَعْصُوبَةٌ أو مَعْتَقَةٌ . وهل يُثبِتُ نَسَبُ الولدِ من البائع ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، يُثبِتُ ؛ لأنَّه نَفَعٌ للولدِ من غير ضررٍ على المُشْتَرِي ، فيُقبَلُ قوله فيه ، كما لو أقرَّ لولده بمالٍ . والثاني ، لا يُقبَلُ ؛ لأنَّ فيه ضرراً على المُشْتَرِي ، فإنه لو اعتقه كان أبوه أحقَّ بميراثه منه ، ولذلك لو أقرَّ عبدان كلُّ واحدٍ منهما أنه أخو صاحبه ، لم يُقبَلْ إلا ببينة . الحال الرابع ، أن تأتي به بعد ستة أشهر منذ وطئها المُشْتَرِي قبل استبرائها ، فنسبهُ لاحتقِّ بالمُشْتَرِي^(٤٠) ، فإن ادَّعاه البائع ، فأقرَّ له المُشْتَرِي ، لحقه ، وبطلَ

(٣٨-٣٨) في ١ : « بالولد لأقل » .

(٣٩) في ب ، م : « ولده » .

(٤٠) في ب : « للمشتري » .

البيع ، وإن كذبه ، فالقول قول المشتري . وإن ادعى كل واحد منهما أنه من الآخر ، عرض على القافة ، فالحق بمن أحقته به ، لحديث عبد الرحمن بن عوف ، ولأنه يحتمل كونه من كل واحد منهما . وإن أحقته القافة بهما لحقهما^(٤١) ، وينبغي أن يتطَّل البيع ، وتكون أم ولد للبائع ؛^(٤٢) لأننا نتبين أنها^(٤٣) كانت حاملاً منه قبل بيعها . الحال الخامس ، إذا أتت به لأقل من ستة أشهر منذ باعها ، ولم يكن أقر بوطئها ، فالبيع صحيح في الظاهر ، والولد مملوك للمشتري ، فإن ادعاه البائع ، فالحكم فيه كما ذكرنا في الحال / الثالث ، سواء .

١٣٦٣ - مسألة ؛ قال : (وَجَنَّبُ الزَّوْجَةَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجَهَا الطَّيِّبَ ، وَالزَّيْنَةَ ، وَالْيَتِيمَةَ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، وَالْكُخْلَ بِالْإِثْمِ ، وَالثَّقَابَ)

هذا يُسَمَّى الإِحْدَادُ ، وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي وُجُوبِهِ عَلَى الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجِهَا ، إِلَّا عَنِ الْحَسَنِ ، فَإِنَّهُ قَالَ : لَا يَجِبُ الْإِحْدَادُ . وَهُوَ قَوْلٌ شَدَّ بِهِ عَنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَخَالَفَ بِهِ السُّنَّةَ ، فَلَا يُعْرَجُ عَلَيْهِ ، وَيَسْتَوِي فِي وُجُوبِهِ الْحُرَّةُ وَالْأَمَةُ ، وَالْمُسْلِمَةُ وَالذَّمِيَّةُ ، وَالْكَبِيرَةُ وَالصَّغِيرَةُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : لَا إِحْدَادَ عَلَى ذِمِّيَّةٍ وَلَا صَغِيرَةٍ ؛ لِأَنَّهُمَا غَيْرُ مُكَلَّفَتَيْنِ . وَلَنَا ، عُمُومُ الْأَحَادِيثِ الَّتِي سَنَدَكُرُّهَا ، وَلِأَنَّ غَيْرَ الْمُكَلَّفَةِ تُسَاوِي الْمُكَلَّفَةَ فِي اجْتِنَابِ الْمُحَرَّمَاتِ ، كَالْحَمْرِ وَالزَّيْنِ ، وَإِنَّمَا يَفْتَرِقَانِ فِي الْإِثْمِ ، فَكَذَلِكَ الْإِحْدَادُ ، وَلِأَنَّ حُقُوقَ الذَّمِّيَّةِ فِي النِّكَاحِ كَحُقُوقِ الْمُسْلِمَةِ ، فَكَذَلِكَ^(٤٤) فِيهَا .

فصل : وَلَا إِحْدَادَ عَلَى^(٤٥) غَيْرِ الزَّوْجَاتِ ، كَأُمِّ الْوَلِيدِ إِذَا مَاتَ سَيِّدُهَا . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا أَعْلَمُهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِي ذَلِكَ . وَكَذَلِكَ الْأَمَةُ الَّتِي يَطُوقُهَا سَيِّدُهَا ، إِذَا مَاتَ عَنْهَا ، وَلَا الْمَوْطُوعَةُ بِشِبْهِهِ ،^(٤٦) وَلَا الْمَرْزُوقَةُ^(٤٧) ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ

(٤١) في م : « لحق بهما » .

(٤٢) (٤٢-٤٣) في ب : « لأنها » .

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) (٢-٢) في ١ ، ب ، م : « والمرزوق » .

تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا » (٣) . ولا إحدادَ على الرَّجْعِيَّةِ . بغيرِ خِلافٍ نَعَلِمُهُ ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الزَّوْجَاتِ ، لَهَا أَنْ تَتَزَيَّنَ لَزَوْجِهَا ، وَتَسْتَشْرِفَ لَهُ ، لِيَرَعَبَ فِيهَا ، وَتَنْفَقَ عِنْدَهُ ، كَمَا تَفْعَلُ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . ولا إحدادَ على الْمَنْكُوحَةِ نِكَاحًا فَاسِدًا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ زَوْجَةً عَلَى الْحَقِيقَةِ ، وَلَا لَهَا مَنْ كَانَتْ تَحِلُّ لَهُ وَيَحِلُّ لَهَا ، فَتَحْزَنَ عَلَى فَقْدِهِ .

فصل : وَتَجَنَّبُ الْحَادَّةُ مَا يَدْعُو إِلَى جَمَاعِهَا (٤) ، وَيُرْعَبُ فِي النَّظَرِ إِلَيْهَا ، وَيُحَسِّنُهَا ، وَذَلِكَ أَرْبَعَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، الطَّيِّبُ ، وَلَا خِلافَ فِي تَحْرِيمِهِ عِنْدَ مَنْ أَوْجَبَ الْإِحْدَادَ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا تَمَسُّ طَيِّبًا ، إِلَّا عِنْدَ أُذُنِي طَهْرَهَا ، إِذَا طَهَّرْتُ مِنْ حَيْضِهَا بِنَبْذَةٍ مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ » (٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٦) . وَرَوَتْ زَيْنَبُ بِنْتُ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : دَخَلْتُ عَلَى أُمِّ حَبِيبَةَ ، زَوْجِ النَّبِيِّ ﷺ ، حِينَ تُوُفِّيَ أَبُوهَا أَبُو سَفْيَانَ ، فَدَعَتْ بَطِيْبٍ فِيهِ صُفْرَةٌ ، تَحْلُقُ أَوْ غَيْرُهُ ، فَدَهَنْتُ مِنْهُ جَارِيَةً ، / ثُمَّ مَسَّتْ بِعَارِضِهَا ، ثُمَّ قَالَتْ : وَاللَّهِ مَا لِي بِالطَّيِّبِ مِنْ حَاجَةٍ ، غَيْرَ أَنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ يَقُولُ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُحَدَّ عَلَى مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ » (٧) ، إِلَّا عَلَى

١٥٩/٨ و

(٣) تقدم تحريمه ، في صفحة ١٩٣ .

(٤) في ١ : « نكاحها » .

(٥) القسط والكست والأظفار : نوعان من البخور .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب الطيب للمرأة عند غسلها من الحيض ، من كتاب الحيض ، وفي : باب تحمد المتوفى

عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، وفي : باب تلبس الحادة ثياب العصب ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٨٥/١ ، ٧٦/٧ ، ٧٨ ، ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح

مسلم ١١٢٧/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٧/١ .

والنسائي ، في : باب ما تجتنب الحادة من الثياب المصبغة ، وباب الخضاب للحادة ، من كتاب الطلاق . المجتبى

١٦٨/٦ ، ١٦٩ . وابن ماجه ، في : باب هل تحد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه

٦٧٤/١ ، ٦٧٥ . والدارمي ، في : باب النهي للمرأة عن الزينة ، من كتاب الطلاق ١٦٧/٢ ، ١٦٨ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٨٥/٥ ، ٤٠٨/٦ .

(٧) سقط من : ب .

زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا» . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . وَلِأَنَّ الطَّيْبَ يُحَرِّكُ الشَّهْوَةَ ، وَيَدْعُو إِلَى الْمُبَاشَرَةِ . وَلَا يَجُوزُ لَهَا اسْتِعْمَالُ الْأَدْهَانِ الْمُطَيَّبَةِ ، كَدُهْنِ الْوَرْدِ وَالْبَنْفَسِجِ وَالْيَاسَمِينِ وَالْبَابِ ، وَمَا أَشْبَهَهُ ؛ لِأَنَّهُ اسْتِعْمَالٌ لِلطَّيْبِ . فَأَمَّا الْأَدْهَانُ بغيرِ الْمُطَيَّبِ ^(٩) ، كَالزَّيْتِ وَالشَّيْرَجِ وَالسَّمْنِ ، فَلَا بَأْسَ بِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِطَيِّبٍ . الثَّانِي ، اجْتِنَابُ الزَّيْنَةِ ، وَذَلِكَ وَاجِبٌ فِي قَوْلِ عَامَةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ ابْنُ عَمَرَ ، وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَعَطَاءٌ . وَجَمَاعَةُ أَهْلِ الْعِلْمِ يَكْرَهُونَ ذَلِكَ ، وَيَنْهَوْنَ عَنْهُ ، وَهُوَ ثَلَاثَةُ أَقْسَامٍ ؛ أَحَدُهَا ، الزَّيْنَةُ فِي نَفْسِهَا ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا أَنْ تَحْتَضِبَ ، وَأَنْ تُحَمَّرَ وَجْهَهَا بِالْكَلْكُونِ ^(١٠) ، وَأَنْ تُبَيِّضَهُ بِأَسْفِيدِاجٍ ^(١١) الْعَرَايِسِ ، وَأَنْ تَجْعَلَ عَلَيْهِ صَبْرًا يُصْفَرُهُ ، وَأَنْ تَنْقَشَ وَجْهَهَا وَيَدْيَهَا ، وَأَنْ تُحَفِّفَ وَجْهَهَا ، وَمَا أَشْبَهَهُ مِمَّا يُحَسِّنُهَا ، وَأَنْ تُكْتَجِلَ بِالْإِثْمِدِ مِنْ غَيْرِ ضَرُورَةٍ ؛ وَذَلِكَ لِمَا رَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « الْمَتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، لَا تَلْبَسُ الْمُعَصَّرَ مِنَ الثِّيَابِ ، وَلَا الْمُمَشَّقَ ، وَلَا الْحَلْيَ ، وَلَا تَحْتَضِبُ ، وَلَا تُكْتَجِلُ » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ^(١٢) . وَرَوَتْ أُمُّ عَطِيَّةُ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « لَا تَحِدُّ الْمَرْأَةُ فَوْقَ ثَلَاثَةِ

(٨) أخرجه البخارى ، فى : باب حد المرأة على غير زوجها ، من كتاب الجنائز . صحيح البخارى ٩٩/٢ . ومسلم ، فى : باب وجوب الإحداد فى عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢٣/٢ - ١١٢٧ . كما أخرجه أبو داود ، فى : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٥/١ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى عدة المتوفى عنها زوجها ، من أبواب الطلاق عارضة الأحدى ١٧٢/٥ ، ١٧٣ . والنسائى ، فى : باب سقوط الإحداد عن الكتابة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٥/٦ . والدارمى ، فى : باب النهى للمرأة عن الزينة فى العدة ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمى ١٦٧/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى الإحداد ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩٦/٢ ، ٥٩٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣٢٥/٦ ، ٣٢٦ ، ٤٢٦ .

(٩) فى ب : « الطيب » .

(١٠) الكلكون : طلاء تحمّر به المرأة وجهها ، مركب من كل ، أى ورد ، وكون ، أى لون . الألفاظ الفارسية المعربة ١٣٧ .

(١١) الأسفيداج : رماد الرصاص . تعريب أسفيداب ، وأصل معناه الماء الأبيض . الألفاظ الفارسية المعربة ١٠ .

(١٢) أخرجه النسائى ، فى : باب ما تجنب الحادة من الثياب المصبغة ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٦٩/٦ .

وأخرجه أبو داود ، فى : باب فيما تجنب المعتدة فى عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبى داود ٥٣٨/١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٣٠٢/٦ .

أَيَّامٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، فَإِنَّهَا^(١٣) تَحِدُّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، وَلَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوعًا ، إِلَّا ثَوْبَ عَصَبٍ ، وَلَا تَكْتَحِلُ ، وَلَا تَمَسُّ طَبِيًّا إِلَّا عِنْدَ أُذُنِي طَهْرَهَا ، إِذَا طَهَّرْتَ مِنْ حَيْضِهَا ، بِنَبْدَةٍ مِنْ قُسْطٍ أَوْ أَظْفَارٍ . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٤) . وَعَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : جَاءَتْ امْرَأَةٌ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ ابْنَتِي تُؤْفَى عَنْهَا زَوْجُهَا ، وَقَدْ اشْتَكَّتْ عَيْنُهَا ، أَفَتَكْحَلُهَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا » . مَرَّتَيْنِ أَوْ ثَلَاثًا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَرَوَتْ أُمُّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : دَخَلَ عَلَيَّ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، حِينَ تُؤْفَى أَبُو سَلَمَةَ ، وَقَدْ جَعَلْتُ عَلَى عَيْنِي صَبْرًا ، فَقَالَ : « مَاذَا يَا أُمَّ سَلَمَةَ ؟ » . قُلْتُ : إِنَّمَا هُوَ صَبْرٌ ، لَيْسَ فِيهِ طَيْبٌ . قَالَ : « إِنَّهُ يَشِبُّ الْوَجْهَ^(١٦) ، لَا تَجْعَلِيهِ إِلَّا / بِاللَّيْلِ ، وَتَنْزِعِيهِ بِالنَّهَارِ ، وَلَا تَمْتَشِطِي بِالطَّيْبِ ، وَلَا بِالْحِنَاءِ ، فَإِنَّهُ خِضَابٌ » . قَالَتْ : قُلْتُ : بَأَى شَيْءٍ أَمْتَشِطُ ؟ قَالَ : « بِالسِّدْرِ ، تُعْلَفِينَ بِهِ رَأْسَكَ^(١٧) . وَلَئِنْ الْكُحْلُ مِنْ أَبْلَغِ الزَّيْنَةِ ، وَالزَّيْنَةُ تَدْعُو إِلَيْهَا ، وَتُحْرِكُ الشَّهْوَةَ ، فَهِيَ كَالطَّيْبِ وَأَبْلَغُ مِنْهُ . وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِ الشَّافِعِيَّةِ ، أَنَّ لِلسَّوْدَاءِ أَنْ تَكْتَحِلَ . وَهُوَ مُخَالِفٌ لِلخَبَرِ وَالْمَعْنَى ، فَإِنَّهُ يُزَيِّنُهَا وَيُحَسِّنُهَا . وَإِنْ اضْطُرَّتِ الْحَادَّةُ إِلَى الْكُحْلِ بِالْإِثْمِيدِ لِلتَّدَاوِي ، فَلَهَا أَنْ تَكْتَحِلَ لَيْلًا ، وَتَمْسَحَهُ نَهَارًا . وَرَخَّصَ

(١٣) في ١ ، م : « فإنه » .

(١٤) هو الذي مر في صفحة ٢٨٥ .

(١٥) أخرجه البخاري ، في : باب تحد المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشرا ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري

٧٧/٧ . ومسلم ، في : باب وجوب الإحداد في عدة الوفاة ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ٧/١١٢٤ ،

١١٢٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب إحداد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥٣٦ .

والترمذي ، في : باب ما جاء في عدة المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحمدي ١٧٣/٥ ، ١٧٤ .

والنسائي ، في : باب عدة المتوفى عنها زوجها ، وباب ترك الزينة للحادة المسلمة ... ، من كتاب الطلاق . المجتبى

١٥٥/٦ ، ١٦٧ ، ١٦٨ .

(١٦) أي يزيد في حسنة .

(١٧) أخرجه أبو داود ، في : باب فيما تجتنب المعتدة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١/٥٣٨ .

والنسائي ، في : باب الرخصة للحادة أن تمتشط بالسدر ، من كتاب الطلاق . المجتبى ٦/١٧٠ .

فيه عند الضرورة عطاءً، والنَّحْيُ، ومالكٌ، وأصحابُ الرَّأْيِ؛ لما رَوَتْ أُمُّ حَكِيمِ بنتِ أُسَيْدٍ^(١٨)، عن أُمِّهَا، أَنَّ زَوْجَهَا تُوفَّى، وكانت تَشْتَكِي عَيْنَيْهَا، فَتَكْتَحِلُ بِالْجِلَاءِ، فَأَرْسَلَتْ مَوْلَاةَ لَهَا إِلَى أُمِّ سَلَمَةَ، تَسْأَلُهَا عَنْ كُحْلِ الْجِلَاءِ، فقالت: لا تَكْتَحِلِي إِلَّا لما لا^(١٩) بَدُّ مِنْهُ، يَشْتَدُّ عَلَيْكَ، فَتَكْتَحِلِينَ بِاللَّيْلِ، وَتَغْسِلِينَهَ بِالنَّهَارِ. رواه أبو داودَ، والنَّسَائِيُّ^(٢٠). وَإِنَّمَا مُنِعَ مِنَ الْكُحْلِ بِالْإِثْمِيدِ، لِأَنَّهُ الَّذِي تَحْصُلُ بِهِ الزَّيْنَةُ، فَأَمَّا الْكُحْلُ بِالتُّوتِيَا^(٢١) وَالْعَنْزُرُوتِ^(٢٢) وَنَحْوِهَا، فَلَا بَأْسَ بِهِ؛ لِأَنَّهُ لَا زَيْنَةَ فِيهِ، بَلْ يُقَبِّحُ الْعَيْنَ، وَيَزِيدُهَا مَرَهًا^(٢٣). وَلَا تُمْنَعُ مِنْ جَعْلِ الصَّبْرِ عَلَى غَيْرِ وَجْهِهَا مِنْ بَدَنِهَا؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا مُنِعَ مِنْهُ فِي الْوَجْهِ لِأَنَّهُ يُصْفَرُهُ، فَيُشَبِّهُ الْخِضَابَ، وَهَذَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ: «إِنَّهُ يَشِبُّ الْوَجْهَ» وَلَا تُمْنَعُ مِنَ التَّنْظِيفِ بِتَقْلِيمِ الْأُظْفَارِ، وَتَنْفِ الْإِبْطِ، وَحَلْقِ الشَّعْرِ الْمَنْدُوبِ إِلَى حَلْقِهِ،^(٢٤) وَلَا مِنْ^(٢٥) الْاِغْتِسَالِ بِالسَّدْرِ، وَالْاِمْتِشَاطِ بِهِ^(٢٥)، لِحَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ، وَلِأَنَّهُ يُرَادُ لِلتَّنْظِيفِ لَا لِلطَّيْبِ. الْقِسْمُ الثَّانِي، زَيْنَةُ الثِّيَابِ، فَتَحْرُمُ عَلَيْهَا الثِّيَابُ الْمُصْبَغَةُ لِلتَّحْسِينِ، كَالْمَعْصَفْرِ، وَالْمُرْغَفْرِ، وَسَائِرِ الْأَحْمَرِ، وَسَائِرِ الْمُلَوَّنِ لِلتَّحْسِينِ، كَالْأَزْرَقِ الصَّافِي، وَالْأَخْضَرَ الصَّافِي، وَالْأَصْفَرَ، فَلَا يَجُوزُ لُبْسُهُ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ: «لَا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا»^(٢٦). وَقَوْلُهُ: «لَا تَلْبَسُ الْمَعْصَفَرَ مِنْ

(١٨) فِي النسخ: «أسد». وانظر: التخریج الآتی، والإكمال ٦٣/١.

(١٩) فِي الْأَصْلِ، ب: «ما».

(٢٠) أَخْرَجَهُ أَبُو داودَ، فِي: بابِ فِيمَا تَجْتَنِبُ الْمُعْتَدَةُ فِي عَدَّتِهَا، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. سنن أبي داود ٥٣٨/١.

وَأَخْرَجَهُ النَّسَائِيُّ، فِي: بابِ الرِّخْصَةِ لِلْحَادَةِ أَنْ تَمْتَشِطَ بِالسَّدْرِ، مِنْ كِتَابِ الطَّلَاقِ. المجتبى ١٦٩/٦، ١٧٠.

(٢١) التُّوتِيَا: تَكُونُ فِي الْمَعَادِنِ، مِنْهَا بِيضَاءٌ، وَمِنْهَا إِلَى الْخِضْرَةِ، وَمِنْهَا إِلَى الصَّفْرِ مَشْرَبٌ بِحَمْرَةٍ، وَهِيَ جَيِّدَةٌ لِتَقْوِيَةِ

العين. الجامع لمفردات الأدوية ١٤٣/١ - ١٤٥.

(٢٢) العنزروت: هُوَ الْأَنْزُرُوتُ، وَهُوَ صَمْغٌ شَجَرَةٌ تَنْبِتُ فِي بِلَادِ الْفَرَسِ، شَبِيهَةٌ بِالْكَانْدَرِ، صَغِيرَةٌ الْحِصَا، فِي طَعْمِهَا

مِرَاةٌ، وَلَوْنُهُ إِلَى الْحَمْرَةِ، تَقَطُّعُ الرُّطُوبَةَ السَّائِلَةَ فِي الْعَيْنِ. الجامع لمفردات الأدوية ٦٣/١.

(٢٣) مرهت العين: ابيضت حماليقها، أو فسدت لترك الكحل.

(٢٤-٢٥) فِي الْأَصْلِ: «ومن».

(٢٥) سقط من: أ.

(٢٦) تقدم تخریجه، فِي صَفْحَةِ ١٩٣.

الثِّيَابِ ، وَلَا الْمُمَشَّقِ » . فَأَمَّا مَا لَا يُقْصَدُ بِصَبْغِهِ حُسْنُهُ ، كَالْكُحْلِيِّ ، وَالْأَسْوَدِ ،
 وَالْأَخْضَرَ الْمُشْبَعِ ، فَلَا تُمْنَعُ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزَيْنَةٍ . وَمَا صُبِغَ غَزْلُهُ ثُمَّ نُسِجَ ، فِيهِ
 اِحْتِمَالَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَحْرُمُ لُبْسُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَرْفَعُ وَأَحْسَنُ ، وَلِأَنَّهُ مَصْبُوغٌ لِلْحُسْنِ ، فَأَشْبَهَ
 مَا صُبِغَ بَعْدَ نَسْجِهِ . وَالثَّانِي ، لَا يَحْرُمُ ؛ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي حَدِيثِ أُمِّ سَلَمَةَ :
 « إِلَّا / ثَوْبَ عَصَبٍ » (٢٧) . وَهُوَ مَا صُبِغَ غَزْلُهُ قَبْلَ نَسْجِهِ . ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَلِأَنَّهُ لَمْ
 يُصْبَغْ وَهُوَ ثَوْبٌ ، فَأَشْبَهَ مَا كَانَ حَسَنًا مِنَ الثِّيَابِ غَيْرَ مَصْبُوغٍ . وَالْأَوَّلُ أَصَحُّ ، وَأَمَّا
 الْعَصَبُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ نَبَتْ تُصْبَغُ بِهِ الثِّيَابُ . قَالَ صَاحِبُ « الرَّوضِ الْأَنْفِ » (٢٨) :
 الْوَرْسُ وَالْعَصَبُ نَبْتَانِ (٢٩) بِالْيَمَنِ ، لَا يَنْبَتَانِ إِلَّا بِهِ . فَأَرَحَّصَ النَّبِيُّ ﷺ لِلْحَادَةِ (٣٠) فِي
 لُبْسِ مَا صَبِغَ بِالْعَصَبِ ؛ لِأَنَّهُ فِي مَعْنَى مَا صُبِغَ لِغَيْرِ التَّحْسِينِ ، أَمَّا مَا صُبِغَ غَزْلُهُ
 لِلتَّحْسِينِ ، كَالْأَحْمَرِ وَالْأَصْفَرِ ، فَلَا مَعْنَى لِتَجْوِيزِ لُبْسِهِ ، مَعَ حُصُولِ الزَّيْنَةِ بِصَبْغِهِ ،
 كَحُصُولِهَا بِمَا صُبِغَ بَعْدَ نَسْجِهِ . وَلَا تُمْنَعُ مِنْ حَسَانِ الثِّيَابِ غَيْرِ الْمَصْبُوغَةِ ، وَإِنْ كَانَ
 رَقِيقًا ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ قَطَنِ أَوْ كَتَّانٍ أَوْ إِبْرَيْسِمٍ (٣١) ؛ لِأَنَّ حُسْنَهُ مِنْ أَصْلِ خَلْقَتِهِ ، فَلَا يَلْزَمُ
 تَغْيِيرُهُ ، كَمَا أَنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا كَانَتْ حَسَنَةَ الْخَلْقَةِ ، لَا يَلْزَمُهَا أَنْ تُعَيِّرَ لَوْنَهَا ، وَتُسَوِّءَ نَفْسَهَا .
 الْقِسْمُ الثَّلَاثُ ، الْحَلِيُّ ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهَا لُبْسُ الْحَلِيِّ كُلِّهِ ، حَتَّى الْخَاتِمِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ
 الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَلَا الْحَلِيَّ » . وَقَالَ عَطَاءٌ : يُبَاحُ حَلِيُّ الْفِضَّةِ دُونَ
 الذَّهَبِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ التَّنْهَى عَامٌّ ، وَلِأَنَّ الْحَلِيَّ يَزِيدُ حُسْنَهَا ، وَيَدْعُو إِلَى
 مُبَاشَرَتِهَا ، قَالَتْ امْرَأَةٌ : (٣٢) :

وَمَا الْحَلِيُّ إِلَّا زِينَةٌ لِتَقْصِيصِهِ تَتَمُّمٌ مِنْ حُسْنٍ إِذَا الْحُسْنُ قَصُرًا

(٢٧) تقدم ترجمته ، في صفحة ٢٨٧ ، من حديث أم عطية ، وليس من حديث أم سلمة .

(٢٨) انظر : الروض الأنف / ٧ / ٩٦ .

(٢٩) في الأصل : « نبتان » .

(٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) الإبريسم : الحرير .

(٣٢) البيت في : نفع الطيب ، ١٦٥/٥ ، ولم ينسبه المقرئ .

فصل : والثالث مما تَجَنَّبَهُ الحَادَّةُ النَّقَابُ ، وما في معناه ، مثل البُرُقِ ونحوه ؛ لأنَّ الْمُعْتَدَّةَ مُشَبَّهَةً بِالْمُحْرِمَةِ وَالْمُحْرِمَةُ تُمْنَعُ مِنْ ذَلِكَ ، وإذا احتاجت إلى سِتْرٍ وَجْهَهَا ، أَسْدَلْتُ^(٣٣) عليه كما تفعلُ الْمُحْرِمَةُ .

فصل : والرَّابِعُ المَبِيْتُ في غير مَنْزِلِهَا ، وَمَنْ أَوْجَبَ عَلَى الْمُتَوَفَّى عنها زَوْجَهَا^(٣٤) الاِعْتِدَادَ في مَنْزِلِهَا ، عمرُ ، وعثمانُ ، رَضِيَ اللهُ عنهما . وَرُوِيَ ذلك عن ابنِ عمرَ ، وابنِ مسعودٍ ، وأُمِّ سَلَمَةَ . وبه يقولُ مالِكُ ، والثَّوْرِيُّ ، والأَوْزَاعِيُّ ، وأبو حنيفةَ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ . قال^(٣٥) ابنُ عبدِ البرِّ : وبه يقولُ جماعةُ فقهاءِ الأمصارِ ، بالحجازِ ، والشامِ ، والعراقِ ، ومصرَ . وقال جابرُ بنُ زيدٍ ، والحسنُ ، وعطاءُ : تَعْتَدُّ حيثُ شاءتُ . وَرُوِيَ ذلك عن عليٍّ ، وابنِ عباسٍ ، وجابرٍ ، وعائشةَ ، رَضِيَ اللهُ عنهم . قال ابنُ عباسٍ / : نَسَحَتْ هذه الآيةُ عِدَّتَها عندَ أهلِها ، وسَكَنْتُ في وَصِيَّتِها ، وإن^(٣٦) شاءتُ خَرَجَتْ ؛ لقولِ اللهِ تعالى : ﴿ فَإِنْ خَرَجْنَ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِي مَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ ﴾^(٣٧) . قال عطاءُ : ثم جاء الميراثُ ، فَنَسَخَ السُّكْنَى ، تَعْتَدُّ حيثُ شاءتُ . رواهما أبو داودَ^(٣٨) . ولنا ، ماروتُ فُرَيْعَةَ بنتِ مالِكِ بنِ سِنانٍ ، أختُ أبي سعيدِ الخُدْرِيِّ^(٣٩) ، أَنَّها جاءتْ إلى رسولِ اللهِ ﷺ ، فأخبرتهُ أَنَّ زَوْجَها خَرَجَ في طَلَبِ أعْبُدِلهُ ، فقتلوه بطَرْفِ القُدومِ^(٤٠) ، فسألتُ رسولَ اللهِ ﷺ أنْ أَرَجِعَ إلى أهلي ، فَإِنَّ زَوْجِي لم يَتْرُكْنِي في مَسْكِنٍ يَمْلِكُهُ ، ولا نَفَقَةٍ . قالتُ : فقال رسولُ اللهِ ﷺ :

(٣٣) في الأصل : « سدلَّت » .

(٣٤) سقط من : الأصل ، ا .

(٣٥) في ا ، ب ، م : « وقال » .

(٣٦) في ا : « فإن » .

(٣٧) سورة البقرة ٢٤٠ .

(٣٨) في : باب من رأى التحول ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٧/١ .

(٣٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٤٠) القُدوم : موضع على ستة أميال من المدينة . واسم جبل بالموضع . انظر : معجم البلدان ٤٠/٤ .

« نَعَمْ » . قَالَتْ : فَحَرَجْتُ حَتَّى إِذَا كُنْتُ فِي الْحُجْرَةِ أَوْ فِي الْمَسْجِدِ ، دَعَانِي ، أَوْ أَمَرَنِي فَدَعَيْتُهُ لَهُ ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « كَيْفَ قُلْتِ ؟ » فَرَدَدْتُ عَلَيْهِ الْقِصَّةَ ، فَقَالَ : « امْكُئِي فِي بَيْتِكَ حَتَّى يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ » . فَاغْتَدَدْتُ فِيهِ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا ، فَلَمَّا كَانَ عَثْمَانُ بْنُ عَفَّانَ ، أَرْسَلَ إِلَيَّ ، فَسَأَلَنِي عَنْ ذَلِكَ ، فَأُخْبِرْتُهُ فَاتَّبَعَهُ ، وَقَضَى بِهِ . رَوَاهُ مَالِكٌ ، فِي مُوطَأِهِ ^(٤١) ، وَالْأَثَرُ ، وَهُوَ حَدِيثٌ صَحِيحٌ ، قَضَى بِهِ عَثْمَانُ فِي جَمَاعَةِ الصَّحَابَةِ فَلَمْ يُنْكَرُوهُ . إِذَا ^(٤٢) تَبَّتْ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ الْاِعْتِدَادُ فِي الْمَنْزِلِ الَّذِي مَاتَ زَوْجُهَا وَهِيَ سَاكِنَةٌ بِهِ ، سِوَاءَ كَانَ مَمْلُوكًا لَزَوْجِهَا ، أَوْ بِإِجَارَةٍ ، أَوْ عَارِيَّةً ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ لِلْفَرِيعَةِ ^(٤٣) : « امْكُئِي فِي بَيْتِكَ » . وَلَمْ تُكُنْ فِي بَيْتِ يَمْلِكُهُ زَوْجُهَا ، وَفِي بَعْضِ أَلْفَاظِهِ : « اِعْتَدِي فِي الْبَيْتِ الَّذِي أَتَاكَ فِيهِ نَعْيُ زَوْجِكَ » . وَفِي لَفْظِ : « اِعْتَدِي حَيْثُ أَتَاكَ الْحَبِيرُ » . فَإِنْ أَتَاهَا الْحَبِيرُ فِي غَيْرِ مَسْكِنِهَا ، رَجَعَتْ إِلَى مَسْكِنِهَا فَاعْتَدَّتْ فِيهِ . وَقَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، وَالتَّحَعُّيُّ : لَا تَبْرَحُ مِنْ مَكَانِهَا الَّذِي أَتَاهَا فِيهِ نَعْيُ زَوْجِهَا ، أَتْبَاعًا لِلْفِظِ الْحَبِيرِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « امْكُئِي فِي بَيْتِكَ » . وَاللَّفْظُ الْآخَرُ قَضِيَّةٌ فِي عَيْنِ ، وَالْمُرَادُ بِهِ هَذَا ، فَإِنَّ قَضَايَا الْأَعْيَانِ لَا عُمُومَ لَهَا ، ثُمَّ لَا يُمَكِّنُ حَمْلُهُ عَلَى الْعُمُومِ ؛ فَإِنَّهُ لَا يُلْزِمُهَا ^(٤٤) الْاِعْتِدَادُ فِي السُّوقِ وَالطَّرِيقِ وَالْبَرِّيَّةِ ، إِذَا أَتَاهَا الْحَبِيرُ وَهِيَ فِيهَا .

فصل : فإن خافت هدمًا أو غرقًا أو عدوًا أو نحو ذلك ، أو حوّلها صاحب المنزل

(٤١) في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩١/٢ .
 كما أخرجه أبو داود ، في : باب في المتوفى عنها تنتقل ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٦/١ ، ٥٣٧ .
 والترمذي ، في : باب ما جاء أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . عارضة الأحمدي ١٩٥/٥ ، ١٩٦ .
 والنسائي ، في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحل ، من كتاب الطلاق . المحببي ١٦٥/٦ ، ١٦٦ . وابن ماجه ، في : باب أين تعتد المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٤/١ ، ٦٥٥ . والدارمي ، في : باب خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٨/٢ .

(٤٢) في ب ، م : « وإذا » .

(٤٣) في م : « لفريرة » .

(٤٤) في ب : « يلزم » .

او ١٦١/٨ لكونه / عارية رجع فيها ، أو بإجارة انقضت مدتها ، أو منعهما السكنى تعديا ، أو امتنع من إجارته ، أو طلب به أكثر من أجره المثل ، أو لم^(٤٥) تجد مائكتري به ، أو لم تجد إلا من مالها ، فلها أن تنتقل ؛ لأنها حال عذر ، ولا يلزمها بدل^(٤٦) أجر المسكن ، وإنما الواجب عليها فعل السكنى ، لا تحصيل المسكن ، وإذا تعدت السكنى ، سقطت ، ولها أن تسكن حيث شاءت . ذكره القاضي . وذكر أبو الخطاب ، أنها تنتقل إلى أقرب ما يمكنها الثقله إليه . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه أقرب إلى موضع الوجوب^(٤٧) ، فأشبهه من وجبت عليه الزكاة في موضع لا يجد فيه أهل السهمان ، فإنه ينقلها إلى أقرب موضع يجدهم فيه . ولنا ، أن الواجب سقط لعذر ، ولم يرد الشرع له ببدل ، فلا يجب ، كالمو سقط الحج للعجز عنه وفوات شرط ، والمعتكف إذا لم يقدر على الاعتكاف في المسجد ، ولأن ما ذكروه إثبات حكم بلا نص ، ولا معنى نص ، فإن معنى الاعتداد في بيتها لا يوجد في السكنى فيما قرب منه ، ويفارق أهل السهمان ؛ فإن القصد نفع الأقرب ، وفي نقلها إلى أقرب موضع يجده نفع الأقرب ، فوجب لذلك .

فصل : قال أصحابنا : ولا سكنى للمتوفى عنها ، إذا كانت حائلا . رواية واحدة . وإن كانت حاملا ، فعلى رواتين . وللشافعي في سكنى المتوفى عنها قولان . وجه الوجوب قوله تعالى : ﴿ وَالَّذِينَ يَتُوفُونَ مِنْكُمْ وَيُذَرُونَ أَزْوَاجًا وَصِيَّةً لِأَزْوَاجِهِمْ مَتَاعًا إِلَى الْحَوْلِ غَيْرِ إِخْرَاجٍ ﴾ . فنسخ^(٤٨) بعض المدية ، وبقي باقيها على الوجوب . ولأن النبي ﷺ ، أمر فرقة بالسكنى في بيتها ، من غير استئذان الوريثة ، ولو لم تجب السكنى ، لم يكن لها أن تسكن إلا بإذنهم ، كما أنها ليس لها أن تنصرف في شيء من مال زوجها بغير إذنهم . ولنا ، أن الله تعالى إنما جعل للزوجة ثمن التركة أو ربتها ،

(٤٥) في الأصل : « ولم » .

(٤٦) في ١ ، ب ، م : « بذلك »

(٤٧) في ١ ، م : « الوجوب » .

(٤٨) في ١ : « ففسخ » .

وَجَعَلَ بَاقِيهَا لِسَائِرِ الْوَرِثَةِ ، وَالْمَسْكُنُ مِنَ التَّرِكَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُسْتَحَقَّ مِنْهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ، وَلَائِذَا بَاتِنُ مِنْ زَوْجِهَا ، فَأَشْبَهَتْ الْمَطْلُوقَةَ ثَلَاثًا ، وَأَمَّا إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، وَقُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَلِئِذَا حَامِلٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَوَجِبَ لَهَا / السُّكْنَى . قِيَاسًا عَلَى الْمَطْلُوقَةِ . فَأَمَّا الْآيَةُ الَّتِي اخْتَجُّوا بِهَا ، فَإِنَّهَا مَنْسُوخَةٌ ، وَأَمَّا أَمْرُ النَّبِيِّ ﷺ فُرُيْعَةٌ بِالسُّكْنَى ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمَلُ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَلِمَ أَنَّ الْوَارِثَ يَأْذَنُ فِي ذَلِكَ ، أَوْ بِكَوْنِ الْأَمْرِ يَدُلُّ عَلَى وُجُوبِ السُّكْنَى عَلَيْهَا ، وَيَتَقَيَّدُ ذَلِكَ بِالْإِمْكَانِ ، وَإِذْنُ الْوَارِثِ مِنْ جُمْلَةٍ مَا يَحْصُلُ الْإِمْكَانُ^(٤٩) بِهِ ، فَإِذَا قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَهِيَ أَحَقُّ بِالسُّكْنَى الْمَسْكُونِ الَّتِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ مِنَ الْوَرِثَةِ وَالغُرْمَاءِ ، مِنْ رَأْسِ مَالِ الْمُتَوَفَّى ، وَلَا يُبَاعُ فِي ذَنْبِهِ بَيْعًا يَمْنَعُهَا السُّكْنَى فِيهِ^(٤٩) ، حَتَّى تَقْضَى الْعِدَّةُ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَجَمْهُورُ الْعُلَمَاءِ ، وَإِنْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ^(٥٠) الْمَسْكُنُ ، فَعَلَى الْوَارِثِ أَنْ يَكْتَرِيَ لَهَا مَسْكِنًا مِنْ مَالِ الْمَيِّتِ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، أُجْبِرَهُ الْحَاكِمُ ، وَلَيْسَ لَهَا أَنْ تَنْتَقِلَ مِنْ مَسْكِنِهَا إِلَّا لِعُذْرٍ ، كَمَا ذَكَرْنَا . وَإِنْ اتَّفَقَ الْوَارِثُ وَالْمَرْأَةُ عَلَى نَقْلِهَا عَنْهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ هَذِهِ السُّكْنَى يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، لِأَنَّهَا تَجِبُ لِلْعِدَّةِ ، وَالْعِدَّةُ يَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَمْ يَجُزْ اتِّفَاقُهُمَا عَلَى إِبْطَالِهَا ، بِخِلَافِ سُّكْنَى التَّكَاحِ ؛ فَإِنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، وَلِأَنَّ السُّكْنَى هُنَا مِنْ الْإِحْدَادِ ، فَلَمْ يَجُزِ الْإِتِّفَاقُ عَلَى تَرْكِهَا ، كَسَائِرِ خِصَالِ الْإِحْدَادِ . وَلَيْسَ لَهُمْ أَنْ يُخْرِجُوهَا ، إِلَّا أَنْ تَأْتِيَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يُخْرِجَنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٥١) . وَهِيَ أَنْ تُطِيلَ^(٥٢) لِسَانَهَا عَلَى أَحْمَائِهَا وَثَوْدِيَهُمْ بِالسَّبِّ وَنَحْوِهِ . رَوَى ذَلِكَ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ . وَهُوَ قَوْلُ الْأَكْثَرِينَ . وَقَالَ ابْنُ مَسْعُودٍ ، وَالْحَسَنُ^(٤٩) : هِيَ الزَّئِنَى لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالَّتِي يَأْتِيَنَّ الْفَاحِشَةَ مِنْ

(٤٩) سقط من : الأصل .

(٥٠) سقط من : ب ، م .

(٥١) سورة الطلاق ١ .

(٥٢) في ا ، ب ، م : تطول .

تَسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوا عَلَيْهِنَّ أَرْبَعَةً مِنْكُمْ ﴿٥٣﴾ . وإخراجهنَّ هو الإخراج لإقامة حدِّ الزَّنى ، ثم تُردُّ إلى مكانها . ولنا ، أن الآية تَقْتَضِي الإخراج عن السُّكْنَى ، وهذا لا يَتَحَقَّقُ فيما قاله . وأمَّا الفاحِشَةُ فهي اسمٌ للزَّنى وغيره من الأقوال الفاحِشَةِ ، يقال : أَفْحَشَ فلانٌ في مقالِهِ . ولهذا روى عن النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قالَتْ له عائِشَةُ : يا رسولَ اللهِ ، قلتَ لفلانٍ : « بئسَ أخو العَشِيرَةِ » . فلما دَخَلَ أَلْتَّ له القولُ . فقال : « يا عائِشَةُ ، إنَّ اللهَ لا يُحِبُّ الفَحْشَ ولا التَّفَحُّشَ » ﴿٥٤﴾ . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الوَرْتَةَ يُخْرِجُونَهَا عن ذلك المَسْكَنِ ، إلى مسكنٍ آخَرَ من الدارِ إن كانت كبيرةً تَجْمَعُهُمْ ، فإن كانت لا تَجْمَعُهُمْ ، أو لم يُمكنْ نَقْلُها إلى غيره في الدارِ ، أو لم يَتَخَلَّصُوا من أذاهَا بذلك ، فلهم نَقْلُها . وقال بعضُ أصحابنا : يَنْتَقِلُونَ / هم عنها ؛ لأنَّ سُكْنَاها واجبٌ في المِكانِ ، وليس بواجبٍ عليهم . والنَّصُّ يَدُلُّ على أَنَّها تُخْرَجُ ، فلا يُعْرَجُ ﴿٥٦﴾ على ما خالفه ، ولأنَّ الفاحِشَةَ منها ، فكان الإخراجُ لها . وإن كان أحماؤها هم الذين يُودُّونها ، ويُفحِشُونَ عليها ، نُقِلُوا هم دُونها ، فإنَّها لم تَأْتِ بفاحِشَةٍ ، فلا تُخْرَجُ بِمُقْتَضَى النَّصِّ ، ولأنَّ الذَّنْبَ لهم فيحْصُونَ ﴿٥٧﴾ بالإخراج . وإن كان المَسْكَنُ لغير المَيِّتِ فَيَبْرَعُ صاحِبُهُ بإسكانها فيه ، لَزَمَها الاعتدَادُ به ، وإن أبى أن يُسكِنَها إلا بأجرَةٍ ، وجَبَ بذلُّها من مالِ المَيِّتِ ، إلا أن يَبْرَعَ إنسانٌ ببذلِّها ، فيلزُمُها ﴿٥٨﴾ الاعتدَادُ به ، فإن حَوَّلَها مالِكٌ ﴿٥٩﴾

٢٦٢/٨

(٥٣) سورة النساء ١٥ .

(٥٤) أخرجه البخارى ، فى : باب لم يكن النبي ﷺ فاحشاً ولا متفحشاً ، وباب ما يجوز من اغتياها أهل الفساد والريب ، وباب المداراة مع الناس ، من كتاب الأدب . صحيح البخارى ١٥/٨ ، ١٦ ، ٢٠ ، ٢١ ، ٣٨ . وأبو داود ، فى : باب فى حسن العشرة ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٥٥١/٢ . والإمام مالك ، فى : باب ما جاء فى حسن الخلق ، من كتاب حسن الخلق . الموطأ ٩٠٣/٢ ، ٩٠٤ .

(٥٥) فى ب ، م : « ولم » .

(٥٦) فى ا : « يعول » .

(٥٧) فى الأصل : « فيحْصُونَ » .

(٥٨) فى الأصل ، ب : « ويلزُمها » .

(٥٩) فى ا ، م : « صاحب » .

المكان ، أو طَلَبَ أَكْثَرَ مِنْ أُجْرَةِ^(٦٠) المِثْلِ ، فعلى الوَرثةِ إِسْكَانُهَا إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ تَرِكَةٌ يُسْتَأْجَرُ لَهَا بِهِ مَسْكَنٌ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا يُقَدَّمُ عَلَى المِيرَاثِ ، فَإِنْ اخْتَارَتِ التَّقْلَةَ عَنْ هَذَا المَسْكَنِ الذِي يُنْقَلُونَهَا إِلَيْهِ ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ سَكْنَهَا بِهِ حَقٌّ لَهَا ، وَلَيْسَ بِوَاجِبٍ عَلَيْهَا ، فَإِنَّ المَسْكَنَ الذِي كَانَ يَجِبُ عَلَيْهَا السُّكْنَى بِهِ ، هُوَ الذِي كَانَتْ تَسْكُنُهُ حِينَ مَوْتِ زَوْجِهَا ، وَقَدْ سَقَطَتْ عَنْهَا السُّكْنَى بِهِ ، وَسِوَاءَ كَانَ المَسْكَنُ الذِي كَانَتْ بِهِ لِابْوَيْهَا ، أَوْ لِأَحَدِهِمَا ، أَوْ لِغَيْرِهِمْ . وَإِنْ كَانَتْ تَسْكُنُ فِي^(٦١) دَارٍ لَهَا^(٦١) ، فَاخْتَارَتِ الإِقَامَةَ فِيهَا ، وَالسُّكْنَى بِهَا ، مُتَبَرِّعَةً أَوْ بِأُجْرَةٍ تَأْخُذُهَا مِنَ التَّرِكَةِ ، جَازٍ ، وَيَلْزَمُ الوَرثةَ بِذَلِكَ الأُجْرَةَ إِذَا طَلَبَتْهَا ، وَإِنْ طَلَبَتْ أَنْ تُسْكِنَهَا غَيْرَهَا ، وَتُنْتَقِلَ عَنْهَا ، فَلَهَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ عَلَيْهَا أَنْ تُوجَرَ دَارُهَا وَلَا تُعَيَّرَهَا ، وَعَلَيْهِمْ إِسْكَانُهَا .

فصل : فَأَمَّا إِذَا قُلْنَا : لَيْسَ لَهَا السُّكْنَى . فَتَطَوَّعَ الوَرثةَ بِإِسْكَانِهَا فِي مَسْكَنِ زَوْجِهَا ، أَوْ السُّلْطَانُ ، أَوْ أُجْنَبِيٌّ ، لَزِمَهَا الإِعْتِدَادُ بِهِ ، وَإِنْ مُنِعَتِ السُّكْنَى بِهِ ، أَوْ طَلَبُوا مِنْهَا الأُجْرَةَ ، فَلَهَا أَنْ تُنْتَقِلَ عَنْهُ^(٦٢) إِلَى غَيْرِهِ ، كَمَا ذَكَرْنَا فِيهَا إِذَا أَخْرَجَهَا المَوْجِرُ عِنْدَ انْقِضَاءِ الإِجَارَةِ ، وَسِوَاءَ قَدَرَتْ عَلَى الأُجْرَةِ ، أَوْ عَجَزَتْ عَنْهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلْزَمُهَا السُّكْنَى لِاتْحَاصِيلِ المَسْكَنِ . وَإِنْ كَانَتْ فِي مَسْكَنِ لَزَوْجِهَا ، فَأَخْرَجَهَا الوَرثةَ مِنْهُ ، وَيَذَلُّوْهَا مَسْكِنًا آخَرَ ، لَمْ تَلْزَمْهَا السُّكْنَى بِهِ^(٦٣) . وَكَذَلِكَ إِنْ أُخْرِجَتْ مِنَ المَسْكَنِ الذِي هِيَ بِهِ ، أَوْ خَرَجَتْ لِأَيِّ عَارِضٍ كَانَ ، لَمْ تَلْزَمْهَا السُّكْنَى فِي مَوْضِعٍ مُعَيَّنٍ سِوَاهُ ، سِوَاءَ بَدَلَهُ الوَرثةَ أَوْ غَيْرِهِمْ ؛ لِأَنَّهَا إِنَّمَا يَلْزَمُهَا الإِعْتِدَادُ فِي بَيْتِهَا الذِي كَانَتْ فِيهِ ، لَا فِي غَيْرِهِ . وَكَذَلِكَ إِذَا قُلْنَا : لَهَا السُّكْنَى . فَتَعَذَّرَ سَكْنَهَا فِي مَسْكِنِهَا ، وَيُذَلُّ لَهَا سِوَاهُ . وَإِنْ طَلَبَتْ مَسْكِنًا سِوَاهُ ، لَزِمَ الوَرثةَ تَحْصِيلَهُ ، بِأُجْرَةٍ أَوْ بِغَيْرِهَا / ، إِنْ خَلَفَ المَيِّتُ تَرِكَةً تَفِي

ظ ١٦٢/٨

(٦٠) فِي الأَصْلِ ، ب : « أُجْرَةٌ » .

(٦١-٦٠) فِي ب ، م : « دَارُهَا » .

(٦٢) فِي الأَصْلِ : « مِنْهُ » .

(٦٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

بذلك ، ويُقدَّم ذلك على الميراث ؛ لأنه حقٌّ على الميت ، فأشبهه الدَّين ؛ فإن كان على الميت ذنٌّ يستغرقُ ماله ، ضربتْ بأجرة المسكن^(٦٤) مع الغرماء^(٦٥) ؛ لأنَّ حقَّها مساوٍ لحقوقِ الغرماءِ ، وتستأجرُ بما يُصيِّبها موضعاً تسكنه . وكذلك الحكمُ في المطلقةِ إذا حُجرَ على الزوجِ قبلَ أن يُطلقها ، ثم طلقها ، فإنها تضربُ بأجرة المسكنِ لمُدَّة العِدَّةِ مع الغرماءِ ، إذا كانت حاملاً . فإن قيل : فهلَّا قدَّمتمُ حقَّ الغرماءِ ؛ لأنه أسبقُ ؟ قلنا : لأنَّ حقَّها ثبتَ عليه بغيرِ اختيارِها ، فشاركِ الغرماءُ فيه ، كما لو أتلَّفَ المُفلسُ مالا للإنسانِ أو جنى عليه ، وإن مات ، وهي في مسكنه ، لم يجزُ إخراجُها منه ؛ لأنَّ حقَّها تعلَّقَ بعينِ المسكنِ قبلَ تعلُّقِ حقوقِ الغرماءِ بعينه ، فكان حقُّها مقدِّماً كحقِّ المرتهنِ . وإن طلبَ الغرماءُ بيعَ هذا المسكنِ ، وتتركُ السُّكنى لها مُدَّة العِدَّةِ ، لم يجزُ ؛ لأنها إنما تستحقُّ السُّكنى إذا كانت حاملاً ، ومُدَّة الحملِ مجهولةٌ ، فتصيرُ كالوِباةِ واستثنى نفعها مُدَّةً مجهولةً . وإن أراد الوارثُ قسمةَ مسكنها على وجهِ يضربُها في السُّكنى ، لم يكن لهم ذلك . وإن أرادوا التعلِيمَ بخطُوطٍ ، من غيرِ نقضٍ ولا بناءٍ ، جاز ؛ لأنه لا ضررَ عليها فيه .

فصل : وإذا قلنا : إنها تضربُ مع الغرماءِ بقدرِ مُدَّةِ عِدَّتِها . فإنها تضربُ بمُدَّةِ عادتها في وضعِ الحملِ ، إن كانت حاملاً ، وإن كانت مطلقَةً من ذواتِ القُرُوءِ ، وقلنا : لها السُّكنى . ضربتْ بمُدَّةِ عادتها في القُرُوءِ ، فإن لم تكن لها عادةٌ ، ضربتْ بغالبِ عاداتِ النساءِ ، وهو تسعةُ أشهرٍ للحملِ ، وثلاثةُ أشهرٍ ، لكلِّ قرءٍ شهرٌ ، أو بما^(٦٥) بقي من ذلك ، إن كان قد مضى من مُدَّةِ حملها شيءٌ ؛ لأنه لا يمكنُ تأخيرُ القسمةِ لِحَقِّ الغرماءِ ، فإذا ضربتْ بذلك ، فوافق الصوابُ ، ولم^(٦٦) تزد ولم تنقص ،

(٦٤-٦٤) سقط من: الأصل ، ا ، ب .

(٦٥) ق ب : ه وبما .

(٦٦) ق م : ه فلم .

اسْتَقَرَّ الْحُكْمُ ، وَتَسْتَأْجِرُ بِمَا يَحْصُلُ لَهَا مَكَانًا تَسْكُنُهُ . وَإِذَا تَعَدَّرَ ذَلِكَ ، سَكَنْتَ حَيْثُ شَاءَتْ . وَإِنْ كَانَتِ الْمُدَّةُ أَقْلَ مِمَّا ضَرَبْتَ بِهِ ، مِثْلَ أَنْ وَضَعْتَ حَمْلَهَا^(٦٧) لِسِتَّةِ أَشْهُرٍ ، أَوْ تَرَبَّصْتَ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ فِي شَهْرَيْنِ ، فَعَلَيْهَا رَدُّ الْفَضْلِ ، وَتَضْرِبُ فِيهِ بِحَصْبَتِهَا مِنْهُ . وَإِنْ طَالَتِ الْعِدَّةُ أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ ، مِثْلَ أَنْ وَضَعْتَ حَمْلَهَا فِي عَامٍ ، أَوْ رَأَتْ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ فِي نِصْفِ عَامٍ ، رَجَعَتْ بِذَلِكَ عَلَى الْعُرْمَاءِ ، كَمَا يَرْجِعُونَ عَلَيْهَا فِي صُورَةِ النَّقْصِ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا تَرْجِعَ بِهِ ، وَيَكُونُ فِي ذِمَّةِ زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ قَدْرَنَا ذَلِكَ مَعَ تَجْوِيزِ الزِّيَادَةِ ، فَلَمْ تَكُنْ لَهَا / الزِّيَادَةُ عَلَيْهِ .

١٦٣/٨ و

فصل : وللمعتدة الخروج في حوائجها نهارًا ، سواء كانت مطلقَةً أو متوفى عنها^(٦٨) ؛ لما روى جابر ، قال : طَلَّقْتُ خَالَتِي ثَلَاثًا ، فَخَرَجْتُ تَجِدُ نَحْلَهَا ، فَلَقِيَهَا رَجُلٌ ، فَتَهَاها ، فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « أَخْرُجِي ، فَجُدِّي نَحْلِكَ ، لَعَلَّكَ أَنْ تَصَدَّقِي^(٦٩) مِنْهُ ، أَوْ تَفْعَلِي خَيْرًا » . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ^(٧٠) . وَرَوَى مُجَاهِدٌ ، قَالَ : اسْتَشْهَدَ رِجَالٌ يَوْمَ أُحُدٍ ، فَجَاءَتْ نِسَاؤُهُمْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، وَقُلْنَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، نَسْتَوْحِشُ بِاللَّيْلِ ، أَفْتَبِيثُ عِنْدَ إِحْدَانَا ، فَإِذَا أَصْبَحْنَا بَادَرْنَا إِلَى بُيُوتِنَا ؟ فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « تَحَدَّثُنْ عِنْدَ إِحْدَاكُنْ ، حَتَّى إِذَا أَرَدْتُنَّ النَّوْمَ ، فَلْتَسُوبِ كُلَّ وَاحِدَةٍ إِلَى بَيْتِهَا^(٧١) . » . وَلَيْسَ لَهَا الْمَبِيتُ فِي غَيْرِ بَيْتِهَا ، وَلَا الْخُرُوجُ لَيْلًا ، إِلَّا لِضَرُورَةٍ ؛ لِأَنَّ

(٦٧) سقط من : ب .

(٦٨) في انيادة : « زوجها » .

(٦٩) في م : « تصدق » .

(٧٠) أخرجه النسائي ، في : باب خروج المتوفى عنها بالنهار ، من كتاب الطلاق . المجتبى ١٧٤/٦ . وأبو داود ، في : باب في المبتوتة تخرج بالنهار ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٥/١ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب جواز خروج المعتدة البائن ... ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١٢١/٢ . وابن ماجه ، في : باب هل تخرج المرأة في عدتها ، من كتاب الطلاق . سنن ابن ماجه ٦٥٦/١ . والدارمي ، في : باب خروج المتوفى عنها زوجها ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٦٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٢١/٣ . والبيهقي ، في : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ . (٧١) أخرجه البيهقي ، في : باب كيفية سكنى المطلقة والمتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٦/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب أين تعتد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٦/٧ .

الليل مظنة الفساد ، بخلاف النهار ، فإنه مظنة قضاء الحوائج والمعاش ، وشراء ما يحتاج إليه . وإن وجب عليها حق لا يمكن استيفاؤه إلا بها ، كاليمين والحد ، وكانت ذات خدر ، بعث إليها الحاكم من يستوفي الحق منها في منزلها ، وإن كانت برزة^(٧٢) ، جاز إحضارها لاستيفائه ، فإذا فرغت رجعت إلى منزلها .

فصل (٧٣) : والأمة كالحرّة في الإحداد والاعتداد في المنزل ، إلا أن سكنها في العدة كسكنها في حياة زوجها ، للسيد إمساكها نهاراً ، وإرسالها ليلاً ، فإن أرسلها ليلاً ونهاراً ، اعتدت زمانها كله في المنزل ، وعلى الورثة إسكانها^(٧٤) فيها^(٧٥) ، كالحرّة سواء .

فصل : والبدويّة كالحضريّة في الاعتداد في منزلها الذي مات زوجها وهي ساكنة فيه ، فإن انتقلت الحلة ، انتقلت معهم ؛ لأنها لا يمكنها المقام وحدها ، وإن انتقل غير أهلها ، لزمتها المقام معهم^(٧٦) ، وإن انتقل أهلها ، انتقلت معهم ، إلا أن يبقى من الحلة من لا تخاف على نفسها معهم ، فتكون مخيرة بين الإقامة والرحيل . وإن هرب أهلها ، فخافت ، هربت معهم ، وإن أمنت أقامت لقضاء العدة في منزلها .

فصل : فإن مات صاحب السفينة وامرأته في السفينة ، ولها مسكن في البر ، فحكمها حكم المسافرة في البر ، على ما سنذكره ، وإن لم يكن لها مسكن سواها ، وكان لها^(٧٧) فيها^(٧٨) بيت يمكنها السكنى فيه ، بحيث لا تجتمع مع الرجال ، وأمكنها المقام فيه ، بحيث تأمن على نفسها ومعها محرّمها ، لزمتها أن تعتد به ، فإن كانت

(٧٢) امرأة برزة : تبرز للقوم ، يجلسون إليها ويتحدثون ، وهي عفيفة .

(٧٣) سقط هذا الفصل من : ب .

(٧٤) في م : « سكنها » .

(٧٥) في الأصل : « فيها » .

(٧٦) في الشرح الكبير : « مع أهلها » .

(٧٧) سقط من : ب ، م .

(٧٨) في ا : « فيه » .

ضَيْقَةً ، وليس معها مَحْرُمُهَا ، أو لا يُمْكِنُهَا الإِقَامَةُ فِيهَا إِلَّا بِحَيْثُ تَخْتَلِطُ بِالرِّجَالِ ،
لَرِمَها الاِتِّقَالَ عنها^(٧٩) إلى موضع سِوَاها .

١٣٦٤ - مسألة ؛ قال : (وَالْمُطَلَّقَةُ ثَلَاثًا ، تَتَوَقَّى الطَّيْبَ ، وَالرِّبْنَ ، وَالْكُخْلَ
بِالْأَيْمَنِ)

اِخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ عَنْ أَحْمَدَ ، فِي وُجُوبِ الإِحْدَادِ عَلَى الْمُطَلَّقَةِ الْبَائِنِ ؛ فَعَنهُ ، يَجِبُ
عَلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَأَبِي عُبَيْدٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ .
وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَجِبُ عَلَيْهَا . وَهُوَ قَوْلُ عَطَاءٍ ، وَرَبِيعَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَابْنِ الْمُنْذِرِ . وَنَحْوَهُ قَوْلُ
الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُوْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تَحِدَّ عَلَى
مَيِّتٍ فَوْقَ ثَلَاثِ لَيَالٍ ، إِلَّا عَلَى زَوْجٍ ، أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا »^(١) . وَهَذِهِ عِدَّةُ الْوَفَاةِ ،
فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ الإِحْدَادَ إِنَّمَا يَجِبُ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ ، وَلِأَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ عَنْ غَيْرِ وَفَاةٍ ، فَلَمْ يَجِبْ
عَلَيْهَا الإِحْدَادُ ، كَالرَّجْعِيَّةِ ، وَالْمَوْطُوءَةِ بِشَبْهَةِهَا ، وَلِأَنَّ الإِحْدَادَ فِي عِدَّةِ الْوَفَاةِ لِإِظْهَارِ
الْأَسْفِ عَلَى فِرَاقِ زَوْجِهَا وَمَوْتِهِ ، فَأَمَّا الطَّلَاقُ فَإِنَّهُ فَارَقَهَا بِاخْتِيَارِ نَفْسِهِ ، وَقَطَعَ
نِكَاحَهَا ، فَلَا مَعْنَى لِتَكْلِيفِهَا الْحُزْنَ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّ الْمُتَوَقَّى عَنْهَا لَوْ أَتَتْ بِوَلَدٍ ، لَحَقَّ
الزَّوْجُ ، وَلَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْفِيهِ ، فَاحْتَبَطَ عَلَيْهَا بِالإِحْدَادِ ، لِئَلَّا يَلْحَقَ بِالْمَيِّتِ مَنْ لَيْسَ مِنْهُ ،
بِخِلَافِ الْمُطَلَّقَةِ ، فَإِنَّ زَوْجَهَا بَاقٍ ، فَهُوَ يَحْتَاطُ عَلَيْهَا بِنَفْسِهِ ، وَيَنْفِي وَلَدَهَا إِذَا كَانَ مِنْ
غَيْرِهِ . وَوَجْهُ الرَّوَايَةِ الْأُولَى ، أَنَّهَا مُعْتَدَّةٌ بِائْتِنٍ مِنْ نِكَاحٍ ، فَلَزِمَهَا الإِحْدَادُ ، كَالْمُتَوَقَّى
عَنْهَا زَوْجِهَا ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ الْعِدَّةَ تُحْرِمُ التُّكَاخَ ، فَحَرَّمَتْ^(٢) ذَوَاعِيَهُ . وَيُخْرَجُ عَلَى هَذَا
الرَّجْعِيَّةُ ، فَإِنَّهَا زَوْجَةٌ ، وَالْمَوْطُوءَةُ بِشَبْهَةِهَا لَيْسَتْ مُعْتَدَّةً مِنْ نِكَاحٍ ، فَلَمْ تُكْمَلِ
الْحُرْمَةُ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَإِنَّمَا مَذْلُوعُهُ تَحْرِيمُ الإِحْدَادِ عَلَى مَيِّتٍ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَنَحْنُ نَقُولُ

(٧٩) فِي ب ، م : « مِنْهَا » .

(١) تَقْدِمُ تَخْرِيجَهُ فِي صَفْحَةِ ١٩٣ .

(٢) فِي الْأَصْلِ : « فَحَرَّمَ » .

به ، ولهذا جاز الإحدادُ هُنا بالإجماع ، فإذا قلنا : يلزمها الإحدادُ ، لزمها شيخان ؛
تَوَقَّى الطَّيِّبُ ، وَالزَّيْنَةُ فِي نَفْسِهَا ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا فِيهِمَا^(٣) ، وَلَا تَمْتَعُ مِنَ النَّقَابِ ، وَلَا مِنْ
الاعْتِدَادِ فِي غَيْرِ مَنْزِلِهَا ، وَلِذَلِكَ أَمَرَ النَّبِيُّ ﷺ فَاطِمَةَ بِنْتَ قَيْسٍ ، أَنْ تَعْتَدُ فِي بَيْتِ ابْنِ أُمِّ
مَكْتُومٍ^(٤) . عَلَى مَا سَنَدَكُرُّهُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى .

فصل : وإذا كانت المَبْتُوتَةُ حَامِلًا ، وَجَبَ لَهَا السُّكْنَى ، رَوَايَةٌ وَاحِدَةٌ . وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَ
أَهْلِ الْعِلْمِ بِيَخْلَافًا فِيهِ . / وَإِنْ لَمْ تَكُنْ حَامِلًا ، فَفِيهَا رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَا يَجِبُ لَهَا
ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، وَجَابِرٍ . وَبِهِ قَالَ عَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ ، وَالْحَسَنُ^(٥) ، وَعَمْرُو بْنُ
مَيْمُونٍ ، وَعِكْرِمَةُ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَدَاوُدُ . وَالثَّانِيَةُ ، يَجِبُ لَهَا ذَلِكَ ، وَهُوَ قَوْلُ
ابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَمْرٍ ، وَعَائِشَةَ ، وَسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْقَاسِمِ ، وَسَالِمٍ ، وَأَبِي
بَكْرِ بْنِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ ، وَخَارِجَةَ بْنَ زَيْدٍ ، وَسَلِيمَانَ بْنَ يَسَّارٍ ، وَمَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيَّ ،
وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلَا
يَخْرُجْنَ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ ﴾^(٦) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ
سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تَضَارُوهُنَّ لِيُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمِلَ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ
حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٧) . فَأَوْجَبَ لَهَا السُّكْنَى مُطْلَقًا ثُمَّ خَصَّ الْحَامِلَ بِالْإِنْفَاقِ
عَلَيْهَا . وَلَنَا ، مَا رَوَتْ فَاطِمَةُ بِنْتُ قَيْسٍ ، أَنَّ أَبَا عَمْرٍو بْنَ حَفْصٍ طَلَّقَهَا الْبَتَّةَ ، وَهُوَ
غَائِبٌ ، فَأَرْسَلَ إِلَيْهَا وَكَيْلَهُ بِشَعِيرٍ ، فَتَسَخَّطَتْهُ ، فَقَالَ : وَاللَّهِ مَا لَكَ عَلَيْنَا مِنْ شَيْءٍ .
فَجَاءَتْ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ، فَذَكَرَتْ ذَلِكَ لَهُ ، فَقَالَ لَهَا : « لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِ نَفَقَةٌ وَلَا
سُّكْنَى » . فَأَمَرَهَا أَنْ تَعْتَدُ فِي بَيْتِ أُمِّ شَرِيكِ ، ثُمَّ قَالَ : « إِنْ تِلْكَ امْرَأَةٌ يَعْشَاهَا

(٣) في م : « فيها » .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(٥) سقط من : الأصل .

(٦) سورة الطلاق ١ .

(٧) الطلاق ٦ .

أصحابي . اعتدى في بيتِ ابنِ أمِّ مكتومٍ ^(٨) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٨) . فإن قيل : فقد أنكَّرَ عليها عمر ، وقال : ما كُنَّا لِنَدْعَ كِتَابَ رَبِّنَا ، وَسُنَّةَ نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ ، لا نُدْرِي أَصَدَقَتْ أَمْ كَذَبَتْ . وقال عروة : لقد عابَتْ عائشةُ ^(٨) ذلك أشدَّ العيبِ ، وقالت ^(٩) : إنَّها كانت في مكانٍ وحشٍ ، فَخِيفَ عَلَى نَاحِيَّتِهَا . وقال سعيدُ بنُ المُسيَّبِ : تلك امرأةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ ، إنَّها كانت لَسِنَّةً ، فَوَضَعَتْ عَلَى يَدِي ابْنِ أُمِّ مَكْتُومٍ الْأَعْمَى . قلنا : أمَّا مُخَالَفَةُ الْكِتَابِ ، فَإِنَّ فَاطِمَةَ لَمَّا أَنْكَرُوا عَلَيْهَا ، قَالَتْ : بَيْنِي وَبَيْنَكُمْ كِتَابُ اللَّهِ ، قَالَ تَعَالَى : ﴿ لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْرًا ﴾ ^(١٠) . فأى أمرٍ يَحْدُثُ بَعْدَ الثَّلَاثِ ؟ فكيف تقولون : لا نَفَقَةَ لها ، إذا لم تكن حَامِلًا فَعَلَامَ تُحْبِسُونَهَا ؟ فكيف تُحْبِسُ امْرَأَةً بِغَيْرِ نَفَقَةٍ ؟ وأمَّا قولهم : إنَّ عمرَ قال : لا نَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا . فقد أنكَّرَ أحمدُ هذا القولَ عن عمرَ ، قال : ولكنَّهُ قال : لا تُجِيزُ في ديننا قولَ امرأةٍ . وهذا مُجَمَّعٌ عَلَى خِلَافِهِ ، وقد أَخَذْنَا بِخَبَرِ فُرَيْعَةَ ، وَهِيَ امْرَأَةٌ ، وَبِرِوَايَةِ عَائِشَةَ وَأَزْوَاجِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، وَصَارَ أَهْلُ الْعِلْمِ إِلَى خَبَرِ فَاطِمَةَ هَذَا فِي كَثِيرٍ مِنَ الْأَحْكَامِ ، / مثل ١٦٤/٨

سَقُوطِ نَفَقَةِ الْمَبْتُوتَةِ إِذَا لَمْ تَكُنْ حَامِلًا ، وَنَظَرِ الْمَرْأَةِ إِلَى الرِّجَالِ ، وَخِطْبَةِ الرَّجُلِ عَلَى خِطْبَةِ أُخِيهِ إِذَا لَمْ تَكُنْ سَكَنَتْ إِلَى الْأَوَّلِ . وَأَمَّا تَأْوِيلُ مِنْ تَأْوَلَّ حَدِيثِهَا ، فَلَيْسَ بِشَيْءٍ ، فَإِنَّهَا تُخَالَفُهُمْ فِي ذَلِكَ ، وَهِيَ أَعْلَمُ بِحَالِهَا ، وَلَمْ يَتَّفِقِ الْمُتَأَوَّلُونَ عَلَى شَيْءٍ ، وَقَدْ رُدَّ عَلَى مَنْ رَدَّ عَلَيْهَا ، فَقَالَ مَيْمُونُ بْنُ مَهْرَانَ لِسَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، لَمَّا قَالَ : تِلْكَ امْرَأَةٌ فَتَنَتِ النَّاسَ : لَنْ كَانَتْ إِنَّمَا أَخَذَتْ بِمَا أَفْتَاهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ مَا فَتَنَتِ النَّاسَ ، وَإِنَّ لَنَا فِي

(٨) قول عائشة أخرجه البخاري ، في : باب قصة فاطمة بنت قيس ، وباب المطلقة إذا حشيت عليها ... ، من كتاب الطلاق . صحيح البخاري ٧٥/٧ . ومسلم ، في : باب المطلقة ثلاثا لانا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٦/٢ . وأبو داود ، في : باب من أنكَّر ذلك على فاطمة بنت قيس ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٤/١ . كما أخرج أبو داود قول عمر رضي الله عنه في الموضوع نفسه .

(٩) في ١ ، م : ١ وقال .

(١٠) سورة الطلاق ١ .

رسول الله ﷺ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ ، مع أَنَّهَا أَحْرَمُ النَّاسِ عَلَيْهِ ، ليس له عليها رَجْعَةٌ ، ولا بينهما ميراثٌ . وقولُ عائشةَ : إنها كانت في مكانٍ وَحْشٍ . لا يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلَّلَ بِغَيْرِ ذَلِكَ ، فقال : « يا ابنةَ آلِ قَيْسٍ ، إِنَّمَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ مَا كَانَ لِرَّوْجِكَ عَلَيْكَ الرَّجْعَةُ » . هكذا رواه الحُمَيْدِيُّ^(١١) ، والأَثَرُمُ^(١٢) . ولأنَّه لو صَحَّ ما قالته عائشةُ أو غيرها^(١٣) من التَّأْوِيلِ ، ما احتاجَ عمرُ في رَدِّه إلى أن يَعتَدِرَ بأنَّه قولُ امرأةٍ . ثم فاطمةُ صاحبةُ القِصَّةِ ، وهى أَعْرَفُ بِنَفْسِهَا وبِحَالِهَا ، وقد أَتَكَرَّتْ على مَنْ أَتَكَرَّ عليها ، وَرَدَّتْ على مَنْ رَدَّ خَبَرَهَا ، أو تَأَوَّلَه بِخِلَافِ ظَاهِرِهِ ، فيجِبُ تَقْدِيمُ قَوْلِهَا ؛ لِمَعْرِفَتِهَا بِنَفْسِهَا ، ومُوافَقَتِهَا ظَاهِرَ الخَبَرِ ، كما في سائرِ ما هذا سَبِيلُهُ .

فصل : قال أصحابنا : ولا يتعين الموضع الذى تسكنه فى الطلاق ، سواء قلنا : لها السُّكْنَى . أو لم نقل ، بل يتخير الزوج بين إقرارها فى الموضع الذى طلقها فيه ، وبين نقلها إلى مسكنٍ مِثْلِهَا ، والمُسْتَحَبُّ إقرارها ، لقوله تعالى : ﴿ لا تُخْرِجُوهُنَّ مِنْ بُيُوتِهِنَّ وَلا يَخْرُجْنَ إِلاَّ أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَاحِشَةٍ مُبِينَةٍ ﴾ . ولأنَّ فيه خُرُوجًا من الخِلافِ ، فإنَّ الذين ذكرنا عنهم أَنَّ لها السُّكْنَى ، يَرَوْنَ وَجُوبَ الاعتِدَادِ عليها فى منزلها ، فإن كانت فى بَيْتٍ يَمْلِكُ الرَّوْجُ سُكْنَاهَا ، وَيَصْلُحُ لِمِثْلِهَا ، اعتدَّتْ فيه ، فإن ضاقَ عنهما ، انتقلَ عنها وترَكَها لها ، لأنَّه يُسْتَحَبُّ سُكْنَاهَا فى الموضع الذى طلقها فيه ، وإن اتسعَ الموضعُ لهما ، وفى الدارِ موضعٌ لها مُنفَرَدٌ ، كالحِجْرَةِ أو عُلوِّ الدارِ أو سُفْلِهَا ، وبينهما بابٌ مُغْلَقٌ ، سَكَنْتْ فيه ، وسكنَ الرَّوْجُ فى الباقي ، لأنَّهما كالحِجْرَتَيْنِ المُتجاوِرَتَيْنِ ، وإن لم يكن بينهما بابٌ مُغْلَقٌ ، لكن لها موضعٌ تَتَسَتَّرُ فيه ، بحيث لا يراها ، ومعها محرَّمٌ تَتَحَفَّظُ به ، جاز ؛ لأنَّ مع المَحْرَمِ يُؤْمَنُ الفِسادُ ، ويُكَرَهُ فى الجملة ؛ لأنَّه لا يُؤْمَنُ النَّظَرُ ، وإن لم يكن معها محرَّمٌ ، لم يجز ؛ لقولِ النَّبِيِّ ﷺ : « لا يَخْلُونَ رَجُلٌ

١٦٥/٨

(١١) فى ب ، م : « الحميد » .

(١٢) وأخرجه الإمام أحمد ، فى : المسند ٦/٣٧٣ ، ٤١٧ .

(١٣) فى ا ، ب : « وغيرها » .

بِامْرَأَةٍ لَيْسَتْ لَهُ بِمَحْرَمٍ ؛ فَإِنَّ ثَالِثَهُمَا الشَّيْطَانُ » (١٤) . وَإِنْ ائْتَنَعَ مِنْ إِسْكَانِهَا ، وَكَانَتْ مَمَّنْ هَا عَلَيْهِ السُّكْنَى ، أُجْبِرَهُ الْحَاكِمُ ، فَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ مَعْدُومًا ، رَجَعَتْ عَلَى الزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَ الْحَاكِمُ موجودًا ، فَهَلْ تُرْجَعُ ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ . وَإِنْ كَانَ الزَّوْجُ حَاضِرًا ، وَلَمْ يَمْنَعْهَا مِنَ الْمَسْكَنِ ، فَانْكَرَتْ لِنَفْسِهَا مَوْضِعًا ، أَوْ سَكَنْتْ فِي مَوْضِعٍ تَمْلِكُهُ ، لَمْ تُرْجَعْ بِالْأَجْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تَبَرَّعَتْ بِذَلِكَ ، فَلَمْ تُرْجَعْ بِهِ عَلَى أَحَدٍ . وَإِنْ عَجَزَ الزَّوْجُ عَنْ إِسْكَانِهَا ؛ لِعُسْرَتِهِ ، أَوْ غَيْبَتِهِ ، أَوْ ائْتَنَعَ مِنْ ذَلِكَ مَعَ قُدْرَتِهِ ، سَكَنْتْ حَيْثُ شَاءَتْ . وَكَذَلِكَ الْمُتَوَفَّى عَنْهَا زَوْجُهَا ، إِذَا لَمْ يُسْكِنْهَا وَرَثَتُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا تَلَزَمَهَا السُّكْنَى فِي مَنْزِلِهِ لِتَحْصِينِ مَائِهِ ، فَإِذَا لَمْ تَفْعَلْ ، لَمْ يَلْزَمَهَا ذَلِكَ .

١٣٦٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَرَجَتْ إِلَى الْحَجِّ ، فَتَوَفَّى عَنْهَا ^(١) زَوْجُهَا ، وَهِيَ بِالْقُرْبِ ، رَجَعَتْ لِتَقْضَى الْعِدَّةَ ، فَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِي سَفَرِهَا ، فَإِنْ رَجَعَتْ وَقَدْ بَقِيَ عَلَيْهَا ^(٢) مِنْ عِدَّتِهَا شَيْءٌ ، أَتَتْ بِهِ فِي مَنْزِلِهَا) ^(٣)

وجملته أَنَّ الْمُعْتَدَّةَ مِنَ الْوَفَاةِ لَيْسَ لَهَا أَنْ تَخْرُجَ إِلَى الْحَجِّ ، وَلَا إِلَى ^(٤) غَيْرِهِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَثْمَانَ ، وَرَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، وَالْقَاسِمُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَالثَّوْرِيُّ . وَإِنْ خَرَجَتْ ، فَمَاتَ زَوْجُهَا فِي الطَّرِيقِ ، رَجَعَتْ إِنْ كَانَتْ قَرِيبَةً ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْإِقَامَةِ ، وَإِنْ تَبَاعَدَتْ ، مَضَتْ فِي سَفَرِهَا . وَقَالَ مَالِكٌ : تُرَدُّ مَا لَمْ تُحْرِمَ . وَالصَّحِيحُ أَنَّ الْبَعِيدَةَ لَا تُرَدُّ ؛ لِأَنَّهُ يَضُرُّ بِهَا ، وَعَلَيْهَا مَشَقَّةٌ ، وَلَا بُدَّ لَهَا ^(٥) مِنْ سَفَرٍ وَإِنْ رَجَعَتْ . قَالَ الْقَاضِي : يَنْبَغِي أَنْ يُحَدِّدَ الْقَرِيبُ

(١٤) أخرجه الترمذى ، فى : باب ما جاء فى لزوم الجماعة ، من كتاب الفتن - عارضة الأهودى ٩/٩ . وإمام

أحمد ، فى : المسند ١٨/١ ، ٢٦ ، ٣٣٩/٣ ، ٤٤٦ .

(١) سقط من : الأصل .

(٢) سقط من : ب ، م .

(٣) فى ا ، ب : « منزله » .

(٤) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(٥) فى الأصل ، ا : « بها » .

بما لا تُقصرُ فيه الصَّلَاةُ ، والبعيدُ ما تُقصرُ فيه ؛ لأنَّ ما لا تُقصرُ الصَّلَاةُ فيه أحكامه أحكامُ الحَضَرِ . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، إلاَّ أنَّه لا يرى القَصْرَ إلاَّ في مسيرَةِ ثلاثةِ أيَّامٍ .^(٦) فقال : متى كان بينها وبينَ مسكنِها دُونَ ثلاثةِ أيَّامٍ ، فعليها الرجوعُ إليه ، وإن كان فوق ذلك لزمها المَضِيُّ إلى مَقْصِدِها ، والاعتدَادُ فيه إذا كان بينها وبينه دُونَ ثلاثةِ أيَّامٍ^(٧) ، وإن كان بينه وبينها ثلاثةِ أيَّامٍ ، وفي موضعِها الذي هي به موضعُ يُمْكِنُها الإقامةُ فيه ، لزمها الإقامةُ ، وإن لم يُمْكِنُها الإقامةُ ، مَضَتْ إلى مَقْصِدِها . وقال الشافعيُّ : إن فارقتِ البنيانَ ، فلها الخيارُ بين الرجوعِ والتَّمامِ ؛ لأنَّها صارت في موضعٍ أُذِنَ لها رُجُوعُها فيه ، وهو السَّفَرُ ، فأشبهتْ ما لو كانت قد بَعَدَتْ . ولنا ، على وجوبِ الرجوعِ إذا كانت قَرِيبَةً ، ما رَوَى سعيدٌ^(٨) ، ثنا جَرِيرٌ ، عن منصورٍ ، عن سعيدِ بنِ المسيَّبِ / قال : تُوفِّي أزواجٌ ، نِسَاءُوهنَّ حاجاتٌ أو مُعْتَمِرَاتٌ ، فَرَدَّهِنَّ عَمْرٌ من ذِي الحُلَيْفَةِ ، حتى يَعتَدِدْنَ^(٩) في بيوتِهِنَّ^(١٠) . ولأنَّه^(١١) أَمْكَنَها الاعتدَادُ في منزلِها قبلَ أن يَبْعُدَ سَفَرُها ، فَلَزِمَها ، كما لو لم تُفارِقِ البنيانَ . وعلى أنَّ البعيدةَ لا يَلْزِمُها الرجوعُ ، أنَّ^(١٢) عليها مَشَقَّةٌ ، وَتَحْتَاجُ إلى سَفَرٍ في رُجُوعِها ، فأشبهتْ من بَلَّغَتْ مَقْصِدَها . وإن اختارتِ البعيدةُ الرجوعَ ، فلها ذلك إذا كانت تُصِلُ إلى منزلِها قبلَ انقضاءِ عِدَّتِها ، ومتى كان عليها في الرجوعِ حَوفٌ أو ضَرَرٌ ، فلها المَضِيُّ في سَفَرِها ، كما لو أَبْعَدَتْ^(١٣) . ومتى رَجَعَتْ ،

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) في : باب المتوفى عنها زوجها أين تعدد ، من كتاب الطلاق . السنن ٣١٧/١ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب مقام المتوفى عنها زوجها في بيتها حتى تحمل ، من كتاب الطلاق . الموطأ ٥٩١/٢ ، ٥٩٢ . والبيهقي ، في : باب سكنى المتوفى عنها زوجها ، من كتاب العدد . السنن الكبرى ٤٣٥/٧ .

وعبد الرزاق ، في : باب أين تعدد المتوفى عنها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٣٣/٧ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في المطلقة لها أن تحج في عدتها من كرهه ، من كتاب الطلاق . المصنف ١٨٢/٥ ، ١٨٣ .

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في ا : « ولأنها » .

(١٠) في م زيادة : « كان » .

(١١) في ا ، م : « بعدت » .

وقد بقي عليها شيء^(١٢) من عِدَّتِها ، لَزِمَها أن تأتي به في مَنْزِلِ زَوْجِها ، بلا خلافٍ نَعَلِمُه بينهم في ذلك ؛ لأنَّه أَمَكَنَها الاعتِدادُ فيه ، فَلَزِمَها ، كما لو لم تُسافرَ منه .

فصل : ولو كانت عليها حِجَّةُ الإسلام ، فمات زَوْجُها ، لَزِمَها العِدَّةُ في مَنْزِلِها وإن فاتتها الحجُّ ؛ لأنَّ العِدَّةَ في المنزلِ تُفوتُ ، ولا بَدَلُ لها ، والحجُّ يُمَكِّنُ الإتيانُ به في غيرِ هذا العام . وإن مات زَوْجُها بعدَ إِحرامِها بحجِّ الفَرَضِ ، أو بحجِّ^(١٣) أُذِنَ لها زَوْجُها فيه ، نَظَرَتْ ؛ فإن كان وَقْتُ الحجِّ مُتَّسِعًا ، لا تخافُ فَوْتَه ، ولا فوتَ الرُّفْقَةِ ، لَزِمَها الاعتِدادُ في مَنْزِلِها ؛ لأنَّه أَمَكَنَ الجمعُ بين الحَقَّيْنِ ، فلم يَجْزُ إسقاطُ أَحَدِهما ، وإن خَشِيتُ فَوْتَ الحجِّ ، لَزِمَها المُضِيُّ فيه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةَ : يَلْزِمُها المُقَامُ وإن فاتتها الحجُّ ؛ لأنَّها مُعْتَدَّةٌ ، فلم يَجْزُ لها أن تُنشىءَ سَفَرًا ، كما لو أَحْرَمَتْ بعدَ وَجوبِ العِدَّةِ عليها . ولنا ، أنَّهما عِبَادَتانِ اسْتَوِيَا في الوُجوبِ ، ووضيقتُ الوَقْتِ ، فوَجَبَ تَقْدِيمُ الأَسْبِقِ منهما ، كما لو كانت العِدَّةُ أَسْبَقَ ، ولأنَّ الحجَّ آكَدُ ؛ لأنَّه أَحَدُ أركانِ الإسلامِ ، والمَشَقَّةُ بِتَفْوِيتهِ تُعْظَمُ ، فوَجَبَ تَقْدِيمُه ، كما لو مات زَوْجُها بعدَ أن بَعُدَ سَفَرُها إليه . وإن أَحْرَمَتْ بالحجِّ بعدَ مَوْتِ زَوْجِها ، وخَشِيتُ فَوَاتَه ، اِحْتَمَلَ أن يَجوزَ لها المُضِيُّ إليه ؛ لما في بقائِها في الإحرامِ من المَشَقَّةِ ، واحْتَمَلَ أن يَلْزِمَها الاعتِدادُ في مَنْزِلِها ؛ لأنَّ العِدَّةَ أَسْبَقَ ، ولأنَّها فَرَطَتْ وغلَطَتْ على نَفْسِها ، فإذا قَضَيْتِ العِدَّةَ ، وأَمَكَنَها السَّفَرُ إلى الحجِّ ، لَزِمَها ذلك ، فإن أدْرَكَته ، وإلا تحلَّتْ بعملِ عُمرةٍ ، وحكُمُها في القضاءِ حُكْمُ مَنْ فاتَه الحجُّ . وإن لم يُمَكِّنْها السَّفَرُ ، فحُكْمُها حُكْمُ المُحْصَرِ^(١٤) ، كالتي يَمْتَنِعُها زَوْجُها من السَّفَرِ . وحكْمُ الإحرامِ بالعُمرةِ كذلك ، إذا خيفَ فَوْتُ الرُّفْقَةِ أو لم يُخَفَ .

فصل : وإذا أذِنَ لها زَوْجُها / للسَّفَرِ لغيرِ الثَّقَلَةِ ، فَخَرَجَتْ ، ثم مات زَوْجُها ، ١٦٦/٨ و

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في الأصل : حج .

(١٤) في ب ، م : المحصر ، تحريف .

فالحُكْمُ في ذلك كالحُكْمِ في سَفَرِ الحَجِّ ، على ما ذكرنا من التَّفْصِيلِ . وإِذَا مَضَتْ إلى مَقْصِدِهَا ، فلها الإِقَامَةُ حتى تَقْضِيَ ما خَرَجَتْ إليه ، وَتَنْقِضِي حَاجَتَهَا من تِجَارَةٍ أو غَيْرِهَا . وَإِنْ كَانَ خُرُوجُهَا لِزَهْرَةٍ أو زِيَارَةٍ ، أو لم^(١٥) يَكُنْ قَدَّرَ لها مُدَّةً ، فَإِنَّهَا تُقِيمُ إِقَامَةَ المُسَافِرِ ثَلَاثًا ، وَإِنْ كَانَ^(١٦) قَدَّرَ لها مُدَّةً ، فلها إِقَامَتُهَا ؛ لِأَنَّ سَفَرَهَا بِحُكْمِ إِذْنِهِ ، فَكَانَ لها إِقَامَةٌ مَا أُذِنَ لها فِيهِ ، فَإِذَا مَضَتْ مُدَّتُهَا ، أو قَضَتْ حَاجَتَهَا ، ولم يُمَكِّنْهَا الرُّجُوعُ ؛ لِخَوْفِ أو غَيْرِهِ ، أُنْتَمَتِ العِدَّةُ في مَكَانِهَا ، وَإِنْ أَمَكَّنَهَا الرُّجُوعُ ، لَكِنْ لَا يُمَكِّنُهَا الوُصُولُ إلى مَنْزِلِهَا حتى تَنْقِضِي عِدَّتُهَا ، لِزِمَّتِهَا الإِقَامَةُ في مَكَانِهَا ؛ لِأَنَّ الاِعْتِدَادَ وَهِيَ مُقِيمَةٌ أَوْلَى من الإِثْبَانِ بِهَا في السَّفَرِ . وَإِنْ كَانَتْ تَصِلُ وَقَدْ بَقِيَ من عِدَّتِهَا شَيْءٌ ، لِزِمَّتِهَا العَوْدُ ؛ لِتَأْتِيَ بِالْعِدَّةِ في مَكَانِهَا .

فصل : وَإِنْ أُذِنَ الرُّوْحُ لها في الاِنتِقَالِ إلى دَارٍ أُخْرَى ، أو بِلَدٍ أُخْرَى ، فمَاتَ قَبْلَ انْتِقَالِهَا ، لِزِمَّتِهَا الاِعْتِدَادُ في الدَّارِ الَّتِي هِيَ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا بَيْتُهَا ، وَسَوَاءٌ مَاتَ قَبْلَ نَقْلِ مَتَاعِهَا أو بَعْدَهُ ؛ لِأَنَّهَا مَسْكُنُهَا ، مَا^(١٧) لَمْ تَنْتَقِلْ عَنْهُ . وَإِنْ مَاتَ بَعْدَ انْتِقَالِهَا إلى الثَّانِيَةِ ، اعْتَدَّتْ فِيهَا ؛ لِأَنَّهَا مَسْكُنُهَا ، وَسَوَاءٌ كَانَتْ قَدْ نَقَلَتْ مَتَاعَهَا ، أو لَمْ تَنْقُلْهُ . وَإِنْ مَاتَ وَهِيَ بَيْنَهُمَا ، فَهِيَ مُخَيَّرَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا مَسْكَنَ لها مِنْهُمَا ، فَإِنَّ الأَوَّلَى قَدْ خَرَجَتْ عَنْهَا مُنْتَقِلَةً ، فَخَرَجَتْ عَنْ كَوْنِهَا مَسْكِنًا لها ، وَالثَّانِيَةَ لَمْ تَسْكُنْ بِهَا ، فَهِيَ سَوَاءٌ . وَقِيلَ : يَلْزِمُهَا الاِعْتِدَادُ في الثَّانِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا المَسْكَنُ الَّذِي أُذِنَ لها زَوْجُهَا في السُّكْنَى بِهِ . وَهَذَا يُمَكِّنُ في الدَّارَيْنِ ، فَأَمَّا إِذَا كَانَا بِلَدَيْنِ ، لَمْ يَلْزِمْهَا الاِنتِقَالُ إلى البَلَدِ الثَّانِي بِحَالٍ ؛ لِأَنَّهَا إِذَا كَانَتْ تَنْتَقِلُ لِعَرَضِ زَوْجِهَا في صُحْبَتِهَا إِيَّاهُ ، وَإِقَامَتِهَا مَعَهُ ، فَلَوْ أَلْزَمْنَاها ذَلِكَ بَعْدَ مَوْتِهِ ، لَكَلَّفْنَاها السَّفَرَ الشَّاقَّ ، وَالتَّعَرُّبَ عن وَطَنِهَا وَأَهْلِهَا ، وَالمُقَامَ مع غَيْرِ مَحْرَمِهَا ، وَالمُخَاطَرَةَ بِنَفْسِهَا ، مع فَوَاتِ العَرَضِ ، وَظَاهِرُ حَالِ الرُّوْحِ أَنَّهُ لو عَلِمَ أَنَّهُ يَمُوتُ ، لَمَا

(١٥) في ١ : « ولم » .

(١٦) سقط من : م .

(١٧) سقط من : الأصل .

تَقَلَّهَا ، فصارت الحياة مشروطةً في الثقله . فأما إن انتقلت إلى الثانية ، ثم عادت إلى الأولى لِتَقِلَّ مَتَاعِهَا ، فمات زَوْجُهَا وهي بها ، فعليها الرجوعُ إلى الثانية ؛ لأنها صارت مَسْكَنَهَا بِانْتِقَالِهَا إِلَيْهَا ، وإنما عادت إلى الأولى لحاجة ، والاعتبار بِمَسْكَنِهَا دُونَ مَوْضِعِهَا . وإن مات وهي في الثانية ، فقالت : / أَذِنَ لِي زَوْجِي فِي السُّكْنَى بِهَذَا الْمَكَانِ . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ ، أو قالت : إِنَّمَا أَذِنَ لِي زَوْجِي فِي الْمَجِيءِ إِلَيْهِ ، لا في الإقامَةِ به . وَأَنْكَرَ ذَلِكَ الْوَرِثَةُ ، فالقول قولُها ؛ لأنها أَعْرَفَ بِذَلِكَ مِنْهُمْ . وكلُّ مَوْضِعٍ قُلْنَا : يَلْزَمُهَا السَّفَرُ عَنْ بَلَدِهَا . فهو مشروطٌ بِوُجُودِ مَحْرَمِهَا مُسَافِرًا مَعَهَا ، والأَمْنِ على نَفْسِهَا ؛ لقول رسول الله ﷺ : « لَا يَحِلُّ لِمَرْأَةٍ تُؤْمِنُ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ، أَنْ تُسَافِرَ مَسِيرَةَ يَوْمٍ وَلَيْلَةٍ ، إِلَّا مَعَ ذِي مَحْرَمٍ مِنْ أَهْلِهَا »^(١٨) . أو كما قال .

١٣٦٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَهَا زَوْجُهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا وَهِيَ نَائٍ عَنْهَا ، فَعَدَّتْهَا مِنْ يَوْمِ مَاتَ أَوْ طَلَّقَ ، إِذَا صَحَّ ذَلِكَ عِنْدَهَا ، وَإِنْ لَمْ تَجْتَنِبْ مَا تَجْتَنِبُ الْمُعْتَدَّةُ)

هذا^(١٩) المشهورُ في المذهب ، وأنه متى مات زَوْجُهَا أَوْ طَلَّقَهَا ، فَعَدَّتْهَا مِنْ يَوْمِ مَوْتِهِ وَطَلَّاقِهِ . قال أبو بكر : لا خِلافَ عن أبي عبد الله أَعْلَمُهُ ، أن العِدَّةَ تَجِبُ مِنْ حِينِ الْمَوْتِ وَالطَّلَاقِ ، إِلَّا مَا رَوَاهُ إِسْحَاقُ بْنُ إِبرَاهِيمَ . وهذا قولُ ابنِ عمرَ ، وابنِ عباسِ ، وابنِ مسعودٍ ، ومُسْرُوقٍ ، وعَطَاءٍ ، وجابرِ بنِ زيدٍ ، وابنِ سيرينَ ، ومُجاهِدٍ ، وسعيدِ بنِ جُبَيْرٍ ، وعِكْرِمَةَ ، وطَاوُسٍ ، وسليمانَ بنِ يسارٍ ، وأبِي قَلَابَةَ ، وأبِي الْعَالِيَةِ ، والنَّخَعِيِّ ، ونافعٍ ، ومالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والشافعيِّ ، وإسحاقَ ، وأبِي عُبَيْدٍ ، وأبِي ثَوْرٍ ، وأصحابِ الرَّأْيِ . وعن أحمدَ : إن قامتْ بِذَلِكَ بَيِّنَةٌ ، فكما ذكرنا^(٢٠) . وإلَّا فَعَدَّتْهَا مِنْ

(١٨) تقدم تخريجه في ١٠٩/٣ .

(١) في الزيادة : « هو » .

(٢) في ١ ، م : « ذكره » .

يوم يَأْتِيهَا الْخَبْرُ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ . وَيُرْوَى عَنْ عَلِيٍّ ، وَالْحَسَنِ ، وَقَتَادَةَ ، وَعَطَاءِ الْخُرَاسَانِيِّ ، وَخِلَاسِ بْنِ عَمْرٍو ، أَنَّ عِدَّتَهَا مِنْ يَوْمِ يَأْتِيهَا الْخَبْرُ ؛ لِأَنَّ الْعِدَّةَ اجْتِنَابُ أَشْيَاءَ ، وَمَا ^(٣) اجْتَنَبْتَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَوَضَعَتْ حَمْلَهَا غَيْرَ عَالِمَةٍ بِفُرْقَةِ زَوْجِهَا ، لَأَنْقَضَتْ عِدَّتَهَا ، فَكَذَلِكَ سَائِرُ أَنْوَاعِ الْعِدِّ ، وَلِأَنَّهُ زَمَانٌ عَقِيبَ الْمَوْتِ أَوْ الطَّلَاقِ ، فَوَجِبَ أَنْ تَعْتَدَّ بِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ حَاضِرًا ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ غَيْرَ مُعْتَبَرٍ فِي الْعِدَّةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الصَّغِيرَةَ وَالْمَجْنُونَةَ تَنْقُضِي عِدَّتَهُمَا مِنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، وَلَمْ يُعَدِّمْ هُنَا إِلَّا ^(٤) الْقَصْدَ ، وَسِوَاءَ فِي هَذَا اجْتِنَابُ مَا تَحْتَجُّبُهُ الْمُعْتَدَاتُ ، أَوْ لَمْ تَحْتَجِّبْهُ ، فَإِنَّ الْإِحْدَادَ الْوَاجِبَ لَيْسَ بِشَرْطٍ فِي الْعِدَّةِ ، فَلَوْ تَرَكَتَهُ قَصْدًا ، أَوْ عَنْ غَيْرِ قَصْدٍ ، لَأَنْقَضَتْ عِدَّتَهَا ، فَإِنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يَرِيضُنَّ بِأَنْفُسِهِنَّ ثَلَاثَةَ قُرُوءٍ ﴾ ^(٥) . وَقَالَ : ﴿ فَعِدَّتُهُنَّ / ثَلَاثَةُ أَشْهُرٍ ﴾ ^(٦) . وَقَالَ : ﴿ وَأَوْلَتْ الْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ ^(٦) . وَفِي اشْتِرَاطِ الْإِحْدَادِ مُخَالَفَةٌ هَذِهِ النُّصُوصِ ، فَوَجِبَ أَنْ لَا يُشْتَرَطَ .

و ١٦٧/٨

(٣) سقطت « ما » من الأصل .

(٤) في الأصل : « غير » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٨ .

(٦) سورة الطلاق ٤ .

كتاب الرضاع

الأصل في التحريم بالرضاع الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾ ^(١) . ذكرهم ^(٢) الله سبحانه في جُمْلَةِ الْمُحْرَمَاتِ . وأما السنة ، فما رَوَتْ عائشةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ الرُّضَاعَةَ تُحْرِمُ مَا تُحْرِمُ الْوِلَادَةُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٣) . وفي لفظٍ : « يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . رواه النَّسَائِيُّ ^(٤) . وعن ابن عباس ، قال : قال رسول الله ﷺ في بِنْتِ حَمْرَةَ : « لَا تَحِلُّ لِي ، يَحْرُمُ مِنَ الرُّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ ، وَهِيَ ابْنَةُ أُخِي مِنْ الرُّضَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٥) . في أخبارٍ كثيرة ، نَذُرُ أَكْثَرَهَا إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى فِي تَضَاعِيفِ الْبَابِ . وَأَجْمَعَ عُلَمَاءُ الْأُمَّةِ عَلَى التَّحْرِيمِ بِالرُّضَاعِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ تَحْرِيمَ الْأُمِّ وَالْأُخْتِ ثَبَتَ بِنَصِّ الْكِتَابِ ، وَتَحْرِيمَ الْبِنْتِ ثَبَتَ بِالتَّشْبِيهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا حُرِّمَتِ الْأُخْتُ فَالْبِنْتُ أَوْلَى ، وَسَائِرُ الْمُحْرَمَاتِ ثَبَتَ تَحْرِيمُهُنَّ بِالسُّنَّةِ . وَثَبَتُ الْمَحْرَمِيَّةُ ، لِأَنَّهَا فَرَعٌ عَلَى التَّحْرِيمِ إِذَا كَانَ بِسَبَبِ مُبَاجِحٍ ، فَأَمَّا بَقِيَّةُ أَحْكَامِ النَّسَبِ ؛ مِنْ النِّفَقَةِ ، وَالْعَتَقِ ، وَرَدِّ الشَّهَادَةِ ، وَغَيْرِ ذَلِكَ ، فَلَا يَتَعَلَّقُ بِهِ ؛ لِأَنَّ النَّسَبَ أَقْوَى مِنْهُ ، فَلَا يُقَاسُ عَلَيْهِ فِي جَمِيعِ أَحْكَامِهِ ، وَإِنَّمَا يُشَبَّهُ بِهِ فِيمَا نَصَّ عَلَيْهِ فِيهِ .

١٣٦٧ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رحمه الله : (وَالرُّضَاعُ الَّذِي لَا يُشَكُّ فِي تَحْرِيمِهِ ، أَنْ يَكُونَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ فَصَاعِدًا)

(١) سورة النساء ٢٣ .

(٢) في ١ ، ب ، م ، ن : ذكرهما .

(٣) تقدم التخرج ، في : ٥١٣ / ٩ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

في هذه المسألة مسألتان :

إحداهما ، أن الذي يتعلّق به التّحرّيمُ خمسُ رضعاتٍ فصاعداً . هذا الصّحيحُ في المذهبِ . ورُوِيَ هذا عن عائشةَ ، وابنِ مسعودٍ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، وعطاءٍ ، وطاوسٍ . وهو قولُ الشافعيِّ . وعن أحمدٍ روايةٌ ثانية^(١) ، أن قليلاً الرضاعِ وكثيره يُحرّمُ . ورُوِيَ^(٢) ذلك عن عليٍّ ، وابنِ عباسٍ . وبه قال سعيدُ بنُ المسيّبِ ، والحسنُ ، ومكحولٌ ، والزُّهريُّ ، وقتادةٌ ، والحكّمُ ، وحمّادٌ ، ومالكٌ ، والأوزاعيُّ ، والثوريُّ ، والليثُ ، وأصحابُ الرّأيِ . وزعمَ / الليثُ أن المسلمينَ أجمعوا على أن قليلاً الرضاعِ وكثيره يُحرّمُ في المَهْدِ ما يُفطِرُ به الصائمُ . واحتجوا بقول الله تعالى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّائِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ ﴾^(٣) . وقوله عليه السلام : « يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . وعن عُقْبَةَ بنِ الحارثِ ، أَنَّهُ تَزَوَّجَ أُمَّ يَحْيَى بِنْتَ أَبِي إِهَابٍ ، فَجَاءَتْ أُمَّةً سَوْدَاءً ، فَقَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمْ . فَذَكَرْتُ ذَلِكَ لِلنَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَ : « كَيْفَ ، وَقَدْ رَعِمْتَ أَنْ قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا ! » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٤) . (° ولأن ذلك °) فِعْلٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمٌ مُؤَيَّدٌ ، فَلَمْ يُعْتَبَرِ فِيهِ الْعَدْدُ ، كَتَحْرِيمِ أُمَّهَاتِ النِّسَاءِ ، وَلَا يَلْزِمُ اللَّعَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَوْلٌ . وَالرُّوَايَةُ الثَّلَاثَةُ^(٦) ، لَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ إِلَّا بِثَلَاثِ رَضَعَاتٍ . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ،

(١) في ١ : « أخرى » .

(٢) في ب : « ويروى » .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) أخرجه البخاري ، في : باب تفسير المشبهات ، من كتاب البيوع ، وفي : باب شهادة المرضعة ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٧٠/٣ ، ١٣/٧ . والترمذي ، في : باب ما جاء في شهادة المرأة الواحدة في الرضاع ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحمدي ٩٤/٥ . والنسائي ، في : باب الشهادة في الرضاع ، من كتاب النكاح . المجتبى ٩٠/٦ . والدارمي ، في : باب شهادة المرأة الواحدة على الرضاع ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨/٢ ، ١٥٩ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣٨٤ ، ٨ ، ٧/٤ .

وقد ذكر المؤلف أنه متفق عليه ، ولكن عقبة بن الحارث من أفراد البخاري ، ولم يخرج له مسلم . انظر : الجمع بين رجال الصحيحين ٣٨١/١ ، والإرواء ٧/٢٢٥ .

(٥-٥) في ١ ، ب : « ولأنه » .

(٦) في : الأصل ، م : « الثانية » .

وداود ، وابنُ المُنذرِ ؛ لقولِ النَّبِيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لَا تُحْرَمُ الْمَصَّةُ وَلَا الْمَصَّتَانِ » . وعن أمِّ الفَضْلِ بنتِ الحارثِ ، قالت : قالَ نَبِيُّ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لَا تُحْرَمُ الْإِمْلَاجَةُ ^(٧) وَلَا الْإِمْلَاجَتَانِ » . رواهما مسلمٌ ^(٨) . ولأنَّ ما يُعْتَبَرُ فِيهِ الْعَدْدُ وَالتَّكْرَارُ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ الثَّلَاثُ . وَرُوِيَ عَنْ حَفْصَةَ : لَا يُحْرَمُ دُونَ عَشْرِ رَضَعَاتٍ ^(٩) . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عَائِشَةَ ^(١٠) ؛ لِأَنَّ عُرْوَةَ رَوَى فِي حَدِيثِ سَهْلَةَ بِنْتِ سُهَيْلٍ : فَقَالَ لَهَا رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « أَرْضِعِيهِ عَشْرَ رَضَعَاتٍ ، فَيُحْرَمُ بِلَيْنِهَا » . وَوَجْهُ ^(١١) الْأَوَّلَى ، مَا رُوِيَ عَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّهَا قَالَتْ : أَنْزَلَ فِي الْقُرْآنِ « عَشْرُ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمَنَّ » ^(١٢) . فُنُسِّخَ مِنْ ذَلِكَ خَمْسٌ ، وَصَارَ إِلَى خَمْسِ رَضَعَاتٍ مَعْلُومَاتٍ يُحْرَمَنَّ ، فَتَوَفَّى رَسُولُ اللهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وَالْأَمْرُ عَلَى ذَلِكَ . رواه مسلمٌ ^(١٣) .

(٧) الإملاجة : المصّة .

(٨) في : باب في المصّة والمصتان ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٧٣/٢ - ١٠٧٥ . كما أخرجهما النسائي ، في : باب القدر الذي يحرم من الرضاعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٣/٦ . والدارمي ، في : باب كم رضعة تحرم ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٧/٢ .

وأخرج الأول أبو داود ، في : باب هل يحرم مادون خمس رضعات ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٦/١ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا تحرم المصّة ولا المصتان ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى ٩٠/٥ - ٩٢ . وابن ماجه ، في : باب لا تحرم المصّة ولا المصتان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٤/١ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤/٤ ، ٥ ، ٣١/٦ ، ٩٦ ، ٢١٦ ، ٢٤٧ .

وأخرج الثاني الإمام أحمد ، في : المسند ٣٣٩/٦ ، ٣٤٠ .

(٩) أخرجه البيهقي ، في : باب من قال : لا يحرم من الرضاع إلا خمس رضعات ، من كتاب الرضاع . السنن الكبرى

٤٥٧/٧ . وعبد الرزاق ، في : باب القليل من الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٧٠/٧ .

(١٠) لم نجده بهذا اللفظ : « عشر رضعات » . وانظر ما يأتي من تخریج حديث عائشة عند الإمام مالك .

(١١) في الأصل ، ب ، م ، « وجه » .

(١٢) سقط من : ب .

(١٣) في : باب التحريم بخمس رضعات ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٧٥/٢ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب هل تحرم مادون خمس رضعات ، من كتاب النكاح . سنن أبي داود ٤٧٦/١ .

والترمذي ، في : باب ما جاء لا تحرم المصّة ولا المصتان ، من كتاب الرضاع . عارضة الأحوذى ٩٢/٥ . وابن ماجه ،

في : باب لا تحرم المصّة ولا المصتان ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٥/١ . والدارمي ، في : باب كم رضعة

تحرم ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٧/٢ . والإمام مالك ، في : باب جامع ما جاء لا تحرم المصّة ولا المصتان ،

من كتاب الرضاع . الموطأ ٦٠٨/٢ .

وَرَوَى مَالِكٌ (١٤) ، (١٥) عَنِ الرَّهْرِيِّ (١٥) ، عَنْ عُرْوَةَ ، عَنْ عَائِشَةَ ، عَنْ سَهْلَةَ بِنْتِ سُهَيْلٍ : « أَرْضِعِي سَالِمًا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَيَحْرُمُ بِلَيْنِهَا » . وَالآيَةُ فَسَّرْتُهَا السُّنَّةُ ، وَبَيَّنَّتِ الرُّضَاعَةَ الْمُحْرَمَةَ ، وَصَرِّحُ مَا رَوَيْنَاهُ يَخْصُ مَفْهُومَ مَا رَوَوْهُ ، فَتَجَمَّعُ بَيْنَ الْأَخْبَارِ ، وَنَحْمِلُهَا عَلَى الصَّرِيحِ الَّذِي رَوَيْنَاهُ .

فصل : وَإِذَا وَقَعَ الشُّكُّ فِي وُجُودِ الرُّضَاعِ ، أَوْ فِي عَدَدِ الرُّضَاعِ الْمُحْرَمِ ، هَلْ كَمَلًا أَوْ لَا ؟ لَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُهُ ، فَلَا نَزُولُ عَنِ الْيَقِينِ بِالشُّكِّ ، كَمَا لَوْ شَكَّ فِي وُجُودِ الطَّلَاقِ أَوْ عَدَدِهِ (١٦) .

المسألة الثانية : أن تكون الرضعات متفرقات . وبهذا قال الشافعي . والمراجع في معرفة / الرضعة إلى العرف ؛ لأن الشرع ورد بها مطلقاً ، ولم يحدّها بزمن ولا مقدار ، فدل ذلك على أنه ردّهم إلى العرف ، فإذا ارتضع الصبي ، وقطع قطعاً بيننا باختياره ، كان ذلك رضعةً ، فإذا عاد ، كانت رضعةً أخرى . فأما إن قطع لصبي نفس ، أو للثبقال من الثدي إلى الثدي ، أو لشيء يُلْهيه ، أو قطعت عليه المرضعة ، نظرنا ؛ فإن لم يعد قريباً فهي رضعة ، وإن عاد في الحال ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، أن الأولى رضعة ، فإذا عاد فهي رضعةً أخرى . وهذا اختيار أبي بكر ، وظاهر كلام أحمد في رواية حنبل ؛ فإنه قال : أما ترى الصبي يرتضع من الثدي ، فإذا أدركه النفس أمسك عن الثدي ليتنفس أو يستريح ، فإذا فعل ذلك فهي رضعة . وذلك لأن الأولى رضعة لو لم يعد ، فكانت رضعةً وإن عاد ، كما لو قطع باختياره . والوجه الآخر ، أن جميع ذلك رضعة . وهو مذهب الشافعي ، إلا فيما إذا قطعت عليه المرضعة ، ففيه وجهان ؛ لأنه لو حلف : لا أكلت اليوم إلا أكلة واحدة . فاستدام الأكل زمناً ، أو قطع لشرب ماء (١٧) أو انتقال

١٦٨/٨

(١٤) تقدم تخريجه في : ٤٩٢/٩ .

(١٥) (١٥-١٥) في ١ ، م ، : « والزهرى » .

(١٦) في الأصل ، م ، : « وعدده » .

(١٧) في ب ، م ، : « الماء » .

من لَوْنٍ إِلَى لَوْنٍ ، أَوْ ائْتِظَارٍ لِمَا يُحْمَلُ إِلَيْهِ مِنَ الطَّعَامِ ، لَمْ يُعَدَّ إِلَّا أَكْلَةً وَاحِدَةً ، فَكَذَا هُنَا . وَالْأَوَّلُ أَوْلَى ^(١٨) ؛ لِأَنَّ الْيَسِيرَ مِنَ السَّعُوطِ وَالْوَجُورِ رِضْعَةٌ ، فَكَذَا هَذَا ^(١٩) .

١٣٦٨ - مسألة ؛ قال : (وَالسَّعُوطُ كَالرِّضَاعِ ، وَكَذَلِكَ الْوَجُورُ)

معنى السَّعُوطُ : أَنْ يُصَبَّ اللَّبَنُ فِي أَنْفِهِ مِنْ إِنْاءٍ أَوْ غَيْرِهِ . وَالْوَجُورُ : أَنْ يُصَبَّ فِي حَلْقِهِ صَبًّا مِنْ ^(١) غَيْرِ الثَّدْيِ . وَاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فِي التَّحْرِيمِ بَيْنَهُمَا ، فَأَصَحُّ الرَّوَايَتَيْنِ أَنَّ التَّحْرِيمَ يَثْبُتُ بِذَلِكَ ، كَمَا يَثْبُتُ بِالرِّضَاعِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ فِي الْوَجُورِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَثْبُتُ بَيْنَهُمَا التَّحْرِيمُ . وَهُوَ اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَمَذْهَبُ دَاوُدَ ، وَقَوْلُ عَطَاءِ الْخُرَّاسَانِيِّ فِي السَّعُوطِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِرِضَاعٍ ، وَإِنَّمَا حَرَّمَ اللَّهُ تَعَالَى وَرَسُولُهُ بِالرِّضَاعِ ، وَلِأَنَّهُ حَصَلَ مِنْ غَيْرِ ارْتِضَاعٍ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ دَخَلَ مِنْ جُرْحٍ فِي بَدَنِهِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى ابْنُ مَسْعُودٍ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا رِضَاعَ إِلَّا مَا أُشْنَزَ الْعَظْمُ ، وَأُثْبِتَ اللَّحْمُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٢) . وَلِأَنَّ هَذَا يَصِلُ بِهِ اللَّبَنُ إِلَى حَيْثُ يَصِلُ بِالْارْتِضَاعِ ، ^(٣) وَيَحْصُلُ بِهِ مِنْ إِبْطَابِ اللَّحْمِ وَإِنْشَارِ الْعَظْمِ مَا يَحْصُلُ مِنَ الْارْتِضَاعِ ^(٤) ، فَيَجِبُ أَنْ يُسَاوِيَهُ فِي التَّحْرِيمِ ، / وَالْأَنْفُ سَبِيلٌ ^(٥) لِفِطْرِ الصَّائِمِ ^(٦) . فَكَانَ سَبِيلًا لِلتَّحْرِيمِ ، كَالرِّضَاعِ بِالْفَقْمِ .

فصل : وَإِنَّمَا يُحْرَمُ مِنْ ذَلِكَ مِثْلُ الَّذِي يُحْرَمُ بِالرِّضَاعِ ، وَهُوَ خَمْسٌ فِي الرَّوَايَةِ الْمَشْهُورَةِ ، فَإِنَّهُ فَرَعَ عَلَى الرِّضَاعِ ، فَيَأْخُذُ حُكْمَهُ ، فَإِنْ ارْتَضَعَ وَكَمَلَ الْخَمْسَ بِسَعُوطِ

(١٨) فِي م : « أَصَحُّ » .

(١٩) فِي ب : « هَاهُنَا » .

(١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) فِي : بَابُ فِي رِضَاعَةِ الْكَبِيرِ ، مِنْ كِتَابِ النِّكَاحِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٧٥/١ .

كَأَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمَسْنَدِ ٤٣٢/١ .

(٣-٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ . نَقَلَ نَظْرًا .

(٤-٤) فِي م : « الْفِطْرُ لِلصَّائِمِ » .

أَوْ وَجُورٍ ، أَوْ أَسْعَطَ^(٥) أَوْ أَوْجَرَ^(٦) ، وَكَمَلَ الْخَمْسَ بَرِضَاعٍ ، ثَبَتَ التَّحْرِيمُ ، لِأَنَّ جَعْلَنَا كَالرِّضَاعِ فِي أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، فَكَذَلِكَ فِي إِكْمَالِ الْعَدَدِ ، وَلَوْ حَلَبَتْ فِي إِنَاءٍ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، ثُمَّ سَقَتْهُ غَلَامًا فِي خَمْسَةِ أَوْقَاتٍ ، فَهُوَ خَمْسُ رَضَعَاتٍ ، فَإِنَّهُ لَوْ أَكَلَ مِنْ طَعَامِ خَمْسَ دَفْعَاتٍ^(٧) مُتَّفَرِّقَاتٍ ، لَكَانَ قَدْ أَكَلَ خَمْسَ أَكْلَاتٍ . وَإِنْ حَلَبَتْ فِي إِنَاءٍ خَمْسَ^(٨) حَلَبَاتٍ فِي خَمْسَةِ أَوْقَاتٍ ، ثُمَّ سَقِيَهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، كَانَ^(٩) رَضْعَةً وَاحِدَةً ، كَمَا لَوْ جُعِلَ الطَّعَامُ فِي إِنَاءٍ وَاحِدٍ فِي خَمْسَةِ أَوْقَاتٍ ، ثُمَّ أَكَلَهُ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، كَانَ أَكْلَةً وَاحِدَةً . وَحُكِيَ عَنِ الشَّافِعِيِّ قَوْلَ فِي الصُّورَيْنِ عَكْسُ مَا قُلْنَا^(١٠) اِعْتِبَارًا^(١١) الْخُرُوجَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الْاِعْتِبَارَ^(١٢) بِالْإِرْضَاعِ^(١٣) ، وَالْوَجُورُ فَرَعُهُ . وَلَنَا ، أَنَّ الْاِعْتِبَارَ بِشُرْبِ الصَّبِيِّ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ الْمُحَرَّمُ ، وَلِهَذَا ثَبَتَ التَّحْرِيمُ بِهِ مِنْ غَيْرِ رِضَاعٍ ، وَلَوْ ارْتَضَعَ بِحَيْثُ يَصِلُ إِلَى فِيهِ ، ثُمَّ مَجَّهَ ، لَمْ يَثْبُتِ التَّحْرِيمُ ، فَكَانَ الْاِعْتِبَارُ بِهِ ، وَمَا وَجَدَ مِنْهُ إِلَّا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، فَكَانَ رَضْعَةً وَاحِدَةً ، وَإِنْ سَقَتْهُ فِي أَوْقَاتٍ ، فَقَدْ وَجَدَ فِي خَمْسَةِ أَوْقَاتٍ ، فَكَانَ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَأَمَّا إِنْ سَقَتْهُ اللَّبَنَ الْجَمُوعَ جُرْعَةً بَعْدَ جُرْعَةٍ مُتَّابِعَةٍ ، فَظَاهِرُ قَوْلِ^(١٤) الْخِرَقِيِّ أَنَّهُ رَضْعَةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِإِعْتِبَارِهِ خَمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَّفَرِّقَاتٍ ، وَلِأَنَّ الْمَرْجِعَ فِي الرِّضْعَةِ إِلَى الْعُرْفِ ، وَهُمْ لَا يُعَدُّونَ هَذَا رَضَعَاتٍ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ أَكَلَ الْآكِلُ الطَّعَامَ لُقْمَةً بَعْدَ لُقْمَةٍ ، فَإِنَّهُ لَا يُعَدُّ أَكْلَاتٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يُخَرَّجَ عَلَى مَا إِذَا قَطَعَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِيعَةُ الرِّضَاعَ ، عَلَى مَا قَدَّمْنَا .

فصل : وَإِنْ عَمِلَ اللَّبَنَ جُبْنًا ثُمَّ أَطْعَمَهُ الصَّبِيَّ ، ثَبَتَ بِهِ التَّحْرِيمُ . وَبِهَذَا قَالَ

-
- (٥) فِي م : « اسعط » .
(٦) فِي الْأَصْلِ : « ووجر » .
(٧) فِي م : « أكلات » .
(٨) سَقَطَ مِنْ م : .
(٩) فِي ب زِيَادَةً : « أكله » .
(١٠) فِي أ : « قلناه » .
(١١) (١١-١١) سَقَطَ مِنْ م : .
(١٢) فِي م : « بالرضاع » .
(١٣) فِي الْأَصْلِ : « كلام » .

الشافعي . وقال أبو حنيفة : لا يُحَرَّمُ به ؛ لزوال الاسم . وكذلك على الرواية التي تقول : لا يثبت التحريم بالوجور . لا يثبت ههنا بطريق الأولى . ولنا^(١٤) ، أنه واصل من الحلق ، يحصل به إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحصل به التحريم ، كما لو شربه .

فصل : فأما الحفنة ، فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد ؛ أنها لا تحرم . وهو مذهب أبي حنيفة ، ومالك . وقال ابن حامد ، وابن أبي موسى : تحرم . وهذا مذهب الشافعي ؛ / لأنه سبيل يحصل بالواصل منه الفطر ، فتعلق به التحريم ، كالرضاع . ولنا ، أن هذا ليس برضاع ، ولا يحصل به التغذي ، فلم ينشر الحرمة ، كما لو قطر في إخليله ، ولأنه ليس برضاع ، ولا في معناه ، فلم يجز إثبات حكمه فيه ، ويفارق فطر الصائم ، فإنه لا يعتبر فيه إنبات اللحم ، ولا إنشاز العظم ، وهذا لا يحرم فيه إلا ما أثبت اللحم وأنشز العظم ، ولأنه وصل اللبن إلى الباطن من غير الحلق ، أشبه ما لو وصل من جرج .

١٦٩/٨ و

١٣٦٩ - مسألة ؛ قال : (واللبن المشوب كالمحض)

المشوب : المختلط بغيره . والمحض : الخالص الذي لا يخالطه سواه . وسوى الخرقى بينهما ، سواء شيب بطعام أو شراب أو غيره^(١) . وهذا قال الشافعي . وقال أبو بكر : قياس قول أحمد ، أنه لا يحرم ؛ لأنه وجور . وحكى عن ابن حامد^(٢) أنه قال :^(٣) إن كان الغالب اللبن حرم ، وإلا فلا . وهو قول أبي ثور ، والمزني ؛ لأن الحكم للأغلب ، ولأنه يزول بذلك الاسم والمعنى المراد به . ونحو هذا قول أصحاب الرأي ، وزادوا ، فقالوا : إن كانت النار قد مسّت اللبن حتى أنضجت الطعام ، أو حتى تغير ، فليس برضاع . ووجه الأول ، أن اللبن متى كان ظاهراً ، فقد حصل شربه ، ويحصل

(١٤) ف ب : « قلنا » .

(١) في الأصل : « بغيره » .

(٢-٣) سقط من الأصل ، ب .

منه إنبات اللحم وإنشاز العظم ، فحرم ، كإلو كان غالباً ، وهذا فيما إذا كانت صفات اللبن باقية ، فأما إن صب في ماء كثير لم يتغير به ، لم يثبت به التحريم ؛ لأن هذا ليس بلبن مشوب ، ولا يحصل به التعدد ، ولا إنبات اللحم ولا إنشاز العظم . وحكى عن القاضي ، أن التحريم يثبت به . وهو قول الشافعي ؛ لأن أجزاء اللبن حصلت في بطنه (٣) ، فأشبه ما لو كان لونه ظاهراً . ولنا ، أن هذا ليس برضاع ، ولا في معناه ، فوجب أن لا يثبت حكمه فيه .

فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقيه الصبي ، فهو كإلو ارتضع من كل واحدة منهن ؛ لأنه لو شيب بماء أو غسل ، لم يخرج عن كونه رضاعاً محرماً ، فكذلك إذا شيب بلبن آخر .

١٣٧٠ - مسألة ؛ قال : (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ؛ لأن اللبن لا يموت)

المنصوص عن أحمد ، في رواية إبراهيم الحرابي ، أنه ينشر الحُرمة . وهو اختيار أبي بكر . وهو قول أبي ثور ، والأوزاعي ، وابن القاسم ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر . وقال الخلال ^{١٦٩/٨ ط} : لا ينشر الحُرمة . وتوقف عنه / أحمد ، في رواية مهناً . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لئن ممن ليس بمحل للولادة ، فلم يتعلق به التحريم . كلبن الرجل . ولنا ، أنه وجد الارتضاع ، على وجه يثبت اللحم وينشر العظم ، من امرأة ، فأثبت التحريم ، كإلو كانت حية ، ولأنه لا فارق بين شربه في حياتها وموتها إلا الحياة والموت أو التجاسة ، وهذا لا أثر له ، فإن اللبن لا يموت ، والتجاسة لا تمنع ، كإلو حلب في وعاء نجس ، ولأنه لو حلب منها في حياتها ، فشربه بعد موتها ، لنشر الحُرمة ، ويقاؤه في نذيتها لا يمنع ثبوت الحُرمة ؛ لأن نذيتها لا يزيد على الإناء في عدم الحياة ، وهي لا تزيد على عظم الميتة في ثبوت التجاسة .

(٣) في ١ : جوفه .

فصل : ولو حَلَبَتِ الْمَرْأَةُ لَبَنَهَا فِي إِنْاءٍ ، ثُمَّ مَاتَتْ ، فَشَرِبَهُ صَبِيٌّ ، نَشَرَ الْحُرْمَةَ . فِي قَوْلِ كُلِّ مَنْ جَعَلَ الْوَجُورَ مُحَرَّمًا . وَبِهِ قَالَ أَبُو ثَوْرٍ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَغَيْرُهُمْ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّهُ لَبَنُ امْرَأَةٍ فِي حَيَاتِهَا ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ شَرِبَهُ وَهِيَ فِي الْحَيَاةِ .

١٣٧١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا حَلَبَتْ^(١) مِمَّنْ يَلْحَقُ نَسَبَ وَلِدِهَا بِهِ ، فَثَابَ لَهَا لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلاً خُمْسَ رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ ، فِي حَوْلَيْنِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ ، وَبَنَاتُهَا مِنْ أَبِي هَذَا الْحَمْلِ ، وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَبَنَاتُ أَبِي هَذَا الْحَمْلِ مِنْهَا وَمِنْ غَيْرِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْ صَيِّئَةً ، فَقَدْ صَارَتْ ابْنَةً لَهَا ، وَلِزَوْجِهَا ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ مِنَ الْحَمْلِ الْإِذَى هُوَ مِنْهُ)

وجملة ذلك أنَّ الْمَرْأَةَ إِذَا حَمَلَتْ مِنْ رَجُلٍ ، وَثَابَ لَهَا لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلاً رَضَاعًا مُحَرَّمًا ، صَارَ الطِّفْلُ الْمُرْتَضِعُ ابْنًا لِلْمُرْضِعَةِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ ، وَصَارَ أَيْضًا ابْنًا لِمَنْ يَنْسَبُ الْحَمْلُ إِلَيْهِ ، فَصَارَ فِي التَّحْرِيمِ وَإِبَاحَةِ الْخُلُوةِ وَلِدًا^(٢) لَهَا ، وَأَوْلَادُهُ مِنَ الْبَنِينَ وَالْبَنَاتِ أَوْلَادٌ أَوْلَادِهِمَا ، وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَجَمِيعُ أَوْلَادِ الْمُرْضِعَةِ مِنْ زَوْجِهَا وَمِنْ غَيْرِهِ ، وَجَمِيعُ أَوْلَادِ الرَّجُلِ الَّذِي انْتَسَبَ الْحَمْلُ إِلَيْهِ مِنَ الْمُرْضِعَةِ وَمِنْ غَيْرِهَا ، إِخْوَةٌ الْمُرْتَضِعِ ، وَأَخَوَاتِهِ ، وَأَوْلَادُ أَوْلَادِهِمَا^(٣) أَوْلَادُ إِخْوَتِهِ وَأَخَوَاتِهِ ، وَإِنْ نَزَلَتْ دَرَجَتُهُمْ ، وَأُمُّ الْمُرْضِعَةِ جَدَّتُهُ وَأَبُوهَا جَدُّهُ ، وَإِخْوَتُهَا أَخْوَالُهُ ، وَأَخَوَاتُهَا خَالَاتُهُ ، وَأَبُو الرَّجُلِ جَدُّهُ ، وَأُمُّهُ جَدَّتُهُ ، وَإِخْوَتُهُ أَعْمَامُهُ ، وَأَخَوَاتُهُ عَمَّاتُهُ ، وَجَمِيعُ أَقَارِبِهِمَا يَنْسَبُونَ^(٤) إِلَى الْمُرْتَضِعِ كَمَا يَنْسَبُونَ^(٤) إِلَى وَلِدِهِمَا مِنَ النَّسَبِ ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ الَّذِي ثَابَ لِلْمَرْأَةِ مَخْلُوقٌ مِنْ مَاءِ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، فَنَشَرَ التَّحْرِيمَ إِلَيْهِمَا ، وَنَشَرَ الْحُرْمَةَ إِلَى الرَّجُلِ وَإِلَى أَقَارِبِهِ ، وَهُوَ الَّذِي

(١) فِي ب : أَحَلَّتْ . وَفِي م : حَمَلَتْ .

(٢) فِي أ ، م : ابْنًا .

(٣) فِي أ ، ب ، م : أَوْلَادِهِمَا .

(٤) فِي أ ، ب ، م : يَنْسَبُونَ .

١٧٠/٨ و يُسَمَّى لَبْنِ الْفَحْلِ . وفي التَّحْرِيمِ به اختلافٌ ، / ذَكَرْنَاهُ فِي بَابِ مَا يَحْرُمُ نِكَاحَهُ (٥) ،
وَالْجَمْعُ بَيْنَهُ ، وَالْحُجَّةُ الْقَاطِعَةُ فِيهِ ، مَارَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ أُمَّ لَحْ أَحَا أَبَى الْقُعَيْسِ ، اسْتَأْذَنَ
عَلَى بَعْدَمَا أُتْرِلَ الْحِجَابُ ، فَقُلْتُ : وَاللَّهِ لَا آذُنَ لَهُ حَتَّى اسْتَأْذَنَ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ ،
(٦) فَإِنَّ أَحَا أَبَى الْقُعَيْسِ لَيْسَ هُوَ أَرْضَعَنِي ، وَلَكِنْ أَرْضَعَنِي امْرَأَةٌ أَبِي الْقُعَيْسِ . فَدَخَلَ
عَلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَقُلْتُ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ الرَّجُلَ لَيْسَ هُوَ أَرْضَعَنِي ، وَلَكِنْ
أَرْضَعَنِي امْرَأَتُهُ . قَالَ : « ائْذَنِي لَهُ ، فَإِنَّهُ عَمُّكَ ، تَرَبَّتْ يَمِينُكَ » . قَالَ عُرْوَةُ :
فَبِذَلِكَ كَانَتْ عَائِشَةُ تَأْخُذُ بِقَوْلِ : « حَرِّمُوا مِنَ الرَّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » . مُتَّفَقٌ
عَلَيْهِ (٧) . وَسُئِلَ ابْنُ عَبَّاسٍ ، عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتْ إِحْدَاهُمَا جَارِيَةً ،
وَالْأُخْرَى غُلَامًا ، هَلْ يَتَزَوَّجُ الْغُلَامُ الْجَارِيَةَ (٨) ؟ فَقَالَ : لَا ، اللَّقَاحُ وَاحِدٌ (٩) . قَالَ
مَالِكٌ : اخْتَلَفَ قَدِيمًا فِي الرِّضَاعَةِ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ، وَتَزَلَّ بِرَجَالٍ مِنْ أَهْلِ الْمَدِينَةِ فِي
أَزْوَاجِهِمْ ؛ مِنْهُمْ مُحَمَّدُ بْنُ الْمُتَكَدِّرِ ، وَابْنُ أَبِي حَبِيبَةَ ، فَاسْتَفْتَوْا فِي ذَلِكَ ، فَاخْتَلَفَ
عَلَيْهِمْ ، فَفَارَقُوا زَوْجَاتِهِمْ . فَأَمَّا الْوَلَدُ (١٠) الْمُرْتَضِعُ (١١) ، فَإِنَّ الْحُرْمَةَ تَنْتَشِرُ إِلَيْهِ وَإِلَى
أَوْلَادِهِ وَإِنْ نَزَلُوا ، وَلَا تَنْتَشِرُ إِلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهِ مِنْ إِخْوَانِهِ (١٢) وَأَخَوَاتِهِ ، وَلَا إِلَى أَعْلَى مِنْهُ ،
كَأَيِّهِ وَأُمِّهِ وَأَعْمَامِهِ وَعَمَّاتِهِ وَأَخْوَالِهِ وَخَالَاتِهِ وَأَجْدَادِهِ وَجَدَّاتِهِ ، فَلَا يَحْرُمُ عَلَى الْمُرْتَضِعَةِ

(٥) تقدم في : ٥٢٠/٩ .

(٦-٦) سقط من : ب . نقل نظر .

(٧) تقدم تخريجه ، في : ٤٩٣/٩ .

(٨) في ا ، ب ، م : « بالجارية » .

(٩) أخرجه الترمذى ، في : باب ما جاء في لبن الفحل ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحمدي ٨٩/٥ ، ٩٠ .
والإمام مالك ، في : باب رضاعة الصغير ، من كتاب الرضاع . المطأ ٦٠٢/٢ ، ٦٠٣ . والبيهقي ، في : باب يحرم
من الرضاع ما يحرم من الولادة ، وأن لبن الفحل محرم . من كتاب الرضاع . السنن الكبرى ٤٥٣/٧ . وعبد الرزاق ،
في : باب لبن الفحل ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٧٣/٧ ، ٤٧٤ . وسعيد بن منصور ، في : باب ما جاء في
ابنة الأخ من الرضاعة . السنن ٢٤٠/١ .

(١٠) سقط من : ا ، م .

(١١) في ب : « المرضع » .

(١٢) في الأصل : « إخوته » .

نِكَاحُ أُمِّ الطِّفْلِ الْمُرْتَضِعِ ، وَلَا أُخِيهِ ، وَلَا عَمَّهُ ، وَلَا خَالَهِ ، وَلَا يَحْرُمُ عَلَى زَوْجِهَا
نِكَاحُ أُمِّ الطِّفْلِ الْمُرْتَضِعِ ، وَلَا أُخْتَهُ ، وَلَا عَمَّتِهِ ، وَلَا خَالَتَهُ ، وَلَا بَأْسَ أَنْ يَتَزَوَّجَ أَوْلَادُ
الْمُرْتَضِعَةِ ، وَأَوْلَادُ زَوْجِهَا ، إِخْوَةَ الطِّفْلِ الْمُرْتَضِعِ وَأَخْوَاتِهِ . قَالَ أَحْمَدُ : لَا بَأْسَ أَنْ
يَتَزَوَّجَ الرَّجُلُ أُخْتَهُ أَخِيهِ^(١٣) مِنَ الرَّضَاعِ ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا رِضَاعٌ وَلَا نَسَبٌ ، وَإِنَّمَا
الرِّضَاعُ بَيْنَ الْجَارِيَةِ وَأَخِيهِ^(١٤) . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ مِنْ شَرْطِ تَحْرِيمِ الرَّضَاعِ أَنْ يَكُونَ فِي
الْحَوْلَيْنِ . وَهَذَا قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، رُوِيَ نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ ، وَعَلِيِّ^(١٥) ، وَابْنِ
عُمَرَ ، وَابْنِ مَسْعُودٍ ، وَابْنِ عَبَّاسٍ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَأَزْوَاجُ النَّبِيِّ ﷺ سِوَى عَائِشَةَ . وَإِلَيْهِ
ذَهَبَ الشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ شَبْرَمَةَ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يُونُسَ ،
وَمُحَمَّدُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَرِوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ، وَرُوِيَ عَنْهُ ، إِنْ زَادَ شَهْرًا جَازَ ، وَرُوِيَ شَهْرَانِ .
وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يُحْرَمُ الرَّضَاعُ فِي ثَلَاثِينَ شَهْرًا ؛ لِقَوْلِهِ سَبْحَانَهُ ﴿ وَحَمَلُهُ وَفِصْلُهُ
ثَلَاثُونَ شَهْرًا ﴾^(١٦) . وَلَمْ يُرِدْ بِالْحَمَلِ حَمْلَ الْأَحْشَاءِ ؛ لِأَنَّهُ يَكُونُ سِتِّينَ فَعَلِمَ أَنَّهُ أَرَادَ
الْحَمْلَ فِي الْفِصَالِ . وَقَالَ زُفَرٌ : مُدَّةُ الرَّضَاعِ ثَلَاثُ سِنِينَ . وَكَانَتْ عَائِشَةُ تَرَى رِضَاعَةَ
الْكَبِيرِ / تُحْرَمُ . وَيُرْوَى هَذَا عَنْ عَطَاءٍ ، وَاللَيْثِ ، وَدَاوُدَ ؛ لَمَّا رُوِيَ أَنَّ سَهْلَةَ بِنْتَ سَهْلٍ
قَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّا كُنَّا تَرَى سَالِمًا وَلَدًا ، فَكَانَ يَأْوِي مَعِيَ وَمَعَ أَبِي حَذِيفَةَ فِي بَيْتِ
وَاحِدٍ ، وَيَرَانِي فَضْلًا^(١٧) ، وَقَدْ أَنْزَلَ اللَّهُ فِيهِمْ مَا قَدْ عَلِمْتُ ، فَكَيْفَ تَرَى فِيهِ ؟ فَقَالَ
النَّبِيُّ ﷺ : « أَرْضِعِيهِ » . فَأَرْضَعْتَهُ حَمْسَ رَضَعَاتٍ ، فَكَانَ بِمَنْزِلَةِ وَلَدِهَا . فَبِذَلِكَ
كَانَتْ عَائِشَةُ تَأْخُذُ ، تَأْمُرُ بِنَاتِ أَخْوَاتِهَا ، وَبِنَاتِ إِخْوَتِهَا يُرْضِعْنَ مَنْ أَحَبَّتْ عَائِشَةُ أَنْ
يَرَاهَا ، وَيَدْخُلَ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا حَمْسَ رَضَعَاتٍ ، وَابْتِ ذَلِكَ أُمَّ سَلَمَةَ ، وَسَائِرُ
أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ أَنْ يَدْخُلَ عَلَيْهِنَّ بِتِلْكَ الرِّضَاعَةِ أَحَدٌ مِنَ النَّاسِ ، حَتَّى يُرْضَعَ فِي

ظ ١٧٠/٨

(١٣) فِي أ ، ب ، م : « أُخْتَهُ » .

(١٤) فِي أ ، ب ، م : « وَأُخْتَهُ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ م .

(١٦) سُورَةُ الْأَحْقَافِ ١٥ .

(١٧) أَيْ مِتْبَذَةً ، فِي ثِيَابِ الْمَهْنَةِ .

المَهْد ، وَقَلْنَ لِعَائِشَةَ : وَاللَّهِ (١٨) مَا نَذِرِي ، لَعَلَّهَا رُخْصَةٌ مِنَ النَّبِيِّ ﷺ لِسَالِمِ دُونَ النَّاسِ . رَوَاهُ النَّسَائِيُّ ، وَأَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُمَا (١٩) . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرُّضَاعَةَ ﴾ (٢٠) . فَجَعَلَ تَمَامَ الرُّضَاعَةِ حَوْلَيْنِ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا حُكْمَ لَهَا بَعْدَهَا . وَعَنْ عَائِشَةَ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ دَخَلَ عَلَيْهَا وَعِنْدَهَا رَجُلٌ ، فَتَغَيَّرَ وَجْهُ النَّبِيِّ ﷺ ، فَقَالَتْ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّهُ أَخِي مِنَ الرُّضَاعَةِ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « أَنْظِرْنَ مَنْ إِخْوَانِكُنَّ ، فَإِنَّمَا الرُّضَاعَةُ مِنَ الْمَجَاعَةِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٢١) . وَعَنْ أُمِّ سَلَمَةَ ، قَالَتْ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا يُحْرَمُ مِنَ الرُّضَاعِ ، إِلَّا مَا فَتَقَ الْأَمْعَاءَ ، وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . أَخْرَجَهُ التِّرْمِذِيُّ (٢٢) ، وَقَالَ : حَدِيثٌ حَسَنٌ صَحِيحٌ . وَعِنْدَ هَذَا يَتَعَيَّنُ حَمْلُ خَبَرِ أَبِي حُدَيْفَةَ عَلَى أَنَّهُ خَاصٌّ لَهُ دُونَ النَّاسِ ، كَمَا قَالَ سَائِرُ أَزْوَاجِ النَّبِيِّ ﷺ . وَقَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، تَحَكُّمُ يُخَالِفُ ظَاهِرَ الْكِتَابِ وَقَوْلَ الصَّحَابَةِ ، فَقَدْ رَوَيْنَا عَنْ عَلِيِّ بْنِ أَبِي عَبَّاسٍ ، أَنَّ الْمُرَادَ بِالْحَمْلِ حَمْلُ الْبَطْنِ . وَبِهِ اسْتَدَلَّ عَلِيُّ بْنُ أَقْلٍ مُدَّةَ الْحَمْلِ سِتَّةَ أَشْهُرٍ ، وَقَدْ دَلَّ عَلَى هَذَا قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَفِصْلُهُ فِي غَامِنٍ ﴾ (٢٣) . فَلَوْ حُمِلَ عَلَى مَا قَالَهُ أَبُو حَنِيفَةَ ، لَكَانَ مُخَالَفًا لِهَذِهِ

(١٨) لم يرد في : ب .

(١٩) تقدم تخريجه في : ٤٩٢/٩ .

(٢٠) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢١) أخرجه البخاري ، في : باب الشهادة على الأنساب ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب من قال : لا رضاع بعد حولين ، من كتاب النكاح . صحيح البخاري ٢٢٣/٣ ، ١٢/٧ . ومسلم ، في : باب إنما الرضاعة من المجاعة ، من كتاب الرضاع . صحيح مسلم ١٠٧٨/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب القدر الذي يحرم من الرضاعة ، من كتاب النكاح . المجتبى ٨٤/٦ . والدارمي ، في : باب في رضاعة الكبير ، من كتاب النكاح . سنن الدارمي ١٥٨/٢ .

(٢٢) في : باب ما جاء ما ذكر أن الرضاعة لا تحرم إلا في الصغر دون الحولين ، من أبواب الرضاع . عارضة الأحمدي ٩٧/٥ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا رضاع بعد فصال ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ٦٢٦/١ .

(٢٣) سورة لقمان ١٤ .

الآية . إذ اثبت هذا ، فالاعتبار بالعامين لا بالفطام ، فلو فطم قبل الحولين ، ثم ارتضع
 فيهما ، لحصل التحريم ، ولو لم يطم حتى تجاوز الحولين ، ثم ارتضع بعدها قبل
 الفطام . لم يثبت التحريم . وقال ابن القاسم ، صاحب مالك : لو ارتضع / بعد الفطام
 في الحولين ، لم تحرم^(٢٤) ؛ لقوله عليه السلام : « وَكَانَ قَبْلَ الْفِطَامِ » . ولنا ، قول الله
 تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ . ورؤى عنه عليه السلام :
 « لَأَرْضَاعٌ إِلَّا مَا كَانَ فِي الْحَوْلَيْنِ »^(٢٥) . والفطام معتبر بمُدته لا بنفسه ، قال أبو
 الخطاب : لو ارتضع بعد الحولين بساعة ، لم يحرم . وقال القاضي : لو شرع في
 الخامسة ، فحال الحول قبل كمالها ، لم يثبت التحريم . ولا يصح هذا ؛ لأن ما وجد
 من الرضعة في الحولين كاف في التحريم ، بدليل ما لو انفصل مما بعده ، فلا ينبغي أن
 يسقط حكم بإيصال^(٢٦) ما لا أثر له به . واشترط^(٢٧) الخرقى في نشر الحرمة بين
 المرتضع وبين الرجل الذي تاب اللبن بوطئه ، أن يكون لبن حمل ينتسب^(٢٨) إلى
 الواطئ ، إما لكون الوطء في نكاح أو ملك يمين ، أو بشبهة^(٢٩) ، فأما لبن الزاني أو
 النافي للولد باللعان ، فلا ينشر الحرمة بينهما ، في مفهوم كلام الخرقى . وهو قول أبي
 عبد الله ابن حامد ، ومذهب الشافعى . وقال أبو بكر عبد العزيز : تنتشر الحرمة
 بينهما ؛ لأنه معنى ينشر الحرمة ، فاستوى في ذلك مباحه ومحظوره^(٣٠) ، كالواطئ ،
 يحققه أن الواطئ حصل منه لبن وولد ، ثم إن الولد ينشر الحرمة بينه وبين الواطئ ،
 كذلك اللبن ، ولأنه رضاع ينشر الحرمة إلى المرضعة ، فنشرها إلى الواطئ ، كصورة

(٢٤) في م نهادة : (عليه) .

(٢٥) أخرجه الدارقطنى ، في : كتاب الرضاع . سنن الدارقطنى ١٧٤/٤ . وابن عدى ، في : الكامل ٢٥٦٢/٧ .

(٢٦) في ب : (باتصال) .

(٢٧) في ا : (واشترط) .

(٢٨) في الأصل : (ينسب) .

(٢٩) في ا ، م : (شبهة) .

(٣٠) في ا ، م : (ومحظور) .

الإجماع . وَوَجْهُ الْقَوْلِ الْأَوَّلُ ، أَنَّ التَّحْرِيمَ بَيْنَهُمَا فَرَعٌ لِحُرْمَةِ الْأُبُورَةِ ، فَلَمَّا لَمْ (٣١) تَثْبُتْ حُرْمَةُ الْأُبُورَةِ ، لَمْ يَثْبُتْ مَا هُوَ فَرَعٌ لَهَا . وَبِفَارِقِ تَحْرِيمِ ابْنَتِهِ مِنَ الزَّوْنِيِّ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ نُطْقَتِهِ حَقِيقَةً ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا . وَبِفَارِقِ تَحْرِيمِ الْمُصَاهَرَةِ ؛ فَإِنَّ التَّحْرِيمَ ثُمَّ لَا يَقِفُ عَلَى ثُبُوتِ النَّسَبِ ، وَهَذَا تَحْرِيمٌ أُمَّ زَوْجَتِهِ وَابْنَتُهَا مِنْ غَيْرِ نَسَبٍ ، وَتَحْرِيمُ الرِّضَاعِ مَبْنِيٌّ عَلَى النَّسَبِ ، وَهَذَا قَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « يَحْرُمُ مِنَ الرِّضَاعِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ » (٣٢) . فَأَمَّا الْمُرْتَضِعَةُ ، فَإِنَّ الطِّفْلَ الْمُرْتَضِعَ مُحَرَّمٌ عَلَيْهَا ، وَمَنْسُوبٌ إِلَيْهَا عِنْدَ الْجَمِيعِ . وَكَذَلِكَ يَحْرُمُ جَمِيعُ أَوْلَادِهَا ، وَأَقَارِبُهَا الَّذِينَ يَحْرُمُونَ عَلَى أَوْلَادِهَا ، عَلَى هَذَا الْمُرْتَضِعِ ، كَمَا فِي الرِّضَاعِ بِاللَّبَنِ (٣٣) الْمُبَاجِ . وَإِنْ كَانَ الْمُرْتَضِعُ جَارِيَةً ، حُرِّمَتْ عَلَى الْمَلَاعِنِ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا رَبِيبَتُهُ ، فَإِنَّهَا بِنْتُ أَمْرَأَتِهِ مِنَ الرِّضَاعِ ، وَتَحْرُمُ عَلَى الزَّوْنِيِّ ، عِنْدَ مَنْ يَرَى تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَكَذَلِكَ يَحْرُمُ بَنَاتُهَا وَبَنَاتُ الْمُرْتَضِعِ مِنَ الْعِلْمَانِ لِذَلِكَ .

فصل : وَإِذَا وَطِئَ / رَجُلَانِ امْرَأَةً ، فَأَثَتْ بَوْلَيْدٍ ، فَأَرْضَعَتْ بِلَبْنِهِ طِفْلًا ، صَارَ ابْنًا لِمَنْ ظ ١٧١/٨
 ثَبَّتَ نَسَبَ (٣٤) الْمَوْلُودِ مِنْهُ ، سِوَاءَ ثَبَّتَ نَسَبَهُ مِنْهُ بِالْقَافَةِ أَوْ بِغَيْرِهَا . وَإِنْ أَلْحَقَتْهُ الْقَافَةُ بِهِمَا ، صَارَ الْمُرْتَضِعُ ابْنًا لَهُمَا ، فَالْمُرْتَضِعُ فِي كُلِّ مَوْضِعٍ تَبِعَ لِلْمُنَاسِبِ ، فَمَتَى لَحِقَ الْمُنَاسِبُ بِشَخْصٍ ، فَالْمُرْتَضِعُ مِثْلُهُ ، وَإِنْ انْتَفَى الْمُنَاسِبُ عَنْ أَحَدِهِمَا ، فَالْمُرْتَضِعُ مِثْلُهُ ، لِأَنَّهُ بَلَيْنُهُ ارْتَضَعَ ، وَحُرْمَتُهُ فَرَعٌ عَلَى حُرْمَتِهِ . وَإِنْ لَمْ يَثْبُتْ نَسَبُهُ مِنْهُمَا ؛ لِتَعَدُّرِ الْقَافَةِ ، (٣٥) أَوْ لِاشْتِبَاهِهِ (٣٥) عَلَيْهِمْ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ ، حَرَّمَ عَلَيْهِمَا ، تَعْلِيلًا لِلْحَظَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ مِنْهُمَا ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَكُونَ ابْنُ (٣٦) أَحَدِهِمَا ، فَيَحْرُمُ عَلَيْهِ أَقَارِبُهُ دُونَ أَقَارِبِ الْآخَرِ ، وَقَدْ اخْتَلَطَتْ أُخْتُهُ بِغَيْرِهَا ، فَحَرَّمَ الْجَمِيعَ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ أُخْتَهُ بِعَيْنِهَا ، ثُمَّ

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) تقدم تخريجه في : ٥١٣/٩ ، ٥١٩ ، ٥٢٠ .

(٣٣) في ١ : « في اللبن » .

(٣٤) في الأصل : « لبن » .

(٣٥-٣٥) في الأصل : « واشتباهه » .

(٣٦) سقط من : ب ، م .

اِخْتَلَطَتْ^(٣٧) بِأَجْنَبِيَّاتٍ . وَإِنْ اتَّقَىٰ عَنْهُمَا جَمِيعًا ، بَأَنْ تَأْتِيَ بِهِ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْئِهِمَا^(٣٨) ، أَوْ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ ، أَوْ لِدُونِ سِتَّةِ أَشْهُرٍ مِنْ وَطْءِ أَحَدِهِمَا ، أَوْ لِأَكْثَرِ مِنْ أَرْبَعِ سِنِينَ مِنْ وَطْءِ الْآخِرِ ، اتَّقَى الْمُرْتَضِعُ عَنْهُمَا أَيْضًا ؛ فَإِنْ كَانَ الْمُرْتَضِعُ جَارِيَةً ، حَرَّمَ عَلَيْهِمَا تَحْرِيمَ الْمُصَاهَرَةِ ، وَيَحْرُمُ أَوْلَادُهَا عَلَيْهِمَا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهَا ابْنَةُ مَوْطُوءٍ بِهِمَا^(٣٩) ، فَهِيَ رَبِيبَةٌ لَهُمَا .

فصل : وَلَا تَنْتَشِرُ الْحُرْمَةُ بِغَيْرِ لَبَنِ الْآدَمِيَّةِ بِحَالٍ ، فَلَوْ ارْتَضَعَ اثْنَانِ مِنْ لَبَنِ بَيْهِيَّةٍ ، لَمْ يَصِيرَا أَحْوَيْنَ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْقَاسِمِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَوْ ارْتَضَعَا مِنْ رَجُلٍ ، لَمْ يَصِيرَا أَحْوَيْنَ ، وَلَمْ تَنْتَشِرِ الْحُرْمَةُ بَيْنَهُمَا ، فِي قَوْلِ عَامَتِهِمْ . وَقَالَ الْكِرَائِسِيُّ^(٤٠) : يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّ لَبَنَ آدَمِيٍّ ، أَشْبَهَ لَبَنَ الْآدَمِيَّةِ^(٤١) . وَحُكِيَ عَنْ بَعْضِ السَّلَفِ ، أَنَّهُمَا إِذَا ارْتَضَعَا مِنْ لَبَنِ بَيْهِيَّةٍ ، صَارَا أَحْوَيْنَ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَا^(٤٢) يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْأُمُومَةِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِهِ تَحْرِيمُ الْأُخُوَّةِ ، لِأَنَّ الْأُخُوَّةَ فَرَعٌ عَلَى الْأُمُومَةِ ، وَكَذَلِكَ لَا يَتَعَلَّقُ بِهِ تَحْرِيمُ الْأُبُوَّةِ لِدَلَالَتِهِ ، وَلِأَنَّ هَذَا اللَّبَنَ لَمْ يُخْلَقْ لِغِذَاءِ الْمَوْلُودِ ، فَلَمْ^(٤٣) يَتَعَلَّقُ بِهِ التَّحْرِيمُ ، كَسَائِرِ الطَّعَامِ . فَإِنْ ثَابَ لِحُنْتَى مُشَكَّلِ لَبَنٍ ، لَمْ يَثْبُتْ بِهِ التَّحْرِيمُ ؛ لِأَنَّ لَمْ يَثْبُتْ كَوْنُهُ امْرَأَةً ، فَلَا يَثْبُتُ التَّحْرِيمُ مَعَ الشُّكِّ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : يَقِفُ الْأُمْرُ حَتَّى يَنْكَشِفَ أَمْرُ الْحُنْتَى .

(٣٧) في م : « اختلفت » .

(٣٨) في ا ، ب : « وطئها » .

(٣٩) في م : « بينها » .

(٤٠) الكريسي : نسبة إلى بيع الثياب . وهو أبو علي الحسين بن علي الكريسي البغدادي الشافعي ، كان يحسن الفقه والحديث ، وهو ممن جمع وصنف ، وتوفي سنة خمس وأربعين ومائتين . وقيل : سنة ثمان وأربعين . طبقات الشافعية الكبرى ١١٧/٢ - ١٢٦ .

(٤١) في ب : « الآدميات » .

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) في ب : « فلا » .

فعلی قوله یثبتُ التَّحْرِیمُ ، إِلَّا أَنْ یَتَّیَّنَ كَوْنُهُ رَجُلًا ؛ لِأَنَّهُ لَا یَأْمَنُ كَوْنُهُ مُحَرَّمًا .

فصل : وإنَّ ثابَ لِامْرَأَةٍ لَبَنٌ مِنْ غَیْرِ وَطْءٍ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ طِفْلًا ، نَشَرَ الْحُرْمَةَ ، فِي أَظْهَرِ الرَّوَايَتَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ مَالِكٍ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، / وَأَبِي ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ، وَكُلٌّ مَنْ یَحْفَظُ عَنْهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ ﴾ ^(٤٤) . وَلِأَنَّهُ لَبَنُ امْرَأَةٍ فَتَعَلَّقَ بِهِ التَّحْرِیمُ ، كَمَا لَوْ ثَابَ بِوَطْءٍ ، وَلِأَنَّ الْبَانَ النَّسَاءُ حُلِقَتْ ^(٤٥) لِعِذَاءِ الْأَطْفَالِ ، وَإِنْ كَانَ هَذَا نَادِرًا ، فَجِنْسُهُ مُعْتَادٌ . وَالرَّوَايَةُ الثَّانِيَةُ ، لَا یَنْشُرُ الْحُرْمَةَ ؛ لِأَنَّهُ نَادِرٌ ، لَمْ تَجْرِ الْعَادَةُ بِهِ لِتَعْدِيَةِ الْأَطْفَالِ ، فَأَشْبَهَ لَبَنَ الرَّجَالِ . وَالْأَوَّلُ أَصْحَحُ .

فصل : إِذَا كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسُ أُمَّهَاتٍ أَوْلَادٍ ، لَهُ مِنْهُنَّ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَهُ طِفْلٌ مِنْ كُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ رَضْعَةً ، لَمْ یَصِرَنَّ أُمَّهَاتٍ لَهُ ، وَصَارَ الْمَوْلَى أَبًا لَهُ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّهُ ارْتَضَعَ مِنْ لَبَنِ خَمْسِ رَضَعَاتٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، لَا تَثْبُتُ الْأَبُوءُ ؛ لِأَنَّهُ رَضَعَ لَمْ یُثْبِتِ الْأُمُومَةَ ، فَلَمْ یُثْبِتِ الْأَبُوءَ ، كَالْارْتِضَاعِ بِلَبَنِ الرَّجُلِ . وَالْأَوَّلُ أَصْحَحُ ؛ فَإِنَّ الْأَبُوءَ إِنَّمَا تَثْبُتُ لِكُونِهِ رَضَعَ مِنْ لَبَنِهِ ، لَا لِكُونِ الْمُرْضِعَةِ أُمًّا لَهُ . وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ وَجْهَانٌ ، كَهَذَيْنِ . وَإِذَا ^(٤٦) قُلْنَا بِثُبُوتِ الْأَبُوءِ ، حَرَمَتْ عَلَيْهِ الْمُرْضِعَاتُ ؛ لِأَنَّهُ رَبِيبُهُنَّ ، وَهُنَّ مَوْطُوءَاتُ أَبِيهِ . وَإِنْ كَانَ لِرَجُلٍ خَمْسُ بَنَاتٍ ، فَأَرْضَعْنَ طِفْلًا ، كُلُّ وَاحِدَةٍ رَضْعَةً ، لَمْ یَصِرَنَّ أُمَّهَاتٍ لَهُ . وَهَلْ یَصِیرُ الرَّجُلُ جَدًّا لَهُ ، وَأَوْلَادُهُ أَوْحَادًا لَهُ وَخَالَاتٍ ^(٤٧) ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، یَصِیرُ جَدًّا ، وَأُخُوهُنَّ خَالَاتٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ ^(٤٨) كَمَلَ لِلْمُرْضِعِ خَمْسُ رَضَعَاتٍ مِنْ لَبَنِ بَنَاتِهِ أَوْ أُخَوَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَ مِنْ وَاحِدَةٍ .

(٤٤) سورة النساء ٢٣ .

(٤٥) فی الأصل : « تخلق » .

(٤٦) فی ب : « وإن » .

(٤٧) سقط من : الأصل .

(٤٨) سقط من : ب ، م .

والآخِرُ ، لا يَثْبُتُ ذلك ؛ لِأَنَّ كَوْنَهُ جَدًّا فَرَعُ كَوْنِ ابْنَتِهِ أُمًّا ، وَكَوْنَهُ خَالًا فَرَعُ كَوْنِ أُخْتِهِ أُمًّا ، وَلَمْ يَثْبُتْ ذلك ، فَلَا يَثْبُتُ الْفَرَعُ . وَهَذَا الْوَجْهُ يَتَرَجَّحُ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ ؛ لِأَنَّ الْفَرَعِيَّةَ مُتَحَقِّقَةً ، بِخِلَافِ الَّتِي قَبْلَهَا . فَإِنْ قُلْنَا : يَصِيرُ أُخُوهُنَّ خَالًا . لَمْ تَثْبُتِ الْخُثُولَةُ فِي حَقِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَرْضِعْ^(٤٩) مِنْ لَبَنِ أَخَوَاتِهَا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، وَلَكِنْ يَحْتَمِلُ التَّحْرِيمَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اجْتَمَعَ مِنَ اللَّبَنِ الْمُحْرَمِ خَمْسُ رَضَعَاتٍ . وَلَوْ كَمَلَ لِلطِّفْلِ^(٥٠) خَمْسُ رَضَعَاتٍ مِنْ أُمِّهِ وَأُخْتِهِ وَابْنَتِهِ وَزَوْجَتِهِ وَزَوْجَةِ أَبِيهِ ، مِنْ كُلِّ^(٥١) وَاحِدَةٍ رَضْعَةً ، حُرِّجَ عَلَى الْوَجْهَيْنِ .

فصل : إِذَا كَانَ لِامْرَأَةٍ لَبَنٌ مِنْ زَوْجٍ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ^(٥١) طِفْلًا ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ ، وَانْقَطَعَ لَبَنُهَا ، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ ، فَصَارَ لَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ مِنْهُ الصَّبِيَّ رَضْعَتَيْنِ ، صَارَتْ أُمًّا لَهُ ، بِغَيْرِ خِلَافٍ عَلِمْنَا عَنْهُ عِنْدَ الْقَائِلِينَ بِأَنَّ الْخَمْسَ مُحْرَمَاتٍ ، وَلَمْ يَصِرْ وَاحِدًا مِنَ الزَّوْجَيْنِ أَبًا لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُكْمَلْ عِدَّةَ الرِّضَاعِ مِنْ لَبَنِهِ ، وَيَحْرُمُ عَلَى / الرَّجُلَيْنِ ؛ بِكَوْنِهِ^(٥٢) رَيْبِيهَا ، لِأَنَّ كَوْنَهُ وَلَدَهُمَا^(٥٣) .

١٣٧٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ثَلَاثًا ، وَهِيَ تُرَضِعُ مِنْ لَبَنِ وَوَلَدِهِ ، فَتَزَوَّجَتْ بِصَبِيٍّ مُرَضِعٍ ، فَأَرْضَعَتْهُ ، فَحَرُمَتْ عَلَيْهِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ بِآخَرَ ، وَدَخَلَ بِهَا وَوَطَّنَهَا ، ثُمَّ طَلَّقَهَا ، أَوْ مَاتَ عَنْهَا ، لَمْ يَجْزَأَنَّ يَتَزَوَّجَهَا الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ الْأَبْنَاءِ لَمَّا أَرْضَعَتْ الصَّبِيَّ الَّذِي تَزَوَّجَتْ بِهِ)

هذه المسألة من فروع المسألة التي قبلها ، وهو أن المرءة تصير ابناً للرجل الذي تاب اللبن بوطنه . فهذه المرأة لما تزوجت صبياً ، ثم أرضعته بلبن مطلقها ، صار ابناً

(٤٩) في م : يرضع .

(٥٠) في ب : الطفل .

(٥١) سقط من م .

(٥٢) في ا ، م : لكونه .

(٥٣) في ب : ولداهما .

لَمُطَلِّقِهَا فَحَرُمَتْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا أُمُّهُ ، وَبِأَنَّهُ مِنْهُ ، وَكَانَتْ زَوْجَةً لَهُ ، فَصَارَتْ زَوْجَةً لِابْنِ مُطَلِّقِهَا ، فَحَرُمَتْ عَلَى الْأَوَّلِ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِكَوْنِهَا صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ أُنْبَائِهِ . وَلَوْ تَزَوَّجَتْ امْرَأَةً صَبِيًّا ، فَوَجَدَتْ بِهِ عَيْبًا ، فَفَسَخَتْ نِكَاحَهُ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ كَبِيرًا ، فَصَارَ لَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، فَأَرْضَعَتْ بِهِ الصَّبِيَّ خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، حَرُمَتْ عَلَى زَوْجِهَا ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ أُنْبَائِهِ . وَلَوْ زَوَّجَ الرَّجُلُ أُمَّهُ وَوَلَدَهُ أَوْ أُمَّتَهُ بِصَبِيٍّ مَمْلُوكٍ ، فَأَرْضَعَتْهُ بِلَبَنِ سَيِّدِهَا خَمْسَ رَضَعَاتٍ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، وَحَرُمَتْ عَلَى سَيِّدِهَا عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ حَلَائِلِ أُنْبَائِهِ . فَإِنْ كَانَ الصَّبِيُّ حُرًّا ، لَمْ يُتَصَوَّرْ هَذَا الْفَرْعُ ، وَلَمْ يَصِحَّ نِكَاحُهُ ؛ لِأَنَّ مِنْ شَرْطِ جَوَازِ نِكَاحِ الْحُرِّ الْأُمَّةَ ، خَوْفَ الْعَنْتِ ، وَلَا يُوجَدُ ذَلِكَ فِي الطِّفْلِ ، فَإِنْ تَزَوَّجَ بِهَا كَانَ النِّكَاحُ فَاسِدًا ، وَإِنْ أَرْضَعَتْهُ ، لَمْ تَحْرُمْ عَلَى سَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِزَوْجٍ فِي الْحَقِيقَةِ .

فصل : وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ ، وَلَهَا مِنْهُ لَبَنٌ ، فَتَزَوَّجَتْ آخَرَ ، لَمْ يَحُلْ مِنْ خَمْسَةِ أَحْوَالٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَبْقَى لَبَنُ الْأَوَّلِ بِحَالِهِ ، لَمْ يَزِدْ وَلَمْ يَنْقُصْ ، وَلَمْ تَلِدْ مِنَ الثَّانِي ، فَهُوَ لِلأَوَّلِ ، سِوَاءَ حَمَلَتْ مِنَ الثَّانِي أَوْ لَمْ تَحْمِلْ . لَا (١) نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ لِأَنَّ اللَّبْنَ كَانَ لِلأَوَّلِ ، وَلَمْ يَتَجَدَّدْ مَا يَجْعَلُهُ مِنَ الثَّانِي ، فَبَقِيَ لِلأَوَّلِ . الثَّانِي ، أَنْ لَا تَحْمِلَ مِنَ الثَّانِي ، (٢) فَهُوَ لِلأَوَّلِ (٣) ، سِوَاءَ زَادَ أَوْ لَمْ يَزِدْ ، أَوْ انْقَطَعَ ثُمَّ عَادَ أَوْ لَمْ يَنْقَطِعْ . الثَّلَاثُ ، أَنْ تَلِدَ مِنَ الثَّانِي ، فَاللَّبَنُ لَهُ خَاصَّةٌ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ عَلَى هَذَا كُلِّ مَنْ أَحْفَظَ عَنْهُ (٤) مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ وَالشَّافِعِيِّ ، سِوَاءَ زَادَ أَوْ لَمْ يَزِدْ ، انْقَطَعَ أَوْ اتَّصَلَ ؛ لِأَنَّ لَبَنَ الْأَوَّلِ يَنْقَطِعُ بِالْوِلَادَةِ مِنَ الثَّانِي ، فَإِنَّ حَاجَةَ الْمَوْلُودِ إِلَى اللَّبَنِ تَمْنَعُ كَوْنَهُ لغيرِهِ . الْحَالُ الرَّابِعُ ، أَنْ يَكُونَ لَبَنُ الْأَوَّلِ بَاقِيًّا ، وَزَادَ بِالْحَمْلِ مِنَ الثَّانِي ، فَاللَّبَنُ مِنْهُمَا / جَمِيعًا ، فِي قَوْلِ أَصْحَابِنَا ١٧٣/٨

(١) سقطت الواو من : م .

(٢) في ب : « ولا » .

(٣-٣) سقطت من : ب .

(٤-٤) سقطت من : الأصل ، ١ ، م .

وقال أبو حنيفة : هو للأوّل ، ما لم تِلد من الثاني . وقال الشافعي : إن لم يَتَّهِ الحَمْلُ إلى حالٍ يَنزُلُ منه اللبنُ ، فهو للأوّل ، فإن بَلَغَ إلى حالٍ يَنزُلُ به (٥) اللبنُ ، فزادَ به ، ففيه قولان ؛ أحدهما ، هو (٦) للأوّل . والثاني ، هو لهما . ولنا ، أن زيادته عند حدوث الحَمْلِ ظاهرٌ في أنها منه ، وبقاء (٧) لبِنِ الأوّلِ (٧) يَفْتَضِي كَوْنَ أصلِهِ منه ، فيجب (٨) أن يُضَافَ إليهما ، كما لو كان الولدُ منهما . الحال الخامس ، انقَطَعَ من الأوّل ، ثم تاب بالحَمْلِ من الثاني . فقال أبو بكر : هو منهما . وهو أحدُ أقوالِ الشافعي ، إذا انتهَى الحَمْلُ إلى حالٍ يَنزُلُ به اللبنُ ؛ وذلك لأنَّ اللبنَ كان للأوّل ، فلما عاد بحدوث الحَمْلِ ، فالظاهرُ أن لبِنَ الأوّلِ تابَ بسببِ الحَمْلِ الثاني ، فكان مُضَافاً إليهما ، كما لو لم يَنقَطِع . واختار أبو الحَظَّابِ أنَّه من الثاني . وهو القولُ الثاني للشافعي ؛ لأنَّ لبِنَ الأوّلِ انقَطَعَ ، فزال حُكْمُهُ بانقِطَاعِهِ ، وحدثَ بالحَمْلِ من الثاني ، فكان له ، كما لو لم يكن لها لبِنٌ من الأوّل . وقال أبو حنيفة : هو للأوّل ، ما لم تِلد من الثاني . وهو القولُ الثالث للشافعي ؛ لأنَّ الحَمْلَ لا يَفْتَضِي اللبنَ ، وإنما يَخْلُقُهُ اللهُ تعالى للولدِ عند وُجُودِهِ لحاجتهِ إليه ، والكلامُ عليه قد سَبَقَ .

١٣٧٣ - مسألة ؛ قال : (ولَوْ تَزَوَّجَ كَبِيرَةٌ وَصَغِيرَةٌ ، فَلَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ حَتَّى أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ فِي الْحَوْلَيْنِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةُ ، وَثَبَّتْ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ . وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حُرِّمَتْ عَلَيْهِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ بِنِصْفِ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ عَلَى الْكَبِيرَةِ)

نصُّ أحمدَ على هذا كله . في هذه المسألة فصولُ أربعة :

(٥) في ا ، ب : منه .

(٦) سقط من : م .

(٧-٧) في ا : اللبن للأوّل .

(٨) في ا : فوجب .

(٩) سقط من : ب ، م .

الأول: أنه متى ^(٢) تزوج كبيرة وصغيرة ، فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل دُخوله بها ، فسَدَ نكاح الكبيرة في الحال ، وحرمت على التأييد . وهذا قال الشورى ، والشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وقال الأوزاعي : نكاح الكبيرة ثابت ، وتزوّج منه الصغيرة . وليس بصحيح ؛ فإن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، فتحرم أبداً ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ وَأُمّهتُ نِسَائِكُمْ ﴾ ^(٣) . ولم يشترط دُخوله بها ، فأما الصغيرة ، ففيها روايتان ؛ إحداهما ، نكاحها ثابت ؛ لأنها ربيبة ، ولم يدخل بأُمها ، ١٧٣/٨ ط فلا تحرم ؛ لقول الله سبحانه : ﴿ فَإِنْ / لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ ﴾ ^(٤) . والرواية الثانية ، يفسخ نكاحها . وهو قول الشافعي ، وأبي حنيفة ؛ لأنهما صارتا ^(٥) أُمًّا وَبِنْتًا ، واجتمعتا في نكاحه ، والجمع بينهما محرم ، فأنفسخ نكاحهما ، كما لو صارتا أختين ، وكألو عقده عليهما بعد الرضاع عقداً واحداً . ولنا ، أنه أمكن إزالة الجمع بانفساخ نكاح الكبيرة ، وهي أولى به ؛ لأن نكاحها محرم على التأييد ، فلم يطل نكاحهما به ، كما لو ابتداء العقد على أخته وأجنبية ، ولأن الجمع طراً على نكاح الأم والبنت ، فاخصّ الفسخ بنكاح الأم ، كما لو أسلم ونحته امرأة وبنتها . وفارق الأختين ؛ لأنه ليست إحداهما أولى بالفسخ من الأخرى ، وفارق ما لو ابتداء العقد عليهما ؛ لأن الدوام أقوى من الابتداء .

الفصل الثاني: أنه ^(٥) إن كان دخل بالكبيرة ، حرمتا جميعاً على الأب ، وأنفسخ نكاحهما ؛ لأن الكبيرة صارت من أمهات النساء ، والصغيرة ربيبة قد دخل بأُمها ، فتحرم تحريمًا مؤبداً ، وإن كان الرضاع بلبينه ، صارت الصغيرة بنتاً محرمة

(٢) في ١ ، م : هـ : التي .

(٣) سورة النساء ٢٣ .

(٤) في م : هـ : صارت .

(٥) سقط من : الأصل .

عليه لوجهين ؛ لكونها بنته ، ورَبَيْتَهُ التي دَخَلَ بِأُمِّهَا .

الفصل الثالث : أن عليه نِصْفَ مَهْرِ الصَّغِيرَةِ ؛ لِأَن نِكَاحَهَا انْفَسَخَ قَبْلَ دُخُولِهِ بِهَا مِنْ غَيْرِ جِهَتِهَا ، وَالْفَسْخُ إِذَا جَاءَ مِنْ أَجْنَبِيٍّ كَانَ كَطَّلَاقِ الرَّوْجِ فِي وُجُوبِ الصَّدَاقِ عَلَيْهِ ، وَلَا مَهْرٌ لِلْكَبِيرَةِ إِنْ لَمْ يَكُنْ دَخَلَ بِهَا ؛ لِأَن فَسْخَ نِكَاحِهَا بِسَبَبٍ مِنْ جِهَتِهَا ، فَسَقَطَ صَدَاقُهَا ، كَالْوَارِثَةِ . وَهَذَا قَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَلَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، لَمْ يَسْقُطْ مَهْرُهَا ؛ لِأَنَّهُ اسْتَقَرَّ بِدُخُولِهِ بِهَا اسْتِقْرَارًا لَا يَسْقُطُهُ شَيْءٌ ، وَلِذَلِكَ لَا يَسْقُطُ بِرِدَّتِهَا وَلَا بِغَيْرِهَا .

الفصل الرابع : أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَى الْكَبِيرَةِ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَحَكِيَ عَنْ بَعْضِ أَصْحَابِهِ ، أَنَّهُ يَرْجِعُ بِجَمِيعِ صَدَاقِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَتَلَفَتْ الْبُضْعَ ، فَوَجَبَ ضَمَانُهُ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : إِنْ كَانَتِ الْمُرْضِعَةُ أَرَادَتِ الْفَسَادَ ، رَجَعَ عَلَيْهَا بِنِصْفِ الصَّدَاقِ ، وَإِلَّا فَلَا يَرْجِعُ^(٦) بِشَيْءٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : لَا يَرْجِعُ بِشَيْءٍ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهَا بِالنِّصْفِ^(٧) ، أَنَّهَا قَرَّرَتْهُ عَلَيْهِ ، وَالزَّمَتْهُ إِيَّاهُ ، وَأَتَلَفَتْ عَلَيْهِ مَا فِي مُقَابَلَتِهِ ، فَوَجَبَ عَلَيْهَا^(٨) الضَّمَانُ ، كَالْوَارِثَةِ عَلَيْهِ الْمَبِيعِ . وَلَنَا ، عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّ مَا ضَمِنَ فِي الْعَمْدِ ضَمِنَ فِي الْخَطَأِ ، كَالْمَالِ ، لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ / نِكَاحَهُ ، وَقَرَّرَتْ عَلَيْهِ نِصْفَ الصَّدَاقِ ، « فَلَزِمَهَا ضَمَانُهُ » ، كَالْوَارِثَةِ إِفْسَادَ الْإِنْسَادِ . وَلَنَا ، عَلَى أَنَّ الرَّوْجَ إِذَا يَرْجِعُ بِالنِّصْفِ ، أَنَّ الرَّوْجَ لَمْ يَغْرَمْ إِلَّا النِّصْفَ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ أَكْثَرُ مِمَّا غَرِمَ ، وَلِأَنَّهُ بِالْفَسْخِ رَجَعَ^(٩) إِلَيْهِ بِدَلِّ النِّصْفِ الْآخَرِ ، فَلَمْ يَجِبْ لَهُ بَدَلُ مَا أَخَذَ بَدَلَهُ مَرَّةً أُخْرَى ، لِأَنَّ خُرُوجَ الْبُضْعِ مِنْ مِلْكِ الرَّوْجِ لَا قِيمَةَ لَهُ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَتِ الْمُرْضِعَةُ هَهُنَا لِمَا الزَّمَتْ الرَّوْجَ مَا كَانَ مُعْرَضًا لِلسَّقُوطِ بِسَبَبِ يُوجَدُ مِنَ الرَّوْجَةِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ هَهُنَا بِأَكْثَرِ مِمَّا الزَّمَتْهُ .

١٧٤/٨ و

(٦) في م زيادة : « بالنصف » .

(٧) سقط من : م .

(٨) في النسخ : « عليه » .

(٩-٩) سقط من : الأصل ، ا ، ب .

(١٠) في م : « يرجع » .

فصل: والواجب نصفُ المُسمَى ، لانصف مهر المثل ؛ لأنه إنما يرجع بما غرم ، والذى غرم نصف ما فرض لها ، فرجع به . وهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : يرجع بنصف مهر المثل ؛ لأنه ضمان مُتلف ، فكان الاعتبار بقيمته ، دون ما ملكه به ، كسائر الأعيان . ولنا ، أن خروج البضع من ملك الزوج لا قيمة له ، بدليل ما لو قتلت نفسها ، أو ارتدَّت ، أو أرضعت من يفسخ نكاحها بإرضاعه ، فإنها لا تغرم له شيئاً ، وإنما الرجوع ههنا بما غرم ، فلا يرجع بغيره ، ولأنه لو رجع بقيمة المتلف ، لرجع بمهر المثل كله ، ولم^(١١) يختص بنصفه ؛ لأن التلف لم يختص بالنصف ، ولأن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا ، لزمهم نصف المُسمَى ، كذا ههنا .

فصل : وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت زوجها الصغيرة ، أفسدت نكاحه ، وحرمتها عليه ، ولزمها نصف الصداق ، فإن أرضعتها أمه ، صارت أخته ، وإن أرضعتها جدته ، صارت عمته أو خالته ،^(١٢) وإن أرضعتها بنته ، صارت بنت ابنته^(١٣) ، وإن أرضعتها أخته ، صارت بنت أخته . وكل امرأة تحرم بنت زوجها عليه^(١٤) ، إذا أرضعتها بلبن زوجها ، حرمتها عليه ، وعليها نصف مهرها ، كما مرأه ابنه ، وامرأة أبيه ، وامرأة أخيه ، وامرأة جده ؛ لأنها إن أرضعتها امرأة أبيه بلبنه ، صارت أخته ، وإن أرضعتها امرأة ابنه ، صارت بنت ابنه ، وإن أرضعتها امرأة أخيه ، صارت بنت أخيه ، وإن أرضعتها امرأة جده بلبنه ، صارت عمته أو خالته . وإن أرضعتها امرأة أحد هؤلاء بلبن غيره ، لم تحرم عليه ؛ لأنها صارت ربيبة زوجها . وإن أرضعتها من لا تحرم بنتها ، كعمته وخالته ، لم تحرمها عليه . ولو تزوج ابنة عمه ، فأرضعت جدتها أحدهما / صغيراً ، انفسخ النكاح ؛ لأنها إن أرضعت الزوج صار عم زوجها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته^(١٤) ، وإن أرضعتها جميعاً صار كل واحد منهما عم الآخر .

(١١) في الأصل : لا ، .

(١٢-١٣) سقط من : م .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في الشرح الكبير : عمته ، .

وإن تزوج بنت عمته ، فأرضعت جدتهما أحدهما صغيراً ، انفسخ النكاح ؛ لأنها إن أرضعت الزوج صار خالاً لها ، وإن أرضعت الزوجة صارت عمته . وإن تزوج ابنة خاله ، فأرضعت جدتهما^(١٥) الزوج صار عم زوجته ، وإن أرضعتها^(١٦) صارت خالته . وإن تزوج ابنة خالته^(١٧) ، فأرضعت الزوج صار خال زوجته ، وإن أرضعتها^(١٨) صارت خالة زوجها .

فصل : وإن تزوج كبيرة ، ثم طلقها ، فأرضعت صغيرةً بلبنه ، صارت بنتاً له ، وإن أرضعتها بلبن غيره صارت ربيبةً ، فإن كان قد دخل بالكبيرة ، حرمت الصغيرة على التأبيد ، وإن كان لم يدخل بها لم تحرم^(١٩) ؛ لأنها ربيبة لم يدخل بأمتها . وإن تزوج صغيرةً ، ثم طلقها ، فأرضعتها امرأة ، حرمت المرضعة على التأبيد ؛ لأنها من أمهات نسائه . وإن تزوج كبيرةً وصغيرةً ، ثم طلق الصغيرة ، فأرضعتها الكبيرة ، حرمت الكبيرة ، وانفسخ نكاحها ، فإن^(٢٠) كان لم يدخل بها ، فلا مهر لها ، وله نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها ، فلها مهرها ، ونحرُم هي والصغيرة على التأبيد . وإن طلق الكبيرة وحدها قبل الرضاع ، فأرضعت الصغيرة ، ولم يكن دخل بالكبيرة ، ثبت نكاح الصغيرة ، وإن كان دخل بها ، حرمت الصغيرة ، وانفسخ نكاحها ، ويرجع على الكبيرة ينصف صداقها . وإن طلقهما جميعاً ، فالحكم في التحريم على ما مضى . ولو تزوج رجل كبيرةً ، وآخر صغيرةً ، ثم طلقاهما ، ونكح كل واحد منهما زوجة الآخر ، ثم أرضعت^(٢١) الكبيرة الصغيرة ، حرمت عليهما الكبيرة ،

(١٥) في م : جدتها .

(١٦) في ا ، ب : أرضعتها .

(١٧) في الأصل : خاله .

(١٨) في ب : أرضعتها .

(١٩) في زيادة : عليه .

(٢٠) في الأصل ب ، م : وإن .

(٢١) في ب : أرضعت .

وَأَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُ الصَّغِيرَةِ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرُمَتْ عَلَيْهِ ، وَأَنْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَإِلَّا فَلَا .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتْ بِنْتُ الْكَبِيرَةِ الصَّغِيرَةَ ، فَالْحُكْمُ فِي التَّحْرِيمِ وَالْفَسْخِ حُكْمُ مَا لَوْ أَرْضَعَتْهَا الْكَبِيرَةُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ جَدَّتَهَا ، وَالرَّجُوعُ بِالصَّدَاقِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الَّتِي أَفْسَدَتْ النِّكَاحَ . وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا أُمُّ الْكَبِيرَةِ ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا مَعًا ؛ لِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، فَإِنْ كَانَ لَمْ يَدْخُلْ بِالْكَبِيرَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ، وَيَرْجِعَ عَلَى الْمُرْضِعَةِ بِنِصْفِ صَدَاقِهِمَا ، وَإِنْ كَانَ قَدْ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، فَلَهُ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّ الصَّغِيرَةَ لَا عِدَّةَ عَلَيْهَا ، وَلَيْسَ لَهُ نِكَاحُ الصَّغِيرَةِ حَتَّى تُنْقِضِيَ عِدَّةَ الْكَبِيرَةِ ؛ / لِأَنَّهَا قَدْ صَارَتْ أُخْتَهَا ، فَلَا يَنْكِحُهَا فِي عِدَّتِهَا . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ إِنْ أَرْضَعَتْهَا جَدَّةُ الْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّهَا تُصِيرُ عَمَّةَ الْكَبِيرَةِ أَوْ خَالَتَهَا ، وَالْجَمْعُ بَيْنَهُمَا مُحَرَّمٌ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ^(٢٢) إِنْ أَرْضَعَتْهَا أُخْتُهَا أَوْ زَوْجَةُ أُخِيهَا بَلَيْتِهِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتُ أُخْتِ الْكَبِيرَةِ أَوْ بِنْتُ أُخِيهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَرْضَعَتْهَا بِنْتُ أُخِيهَا أَوْ بِنْتُ أُخْتِهَا . وَلَا يَحْرُمُ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا وَاحِدَةٌ مِنْهُنَّ^(٢٣) عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهُ تَحْرِيمٌ جَمْعٌ ، إِلَّا إِذَا أَرْضَعَتْهَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ وَقَدْ دَخَلَ بِأُمِّهَا .

فصل : وَمَنْ أَفْسَدَ نِكَاحَ امْرَأَةٍ بِالرُّضَاعِ قَبْلَ الدُّخُولِ ، غَرِمَ نِصْفَ صَدَاقِهَا ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدُّخُولِ ، فَتَنْصَرَفُ^(٢٤) أَحْمَدُ عَلَى أَنَّهُ يَرْجِعُ عَلَيْهِ بِالْمَهْرِ كُلِّهِ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْمَرْأَةَ تَسْتَحِقُّ الْمَهْرَ كُلَّهُ عَلَى زَوْجِهَا ، فَتَرْجِعُ بِمَا لَزِمَهُ ، كِنِصْفِ الْمَهْرِ فِي غَيْرِ^(٢٥) الْمَدْخُولِ بِهَا . وَالصَّحِيحُ ، إِنْ شَاءَ اللَّهُ تَعَالَى ، أَنَّهُ لَا يَرْجِعُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ بَعْدَ الدُّخُولِ بِشَيْءٍ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُقَرَّرْ عَلَى الزَّوْجِ شَيْئًا ، وَلَمْ تُلْزَمْهُ إِيَّاهُ ، فَلَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا بِشَيْءٍ ، كَالْوَأْتِ فِي نِكَاحِ نَفْسِهَا ، وَلِأَنَّهُ لَوْ مَلَكَ الرَّجُوعُ بِالصَّدَاقِ بَعْدَ الدُّخُولِ ، لَسَقَطَ إِذَا

(٢٢) سقط من : الأصل ، ب .

(٢٣) في ب : منهم .

(٢٤) في أ ، م : ينص .

(٢٥) سقط من : م .

كانت المرأة هي المُفسِدة للنكاح ، كالتصنيف قبل الدخول ، ولأن خروج البضع من ملك الزوج غير متقوم ، على ما ذكرناه فيما مضى ، ولذلك لا يجب مهر المثل ، وإنما رجع الزوج بتصنيف المسمى قبل الدخول ؛ لأنها قررت عليه ، ولذلك يسقط إذا كانت هي المُفسِدة لنكاحها^(٢٦) ، ولم يوجد ذلك ههنا . وهذا قول بعض أصحاب الشافعي .
ولأنه لو رجع بالمهر بعد الدخول ، لم يحل إما أن يكون رجوعه ببديل البضع الذي فوته^(٢٧) ، أو بالمهر^(٢٨) الذي أداه ، لا يجوز أن يكون ببديل البضع^(٢٩) ؛ لأنه لو وجب بدله ،^(٣٠) لوجب له^(٣٠) على الزوجة إذا فات بفعلها أو بقتلها ، وكان^(٣١) الواجب له^(٣٢) مهر مثلها ، ولا يجوز أن يجب له بدل ما أداه إليها لذلك ، ولأنها ما أوجبت ، ولا لها أثر في إيجابه ولا أدائه^(٣٣) ولا تقريره^(٣٣) ، ولا نعلم بينهم خلافاً في أنها إذا أفسدت نكاح نفسها بعد الدخول ، أنه لا يسقط مهرها ، ولا يرجع عليها^(٣٤) بشيء إن كان^(٣٥) أداه إليها ، ولا في أنها إذا أفسدته قبل الدخول أنه يسقط صداقها ، وأنه يرجع عليها بما أعطها ، فلو دبت صغيرة إلى كبيرة ، فارتضعت منها خمس رضعات وهي نائمة ، وهما زوجتان رجل ، انفسخ نكاح / الكبيرة ، وحرمت على التأبيد ، فإن كان دخل بالكبيرة ، حرمت الصغيرة ، وانفسخ نكاحها ، ولا مهر للصغيرة ؛ لأنها فسخت نكاح نفسها ، وعليه مهر الكبيرة ، يرجع به على الصغيرة ، عند أصحابنا ، ولا يرجع

١٧٥/٨ ظ

(٢٦) في ١ ، ب ، م : « نكاحها » .

(٢٧) في الأصل : « فوته » .

(٢٨) في ب : « المهر » .

(٢٩) في ب : « البضع » .

(٣٠-٣٠) سقط من : الأصل .

(٣١) في ب : « وكان » .

(٣٢) في الأصل ، ب ، م : « لها » .

(٣٣-٣٣) في م : « وتقريره » .

(٣٤) سقط من : الأصل .

(٣٥) سقط من : م .

به ، على ما اُخْتَرَنَاهُ ، وإن لم يكن دَخَلَ بالكبيرة ، فعليه نِصْفُ صَدَاقِهَا ، يَرْجِعُ به على مالِ الصغيرة ؛ لأنها فَسَخَتْ نِكَاحَهَا . وإن اِرْتَضَعَتِ الصغيرةُ منها رَضَعَتَيْنِ وهى نائمةٌ ، ثم اِتَّبَهَتِ الكبيرةُ ، فَأَتَمَّتْ لها ثلاثَ رَضَعَاتٍ ، فقد حَصَلَ الفَسَادُ بِفِعْلِهِمَا^(٣٦) ، فَيَتَقَسَّطُ^(٣٧) الواجِبُ عليهما ، وعليه مَهْرُ الكبيرةِ ، وثلاثةُ أَعْشَارِ مَهْرِ الصغيرةِ ، يَرْجِعُ به على الكبيرةِ ، وإن لم يكن دَخَلَ بالكبيرةِ ، فعليه خُمْسُ مَهْرِهَا ، يَرْجِعُ به على الصغيرةِ . وهل يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الصغيرةِ ؟ على رِوَايَتَيْنِ .

فصل : وإن أفسدَ النِكَاحَ جماعةٌ ، تَقَسَّطَ المَهْرُ عليهم ، فلو جاء خُمْسٌ ، فَسَقَيْنِ زَوْجَةً صغيرةً من لَبَنِ أُمِّ الزَّوْجِ خُمْسَ مَرَّاتٍ ، اِنْفَسَخَ نِكَاحُهَا ، وَلَزِمَهُنَّ نِصْفُ مَهْرِهَا بَيْنَهُنَّ . فإن سَقَتْهَا واحدةً شَرِبَتَيْنِ ، وَأُخْرَى^(٣٨) ثَلَاثًا ، فعلى الأُولَى الخُمْسُ ، وعلى الثانيةِ^(٣٩) خُمْسٌ وَعُشْرٌ . وإن سَقَتْهَا واحدةً شَرِبَتَيْنِ ، وَسَقَاهَا ثلاثَ ثلاثَ شَرِبَاتٍ ، فعلى الأُولَى الخُمْسُ ، وعلى كُلِّ واحدةٍ من الثلاثِ عُشْرٌ . وإن كان له ثلاثُ نِسْوَةٍ كِبَارٍ ، وواحدةٌ صغيرةٌ ، فَأَرْضَعَتْ كُلَّ واحدةٍ من الثلاثِ الصغيرةَ أَرْبَعَ رَضَعَاتٍ ، ثم حَلَبْنَ في إِنْاءٍ ، وَسَقَيْنَهُ الصغيرةَ ، حَرَمَ الكِبَارُ ، وَاِنْفَسَخَ نِكَاحَهُنَّ ، فإن لم يكن دَخَلَ بِهِنَّ ، فَنِكَاحُ الصغيرةِ ثابتٌ ، على إحدى الرِوَايَتَيْنِ ، وعليه لكلِّ واحدةٍ مِنْهُنَّ ثُلُثُ صَدَاقِهَا ، تُرْجِعُ به على ضَرَّتَيْهَا ؛ لِأَنَّ فِسَادَ نِكَاحِهَا حَصَلَ^(٤٠) بِفِعْلِهَا وَفِعْلِهَا ، فَسَقَطَ ما قَابَلَ فِعْلَهَا ، وهو سُدُسُ الصَّدَاقِ ، وَبَقِيَ عليه الثُلُثُ ، فَرَجِعَ به على ضَرَّتَيْهَا ، فإن كان صَدَاقُهُنَّ مُتَسَاوِيًا ، سَقَطَ ، ولم يَجِبْ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّهُ يَتَقَاصُ ما لَهَا على الزَّوْجِ ، بما يَرْجِعُ به عليها ، إِذ لا فائِدةٌ في أن يَجِبَ لها عليه ما يَرْجِعُ به عليها ، وإن

(٣٦) ف ب : فعلها .

(٣٧) ف ب : فسقط .

(٣٨) ف ب : والأخرى .

(٣٩-٣٩) ف ب : الخمس والعشر .

(٤٠) سقط من الأصل .

لأنَّ كَوْنَهَا جَدَّةٌ يَنْبِي (٤٥) عَلَى كَوْنِ ابْنَتِهَا أُمًّا ، وَمَا صَارَتْ وَاحِدَةً مِنْ بَنَاتِهَا أُمًّا ، وَيَحْتَمَلُ أَنْ تَحْرُمَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ كَمَّلَ لَهَا مِنْ بَنَاتِهَا خَمْسُ رَضَعَاتٍ . وَكَذَلِكَ الْحُكْمُ لَوْ أَرْضَعَتْهَا بِنْتُهَا رَضْعَةً ، وَبِنْتُ ابْنِهَا رَضْعَةً ، وَبِنَاتُ بَنَاتِهَا ثَلَاثَ رَضَعَاتٍ . وَلَوْ كَمَّلَ لَهَا مِنْ زَوْجَتِهِ بَلْبَيْنَهُ وَمِنْ أُمِّهِ وَأُخْتِهِ وَابْنَتِهِ وَبِنْتُ (٤٦) ابْنِهِ خَمْسُ رَضَعَاتٍ ، فَعَلَى الْوَجْهِينِ ؛ أَصْحَهُمَا ، لَا يَثْبُتُ تَحْرِيمُهَا . وَفِي الْآخِرِ ، يَثْبُتُ (٤٧) . فَعَلَى هَذَا الْوَجْهِ ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ بِمَا غَرِمَ مِنْ صَدَاقِهَا ، عَلَى قَدْرِ رَضَاعِيهِنَّ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يَرْجِعُ عَلَيْهِنَّ عَلَى عَدَدِ رُءُوسِيهِنَّ ؛ لِكَوْنِ الرُّضَاعِ مُفْسِدًا ، فَيَسْتَوِي قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ، كَمَا لَوْ طَرَحَ النَّجَاسَةَ جَمَاعَةً فِي مَائِجٍ فِي حَالَةِ وَاحِدَةٍ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ التَّحْرِيمَ يَتَعَلَّقُ بِعَدَدِ الرُّضَعَاتِ ، فَكَانَ الضَّمَانُ مُتَعَلِّقًا بِالْعَدَدِ ، بِخِلَافِ النَّجَاسَةِ / ، فَإِنَّ التَّنَجِيسَ لَا يَتَعَلَّقُ بِقَدْرِ ، فَيَسْتَوِي قَلِيلُهُ وَكَثِيرُهُ ؛ لِكَوْنِ (٤٨) الْقَلِيلِ وَالكَثِيرِ سَوَاءً فِي الْإِفْسَاحِ ، فَتَظِيرُ ذَلِكَ أَنْ يَشْرَبَ فِي (٤٩) الرُّضْعَةِ مِنْ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ مِمَّا يَشْرَبُ مِنَ الْآخَرَى .

ظ ١٧٦/٨

فصل : إِذَا كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ أُمَةٌ (٥٠) ، فَأَرْضَعَتْ أُمَّرَأَتَهُ (٥١) الصَّغِيرَةَ ، فَحَرَمَتْهَا عَلَيْهِ ، وَفَسَخَتْ نِكَاحَهَا ، كَانَ مَا لَزِمَهُ مِنْ صَدَاقِ الصَّغِيرَةِ لَهُ فِي رَقَبَةِ الْأُمَةِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جِنَايَتِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْهَا أُمٌّ وَلَدَهُ ، أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا ، وَحَرَمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا رَابِيَةٌ دَخَلَ بِأُمِّهَا ، وَتَحْرُمُ أُمُّ الْوَلَدِ عَلَيْهِ أَبَدًا ؛ لِأَنَّهَا مِنْ أُمَّهَاتِ نِسَائِهِ ، وَلَا غَرَامَةَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ عَلَى سَيِّدِهَا ، فَإِنْ كَانَ قَدْ كَاتَبَهَا ، رَجَعَ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الْمُكَاتَبَةَ يَلْزِمُهَا أَرْشُ جِنَايَتِهَا . وَإِنْ أَرْضَعَتْ أُمٌّ وَلَدَهُ امْرَأَةً ابْنَهُ بَلْبَيْنَهُ ، فَسَخَتْ نِكَاحَهَا وَحَرَمَتْهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا

(٤٥) فِي أ ، ب ، م : يَنْبِي .

(٤٦) فِي م : وَابْنَةُ .

(٤٧) فِي ب : ثَبِتَ .

(٤٨) فِي م : لِيَكُونَ .

(٤٩) فِي ب : مِنْ .

(٥٠) سَقَطَ مِنْ ب .

(٥١) فِي أ : زَوْجَتَهُ .

صَارَتْ أُخْتَهُ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ زَوْجَةَ أَبِيهِ بِلَبَنِهِ ، حَرَّمْتُهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ بِنْتُ ابْنِهِ ، وَيَرْجِعُ الْأَبُ عَلَى ابْنِهِ بِأَقْلِّ الْأَمْرَيْنِ مِمَّا غَرِمَهُ^(٥٢) لِزَوْجَتِهِ أَوْ قِيمَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ جِنَايَةِ أُمِّ وَلَدِهِ . وَإِنْ أَرْضَعَتْ وَاحِدَةً مِنْهُمَا بِغَيْرِ لَبَنِ سَيِّدِهَا ، لَمْ تُحَرِّمْنَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا صَارَتْ بِنْتُ أُمِّ وَلَدِهِ .

١٣٧٤ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ تَزَوَّجَ بِكَبِيرَةٍ وَصَغِيرَتَيْنِ ، فَأَرْضَعَتِ الْكَبِيرَةَ الصَّغِيرَتَيْنِ ، حَرَّمَتْ عَلَيْهِ الْكَبِيرَةَ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَا مَهْرَ عَلَيْهِ لِلْكَبِيرَةِ ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا)

أَمَّا تَحْرِيمُ الْكَبِيرَةِ فَلِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ أُمَّهَاتِ النِّسَاءِ ، وَأَمَّا انْفِسَاخُ نِكَاحِ الصَّغِيرَتَيْنِ ، فَلِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، وَاجْتَمَعَتَا فِي الزَّوْجِيَّةِ ، فَيَنْفَسَخُ نِكَاحُهُمَا ، كَمَا لَوْ ارْتَضَعْتَا^(١) مَعًا ، وَلَا مَهْرَ لِلْكَبِيرَةِ ؛ لِأَنَّ الْفَسَادَ جَاءَ مِنْ قِبَلِهَا ، وَيَرْجِعُ عَلَيْهَا بِنِصْفِ صَدَاقِ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهُمَا ، وَلَهُ أَنْ يَنْكِحَ مَنْ شَاءَ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ انْفِسَاخَ نِكَاحِهِمَا لِلْجَمْعِ ، وَلَا يُوجِبُ تَحْرِيمًا مُؤَبَّدًا . وَهَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي قُلْنَا : إِنَّهَا إِذَا أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَةَ ، اخْتَصَّ الْفَسْخُ بِالْكَبِيرَةِ . فَأَمَّا عَلَى الرَّوَايَةِ الَّتِي تَقُولُ : يَنْفَسَخُ نِكَاحُهُمَا مَعًا . فَإِنَّهُ يَثْبُتُ نِكَاحُ الْأُخْرَى مِنَ الصَّغِيرَتَيْنِ ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ لَمَّا أَرْضَعَتِ الْأُولَى ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا ، ثُمَّ أَرْضَعَتِ^(٢) الْأُخْرَى ، فَلَمْ تَجْتَمِعْ مَعَهُمَا فِي النِّكَاحِ ، فَلَمْ يَنْفَسَخِ نِكَاحُهَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرَّمَتْ ، وَحَرَّمَتِ الصَّغِيرَتَانِ عَلَى التَّأْيِيدِ ؛ لِأَنَّهُمَا رَبِيبَتَانِ قَدْ دَخَلَ بِأُمَّهُمَا .

فصل : فَإِنْ أَرْضَعَتِ الصَّغِيرَتَيْنِ أَجْنَبِيَّةً ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا / أَيْضًا . وَهَذَا قَوْلُ ١٧٧/٩ أَبِي حَنِيفَةَ وَالْمُزَنِّيَّ ، وَأَحَدُ^(٣) قَوْلَيْ الشَّافِعِيِّ ، وَقَالَ فِي الْآخِرِ : يَنْفَسَخُ نِكَاحُ

(٥٢) فِي ب : « غَرِمَ » .

(١) فِي الْأَصْلِ : « ارْتَضَعَا » . وَفِي ب ، م : « أَرْضَعْتَا » .

(٢) فِي الْإِهَادَةِ : « الثَّانِيَةَ » .

(٣) فِي أ : « وَهُوَ أَحَدٌ » .

الأخيرة^(٤) وحدها ؛ لأنَّ سَبَبَ الْبُطْلَانِ حَصَلَ بِهَا ، وَهُوَ الْجَمْعُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَزَوَّجَ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ بَعْدَ الْأُخْرَى . وَلَنَا ، أَنَّهُ جَامِعٌ بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ فِي النِّكَاحِ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا ، كَمَا لَوْ أَرْضَعْتَهُمَا مَعًا ، وَفَارَقَ مَا لَوْ عَقَدَ عَلَى وَاحِدَةٍ بَعْدَ الْأُخْرَى ، فَإِنَّ عَقْدَ الثَّانِيَةِ لَمْ يَصِحَّ ، فَلَمْ يَصِرْ بِهِ جَامِعًا بَيْنَهُمَا ، وَهَهُنَا حَصَلَ الْجَمْعُ بِرِضَاعِ الثَّانِيَةِ ، وَلَا يُمَكِّنُ الْقَوْلُ بَأَنَّهُ لَمْ يَصِحَّ ، فَحَصَلْنَا مَعًا فِي نِكَاحِهِ ، وَهِيَ أُخْتَانِ لَا مَحَالَةَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعْتَهُمَا بِنْتُ الْكَبِيرَةِ ، فَالْحُكْمُ فِي الْفَسْخِ كَمَا لَوْ أَرْضَعْتَهُنَّ^(٥) الْكَبِيرَةَ نَفْسُهَا ؛ لِأَنَّ الْكَبِيرَةَ تَصِيرُ جَدَّةً لَهَا ، وَلَكِنَّ الرَّجُوعَ يَكُونُ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْمُفْسِدَةِ لِنِكَاحِهِنَّ .

١٣٧٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كُنَّ^(١) الْأَصَاغِرُ ثَلَاثًا ، فَأَرْضَعْتَهُنَّ مُنْفَرِدَاتٍ ، حَرُمَتِ الْكَبِيرَةُ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْمُرْضِعَتَيْنِ^(٢) أَوَّلًا ، وَثَبَتَ نِكَاحُ آخِرِهِنَّ رِضَاعًا . فَإِنْ أَرْضَعْتَ إِحْدَاهُنَّ مُنْفَرِدَةً ، وَاثْنَتَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ مَعًا ، حَرُمَتِ الْكَبِيرَةُ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْأَصَاغِرِ ، وَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْأَصَاغِرِ . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيرَةِ ، حَرُمَ الْكُلُّ عَلَيْهِ عَلَى الْأَبَدِ)

إِنَّمَا حَرُمَتِ الْكَبِيرَةُ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ مِنْ أُمَّهَاتِ النِّسَاءِ ، وَانْفَسَخَ نِكَاحُ الْمُرْضِعَتَيْنِ أَوَّلًا ؛ لِأَنَّهُمَا صَارَتَا أُخْتَيْنِ فِي نِكَاحِهِ ، وَثَبَتَ نِكَاحُ الْأَخِيرَةِ^(٣) ؛ لِأَنَّ رِضَاعَهَا بَعْدَ انْفِسَاخِ نِكَاحِ الصَّغِيرَتَيْنِ اللَّتَيْنِ قَبْلَهَا ، فَلَمْ يُصَادِفْ إِخْوَتَهَا جَمْعًا فِي النِّكَاحِ . وَإِنْ أَرْضَعْتَ إِحْدَاهُنَّ مُنْفَرِدَةً ، وَاثْنَتَيْنِ بَعْدَ ذَلِكَ مَعًا ، بَأَن تُلْقِمَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ثَدْيًا ،

(٤) فِي الْأَصْلِ : « الصَّغِيرَةُ » . وَفِي م : « الْأَخْرَةُ » .

(٥) فِي م : « أَرْضَعْتَهُ » .

(١) عَلَى لَفْظٍ : « أَكَلَوْنَ الْبِرَاغِيثَ » .

(٢) فِي أ : « الْمُرْضِعَتَيْنِ » .

(٣) فِي أ ، ب : « الْأَخْرَةُ » .

فِيْمَتَصَّانٍ مَعًا ، أَوْ تَحْلِبَ مِنْ لَبِيْهَا فِي إِنَاءٍ فَتَسْقِيَهُمَا ، انْفَسَخَ نِكَاحُ الْجَمِيْعِ ؛ لِأَنَّهُنَّ صَيَّرْنَ أَحْوَابَ فِي نِكَاحِهِ ، وَلِهَذَا أَنْ يَتَزَوَّجَ مَنْ شَاءَ مِنَ الْأَصَاغِرِ ؛ لِأَنَّ تَحْرِيْمَهُنَّ تَحْرِيْمُ جَمْعٍ ، لَا تَحْرِيْمُ تَأْيِيْدٍ ، فَإِنَّهُنَّ رِبَائِبٌ ^(٤) لَمْ يَدْخُلْ بِأَمِهِنَّ . وَإِنْ دَخَلَ بِالْكَبِيْرَةِ ، حُرْمَ الْكُلِّ عَلَى الْأَيْدِ ؛ لِأَنَّهُنَّ رِبَائِبٌ مَدْخُولٌ بِأَمِهِنَّ . هَذَا عَلَى الرَّوَايَةِ الْأَوْلَى . وَعَلَى الْأُخْرَى ، لَمَّا أَرْضَعَتِ الْأَوْلَى ، انْفَسَخَ نِكَاحُهَا وَنِكَاحُ الْكَبِيْرَةِ ؛ لِأَنَّهَا صَارَتْ أُمًّا ، وَاجْتَمَعَتَا فِي نِكَاحِهِ ، ثُمَّ أَرْضَعَتِ ^(٥) الثَّانِيَةَ ، فَلَمْ يَنْفَسِخْ نِكَاحُهَا ؛ لِأَنَّهَا مُنْفَرِدَةٌ بِالرُّضَاعِ ^(٦) فِي النِّكَاحِ ^(٧) ، فَلَمَّا أَرْضَعَتِ الثَّلَاثَةَ ، صَارَتَا أُخْتَيْنِ ، فَانْفَسَخَ نِكَاحُهُمَا .

/ فصل : فَإِنْ أَرْضَعْتَهُنَّ بِنْتُ الْكَبِيْرَةِ ، فَهُوَ كَالْوَالِدِ أَرْضَعْتَهُنَّ أُمًّا . وَإِنْ ^(٨) كَانَ لَهَا ثَلَاثُ بَنَاتٍ ، فَأَرْضَعَتْ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ زَوْجَةً مِنَ الْأَصَاغِرِ ، حُرْمَتِ الْكَبِيْرَةِ بِالرُّضَاعِ أَوْلَاهُنَّ ، وَيَرْجَعُ عَلَى مُرْضِعَتِهَا بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِهَا ؛ لِأَنَّهَا أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا ، وَلَا يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْأَصَاغِرِ ؛ لِأَنَّهُنَّ لَمْ يَصَيِّرْنَ أَحْوَابَ ، وَإِنَّمَا هُنَّ بَنَاتٌ ^(٩) خَالَاتٍ . وَعَلَى الرَّوَايَةِ الْأُخْرَى ، يَنْفَسِخُ نِكَاحُ الْمُرْضِعَةِ الْأَوْلَى ؛ لِاجْتِمَاعِهَا مَعَ جَدَّتِهَا فِي النِّكَاحِ ، وَيَثْبُتُ نِكَاحُ الْأَخِيْرَتَيْنِ ، وَيَرْجَعُ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرِ الثِّيِّ فَسَدَتْ ^(١٠) نِكَاحُهَا عَلَى الثِّيِّ أَرْضَعْتَهَا . وَإِنْ كَانَ دَخَلَ بِالْكَبِيْرَةِ ، حُرْمَ الْكُلِّ عَلَيْهِ عَلَى الْأَيْدِ ، وَرَجَعَ عَلَى ^(١١) كُلِّ وَاحِدَةٍ بِمَا لَزِمَهُ مِنْ مَهْرٍ ^(١٢) الثِّيِّ أَرْضَعْتَهَا . وَإِنْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَرْجَعُ بِمَهْرِ الْكَبِيْرَةِ . رَجَعَ بِهِ عَلَى الْمُرْضِعَةِ الْأَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا الثِّيِّ أَفْسَدَتْ نِكَاحَهَا .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في م : ارضعت .

(٦-٦) سقط من : الأصل .

(٧) في م : ولو .

(٨) في ب : أمهات .

(٩) في ب : أفسد .

(١٠) سقط من : ب .

(١١) في الأصل : المهر .

١٣٧٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا شَهِدَتْ امْرَأَةٌ وَاحِدَةً عَلَى الرِّضَاعِ ، حَرَّمَ التَّكَاحُ إِذَا كَانَتْ مَرْضِيَّةً . وَقَدْ رَوَى عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى : إِنَّ كَانَتْ مَرْضِيَّةً اسْتَحْلَفَتْ ، فَإِنْ كَانَتْ كَاذِبَةً ، لَمْ يَحِلَّ الْحَوْلُ حَتَّى تَبْيَضَّ ثَدْيَاهَا ، وَذَهَبَ فِي ذَلِكَ إِلَى قَوْلِ ابْنِ عَبَّاسٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ^(١))

وجملة ذلك أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة في الرضاع ، إذا كانت مرضية . وهذا قال طائوس ، والزهرى ، والأوزاعي ، وابن أبي ذئب ، وسعيد بن عبد العزيز . وعن أحمد ، رواية أخرى : لا يقبل إلا شهادة امرأتين . وهو قول الحكم ؛ لأن الرجال أكمل من النساء ؛ ولا يقبل ^(٢) إلا شهادة رجلين ، فالنساء أولى . وعن أحمد ، رواية ثالثة ، أن شهادة المرأة الواحدة مقبولة ، وتستحلف مع شهادتها . وهو قول ابن عباس ، وإسحاق ؛ لأن ابن عباس قال ، في امرأة زعمت أنها أرضعت رجلاً وأهله ، فقال : إن كانت مرضية ، استحلقت ، وفارق امرأته ^(٣) . وقال : إن كانت كاذبة ، لم يحل الحول حتى تبيض ثديها ^(٤) . . يعني يصبها فيها برص ، عقوبة على كذبها . وهذا لا يقتضيه قياس ، ولا يهتدى إليه رأى ، فالظاهر أنه لا يقوله إلا توقيفاً . وقال عطاء ، وقتادة ، والشافعي : لا يقبل من النساء أقل من أربع ؛ لأن كل امرأتين كرجل . وقال أصحاب الرأي : لا يقبل فيه إلا رجلان ، أو رجل وامرأتان . وروى ذلك عن عمر ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأَسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِنْ رِجَالِكُمْ فَإِنْ لَمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَامْرَأَتَانِ ﴾ ^(٥) . ولنا ، ما روى عقبه بن الحارث ، قال : تزوجت أم يحيى بنت أبي إهاب ، فجاءت أمة سوداء ، فقالت : قد أرضعتكما . فأنبت النبي ﷺ ، فذكرت

١٧٨/٨

(١) في الأصل ، ا ، ب : « عنه » .

(٢-٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل : « أهله » .

(٤) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٧/٤٨٢ ، ٤٨٣ .

(٥) سورة البقرة ٢٨٢ .

ذلك له ، فقال : « وَكَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ ذَلِكَ ! » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٦) . وفي لفظِ رواه النَّسَائِيُّ ، قال : فَأَتَيْتُهُ مِنْ قِبَلِ وَجْهِهِ ، فَقُلْتُ : إِنَّهَا كَاذِبَةٌ . قال : « كَيْفَ ، وَقَدْ زَعَمْتَ أَنَّهَا قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا ! حَلَّ سَبِيلَهَا » . وهذا يُدَلُّ عَلَى الْاِكْتِفَاءِ بِالْمَرْأَةِ الْوَاحِدَةِ . وقال الزُّهْرِيُّ : فُرِّقَ بَيْنَ أَهْلِ أَيْبَاتٍ فِي زَمَنِ عُثْمَانَ بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ فِي الرِّضَاعِ ^(٧) . وقال الأَوْزَاعِيُّ : فَرَّقَ عُثْمَانُ بَيْنَ أَرْبَعَةٍ وَبَيْنَ نِسَائِهِمْ ، بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ ^(٨) فِي الرِّضَاعِ ^(٩) . وقال الشَّعْبِيُّ : كَانَتْ الْقَضَاءُ يُفَرِّقُونَ ^(١٠) بَيْنَ الرَّجُلِ وَالْمَرْأَةِ ، بِشَهَادَةِ امْرَأَةٍ وَاحِدَةٍ فِي الرِّضَاعِ ^(١١) . ولأنَّ هَذَا شَهَادَةٌ عَلَى عَوْرَةٍ ، فَيُقْبَلُ ^(١٢) فِيهِ ^(١٣) شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، كَالْوَلَادَةِ . وعلى الشَّافِعِيِّ ، بَأَنَّهُ مَعْنَى يُقْبَلُ فِيهِ قَوْلُ النِّسَاءِ الْمُتَفَرِّدَاتِ ، فَيُقْبَلُ ^(١٤) فِيهِ شَهَادَةُ الْمَرْأَةِ الْمُتَفَرِّدَةِ ، كَالْحَبْرِ .

فصل : وَيُقْبَلُ فِيهِ شَهَادَةُ ^(١٥) الْمُرْضِعَةِ عَلَى فِعْلِ نَفْسِهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا مِنْ حَدِيثِ عُقْبَةَ ، ^(١٥) مِنْ أَنَّ ^(١٥) الْأُمَّةَ السُّودَاءَ قَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا . فَيُقْبَلُ النَّبِيُّ ﷺ شَهَادَتَهَا . وَلِأَنَّهُ فِعْلٌ لَا يَحْصُلُ لَهَا بِهِ نَفْعٌ مَقْصُودٌ ، وَلَا تَدْفَعُ عَنْهَا بِهِ ضَرَرًا ، فَيُقْبَلُ شَهَادَتُهَا بِهِ ، كَفِعْلِ غَيْرِهَا . فَإِنْ قِيلَ : فَإِنَّهَا تَسْتَبِيحُ الْحَلْوَةَ بِهِ ، وَالسَّفَرَّ مَعَهُ ، وَتَصِيرُ مَحْرَمًا لَهُ . قُلْنَا : لَيْسَ هَذَا مِنَ الْأُمُورِ الْمَقْصُودَةِ ، الَّتِي تُرَدُّ بِهَا الشَّهَادَةُ ، أَلَا تَرَى أَنَّ

(٦) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣١٠ .

(٧) أخرجه ، عن الزهري ، عبد الرزاق ، في : باب شهادة امرأة على الرضاع ، من كتاب الطلاق . المصنف ٤٨٢/٧ .

(٨) سقط من : أ ، ب ، م .

(٩-٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(١٠) في م : « تفرق » .

(١١) في م : « فقبل » .

(١٢) في م : « فيها » .

(١٣) في أ ، م : « فقبل » .

(١٤-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥-١٥) في أ : « ولأن » .

رَجُلَيْنِ لَوْ شَهِدَا أَنَّ فَلَانًا طَلَّقَ زَوْجَتَهُ ، وَأَعْتَقَ أُمَّتَهُ ، قُبِلَتْ^(١٦) شَهَادَتُهُمَا ، وَإِنْ كَانَ يَحِلُّ لِهَمَا نِكَاحُهُمَا بِذَلِكَ .

فصل : وَلَا تُقْبَلُ الشَّهَادَةُ عَلَى الرَّضَاعِ إِلَّا مُفَسَّرَةً ، فَلَوْ قَالَتْ : أَشْهَدُ أَنَّ هَذَا ابْنُ

هَذِهِ مِنَ الرَّضَاعِ . لَا تُقْبَلُ ؛ لِأَنَّ الرَّضَاعَ الْمُحَرَّمَ يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ، مِنْهُمْ مَنْ يُحَرِّمُ

بِالْقَلِيلِ^(١٧) ، وَمِنْهُمْ مَنْ يُحَرِّمُ بَعْدَ الْحَوْلَيْنِ ، فَلَزِمَ الشَّاهِدَ تَبْيِينُ كَيْفِيَّتِهِ ، لِيَحْكُمَ

الْحَاكِمُ فِيهِ بِاجْتِهَادِهِ ، فَيَحْتَاجُ الشَّاهِدُ أَنْ يَشْهَدَ أَنَّ هَذَا ارْتَضَعَ مِنْ ثَدْيِ هَذِهِ خَمْسَ

رَضَعَاتٍ مُتَفَرِّقَاتٍ^(١٨) ، خَلَصَ اللَّبَنُ فِيهِنَّ^(١٩) إِلَى جَوْفِهِ ، فِي الْحَوْلَيْنِ . فَإِنْ قِيلَ :

خُلُوصُ اللَّبَنِ إِلَى جَوْفِهِ لَا طَرِيقَ لَهُمْ^(٢٠) إِلَى مُشَاهَدَتِهِ ، فَكَيْفَ تَجُوزُ الشَّهَادَةُ ؟ قُلْنَا : إِذَا

عَلِمَ أَنَّ هَذِهِ / الْمَرْأَةَ ذَاتُ لَبَنِ ، وَرَأَى الصَّبِيَّ قَدْ التَّقَمَ ثَدْيِهَا ، وَحَرَكَ فَمَّهُ فِي

الْإِمْتِصَاصِ ، وَحَلَقَهُ فِي^(٢١) الْاجْتِرَاعِ ، حَصَلَ ظَنُّ يَقْرُبُ إِلَى الْيَقِينِ أَنَّ اللَّبَنَ قَدْ وَصَلَ

إِلَى جَوْفِهِ ، وَمَا يَتَعَدَّرُ الْوُقُوفُ عَلَيْهِ بِالمُشَاهَدَةِ ، اِكْتَفَى فِيهِ بِالظَّاهِرِ^(٢٢) ، كَالشَّهَادَةِ

بِالْمَلِكِ ، وَثُبُوتِ الدِّينِ فِي الدِّمَّةِ ، وَالشَّهَادَةِ عَلَى النَّسَبِ بِالاسْتِيفَاضَةِ . وَلَوْ قَالَ

الشَّاهِدُ : أَدْخَلْتُ رَأْسَهُ تَحْتَ ثِيَابِهَا ، وَالتَّقَمَ ثَدْيِهَا . لَا يُقْبَلُ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ يَدْخُلُ رَأْسَهُ وَلَا

يَأْخُذُ الثَّدْيَ ، وَقَدْ يَأْخُذُ الثَّدْيَ وَلَا يَمْسُ ، فَلَا بُدَّ مِنْ ذِكْرِ مَا يَدُلُّ عَلَيْهِ . وَإِنْ قَالَ :

أَشْهَدُ أَنَّ هَذِهِ أَرْضَعَتْ هَذَا . فَالظَّاهِرُ أَنَّهُ يُكْتَفَى بِهِ^(٢٤) فِي ثُبُوتِ أَصْلِ الرَّضَاعِ ؛ لِأَنَّ

الْمَرْأَةَ الَّتِي قَالَتْ : قَدْ أَرْضَعْتُكُمَا . اِكْتَفَى بِقَوْلِهَا .

(١٦) فِي م : قَبِلَ .

(١٧) فِي ب : الْقَلِيلُ .

(١٨) فِي أ : مُنْفَرِدَاتٍ .

(١٩) سَقَطَ مِنْ أ .

(٢٠) فِي م : لَهْ .

(٢١) سَقَطَ مِنْ ب .

(٢٢) فِي م : بِالظَّاهِرَةِ .

(٢٣) فِي أ : لَمْ .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ م .

١٣٧٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَ امْرَأَةً ^(١) ، ثُمَّ قَالَ قَبْلَ الدُّخُولِ : هِيَ أُخْتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . انْفَسَخَ النِّكَاحُ ، فَإِنْ صَدَّقْتَهُ الْمَرْأَةُ ، فَلَا مَهْرَ لَهَا ^(٢) ، وَإِنْ أَكْذَبْتَهُ ^(٣) ، فَلَهَا نِصْفُ الْمَهْرِ)

وجملته أن الزَّوْجَ إِذَا أَقْرَأَ أَنَّ زَوْجَتَهُ أُخْتَهُ مِنَ الرِّضَاعَةِ ^(٤) ، انْفَسَخَ نِكَاحُهُ ، وَيُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا . وبهذا قال الشافعي . وقال أبو حنيفة : إِذَا قَالَ : وَهَمْتُ ، أَوْ أَخْطَأْتُ . قُبِلَ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ يَتَضَمَّنُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُمَا نِكَاحٌ ، وَلَوْ جَحَدَ النِّكَاحَ ، ثُمَّ أَقْرَبَهُ ، قُبِلَ ، كَذَلِكَ ^(٥) هَهُنَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ أَقْرَبَ بِمَا يَتَضَمَّنُ تَحْرِيمَهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ رُجُوعُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ أَقْرَبَ بِالطَّلَاقِ ثُمَّ رَجَعَ ، أَوْ أَقْرَأَ أَنَّ أُمَّتَهُ أُخْتَهُ مِنَ النَّسَبِ ، وَمَا قَاسُوا عَلَيْهِ غَيْرَ مُسْلِمٍ ، وَهَذَا الْكَلَامُ فِي الْحُكْمِ ، فَأَمَّا فِيمَا بَيْنَهُ وَبَيْنَ رَبِّهِ ، فَيَنْبَغِي ذَلِكَ عَلَى عِلْمِهِ بِصِدْقِهِ ، ^(٦) فَإِنْ عِلِمٌ أَنَّ الْأَمْرَ كَمَا قَالَ ، فَهِيَ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ ، وَلَا نِكَاحَ بَيْنَهُمَا ، وَإِنْ عِلِمَ كَذِبَ نَفْسِهِ ، فَالنِّكَاحُ بَاقٍ بِحَالِهِ ، وَقَوْلُهُ كَذِبٌ لَا يُحَرِّمُهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ الْمُحَرَّمَ حَقِيقَةُ الرِّضَاعِ ، لَا الْقَوْلُ . وَإِنْ شَكَّ فِي ذَلِكَ ، لَمْ تَزُلْ عَنِ الْيَقِينِ بِالشَّكِّ . وَقِيلَ فِي حِلِّهَا لَهُ إِذَا عِلِمَ كَذِبَ نَفْسِهِ رَوَايَتَانِ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ؛ لِأَنَّ قَوْلَهُ ذَلِكَ إِذَا كَانَ كَذِبًا ، لَمْ يُثَبِّتِ التَّحْرِيمَ ، كَمَا لَوْ قَالَ لَهَا وَهِيَ أَكْبَرُ مِنْهُ : هِيَ ابْنَتِي مِنَ الرِّضَاعَةِ . إِذَا ثَبَّتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ إِنْ كَانَ قَبْلَ الدُّخُولِ ، وَصَدَّقْتَهُ الْمَرْأَةُ ، فَلَا شَيْءَ لَهَا ؛ لِأَنَّهُمَا اتَّفَقَا عَلَى أَنَّ ^(٧) النِّكَاحَ فَاسِدٌ مِنْ أَصْلِهِ ^(٨) ، لَا يُسْتَحَقُّ فِيهِ مَهْرٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ ثَبَّتَ ذَلِكَ بَيِّنَةً ، وَإِنْ أَكْذَبْتَهُ ، فَالْقَوْلُ

(١) في ب : « بامرأة » .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في ا ، ب ، م : « كذبتة » .

(٤) في ا : « الرضاع » .

(٥) في ازيادة : « أيضا » .

(٦-٦) في ب : « فإنه أعلم » .

(٧) سقط من : ب ، م ،

(٨) سقط من : ب .

١٧٩/٨ قولها ؛ لأنَّ قوله غيرُ مقبولٍ عليها في إسقاطِ^(٩) حُقوقِها ، فلزِمَه إقرارُه / فيما هو حَقُّ له ، وهو تحريمُها عليه ، وفسخُ نكاحِه ، ولم يُقبَل قولُه فيما عليه من المَهْرِ .

فصل : وإن قال : هي عَمَّتِي ، أو خالتي أو ابنةُ أخي أو أُختِي أو أُمِّي من الرِّضَاعِ . وأمكَن صِدْقُه ، فالحكْمُ فيه كالمو قال : هي أُختِي . وإن لم يُمكن صِدْقُه ، مثل أن يقولَ لأصغرِّ منه أو لمثله : هذه^(١٠) أُمِّي . أو لأكبرِّ منه أو لمثله^(١١) : هذه ابنتِي . لم تحرِّم عليه . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو يوسفَ ومحمدُ : تحرِّمُ عليه ؛ لأنَّه أقرَّ^(١٢) بما يُحرِّمُها عليه ، فوجبَ أن يُقبَل ، كالمو أمكَن . ولنا ، أنَّه أقرَّ بما تحقَّق^(١٣) كذبُه فيه ، فأشبهه ما لو قال : أُرَضعتني وإياها حواءُ . أو كالمو قال : هذه حواءُ . وما ذكروه مُنتقضٌ بهذه الصُّور ، ويُفارقُ ما^(١٤) إذا أمكَن ، فإنَّه لا يتحقَّقُ كذبُه ، والحكْمُ في الإقرارِ بقراءةٍ من النَّسَبِ تحريمُها عليه ، كالحكْمِ في الإقرارِ بالرِّضَاعِ ؛ لأنَّه في معناه .

فصل : إذا ادَّعى أن زَوْجَه أختُه من الرِّضَاعِ ، فأنكرته ، فشهِدَتْ بذلك أمُّه أو ابنتُه ، لم تُقبَل شهادتُهُما ؛ لأنَّ شهادةَ الوالدةِ لوليدِها^(١٥) والوليدِ لوالدِه^(١٥) غيرُ مقبولةٍ . وإن شهِدَتْ بذلك أمُّها أو ابنتُها ، قبِلَتْ . وعنه ، لا يُقبَل ؛ بناءً على شهادةِ الوالدِ على ولده والوليدِ على والِدِه . وفي ذلك روايتان . وإن ادَّعت ذلك المرأةُ ، وأنكره الزوجُ ، فشهِدَتْ لها أمُّها أو ابنتُها ، لم تُقبَل ، وإن شهِدَتْ لها أمُّ الزوجِ أو ابنتُه ، فعلى روايتين .

١٣٧٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتِ الْمَرْأَةُ هِيَ الَّتِي قَالَتْ : هُوَ أُخِي مِنْ الرِّضَاعَةِ . فَأُكْذِبَهَا ، وَلَمْ تَأْتِ بِالْبَيِّنَةِ عَلَى مَا وَصَفَتْ ، فَهِيَ زَوْجَتُهُ فِي الْحُكْمِ)

(٩) في ب : سقط .

(١٠) في م : هي .

(١١) في ا : مثله .

(١٢) في ا ، م : إقرار .

(١٣) في الأصل : يتحقق .

(١٤) سقط من الأصل ، ا ، ب .

(١٥-١٥) في م : والوالد لولده .

وجملته أن المرأة إذا أقرت أن^(١) زوجها أخوها من الرضاة ، فأكذبها ، لم يقبل قولها في فسخ النكاح ؛ لأنه حق عليها ، فإن كان قبل الدخول ، فلا مهر لها ؛ لأنها تقر بأنها لا تستحقه ، فإن كانت قد قبضته ، لم يكن للزوج أخذه منها ؛ لأنه يقر بأنه حق لها ، وإن كان بعد الدخول ، فأقرت أنها كانت عالمة بأنها أخته وتحرى^(٢) عليها ، ومطأوعه له في الوطء ، فلا مهر لها أيضا ، لإقرارها بأنها زانية مطأوعة ، وإن أنكرت شيئا من ذلك ، فلها المهر ؛ لأنه وطء بشبهة ، وهي زوجته في ظاهر الحكم ؛ لأن قولها عليه^(٣) غير مقبول ، فأما فيما^(٤) بينها وبين الله تعالى / ، فإن علمت صحة ما أقرت به ، لم يحل لها مساكنته وتمكينه من وطئها ، وعليها أن تفر منه ، وتفتدي نفسها بما أمكنها ؛ لأن وطأها لها زنى ، فعليها التخلص منه مهما أمكنها ، كما قلنا في التي علمت أن زوجها طلقها ثلاثا ، وجمدها ذلك . وينبغي أن يكون الواجب لها من المهر بعد الدخول أقل الأمرين من المسمى أو مهر المثل ؛ لأنه إن كان المسمى أقل ، فلا يقبل قولها في وجوب زائد عليه ، وإن كان الأقل مهر المثل ، لم تستحق أكثر منه ؛ لإقرارها بأن استحقاقها له بوطئها لا بالعقد ، فلا تستحق أكثر منه . وإن كان إقرارها بأخوته قبل النكاح ، لم يجز لها نكاحه ، ولا يقبل رجوعها عن إقرارها ، في ظاهر الحكم ؛ لأن إقرارها لم يصادف زوجية عليها يبطلها ، فقبل إقرارها على نفسها بتحريره عليها . وكذلك لو أقر الرجل أن هذه أخته من الرضاة ، أو محرمة عليه برضاة أو غيره ، وأمکن صدقه ، لم يحل له تزويجها^(٥) فيما بعد ذلك ، في ظاهر الحكم ، وأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فبينى على علمه بحقيقة الحال ، على ما ذكرناه .

فصل : وإن ادعى أحد الزوجين على الآخر ، أنه أقر أنه^(٥) أخو صاحبه من

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في الأصل : « وتحرىها » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في ا ، ب : « تزويجها » .

(٥) سقط من : م .

الرِّضَاعُ ، فَأَنْكَرَ ، لَمْ يُقْبَلْ فِي ذَلِكَ شَهَادَةُ النِّسَاءِ الْمُنْفَرِدَاتِ : لِأَنَّهَا شَهَادَةٌ عَلَى الْإِقْرَارِ ، وَالْإِقْرَارُ مِمَّا يَطَّلَعُ عَلَيْهِ الرِّجَالُ ، فَلَمْ يَحْتَجَّ فِيهِ إِلَى شَهَادَةِ النِّسَاءِ الْمُنْفَرِدَاتِ ، فَلَمْ يُقْبَلْ ذَلِكَ ، بِخِلَافِ الرِّضَاعِ نَفْسِهِ .

فصل : كره أبو عبد الله الارتضاع بلبن الفجور والمشركات . وقال عمر بن الخطاب ، وعمر بن عبد العزيز ، رضي الله عنهما : اللبُّ يُشْبِهُ^(٦) ، فلا تَسْقِ^(٧) من يهودية ولا نصرانية ولا زانية^(٨) . ولا يقبل^(٩) أهل الذمة المسلمة ، ولا يرى شعورهن . ولأن لبن الفاجرة ربما أفضى إلى شبه المرضعة في الفجور ، ويجعلها أمًا لولده ، فيتغير بها ، ويتضرر طبعًا وتغيرًا ، والارتضاع من المشركة يجعلها أمًا ، لها حرمة الأم مع شريكها ، وربما مال إليها في محبة دينها . ويكره الارتضاع بلبن الحمقاء ، كيلا يشبهها الولد في الحمق ، فإنه يقال : إن الرضاع يُغير الطباع . والله تعالى أعلم .

(٦) في ا ، ب ، م : « يشبهه » .

(٧) في ب ، م : « تستق » .

(٨) انظر : السنن الكبرى ٤٦٤/٧ ، وسنن سعيد بن منصور ١١٦/٢ .

(٩) من القبالة ، وهي استقبال الولد عند الولادة .

نَفَقَةُ الزَّوْجَةِ وَاجِبَةٌ بِالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ وَالْإِجْمَاعِ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :

﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِنْ سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَاءً آتَاهَا ﴾ (١) . ومعنى : ﴿ قُدِرَ عَلَيْهِ ﴾ أى : ضَيِّقَ عَلَيْهِ . ومنه قوله سبحانه :

﴿ يَنْسُطُ الرِّزْقَ لِمَنْ يَشَاءُ وَيَقْدِرُ ﴾ (٢) . أى : يُوسِعُ لِمَنْ (٣) يَشَاءُ ، وَيُضَيِّقُ عَلَى مَنْ يَشَاءُ . وقال الله تعالى : ﴿ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِي أَزْوَاجِهِمْ وَمَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴾ (٤) . وأما السُّنَّةُ فَمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ حَخَبَ النَّاسَ ، فَقَالَ :

« اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ ، فَإِنَّهُنَّ عَوَانٌ عِنْدَكُمْ ، أَخَذْتُمُوهُنَّ بِأَمَانَةِ اللَّهِ وَاسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ (٥) بِكَلِمَةِ اللَّهِ (٥) ، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . رواه مسلم ، وأبو داود (٦) ، ورواه التِّرْمِذِيُّ (٧) ، بِإِسْنَادِهِ عَنْ عَمْرِو بْنِ الْأَخْوَصِ ، وَقَالَ (٨) : « أَلَا إِنَّ لَكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ حَقًّا ، وَلِنِسَائِكُمْ عَلَيْكُمْ حَقًّا ؛ فَأَمَّا حَقُّكُمْ عَلَى نِسَائِكُمْ ، فَلَا يُوطِئَنَّ فُرُوشَكُمْ مَنْ تَكَرَّهُونَ ، وَلَا يَأْذَنَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِمَنْ تَكَرَّهُونَ ، أَلَا وَحَقُّهُنَّ عَلَيْكُمْ أَنْ

(١) سورة الطلاق ٧ .

(٢) سورة الرعد ٢٦ .

(٣) م : « على من » .

(٤) سورة الأحزاب ٥٠ .

(٥-٥) في ١ : « بكلمات الله » . ولم يرد لفظ الجلالة في : ب ، م .

(٦) تقدم تحريجه ، في : ١٥٦/٥ .

(٧) في : باب ما جاء في حق المرأة على زوجها ، من أبواب الرضاع ، وفي : باب ومن سورة التوبة ، من أبواب التفسير .

عارضه الأحوذى ٥ / ١١١ ، ١١١/١١ - ٢٢٧ - ٢٣٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب حق المرأة على الزوج ، من كتاب النكاح . سنن ابن ماجه ١/٥٩٤ .

(٨) سقطت الواو من : ب ، م .

تُحَسِّنُوا إِلَيْهِنَّ فِي كُسُوتِهِنَّ وَطَعَامِهِنَّ» . وقال : هذا حديثٌ حسنٌ صحيحٌ . وجاءت هُنْدُ إِلَى رَسُولِ اللَّهِ ﷺ فقالت : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، إِنَّ أَبَا سُفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وليس يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فقال : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٩) . وفيه دلالةٌ على وُجُوبِ النَّفَقَةِ لها على زَوْجِها ، وأنَّ ذلك مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِها ، وأنَّ نَفَقَةَ وَوَلَدِها عليه دُونُها مُقَدَّرٌ بِكِفَايَتِهِمْ ، وأنَّ ذلك بِالْمَعْرُوفِ ، وأنَّ لها أن تَأْخُذَ ذلك بِنَفْسِها من غيرِ عِلْمِها إذا لم يُعْطِها إِيَّاهُ . وَأَمَّا الإِجْمَاعُ ، فَاتَّفَقَ أَهْلُ الْعِلْمِ على وُجُوبِ نَفَقَاتِ الزَّوْجَاتِ على أَزْوَاجِهِنَّ ، إذا كانوا بِالْغَيْنِ ، إِلَّا النَّاشِزَ مِنْهُنَّ . ذَكَرَهُ ابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَغَيْرُهُ . وفيه ضَرْبٌ مِنَ الْعِبْرَةِ ، وَهُوَ أَنَّ الْمَرْأَةَ مُحْبُوسَةٌ على الزَّوْجِ ، يَمْنَعُها مِنَ التَّصَرُّفِ وَالإِكْتِسَابِ ، فلا بُدَّ من أن يُنْفَقَ عَلَيْها ، كَالْعَبْدِ مع سَيِّدِهِ .

١٨٠/٨ ظ ١٣٧٩ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللهُ تَعَالَى : (وَعَلَى الزَّوْجِ / نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ ، مَا لَا غِنَى ^(١) بِهَا عَنْهُ ^(٢) ، وَكُسُوتُهَا)

وجملة الأمر أن المرأة إذا سلّمت نفسها إلى الزوج، على الوجه الواجب عليها، فلها عليه جميع حاجتها؛ من مأكل، ومشروب ^(١)، وملبوس، ومسكن. قال أصحابنا: ونفقتها معتبرة بحال الزوجين جميعاً؛ فإن كانا موسرين، ^(٢) فعليه لها ^(٣) نفقة الموسرين،

(٩) أخرجه البخاري، في: باب من أجرى أمر الأمصار على ما يتعارفون... من كتاب البيوع، وفي: باب إذا لم ينفق الرجل فللمرأة أن تأخذ بغير علمه ما يكفيها وولدها بالمعروف، من كتاب النفقات. صحيح البخاري ١٠٣/٣، ٨٥/٧. ومسلم، في: باب قضية هند، من كتاب الأفضية. صحيح مسلم ١٣٣٨/٣، ١٣٣٩. كما أخرجه أبو داود، في: باب في الرجل يأخذ حقه من تحت يده، من كتاب البيوع. سنن أبي داود ٢٥٩/٢، ٢٦٠. والنسائي، في: باب قضاء الحاكم على الغائب إذا عرفه، من كتاب القضاة. المجتبى ٢١٦/٨. وابن ماجه، في: باب مال للمرأة من مال زوجها، من كتاب التجارات. سنن ابن ماجه ٧٦٩/٢. والدارمي، في: باب في وجوب نفقة الرجل على أهله، من كتاب النكاح. سنن الدارمي ١٥٩/٢.

(١) في ١، ب: « غناء » .

(٢) سقط من ١.

(٣-٢) في م: « فلها عليه » .

وإن كانا مُعْسِرَيْن ، فعليه نفقة المُعْسِرَيْن ، وإن كانا مُتَوَسِّطَيْن ، فلها عليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، وإن كان (٤) أَحَدُهُمَا مُوسِرًا ، وَالْآخَرُ مُعْسِرًا ، فعليه نفقة المُتَوَسِّطَيْن ، أَيُّهُمَا كَانَ المُوسِرَ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : يُعْتَبَرُ حَالُ الْمَرْأَةِ عَلَى قَدْرِ كِفَايَتِهَا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ (٥) . والمَعْرُوفُ الْكِفَايَةُ ، ولأنه سَوَّى بَيْنَ النَّفَقَةِ وَالْكُسُوفَةِ ، وَالْكُسُوفَةُ عَلَى قَدْرِ حَالِهَا ، فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ ، وقال النَّبِيُّ ﷺ لِهَنْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ » (٦) . فاعتبر كِفَايَتِهَا دون حَالِ زَوْجِهَا ، ولأنَّ نَفَقَتَهَا وَاجِبَةٌ لِدَفْعِ حَاجَتِهَا ، فكان الاعتبارُ بما تَنْدَفِعُ بِهِ حَاجَتُهَا ، دُونَ حَالِ مَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ ، كَنَفَقَةِ الْمَالِيكِ ، ولأنه وَاجِبٌ لِلْمَرْأَةِ عَلَى زَوْجِهَا بِحُكْمِ الزَّوْجِيَّةِ لَمْ يُقَدَّرْ ، فكان مُعْتَبَرًا بِهَا ، كَمَهْرِهَا وَكُسُوفِهَا . وقال الشافعي : الاعتبارُ بِحَالِ الزَّوْجِ وَحَدَهُ ؛ لقول الله تعالى : ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَنْ قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ لَا يَكْلِفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا الْآمَاءَ أَنفُسَهَا ﴾ (٧) . ولنا ، أن فيما ذكرناه جَمْعًا بَيْنَ الدَّلِيلَيْنِ ، وَعَمَلًا بِكِلَا النَّصِّينِ ، وَرِعَايَةً لِكِلَا الْجَانِبَيْنِ ، فَيَكُونُ أَوْلَى .

فصل : والنَّفَقَةُ مُقَدَّرَةٌ بِالْكَفَايَةِ ، وَتُخْتَلَفُ بِاخْتِلَافِ مَنْ تَجِبُ لَهُ النَّفَقَةُ فِي مِقْدَارِهَا . وبهذا قال أبو حنيفة ، ومالك . وقال القاضي : هِيَ مُقَدَّرَةٌ بِمِقْدَارِ لَا يَخْتَلَفُ فِي الْقِلَّةِ وَالكَثْرَةِ ، وَالوَاجِبُ رِطْلَانٍ مِنَ الْخُبْزِ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فِي حَقِّ المُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ ، اعْتِبَارًا بِالْكَفَارَاتِ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي صِفَتِهِ وَجُودَتِهِ ؛ لِأَنَّ المُوسِرَ وَالْمُعْسِرَ سَوَاءٌ فِي قَدْرِ الْمَأْكُولِ ، وَمَا (٨) تَقُومُ بِهِ الْبِنْيَةُ ، وَإِنَّمَا يَخْتَلِفَانِ فِي جُودَتِهِ ، فَكَذَلِكَ النَّفَقَةُ الْوَاجِبَةُ . وقال الشافعي : نَفَقَةُ الْمُقْتَرِ مُدٌّ بِمُدِّ النَّبِيِّ ﷺ لِأَنَّ (٩) أَقْلَ مَا يُدْفَعُ فِي (٩)

(٤) في ا ، ب ، م : « كانا » .

(٥) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٧) سورة الطلاق ٧ .

(٨) في الأصل ، م : « وفيه » . وفي ب : « أو ما » .

(٩) سقط من : ب .

الكفارة إلى الواحد مُدٌّ . والله سبحانه اعتبر الكفارة بالتفقة على الأهل ، فقال سبحانه : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ (١٠) . وعلى الموسر مُدَّان ؛ لأن أكثر ما أوجب الله سبحانه للواحد مُدَّين في كفارة الأذى ، وعلى المتوسط مُدٌّ ونصف ، ونصف (١١) نفقة / الموسر (١٢) ونصف نفقة الفقير (١٣) . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « تُحْذَى مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ » . فأمرها بأخذ ما يكفيها من غير تقدير ، ورد الاجتهاد في ذلك إليها ، ومن المعلوم أن قدر كفايتها لا ينحصر في المُدَّين ، بحيث لا يزيد عنهما ولا ينقص ، ولأن الله تعالى قال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقال النبي ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » (١٤) . وإيجاب أقل من الكفاية من الرزق ترك للمعروف ، وإيجاب قدر الكفاية ، وإن كان أقل من مُدٍّ أو من رطلي حُبْر ، إنفاق (١٥) بالمعروف ، فيكون ذلك هو الواجب بالكتاب والسنة . واعتبار التفقة بالكفارة في القدر لا يصح ؛ لأن الكفارة لا تختلف باليسار والإعسار ، ولا هي مقدرة بالكفاية (١٦) ، وإنما اعتبرها الشرع بها في الجنس دون القدر ، ولهذا لا يجب فيها الأدم (١٧) .

١٨١/٨ و

فصل : ولا يجب فيها الحب . وقال الشافعي : الواجب فيها الحب ، اعتبارًا بالإطعام في الكفارة ، حتى لو دفع إليها دقيقًا أو سويقًا أو حُبْرًا ، لم يلزمها قبوله ، كما لا

(١٠) سورة المائدة ٨٩ .

(١١) في م : « ونصف » .

(١٢) في الأصل : « المعسر » .

(١٣) في ا : « المقتر » .

(١٤) تقدم تخريجه في : ١٥٦/٥ .

(١٥) في زيادة : « بالكفاية » .

(١٦) في م : « بالكفارة » .

(١٧) الأدم : « ما يستمرأ به الخنزير » .

يَلْزَمُ ذَلِكَ الْمَسْكِينَ فِي الْكَفَّارَةِ . قَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَصْحَابِنَا ، أَنَّهُ لَا يَجُوزُ وَإِنْ تَرَضِيَا ؛ لِأَنَّهُ يَبْعُ حِنْطَةً بِجِنْسِهَا^(١٨) مُتَفَاضِلًا . وَلَنَا ، قَوْلُ ابْنِ عَبَّاسٍ ، فِي قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ﴾ . قَالَ : الْخُبْزُ وَالزَّيْتُ . وَعَنْ ابْنِ عَمَرَ : الْخُبْزُ وَالسَّمْنُ ، وَالْخُبْزُ وَالزَّيْتُ ، وَالْخُبْزُ وَالتَّمْرُ ، وَمَنْ أَفْضَلَ مَا تُطْعَمُونَهُنَّ الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ . فَفَسَّرَ إِطْعَامَ الْأَهْلِ بِالْخُبْزِ مَعَ غَيْرِهِ مِنَ الْأُدْمِ . وَلِأَنَّ الشَّرْعَ وَرَدَّ بِالْإِنْفَاقِ مُطْلَقًا مِنْ غَيْرِ تَقْيِيدٍ وَلَا تَقْدِيرٍ ، فَوَجَبَ أَنْ يَرُدَّ إِلَى الْعُرْفِ ، كَمَا فِي الْقَبْضِ وَالْإِحْرَارِ ، وَأَهْلُ الْعُرْفِ إِنَّمَا يَتَعَارَفُونَ فِيمَا بَيْنَهُمْ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَى أَهْلِيهِمُ الْخُبْزَ وَالْأُدْمَ ، دُونَ الْحَبِّ ، وَالتَّبَيُّ عَلَيْهِ ﷺ وَصَحَابَتُهُ إِنَّمَا كَانُوا يُنْفِقُونَ ذَلِكَ ، دُونَ مَا ذَكَرُوهُ ، فَكَانَ ذَلِكَ هُوَ الْوَاجِبُ ، وَلِأَنَّهَا نَفَقَةٌ قَدَّرَهَا الشَّرْعُ بِالْكِفَايَةِ ، فَكَانَ الْوَاجِبُ الْخُبْزَ ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ^(١٩) ، وَلِأَنَّ الْحَبَّ تَحْتَاجُ فِيهِ إِلَى طَحْنِهِ وَخَبْزِهِ ، فَمَتَى احتَاجَتْ إِلَى تَكْلُفِ ذَلِكَ مِنْ مَالِهَا لَمْ تَحْصُلِ الْكِفَايَةُ بِنَفَقَتِهِ ، وَفَارَقَ الْإِطْعَامَ فِي^(٢٠) الْكَفَّارَةِ ، فَإِنَّهَا^(٢١) لَا تُقَدَّرُ بِالْكِفَايَةِ ، وَلَا يَجِبُ فِيهَا الْأُدْمُ . فَعَلَى هَذَا لَوْ طَلَبْتَ مَكَانَ الْخُبْزِ دَرَاهِمَ ، أَوْ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، أَوْ غَيْرَ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ بَدَلُهُ ، وَلَوْ عَرَضَ عَلَيْهَا بَدَلُ الْوَاجِبِ لَهَا ، لَمْ يَلْزَمْهَا قَبُولُهُ ؛ لِأَنَّهَا مُعَاوَضَةٌ ، فَلَا يُجْبَرُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا عَلَى قَبُولِهِ^(٢٢) ، كَالْبَيْعِ . وَإِنْ تَرَضِيَا عَلَى ذَلِكَ ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ طَعَامٌ وَجَبَ فِي الذَّمَّةِ ، لِأَدْمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَجَازَتْ الْمُعَاوَضَةُ عَنْهُ ، كَالطَّعَامِ فِي الْقَرْضِ ، وَيُفَارِقُ الطَّعَامَ فِي الْكَفَّارَةِ ؛ لِأَنَّهُ حَقُّ اللَّهِ تَعَالَى ، وَليْسَ هُوَ لِأَدْمِيٍّ مُعَيَّنٍ ، فَيُرْضَى بِالْعَوَضِ عَنْهُ . وَإِنْ أَعْطَاهَا مَكَانَ الْخُبْزِ حَبًّا ، أَوْ دَقِيقًا ، جَازَ إِذَا تَرَضِيَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا لَيْسَ بِمُعَاوَضَةٍ حَقِيقَةٍ ، فَإِنَّ الشَّارِعَ لَمْ يُعَيِّنْ^(٢٣) الْوَاجِبَ بِأَكْثَرِ مِنَ الْكِفَايَةِ ، فَبَأَيِّ شَيْءٍ^(٢٤) حَصَلَتْ

١٨١/٨ ظ

(١٨) فِي ١ ، م : « بَجِنْسِهِمْ » .

(١٩) فِي م : « الْعَبْدِ » .

(٢٠) فِي م : « هُمْ » خَطَأً .

(٢١) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(٢٢) فِي ب : « قَبُولُهَا » .

(٢٣) فِي ١ ، م : « يَعْتَبِرُ » .

(٢٤) سَقَطَ مِنْ ب .

الكفاية ، كان ذلك هو الواجب ، وإنما صيرنا إلى إيجاب الخبز عند الاختلاف ، لترجيحه بكونه القوت المعتاد .

فصل : ويرجع في تقدير الواجب إلى اجتهاد الحاكم ، أو نائبه ، إن لم يتراضيا على شيء ، فيفرض للمرأة^(٢٥) قدر كفايتها من الخبز والأدم ، فيفرض للموسيرة تحت الموسير^(٢٦) قدر حاجتها ، من أرفع خبز البلد الذي يأكله أمثالهما ، وللمعسرة تحت المعسير قدر كفايتها ، من أدنى خبز البلد ، وللمتوسطة تحت المتوسط^(٢٧) من أوسطه ، لكل أحد على حسب حاله ، على ما جرت به العادة في حق أمثاله . وكذلك الأدم للموسيرة تحت الموسير قدر حاجتها من أرفع الأدم ، من اللحم والأرز واللبن ، وما يطبخ به اللحم ، والدُّهن على اختلاف أنواعه في بلدانه ؛ السمن في موضع ، والزيت في آخر ، والشحم^(٢٨) ، والشيرج^(٢٩) في آخر . وللمعسرة تحت المعسير من الأدم أدونه ، كالباقلا ، والحل ، والبقل ، والكامخ^(٣٠) ، وما جرت به عادة أمثالهم ، وما يحتاج إليه من الدهن ، وللمتوسطة تحت المتوسط أوسط ذلك ، من الخبز ، والأدم ، كل على حسب عادته . وقال الشافعي : الواجب من جنس قوت البلدة^(٣١) ، لا يختلف باليسار والإعسار سوى المقدار . والأدم هو الدهن خاصة ؛ لأنه أصلح للأبدان ، وأجود^(٣٢) في المؤنة^(٣٢) ؛ لأنه لا يحتاج إلى طبخ وكلفة ، ويعتبر الأدم بغالب عادة أهل البلد ، كالزيت بالشام ، والشيرج بالعراق ، والسمن بخراسان . ويعتبر

(٢٥) في زيادة : « على » .

(٢٦) سقط من : ا ، ب ، م .

(٢٧) في م : « المتوسطة » .

(٢٨) سقط من : م .

(٢٩) الشرح : زيت السمسم .

(٣٠) الكاخ : المخللات المشهية .

(٣١) في ا ، ب : « البلد » .

(٣٢-٣٢) في ا : « للمؤنة » .

قَدْرُ الْأُدْمِ بِالْقُوتِ ، فَإِذَا قِيلَ : إِنَّ الرَّطْلَ تَكْفِيهِ الْأَوْقِيَّةُ مِنَ الدُّهْنِ . فَرَضَ ذَلِكَ . / ١٨٢/٨ و
 وَفِي كُلِّ يَوْمٍ جُمُعَةٍ رَطْلَ لَحْمٍ ، فَإِنَّ^(٣٣) كَانَ فِي مَوْضِعٍ^(٣٤) يَرُخَّصُ اللَّحْمُ ، زَادَهَا عَلَى
 الرَّطْلِ شَيْئًا . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي الْأُدْمِ مِثْلَ هَذَا . وَهَذَا مُخَالَفٌ لِقَوْلِ اللَّهِ سُبْحَانَهُ وَتَعَالَى :
 ﴿ لِيُنْفِقَ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنْفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ ﴾ . وَلِقَوْلِ النَّبِيِّ
 ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكُسُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . وَمَتَى أَنْفَقَ الْمُوسِرُ نَفَقَةَ
 الْمُعْسِرِ ، فَمَا أَنْفَقَ مِنْ سَعَتِهِ ، وَلَا رَزَقَهَا بِالْمَعْرُوفِ . وَقَدْ فَرَّقَ اللَّهُ عَزَّ وَجَلَّ بَيْنَ الْمُوسِرِ
 وَالْمُعْسِرِ فِي الْإِنْفَاقِ ، وَفِي^(٣٥) هَذَا جَمَعَ بَيْنَ مَا فَرَّقَ اللَّهُ تَعَالَى ، وَتَقْدِيرُ الْأُدْمِ بِمَا ذَكَرُوهُ
 تَحَكُّمٌ لِأَدْلِيلٍ عَلَيْهِ ، وَخِلَافٌ الْعَادَةِ وَالْعُرْفِ بَيْنَ النَّاسِ فِي إِنْفَاقِهِمْ ، فَلَا يَعْرُجُ عَلَى مِثْلِ
 هَذَا ، وَقَدْ قَالَ ابْنُ عَمَرَ : مِنْ أَفْضَلِ مَا تُطْعَمُونَ أَهْلِيكُمْ ، الْخُبْزُ وَاللَّحْمُ . وَالصَّحِيحُ مَا
 ذَكَرْنَاهُ ، مِنْ رَدِّ النَّفَقَةِ الْمُطْلَقَةِ فِي الشَّرْعِ إِلَى الْعُرْفِ فِيمَا بَيْنَ النَّاسِ فِي نَفَقَاتِهِمْ ، فِي
 حَقِّ الْمُوسِرِ وَالْمُعْسِرِ وَالْمُتَوَسِّطِ ، كَمَا رَدَدْنَا هُمْ فِي الْكُسُوفَةِ إِلَى ذَلِكَ ، وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ مِنْ
 مُؤْنَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى الزَّوْجِ ، فَاخْتَلَفَ جِنْسُهَا بِالْيَسَارِ^(٣٦) وَالْإِعْسَارِ ، كَالْكُسُوفَةِ .

فصل : وَحُكْمُ الْمُكَاتِبِ وَالْعَبْدِ حُكْمُ الْمُعْسِرِ ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَا^(٣٧) بِأَحْسَنَ حَالًا
 مِنْهُ . وَمَنْ نِصْفَهُ حُرٌّ ، إِنْ كَانَ مُوسِرًا ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْمُتَوَسِّطِ ؛ لِأَنَّهُ مُتَوَسِّطٌ ،
 نِصْفَهُ مُوسِرٌ ، وَنِصْفَهُ مُعْسِرٌ .

فصل : وَيَجِبُ لِلْمَرْأَةِ مَا تَحْتَاجُ إِلَيْهِ ، مِنَ الْمَشْطِ ، وَالذُّهْنِ لِرَأْسِهَا ، وَالسِّدْرِ ، أَوْ
 نَحْوَهُ مِمَّا تَعْسِلُ بِهِ رَأْسَهَا ، وَمَا يَعُودُ بِنِظَافَتِهَا ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُ لِلتَّنْظِيفِ ، فَكَانَ عَلَيْهِ ، كَمَا
 أَنَّ عَلَى الْمُسْتَأْجِرِ كَنْسَ الدَّارِ وَتَنْظِيفَهَا . فَأَمَّا الْخِصَابُ ، فَإِنَّهُ إِنْ لَمْ يَطْلُبْهُ الزَّوْجُ

(٣٣) سقط من : م .

(٣٤) سقط من : ب .

(٣٥) سقطت الواو من : م .

(٣٦) في الأصل ، ا : « بإيساره » . وفي م : « بالإيتار » .

(٣٧) في النسخ : « ليس » .

منها ، لم يلزمه ؛ لأنه يراد للزينة ، وإن طلبه منها ، فهو عليه . وأما الطيب ، فما يراد منه لقطع السهولة ، كدواء العرق ، لزمه ؛ لأنه يراد للتنظيف^(٣٨) ، وما يراد منه للتلذذ والاستمتاع ، لم يلزمه ؛ لأن الاستمتاع حَقُّ له ، فلا يجب عليه ما يدعوه إليه . ولا يجب عليه شراء الأدوية ، ولا أجره الطيب ؛ لأنه يراد لإصلاح الجسم ، فلا يلزمه ، كما لا يلزم المستأجر بناء ما يقع من الدار ، وحفظ أصولها ، وكذلك أجره الحجام والفاصيد .

فصل : وتجب عليه كسوتها ، بإجماع أهل العلم ؛ لما ذكرنا من النصوص ، ولأنها

ظ ١٨٢/٨ لا بد منها على الدوام ، فلزمته ، / كالنفقة ، وهي معتبرة بكفائتها ، وليست مقدرة بالشرع^(٣٩) ، كما قلنا في النفقة . ووافق أصحاب الشافعي على هذا ، ويرجع في ذلك إلى اجتهاد الحاكم ، فيفرض لها على قدر كفايتها ، على قدر يسرها وعسرها ، وما جرت عادة أمثالهما به ، من الكسوة ، فيجتهد الحاكم في ذلك عند نزول الأمر ، كنحو اجتهاده في المتعة للمطلقة ، وكما قلنا في النفقة ، فيفرض للموسرة تحت الموسر من أرفع ثياب البلد ، من الكتان والحز والإبريسم ، وللمعسرة تحت المعسر ، غليظ^(٤٠) القطن والكتان ، وللمتوسطة تحت المتوسط ، المتوسط^(٤١) من ذلك ، فأقل ما يجب من ذلك قميص ، وسراويل ، ومقنعة ، ومداس ، وجبة للشتاء ، ويزيد من عدد الثياب ما جرت العادة بلبسه ، مما لا غنى عنه ، دون ما للتجميل والزينة ، والأصل في هذا قول الله عز وجل : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقول النبي ﷺ : « وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ » . والكسوة بالمعروف هي الكسوة التي جرت عادة أمثالها بلبسه ، وقول النبي ﷺ لهند : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ » .

(٣٨) في م : « للتطيب » .

(٣٩) في ب : « في الشرع » .

(٤٠) في أ : « غليظها » .

(٤١) سقط من : ب .

فصل : وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم ، من الفراش واللحاف والوسادة ، كل^(٤٢) على حسب عادته ؛ فإن كانت ممن عادته النوم في الأكبسية والبساط ، فعليه لها النومها ما جرت عادتهم به ، ولجلوسها بالنهار البساط ، والزلي^(٤٣) ، والحصير الرفيع أو الحشن ، الموسر على حسب يساره^(٤٤) ، والمعسر على قدر إعساره ، على حسب العوائد .

فصل : ويجب لها مسكن ، بدليل قوله سبحانه وتعالى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ ﴾^(٤٥) . فإذا وجبت السكنى للمطلقة ، فللتى^(٤٦) في صلِّ النكاح أولى ، قال الله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(٤٧) . ومن المعروف أن يسكنها في مسكن ، ولأنها لا تستغنى عن المسكن للاستتار عن العيون ، وفي التصرف ، والاستمتاع ، وحفظ المتاع ، ويكون المسكن على قدر يسارهما وإعسارهما ؛ لقول الله تعالى : ﴿ مَنْ وُجِدَكُمْ ﴾ . ولأنه واجب لها لمصلحتها في الدوام ، فجرى مجرى النفقة والكسوة .

فصل : فإن كانت المرأة ممن لا / تخدم نفسها ؛ لكونها من ذوى الأقدار ، أو مريضة ، وجب لها خادم ، لقوله تعالى : ﴿ وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ومن العشرة بالمعروف ، أن يقيم لها خادماً ، ولأنه مما تحتاج إليه في الدوام ، فأشبهه النفقة . ولا يجب لها أكثر من خادم واحد ؛ لأن المستحق خدمتها في نفسها ، ويحصل ذلك بواحد . وهذا قول مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . إلا أن مالكا قال : إن كان لا يصلح

(٤٢) في زيادة : « ذلك » .

(٤٣) الزلي : نوع من البسط .

(٤٤) في ب ، م ، « يساره » .

(٤٥) سورة الطلاق ٦ .

(٤٦) في ب : « فالتى » .

(٤٧) سورة النساء ١٩ .

للمرأة^(٤٨) إلا أكثر من خادمٍ ، فعليه أن يُنفقَ على أكثر من واحدٍ . ونحوه قال أبو ثورٍ : إذا احتَمَلَ الزَّوْجُ ذلك ، فَرَضَ لِخَادِمَيْنِ . ولنا ، أَنَّ الخَادِمَ الواحدَ يَكْفِيهَا لِنَفْسِهَا ، وَالزِّيَادَةُ تُرَادُ لِحِفْظِ مَلِكِهَا ، أَوْ لِتَجَمُّلِ ، وليس عليه ذلك . إذا ثبت هذا ، فلا يكونُ الخَادِمُ إِلَّا مَمَّنْ يَحِلُّ لَهُ النَّظَرُ إِلَيْهَا ، إِمَّا امْرَأَةً ، وَإِمَّا ذَوْ رَجِيمٍ مَحْرَمٌ ؛ لِأَنَّ الخَادِمَ يَلْزَمُ المَخْدُومَ فِي غَالِبِ أَحْوَالِهِ^(٤٩) ، فلا يَسَلِّمُ مِنَ النَّظَرِ . وهل يجوزُ أن يكونَ من أهلِ الكِتَابِ ؟ فيه وَجْهَانِ . الصَّحِيحُ مِنْهُمَا جَوَازُهُ ؛ لِأَنَّ اسْتِخْدَامَهُمْ مَبَاحٌ ، وقد ذَكَرْنَا فيما مَضَى أَنَّ الصَّحِيحَ إِباحَةُ النَّظَرِ لَهُمْ . والثَّانِي ، لا يجوزُ ؛ لِأَنَّ فِي إِباحَةِ نَظَرِهِمْ^(٥٠) اِخْتِلافًا ، وَتَعَاْفُهُمُ النَّفْسُ ، وَلا يَتَنَظَّرُونَ مِنَ النَّجَاسَةِ ، وَلا يَلْزَمُ الزَّوْجُ أَنْ يَمْلِكَهَا خَادِمًا ؛ لِأَنَّ المَقْصُودَ الخِدْمَةَ ، فَإِذَا حَصَلَتْ مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ ، جازَ كما أَنَّهُ إِذَا أَسْكَنَهَا دارًا بِأَجْرَةٍ جازَ ، وَلا يَلْزَمُهُ تَمْلِيكُهَا مَسْكَنًا ، فَإِنْ مَلَكَهَا الخَادِمَ ، فَقَدْ زادَ خَيْرًا ، وَإِنْ أَخَدَمَهَا مَنْ يُلَازِمُ خِدْمَتِهَا مِنْ غَيْرِ تَمْلِيكِ ، جازَ ، سِوَاءَ كانَ لَهُ ، أَوْ اسْتَأْجَرَهُ ، حُرًّا كانَ أَوْ عَبْدًا . وَإِنْ كانَ الخَادِمُ لها ، فَرَضِيَتْ بِخِدْمَتِهَا ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى الزَّوْجِ ، جازَ . وَإِنْ طَلَبَتْ مِنْهُ أَجْرٌ^(٥١) خَادِمِهَا فَوافَقَها ، جازَ . وَإِنْ قالَ : لا أُعْطِيكَ أَجْرَها هذا ، وَلَكِنْ أَنَا آتِيكَ بِخَادِمٍ سِوَاهُ . فَلهُ ذلكَ إِذا أَنَاها بِمَنْ يَصْلُحُ لها^(٥٢) . وَإِنْ قالَتْ : أَنَا أُخْدِمُ نَفْسِي ، وَأأْخُذُ أَجْرٌ^(٥٣) الخَادِمِ . لَمْ يَلْزَمُ الزَّوْجُ قَبُولَ ذلكَ ؛ لِأَنَّ الأَجْرَ عَلَيْهِ ، فَتَعْيِينُ الخَادِمِ إِلَيْهِ ، وَلِأَنَّ فِي إِخْدَامِها تَوْفِيرَها عَلَى حُقُوقِهِ ، وَتَرْفِيهِها ، وَرَفْعَ قَدْرِها ، وَذلكَ يَفُوتُ بِخِدْمَتِها لِنَفْسِها . وَإِنْ قالَ الزَّوْجُ : أَنَا أُخْدِمُكَ بِنَفْسِي . لَمْ يَلْزَمُها ؛ لِأَنَّها تَحْتَشِمُهُ ، وَفِيهِ غَضاضَةٌ عَلَيْها ، لِكُونِ زَوْجِها خَادِمًا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرُ ، أَنَّهُ يَلْزَمُها الرِّضَى بِهِ ؛ لِأَنَّ الكِفايَةَ تَحْصُلُ بِهِ .

(٤٨) في ١ : « المرأة » .

(٤٩) في ١ : « أوقاته » .

(٥٠) في ب : « نظرها » .

(٥١) في ١ ، م : « أجرة » .

(٥٢) سقط من : ب ، م .

(٥٣) سقط من : ١ ، ب ، م .

فصل : وعلى الزَّوْجِ نَفَقَةَ الْخَادِمِ ، ومُؤْتَهُ مِنَ الْكُسُوفِ وَالنَّفَقَةِ ، مثل ما لِامْرَأَةِ الْمُعْسِرِ ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَجِبُ لَهَا الْمِسْطُ ، والدُّهْنُ لِرَأْسِهَا ، والسُّدْرُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يُرَادُ لِلزَّيْنَةِ وَالتَّنْظِيفِ / ، وَلَا يُرَادُ ذَلِكَ مِنَ الْخَادِمِ ، لَكِنْ إِنْ احتاجتْ إِلَى حُفِّ لِتَخْرُجَ إِلَى شِرَاءِ الْحَوَائِجِ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ .

ظ ١٨٣/٣

١٣٨٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ مَنَعَهَا ^(١) مَا يَجِبُ لَهَا) ، أَوْ بَعْضَهُ ، وَقَدَرَتْ لَهُ عَلَى مَالٍ ، أَحَدَتْ مِنْهُ مَقْدَارَ حَاجَتِهَا بِالْمَعْرُوفِ ، كَمَا قَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِهِنْدٍ حِينَ قَالَتْ ^(٢) : « إِنَّ أَبَا سَفْيَانَ رَجُلٌ شَحِيحٌ ، وَلَيْسَ يُعْطِينِي مِنَ النَّفَقَةِ مَا يَكْفِينِي وَوَلَدِي . فَقَالَ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ » ^(٣))

وجملته أَنَّ الزَّوْجَ إِذَا لم يَدْفَعْ إِلَى زَوْجَتِهِ ^(٤) مَا يَجِبُ لَهَا عَلَيْهِ مِنَ النَّفَقَةِ وَالْكُسُوفِ ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا أَقْلَ مِنْ كِفَايَتِهَا ، فَلَهَا أَنْ تَأْخُذَ مِنْ مَالِهِ الْوَاجِبَ أَوْ تَمَامَهُ ، بِإِذْنِهِ وَبِغَيْرِ إِذْنِهِ ؛ بِدَلِيلِ قَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ لِهِنْدٍ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدِكَ بِالْمَعْرُوفِ » . وَهَذَا إِذْنٌ لَهَا فِي الْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، ^(٥) وَرَدُّهَا ^(٦) إِلَى اجْتِهَادِهَا فِي قَدْرِ كِفَايَتِهَا وَكِفَايَةِ وَلَدِهَا ، وَهُوَ مُتَنَاوِلٌ لِأَخْذِ تَمَامِ الْكِفَايَةِ ، فَإِنْ ظَاهَرَ الْحَدِيثُ دَلَّ عَلَى أَنَّهُ قَدْ كَانَ ^(٧) يُعْطِيهَا بَعْضَ الْكِفَايَةِ ، وَلَا يَتِمُّمُهَا لَهَا ، فَرَحَّصَ النَّبِيُّ ﷺ لَهَا فِي أَخْذِ تَمَامِ الْكِفَايَةِ بِغَيْرِ عِلْمِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعٌ حَاجَةٌ ، فَإِنَّ النَّفَقَةَ لَا غِنَى عَنْهَا ، وَلَا قَوَامٌ إِلَّا بِهَا ، فَإِذَا لم يَدْفَعْهَا الزَّوْجُ ولم تَأْخُذْهَا ، أَفْضَى إِلَى ضِيَاعِهَا وَهَلَاكِهَا ، فَرَحَّصَ لَهَا فِي أَخْذِ قَدْرِ نَفَقَتِهَا ، دَفْعًا لِحَاجَتِهَا ، وَلِأَنَّ النَّفَقَةَ تَتَجَدَّدُ بِتَجَدُّدِ الزَّمَانِ شَيْئًا فَشَيْئًا ، فَتَشُقُّ الْمُرَافَعَةَ إِلَى الْحَاكِمِ ،

(١-١) سقط من : ١ ، ب .

(٢) في الزيادة : « له » .

(٣) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

(٤) في م : « امرأته » .

(٥-٥) في ١ : « وردها » . وفي ب : « ورها » خطأ .

(٦) سقط من : الأصل .

والمُطالبةُ بها في كلِّ الأوقات ، فلذلك رَحَّصَ لها في أخذها بغيرِ إذنٍ منْ هي عليه . وذكر القاضى بينها وبين^(٧) الدَّيْنِ فَرَقًا آخَرَ ، وهو أَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ تَسْقُطُ بِفَوَاتِ وَقْتِهَا عِنْدَ بعضِ أهلِ العلمِ ، ما لم يكنِ الحَاكِمُ^(٨) فَرَضَهَا لها ، فلو لم تأخُذْ حَقَّهَا ، أَفْضَى إلى سُقُوطِهَا ، والإِضْرَارِ بها ، بخِلافِ الدَّيْنِ ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ عِنْدَ أَحَدٍ بِتَرْكِ الْمُطَالِبَةِ بِهِ^(٩) ، فلا يُؤدَّى تَرْكُ الأَخْذِ إلى الإسْقَاطِ .

فصل : ويَجِبُ عليه دَفْعُ نَفَقَتِهَا إليها في صَدْرِ نَهَارِ كُلِّ يَوْمٍ إِذَا طَلَعَتِ الشَّمْسُ ، لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْحَاجَةِ ، فَإِنْ اتَّفَقَا على تَأْخِيرِهَا جاز ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لها ، إِذَا رَضِيَتْ بِتَأْخِيرِهِ جاز ، كالدَّيْنِ . وَإِنْ اتَّفَقَا على تَعْجِيلِ نَفَقَةِ عَامٍ أو شَهْرٍ ، أو أَقَلِّ من ذلك أو أَكْثَرَ ، أو تَأْخِيرِهِ ، جاز ؛ لِأَنَّ الحَقَّ لهما ، لَا يَخْرُجُ عنهما ، فجاز من تَعْجِيلِهِ وتَأْخِيرِهِ ما اتَّفَقَا عليه ، كالدَّيْنِ . وليس بين أهلِ العلمِ في هذا خِلافٌ عَلمناه . فَإِنْ سَلَّمَ إليها نَفَقَةَ يَوْمٍ ، ثم ماتتْ فيه ، لم يَرْجِعْ عليها بها^(١٠) ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إليها / ما وَجَبَ عليه دَفْعُهُ إليها ، وَإِنْ أَبَانَهَا بَعْدَ وَجُوبِ الدَّفْعِ إليها ، لم تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا فيه ، وهما مُطالِبَتُهُ بها ؛ لِأَنَّهَا قَدْ وَجَبَتْ ، فلم تَسْقُطْ بالطلاقِ ، كالدَّيْنِ . وَإِنْ عَجَّلَ لها نَفَقَةَ شَهْرٍ أو عَامٍ ، ثم طَلَّقَهَا ، أو ماتتْ قَبْلَ انْقِضَائِهِ ، أو بانَتْ بِفَسْخِ أو إِسْلَامِ أَحَدِهما أو رِدَّتِهِ ، فله أن يَسْتَرْجِعَ نَفَقَةَ سائِرِ الشَّهْرِ . وبه قال الشافعيُّ ، ومحمدُ بنِ الحَسَنِ . وقال أبو حنيفةَ ، وأبو يوسفَ : لَا يَسْتَرْجِعُهَا ؛ لِأَنَّهَا صِلَةٌ ، إِذَا قَبِضَتْهَا ، لم يَكُنْ له الرُّجوعُ فيها ، كصَدَقَةِ التَّطْوِيعِ . ولنا ، أَنَّهُ سَلَّمَ إليها النَفَقَةَ سَلْفًا عَمَّا يَجِبُ في الثَّانِي ، إِذَا وَجَدَ ما يَمْنَعُ الوُجُوبَ ، ثَبَّتَ الرُّجوعُ ، كما لو أسْلَفَهَا^(١١) إِيَّاهَا فَتَشَرَّتْ ، أو عَجَّلَ الزَّكَاةَ إلى السَّاعِي فَتَلَفَ مالَهُ قَبْلَ

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : ا ، ب ، م .

(٩) سقط من : م .

(١٠) في ا : « به » .

(١١) في ب : « استلفها » .

الْحَوْلِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا صِلَةٌ . قُلْنَا : بَلْ هِيَ عَوْضٌ عَنِ التَّمَكِينِ ، وَقَدْ فَاتَ^(١٢) التَّمَكِينُ . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ زَوْجَ الْوَثْنِيَّةِ وَالْمَجُوسِيَّةِ ، إِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ سَنَتَيْنِ ، ثُمَّ بَاتَتْ بِإِسْلَامِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ أَعْلَمَهَا أَنَّهَا نَفَقَةٌ عَجَّلَهَا لَهَا^(١٣) ، لَمْ يَرْجِعْ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ تَطَوَّعَ بِهَا ، وَإِنْ أَعْلَمَهَا ذَلِكَ ، اثْبَنَى عَلَى مُعَجَّلِ الزَّكَاةِ إِذَا أَعْلَمَ^(١٤) الْفَقِيرَ أَنَّهَا زَكَاةٌ مُعَجَّلَةٌ ثُمَّ تَلَفَ الْمَالُ ، وَفِي الرَّجُوعِ بِهَا وَجْهَانِ ، كَذَلِكَ هُنَا . وَكَذَلِكَ يَنْبَغِي أَنْ يَكُونَ فِي سَائِرِ الصُّوَرِ مِثْلُ هَذَا ؛ لِأَنَّهُ تَبَرَّعَ بِدَفْعِ مَا لَا يَلْزَمُهُ مِنْ^(١٥) غَيْرِ إِعْلَامِ الْآخِذِ بِتَعْجِيلِهِ ، فَلَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَمُعَجَّلِ الزَّكَاةِ . وَلَوْ سَلَّمَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ الْيَوْمِ ، فَسُرِقَتْ أَوْ تَلَفَتْ ، لَمْ يَلْزَمَهُ عَوْضُهَا ؛ لِأَنَّهُ بَرِيءٌ مِنَ الْوَاجِبِ بِدَفْعِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ تَلَفَتْ الزَّكَاةُ بَعْدَ قَبْضِ السَّاعِي لَهَا ، أَوْ الدَّيْنِ بَعْدَ أَخْذِ صَاحِبِهِ لَهُ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَتَهَا ، فَلَهَا أَنْ تَتَصَرَّفَ فِيهَا بِمَا أَحَبَّتْ ، مِنَ الصَّدَقَةِ وَالْهَبَةِ وَالْمُعَاوِضَةِ ، مَا لَمْ يُعَدِّ ذَلِكَ عَلَيْهَا بَضْرَرٍ فِي بَدَنِهَا ، وَضَعْفٍ فِي جِسْمِهَا ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا ، فَلَهَا التَّصَرُّفُ فِيهِ بِمَا شَاءَتْ كَالْمَهْرِ ، وَلَيْسَ لَهَا التَّصَرُّفُ فِيهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّهَا ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَقْوِيَتَ حَقِّهِ مِنْهَا ، وَتَقْصَاً فِي اسْتِمْتَاعِهِ بِهَا .

فصل : وَعَلَيْهِ دَفْعُ الْكُسُوفَةِ إِلَيْهَا فِي كُلِّ عَامٍ مَرَّةً ؛ لِأَنَّهُ^(١٦) الْعَادَةُ ، وَيَكُونُ الدَّفْعُ إِلَيْهَا فِي أَوَّلِهِ ؛ لِأَنَّهُ أَوَّلُ وَقْتِ الْوُجُوبِ . فَإِنْ بَلَيْتِ الْكُسُوفَةُ فِي الْوَقْتِ الَّذِي يُبْلَى فِيهِ مِثْلُهَا ، لَزِمَهُ أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفَةً أُخْرَى ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ وَقْتُ الْحَاجَةِ إِلَيْهَا ، وَإِنْ بَلَيْتِ قَبْلَ ذَلِكَ ، لِكثَرَةِ دُخُولِهَا وَخُرُوجِهَا وَاسْتِعْمَالِهَا^(١٧) ، لَمْ يَلْزَمَهُ إِبْدَالُهَا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَقْتِ الْحَاجَةِ إِلَى الْكُسُوفَةِ / فِي الْعُرْفِ . وَإِنْ مَضَى الزَّمَانُ الَّذِي تُبْلَى فِي مِثْلِهِ بِالِاسْتِعْمَالِ الْمُعْتَادِ وَلَمْ

١٨٤/٣ ظ

(١٢) فِي ب : « فَاتَهُ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) فِي ب : « عِلْمٌ » .

(١٥) سَقَطَ مِنْ : أ ، م .

(١٦) فِي أ ، م : « لِأَنَّهَا » .

(١٧) فِي ب ، م : « أَوْ اسْتِعْمَالُهَا » .

تَبَلَّ ، فهل يَلْزُمُه بَدَلُهَا ؟ فيه وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لا يَلْزُمُه بَدَلُهَا^(١٨) ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مُحْتَاجَةٍ إِلَى الْكُسُوفِ . وَالثَّانِي ، يَلْزُمُه ؛ لِأَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ دُونَ حَقِيقَةِ الْحَاجَةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَوْ بَلَّيْتُ قَبْلَ ذَلِكَ لَمْ يَلْزُمُه بَدَلُهَا . وَلَوْ أُهْدِيَ إِلَيْهَا كُسُوفٌ ، لَمْ تَسْقُطْ كُسُوفُهَا . وَإِنْ أُهْدِيَ إِلَيْهَا طَعَامٌ فَأَكَلْتَهُ ، وَبَقِيَ قُوْثُهَا إِلَى الْعِدِّ ، لَمْ يَسْقُطْ قُوْثُهَا فِيهِ . وَإِنْ كَسَاها ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ تَبَلَّى ، فَهَلْ لَهُ أَنْ يَسْتَرْجِعَهَا ؟ فِيهِ وَجْهَان ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَهَا لِلزَّمَانِ الْمُسْتَقْبَلِ ، فَإِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ مُضِيِّهِ ، كَانَ لَهُ اسْتِرْجَاعُهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا نَفَقَةَ مُدَّةٍ ، ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ انْقِضَائِهَا . وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ الْاسْتِرْجَاعُ ؛ لِأَنَّهُ دَفَعَ إِلَيْهَا الْكُسُوفَ بَعْدَ وَجُوبِهَا عَلَيْهِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ الرَّجُوعُ فِيهَا ، كَمَا لَوْ دَفَعَ إِلَيْهَا^(١٩) النَّفَقَةَ بَعْدَ وَجُوبِهَا ثُمَّ طَلَّقَهَا قَبْلَ أَكْلِهَا ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ الْمُسْتَقْبَلَةِ .

فصل : وَإِذَا دَفَعَ إِلَيْهَا كُسُوفَهَا ، فَأَرَادَتْ بَيْعَهَا ، أَوْ التَّصَدَّقَ بِهَا ، وَكَانَ ذَلِكَ يَضُرُّهَا ، أَوْ يُعْجَلُ بِتَحْمِيلِهَا بِهَا ، أَوْ يَسْتُرُّهَا ، لَمْ تَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ أَرَادَتْ الصَّدَقَةَ بِقُوْتِهَا عَلَى وَجْهِ يَضُرُّهَا ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِي ذَلِكَ ضَرَرٌ ، اِحْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهَا تَمْلِكُهَا ، فَأَشْبَهَتْ النَّفَقَةَ ، وَاحْتَمَلَ الْمَنْعَ ؛ لِأَنَّ لَهُ اسْتِرْجَاعَهَا لَوْ طَلَّقَهَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، بِخِلَافِ النَّفَقَةِ .

فصل : وَالذَّمِّيَّةُ كَالْمُسْلِمَةِ فِي النَّفَقَةِ وَالْمَسْكِنِ وَالْكُسُوفِ ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَبِهِ يَقُولُ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ؛ لِعُمُومِ التُّصَوُّصِ وَالْمَعْنَى .

١٣٨١ - مسألة ؛ قال : (فَإِذَا مَنَعَهَا ، وَلَمْ تَجِدْ مَا تَأْخُذُهُ ، فَاحْتَارَتْ^(١) فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

(١٨) سقط من : الأصل ، ا .

(١٩) سقط من : ب .

(١) في ا ، م : « واختارت » .

وجملته أن الرجل إذا منع امرأته التَّفَقَّةَ ، لُعَسْرَتِه ، وَعَدَمَ مَا يُنْفِقُه ، فالمرأة مُخَيَّرَةٌ بَيْنَ الصَّبْرِ عَلَيْهِ ، وَبَيْنَ فِرَاقِه . رَوَى (٢) نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عَمَرَ ، وَعَلِيٍّ ، وَأَبِي هُرَيْرَةَ . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ (٣) بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنُ ، وَعَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَرَبِيعَةُ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَيَحْيَى الْقَطَّانُ ، وَعَبْدُ الرَّحْمَنِ بْنِ مَهْدِيٍّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَذَهَبَ عَطَاءٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ وَصَاحِبَاهُ ، إِلَى أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ فِرَاقَهُ بِذَلِكَ ، وَلَكِنْ يَرْفَعُ يَدَهُ عَنْهَا لِتَكْتَسِبَ ؛ لِأَنَّهُ حَقٌّ لَهَا عَلَيْهِ ، فَلَا يُفْسَخُ (٤) النِّكَاحُ لِعَجْزِهِ عَنْهُ ، كَالَّذِينَ . وَقَالَ الْعَنْبَرِيُّ : يُحْبَسُ إِلَى أَنْ يُنْفِقَ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى :

﴿ فَإِمْسَاكَ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ ﴾ (٥) . وَلَيْسَ / الْإِمْسَاكُ مَعَ تَرْكِ الْإِنْفَاقِ إِمْسَاكًا بِمَعْرُوفٍ ، فَيَتَعَيَّنُ التَّسْرِيحُ . وَرَوَى سَعِيدٌ (٦) ، عَنْ سُفْيَانَ ، عَنْ ابْنِ أَبِي الزُّنَادِ ، قَالَ : سَأَلْتُ سَعِيدَ بْنَ الْمُسَيَّبِ عَنِ الرَّجُلِ لَا يَجِدُ مَا يُنْفِقُ عَلَى امْرَأَتِهِ ، أَيَفْرُقُ بَيْنَهُمَا ؟ قَالَ : نَعَمْ . قُلْتُ (٧) : سُنَّةٌ ؟ قَالَ : سُنَّةٌ . وَهَذَا يَنْصَرِفُ إِلَى سُنَّةِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : ثَبَّتَ أَنَّ عَمَرَ بْنَ الْخَطَّابِ كَتَبَ إِلَى أُمَّرَاءِ الْأَجْنَادِ ، فِي رِجَالِ غَابُوا عَنْ نِسَائِهِمْ ، فَأَمَرَهُمْ بِأَنْ يُنْفِقُوا أَوْ يُطَلَّقُوا ، فَإِنْ طَلَّقُوا بَعَثُوا بِنَفَقَةٍ مَا مَضَى (٨) .

١٨٥/٣ و

(٢) في م : « وروى » .

(٣) في م : « عبيد » . خطأ .

(٤) في ١ : « يفسخ » .

(٥) سورة البقرة ٢٢٩ .

(٦) في : باب ما جاء في الرجل إذا لم يجد ما ينفق على امرأته ، من كتاب الطلاق . السنن ٥٥/٢ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٦٩/٧ . والإمام

الشافعي ، انظر : الباب التاسع في النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٥/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب

ما قالوا في الرجل يعجز عن نفقة امرأته ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٣/٥ .

(٧) في ب ، م : « قال » .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الرجل لا يجد نفقة امرأته ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤٦٩/٧ . والإمام

الشافعي ، انظر : الباب التاسع في النفقات ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٥/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب

الرجل يغيب عن امرأته فلا ينفق عليها ، من كتاب الطلاق . المصنف ٩٣/٧ ، ٩٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب من

قال : على الغائب نفقة ... ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢١٤/٥ .

ولأنه إذا ثبتت الفسوخ بالعجز عن الوطء ، والضرر فيه أقل ، لأنه إنما هو فقد لذة وشهوة يقوم البدن بدونه ، فلأن يثبت بالعجز عن النفقة التي لا يقوم البدن إلا بها أولى . إذا ثبت هذا ، فإنه متى ثبت الإعسار بالنفقة على الإطلاق ، فللمرأة المطالبة بالفسوخ ، من غير إنظار . وهذا أحد قولَي الشافعي . وقال حماد بن أبي سليمان : يؤجل سنة قياساً على العنين . وقال عمر بن عبد العزيز : اضربوا له شهراً أو شهرين . وقال مالك : الشهر ونحوه . وقال الشافعي في القول الآخر : يؤجل ثلاثاً ؛ لأنه قريب . ولنا ، ظاهر حديث عمر ، ولأنه معنى يثبت الفسوخ ، ولم يرد الشرع بالإنظار فيه ، فوجب أن يثبت الفسوخ في الحال ، كالعيب ، ولأن سبب الفسوخ الإعسار ، وقد وجد ، فلا يلزم التأخير .

فصل : وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم ، فليس ذلك إعساراً يثبت به الفسوخ ؛ لأن ذلك هو الواجب عليه ، وقد قدر عليه . وإن وجد في أول النهار ما يُعَدُّها ، وفي آخره ما يُعشِّها ، لم يكن لها الفسوخ ؛ لأنها تصل إلى كفايتها ، وما يقوم به بدنها . وإن كان صانعاً يعمل في الأسبوع ما^(٩) يبيعه في يوم بقدر كفايتها في الأسبوع كله ، لم يثبت الفسوخ ؛ لأن هذا يحصل الكفاية به^(١٠) في جميع زمانه . وإن تعدد عليه الكسب في بعض زمانه ، أو تعدد البيع ، لم يثبت الفسوخ ؛ لأنه يمكن الاقتراض إلى زوال العارض ، وحصول الاكتساب . وإن عجز عن الاقتراض أياماً يسيرة لم يثبت الفسوخ ؛ لأن ذلك يزول عن قريب^(١١) ، ولا يكاد يسلم منه كثير من الناس . وإن مرض مرضاً يرجى زواله في أيام يسيرة ، لم يفسخ ؛ لما ذكرناه . وإن كان ذلك يطول ، فلها الفسوخ ؛ لأن الضرر الغالب يلحقها ، ولا يمكنها الصبر . وكذلك / إن كان لا يجد من النفقة إلا يوماً دون يوم ، فلها الفسوخ ؛ لأنها لا يمكنها الصبر على هذا ، ويكون بمثابة من لا يجد إلا بعض القوت . وإن أعسر ببعض نفقة المُعسر ، ثبت لها الخيار ؛ لأن البدن لا يقوم بما دونها .

١٨٥/٣ ظ

(٩) في ا ، م : « بما » .

(١٠) سقط من : ا ، ب ، م .

(١١) في م : « قريب » .

وإن أعسرَ بما زاد على نَفَقَةِ الْمُعْسِرِ ، فلا خِيارَ لها ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الزَّيَادَةَ تَسْقُطُ بِإِعْسَارِهِ ،
وَيُمْكِنُ الصَّبْرُ عِنهَا ، وَيَقُومُ الْبَدَنُ بِمَا دُونَهَا . وَإِنْ أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ الْخَادِمِ ، لَمْ يَثْبُتْ لَهَا خِيارٌ ؛
لِما ذَكَرْنَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ أَعْسَرَ بِالْأُذْمِ . وَإِنْ أَعْسَرَ بِالْكُسُوفِ ، فَلِها الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ الْكُسُوفَ
لَا بُدَّ مِنْها ، وَلَا يُمَكِّنُ الصَّبْرُ عِنها ، وَلَا يَقُومُ الْبَدَنُ بِدُونِها . وَإِنْ أَعْسَرَ بِأَجْرَةِ
الْمَسْكَنِ ^(١٢) ، فَفيهِ وَجْهان ؛ أَحدهما ، لها الْخِيارُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا ^(١٣) لَا بُدَّ مِنْه ، فَهو
كَالنَّفَقَةِ وَالْكُسُوفِ . والثاني ، لا خِيارَ لها ؛ لِأَنَّ الْبِنْيَةَ تَقُومُ بِدُونِها . وَهذا الْوَجْهُ هو ^(١٤)
الذي ذَكَرَهُ الْقاضِي . وَإِنْ أَعْسَرَ بِالنَّفَقَةِ الْماضِيَةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّها دَيْنٌ
يَقُومُ الْبَدَنُ بِدُونِها ^(١٥) ، فَأَشْبَهَتْ سائِرَ الدُّيُونِ . الْحال ^(١٦) الثاني ، أَنْ يَمْتَنِعَ مِنَ الْإِثْفاقِ
مَعَ يَسارِهِ ؛ فَإِنْ قَدَّرَتْ لَه عَلى مالٍ ، أَحَدَتْ مِنْهُ قَدْرَ حاجَتِها ، وَلَا خِيارَ لها ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ
ﷺ أَمَرَ هَناكَ بِالْأَخْذِ ، وَلَمْ يَجْعَلْ لَها الْفَسْخَ ، وَإِنْ لَمْ تَقْدِرْ ، رافَعْتَهُ إِلى الْحاكِمِ ، فِياأمرُهُ
بِالْإِثْفاقِ ، وَيُجْبِرُهُ عَلَيْهِ ، فَإِنْ ^(١٧) أَبِي حَبَسَهُ ، فَإِنْ صَبَرَ عَلى الْحَبْسِ ، أَحَدَ الْحاكِمِ
النَّفَقَةَ مِنْ مالِهِ ، فَإِنْ لَمْ يَجِدْ إِلَّا عَرُوضًا أَوْ عَقارًا ، باعها ^(١٨) فِي ذلك . وَهَذا قال مالِكٌ ،
والشافِعِيُّ ، وَأَبُو يوسُفَ ، وَمُحمَدٌ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وقال أبو حنيفة : النَّفَقَةُ فِي مالِهِ مِنْ
الدَّنانيرِ والدِّراهِمِ ، وَلَا يَبِيعُ عَرُوضًا إِلَّا بِتَسْلِيمٍ ؛ لِأَنَّ بَيْعَ مالِ الْإِنسانِ لَا يَنْفَعُ إِلَّا بِإِذْنِهِ ،
أَوْ إِذْنِ ^(١٩) وَلِيِّهِ ، وَلَا وِلايَةَ عَلى الرَّشيدِ . وَلَنا ، قولُ النَّبِيِّ ﷺ لِهُنْدٍ : « تُحْذِي ما
يَكْفِيكَ » . وَلَمْ يُفَرِّقْ ، وَلِأَنَّ ذلكَ مالٌ لَه ، فَتُؤَخَذُ مِنْهُ النَّفَقَةُ ، كَالدِّراهِمِ وَالدَّنانيرِ ،
وَالْحاكِمِ وِلايَةَ عَلَيْهِ إِذا امْتَنَعَ ، بِدَليلِ وِلايَتِهِ عَلى دَرَاهِمِهِ وَدَنانيرِهِ . وَإِنْ تَعَدَّرَتِ النَّفَقَةُ فِي

(١٢) فِي ب ، م : « مسكن » .

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) فِي م : « ذكر » .

(١٥) فِي ا : « بدونه » .

(١٦) فِي ا ، م : « قال » . خطأ .

(١٧) فِي الْأَصْلِ : « باعه » .

(١٨) فِي ا : « وإذن » .

حَالِ غَيْبِهِ ، وَ لَهُ وَ كَيْلٌ ، فَحُكْمُ وَ كَيْلِهِ حُكْمُهُ فِي الْمُطَالَبَةِ وَ الْأَخْذِ مِنَ الْمَالِ عِنْدَ امْتِنَاعِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَ كَيْلٌ ، وَلَمْ يَقْدِرِ الْمَرْأَةُ عَلَى الْأَخْذِ ، أَخَذَ لَهَا الْحَاكِمُ مِنْ مَالِهِ ، وَ يَجُوزُ بَيْعُ عَقَارِهِ وَ عَرُوضِهِ فِي ذَلِكَ ، إِذَا لَمْ تَجِدْ مَا تَنْفِقُ سِوَاهُ . وَ يَنْفِقُ عَلَى الْمَرْأَةِ يَوْمًا بِيَوْمٍ . وَ هَذَا قَالِ الشَّافِعِيُّ ، وَ يَحْيَى بْنُ آدَمَ . وَقَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ : يَفْرِضُ لَهَا فِي كُلِّ شَهْرٍ . وَ لَنَا ، أَنَّ هَذَا تَعْجِيلٌ لِلتَّفَقُّةِ قَبْلَ وُجُوبِهَا ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ^(١٩) عَجَّلَ لَهَا / تَفَقُّةً زِيَادَةً عَلَى^(٢٠) شَهْرٍ . ١٨٦/٣

فصل : وَإِنْ غَيَّبَ مَالَهُ ، وَ صَبَرَ عَلَى الْحَبْسِ ، وَلَمْ يَقْدِرِ الْحَاكِمُ لَهُ عَلَى مَالٍ يَأْخُذُهُ ، أَوْ لَمْ^(٢١) يَقْدِرْ عَلَى أَخْذِ التَّفَقُّةِ مِنْ مَالِ الْغَائِبِ ، فَلَهَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ ، فِي ظَاهِرِ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ، وَ اخْتِيَارِ أَبِي الْحَطَّابِ . وَ اخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهَا لَا تَمْلِكُ الْفَسْخَ ، وَ هُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْفَسْخَ فِي الْمُعْسِرِ لِعَيْبِ الْإِعْسَارِ ، وَلَمْ يُوجَدْ هُنَا ، لِأَنَّ الْمُوسِرَ فِي مَطْلَبَةِ امْتِنَاعِ الْأَخْذِ مِنْ مَالِهِ ، وَإِذَا امْتَنَعَ فِي يَوْمٍ ، فَرِيْمًا لَا^(٢٢) يَمْتَنِعُ فِي^(٢٣) الْعَيْدِ ، بِخِلَافِ الْمُعْسِرِ . وَ لَنَا ، أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَتَبَ فِي رِجَالِ غَائِبُوا عَنْ نِسَائِهِمْ ، فَأَمَرَهُمْ أَنْ يَنْفِقُوا أَوْ يُطَلَّقُوا . وَ هَذَا إِجْبَارٌ عَلَى الطَّلَاقِ عِنْدَ الامْتِنَاعِ مِنَ الْإِنْفَاقِ ، لِأَنَّ الْإِنْفَاقَ عَلَيْهَا مِنْ مَالِهِ مُتَعَدَّرٌ^(٢٤) ، فَكَانَ لَهَا الْخِيَارُ ، كَحَالِ الْإِعْسَارِ ، بَلْ هَذَا أَوْلَى بِالْفَسْخِ ، فَإِنَّهُ إِذَا جَارَ الْفَسْخُ عَلَى الْمَعْدُورِ ، فَعَلِيَ غَيْرِهِ أَوْلَى ، لِأَنَّ فِي الصَّبْرِ ضَرَرًا أَمَكْنَ إِزَالَتَهُ بِالْفَسْخِ ، فَوَجِبَتْ إِزَالَتُهُ ، لِأَنَّهُ نَوْعٌ تَعَدَّرُ يُجَوِّزُ الْفَسْخَ ، فَلَمْ يَفْتَرِقِ الْحَالُ بَيْنَ الْمُوسِرِ وَ الْمُعْسِرِ ، كَأَدَاءِ^(٢٥) ثَمَنِ الْمَبِيعِ ، فَإِنَّهُ لَا فَرْقَ فِي جَوَازِ الْفَسْخِ بَيْنَ^(٢٥) أَنْ يَكُونَ الْمَشْتَرِي مُعْسِرًا ، وَ بَيْنَ أَنْ يَهْرَبَ قَبْلَ آدَاءِ الثَّمَنِ ، وَ عَيْبِ الْإِعْسَارِ إِذَا جَوَّزَ

(١٩) سقط من : ا ، م .

(٢٠) في ا ، ب ، م : « عن » .

(٢١) في ب : « ولم » .

(٢٢-٢٣) في الأصل : « يمنع » .

(٢٣) في ب ، م : « يتعذر » .

(٢٤) في م : « كما إذا أدى » .

(٢٥) في الأصل : « من » .

الْفَسْخُ لَتَعْدُرِ الْإِنْفَاقِ ، بِدَلِيلِ أَنَّهُ لَوْ اقْتَرَضَ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهَا ، أَوْ تَبَرَّعَ لَهُ إِنْسَانٌ بِدَفْعِ مَا يُنْفِقُهُ ، لَمْ تَمْلِكِ الْفَسْخَ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يُنْفِقَ فِيمَا بَعْدَ هَذَا . قُلْنَا : وَكَذَلِكَ الْمُعْسِرُ ، يَحْتَمِلُ أَنْ يُغْنِيَهُ اللَّهُ ، وَأَنْ يَقْتَرِضَ ، أَوْ يُعْطَى مَا يُنْفِقُهُ ، فَاسْتَوَى .

فصل : وَمَنْ وَجَبَتْ عَلَيْهِ نَفَقَةُ امْرَأَتِهِ ، وَكَانَ لَهُ عَلَيْهَا دَيْنٌ ، فَأَرَادَ أَنْ يَحْتَسِبَ عَلَيْهَا بِدَيْنِهِ مَكَانَ نَفَقَتِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، فَهَذَا ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ مَنْ عَلَيْهِ حَقٌّ فَهُوَ أَنْ يَقْضِيَهُ مِنْ أَىْ أَمْوَالِهِ شَاءَ ، وَهَذَا مِنْ مَالِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ مُعْسِرَةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ قَضَاءَ الدَّيْنِ إِنَّمَا يَجِبُ فِي الْفَاضِلِ مِنْ قُوْتِهِ ، وَهَذَا لَا يَفْضَلُ عَنْهَا ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَمَرَ بِإِنْظَارِ الْمُعْسِرِ ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَىٰ مَيْسَرَةٍ ﴾ (٢٦) . فَيَجِبُ إِنْظَارُهَا بِمَا عَلَيْهَا .

فصل : وَكُلُّ مَوْضِعٍ ثَبَتَ لَهَا الْفَسْخُ لِأَجْلِ التَّفَقُّعِ ، لَمْ يَجْزِ (٢٧) إِلَّا بِحُكْمِ الْحَاكِمِ (٢٨) ؛ لِأَنَّهُ فَسَخٌ مُحْتَلَفٌ فِيهِ ، فَانْتَقَرَ إِلَى الْحَاكِمِ ، كَالْفَسْخِ بِالْعُنَّةِ (٢٩) ، وَلَا يَجُوزُ لَهُ التَّفْرِيقُ إِلَّا أَنْ تَطْلُبَ الْمَرْأَةُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهَا ، فَلَمْ يَجْزِ مِنْ غَيْرِ طَلِبِهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعُنَّةِ . فَإِذَا فَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، فَهُوَ فَسَخٌ لَا رَجْعَةَ لَهُ فِيهِ . وَهَذَا قَالَ / ١٨٦/٣ ظ الشافعي ، وابنُ المُنْذِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : هُوَ تَطْلِيْقَةٌ ، وَهُوَ أَحَقُّ بِهَا إِنْ أَيْسَرَ فِي عِدَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ تَفْرِيقٌ لِامْتِنَاعِهِ مِنَ الْوَاجِبِ عَلَيْهِ لَهَا ، فَأَشْبَهَ تَفْرِيقَهُ بَيْنَ الْمُوَالِيِّ وَامْرَأَتِهِ إِذَا امْتَنَعَ مِنَ الْفَيْقَةِ وَالطَّلَاقِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا فُرْقَةٌ لِعَجْزِهِ عَنِ الْوَاجِبِ لَهَا عَلَيْهِ ، أَشْبَهَتْ فُرْقَةَ الْعُنَّةِ . فَأَمَّا إِنْ أُجْبِرَ الْحَاكِمُ عَلَى الطَّلَاقِ ، فَطَلَّقَ أَقْلَ مِنْ ثَلَاثٍ ، فَهُوَ الرَّجْعَةُ عَلَيْهَا مَا دَامَتْ فِي الْعِدَّةِ ، فَإِنْ رَاجَعَهَا وَهُوَ مُعْسِرٌ ، أَوْ امْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَلَمْ يُمَكِّنِ الْأَخْذَ مِنْ مَالِهِ ، فَطَلَبَتِ الْمَرْأَةُ الْفَسْخَ ، فَلِلْحَاكِمِ الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَضَى لَهُ بَاقٍ ، أَشْبَهَ مَا قَبْلَ الطَّلَاقِ .

(٢٦) سورة البقرة ٢٨٠ .

(٢٧) في الزيادة : « لها » .

(٢٨) في ١ : « حاكم » .

(٢٩) في الأصل : « بالغبية » .

فصل : وإن رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ مَعَهُ مَعُ عُسْرَتِهِ أَوْ تَرَكَ إِئْتِاقَهُ ، ثُمَّ بَدَأَ لَهَا الْفَسْخُ ، أَوْ تَزَوَّجَتْ مُعْسِرًا عَالِمَةً بِحَالِهِ ، رَاضِيَةً بِعُسْرَتِهِ ، وَتَرَكَ إِئْتِاقَهُ ، أَوْ شَرَطَ عَلَيْهَا أَنْ لَا يُتَّفَقَ عَلَيْهَا ، ثُمَّ عَنَّ لَهَا الْفَسْخُ ، فَلَهَا ذَلِكَ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْقَاضِي : ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ ، لَيْسَ لَهَا الْفَسْخُ ، وَيَبْطُلُ خِيَارُهَا فِي الْمَوْضِعَيْنِ . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِعَيْبِهِ ، وَدَخَلَتْ فِي الْعَقْدِ عَالِمَةً بِهِ ، فَلَمْ تَمْلِكِ الْفَسْخَ ، كَالْوَجْهِ عِنَّا عَالِمَةً بِعَيْبِهِ ، أَوْ قَالَتْ بَعْدَ الْعَقْدِ : قَدْ رَضِيْتُ بِهِ عَيْنًا . وَلَنَا ، أَنَّ وَجُوبَ النِّفْقَةِ يَتَجَدَّدُ فِي كُلِّ يَوْمٍ ، فَيَتَجَدَّدُ لَهَا الْفَسْخُ ، وَلَا يَصِحُّ إِسْقَاطُ حَقِّهَا فِيهَا لَمْ يَجِبْ لَهَا ، كَأِسْقَاطِ شَفْعَتِهَا قَبْلَ الْبَيْعِ ، وَلِلذَلِكَ لَوْ أَسْقَطَتِ النِّفْقَةَ الْمُسْتَقْبَلَةَ لَمْ تَسْقُطْ ، وَلَوْ أَسْقَطَتَهَا أَوْ أَسْقَطَتِ الْمَهْرَ قَبْلَ النِّكَاحِ لَمْ يَسْقُطْ ، وَإِذَا لَمْ يَسْقُطْ وَجُوبُهَا ، لَمْ يَسْقُطِ الْفَسْخُ الثَّابِتُ بِهِ . وَإِنْ أَعْسَرَ بِالْمَهْرِ ، وَقُلْنَا : لَهَا الْفَسْخُ لِإِعْسَارِهِ بِهِ . فَرَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، لَمْ يَكُنْ لَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ وَجُوبَهُ لَمْ يَتَجَدَّدْ ، بِخِلَافِ النِّفْقَةِ ، وَلَوْ تَزَوَّجَتْ ، عَالِمَةً بِإِعْسَارِهِ بِالْمَهْرِ ، رَاضِيَةً بِذَلِكَ ، فَيَنْبَغِي أَنْ لَا تَمْلِكِ الْفَسْخَ بِإِعْسَارِهِ بِهِ ؛ لِأَنَّهَا^(٣٠) رَضِيَتْ بِذَلِكَ فِي وَقْتِ لَوْ أَسْقَطْتَهُ فِيهِ سَقَطَ .

فصل : إِذَا رَضِيَتْ بِالْمُقَامِ مَعَهُ ذَلِكَ ، لَمْ يَلْزِمَهَا التَّمَكُّينُ مِنَ الْاسْتِمْتَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُسَلِّمْ إِلَيْهَا^(٣١) عِرْضَهُ ، فَلَمْ يَلْزِمَهَا تَسْلِيمَهُ ، كَالْوَجْهِ الْمُشْتَرِي بِتَمَنِ الْمَبِيعِ ، لَمْ يَجِبْ تَسْلِيمُهُ إِلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ تَخْلِيَةُ سَبِيلِهَا ، لِتَكْتَسِبَ لَهَا ، وَتُحْصَلَ مَا تُنْفِقُهُ عَلَى نَفْسِهَا ؛ لِأَنَّ فِي حَبْسِهَا بَغِيرَ نَفْقَةٍ إِضْرَارًا بِهَا . وَلَوْ كَانَتْ مُوسِرَةً ، / لَمْ يَكُنْ لَهُ حَبْسُهَا ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا يَمْلِكُ حَبْسَهَا إِذَا كَفَّأَهَا^(٣٢) الْمُؤْنَةَ ، وَأَغْنَاهَا عَمَّا لَا بُدَّ لَهَا مِنْهُ ، وَلِحَاجَتِهِ إِلَى الْاسْتِمْتَاعِ الْوَاجِبِ عَلَيْهَا ، فَإِذَا لْتَفَى الْأَمْرَانِ ، لَمْ يَمْلِكِ حَبْسَهَا .

فصل : وَمَنْ تَرَكَ الْإِئْتِاقَ الْوَاجِبَ لَامْرَأَةً^(٣٣) مُدَّةً ، لَمْ يَسْقُطْ بِذَلِكَ ، وَكَانَتْ^(٣٤) دَيْنًا

(٣٠) فِي الْأَصْلِ : « لِأَنَّهُ » .

(٣١) سَقَطَ مِنْ ب .

(٣٢) فِي ١ : « أَكْفَاهَا » .

(٣٣) فِي ١ ، م : « لِامْرَأَتِهِ » .

(٣٤) فِي ١ ، م : « وَكَانَ » .

في ذمته ، سواءً تركها^(٣٥) لعذرٍ أو غير عذرٍ ، في أظهر الروايتين . وهذا قول الحسن ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وابن المنذر . والرواية الأخرى : تسقط نفقتها ، ما لم يكن الحاكم قد فرضها لها . وهذا مذهب أبي حنيفة ؛ لأنها نفقة تجب يوماً فيوماً ، فتسقط بتأخيرها إذا لم يفرضها الحاكم ، كنفقة الأقارب ، ولأن نفقة الماضي قد استغنى عنها بمضى وقتها ، فتسقط ، كنفقة الأقارب . ولنا ، أن عمر ، رضي الله عنه ، كتب إلى أمراء الأجناد ، في رجال غابوا عن نسائهم ، يأمرهم بأن^(٣٦) يتفقوا أو يطلقوا ، فإن طلقوا بعثوا بنفقة ما مضى . ولأنها حق يجب مع اليسار والإعسار ، فلم يسقط بمضى^(٣٧) الزمان ، كأجرة العقار والديون . قال ابن المنذر : هذه نفقة وجبت بالكتاب والسنة والإجماع ، ولا يزول ما وجب بهذه الحجج إلا بمثلها . ولأنها عوض واجب ، فأشبهت الأجرة . وفارق نفقة الأقارب ، فإنها صلة يعتبر فيها اليسار من المنفق والإعسار ممن تجب له ، وجبت لترجية^(٣٨) الحال ، فإذا مضى زمنها^(٣٩) استغنى عنها ، فأشبهه ما لو استغنى عنها بيساره ، وهذه بخلاف ذلك . إذا ثبت هذا ، فإنه إن^(٤٠) ترك الإنفاق عليها مع يساره ، فعليه النفقة بكاملها ، وإن تركها لإعساره ، لم يلزمه [إلا] نفقة المعسر ؛ لأن الزائد سقط بإعساره .

فصل : ويصح ضمان النفقة ، ما وجب منها وما يجب في المستقبل ، إذا قلنا : إنَّها تثبت في الذمة . وقال الشافعي : يصح ضمان ما وجب ، وفي ضمان المستقبل وجهان ، بناءً على أن النفقة هل تجب بالعقد أو بالتأمين ؟ ومبنى الخلاف على ضمان

(٣٥) في ١ ، م : « تركه » .

(٣٦) في ١ ، م : « أن » .

(٣٧) في ب : « نفقة » .

(٣٨) ترجية الحال : تيسيره .

(٣٩) في ب : « زمن » .

(٤٠) سقط من ١ ، م .

ما لم يَجِبْ إذا كان مآله إلى الوُجُوبِ ، فعندنا يَصِيحُ ، وعندهم لا يَصِيحُ . وقد ذكرنا ذلك في باب الضَّمان^(٤١) .

فصل : وإن أعسرَ بِنَفَقَةِ الخَادِمِ أو الأذْمِ أو المَسْكَنِ ، ثَبِتَ ذلك في ذِمَّتِهِ . وبهذا قال الشافعي . وقال القاضي : لا يَثْبُتُ ؛ لأنَّه من الزَّوَادِ / ، فلم يَثْبُتْ في ذِمَّتِهِ ، كالزَّائِدِ عن الواجِبِ عليه . ولنا ، أَنَّها نَفَقَةٌ تُجِبُّ على سَبِيلِ العَوَضِ ، فَثَبَّتْ في الذِّمَّةِ ، كالتَّفَقُّةِ الواجِبَةِ للمرأة قَوْتًا ، وفارَقَ الزَّائِدَ عن نَفَقَةِ المُعْسِرِ^(٤٢) ، فَإِنَّه يَسْقُطُ بالإعسارِ .

فصل : وإذا أنفقتِ المرأةُ على نَفْسِها من مالِ زَوْجِها الغائبِ ، ثم بانَ أَنه قد مات قبل إنفاقيها ، حُسِبَ عليها ما أنفقته من ميراثها ، سواء أنفقته بنفسها ، أو بأمر الحاكم . وبهذا قال أبو العالِيَةِ ، ومحمد بن سيرين ، والشافعي ، وابن المنذر . ولا أعلم عن غيرهم خلافهم ؛ لأنَّها أنفقت ما لا تستحقُّ . وإن فضلَ لها شيءٌ ، فهو لها . وإن فضلَ عليها شيءٌ ، وكان لها صدقٌ أو دينٌ على زَوْجِها ، حُسِبَ منه ، وإن لم يكن لها شيءٌ من ذلك ، كان الفضلُ دينًا عليها ، والله أعلم .

فصل : وإن أعسرَ الزَّوْجُ بالصدِّاقِ ، ففيه ثلاثة أوجهٍ ؛ أصحُّها ، ليس لها الفَسْخُ . وهو اختيارُ ابنِ حامِدٍ . والثاني ، لها الفَسْخُ . وهو اختيارُ أبي بكرٍ ؛ لأنَّه أعسرَ بالعَوَضِ ، فكان لها الرجوعُ في المَعْوَضِ ، كما لو أعسرَ بَثْمَنِ مَبِيعِها . والثالث ، إن أعسرَ قبل الدُّخُولِ ، فلها الفَسْخُ ، كما لو أفلسَ المُشْتَرِي والمَبِيعُ بحالِهِ ، وإن كان بعد الدُّخُولِ ، لم تَمْلِكِ الفَسْخُ ؛ لأنَّ المَعْقُودَ عليه قد استوفى ، فأشبهه ما لو أفلسَ المُشْتَرِي بعد تَلْفِ المَبِيعِ أو بعضِهِ . ولنا ، أَنه دينٌ ، فلم يُفَسَخِ النِّكَاحُ بالإعسارِ به ، كالتَّفَقُّةِ الماضيةِ ، ولأنَّ تأخيرَهُ ليس فيه ضررٌ مُجْهِفٌ ، فأشبهه نَفَقَةُ الخَادِمِ والنَّفَقَةُ الماضيةِ ، ولأنَّه لا

(٤١) تقدم في : ٧٥/٧ .

(٤٢) في الأصل : « المعسرة » .

نَصَّ فِيهِ ، وَلَا (٤٣) يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى الثَّمَنِ فِي (٤٤) الْمَبِيعِ ؛ لِأَنَّ الثَّمَنَ كُلَّ مَقْصُودِ الْبَائِعِ ، وَالْعَادَةُ تَعْجِيلُهُ ، وَالصَّدَاقُ فَضْلَةٌ (٤٥) وَنَحْلَةٌ ، لَيْسَ هُوَ الْمَقْصُودُ فِي النِّكَاحِ ، وَلِذَلِكَ لَا يَفْسُدُ النِّكَاحُ بِفَسَادِهِ ، وَلَا بِتَرْكِ ذِكْرِهِ ، وَالْعَادَةُ تَأْخِيرُهُ ، وَلِأَنَّ أَكْثَرَ مَنْ يَشْتَرِي بِثَمَنٍ حَالًا يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَيْسَ الْأَكْثَرُ أَنْ مَنْ تَزَوَّجَ بِمَهْرٍ يَكُونُ مُوسِرًا بِهِ ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهُ عَلَى النَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّ الضَّرُورَةَ لَا تَنْدَفِعُ إِلَّا بِهَا ، بِخِلَافِ الصَّدَاقِ ، فَأَشْبَهُ شَيْءًا بِهِ النَّفَقَةُ الْمَاضِيَةُ . وَلِلشَّافِعِيِّ نَحْوُ هَذِهِ الْوُجُوهِ . وَإِذَا (٤٦) قُلْنَا : لَهَا الْفَسْخُ لِلْإِعْسَارِ بِهِ . فَتَزَوَّجَتْهُ عَالِمَةٌ بِعُسْرَتِهِ ، فَلَا خِيَارَ لَهَا ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِهِ كَذَلِكَ . وَكَذَلِكَ إِنْ عَلِمَتْ عُسْرَتَهُ بَعْدَ الْعَقْدِ ، فَرَضِيَتْ بِالْمُقَامِ ، سَقَطَ حَقُّهَا مِنَ الْفَسْخِ ؛ لِأَنَّهَا رَضِيَتْ بِإِسْقَاطِ / حَقِّهَا بَعْدَ وُجُوبِهِ (٤٧) ، فَسَقَطَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَتْ بِعُنْتِهِ (٤٨) .

١١٨٨/٨ و

فصل : وَنَفَقَةُ الْأُمَةِ الْمُزَوَّجَةِ حَقٌّ لَهَا وَلِسَيِّدِهَا ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا يَنْتَفِعُ بِهَا ، وَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا طَلَبُهَا إِنْ امْتَنَعَ الزَّوْجُ مِنْ أَدَائِهَا ، وَلَا يَمْلِكُ وَاحِدٌ مِنْهُمَا إِسْقَاطَهَا ؛ لِأَنَّ فِي سُبُوطِهَا بِإِسْقَاطِ أَحَدِهَا ضَرَرًا بِالْآخَرِ . وَإِنْ أَعْسَرَ الزَّوْجُ بِهَا ، فَلَهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ نَفَقَتِهَا ، فَمَلَكَتِ الْفَسْخَ ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ لَمْ تَفْسَخْ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لِسَيِّدِهَا الْفَسْخُ ؛ لِأَنَّ عَلَيْهِ ضَرَرًا فِي عَدَمِهَا ، لَمَا يَتَعَلَّقُ بِقَوَاتِهَا مِنْ قَوَاتِ مَلِكِهِ وَتَلْفِهِ ، فَإِنْ أَنْفَقَ عَلَيْهَا سَيِّدُهَا مُحْتَسِبًا بِالرُّجُوعِ ، فَلَهُ الرُّجُوعُ بِهَا عَلَى الزَّوْجِ ، رَضِيَتْ بِذَلِكَ أَوْ كَرِهَتْ ؛ لِأَنَّ الدَّيْنَ خَالِصُ حَقِّهِ ، لَا حَقَّ لَهَا فِيهِ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ حَقُّهَا بِالنَّفَقَةِ الْحَاضِرَةِ ، لَوْجُوبِ صَرَفِهَا إِلَيْهَا ، وَقَوَامِ بَدَنِهَا بِهَا ، بِخِلَافِ الْمَاضِيَةِ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ ، وَأَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ : لَيْسَ لِسَيِّدِهَا الْفَسْخُ لِعُسْرَةِ زَوْجِهَا بِالنَّفَقَةِ ؛ لِأَنَّهَا حَقٌّ لَهَا ، فَلَمْ يَمْلِكْ سَيِّدُهَا الْفَسْخَ دُونَهَا ، كَالْفَسْخِ لِلْعَيْبِ ، فَإِنْ كَانَتْ مَعْتُوهُ ، أَنْفَقَ الْمَوْلَى ،

(٤٣) فِي الْأَصْلِ : « فَلَ » .

(٤٤) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

(٤٥) فِي ب : « وَصَلَةٌ » .

(٤٦) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : ب ، م .

(٤٧) فِي الْأَصْلِ ، ب : « وَجُوبِهَا » .

(٤٨) فِي النَّسْخِ : « بَعِينَهُ » .

وتكون النَّفَقَةُ دَيْنًا فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ ، وَإِنْ كَانَتْ عَاقِلَةً قَالَ لَهَا السَّيِّدُ : إِنْ أَرَدْتِ النَّفَقَةَ ، فَافْسَخِي التَّكَاحَ ، وَإِلَّا فَلَا نَفَقَةَ لَكَ عِنْدِي .

فصل : وَإِنْ اِخْتَلَفَ الزَّوْجَانِ فِي الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، أَوْ فِي تَقْسِيمِهَا نَفَقَتَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّهَا مُنْكَرَةٌ ، وَالْأَصْلُ مَعَهَا . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي التَّمَكِينِ الْمَوْجِبِ لِلنَّفَقَةِ ، أَوْ فِي وَقْتِهِ ، فَقَالَتْ : كَانَ ذَلِكَ مِنْ شَهْرٍ . فَقَالَ : بَلِ مِنْ يَوْمٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُنْكَرٌ ، وَالْأَصْلُ مَعَهُ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي يَسَارِهِ ، فَادَّعَتْهُ الْمَرْأَةُ^(٤٩) لِيَفْرِضَ لَهَا نَفَقَةَ الْمُسِيرِينَ ، أَوْ قَالَتْ : كُنْتُ مُوسِرًا . وَأَتَكَرَّرَ ذَلِكَ ، فَإِنْ عُرِفَ لَهُ مَالٌ ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهَا ، وَإِلَّا فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَهَذَا كَلَهُ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَإِنْ اِخْتَلَفَا فِي فَرَضِ الْحَاكِمِ لِلنَّفَقَةِ ، أَوْ فِي وَقْتِهَا ، فَقَالَ : فَرَضَهَا مِنْذُ شَهْرٍ . فَقَالَتْ : بَلِ مِنْذُ عَامٍ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ^(٥٠) مَالِكٌ : إِنْ كَانَ مُقِيمًا مَعَهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ، وَإِنْ كَانَ غَائِبًا عَنْهَا ، فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمَرْأَةِ مِنْ يَوْمِ رَفَعَتْ أَمْرَهَا إِلَى الْحَاكِمِ . وَلَنَا ، أَنَّ قَوْلَهُ يُؤَفِّقُ الْأَصْلَ ، فَقُدِّمَ ، كَمَا لَوْ كَانَ مُقِيمًا مَعَهَا ، وَكُلُّ مَنْ قُلْنَا^(٥١) : الْقَوْلُ / قَوْلُهُ . فَلِحُصْمِهِ عَلَيْهِ الْيَمِينُ ؛ لِأَنَّهَا دَعَاوَى^(٥٢) فِي الْمَالِ ، فَأَشْبَهَتْ دَعْوَى الدَّيْنِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « وَلَكِنَّ الْيَمِينَ عَلَى الْمُدَّعَى عَلَيْهِ »^(٥٣) . وَإِنْ دَفَعَ الزَّوْجُ إِلَى امْرَأَتِهِ نَفَقَةً وَكُسُوءًا ، أَوْ بَعَثَ بِهَا إِلَيْهَا ، فَقَالَتْ : إِنَّمَا فَعَلْتُ ذَلِكَ تَبَرُّعًا وَهَبَةً . وَقَالَ : بَلِ وَفَاءٌ لِلوَجِبِ عَلَيَّ . فَالْقَوْلُ قَوْلُهُ ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنَيْتِهِ ، أَشْبَهَ مَا لَوْ قَضَى دَيْنَهُ وَاخْتَلَفَ هُوَ وَغَرِيمُهُ فِي نَيْتِهِ . وَإِنْ طَلَّقَ امْرَأَتَهُ ، وَكَانَتْ حَامِلًا فَوَضَعَتْ ، فَقَالَ : طَلَّقْتُكِ حَامِلًا ، فَاَنْقَضَتْ عِدَّتُكَ بِوَضْعِ الْحَمْلِ ، وَأَنْقَطَعَتْ نَفَقَتُكَ وَرَجَعَتْكَ .

(٤٩) فِي الْأَصْلِ بَعْدَ هَذَا : « وَالزَّوْجِ » . وَفِي أ ، م : « أَوْ الزَّوْجِ » . وَحَدَّثْنَا ذَلِكَ كُلَّهُ تَبَعًا لِمَا فِي الشَّرْحِ الْكَبِيرِ .

(٥٠) سَقَطَ الْوَاوُ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

(٥١) فِي الْأَصْلِ : « قُلْتُ » .

(٥٢) فِي أ : « دَعَا » . وَفِي م : « دَعَاوَى » .

(٥٣) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي ٥٢٥/٦ .

وقالت : بل بعد الوضغ ، فلي التّفقة ، ولك الرجعة . فالقول قولها ؛ لأن الأصل بقاء التّفقة ، وعدم المُستيط لها ، وعليها العدة ، ولا رجعة للزوج ؛ لإقراره بعدمها . وإن رجع^(٥٤) فصَدّقها ، فله الرجعة ؛ لأنها مُقرّة له بها . ولو^(٥٥) قال : طَلقتك بعد الوضغ ، فلي الرجعة ، ولك التّفقة . وقالت : بل وأنا حامل . فالقول قوله ؛ لأن الأصل بقاء الرجعة ، ولا تّفقة لها ، ولا عِدّة عليها ؛ لأنها حَقُّ لله^(٥٦) تعالى ، فالقول قولها فيها . وإن عاد فصَدّقها ، سَقَطَتْ رَجَعْتُهُ ، ووجِبَ لها التّفقة . هذا في ظاهر الحُكْم ، فأما فيما بينه وبين الله تعالى ، فينبئني على ما يَعْلَمُهُ من حقيقة الأمرِ دُونَ ما قاله .

فصل : وإن طَلَّقَ الرَّجُلُ امرأته ، فادَّعَتْ أَنَّها حاملٌ ، لتكون لها التّفقة ، أنفقَ عليها ثلاثة أشهرٍ ، ثم تُرى القَوَابِلُ بعد ذلك ؛ لأنَّ الحملَ^(٥٧) يَبِينُ بعد ثلاثة أشهرٍ ، إلا أن تَظْهَرَ براءتُها من الحملِ بالحيضِ أو بغيره ، فتَنقَطِعُ نفقتُها ، كما تَنقَطِعُ إذا قال القوابِلُ : ليست حاملاً . ويُرجعُ عليها بما أنفقَ ؛ لأنها أخذت منه ما لا تَسْتَحِقُّه ، فرَجَعَ عليها ، كما لو ادَّعَتْ عليه دَيْنًا وأخذته منه ، ثم تَبَيَّنَ كَذِبُها . وعن أحمد ، رواية أُخرى : لا يَرجعُ عليها ؛ لأنه أنفقَ عليها بحُكْمِ آثارِ النكاح ، فلم يَرجعْ به ، كالتّفقة في النكاح الفاسدِ^(٥٨) إذا تَبَيَّنَ فساده . وإن عَلِمَتْ براءتُها من الحملِ بالحيض ، فكَتَمَتْه ، فينبغي أن يَرجعَ عليها ، قولاً واحداً ؛ لأنها أخذتِ^(٥٩) التّفقةَ مع عَلِمِها ببراءتِهِ^(٦٠) منها^(٦١) كما لو أخذتها من ماله بغيرِ عِلْمِهِ . وإن ادَّعَتْ الرَّجْعِيَّةُ الحَمْلَ ، فأنفقَ عليها أكثرَ من مُدَّةِ عِدَّتِها ، رَجَعَ عليها بالزيادة ، ويُرجعُ في مُدَّةِ العِدَّةِ إليها ؛ لأنها أَعْلَمُ بها ، فالقول قولها

(٥٤) في ا ، ب ، م : « راجع » .

(٥٥) في م : « وإن » .

(٥٦) في ب ، م : « الله » .

(٥٧) في ا : « الحامل » .

(٥٨) سقط من : ب .

(٥٩) في ب ، م : « أخذ » .

(٦٠) في الأصل : « براءته » . وفي م : « براءتها » .

(٦١) سقط من : م .

١٨٩/٨ فيها مع يمينها . فإن قالت : قد ارتفع حيضى ، ولم أدر ما رفعه . فعَدَّتْهَا / سَنَةً إن كانت حُرَّةً . وإن قالت : قد انقضت بثلاثة قُرُوءٍ . وذكرت آخرها ، فلها النَّفَقَةُ إلى ذلك ، ويُرْجَعُ عليها بالزَّائِدِ . وإن قالت : لا أدرى متى آخرها . رَجَعْنَا إلى عَادَتِهَا ، فحَسَبْنَا لها بها . وإن قالت : عادتي تختلف فتطول وتقصُر . انقضت العِدَّةُ (٦٢) بالأقصر ؛ لأنه اليَقِينُ . وإن قالت : عادتي تختلف ، ولا أعلم . رَدَدْنَاها إلى غالبِ عاداتِ النِّسَاءِ ، في كُلِّ شَهْرٍ قُرَّةً ؛ لِأَنَّا رَدَدْنَا الْمُتَحَيِّرَةَ إلى ذلك في أحكامها ، فكذلك هذه . وإن بانَ أنَّها حَامِلٌ من غيره ، مثل أن تلده (٦٣) لأكثر من أربع سنين ، فلا نفقة عليه لمُدَّةِ حَمَلِها ؛ لِأَنَّهُ من غيره . وإن كانت رَجَعِيَّةً ، فلها النَّفَقَةُ في مُدَّةِ عِدَّتِهَا ، فإن كانت (٦٤) انقضت قبل حَمَلِها ، فلها النَّفَقَةُ إلى انقضاءها ، وإن حَمَلَتْ في أثناء عِدَّتِهَا ، فلها النَّفَقَةُ إلى الوطءِ الذى حَمَلَتْ ، ثم لا نفقة لها حتى تضع حَمَلِها ، ثم تكون لها النَّفَقَةُ في تمامِ عِدَّتِهَا . وإن وطئها زوجها (٦٥) في العِدَّةِ الرَّجَعِيَّةِ ، حَصَلَتْ الرَّجْعَةُ . وإن قلنا : لا تحصل . فالنسب لاحتق به ، وعليه النَّفَقَةُ لمُدَّةِ حَمَلِها . وإن وطئها بعد انقضاء عِدَّتِهَا ، أو وطئ البائن ، عالمًا بذلك وبتحريمه ، فهو زنى ، لا يلحقه نسب الولد ، ولا نفقة عليه من أجله . وإن جهل بينوتها ، أو انقضاء (٦٦) عِدَّةِ الرَّجَعِيَّةِ ، أو تحريم (٦٧) ذلك وهو ممن يجهله ، لحقه نسبه (٦٨) ، وفي وجوب النَّفَقَةِ عليه روايتان .

١٣٨٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُجْبَرُ الرَّجُلُ عَلَى نَفَقَةِ وَالِدَيْهِ ، وَوَلَدِهِ ، الذُّكُورِ وَالإِنَاثِ ، إِذَا كَانُوا فَقَرَاءً ، وَكَانَ (١) لَهُ مَا يُنْفِقُ عَلَيْهِمْ)

(٦٢) سقط من : ب .

(٦٣-٦٤) في ا ، ب ، م : « تلده بعد » .

(٦٤) في ب زيادة : « قد » .

(٦٥) في ب : « زوجة » .

(٦٦) في ب : « وانقضاء » .

(٦٧) في ب : « وتحريم » .

(٦٨) في ب : « النسب » .

(١) سقط من : الأصل .

الأصل في وُجوبِ نَفَقَةِ الوالدينِ والمَوْلودينِ الكتابُ والسُّنَّةُ والإجماعُ ؛ أما الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْحَمْنَ أُولَئِكَ ﴾ (١) . أَوْجَبَ أَجْرَ رِضَاعِ الوَلَدِ عَلَى أَبِيهِ ، وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَعَلَى المَوْلودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ ﴾ (٢) . وَقَالَ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَقَضَى رَبُّكَ أَلَّا تَعْبُدُوا إِلَّا إِيَّاهُ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ (٣) . وَمِنَ الإِحْسَانِ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِمَا عِنْدَ حَاجَتِهِمَا . وَمِنَ السُّنَّةِ قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ لِهِنْدَ : « خُذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالمَعْرُوفِ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٤) . وَرَوَتْ عَائِشَةُ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « إِنَّ أَطْيَبَ / مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ ، وَإِنْ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٥) . وَأَمَّا الإِجْمَاعُ ، فَحَكَى ابْنُ المُنْذِرِ ، قَالَ : أَجْمَعَ أَهْلُ العِلْمِ عَلَى أَنَّ نَفَقَةَ الوالِدَيْنِ الفَقِيرَيْنِ اللَّذَيْنِ لَا كَسْبَ لهما ، وَلَا مَالٌ ، وَاجِبَةٌ فِي مَالِ الوَلَدِ ، وَأَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ العِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى المَرءِ نَفَقَةَ أَوْلَادِهِ الأَطْفَالِ الَّذِينَ لَا مَالَ لَهُمْ . وَلَأنَّ وَلَدَ الإِنْسَانِ بَعْضُهُ ، وَهُوَ بَعْضُ وَالِدِهِ ، فَكَمَا يَجِبُ عَلَيْهِ أَنْ يُنْفِقَ عَلَى نَفْسِهِ وَأَهْلِهِ ، كَذَلِكَ عَلَى بَعْضِهِ وَأَصْلِهِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الأُمَّ تَجِبُ نَفَقَتُهَا ، وَيَجِبُ عَلَيْهَا أَنْ تُنْفِقَ عَلَى وَلَدِهَا إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَحَكَى عَنِ مالِكٍ ، أَنَّهُ لَا نَفَقَةَ عَلَيْهَا ، وَلَا لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَيْسَتْ عَصَبَةً لَوَلَدِهَا . وَلَنَا ، وَقَوْلُهُ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَبِالْوَالِدَيْنِ إِحْسَانًا ﴾ . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ لِرَجُلٍ سَأَلَهُ : مَنْ أَيْرُّ؟ قَالَ : « أُمَّكَ ، ثُمَّ أُمَّكَ ، ثُمَّ أُمَّكَ ، ثُمَّ أَبَاكَ ، ثُمَّ الأَقْرَبَ فالأَقْرَبَ » رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٦) ، وَلِأَنَّهَا أَحَدُ الوالِدَيْنِ ، فَاشْتَبَهَتْ الأَبَ ، (٧) وَلِأَنَّ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً تُوجِبُ رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَوُجُوبَ العِنَقِ ، فَاشْتَبَهَتْ الأَبَ (٨) . فَإِنْ أَعْسَرَ الأَبُ ، وَجَبَتْ النَّفَقَةُ عَلَى الأُمِّ ، وَلَمْ تَرَجِعْ بِهَا عَلَيْهِ إِنْ أَيْسَرَ . وَقَالَ

١٨٩/٨ ظ

-
- (٢) سورة الطلاق ٦ .
(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .
(٤) سورة الإسراء ٢٣ .
(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .
(٦) تقدم تخريجه في ٢٦٣/٨ .
(٧) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٨/٤ .
(٨-٨) سقط من : الأصل . نقل نظر .

أبو يوسف ومحمد: تَرَجِعُ عَلَيْهِ . وَلَنَا ، أَنْ مَنْ وَجَبَ عَلَيْهِ الْإِنْفَاقُ بِالْقَرَابَةِ ، لَمْ يَرْجِعْ بِهِ ، كَالْأَبِ .

فصل : وَيَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَى الْأَجْدَادِ وَالْجَدَّاتِ وَإِنْ عَلَوْا ، وَوَلَدِ الْوَلَدِ وَإِنْ سَفَلُوا .
وبذلك قال الشافعي ، والثوري ، وأصحاب الرأي . وقال مالك : لَا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَيْهِمْ وَلَا لَهُمْ ؛ لِأَنَّ الْجَدَّ لَيْسَ بِأَبٍ حَقِيقِيٍّ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ سَبْحَانَهُ : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(٩) . وَلِأَنَّهُ يَدْخُلُ فِي مُطْلَقِ اسْمِ الْوَلَدِ وَالْوَالِدِ ^(١٠) ، بِدَلِيلِ أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثَيَيْنِ ﴾ ^(١١) . فَيَدْخُلُ فِيهِمْ وَلَدُ الْبَيْنِ . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَلَا يُؤْتِيهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ ﴾ ^(١٢) . وَقَالَ : ﴿ مِلَّةَ أَبِيكُمْ إِبْرَاهِيمَ ﴾ ^(١٣) . وَلِأَنَّ بَيْنَهُمَا قَرَابَةً تُوجِبُ الْعِتْقَ وَرَدَّ الشَّهَادَةَ ، فَأَشْبَهَ الْوَلَدَ وَالْوَالِدَ الْقَرِيبَيْنِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوْجُوبِ الْإِنْفَاقِ ثَلَاثَةٌ شُرُوطٌ : أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونُوا فَقَرَاءً ، لَا مَالَ لَهُمْ ، وَلَا كَسْبَ يَسْتَعْنُونَ ^(١٤) بِهِ عَنِ إِنْفَاقِ غَيْرِهِمْ ، فَإِنْ كَانُوا مُوسِرِينَ بِمَالٍ أَوْ كَسَبٍ يَسْتَعْنُونَ بِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهُمْ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ ، ^(١٥) وَالْمُوسِرُ مُسْتَعْنٍ عَنِ الْمُوَاسَاةِ ^(١٦) . الثَّانِي ، أَنْ يَكُونَ لِمَنْ تَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ مَا يَنْفِقُ عَلَيْهِمْ ، فَاضِلًا / عَنْ نَفَقَةِ نَفْسِهِ ، إِمَّا مِنْ مَالِهِ ، وَإِمَّا مِنْ كَسْبِهِ . فَأَمَّا مَنْ لَا يُفْضِلُ عَنْهُ شَيْءٌ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ شَيْءٌ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَتَيْدَأْ بِنَفْسِهِ ، فَإِنْ فَضَّلَ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ، فَإِنْ كَانَ فَضَّلَ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ » ^(١٧) .

١٩٠/٨

(٩) سورة البقرة ٢٣٣ .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) سورة النساء ١١ .

(١٢) سورة الحج ٧٨ .

(١٣) في الأصل : « يستعينون » .

(١٤-١٤) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٥) أخرجه مسلم ، في : باب الإبتداء في النفقة بالنفس ثم أهله ثم القرابة ، من كتاب الزكاة . صحيح مسلم ٦٩٣/٢ ، وأبو داود ، في : باب في بيع المدبر ، من كتاب العتاق . سنن أبي داود ٣٥٢/٢ . والنسائي ، في : باب أمي =

وفي لَفْظٍ : « اِبْدَأُ^(١٦) بِنَفْسِكَ ، ثُمَّ يَمَنْ تَعُولُ »^(١٧) . حديثٌ صحيحٌ . وروى أبو هريرة ، أن رجلاً جاء إلى النبي ﷺ ، فقال : يا رسول الله ، عندي^(١٨) دينارٌ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى نَفْسِكَ » . قال : عندي^(١٨) آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى وَلَدِكَ » . قال : عندي آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى رَجُلِكَ »^(١٩) . قال : عندي آخَرُ . قال : « تَصَدَّقْ بِهِ عَلَى خَادِمِكَ » . قال : عندي آخَرُ . قال : « أَنْتَ أَبْصَرُ »^(٢٠) . رواه أبو داود^(٢١) ، ولأنها مَوَاسَاةٌ ، فلا تَجِبُ على الْمُحْتَاجِ ، كالزَّكَاةِ . الثالث ، أن يكونَ الْمُنفِقُ وَاِثْمًا ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾^(٢٢) . ولأنَّ بَيْنَ الْمُتَوَارِثِينَ قَرَابَةٌ تَقْتَضِي كَوْنَ الْوَارِثِ أَحَقَّ بِمَالِ الْمَوْرُوثِ مِنْ سَائِرِ النَّاسِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَحْتَصَّ بِوُجُوبِ صَلَاتِهِ بِالنَّفَقَةِ دُونَهُمْ ، فإن لم يكن وَاِثْمًا لَعَدَمِ الْقَرَابَةِ ، لم تَجِبْ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ لَدَلِكِ . وإن اِمْتَنَعَ الْمِيرَاثُ مع وُجُودِ الْقَرَابَةِ ، لم يَحُلْ مِنْ ثَلَاثَةِ أَقْسَامٍ ؛ أحدها ، أن يكونَ أَحَدُهُمَا رَقِيقًا ، فلا نفقةَ لأحدهما على صاحبه ، بغيرِ خِلافٍ^(٢٣) ؛ لأنَّهُ لا وِلَايَةَ بَيْنَهُمَا ولا إِرْثَ ، فَأَشْبَهَا^(٢٤) الْأَجْنَبِيِّينَ ، ولأنَّ الْعَبْدَ لا مَالَ لَهُ فَتَجِبُ عَلَيْهِ النَّفَقَةُ ، وَكَسْبُهُ لِسَيِّدِهِ ، وَنَفَقَتُهُ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَيَسْتَعْنِي بِهَا عَنِ نَفَقَةِ غَيْرِهِ . الثاني ، أن يكونَ دِينُهُمَا مَخْتَلِفًا ، فلا نفقةَ لأحدهما على صاحبه . وَذَكَرَ الْقَاضِي فِي عَمُودِي النَّسَبِ رَوَايَتَيْنِ ؛

-
- =الصدقة أفضل ، من كتاب الزكاة ، وفي : باب بيع المدبر ، من كتاب البيوع . المجتبى ٥٢/٥ ، ٢٦٧/٧ ، ٢٦٨ .
 والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٠٥ .
 (١٦) في الأصل : « ابتدى » .
 (١٧) انظر ما تقدم في حاشية ٤/١٥٠ ، ٢٦٤ .
 (١٨-١٨) سقط من : ب . نقل نظر .
 (١٩) في ١ : « زوجتك » .
 (٢٠) في الأصل زيادة : « به » .
 (٢١) تقدم تخريجه ، في : ٤/٣٠٩ .
 (٢٢) سورة البقرة ٢٣٣ .
 (٢٣) سقط من : ب .
 (٢٤) في الأصل ، م : « فأشبهه » .

إحداهما ، تجبُ النَّفَقَةُ مع اختلافِ الدِّينِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّها نَفَقَةٌ تَجِبُ مع اتِّفاقِ الدِّينِ ، فَتَجِبُ مع اِخْتِلافِهِ ، كَنَفَقَةِ الزَّوْجَةِ والمَمْلُوكِ (٢٥) ، ولأنَّهُ يَعْتَقُ (٢٦) على قَرِيبِهِ ، فَيَجِبُ عليه الإِنْفَاقُ عليه ، كما لو اتَّفَقَ دِينُهُما . ولنا ، أَنَّها مُواساةٌ على سَبِيلِ البِرِّ والصَّلَةِ ، فلم تَجِبْ مع اِخْتِلافِ الدِّينِ ، كَنَفَقَةِ غيرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، ولأنَّهُما غيرُ مُتَوَارِثَيْنِ ، فلم يَجِبْ لأَحَدِهِما على الآخرِ نَفَقَةٌ (٢٧) بالقرابةِ ، كما لو كان أَحَدُهُما رَقِيقًا ، وتُفَارِقُ نَفَقَةَ الزَّوْجَاتِ ؛ لأنَّها عَوْضٌ يَجِبُ مع الإِعْسَارِ ، فلم يُنَافِها اِخْتِلافُ الدِّينِ ، كالصَّدَاقِ والأُجْرَةِ ، وكذلك تَجِبُ مع الرُّقِّ فيهما أو في أَحَدِهِما ، وكذلك / نَفَقَةُ المَمَالِيكِ ، والعَتَقُ عليه يَبْطُلُ بسائِرِ (٢٨) ذَوِي الرَّحِمِ المَحْرَمِ ، فَإِنَّهُمْ يَعْتَقُونَ مع اِخْتِلافِ الدِّينِ ، (٢٩) وَلَا نَفَقَةَ لَهُمَ معهُ ، ولأنَّ هَذِهِ صِلَةٌ ومُواساةٌ ، فلا تَجِبُ مع اِخْتِلافِ الدِّينِ (٣٠) ، كأداءِ زَكَاتِهِ إِيَّاهُ ، وَعَقْلِهِ عنهُ ، وإِرْثِهِ مِنْهُ . الثالثُ ، أن يَكُونَ القَرِيبُ مَحْجُوبًا عن الميراثِ بِمَنْ هو أَقْرَبُ مِنْهُ ، فَيُنْظَرُ ؛ فَإِنْ كان الأَقْرَبُ مُوسِرًا ، فَالنَّفَقَةُ عليه ، ولا شَيْءَ على المَحْجُوبِ بِهِ ، لأنَّ الأَقْرَبَ أَوْلَى بالميراثِ مِنْهُ ، فيكونُ أَوْلَى بالإِنْفَاقِ ، وإن كان الأَقْرَبُ مُعْسِرًا ، وكان مَنْ يُنْفِقُ عليه من عَمُودِي النَّسَبِ ، وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ على المُوسِرِ . وذكرَ القاضِي ، في أبِ مُعْسِرٍ وَجَدُ مُوسِرًا ، أن النَّفَقَةَ على الجَدِّ . وقال ، في أمِّ مُعْسِرَةٍ وَجَدَتْهُ مُوسِرَةً : النَّفَقَةُ على الجَدَّةِ . وقد قال أحمدُ : لا يَدْفَعُ الزَّكَاةَ إلى وَلَدِ ابْنَتِهِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِنْ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ » (٣٠) . فَسَمَّاهُ ابْنَهُ ، وهو ابنُ ابْنَتِهِ ، وإذا مُنِعَ من دَفْعِ الزَّكَاةِ إِلَيْهِمَ لِقَرَابَتِهِمْ ، يَجِبُ أن تَلْزَمَهُ نَفَقَتُهُمْ عِنْدَ حاجَتِهِمْ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وإن كان من غيرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، لم تَجِبِ النَّفَقَةُ عليه إذا كان

(٢٥) في ب ، م : « والمملوكه » .

(٢٦) في الأصل : « حق » .

(٢٧) في ا ، ب ، م : « نفقته » .

(٢٨) في الأصل : « سائر » .

(٢٩) - ٢٩٩) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٠) تقدم تخريجه ، في : ٩٨/٤ .

مَحْجُوبًا . قال القاضي ، وأبو الخطَّاب ، في ابن فقيرٍ وأخٍ مُوسَى : لا نَفَقَةَ عليهما ؛ لأنَّ الابنَ لا نَفَقَةَ عليه لِعُسْرَتِهِ ، والأخُ لا نَفَقَةَ عليه لِعَدَمِ إرثِهِ ، ولأنَّ قَرابَتَهُ ضَعِيفَةٌ لا تَمْنَعُ شَهَادَتَهُ له ، فإذا لم يَكُنْ وارثًا لم تَجِبْ عليه النَّفَقَةُ ، كذَوِي الرَّحِمِ . وَيَتَخَرَّجُ فِي كُلِّ وَاوَرِثٍ ، لَوْلَا الْحَجْبُ ، إذا كان مَنْ يَحْجُبُهُ مُعْسِرًا وَجِهَانًا ؛ أَحَدُهُما ، لا نَفَقَةَ عليه ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِوَارِثٍ ، أَشَبَّهُ الْأَجَنَّبِيَّ . والثَّانِي ، عليه النَّفَقَةُ ؛ لِوُجُودِ الْقَرَابَةِ الْمُقْتَضِيَةِ لِلْإِزْثِ وَالْإِنْفَاقِ ، وَالْمَانِعُ مِنَ الْإِزْثِ لا يَمْنَعُ مِنَ الْإِنْفَاقِ ؛ لِأَنَّهُ مُعْسِرٌ لا يُمَكِّنُهُ الْإِنْفَاقُ ، فَوُجُودُهُ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْإِنْفَاقِ كَعَدَمِهِ .

فصل : فَأَمَّا ذَوُو الْأَرْحَامِ الَّذِينَ لا يَرْتُونَ بِفَرْضٍ ولا تَعْصِيَةٍ ، فَإِنْ كَانُوا مِنْ غَيْرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، فلا نَفَقَةَ عليهم . نَصَّ عليه أحمدُ ، فقال : الخالَةُ والعَمَّةُ لا نَفَقَةَ عليهما . قال القاضي : لا نَفَقَةَ لَهُمْ رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ ضَعِيفَةٌ ، وَإِنَّمَا يَأْخُذُونَ مَالَهُ عِنْدَ عَدَمِ الْوَارِثِ ، فَهَمَّ كَسَائِرِ الْمُسْلِمِينَ ، فَإِنَّ الْمَالَ يُصَرَّفُ إِلَيْهِمْ إِذَا لم يَكُنْ لِلْمَيِّتِ وَاوَرِثٌ ، وَذَلِكَ الَّذِي يَأْخُذُهُ بَيْتُ الْمَالِ ، وَذَلِكَ يُقَدِّمُ الرُّدَّ عَلَيْهِمْ . / وقال أبو الخَطَّابِ : يُخَرَّجُ فِيهِمْ رِوَايَةُ أُخْرَى ، أَنَّ النَّفَقَةَ تَلْزِمُهُمْ عِنْدَ عَدَمِ الْعَصَبَاتِ وَذَوِي الْفُرُوضِ ؛ لِأَنَّهُمْ وَاوَرِثُونَ فِي تِلْكَ الْحَالِ . قال ابنُ أبي موسى : هَذَا يَتَوَجَّهُ عَلَى مَعْنَى قَوْلِهِ ، وَالْأَوَّلُ هُوَ الْمَنْصُوصُ عَنْهُ . فَأَمَّا عَمُودُ النَّسَبِ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ يَجِبُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِمْ ، سِوَاءَ كَانُوا مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، كَأَبِي (٣١) الْأُمِّ وَابْنِ الْبِنْتِ ، أَوْ مِنْ غَيْرِهِمْ ، وَسِوَاءَ كَانُوا مَحْجُوبِينَ أَوْ وَاوَرِثِينَ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ قَرَابَتَهُمْ قَرَابَةٌ جُزْئِيَّةٌ وَبَعْضِيَّةٌ ، وَتَقْتَضِي رَدَّ الشَّهَادَةِ ، وَتَمْنَعُ جَرِيَانَ الْقِصَاصِ عَلَى الْوَالِدِ بِقَتْلِ الْوَالِدِ وَإِنْ سَقَلَ ، فَأَوْجَبَتِ النَّفَقَةَ عَلَى كُلِّ حَالٍ ، كَقَرَابَةِ الْأَبِ الْأَدْنَى .

فصل : ولا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ نَفَقَةِ الْوَالِدِينَ وَالْمَوْلُودِينَ نَقْصُ الْخِلْفَةِ ، وَلا نَقْصُ الْأَحْكَامِ ، فِي ظَاهِرِ الْمَذْهَبِ ، وَظَاهِرِ كَلَامِ الْخَرَقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ أَوْجَبَ نَفَقَتَهُمْ مُطْلَقًا إِذَا

(٣١) في م : « كَأَبِ » .

كانوا فقراء وله ما ينفق عليهم . وقال القاضي : لا يُشترط في الوالدين . وهل يُشترط ذلك في الولد ؟ فكلام أحمد يقتضي روايتين ؛ إحداهما ، تلزم^(٣٢) نفقته ؛ لأنه فقير . والثانية ، أنه^(٣٣) إن كان يكتسب فينفق على نفسه ، لم تلزم نفقته . وهذا القول يرجع إلى أن الذي لا يقدر على كسب ما يقوم به تلزم نفقته ، رواية واحدة ، سواء كان ناقص الأحكام ، كالصغير والمجنون ، أو ناقص الخلقة ، كالزمن ، وإنما الروايتان في من لا حرفة له ممن يقدر على الكسب بيده . وقال الشافعي : يُشترط نقصانه ، إما من طريق الحكم ، أو من طريق الخلقة . وقال أبو حنيفة : ينفق على الغلام حتى يبلغ ، فإذا بلغ صحيحاً ، انقطعت نفقته ، ولا تسقط نفقة الجارية حتى تتزوج^(٣٤) . ونحوه قال مالك ، إلا أنه قال : ينفق على النساء حتى يتزوجن ، ويدخل بهن الأزواج ، ثم لا نفقة لهن ، وإن طلقن ، ولو^(٣٥) طلقن^(٣٦) قبل البناء بهن ، فهن على نفقتهن . ولنا ، قول النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف » . لم يستثن منهم بالغا ولا صحيحا ، ولأنه والد أو ولد فقير ، فاستحق النفقة على والده أو ولده الغني ، كما لو كان زمتا أو مكفوفا ، فأما الوالد ، فإن أبا حنيفة وافقنا على وجوب نفقته صحيحا إذا لم يكن ذا

١٩١/٨ ط

كسب ، وللشافعي في ذلك قولان . ولنا أنه / والد محتاج ، فأشبهه الزمن .

فصل : ومن كان له أب من أهل الإنفاق ، لم تجب نفقته على سواه ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَا لَكُمْ فَاتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ . وقال : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ ﴾ . وقال النبي ﷺ لهند : « خذي ما يكفيك وكذلك بالمعروف » . فجعل النفقة على أبيهم دونها . ولا خلاف في هذا نعلمه ، إلا أن لأصحاب الشافعي ، فيما إذا اجتمع للفقير أب وابن موسيران ، وجهين ؛ أحدهما ، أن النفقة على الأب وحده . والثاني ، عليهما جميعا ؛ لتساويهما في القرب . ولنا ، أن النفقة على الأب منصوص عليها ، فيجب اتباع النص ، وترك ما عداه .

(٣٢) في م : « تلزمه » .

(٣٣) سقط من م .

(٣٤) في الأصل ، ١ : « تزوج » .

(٣٥) في ب : « أو » .

(٣٦) سقط من ب .

فصل : وَيَلْزَمُ الرَّجُلَ إِعْفَافُ أَبِيهِ ، إِذَا احتَاجَ إِلَى النِّكَاحِ . وَهَذَا ظَاهِرٌ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَهَمَّ فِي إِعْفَافِ الْأَبِ الصَّحِيحِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ . ^(٣٧) وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَلْزَمُ الرَّجُلَ إِعْفَافُ أَبِيهِ ، سِوَاءَ وَجِبَتْ نَفَقَتُهُ أَوْ لَمْ تَجِبْ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مِنْ أَعْظَمِ الْمَلَادِّ ، فَلَمْ تَجِبْ لِلأَبِ ، كَالْحَلْوَاءِ ، وَلأنَّهُ أَحَدُ الأَبْوَابِ ، فَلَمْ يَجِبْ ^(٣٧) لَهُ ذَلِكَ ^(٣٨) كالأُمِّ . وَلَنَا ، أَنَّ ذَلِكَ مِمَّا تَدْعُو حَاجَتُهُ إِلَيْهِ ، وَيَسْتَضِرُّ بِفَقْدِهِ ، فَلَزِمَ ابْنَهُ لَهُ ، كَالنَّفَقَةِ ، وَلَا يُشْبِهُ الحَلْوَاءَ ؛ لِأنَّهُ لَا يَسْتَضِرُّ بِفَقْدِهَا ، وَإِنَّمَا يُشْبِهُ الطَّعَامَ والأُدْمَ ، وَأَمَّا الأُمُّ فَإِنَّ ^(٣٩) إِعْفَافَهَا إِنَّمَا هُوَ تَرْوِيحُهَا ^(٣٩) إِذَا طَلَبْتَ ذَلِكَ ، وَحَطَبَهَا كُفُوهَا ، وَنَحْنُ نَقُولُ بِوُجُوبِ ذَلِكَ عَلَيْهِ ، وَهَمَّ يُوَافِقُونَنَا فِي ذَلِكَ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَجِبُ إِعْفَافُ مَنْ لَزِمَتْ نَفَقَتُهُ مِنَ الآبَاءِ والأَجْدَادِ ، فَإِنِ اجْتَمَعَ جَدَانِ ، وَلَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا إِعْفَافَ أَحَدِهِمَا ، قُدِّمَ الأَقْرَبُ ، إِلَّا أَن يَكُونَ أَحَدُهُمَا مِنْ جِهَةِ الأَبِ وَالأُخْرَى مِنْ جِهَةِ الأُمِّ ، فَيُقَدِّمُ الَّذِي مِنْ جِهَةِ الأَبِ وَإِن بَعُدَ ؛ لِأنَّهُ عَصَبَةٌ ، وَالشَّرْعُ قَدْ اعْتَبَرَ جِهَتَهُ فِي التَّوْرِيثِ وَالتَّعْصِيبِ ، فَكَذَلِكَ فِي الإِنْفَاقِ وَالأَسْتِحْقَاقِ .

فصل : وَإِذَا وَجَبَ عَلَيْهِ إِعْفَافُ أَبِيهِ ، فَهُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ زَوْجَهُ حُرَّةً ، وَإِنْ شَاءَ مَلَكَه أُمَّةً ، أَوْ دَفَعَ إِلَيْهِ مَا يَتَزَوَّجُ بِهِ حُرَّةً أَوْ يَشْتَرِي بِهِ أُمَّةً ، وَلَيْسَ لِلأَبِ التَّخْيِيرُ عَلَيْهِ ، إِلَّا أَنَّ الأَبَ إِذَا عَيَّنَ امْرَأَةً ، وَعَيَّنَ الابْنَ أُخْرَى ، وَصَدَّقَهُمَا وَاحِدًا ، قُدِّمَ تَعْيِينُ الأَبِ ؛ لِأَنَّ النِّكَاحَ لَهُ ، وَالمُؤَنَّةَ وَاحِدَةً ، قُدِّمَ قَوْلُهُ كَمَا لَوْ عَيَّنَتِ البِنْتُ كُفُوهَا ، وَعَيَّنَ الأَبُ كُفُوهَا ، لَقُدِّمَ ^(٤٠) تَعْيِينُهَا . / وَإِنِ اخْتَلَفَا فِي الصَّدَاقِ ، لَمْ يَلْزَمِ الابْنَ الأَكْثَرَ ؛ لِأنَّهُ إِنَّمَا يَلْزَمُ أَقْلَ مَا تَحْصُلُ بِهِ الكِفَايَةُ ، وَلَكِنْ لَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ أَوْ يَمْلِكَهُ قَبِيحَةً أَوْ كَبِيرَةً لَا اسْتِمْتَاعَ فِيهَا ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يُزَوِّجَهُ أُمَّةً ؛ لِأنَّهُ فِيهِ ضَرَرٌ عَلَيْهِ ، وَهُوَ إِزْوَاقٌ وَلَدُهُ ، وَالتَّقْصُّ فِي اسْتِمْتَاعِهِ .

(٣٧-٣٧) سقط من : ب . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : ب .

(٣٩-٣٩) في ب ، م : « فَإِنَّمَا إِعْفَافُهَا بِتَرْوِيحِهَا » .

(٤٠) في م : « يَاقِدَمُ » .

وإن رَضِيَ الأبُ بذلك لم يَجُزْ ، لأنَّ الضررَ يَلْحَقُ بغيرِهِ ، وهو الولدُ ، ولذلك لم يَكُنْ للموسِرِ أن يَتَزَوَّجَ أُمَّةً . وإِذَا زَوَّجَهُ زَوْجَةً أَوْ مَلَكَه أُمَّةً ، فعليه نَفَقَتُهُ ونَفَقَتُهَا . ومتى أَيْسَرَ الأبُ ، لم يَكُنْ للوليدِ اسْتِرْجَاعُ ما دَفَعَهُ إليه ، ولا عِوَضُ ما زَوَّجَهُ به ؛ لأنَّهُ دَفَعَهُ إليه في حَالِ وُجُوبِهِ عليه ، فلم يَمْلِكِ اسْتِرْجَاعَهُ ، كالزَّكَاةِ . وَإِنْ زَوَّجَهُ أَوْ مَلَكَه أُمَّةً^(٤١) فَطَلَّقَ الزَّوْجَةَ أَوْ أَعْتَقَ الأُمَّةَ ، لم يَكُنْ عليه^(٤٢) أن يَزَوِّجَهُ أَوْ يَمْلِكَهُ ثَانِيًا ؛ لأنَّهُ قَوَّتَ ذلكَ على نَفْسِهِ . وَإِنْ مَاتَتْ ، فعليه إِعْفَاؤُهُ ثَانِيًا ؛ لأنَّهُ لا صُنْعَ لَهُ في ذلكَ .

فصل : قال أصحابنا : وعلى الأبِ إِعْفَاؤُ ابنِهِ إِذَا كانتَ عليه نَفَقَتُهُ ، وكانَ مُحتَاجًا إلى إِعْفَاؤِهِ . وهو قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ . وقال بعضهم : لا يَجِبُ ذلكَ عليه . ولنا ، أَنَّهُ من عَمُودِي نَسَبِهِ ، وتَلَزُمُهُ نَفَقَتُهُ ، فَلَزِمَهُ^(٤٣) إِعْفَاؤُهُ عِنْدَ حاجَتِهِ إليه ، كأبيه . قال القاضي : وكذلك يجبيءُ في كُلِّ مَنْ لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهُ ؛ من أَخٍ ، أو عَمٍّ^(٤٤) ، أو غيرِهِم ؛ لأنَّ أَحْمَدَ قد نَصَّ في العَبْدِ : يَلْزِمُهُ أن يَزَوِّجَهُ إِذَا طَلَبَ ذلكَ ، وإلَّا يَبِيعُ عليه . وكُلٌّ من لَزِمَهُ إِعْفَاؤُهُ ، لَزِمَتْهُ نَفَقَةُ زَوْجَتِهِ ؛ لأنَّهُ لا يَتِمَكَّنُ من الإِعْفَاؤِ إِلا بذلكَ . وقد رَوَى عن أَحْمَدَ ، أَنَّهُ لا يَلْزِمُ الأبُ نَفَقَةَ زَوْجَةِ الابنِ . وهذا محمولٌ على أن الابنَ كانَ يَجِدُ نَفَقَتَهُ .

١٣٨٣ - مسألة ؛ قال : (وَكَذَلِكَ الصَّبِيُّ إِذَا لَمْ يَكُنْ لَهُ أَبٌ ، أُجْبِرَ وَارِثُهُ عَلَى نَفَقَتِهِ ، عَلَى قَدْرِ مِيرَاثِهِمْ مِنْهُ)

ظاهرُ المذهبِ أَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ على كُلِّ وارِثٍ لِمَوْرُوثِهِ ، إِذَا اجْتَمَعَتِ الشُّرُوطُ التي تَقَدَّمَ^(١) ذَكَرْنَا لها^(١) . وبه قال الحسنُ ، ومُجاهِدٌ ، والنَّحَعِيُّ ، وقَتَادَةُ ، والحسنُ

(٤١) سقط من : الأصل .

(٤٢) في الأصل : « له » .

(٤٣) في ب ، م ، « فيلزمه » .

(٤٤) في الأصل ، ب ، م ، « وعم » .

(١-١) في ب : « ذكرها » .

ابن^(٢) صالح ، وابن أبي لَيْلَى ، وأبو ثَوْرٍ . وحكى ابنُ المُنْذِرِ ، عن أحمد ، في الصَّبِيِّ
 المُرْضِعِ لأب له^(٣) ولا جَدَّ ، نفقته وأجرُ رضاعه على الرجالِ دونِ النساءِ . وكذلك رَوَى
 بكرُ بن محمدٍ ، عن أبيه ، عن أحمد : النَّفَقَةُ على العَصَبَاتِ . وبه قال الأوزاعيُّ ،
 وإسحاقُ . / وذلك لما رَوَى عن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قَضَى على بِنْتِي عَمِّ مَنفُوسٍ
 بِنَفَقَتِهِ^(٤) . اِحْتَجَّ به أحمدُ . وقال ابنُ المُنْذِرِ : رَوَى عن عمرَ أَنَّهُ حَبَسَ عَصَبَةَ يَنْفِقُونَ^(٥)
 على صَبِيِّ ، الرجالِ دونِ النساءِ^(٥) . ولأنَّها مَواساةٌ ومَعُونَةٌ تُحْتَصُّ القَرَابَةُ ، فاحتصتْ
^(٦)بِهَا العَصَبَاتُ ، كالعَقْلِ . وقال أصحابُ الرَّأْيِ : تَجِبُ النَّفَقَةُ على كُلِّ ذِي رَحِمٍ
 مَحْرَمٍ ، ولا تَجِبُ على غيرِهِم ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَأُولُوا الْأَرْحَامِ بَعْضُهُمْ أَوْلَى بِبَعْضٍ
 فِي كِتَابِ اللَّهِ ﴾^(٧) . وقال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وابنُ المُنْذِرِ : لا نَفَقَةُ إِلَّا على المَوْلُودِينَ
 والوالِدِينَ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ^(٨) قال لرجلٍ^(٨) سأله : عندي دينارٌ ؟ قال : « أَنْفَقَهُ عَلَيَّ
 نَفْسِكَ » . قال : عندي آخَرُ ؟ قال : « أَنْفَقَهُ على وِلْدِكَ »^(٩) . قال : عندي آخَرُ ؟
 قال : « أَنْفَقَهُ عَلَيَّ أَهْلِكَ »^(١٠) . قال : عندي آخَرُ ؟^(١١) قال : « أَنْفَقَهُ عَلَيَّ
 خَادِمِكَ » . قال : عندي آخَرُ ؟^(١٢) . قال : « أَنْتَ أَعْلَمُ »^(١١) . ولم يَأْمُرْهُ

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من قال : الرضاع على الرجال دون النساء ، من كتاب الطلاق . المصنف
 ٢٤٦/٥ ، ٢٤٧ . وابن جرير ، في : تفسير سورة البقرة ، الآية ٢٣٣ ، تفسير الطبري ٥٠٠/٢ .

(٤) في الأصل : « منفوس » . وعند البيهقي وسعيد ، أنه خير عصبية صبي .

(٥) أخرجه البيهقي ، في : باب ما جاء في قول الله عز وجل : ﴿ وعلى الوارث مثل ذلك ﴾ ، من كتاب النفقات .
 السنن الكبرى ٤٧٨/٧ . وسعيد بن منصور ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن
 ١١٣/٢ .

(٦-٦) في ١ ، ب ، م : « بالعصبات » .

(٧) سورة الأنفال ٧٥ .

(٨-٨) سقط من : م .

(٩) في م : « أهلك » .

(١٠) في م : « خادملك » .

(١١) في م زيادة : « به » .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

بإنفاقه على غير هؤلاء ، ولأنَّ الشرع إنما وردَ بِنفقةِ الوالدينِ والمولودين ، ومن سواهم لا يلحقُ بهم في الوِلاَدَةِ وأحكامِها ، فلا يصحُّ قياسُه^(١٣) عليهم . ولنا ، قولُ الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . ثم قال : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فأوجبَ على الأبِ نفقةَ الرُّضَاعِ ، ثم عَطَفَ الوارِثَ عليه ، فأوجبَ على الوارِثِ مثلَ ما أوجبَ على الوالِدِ . ورُوِيَ أن رجُلًا سألَ النَّبِيَّ ﷺ قال^(١٤) : مَنْ أُبْرُ؟ قال : « أُمَّكَ وَأَبَاكَ ، وَأَخْتِكَ وَأَخَاكَ » . وفي لفظٍ : « وَمَوْلَاكَ الَّذِي هُوَ أَدْنَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَجِمًا مَوْصُولًا » . رواه أبو داود^(١٥) . وهذا نصٌّ ؛ لأنَّ^(١٦) النَّبِيَّ ﷺ أَلَزَمَهُ الصَّلَاةَ وَالْبِرَّ ، وَالتَّفَقُّةَ مِنَ الصَّلَاةِ ، جَعَلَهَا حَقًّا وَاجِبًا ، وَمَا احتَجَّ بِهِ أَبُو حَنِيفَةَ حُجَّةً عَلَيْهِ ، فَإِنَّ اللَّفْظَ عَامٌّ فِي^(١٧) كُلِّ ذِي رَجِيمٍ ، فَيَكُونُ حُجَّةً عَلَيْهِ^(١٨) فِي عِدَادِ الرَّجِيمِ الْمَحْرَمِ ، وَقَدْ احتَصَتْ بِالْوَارِثِ فِي الْإِرْثِ فَكَذَلِكَ فِي الْإِنْفَاقِ . وَأما خَبَرُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ، فَقَضِيَّةٌ فِي عَيْنٍ ، يَحْتَمِلُ أَنَّهُ لَمْ يَكُنْ لَهُ غَيْرُ مَنْ أَمَرَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ ، وَلِهَذَا لَمْ يَذْكَرِ الْوَالِدَ وَالْأَجْدَادَ وَأَوْلَادَ الْأَوْلَادِ . وَقولهم : لا يصحُّ القياسُ . قلنا : إنما أثبتناه بالنصِّ ، ثم إنَّهم قد أَلْحَقُوا أَوْلَادَ الْأَوْلَادِ بِالْأَوْلَادِ ، مَعَ التَّفَاوُتِ ، فَبَطَلَ مَا قَالُوهُ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّهُ يَحْتَضِرُ بِالْوَارِثِ بَقَرَضٍ أَوْ تَعْصِيْبٍ ، لِعُمُومِ الْآيَةِ ، وَلَا يَتَنَاوَلُ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، عَلَى مَا مَضَى بَيَانُهُ ، فَإِنْ كَانَ اثْنَانِ يَرِثُ / أَحَدُهُمَا الْآخَرَ وَلَا يَرِثُهُ الْآخَرُ ، كَالرَّجُلِ مَعَ عَمَّتِهِ أَوْ ابْنَةِ عَمِّهِ وَأَبْنَةِ أَخِيهِ ، وَالْمَرْأَةِ مَعَ ابْنَةِ بَنْتِهَا وَابْنِ^(١٩) بَنْتِهَا ، فَالتَّفَقُّةُ عَلَى الْوَارِثِ دُونَ الْمَوْرُوثِ . نَصٌّ

(١٣) في الأصل : « قياسهم » .

(١٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(١٥) في : باب في بر الوالدين ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢/٢٢٩ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب أبتها اليد العليا ، من كتاب الزكاة . المحببي ٥/٤٦ . والإمام أحمد ، في : المسند

٢/٢٢٦ ، ٤/٦٤ ، ٦٥ ، ٥/٣٧٧ .

(١٦) سقط من : ا .

(١٧) في الأصل : « على » .

(١٨-١٨) في : ا ، ب ، م : « فيمن عداذا » .

(١٩) سقط من : الأصل .

عليه أحمد ، في رواية ابن زياد ، فقال : يَلْزَمُ الرَّجُلَ نَفَقَةُ (٢٠) بِنْتِ عَمِّهِ (٢١) ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَةُ بِنْتِ أُخْتِهِ . وذكر أصحابنا روايةً أُخْرَى ، لا تَجِبُ النَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ هُنَا ؛ لقول أحمد : الْعَمَّةُ وَالْحَالَةُ لَا نَفَقَةَ لهُمَا . إِلَّا أَنَّ الْقَاضِيَ قَالَ : هذه الرواية محمولة على العمّة من الأمّ ، فَإِنَّهُ (٢١) لَا يَرِثُهَا ؛ لكونه ابن أخيها من أمها . وقد ذكر الخرقبي ، أنّ على الرجل نفقة مُعْتِقِهِ ؛ لأنّه وارثه . ومعلوم أنّ المُعْتَقَ لَا يَرِثُ مُعْتِقَهُ ، ولا يَلْزَمُهُ نَفَقَتَهُ . فعلى هذا ، يَلْزَمُ الرَّجُلَ نَفَقَةَ عَمَّتِهِ لِأَبَوِيَّةِ أَوْ لِأَبِيَّةِ وَابْنَةِ عَمِّهِ وَابْنَةِ أُخْتِهِ كَذَلِكَ ، ولا يَلْزَمُهُنَّ نَفَقَتَهُ . وهذا هو الصّحيح إن شاء الله تعالى ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . وكل واحد من هؤلاء وارث .

١٣٨٤ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لِلصَّبِيِّ أُمٌّ وَجَدَّ ، فَعَلَى الْأُمِّ ثُلُثُ النَّفَقَةِ ، وَعَلَى الْجَدِّ ثُلُثَا النَّفَقَةِ)

وجملته أنّه إذا لم يكن للصبي أب ، فالنفقة على وارثه . فإن كان له وارثان ، فالنفقة عليهما على قدر إرثهما منه ، وإن كانوا ثلاثة أو أكثر ، فالنفقة بينهم على قدر إرثهم منه ؛ فإذا كان له أم وجد ، فعلى الأم الثلث والباقي على الجد ؛ لأنّهما يرثانه كذلك . وبهذا قال أبو حنيفة . وقال الشافعي : النفقة كلّها على الجد ؛ لأنّه ينفرد بالتعصيب ، فأشبهه الأب . وقد ذكرنا روايةً أُخْرَى عن أحمد ، أنّ النفقة على العصباء خاصة . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ (١) . والأم وارثة ، فكان عليها بالنسب ، ولأنّه معنى يُسْتَحَقُّ بِالنَّسَبِ ، فلم يختص به الجد دون الأم ، كالوارثة .

(٢٠-٢١) في م : « عمته » .

(٢١) في ب : « فإنها » .

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

فصل: وإن اجتمع ابنُ و بنتٌ ، فالنَّفقةُ بينهما أثلاثاً ، كالْميراثِ . وقال أبو حنيفةَ :
النَّفقةُ عليهما سواءٌ ؛ لأنَّهما سواءٌ في القُربِ . وإن كانتُ (٢) أمُّ وابنٌ ، فعلى الأمِّ السُّدسُ ،
والباقي على الابنِ . وإن كانت بنتٌ وابنٌ ابنٍ ، فالنَّفقةُ بينهما نصفان (٣) . وقال أبو
حنيفةَ : النَّفقةُ على البنتِ ؛ لأنَّها أقربُ . وقال الشافعيُّ في هذه المسائلِ الثلاثِ : النَّفقةُ
على الابنِ ؛ لأنَّه العَصبةُ . وإن كانتُ له أمٌّ و بنتٌ ، فالنَّفقةُ بينهما أرباعاً ؛ لأنَّهما يرثانه
كذلك . وبه قال / أبو حنيفةَ . وقال الشافعيُّ : النَّفقةُ على البنتِ ؛ لأنَّها تكونُ عَصبةً
مع أخيها . وإن كانت له (٤) بنتٌ وابنٌ بنتٍ ، فالنَّفقةُ على البنتِ . وقال أصحابُ
الشافعيِّ ، في أحدِ الوجهينِ : النَّفقةُ على ابنِ البنتِ ؛ لأنَّه ذَكَرَ . ولنا ، قولُ اللهِ تعالى :
﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ . فَرَبَّ النَّفقةِ على الإِراثِ ، فيجبُ أن تَرْتَبَّ في
المِقدارِ عليه ، وإيجابُها على ابنِ البنتِ يُخالِفُ (٥) النَّصَّ والمعنى ، فإنَّه ليس بعَصبةٍ ولا
وارثٍ ، فلا معنى لإيجابها عليه دونَ البنتِ الوارثةِ .

١٣٨٥ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَتْ جَدَّةً وَأَخًا ، فَعَلَى الْجَدَّةِ سُدْسُ النَّفْقَةِ
وَالْبَاقِي عَلَى الْأَخِ ، وَعَلَى هَذَا الْمَعْنَى حِسَابُ النَّفَقَاتِ)

يعنى أن تَرْتَبَّ النَّفَقَاتِ (١) على تَرْتِيبِ الميراثِ ، فكما أن للجدَّةِ ههنا سُدْسُ
الميراثِ ، فعليها سُدْسُ النَّفقةِ ، وكذا أن الباقي للأخِ ، فكذلك الباقي من النَّفقةِ عليه .
وعند مَنْ لا يَرى النَّفقةَ على غيرِ عَمُودِي النَّسَبِ ، يَجْعَلُ النَّفقةَ كُلَّها على الجدَّةِ . وهذا
أصلُّ قد سبقَ الكلامُ فيه . فإن اجتمع بنتٌ وأختٌ ، أو بنتٌ وأخٌ ، أو بنتٌ وعَصبةٌ ، أو
أختٌ وعَصبةٌ ، أو أختٌ وأمٌّ ، أو بنتٌ و بنتٌ ابنٍ ، أو أختٌ لأبوينِ وأختٌ لأبٍ ، أو

(٢) في م : « كان » .

(٣) في م : « نصفين » .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ا ، م : « بخلاف » .

(١) في ا : « النفقة » .

ثلاث أحوالٍ مُتَفَرِّقاتٍ^(٢) ، فالنَّفَقَةُ بينهم على قَدْرِ الميراثِ في ذلك ، سواءً كان في المسألة رَدًّا أو عَوْلًا أو لم يَكُنْ . وعلى هذا تَحْسِبُ ما أتاك من المسائل^(٣) . وإن اجتمع أمٌّ وأمٌّ أب ، فهما سواءً في النَّفَقَةِ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا في الميراثِ .

فصل : فإن اجتمع أبوا^(٤) أمٌّ ، فالنَّفَقَةُ على أمِّ الأمِّ ؛ لِأَنَّها الوارِثَةُ . وإن اجتمع أبوا^(٤) أب ، فعلى أمِّ الأبِ السُّدُسُ ، والباقي على الجَدِّ . وإن اجتمع جدُّ وأخ ، فهما سواءً . وإن اجتمعت أمٌّ وأخٌ وجَدُّ ، فالنَّفَقَةُ بينهم أثلاثًا . وقال الشافعيُّ : النَّفَقَةُ على الجَدِّ في هذه المسائلِ كُلِّها ، إلا المسألة الأولى ، فالنَّفَقَةُ عليهما بالسَّوِيَّةِ . وقد مضى الكلامُ على أصلِ هذا فيما تقدَّم .

فصل : فإن كان في مَنْ عليه النَّفَقَةُ حُنْثَى مُشْكِلٌ ، فالنَّفَقَةُ عليه بقَدْرِ ميراثه ، فإن انكشَفَ بعد ذلك حاله ، فإنَّه أَنفَقَ أَكْثَرَ من الواجِبِ عليه ، رَجَعَ بالزِّيَادَةِ على شريكه في الإنفاقِ ، وإن بانَ أَنه أَنفَقَ أَقْلَ ، رَجَعَ عليه ، فلو كان للرجلِ ابنٌ وولَدٌ حُنْثَى ، عليهما نفقته ، فَأَنفَقَا عليه ، ثم بانَ أَنَّ الحُنْثَى / ابنٌ ، رَجَعَ عليه أخوه بالزِّيَادَةِ ، وإن بانَ بنتًا ، رَجَعَتْ على أخيها بِفَضْلِ نَفَقَتِها ؛ لِأَنَّ مَنْ له الفَضْلُ أَدَّى ما لا يَجِبُ عليه أداؤه ، مُعْتَمِدًا وُجُوبَه^(٥) ، فإذا تَبَيَّنَ خِلافُه ، رَجَعَ بذلك ، كما لو أَدَّى ما يَعْتَقِدُه دَيْنًا^(٦) فبانَ خِلافُه^(٦) .

فصل : فإن كان له قرابتانِ مُوسِرانِ ، وأحدهُما مَحْجُوبٌ عن ميراثه بِفَقِيرٍ^(٧) ، فقد ذَكَرنا أَنه إن كان المَحْجُوبُ من عَمُودِي النَّسَبِ ، فالظَّاهِرُ أَنَّ الحَجَبَ لا يَسْقِطُ

(٢) في الأصل ، م : « متفرقات » .

(٣) في ب ، م : « مسائل » .

(٤) في ا ، ب ، م : « أبو » .

(٥) سقط من : ب .

(٦-٦) في م : « فأبان بخلافه » .

(٧) في ب : « نفقة » خطأ . وفي م : « فقير » .

التَّفَقَّةَ عنه ، وإن كان من غيرهما ، فلا تَفَقَّةَ عليه . فعلى هذا ، إذا كان له أبوانِ وَجَدَّ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، كان الأبُ كالمَعْدُومِ ، فيكونُ على الأُمِّ ثُلُثُ التَّفَقَّةِ ، والباقي على الجَدِّ . وإن كان معهم زَوْجَةٌ ، فكذلك . وإن قُلْنَا : لا تَفَقَّةَ على المَحْجُوبِ . فليس على الأُمِّ ههنا إلا رُبْعُ التَّفَقَّةِ ، ولا شيء على الجَدِّ . وإن كان أبوانِ وَأَخْوَانِ وَجَدَّ ، والأبُ مُعْسِرٌ ، فلا شيء على الأخوين ؛ لأنَّهُما مَحْجُوبَانِ ، وليسا من عَمُودِي النَّسَبِ ، ويكونُ على الأُمِّ الثلثُ ، والباقي على الجَدِّ ، كالمِثْلِ . وإن لم يكن أَحَدٌ غيرهما . ويَحْتَمِلُ أَنْ لا يَجِبَ على الأُمِّ إِلَّا السُّدُسُ ؛ لأنَّهُ لو كان الأبُ مَعْدُومًا ، لم تَرِثْ إِلَّا السُّدُسَ . وإن قُلْنَا : إِنَّ كَلَّ مَحْجُوبٍ لا تَفَقَّةَ عليه . فليس على الأُمِّ إِلَّا السُّدُسُ ، ولا شيء على غيرها . وإن لم يكن في المسأَلَةِ جَدٌّ ، فَالتَّفَقَّةُ كُلُّهَا على الأُمِّ . على القَوْلِ الأوَّلِ . وعلى الثاني ، ليس عليها إِلَّا السُّدُسُ . وإن قُلْنَا : إِنَّ على المَحْجُوبِ بالمُعْسِرِ التَّفَقَّةَ ، وإن كان من غيرِ عَمُودِي النَّسَبِ . فعلى الأُمِّ السُّدُسُ ، والباقي على الجَدِّ والأَخْوَيْنِ أَثْلَانًا ، كما يَرِثُونَ إذا كان الأبُ مَعْدُومًا . وإن كان بعضُ مَنْ عليه التَّفَقَّةُ غائِبًا ، وله مَالٌ حَاضِرٌ ، أَتَّفَقَ الحَاكِمُ منه حِصَّتَهُ ، وإن لم يُوجَدْ له مَالٌ حَاضِرٌ ، فَأَمَكَّنَ الحَاكِمُ الاقْتِرَاضَ عليه ، اقْتَرَضَ ، فإذا قَدِمَ ، فعليه وَفَاؤُهُ .

فصل : وَمَنْ لم يُفْضَلْ عن قُوَّتِهِ إِلَّا تَفَقَّةُ شَخْصٍ ، وله امرأةٌ ، فَالتَّفَقَّةُ لها دُونَ الأَقَارِبِ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ ، في حَدِيثِ جَابِرٍ : « إِذَا كَانَ أَحَدُكُمْ فَقِيرًا ، فَلْيَبْدَأْ بِنَفْسِهِ ، ^(٨) فَإِنْ كَانَ ^(٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى عِيَالِهِ ^(٨) ، فَإِنْ كَانَ ^(٩) فَضْلٌ ، فَعَلَى قَرَابَتِهِ » ^(١٠) .
وَلأنَّ تَفَقَّةَ القَرِيبِ مُوَأَسَاةٌ ، وَتَفَقَّةَ المَرَأَةِ تَجِبُ على سَبِيلِ المَعَاوِضَةِ ، فُقِدِمَتْ على مُجَرِّدِ المُوَأَسَاةِ ، وَلذلك وَجَبَتْ مع يَسَارِهَا وإِعْسَارِهَا ، وَتَفَقَّةُ القَرِيبِ بِخِلَافِ ذلك ، وَلأنَّ

(٨-٨) سقط من : ب .

(٩) في ١ ، م زيادة : « له » .

(١٠) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٧٤ .

نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ تَجِبُ لِحَاجَتِهِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى نَفَقَةِ الْقَرِيبِ ^(١١) ، كَنَفَقَةِ نَفْسِهِ ، ثُمَّ مِنْ ^(١٢) بَعْدَهَا ^(١٣) نَفَقَةُ الرَّقِيقِ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ مَعَ الْيَسَارِ وَالْإِعْسَارِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مُجَرَّدِ الْمَوَاسَاةِ ، ثُمَّ مِنْ بَعْدِ ذَلِكَ الْأَقْرَبُ فَاَلْأَقْرَبُ . فَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَجَدُّ ، أَوْ ابْنٌ ^(١٤) وَابْنُ ابْنٍ ، قُدِّمَ الْأَبُ عَلَى الْجَدِّ ، وَالابْنُ عَلَى ابْنِهِ . وَقَالَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ : يَسْتَوِي الْأَبُ وَالْجَدُّ ، وَالابْنُ وَابْنُهُ ؛ لِتَسَاوِيهِمْ فِي الْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْأَبَ وَالابْنَ أَقْرَبُ وَأَحَقُّ بِمِرَاثِهِ ، فَكَانَ أَحَقُّ ، كَالأَبِ مَعَ الْأَخِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ ابْنٌ وَجَدُّ ، أَوْ أَبٌ وَابْنُ ابْنٍ ، اِحْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَقْدِيمُ الْابْنِ وَالأَبِ ؛ لِأَنَّهَا أَقْرَبُ ، فَإِنَّهُمَا يَلِيَانِهِ بغيرِ واسِطَةٍ ، وَلَا يَسْقُطُ إِرْثُهُمَا بِحَالٍ ، وَالْجَدُّ وَابْنُ الْابْنِ بِخِلَافِهِمَا ، وَيَحْتَمَلُ التَّسْوِيَةَ بَيْنَهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا ^(١٥) سَوَاءٌ فِي الْإِرْثِ وَالتَّعْصِيبِ وَالْوِلَادَةِ . وَإِنْ اجْتَمَعَ جَدُّ وَابْنُ ابْنٍ ، فَهُمَا سَوَاءٌ ؛ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الْقُرْبِ وَالْإِرْثِ وَالْوِلَادَةِ وَالتَّعْصِيبِ . وَيَحْتَمَلُ فِيهِمَا مَا يَحْتَمَلُ فِي الْأَبِ وَالابْنِ ، عَلَى مَا سَنَذْكُرُهُ .

فصل : وَإِنْ اجْتَمَعَ أَبٌ وَابْنٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْابْنُ ^(١٦) صَغِيرًا ، أَوْ مَجْنُونًا ، قُدِّمَ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ ، مَعَ أَنَّهُ عَاجِزٌ عَنِ الْكَسْبِ ، وَالأَبُ قَدِ يَقْدِرُ عَلَيْهِ ، وَإِنْ كَانَ الْابْنُ كَبِيرًا ، وَالأَبُ زَمَنٌ ^(١٧) ، فَهُوَ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّ حُرْمَتَهُ آكَدُ ، وَحَاجَتَهُ أَشَدُّ . وَيَحْتَمَلُ تَقْدِيمُ الْابْنِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُ وَجَبَتْ بِالنَّصِّ . وَإِنْ ^(١٨) كَانَا صَحِيحَيْنِ فَقَيْرَيْنِ ، فَفِيهِمَا ثَلَاثَةٌ أَوْجُهُ ؛ أَحَدُهَا ، التَّسْوِيَةُ بَيْنَهُمَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا فِي الْقُرْبِ ، وَتَقَابُلِ

(١١) فِي م : « الْقَرَابَةِ » .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(١٣) فِي أ : « بَعْدَهُمَا » .

(١٤) فِي م : « وَابْنٍ » .

(١٥) فِي م : « لِأَنَّهَا » .

(١٦) فِي م : « ابْنٍ » .

(١٧) فِي أ : « زَمَانًا » .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « وَإِذَا » .

مَرَّتَيْهِمَا . والثاني ، تَقْدِيمُ الابنِ ؛ لَوُجُوبِ نَفَقَتِهِ بالنصِّ . والثالث ، تَقْدِيمُ الأبِ ، لتَأْكِيدِ حُرْمَتِهِ . وإن اجتمعَ أبوان ، ففيهما الوُجُوهُ الثلاثة ؛ أحدها ، التَّسْوِيَةُ ؛ لما ذكرنا . والثاني ، تَقْدِيمُ الأمِّ ؛ لأنها أَحَقُّ بالبرِّ ، ولها فَضِيلَةُ الحَمَلِ والرُّضَاعِ والتَّربِيَةِ ، وزيادة الشَّفَقَةِ ، وهى أضعفُ وأعجزُ . والثالث ، تَقْدِيمُ الأبِ ، لفضيلته ، وأنفِرادِهِ بالوِلَايَةِ على ولده ، واستِحْقاقِ الأَخِذِ من ماله ، وإضافة النَّبِيِّ ﷺ الولدِ وماله إليه بقوله : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ »^(١٩) . والأوَّلُ أَوْلَى . وإن اجتمعَ جَدٌّ وأخٌ ، احتَمَلَ التَّسْوِيَةُ بينهما ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا في اسْتِحْقاقِ ميراثِهِ ، والصَّحِيحُ أَنَّ الجَدَّ أَحَقُّ ؛ لأنَّ له مَرِيَّةَ الوِلَادَةِ والأبُوَّةِ ، ولأنَّ ابنَ ابنِهِ / يَرِثُهُ ميراثُ أبِيهِ ، وَيَرِثُ الأَخُ ميراثَ أَخِي ، وميراثُ الابنِ آكَدُ ، فالنَّفَقَةُ الواجِبَةُ به تكونُ آكَدَ . وإن كانَ مكانَ الأَخِ ابنُ أختٍ أو عمٌّ ، فالجَدُّ أَوْلَى بكلِّ حالٍ .

١٩٥/٨

فصل : والواجبُ في نَفَقَةِ القَرِيبِ قَدْرُ الكِفَايَةِ من الخُبْزِ والأذْمِ والكُسُوةِ ، بقَدْرِ العادةِ ، على ما ذكرناه في الزَّوْجَةِ ، لِأَنَّها وَجِبَتْ للحاجةِ ، فنَقَدَرْتُ بما تَنَدَفَعُ به الحاجةُ ، وقد قال النَّبِيُّ ﷺ لهْنِدُ : « تُحْذِي مَا يَكْفِيكَ وَوَلَدَكَ بِالْمَعْرُوفِ »^(٢٠) . فقَدَرْتُ نَفَقَتَهَا ونَفَقَةَ ولِدِها بالكِفَايَةِ . فإن احتَاجَ إلى خادِمٍ فعليه إِحْدَامُهُ ، كما قُلْنَا في الزَّوْجَةِ ؛ لأنَّ ذلكَ من تَمَامِ كِفَايَتِهِ .

١٣٨٦ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُعْتِقِ نَفَقَةُ مُعْتِقِهِ ، إِذَا كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ وَارِثُهُ)

هذا مَبْنِيٌّ على الأَصْلِ الذي تَقَدَّمَ ، وَأَنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ على الوارِثِ ، والمُعْتِقُ وارِثٌ عَقِيقُهُ ، فَتَجِبُ عليه نَفَقَتُهُ إِذَا كانَ فَقِيرًا ، ولمَوْلَاهُ يَسَارٌ يَنْفِقُ عليه منه . وقال مالكٌ ، والشافِعِيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ : لا تَجِبُ عليه نَفَقَتُهُ ، بِنَاءً على أَصُولِهِم التي ذَكَرْناها .

(١٩) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

(٢٠) تقدم تخريجه في صفحة ٣٤٨ .

وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْوَارِثِ مِثْلُ ذَلِكَ ﴾ ^(١) . وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « أُمَّكَ وَأَبَاكَ ، وَأُخْتِكَ وَأُخَاكَ ، ثُمَّ أَدْنَاكَ أَدْنَاكَ ، وَمَوْلَاكَ الَّذِي يَلِي ذَاكَ ، حَقًّا وَاجِبًا ، وَرَجْمًا مَوْصُولًا » ^(٢) . وَلَا تَهْ يَرِثُهُ بِالْتَّعْصِيبِ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ كَالْأَبِ . وَيُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهِ الشَّرْطُ الْمَذْكُورَةُ فِي غَيْرِهِ .

فصل : فَإِنْ مَاتَ مَوْلَاهُ ، فَالْنَّفَقَةُ عَلَى الْوَارِثِ مِنْ عَصَبَاتِهِ ، عَلَى مَا يُبَيِّنُ فِي بَابِ الْوَلَاءِ ^(٣) . وَيَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ عَتِيقِهِ ، إِذَا كَانَ لَهُ عَلَيْهِمْ وَلاَءٌ ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَتُهُمْ وَوَارِثُهُمْ ، وَعَلَيْهِ نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ مُعْتَقَتِهِ ^(٤) إِذَا كَانَ أَبُوهُمْ عَبْدًا كَذَلِكَ ، فَإِنْ أُعْتِقَ أَبُوهُمْ فَانْتَجَرَ الْوَلَاءُ إِلَى مُعْتَقِهِ ، صَارَ وَلَاؤُهُمْ ^(٥) لِمُعْتَقِ آبِهِمْ ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ، إِذَا كَمَلَتِ الشَّرْطُ ، وَلَيْسَ عَلَى الْعَتِيقِ ^(٦) نَفَقَةُ مُعْتَقِهِ وَإِنْ ^(٧) كَانَ فَقِيرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَرِثُهُ ، فَإِنْ كَانَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مَوْلَى صَاحِبِهِ ، مِثْلُ أَنْ يُعْتِقَ الْحَرَبِيُّ عَبْدًا ، ثُمَّ يَسْبِي الْعَبْدَ سَيِّدَهُ فَيُعْتِقَهُ ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا نَفَقَةُ الْآخَرِ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُهُ .

١٣٨٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا زُوِّجَتِ الْأُمَةُ ، لَزِمَ زَوْجُهَا أَوْ سَيِّدُهُ ، إِنْ كَانَ مَمْلُوكًا ، نَفَقَتُهَا)

وجملته أن زوج الأمة لا يخلو من ^(١) أن يكون حرًا أو عبدًا ، أو بعضه حرًا ^(٢) وبعضه عبدًا ^(٣) ، فإن كان حرًا ، فنفقته عليه ، للنص ، واتفاق أهل العلم على وجوب نفقة

(١) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٢) تقدم ترجمه ، في صفحة ٣٨٢ .

(٣) تقدم في : ٢٣٨/٩ وما بعدها .

(٤) في ا ، ب ، م : « معتقه » .

(٥) في م : « ولاؤه » .

(٦) في م : « المعتق » .

(٧) في م : « إذا » .

(١) في ا ، م : « إما » .

(٢) في ا ، ب ، م : « حر » .

(٣) في ا ، ب ، م : « عبد » .

الرَّوْجَاتِ عَلَى أُرْوَاجِهِنَّ الْبَالِغِينَ ، وَالْأُمَّةُ دَاخِلَةٌ فِي عُمُومِهِنَّ ، وَلِأَنَّهَا زَوْجَةٌ مُمَكَّنَةٌ مِنْ نَفْسِهَا ، فَوَجَبَ عَلَى زَوْجِهَا نَفَقَتُهَا ، كَالْحُرَّةِ ، وَإِنْ كَانَ زَوْجُهَا مَمْلُوكًا ، فَالْنَّفَقَةُ وَاجِبَةٌ لِرَوْجَتِهِ لِدَلَالَةِ ذَلِكَ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ أَحْفَظُ^(٤) عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ عَلَى الْعَبْدِ نَفَقَةَ زَوْجَتِهِ . هَذَا قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالْحَكَمِ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَبِهِ قَالَ أَصْحَابُ الرَّأْيِ إِذَا بَوَّأَهَا بَيْتًا . وَحُكِيَ عَنِ الْمَالِكِ ، أَنَّهُ قَالَ : لَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ مُوَاسَاةٌ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ أَقَارِبِهِ ، وَلَا زَكَاةُ مَالِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا عَوَضٌ وَاجِبٌ فِي النِّكَاحِ ، فَوَجِبَتْ عَلَى الْعَبْدِ ، كَالْمَهْرِ ، وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّهَا عَوَضٌ ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمْكِينِ ، وَهَذَا تَسْقُطُ عَنِ الْحُرِّ بِقَوَاتِ التَّمْكِينِ ، وَفَارَقَ نَفَقَةَ الْأَقَارِبِ . إِذَا تَبَّتْ وَجُوبُهَا عَلَى الْعَبْدِ ، فَإِنَّهَا تَلْزِمُ سَيِّدَهُ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ أَذِنَ^(٥) فِي النِّكَاحِ الْمُفْضِي إِلَى إِجْبَابِهَا . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّهَا تَجِبُ فِي كَسْبِ الْعَبْدِ . وَهُوَ قَوْلُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ^(٦) يُمَكِّنْ إِجْبَابُهَا فِي ذِمَّتِهِ ، وَلَا رَقَبَتِهِ ، وَلَا ذِمَّةَ سَيِّدِهِ ، وَلَا إِسْقَاطُهَا ، فَلَمْ يَبْقَ إِلَّا أَنْ تَتَعَلَّقَ بِكَسْبِهِ . وَقَالَ الْقَاضِي : تَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ ؛^(٧) لِأَنَّ الْوَطْءَ فِي النِّكَاحِ بِمَنْزِلَةِ الْجِنَايَةِ ، وَأُرْشُ جِنَايَةِ الْعَبْدِ يَتَعَلَّقُ بِرَقَبَتِهِ^(٧) ، يُبَاعُ فِيهَا ، أَوْ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ دَيْنٌ أَذِنَ السَّيِّدُ فِيهِ ، فَلَزِمَ^(٨) ذِمَّتَهُ ، كَالَّذِي اسْتَدَانَهُ وَكَيْلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهُ فِي مُقَابَلَةِ الْوَطْءِ . غَيْرُ صَحِيحٌ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ مِنْ غَيْرِ وَطْءٍ ، وَيَجِبُ لِلرِّقَاقِ ، وَالْحَائِضِ ، وَالنَّفْسَاءِ ، وَزَوْجَةِ الْمَجْبُوبِ وَالصَّغِيرِ ، وَإِنَّمَا يَجِبُ بِالتَّمْكِينِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ بِجِنَايَةٍ وَلَا قَائِمٌ مَقَامِهَا . وَقَوْلُ مَنْ قَالَ : إِنَّهُ تَعَدَّرَ إِجْبَابُهُ فِي ذِمَّةِ السَّيِّدِ . غَيْرُ صَحِيحٌ ؛ فَإِنَّهُ لَا مَانِعَ مِنْ إِجْبَابِهِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَا وَجُودَ مُفْتَضِيهِ ، فَلَا مَعْنَى لِدَعْوَى التَّعَدُّرِ .

(٤) فِي ب : « يَحْفَظُ » .

(٥) فِي م زِيَادَةٌ : « لَهُ » .

(٦) فِي أ : « لَا » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٨) فِي ب : « فَيَلْزِمُ » .

١٣٨٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَتْ أُمَةٌ تَأْوِي بِاللَّيْلِ عِنْدَ الزَّوْجِ ، وَبِالنَّهَارِ عِنْدَ الْمَوْلَى ، أَنْفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُدَّةَ مُقَامِهَا / عِنْدَهُ)

١٩٦/٨

هذه المسألة قد تقدّمت^(١) ، وذكرنا أنّ النّفقة في مُقابلة التّمكين ، وقد وُجِدَ منها في اللّيل ، فتجب على الزوج النّفقة فيه ، والباقي منها على السيّد ، بحكم أنّها مملوكته لم تجب لها نفقة على غيره في هذا الزمن ، فيكون على هذا على كلّ واحدٍ منهما نصف النّفقة . وهذا أحدُ قولَي الشافعي . وقال في الآخر : لا نفقة لها على الزوج ؛ لأنّها لم تُمكن من نفسها في جميع الزّمان ، فلم يجب لها شيءٌ من النّفقة ، كالحرّة إذا بدّلت نفسها في أحد الزّمانين دون الآخر . ولنا ، أنّه وُجِدَ التّمكين الواجب بعقد النكاح ، فاستحققت^(٢) النّفقة ، كالحرّة إذا مكّنت^(٣) من نفسها في غير أوقات الصّلوات المفروضات ، والصّوم الواجب ، والحجّ المفروض . وفارق الحرّة إذا امتنعت في أحد الزّمانين ، فإنّها لم تبدّل الواجب ، فتكون ناشزًا ، وهذه ليست ناشزًا ولا عاصيةً .

١٣٨٩ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ كَانَ لَهَا وَلَدٌ ، لَمْ تَلْزِمُهُ نَفَقَةٌ وَوَلَدِهِ ، حُرًّا كَانَ أَوْ عَبْدًا ، وَنَفَقَتُهُمْ عَلَى سَيِّدِهِمْ)

يعنى الأمة ليس على زوجها نفقة^(١) ولده منها^(٢) ، وإن كان حُرًّا ؛ لأنّ وُلدَ الأمة عبدٌ لسَيِّدِهَا ، فَإِنَّ الْوَلَدَ يَتَّبِعُ أُمَّهُ فِي الرِّقِّ وَالْحُرِّيَّةِ ، فتكون نفقتهم على سيّدِهِمْ دون أبيهِمْ ، فَإِنَّ الْعَبْدَ أَحْصُ بِسَيِّدِهِ مِنْ أَبِيهِ ، ولذلك لا ولاية بينه وبين أبيه ، ولا ميراث ، ولا إنفاق ، وكلُّ ذلك للسَيِّدِ ، وقد رُوِيَ عن أبي عبد الله ، رَحِمَهُ اللهُ ، (رِوَايَةٌ أُخْرَى^(٣)) ، أَنَّ وَوَلَدَ

(١) في : ٥٠٨/٩ .

(٢) في ١ ، م : « استحققت » .

(٣) في الأصل ، ب : « أمكت » .

(١-١) في ١ : « ولدها منه » .

(٢-٢) سقط من : ١ .

العَرَبِيُّ يَكُونُ حُرًّا ، وَعَلَى أَبِيهِ فِدَاؤُهُ . فَعَلَى هَذَا تَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ . وَلَوْ أَعْتَقَ الْوَالِدُ سَيِّدَهُ ، أَوْ عَلَّقَ عِنْتَهُ بَوْلادَتِهِ^(٣) ، أَوْ تَزَوَّجَ الْأُمَّةَ عَلَى أَنَّهَا حُرَّةٌ ، فَوَلَدَهُ مِنْهَا أَحْرَارًا ، وَعَلَى أَبِيهِمْ نَفَقَتُهُمْ فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، إِذَا كَانَ حُرًّا ، وَتَحَقَّقَتْ فِيهِ شَرَايِطُ الْإِنْفَاقِ .

فصل : وإذا^(٤) طَلَّقَ الْأُمَّةَ طَلَاً رَجْعِيًّا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ فِي الْعِدَّةِ ؛ لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ . وَإِنْ أَبَاتُهَا وَهِيَ حَائِلٌ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا لَوْ كَانَتْ حُرَّةً ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، فَالْأُمَةُ أَوْلَى ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَلَهَا النَّفَقَةُ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾^(٥) . نَصَّ عَلَى هَذَا أَحْمَدُ . وَبِهِ قَالَ إِسْحَاقُ . وَقَدْ رُوِيَ^(٦) عَنْ ١٩٦/٨ ظ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَجَمَهُ اللَّهُ ، فِي نَفَقَةِ الْحَامِلِ^(٧) ، / هَلْ هِيَ لِلْحَمِيلِ أَوْ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ ؟ رَوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، هِيَ لِلْحَمِيلِ . فَعَلَى هَذَا لَا تَجِبُ لِلْمَمْلُوكَةِ الْحَامِلِ الْبَائِتِ نَفَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْحَمْلَ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهَا ، فَنَفَقَتُهُ عَلَيْهِ . وَلِلشَّافِعِيِّ فِي هَذَا قَوْلَانِ ، كَالرَّوَايَتَيْنِ .

فصل : وَإِنْ طَلَّقَ الْعَبْدُ زَوْجَتَهُ الْحَامِلَ طَلَاً بَائِتًا ، اثْبَتَى عَلَى وُجُوبِ النَّفَقَةِ ، عَلَى الرَّوَايَتَيْنِ فِي النَّفَقَةِ ، هَلْ هِيَ لِلْحَمِيلِ أَوْ لِلْحَامِلِ ؟ فَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَمِيلِ . فَلَا نَفَقَةَ عَلَى الْعَبْدِ . وَبِهِ قَالَ مَالِكٌ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ نَفَقَةُ وُلْدِهِ . وَإِنْ قُلْنَا : هِيَ لِلْحَامِلِ بِسَبَبِهِ . وَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ . وَهَذَا قَوْلُ الْأَوْزَاعِيِّ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَلِأَنَّهَا حَامِلٌ ، فَوَجَبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ ، كَمَا لَوْ كَانَ زَوْجُهَا حُرًّا .

فصل : وَالْمُعْتَقُ بَعْضُهُ ، عَلَيْهِ مِنْ نَفَقَةِ امْرَأَتِهِ بِقَدْرِ مَا فِيهِ مِنَ الْحُرِّيَّةِ ، وَبَاقِيهَا عَلَى سَيِّدِهِ ، أَوْ فِي ضَرْبِيَّتِهِ ، أَوْ فِي رَقَبَتِهِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي الْعَبْدِ . وَالْقَدْرُ الَّذِي يَجِبُ عَلَيْهِ بِالْحُرِّيَّةِ ، يُعْتَبَرُ فِيهِ حَالُهُ ؛ إِنْ كَانَ مُوسِرًا فَنَفَقَةُ الْمُوسِرِينَ ، وَإِنْ كَانَ مُعْسِرًا فَنَفَقَةُ

(٣) فِي ب ، م : « بَوْلَادَةٌ » .

(٤) فِي ب : « وَإِنْ » .

(٥) سُورَةُ الطَّلَاقِ ٦ .

(٦) فِي م : « رُوِيَ » .

(٧) جَاءَ فِي م هُنَا : « رَوَايَتَانِ » . وَهِيَ الْآيَةُ .

المُعْسِرِينَ، والباقي تجب فيه نفقة المُعْسِرِينَ ؛ لأنَّ النَّفَقَةَ مِمَّا يَتَبَعُ ، وما يَتَبَعُ بَعْضُناهُ في حَقِّ الْمُعْتَقِ بَعْضُهُ كالميراثِ والذِّياتِ ، وما لا يَتَبَعُ ، فهو فيه كالعَبْدِ ، ولأنَّ^(٨) الحُرِّيَّةَ إمَّا شَرْطٌ فيه ، أو سَبَبٌ له ، ولم^(٩) يَكْمُلْ . وهذا اِخْتِيَارُ الْمُزْنِيِّ . وقال الشافعيُّ : حُكْمُهُ حَكْمُ القِنِّ في الجَمِيعِ ، إلحاقًا لأحَدِ الحُكْمَيْنِ بِالآخَرِ . ولنا ، أَنَّهُ يَمْلِكُ نِصْفَهُ الحُرَّ مِلْكَاتًا ، ولهذا يُورَثُ عَنْهُ ، وَيُكْفَرُ بِالإِطْعَامِ ، وَيَجِبُ فِيهِ نِصْفُ دِيَّةِ الحُرِّ ، فَوَجِبَ أَنْ تَتَبَعُ نَفَقَتُهُ ؛ لِأَنَّها مِنْ جُمْلَةِ الأَحْكامِ القابِلَةِ لِلتَّبَعِيزِ ، فَأَمَّا نَفَقَةُ أَقارِبِهِ ، فَيَلْزَمُهُ مِنْها بِقَدْرِ مِيراثِهِ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ تَنبِيئِي عَلَى المِيراثِ . ('' وَعِنْدَ الْمُزْنِيِّ ،^(١٠) تَلْزَمُهُ كُلُّها ؛ لِأَنَّها لا تَتَبَعُ . وَعِنْدَ الشافعيِّ ، لا يَلْزَمُهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ حُكْمَهُ حَكْمُ العَبِيدِ . وَقَدْ سَبَقَ الكَلَامُ في هَذَا .

١٣٩٠ - مسألة ؛ قال : (وَليْسَ عَلَيَّ العَبْدِ نَفَقَةٌ^(١)) وَلِدِهِ ، حُرَّةٌ كَانَتِ الزَّوْجَةُ أَوْ أُمَّةً)

أما إذا كانت زوجة العبد حرة ، فولدتها أحراراً ؛ لأنَّ الوالدَ يَتَبَعُ الأُمَّ في الرِّقِّ والحُرِّيَّةِ ، وليس على العبد نفقة أقاربه الأحرار^(٢) ؛ لِأَنَّ نَفَقَتَهُمْ تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ / المُوَاساةِ ، وليس هو من أَهْلِها . وأما إذا كانت زَوْجَتُهُ مَمْلُوكَةً ، فولدتها عبيدٌ لسيِّدها ؛ لِأَنَّهم يَتَبَعُونَهَا ، فتكون نفقتهم على سيدهم .

فصل : وحُكْمُ المُكائِبِ ، في نَفَقَةِ الزَّوْجَاتِ والأَوْلادِ والأقارِبِ ، حَكْمُ العَبِيدِ القِنِّ ؛ لِأَنَّهُ عَبْدٌ ما بَقِيَ عَلَيْهِ دِرْهَمٌ ، إِلَّا أَنَّهُ إِذَا كَانَتْ لَهُ زَوْجَةٌ أَتَّفَقَ عَلَيْها مِنْ كَسْبِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الزَّوْجَةِ واجِبَةٌ بِحُكْمِ المُعاوَضَةِ مع اليَسارِ والإِعسارِ ، ولذلك وَجِبَتْ عَلَى العَبْدِ ،

(٨) سقطت الواو من : ١ ، م .

(٩) في م : ٥ فلم .

(١٠-١٠) سقط من : م .

(١) في الأصل زيادة : زوجة خطأ .

(٢) سقط من : ب .

فعلَى الْمُكَاتِبِ أُولَى ، ولأنَّ نَفَقَةَ الْمَرْأَةِ لَا تَسْقُطُ عَنْ أَحَدٍ مِنَ النَّاسِ ، إِذَا لَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يُسْقِطُ نَفَقَتَهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ إِجْبَابُهَا عَلَى سَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّ نَفَقَةَ الْمُكَاتِبِ لَا تَجِبُ عَلَى سَيِّدِهِ ، فَتَفَقُّهُ أَمْرَاتُهُ أُولَى . فَأَمَّا نَفَقَةُ أَوْلَادِهِ وَأَقَارِبِهِ الْأَحْرَارِ ، فَلَا تَجِبُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا تَجِبُ عَلَى سَبِيلِ الْمُوَاسَاةِ ، وَلَيْسَ هُوَ مِنْ أَهْلِهَا ، وَلِذَلِكَ لَا تَجِبُ عَلَيْهِ الزَّكَاةُ فِي مَالِهِ ، وَلَا الْفِطْرَةُ فِي بَدَنِهِ ، فَإِنْ كَانَتْ زَوْجَتُهُ حُرَّةً ، فَتَفَقُّهُ أَوْلَادُهَا عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُمْ يَتَّبِعُونَهَا فِي الْحُرِّيَّةِ . وَإِنْ كَانَ لَهُمْ أَقَارِبُ أَحْرَارٍ ، كَجَدِّ حُرٍّ وَأَخٍ حُرٍّ مَعَ الْأُمِّ ، أَنْفَقَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ بِحَسَبِ مِيرَاثِهِ ، وَالْمُكَاتِبُ كَأَنَّهُ مَعْدُومٌ بِالنِّسْبَةِ إِلَى النَّفَقَةِ .

١٣٩١ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْمُكَاتِبَةِ نَفَقَةٌ وَلِدَهَا ذُونَ أَبِيهِ الْمُكَاتِبِ)

وجملته أنَّ الْمُكَاتِبَ إِذَا كَانَ لَهُ وَلَدٌ ، (١) لَمْ يَحُلْ (٢) ؛ إِمَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ زَوْجَةِ (٣) أَوْ مِنْ أُمِّهِ (٤) ، فَإِنْ كَانَ مِنْ زَوْجَةِ (٥) ، وَكَانَتْ مُكَاتِبَةً ، فَوَلَدُهَا يَتَّبِعُونَهَا فِي الْكِتَابَةِ ، وَيَكُونُونَ مَوْقُوفِينَ عَلَى كِتَابَتِهَا ؛ إِنْ رَقَّتْ رَقُوعًا ، وَإِنْ عَتَقَتْ بِالْأَدَاءِ عَتَقُوا ، فَتَكُونُ نَفَقَتُهُمْ عَلَيْهَا مِمَّا فِي يَدَيْهَا (٦) ؛ لِأَنَّهُمْ فِي حُكْمِ نَفْسِهَا ، وَنَفَقَتُهَا مِمَّا فِي يَدَيْهَا ، فَكَذَلِكَ عَلَى وَلَدِهَا . وَأَمَّا زَوْجُهَا الْمُكَاتِبُ ، فَلَيْسَ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُمْ ؛ لِأَنَّهُمْ عَبِيدٌ لِسَيِّدِ الْمُكَاتِبَةِ . وَإِنْ كَانَتْ زَوْجَتُهُ حُرَّةً أَوْ أُمَةً ، فَقَدْ بَيَّنَّا حُكْمَهُمْ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُكَاتِبُ التَّبَرُّعَ بِالْإِنْفَاقِ عَلَى وَلَدِهِ ، وَكَانَ مِنْ أُمَةٍ أَوْ مُكَاتِبَةٍ لِغَيْرِ سَيِّدِهِ (٧) ، أَوْ حُرَّةً ، لَمْ يَكُنْ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ تَغْيِيرًا بِمَالِ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ أُمَةٍ لِسَيِّدِهِ ، (٨) جَاز ؛ لِأَنَّهُ مَمْلُوكٌ لِسَيِّدِهِ (٩) ، فَهُوَ يُنْفِقُ عَلَيْهِ مِنَ الْمَالِ الَّذِي تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ مِنْ مُكَاتِبَةٍ لِسَيِّدِهِ ، احْتَمَلَ الْجَوَازَ ؛ لِأَنَّهُ فِي

(١-١) في ١ : « لا يخلو » .

(٢) في م : « زوجته » .

(٣) في النسخ : « أمته » . وانظر بقية المسألة ، والمسألة التالية .

(٤) في ب : « يدها » .

(٥) في ب : « سيدها » .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

الحال بمنزلة / أمه ، وأمه مملوكة لسيدها . ويَحْتَمَلُ أن لا يجوز ؛ لأن فيه تَعْرِيراً ، إذ لا يَحْتَمَلُ أن يَعِجَرَ هو ، وَتَوَدَّى المَكَاثِبِ ، فَيَعْتِقُ وَلَدَهَا ، فَيَحْصُلُ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ^(٧) من مال سيده ، وَيَصِيرُ حُرًّا .

١٣٩٢ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى المَكَاثِبِ نَفَقَةُ وَلَدِهِ مِنْ أُمَّتِهِ)

أَمَّا وَلَدُ المَكَاثِبِ مِنْ أُمَّتِهِ ، فَنَفَقَتُهُمْ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ وَلَدَهُ مِنْ أُمَّتِهِ تَابِعٌ لَهُ ، يَرِيقُ بِرِقِّهِ ، وَيَعْتِقُ بِعَيْتِهِ ، فَجَرَى مَجْرَى نَفْسِهِ فِي النِّفْقَةِ ، فَكَمَا أَنَّ المَكَاثِبَ يَنْفِقُ عَلَى نَفْسِهِ ، فَكَذَلِكَ عَلَى وَلَدِهِ الَّذِي هَذَا حَالُهُ ، وَلِأَنَّ هَذَا الْوَلَدَ لَيْسَ لَهُ مَنْ يَنْفِقُ عَلَيْهِ سِوَى أَبِيهِ ، فَإِنَّ أُمَّهُ أُمَّةٌ لِلْمَكَاثِبِ ، وَلَيْسَ لَهُ مِنَ الْأَحْرَارِ أَقَارِبُ ، فَيَتَعَيَّنُّ عَلَى المَكَاثِبِ الإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، كَأُمَّهُ ، وَلِأَنَّهُ لَا ضَرَرَ عَلَى السَّيِّدِ فِي إِنْفَاقِ المَكَاثِبِ عَلَى وَلَدِهِ مِنْ أُمَّتِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ أَدَّى وَعَتَّقَ ، فَقَدْ وَفَّى مَالَ الْكِتَابِيَةِ ، وَلَيْسَ لِلْسَّيِّدِ أَكْثَرُ مِنْهَا ، وَإِنْ عَجَرَ وَرَقَّ ، عَادَ إِلَيْهِ المَكَاثِبُ وَوَلَدَهُ الَّذِي أَتَّفَقَ عَلَيْهِ ، فَكَأَنَّهُ إِثْمًا أَتَّفَقَ عَلَى عِبْدِهِ ، وَتَصِيرُ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ كَنَفَقَتِهِ عَلَى سَائِرِ رَقِيقِهِ .

فصل : وليس للمكاتب أن يتسرى بأمرته إلا بإذن سيده ؛ لأن ملكه غير تام ، وعلى السيد ضرر في تسريه بها ؛ لما فيه من التعرير بها . وإن أذن له سيده في ذلك ، جاز ؛ لأن المنع لحقه ، فجاز بإذنه ، كالأذن لعبيده القن . وإن وطئ بغير إذنه ، فلا حد عليه ؛ لأنه وطئ مملوكته ، فإن أولدها في الموضعين ، صارت أم ولد له ، ليس له بيعها ، ولا بيع ولده ، فإن عتق ، عتق ولدها ، وصارت الأمة أم ولد ، تعتق بموته ، وإن رقت ، رقت هي وولدها ، وصارت أمة لسيده ، والمكاتب وولده عبادان له . ويلزم المكاتب الإنفاق على عبده ، وإمائه ، وأمتهات أولاده ؛ لأنهم^(٨) ملك له ، فلزمه الإنفاق عليهم ، كبهائمه .

(٧) في ١ ، م : (عليها) .

(٨) في ١ : (لأنه) .

باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

١٣٩٣ - مسألة ؛ قال ، رَحِمَهُ اللهُ : (وَإِذَا تَزَوَّجَ بِامْرَأَةٍ مِثْلَهَا يُوطَأُ ، فَلَمْ تَمْنَعَهُ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَهُ أَوْلِيَاؤُهَا ، لَزِمَتْهُ النَّفَقَةُ)

وجملة ذلك أن المرأة تستحق النفقة على زوجها بشرطين ؛ أحدهما ، أن تكون كبيرة يُمكنُ^(١) وطؤها ، فإن كانت صغيرة لا تحتمل الوطء ، فلا نفقة لها . وبهذا قال الحسن ، ويكره ابن عبد الله / المزني ، والنخعي ، وإسحاق ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي . وهو المنصوص^(٢) عن الشافعي . وقال في موضع : لو قيل : لها النفقة . كان مذهبنا . وهذا قول الثوري ؛ لأنَّ تَعَدُّرَ الوطءِ لم يكن يفعلها ، فلم يمنع وجوب النفقة لها ، كالمريض . ولنا ، أن النفقة تجب بالتمكين من الاستمتاع ، ولا يتصور ذلك مع تعذر الاستمتاع ، فلم تجب نفقتها ، كما لو منعه أولياؤها من تسليم نفسها ، وبهذا يبطل ما ذكره ، ويفارق المريضة ، فإن الاستمتاع بها ممكن ، وإنما نقص بالمرض ، ولأنَّ مَنْ لا يُمكنُ الزوج من نفسها ، لا يلزم الزوج نفقتها ، فهذه أولى ؛ لأنَّ تلك يُمكنُ الزوج قهرها ، والاستمتاع منها^(٣) كرها ، وهذه لا يُمكنُ ذلك فيها بحال . الشرط الثاني ، أن تبدل التمكين التام من نفسها لزوجها ، فأما إن منعت نفسها ، أو منعه أولياؤها ، أو نساكتا بعد العقد ، فلم تبدل ولم يطلب ، فلا نفقة لها ، وإن أقامنا منَّا ، فإن النبي ﷺ تزوج عائشة ، ودخلت عليه بعد سنتين ، ولم ينفق إلا بعد دخوله ، ولم يلتزم^(٤) نفقتها لما مضى^(٥)

(١) في ب : « ويمكن » .

(٢) في ا ، م : « منصوص » .

(٣) في م : « بها » .

(٤) في ب : « يلزم » .

(٥) تقدم تخريجه في : ٣٩٨/٩ . ويضاف إليه : وأخرجه البخاري ، في : باب إنكاح الرجل ولده الصغار ، وباب من =

ولأنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ التَّمَكِينِ الْمُسْتَحَقِّ بَعْدَ (١) النِّكَاحِ ، فَإِذَا وُجِدَ اسْتَحَقُّهُ ، وَإِذَا فُيِدَ لَمْ تَسْتَحِقُّ شَيْئاً ، وَلَوْ بَدَلْتَ تَسْلِيماً غَيْرَ تَامٍ ، بَأَنَّ تَقُولُ : أُسَلِّمُ إِلَيْكَ نَفْسِي فِي مَنْزِلِي دُونَ غَيْرِهِ . أَوْ فِي الْمَوْضِعِ الْفُلَانِي دُونَ غَيْرِهِ . لَمْ تَسْتَحِقُّ شَيْئاً ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ قَدْ اشْتَرَطْتَ (٢) ذَلِكَ فِي الْعَقْدِ ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَبْدُلِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ ، فَلَمْ تَسْتَحِقُّ النَّفَقَةَ ، كَمَا لَوْ قَالَ الْبَائِعُ : أُسَلِّمُ إِلَيْكَ السَّلْعَةَ عَلَى أَنْ تَتْرَكَهَا فِي مَوْضِعِهَا ، أَوْ فِي مَكَانٍ بَعَيْنِهِ . وَإِنْ شَرَطْتَ دَارَهَا أَوْ بَلَدَهَا ، فَسَلَّمْتَ نَفْسَهَا فِي ذَلِكَ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ ؛ لِأَنَّهَا سَلَّمَتْ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا ، وَلِذَلِكَ لَوْ سَلَّمَتِ السَّيِّدُ أُمَّتَهُ الْمَرْجُوعَةَ لَيْلًا دُونَ النَّهَارِ ، اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ ، وَفَارَقَ الْحُرَّةَ ، فَإِنَّهَا لَوْ بَدَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا فِي بَعْضِ الزَّمَانِ ، لَمْ تَسْتَحِقُّ شَيْئاً ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تُسَلِّمِ التَّسْلِيمَ الْوَاجِبَ بِالْعَقْدِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَمَكَّنْتَهُ مِنْ اسْتِمْتَاعٍ (٣) ، وَمَنْعْتَهُ اسْتِمْتَاعاً ، لَمْ تَسْتَحِقُّ شَيْئاً لِذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ غَابَ الزَّوْجُ بَعْدَ تَمَكِينِهَا وَوُجُوبِ نَفَقَتِهَا عَلَيْهِ ، لَمْ تَسْقُطْ عَنْهُ ، بَلْ تَجِبُ / عَلَيْهِ فِي زَمَنِ غَيْبِهِ ؛ لِأَنَّهَا اسْتَحَقَّتِ النَّفَقَةَ بِالتَّمَكِينِ ، وَلَمْ يُوجَدْ مِنْهَا مَا يُسْقِطُهَا . وَإِنْ غَابَ قَبْلَ تَمَكِينِهَا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوجَدِ الْمَوْجِبُ لَهَا (٤) . فَإِنْ بَدَلَتْ التَّسْلِيمَ وَهُوَ غَائِبٌ ، لَمْ تَسْتَحِقُّ نَفَقَةَ (٥) ؛ لِأَنَّهَا بَدَلَتْهُ فِي حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ التَّسْلِيمُ فِيهِ ، لَكِنْ إِنْ مَضَتْ إِلَى الْحَاكِمِ ، فَبَدَلَتْ التَّسْلِيمَ ، كَتَبَ الْحَاكِمُ إِلَى حَاكِمِ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ فِيهِ لِيَسْتَدْعِيَهُ وَيُعَلِّمَهُ ذَلِكَ ، فَإِنْ سَارَ إِلَيْهَا ، أَوْ وَكَّلَ مِنْ يُسَلِّمُهَا إِلَيْهِ ، فَوَصَلَ ، وَتَسَلَّمَهَا (٦) هُوَ أَوْ نَائِبُهُ ، وَجَبَتْ النَّفَقَةُ حِينَئِذٍ ، وَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، فَرَضَ الْحَاكِمُ عَلَيْهِ نَفَقَتَهَا مِنَ الرِّقَبِ الَّذِي كَانَ يُمَكِّنُ الْوُصُولَ إِلَيْهَا وَتَسَلَّمَهَا فِيهِ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ امْتَنَعَ

= بنى بامرأة وهي ابنة تسع ، من كتاب النكاح . صحيح البخارى ٢٢/٧ ، ٢٧ ، ٢٨ . والنسائي ، فى : باب إنكاح الرجل ابنته الصغرى ، من كتاب النكاح . المجتبى ٦٧/٦ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٢١٠/٦ ، ٢٨٠ .

(٦) فى ب : « بعد » .

(٧) فى الأصل : « شرطت » .

(٨) فى ب ، م : « الاستمتاع » .

(٩) سقط من : ب .

(١٠) فى م : « نفقت » .

(١١) فى الأصل : « فتسلّمها » . وفى م : « وسلمها » .

من تَسَلَّمَهَا مع إمكان ذلك ، وبذَلِهَا إِيَّاهُ له ، فَلَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا ، كَالوَكَانِ حَاضِرًا . وَإِنْ كَانَتِ الزَّوْجَةُ صَغِيرَةً ، يُمَكِّنُ وَطُوعًا ، أَوْ مَجْنُونَةً ، فَسَلَّمَتْ نَفْسَهَا إِلَيْهِ ، فَتَسَلَّمَهَا ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا كَالْكَبِيرَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَتَسَلَّمَهَا ، لَمَنْعَهَا نَفْسَهَا ، أَوْ مَنَعَ أَوْلِيَاءُهَا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا عَلَيْهِ . وَإِنْ غَابَ الزَّوْجُ ، فَبَدَلَ وَلِيِّهَا تَسْلِيمَهَا ، فَهُوَ كَالوَكَانِ بِذَلِكَ الْمُكَلَّفَةِ التَّسْلِيمِ ، فَإِنَّ وَلِيِّهَا يَقُومُ مَقَامَهَا . وَإِنْ بَدَلَتْ هِيَ دُونَ وَلِيِّهَا ، لَمْ يَفْرَضِ الْحَاكِمُ النَّفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا^(١٢) لَا حُكْمَ لِكَلَامِهَا .

١٣٩٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَتْ بِهَذِهِ الْحَالِ الَّتِي وَصَفْتُ ، وَزَوْجُهَا^(١) صَبِيًّا ، أُجْبِرَ وَلِيُّهُ عَلَى نَفَقَتِهَا مِنْ مَالِ الصَّغِيرِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ، فَاخْتَارَتْ فِرَاقَهُ ، فَفَرَّقَ الْحَاكِمُ بَيْنَهُمَا)

يعنى إذا كانت المرأة كبيرة ، يُمَكِّنُ الاستمتاع بها ، فَمَكَّنَتْ مِنْ نَفْسِهَا ، أَوْ بَدَلَتْ تَسْلِيمَهَا ، وَلَمْ تَمْنَعْ نَفْسَهَا ، وَلَا مَنَعَهَا أَوْلِيَاؤُهَا ، فَعَلَى زَوْجِهَا الصَّبِيِّ نَفَقَتُهَا . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدُ بْنُ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ . وَقَالَ فِي الْآخِرِ : لَا نَفَقَةَ لَهَا . وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ؛ لِأَنَّ الزَّوْجَ لَا يَتَمَكَّنُ مِنَ الاستمتاع بها ، فَلَمْ تَلْزَمْهُ نَفَقَتُهَا ، كَالوَكَانِ كَانَتْ غَائِبَةً أَوْ^(٢) صَغِيرَةً . وَلَنَا ، أَنَّهَا سَلَّمَتْ نَفْسَهَا تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، فَوَجِبَتْ لَهَا النَّفَقَةُ ، كَالوَكَانِ كَانَ الزَّوْجُ كَبِيرًا ، وَلِأَنَّ الاستمتاع بها مُمَكِّنٌ ، وَإِنَّمَا تَعَدَّرَ مِنْ جِهَةِ الزَّوْجِ ، كَالوَكَانِ تَعَدَّرَ التَّسْلِيمَ لِمَرْضِيهِ أَوْ غَيْبَتِهِ ، وَفَارَقَ مَا إِذَا غَابَتْ ، أَوْ كَانَتْ صَغِيرَةً ، فَإِنَّهَا لَمْ تُسَلِّمْ نَفْسَهَا تَسْلِيمًا صَحِيحًا ، وَلَمْ تَبْذُلْ ذَلِكَ ، فَعَلَى هَذَا يُجْبَرُ الْوَلِيُّ عَلَى نَفَقَتِهَا مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ؛ لِأَنَّ النَّفَقَةَ عَلَى الصَّبِيِّ ، وَإِنَّمَا الْوَلِيُّ يَتُوبُ عَنْهُ فِي أَدَاءِ الْوَاجِبَاتِ / ١٩٩/٨ عليه ، كَمَا يُؤَدَّى أُرُوشَ جِنَايَاتِهِ ، وَقِيمَ مُتَلَفَاتِهِ ، وَزَكَوَاتِهِ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ ،

(١٢) فِي أ ، ب ، م : « لِأَنَّهُ » .

(١) سَقَطَتِ الْوَاوُ مِنْ : أ ، م .

(٢) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

فاختارَتْ فِرَاقَهُ ، فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، كَمَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الكَبِيرِ . فَإِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ ، وَامْتَنَعَ الوَلِيُّ مِنَ الإِثْفَاقِ ، أَجْبَرَهُ الحَاكِمُ بِالحَبْسِ ، فَإِنْ لَمْ يُنْفِقْ ، أَخَذَ الحَاكِمُ مِنْ مَالِ الصَّبِيِّ ، وَأَنْفَقَ عَلَيْهَا ، فَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْهُ ، وَصَبَرَ الوَلِيُّ عَلَى الحَبْسِ ، وَتَعَدَّرَ الإِثْفَاقَ ، فَرَّقَ الحَاكِمُ بَيْنَهُمَا ، إِذَا طَلَبْتَ ذَلِكَ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا فِي حَقِّ الكَبِيرِ . وَذَكَرَ القَاضِي فِي الكَبِيرِ ، أَنَّهُ لَا يُفَرِّقُ بَيْنَهُمَا ، فَكَذَلِكَ هُنَا مِثْلُهُ ؛ لِأَنَّهُمَا سَوَاءٌ فِي وُجُوبِ الإِثْفَاقِ عَلَيْهِمَا ، فَكَذَلِكَ فِي أَحْكَامِهِ .

فصل : وَإِنْ بَدَلَتِ الرِّثْقَاءُ ، أَوْ الحَائِضُ ، أَوْ النُّفْسَاءُ ، أَوْ النِّضْوَةُ الحَلْقِ التِّي لَا يُمَكِّنُهُ^(٣) وَطُوهَا ، أَوْ المَرِيضَةُ ، تَسْلِيمَ نَفْسِهَا ، لَزِمَتْهُ نَفَقَتُهَا ، وَإِنْ حَدَّثَ بِهَا شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّ الاسْتِمْتَاعَ مُمَكِّنٌ ، وَلَا تَفْرِيطُ مِنْ جَهْتِهَا . وَإِنْ مَنَعَ مِنَ الوَطْءِ ، وَفَارَقَ الصَّغِيرَةَ ، فَإِنَّهَا حَالًا يَتِمَكَّنُ مِنَ الاسْتِمْتَاعِ بِهَا فِيهَا اسْتِمْتَاعًا تَامًا ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ تَرَوَّجَهَا انْتِظَارًا لِنَتْلِكَ الحَالِ ، بِخِلَافِ هَؤُلَاءِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ طَلَبَ تَسْلِيمَ هَؤُلَاءِ وَجَبَ تَسْلِيمُهُنَّ ، وَلَوْ طَلَبَ تَسْلِيمَ الصَّغِيرَةِ لَمْ يَجِبْ . فَإِنْ قِيلَ : فَلَوْ بَدَلَتِ الصَّحِيحَةُ الاسْتِمْتَاعَ بِمَا دُونَ الوَطْءِ ، لَمْ تَجِبْ لَهَا التَّفَقُّةُ ، فَكَذَلِكَ هَؤُلَاءِ . قُلْنَا : لِأَنَّ تِلْكَ مَنَعَتْ مِمَّا يَجِبُ عَلَيْهَا ، وَهَؤُلَاءِ لَا يَجِبُ عَلَيْهِنَّ التَّمَكِينُ مِمَّا فِيهِ ضَرَرٌ . فَإِنْ ادَّعَتْ أَنَّ عَلَيْهَا ضَرَرًا فِي وَطْئِهِ ؛ لِضَبِيقِ فَرَجِهَا ، أَوْ قُرُوجِ بِهِ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ،^(٤) وَأَنْكَرَ هُوَ^(٥) ، أَرَيْتِ امْرَأَةً يَثِقَةُ ، وَعَمِلَ بِقَوْلِهَا . وَإِنْ ادَّعَتْ عِبَالَةَ ذَكَرِهِ وَعِظْمَهُ ، جَازَ أَنْ تَنْظُرَ المَرَأَةُ إِلَيْهِمَا حَالَ اجْتِمَاعِهِمَا ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ حَاجَةٍ ، وَيَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى العَوْرَةِ لِلحَاجَةِ وَالشَّهَادَةِ .

١٣٩٥ - مَسْأَلَةٌ ؛ قَالَ : (وَإِنْ طَالَبَ الزَّوْجُ بِالدُّخُولِ ، وَقَالَتْ : لَا أَسْلَمُ نَفْسِي حَتَّى أَقْبِضَ صَدَاقِي . كَانَ ذَلِكَ لَهَا ، وَلَزِمَتْهُ التَّفَقُّةُ إِلَى أَنْ يَدْفَعَ إِلَيْهَا صَدَاقَهَا)

(٣) فِي م : ٥ ؛ يَمَكِّنُ .

(٤-٥) فِي ١ ، ب ، م : ٥ ؛ وَأَنْكَرَهُ .

وجملته ، أن للمرأة أن تمتنع نفسها حتى تتسلم صداقها ؛ لأن تسليم نفسها قبل تسليم صداقها يُفضي إلى أن يستوفى منفعتها^(١) المعقود عليها بالوطء ، ثم لا يُسلم صداقها ، فلا يُمكنها الرجوع فيما استوفى منها ، بخلاف المبيع إذا تسلمه المشتري ثم أعسر بالثمن ، فإنه يُمكنه الرجوع فيه ، فهذا الزمناه تسليم صداقها أولاً ، وجعلنا لها أن تمتنع من تسليم نفسها حتى تقبض صداقها ؛ لأنه إذا سلم إليها الصداق ثم امتنعت من تسليم نفسها ، أمكن الرجوع فيه ، فإذا ثبت هذا ، فمتى امتنعت من تسليم نفسها لتقبض صداقها ، فلها نفقتها^(٢) ؛ لأنها امتنعت بحق^(٣) . فإن قيل : فلو امتنعت لصغر أو مرض ، لم يلزمه نفقتها . قلنا : الفرق بينهما أن امتناعها لمرض لمعنى من جهتها ، وكذلك الامتناع للصغر ، وههنا الامتناع لمعنى من جهة الزوج ، وهو منعه لما وجب لها^(٤) عليه ، فأشبهه ما لو تعذر الاستمتاع لصغر الزوج ، فإنه لا تسقط نفقتها عنه ، ولو تعذر لصغيرها ، لا تلزمه نفقتها .

فصل : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ، سقطت نفقتها عنه ؛ لأنها ناشئ . وكذلك إن انتقلت من منزله بغير إذنه . وإن سافرت بإذنه ، في حاجته ، فهي على نفقتها ؛ لأنها سافرت في شغله ومراجه ، وإن كان في^(٥) حاجة نفسها ، سقطت نفقتها ؛ لأنها فوتت التمكن لحظ نفسها ، وقضاء حاجتها ، فأشبهه ما لو استنظرته قبل الدخول مدة فأنظرها ، إلا أن يكون مسافراً معها ، متمكناً من استمتاعها ، فلا تسقط نفقتها ؛ لأنها لم تُفوت التمكن ، فأشبهت غير المسافرة . ويحتمل أن لا تسقط نفقتها ، وإن لم يكن معها ؛ لأنها مسافرة بإذنه ، أشبه ما لو سافرت في حاجته ، وسواء كان سفرها لتجارة ، أو حج تطوُّع ، أو زيارة . ولو أحرمت بحج تطوُّع بغير إذنه ، سقطت نفقتها ؛ لأنها في معنى المسافرة . وإن أحرمت به بإذنه ، فقال القاضي : لها النفقة .

(١) سقط من : ب .

(٢) في ا : النفقة .

(٣) في ب ، م : الحق .

(٤) في م : لما .

(٥) سقط من : م .

والصَّحِيحُ أَنَّهَا كَالْمُسَافِرَةِ ؛ لِأَنَّهَا بِإِحْرَامِهَا مَانِعَةٌ لِمَنِ التَّمَكُّينَ ، فَهِيَ كَالْمُسَافِرَةِ لِحَاجَةِ نَفْسِهَا ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ . وَإِنْ أُحْرِمَتْ بِالْحَجِّ الْوَاجِبِ ، أَوِ الْعُمْرَةِ الْوَاجِبَةِ ، فِي الْوَقْتِ الْوَاجِبِ ، مِنَ الْمِيقَاتِ ، فَلَهَا التَّفَقُّةُ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ الْوَاجِبَ عَلَيْهَا بِأَصْلِ الشَّرْعِ فِي وَقْتِهِ ، فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَمَا لَوْ صَامَتْ رَمَضَانَ . وَإِنْ قَدَمَتْ الْإِحْرَامَ عَلَى الْمِيقَاتِ ، أَوْ قَبْلَ الْوَقْتِ ، حُرِّجَ فِيهَا مِنَ الْقَوْلِ مَا فِي الْمُحْرَمَةِ بِحَجِّ التَّطَوُّعِ ؛ لِأَنَّهَا فَوَّتَتْ عَلَيْهِ التَّمَكُّينَ بِشَيْءٍ مُسْتَعْنَى ^(٦) عَنْهُ .

فصل : فَإِنْ اعْتَكَفَتْ ، فَالْقِيَاسُ أَنَّهُ كَسَفَرِهَا ، إِنْ كَانَ بغيرِ إِذْنِهِ فَهِيَ نَاشِئَةٌ ؛ لِخُرُوجِهَا مِنْ مَنْزِلِ زَوْجِهَا ^(٧) بِغَيْرِ إِذْنِهِ ^(٧) فِيمَا لَيْسَ بِوَاجِبٍ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، وَإِنْ كَانَ بِإِذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا فِي ^(٨) قَوْلِ الْخَرَقِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النَّفَقَةُ . وَإِنْ صَامَتْ رَمَضَانَ ، / لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مُضَيِّقٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، لَا يَمْلِكُ مَنْعُهَا مِنْهُ ، فَلَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ، كَالصَّلَاةِ ، وَلِأَنَّهُ يَكُونُ صَائِمًا مَعَهَا ، فَيَمْتَنِعُ الِاسْتِمْتَاعُ لِمَعْنَى وَجَدَ فِيهِ ، وَإِنْ كَانَ تَطَوُّعًا ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا لَمْ تَخْرُجْ عَنْ قَبْضَتِهِ ^(٩) ، وَلَمْ تَأْتِ بِمَا يَمْنَعُهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِهَا ، فَإِنَّهُ يُمْكِنُ تَفْطِيرُهَا وَوَطْؤُهَا ، فَإِنْ أَرَادَ ذَلِكَ مِنْهَا فَمَنْعَتَهُ ^(١٠) ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا بِامْتِنَاعِهَا مِنَ التَّمَكُّينِ الْوَاجِبِ . وَإِنْ كَانَ صَوْمًا مَنذُورًا مُعَلَّقًا بِوَقْتٍ مُعَيَّنٍ ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَهَا النَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ مَنْعُهَا . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِنْ كَانَ نَذْرًا قَبْلَ النِّكَاحِ ، أَوْ كَانَ النَّذْرُ بِإِذْنِهِ ، لَمْ تَسْقُطْ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ كَانَ وَاجِبًا عَلَيْهَا بِحَقِّ سَابِقٍ عَلَى نِكَاحِهِ ، أَوْ وَاجِبٍ أَدْنَى فِي سَبَبِهِ ، وَإِنْ كَانَ النَّذْرُ فِي نِكَاحِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا فَوَّتَتْ عَلَيْهِ حَقَّهُ مِنَ الِاسْتِمْتَاعِ بِاخْتِيَارِهَا بِالنَّذْرِ الَّذِي لَمْ يُوجِبْهُ ^(١١)

(٦) في ١ : « يستغنى » .

(٧-٧) سقط من : الأصل .

(٨) في ب ، م : « على » .

(٩) في ١ ، م : « قبضه » .

(١٠) في م زيادة : « نفسها » .

(١١) في ب : « يوجب » .

الشرعُ عليها ، ولا نَدَبَها إليه . وإن كان التَّدْرُ مُطْلَقًا ، أو كان صَوْمَ كَفَّارَةٍ ، فصَامَتْ بإذْنِه ، فلها النَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا أَدَّتِ الْوَاجِبَ بِإِذْنِه ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ صَامَتْ الْمُعَيَّنَ فِي وَقْتِه ، وَإِنْ صَامَتْ بِغَيْرِ إِذْنِه ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا نَفَقَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا يُمَكِّنُهَا تَأْخِيرُهُ ، فَإِنَّهُ عَلَى التَّرَاخِي ، وَحَقُّ الزَّوْجِ عَلَى الْفَوْرِ . وَإِنْ كَانَ قَضَاءُ رَمَضَانَ قَبْلَ ضَيْقِ وَقْتِه ، فَكَذَلِكَ ، وَإِنْ كَانَ وَقْتُهُ مُضَيَّقًا ، مِثْلَ أَنْ قَرَّبَ رَمَضَانَ الْآخَرَ ، فَعَلِيهِ نَفَقَتُهَا ؛ لِأَنَّهُ وَاجِبٌ مُضَيَّقٌ بِأَصْلِ الشَّرْعِ ، أَشْبَهَ آدَاءَ رَمَضَانَ .

١٣٩٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا طَلَّقَ الرَّجُلُ زَوْجَتَهُ طَلَاقًا لَا يَمْلِكُ فِيهِ الرَّجْعَةَ ، فَلَا سُكْنَى لَهَا ، وَلَا نَفَقَةَ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ حَامِلًا)

(١) «وجملة الأمر» ، أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا طَلَّقَ امْرَأَتَهُ طَلَاقًا بَائِنًا ، فَإِمَّا أَنْ يَكُونَ ثَلَاثًا ، أَوْ بِخُلْعٍ ، أَوْ بَائِثٍ بِفَسْخٍ ، وَكَانَتْ حَامِلًا فَلَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى ، بِإِجْمَاعِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ وَلَا تُضَارُّوهُنَّ لِتُضَيِّقُوا عَلَيْهِنَّ وَإِنْ كُنَّ أُولِي حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ (٢) . وَفِي بَعْضِ أَخْبَارِ فَاطِمَةَ بِنْتِ قَيْسٍ : لَا نَفَقَةَ لَكَ إِلَّا أَنْ تَكُونِي حَامِلًا (٣) . وَلِأَنَّ الْحَمْلَ وَلَدُهُ ، فَيَلْزَمُهُ الْإِنْفَاقُ عَلَيْهِ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ النَّفَقَةُ (٤) عَلَيْهِ ، إِلَّا بِالْإِنْفَاقِ (٥) عَلَيْهَا ، فَوَجِبَ ، كَمَا (٦) وَجِبَتْ أُجْرَةُ الرَّضَاعِ . وَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا . وَفِي السُّكْنَى رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهَا

(١-١) في ١ : « وجملته » .

(٢) سورة الطلاق ٦ .

(٣) تقدم تخریج قصة فاطمة بنت قيس ، في : ٦ / ٣٠٧ ، ٩ / ٥٦٧ .

وهذا اللفظ أخرجه مسلم ، في : باب المطلقة ثلاثا لا نفقة لها ، من كتاب الطلاق . صحيح مسلم ١١١٧ / ٢ . وأبو داود ، في : باب في نفقة المبتوتة ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ١ / ٥٣٣ . والإمام أحمد ، في : المسند ٤١٤ / ٦ ، ٤١٥ .

(٤) في ١ : « الإنفاق » .

(٥) في ١ : « النفقة » .

(٦) في ب زيادة : « لو » .

ذلك . وهو قول عمر ، وأبنيه ، وابن مسعود ، وعائشة ، وفقهاء المدينة السبعة ، ومالك ، والشافعي ؛ / للآية . والرواية الثانية ، لا سُكْنِي لها ، ولا نفقة . وهى ظاهر ٢٠٠/٨ ظ

المذهب ، وقول^(٧) على ، وابن عباس ، وجابر ، وعطاء ، وطاوس ، والحسن ، وعكرمة ، وميمون بن مهران ، وإسحاق ، وأبي ثور ، وداود . وقال أكثر الفقهاء العراقيين : لها السُكْنِي . والنفقة . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والثوري ، والحسن بن صالح ، وأبو حنيفة وأصحابه ، والبتّي ، والعمري ؛ لأن ذلك يُروى عن عمر ، وابن مسعود . ولأنها مُطلقة ، فوجب لها النفقة والسُكْنِي ، كالرجعية . وردوا خبر فاطمة بنت قيس بما روى عن عمر ، أنه قال : لا ندع كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، لقول امرأة^(٨) . وأكثرت عائشة ، وسعيد بن المسيب ، وتأولوه . ولنا ، ما روت فاطمة بنت قيس ، أن زوجها طلقها البتة وهو غائب ، فأرسل إليها وكيله بشعير ، فتسخطته^(٩) ، فقال : والله مالك علينا من شيء . فجاءت رسول الله ﷺ فذكرت^(١٠) ذلك له ، فقال : « ليس لك^(١١) عليه نفقة ولا سُكْنِي » . فأمرها أن تعتد في بيت أم شريك . متفق عليه^(١٢) . وفي لفظ : فقال رسول الله ﷺ : « انظري يا ابنة قيس ، إنما النفقة للمرأة على زوجها ما كانت له عليها الرجعة ، فإذا لم يكن له عليها الرجعة ، فلا نفقة^(١٣) ولا سُكْنِي » . رواه الإمام أحمد ، والأثرم ، والحميدي ، وغيرهم^(١٤) . قال ابن عبد البر : من طريق الحجّة وما يلزم منها ، قول أحمد ابن حنبل

(٧) في ب : « وهو قول » .

(٨) تقدم في صفحة ٣٠١ .

(٩) في ا ، م : « فسخطته » .

(١٠) في م : « تذكره » .

(١١) سقط من : ا .

(١٢) تقدم تخريجه ، في : ٣٠٧/٦ ، ٥٦٧/٩ .

(١٣) في زيادة : « لها » .

(١٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٣٠٢ .

وَمَنْ تَابَعَهُ أَصَحَّ وَأَحْجَّ ؛ لِأَنَّهُ ثَبَتَ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ نَصًّا صَرِيحًا ، فَأَيُّ شَيْءٍ يُعَارِضُ هَذَا إِلَّا
 مِثْلُهُ عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، الَّذِي (١٥) هُوَ الْمُبِينُ عَنِ اللَّهِ مُرَادَهُ ؟ وَلَا شَيْءَ يَدْفَعُ ذَلِكَ . وَمَعْلُومٌ
 أَنَّهُ أَعْلَمُ بِتَأْوِيلِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ أَسْكِنُوهُمْ مِمَّنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وَجْدِكُمْ ﴾ . وَأَمَّا
 قَوْلُ عُمَرَ ، وَمَنْ وَاظَمَهُ ، فَقَدْ خَالَفَهُ عَلِيُّ وَابْنُ عَبَّاسٍ ، وَمَنْ وَاظَمَهُمَا ، وَالْحُجَّةُ مَعَهُمْ ،
 وَلَوْ لَمْ يُخَالَفَهُ أَحَدٌ مِنْهُمْ ، لَمَا قَبِلَ قَوْلُهُ الْمَخَالِفُ لِقَوْلِ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ ، فَإِنَّ قَوْلَ رَسُولِ اللَّهِ
 ﷺ حُجَّةٌ عَلَى عُمَرَ وَعَلَى غَيْرِهِ ، وَلَمْ يَصِحَّ عَنْ عُمَرَ أَنَّهُ قَالَ : لَا تَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا ، وَسُنَّةَ
 نَبِيِّنَا ، لِقَوْلِ امْرَأَةٍ . فَإِنَّ (١٦) أَحْمَدَ أَنْكَرَهُ ، وَقَالَ : أَمَّا هَذَا فَلَا ، وَلَكِنْ قَالَ : لَا تَقْبَلُ فِي
 دِينِنَا قَوْلَ امْرَأَةٍ . وَهَذَا أَمْرٌ يُرَدُّهُ (١٧) الْإِجْمَاعُ عَلَى قَبُولِ قَوْلِ الْمَرْأَةِ فِي الرَّوَايَةِ ، فَأَيُّ حُجَّةٍ
 فِي شَيْءٍ يُخَالَفُهُ الْإِجْمَاعُ ، وَتُرَدُّهُ السُّنَّةُ ، وَيُخَالَفُهُ فِيهِ عُلَمَاءُ الصَّحَابَةِ . قَالَ إِسْمَاعِيلُ
 ابْنُ إِسْحَاقَ : نَحْنُ نَعْلَمُ أَنَّ / عُمَرَ لَا يَقُولُ : لَا تَدْعُ كِتَابَ رَبِّنَا إِلَّا لِمَا هُوَ مَوْجُودٌ فِي
 كِتَابِ اللَّهِ . وَالَّذِي فِي الْكِتَابِ أَنَّ لَهَا النَّفَقَةَ إِذَا كَانَتْ حَامِلًا ، بِقَوْلِهِ سُبْحَانَهُ : ﴿ وَإِنْ
 كُنَّ أَوْلَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . وَأَمَّا غَيْرُ ذَوَاتِ الْحَمْلِ (١٨) فَلَا
 يَدُلُّ (١٨) الْكِتَابُ إِلَّا عَلَى (١٩) أَنَّهُنَّ لَا نَفَقَةَ لَهُنَّ ؛ لِاشْتِرَاطِهِ (٢٠) الْحَمْلَ فِي الْأَمْرِ
 بِالْإِنْفَاقِ . وَقَدْ رَوَى أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ مِنَ الْأَيْمَةِ ، بِإِسْنَادِهِمْ عَنْ ابْنِ عَبَّاسٍ ، قَالَ :
 فَفَرَّقَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ بَيْنَهُمَا - يَعْنِي الْمُتَلَاعِنَيْنِ - وَقَضَى أَنْ لَا يَبْتَئَ لَهَا عَلَيْهِ وَلَا
 قُوَّةَ (٢١) . وَلَأَنَّ هَذِهِ مُحَرَّمَةٌ عَلَيْهِ تَحْرِيمًا لَا تُزِيلُهُ الرَّجْعَةُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا سُكْنَى وَلَا نَفَقَةٌ ،
 كَالْمُلَاعِنَةِ أَوْ كَالْأَجْنَبِيَّةِ ، وَفَارَقَتِ الرَّجْعِيَّةَ فِي ذَلِكَ . وَأَمَّا الرَّجْعِيَّةُ ، فَلَهَا السُّكْنَى
 وَالنَّفَقَةُ ؛ لِلآيَةِ وَالْخَبَرِ وَالْإِجْمَاعِ ، لِأَنَّهَا زَوْجَةٌ يَلْحَقُهَا طَلَاقُهُ وَظَهَارُهُ وَإِبْلَاؤُهُ .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) في ١ : (لأن) .

(١٧) في ب : (رده) .

(١٨-١٩) في ١ : (فيدل) .

(١٩) كسخت من : أ .

(٢٠) في ١ : (لاشترط) .

(٢١) تقدم تخريجه ، في : ٣٧٣/٨ .

فصل : فأما المُلَاعِنَةُ فلا سُكْنَى لها ، ولا نفقة ، إن كانت غير حَامِلٍ ، للخبر .
وكذلك إن كانت حَامِلًا نَفَى حَمْلَهَا ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَنْتَفِي ^(٢٢) عنه . أَوْ قُلْنَا : إِنَّهُ يَنْتَفِي ^(٢٢)
بِرِوَالِ الْفِرَاشِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يَنْتَفِي بِنَفْسِهِ . أَوْ لَمْ يَنْتَفِ ، وَقُلْنَا : إِنَّهُ يَلْحَقُهُ نَسَبُهُ . فَلَهَا
السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْحَمْلِ ، أَوْ لَهَا بِسَبَبِهِ ، وَهُوَ مَوْجُودٌ ^(٢٣) ، فَأُشْبِهَتْ الْمُطَلَّاقَةُ
الْبَائِنُ . فَإِنْ نَفَى الْحَمْلَ ، فَأَنْفَقَتْ أُمُّهُ ، وَسَكَنَتْ مِنْ غَيْرِ الزَّوْجِ ، وَأَرْضَعَتْ ، ثُمَّ
اسْتَلْحَقَهُ الْمُلَاعِنُ ، لِحَقِّهِ ، وَلِرِمَّتِهِ النَّفَقَةُ وَأُجْرَةُ ^(٢٤) الْمَسْكِينِ وَالرَّضَاعِ ؛ لِأَنَّهَا فَعَلَتْ
ذَلِكَ عَلَى أَنَّهُ لَا أَبَ لَهَا ، فَإِذَا ثَبَتَ لَهُ أَبٌ ، لَزِمَهُ ذَلِكَ ، وَرُجِعَ بِهِ عَلَيْهِ . فَإِنْ قِيلَ : النَّفَقَةُ
لَأَجْلِ الْحَمْلِ نَفَقَةُ الْأَقَارِبِ ، وَهِيَ تَسْقُطُ بِمُضِيِّ الزَّمَانِ ، فَكَيْفَ تَرْجِعُ عَلَيْهِ بِمَا يَسْقُطُ
عَنْهُ ؟ قُلْنَا : بِلِ النَّفَقَةِ لِلْحَامِلِ مِنْ أَجْلِ الْحَمْلِ ، فَلَا تَسْقُطُ ، كَنَفَقَتِهَا فِي الْحَيَاةِ ، وَإِنْ
سَلَّمْنَا أَنَّهَا لِلْحَمْلِ ^(٢٥) ، إِلَّا أَنَّهَا مَصْرُوفَةٌ إِلَيْهَا ، وَيَتَعَلَّقُ بِهَا حَقُّهَا ، فَلَا تَسْقُطُ بِمُضِيِّ
الزَّمَانِ ، كَنَفَقَتِهَا .

فصل : فأما الْمُعْتَدَةُ مِنَ الْوَفَاةِ ، فَإِنْ كَانَتْ حَائِلًا ، فَلَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ؛ لِأَنَّ
النِّكَاحَ قَدْ زَالَ بِالْمَوْتِ ، وَإِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، فَفِيهَا رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، لَهَا السُّكْنَى
وَالنَّفَقَةُ ؛ لِأَنَّهَا حَامِلٌ مِنْ زَوْجِهَا ، فَكَانَتْ لَهَا السُّكْنَى وَالنَّفَقَةُ ، كَالْمُفَارِقَةِ فِي الْحَيَاةِ .
وَالثَّانِيَةِ ، لَا سُكْنَى لَهَا وَلَا نَفَقَةٌ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ قَدْ صَارَ لِلْوَرَثَةِ ، وَنَفَقَةُ الْحَامِلِ وَسُكْنَاهَا إِنَّمَا
هُوَ لِلْحَمْلِ أَوْ مِنْ أَجْلِهِ ، وَلَا يَلْزَمُ ذَلِكَ الْوَرَثَةَ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كَانَ لِلْمَيِّتِ / مِيرَاثٌ ، فَنَفَقَةُ
الْحَمْلِ مِنْ نَصِيبِهِ ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مِيرَاثٌ ، لَمْ يَلْزَمْ وَاِرْثَ الْمَيِّتِ الْإِنْفَاقَ عَلَى حَمْلِ
أَمْرَاتِهِ ، كَمَا بَعْدَ الْوِلَادَةِ . قَالَ الْقَاضِي : وَهَذِهِ الرَّوَايَةُ أَصَحُّ .

فصل : وهل تُجِبُّ نَفَقَةُ الْحَمْلِ ^(٢٦) لِلْحَامِلِ مِنْ أَجْلِ الْحَمْلِ أَوْ لِلْحَمْلِ ، فِيهِ

(٢٢-٢٢) سقط من : م .

(٢٣) في الأصل ، ب ، م : (موجودة) .

(٢٤) في ١ ، ب ، م : (وأجر) .

(٢٥) في الأصل : (بحمل) .

(٢٦) سقط من : ١ .

روايتان ؛ إحداهما : تجب للحمل . اختارها أبو بكر ؛ لأنها تجب بوجوده ، وتسقط عند انفصاله ، فدل على أنها له . والثانية ، تجب لها من أجله ؛ لأنها تجب مع اليسار والإعسار ، فكانت له كنفقة الزوجات ، ولأنها لا تسقط بمضي الزمان ، فأشبهت نفقتها في حياته . وللشافعي قولان ، كالروايتين . ويتبنى على هذا الاختلاف فروع ؛ منها ، أنها إذا كانت المطلقة الحامل^(٢٧) أمة ، وقلنا : النفقة للحمل . فنفتها على سيدها ؛ لأنه ملكه . وإن قلنا : لها . فعلى الزوج ؛ لأن نفقتها عليه . وإن كان الزوج عبداً ، وقلنا : هي للحمل . فليس عليه نفقة^(٢٨) ؛ لأنه لا تلزمه نفقة ولده . وإن قلنا : لها . فالنفقة عليه ؛ لما ذكرناه . وإن كانت حاملاً من نكاح فاسد ، أو وطء شبهة ، وقلنا : النفقة للحمل . فعلى الزوج والوطء ؛ لأنه ولده ، فلزمته نفقته كما بعد الوضع . وإن قلنا : للحامل . فلا نفقة عليه^(٢٩) ؛ لأنها ليست زوجة يجب الإنفاق عليها . وإن نشزت امرأة إنسان ، وهي حامل ، وقلنا : النفقة للحمل . لم تسقط نفقتها ؛ لأن نفقة ولده لا تسقط بشوز أمه . وإن قلنا : لها . فلا نفقة لها ؛ لأنها ناشز .

فصل : ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل المطلقة إليها يوماً فيوماً ، كما يلزمه دفع نفقة الرجعية . وقال الشافعي ، في أحد قوليّه : لا يلزمه دفعها إليها حتى تضع ؛ لأن الحمل غير متحقق ، ولهذا : أوقفنا^(٣٠) الميراث . وهذا خلاف قول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ كُنْ أَوْلَتْ حَمِيلًا فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾ . ولأنها محكوم لها بالنفقة ، فوجب دفعها إليها ، كالرجعية . وما ذكره^(٣١) غير صحيح ؛ فإن الحمل يثبت بالأمارات ، وتثبت أحكامه في^(٣٢) النكاح ، والحد ، والقصاص ، وفسخ البيع في الجارية

(٢٧) سقط من : ب .

(٢٨) في م : « نفقته » .

(٢٩) في ب ، م : « عليها » .

(٣٠) في ا ، ب ، م : « وقفنا » .

(٣١) في ا ، ب ، م : « ذكره » .

(٣٢) في الأصل ، ا : « فيه » .

المبيعة ، والمَنع من الأخذ في (٣٣) الزكاة ، ووجوب الدَّفْع في الدِّيَّة ، فهو كالمُتَحَقِّق ، ولا يُشْبِه هذا الميراث ؛ فإن كان (٣٤) الميراث لا يَثْبُت (٣٥) بمَجْرَدِ الحَمْلِ ، فإنه يُشْتَرَطُ له الوَضْعُ والاستِهلالُ بعدَ الوَضْع ، ولا يُوجَدُ ذلك قبله ، ولأننا لا نَعْلَمُ صِفَةَ الحَمْلِ وقَدْرَهُ ووُجُودَهُ / شَرَطُ (٣٦) تَوْرِيثِهِ ، بخلافِ (٣٧) مَسْأَلَتِنَا ، فإنَّ النَّفَقَةَ تَجِبُ بِمَجْرَدِ الحَمْلِ ، ولا تَخْتَلِفُ باختِلافِهِ ، فإذا ثَبَّتَ هذا ، فمتى ادَّعَتِ الحَمْلَ فصَدَّقَها ، دَفَعَ إليها ، فإن كان حَمَلًا ، فقد اسْتَوْفَتْ حَقَّها ، وإن بانَ أنَّها ليست حاملاً ، رَجَعَ عليها ، سواءً دَفَعَ (٣٨) إليها بِحُكْمِ الحَاكِمِ أو بغيرِهِ ، وسواءً شَرَطُ (٣٩) أنَّها نَفَقَةٌ أو لم يَشْتَرَطُ . وعنه : لا يَرْجِعُ . والصَّحِيحُ أَنَّهُ يَرْجِعُ ؛ لَأَنَّهُ دَفَعَهُ على أَنَّهُ واجبٌ ، فإذا بانَ أَنَّهُ ليس بواجبٍ ، اسْتَرْجَعَهُ ، كما لو قَضَاهَا دَيْنًا ، فبانَ أَنَّهُ لم يكن عليه دَيْنٌ . وإن أنكَرَ حَمْلَها ، نَظَرَ النِّسَاءُ الثَّقَاتُ ، فَرَجَعَ إلى قَوْلِهِنَّ ، (٤٠) وَيُقْبَلُ قَوْلُ المَرَأَةِ (٤١) الواحدة إذا كانت من أَهْلِ الخَبْرَةِ والعَدَالَةِ ؛ لَأَنَّها شهادَةٌ على ما لا يَطَّلِعُ عليه الرِّجَالُ ، أَشْبَهَ الرِّضَاعَ ، وقد ثَبَّتَ الأَصْلُ بالخَبَرِ .

فصل : ولا تجبُ النَّفَقَةُ على الزَّوْجِ في النِّكاحِ الفاسِدِ ؛ لَأَنَّهُ ليس بينهما نِكَاحٌ صحيحٌ ، فإن طَلَّقَها أو فَرَّقَ بينهما قبلَ الوَطْءِ ، فلا عِدَّةَ عليها ، وإن كان بعدَ الوَطْءِ ، فعليها العِدَّةُ ، ولا نَفَقَةَ لها ولا سَكْنَى ، إن كانت حائِلاً ؛ لَأَنَّهُ إذا لم يَجِبْ (٤١) ذلك قبلَ التَّنْفِيقِ ، فبعده أَوْلَى ، وإن كانت حامِلاً ، فعلى ما ذكَّرنا من قَبْلِ ؛ فإن قُلْنَا : لها النَّفَقَةُ

(٣٣) في م زيادة : « منع » .

(٣٤) سقط من : ا ، ب ، م .

(٣٥) في ا ، ب ، م زيادة : « إلا » .

(٣٦) سقط من : م . وفي ا ، ب : « شرطه » .

(٣٧) في الأصل : « لخلاف » .

(٣٨) في ا : « دفعه » .

(٣٩) في ا : « شرطاً » .

(٤٠-٤١) في ا : « فيقبل قولهن » .

(٤١) في ب : « يجوز » .

إذا كانت حاملاً . فلها ذلك قبل التفريق ؛ لأنه إذا وجب بعد التفريق ، فقبله أولى . ومتى أنفق عليها قبل مفارقتها أو بعدها ، لم يرجع عليها بشيء^(٤٢) ؛ لأنه إن كان عالماً بعدم الوجوب ، فهو متطوِّع به ، وإن لم يكن عالماً فهو مُفْرَطٌ ، فلم يرجع به^(٤٣) ، كما لو أنفق على أجنبية . وكلُّ مُعتدَّةٍ من الوطءِ في غير نكاحٍ صحيحٍ ، كالموطوءة بشبهةٍ وغيرها ، إن كان يلحق الواطئ نَسَبٌ ولِدها ، فهي كالموطوءة في النكاح الفاسد ، وإن كان لا يلحقه نَسَبٌ ولِدها ، كالزاني ، فليس عليه نفقتها ، حاملاً كانت أو حائلاً ؛ لأنه لا نكاح بينهما ، ولا بينهما ولدٌ يُنسبُ إليه .

١٣٩٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا خَالَعَتِ الْمَرْأَةُ زَوْجَهَا ، وَأَبْرَأَتْهُ مِنْ حَمْلِهَا ، لَمْ يَكُنْ لَهَا نَفَقَةٌ ، وَلَا لِلْوَلَدِ ، حَتَّى تَفْطَمَهُ)

أما إذا خالعه ولم يُبرئه من حملها ، فلها النفقة ، كما لو طلقها ثلاثاً وهي حاملٌ ؛ لأنَّ الحمل ولدٌ ، فعليه نفقته ، وإن أبرأته من الحمل عوضاً في الخُلْعِ ، صحَّ ، سواء كان العوضُ كله أو بعضه ، وقد ذكرناه في الخُلْعِ^(١) ، ويبرأ حتى^(٢) تَفْطَمَهُ ، إذا كانت قد أبرأته من نفقة الحمل وكفالة الولد إلى ذلك ، أو أطلقت / البراءة من نفقة الحمل^{٢٠٢/٨} وكفاليته ؛ لأنَّ البراءة المطلقة تنصرف إلى المدة التي تستحقُّ المرأة العوضَ عليه فيها ، وهي مُدة الحمل والرضاع ، لأنَّ المطلق إذا كان له عُرفٌ ، انصرف إلى العُرف . وإن اختلفا في مُدة الرضاع ، انصرف إلى حَوْلَيْنِ ؛ لقوله سبحانه : ﴿ وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ ﴾^(٤) . وقال تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ

(٤٢) سقط من : م .

(٤٣) سقط من : الأصل .

(١) تقدم في : ٢٨٤/١٠ .

(٢) في ب ، م ، : حين .

(٣) في الأصل : طلبت .

(٤) سورة لقمان ١٤ .

أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴿٥٠﴾ . ثم قال : ﴿ فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَنْ تَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا ﴾ ﴿٥١﴾ . فدلَّ على أنَّه لا يجوزُ فِصَالُهُ قَبْلَ الْعَامَيْنِ ^(١) إِلَّا بِتَرَاضٍ مِنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ . وَإِنْ قَدَّرْنَا مُدَّةَ الْبَرَاءَةِ بِزَمَنِ الْحَمَلِ ، أَوْ بِعَامٍ ، أَوْ نَحْوِ ذَلِكَ ، فَهُوَ عَلَى مَا قَدَّرَاهُ ، وَهُوَ أَحْسَنُ ؛ لِأَنَّهُ أَقْطَعُ لِلتَّرَاجُعِ ، وَأَبْعَدُ مِنَ اللَّبْسِ وَالِاشْتِبَاهِ . وَلَوْ أَبْرَأْتَهُ مِنْ نَفَقَةِ الْحَمَلِ ، أَنْصَرَفَ ذَلِكَ إِلَى زَمَنِ الْحَمَلِ قَبْلَ وَضْعِهِ . قَالَ الْقَاضِي : إِنَّمَا صَحَّ مُخَالَعَتُهَا عَلَى نَفَقَةِ الْوَالِدِ ، وَهِيَ لِلْوَالِدِ دُونِهَا ؛ لِأَنَّهَا فِي حُكْمِ الْمَالِكَةِ لَهَا ، لِأَنَّهَا هِيَ الْقَابِضَةُ لَهَا ، الْمُسْتَحِقَّةُ لَهَا ^(٢) ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا ، فَإِنَّهَا فِي مُدَّةِ الْحَمَلِ هِيَ الْآكِلَةُ لَهَا ^(٣) ، الْمُتَنْفَعَةُ بِهَا ، وَبَعْدَ الْوِلَادَةِ هِيَ أَجْرُ رِضَاعِهَا لَهَا ^(٤) ، وَهِيَ الْآخِذَةُ لَهَا ، الْمُتَصَرِّفَةُ فِيهَا أَيْضًا ، فَصَارَتْ كِمِلْكٍ مِنْ أَمْلَاقِهَا ، فَصَحَّ جَعْلُهَا عَوْضًا . فَأَمَّا النَّفَقَةُ الرَّائِدَةُ عَلَى هَذَا ، مِنْ كُسُوفَةِ الطِّفْلِ وَذَهْنِهِ ، وَنَحْوِ ذَلِكَ فَلَا يَصِحُّ أَنْ يُعَاوَضَ بِهِ فِي الْخُلْعِ ، لِأَنَّهُ لَيْسَ هُوَ لَهَا ، وَلَا هُوَ فِي حُكْمِ مَا هُوَ لَهَا .

١٣٩٨ - مسألة ؛ قال : (وَالتَّاشِرُ لَا نَفَقَةَ لَهَا ، فَإِنْ كَانَ لَهَا مِنْهُ وَلَدٌ ، أُعْطِيَهَا نَفَقَةَ وِلْدَانِهَا)

معنى التَّاشِرُ مَعْصِيَتُهَا لَزَوْجِهَا فِيمَا لَهُ عَلَيْهَا ، مِمَّا أَوْجَبَهُ لَهُ ^(١) النَّكَاحُ ^(٢) ، وَأَصْلُهُ مِنَ الْإِرْتِفَاعِ ، مَاخُودٌ مِنَ التَّشْرِ ، وَهُوَ الْمَكَانُ الْمُرْتَفِعُ ، فَكَأَنَّ النَّاشِرَ أُرْتَفَعَتْ عَنْ طَاعَةِ زَوْجِهَا ، فَسُمِّيَتْ نَاشِرًا . فَمَتَى ائْتَمَعَتْ مِنْ فِرَاشِهِ ، أَوْ خَرَجَتْ مِنْ مَنْزِلِهِ بِغَيْرِ إِذْنِهِ ، أَوْ ائْتَمَعَتْ مِنَ الْإِتْقَالِ مَعَهُ إِلَى مَسْكَنِ مِثْلِهَا ، أَوْ مِنَ السَّفَرِ مَعَهُ ، فَلَا نَفَقَةَ لَهَا وَلَا

(٥٠) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٦) في الأصل ، ١ : « الحولين » .

(٧) سقط من : ا ، ب ، م .

(٨) في ب : « له » .

(٩) سقط من : م .

(١) في ا : « لها » .

(٢) في ب : « بالنكاح » .

سُكِنِي ، فِي قَوْلِ عَامَّةِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ الشَّعْبِيُّ ، وَحَمَّادٌ ، وَمَالِكٌ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ،
 وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ الْحَكَمُ : لَهَا النِّفْقَةُ . وَقَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ :
 لَا أَعْلَمُ أَحَدًا خَالَفَ هَؤُلَاءِ إِلَّا الْحَكَمَ ، وَلَعَلَّهُ يَحْتَجُّ بِأَنَّ نَشُوزَهَا لَا يُسْقِطُ مَهْرَهَا ،
 فَكَذَلِكَ نَفَقَتُهَا . وَلَنَا ، أَنَّ النِّفْقَةَ إِنَّمَا تَجِبُ فِي مُقَابَلَةِ تَمَكِّيْنِهَا ، بِدَلِيلِ أَنَّهَا لَا تَجِبُ قَبْلَ
 ٢٠٣/٨ وَتَسْلِيمِهَا إِلَيْهِ ، وَإِذَا مَنَعَهَا / النِّفْقَةَ كَانَ لَهَا (٣) مَنَعَةُ التَّمَكِّيْنِ ، فَإِذَا مَنَعَتْهُ التَّمَكِّيْنِ كَانَ لَهُ
 مَنَعُهَا مِنَ النِّفْقَةِ ، كَمَا قَبِلَ الدُّخُولَ . وَتَخَالَفَ الْمَهْرَ ؛ فَإِنَّهُ يَجِبُ بِمُجَرَّدِ الْعَقْدِ ، وَلِذَلِكَ
 لَوْ مَاتَ أَحَدُهُمَا قَبْلَ الدُّخُولِ وَجَبَ الْمَهْرُ دُونَ النِّفْقَةِ . فَأَمَّا إِذَا كَانَ لَهُ (٤) مِنْهَا وَلَدٌ ، فَعَلِيهِ
 نَفْقَةُ وَآدِهِ ؛ لِأَنَّهَا وَاجِبَةٌ لَهُ ، فَلَا يُسْقِطُ حَقَّهُ بِمَعَصِيَتِهَا ، كَالكَبِيرِ ، وَعَلَيْهِ أَنْ يُعْطِيَهَا
 إِيَّاهَا إِذَا كَانَتْ هِيَ الْحَاضِنَةَ (٥) لَهُ ، أَوْ الْمُرْضِعَةَ لَهُ ، وَكَذَلِكَ أَجْرُ رِضَاعِهَا ، يَلْزَمُهُ
 تَسْلِيمُهُ (٦) إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ أَجْرٌ مَلَكَتَهُ عَلَيْهِ بِالْإِرْضَاعِ (٧) ، لَا فِي مُقَابَلَةِ الْاسْتِمْتَاعِ ، فَلَا
 يُزُولُ بِزَوَالِهِ .

فصل : وَإِذَا سَقَطَتِ نَفْقَةُ الْمَرْأَةِ بِنَشُوزِهَا ، فَعَادَتْ عَنِ النُّشُوزِ وَالزَّوْجِ حَاضِرٌ ،
 عَادَتْ نَفَقَتُهَا ؛ لِزَوَالِ الْمُسْقِطِ لَهَا ، وَوُجُودِ التَّمَكِّيْنِ الْمُقْتَضِي لَهَا . وَإِنْ كَانَ غَائِبًا ، لَمْ
 تَعُدْ نَفَقَتُهَا حَتَّى يَعُودَ التَّسْلِيمُ بِحُضُورِهِ ، أَوْ بِحُضُورِ (٨) وَكَيْلِهِ ، أَوْ حُكْمِ الْحَاكِمِ
 بِالْوُجُوبِ إِذَا مَضَى زَمَنُ الْإِمْكَانِ . وَلَوْ ارْتَدَّتْ أَمْرَأَتُهُ ، سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا ، فَإِنْ عَادَتْ
 إِلَى الْإِسْلَامِ ، عَادَتْ نَفَقَتُهَا بِمُجَرَّدِ عَوْدِهَا ؛ لِأَنَّ الْمُرْتَدَّةَ إِنَّمَا سَقَطَتْ نَفَقَتُهَا
 بِخُرُوجِهَا (٩) عَنِ الْإِسْلَامِ ، فَإِذَا عَادَتْ إِلَيْهِ ، زَالَ الْمَعْنَى الْمُسْقِطُ ، فَعَادَتْ النِّفْقَةُ ،

(٣) فِي الْأَصْلِ : « لَه » .

(٤) سَقَطَ مِنْ ب .

(٥) فِي ب ، م : « الْحَاضِنَةُ » . تَحْرِيفٌ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : « بِتَسْلِيمِهِ » .

(٧) فِي الْأَصْلِ : « بِالرِّضَاعِ » .

(٨) فِي أ ، ب ، م : « حُضُورٌ » .

(٩) فِي الْأَصْلِ : « لِخُرُوجِهَا » .

وفي التُّشْوِزِ ، سَقَطَتِ النَّفَقَةُ بِخُرُوجِهَا عَنِ يَدِهِ ، أَوْ مَنَعَهَا^(١٠) لَهُ مِنَ التَّمَكِّيْنِ الْمُسْتَحَقِّ عَلَيْهِ ، وَلَا يَزُولُ ذَلِكَ إِلَّا بِعَوْدِهَا إِلَى يَدِهِ ، وَتَمَكِّيْنِهِ مِنْهَا ، وَلَا يَحْصُلُ ذَلِكَ فِي غَيْبَتِهِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ بَدَلَتْ تَسْلِيمَ نَفْسِهَا قَبْلَ دُخُولِهَا فِي حَالِ غَيْبَتِهِ ، لَمْ تَسْتَحِقَّ النَّفَقَةَ بِمُجَرَّدِ الْبَدْلِ ، كَذَا هُنَا ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٠) ق ب : « ومنعها » .

باب من أحق بكفالة الطفل

كفالة الطفل وحضائنه واجبة ؛ لأنه يهلك بتركه ، فيجب حفظه عن الهلاك ، كما يجب الإنفاق عليه ، وإنجاؤه من المهالك . ويتعلق بها حق لقرايته ، (لأن فيها^(١) ولاية على الطفل واستصحاباً^(٢)) له ، فتعلق^(٣) بها الحق ، ككفالة اللقيط . ولا تثبت الحضانة لطفل ، ولا معتوه ؛ لأنه لا يقدر عليها ، وهو محتاج إلى من يكفله ، فكيف يكفل غيره ! ولا فاسق^(٤) ؛ لأنه^(٥) غير مؤثوق به في أداء الواجب من الحضانة ، ولا حظ للولد في حضائته ، لأنه ينشأ على طريقته ، ولا الرقيق . وبهذا قال عطاء ، والثوري ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . / وقال مالك ، في حره ولد حر من أمة : الأم أحق به ، إلا أن تباع فتنتقل ، فيكون الأب أحق به ؛ لأنها أم مشفقة ، فأشبهت الحرة . ولنا ، أنها لا تملك منافعها التي تحصل الكفالة^(٦) بها ، لكونها مملوكة لسيدتها ، فلم يكن لها حضانة ، كما لو بيعت ونقلت . ولا تثبت لكافر على مسلم . وبهذا قال مالك ، والشافعي ، وسوار ، والعباسي . وقال ابن القاسم ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي : تثبت له ؛ لما روى عن عبد الحميد بن جعفر ، عن أبيه ، عن جدّه رافع بن سنان ، أنه أسلم ، وأبى امرأته أن تسلم ، فأنت النبي ﷺ فقالت : ابنتي . وهي فطيم ، أو شيهه ، وقال رافع : ابنتي . فقال النبي ﷺ : «أعد نأحية» ، وقال لها : «أعدى نأحية» ، وقال : «ادعواها» .

(١-١) في ١ : « فإن منها » .

(٢) في م : « واستحقاقه » .

(٣) في م : « فيتعلق » .

(٤) في الأصل ، ١ ، م : « الفاسق » .

(٥) في الأصل : « فإنه » .

(٦) في زيادة : « له » .

فَمَالَتِ الصَّبِيَّةُ إِلَى أُمِّهَا ، فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « اللَّهُمَّ اهْدِهَا » . فَمَالَتْ إِلَى أَبِيهَا ، فَأَخَذَهَا . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٧) . وَلَنَا ، أَنَّهَا وِلَايَةٌ ، فَلَا تُثَبِّتُ لِكَافِرٍ عَلَى مُسْلِمٍ ، كَوِلَايَةِ التَّكَاحِ وَالْمَالِ ، وَلَئِنَّهَا إِذَا لَمْ تُثَبِّتْ لِلْفَاسِقِ ، فَالْكَافِرُ أَوْلَى ، فَإِنَّ ضَرَرَهُ أَكْثَرُ ، فَإِنَّهُ يَفْتِنُهُ عَنِ دِينِهِ ، وَيُخْرِجُهُ عَنِ الْإِسْلَامِ بِتَعْلِيمِهِ (٨) الْكُفْرَ ، وَتَرْبِيئِهِ لَهُ ، وَتَرْبِيئِهِ عَلَيْهِ ، وَهَذَا أَعْظَمُ الضَّرَرِ . وَالْحَضَانَةُ إِثْمًا تُثَبِّتُ لِحَظِّ الْوَالِدِ ، فَلَا تُشْرَعُ عَلَى وَجْهِ يَكُونُ فِيهِ (٩) هَلَاكُهُ وَهَلَاكُ دِينِهِ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَقَدْ رُوِيَ عَلَى غَيْرِ هَذَا الْوَجْهِ ، وَلَا يُثَبِّتُهُ أَهْلُ الثَّقَلِ ، وَفِي إِسْنَادِهِ مَقَالٌ . قَالَ (١٠) ابْنُ الْمُنْذِرِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ عَلِمَ أَنَّهَا تَخْتَارُ أَبَاهَا بَدْعَوْتِهِ ، فَكَانَ ذَلِكَ خَاصًّا فِي حَقِّهِ . فَأَمَّا مَنْ بَعْضُهُ حُرٌّ ، فَإِنَّ لَمْ يَكُنْ بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ مُهَابِئَةً ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَقْدِرُ عَلَيْهَا ، لَكُونَ مَنَافِعِهِ مُشْتَرَكَةً بَيْنَهُ وَبَيْنَ سَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ بَيْنَهُمَا مُهَابِئَةً ، فَمَقْيَاسُ قَوْلِ أَحْمَدَ ، أَنَّ لَهُ الْحَضَانَةَ فِي أَيَّامِهِ ؛ لِأَنَّهُ قَالَ : كُلُّ مَا يَتَجَرَّأُ ، فَعَلِيهِ النَّصْفُ مِنْ كُلِّ شَيْءٍ . وَهَذَا اخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا حَضَانَةَ لَهُ . لِأَنَّهُ كَالْقِنِّ عِنْدَهُ . وَهَذَا أَصْلٌ قَدْ تَقَدَّمَ .

١٣٩٩ - مسألة ؛ قال (١) : (وَالْأُمَّ أَحَقُّ بِكَفَالَةِ الطِّفْلِ وَالْمَعْتُوهِ ، إِذَا طَلَّقَتْ)

وجعلته أن الزوجين إذا افترقا ، ولهما ولد طفل أو معتوه ، فأثم أولى الناس بكفالته إذا كملت الشرائط فيها ، ذكراً كان أو أنثى . وهذا قول يحيى الأنصارى ، والزهرى ، والثوري ، / ومالك ، والشافعي ، وأبي ثور ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، ولا نعلم أحداً خالفهم . والأصل فيه ما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن امرأة قالت :

(٧) في : باب إذا أسلم أحد الأبوين مع من يكون الولد . من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٠/١ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤٤٦/٥ .

(٨) في ١ : يتعلمه .

(٩) في ١ : فيها .

(١٠) في الأصل ، م : قال .

(١) في ب زيادة : أبو القاسم .

يارسول الله ، إن ابني هذا كان بطني له وعاء ، وثديي له سقاء ، وحجري له حواء ، وإن أباه طلقني ، وأراد أن ينزعه مني . فقال رسول الله ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحني » . رواه أبو داود^(٢) . ويروى أن أبا بكر الصديق ، حكّم على عمر بن الخطاب بعاصم لأمه أم عاصم ، وقال : ريحها وشمها ولطفها ، خير له منك . رواه سعيد ، في « سننه »^(٣) . ولأنها أقرب إليه ، وأشفق عليه ، ولا يُشاركها في القرب إلا أبوه ، وليس له مثل شفقتها ، ولا يتولى الحضانة بنفسه ، وإنما يدفعه إلى امرأته ، وأمه أولى به من امرأة أبيه .

فصل : فإن لم تكن الأم من أهل الحضانة ، لفقدان الشروط التي ذكرنا فيها^(٤) ، أو بعضها ، فهي كالمعدومة ، وتنتقل^(٥) إلى من يليها في الاستحقاق . ولو كان الأبوان من غير أهل الحضانة ، انتقلت إلى من يليهما ؛ لأنهما كالمعدومين .

فصل : ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل والمعتوه^(٦) ، فأما البالغ الرشيد ، فلا حضانة عليه ، وإليه الخيرة^(٧) في الإقامة^(٨) عند من شاء من أبويه ، فإن كان رجلاً ، فله الاثراء بنفسه ، لإستغنائه عنهما ، ويستحب أن لا ينفرد عنهما ، ولا يقطع برّه عنهما ، وإن كانت جارية لم يكن لها الاثراء ، ولأبيها منعها منه ؛ لأنه لا يؤمن أن يدخل عليها من يُفسدّها ، ويُلحق العار بها وبأهلها ، وإن لم يكن لها أب ، فلوليها وأهلها منعها من ذلك .

(٢) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٢٩/١ .

(٣) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١٠٩/٢ ، ١١٠ .

كما أخرجه الإمام مالك ، في : باب ما جاء في المؤنث من الرجال ومن أحق بالولد ، من كتاب الوصية . الموطأ ٢/٢٦٧ ، ٢٦٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ - ٢٣٨ .

(٤) سقط من : ١ .

(٥) في زيادة : « الحضانة » .

(٦) في ب ، م : « أو المعتوه » .

(٧-٧) سقط من : ب .

١٤٠٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ سَبْعَ سِنِينَ ، خَيْرٌ بَيْنَ أَبِيهِ ، فَكَانَ مَعَ مَنِ اخْتَارَ مِنْهُمَا)

وجملته أن الغلام إذا بلغ سبعا ، وليس بمعتوه ، خير بين أبيه ، إذا تنازعا فيه ، فمن اختار^(١) منهما ، فهو أولى به . قضى بذلك عمر ، وعلي ، وشريح . وهو مذهب الشافعي ، وقال مالك ، وأبو حنيفة : لا يُخَيَّر . لكن قال أبو حنيفة : إذا استقل بنفسه ، فأكل بنفسه ، وليس بنفسه ، واستنجد بنفسه ، فالأب أحق به . ومالك يقول : الأم أحق به حتى يُثَغَّر^(٢) ، وأما التخيير ، فلا يصح ؛ لأن الغلام لا قول له ، ولا يعرف خطه ، وربما / اختار من يلعب عنده ويترك تأديبه ، ويُمكنه من شهواته ، فيؤدي إلى فساده ، ولأنه دون البلوغ ، فلم يُخَيَّر ، كمن دون السبع . ولنا ، ماروي أبو هريرة أن النبي ﷺ خير غلاما بين أبيه وأمه . رواه سعيد ، بإسناده ، والشافعي^(٣) . وفي لفظ عن أبي هريرة ، قال : جاءت امرأة إلى النبي ﷺ ، فقالت : يا رسول الله ، إن زوجي يريد أن يذهب بابني ، وقد سقاني من بئر أبي عتبة^(٤) ، وقد نفعني . فقال له النبي ﷺ : « هَذَا أَبُوكَ ، وَهَذِهِ أُمُّكَ ، فَخُذْ بِيَدِ أَيُّهُمَا شِئْتَ » . فأخذ بيد أمه ، فانطلقت به . رواه أبو داود^(٥) ، ولأنه إجماع الصحابة ، فروى عن عمر ، أنه خير

٢٠٤/٨ ظ

(١) في أ ، م : « اختاره » .

(٢) في م : « يعرب » تحريف . وأثر الغلام : ألقى ثغره ، ونبت ثغره ، ضد .

(٣) أخرجه سعيد في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ . وأخرجه

الشافعي . انظر : الباب السابع في الحضنة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٢/٢ ، ٦٣ .

كما أخرجه الترمذي ، في : باب ما جاء في تخيير الغلام بين أبيه إذا اترقا ، من أبواب الأحكام . عارضة الأحوذى

١٠٩/٦ . وابن ماجه ، في : باب تخيير الصبي بين أبيه ، من كتاب الأحكام . سنن ابن ماجه ٧٨٨/٢ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٢٤٦/٢ .

(٤) في م : « عتبة » . وبئر أبي عتبة : على بعد ميل من المدينة . معجم البلدان ٤٣٤/١ .

(٥) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه الدارمي ، في : باب في تخيير الصبي بين أبيه ، من كتاب الطلاق . سنن الدارمي ١٧٠/٢ .

غلاماً بين أبيه وأمه . رواه سعيد^(٦) ، ورؤي عن^(٧) . عُمارة الجرمي ، أنه قال : خَيْرِنِي عَلَى بَيْنِ عَمِّي وَأُمِّي ، وَكَنْتُ ابْنَ سَبْعٍ أَوْ ثَمَانٍ^(٨) . ورؤي نحو ذلك عن أبي هريرة . وهذه قِصَصٌ فِي مَظَنَّةِ الشُّهُرَةِ ، وَلَمْ تُنْكَرْ ، فَكَانَتْ إِجْمَاعًا ، وَلِأَنَّ التَّقْدِيمَ فِي الْحَضَانَةِ لِحَقِّ^(٩) الْوَالِدِ ، فَيُقَدَّمُ^(١٠) مَنْ هُوَ أَشْفَقُ ؛ لِأَنَّ حَظَّ الْوَالِدِ عِنْدَهُ أَكْثَرُ ، وَاعْتَبَرْنَا الشَّفَقَةَ بِمَظَنَّتَيْهَا إِذَا لَمْ يُمَكِّنْ اعْتِبَارُهَا بِنَفْسِهَا ، فَإِذَا بَلَغَ الْغُلَامُ حَدًّا يُعْرَبُ عَنْ نَفْسِهِ ، وَيُمَيِّزُ بَيْنَ الْإِكْرَامِ وَضِدِّهِ ، فَمَالَ إِلَى أَحَدِ الْأَبْوَيْنِ ، دَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَزْفَقُ بِهِ ، وَأَشْفَقُ عَلَيْهِ ، فَقُدِّمَ بِذَلِكَ . وَقَيَّدَنَاهُ بِالسَّبْعِ ؛ لِأَنَّهَا أَوَّلُ حَالِ أَمْرِ الشَّرْعِ فِيهَا بِمُخَاطَبَتِهِ بِالْأَمْرِ بِالصَّلَاةِ ، وَلِأَنَّ الْأُمَّ قُدِّمَتْ فِي حَالِ الصَّغَرِ ، لِحَاجَتِهِ إِلَى حَمَلِهِ ، وَمُبَاشَرَةِ خِدْمَتِهِ ، لِأَنَّهَا أَعْرَفُ بِذَلِكَ ، وَأَقْرَبُ بِهِ ، فَإِذَا اسْتَعْنَى عَنْ ذَلِكَ ، تَسَاوَى وَالِدَاهُ ، لِقُرْبِهِمَا مِنْهُ ، فَرَجَّحَ بِاخْتِيَارِهِ .

فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ، ثم اختار الآخر ، رد إليه ، فإن عاد فاختار الأول ، أعيد إليه ، هكذا أبدا كلما اختار أحدهما صار إليه ؛ لأنه اختيار شهوة ، لحظ نفسه ، فأثبع ما يشتهي ، كما يثبع ما يشتهي في المأكل والمشروب ، وقد يشتهي المقام عند أحدهما في وقت ، وعند الآخر في وقت ، وقد يشتهي التسوية بينهما ، وأن لا ينقطع عنهما . وإن خيّرناه ، فلم يَحْتَرَّ واحدا منهما ، أو اختارهما معا ، قُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ ؛ لِأَنَّهُ لَا مَزِيَّةَ لِأَحَدِهِمَا عَلَى صَاحِبِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ اجْتِمَاعُهُمَا عَلَى حَضَانَتِهِ ،

(٦) في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١٠/٢ ، ١١١ .

كما أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا اختلفا ... ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الرجل يطلق امرأته ولها ولد صغير . من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٦/٥ .

(٧) سقط من : ١ .

(٨) أخرجه البيهقي ، في : باب الأبوين إذا اختلفا ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٤/٨ . والشافعي ، انظر : الباب السابع في الحضانة ، من كتاب الطلاق . ترتيب المسند ٦٣/٢ . وسعيد ، في : باب الغلام بين الأبوين أيهما أحق به ، من كتاب الطلاق . السنن ١١١/٢ . وابن أبي شيبة ، في : باب ما قالوا في الأولياء والأعمام أيهم أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . المصنف ٢٣٩/٥ ، ٢٤٠ .

(٩) في م : « يلحق به » .

(١٠) في ب ، م : « فيتقدم » .

فَقُدِّمَ أَحَدُهُمَا بِالْقُرْعَةِ ، فَإِذَا قُدِّمَ بِهَا ، ثُمَّ اخْتَارَ الْآخَرَ ، رُدِّ إِلَيْهِ ؛ لِأَنَّ قَدْمَنَا اخْتِيَارَهُ الثَّانِي
عَلَى الْأَوَّلِ ، فَعَلَى الْقُرْعَةِ / الَّتِي ^(١١) هِيَ بَدَلٌ أَوْلَى .

و٢٠٥/٨

فصل : فَإِنْ كَانَ الْأَبُ مَعْدُومًا ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَحَضَرَ غَيْرَهُ مِنْ
الْعَصَبَاتِ ، كَالأَخِ وَالْعَمِّ وَابْنِهِ ، قَامَ مَقَامَ الْأَبِ ، فَيُخَيَّرُ الْغُلَامُ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَصَبَتِهِ ؛ لِأَنَّ
عَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، خَيَّرَ عُمَارَةَ الْجَرْمِيِّ بَيْنَ أُمِّهِ وَعَمِّهِ . وَلِأَنَّ عَصَبَةَ ، فَأَشْبَهَ الْأَبَ .
وَكَذَلِكَ إِنْ كَانَتِ الْأُمُّ ^(١٢) مَعْدُومَةً ، أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسُلِّمَ ^(١٣) إِلَى الْجَدَّةِ ،
خَيْرَ الْغُلَامِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ أَبِيهِ ، أَوْ مَنْ يَقُومُ مَقَامَهُ مِنَ الْعَصَبَاتِ ، فَإِنْ كَانَ الْأَبْوَانُ مَعْدُومَيْنِ ،
أَوْ مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، فَسُلِّمَ إِلَى امْرَأَةٍ ، كَأَخْتِهِ أَوْ عَمَّتِهِ ^(١٤) أَوْ خَالَتِهِ ، قَامَتْ مَقَامَ
أُمِّهِ ، فِي التَّخْيِيرِ بَيْنَهَا وَبَيْنَ عَصَبَاتِهِ ، لِلْمَعْنَى الَّتِي ذَكَرْنَا فِي الْأَبْوَانِ . فَإِنْ كَانَ الْأَبْوَانُ
رَاقِقَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَحَدٌ مِنْ أَقَارِبِهِ سِوَاهُمَا ، فَقَالَ الْقَاضِي : لَا حَضَانَةَ لِهَذَا عَلَيْهِ ، وَلَا نَفَقَةَ
لَهُ عَلَيْهِمَا ، وَنَفَقَتَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ ، وَيُسَلَّمُ إِلَى مَنْ يَحْضُنُّهُ مِنَ الْمُسْلِمِينَ .

فصل : وَإِنَّمَا يُخَيَّرُ الْغُلَامُ بِشَرْطَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَكُونَ جَمِيعًا مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ،
فَإِنْ كَانَ أَحَدُهُمَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، كَانَ كَالْمَعْدُومِ ، وَيُعَيَّنُ الْآخَرُ . الثَّانِي ، أَنْ لَا
يَكُونَ الْغُلَامُ مَعْتُوهَا ، فَإِنْ كَانَ مَعْتُوهَا كَانَ عِنْدَ الْأُمِّ ، وَلَمْ يُخَيَّرْ ؛ لِأَنَّ الْمَعْتُوَةَ بِمَنْزِلَةِ الطِّفْلِ
وَإِنْ كَانَ كَبِيرًا ، وَلِذَلِكَ كَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِكِفَالَةِ وَلَدِهَا الْمَعْتُوَةَ بَعْدَ بُلُوغِهِ . وَلَوْ خُيِّرَ
الصَّبِيُّ ، فَاخْتَارَ أَبَاهُ ، ثُمَّ زَالَ عَقْلُهُ ، رُدِّ إِلَى الْأُمِّ ، وَبَطَلَ اخْتِيَارُهُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا خُيِّرَ حِينَ
اسْتَقَلَّ بِنَفْسِهِ ، فَإِذَا زَالَ اسْتِقْلَالُهُ بِنَفْسِهِ ، كَانَتِ الْأُمُّ أَوْلَى ؛ لِأَنَّهَا أَسْفَقَتْ عَلَيْهِ ، وَأَقْرَبُ
بِمَصَالِحِهِ ^(١٥) ، كَمَا فِي حَالِ طِفْلِهِ .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في ا ، ب ، م ، د : أمه .

(١٣) في الأصل : فيسلم .

(١٤) في ا ، ب ، م ، د : وعمته .

(١٥) في ا : بمصالحته .

١٤٠١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا بَلَغَتِ الْجَارِيَةُ سَبْعَ سِنِينَ ، فَلَأَبٌ أَحَقُّ بِهَا)

وقال الشافعيُّ : تُخَيَّرُ كَالْغُلَامِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ سِنٍّ تُخَيَّرُ فِيهِ الْغُلَامُ تُخَيَّرَتْ فِيهِ الْجَارِيَةُ ، كَسِنَّ الْبُلُوغِ . وقال أبو حنيفةَ : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا ، حَتَّى تُزَوِّجَ أَوْ تَحِيضَ . وقال مالكٌ : الْأُمُّ أَحَقُّ بِهَا حَتَّى تُزَوِّجَ وَيَدْخُلَ ^(١) بِهَا الزَّوْجُ ؛ لِأَنَّهَا لَا حُكْمَ لِاخْتِيَارِهَا ، وَلَا يُمَكِّنُ انْفِرَادُهَا ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقَّ بِهَا ، كَمَا قَبِلَ السَّبْعَ . ولَنَا ، أَنَّ الْعَرَضَ بِالْحَضَانَةِ الْحِطُّ ، وَالْحِطُّ لِلْجَارِيَةِ بَعْدَ السَّبْعِ فِي الْكَوْنِ عِنْدَ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهَا تَحْتَاجُ إِلَى حِفْظٍ ، وَالْأَبُ أَوْلَى بِذَلِكَ ، فَإِنَّ الْأُمَّ تَحْتَاجُ إِلَى مَنْ يَحْفَظُهَا / وَيَصُونُهَا ، وَلِأَنَّهَا إِذَا بَلَغَتِ السَّبْعَ ، قَارَبَتْ الصَّلَاحِيَةَ لِلتَّزْوِيجِ ، وَقَدْ تَزَوَّجَ النَّبِيُّ ﷺ عَائِشَةَ ، وَهِيَ ابْنَةُ سَبْعٍ ^(٢) . وَإِنَّمَا تُحْطَبُ الْجَارِيَةُ مِنْ أَبِيهَا ؛ لِأَنَّهُ وَلِيِّهَا ، وَالْمَالِكُ لِتَزْوِيجِهَا ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِالْكَفَاءَةِ ، وَأَقْدَرُ عَلَى الْبَحْثِ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يُقَدَّمَ عَلَى غَيْرِهِ ، وَلَا يُصَارُ إِلَى تَخْيِيرِهَا ؛ لِأَنَّ الشَّرْعَ لَمْ يَرِدْ بِهِ فِيهَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُهَا عَلَى الْغُلَامِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَحْتَاجُ إِلَى الْحِفْظِ وَالتَّزْوِيجِ ، كَمَا حَاجَتِهَا إِلَيْهِ ، وَلَا عَلَى سِنَّ الْبُلُوغِ ؛ لِأَنَّ قَوْلَهَا حِينَئِذٍ مُعْتَبَرٌ فِي إِذْنِهَا ، وَتَوْكِيلِهَا ، وَإِقْرَارِهَا ، وَاخْتِيَارِهَا ، بِخِلَافِ مَسْأَلَتِنَا ، وَلَا يَصِحُّ قِيَاسُ مَا بَعْدَ السَّبْعِ عَلَى مَا قَبْلَهَا ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي دَلِيلِنَا .

فصل : إِذَا كَانَتِ الْجَارِيَةُ عِنْدَ الْأُمِّ أَوْ عِنْدَ الْأَبِ ، فَإِنَّهَا تَكُونُ عِنْدَهُ لَيْلًا وَنَهَارًا ؛ لِأَنَّ تَأْدِيبَهَا وَتَحْرِيجَهَا فِي جَوْفِ الْبَيْتِ ، مِنْ تَعْلِيمِهَا الْعَزْلَ وَالطَّبِيعَ وَغَيْرَهُمَا ^(٣) ، وَلَا حَاجَةَ بِهَا إِلَى الْإِخْرَاجِ مِنْهُ ، وَلَا يُمْنَعُ أَحَدُهُمَا مِنْ زِيَارَتِهَا عِنْدَ الْآخَرِ ، مِنْ غَيْرِ أَنْ يَخْلُوَ الزَّوْجُ بِأُمِّهَا ، وَلَا يُطِيلُ ، وَلَا يَتَبَسَّطُ ؛ لِأَنَّ الْفُرْقَةَ بَيْنَهُمَا تَمْنَعُ تَبَسُّطَ أَحَدِهِمَا فِي مَنْزِلِ الْآخَرِ . وَإِنْ مَرَضَتْ ، فَلِأُمِّ أَحَقُّ بِتَمْرِضِهَا فِي بَيْتِهَا . وَإِنْ كَانَ الْغُلَامُ عِنْدَ الْأُمِّ بَعْدَ السَّبْعِ ، لِاخْتِيَارِهِ لَهَا ، كَانَ عِنْدَهَا لَيْلًا ، وَيَأْخُذُ الْأَبُ نَهَارًا لِيُسَلِّمَهُ فِي مَكْتَبِ ، أَوْ

(١) فِي أ ، ب ، م : « أَوْ يَدْخُلُ » .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي صَفْحَةِ ٣٩٦ ، ٣٩٨/٩ .

(٣) فِي أ ، ب ، م : « وَغَيْرِهَا » .

في صناعةٍ ؛ لأنَّ القَصْدَ حَظُّ الغُلامِ ، وَحَظُّهُ فيما ذَكَرناه . وإن كان عند الأبِ ، كان عنده ليلاً ونهاراً ، ولا يُمنَعُ من زيارةِ أمِّه ؛ لأنَّ منعه من ذلك إغراءٌ بالعُقوقِ ، وقَطِيعَةٌ للرَّحِمِ^(٤) . وإن مَرِضَ ، كانت الأمُّ أَحَقَّ بِتَمْرِيبِهِ في بَيْتِها ؛ لأنَّهُ صار بالمرِضِ كالصغيرِ ، في الحاجةِ إلى مَنْ يَقومُ بأمرِهِ ، فكانت الأمُّ أَحَقَّ به كالصغيرِ . وإن مَرِضَ أحدُ الأبوينِ ، والولدُ عند الآخرِ ، لم يُمنَعُ من عِيادَتِهِ ، وَحُضُورِهِ عند مَوْتِهِ ، سواء كان ذَكَراً أو أنثى ؛ لأنَّ المَرِضَ يَمْنَعُ المَرِيضَ من المَشْيِ إلى وِلْدِهِ^(٥) ، فَمَشَى وِلْدَهُ إليه أُولَى . فأمَّا في حالِ الصَّحَّةِ ، فإنَّ الغلامَ يَزُورُ أمَّهُ ؛ لأنَّها عَوْرَةٌ ، فَسَترُها أُولَى ، والأمُّ تَزُورُ ابنتَها ؛ لأنَّ كُلَّ واحدةٍ منهما عَوْرَةٌ ، تَحْتَاجُ إلى صِيانَةٍ وَسَترٍ ، وَسَترُ الجاريةِ أُولَى ؛ لأنَّ الأمَّ قد تَحَرَّجَتْ وَعَقَلَتْ ، بخلافِ الجاريةِ .

فصل : وإذا أراد أحدُ الأبوينِ السَّفَرَ لحاجةٍ ثم يَعُودُ ، والآخِرُ مُقِيمٌ ، فالمُقيمُ أُولَى بالحِضانةِ ؛ لأنَّ في المُسافَرةِ / بالوَلَدِ إضراراً به ، وإن كان مُنتَقِلاً إلى بلدٍ لِيُقيمَ به ، وكان الطَّرِيقُ مَخُوفاً^(٦) أو البَلَدُ^(٧) الذي يَنْتَقِلُ إليه مَخُوفاً ، فالمُقيمُ^(٨) أَحَقُّ بِهِ^(٩) ؛ لأنَّ في السَّفَرِ به خَطَرٌ به ، ولو اختارَ الوَلَدُ السَّفَرَ في هذه الحَالِ ، لم يُجَبَّ إليه ؛ لأنَّ فيه تَعَرُّباً به . وإن كان البَلَدُ^(٨) الذي يَنْتَقِلُ إليه^(٨) آمناً ، وطَّرِيقُهُ آمِنٌ ، فالأبُ أَحَقُّ به ، سواء كان هو المُقيمَ أو المُنتَقِلاً ، إلا أن يكونَ بينَ البَلَدَيْنِ قَريبٌ ، بحيثُ يَراهُمُ الأبُ كُلَّ يومٍ وَيَرَوْنَهُ ، فتكونُ الأمُّ على حِصانَتِها . وقال القاضي : إذا كان السَّفَرُ دُونَ مَسافَةِ القَصْرِ ، فهو في حُكْمِ الإقامَةِ . وهو قولُ بعضِ^(٩) أَصْحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّ ذلك في حُكْمِ الإقامَةِ في غيرِ هذا الحُكْمِ ، فكذلك في هذا ، لأنَّ^(١٠) مُراعاةَ الأبِ له مُمكنَةٌ . والمَنْصُوصُ عن أحمدَ

٢٠٦/٨ و

(٤) في ا ، ب ، م : « الرحم » .

(٥) في ب ، م : « والده » خطأ .

(٦-٦) في ب : « والبلد » .

(٧-٧) في م : « أولى بالحضانة » .

(٨-٨) سقط من : الأصل .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) في ا ، ب : « ولأن » .

ما ذكرناه ، وهو أولى ؛ لأنَّ البُعْدَ الذي يَمْنَعُهُ من رُؤْيَتِهِ ، يَمْنَعُهُ من تَأْدِيهِهِ ، وتَعْلِيْمِهِ ، ومُراعَاةِ حالِهِ ، فَأَشْبَهَ مَسَافَةَ القَصْرِ . وبما ذكرناه من تَقْدِيمِ الأبِّ عند اقْتِرَاقِ الدارِ بهما ، قال شُرَيْحٌ ، ومالِكٌ ، والشافِعِيُّ . وقال أصحابُ الرِّأْيِ : إنَّ انْتَقَلَ الأبُّ ، فالأُمُّ أَحَقُّ به ، وإنَّ انْتَقَلَتِ الأُمُّ إلى البَلَدِ الذي^(١١) كان فيه أصلُ النكاحِ ، فهي أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتِ إلى غيرِهِ ، فالأبُّ أَحَقُّ . وحِكْيَى عن أبي حنيفةَ : إنَّ انْتَقَلَتِ من بَلَدٍ إلى قَرْيَةٍ ، فالأبُّ أَحَقُّ ، وإنَّ انْتَقَلَتِ إلى بَلَدٍ آخَرَ ، فهي أَحَقُّ ؛ لأنَّ في البَلَدِ يُمَكِّنُ تَعْلِيمُهُ وتَحْرِيبُهُ . ولنا ، أَنَّهُ اخْتَلَفَ مَسْكَنُ الأَبُوَيْنِ ، فكان الأبُّ أَحَقُّ ، كَالوَ انْتَقَلَتِ من بَلَدٍ إلى قَرْيَةٍ ، أو إلى بَلَدٍ لم يَكُنْ فيه أصلُ النكاحِ ، وما ذكروه لا يَصِحُّ ؛ لأنَّ الأبَّ في العادةِ هو الذي يَقُومُ بتَأْدِيْبِ ابْنِهِ وتَحْرِيبِهِ وحِفْظِ نَسَبِهِ ، فإذا لم يَكُنْ في بَلَدِهِ ضاعَ ، فَأَشْبَهَ ما لو كان في قَرْيَةٍ . وإنَّ انْتَقَلَا جَمِيعًا إلى بَلَدٍ واحدٍ ، فالأُمُّ^(١٢) باقيةٌ على حَضائَتِها . وكذلك إنَّ أَخَذَهُ الأبُّ لِاقْتِرَاقِ البَلَدَيْنِ ، ثم اجْتَمَعَا ، عادتْ إلى الأُمِّ حَضائَتِها . وغيرُ الأُمِّ مَمَّنْ له الحِضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، يَقُومُ مَقَامَها ، وغيرُ الأبِّ من عَصَباتِ الوَلَدِ ، يَقُومُ مَقَامَها ، عند عَدَمِهما ، أو كَوْنِهما من غيرِ أَهْلِ الحِضَانَةِ .

١٤٠٢ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ لَمْ تَكُنْ أُمٌّ ، أَوْ تَزَوَّجَتِ الأُمُّ ، فَأُمُّ الأبِّ أَحَقُّ مِنَ الخَالَةِ)

٢٠٦/٨ ط في هذه / المسألة فصلان :

أحدهما : أنَّ الأُمَّ إذا تَزَوَّجَتِ ، سَقَطَتِ حَضائَتُها . قال ابن المُنْدِرِ : أَجْمَعَ على هذا كُلٌّ مِنْ أَحْفَظُ عَنْهُ مِنَ أَهْلِ العِلْمِ . قَضَى به شُرَيْحٌ ، وهو قولُ مالِكٍ ، والشافِعِيِّ ، وأصحابِ الرِّأْيِ . وحِكْيَى عن الحَسَنِ ، أَنَّهُ لا تَسْقُطُ بالتَزْوِيجِ . ونَقَلَ مُهتَأً عن أحمدَ : إذا تَزَوَّجَتِ الأُمُّ ، وابْنُها صَغِيرٌ ، أُخِذَ مِنْها . قيل له : فالجاريةُ مثلُ الصَّبِيِّ ؟ قال :

(١١) سقط من : م .
(١٢) في ١ ، م : : الأُمُّ .

لا ، الجارية تكون معها إلى سبع سنين . فظاهر هذا أنه لم يُزل الحضانة عن الجارية لتزويج أمها ، وأزالتها عن الغلام . ووجه ذلك ما روى ، أن علياً وجعفرًا وزيد بن حارثة ، تنازعوا في حضانة ابنة حمزة ، فقال علي : ابنة عمي ، وأنا أخذتها . وقال زيد : بنت أخي ؛ لأن رسول الله ﷺ آخى بين زيد وحمزة . وقال جعفر : بنت عمي ، وعندى خالتها . فقال رسول الله ﷺ : « الخالة أم » . وسلمها إلى جعفر . رواه أبو داود^(١) بنحو هذا المعنى ، فجعل لها الحضانة وهي مزروجة . والرواية الأولى هي الصحيحة . قال ابن أبي موسى : وعليها العمل ؛ لقول رسول الله ﷺ للمرأة : « أنت أحق به ، ما لم تنكحني »^(٢) . ولأنها إذا تزوجت ، اشتغلت بحقوق الزوج عن الحضانة ، فكان الأب أحق له ، ولأن منافعها تكون مملوكة لغيرها ، فأشبهت المملوكة . فأما بنت حمزة ، فإنما قضى بها لخالتها ؛ لأن زوجها من أهل الحضانة ، ولأنه لا يساويه في الاستحقاق إلا علي ، وقد ترجع جعفر بأن امرأته من أهل الحضانة ، فكان أولى . وعلى هذا ، متى كانت المرأة مزروجة لزوج من أهل الحضانة ، كالجدة تكون مزروجة للجد ، لم تسقط حضانتها ؛ لأنه يشارِكها في الولادة والشفقة على الولد ، فأشبهت الأم إذا كانت مزروجة للأب . ولو تنازع العمان في الحضانة ، وأحدهما مزروج للأم ، أو الخالة ، فهو أحق ، لحديث بنت حمزة . وكذلك كل عصبتين تساويا ، وأحدهما مزروج بمن هي من أهل الحضانة ، قدم بها لذلك . وظاهر قول الخرقى ، أن التزويج بأجنبي يسقط الحضانة بمجرّد العقد ، وإن عرى عن الدخول . وهو قول الشافعي ، ويحتمل أن لا تسقط إلا بالدخول . وهو قول مالك ؛ لأن به تشتغل عن الحضانة . ووجه الأول ، قول النبي ﷺ : « أنت أحق به ما لم تنكحني » . وقد وجد التكاخ قبل الدخول ،

٢٠٧/٨

(١) في : باب من أحق بالولد ، من كتاب الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٠/١ .

كما أخرجه البخاري ، في : باب كيف يكتب : هذا ما صالح فلان بن فلان ... ، من كتاب الصلح ، وفي : باب

عمره القضاء ، من كتاب المغازي . صحيح البخاري ٢٤٢/٣ ، ١٨٠/٥ .

(٢) تقدم تحريجه ، في صفحة ٤١٤ .

ولأنَّ بالعقد^(٣) يَمْلِكُ مَنْاعَهَا ، وَيَسْتَحِقُّ زَوْجَهَا مَنْعَهَا مِنْ حَضَانَتِهِ ، فزال حَقُّهَا ، كما لو دَخَلَ بِهَا .

الفصل الثاني : أَنَّ الأُمَّ إِذَا عُيِدِمَتْ ، أَوْ تَزَوَّجَتْ ، أَوْ لَمْ تَكُنْ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، وَاجْتَمَعَتْ أُمُّ أَبِي وَخَالَاتُهُ ، فَأُمُّ الأَبِ أَحَقُّ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ فِي الْجَدِيدِ . وَحِكْمِيُّ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ ، وَأَبِي ثَوْرٍ . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، أَنَّ الأَخْتَ وَالخَالَاتَةَ أَحَقُّ مِنَ الأَبِ . فَعَلَى هَذَا ، يَحْتَمَلُ أَنْ تَكُونَ الخَالَاتَةُ أَحَقَّ مِنْ أُمِّ الأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ الْقَدِيمِ ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِأُمِّ ، وَأُمُّ الأَبِ تُدْلِي بِهِ^(٤) ، فَقُدِّمَ مَنْ يُدْلِي بِالأُمِّ ، كَقُدِّيمِ أُمِّ الأُمِّ عَلَى أُمِّ الأَبِ ، وَلِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَضَى بَيْنَتِ حَمْرَةَ لِخَالَاتِهَا ، وَقَالَ : « الخَالَاتَةُ أُمٌّ » . وَلَنَا ، أَنَّ أُمَّ الأَبِ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الخَالَاتَةِ ، كَأُمِّ الأُمِّ ، وَلِأَنَّهَا وَوِلادَةٌ وَوَرِاثَةٌ ، فَأُشْبِهَتْ أُمُّ الأُمِّ . فَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَيَدُلُّ عَلَى أَنَّ لِلخَالَاتَةِ حَقًّا فِي الْجُمْلَةِ ، وَلَيْسَ التَّرَاغُ فِيهِ ، إِنَّمَا التَّرَاغُ فِي التَّرْجِيحِ عِنْدَ الْاجْتِمَاعِ . وَقَوْلُهُمْ : تُدْلِي بِأُمِّ . قُلْنَا : لَكِنْ لَا وِلادَةٌ لَهَا ، فَيُقَدِّمُ عَلَيْهَا مَنْ لَهُ وِلادَةٌ ، كَقُدِّيمِ أُمِّ الأُمِّ عَلَى الخَالَاتَةِ . فَعَلَى هَذَا ، مَتَى وُجِدَتْ جَدَّةٌ وَارِثَةٌ ، فَهِيَ أَوْلَى مِمَّنْ هُوَ مِنْ غَيْرِ عَمُودِي النَّسَبِ بِكُلِّ حَالٍ وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِفَضِيلَةِ الْوِلادَةِ وَالْوَرِاثَةِ ، فَأَمَّا أُمُّ أَبِي الأُمِّ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهَا ؛ لِأَنَّهَا تُدْلِي بِأَبِي الأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ^(٤) ، وَلَا لِمَنْ^(٥) أَذْلَى بِهِ .

فصل : فَإِنْ اجْتَمَعَتْ أُمُّ أُمِّ وَأُمُّ أَبِي ، فَأُمُّ الأُمِّ أَحَقُّ ، وَإِنْ عَلَتْ دَرَجَتُهَا ؛ لِأَنَّهَا وِلادَةٌ ، وَهِيَ تُدْلِي بِالأُمِّ الَّتِي تُقَدِّمُ عَلَى الأَبِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا عَلَيْهَا ، كَقُدِّيمِ الأُمِّ عَلَى الأَبِ . وَعَنْ أَحْمَدَ أَنَّ أُمَّ الأَبِ أَحَقُّ . وَهُوَ قِيَاسُ قَوْلِ الْخِرَقِيِّ ؛ لِأَنَّه قَدَّمَ خَالَاتَةَ الأَبِ عَلَى خَالَاتَةِ الأُمِّ ، وَخَالَاتَةَ الأَبِ أُخْتُ أُمِّهِ ، وَخَالَاتَةَ الأُمِّ أُخْتُ أُمِّهَا ، فَإِذَا قَدَّمَ

(٣) فِي ب : « الْعَقْدُ » .

(٤) سَقَطَ مِنْ ب .

(٥) فِي أ ، م : « مِنْ » .

أُخْتٌ أُمُّ الْأَبِ ، دَلَّ عَلَى تَقْدِيمِهَا ، وَذَلِكَ لِأَنَّهَا تُدَلِّي بِعَصَبِيَّةٍ ، مَعَ مُسَاوَاتِهَا لِلْآخَرَى فِي
 الْوِلَادَةِ ، فَوَجِبَ تَقْدِيمُهَا ، كَتَقْدِيمِ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَإِنَّمَا
 قُدِّمَتْ / الْأُمُّ عَلَى الْأَبِ ؛ لِأَنَّهَا أُتِيَتْ^(٦) تَبْلَى الْحِضَانَةَ بِنَفْسِهَا ، فَكَذَلِكَ أُمُّهُ ، فَإِنَّهَا أُتِيَتْ
 تَبْلَى بِنَفْسِهَا ، فَقُدِّمَتْ لِمَا ذَكَرْنَاهُ .

١٤٠٣ - مسألة ؛ قال : (وَالْأُخْتُ مِنَ الْأَبِ أَحَقُّ مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأُمِّ ، وَأَحَقُّ
 مِنَ الْحَالَةِ)

وجملته أنه إذا عُدِمَ مَنْ يَسْتَحِقُّ الْحِضَانَةَ ، مِنَ الْآبَاءِ وَالْأُمَّهَاتِ وَإِنْ عَلَوْا ، انْتَقَلَتْ إِلَى
 الْأَخْوَاتِ ، وَقُدِّمَ عَلَى سَائِرِ الْقَرَابَاتِ ، كَالْحَالَاتِ وَالْعَمَّاتِ وَغَيْرِهِنَّ ؛ لِأَنَّهِنَّ شَارَكْنَ
 فِي النَّسَبِ ، وَقُدِّمْنَ فِي الْمِيرَاثِ ، وَلِأَنَّ الْعَمَّاتِ وَالْحَالَاتِ إِنَّمَا يُدَلِّسْنَ بِأُخُوَّةِ الْآبَاءِ
 وَالْأُمَّهَاتِ ، وَلَا مِيرَاثَ لَهُنَّ مَعَ ذِي فَرْضٍ وَلَا عَصَبِيَّةٍ ، فَالْمُدَلِّي إِلَى نَفْسِ الْمَكْفُولِ وَيَرْتُهُ ،
 أَقْرَبُ وَأَشْفَقُ ، فَكَانَ أَوْلَى . وَأَوْلَى الْأَخْوَاتِ مَنْ كَانَ لِأَبَوَيْنِ ، لِقُوَّةِ قَرَابَتِهَا ، « ثُمَّ مَنْ
 كَانَ لِأَبٍ^(١) ، ثُمَّ مَنْ كَانَ لِأُمٍّ ، نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ أَبُو
 حَنِيفَةَ : الْأُخْتُ مِنَ الْأُمِّ أَوْلَى مِنَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزَنِّيِّ ، وَابْنِ سُرَيْجٍ ؛
 لِأَنَّهَا أَدَلَّتْ بِالْأُمِّ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى الْمُدَلِّيَةِ بِالْأَبِ ، كَأُمِّ الْأُمِّ مَعَ أُمِّ الْأَبِ . وَقَالَ ابْنُ سُرَيْجٍ :
 تُقَدَّمُ الْحَالَةُ عَلَى الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ ؛ لِذَلِكَ . وَلِأَبِي حَنِيفَةَ فِيهِ^(٢) رِوَايَتَانِ . وَلَنَا ، أَنَّ
 الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِ أَقْوَى فِي الْمِيرَاثِ ، فَقُدِّمَتْ ، كَالْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ ، وَلَا تَحْفَظِي
 قُوَّتُهَا ، فَإِنَّهَا أُقِيمَتْ مُقَامَ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبَوَيْنِ عِنْدَ عَدَمِهَا ، وَتَكُونُ عَصَبَةً مَعَ الْبَنَاتِ ،
 وَتُقَاسِمُ الْجَدَّ ، وَمَا ذَكَرُوهُ مِنَ الْإِدْلَائِ لَا يَلْزَمُ ؛ لِأَنَّ الْأُخْتِ تُدَلِّي بِنَفْسِهَا ؛ لِكَوْنِهَا
 مُخْلِقًا مِنْ مَاءٍ وَاحِدٍ ، وَلِهَا^(٣) تَعْصِيبٌ ، فَكَانَتْ أَوْلَى . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٦) فِي ١ ، م : « التى » .

(١-١) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٣) فِي ب ، م : « ولها » .

١٤٠٤ - مسألة ؛ قال : (وحالة الأب أحق من حالة الأم)

وجملته أنه إذا عُدِمَتِ الأمهات والآباء والأخوات ، انتقلت الحضانة إلى الخالات ، ويُقدَّمَنَ على العمَّاتِ . نصَّ عليه أحمد . ويَحْتَمِلُ ^(١) كلامُ الخِرَقِيِّ تقدِيمَ العمَّاتِ ؛ لأنه قدَّمَ حالةَ الأب ، وهي أختُ أمِّه ، على حالةِ الأمِّ ، وهي أختُ أمِّها ، فيدُلُّ ذلك على تقدِيمِ قرابةِ الأبِّ على قرابةِ الأمِّ ، ولأنَّهنَّ يُدَلِّينَ بعصية ، فقدَّمَنَ ، كتقدِيمِ الأختِ من الأبِّ على الأختِ من الأمِّ . وقال القاضي : مُرادُ الخِرَقِيِّ بقوله : حالة الأب . أى الحالةُ من الأبِّ تُقدَّمُ على الحالةِ من الأمِّ ، كتقدِيمِ الأختِ من الأبِّ على الأختِ من الأمِّ ؛ لأنَّ الخالاتِ أخواتُ الأمِّ ، فيَجْرَيْنَ في الاستِحْقاقِ والتَّقْدِيمِ فيما ^(٢) بينهنَّ مَجْرَى الأخواتِ المُفْتَرِقَاتِ ، وكذلك الحكمُ في العمَّاتِ المُفْتَرِقَاتِ . فإن قلنا بتقدِيمِ ^(٣) الأمِّ / الخالاتِ ، فإذا انْقَرَضَنَ فالعمَّاتُ بعدهنَّ ، وإن قلنا بتقدِيمِ العمَّاتِ ، فالخالاتُ بعدهنَّ ، فإذا عُدِمَنَ ، انتقلت إلى خالاتِ الأبِّ ، على قولِ الخِرَقِيِّ ، وعلى القولِ الآخرِ ، إلى خالاتِ الأمِّ . وهل يُقدَّمُ خالاتُ الأبِّ على عمَّاتِهِ ؟ على وَجْهَيْنِ ، بناءً على ما ذكرنا في الخالاتِ والعمَّاتِ . فأما عمَّاتُ الأمِّ ، فلا حضانةَ لهنَّ ؛ لأنَّهنَّ يُدَلِّينَ بأبى الأمِّ ، وهو رجلٌ من ذَوَى الأرحامِ ، لا حضانةَ له ، ولا لمن أدلَّى به .

فصل : ولللرجال من العصبات مدخل في الحضانة ، وأولاهم الأب ، ثم الجدُّ أبو الأب وإن عَلا ، ثم الأخُّ من الأبوين ، ثم الأخُّ من الأبِّ ، ثم بنوهم وإن سَقَلُوا ، على ترتيبِ الميراثِ ، ثم العمومةُ ، ثم بنوهم كذلك ، ثم عمومةُ الأبِّ ، ثم بنوهم . وهذا قولُ الشافعيِّ . وقال بعضُ أصحابِهِ : لا حضانةَ لغيرِ الآباءِ والأجدادِ ؛ لأنَّهم لا معرفةَ لهم بالحضانةِ ، ولا لهم ولايةٌ بأنفسِهِم ، فلم يكنْ لهم حضانةٌ ، كالأجانِبِ . ولنا ،

(١) في ب : « ويحمل » .

(٢) في ب : « على ما » .

(٣) في ب : « بتقدم » .

أَنْ عَلِيًّا وَجَعْفَرًا اِخْتَصَمَا فِي حَضَانَةِ ابْنَةِ حَمْزَةَ ، فَلَمْ يُنْكَرْ عَلَيْهِمَا^(٤) النَّبِيُّ ﷺ ادِّعَاءَ الْحَضَانَةِ^(٥) . وَلَئِنْ لَمْ يَلَيْسَ لَهُمْ وِلَايَةٌ وَتَعْصِيْبًا بِالْقَرَابَةِ ، فَتَثْبُتْ لَهُمُ الْحَضَانَةُ ، كَالْأَبِ وَالْجَدِّ ، وَفَارَقَ الْأَجَانِبَ ؛ فَإِنَّهُمْ لَيْسَتْ لَهُمْ قَرَابَةٌ وَلَا شَفَقَةٌ ، وَلَئِنْ الْأَجَانِبُ تَسَاوَوْا فِي عَدَمِ الْقَرَابَةِ ، فَلَيْسَ وَاحِدٌ مِنْهُمْ أَوْلَىٰ بِالتَّقْدِيمِ مِنَ الْآخَرِ ، وَالْعَصَبَاتُ لَهُمْ قَرَابَةٌ يَمْتَازُونَ بِهَا ، وَأَحَقُّهُمْ بِالْحَضَانَةِ أَحَقُّهُمْ بِالمِيرَاثِ بَعْدَ الْآبَاءِ وَالْأَجْدَادِ ، وَيَقُومُونَ مَقَامَ الْأَبِ فِي التَّخْيِيرِ لِلصَّبِيِّ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْأُمِّ ، أَوْ غَيْرِهَا^(٦) مِمَّنْ لَهُ الْحَضَانَةُ مِنَ النِّسَاءِ ، وَيَكُونُونَ أَحَقَّ بِالْجَارِيَةِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ، إِلَّا ابْنَ الْعَمِّ ، فَإِنَّ الْجَارِيَةَ لَا تُسَلَّمُ إِلَيْهِ إِذَا بَلَغَتْ سَبْعًا ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَحْرَمٍ لَهَا .

فصل : فَأَمَّا الرِّجَالُ مِنْ ذَوِي الْأَرْحَامِ ، كَالْحَالِ ، وَالْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ، وَابْنِ الْأُمِّ ، وَابْنِ الْأُخْتِ ، فَلَا حَضَانَةَ لَهُمْ مَعَ وُجُودِ أَحَدٍ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ سِوَاهُمْ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِامْرَأَةٍ يَتَوَلَّى الْحَضَانَةَ ، وَلَا لَهُ قُوَّةُ قَرَابَةٍ كَالْعَصَبَاتِ ، وَلَا حَضَانَةٌ^(٧) لِمَنْ^(٨) يُدْلِي بِهِمْ ، كَأُمِّ أَبِي الْأُمِّ ، وَابْنَةِ الْحَالِ ، وَابْنَةِ الْأَخِ مِنَ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِينَ بِمَنْ لَا حَضَانَةَ لَهُ ، فَإِذَا لَمْ تَثْبُتْ لِلْمُدْلَى بِهِ^(٩) ، فَلِلْمُدْلِينَ بِهِ أَوْلَىٰ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ هُنَاكَ غَيْرُهُمْ ، اخْتَمَلَ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، هُمُ أَوْلَىٰ ؛ لِأَنَّ لَهُمْ رَحِمًا وَقَرَابَةً يَرْتُونَ بِهَا عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَىٰ مِنْهُمْ ، كَذَلِكَ الْحَضَانَةُ تَكُونُ لَهُمْ عِنْدَ عَدَمِ مَنْ هُوَ أَوْلَىٰ بِهَا مِنْهُمْ . / والثاني ، لا حق لهم في الحضانية ، ٢٠٨/٨ ظ

وَيَنْتَقِلُ الْأَمْرُ إِلَى الْحَاكِمِ . وَالْأَوَّلُ أَوْلَىٰ .

فصل : فِي بَيَانِ الْأَوْلَىٰ فَالْأَوْلَىٰ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، عِنْدَ اجْتِمَاعِ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ .

(٤) فِي ب ، م : « عَلَيْهِمْ » .

(٥) تَقْدِمٌ تَخْرِيْجُهُ ، فِي صَفْحَةِ ٤٢١ .

(٦) فِي ب : « غَيْرِهَا » .

(٧) فِي أ ، م ، نَهَادَةٌ : « إِلَّا » .

(٨) فِي ب ، م : « بِمَنْ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ م .

أُولَى الكُلِّ بِهَا الأُمُّ ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا وَإِنْ عَلَوْنَ ، يُقَدَّمُ مِنْهُنَّ الأَقْرَبُ فَالأَقْرَبُ ؛ لِأَنَّهنَّ نِسَاءٌ وَلا دُثْنَهُنَّ مُتَحَقِّقَةٌ ، فَهِيَ فِي مَعْنَى الأُمِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ : أَنَّ الأَبَّ وَأُمَّهَاتِهَا مُقَدَّمَاتٌ ^(١٠) عَلَى أُمِّ الأُمِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرِّوَايَةِ ، يَكُونُ الأَبُّ أُولَى بِالتَّقْدِيمِ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بِهِ ، فَيَكُونُ الأَبُّ بَعْدَ الأُمِّ ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهُ . وَالأُولَى هِيَ المَشْهُورَةُ عِنْدَ أَصْحَابِنَا ، وَأَنَّ المُقَدَّمَ الأُمُّ ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهَا ، ثُمَّ الأَبُّ ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهُ ، ثُمَّ الجَدُّ ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهُ ، ثُمَّ جَدُّ الأَبِّ ، ثُمَّ أُمَّهَاتُهُ وَإِنْ كُنَّ غَيْرَ وَارِثَاتٍ ؛ لِأَنَّهُنَّ يُدْلِلْنَ بَعْضِيَّةً مِنْ أَهْلِ الحَضَانَةِ ، بِخِلَافِ أُمِّ أَبِي الأُمِّ . وَحُكِيَ عَنِ أَحْمَدَ رِوَايَةً أُخْرَى ؛ أَنَّ الأَخْتَ مِنْ الأُمِّ وَالحَالَةَ أَحَقُّ مِنَ الأَبِّ . فَتَكُونُ الأَخْتُ مِنَ الأَبَوَيْنِ أَحَقُّ مِنْهُ وَمِنْهُمَا وَمِنْ جَمِيعِ العَصَبَاتِ . وَالأُولَى هِيَ المَشْهُورَةُ فِي المَذْهَبِ . فَإِذَا انْقَرَضَ الآبَاءُ وَالأُمَّهَاتُ ، انْتَقَلَتِ الحَضَانَةُ إِلَى الأَخْوَاتِ ، وَتُقَدَّمُ الأَخْتُ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ الأَخْتُ مِنَ الأَبِّ ، ثُمَّ الأَخْتُ مِنَ الأُمِّ ، وَتُقَدَّمُ الأَخْتُ عَلَى الأَخِّ ؛ لِأَنَّهَا امْرَأَةٌ مِنْ أَهْلِ الحَضَانَةِ ، فَقُدِّمَتْ عَلَى مَنْ فِي دَرَجَتِهَا مِنَ الرِّجَالِ ، كَالأُمِّ تُقَدَّمُ عَلَى الأَبِّ ، وَالأَبُّ عَلَى أَبِي الأَبِّ ، وَكُلُّ جَدَّةٍ فِي دَرَجَةِ جَدِّ تُقَدَّمُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهَا تَلِي الحَضَانَةَ بِنَفْسِهَا ، وَالرِّجُلُ لا يَلِيهَا بِنَفْسِهِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يُقَدَّمُ عَلَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ عَصَبَةٌ بِنَفْسِهِ . وَالأَوَّلُ أَوْلَى . وَفِي تَقْدِيمِ الأَخْتِ مِنَ الأَبَوَيْنِ ، أَوْ مِنَ الأَبِّ عَلَى الجَدِّ ، وَجْهَانِ . وَإِذَا لم تَكُنْ أُخْتُ ، فَالأَخُّ لِلأَبَوَيْنِ أُولَى ، ثُمَّ الأَخُّ لِلأَبِّ ، ثُمَّ أَبْنَاؤُهُمَا ، وَلا حَضَانَةَ لِلأَخِّ لِلأُمِّ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . فَإِذَا عُدُّوا ، صَارَتِ الحَضَانَةُ لِلخَالَاتِ ، عَلَى الصَّحِيحِ ، وَتُرْتَبِيهِنَّ فِيهَا كترتيب الأَخْوَاتِ . وَلا حَضَانَةَ لِلأَخْوَالِ ، فَإِذَا عُدِّمْنَ ^(١١) صَارَتِ لِلعَمَّاتِ ، وَيُقَدَّمْنَ عَلَى الأَعْمَامِ ، كَتَقْدِيمِ الأَخْوَاتِ عَلَى الإِخْوَةِ ، ثُمَّ لِلعَمِّ لِلأَبَوَيْنِ ، ثُمَّ لِلعَمِّ لِلأَبِّ ، وَلا حَضَانَةَ لِلعَمِّ ^(١٢) مِنَ الأُمِّ ^(١٣) ، ثُمَّ أَبْنَاؤُهُمَا ، ثُمَّ إِلَى خَالَاتِ الأَبِّ ، عَلَى قَوْلِ الخِرَقِيِّ ، وَعَلَى القَوْلِ ^(١٣) الآخَرِ ، إِلَى خَالَاتِ الأُمِّ ، ثُمَّ إِلَى عَمَّاتِ الأَبِّ ، وَلا حَضَانَةَ

(١٠) فِي الأَصْلِ : « مُقَدَّمَاتٌ » .

(١١) فِي ب : « عَدِمَتْ » .

(١٢-١٣) فِي أ : « لِلأُمِّ » .

(١٣) فِي م : « قَوْلٌ » .

لَعَمَاتِ الْأُمِّ ؛ لِأَنَّهِنَّ يُدْلِلْنَ بِأَيْبَى (١٤) الْأُمِّ ، وَلَا حَضَانَةَ لَهُ . وَإِنْ اجْتَمَعَ شَخْصَانُ أَوْ أَكْثَرُ مِنْ أَهْلِ الْحَضَانَةِ فِي دَرَجَةٍ ، قُدِّمَ الْمُسْتَحِقُّ مِنْهُمْ بِالْفُرْعَةِ .

٢٠٩/٨ و

فصل : وإن / تَرَكَتِ الْأُمُّ الْحَضَانَةَ مَعَ اسْتِحْقَاقِهَا لَهَا ، ففِيهِ وَجْهَانُ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَنْتَقِلُ إِلَى الْأَبِّ ؛ لِأَنَّ أُمَّهَاتِهَا فَرَعٌ عَلَيْهَا فِي الْاسْتِحْقَاقِ ، فَإِذَا اسْقَطَتْ حَقَّهَا ، سَقَطَ فُرُوعُهَا . وَالثَّانِي ، تَنْتَقِلُ إِلَى أُمَّهَاتِهَا (١٥) وَهُوَ أَصَحُّ ؛ لِأَنَّ الْأَبَّ أَبَعَدُ ، فَلَا تَنْتَقِلُ الْحَضَانَةُ إِلَيْهِ مَعَ وُجُودِ أَقْرَبٍ مِنْهُ ، كَمَا لَا تَنْتَقِلُ إِلَى الْأُخْتِ ، وَكَوْنُهُنَّ فُرُوعًا (١٦) لَهَا ، لَا يُوجِبُ سُقُوطَ حُقُوقِهِنَّ بِسُقُوطِ حَقِّهَا ، كَمَا لَوْ سَقَطَ (١٧) حَقُّهَا لَكُونِهَا مِنْ غَيْرِ أَهْلِ الْحَضَانَةِ ، أَوْ لَتَزَوَّجَهَا . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي الْأَبِّ إِذَا اسْقَطَ حَقَّهُ ، هَلْ يَسْقُطُ حَقُّ أُمَّهَاتِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ أُخْتٌ مِنْ أَبَوَيْنِ ، وَأُخْتٌ مِنْ أَبِي ، فَاسْقَطَتِ الْأُخْتُ مِنَ الْأَبَوَيْنِ حَقَّهَا ، لَمْ يَسْقُطْ حَقُّ الْأُخْتِ مِنَ الْأَبِّ ؛ لِأَنَّ اسْتِحْقَاقَهَا مِنْ غَيْرِ جِهَتِهَا ، وَلَيْسَتْ فُرْعًا عَلَيْهَا .

١٤٠٥ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَخَذَ الْوَالِدُ مِنَ الْأُمِّ إِذَا تَزَوَّجَتْ ، ثُمَّ طَلَّقَتْ ، رَجَعَتْ عَلَى حَقِّهَا مِنْ كَفَالَتِهِ)

وبهذا قال الشافعي ، وأبو ثور ، وأصحاب الرأي ، إلا أن أبا حنيفة والمزني قالوا (١) : إن كان الطلاق رجعياً ، لم يعد حَقُّهَا ؛ لِأَنَّ الزَّوْجِيَّةَ (٢) قَائِمَةٌ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ كَانَتْ فِي صُلْبِ النِّكَاحِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا مُطَلَّقةٌ ، فَعَادَ حَقُّهَا مِنَ الْحَضَانَةِ ، كَالْبَائِنِ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّهَا زَوْجَةٌ . قُلْنَا : إِلَّا أَنَّهُ قَدْ عَزَلَهَا عَنْ فِرَاشِهِ ، وَلَمْ يَبْقَ لَهَا عَلَيْهِ قَسَمٌ ، وَلَا لَهَا بِهِ شُعْلٌ ، وَعَقْدٌ

(١٤) م : « بآب » .

(١٥) م ، ب ، م : « أمها » .

(١٦) م : « فروعها » خطأ .

(١٧) م : « أسقط » .

(١) م : « قال » .

(٢) م : « الزوجة » .

سَبَبُ زَوَالِ نِكَاحِهَا ، فَأَشْبَهَتْ (٣) الْبَائِنَ فِي عِدَّتِهَا . وَيُخَرَّجُ عِنْدَنَا مِثْلُ قَوْلِهِمَا (٤) ، لِكَوْنِ النِّكَاحِ قَبْلَ الدُّخُولِ مُزِيدًا لِحَقِّ الْحِضَانَةِ ، مَعَ عَدَمِ الْقَسَمِ وَالشُّغْلِ بِالزَّوْجِ .

فصل : وَكُلُّ قَرَابَةٍ تُسْتَحَقُّ بِهَا الْحِضَانَةُ ، مَنَعَ مِنْهَا مَانِعٌ ، كَرَقِيقٍ ، أَوْ كُفْرٍ ، أَوْ فِسْقٍ (٥) ، أَوْ جُنُونٍ ، أَوْ صِبَعٍ ، إِذَا زَالَ الْمَانِعُ ، مِثْلُ أَنْ عَتَقَ الرَّقِيقُ ، وَأَسْلَمَ الْكَافِرُ ، وَعَدَلَ الْفَاسِقُ ، وَعَقَلَ الْمَجْنُونُ ، وَبَلَغَ الصَّغِيرُ ، عَادَ حَقُّهُمْ مِنَ الْحِضَانَةِ ؛ لِأَنَّ سَبَبَهَا قَائِمٌ ، وَإِنَّمَا امْتَنَعَتْ لِمَانِعٍ ، فَإِذَا زَالَ الْمَانِعُ ، عَادَ الْحَقُّ بِالسَّبَبِ السَّابِقِ الْمُلَازِمِ ، كَالزَّوْجَةِ إِذَا طَلَّقَتْ .

١٤٠٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا تَزَوَّجَتِ الْمَرْأَةُ ، فَلِزَوَّجِهَا أَنْ يَمْنَعَهَا مِنْ (١) رِضَاعِ وَلَدِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ، وَيُحْشَى عَلَيْهِ التَّلَفُ)

وَجَمَلُهُ ذَلِكَ أَنَّ لِلزَّوْجِ مَنَعَ امْرَأَتِهِ مِنْ رِضَاعِ وَلَدِهَا مِنْ غَيْرِهِ ، وَمِنْ رِضَاعِ وَلَدِ غَيْرِهَا ، إِلَّا أَنْ يُضْطَرَّ إِلَيْهَا ؛ لِأَنَّ عَقْدَ النِّكَاحِ يَقْتَضِي تَمَلُّكَ (٢) الزَّوْجِ الِاسْتِمْتَاعَ فِي كُلِّ الزَّمَانِ ، مِنْ كُلِّ الْجِهَاتِ ، سِوَى أَوْقَاتِ الصَّلَوَاتِ ، وَالرِّضَاعُ يُفَوِّتُ عَلَيْهِ الِاسْتِمْتَاعَ ط ٢٠٩/٨ فِي / بَعْضِ الْأَوْقَاتِ ، فَكَانَ لَهُ الْمَنَعُ كَالْمُخْرُوجِ مِنْ مَنَزِلِهِ . فَإِنْ اضْطُرَّ الْوَالِدُ إِلَيْهَا (٣) ، بِأَنْ لَا تُوجَدَ مُرْضِعَةٌ سِوَاهَا ، أَوْ لَا يَقْبَلُ الْوَالِدُ الِارْتِضَاعَ مِنْ غَيْرِهَا ، وَجَبَ التَّمَكُّينُ مِنْ إِرْضَاعِهِ ؛ لِأَنَّهَا حَالُ ضَرُورَةٍ ، وَحِفْظُ لِنَفْسِ وَلَدِهَا ، فَقَدَّمَ عَلَى حَقِّ الزَّوْجِ ، كَتَقْدِيمِ الْمُضْطَرِّ عَلَى الْمَالِكِ إِذَا لَمْ يَكُنْ بِالْمَالِكِ مِثْلَ ضَرُورَتِهِ .

فصل : فَإِنْ أَرَادَتْ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا مِنْهُ ، فَكَلَامُ الْجَرَقِيِّ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ؛

(٣) فِي الْأَصْلِ : « فَأَشْبَهَ » .

(٤) فِي ب : « قَوْلُهُمْ » .

(٥) فِي أ ، ب ، م : « فِسْقٍ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٢) فِي أ ، ب ، م : « تَمَلِّكٌ » .

(٣) سَقَطَ مِنْ : أ ، ب ، م .

أحدهما ، أن له مَنَعَهَا من رِضَاعِهِ ؛ لعموم لَفْظِهِ . وهو قولُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه يُخِلُّ باستِمتاعِهِ منها ، فأشْبَهَ ما لو كان الولدُ من غيرِهِ . والثاني ، ليس له مَنَعُهَا ؛ فَإِنَّه قال : وإن أَرَادَتْ رِضَاعَ وَلِيدِهَا بِأَجْرَةٍ مِثْلِهَا ، فَهِيَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، سِوَاءَ كَانَتْ فِي حَبَالِ الزَّوْجِ أَوْ مُطَلَّقَةً ، وذلك لقول الله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾ (٤) . وهذا خَبَرٌ يُرَادُ بِهِ الأَمْرُ (٥) ، وهو عامٌّ في كلِّ والدةٍ ، ولا يَصِحُّ مِنْ أَصْحَابِ الشافعيِّ حَمْلُهُ عَلَى الْمُطَلَّقاتِ ؛ لأنَّه جَعَلَ لَهُنَّ رِزْقَهُنَّ وَكُسُوتَهُنَّ ، وَهَمَّ لَا يُعْجِزُونَّ جَعَلَ ذَلِكَ أَجْرَ الرِّضَاعِ وَلَا غَيْرِهِ . وَقَوْلُنَا ، فِي الوَجْهِ الأَوَّلِ : إِنَّه يُخِلُّ باستِمتاعِهِ . قُلْنَا : وَلَكِنْ لإيْفاءِ حَقِّ عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ ذَلِكَ مُمْتَنِعًا ، كَأَنَّ قِضَاءَ دَيْنِهِ بَدَعَ مَالَهُ فِيهِ وَاجِبٌ ، سِيمًا إِذَا تَعَلَّقَ بِهِ حَقُّ الوَلِيدِ ، فِي كَوْنِهِ مَعَ أُمِّهِ ، وَحَقُّ (٦) الأُمِّ فِي الجَمْعِ (٦) بَيْنَهَا (٧) وَبَيْنَ وَلِيدِهَا . وَهَذَا الوَجْهُ ظَاهِرٌ كَلَامِ ابْنِ أَبِي مُوسَى ، وَالأَوَّلُ (٨) ظَاهِرٌ كَلَامِ القاضِي أَبِي يَعْلَى .

فصل : وَإِنْ أَجْرَتِ المَرأةُ نَفْسَها لِلرِّضَاعِ ، ثُمَّ تَزَوَّجَتْ ، صَحَّ النِّكاحُ ، وَلَمْ يَمْلِكِ الزَّوْجُ فَسَخَ الإِجَارَةَ ، وَلَا (٩) مَنَعَهَا مِنَ الرِّضَاعِ حَتَّى تَنْقُضِيَ المُدَّةَ ؛ لِأَنَّ مَنافِعَها مُلِكتْ بِعَقْدِ سابِقِ عَلى نِكاِحِهِ ، فَأَشْبَهَ ما لو اشْتَرَى أُمَّةً مُسْتَأْجِرَةً ، أَوْ دارًا مَشْغُولَةً . فَإِنْ نَامَ الصَّبِيُّ ، أَوْ اشْتَعَلَ بِغَيْرِها ، فَلِلزَّوْجِ الاستِمتاعُ ، وَلَيْسَ لَوَلِيِّ الصَّبِيِّ مَنَعُهُ . وَهَذَا قالُ الشافعيُّ . وَقَالَ مالِكٌ : لَيْسَ لَهُ وَطؤها إِلَّا بِرِضَى (١٠) الوَلِيِّ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ يَنْقُصُ اللَّبْنَ . وَلِنَا ، أَنَّ وَطءَ الزَّوْجِ مُسْتَحَقٌّ بِالعَقْدِ ، فَلَا يَسْقُطُ بِأَمْرِ مَشْكَوكٍ فِيهِ ، كَمَا لو أَذِنَ الوَلِيُّ

(٤) سورة البقرة ٢٣٣ .

(٥) في ١ ، ب ، م ، : أمر .

(٦-٦) في الأصل : : الجميع .

(٧) في النسخ : : بينهما .

(٨) في ١ ، ب ، م ، : وهو .

(٩) في م : : وله .

(١٠) في م : : برضاء .

فيه ، ولأنه يجوز له الوطء مع إذن الولي ، فجاز مع عدمه ؛ لأنه ليس للولي الإذن فيما يضر الصبي ، ويسقط حُوقه .

فصل : وإن أجزت المرأة المُرَّوَجَّةُ نَفْسَهَا لِلرِّضَاعِ ، بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، جاز ، وَلَزِمَ الْعَقْدُ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَهَا ، وَلَا يُخْرَجُ عَنْهَا . وَإِنْ أَجْرَتْهَا بِغَيْرِ إِذْنِ الزَّوْجِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِمَا يَتَضَمَّنُ مِنْ تَفْوِيْتِ حَقِّ زَوْجِهَا . وَهَذَا أَحَدُ الْوَجْهَيْنِ / لِأَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَالْآخَرُ ، يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ تَنَاوَلَ مَحَلًّا غَيْرَ مَحَلِّ النِّكَاحِ ، لَكِنْ لِلزَّوْجِ فَسَخَّه ؛ لِأَنَّهُ يَفُوتُ بِهِ الْاسْتِمْتَاعُ وَيَحْتَلُّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ عَقْدٌ يَفُوتُ بِهِ ^(١) حَقُّ مَنْ تَبَّتْ لَهُ الْحَقُّ بِعَقْدٍ سَابِقٍ ، فَلَمْ يَصِحَّ ، كَأَجَارَةِ الْمُسْتَأْجِرِ .

١٤٠٧ - مسألة ؛ قال : (وَعَلَى الْآبِ أَنْ يَسْتَرْضِعَ لَوْلَدِهِ ، إِلَّا أَنْ تَشَاءَ الْأُمُّ أَنْ تُرَضِعَهُ بِأَجْرَةٍ مِثْلِهَا ، فَتَكُونَ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ، سَوَاءً كَانَتْ فِي حَيْثُ الزَّوْجِ ، أَوْ مُطَلَّغَةً)

الكلام في هذه المسألة في فصلين :

أولهما : أَنَّ رِضَاعَ الْوَلَدِ عَلَى الْآبِ وَحْدَهُ ، وَلَيْسَ لَهُ إِجْبَارُ أُمِّهِ عَلَى رِضَاعِهِ ، دَنِيئَةً كَانَتْ أَوْ شَرِيفَةً ، سَوَاءً كَانَتْ فِي حَيْثُ الزَّوْجِ أَوْ مُطَلَّغَةً . وَلَا تَعْلَمُ فِي عَدَمِ إِجْبَارِهَا عَلَى ذَلِكَ إِذَا كَانَتْ مُفَارِقَةً خِلَافًا ، فَأَمَّا إِنْ كَانَتْ مَعَ الزَّوْجِ ، فَكَذَلِكَ عِنْدَنَا ، وَبِهِ يَقُولُ الثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ ابْنُ أَبِي ^(١) كَيْلَى ، وَالْحَسَنُ ابْنُ صَالِحٍ : لَهُ إِجْبَارُهَا عَلَى رِضَاعِهِ ^(٢) . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي ثَوْرٍ ، وَرَوَايَةٌ عَنْ مَالِكٍ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ ﴾ ^(٣) .

(١) سقط من : ١ .

(١) سقط من : م .

(٢) في م : « رضاعها » .

(٣) سورة البقرة ٢٣٣ .

والمشهور عن مالك ، أنها إن كانت شريفة لم تجر عادة مثلها بالرضاع لو ولدها ، لم تجبر عليه ، وإن كانت ممن ترضع في العادة ، أُجبرت عليه . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَإِنْ تَعَاَسَرْتُمْ فَمَنْ تَرْضِعُهُ لَهُ أُخْرَى ﴾ (٤) . وإذا اختلفا فقد تعاسرا ، ولأن الإجماع على الرضاع لا يخلو ، إما أن يكون لحق الولد ، أو لحق الزوج ، أو لهما ، لا يجوز أن يكون لحق الزوج ، فإنه لا يملك إجبارها على رضاع ولده من غيرها ، ولا على خدمته فيما يختص به . ولا يجوز أن يكون لحق الولد ، لأنه (٥) لو كان له ، للزمتها بعد الفرقة ، ولأنه مما يلزم الوالد لولده ، فلزم الأب على الخصوص ، كالتفقه ، أو كما بعد الفرقة . ولا يجوز أن يكون لهما ؛ لأن ما لا مناسبة فيه ، لا يثبت الحكم بأضمام بعضه إلى بعض ، ولأنه لو كان لهما ، لثبت الحكم به بعد الفرقة ، والآية محمولة على حال الإنفاق وعدم التعاسر .

الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها ، فهي أحق به ، سواء كانت في حال الزوجية أو بعدها ، وسواء وجد الأب مرضعة متبرعة (٦) أو لم يجد . وقال أصحاب الشافعي : إن كانت في جبال الزوج ، فلزوجها منعها من إرضاعه ؛ لأنه يفوت حق الاستمتاع / بها في بعض الأحيان ، وإن استأجرها على رضاعه ، لم يجز ؛ لأن المنافع حق له ، فلا يجوز أن يستأجر منها ما هو أو بعضه حق له . وإن أرضعت الولد ، فهل لها أجر المثل ؟ على وجهين . وإن كانت مطلقة ، فطلبت أجر المثل ، فأراد انتزاعه منها ليسلمه إلى من ترضعه بأجر المثل أو أكثر ، لم يكن له ذلك ، وإن وجد متبرعة ، أو من ترضعه بدون أجر المثل ، فله انتزاعه منها ، في ظاهر المذهب ؛ لأنه لا يلزمه التزام المؤنة مع دفع حاجة الولد بدونها . وقال أبو حنيفة : إن طلبت الأجر ، لم يلزم الأب (٧) بذله لها (٧) ، ولا يسقط حقها من الحضانية ، وتأتى المرضعة ترضعه

(٤) سورة الطلاق ٦ .

(٥) في م : « فإن ذلك » .

(٦) سقط من : ١ .

(٧-٧) في الأصل ، ١ ، ب : « بذله » . ويصح على أن يكون ما تقدم : « إن طلبت الأجرة » .

عندها ؛ لأنه أمكنَ الجمع بين الحَقَّين ، فلم يَجْزُ الإخلالُ بأحدهما . ولنا ، على الأول ، ما تقدّم ، وعلى جواز الاستئجار ، أنه عقْدُ إجارةٍ يَجُوزُ مع^(٨) غير الزوج إذا أُذِنَ فيه ، فجاز مع الزوج ، كما جازة نفسها للخياطة أو الخدمة . وقولهم : إن المنافع مملوكة له . غير صحيح ؛ فإنه لو ملكَ منفعة الحضانية ، لملكَ إجبارها عليها ، ولم تجز إجارة نفسها لغيره بإذنه ، ولكانت الأجرة له ، وإنما امتنعت^(٩) إجارة نفسها لأجنبيٍّ بغير إذنه ، لما فيه من تفويت الاستمتاع في بعض الأوقات ، ولهذا جازت بإذنه ، وإذا استأجرها ، فقد أُذِنَ لها في إجارة نفسها ، فصَحَّ ، كما يصحُّ من الأجنبيِّ . وأمّا الدليل على وجوب تقديم الأمِّ ، إذا طلبت أجر مثلها ، على المتبرِّعة ، فقوله تعالى : ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُنَّمَّ الرَّضَاعَةَ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ . وقوله سبحانه : ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَارْتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾^(١٠) . ولأنَّ الأمَّ أحنى وأشفق ، ولبنها أمرٌ من لبن غيرها ، فكانت أحقَّ به من غيرها ، كما لو طلبت الأجنبية رضاعه بأجر مثلها ، ولأنَّ في رضاع غيرها تفويتا لحقِّ الأمِّ من الحضانية ، وإضرارًا بالولد ، ولا^(١١) يجوز تفويت حقِّ الحضانية الواجب ، والإضرار بالولد لغرض إسقاط^(١٢) حقِّ أوجهه الله تعالى على الأب . وقول أبي حنيفة يُفَضَى إلى تفويت حقِّ الولد من لبن أمه ، وتفويت [حقِّ] الأمِّ في إرضاعه لبنها ، فلم يَجْزُ ذلك ، كما لو تبرَّعت برضاعه . فأما إن طلبت الأمُّ أكثر من أجر مثلها ، ووجد الأبُّ مَنْ تُرضِعه بأجر مثلها ، أو متبرِّعة ، جاز انتزاعه منها ؛ لأنها أسقطت حقها باشتراطها ، / وطلبها ما ليس لها ، فدخلت في عموم قوله : ﴿ فَسْتَرْضِعْ لَهُ أُخْرَى ﴾ . وإن لم يجد

(٨) في م : من .

(٩) في الأصل ، ب : امتنع .

(١٠) سورة الطلاق ٦ .

(١١) سقطت الوار من : ١ ، م .

(١٢) سقط من : الأصل .

مُرْضِعَةً^(١٣) إِلَّا بِمِثْلِ تِلْكَ الْأَجْرَةِ ، فالأُمُّ أَحَقُّ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَتَا فِي الْأَجْرِ ، فَكَانَتِ الْأُمُّ أَحَقُّ ، كَمَا لَوْ طَلَبْتَ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا أَجْرَ مِثْلِهَا .

فصل : وَإِنْ طَلَبَتْ ذَاتُ الزَّوْجِ الْأَجْنَبِيُّ إِرْضَاعَ وَلَدِهَا ، بِأَجْرَةِ مِثْلِهَا ، بِإِذْنِ زَوْجِهَا ، ثَبَّتَ حَقُّهَا ، وَكَانَتْ أَحَقُّ بِهِ مِنْ غَيْرِهَا ؛ لِأَنَّ الْأُمَّ إِذَا مُنِعَتْ مِنَ الْإِرْضَاعِ لِحَقِّ الزَّوْجِ ، فَإِذَا أُذِنَ فِيهِ ، زَالَ الْمَانِعُ ، فَصَارَتْ كغَيْرِ ذَاتِ الزَّوْجِ ، وَإِنْ مَنَعَهَا الزَّوْجُ ، سَقَطَ حَقُّهَا ؛ لِتَعَدُّرِ وُصُولِهَا إِلَى ذَلِكَ .

فصل : وَإِنْ أَرْضَعَتِ الْمَرْأَةُ وَلَدَهَا ، وَهِيَ فِي حِبَالِ الْوَالِدِ ، فَاحْتَاجَتْ إِلَى زِيَادَةِ نَفَقَةٍ ، لَزِمَهُ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾^(١٤) . وَلِأَنَّهَا تَسْتَحِقُّ عَلَيْهِ قَدْرَ كِفَايَتِهَا ، فَإِذَا زَادَتْ حَاجَتَهَا ، زَادَتْ كِفَايَتُهَا . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(١٣) فِي ب : ٥ مِنْ يَرْضِعُهُ .

(١٤) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ٢٣٣ .

باب نَفَقَةِ الْمَمَالِكِ

١٤٠٨ - مسألة ؛ قال أبو القاسم : (وَعَلَى مُلَاكِ الْمَمْلُوكِينَ أَنْ يُنْفِقُوا عَلَيْهِمْ وَيَكْسُوهُمْ بِالْمَعْرُوفِ)

وجملة ذلك أن نفقة المملوكين على ملائكتهم ثابتة بالسنة والإجماع ؛ أما السنة ، فما روى أبو ذر ، عن النبي ﷺ ، أنه قال : « إخوانكم خولكم ، جعلهم الله تحت أيديكم ، فمن كان أخوه تحت يده ، فليطعمه مما يأكل ، وليلبسه مما يلبس ، ولا تكلفوهم ما يغلبهم ، فإن كلفتموهم فأعينوهم عليه ^(١) » . متفق عليه ^(٢) . وروى أبو هريرة ، أن النبي ﷺ ، قال : « للمملوك طعامه وكسوته بالمعروف ، ولا يكلف من العمل ما لا يطيق » . رواه الشافعي ، في « مسنده » ^(٣) . وأجمع العلماء على

(١) في الأصل زيادة : « له » .

(٢) سقط من : م .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب المعاصي من أمر الجاهلية ولا يكفر صاحبها بارتكابها إلا بالشرك ، من كتاب الإيمان . وفي : باب قول النبي ﷺ : « العبيد إخوانكم فأطعموهم مما تأكلون » ، من كتاب العتق . وفي : باب ما ينهى من السباب واللعن ، من كتاب الأدب . صحيح البخاري ١/١٤ ، ٣/١٩٥ ، ٨/١٩٠ . ومسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل واللباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣/١٢٨٣ ، ١٣٨٢ . كما أخرجه أبو داود ، في : باب في حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢/٦٣٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الإحسان إلى الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ٨/١٢٦ . وابن ماجه ، في : باب الإحسان إلى المماليك ، من كتاب الأدب . سنن ابن ماجه ٢/١٢١٦ ، ١٢١٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ٥/١٦١ .

(٤) انظر : الباب الأول فيما جاء في العتق وحق المملوك ، من كتاب العتق . ترتيب المسند ٢/٦٦ .

كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل واللباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ٣/١٢٨٤ . والإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستعذان . الموطأ ٢/٩٨٠ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢/٢٤٧ ، ٣٤٢ .

وَجُوبِ نَفَقَةِ الْمَمْلُوكِ عَلَى سَيِّدِهِ ، وَلَأَنَّهُ لَا بُدَّ لَهُ مِنْ نَفَقَةٍ ، وَمَنَافِعِهِ لِسَيِّدِهِ ، وَهُوَ أَحْصَى النَّاسَ بِهِ ، فَوَجِبَتْ نَفَقَتُهُ عَلَيْهِ ، كَبَهِيمَتِهِ . وَالْوَاجِبُ مِنْ ذَلِكَ قَدْرُ كِفَايَتِهِ مِنْ غَالِبِ قُوَّةِ الْبَلَدِ ، سِوَاءَ كَانَ قُوَّةَ سَيِّدِهِ ، أَوْ ذُوئِهِ ، أَوْ فَوْقَهُ ، وَأَدَمٌ مِثْلُهُ بِالْمَعْرُوفِ ؛ لِقَوْلِهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « لِلْمَمْلُوكِ طَعَامُهُ وَكُسُوتُهُ بِالْمَعْرُوفِ » . وَالْمُسْتَحَبُّ أَنْ يُطْعَمَهُ مِنْ جِنْسِ طَعَامِهِ ؛ لِقَوْلِهِ : « فَلْيُطْعَمَهُ مِمَّا يَأْكُلُ » . فَجَمَعْنَا بَيْنَ الْحَبْرَيْنِ ، وَحَمَلْنَا خَيْرَ أَبِي هُرَيْرَةَ عَلَى الْإِجْزَاءِ ، وَحَدِيثَ (٥) أَبِي ذَرٍّ عَلَى الْأَسْتِحْبَابِ . / وَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ أَنْ يَجْعَلَ نَفَقَتَهُ مِنْ كَسْبِهِ ، إِنْ كَانَ لَهُ كَسْبٌ ، وَبَيْنَ أَنْ يُنْفِقَ عَلَيْهِ مِنْ مَالِهِ وَيَأْخُذَ كَسْبَهُ ، أَوْ يَجْعَلَهُ بِرِسْمِ خِدْمَتِهِ ؛ لِأَنَّ الْكُلَّ مَالُهُ ، فَإِنْ جَعَلَ نَفَقَتَهُ فِي كَسْبِهِ ، فَكَانَتْ وَفَقَى الْكَسْبِ ، صَرْفَهُ إِلَيْهَا ، وَإِنْ فَضَلَ مِنَ الْكَسْبِ شَيْءٌ ، فَهُوَ لِسَيِّدِهِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِ عَوَزٌ ، فَعَلَى سَيِّدِهِ تَمَامُهَا . وَأَمَّا الْكُسُوءُ فَبِالْمَعْرُوفِ مِنْ غَالِبِ الْكُسُوءِ لِأَمْتَالِ الْعَبْدِ ، فِي ذَلِكَ الْبَلَدِ الَّذِي هُوَ بِهِ ، وَالْأَوْلَى أَنْ يُلْبَسَهُ مِنْ لِبَاسِهِ ؛ لِقَوْلِهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : « وَلْيُلْبَسْهُ مِمَّا يُلْبَسُ » . وَيُسْتَحَبُّ أَنْ يُسَاوَى بَيْنَ عَبِيدِهِ الذُّكُورِ فِي الْكُسُوءِ وَالْإِطْعَامِ ، وَبَيْنَ إِمَائِهِ إِنْ كُنَّ لِلْخِدْمَةِ أَوْ الْأَسْتِمْتَاعِ ، وَإِنْ كَانَ فِيهِمْ مَنْ هُوَ لِلْخِدْمَةِ ، وَفِيهِمْ مَنْ هُوَ لِلْأَسْتِمْتَاعِ ، فَلَا بَأْسَ بِزِيَادَةِ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْأَسْتِمْتَاعِ (٦) فِي الْكُسُوءِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمُ الْعُرْفِ ، وَلِأَنَّ غَرَضَهُ تَجْمِيلُ مَنْ يُرِيدُهَا لِلْأَسْتِمْتَاعِ (٦) ، بِخِلَافِ الْخَادِمَةِ (٧) .

فصل : إِذَا تَوَلَّى أَحَدُهُمْ طَعَامَهُ ، اسْتَحَبَّ لَهُ أَنْ يُجْلِسَهُ مَعَهُ ، فَيَأْكُلُ ، فَإِنْ لَمْ يَفْعَلْ ، اسْتَحَبَّ أَنْ يُطْعَمَهُ مِنْهُ ، وَلَوْ لُقْمَةً أَوْ لُقْمَتَيْنِ ؛ لِمَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قَالَ : « إِذَا كَفَى أَحَدَكُمْ خَادِمُهُ طَعَامَهُ (٧) ، حَرَّهُ وَدُخَانَهُ ، فَلْيَدْعُهُ ، وَلْيُجْلِسْهُ مَعَهُ (٨) ،

(٥) في ا ، ب ، م ، زيادة : « خير » .

(٦-٦) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٧) سقط من : ب .

(٨) سقط من : م .

فإن أبا ، فليروغ له اللقمة واللقمتين « . رواه البخاري^(٩) . ومعنى ترويع اللقمة ،
 غمسها في المرق والدسم ، وترويتها بذلك ، ويدفعها^(١٠) إليه . ولأنه يشتبهه لحضوره
 فيه ، وتوليئه إياه ، وقد قال الله تعالى : ﴿ وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ أُولُو الْقُرْبَىٰ وَالْيَتَامَىٰ
 وَالْمَسَاكِينُ فَارْزُقُوهُمْ مِنْهُ ﴾^(١١) . الآية^(١٢) ، ولأن نفس الحاضر تتوق ما لا تتوق نفس
 الغائب .

فصل : ولا يجوز أن^(١٣) يكلفه من العمل ما لا يطيق ، وهو ما يشق عليه ، ويقرب
 من العجز عنه ؛ لحديث أبي ذر ، ولأن ذلك يضرب به ويؤذيه ، وهو ممنوع من الإضرار
 به .

فصل : ولا يجبر المملوك على المخارجة ، ومعناه أن يضرب عليه خراجا معلوما
 يؤديه ، وما فضل للعبد ؛ لأن ذلك عقد بينهما ، فلا يجبر عليه ، كالكتابة . وإن طلب
 العبد ذلك ، وأباه السيد^(١٤) ، لم يجبر عليه أيضا ؛^(١٥) لما ذكرنا^(١٥) . فإن اتفقا على ذلك ،

(٩) في : باب الأكل مع الخادم ، من كتاب الأطعمة . صحيح البخاري ١٠٦/٧ .
 كما أخرجه مسلم ، في : باب إطعام المملوك مما يأكل والباسه مما يلبس ولا يكلفه ما يغلبه ، من كتاب الأيمان . صحيح
 مسلم ١٢٨٤/٣ . وأبو داود ، في : باب في الخادم يأكل مع المولى ، من كتاب الأطعمة . سنن أبي داود ٣٢٨/٢ ،
 ٣٢٩ . والترمذي ، في : باب ما جاء في الأكل مع المملوك والعيال ، من أبواب الأطعمة . عارضة الأحوذى ٤٤/٨ .
 وابن ماجه ، في : باب إذا أتاه خادمه بطعامه فليتاوله منه ، من كتاب الأطعمة . سنن ابن ماجه ١٠٩٤/٢ .
 والدارمي ، في : باب في إكرام الخادم عند الطعام ، من كتاب الأطعمة . سنن الدارمي ١٠٧/٢ . والإمام أحمد ، في :
 المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٥٩ ، ٢٧٧ ، ٢٨٣ ، ٢٩٩ ، ٣١٦ ، ٤٠٦ ، ٤٠٩ ، ٤٣٠ ، ٤٦٤ ، ٤٧٣ . وعزاه
 السيوطي إلى ابن عساکر في : جمع الجوامع ٨٦/١ .

وأقرب الأنفاظ إلى ما أورده ابن قدامة ما جاء في المسند ٢٤٥/٢ ، ٢٩٩ ، وجمع الجوامع .

(١٠) في ب : « ودفعها » .

(١١) سورة النساء ٨ .

(١٢) سقط من : الأصل ، ا .

(١٣) سقط من : م ، ا ، ١ .

(١٤) سقط من : م ، ا .

(١٥) سقط من : ب ، م .

جاز ؛ لما روى أن أبا ظبية حَجَمَ النَّبِيَّ ﷺ ، فأعطاه أجره ، وأمر مواليه أن يُخَفِّفُوا عنه من خراجِه^(١٦) . وكان كثيرٌ من الصحابة يضربون على رقيقهم خراجًا ، فروى أن الزبير / كان له ألف مملوك ، على كل واحد منهم كل يوم درهم^(١٧) . وجاء أبو لؤلؤة أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ، فسأله أن يسأل المغيرة بن شعبة يُخَفِّفَ عنه من خراجِه^(١٨) . ثم ينتظر ، فإن كان ذا كسب ، فجعل^(١٩) عليه بقدر ما يفضل من كسبه عن نفقته وخراجه شيء ، جاز ، فإن لهما به نفعًا ، فإن العبد يحرص على الكسب ، وربما فضل معه شيء يزيدُه في نفقته ، ويتسبغ به . وإن وضع عليه أكثر من كسبه بعد نفقته ، لم يجز . وكذلك إن كلف من لا كسب له^(٢٠) المخرجة ، لم يجز ؛ لما روى عن عثمان ، رضى الله عنه ، أنه قال : لا تُكَلِّفُوا الصَّغِيرَ الكسب ، فإنكم متى كلفتموه^(٢١) الكسب سرق ، ولا تُكَلِّفُوا المرأة غير ذات الصنعة الكسب ، فإنكم متى كلفتموها الكسب كسبت بفرجها^(٢٢) ، ولأنه متى كلف غير ذى الكسب خراجًا ، كلفه ما يغلبه ، وقد قال النبي ﷺ : « لا تُكَلِّفُوهُمْ ما يغلبهم » . وربما حملَه ذلك على أن يأتي به من غير وجهه ، فلم يكن للسيد أخذه .

فصل : وإذا مرض المملوك ، أو زمن ، أو عمى ، أو انقطع كسبه ، فعلى سيده القيام به ، والإنفاق عليه ؛ لأن نفقته تجب بالملك ، ولهذا تجب مع الصغر ، والملك باق

(١٦) تقدم تخريجه ، في : ١٣٢/٨ .

(١٧) انظر : حلية الأولياء ٩٠/١ .

(١٨) انظر : الطبقات الكبرى ، لابن سعد ٣٤٥/٣ ، ٣٤٧ .

(١٩) في ب ، م : « فيجعل » .

(٢٠) سقط من : ب .

(٢١) في م : « تكلفوه » .

(٢٢) أخرجه الإمام مالك ، في : باب الأمر بالرفق بالمملوك ، من كتاب الاستئذان . الموطأ ٩٨١/٢ . والبيهقي ،

في : باب ما جاء في النهي عن كسب الأمة إذا لم تكن في عمل واصب ، من كتاب النفقات . السنن الكبرى ٩/٨ .

مع العمى والزمانة ، فَتَجِبُ نَفَقَتُهُ مَعَهُمَا^(٢٣) ، مع عموم النُّصُوصِ المذكورة في أوَّلِ الباب .

١٤٠٩ - مسألة ؛ قال : (وَأَنْ يُزَوِّجَ الْمَمْلُوكَ إِذَا احتَاجَ إِلَى ذَلِكَ)

وجملة ذلك أَنَّهُ يَجِبُ عَلَى السَّيِّدِ إِعْصَافُ مَمْلُوكِهِ ، إِذَا طَلَبَ ذَلِكَ . وهو أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وقال أبو حنيفة ، ومالك : لا يُجْبَرُ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ فِيهِ ضَرَرًا عَلَيْهِ ، وَلَيْسَ مِمَّا تَقُومُ بِهِ الْبِنْيَةُ ، فلم يُجْبَرِ عَلَيْهِ ، كإِطْعَامِ الْحَلْوَاءِ . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾^(١) . والأمرُ يَقْتَضِي الْوُجُوبَ ، وَلَا يَجِبُ إِلَّا عِنْدَ الطَّلَبِ . وَرَوَى^(٢) عِكْرِمَةُ ، عن ابن عباس ، قال : مَنْ كَانَتْ لَهُ جَارِيَةٌ ، فَلَمْ يُزَوِّجْهَا ، وَلَمْ يُصِيبْهَا ، أَوْ عَبْدًا فَلَمْ يُزَوِّجْهُ ، فَمَا صَنَعَا مِنْ شَيْءٍ كَانَ عَلَى السَّيِّدِ . ولولا وَجُوبُ إِعْصَافِهِمَا لَمَا لَحِقَ السَّيِّدُ الْإِثْمُ بِفَعْلِهِمَا ، وَلَئِنَّهُ مُكَلَّفٌ ، مُحْجُورٌ عَلَيْهِ ، دَعَا إِلَى تَزْوِيجِهِ ، فَلَزِمَتْهُ إِجَابَتُهُ ، كَالْمُحْجُورِ عَلَيْهِ / لِلسَّفَةِ ، وَلِأَنَّ النِّكَاحَ مِمَّا تَدْعُو إِلَيْهِ الْحَاجَةُ غَالِبًا ، وَيَتَضَرَّرُ^(٣) بِفَوَاتِهِ ، فَأُجِبَ عَلَيْهِ ، كَالنَّفَقَةِ ، بِخِلَافِ الْحَلْوَاءِ . إِذَا نَبَتْ هَذَا ، فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَزْوِيجِهِ ، أَوْ تَمْلِيكِهِ أُمَّةً يَتَسَرَّاهَا . وله أَنْ يُزَوِّجَهُ^(٤) أُمَّةً ؛ لِأَنَّ نِكَاحَ الْأُمَّةِ مُبَاحٌ لِلْعَبْدِ مِنْ غَيْرِ شَرْطٍ . وَلَا يَجِبُ عَلَيْهِ تَزْوِيجُهُ إِلَّا^(٥) عِنْدَ طَلَبِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يَخْتَلِفُ النَّاسُ فِيهِ ، وَفِي الْحَاجَةِ إِلَيْهِ ، وَلَا تُعْلَمُ حَاجَتُهُ إِلَّا بِطَلَبِهِ . وَلَا يَجُوزُ تَزْوِيجُهُ إِلَّا بِاخْتِيَارِهِ ، فَإِنَّ إِجْبَارَ الْعَبْدِ الْكَبِيرِ عَلَى النِّكَاحِ غَيْرُ جَائِزٍ . فَأَمَّا الْأُمَّةُ ، فَالسَّيِّدُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ تَزْوِيجِهَا إِذَا طَلَبَتْ ذَلِكَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَسْتَمْتَعَ بِهَا ، فَيُعِينُهَا بِاسْتِمْتَاعِهِ عَنْ غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ قِضَاءَ الْحَاجَةِ ، وَإِزَالَةَ ضَرَرِ الشُّهُورَةِ ، وَذَلِكَ يَحْصُلُ بِأَحَدِهِمَا ، فَلَمْ يَتَّعَيْنِ أَحَدُهُمَا .

(٢٣) سقط من : ب ، م ،

(١) سورة النور ٣٢ .

(٢) في ا ، ب ، م زيادة : « عن » .

(٣) في ب : « أو يتضرر » .

(٤-٥) سقط من : م .

١٤١٠ - مسألة ؛ قال : (فَإِنْ اِمْتَنَعَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهِ إِذَا طَلَبَ الْمَمْلُوكُ ذَلِكَ)

وجملته أن السيد إذا امتنع مما يجب للعبد عليه ، من نفقة أو كسوة أو تزويج ، فطلب العبد البيع ، أُجْبِرَ سَيِّدُهُ عَلَيْهِ ، (١) سَوَاءً كَانَ اِمْتِنَاعُ (٢) السَّيِّدِ مِنْ ذَلِكَ لَعَجْزِهِ عَنْهُ أَوْ مَعَ قُدْرَتِهِ عَلَيْهِ (٣) ؛ لِأَنَّ بَقَاءَ مِلْكِهِ عَلَيْهِ مَعَ الْإِحْلَالِ (٤) بِسَدِّ خَلَاتِهِ إِضْرَارٌ بِهِ ، وَإِزَالَةُ الضَّرْرِ (٥) وَاجِبَةٌ ، فَوَجِبَتْ (٥) إِزَالَتُهُ ، وَلِذَلِكَ أُبْحِنَا لِلْمَرْأَةِ فَسَخَّ النِّكَاحَ عِنْدَ عَجْزِ زَوْجِهَا عَنِ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا . وَقَدْ رُوِيَ فِي بَعْضِ الْحَدِيثِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « عَبْدُكَ يَقُولُ : أَطْعِمْنِي وَإِلَّا فَبِعْنِي . وَأَمْرَاتُكَ تَقُولُ : أَطْعِمْنِي أَوْ طَلِّقْنِي » (٦) . وَهَذَا يَدُلُّ بِمَفْهُومِهِ عَلَى أَنَّ السَّيِّدَ مَتَى وَفَى بِحُقُوقِ عَبْدِهِ ، فَطَلَبَ الْعَبْدُ بَيْعَهُ ، لَمْ يُجْبِرِ السَّيِّدُ عَلَيْهِ . وَقَدْ نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، قَالَ أَبُو دَاوُدَ : قِيلَ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ : اسْتَبَاعَتِ الْمَمْلُوكَةُ ، وَهُوَ يَكْسُوها مِمَّا يَلْبَسُ ، وَيُطْعِمُها مِمَّا يَأْكُلُ . قَالَ : لَا تُبَاعُ ، وَإِنْ أَكْثَرَتْ مِنْ ذَلِكَ ، إِلَّا أَنْ تَحْتَاجَ إِلَى زَوْجٍ ، فَتَقُولَ : زَوِّجْنِي . وَقَالَ عَطَاءٌ ، وَإِسْحَاقُ ، فِي الْعَبْدِ يُحْسِنُ إِلَيْهِ سَيِّدُهُ ، وَهُوَ يَسْتَبِيعُ : لَا يَبِيعُهُ ؛ لِأَنَّ الْمَلِكَ لِلسَّيِّدِ ، وَالْحَقُّ لَهُ ، فَلَا يُجْبِرُ عَلَى إِزَالَتِهِ مِنْ غَيْرِ ضَرَرٍ (٧) بِالْعَبْدِ ، كَمَا لَا يُجْبِرُ عَلَى طَلَاقِ زَوْجَتِهِ مَعَ الْقِيَامِ بِمَا يَجِبُ لَهَا / ، وَلَا عَلَى بَيْعِ بَهِيمَتِهِ مَعَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا .

٢١٣/٨ و

١٤١١ - مسألة ؛ قال : (وَليْسَ عَلَيْهِ نَفَقَةُ مُكَاتِبِهِ ، إِلَّا أَنْ يَعْجِزَ)

لا خلاف في أن المكاتب لا تلزم سيده نفقته ؛ لأن الكتابة عقد أوجب ملك

(١-١) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٢) سقط من : ب .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في م : « الضر » .

(٥) في الأصل ، ب : « فوجب » .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب وجوب النفقة على الأهل والعيال ، من كتاب النفقات . صحيح البخاري ٨١/٧ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢٥٢/٢ ، ٥٢٤ ، ٥٢٧ .

(٧) في م : « ضر » .

المُكائِبِ إِكْسَابِ نَفْسِهِ وَمَنَافِعِهِ ، وَمَنَعَ السَّيِّدَ مِنَ التَّصَرُّفِ فِيهِمَا ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِخْدَامَهُ ، وَلَا إِجَارَتَهُ ، وَلَا إِعَارَتَهُ ، وَلَا أَخَذَ كَسْبِهِ ، وَلَا أَرْضَ الْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، وَلَا يَلْزُمُهُ أَدَاءُ أَرْضِ جِنَايَتِهِ ، فَسَقَطَتْ نَفَقَتُهُ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ أَوْ أَعْتَقَهُ ، فَإِذَا عَجَزَ ، عَادَ رَقِيقًا قِنًا ، وَعَادَ إِلَيْهِ مِلْكُ نَفْعِهِ ^(١) ، وَأَكْسَابُهُ ، فَعَادَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَمَا لَوْ اشْتَرَاهُ بَعْدَ بَيْعِهِ .

١٤١٢ - مسألة ؛ قال : (وَليْسَ لَهُ أَنْ يَسْتَرْضِعَ الْأُمَّةَ لِغَيْرِ وِلْدَانِهَا ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيَّةِ)

أَمَّا إِذَا أَرَادَ اسْتَرْضَاعَ أُمَّتِهِ لِغَيْرِ وِلْدَانِهَا ، مَعَ كَوْنِهِ لَا يَفْضُلُ عَنْهُ ، فَلَيْسَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ إِضْرَارًا بَوَالِدِهَا ؛ لِتَقْصِيهِهِ مِنْ كِفَايَتِهِ ، وَصَرَفِ اللَّبَنِ الْمَخْلُوقِ لَوَالِدِهَا إِلَى غَيْرِهِ ، مَعَ حَاجَتِهِ إِلَيْهِ ، فَلَمْ يَجُزْ ، كَمَا لَوْ أَرَادَ أَنْ يَنْقُصَ الْكَبِيرَ مِنْ كِفَايَتِهِ وَمُؤْتِنَتِهِ . فَإِنْ كَانَ فِيهَا فَضْلٌ عَنْ رِيَّةِ وِلْدَانِهَا ، جَازَ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَ ، وَقَدْ اسْتَعْنَى عَنْهُ الْوَالِدُ ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ ، كَالْفَاضِلِ مِنْ كَسْبِهَا عَنْ مُؤْتِنَتِهَا ، أَوْ كَمَا ^(١) لَوْ مَاتَ وَوَلَدُهَا ، وَبَقِيَ لَبْنُهَا .

١٤١٣ - مسألة ^(١) ؛ قال : (وَإِذَا رَهِنَ الْمَمْلُوكُ ، أُنْفَقَ عَلَيْهِ سَيِّدُهُ)

وَذَلِكَ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « الرَّهْنُ مِنْ رَاهِنِهِ ، لَهُ غَنَمُهُ ، وَعَلَيْهِ غَرْمُهُ » ^(٢) . وَنَفَقَتُهُ مِنْ غَرْمِهِ . وَلَا لَهُ مِلْكٌ لِلرَّاهِنِ ^(٣) ، وَنَمَاؤُهُ لَهُ ، فَكَانَتْ عَلَيْهِ نَفَقَتُهُ ، كَغَيْرِ الرَّهْنِ . وَقَدْ ذَكَرْتُ هَذِهِ الْمَسْأَلَةَ فِي بَابِ الرَّهْنِ ^(٤) .

١٤١٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَبَقَ الْعَبْدُ ، فَلَمَنْ جَاءَ بِهِ إِلَى سَيِّدِهِ مَا أُنْفَقَ عَلَيْهِ)

(١) فِي الْأَصْلِ : « نَفْسُهُ » .

(١) فِي ب ، م ، وَكَأَيُّهَا .

(١) سَقَطَتْ هَذِهِ الْمَسْأَلَةُ مِنْ ب .

(٢) تَقَدَّمَ تَحْرِيجُهُ ، فِي : ٥١١/٦ .

(٣) فِي م : « الرَّاهِنُ » .

(٤) تَقَدَّمَ فِي : ٥١٠/٦ ، ٥١١ .

إنما كان كذلك ؛ لأن نفقة العبد على سيده ، وقد قام الذى جاء به مقام سيده فى أداء^(١) الواجب عليه ، فرجع به عليه ، كما لو أذن له . وقال الشافعى : لا يرجع بشيء ؛ لأنه متبرع بإتفاق لم يجب عليه . ولنا ، / أنه أدى عنه ما وجب عليه عند تعذر أدائه منه ، فرجع به عليه ، كما لو أدى الحاكم عن الممتنع من الإتيان على امرأته ما يجب عليه من النفقة . ويتخرج أن لا يرجع بشيء ، بناء على الرواية الأخرى ، فى من أنفق على الرهن الذى عنده ، أو الودعة ، أو الجمال إذا هرب الجمال وتركها مع المستأجر .

ظ ٢١٣/٨

فصل : وله تأديب عبده وأمه إذا أذنب ، بالتوبيخ ، والضرب الخفيف ، كما يؤدب ولده ، وامرأته فى الشؤز ، وليس له ضربه على غير ذنب ، ولا ضربه ضرباً مبرحاً وإن أذنب ، ولا لطمه فى وجهه ، وقد روى عن ابن مقرن المزمى ، قال : لقد رأيتنى سبع سبعة ، ليس لنا إلا خادم واحد ، فلطمها أحدنا ، فأمرنا رسول الله ﷺ بإعتاقها ، فأعتقناها^(٢) . وروى عن أبى مسعود ، قال : كنت أضرب غلاماً لى ، فإذا رَجُلٌ من خلفى يقول : « اعلم أباً مسعود ، اعلم أباً مسعود » . فالتفت ، فإذا النبى ﷺ يقول : « اعلم أباً مسعود ، أن الله أقدر عليك منك على هذا الغلام »^(٣) .

فصل : ومن ملك بهيمة ، لزمه القيام بها ، والإتيان عليها ما تحتاج إليه ، من علفها ، أو إقامة من يرعاها ؛ لما روى ابن عمر ، أن النبى ﷺ قال : « عذبت امرأة فى هرة حبستها ، حتى ماتت جوعاً ، فلا هى أطعمتها ، ولا هى أرسلتها تأكل من

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه مسلم ، فى : باب صحبة المالك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان . صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٤/٢ . والترمذى ، فى : باب ما جاء فى الرجل يطم بخادمه ، من أبواب النذور . عارضة الأحوذى ٢٧/٧ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٤٤٤/٥ ، ٤٤٧/٣ .

(٣) أخرجه مسلم ، فى : باب صحبة المالك وكفارة من لطم عبده ، من كتاب الأيمان صحيح مسلم ١٢٨٠/٣ ، ١٢٨١ . وأبو داود ، فى : باب فى حق المملوك ، من كتاب الأدب . سنن أبى داود ٦٣٣/٢ . والترمذى ، فى : باب النبى عن ضرب الخدم ، من أبواب البر والصلة . عارضة الأحوذى ١٢٩/٨ . والإمام أحمد ، فى : المسند ١٢٠/٤ . (٤) سقط من : ا ، ب ، م .

حَشَاشِ الْأَرْضِ^(٥) . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . فَإِنْ اِمْتَنَعَ مِنَ الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، أُجْبِرَ عَلَى ذَلِكَ ، فَإِنْ أَبَى أَوْ عَجَزَ ، أُجْبِرَ عَلَى بَيْعِهَا ، أَوْ ذَبْحِهَا إِنْ كَانَتْ مِمَّا يُذْبَحُ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يُجْبِرُهُ السُّلْطَانُ ، بَلْ يَأْمُرُهُ^(٧) ، كَمَا يَأْمُرُهُ بِالْمَعْرُوفِ ، وَيَنْهَاهُ عَنِ الْمُنْكَرِ ؛ لِأَنَّ الْبَهِيمَةَ لَا يَثْبُتُ لَهَا حَقٌّ مِنْ جِهَةِ الْحُكْمِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَا تَصِحُّ مِنْهَا الْخُصُومَةُ ، وَلَا يُنْصَبُ عَنْهَا^(٨) خَصْمٌ ، فَصَارَتْ كَالزَّرْعِ وَالشَّجَرِ . وَلَنَا ، أَنَّهَا نَفَقَةٌ حَيَوَانٍ وَاجِبَةٌ عَلَيْهِ ، فَكَانَ لِلسُّلْطَانِ إِجْبَارُهُ عَلَيْهَا ، كَنَفَقَةِ الْعَبِيدِ ، وَيُفَارِقُ نَفَقَةَ الشَّجَرِ وَالزَّرْعِ ، فَإِنَّهَا لَا تَجِبُ . فَإِنْ عَجَزَ عَنِ الْإِنْفَاقِ ، وَامْتَنَعَ مِنَ الْبَيْعِ ، يَبْعَثُ عَلَيْهِ ، كَمَا يُبَاعُ الْعَبْدُ إِذَا طَلَبَ الْبَيْعَ / عِنْدَ إِعْسَارِ سَيِّدِهِ بِنَفَقَتِهِ ، وَكَأَنفَسَخُ^(٩) نِكَاحِهِ إِذَا أَعْسَرَ بِنَفَقَةِ امْرَأَتِهِ . وَإِنْ عَطِبَتِ الْبَهِيمَةُ فَلَمْ يَنْتَفِعْ بِهَا ، فَإِنْ كَانَتْ مِمَّا يُؤْكَلُ ، تُخِيرُ بَيْنَ ذَبْحِهَا وَالْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، وَإِنْ كَانَتْ مِمَّا لَا يُؤْكَلُ ، أُجْبِرَ عَلَى الْإِنْفَاقِ عَلَيْهَا ، كَالْعَبْدِ الزَّامِنِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى . وَلَا يَجُوزُ أَنْ يُحْمَلَ الْبَهِيمَةَ مَا لَا تُطِيقُ ؛ لِأَنَّهَا فِي مَعْنَى الْعَبْدِ ، وَقَدْ مَنَعَ النَّبِيُّ ﷺ تَكْلِيفَ الْعَبْدِ مَا لَا يُطِيقُ^(١٠) . وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْدِيًّا لِلْحَيَوَانِ الَّذِي لَهُ حُرْمَةٌ فِي نَفْسِهِ ، وَإِضْرَارًا بِهِ ، وَذَلِكَ غَيْرُ جَائِزٍ . وَلَا يَحْلِبُ مِنْ لَبْنِهَا إِلَّا مَا يَفْضَلُ عَنْ كِفَايَةِ وَلَدِهَا ؛ لِأَنَّ كِفَايَتَهُ وَاجِبَةٌ عَلَى مَالِكِهِ ، وَلَبْنُ أُمِّهِ مَخْلُوقٌ لَهُ ، فَأَشْبَهَهُ وَلَدَ الْأُمَّةِ .

٢١٤/٨

(٥) حشاش الأرض : هوامها وحشراتنا .

(٦) أخرجه البخاري ، في : باب حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخاري ٢١٥/٤ .
ومسلم ، في : باب تحريم تعذيب الهرة ونحوها من الحيوان الذي لا يؤذى ، من كتاب البر والصلة والآداب . صحيح مسلم ٢٠٢٢/٤ ، ٢٠٢٣ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٥٩/٢ ، ١٨٨ .

(٧) في ب ، م زيادة : « به » .

(٨) في ا ، ب ، م ، « عليها » .

(٩) في م : « يفسخ » .

(١٠) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٣٤ .

/ كتاب الجراح

يعنى كتابَ الجِنَايَاتِ ، وإِنَّمَا عَبَّرَ عَنْهَا بِالْجِرَاحِ لِعَلْبَةِ وَقُوعِهَا بِهِ ، وَالْجِنَايَةُ : كُلُّ فِعْلٍ عُدْوَانٍ عَلَى نَفْسٍ أَوْ مَالٍ . لَكِنَّهَا فِي الْعُرْفِ مَخْصُوصَةٌ بِمَا يَحْصُلُ فِيهِ التَّعَدَّى عَلَى الْأَبْدَانِ ، وَسَمُّوا الْجِنَايَاتِ عَلَى الْأَمْوَالِ غَضَبًا ، وَنَهَبًا ، وَسَرَقَةً ، وَخِيَانَةً ، وَإِثْلَافًا .

فصل : وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق ، والأصل فيه الكتاب والسنة والإجماع ؛ أما الكتاب فقول الله تعالى : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾ ^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقْتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً ﴾ ^(٢) . وقال : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ^(٣) . الآية . وأما السنة ، فروى عبد الله بن مسعود ، قال : قال رسول الله ﷺ : « لَا يَحِلُّ دَمُ امْرِئٍ مُسْلِمٍ ، يَشْهَدُ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ ، وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ ، إِلَّا بِأَحَدِي ثَلَاثٍ ؛ الثَّيِّبُ الزَّانِي ، وَالتَّنْفُسُ بِالنَّفْسِ ، وَالتَّارِكُ لِدِينِهِ الْمُفَارِقُ لِلْجَمَاعَةِ » . متفق عليه ^(٤) . وروى عثمان ، وعائشة ، عن النبي ﷺ مثله ، في أي وأخبار سيوى هذه كثيرة ^(٥) . ولا خلاف بين الأمة في تحريمه ، فإن فعله إنسان متعمدا ، فسق ، وأمره إلى الله ، إن شاء عذبه ، وإن شاء غفر له ، وتوبته مقبولة في قول أكثر أهل العلم . وقال ابن عباس : إن توبته لا تقبل ^(٦) . للآية التي ذكرناها ، وهى من آخر ما نزل . قال ابن عباس : ولم ينسخها شيء ^(٦) .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) سورة النساء ٩٣ .

(٤) تقدم ترجمته ، في : ٣٥٢/٣ .

(٥) في الأصل : « كثير » .

(٦) أخرجه البخارى ، في : باب : ﴿ وَمَنْ يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخارى =

ولأن لفظ الآية لفظ الخبر ، والأخبار لا^(٧) يدخلها نسخ ولا تغيير ؛ لأن خبر الله تعالى لا يكون إلا صدقاً . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ لَا يَغْفِرُ أَنْ يُشْرَكَ بِهِ وَيَغْفِرُ مَا دُونَ ذَلِكَ لِمَنْ يَشَاءُ ﴾^(٨) . فجعله داخلا في المشيئة . وقال تعالى : ﴿ إِنَّ اللَّهَ يَغْفِرُ الذُّنُوبَ جَمِيعًا ﴾^(٩) . وفي الحديث ، عن النبي ﷺ ، قال : « إِنَّ رَجُلًا قَتَلَ مِائَةَ رَجُلٍ ظُلْمًا ، ثُمَّ سَأَلَ : هَلْ لَهُ مِنْ تَوْبَةٍ ؟ فَدَلَّ عَلَى عَالِمٍ ، فَسَأَلَهُ ، فَقَالَ : وَمَنْ يَحُولُ بَيْنَكَ وَبَيْنَ التَّوْبَةِ ، وَلَكِنْ أَخْرَجْ مِنْ قَرْيَةِ السَّوِّءِ ، إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ ، فَأَعْبُدِ اللَّهَ فِيهَا . فَخَرَجَ تَائِبًا ، فَأَذْرَكَهُ الْمَوْتُ فِي الطَّرِيقِ ، فَأَخْتَصَمَتْ فِيهِ مَلَائِكَةُ الرَّحْمَةِ وَمَلَائِكَةُ الْعَذَابِ ، فَبَعَثَ اللَّهُ إِلَيْهِمْ مَلَكًا ، فَقَالَ / : قِيسُوا مَا بَيْنَ الْقَرْيَتَيْنِ ، فَأَلَى أَيُّهُمَا كَانَ أَقْرَبَ ، فَأَجْعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا . فَوَجَدُوهُ أَقْرَبَ إِلَى الْقَرْيَةِ الصَّالِحَةِ بِشِيرٍ ، فَجَعَلُوهُ مِنْ أَهْلِهَا » .^(١٠) متفق عليه^(١١) . ولأن التوبة تصح من الكفر ، فمن القتل^(١٢) أولى . والآية مَحْمُولَةٌ عَلَى مَنْ لَمْ يَتَّبِعْ ، أَوْ عَلَى أَنْ هَذَا جَزَاؤُهُ إِنْ جَازَاهُ ، وَلَهُ الْعَفْوُ إِذَا شَاءَ . وقوله : لا يدخلها النسخ . قلنا : لكن يدخلها التخصيص والتأويل .

و٢/٩

١٤١٥ - مسألة ؛ قال أبو القاسم ، رَحِمَهُ اللَّهُ : (وَالْقَتْلُ عَلَى ثَلَاثَةِ أَوْجِهٍ ؛ عَمْدٌ ، وَشِبْهُ الْعَمْدِ ، وَخَطَأٌ)

= ٥٩/٦ . ومسلم ، في : كتاب التفسير . صحيح مسلم ٢٣١٨/٤ . وأبو داود ، في : باب في تعظيم قتل المؤمن ، من كتاب الفتن . سنن أبي داود ٤١٩/٢ ، ٤٢٠ . والنسائي ، في : باب تعظيم الدم ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٧٨/٧ ، ٨٠ . وابن ماجه ، في : باب هل لقاتل مؤمن توبة ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٤/٢ . والبيهقي ، في : باب أصل تحريم القتل في القرآن ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ١٥/٨ ، ١٦ .

(٧) في ب ، م : « ولا » .

(٨) سورة النساء ٤٨ .

(٩) سورة الزمر ٥٣ .

(١٠-١٠) سقط من : م . وأخرجه البخاري ، في : باب حدثنا أبو اليمان أخبرنا شعيب ، من كتاب الأنبياء . صحيح البخاري ٢١١/٤ ، ٢١٢ . ومسلم ، في : باب قبول توبة القاتل وإن كفر قتلته ، من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١١٨/٤ ، ٢١١٩ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٧٢/٣ .

(١١) في الأصل : « القاتل » .

أكثر أهل العلم يرون القتل منقسمًا إلى هذه الأقسام الثلاثة ، روى ذلك عن عمر ،
وعلى . وبه قال الشعبي ، والنخعي ، وقتادة ، وحماد ، وأهل العراق ، والثوري ،
والشافعي ، وأصحاب الرأي . وأنكر مالك شبه العمد ، وقال : ليس في كتاب الله إلا
العمد والخطأ ، فأما شبه العمد ، فلا يُعمل به عندنا . وجعله من قسم العمد . وحكى
عنه مثل قول الجماعة . وهو الصواب ؛ لما روى عبد الله بن عمرو بن العاص ، أن رسول
الله ﷺ قال : « ألا إن دية الخطأ شبه العمد ، ما كان بالسوط والعصا ، مائة من
الإبل ، منها أربعون في بطونها أولادها » . رواه أبو داود^(١) . وفي لفظ : « قَبِيلُ خَطَا
الْعَمْدِ » . وهذا نصُّ يُقدِّم على ما ذكره . وقسمه أبو الخطاب أربعة أقسام ، فزاد قسمًا
رابعًا ، وهو ما أُجرى مُجرى الخطأ ، نحو أن يتقلب نائم على شخص فيقتله ، أو يقع
عليه من علو ، والقتل بالسبب ، كحفْرِ البئر ونصب^(٢) السكين ، وقتل غير المُكَلَّف ،
أجرى مُجرى^(٣) الخطأ وإن كان عمدًا . وهذه الصورة التي ذكرها عند الأكثرين من
قسم الخطأ ، فإن صاحبها لم يعمد الفعل ، أو عمدَه وليس هو من أهل القصد
الصحيح ، فسَمَّوه^(٤) خطأ^(٥) ، فأعطوه حكمه . وقد صرح الخريزي بذلك ، فقال في
الصبي والمجنون : عمدُهما خطأ .

١٤١٦ - مسألة ؛ قال : (فالعمد ما ضربته بحديدة ، أو خشبة كبيرة فوق
عمود الفسطاط ، أو حجر كبير العالب أن يقتل مثله ، أو أعاد الضرب بخشبة
صغيرة ، أو فعل به فعلًا العالب من ذلك الفعل أنه يتلف)

وجملة ذلك أن العمد نوعان :

(١) تقدم تخريجه ، في : ٢٤٠/٦ . ويضاف إليه : المسند ١٦٤/٢ ، ١٦٦ .

(٢) في م : « ونصل » .

(٣) سقط من : م .

(٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل .

أحدهما، أن يضره بمحدّد^(١)، وهو ما يقطع، ويدخل في البدن، كالسيّف والسكين والسنان، وما في معناه ممّا يُحدّد فيجرّح /، من الحديد، والنحاس، والرصاص، والذهب، والفضّة، والزجاج، والحجر، والقصب، والخشب، فهذا كله إذا جرّح به جرّحاً كبيراً، فمات^(٢)، فهو قتل عمّد، لا خلاف^(٣) فيه بين العلماء، فيما علمناه. فأما إن جرّحه جرّحاً صغيراً، كشرطه الحجاج، أو غرزّه بإبرة، أو شوكة، نظرت؛ فإن كان في مقتل، كالعين، والفؤاد، والخاصرة، والصّدغ، وأصل الأذن، فمات، فهو عمّد أيضاً؛ لأنّ الإصابة بذلك في المقتل، كالجرّح بالسكين في غير المقتل، وإن كان في غير مقتل؛ نظرت، فإن كان قد بالغ في إدخالها في البدن، فهو كالجرّح الكبير؛ لأنّ هذا يشتدّ ألمه، ويُفضى إلى القتل، كالكبير، وإن كان العرز^(٤) يسيراً، أو جرّحه بالكبير^(٥) جرّحاً لطيفاً، كشرطه الحجاج فما دونها، فقال أصحابنا: إن بقي من ذلك ضمناً^(٦) حتى مات، ففيه القود؛ لأنّ الظاهر أنّه مات منه، وإن مات في الحال، ففيه وجهان؛ أحدهما، لا قصاص فيه. قاله ابن حامد؛ لأنّ الظاهر أنّه لم يمّث منه، ولأنّه لا يقتل غالباً، فأشبهه العصا والسوط. والتعليل الأول أجود؛ لأنّه لما احتمل حصول الموت بغيره ظاهراً، كان ذلك شبهةً في ذرء القصاص، ولو كانت العلة كونه لا يحصل به القتل غالباً، لم يفترق الحال بين موته في الحال، وموته متراجياً عنه، كسائر ما لا يجب به القصاص. والثاني، فيه القصاص؛ لأنّ المحدّد لا يُعتبر فيه غلبة الظنّ في حصول القتل به، بدليل ما لو قطع شحمة أذنه، أو قطع أنمّلته، ولأنّه لما لم يمكن إدارة الحكم، وضبطه بغلبة الظنّ،

(١) في ب: « محدود » .

(٢) سقط من: الأصل، ب .

(٣) في ب: « اختلاف » .

(٤) في م: « الغور » .

(٥) في ب: « الكبير » .

(٦) الضمن: الرّيمن والمبتلى في جسمه .

وَجَبَ رَبُّهُ بِكَوْنِهِ مُحَدَّدًا ، وَلَا يُعْتَبَرُ ظُهُورُ الْحِكْمَةِ^(٧) فِي آحَادِ صُورِ^(٨) الْمَطْنَةِ ، بَلْ يَكْفِي احْتِمَالُ الْحِكْمَةِ ، وَلِذَلِكَ ثَبَّتَ الْحُكْمُ بِهِ فِيمَا إِذَا بَقِيَ ضَمِنًا ، مَعَ أَنَّ الْعَمْدَ لَا يَحْتَلِفُ مَعَ اتِّحَادِ آلَةِ وَالْفِعْلِ ، بِسُرْعَةِ الْإِفْضَاءِ وَإِبْطَائِهِ ، وَلِأَنَّ فِي الْبَدَنِ مَقَاتِلَ خَفِيَّةً ، وَهَذَا لَهُ سِرِّيَّةٌ وَمَوْرٌ ، فَأَشْبَهَ الْجُرْحَ الْكَبِيرَ . وَهَذَا ظَاهِرٌ كَلَامِ الْخَرْقِيِّ ؛ فَإِنَّهُ لَمْ يُفَرِّقْ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَلِلشَّافِعِيِّ ، مِنْ التَّفْصِيلِ نَحْوُ مِمَّا ذَكَرْنَا .

التَّوْعُ الثَّانِي ، الْقَتْلُ بِغَيْرِ الْمُحَدَّدِ ، مِمَّا يَغْلِبُ عَلَى الظَّنِّ حُصُولُ الزُّهُوقِ بِهِ عِنْدَ اسْتِعْمَالِهِ ، فَهَذَا عَمْدٌ مُوجِبٌ لِلْقِصَاصِ أَيْضًا . وَبِهِ قَالَ / النَّحْعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَحَمَّادٌ ، وَعَمْرُو بْنُ دِينَارٍ ، وَابْنُ أَبِي لَيْلَى ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو يَوْسُفَ ، وَ مُحَمَّدٌ . وَقَالَ الْحَسَنُ : لَا قَوْدَ فِي ذَلِكَ . وَرَوَى ذَلِكَ عَنِ الشَّعْبِيِّ . وَقَالَ ابْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ ، وَطَاوُسٌ : الْعَمْدُ مَا كَانَ بِالسَّلَاحِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قَوْدَ^(٩) فِي ذَلِكَ^(٩) ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ قَتْلُهُ بِالنَّارِ . وَعِنْدَهُ فِي مُثَقَّلِ الْحَدِيدِ رَوَايَتَانِ . وَاحْتَجَّ بِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « إِلَّا إِنْ فِي قِتِيلِ عَمْدِ الْخَطِيءِ ، قِتِيلِ السَّوْطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ ، مِائَةٌ مِنْ الْإِبِلِ »^(١٠) . فَسَمَّاهُ عَمْدَ الْخَطِيءِ ، وَأَوْجَبَ فِيهِ الدِّيَةَ دُونَ الْقِصَاصِ ، وَلِأَنَّ الْعَمْدَ لَا يُمَكِّنُ اعْتِبَارَهُ بِنَفْسِهِ ، فَيَجِبُ ضَبْطُهُ بِمَطْنَتِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ بِمَا يَقْتُلُ غَالِبًا ، لِحُصُولِ الْعَمْدِ بِدُونِهِ فِي الْجُرْحِ الصَّغِيرِ ، فَوَجَبَ ضَبْطُهُ بِالْجُرْحِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا ﴾^(١١) . وَهَذَا مَقْتُولٌ ظَلَمًا ، وَقَالَ اللَّهُ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾^(١٢) . وَرَوَى أَنَسٌ ، أَنَّ يَهُودِيًّا قَتَلَ

(٧) فِي ب ، م : « الْحُكْمُ » .

(٨) فِي ب ، م : « صُورَةٌ » .

(٩-٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ ، ب .

(١٠) أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمَسْنَدِ ٤١٠/٣ . وَانظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي صَفْحَةِ ٤٤٥ .

(١١) سُورَةُ الْإِسْرَاءِ ٣٣ .

(١٢) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٧٨ .

جاريةً على أوضاع^(١٣) لها بحجرٍ ، فقتله رسول الله ﷺ بين حجرين . مُتَّفَقٌ عليه^(١٤) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « وَمَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلًا ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إِمَّا يُوَدَى ، وَإِمَّا يُقَادُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(١٥) . وَلَا يُقْتَلُ غَالِبًا ، فَأَشْبَهَ الْمُحَدَّدَ . وَأَمَّا الْحَدِيثُ ، فَمَحْمُولٌ عَلَى الْمُثَقَّلِ الصَّغِيرِ ؛ لِأَنَّهُ ذَكَرَ الْعَصَا وَالسُّوْطَ ، وَقَرَنَ بِهِ الْحَجَرَ . فَدَلَّ عَلَى أَنَّهُ أَرَادَ مَا يُشْبِهُهُمَا . وَقَوْلُهُمْ : لَا يُمَكِّنُ ضَبْطُهُ . مَمْنُوعٌ ؛ فَإِنَّا نُوَجِبُ الْقِصَاصَ بِمَا نَتَيَقَّنُ حُصُولَ الْعَلِيَّةِ بِهِ ، وَإِذَا شَكَكْنَا ، لَمْ نُوجِبْهُ مَعَ الشَّنْكَ ، وَصَغِيرُ الْجُرْحِ قَدْ سَبَقَ الْقَوْلُ فِيهِ ، لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ ضَبْطُهُ بِالْجُرْحِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ قَتَلَهُ بِالنَّارِ ، أَوْ بِمُثَقَّلِ^(١٦) الْحَدِيدِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ هَذَا النَّوْعَ يَتَنَوَّعُ أَنْوَاعًا ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَضْرِبَهُ بِمُثَقَّلٍ كَبِيرٍ ، يَقْتُلُ مِثْلَهُ غَالِبًا ، سِوَاءَ كَانَ مِنْ حَدِيدٍ ، كَاللَّتِ^(١٧) ، وَالسَّنْدَانِ ، وَالْمِطْرَقَةِ ، أَوْ حَجَرٍ ثَقِيلٍ ، أَوْ خَشَبَةٍ كَبِيرَةٍ . وَحَدَّ الْخَرْقِيُّ الْخَشَبَةَ الْكَبِيرَةَ ، بِمَا فَوْقَ عَمُودِ الْفُسْطَاطِ ، يَعْنِي الْعُمْدَ الَّتِي تَتَّخِذُهَا الْأَعْرَابُ^(١٨) لِبُيُوتِهَا ،

(١٣) الأوضاح : حل الفضة . انظر غريب الحديث ١٨٨/٣ .

(١٤) أخرجه البخارى ، فى : باب إذا قتل بحجر أو بعضا ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٥/٩ ، ٦ ، ومسلم ، فى : باب ثبوت القصاص فى القتل بالحجر وغيره ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ٣/١٢٩٩ ، ١٣٠٠ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب يقاد من القاتل ، وباب القود بغير حديد ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٨٧/٢ - ٤٨٩ . والنسائى ، فى : باب القود من الرجل للمرأة ، وباب القود بغير حديدة ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/٢٠ ، ٣٢ . والإمام أحمد ، فى : المسند ٣/١٧٠ ، ١٧١ . (١٥) فى ١ ، م زيادة : « أن » .

(١٦) أخرجه البخارى ، فى : باب كيف تعرف لقطه أهل مكة ، من كتاب اللقطة ، وفى : باب من قتل له قتيلا فهو بحجر النظرين ، من كتاب الديات . صحيح البخارى ٣/١٦٥ ، ٦/٩ . ومسلم ، فى : باب تحريم مكة ... ، من كتاب الحج . صحيح مسلم ٢/٩٨٨ ، ٩٨٩ .

كما أخرجه أبو داود ، فى : باب ولى العمديرضى بالدية ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٨١/٢ . والنسائى ، فى : باب هل تؤخذ من قاتل العمدة الدية ، من كتاب القسامة . المجتبى ٨/٣٤ .

(١٧) فى م : « بمثل » .

(١٨) اللت : ما يُلْتُّ به ، أى يَدُقُّ أو يُسْحَقُ .

(١٩) فى ب : « العرب » .

وفيهما دِقَّةٌ ، فأما عُمْدُ الخِيَامِ فكَبِيرَةٌ ، تَقْتُلُ غالبًا ، فلم يُرَدِّها الخِرْقِيُّ ، / وإِنَّمَا حَدُّ
 المُوَجِّبِ لِلِقِصَاصِ بِمَا^(٢٠) فَوْقَ عُمُودِ الفُسطَاطِ ؛ لِأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ لَمَّا سُئِلَ عَنِ المَرَاةِ
 الَّتِي ضَرَبَتْ جَارِيَتَهَا بِعُمُودِ فُسطَاطٍ فَمَاتَتْهَا وَجَنِينَهَا ، قَضَى النَّبِيُّ ﷺ فِي الجَنِينِ
 بِغُرَّةٍ ، وَقَضَى بِالدَّيَّةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا^(٢١) . وَالعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ العَمْدَ ، فَذَلَّ عَلَى أَنَّ القَتْلَ
 بِعُمُودِ الفُسطَاطِ لَيْسَ بِعَمْدٍ . وَإِنْ كَانَ أَعْظَمَ مِنْهُ ، فَهُوَ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غالبًا . وَمِنْ
 هَذَا النُّوعِ أَنْ يُلْقَى عَلَيْهِ حَائِطًا ، أَوْ صَخْرَةً ، أَوْ خَشْبَةً عَظِيمَةً ، أَوْ مَا أَشْبَهَ مِمَّا يُهْلِكُهُ
 غالبًا ، فَيُهْلِكُهُ ، فَفِيهِ القَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غالبًا . النُّوعُ الثَّانِي ، أَنْ يَضْرِبَهُ بِمُثْقِلٍ صَغِيرٍ ،
 كَالعَصَا ، وَالسُّوطِ^(٢٢) ، وَالْحَجَرِ الصَّغِيرِ ، أَوْ يَلْكَزُهُ بِيَدَيْهِ فِي مَقْتَلٍ ، أَوْ فِي حَالِ ضَعْفٍ
 مِنَ المَضْرُوبِ ؛ لِمَرَضٍ أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ فِي زَمَنِ مُفْرِطِ الحَرِّ أَوْ البَرْدِ ، بِحَيْثُ تَقْتُلُهُ تِلْكَ
 الضَّرْبَةُ ، أَوْ كَرَّرَ الضَّرْبَ حَتَّى قَتَلَهُ بِمَا يَقْتُلُ غالبًا ، فَفِيهِ القَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِمَا يَقْتُلُ مِثْلَهُ
 غالبًا ، فَأَشْبَهَ الضَّرْبَ بِمُثْقِلٍ كَبِيرٍ . وَمِنْ هَذَا النُّوعِ ، لَوْ عَصَرَ خُصْيَتَهُ عَصْرًا شَدِيدًا ،
 فَقَتَلَهُ بِعَصْرِ يَقْتُلُ مِثْلَهُ غالبًا ، فَعَلِيهِ القَوْدُ . وَإِنْ لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرْنَاهُ ، فَهُوَ
 عَمْدُ الحَظِّ ، وَفِيهِ الدَّيَّةُ ، إِلاَّ أَنْ يَصْغُرَ جَدًّا ، كَالضَّرْبَةِ بِالقَلَمِ وَالإصْبَعِ فِي غَيْرِ مَقْتَلٍ ،
 وَنَحْوِ هَذَا مِمَّا لَا يُتَوَهَّمُ القَتْلُ بِهِ ، فَلَا قَوْدَ فِيهِ ، وَلَا دِيَّةَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَمُتْ بِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ مَسَّهُ
 بِالْكَبِيرِ ، وَلَمْ يَضْرِبْهُ بِهِ ؛ لِأَنَّ الدَّيَّةَ إِنَّمَا تَجِبُ بِالقَتْلِ ، وَلَيْسَ هَذَا بِقَتْلِ .

النُّوعُ الثَّالِثُ ، أَنْ يَمْنَعَ خُرُوجَ نَفْسِهِ ، وَهُوَ ضَرْبَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَنْ يَجْعَلَ فِي عُنُقِهِ
 خِرَاطَةً^(٢٣) ، ثُمَّ يُعَلِّقُهَا فِي خَشْبَةٍ أَوْ شَيْءٍ ، بِحَيْثُ يَرْتَفِعُ عَنِ الأَرْضِ ، فَيَحْتَنِيقُ

(٢٠) فِي م : ٥ م .

(٢١) أَخْرَجَهُ مُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الجَنِينِ ... ، مِنْ كِتَابِ القِسَامَةِ . صَحِيحٌ مُسْلِمٌ ٣/ ١٣١٠ ، ١٣١١ . وَأَبُو
 دَاوُدَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٢/ ٤٩٨ . وَالتِّرْمِذِيُّ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي دِيَةِ
 الجَنِينِ ، مِنْ أَبْوَابِ الدِّيَاتِ . عَارِضَةُ الأَحْوَذِيِّ ٦/ ١٨٠ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ صِفَةِ شِبْهِ العَمْدِ ، مِنْ كِتَابِ
 القِسَامَةِ . المَجْبِيِّ ٨/ ٤٤ . وَالدَّارِمِيُّ ، فِي : بَابِ فِي دِيَةِ الجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنِ الدَّارِمِيِّ ٢/ ١٩٦ .
 وَإِلَهَامُ أَحْمَدَ ، فِي : المُسْنَدِ ٤/ ٢٤٥ ، ٢٤٦ ، ٢٤٩ .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : الأَصْلِ ، ب .

(٢٣) الخِرَاطَةُ : مَا يَعْرِفُ اليَوْمَ بِالمَشْنَقَةِ .

ويَمُوتُ ، فهذا عَمْدٌ ، سواء مات في الحال ، أو بَقِيَ زَمَنًا ؛ لِأَنَّ هَذَا أَوْحَى ^(٢٤) أَنْوَاعَ الْحَقِّقِ ، وَهُوَ الَّذِي جَرَتْ الْعَادَةُ بِفِعْلِهِ مِنَ الْوَلَاةِ فِي اللَّصُوصِ وَأَشْبَاهِهِمْ مِنَ الْمُفْسِدِينَ . وَالضَّرْبُ الثَّانِي ، أَنْ يَخْتَفَهُ وَهُوَ عَلَى الْأَرْضِ بِيَدَيْهِ ، أَوْ مِنْدِيلٍ ، أَوْ حَبْلٍ ، أَوْ يَعْصَمُهُ بوسَادَةٍ ، أَوْ شَيْءٍ يَضَعُهُ عَلَى فِيهِ وَأَنْفِهِ ، أَوْ يَضَعُ يَدَيْهِ عَلَيْهِمَا فَيَمُوتُ ، فَهَذَا إِنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ مُدَّةً يَمُوتُ فِي مِثْلِهَا غَالِبًا فَمَاتَ ، فَهُوَ عَمْدٌ فِيهِ الْقِصَاصُ . وَبِهِ قَالَ عَمْرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالنَّحَعِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَإِنْ فَعَلَهُ فِي ^(٢٥) مُدَّةٍ لَا يَمُوتُ فِي مِثْلِهَا / غَالِبًا فَمَاتَ ، فَهُوَ عَمْدٌ الْخَطِيئَةُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ يَسِيرًا فِي الْعَادَةِ ^(٢٦) ، بَحِيثٌ لَا يَتَوَهَّمُ الْمَوْتَ مِنْهُ ، فَلَا يُوجِبُ ضَمَانًا ؛ لِأَنَّهُ بِمَنْزِلَةِ لَمْسِهِ . وَإِنْ خَنَقَهُ ، وَتَرَكَهُ مُتَأَلِّمًا ^(٢٧) حَتَّى مَاتَ ، فَفِيهِ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ سِرَابِيَةِ جَنَابَتِهِ ، فَهُوَ كَالْمَيِّتِ مِنْ سِرَابِيَةِ الْجُرْحِ ، وَإِنْ تَنَفَّسَ وَصَحَّ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَلَا قَوْدَ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّهُ لَمْ يَمُتْ مِنْهُ ، فَاشْتَبَهَ مَا لَوْ انْدَمَلَ الْجُرْحُ ثُمَّ مَاتَ .

التَّوَعُّدُ الرَّابِعُ ، أَنْ يُلْقِيَهُ فِي مَهْلِكَةٍ ، وَذَلِكَ عَلَى أَرْبَعَةِ أَضْرَابٍ ، أَحَدُهَا ؛ أَنْ يُلْقِيَهُ مِنْ شَاهِقٍ ، كَرَأْسِ جَبَلٍ ، أَوْ حَائِطِ عَالٍ ، يَهْلِكُ بِهِ غَالِبًا ، فَيَمُوتُ ، فَهُوَ عَمْدٌ ^(٢٨) . الثَّانِي ، أَنْ يُلْقِيَهُ فِي نَارٍ ، أَوْ مَاءٍ يُعْرِقُهُ ، وَلَا يُمَكِّنُهُ التَّخَلُّصُ مِنْهُ ، إِمَّا لِكثْرَةِ الْمَاءِ وَالنَّارِ ^(٢٩) ، وَإِمَّا لِعَجْزِهِ عَنِ التَّخَلُّصِ ، لِمَرَضٍ ، ^(٣٠) أَوْ ضَعْفٍ ^(٣١) ، أَوْ صِغَرٍ ، أَوْ كَوْنِهِ مَرْبُوطًا ، أَوْ مَنَعَهُ الْخُرُوجُ ، أَوْ كَوْنُهُ فِي حُفْرَةٍ ^(٣٢) لَا يَقْدِرُ عَلَى الصُّعُودِ مِنْهَا ، وَنَحْوِ هَذَا ، أَوْ أَلْقَاهُ فِي بَعْرِ ذَاتِ نَفْسٍ ^(٣٣) ، فَمَاتَ بِهِ ، عَالِمًا بِذَلِكَ ، فَهَذَا كُلُّهُ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتُلُ غَالِبًا . وَإِنْ أَلْقَاهُ فِي مَاءٍ يَسِيرٍ ، يَقْدِرُ عَلَى الْخُرُوجِ مِنْهُ ، فَلَيْثَ فِيهِ اخْتِيَارًا حَتَّى مَاتَ ،

(٢٤) أوحى : أسرع .
 (٢٥) سقط من : الأصل ، ب .
 (٢٦) في الأصل : « الغاية » .
 (٢٧) في م : « مثلا » .
 (٢٨) في ب زيادة : « محض » .
 (٢٩) في م : « أو النار » .
 (٣٠-٣١) سقط من : ا ، م .
 (٣١) في م : « حفيرة » .
 (٣٢) ذات نفس : أى راتحة متغيرة .

فلا قَوْدَ فيه ولا دِيَّةَ ؛ لأنَّ هذا الفعل لم يَقْتُلْهُ ، وإنَّما حَصَلَ موْتُهُ بَلِيْثِهِ فيه ، وهو فَعَلَ نَفْسِهِ ، فلم يَضْمَنْهُ غَيْرُهُ . وإن تَرَكَه في نارٍ يُمكنُهُ التَّخْلُصُ منها لِقَلْبَتِهَا ، أو كَوْنِهِ في طَرَفٍ منها يُمكنُهُ الخُرُوجُ بِأَذْنَى حَرَكَتِهِ ؛ فلم يَخْرُجْ حتَّى مات ، فلا قَوْدَ ؛ لأنَّ هذا لا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وهل يَضْمَنْهُ ؟ فيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّهُ مُهْلِكٌ لِنَفْسِهِ بِإِقَامَتِهِ ، فلم يَضْمَنْهُ ، كما لو أَلْقَاهُ في ماءٍ يَسِيرٍ ، لكنَّ^(٣٣) يَضْمَنْ ما أَصَابَتِ النَّارُ منه . والثاني ، يَضْمَنْهُ ؛ لأنَّهُ جاء بِالْإِلْقَاءِ الْمُفْضِي إلى الهلاكِ ، وتَرَكَ التَّخْلُصَ لا يُسْقِطُ الضَّمَانَ ، كما لو فَصَدَّه فَتَرَكَ شَدَّ فَصَادَهُ مع إمكانيه ، أو جَرَحَهُ فَتَرَكَ مُداوَأَةَ جُرْحِهِ ، وفَارَقَ الماءَ ؛ لأنَّهُ لا يُهْلِكُ بِنَفْسِهِ ، ولهذا يَدْخُلُهُ النَّاسُ لِلْعُسْلِ والسَّبَاحَةِ والصَّيْدِ ، وأما النَّارُ فَيَسِيرُها يُهْلِكُ . وإنَّما تُعَلِّمُ قُدْرَتُهُ على التَّخْلُصِ بقَوْلِهِ : أنا قَادِرٌ على التَّخْلُصِ . أو نحو هذا ؛ لأنَّ النَّارَ لها حَرَارَةٌ شَدِيدَةٌ ، فربَّما أَرْعَجَتْ حَرَارَتُها عن مَعْرِفَةِ ما يَتَخَلَّصُ به ، أو أَذْهَبَتْ عَقْلَهُ بِأَلْمِها وَرَوَعَتْها . وإن أَلْقَاهُ في لُجَّةٍ لا يُمكنُهُ التَّخْلُصُ / منها ، فَالتَّقَمَهُ حُوتٌ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، عليه القَوْدُ ؛ لأنَّهُ أَلْقَاهُ في مَهْلِكَةٍ فَهَلَكَ ، فَأَشْبَهَهُ ما لو غَرِقَ فيها . والثاني ، لا قَوْدَ عليه ؛ لأنَّهُ لم يَهْلِكْ بها ، أَشْبَهَهُ ما لو قَتَلَهُ آدَمِيُّ آخَرٌ . وإن أَلْقَاهُ في ماءٍ يَسِيرٍ ، فَأَكَلَهُ سَبْعٌ ، أو التَّقَمَهُ حُوتٌ أو تَمَسَّحَ ، فلا قَوْدَ عليه ؛ لأنَّ الذي فَعَلَهُ لا يَقْتُلُ غَالِبًا ، وعليه ضَمَانُهُ ؛ لأنَّهُ هَلَكَ بِفِعْلِهِ . الضَّرْبُ الثالثُ ، أن يَجْمَعَ بَيْنَهُ وبينَ أَسَدٍ أو نَمِرٍ ، في مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، كَرُبِّيَّةٍ^(٣٤) ونحوها ، فَيَقْتُلُهُ ، فهذا عَمْدٌ ، فيه القِصاصُ إذا فَعَلَ السَّبْعُ به فِعْلاً يَقْتُلُ مثله ، وإن فَعَلَ به فِعْلاً لو فَعَلَهُ الآدَمِيُّ لم يَكُنْ عَمْدًا ، لم يَجِبِ القِصاصُ به ؛ لأنَّ السَّبْعَ صارَ آلةً لِلآدَمِيِّ ، فكان فِعْلُهُ كِفْعَلِهِ . وإن أَلْقَاهُ مَكْتُوفًا بينَ يَدَيِ الأَسَدِ ، أو النَمِرِ ، في فُضَاءٍ ، فَأَكَلَهُ ، فَعَلِيهِ القَوْدُ . وكذلك إن جَمَعَ بَيْنَهُ وبينَ حَيَّةٍ في مَكَانٍ ضَيِّقٍ ، فَتَهَشَّتْهُ فَقَتَلَتْهُ ، فَعَلِيهِ القَوْدُ . وقال القاضِي : لا ضَمَانَ عليه في

٤/٩ ظ

(٣٣) في ب : « ولكن » .

(٣٤) الرُبِّيَّة : حفرة للأسد .

الصورتين . وهو قول أصحاب الشافعي ؛ لأنَّ الأسدَ والحَيَّةَ يَهْرُبَانِ مِنَ الْآدَمِيِّ ، ولأنَّ هذا سَبَبٌ غَيْرُ مُلْجِيٍّ . ولنا ، أن هذا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فكان عَمْدًا مُحَضًّا ، كسائرِ الصُّورِ . وقولهم : إنَّهما يَهْرُبَانِ غَيْرُ صَحِيحٌ ، فإنَّ الأسدَ يأخُذُ الْآدَمِيَّ الْمُطْلَقَ ، فكيف يَهْرُبُ من مكتوفٍ أَلْقَى إليه ^(٣٥) لِيَأْكُلَهُ ! والحَيَّةُ إنَّما تَهْرُبُ في مكانٍ واسعٍ ، أمَّا إذا ضاق المكانُ ، فالغالبُ أَنَّها تَدْفَعُ عن نَفْسِها بالنَّهَشِ ، على ما هو العادةُ . وقد ذكر القاضي في مَنْ أَلْقَى مكتوفًا في أرضٍ مَسْبَعَةٍ ، أو ذاتِ حَيَاتٍ ، فقتلته ، أن في وُجُوبِ القِصاصِ روايتين . وهذا تناقضٌ شديدٌ ؛ فإنَّه نَفَى الضَّمَانَ بالكَلْيَةِ في صورةِ كان القتلُ فيها أغلبَ ، وأوجبَ القِصاصَ في صورةِ كان فيها أندرَ . والصَّحِيحُ أَنَّهُ لا قِصاصَ هُهنا ، ويجبُ الضَّمَانُ ؛ لأنَّه فَعَلَ به فِعْلًا مُتَعَمِّدًا تَلَفَ به . لا يَقْتُلُ مثلهُ غَالِبًا . وإنَّ أَنهَشَهُ حَيَّةٌ أو سَبَعًا فقتلَهُ ، فعليه القَوْدُ إذا كان ذلك مِمَّا يَقْتُلُ غَالِبًا ، فإن كان مِمَّا لا يَقْتُلُ غَالِبًا ، ككُتْبَانِ الحِجَارِ ، أو سَبْعٍ صَغِيرٍ ، ففيه وَجْهانِ ؛ أحدهما ، فيه القَوْدُ ؛ لأنَّ الجُرْحَ لا يُعْتَبَرُ فيه غَلْبَةُ حُصُولِ القَتْلِ / به ، وهذا جُرْحٌ ، ولأنَّ الحَيَّةَ من جنسِ ما يَقْتُلُ غَالِبًا . والثاني ، هو ^(٣٦) شِبْهُ عَمْدٍ ^(٣٦) ؛ لأنَّه لا يَقْتُلُ غَالِبًا ، أشَبَهَ الضَّرْبَ بالعَصَا والحَجَرِ . وإن كَتَفَهُ وألقاه في أرضٍ غيرِ مَسْبَعَةٍ ، فأكلَهُ سَبْعٌ ، أو نَهَشْتَهُ حَيَّةٌ ، فمات ^(٣٧) ، فهو شِبْهُ عَمْدٍ ^(٣٨) . وقال أصحابُ الشافعي : هو حَطَأٌ مُحَضٌّ . ولنا ، أَنَّهُ فَعَلَ به فِعْلًا لا يَقْتُلُ مثلهُ غَالِبًا عَمْدًا ، فأفضَى إلى هلاكِهِ ، أشَبَهَ ما لو ضَرَبَهُ بِعَصَا فمات . وكذلك إن ألقاه مَشْدُودًا في موضعٍ لم يَعْهَدْ وُصُولَ زيادةِ الماءِ إليه . فأما إن كان في مَوْضِعٍ يَعْلمُ وُصُولَ زيادةِ الماءِ إليه في ذلك الوقتِ ، فمات بها ، فهو عَمْدٌ مُحَضٌّ . وإن كانت غيرَ معلومةٍ ، إمَّا لكونِها تَحْتَمِلُ ^(٣٩) الوُجُودَ ^(٤٠) وعَدَمَهُ ، أو لا تُعْهَدُ أصْلًا ،

٥٠/٩

(٣٥) في الأصل ، ب : له .

(٣٦-٣٦) في م : شبه العمد .

(٣٧) سقط من : ب .

(٣٨) في ا ، م : العمد .

(٣٩) في ب : تحمل .

(٤٠) في ا ، م : الوجوب ؛ تحريف .

فهو شبهة عند الضرب الرابع ، أن يحسبه في مكان ، ويمتنعه الطعام والشراب مدة لا يبقى فيها حتى يموت ، فعليه القود ؛ لأن هذا يقتل غالبا ، وهذا يختلف باختلاف الناس والزمان والأحوال ، فإذا كان عطشان في شدة الحر ، مات في الزمن القليل ، وإن كان ريان والزمن بارداً أو معتدلاً ، لم يمّت إلا في زمن طويل فيعتبر هذا فيه . وإن كان في مدة يموت^(٤١) في مثلها^(٤٢) غالبا ، ففيه القود . وإن كان لا يموت في مثلها غالبا^(٤٣) ، فهو عمد الخطأ . وإن شككنا فيها ، لم يجب القود ؛ لأننا شككنا في السبب ، ولا يثبت الحكم مع الشك في سببه ، سيما القصاص الذي يسقط بالشبهات .

النوع الخامس ، أن يسقيه سماً ، أو يطعمه شيئاً قاتلاً ، فيموت به ، فهو عمد موجب للقود ، إذا كان مثله يقتل غالبا . وإن خلطه بطعام ، وقدمه إليه ، فأكله أو أهده إليه فأكله^(٤٤) ، أو خلطه بطعام رجل ، ولم يعلم^(٤٥) ذلك فأكله ، فعليه القود ؛ لأنه يقتل غالبا . وقال الشافعي ، في أحد قوليه : لا قود عليه ؛ لأنه أكله مختاراً ، فأشبهه ما لو قدم إليه سيكينا ، فطعن بها نفسه ، ولأن أنس بن مالك روى ، أن يهودية أتت رسول الله ﷺ بشاة مسمومة ، فأكل منها النبي ﷺ ، ولم يقتلها النبي ﷺ^(٤٦) . قال^(٤٧) : وهل تجب الدية^(٤٨) ؟ فيه قولان . ولنا ، خبر اليهودية ، فإن أبا سلمة ، قال فيه : فمات بشر بن البراء ، فأمر بها النبي ﷺ فقتلت . أخرجه أبو داود^(٤٩) . ولأن هذا يقتل

(٤١-٤٢) في الأصل ، ب : فيها .

(٤٢) في م زيادة : ففيه القود وإن كان لا يموت في مثلها غالبا . تكرار .

(٤٣) سقط من : م .

(٤٤) أخرجه البخاري ، في : باب قبول الهدية من المشركين ، من كتاب الهبة . صحيح البخاري ٢١٤/٣ . وأبو

داود ، في : باب في من سقى رجلا سماً أو أطعمه فمات أبقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ .

والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٨/٣ .

(٤٥) سقط من : ب .

(٤٦) في م : و القود .

(٤٧) في : باب في من سقى رجلا سماً أو أطعمه فمات أبقاد منه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٢/٢ ،

غالبًا ، ويتخذ طريقًا إلى القتل كثيرًا ، فأوجب القصاص ، كما لو أكرهه على شربه .
فأما حديث أنس ، فلم يذكر فيه أن أحدًا مات منه . ولا يجب القصاص إلا أن يقتل به ،
ويجوز أن يكون النبي ﷺ^(٤٨) لم يقتلها قبل أن يموت بشر بن البراء ، فلما مات ، أرسل
إليها النبي ﷺ^(٤٨) ، فسألها ، فأعترفت ، فقتلها ، فقتل أنس صدر القصة دون
آخرها . ويتعين حمله عليه ، جمعًا بين الخبرين . ويجوز أن يترك قتلها ؛ لكونها ما
قصدت بشر بن البراء ، إنما قصدت قتل النبي ﷺ^(٤٩) ، فاحتل العمد بالنسبة إلى بشر ،
وفارق تقديم السكين ؛ لأنها لا تقدم إلى الإنسان^(٤٩) ليقتل بها نفسه ، إنما تقدم إليه
لينتفع بها ، وهو عالم بمضرتها ونفعها ، فأشبه ما لو قدم إليه السم وهو عالم به . فأما إن
خلط السم بطعام نفسه ، وتركه في منزله ، فدخل إنسان فأكله ، فليس عليه ضمان
بقصاص ولا دية ؛ لأنه لم يقتله ، وإنما الداخل قتل نفسه ، فأشبه ما لو حفر في داره
بئرا ، فدخل رجل ، فوقع فيها ، وسواء قصد بذلك قتل الآكل ، مثل أن يعلم أن^(٥٠)
ظالمًا يريد هجوم داره ، فترك السم في الطعام ليقتله ، فهو كالو حفر بئرا^(٥١) في داره ليقع
فيها اللص إذا دخل ليسرق منها ، ولو دخل رجل بإذنه ، فأكل الطعام المسموم بغير
إذنه ، لم يضمنه لذلك . وإن خلطه بطعام رجل ، أو قدم إليه طعامًا مسمومًا ، وأخبره
بسمه فأكله ، لم يضمنه ؛ لأنه أكله عالمًا بحاله ، فأشبه ما لو قدم إليه سكينًا ، فوجأ بها
نفسه . وإن سقى إنسانًا سمًا ، أو خلطه بطعامه^(٥٢) ، فأكله ولم يعلم به ، وكان مما لا يقتل
مثله غالبًا ، فهو شبه عمد . فإن اختلف فيه هل يقتل مثله غالبًا أو لا ؟ وثم بيته تشهد ، عمل
بها . وإن قالت البيته : هو يقتل التَّصَوُّ الضَّعِيفَ دُونَ الْقَوِيِّ . أو غير هذا ، عمل^(٥٣)

(٤٨-٤٩) سقط من : الأصل . نقل نظر .

(٤٩) في م : « إنسان » .

(٥٠) سقط من : م .

(٥١) سقط من : ب .

(٥٢) في ب : « طعام » .

(٥٣) في م : « عملت » .

على حَسَبِ ذلك . وإن لم يكن مع أحدهما بَيِّنَةٌ ، فالقول قول السَّاقِي ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ
وَجُوبِ الْقِصَاصِ ، فلا يَثْبُتُ بِالشَّكِّ ، ولأنَّه أَعْلَمُ بِصِفَةِ مَا سَقَى . وإن ثَبَّتَ أَنَّهُ قَاتِلٌ ،
فقال : لم أَعْلَمُ أَنَّهُ قَاتِلٌ . ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما : عليه القَوْدُ ؛ لأنَّ السُّمَّ من جِنْسِ ما
يَقْتُلُ^(٥٤) غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو جَرَحَهُ ، وقال : لم أَعْلَمُ أَنَّهُ يَمُوتُ منه . والثاني : / لا قَوْدَ
عليه ؛ لأنَّه يجوزُ أن يَحْفَى عليه أَنَّهُ قَاتِلٌ . وهذه^(٥٥) شَبْهَةٌ يَسْقُطُ بها القَوْدُ .

النَّوعُ السادس ، أن يَقْتُلَهُ بِسِحْرِ يَقْتُلُ غالبًا ، فيلْزِمُهُ القَوْدُ ؛ لأنَّه قَتَلَهُ بما يَقْتُلُ
غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو قَتَلَهُ بِسِكِّينٍ . وإن كان مَمَّا لا يَقْتُلُ غالبًا ، أو كان^(٥٦) مَمَّا يَقْتُلُ ولا
يَقْتُلُ ، ففيه الدِّيَةُ دُونَ الْقِصَاصِ ؛ لأنَّه عَمْدُ الخَطِئِ ، فأشْبَهَ ضَرْبَ العَصَا .

النَّوعُ السابع ، أن يَتَسَبَّبَ إلى قَتْلِهِ بما يَقْتُلُ غالبًا ، وذلك أربعة أَضْرِبٍ ؛ أحدها ، أن
يُكْرَهُ رجلاً على قَتْلِ آخَرَ ، فيقتله ، فيجِبُ الْقِصَاصُ على المُكْرِهِ والمُكْرِهِ جميعًا . وهذا
قال مالكٌ . وقال أبو حنيفةً ، ومحمدٌ : يجِبُ الْقِصَاصُ على المُكْرِهِ دُونَ المُبَاشِرِ ؛ لقوله
عليه الصلاة والسلامُ : « عَفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الخَطِئِ والنَّسِيانِ وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ »^(٥٧) .

ولأنَّ المُكْرَةَ آتَةٌ للمُكْرِهِ ، بدليلِ وَجُوبِ الْقِصَاصِ على المُكْرِهِ ، وتَقَلُّ فِعْلِهِ إليه ، فلم
يجِبْ على المُكْرِهِ ، كما لو رَمَى به عليه فقتله . وقال زُفَرٌ : يجِبُ على المُبَاشِرِ دُونَ
المُكْرِهِ ؛ لأنَّ المُبَاشِرَةَ تَقْطَعُ حُكْمَ السَّبَبِ^(٥٨) ، كالحافِرِ مع الدَّافِعِ ، والآمِرِ مع
القَاتِلِ . وقال الشافعيُّ : يجِبُ على المُكْرِهِ ، وفي المُكْرِهِ قولان . وقال أبو يوسفَ : لا
يجِبُ على واحدٍ منهما ؛ لأنَّ المُكْرَةَ لم يُبَاشِرِ القَتْلَ ، فهو كحافِرِ البئرِ ، والمُكْرَةَ مُلْجَأٌ ،
فأشْبَهَ المَرْمِيَّ به على إنسانٍ . ولنا ، على وَجُوبِهِ على المُكْرِهِ ، أَنَّهُ تَسَبَّبَ إلى قَتْلِهِ بما
يُقْضَى إليه غالبًا ، فأشْبَهَ ما لو أَلْسَعَهُ^(٥٩) حَيَّةً ، أو أَلْقَاهُ على أَسَدٍ في زُبْيَةٍ . ولنا ، على

(٥٤) في م زيادة : « به » .

(٥٥) في الأَصْل ، ب : « وهذا » .

(٥٦) في ب : « وكان » .

(٥٧) تقدم تخريجه ، في : ١٤٦/١ .

(٥٨) في الأَصْل ، ب : « النسب » .

(٥٩) في م : « ألسعته » .

وَجُوبِهِ عَلَى الْمُكْرَه ، أَنَّهُ قَتَلَهُ عَمْدًا ظَلَمًا لاسْتِيقَاءِ نَفْسِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ فِي الْمَخْصَصَةِ لِيَأْكُلَهُ . وَقَوْلُهُمْ : إِنَّ الْمُكْرَهَ مُلْجَأٌ . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ مُتَمَكِّنٌ مِنَ الْاِمْتِنَاعِ ، وَلِذَلِكَ أُثِمَ بِقَتْلِهِ ، وَحَرَّمَ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا قَتَلَهُ عِنْدَ الْاِكْرَاهِ ظَنًّا مِنْهُ ^(٦٠) ، أَنْ فِي قَتْلِهِ نَجَاةٌ لِنَفْسِهِ ، وَخَلَاصَةٌ مِنْ شَرِّ الْمُكْرَهِ ، فَأَشْبَهَ الْقَاتِلَ فِي الْمَخْصَصَةِ لِيَأْكُلَهُ . وَإِنْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِمَا . وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَعَمَدٌ : لَا دِيَّةَ عَلَى الْمُكْرَهِ ؛ بِنَاءٍ مِنْهُمَا عَلَى أَنَّهُ آلَةٌ . وَقَدْ بَيَّنَّا فِسَادَهُ ، وَإِنَّمَا هُمَا شَرِيكَايْنِ ، يَجِبُ الْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا جَمِيعًا ، فَوَجَبَتْ الدِّيَةُ عَلَيْهِمَا ، كَالشَّرِيكَيْنِ بِالْفِعْلِ ، وَكَامِ يَجِبُ الْجَزَاءُ عَلَى الدَّالِّ عَلَى الصَّيْدِ فِي الْاِخْرَامِ وَالْمُبَاشِرِ ^(٦١) ، وَالرَّذَاءِ وَالْمُبَاشِرِ ^(٦٢) فِي الْمُحَارَبَةِ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ أَحَبَّ الْوَالِيُّ قَتْلَ أَحَدِهِمَا ، وَأَخَذَ نِصْفَ الدِّيَةِ مِنَ الْآخَرِ ، أَوْ / الْعَفْوَ عَنْهُ ، فَلَهُ ذَلِكَ .

الضَّرْبُ الثَّانِي ، إِذَا شَهِدَ رَجُلَانِ عَلَى رَجُلٍ بِمَا يُوجِبُ قَتْلَهُ ، فَقَتِلَ بِشَهَادَتَيْهِمَا ، ثُمَّ رَجَعَا ، وَاعْتَرَفَا بِتَعَمُّدِ الْقَتْلِ ظَلَمًا ، وَكَذِبَهُمَا فِي شَهَادَتَيْهِمَا ، فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّهُ تَسَبَّبَ غَيْرُ مُلْجِئٍ ، فَلَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، كَحَفْرِ الْبَعْرِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى الْقَاسِمُ بْنُ عَيْدِ الرَّحْمَنِ ، أَنَّ رَجُلَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ ، كَرَّمَ اللَّهُ وَجْهَهُ ، عَلَى رَجُلٍ أَنَّهُ سَرَقَ ، فَقَطَعَهُ ، ثُمَّ رَجَعَا عَنْ ^(٦٣) شَهَادَتَيْهِمَا ، فَقَالَ عَلِيٌّ : لَوْ أَعْلَمْتُ أَنَّكُمْ تَعَمَّدْتُمَا ، لَقَطَعْتُ أَيْدِيَكُمَا . وَغَرَمَهُمَا دِيَّةَ يَدِهِ ^(٦٤) . وَلِأَنَّهُمَا تَوَصَّلَا إِلَى قَتْلِهِ بِسَبَبٍ يَقْتُلُ غَالِبًا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ ، كَالْمُكْرَهِ . الضَّرْبُ الثَّلَاثُ ، الْحَاكِمُ إِذَا حَاكَمَ عَلَى رَجُلٍ بِالْقَتْلِ ، عَالِمًا بِذَلِكَ مُتَعَمَّدًا

٦/٩ ظ

(٦٠) سقط من : الأصل ، ب .

(٦١) في ب : والمباشرة .

(٦٢) في ب : والمباشرة . وفي م : كاللباسر .

(٦٣) في م : على .

(٦٤) أخرجه البخاري ، في : باب إذا أصاب قوم من رجل ... ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ١٠/٩ . والدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٨٢/٣ . والبيهقي ، في : باب الاثنين أو أكثر يقطعان يدرجل معا ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٤١/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجلان يشهدان على رجل بالحد ، من كتاب الديات . المصنف ٤٠٨/٩ ، ٤٠٩ . كلهم عن الشعبي .

فَقَتَلَهُ ، وَاَعْتَرَفَ بِذَلِكَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، وَالْكَلَامُ فِيهِ كَالْكَلَامِ فِي الشَّاهِدِينَ ، وَلَوْ أَنَّ
الْوَلِيَّ الَّذِي بَاشَرَ قَتْلَهُ أَقْرَبَ بِعِلْمِهِ بِكَذِبِ الشُّهُودِ ، وَتَعَمَّدَ قَتْلَهُ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ . لَا
أَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ، فَإِنْ أَقْرَبَ^(٦٥) الشَّاهِدَانِ وَالْحَاكِمُ وَالْوَلِيُّ جَمِيعًا بِذَلِكَ ، فَعَلَى الْوَلِيِّ
الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ بَاشَرَ الْقَتْلَ عَمْدًا وَعَدْوَانًا^(٦٦) ، وَيَتَّبِعِي أَنْ لَا يَجِبَ عَلَى غَيْرِهِ شَيْءٌ ؛
لَأَنَّهُمْ مُتَسَبِّبُونَ ، وَالْمُبَاشَرَةُ تَبْطُلُ حُكْمَ السَّبَبِ^(٦٧) ، كَالدَّفَاعِ مَعَ الْحَافِرِ . وَيَفَارِقُ هَذَا مَا
إِذَا لَمْ يُقَرَّرْ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ حُكْمُ مُبَاشَرَةِ الْقَتْلِ فِي حَقِّهِ ظُلْمًا ، فَكَانَ وَجُودُهُ كَعَدَمِهِ ،
وَيَكُونُ الْقِصَاصُ عَلَى الشَّاهِدِينَ وَالْحَاكِمِ ؛ لِأَنَّ الْجَمِيعَ مُتَسَبِّبُونَ . وَإِنْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى
الدَّيَّةِ ، فَهِيَ عَلَيْهِمْ أَثْلَانًا . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَتَّعَلَقَ الْحُكْمُ بِالْحَاكِمِ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّ تَسْبِيهَ أَحْصَى
مِنْ تَسْبِيهِمْ ؛ فَإِنَّ حُكْمَهُ وَاسِطَةٌ بَيْنَ شَهَادَتِهِمْ وَقَتْلِهِ ، فَأَشْبَهَ الْمُبَاشَرَ مَعَ الْمُتَسَبِّبِ .
وَلَوْ كَانَ الْوَلِيُّ الْمُقَرَّرُ بِالتَّعَمُّدِ لَمْ يَبَاشِرِ الْقَتْلَ ، وَإِنَّمَا وَكَّلَ فِيهِ ، نَظَرْتُ فِي الْوَكِيلِ ؛ فَإِنْ
أَقْرَبَ بِالْعِلْمِ ، وَتَعَمَّدَ الْقَتْلَ ظُلْمًا ، فَهُوَ الْقَاتِلُ وَحْدَهُ ؛ لِأَنَّهُ مُبَاشِرٌ لِلْقَتْلِ عَمْدًا ظُلْمًا مِنْ
غَيْرِ إِكْرَاهٍ ، فَتَعَلَّقَ الْحُكْمُ بِهِ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ بِالْقَتْلِ فِي غَيْرِ هَذِهِ الصُّورَةِ ، وَإِنْ لَمْ يَعْتَرَفْ
بِذَلِكَ ، فَالْحُكْمُ مُتَّعَلِّقٌ بِالْوَلِيِّ ، كَمَا لَوْ بَاشَرَهُ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

١٤١٧ - مسألة ؛ قال : (فِيهِ الْقَوْدُ إِذَا اجْتَمَعَ عَلَيْهِ الْأَوْلِيَاءُ ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ
حُرًّا مُسْلِمًا)

٧/٩ / أَجْمَعَ الْعُلَمَاءُ عَلَى أَنَّ الْقَوْدَ لَا يَجِبُ إِلَّا بِالْعَمْدِ ، وَلَا نَعْلَمُ بَيْنَهُمْ فِي وُجُوبِهِ بِالْقَتْلِ
الْعَمْدِ إِذَا اجْتَمَعَتْ شُرُوطُهُ خِلَافًا ، وَقَدْ ذَكَتْ عَلَيْهِ الْآيَاتُ وَالْأَحْبَارُ بِعُمُومِهَا ، فَقَالَ اللَّهُ
تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا فَلَا يُسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾^(١) . وَقَالَ

(٦٥) في ب ، م ، د : أمر .

(٦٦) في م : وعدوانا .

(٦٧) في م : المسبب .

(١) سورة الإسراء ٣٣ .

تعالى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ ^(٢) . وقال تعالى : ﴿ وَلَكُمْ فِي الْقِصَاصِ حَيَاةٌ ﴾ ^(٣) . يُرِيدُ - والله أعلم - أنْ وَجُوبَ الْقِصَاصِ يَمْنَعُ مَنْ يُرِيدُ الْقَتْلَ مِنْهُ ، شَفَقَةً ^(٤) عَلَى نَفْسِهِ مِنَ الْقَتْلِ ، فَتَبْقَى الْحَيَاةُ فِي مَنْ أُرِيدَ قَتْلُهُ . وقيل : إنَّ الْقَاتِلَ تَنْعَقِدُ الْعَدَاوَةَ بَيْنَهُ وَبَيْنَ قَبِيلَةِ الْمَقْتُولِ ، فَيُرِيدُ قَتْلَهُمْ خَوْفًا مِنْهُمْ . وَيُرِيدُونَ قَتْلَهُ وَقَتْلَ قَبِيلَتِهِ اسْتِيفَاءً ، فَفِي الْاِقْتِصَاصِ ^(٥) مِنْهُ بِحُكْمِ الشَّرْعِ قَطْعٌ لِسَبَبِ الْهَلَاكِ بَيْنَ الْقَبِيلَتَيْنِ . وقال الله تعالى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٦) . الآية . وقال النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ؛ إِمَّا أَنْ يُقْتَلَ ، وَإِمَّا أَنْ يُقْتَلَى » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٧) . وَرَوَى أَبُو شَرِيحٍ الْحَزْرَعِيُّ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ : « مَنْ أُصِيبَ بَدَنٌ ، أَوْ حَبِيلٌ ^(٨) ، فَهُوَ بِالْخِيَارِ بَيْنَ إِحْدَى ثَلَاثٍ ؛ فَإِنْ أَرَادَ الرَّابِعَةَ فَخُذُوا عَلَى يَدَيْهِ ؛ أَنْ يُقْتَلَ ، أَوْ يَعْفُو ، أَوْ يَأْخُذَ الدِّيَةَ » . رواه أبو داود ^(٩) . وفي لَفِظٍ : « فَمَنْ قُتِلَ لَهُ بَعْدَ مَقَالَتِي قَتِيلٌ ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ أَنْ يَأْخُذُوا الدِّيَةَ ، أَوْ يَقْتُلُوا » ^(١٠) . وقال عليه السلامُ : « الْعَمْدُ قَوْدٌ ، إِلَّا أَنْ يَعْفُوَ وَلِيُّ الْمَقْتُولِ » ^(١١) . وفي لَفِظٍ : « مَنْ قَتَلَ

(٢) سورة البقرة ١٧٨ ..

(٣) سورة البقرة ١٧٩ .

(٤) في الأصل ، ب : « شفقا » .

(٥) في الأصل : « الإقتصاص » .

(٦) سورة المائدة ٤٥ .

(٧) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٨) الخيل : الجرح .

(٩) في : باب الإمام يأمر بالعفو في الدم ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٧٨/٢ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل له قتيلا فهو بالخيار بين إحدى ثلاث ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه

٨٧٦/٢ . والدارمي ، في : باب الدية في قتل العمد ، من كتاب الدييات . سنن الدارمي ١٨٨/٢ . والإمام أحمد ،

في : المسند ٣١/٤ .

(١٠) أخرجه أبو داود ، في : باب ولي العمد يرضى بالدية ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٠/٢ .

(١١) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والدييات وغيره . سنن الدارقطني ٩٤/٣ . وابن أبي شيبة ، في : باب

من قال : العمد قود ، من كتاب الدييات . المصنف ٣٦٥/٩ .

عَامِدًا^(١٢) ، فَهُوَ قَوْدٌ . رواه أبو داود^(١٣) . وفي لفظ رواه ابن ماجه^(١٤) : « مَنْ قَتَلَ عَامِدًا^(١٥) ، فَهُوَ قَوْدٌ ، وَمَنْ حَالَ بَيْنَهُ وَبَيْنَهُ ، فَعَلَيْهِ لَعْنَةُ اللَّهِ وَالْمَلَائِكَةِ وَالنَّاسِ^(١٥) أَجْمَعِينَ ، لَا يُقْبَلُ مِنْهُ صَرْفٌ وَلَا عَدْلٌ » . وقول الخِرْقِيُّ : إذا اجتمع عليه الأُولياءُ .
 يعنى إذا كان للمقتول أولياء يستحقون القصاص ، فمن شرط وجوبه اجتماعهم على طلبه ، ولو عفا واحد منهم ، سقط كله ، وإن كان^(١٦) بعضهم غائبًا ، أو غير مكلف ، لم يكن لشركائه^(١٧) القصاص حتى يقدم الغائب ، ويختار القصاص ، أو يوكل ، ويبلغ الصبي ويقيق المجنون ويختاره . وقوله^(١٨) : إذا كان المقتول حرًا مسلمًا . يعنى مكافئًا للقاتل ، / فإذا كان القاتل حرًا مسلمًا . اشترط كون المقتول حرًا مسلمًا لتتحقق^(١٩) المكافأة بينهما ، فإن^(٢٠) الكافر لا يكافئ المسلم ، والعبد لا يكافئ الحر .

٧/٩ ظ

فصل : وأجمع أهل العلم ، على أن الحر المسلم يقاد به قاتله ، وإن كان مجذع الأطراف ، معذوم الحواس ، والقاتل صحيح سوي الخلق ، أو كان بالعكس .
 وكذلك إن^(٢١) تفاوتوا في العلم والشرف ، والغنى والفقر ، والصحة والمرضى ، والقوة والضعف ، والكبر والصغر ، والسلطان والسوقة ، ونحو هذا من الصفات ، لم يمنع القصاص ، بالاتفاق ، وقد دلت عليه العمومات التي تلونها ، وقول النبي ﷺ :

(١٢) في مصادر التخریج : « عمدا » .

(١٣) في : باب من قتل في عمياء بين قوم ، من كتاب الديات . سنن أبى داود ٤٩٠/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب من قتل بمحجر أو سوط ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٥/٨ ، وهو ابن ماجه ، في : باب من حال بين ولى المقتول وبين القود أو الدية ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٦٣/١ .

(١٤) في الباب السابق ، كما أخرجه أبو داود ، في الباب السابق أيضا .

(١٥) سقط من : ب .

(١٦) سقط من : الأصل .

(١٧) في ب : « لشريكه » .

(١٨) في م : « وقولهم » .

(١٩) في م : « لتحقق » .

(٢٠) في م زيادة : « كان » .

(٢١) في ب : « إذا » .

« الْمُؤْمِنُونَ تَتَكَافَأُ^(٢٢) دِمَاؤُهُمْ »^(٢٣) . ولأنَّ اغْتِبَارَ التَّسَاوِي فِي الصِّفَاتِ وَالْفَضَائِلِ ، يُفْضِي إِلَى إِسْقَاطِ الْقِصَاصِ بِالْكُلِّيَّةِ ، وَفَوَاتِ حِكْمَةِ الرُّذُوحِ وَالزُّجْرِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَسْقُطَ اغْتِبَارُهُ ، كَالطُّوْلِ وَالْقَصْرِ ، وَالسُّوَادِ وَالْبِيَاضِ .

فصل : وَلَا يُشْتَرَطُ فِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ كَوْنُ الْقَتْلِ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، بَلْ مَتَى قُتِلَ فِي دَارِ الْحَرْبِ مُسْلِمًا عَامِدًا عَالِمًا بِإِسْلَامِهِ ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ ، سِوَاءَ كَانَ قَدْ هَاجَرَ أَوْ لَمْ يَهَاجِرْ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ بِالْقَتْلِ فِي غَيْرِ دَارِ الْإِسْلَامِ ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ الْمَقْتُولُ هَاجِرًا ، لَمْ يَضْمَنْهُ بِقِصَاصِ وَلَا دِيَّةٍ ، عَمْدًا قَتَلَهُ أَوْ خَطَأً ، وَإِنْ كَانَ قَدْ هَاجَرَ ، ثُمَّ عَادَ إِلَى دَارِ الْحَرْبِ ، كَرَجُلَيْنِ مُسْلِمَيْنِ دَخَلَا دَارَ الْحَرْبِ بِأَمَانٍ ، فَقَتَلَ أَحَدَهُمَا صَاحِبَهُ ، ضَمِنَهُ بِالذِّيَّةِ ، وَلَمْ يَجِبِ الْقَوْدُ . وَحُكِيَ عَنْ أَحْمَدَ رَوَايَةً كَقَوْلِهِ . وَلَوْ قَتَلَ رَجُلًا سَيِّرًا مُسْلِمًا فِي دَارِ الْحَرْبِ ، لَمْ يَضْمَنْهُ إِلَّا بِالذِّيَّةِ ، عَمْدًا قَتَلَهُ أَوْ خَطَأً . وَلَنَا ، مَا ذَكَرْنَا مِنَ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ ، وَلأنَّهُ قَتْلٌ مِنْ يُكَافِئُهُ عَمْدًا ظَلَمًا ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقَوْدُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ فِي دَارِ الْإِسْلَامِ ، وَلأنَّ كُلَّ دَارٍ يَجِبُ فِيهَا الْقِصَاصُ إِذَا كَانَ فِيهَا إِمَامٌ ، يَجِبُ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فِيهَا إِمَامٌ ، كَدَارِ الْإِسْلَامِ .

فصل : وَقَتْلُ الْغِيلَةِ وَغَيْرِهِ سِوَاءَ فِي الْقِصَاصِ وَالْعَفْوِ ، وَذَلِكَ لِلرُّوْلِ دُونَ السُّلْطَانِ . وَبِهِ قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ مَالِكٌ : الْأَمْرُ عِنْدَنَا أَنْ يُقْتَلَ بِهِ ، وَلَيْسَ لِلرُّوْلِ الدِّمُّ أَنْ يَعْفَوْ عَنْهُ ، وَذَلِكَ إِلَى السُّلْطَانِ . / وَالْغِيلَةُ عِنْدَهُ ، أَنْ يُخَدِّعَ الْإِنْسَانَ ، فَيُدْخَلَ بَيْتًا أَوْ نَحْوَهُ ، فَيُقْتَلَ أَوْ يُؤْخَذَ مَالُهُ . وَلَعَلَّهُ يَحْتَجُّ بِقَوْلِ عَمْرٍ ، فِي

و ٨/٩

(٢٢) فِي الْأَصْلِ ، أ ، م : « تَكَافَأَ » .

(٢٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ حَرَمِ الْمَدِينَةِ ، مِنْ كِتَابِ فَضَائِلِ الْمَدِينَةِ ، وَفِي : بَابِ ذِمَّةِ الْمُسْلِمِينَ ، مِنْ كِتَابِ الْجَزْيَةِ ، وَفِي : بَابِ إِهْمٍ مِنْ تَبْرَأَ مِنْ مَوَالِيهِ ، مِنْ كِتَابِ الْفَرَائِضِ ، وَفِي : بَابِ مَا يَكْرَهُ مِنَ التَّصَمُّقِ وَالتَّنَازُعِ فِي الْعِلْمِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْاِحْتِسَامِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٦/٣ ، ١٢٢/٤ ، ١٩٢/٨ ، ١٢٠/٩ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ فَضْلِ الْمَدِينَةِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْحَجِّ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ٢/٩٩٩ . وَأَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ تَحْرِيمِ الْمَدِينَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْمَنَاسِكِ ، وَفِي : بَابِ أَهْقَادِ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ١/٢٦٩ ، ٤٨٨ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقَوْدِ بَيْنَ الْأَحْرَارِ وَالْمَمَالِكِ فِي النَّفْسِ ، وَبَابِ سَقُوطِ الْقَوْدِ مِنَ الْمُسْلِمِ لِلْكَافِرِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَمِعُ ٨/١٨ ، ٢١ ، ٢٢ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْمُسْلِمِينَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَّاتِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٢/٨٩٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١/١١٩ ، ١٢٢ ، ١٢٦ ، ١٥١ ، ١٨٠/٢ ، ١٩٢ ، ٢١١ ، ٢١٥ ، ٣٩٨ .

الذى قُتِلَ غِيْلَةً : لو ثَمَالاً عَلَيْهِ (٢٤) أَهْلُ صَنْعَاءَ لَأَقْدَتْهُمْ (٢٥) . به (٢٦) وَبِقِيَاسِهِ عَلَى الْمُحَارِبِ . وَلَنَا ، عُمُومُ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيِهِ سُلْطَانًا ﴾ (٢٧) . وَقَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ » (٢٨) . وَلِأَنَّهُ قَتِيلٌ فِي غَيْرِ الْمُحَارِبَةِ ، فَكَانَ امْرَأَتُهُ إِلَى وَلِيِّهِ ، كَسَائِرِ الْقَتْلَى ، وَقَوْلُ عَمَرَ : لَأَقْدَتْهُمْ بِهِ (٢٦) . أَى أَمَكَنْتُ الْوَلِيَّ مِنْ اسْتِيفَاءِ الْقَوْدِ مِنْهُم .

فصل : وَإِذَا قَتَلَ رَجُلًا ، وَادَّعَى أَنَّهُ وَجَدَهُ مَعَ امْرَأَتِهِ ، أَوْ أَنَّهُ قَتَلَهُ دَفْعًا عَنِ نَفْسِهِ ، أَوْ أَنَّهُ دَخَلَ مَنْزِلَهُ يَكَابِرُهُ عَلَى مَالِهِ ، فَلَمْ يَقْدِرْ عَلَى دَفْعِهِ إِلَّا بِقَتْلِهِ ، لَمْ يَقْبَلْ قَوْلُهُ إِلَّا بَيِّنَةً ، وَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ . رَوَى نَحْوُ ذَلِكَ عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ . (٢٩) وَبِهِ قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مُخَالَفًا ، وَسَوَاءٌ وَجَدَ فِي دَارِ الْقَاتِلِ ، أَوْ فِي غَيْرِهَا ، أَوْ وَجَدَ مَعَهُ سِلَاحٌ ، أَوْ لَمْ يُوجَدْ ؛ لِمَا رَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (٢٩) ، أَنَّهُ سُئِلَ عَمَّنْ وَجَدَ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَقَتَلَهُ ، فَقَالَ : إِنْ لَمْ يَأْتِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاءَ ، فَلْيُعْطِ بَرْمَتَهُ (٣٠) . وَلِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ مَا يَدْعِيهِ ، فَلَا يَثْبُتُ بِمَجْرَدِ الدَّعْوَى . وَإِنْ اعْتَرَفَ الْوَلِيُّ بِذَلِكَ ، فَلَا قِصَاصَ

(٢٤) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عَلَيْهَا » .

(٢٥) فِي م : « لَأَقْدَتْهُمْ » .

(٢٦) فِي الْأَصْلِ : « بِهَا » .

وَأَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ إِذَا أَصَابَ قَوْمٌ مِنْ رَجُلٍ ... ، مِنْ كِتَابِ الْبَيِّنَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٠/٩ ، وَالْإِمَامُ مَالِكٌ ، فِي : بَابِ مَا جَاءَ فِي الْغِيْلَةِ وَالسَّحَرِ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمَوْطَأُ ٢/٨٧١ . وَالِدَارِقُطْنِيُّ ، فِي : كِتَابِ الْخُدُودِ وَالْبَيِّنَاتِ وَغَيْرِهِ . سُنَنِ الدَّارِقُطْنِيِّ ٣/٢٠٢ ، وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ النَّفْرِ يَقْتُلُونَ الرَّجُلَ ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمَصْنُفُ ٩/٤٧٦ . وَانظُرْ : نَصَبُ الرَّايَةِ ٤/٣٥٣ .

(٢٧) فِي ب بَعْدَهُ : ﴿ فَلَا يَسْرِفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ .

(٢٨) انظُرْ مَا تَقَدَّمَ فِي صَفْحَةِ ٤٤٨ ، ٤٥٨ .

(٢٩-٢٩) سَقَطَ مِنْ : ب . نَقَلَ نَظْرًا .

(٣٠) أَخْرَجَهُ الْبَيْهَقِيُّ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ الرَّجُلَ فَيَقْتُلُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْأَشْرِيَةِ وَالْخُدُودِ فِيهَا . السُّنَنِ الْكُبْرَى ٨/٣٣٧ . وَعَبْدُ الرَّزَاقِ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ عَلَى امْرَأَتِهِ رَجُلًا ، مِنْ كِتَابِ الْعُقُولِ . الْمَصْنُفُ ٩/٤٣٣ ، ٤٣٤ . وَابْنُ أَبِي شَيْبَةَ ، فِي : بَابِ الرَّجُلِ يَجِدُ مَعَ امْرَأَتِهِ رَجُلًا فَيَقْتُلُهُ ، مِنْ كِتَابِ الْبَيِّنَاتِ . الْمَصْنُفُ ٩/٤٠٣ . وَأَعْطَى بَرْمَتَهُ : أَى بِجَمَلَتِهِ .

عليه ولا دية؛ لما روي عن عمر، رضي الله عنه، أنه كان يوماً يتعدى، إذ جاءه رجل يعدو، وفي يده سيف ملطخ بالدم، ووراءه قوم يعدون خلفه، فجاء حتى جلس مع عمر، فجاء الآخرون، فقالوا: يا أمير المؤمنين، إن هذا قتل صاحبنا. فقال له عمر: ما يقولون؟ فقال: يا أمير المؤمنين، إنني ضربت فخذي امرأتي، فإن كان بينهما أحد فقد قتله. فقال عمر: ما يقول؟ قالوا: يا أمير المؤمنين، إنه ضرب بالسيف، فوقع في وسط الرجل^(٣١) والمرأة. فأخذ عمر سيفه فهزه، ثم دفعه إليه، وقال: إن عادوا فعُد. رواه سعيد في «سننه»^(٣٢). وروي عن الزبير، أنه كان يوماً قد تحلف^(٣٣) عن الجيش، ومعه جارية له، فأتاه رجلان فقالا: أعطنا شيئاً. فالتقى إليهما طاعماً كان معه، فقالا: خل عن الجارية. فضربهما بسيفه، فقطعهما بضربة واحدة^(٣٤). ولأن الخصم اعترف بما يبئح / قتله، فسقط حقه، كما لو أقر بقتله قصاصاً، أو في حدٍّ يوجب قتله. وإن ثبت ذلك بيينة، فكذلك.

ظ ٨/٩

١٤١٨ - مسألة؛ قال: (وشبه العمد ما ضرب به خشية صغيرة، أو حجر صغير، أو لكمة، أو فعل به فعلاً، الأغلب من ذلك الفعل أنه لا يقتل مثله، فلا قود في هذا، والدية على العاقلة)

شبه العمد أحد أقسام القتل، وهو أن يقصد ضربه بما لا يقتل غالباً؛ إما لقصد العدو إن عليه، أو لقصد التأديب له، فيسرف فيه، كالضرب بالسوط، والعصا، والحجر الصغير، والوكز باليد^(١)، وسائر ما لا يقتل غالباً إذا قتل، فهو شبه عمد؛ لأنه قصد الضرب دون القتل، ويسمى عمداً الخطأ وخطأ العمد؛ لاجتماع العمد

(٣١-٣١) سقط من: ب، م.

(٣٢) لم نجده فيما بين أيدينا من سنن سعيد. وانظر: إرواء الغليل ٧/٢٧٤.

(٣٣) في ب: «خلف».

(٣٤) انظر: الأخبار الموقيات ٣٨٢.

(١) في ب، م: «واليد».

والخَطَأِ فِيهِ ، فَإِنَّهُ عَمَدَ الْفِعْلِ ، وَأَخْطَأَ فِي الْقَتْلِ ، فَهَذَا الْقَوْدُ فِيهِ . وَالذِّئَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَجَعَلَهُ مَالِكٌ عَمْدًا مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ (٢) لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ إِلَّا الْعَمْدُ وَالْخَطَأُ ، فَمَنْ زَادَ قِسْمًا ثَالِثًا ، زَادَ عَلَى النَّصِّ ، لِأَنَّهُ قَتَلَهُ بِفِعْلِ عَمَدِهِ ، فَكَانَ عَمْدًا ، كَمَا لَوْ غَزَرَهُ بِإِبْرَةٍ فَقَتَلَهُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ مِنْ أَصْحَابِنَا : تَجِبُ الذِّئَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ . وَهُوَ قَوْلُ ابْنِ شُبْرَمَةَ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ فِعْلِ عَمْدٍ ، فَكَانَ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، كَسَائِرِ الْجِنَايَاتِ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : اقْتَتَلَتِ امْرَأَتَانِ مِنْ هُدَيْلٍ ، فَرَمَتْ إِحْدَاهُمَا الْأُخْرَى بِحَجَرٍ ، فَقَتَلَتْهَا وَمَا فِي بَطْنِهَا ، فَقَضَى النَّبِيُّ ﷺ أَنَّ دِيَةَ جَنِينِهَا عَبْدٌ أَوْ وَلِيدَةٌ ، وَقَضَى بِدِيَةِ الْمَرْأَةِ عَلَى عَاقِلَتِهَا . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ (٣) . فَأَوْجَبَ دِيَّتَهَا عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَالْعَاقِلَةُ لِاتِّحْمُلِ عَمْدًا ، وَأَيْضًا قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « أَلَا (٤) إِنَّ فِي قِتِيلِ خَطَأِ الْعَمْدِ ، قِتِيلَ السَّوِطِ وَالْعَصَا وَالْحَجَرِ ، مِائَةٌ مِنَ الْإِبِلِ » (٥) . وَفِي لَفْظٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « عَقْلُ شِبْهِ الْعَمْدِ مُعْلَظٌ ، مِثْلُ عَقْلِ الْعَمْدِ ، وَلَا يُقْتَلُ صَاحِبُهُ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٦) . وَهَذَا نَصٌّ ، وَقَوْلُهُ هَذَا قِسْمٌ ثَالِثٌ . قُلْنَا : نَعَمْ ، هَذَا ثَبَتَ بِالسُّنَنِ ، وَالْقِسْمَانِ الْأَوَّلَانِ ثَبَتَا بِالْكِتَابِ ، وَلِأَنَّهُ قَتْلٌ لَا يُوجِبُ الْقَوْدَ ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، كَقَتْلِ الْخَطَأِ .

١٤١٩ - مسألة ؛ قال : (وَالْخَطَأُ عَلَى ضَرَبَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا أَنْ يَرْمِيَ الصَّيْدَ ، أَوْ

(٢) فِي م : « وَلِأَنَّهُ » .

(٣) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الْكُهَانَةِ ، مِنْ كِتَابِ الطَّبِّ ، وَفِي : بَابِ جَنِينِ الْمَرْأَةِ ، وَبَابِ جَنِينِ الْمَرْأَةِ وَأَنَّ الْعَقْلَ عَلَى الْوَالِدِ وَعَصَبَةِ الْوَالِدِ لَا عَلَى الْوَالِدِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ١٧٥/٧ ، ١٤/٩ ، ١٥ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ... ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٠٩/٣ ، ١٣١٠ .

كَمَا أَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٩٨/٢ ، ٤٩٩ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ دِيَةِ جَنِينِ الْمَرْأَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٤٢/٨ ، ٤٣ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْجَنِينِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ ابْنِ مَاجَةَ ٨٨٢/٢ . وَالِدَارِمِيُّ ، فِي : بَابِ دِيَةِ الْخَطَأِ عَلَى مَنْ هِيَ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ الدَّارِمِيِّ ١٩٧/٢ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ٢٧٤/٢ ، ٥٣٥ .

(٤) فِي م : « لَا » .

(٥) تَقْدِمُ تَحْرِيجِهِ ، فِي صَفْحَةِ ٤٤٧ .

(٦) فِي : بَابِ دِيَاتِ الْأَعْضَاءِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سَنَنُ أَبِي دَاوُدَ ٤٩٦/٢ .

يَفْعَلُ مَا يَجُوزُ لَهُ فِعْلُهُ ، فَيَتَوَلَّى إِلَى إِثْلَافِ حُرٍّ ، مُسْلِمًا كَانَ أَوْ كَافِرًا ، فَتَكُونُ / الدِّيَةُ عَلَى عَاقِلَتِهِ ، وَعَلَيْهِ عِتْقُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ)

وَجُمْلَتُهُ أَنَّ الْخَطَأَ أَنْ يَفْعَلَ فِعْلًا لَا يُرِيدُ بِهِ إِصَابَةَ الْمَقْتُولِ ، فَيُصِيبُهُ وَيَقْتُلُهُ ، مِثْلُ أَنْ يَرْمِيَ صَيْدًا أَوْ هَدَفًا ، فَيُصِيبُ إِنْسَانًا فَيَقْتُلُهُ . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ ، أَنَّ يَرْمِيَ الرَّامِيَ شَيْئًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ ، لَا أَعْلَمُهُمْ يَخْتَلِفُونَ فِيهِ . هَذَا قَوْلُ عَمْرِ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَقَتَادَةَ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَابْنِ شَبْرَمَةَ ، وَالتَّوْرِيِّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ . فَهَذَا الضَّرْبُ مِنَ الْخَطَايَا تَجِبُ بِهِ الدِّيَةُ عَلَى الْعَاقِلَةِ ، وَالْكَفَّارَةُ فِي مَالِ الْقَاتِلِ ، بغيرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ . وَالْأَصْلُ فِي وُجُوبِ الدِّيَةِ وَالْكَفَّارَةِ ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ إِلَّا أَنْ يَصَدَّقُوا ﴾ ^(١) . وَسَوَاءٌ كَانَ الْمَقْتُولُ مُسْلِمًا أَوْ كَافِرًا لِهَذَا عَهْدٌ ؛ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُمْ مِيثَاقٌ فِدْيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ وَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢) . وَلَا قِصَاصَ فِي شَيْءٍ مِنْ هَذَا ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى أَوْجَبَ بِهِ الدِّيَةَ ، وَلَمْ يَذْكُرْ قِصَاصًا ، وَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « رُفِعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأُ ، وَالنَّسْيَانُ ، وَمَا اسْتَكْرَهُوا عَلَيْهِ » ^(٣) . وَلِأَنَّهُ لَمْ يُوجِبِ الْقِصَاصَ فِي عَمْدِ الْخَطَأِ ، فَفِي الْخَطَأِ أَوْلَى .

فصل : وَإِنْ قَصَدَ فِعْلًا مُحَرَّمًا ، فَقَتَلَ آدَمِيًّا ، مِثْلُ أَنْ يَقْصِدَ قَتْلَ بَهِيمَةٍ ، أَوْ آدَمِيًّا مَعْصُومًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ ، فَيَقْتُلُهُ ، فَهُوَ خَطَأٌ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ قَتْلَهُ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَكَذَلِكَ قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : أَجْمَعَ كُلُّ مَنْ نَحَفَظُ عَنْهُ مِنْ أَهْلِ الْعِلْمِ ، عَلَى أَنَّ الْقَتْلَ الْخَطَأَ ، أَنَّ يَرْمِيَ الرَّامِيَ شَيْئًا ، فَيُصِيبُ غَيْرَهُ . وَيَتَخَرَّجُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّ هَذَا عَمْدٌ ؛ لِقَوْلِهِ فِي مَنْ رَمَى نَصْرَانِيًّا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى أَسْلَمَ ، أَنَّهُ عَمْدٌ يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ؛ لِكَوْنِهِ قَصْدًا فِعْلًا مُحَرَّمًا ، قَتَلَ بِهِ إِنْسَانًا .

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) تقدم تخريجه ، في : ١٤٦/١ .

١٤٢٠ - مسألة ؛ قال : (والضرب الثاني ، أن يقتل في بلاد الروم من عنده أنه كافر ، ويكون قد أسلم ، وكنتم إسلامه ، إلى أن يقدر على التخلص ^(١) إلى أرض الإسلام ، فيكون عليه في ماله عتق رقبة مؤمنة ، بلا دية ؛ لقول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ ^(٢))

٩/٩ ط هذا الضرب الثاني من الخطأ ، وهو أن يقتل في دار ^(٣) / الحرب من يظنه كافراً ، ويكون مسلماً . ولا خلاف في أن هذا خطأ ، لا يوجب قصاصاً ؛ لأنه لم يقصد قتل مسلم ، فأشبه ما لو ظنه صيداً فبان آدمياً ، إلا أن هذا لا تجب به ^(٤) دية أيضاً ، ولا يجب إلا الكفارة . روى ^(٥) هذا عن ابن عباس . وبه قال عطاء ، ومجاهد ، وعكرمة ، وقتادة ، والأوزاعي ، والثوري ، وأبو ثور ، وأبو حنيفة . وعن أحمد ، رواية أخرى ، تجب به الدية والكفارة . وهو قول مالك ، والشافعي ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَىٰ أَهْلِهِ ﴾ ^(٦) . وقال عليه السلام : « ألا إن في قتييل خطأ العميد ، قتييل السوط والعصا ، مائة من الإبل » ^(٧) . ولأنه قتل مسلماً خطأ ، فوجب ديته ، كما لو كان في دار الإسلام . ولنا ، قول الله تعالى : ﴿ فَإِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَخْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ ﴾ . ولم يذكر دية ، وتركه ذكرها في هذا القسم ، مع ذكرها في الذي قبله وبعده ، ظاهر في أنها غير واجبة ، وذكره لهذا ^(٨) قسمًا مفردًا ، يدل على أنه لم يدخل في عموم الآية التي احتجوا بها ، ويخص بها عموم الخبر الذي رَوَّه .

١٤٢١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ مُسْلِمٌ بِكَافِرٍ)

(١) في ب : « التخلص » .

(٢) سورة النساء ٩٢ .

(٣) في ب ، م : « أرض » .

(٤) في ب : « فيه » .

(٥) في م : « وروى » .

(٦) تقدم تحريمه ، في ٢٤٠/٦ .

(٧) في ب : « هذا » .

أكثر أهل العلم لا يُوجبون على مسلمٍ قصاصاً بقتل كافرٍ، أى كافرٍ كان . روى ذلك عن عمر ، وعثمان ، وعليّ ، وزيد بن ثابت ، ومعاوية ، رضى الله عنهم . وبه قال عمر بن عبد العزيز ، وعطاء ، والحسن ، وعكرمة ، والزهرى ، وابن شبرمة ، ومالك ، والثوري ، والأوزاعي ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو عبيد ، وأبو ثور ، وابن المنذر . وقال النخعي ، والشعبي ، وأصحاب الرأي : يُقتل المسلم بالذمي خاصة . قال أحمد : الشعبي والنخعي قالا : دية المجوسي واليهودي والنصراني ، مثل دية المسلم ، وإن قتله يُقتل به . هذا عجب ، يصير المجوسي مثل المسلم ، سبحانه الله ، ما هذا القول ! واستبشعه . وقال : النبي ﷺ يقول : « لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ »^(١) . وهو يقول : يُقتل بكافرٍ . فأى شيء أشد من هذا ! واحتجوا بالعمومات التي ذكرناها في (أول الباب^(٢)) ، وبما روى ابن البيهقي ، أن النبي ﷺ ، أقاد مسلماً يذمي ، وقال : « أنا أحق من وفى^(٣) يذمته »^(٤) . ولأنه معصوم عصمة مؤبدة ، فيقتل به / قاتله ، كالمسلم . ولنا ، قول النبي ﷺ : « المسلمون تنكافؤ دماؤهم ، ويسعى بذمتهم أدناهم ، ولا يُقتل مؤمنٌ بكافرٍ » . رواه الإمام أحمد ، وأبو داود^(٥) . وفي لفظ : « لا يُقتل مسلمٌ بكافرٍ » .

١٠/٩

(١) أخرجه البخاري ، في : باب كتابة العلم ، من كتاب العلم ، وفي : باب فكاك الأسير ، من كتاب الجهاد والسير ، وفي : باب العاقلة ، وباب لا يقتل المسلم بالكافر ، من كتاب الديات . صحيح البخاري ٣٨/١ ، ٤٨/٤ ، ١٤/٩ ، ١٦ ، وأبو داود ، في : باب أيقاد المسلم بالكافر ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨٨/٢ . والترمذي ، في : باب ما جاء لا يقتل مسلم بكافر ، من أبواب الديات . عارضة الأحوذى ١٨١/٦ . والنسائي ، في : باب القود بين الأحرار والمماليك في النفس ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٨/٨ . والدارمي ، في : باب لا يقتل مسلم بكافر ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩٠/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٧٩/١ .

(٢-٢) سقط من : ب .

(٣) في الأصل زيادة : « بعهدته » .

(٤) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٣٥/٣ . والبيهقي ، في : باب بيان ضعف الخبر الذي روى في قتل المؤمن بالكافر وما روى عن الصحابة في ذلك ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٠/٨ ، ٣١ . والإمام الشافعي ، انظر : كتاب الديات . ترتيب المسند ١٠٥/٢ . وعبد الرزاق ، في : باب قود المسلم بالذمي ، من كتاب العقول . المصنف ١٠١/١٠ .

(٥) تقدم ترجمته ، في صفحة ٤٦٠ .

رواه البخاري ، وأبو داود . وعن علي رضي الله عنه أنه ^(٦) قال : من السنة أن لا يقتل مسلم بكافر . رواه الإمام أحمد ^(٧) . ولأنه منقوص بالكفر ، فلا يقتل به المسلم ، كالمستأمن ، والعمومات مخصوصات بحديثنا ، وحديثهم ليس له إسناد . قاله أحمد . وقال الدارقطني : يرويه ابن البيلماني ، وهو ضعيف إذا أسند ، فكيف إذا أرسل ^(٨) ؟ والمعنى في المسلم أنه مكافئ للمسلم ، بخلاف الذمي ، فأما المستأمن ، فوافق أبو حنيفة الجماعة في أن المسلم لا يُقاد به ، وهو المشهور عن أبي يوسف . وعنه : يقتل به ؛ لما سبق في الذمي . ولنا ، أنه ليس بمحقق الدم على التأيد ، فأشبهه الحربي ، مع ما ذكرنا من الدليل في التي قبلها .

فصل : فإن قتل كافر كافرًا ثم أسلم القاتل ، أو جرحه ثم أسلم الجرح ، ومات الجرح . فقال أصحابنا : يُقتض منه . وهو قول الشافعي ؛ لأن القصاص عقوبة ، فكان الاعتبار فيها بحال وجوبها دون حال استيفائها ، كالحُدود ، ولأنه ^(٩) حق وجب عليه قبل إسلامه ، فلم يسقط بإسلامه ، كالدين . ويحتمل أن لا يقتل به . وهو قول الأوزاعي ؛ لقول النبي ﷺ : « لا يقتل مسلم بكافر » ^(١٠) . ولأنه مؤمن ، فلا يقتل بكافر ، كما لو كان مؤمنًا حال قتله ، ولأن إسلامه لو قارن السبب ، منع عمله ، فإذا طرأ ، أسقط ^(١١) حكمه .

فصل : وإن جرح مسلم كافرًا ، فأسلم المجرع ، ثم مات مسلمًا بسراية

(٦) سقط من : م .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٣٤/٣ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال : لا يقتل مسلم بكافر ، من كتاب الديات . المصنف ٢٩٥/٩ . وليس في المسند . انظر : الإرواء . ٢٦٧/٧ .

(٨) انظر موضع تخرج الحديث من سنن الدارقطني ١٣٥/٣ .

(٩) سقطت الواو من : م .

(١٠) في الأصل : « مؤمن » . وهي رواية .

(١١) في م : « سقط » .

الجُرح ، لم يُقتل به قاتله ؛ لأنَّ التَّكافؤَ مَعْدُومٌ حَالُ الجِنَايَةِ ، وعليه دِيَّةٌ مُسَلِّمٌ ؛ لأنَّ اعتبارَ الأَرشِ بِحَالَةِ اسْتِقْرَارِ الجِنَايَةِ ، بِدَلِيلٍ مَا لَوْ قَطَعَ يَدَى رَجُلٍ وَرَجُلِيهِ ، فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ ، فِيهِهِ (١٢) دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَلَوْ أُعْتَبِرَ حَالُ الجُرحِ ، وَجَبَ دِيَّتَانِ ، وَلَوْ قَطَعَ حُرٌّ يَدَ عَبْدٍ ، ثُمَّ عَتَقَ وَمَاتَ ، لَمْ يَجِبْ قِصَاصٌ ؛ لَعَدَمِ التَّكافؤِ (١٣) حَالِ الجِنَايَةِ ، وَعَلَى الجَانِيِ دِيَّةٌ حُرٌّ اِعْتِبَارًا بِحَالِ الاسْتِقْرَارِ . وَهَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ (١٤) الشَّافِعِيِّ . / ١٠/٩ ظ

وَالسَّيِّدُ أَقْلُ الأَمْرَيْنِ ، مِنْ نِصْفِ قِيَمَتِهِ ، أَوْ نِصْفِ دِيَّةِ حُرٍّ ، وَالباقِي لِوَرَثَتِهِ ؛ لِأَنَّ نِصْفَ قِيَمَتِهِ إِنْ كَانَتْ أَقْلٌ ، فَهِيَ الَّتِي وُجِدَتْ فِي مَلِكِهِ ، فَلَا يَكُونُ لَهُ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَ حَصَلَ بِحُرِّيَّتِهِ ، وَلَا حَقَّ لَهُ فِيهَا حَصَلَ بِهَا ، وَإِنْ كَانَ الأَقْلُ الدِّيَّةَ ، لَمْ يَسْتَحِقْ أَكْثَرَ مِنْهَا ؛ لِأَنَّ نَقْصَ القِيَمَةِ حَصَلَ بِسَبَبٍ مِنْ جِهَةِ السَّيِّدِ ، (١٥) وَهُوَ اِعْتِاقُهُ (١٥) . وَذَكَرَ القَاضِي ، أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ ، فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنِي عَبْدٍ ، ثُمَّ أُعْتِقَ وَمَاتَ ، أَنَّ عَلَى (١٣) الجَانِيِ قِيَمَتَهُ لِلسَّيِّدِ . وَهَذَا يُدَلُّ عَلَى أَنَّ اِلْتِمَاعَ بِحَالِ الجِنَايَةِ . وَهَذَا اِخْتِيَارُ أَبِي بَكْرٍ ، وَالقَاضِي ، وَأَبِي الحَطَّابِ . قَالَ أَبُو الحَطَّابِ : مَنْ قَطَعَ يَدَ ذِمِّيٍّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، ضَمِنَهُ بِدِيَّةِ ذِمِّيٍّ ، وَلَوْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَهُ سَيِّدُهُ وَمَاتَ ، فَعَلَى الجَانِيِ قِيَمَتَهُ لِلسَّيِّدِ ؛ لِأَنَّ حُكْمَ القِصَاصِ مُعْتَبَرٌ بِحَالِ الجِنَايَةِ ، دُونَ حَالِ السَّرَايَةِ ، فَكَذَلِكَ الدِّيَّةُ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ، إِنْ شَاءَ اللهُ تَعَالَى ؛ لِأَنَّ سِرَايَةَ الجُرحِ مَضْمُونَةٌ ، فَإِذَا أَتَلَفْتُ (١٦) حُرًّا مُسَلِّمًا ، وَجَبَ ضَمَانُهُ بِدِيَّةٍ كَامِلَةٍ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِجُرحِ ثَانٍ . وَقَوْلُ أَحْمَدَ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنِي عَبْدٍ : عَلَيْهِ قِيَمَتُهُ لِلسَّيِّدِ . لَا خِلَافَ فِيهِ ، وَإِنَّمَا الخِلَافُ فِي وَجُوبِ الزَّائِدِ عَلَى القِيَمَةِ مِنْ دِيَّةِ الحُرِّ لِلوَرَثَةِ ، وَلَمْ يَذْكُرْهُ أَحْمَدُ . وَلِأَنَّ الوَاجِبَ مُقَدَّرٌ بِمَا تُفْضِي إِلَيْهِ السَّرَايَةُ ، دُونَ مَا تُثْلِفُهُ الجِنَايَةُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ مَنْ قَطَعَتْ يَدَاهُ (١٧) وَرَجُلَاهُ ، فَسَرَى القَطْعُ إِلَى نَفْسِهِ ،

(١٢) سقط من : م .

(١٣) في ب زيادة : (في) .

(١٤) في م : (وهو مذهب) .

(١٥-١٥) في م : (واعتاقه) .

(١٦) في ب : (أتلف) .

(١٧) في ب : (يده) .

لم يَلْزَمَ الجَانِي أَكْثَرَ مِنْ دِيَّةٍ ، وَلَوْ قَطَعَ إِصْبَعًا ، فَسَرَى إِلَى نَفْسِهِ ، لَوَجِبَتْ الدِّيَّةُ كَامِلَةً ، فَكَذَلِكَ إِذَا سَرَتْ إِلَى نَفْسِ حُرِّ مُسْلِمٍ ، تَجِبُ دِيَّتُهُ كَامِلَةً . فَأَمَّا إِنْ جَرَحَ مُرْتَدًّا ، أَوْ حَرَبِيًّا ، فَسَرَى الْجُرْحُ إِلَى نَفْسِهِ ، فَلَا قِصَاصَ فِيهِ وَلَا دِيَّةَ ، سِوَاءَ أَسْلَمَ قَبْلَ السَّرَايَةِ أَوْ لَمْ يُسَلِّمْ ؛ لِأَنَّ الْجُرْحَ غَيْرَ مَضْمُونٍ ، فَلَمْ يَضْمَنْ بِسَرَايَتِهِ ، بِخِلَافِ التِّي قَبْلَهَا .

فصل : وَلَوْ قَطَعَ يَدَ مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ ، ثُمَّ مَاتَ بِسَرَايَةِ الْجُرْحِ ، لَمْ يَجِبْ فِي النَّفْسِ قِصَاصٌ وَلَا دِيَّةٌ وَلَا كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهَا نَفْسُ مُرْتَدٍّ غَيْرِ مَعْصُومٍ وَلَا مَضْمُونٍ ، وَكَذَلِكَ لَوْ قَطَعَ يَدَ ذِمِّيٍّ فَصَارَ حَرَبِيًّا ، ثُمَّ مَاتَ مِنْ جِرَاحِهِ . وَأَمَّا الْيَدُ ، فَالصَّحِيحُ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ فِيهَا .

١١/٩

وَذَكَرَ ^(١٨) الْقَاضِي وَجْهًا فِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ فِيهَا ؛ لِأَنَّ الْقَطْعَ اسْتَقَرَّ / حُكْمُهُ بِانْقِطَاعِ حُكْمِ سَرَايَتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَطَعَ طَرْفَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، أَوْ جَاءَ آخِرُ قَتْلِهِ ، وَلِلشَافِعِيِّ فِي وُجُوبِ الْقِصَاصِ قَوْلَانِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَطْعٌ هُوَ قَتْلٌ ^(١٩) لَمْ يَجِبْ بِهِ الْقَتْلُ ، فَلَمْ يَجِبِ الْقَطْعُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ ، وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّ الْقَطْعَ لَمْ يَصِرْ قَتْلًا . وَهَلْ تَجِبُ دِيَّةُ الطَّرْفِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا ضَمَانَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ تَبَيَّنَ أَنَّهُ قَتْلٌ لَغَيْرِ مَعْصُومٍ .

وَالثَّانِي ، تَجِبُ ؛ لِأَنَّ سُقُوطَ حُكْمِ سَرَايَةِ الْجُرْحِ ^(٢٠) لَا يُسْقِطُ ضَمَانَهُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ طَرْفَ رَجُلٍ ، ثُمَّ قَتَلَهُ آخَرَ . فَعَلَى هَذَا ، هَلْ يَجِبُ ضَمَانُهُ بِدِيَّةِ الْمَقْطُوعِ ، أَوْ بِأَقْلِ الْأَمْرَيْنِ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ دِيَّةِ النَّفْسِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، تَجِبُ دِيَّةُ الْمَقْطُوعِ ، فَلَوْ قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، ثُمَّ ارْتَدَّ وَمَاتَ ، فَفِيهِ دِيَّتَانِ ؛ لِأَنَّ الرَّدَّةَ قَطَعَتْ حُكْمَ السَّرَايَةِ ، فَأَشْبَهَ انْقِطَاعَ حُكْمِهَا بِانْدِمَالِهَا ، أَوْ بِقَتْلِ آخِرِ لَه . وَالثَّانِي ، يَجِبُ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ ؛ لِأَنَّهُ ^(٢١) لَوْ لَمْ يَرْتَدَّ لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ دِيَّةِ النَّفْسِ ، فَمَعَ الرَّدَّةَ أَوْلَى ، وَلِأَنَّهُ قَطَعَ صَارَ قَتْلًا ، فَلَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ دِيَّةٍ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْتَدَّ ، وَفَارَقَ أَصْلَ الْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَصِرْ قَتْلًا ، وَلِأَنَّ الْإِنْدِمَالَ وَالْقَتْلَ مَنَعَ وُجُودَ السَّرَايَةِ ، وَالرَّدَّةَ مَنَعَتْ ضَمَانَهَا ، وَلَمْ تَمْنَعْ جَعْلَهَا قَتْلًا . وَلِلشَافِعِيِّ مِنَ التَّفْصِيلِ نَحْوُ مَا قُلْنَا .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : (وَذَكَرَهُ) .

(١٩) فِي ب : (قَبْلُ) .

(٢٠) فِي ب ، م : (الْجِرَاحُ) .

(٢١) فِي أ ، ب ، م : (وَلَا نَهَى) .

فصل : وإن قَطَعَ مُسْلِمٌ يَدَ نَصْرَانِيٍّ فَمَجَسَ ، وَقُلْنَا : لَا يُقْرُ . فهو كالمو^(٢٢) جَنَى على مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ . وإن قُلْنَا : يُقْرُ عليه . وَجَبَتْ دِيَةٌ مَجُوسِيٍّ . وإن قَطَعَ يَدَ مَجُوسِيٍّ ، فَتَنَصَّرَ ، ثُمَّ مَاتَ ، وَقُلْنَا : يُقْرُ . وَجَبَتْ دِيَةٌ نَصْرَانِيٍّ . ويحییءُ على قول أبي بكرٍ والقاضي ، أن تَجِبَ دِيَةٌ نَصْرَانِيٍّ فِي الْأُولَى ، وَدِيَةٌ مَجُوسِيٍّ فِي الثَّانِيَةِ ، كَقَوْلِهِمْ فِي مَنْ جَنَى عَلَى عَبْدٍ ذِمِّيٍّ فَأَسْلَمَ وَعَتَقَ ، ثُمَّ مَاتَ مِنَ الْجِنَايَةِ ، ضَمِنَهُ بِقِيَمَةِ عَبْدٍ ذِمِّيٍّ ، عِتَابًا بِحَالِ الْجِنَايَةِ .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ مُسْلِمٍ فَارْتَدَّ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِهِ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، فِي رِوَايَةِ مُحَمَّدِ بْنِ الْحَكَمِ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَتَوَجَّهُ عِنْدِي أَنَّهُ إِنْ كَانَ زَمَنُ الرَّدَّةِ تَسْرِيًّا فِي مِثْلِهِ الْجِنَايَةُ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ . وَهَلْ يَجِبُ فِي الطَّرْفِ الَّذِي قُطِعَ فِي إِسْلَامِهِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَجِبُ بِالْجِنَايَةِ وَالسَّرَايَةِ كُلِّهَا ، فَإِذَا لَمْ يُوجَدْ / جَمِيعُهَا فِي الْإِسْلَامِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ ، أَحَدُهُمَا فِي الْإِسْلَامِ ، وَالْآخَرُ فِي الرَّدَّةِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُسْلِمٌ حَالَ الْجِنَايَةِ وَالْمَوْتِ ، فَوَجَبَ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْتَدَّ ، وَاحْتِمَالُ السَّرَايَةِ حَالَ الرَّدَّةِ لَا يَمْنَعُ ؛ لِأَنَّهَا غَيْرُ مَعْلُومَةٍ ، فَلَا يَجُوزُ تَرْكُ السَّبَبِ الْمَعْلُومِ بِاحْتِمَالِ الْمَانِعِ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَرْتَدَّ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمِلُ أَنْ يَمُوتَ بِمَرَضٍ أَوْ بِسَبَبٍ آخَرَ ، أَوْ بِالْجَرْحِ^(٢٣) مَعَ شَيْءٍ آخَرَ يُؤَثِّرُ فِي الْمَوْتِ ، فَأَمَّا الدِّيَةُ ، فَتَجِبُ كَامِلَةً . وَيَحْتَمِلُ وُجُوبَ نِصْفِهَا ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جَرْحٍ مَضْمُونٍ وَسَرَايَةٍ غَيْرِ مَضْمُونَةٍ ، فَوَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ وَجَرَحَ نَفْسَهُ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . فَأَمَّا إِنْ كَانَ زَمَنُ الرَّدَّةِ لَا تَسْرِيًّا فِي مِثْلِهِ الْجِنَايَةُ ، فَفِيهِ الدِّيَةُ أَوْ الْقِصَاصُ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ ، فِي أَحَدِ قَوْلَيْهِ : لِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ انْتَهَى إِلَى حَالِ لَوْ مَاتَ لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُتَكَافِئَانِ حَالَ الْجِنَايَةِ وَالسَّرَايَةِ وَالْمَوْتِ ، فَأَشْبَهَ مَا

١١/٩ ط

(٢٢) سقط من : الأصل ، م .

(٢٣) في ب : « وبالجرح » .

لو^(٢٤) لم يَرْتَدَّ . وإن كان الجَرْحُ حَطَأً وجبت الكَفَّارَةُ بكلِّ حالٍ ، لأنَّهُ قَوَّتْ نَفْسًا مَعْصُومَةً .

فصل : وإن جَرَحَهُ وهو مُسْلِمٌ فَارْتَدَّ ، ثم جَرَحَهُ جُرْحًا آخَرَ ، ثم أسلِمَ ومات منها ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّهُ مات من جُرْحَيْنِ مَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، ويجبُ فيه نِصْفُ الدِّيَةِ لذلك . وسواءٌ تَسَاوَى الجُرْحَانِ ، أو زاد أَحَدُهُما ، مثل أن قَطَعَ يَدَيْهِ وهو مُسْلِمٌ فَارْتَدَّ ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، أو كان بالعكس ؛ لأنَّ الجُرْحَ في الحالين كَجُرْحِ رَجُلَيْنِ . وهل يجبُ القِصاصُ في الطَّرْفِ الذي قَطَعَهُ في حالِ إسلامِهِ ؟ يَحْتَمِلُ وَجْهَيْنِ ، بِنَاءً على مَنْ قَطَعَ طَرْفَهُ وهو مُسْلِمٌ ، فَارْتَدَّ ومات في رِدَّتِهِ . ولو قَطَعَ طَرْفَهُ في رِدَّتِهِ أَوَّلًا ، فَأَسْلَمَ ، ثم قَطَعَ طَرْفَهُ الآخَرَ ، ومات منها ، فالحُكْمُ فيه كالتي قبلها .

فصل : وَيُقْتَلُ الذَّمِيُّ بالمُسلِمِ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ الْيَهُودِيَّ الذي رَضَّ رَأْسَ جَارِيَةٍ من الأَنْصَارِ على أَوْضَاحِهَا^(٢٥) ، ولأنَّهُ إذا قُتِلَ بِمِثْلِهِ فَبِمَنْ قَوَّةِ أَوْلَى . وَيُقْتَلُ الذَّمِيُّ بِالذَّمِيِّ ، سواءً اتَّفَقَتْ أَدْيَانُهُم أو اختلفت . فلو قَتَلَ النَّصْرَانِيُّ مَجُوسِيًّا أو يَهُودِيًّا ، / قُتِلَ بِهِ . نَصَّ عليه أَحْمَدُ في النَّصْرَانِيِّ يُقْتَلُ بِالْمَجُوسِيِّ إذا قَتَلَهُ ، قيل : فكيف يُقْتَلُ بِهِ ، وِدْيَانُهُمَا^(٢٦) مُخْتَلِفَةٌ ؟ فقال : أَذْهَبُ إلى أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَتَلَ رَجُلًا بِامْرَأَةٍ . يعنى أَنَّهُ قَتَلَهُ بِهَا مع اِخْتِلافِ دِينِهِمَا ، ولأنَّهُمَا تَكَافَأَا في العِصْمَةِ بِالذَّمَّةِ وَنَقِيسَةِ الكُفْرِ ، فَجَرَى القِصاصُ بينهما ، كما لو تَسَاوَى دِينُهُمَا . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

فصل : ولا يُقْتَلُ ذِمِّيٌّ بِحَرْبِيٍّ . لا نعلمُ فيه خِلافًا ؛ لأنَّهُ مُباحُ الدَّمِ على الإِطلاقِ ، أشَبَّهُ الخَنْزِيرَ ، ولا دِيَّةَ فيه لذلك ولا كَفَّارَةَ ، ولا يجبُ بِقَتْلِ المُرتَدِّ قِصاصٌ ولا دِيَّةٌ ولا كَفَّارَةٌ لذلك ، سواءً قَتَلَهُ مُسْلِمٌ أو ذِمِّيٌّ . وهو قولُ بعضِ أَصحابِ الشافعيِّ . وقال بعضُ

(٢٤) سقط من : الأصل ، م .

(٢٥) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٢٦) في م : « وديتهما » .

أصحاب الشافعي : يجب القصاصُ على الذمّي بقتله ، والدية إذا عفا عنه ؛ لأنه لا ولاية له في قتله . وقال بعضهم : يجب القصاصُ دون الدية ؛ لأنه لا قيمة له . ولنا ، أنه مباح الدم ، أشبه الحربي ، ولأن من لا يضمّنه المسلم لا يضمّنه الذمّي ، كالحربي .

فصل : وليس على قاتل الزاني المُحصنِ قصاصٌ ولا ديةٌ ولا كفارةٌ . وهذا ظاهرٌ مذهب الشافعي . وحكى بعضهم وجهاً ، أن على قاتله القود ؛ لأن قتله إلى الإمام ، فيجب القود على من قتله سواء^(٢٧) ، كمن عليه القصاصُ إذا قتله غير مُستحقّه . ولنا ، أنه مباح الدم ، وقتله مُتحتّم ، فلم يضمّن كالحربي ، ويطل ما قاله بالمرتد ، وفارق القاتل ، فإن قتله غير مُتحتّم . وهو مُستحقٌّ على طريق المعاوضة ، فاختصّ بمُستحقّه ، وههنا يجب قتله لله تعالى ، فأشبه المرتد ، وكذلك الحكم في المحارب الذي تحتّم قتله .

فصل : ويُقتل المرتدُّ بالمسلم والذمّي ، ويُقدّم القصاصُ على القتل بالردة ؛ لأنه حقٌّ آدمي . وإن عفا عنه ولّى القصاص ، فله دية المقتول ، فإن أسلم المرتد فهي في ذمته ، وإن قُتل بالردة أو مات ، تعلقت بماله . وإن قطع طرفاً من أحدهما ، فعليه القصاصُ فيه أيضاً . وقال بعض أصحاب الشافعي : لا يُقتل المرتدُّ بالذمّي ، ولا يُقطع طرفه بطرفه ؛ لأن أحكام الإسلام في حقه باقية ؛ بدليل وجوب العبادات عليه ، ومطالبتة بالإسلام . ولنا ، أنه كافر ، فيقتل بالذمّي ، كالأصلي . وقولهم : إن أحكام الإسلام باقية . / غير صحيح ، فإنه قد زالت عِصمته وحرّمته ، وحل نكاح المسلمات ، وشراء العبيد المسلمين ، وصحة العبادات وغيرها ، وأما مطالبتة بالإسلام ، فهو حجة عليهم ، فإنه يدل على تغليب^(٢٨) كفره ، وأنه لا يُقر على رده ؛ لسوء حاله ، فإذا قُتل بالذمّي مثله فمن هو دونه أولى .

١٢/٩ ظ

(٢٧) في م : « سواء » .

(٢٨) في الأصل : « تغلظ » .

فصل : وإن جَرَحَ مُسْلِمٌ ذِمِّيًّا ، ثم ارتدَّ ومات المجرَّحُ ، لم يُقتل به ؛ لأنَّ التَّكْفِيرَ مُشْتَرَطٌ حَالٌ وَجُودِ الْجِنَايَةِ ، ولم يُوجد . وإن قَتَلَ مَنْ يَعْرِفُهُ ذِمِّيًّا أَوْ عَبْدًا ، وكان قد أسلَمَ وَعَتَقَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ؛ لأنَّه قَتَلَ مَنْ يَكْفِيهِ عَمْدًا عُدْوَانًا ، فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كما لو عَلِمَ حاله ، وفارقَ من عَلِمَهُ حَرْبِيًّا ؛ لأنَّه لم يَعْمِدْ إلى قَتْلِ مَعْصُوم .

١٤٢٢ - مسألة ؛ قال : (وَلَا حُرٌّ بِعَبِيدِ)

وروى هذا عن أبي بكرٍ ، وعمرَ ، وعليُّ ، وزيد ، وابن الزُّبَيْرِ ، رضيَ اللهُ عنهم . وبه قال الحسنُ ، وعطاءُ ، وعمرُ بن عبد العزيز ، وعكرمةُ ، وعمرو بن دينارٍ ، ومالكُ ، والشافعيُّ ، وإسحاقُ ، وأبو ثورٍ . (١) ورُوي ذلك عن الشَّعْبِيِّ ، ورُوي (٢) عن سعيد بن المسيَّبِ ، والنَّخَعِيِّ ، وقتادةَ ، والثَّوْرِيِّ ، وأصحابِ الرَّأْيِ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ ؛ لِعُمُومِ الآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ ، ولِقَوْلِ (٣) النَّبِيِّ ﷺ : « الْمُؤْمِنُونَ تَكَافَأُوا دِمَائِهِمْ » (٤) . ولأنَّه آدَمِيُّ مَعْصُومٌ ، فأشبهه الحرُّ . ولنا ، ما روى الإمامُ أحمدُ (٥) ، بإسناده عن عليِّ ، رضيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قال : من السنَّةِ أن لا يُقتلَ حُرٌّ بِعَبِيدٍ . (٦) وعن ابنِ عَبَّاسٍ ، أن النَّبِيَّ ﷺ قال : « لا يُقتلُ حُرٌّ بِعَبِيدٍ » (٧) . رواه الدَّارِقُطْنِيُّ (٨) . ولأنَّه لا يُقَطَّعُ طَرَفُهُ بِطَرَفِهِ مع التَّساوِي في السَّلَامَةِ ، فلا يُقتلُ به ، كالأبِّ مع ابنِهِ ، ولأنَّ العَبْدَ مَنْقُوصٌ بِالرَّقِّ ، فلم يُقتلُ به الحرُّ ، كالمكاتبِ إذا ملكَ ما يؤدِّي ، والعُمُومَاتُ مَحْصُوصَاتٌ بهذا ، فنقيسُ عليه .

(١-١) في ب ، م ، : وروى .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٦٠ .

(٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٦٧ .

كما أخرج هذا الجزء من قول علي أيضا البيهقي ، في : باب لا يقتل حر بعبد ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٣٤/٨ .

(٥-٥) سقط من : ب . نقل نظر .

(٦) في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٣٣/٣ .

فصل : ولا يُقتل السيّد بعبدِه ، في قول أكثر أهلِ العِلْمِ . وحُكِيَ عن النَّحَّيِّ
وداودَ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ به ؛ لما رَوَى قَتَادَةُ ، عن الحسنِ ، عن سَمُرَةَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال :
« مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ قَتَلَنَا ، وَمَنْ جَدَعَهُ جَدَعَنَا » . رواه سعيّد ، والإمامُ أحمدُ ،
والترمذِيُّ^(٧) ، وقال : حديثٌ حسنٌ غريبٌ . مع العُموماتِ والمعنى في التي قبلها . / ولنا ،
ما ذكرناه في التي قبلها ، وعن عمرَ ، رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّهُ قال : لو لم أسمع رسولَ اللهِ ﷺ
يقول : « لَا يُقَادُ الْمَمْلُوكُ مِنْ مَوْلَاهُ ، ^(٨) وَالْوَلَدُ مِنْ وَالِدِهِ ^(٩) » لأقدته منك . رواه
النَّسَائِيُّ^(٩) . وعن عليٍّ رَضِيَ اللهُ عنه ، أَنَّ رَجُلًا قَتَلَ عَبْدَهُ ، فجلده النَّبِيُّ ﷺ مائةَ
جلدةٍ ، ونفاهَ عامًا ، ومحاَ اسمَه من المُسلمينَ . رواه سعيّد ، والحلَّالُ^(١٠) . وقال
أحمدُ : ليس بشيءٍ من قبلِ إسحاقِ بنِ أبي فَرَوَةَ . ورواه عمرو بن شُعَيْبٍ ، عن أبيه ، عن
جدِّه ، عن أبي بكرٍ وعمرَ ، أَنَّهُما قالا : مَنْ قَتَلَ عَبْدَهُ ، جلدَ مائةَ ، وحُرِّمَ سَهْمَهُ مع^(١١)
المُسلمينَ^(١٢) . فأما حديثُ سَمُرَةَ ، فلم يثبُتْ . قال أحمدُ : الحسنُ لم يسمَع

(٧) أخرجه الإمام أحمد ، في المسند ١٠/٥ - ١٢ ، ١٨ ، ١٩ . والترمذى ، في : باب ماجاء في الرجل يقتل عبده ، من أبواب الدييات . عارضة الأحمدي ١٨٣/٦ .

كما أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل عبده أو مثل به أيقاد منه ، من كتاب الدييات . سنن أبي داود ٤٨٤/٢ .
 والنسائي ، في : باب القود من السيد للمولى ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب هل يقتل
 الحر بالعبد ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والدارمي ، في : باب القود بين العبد وبين سيده ، من
 كتاب الدييات . سنن الدارمي ١٩١/٢ .

(٨-٨) في الأصل ، ب : « والوالد من ولده » .

(٩) لعله في السنن الكبرى ، وأخرجه الحاكم ، في : كتاب الحدود . المستدرک ٣٦٨/٤ . والبيهقي ، في : باب ما روى
 في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٦/٨ . وأخرج لفظ : « لا يقاد الوالد بالولد »
 الترمذى ، في : باب ماجاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الدييات . عارضة الأحمدي ١٧٥/٦ .
 والإمام أحمد ، في المسند ١٦/١ .

(١٠) وأخرجه ابن ماجه ، في : باب هل يقتل الحر بالعبد ، من كتاب الدييات . سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ . والبيهقي ،
 في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٦/٨ .
 (١١) في ب : « من » .

(١٢) أخرجه البيهقي ، في : باب ما روى في من قتل عبده أو مثل به ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٣٧/٨ .
 وعبد الرزاق ، في : باب الحر يقتل العبد عمدا ، من كتاب العقول . المصنف ٤٩١/٩ .

من سَمْرَةَ ، إِنَّمَا هِيَ صَحِيفَةٌ . وَقَالَ غَيْرُ^(١٣) أَحْمَدَ : إِنَّمَا سَمِعَ الْحَسَنُ مِنْ سَمْرَةَ ثَلَاثَةَ أَحَادِيثَ ، لَيْسَ هَذَا مِنْهَا . وَلِأَنَّ الْحَسَنَ أَقْتَى بِخِلَافِهِ ، فَإِنَّهُ يَقُولُ : لَا يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبِيدِ .
 وَقَالَ : إِذَا قُتِلَ السَّيِّدُ عَبْدُهُ يُضْرَبُ . وَخَالَفْتَهُ لَهُ تَدُلُّ عَلَى ضَعْفِهِ .

فصل : وَلَا يُقَطَّعُ طَرْفُ الْحُرِّ بِطَرْفِ الْعَبِيدِ ، بغير خِلافٍ عَلِمْنَاهُ بَيْنَهُمْ . وَيُقْتَلُ الْعَبْدُ بِالْحُرِّ ، وَيُقْتَلُ بِسَيِّدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ بِمِثْلِهِ ، فِيمَنْ هُوَ أَكْمَلُ مِنْهُ أَوْلَى ، مَعَ عُمُومِ النَّصُوصِ الْوَارِدَةِ فِي ذَلِكَ . وَمَتَى وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَى الْعَبِيدِ ، فَعَقَّا وَلِيُّ الْجِنَايَةِ إِلَى الْمَالِ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَتَعَلَّقُ أَرْضُهَا بِرَقَبَتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مُوجِبُ جِنَايَتِهِ ، فَتَعَلَّقَ بِرَقَبَتِهِ ، كَالْقِصَاصِ . ثُمَّ إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَنْ يُسَلِّمَهُ إِلَى وَلِيِّ الْجِنَايَةِ ، لَمْ يَلْزَمَهُ أَكْثَرُ مِنْ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ سَلَّمَ إِلَيْهِ مَا تَعَلَّقَ حَقُّهُ بِهِ . وَإِنْ قَالَ وَلِيُّ الْجِنَايَةِ : بَعُهُ ، وَادْفَعْ إِلَيَّ ثَمَنَهُ . لَمْ يَلْزَمَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَتَعَلَّقْ بِذِمَّتِهِ شَيْءٌ ، وَإِنَّمَا تَعَلَّقَ بِالرَّقَبَةِ الَّتِي سَلَّمَهَا ، فَبَرِيءٌ مِنْهَا . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ يَلْزَمُهُ ذَلِكَ ، كَمَا يَلْزَمُهُ بَيْعُ الرَّهْنِ . وَإِنْ ائْتَمَعَ مِنْ تَسْلِيمِهِ ، وَاخْتَارَ فِدَاءَهُ ، فَهَلْ تَلْزَمُهُ قِيمَتُهُ أَوْ أَرْضُ الْجِنَايَةِ جَمِيعًا ؟ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ، ذَكَرْنَا هُمَا فِي غَيْرِ هَذَا الْمَوْضِعِ . وَإِنْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ لِيَمْلِكَ رَقَبَةَ الْعَبِيدِ ، فِيهِ رِوَايَتَانِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يَمْلِكُهُ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَمْلِكُ إِثْلَافَهُ ، فَكَانَ مَالِكًا^(١٤) لَهُ ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ . وَالثَّانِيَةُ ، لَا يَمْلِكُهُ ؛ لِأَنَّهُ مَحَلُّ تَعَلُّقِ بِهِ الْقِصَاصِ ، فَلَا يَمْلِكُهُ بِالْعَفْوِ كَالْحُرِّ . فَعَلَى هَذِهِ الرَّوَايَةِ ، يَتَعَلَّقُ أَرْضُ الْجِنَايَةِ بِرَقَبَتِهِ ، كَمَا لَوْ عَفَا عَلَى^(١٥) مَالٍ ؛ لِأَنَّ / الْعَوْضَ الَّذِي عَفَا لِأَجْلِهِ لَمْ يَصِحَّ لَهُ ، فَكَانَ لَهُ عَوْضُهُ ، كَالْعُقُودِ الْفَاسِدَةِ .

ظ ١٣/٩

فصل : وَيَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَ الْعَبِيدِ فِي النَّفْسِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ عُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَسَالِمٍ ، وَالنَّخَعِيِّ ، وَالشَّعْبِيِّ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَقَتَادَةَ ، وَالتَّوْرِيَّ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيَّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ . وَرُوِيَ عَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّ مِنْ شَرْطِ الْقِصَاصِ

(١٣) فِي الْأَصْلِ ، م : « عَنْهُ » .

(١٤) فِي م : « مَلِكًا » .

(١٥) فِي الْأَصْلِ ، ب : « عَنْ » .

تَسَاوَى قِيَمَتِهِمْ ، وَإِنْ اِخْتَلَفَتْ قِيَمَتُهُمْ لَمْ يَجْرِ بَيْنَهُمْ قِصَاصٌ . وَيُنْبَغَى أَنْ يَحْتَصَّ هَذَا بِمَا إِذَا كَانَتْ قِيَمَةُ الْقَاتِلِ أَكْثَرَ ، فَإِنْ كَانَتْ أَقْلَ فَلَا . وَهَذَا قَوْلُ عَطَاءٍ . وَقَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : لَيْسَ بَيْنَ الْعَبِيدِ قِصَاصٌ ، فِي نَفْسٍ وَلَا جَرْحٍ ؛ لِأَنََّّهُمْ أَمْوَالٌ . وَلَنَا ، أَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ ءَامَنُوا كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى الْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ ^(١٦) . وَهَذَا نَصٌّ مِنْ ^(١٧) الْكِتَابِ ، فَلَا يَجُوزُ خِلَافُهُ ، وَلِأَنَّ ^(١٨) تَفَاوُتَ الْقِيَمَةِ كَتَفَاوُتِ الذِّيَّةِ وَالْفَضَائِلِ ، فَلَا يَمْنَعُ الْقِصَاصَ كَالْعِلْمِ وَالشَّرَفِ ، وَالذُّكُورِيَّةِ وَالْأُنْثَوِيَّةِ .

فصل : وَيَجْرَى الْقِصَاصُ بَيْنَهُمْ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . وَبِهِ قَالَ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَسَالِمٌ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَقَتَادَةُ ، وَمَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رِوَايَةٌ أُخْرَى : لَا يَجْرَى الْقِصَاصُ بَيْنَهُمْ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّعْبِيِّ ، وَالنَّحَعِيِّ ، وَالثَّوْرِيِّ ، وَأَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّ الْأَطْرَافَ مَالٌ ، فَلَا يَجْرَى الْقِصَاصُ فِيهَا ، كَالْبَهَائِمِ ، وَلِأَنَّ التَّسَاوَى فِي الْأَطْرَافِ مُعْتَبَرٌ فِي جَرَيَانِ الْقِصَاصِ ، بِدَلِيلِ أَنَّا لَا نَأْخُذُ الصَّحِيحَةَ بِالشَّلَاءِ ، وَلَا كَامِلَةَ الْأَصَابِعِ بِالنَّاقِصَةِ ، وَأَطْرَافُ الْعَبِيدِ لَا تَتَسَاوَى . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١٩) . الْآيَةُ ، وَلِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَجَرَى بَيْنَ الْعَبِيدِ ، كَالْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ .

فصل : وَإِذَا وَجِبَ الْقِصَاصُ فِي طَرَفِ الْعَبِيدِ ، وَجَبَ لِلْعَبِيدِ ، وَلَهُ اسْتِيفَاؤُهُ وَالْعَفْوُ عَنْهُ .

فصل ^(٢٠) : وَلَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدًا ، ثُمَّ عَتَقَ الْقَاتِلَ ، قُتِلَ بِهِ . وَكَذَلِكَ لَوْ جَرَحَ عَبْدٌ

(١٦) سُورَةُ الْبَقَرَةِ ١٧٨ .

(١٧) فِي ب : « فِي » .

(١٨) سَقَطَتِ الرَّوَاةُ مِنْ : م .

(١٩) سُورَةُ الْمَائِدَةِ ٤٥ .

(٢٠) فِي ب زِيَادَةٌ : « قَالَ » .

عبدًا ، ثم عتق الجارح ، ومات المجروح ، قُتِلَ به ؛ لأنَّ القصاصَ وَجِبَ ، فلم يَسْقُطْ بالعَتقِ بَعْدَهُ ، ولأنَّ التَّكَافُؤَ مَوْجُودًا حَالَ وُجُودِ الجِنَايَةِ ، وهى / السَّبَبُ ، فَكُتِفِيَ بِهِ . ولو جَرَحَ حُرٌّ ذِمِّيَّ عَبْدًا ، ثم لَحِقَ بِدارِ الحَرْبِ ، فَأَسِيرَ وَاسْتُرِقَّ ، لم يُقْتَلْ بِالْعَبْدِ ؛ لِأَنَّهُ حينَ وُجُوبِ القِصاصِ حُرٌّ .

فصل : وإذا قُتِلَ عَبْدٌ عَبْدًا عَمْدًا ، فَسَيِّدُ المَقْتُولِ مُخَيَّرٌ بَيْنِ القِصاصِ وَالْعَفْوِ ، فإن عَفَا إلى مالٍ ، تَعَلَّقَ المَالُ بِرَقِيبَةِ القاتِلِ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ بِجِنَايَتِهِ ، وَسَيِّدُهُ مُخَيَّرٌ بَيْنَ فِدَائِهِ وَتَسْلِيمِهِ ، فإن اخْتارَ فِدَاءَهُ ، فِدَاءُهُ بِأَقْلِ الأَمْرَيْنِ مِنْ قِيَمَتِهِ أَوْ قِيَمَةِ المَقْتُولِ ؛ لِأَنَّهُ إِنْ كانَ الأَقْلُ قِيَمَتَهُ ، لم يَلْزَمُهُ أَكْثَرُ مِثْلِهَا ؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنْهُ ، وَإِنْ كانَ الأَقْلُ قِيَمَةَ المَقْتُولِ ، فليس لِسَيِّدِهِ أَكْثَرُ مِنْهَا ؛ لِأَنَّهَا بَدَلٌ عَنْهُ^(٢١) . وَعنه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ سَيِّدَهُ إِنْ اخْتارَ فِدَاءَهُ ، لَزِمَهُ أَرْضُ الجِنَايَةِ ، بِالْعَا مَا بَلَغَ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا سَلَّمَهُ لِلبَيْعِ ، رَبُّمَا زادَ فِيهِ مُزَايِدًا أَكْثَرَ مِنْ قِيَمَتِهِ . فإن قَتَلَ عَشْرَةَ عِبْدٍ عَبْدًا لِرَجُلٍ عَمْدًا ، فَعَلَيْهِمُ القِصاصُ ، فإن اخْتارَ السَيِّدُ قَتْلَهُمْ ، فَله قَتْلُهُمْ ، وَإِنْ عَفَا إلى مالٍ ، تَعَلَّقَتْ قِيَمَةُ عِبْدِهِ بِرِقَابِهِمْ ، على كُلِّ واحدٍ مِنْهُمْ عَشْرُهَا ، يُبَاغُ مِنْهُ بِقَدْرِهَا^(٢٢) أَوْ يَفْدِيهِ سَيِّدُهُ ، فإن اخْتارَ قَتْلَ بَعْضِهِمُ وَالْعَفْوَ عَنِ البَعْضِ كانَ ذلكَ لَهُ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَتْلَ جَمِيعِهِمُ وَالْعَفْوَ عَنِ جَمِيعِهِمْ . وَإِنْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدَيْنِ لِرَجُلٍ واحدٍ ، فَله قَتْلُهُ وَالْعَفْوُ عَنْهُ ، فإن قَتَلَهُ ، سَقَطَ حَقُّهُ ، وَإِنْ عَفَا إلى مالٍ ، تَعَلَّقَتْ قِيَمَةُ العَبْدَيْنِ بِرِقَابَتِهِ ، فإن كانا لِرَجُلَيْنِ فَكَذَلِكَ ، إِلَّا أَنَّ القاتِلَ يُقْتَلُ بالأوَّلِ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، فإن عَفَا عَنْهُ الأوَّلُ ، قُتِلَ بالثانى . وَإِنْ قَتَلَهُمَا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أُقْرِعَ بَيْنَ السَيِّدَيْنِ ، فَأَيُّهُمَا حَرَجَتْ لَهُ القُرْعَةُ ، اقْتَصَّ ، وَسَقَطَ حَقُّ الآخَرِ . وَإِنْ عَفَا عَنِ القِصاصِ ، أَوْ عَفَا سَيِّدُ القَتِيلِ الأوَّلِ عَنِ القِصاصِ إلى مالٍ ، تَعَلَّقَ بِرِقَابَةِ العَبْدِ ، ولِلثانى أَنْ يَقْتَصَّ ؛ لِأَنَّ تَعَلُّقَ المَالِ بِالرَّقِيبَةِ لا يُسْقِطُ حَقَّ القِصاصِ ، كَمَا لو جَنَى العَبْدُ المَرْهُونُ . فإن قَتَلَهُ الآخَرُ ، سَقَطَ حَقُّ الأوَّلِ مِنَ القِيَمَةِ ؛ لِأَنَّهُ لم يَبْقَ مَحَلٌّ يَتَعَلَّقُ بِهِ ، وَإِنْ عَفَا

(٢١) فى الأصل : « عبده » .

(٢٢) فى ب : « بقدر هذا » .

الثاني ، تعلقت قيمة القتل الثاني برقبته أيضا ، وبأغ فيهما ، ويُقسّم ثمنه على قدر القيمتين ، ولم تقدم الأول بالقيمة ، كما قدمناه بالقصاص ؛ لأن القصاص لا يتبعض بينهما ، والقيمة يمكن تبعضها^(٢٣) . فإن قيل : فحق الأول أسبق . / قلنا : لا يراعى السبق ، كما لو أتلّف أموالاً^(٢٤) لجماعة ، واحداً بعد واحد . فأما إن قتل العبد عبداً بين شريكين كان لهما القصاص والعفو ، فإن عفا أحدهما ، سقط القصاص ، ويتقبل حقهما إلى القيمة ؛ لأن القصاص لا يتبعض . وإن قتل عبدين لرجل واحد ، فله أن يقتص منه لأحدهما ، أيهما كان ، ويسقط حقه من الآخر ، وله أن يعفو عنه^(٢٥) إلى مال ، وتتعلق قيمتهما^(٢٦) جميعاً برقبته .

فصل : ويُقتل العبد القن بالمكاتب ، والمكاتب به ، ويُقتل كل واحد منهما بالمدبر وأم الولد ، ويُقتل المدبر وأم الولد بكل واحد منهما ؛ لأن الكل عبيد ، فيدخلون في عموم قوله تعالى : ﴿ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . وقد دل على كون المكاتب عبداً قول النبي ﷺ : « المكاتب عبداً ، ما بقي عليه ذرهم »^(٢٧) . وسواء كان المكاتب قد أدى من كتابته شيئاً ، أو لم يؤد ، وسواء ملك ما يؤدى ، أو لم يملك ، إلا إذا قلنا : إنه إذا ملك ما يؤدى فقد صار حراً . فإنه لا يقتل بالعبد ؛ لأنه حر ، فلا يقتل بالعبد . وإن أدى ثلاثة أرباع مال الكتابة ، لم يقتل به أيضاً ؛ لأنه يصير حراً ، ومن لم يحكم بحرّيته إلا بأداء جميع الكتابة ، أجاز قتله به . وقال أبو حنيفة : إذا قتل العبد مكاتباً ، له وفاء ووارث سوى مولاه ، لم يقتل به ؛ لأنه حين الجرح كان المستحق المولى ، وحين الموت الوارث ، ولا يجب القصاص إلا لمن يثبت حقه في الطرفين . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ أَلَنْفَسَ بِأَلَنْفَسِ ﴾ . وقوله تعالى : ﴿ الْعَبْدُ بِالْعَبْدِ ﴾ . ولأنه لو كان قنّاً ، لوجب بقتله

(٢٣) في الأصل : « تبعضها » .

(٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) سقط من : ب .

(٢٦) في ب ، م : « قيمتها » .

(٢٧) تقدم تخريجه ، في : ١٢٥/٩ .

القصاصُ ، فإذا كان مُكاتبًا ، كان أولى ، كما لو لم يخُلّف وارثًا . وما ذكروه شيءٌ بنبوه على أصولهم ، ولا تُسلّمه .

١٤٢٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ الْكَافِرُ الْعَبْدَ عَمْدًا ، فَعَلَيْهِ قِيمَتُهُ ، وَيُقْتَلُ ، لِنَقْضِهِ الْعَهْدِ ^(١))

يعنى الكافر الحرّ ، لا يُقتل بالعبد المسلم ؛ لأنّ الحرّ لا يُقتل بالعبد ، لفقدان التكافؤ بينهما ، ولأنّه لا يُحدّد بقَدْفِهِ ، فلا يُقتل بقتله ، كالأب مع ابنه ، وعليه قيمته ، ويُقتل لنقضه العهد ؛ فإنّ قتل المسلم ينتقض به العهد ، بدليل ما روى أنّ ذميًّا كان يسوق حمارًا / بامرأة مسلمة ، فنحسه بها فرماها ، ثم أراد إكراهها على الزنى ، فرفع إلى عمر ، رضي الله عنه ، فقال : ما على هذا صالحناهم . فقتله وصلبه ^(٢) . وروى في شروط عمر ، أنّه كتب إلى عبد الرحمن بن غنم ^(٣) : أن الحق بالشروط : من ضرب مسلمًا عمدًا ، فقد خلع عهده ^(٤) . ولأنّه فعلٌ ينافي الأمان ، وفيه ضررٌ على المسلمين ، فكان نقضًا للعهد ، كالاتّباع على قتال المسلمين ، والامتناع من أداء الجزية . وفيه رواية أخرى ؛ أنّه لا ينتقض عهده بذلك . فعلى هذا ، عليه قيمته ، ويؤدّب بما يراه وليّ الأمر .

فصل : وإن قتل عبدٌ مسلمٌ حرًّا كافرًا لم يُقتل به ؛ لأنّ لا تقتل المسلم بالكافر . وإن قتل من نصفه حرٌّ عبدًا ، لم يُقتل به ^(٥) ؛ لأنّ لا تقتل نصف الحرّ بعبد . وإن قتل حرٌّ ،

(١) في م : « للعهد » .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب يشترط عليهم أن أحدا من رجالهم إن أصاب مسلمة بزنى ... من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٢٠١/٩ . وعبد الرزاق ، في : باب المعاهد يغدر بالمسلم ، من كتاب أهل الكتابين . المصنف ٣٦٣/١٠ ، ٣٦٤ . وابن أبي شيبة ، في : باب في الذمي يستكره المسلمة على نفسها ، من كتاب الحدود . المصنف ٩٦/١٠ ، ٩٧ .

(٣) في ب : « غانم » خطأ . وانظر ترجمته في : تهذيب التهذيب ٢٥٠ .

(٤) أخرجه البيهقي ، في : باب الإمام يكتب كتاب الصلح على الجزية ، من كتاب الجزية . السنن الكبرى ٢٠٢/٩ .

(٥) سقط من : ب .

لم يُقتل به ؛ لأنَّ النِّصْفَ الرَّقِيقَ لا يُقتلُ به الحُرُّ . وإن قَتَلَ مَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ مَنْ نِصْفُهُ حُرٌّ ، قُتِلَ بِهِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ يَقَعُ بَيْنَ الْجُمْلَتَيْنِ مِنْ غَيْرِ تَفْصِيلٍ ، وَهَذَا مُتَسَاوِيَانٌ (٦) .

فصل : وَيَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَ الْوَلَاةِ وَالْعَمَالِ وَبَيْنَ رَعِيَّتِهِمْ ؛ لِعُمُومِ الْآيَاتِ وَالْأَخْبَارِ ، وَلِأَنَّ الْمُؤْمِنِينَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا . وَبَيَّنَّ عَنْ أَبِي بَكْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، أَنَّهُ قَالَ لِرَجُلٍ شَكَى إِلَيْهِ عَامِلًا أَنَّهُ قَطَعَ يَدَهُ ظُلْمًا : لَئِنْ كُنْتَ صَادِقًا ، لِأُقِيدَنَّكَ مِنْهُ (٧) . وَبَيَّنَّ أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، كَانَ يُقِيدُ مِنْ نَفْسِهِ . وَرَوَى أَبُو دَاوُدَ (٨) ، قَالَ : حَطَبَ عَمْرٌ ، فَقَالَ : لَأُنِّي لَمْ أُبْعَثْ عَمَالِي لِيَضْرِبُوا أَبْشَارَكُمْ ، وَلَا لِيَأْخُذُوا أَمْوَالَكُمْ ، فَمَنْ فَعَلَ بِهِ ذَلِكَ ، فَلْيَرْفَعَهُ إِلَيَّ ، أَقْصُهُ مِنْهُ . فَقَالَ عَمْرُو بْنُ الْعَاصِي : لَوْ أَنَّ رَجُلًا أَدَّبَ بَعْضَ رَعِيَّتِهِ ، أَنْقَصَهُ (٩) مِنْهُ ؟ قَالَ : أَيْ وَالَّذِي نَفْسِي بِيَدِهِ ، أَقْصُهُ مِنْهُ ، وَقَدْ رَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ أَقْصَّ مِنْ نَفْسِهِ . وَلِأَنَّ الْمُؤْمِنِينَ تَتَكَافَأُ دِمَاؤُهُمْ ، وَهَذَا خُرَافَةٌ مُسْلِمَانِ ، لَيْسَ بَيْنَهُمَا إِيْلَاءٌ (١٠) ، فَيَجْرِي الْقِصَاصُ بَيْنَهُمَا ، كَسَائِرِ الرَّعِيَّةِ .

فصل : وَإِذَا قَتَلَ الْقَاتِلُ غَيْرَ وَلِيِّ الدِّمِّ ، فَعَلَى قَاتِلِهِ الْقِصَاصُ ، وَلِوَرَثَةِ الْأَوَّلِ الدِّيَّةُ فِي تَرْكَةِ الْجَانِي الْأَوَّلِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ الْحَسَنُ ، / وَمَالِكٌ : يُقْتَلُ قَاتِلُهُ ، وَيَبْتَطُلُ دَمُ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ فَاتَ مَحَلَّهُ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَ الْعَبْدَ الْجَانِي . وَرَوَى عَنْ قَتَادَةَ وَأَبِي هَاشِمٍ : لَا قَوْدَ عَلَى الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مُبَاحَ الدِّمِّ ، فَلَمْ يَجِبْ بِقَتْلِهِ قِصَاصٌ ، كَالرَّانِي الْمُحْصَنِ . وَلَنَا ، عَلَى وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَى قَاتِلِهِ ، أَنَّهُ مَحَلٌّ لَمْ يَتَحْتَمَّ قَتْلُهُ ، وَلَمْ يُبَحَّ لِغَيْرِ وَلِيِّ الدِّمِّ قَتْلُهُ ، فَوَجِبَ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ عَلَيْهِ دَيْنٌ . وَلَنَا ، عَلَى وَجُوبِ

ظ ١٥/٩

(٦) في م : « مستويان » .

(٧) أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٨٤/٣ .

(٨) في : باب القود من الضربة وقص الأمير من نفسه ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٢٨٩/٢ .

كما أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ٤١/١ .

(٩) في م : « تقصه » .

(١٠) في م : « إيلاء » .

الدِّية في تَرْكَةِ الجانيِ الأوَّل ، أن القِصاصَ إذا تَعَدَّرَ وَجَبَتِ الدِّيةُ ، كما لو مات ، أو عَفَا بعضُ الشُّركاءِ ، أو حَدَثَ مانِعٌ . وفارَقَ العَبْدَ الجانيِ ، فإنَّه ليس له مالٌ يَنْتَقِلُ إليه ؛ فإن عَفَا أولياءُ الثاني على الدِّيةِ ، أخذوها ودَفَعوها إلى وَرَثَةِ الأوَّلِ ، فإن كانت عليه دُيُونٌ ، ضَمَّ ما قَبِضُوا من الدِّيةِ إلى سائِرِ تَرْكِتِهِ ، ثم ضَرَبَ أولياءُ المَقْتُولِ الأوَّلِ مع سائِرِ أهْلِ الدُّيُونِ في تَرْكِتِهِ ودِيَتِهِ ، وإن أَحَالَ وَرَثَةُ المَقْتُولِ الثاني وَرَثَةَ المَقْتُولِ الأوَّلِ بالدِّيةِ على القاتِلِ الثاني^(١١) ، صَحَّ الحِوَالَةُ . ويتَخَرَّجُ أن تَجِبَ دِيَةُ القَتِيلِ الأوَّلِ على قاتِلِ^(١٢) قاتِلِهِ ابتداءً ؛ لأنَّه أُلْفَ مَحَلٌّ حَقٌّ وَرَثَتِهِ ، فكان غَرَامَتُهُ عليه ، كما لو قَتَلَ العَبْدَ الجانيِ ، وإن مات القاتِلُ عَمْدًا ، وجَبَتِ الدِّيةُ في تَرْكِتِهِ . وبهذا قال الشافعيُّ . وقال أبو حنيفةٌ ومالكٌ : يَسْقُطُ حَقٌّ وَلِيُّ الجِنَايةِ . وتَوَجَّه المَذْهَبُينِ على^(١٣) ما تَقَدَّمَ .

١٤٢٤ - مسألة ؛ قال : (والطفل ، والزائل العقل ، لا يُقتلانِ بِأحدِ)

لا خِلافَ بين أهْلِ العِلْمِ ، أنَّه لا قِصاصَ على صَبِيٍّ ولا مَجْنُونٍ ، وكذلك كُلُّ زائِلِ العَقْلِ بسببِ يُعَدَّرُ فيه ، مثل النَّائمِ ، والمُعْمَى عليه ، ونحوهما . والأصلُ في هذا قولُ النَّبِيِّ ﷺ : « رُفِعَ القَلَمُ عَن ثَلَاثَةٍ ؛ عَن الصَّبِيِّ حَتَّى يَبْلُغَ ، وَعَن النَّائِمِ حَتَّى يَسْتَيْقِظَ ، وَعَن المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ »^(١) . ولأنَّ القِصاصَ عِقوبةٌ مَعْلُوظَةٌ ، فلم تَجِبْ على الصَّبِيِّ وزائِلِ العَقْلِ ، كالحُدُودِ ، ولأنَّهم ليس لهم قِصاصٌ صحيحٌ ، فهم كالقاتِلِ خَطَأً .

فصل : فإن اِخْتَلَفَ الجانيِ وولِيُّ الجِنَايةِ ، فقال الجانيِ : كُنْتُ صَبِيًّا حالِ الجِنَايةِ . وقال وليُّ الجِنَايةِ : كُنْتُ بالِعَا . / فالقولُ قولُ الجانيِ مع يَمِينِهِ ، إذا اِحْتَمَلَ الصَّدَقُ ؛ لأنَّ الأصلَ الصَّغَرُ ، وبراءةُ ذِمَّتِهِ من القِصاصِ . وإن قال : قَتَلْتُهُ وأنا مَجْنُونٌ . وأنكَرَ الولِيُّ جُنُونَهُ ، فإن عَرِفَ له حالُ جُنُونِهِ ، فالقولُ قولُهُ أيضًا لذلك ، وإن لم يُعَرَفْ

(١١) سقط من : ب .

(١٢) سقط من : م .

(١٣) تقدم تخريجه ، في : ٥٠/٢ .

له حال جنونٍ ، فالقول قول الولي ؛ لأن الأصل السلامة ، وكذلك إن عُرف له جنونٌ ، ثم عُلِمَ زواله قبل القتل ، وإن ثبتت لأحدهما بيّنة بما ادّعاه (١) ، حُكِمَ له . وإن أقاما بيّنتين تعارضتا ، فإن شهدت البيّنة أنه كان زائلاً العقل ، وقال (٢) الولي : كنت سكراناً . وقال القاتل (٣) : كنت مجنوناً . فالقول قول القاتل مع يمينه ؛ لأنه أعرف بنفسه ، ولأن الأصل براءة ذمته ، واجتناب المسلم فعل ما يحرم عليه .

فصل : فإن قتلَهُ وهو عاقلٌ ، ثم جنَّ ، لم يسقط عنه القصاصُ ، سواء ثبت ذلك عليه (٤) بيّنة أو إقراراً ؛ لأن رجوعه غير مقبولٍ ، ويقتصر منه في حال جنونه . ولو ثبت عليه الحدُّ بإقراره ، ثم جنَّ لم يُقَمَّ عليه حال جنونه ؛ لأن رجوعه يُقبلُ ، فيحتَمَلُ أنه لو كان صحيحاً رجع .

فصل : ويجبُ القصاصُ على السكرانِ إذا قتل حال سكره . ذكره القاضي ، وذكر أبو الخطاب ، أن وجوبَ القصاصِ عليه مبنئٌ على وقوع طلاقه ، وفيه روايتان ، فيكون في وجوبِ القصاصِ عليه وجهان ؛ أحدهما ، لا يجبُ عليه ؛ لأنه زائلُ العقل ، أشبه المجنون ، ولأنه غير مكلفٍ ، أشبه (٥) الصبيِّ والمجنون . ولنا ، أن الصحابة ، رضِيَ اللهُ عنهم ، أقاموا سكره مقام (٦) قذفه ، فأوجبوا عليه حدَّ القاذفِ ، فلولا أن قذفه موجبٌ للحدِّ عليه ، لما وجبَ الحدُّ (٧) بمظنته ، وإذا وجبَ الحدُّ ، فالقصاصُ المتمحُّضُ حقٌّ آدميٌّ أولى ، ولأنه حُكِمَ لو لم يجب عليه (٨) القصاصُ والحدُّ ، لأفضى إلى أن من أراد أن يعصى الله تعالى ، شرب ما يسكره ، ثم يقتل ويذنب ويسرق ، ولا يلزمه عقوبة (٩) ولا مائتٌ ، ويصير عصبانه سبباً لسقوط عقوبة (١٠) الدنيا والآخرة عنه ، ولا وجه لهذا .

(٢) في ب : « ادعا » .

(٣) في ب ، م : « فقال القاتل » .

(٤) سقط من : م .

(٥) سقط من : ب .

(٦) في ب : « فأشبهه » .

(٧) في ب : « مكان » .

(٨) سقط من : الأصل .

(٩-١٠) سقط من : ب . نقل نظر .

/ وفارقَ هذا الطلاقَ ، ولأنَّه قولٌ يُمكنُ إلغاؤه بخلافِ القتلِ . فأما إن شربَ أو أكلَ ما يُزيلُ عقله غيرَ الخمرِ ، على وجهِ مُحَرَّمٍ ، فإن زالَ عقله بالكُلِّيَّةِ ، بحيثُ صارَ مجنونًا ، فلا قصاصَ عليه ، وإن كان يزولُ قريبًا ويعودُ من غيرِ تداوٍ ، فهو كالسُّكْرِ ، على ما فصلَّ فيه .

١٤٢٥ - مسألة ؛ قال : (وَلَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ ، وَإِنْ سَفَلَ)

وجملته أن الأب لا يُقتل بولده ، والجَدُّ لا يُقتل بولده ولده ، وإن تزَلَّتْ دَرَجَتُهُ ، وسواءٌ في ذلك ولَدُ البَيْنِ أو ولَدُ البَنَاتِ . وممَّن نُقِلَ عنه أن الوالد لا يقتل بولده ، عمرُ بن الحُطَّابِ ، رَضِيَ اللهُ عنه . وبه قال ربيعةُ ، والثَّورِيُّ ، والأوزاعيُّ ، والشَّافِعِيُّ ، وإسحاقُ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وقال ابنُ نافعٍ ، وابنُ عبدِ الحَكَمِ ، وابنُ المُنذِرِ : يُقتلُ به ؛ لظاهرِ آيِ الكتابِ ، والأخبارِ المَوْجِبَةِ لِلْقِصَاصِ ، ولأنَّهُما حُرَّانِ مُسْلِمَانِ مِنْ أَهْلِ الْقِصَاصِ ، فَوَجِبَ أَنْ يُقْتَلَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِصَاحِبِهِ ، كالأَجْنَبِيِّينِ . وقال ابنُ المُنذِرِ : قد رَوَوْا في هذا البابِ ^(١) أخبارًا . وقال مالكٌ : إن قَتَلَهُ حَدَفًا بِالسِّيفِ وَنَحْوِهِ ، لَمْ يُقْتَلَ بِهِ ، وَإِنْ ذَبَحَهُ ، أَوْ قَتَلَهُ قَتْلًا لَا يُشَكُّ فِي أَنَّهُ عَمَدٌ إِلَى قَتْلِهِ دُونَ تَأْدِيهِ ، أُقِيدَ بِهِ . ولنا ، ما رَوَى عمرُ بن الحُطَّابِ ، وابنُ عباسٍ ، أن رسولَ اللهِ ﷺ قال : « لَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بَوْلَدِهِ » . أخرَجَ النَّسَائِيُّ حَدِيثَ عَمْرٍ ^(٢) ، وَرَوَاهُمَا ابْنُ مَاجَه ^(٣) ، وَذَكَرَهُمَا ابْنُ عِبْدِ الْبَرِّ ، وَقَالَ : هُوَ حَدِيثٌ مَشْهُورٌ عِنْدَ أَهْلِ الْعِلْمِ بِالْحِجَازِ وَالْعِرَاقِ ، مُسْتَفِيزٌ عِنْدَهُمْ ، يُسْتَعْنَى بِشُهْرَتِهِ وَقَبُولِهِ وَالْعَمَلُ بِهِ عَنِ الْإِسْنَادِ فِيهِ ، حَتَّى يَكُونَ الْإِسْنَادُ فِي مِثْلِهِ مَعَ شُهْرَتِهِ تَكْلُفًا . وَلَأَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَيِّكَ » ^(٤) . وَقَضِيَّةٌ هَذِهِ

(١) سقط من : م .

(٢) لعله في السنن الكبرى . وأخرج حديث عمر الإمام أحمد ، في : المسند ٤٩/١ .

(٣) في : باب لا يقتل الوالد بولده ، من كتاب الديات .. سنن ابن ماجه ٨٨٨/٢ .

وأخرج حديث ابن عباس الترمذى ، في : باب ما جاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الديات .

عارضة الأحرذى ١٧٥/٦ .

(٤) تقدم تحريجه ، في : ٣٠٩/٤ .

الإضافة تَمْلِيكُهُ إِيَّاهُ ، فَإِذَا لَمْ تُثَبِّتْ حَقِيقَةُ الْمَلِكِيَّةِ ، بَقِيََتِ الْإِضَافَةُ شُبْهَةً فِي دَرَجَةٍ (٥) الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ يُدْرَأُ بِالشُّبُهَاتِ ، وَلِأَنَّهُ سَبَبُ إِجْرَادِهِ ، فَلَا يَتَّبَعِي أَنْ يَتَسَلَّطَ بِسَبَبِهِ عَلَى إِعْدَامِهِ . وَمَا ذَكَرْنَاهُ يَخْصُّ الْعُمُومَاتِ ، وَيُفَارِقُ الْأَبُ سَائِرَ النَّاسِ ، فَإِنَّهُمْ لَوْ قَتَلُوا بِالْحَذْفِ بِالسَّيْفِ ، وَجَبَ عَلَيْهِمُ الْقِصَاصُ / ، وَالْأَبُ بِخِلَافِهِ .

١٧/٩

فصل : وَالْجَدُّ وَإِنْ عَلَا كَالْأَبِ فِي هَذَا ، وَسِوَاءَهُ كَانَ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ أَوْ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ مُسْتَقْطِي الْقِصَاصِ عَنِ الْأَبِ . وَقَالَ الْحَسَنُ بْنُ حَيٍّ : يُقْتَلُ بِهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ وَالِدٌ ، فَيَدْخُلُ فِي عُمُومِ النَّصِّ ؛ وَلِأَنَّ ذَلِكَ حُكْمٌ يَتَعَلَّقُ بِالْوِلَادَةِ ، فَاسْتَوَى فِيهِ الْقَرِيبُ وَالْبَعِيدُ ، كَالْمَحْرَمِيَّةِ ، وَالْعِتْقِ إِذَا مَلَكَه ، وَالْجَدُّ مِنْ قَبْلِ (٦) الْأُمِّ كَالْجَدِّ مِنْ قَبْلِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ ابْنَ الْبِنْتِ يُسَمَّى ابْنًا ، قَالَ النَّبِيُّ ﷺ (٧) فِي الْحَسَنِ (٧) : « إِنَّ ابْنِي هَذَا سَيِّدٌ » (٨) .

١٤٢٦ - مسألة ؛ قال : (وَالْأُمُّ فِي ذَلِكَ كَالْأَبِ)

هَذَا الصَّحِيحُ مِنَ الْمَذْهَبِ ، وَعَلَيْهِ الْعَمَلُ عِنْدَ مُسْتَقْطِي الْقِصَاصِ عَنِ الْأَبِ . وَرُوِيَ عَنِ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، مَا يَدُلُّ عَلَى أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ عَنِ الْأُمِّ ، فَإِنَّ مُهَنَّأً نَقَلَ عَنْهُ ، فِي أُمِّ وُلْدٍ قَتَلَتْ سَيِّدَهَا عَمْدًا : تُقْتَلُ . قَالَ : مَنْ يَقْتُلُهَا ؟ قَالَ : وَوَلَدُهَا . وَهَذَا يَدُلُّ عَلَى إِجْبَابِ الْقِصَاصِ عَلَى الْأُمِّ بِقَتْلِ وُلْدِهَا . وَخَرَّجَهَا أَبُو بَكْرٍ عَلَى رِوَايَتَيْنِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، أَنَّ الْأُمَّ تُقْتَلُ بِوَلَدِهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا وِلَايَةَ لَهَا عَلَيْهِ ، فَتُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَخِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُقْتَلُ وَالِدٌ بِوَلَدِهِ » (١) . وَلِأَنَّهَا أَحَدُ الْوَالِدَيْنِ ، فَأَشْبَهَتِ الْأَبَ ، وَلِأَنَّهَا أَوْلَى بِالرِّبِّ ، فَكَانَتْ أَوْلَى بِنَفْسِ الْقِصَاصِ عَنْهَا ، وَالْوِلَايَةُ غَيْرُ مُعْتَبَرَةٍ ؛ بِدَلِيلِ انْتِفَاءِ

(٥) فِي ب : « رَد » .

(٦-٦) فِي م : « الْأَبُ كَالْجَدِّ مِنْ قَبْلِ الْأُمِّ » .

(٧-٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(٨) تَقَدَّمَ تَخْرِيجهُ ، فِي : ٩٨/٤ .

(١) تَقَدَّمَ تَخْرِيجهُ ، فِي صَفْحَةِ ٤٨٣ .

القصاص عن الأب يقتل الكبير الذي لا ولاية^(٢) عليه ، وعن الجد ، ولا ولاية له ، وعن الأب المخالف في الدين ، أو الرقيق . والجدة وإن علّت في ذلك كالأم ، وسواء في ذلك من قبل الأب ، أو من قبل الأم ؛ لما ذكرنا في الجد .

فصل : وسواء كان الوالد مساوياً للولد في الدين والحريّة ، أو مخالفاً له^(٣) في ذلك ؛ لأنّ انتفاء القصاص لشرف الأبوة ، وهو موجود في كل حال ، فلو قتل الكافر ولده^(٤) المسلم ، أو قتل المسلم أباه الكافر ، أو قتل العبد ولده الحرّ ، أو قتل الحرّ ولده العبد ، لم يجب القصاص لشرف الأبوة فيما إذا قتل ولده ، وانتفاء المكافأة فيما إذا قتل والده .

فصل : وإذا^(٥) تداعى نفسان^(٦) نسب صغير مجهول النسب ، ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما ، فلا قصاص / عليهما ؛ لأنه يجوز أن يكون ابن كل واحد منهما أو ابنتهما . وإن الحقته ثقافة بأحدهما ، ثم قتلاه ، لم يقتل أبوه ، وقتل الآخر ؛ لأنه شريك الأب في قتل ابنه . وإن رجعا جميعاً عن الدعوى ، لم يقبل رجوعهما ؛ لأنّ النسب حق للولد ، فلم يقبل رجوعهما عن إقرارهما به ، كما لو أقر^(٧) له بحق سيواه ، أو كما لو ادّعاه واحد ، فالحق به ، ثم جحدّه . وإن رجعا أحدهما ، صحّ رجوعه ، وثبتّ نسبه من الآخر ؛ لأنّ رجوعه لم^(٨) يبطل نسبه ، ويسقط القصاص عن الذي لم يرجع ، ويجب على الرجاع ؛ لأنه شارك الأب ، وإن عُفي عنه ، فعليه نصف الدية . ولو اشتراك رجلان في وطء امرأة في طهر واحد ، وأتت بوليد ، يُمكن أن يكون منهما ، فقتلاه قبل إلحاقه بأحدهما ، لم

(٢) في الأصل : « ولاه » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) في م : « والده » .

(٥) في الأصل : « والده » .

(٦-٦) في م : « ادعى نفران » .

(٧) في الأصل ، م : « أقر » .

(٨) في ب : « لا » .

يَجِبِ الْقِصَاصُ ، وَإِنْ نَفَى نَسَبَهُ ، لَمْ يَنْتَفِ بِقَوْلِهِمَا ، وَإِنْ نَفَاهُ أَحَدُهُمَا ، لَمْ يَنْتَفِ بِقَوْلِهِ ؛ لِأَنَّهُ لِحَقِّهِ بِالْفِرَاشِ ، فَلَا يَنْتَفِي إِلَّا بِاللَّعَانِ . وَفَارَقَ الَّتِي قَبْلَهَا مِنْ وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ^(٩) أَنْ أَحَدَهُمَا ، إِذَا رَجَعَ عَنْ دَعْوَاهُ ، لِحَقِّ الْآخَرِ ، وَهُنَا لَا يَلْحَقُ بِذَلِكَ . وَالثَّانِي ، أَنَّ ثُبُوتَ نَسَبِهِ تَمَّ بِالاعْتِرَافِ ، فَيَسْقُطُ بِالْجَحْدِ ، وَهُنَا يُثَبِّتُ ^(١٠) بِالاشْتِرَاكِ فِي الْوَطْءِ ، فَلَا يَنْتَفِي بِالْجَحْدِ . وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ فِي هَذَا الْفَصْلِ كَمَا قُلْنَا ، سَوَاءً .

فصل : وَلَوْ قَتَلَ أَحَدُ الْأَبْوَيْنِ صَاحِبَهُ ، وَهَلَمَا وَلَدًا ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ وَجَبَ لَوْجَبَ لَوْلَدِهِ ، وَلَا يَجِبُ لِلْوَلَدِ قِصَاصٌ عَلَى وَالِدِهِ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا لَمْ يَجِبْ بِالْجِنَايَةِ عَلَيْهِ ، فَلَا يَنْبَغِي لَهُ بِالْجِنَايَةِ عَلَى غَيْرِهِ أَوْلَى ، وَسَوَاءً كَانَ الْوَلَدُ ذَكَرًا أَوْ أُنْثَى ، أَوْ كَانَ لِلْمَقْتُولِ وَلَدٌ سِوَاهُ ، أَوْ مَنْ يُشَارِكُهُ فِي الْمِيرَاثِ ، أَوْ لَمْ يَكُنْ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ ثَبَتَ الْقِصَاصُ ، لَوْجَبَ لَهُ جِزَاءٌ مِنْهُ ، وَلَا يُمَكِّنُ وَجُوبُهُ ، وَإِذَا لَمْ يُثَبِّتْ بَعْضُهُ ، سَقَطَ كُلُّهُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَتَّبَعُ ، وَصَارَ كَالْوَعْفَا بَعْضُ مُسْتَحِقِّ الْقِصَاصِ عَنْ نَصِيْبِهِ مِنْهُ . فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَقْتُولِ وَلَدٌ مِنْهَا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ؛ مِنْهُمْ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَالتَّحِيْمِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَقَالَ الزُّهْرِيُّ : لَا يُقْتَلُ الزَّوْجُ بِأَمْرَاتِهِ ؛ لِأَنَّهُ مَلَكَهَا ^(١١) بِعَقْدِ النِّكَاحِ ، فَأَشْبَهَ الْأُمَّةَ . / وَلِنَا ، عُمُومَاتُ النَّصِّ ، وَلَائِنَّمَا شَخْصَانِ مُتَكَافِئَانِ ، يُحَدُّ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِقَدْرِ صَاحِبِهِ ، فَيُقْتَلُ بِهِ ، كَالْأَجْنَبِيِّينَ . وَقَوْلُهُ : إِنَّهُ مَلَكَهَا . غَيْرُ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهَا حُرَّةٌ ، وَإِنَّمَا مَلَكَ مَنْفَعَةَ الْاسْتِمْتَاعِ ، فَأَشْبَهَ الْمُسْتَأْجِرَةَ ، وَهَذَا تَجِبُ دِيَّتُهَا عَلَيْهِ ، وَيَرْتُهَا وَرَثَتُهَا ، وَلَا يَرِثُ مِنْهَا إِلَّا قَدْرَ مِيرَاثِهِ ، وَلَوْ قَتَلَهَا غَيْرُهُ ، كَانَتْ دِيَّتُهَا أَوْ الْقِصَاصُ لَوْرَثَتِهَا ، بِخِلَافِ الْأُمَّةِ .

فصل : وَلَوْ قَتَلَ رَجُلٌ أَحَاهُ ، فَوَرِثَهُ ابْنُهُ ، أَوْ أَحَدًا ^(١٢) يَرِثُ ابْنُهُ مِنْ شَيْءٍ مِنْ مِيرَاثِهِ ،

١٨/٩

(٩-٩) سقط من: الأصل، م.

(١٠) في ب: ثبت .

(١١) في ب: ملكه .

(١٢) في م: واحد .

لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لما ذكرنا . ولو قَتَلَ خَالَ ابْنِهِ ، فَوَرِثَتْ أُمُّ ابْنِهِ الْقِصَاصَ ^(١٣) أو جُزْءًا منه ، ثم ماتت بِقَتْلِ الزَّوْجِ أو غَيْرِهِ ، فَوَرِثَهَا ابْنُهُ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ^(١٤) ؛ لِأَنَّ مَا مَنَعَ مُقَارِنًا أَسْقَطَ طَارِئًا ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ . وَلَوْ قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ أَخَا زَوْجِهَا ، فَصَارَ الْقِصَاصُ أو جُزْءًا مِنْهُ لِابْنِهَا ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ، سِوَاءَ صَارَ إِلَيْهِ ابْتِدَاءً ، أو انْتَقَلَ إِلَيْهِ مِنْ أَبِيهِ أو مِنْ غَيْرِهِ ؛ لما ذكرنا .

فصل : وَإِذَا قَتَلَ أَحَدُ أَبِيي الْمُكَاتِبِ الْمُكَاتِبَ ^(١٤) ، أو عَبْدًا لَهُ ، لم يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الْوَالِدَ لَا يُقْتَلُ بَوَلَدِهِ ، وَلَا يُثْبِتُ لِلْوَلَدِ عَلَى الْوَالِدِ قِصَاصٌ . وَإِنْ اشْتَرَى الْمُكَاتِبُ أَحَدَ أَبْوَيْهِ ، ثم قَتَلَهُ ، لم يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ ؛ لِأَنَّ السَّيِّدَ لَا يُقْتَلُ بَعْدَهُ .

فصل : ابْنَانِ قَتَلَ أَحَدَهُمَا أَبَاهُ ، وَالْآخَرَ أُمَّهُ ، فَإِنْ كَانَتِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَهُمَا مَوْجُودَةً حَالَ قَتْلِ الْأَوَّلِ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى قَاتِلِ الثَّانِي دُونَ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّ الْقَتِيلَ الثَّانِي وَرِثَ جُزْءًا مِنْ دَمِ الْأَوَّلِ ، فَلَمَّا قُتِلَ وَرِثَهُ قَاتِلُ الْأَوَّلِ ، فَصَارَ لَهُ جُزْءٌ مِنْ دَمِ نَفْسِهِ ، فَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ، وَوَجِبَ لَهُ الْقِصَاصُ عَلَى ^(١٥) أَخِيهِ ، فَإِنْ قَتَلَهُ ، وَرِثَهُ إِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ ^(١٦) بِحَقِّ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهُ إِلَى الدِّيَّةِ ، وَجِبَتْ ، وَتَقَاصًا بِمَا بَيْنَهُمَا ، وَمَا فَضَّلَ لِأَحَدِهِمَا فَهُوَ لَهُ عَلَى أَخِيهِ . وَإِنْ لَمْ تَكُنِ الزَّوْجِيَّةُ بَيْنَ الْأَبْوَيْنِ قَائِمَةً ، فَعَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ لِأَخِيهِ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ الَّذِي قَتَلَهُ أَخُوهُ وَحَدَهُ دُونَ قَاتِلِهِ ، فَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمَا فَقَتَلَ صَاحِبَهُ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَسَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَرِثُ أَخَاهُ ؛ ^(١٧) لِكُونِهِ قَتْلًا ^(١٧) بِحَقِّ ، فَلَا يَمْنَعُ الْمِيرَاثُ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ لِلْمَقْتُولِ ابْنٌ / ، أو ابْنُ ابْنِ يَحْتَجِبُ الْقَاتِلَ ، فَيَكُونُ لَهُ قَتْلُ عَمِّهِ ، وَوَرِثُهُ إِنْ ^(١٨) لَمْ يَكُنْ لَهُ وَارِثٌ سِوَاهُ . وَإِنْ تَشَاحَفَا فِي الْمُبْتَدِئِ

(١٣-١٣) سقط من : ب .

(١٤) سقط من : م .

(١٥) في ب : « عن » .

(١٦) في م : « قتله » .

(١٧-١٧) في ب : « لأنه قتل » .

(١٨) في ب : « وإن » .

منهما بالقتل ، اِحْتَمَلَ أَنْ يُبَدَأَ بِقَتْلِ الْقَاتِلِ الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ أَسْبَقُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يُقْرَعَ
 بينهما . وهذا قولُ القاضي ، ومذهبُ الشافعي ؛ لأنَّهما تساويا في الاستِحْقَاقِ ،
 فيصير^(١٩) إلى القرعة ، وأيهما قَتَلَ صاحِبَه أولاً ، إمَّا بمُبادَرَةٍ^(٢٠) أو قُرْعَةٍ ، وَرِثَهُ ، في
 قياسِ المذهبِ ، إن لم يكن له وارثٌ سِوَاهُ ، وَسَقَطَ عَنْهُ الْقِصَاصُ ، وإن كان مَحْجُوبًا عَنْ
 ميراثه كُلِّهِ ، فَلِوَارِثِ الْقَتِيلِ قَتْلُ الْآخِرِ . وإن عَفَا أَحَدُهُمَا عَنِ الْآخِرِ ، ثُمَّ قَتَلَ الْمَعْفُو
 عَنْهُ الْعَافِي ، وَرِثَهُ أَيْضًا ، وَسَقَطَ عَنْهُ مَا وَجَبَ عَلَيْهِ مِنَ الدِّيَةِ . وإن تعافيا جميعًا على
 الدِّيَةِ ، تَقَاصًا بِمَا اسْتَوْيَا فِيهِ ، وَوَجَبَ لِقَاتِلِ^(٢١) الْأُمِّ الْفَضْلُ عَلَى قَاتِلِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ عَقْلَ
 الْأُمِّ نِصْفُ عَقْلِ الْأَبِ . وَيَتَحَرَّجُ أَنْ يَسْقُطَ الْقِصَاصُ عَنْهُمَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا فِي
 اسْتِحْقَاقِهِ ، كَسُقُوطِ^(٢٢) الدَّيْتَيْنِ إِذَا تَسَاوَتَا ، وَلِأَنَّهُ لَا سَبِيلَ إِلَى اسْتِيفَائِهِمَا مَعًا^(٢٣) ،
 وَاسْتِيفَاءَ أَحَدِهِمَا دُونَ الْآخَرِ حَيْفٌ ، فَلَا يَجُوزُ ، فَتَعَيَّنَ السَّقُوطُ . وإن كان لكلُّ واحدٍ
 منهما ابنٌ يَحْجُبُ عَمَّهُ عَنِ^(٢٤) ميراثِ أبيه ، فَإِذَا قَتَلَ أَحَدُهُمَا صاحِبَه ، وَرِثَهُ ابْنُهُ ، ثُمَّ
 لِابْنِهِ أَنْ يَقْتُلَ عَمَّهُ ، وَيَرِثَهُ ابْنُهُ ، وَيَرِثُ كُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْابْنَيْنِ مَالَ أَبِيهِ وَمَالَ جَدِّهِ الَّذِي قَتَلَهُ
 عَمَّهُ دُونَ الَّذِي قَتَلَهُ أَبُوهُ . وإن كان لكلُّ واحدٍ منهما بنتٌ^(٢٥) ، فَقَتَلَ أَحَدُهُمَا صاحِبَه ،
 سَقَطَ الْقِصَاصُ عَنْهُ ؛ لِأَنَّهُ وَرِثَ نِصْفَ مَالِ أُخِيهِ وَنِصْفَ قِصَاصِ نَفْسِهِ ، فَسَقَطَ عَنْهُ
 الْقِصَاصُ ، وَوَرِثَ مَالَ أَبِيهِ الَّذِي قَتَلَهُ أُخُوهُ وَنِصْفَ مَالِ أُخِيهِ وَنِصْفَ مَالِ أَبِيهِ الَّذِي قَتَلَهُ
 هُوَ ، وَوَرِثَتِ الْبِنْتُ الَّتِي قَتَلَ أَبُوها نِصْفَ مَالِ أَبِيها وَنِصْفَ مَالِ جَدِّها الَّذِي قَتَلَهُ عَمُّها ،
 ولها على عَمِّها نِصْفُ دِيَةِ قَتِيلِهِ .

(١٩) في الأصل : (فيصير) .

(٢٠) في ب : (بمبادرته) .

(٢١) في م : (القاتل) .

(٢٢) في م : (لسقوط) .

(٢٣) سقط من : م .

(٢٤) في ب : (من) .

(٢٥) في م : (ابنة) .

فصل : أربعة إخوة ، قتل الأول الثاني ، والثالث الرابع ، فالقصاصُ على الثالث ؛ لأنه لما قتل الرابع ، لم يرثه ، وورثه الأول وحده^(٢٦) ، وقد كان للرابع نصفُ قصاصي الأول ، فرجع نصفُ قصاصه إليه ، فسقط ، ووجب للثالث نصفُ الدية ، وكان للأول قتل الثالث ؛ لأنه لم يرث من دم نفسه شيئاً ، فإن قتلَهُ ، ورثه في ظاهر المذهب ، ويرث ما يرثه عن أخيه الثاني / ، وإن عفا عنه إلى الدية ، وجبت عليه بكاملها يُقاصه بِنصفها . وإن كان لهما ورثة ، كان فيها من التفصيل مثل^(٢٧) الذي في^(٢٧) التي قبلها .

١٩/٩

١٤٢٧ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْتَلُ الْوَالِدُ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا)

هذا قولُ عامةِ أهلِ العلمِ ؛ منهم مالكٌ ، والشافعيُّ ، وإسحاقٌ ، وأصحابُ الرُّأيِ . وحكى أصحابنا عن أحمد ، روايةً ثانيةً ، أنَّ الابنَ لا يُقتلُ بأبيه ؛ لأنه ممن لا تُقبلُ شهادتهُ له بحقِّ النسبِ ، فلا يُقتلُ به ، كالأب مع ابنه . والمذهبُ أنَّه يُقتلُ به ؛ للآياتِ ، والأخبارِ ، وموافقةِ القياسِ ، ولأنَّ الأبَ أعظمُ حرمةً وحقاً من الأجنبيِّ ، فإذا قُتِلَ بالأجنبيِّ ، فبالأبِ أولى ، ولأنَّه يُحدُّ بقذفه ، فيقتلُ به ، كالأجنبيِّ . ولا يصحُّ قياسُ الابنِ على الأبِ ؛ لأنَّ حرمةَ الوالدِ على الولدِ آكدُ ، والابنُ مُضافٌ إلى أبيه بلام التَّمليكَ ، بخلافِ^(١) الوالدِ مع الولدِ . وقد ذكر أصحابنا حديثين مُتعارضين عن سُرَاقَةَ ، عن النبيِّ ﷺ ؛ أحدهما ، أنَّه قال : « لَا يُقَادُ الْأَبُ مِنْ ابْنِهِ ، وَلَا الْابْنُ مِنْ أَبِيهِ » . والثاني أنَّه كان يُقيدُ الأبَ مِنْ ابْنِهِ ، ولا يُقيدُ الابنَ مِنْ أَبِيهِ . رواه الترمذِيُّ^(٢) . وهذان الحديثان ؛^(٣) الحديثُ الأوَّلُ لا نَعْرِفه ، ولم نَجِدْهُ في كُتُبِ السُّنَنِ المشهورةِ ، ولا أظُنُّ له

(٢٦) سقط من : م .

(٢٧-٢٧) سقط من : ب .

(١-١) في ب : « الولد مع الوالد » .

(٢) سقط من : الأصل . وأخرجه الترمذى ، في : باب ماجاء في الرجل يقتل ابنه يقاد منه أم لا ، من أبواب الدييات . عارضة الأحوذى ١٧٤/٦ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والدييات وغيره . سنن الدارقطني ١٤٢/٣ .

(٣) في م زيادة : « أما » .

أصلاً ، وإن كان له أصلٌ فهما متعارضان مُتدافِعان ، يجبُ اطْرَاحُهُما ، والعملُ
بالنُّصُوصِ الواضِحَةِ الثَّابِتَةِ ، والإجماعُ الذي لا تجوزُ مخالفتُهُ .

١٤٢٨ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْتَلُ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ)

وجملته أن الجماعة إذا قتلوا واحداً ، فعلى كل واحدٍ منهم القصاصُ ، إذا كان كلُّ (١)
واحدٍ منهم لو انفردَ يَفْعَلُهُ وَجِبَ عَلَيْهِ القصاصُ . رَوَى ذلك عن عمرَ ، وعليّ ، والمُغِيرَةَ
ابن شُعْبَةَ ، وابن عباس . وبه قال سعيد بن المُسَيَّبِ ، والحسنُ ، وأبو سَلَمَةَ ، وعطاءُ ،
وقَتَادَةُ . وهو مذهبُ مالكٍ ، والثَّوْرِيِّ ، والأَوْزَاعِيِّ ، والشافِعِيِّ ، وإسحاقَ ، وأبي ثَوْرٍ
وأصحابِ الرَّأْيِ . (٢) وَحَكَى عن أحمدٍ روايةً أُخْرَى ، لا يُقْتَلُونَ به ، وتجبُ عليهم
الدِّيَةُ . وهذا قولُ ابنِ الزُّبَيْرِ ، والزُّهْرِيِّ ، وابنِ سَيْرِينَ ، وحَبِيبِ بنِ أُنَيْسٍ ، وعبدِ
الملكِ ، وربيعَةَ ، وداودَ ، وابنِ المُنْذِرِ . / وحكاها ابنُ موسى عن ابنِ عَبَّاسٍ . وَرَوَى
عن مُعَاذِ بنِ جَبَلٍ ، وابنِ الزُّبَيْرِ ، وابنِ سَيْرِينَ ، والزُّهْرِيِّ ، أَنَّهُ يُقْتَلُ مِنْهُمْ وَاحِدٌ ، وَيُؤْخَذُ
مِنَ الْبَاقِينَ حِصْصَتُهُمْ مِنَ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ مُكَافِيٌّ لَهُ ، فَلَا تُسْتَوْفَى أَبْدَالٌ
بِمُبَدَلٍ وَاحِدٍ ، كَمَا لَا تَجِبُ دِيَاةٌ لِمَقْتُولٍ وَاحِدٍ ، وَلِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ الْحُرُّ
بِالْحُرِّ ﴾ (٣) . وَقَالَ : ﴿ وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ (٤) . فَمُقْتَضَاهُ أَنَّهُ لَا
يُؤْخَذُ بِالنَّفْسِ أَكْثَرَ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ ، وَلِأَنَّ التَّفَاوُتَ فِي الْأَوْصَافِ يَمْنَعُ ، بِدَلِيلِ أَنَّ الْحُرَّ
لَا يُؤْخَذُ بِالْعَبِيدِ ، وَالتَّفَاوُتُ فِي الْعَدَدِ أَوْلَى . قَالَ ابْنُ الْمُنْذِرِ : لَا حُجَّةَ مَعَ مَنْ أَوْجَبَ
قَتْلَ جَمَاعَةٍ بِوَاحِدٍ . وَلَنَا ، إِجْمَاعُ الصَّحَابَةِ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ ، رَوَى سَعِيدُ بنِ
المُسَيَّبِ ، أَنَّ عَمَرَ بنَ الحَطَّابِ ، قَتَلَ سَبْعَةً مِنْ أَهْلِ صَنْعَاءَ قَتَلُوا رَجُلًا ،

١٩/٩ ظ

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢-٣) في الأصل ، ب : « وعن » .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

وقال : لو تَمَّأَ عليه أهل صنعاء لقتلُهم جميعاً^(٥) . وعن علي رضي الله عنه ، أَنَّهُ قَتَلَ ثلاثة قتلوا رجلاً^(٦) . وعن ابن عباس أَنَّهُ قَتَلَ جماعةً بواحد^(٧) ، ولم يُعرف لهم في عصرهم مخالِفٌ ، فكان إجماعاً ، ولأنها عقوبة تجب^(٨) للواحد على الواحد ، فوجبَت للواحد^(٩) على الجماعة ، كحدِّ القَذْفِ . ويُفارقُ الدِّيَةَ ، فإنها تتبعضُ ، والقصاصُ لا يتبعضُ ، ولأنَّ القصاصَ لو سقطَ بالاشتراكِ ، أدَّى إلى التسارعِ إلى القتلِ به ، فيؤدِّي إلى إسقاطِ حِكْمَةِ الرَّدْعِ والزَّجْرِ .

فصل : ولا يُعتبرُ في وجوبِ القصاصِ على المُشترَكينِ التَّساويَ في سببِهِ ، فلو جرحَهُ رجلٌ جرحاً والآخَرُ مائةً ، أو جرحَهُ أحدهما مُوضِحَةً والآخَرُ أُمَّةً ، أو أحدهما جائفَةً والآخَرُ غيرَ جائفَةٍ ، فمات ، كانا سواءً في القصاصِ والدِّيَةِ ؛ لأنَّ اعتبارَ التَّساويِ يُفضي إلى سُقوطِ القصاصِ عن المُشترَكينِ ، إذ لا يكادُ جرحانِ يتساويانِ من كلِّ وَجِهٍ ، ولو احتَمَلَ التَّساويَ لم يُثبِتِ الحُكْمُ ؛ لأنَّ الشرطَ يُعتبرُ العِلْمُ بوجودِهِ ، ولا يُكتفى باحتمالِ الوُجودِ ، بل الجهلُ بوجودِهِ كالعلمِ بَعَدَمِهِ في انتفاءِ الحُكْمِ ، ولأنَّ الجرحَ الواحدَ يَحتمِلُ أن يموتَ منه دون المائةِ ، كما يَحتمِلُ أن يموتَ من المُوضِحَةِ دونَ الأُمَّةِ ، ومن غيرِ الجائفَةِ / دونِ الجائفَةِ ، ولأنَّ الجراحَ إذا صارت نفساً سقطَ اعتبارُها ، فكان حُكْمُ الجماعةِ كحُكْمِ الواحدِ ، ألا ترى أَنَّهُ لو قَطَعَ أطرافَهُ كُلِّها فمات ، وجبَت دِيَةٌ واحدةٌ ، كما لو قَطَعَ طرفَهُ فمات .

فصل : إذا اشترَكَ ثلاثةٌ في قتلِ رَجُلٍ ، فَقَطَعَ أحدهم يَدَهُ ، والآخَرُ رِجْلَهُ ، وأوضَحَهُ الثالثُ ، فمات ، فللوليِّ قتلُ جميعِهِم ، والعفو عنهم إلى الدِّيَةِ ، فيأخذُ من كلِّ واحدٍ ثلثَها ، وله أن يعفوَ عن واحدٍ ، فيأخذُ منه ثلثَ الدِّيَةِ ، ويقتلُ الآخَرينِ ، وله أن يعفوَ عن اثنينِ ، فيأخذُ منهما ثلثي الدِّيَةِ ، ويقتلُ الثالثَ ، فإن برأت

(٥) تقدم تخريجه في صفحة ٤٦١ .

(٦) انظر لحديث علي ما أخرجه ابن أبي شيبة ، في : المصنف ٣٤٨/٩ . ولحديث ابن عباس انظر ما أخرجه عبد

الرزاق ، في : المصنف ٤٧٩/٩ .

(٧-٧) سقط من : ب . نقل نظر .

جراحةُ أَحَدِهِمْ ، ومات من الجُرْحَيْنِ الْآخَرَيْنِ ، فله أن يَقْتَصَّ من الذي بَرَّأ جُرْحَهُ بمثل جُرْحِهِ ، وَيَقْتُلَ الْآخَرَيْنِ ، أو يأخذُ مِنْهُمَا دِيَّةً كَامِلَةً ، أو يَقْتُلَ أَحَدَهُمَا وَيَأْخُذَ مِنَ الْآخَرِ نِصْفَ الدِّيَّةِ ، وله أن يَغْفُوَ عن الذي بَرَّأ جُرْحَهُ ، وَيَأْخُذَ مِنْهُ دِيَّةَ جُرْحِهِ . فإن ادَّعَى الْمَوْضِحُ أَنَّ جُرْحَهُ بَرَّأ قَبْلَ مَوْتِهِ ، وَكَذَّبَهُ شَرِيكَاهُ ، نَظَرَتْ فِي الْوَلِيِّ ، فإن صَدَّقَهُ ثَبَتَ حَكْمُ الْبُرِّءِ بِالنِّسْبَةِ إِلَيْهِ ، فلا يَمْلِكُ قَتْلَهُ ، ولا مُطَابَلَتَهُ بِثُلْثِ الدِّيَّةِ ، وله أن يَقْتَصَّ مِنْهُ مُوضِحَةً ، أو يأخذُ مِنْهُ أَرْضَهَا ، ولم يَقْبَلْ قَوْلُهُ فِي حَقِّ شَرِيكَيْهِ^(٨) ؛ لِأَنَّ الْأَصْلَ عَدَمُ الْبُرِّءِ فِيهَا ، لكن إن اخْتَارَ الْوَلِيُّ الْقِصَاصَ ، فلا فائدةَ لهما في إنكارِ ذلك ؛ لِأَنَّ لَهُ أَنْ يَقْتُلَهُمَا ، سِوَاءَ بَرَّأَتْ أَوْ لَمْ تَبْرَأْ . وإن اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، لم يَلْزِمُهُمَا أَكْثَرُ مِنْ ثُلْثَيْهَا . وإن كَذَّبَهُ الْوَلِيُّ ، حَلَفَ ، وله الْاِقْتِصَاصُ مِنْهُ ، أو مُطَابَلَتَهُ بِثُلْثِ الدِّيَّةِ ، ولم يَكُنْ لَهُ مُطَابَلَةُ شَرِيكَيْهِ^(٩) بِأَكْثَرِ مِنْ ثُلْثَيْهَا^(٩) . فإن شَهِدَ لَهُ شَرِيكَاهُ بِبُرِّئِهَا ، لَزِمَهُمَا الدِّيَّةُ كَامِلَةً ؛ لِإِقْرَارِهِمَا بِوُجُوبِهَا ، وَلِلْوَلِيِّ اخْتِذَافُهَا مِنْهُمَا إِنْ صَدَّقَهُمَا ، وَإِنْ لَمْ يُصَدِّقْهُمَا ، وَعَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، لم يَكُنْ لَهُ أَكْثَرُ مِنْ ثُلْثَيْهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَدَّعِي أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ . وَتُقْبَلُ شَهَادَتُهُمَا لَهُ ، إِنْ كَانَا قَد تَابَا وَعُدُّلَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَا يَجُزَّانِ إِلَى أَنْفُسِهِمَا بِذَلِكَ نَفْعًا ، فَيَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنْهُ ، وَلَا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ مِنْ أَرْضِ مُوضِحَةٍ .

فصل : إِذَا قَطَعَ رَجُلٌ يَدَهُ مِنَ الْكُوعِ ، ثُمَّ قَطَعَهَا آخَرُ مِنَ الْمَرْفِقِ ، ثُمَّ مَاتَ ، نَظَرَتْ ؛ فَإِنْ كَانَتْ جِرَاحَةُ الْأَوَّلِ بَرَّأَتْ قَبْلَ / قَطْعِ الثَّانِي ، فَالثَّانِي هُوَ الْقَاتِلُ وَحْدَهُ ، وَعَلِيهِ الْقَوْدُ ، أَوْ الدِّيَّةُ كَامِلَةً ، إِنْ عَفَا عَنْ قَتْلِهِ ، وَهُوَ قَطَعَ يَدَ الْأَوَّلِ ، أَوْ نِصْفُ^(١٠) الدِّيَّةِ ، وَإِنْ لَمْ تَبْرَأْ ، فَهُمَا قَاتِلَانِ ، وَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، وَجَبَتْ عَلَيْهِمَا . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : ^(١١) الْقَاتِلُ هُوَ^(١١) الثَّانِي وَحْدَهُ ،

ظ ٢٠/٩

(٨) في ب ، م : « شريكه » .

(٩) في النسخ : « ثلثها » .

(١٠) في الأصل : « ونصف » .

(١١-١١) في م : « هو القاتل » .

ولا قِصاصَ على الأول في النفس ؛ لأنَّ قَطْعَ الثاني قَطْعَ سِرَايَةٍ ، قَطَعَهُ ومات بعد زوالِ جِنَائَتِهِ ، فأشْبَهَ مَالُو ائِدْمَل جُرْحُهُ . وقال مالك : إن قَطَعَهُ الثاني عَقِيبَ قَطْعِ الأول ، قَتِلَا جَمِيعًا ، وإن عاش بعد قَطْعِ الأول حتى أَكَلَ وشَرِبَ ، ومات عَقِيبَ قَطْعِ الثاني ، فالثاني هو القاتلُ وحده ، وإن عاش بعدهما حتى أَكَلَ وشَرِبَ ، فللأولياء أن يُقَسِمُوا على أَيِّهِمَا شَاءُوا وَيَقْتُلُوهُ . ولنا ، أَنَّهُمَا قَطَعَانِ لو مات بعد كُلِّ واحدٍ منهما وحده ، لَوَجِبَ عليه القِصاصُ ، فإذا مات بعدهما ، وَجِبَ عليهما القِصاصُ ، كما لو كان في يَدَيْنِ ، ولأنَّ القَطْعَ الثاني لا يَمْنَعُ جِنَائَتَهُ بعده ، فلا يَسْقُطُ حُكْمُ ما قبله ، كما لو كان في يَدَيْنِ ، ولا نُسَلِّمُ زَوَالَ جِنَائَتِهِ ، ولا قَطْعَ سِرَايَتِهِ ، فإنَّ الأَلَمَ الحاصِلَ بالقَطْعِ الأول لم يَزُلْ ، وإنَّما انْتَضَمَ إليه الأَلَمُ الثاني ، فَضَعَفَتِ^(١٢) النَّفْسُ عن احْتِمَالِهما^(١٣) ، فَزَهَقَتْ بهما ، فكان^(١٤) القَتْلُ بهما . ويُخَالِفُ ائِدْمَالُ ؛ فَإِنَّهُ لا يَبْقَى معه الأَلَمُ الذي حَصَلَ في الأَعْضَاءِ الشَّرِيفَةِ ، فاختَلَفَا . فإن ادَّعى الأولُ أن جُرْحَهُ ائِدْمَلُ ، فَصَدَّقَهُ الولِيُّ ، سَقَطَ عنه القَتْلُ ، وَلَزِمَهُ القِصاصُ في اليَدِ أو نَصِفِ الدِّيَةِ ، وإن كَذَبَهُ شَرِيكُهُ ، واختارَ الولِيُّ القِصاصَ ، فلا فائِدَةٌ له في تَكْذِيبِهِ ؛ لأنَّ قَتْلَهُ واجبٌ ، وإن عَفَا عنه إلى الدِّيَةِ ، فالقولُ قولُهُ مع يَمِينِهِ ، ولا يَلْزِمُهُ أَكْثَرُ من نَصِفِ الدِّيَةِ . وإن كَذَّبَ الولِيُّ الأولُ ، حَلَفَ ، وكان له قَتْلُهُ ؛ لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُ ما ادَّعاه . ولو ادَّعى الثاني ائِدْمَالُ جُرْحَهُ ، فالحُكْمُ فيه كالحُكْمِ في الأول إذا ادَّعى ذلك .

١٤٢٩ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَطَعُوا يَدًا^(١) ، قَطَعَتْ نَظِيرَتُهَا مِنْ / كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُم)

وجملته أن الجماعة إذا اشتتركوا في جرح موجب للقصاص ، وجب القصاص على

(١٢) في الأصل : « فضعت » .

(١٣) في ب ، م ، « احتمالها » .

(١٤) في م : « فكل » .

(١) في ب ، م ، « بها » .

جميعهم . وبه قال مالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو ثور . وقال الحسن ،
والزهري ، والثوري ، وأصحاب الرأي ، وابن المنذر : لا تُقَطَّعُ يَدَانِ بِيَدٍ وَاحِدَةٍ .
ويتعين ذلك وجهًا في مذهب أحمد ؛ لأنه روي عنه أن الجماعة لا يُقْتَلُونَ بالواحد . وهذا
تنبية على أن الأطراف لا تؤخذ بطرف واحد ؛ لأن الأطراف يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِيهَا ، بِدَلِيلِ أَنَا
لَا نَأْخُذُ الصَّحِيحَةَ بِالشَّلَاءِ ، وَلَا كَامِلَةَ الْأَصَابِعِ بِنَاقِصَتِهَا ، وَلَا أَصْلِيَّةَ بَزَائِدَةٍ ، وَلَا زَائِدَةَ
بَأَصْلِيَّةٍ ، وَلَا يَمِينًا بِيسارٍ ، وَلَا يسارًا بِيمينٍ ، وَلَا نُسَاوِي بَيْنَ الطَّرْفِ وَالْأَطْرَافِ ،
فَوَجَبَ امْتِنَاعُ الْقِصَاصِ بَيْنَهُمَا ، وَلَا يُعْتَبَرُ التَّسَاوِي فِي النَّفْسِ ، فَإِنَّا نَأْخُذُ الصَّحِيحَ
بِالْمَرِيضِ^(٢) ، وَصَحِيحَ الْأَطْرَافِ بِمَقْطُوعِهَا وَأَشْلُهَا ، وَلأنَّهُ يُعْتَبَرُ فِي الْقِصَاصِ فِي
الْأَطْرَافِ التَّسَاوِي فِي نَفْسِ الْقَطْعِ ، بِحَيْثُ لَوْ قَطَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْ جَانِبٍ ، لَمْ يَجِبِ
الْقِصَاصُ ، بِخِلَافِ النَّفْسِ ، وَلأنَّ الْأَشْتِرَاكَ الْمُوجِبَ لِلْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ يَقَعُ كَثِيرًا ،
فَوَجَبَ الْقِصَاصُ زَجْرًا عَنْهُ ، كَيْلَا يُتَّخَذَ وَسِيلَةً إِلَى كَثْرَةِ الْقَتْلِ ، وَالْأَشْتِرَاكَ الْمُخْتَلَفَ
فِيهِ لَا يَقَعُ إِلَّا فِي غَايَةِ التُّدْرَةِ ، فَلَا حَاجَةَ إِلَى الزَّجْرِ عَنْهُ ، وَلأنَّ إِيْجَابَ الْقِصَاصِ عَلَى
الْمُشْتَرِكِينَ فِي النَّفْسِ يَحْصُلُ بِهِ الزَّجْرُ عَنْ كُلِّ اشْتِرَاكِ ، أَوْ عَنْ^(٣) الْأَشْتِرَاكِ الْمُعْتَادِ ،
وَإِيْجَابُهُ عَلَى^(٤) الْمُشْتَرِكِينَ فِي الطَّرْفِ ، لَا يَحْصُلُ بِهِ الزَّجْرُ عَنْ الْأَشْتِرَاكِ الْمُعْتَادِ ، وَلَا
عَنْ شَيْءٍ مِنَ الْأَشْتِرَاكِ ، إِلَّا عَنْ^(٥) صُورَةٍ نَادِرَةِ الْوُقُوعِ ، بِعِيدَةِ الْوُجُودِ ، يُحْتَاجُ فِي
وُجُودِهَا إِلَى تَكْلُفٍ ، فَإِيْجَابُ الْقِصَاصِ لِلزَّجْرِ عَنْهَا يَكُونُ مَنَعًا لَشَيْءٍ مُمْتَنِعٍ بِنَفْسِهِ
لِصُعُوبَتِهِ ، وَإِطْلَاقًا فِي الْقَطْعِ السَّهْلِ الْمُعْتَادِ بِنَفْيِ الْقِصَاصِ عَنْ فَاعِلِهِ ، وَهَذَا لَا فَائِدَةَ
فِيهِ ، بِخِلَافِ الْأَشْتِرَاكِ فِي النَّفْسِ ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ وَجُوبَ الْقِصَاصِ عَلَى^(٦) الْجَمَاعَةِ بِوَاحِدٍ فِي
النَّفْسِ وَالطَّرْفِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، لَكُونِهِ يَأْخُذُ فِي الْاسْتِيفَاءِ زِيَادَةً عَلَى مَا قَوَّتْ

(٢) في ب : « والمريض » .

(٣) في ب : « وعن » .

(٤) في ب ، م : « عن » .

(٥) في م : « على » .

(٦) في ب : « عن » .

عليه^(٧)، ويُخِلُّ بالتماتلِ المنصوصِ على النهيِ عما عداه ، / وإِنَّمَا تُحْلِفُ هَذَا الْأَصْلُ فِي الْأَنْفُسِ ، زَجْرًا عَنِ الْإِشْتِرَاكِ الَّذِي يَقَعُ الْقَتْلُ بِهِ غَالِبًا ، ففِيمَا عَدَاهُ يَجِبُ الْبَقَاءُ عَلَى أَصْلِ التَّحْرِيمِ ، وَلِأَنَّ النَّفْسَ أَشْرَفَ مِنَ الطَّرْفِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنَ الْمُحَافَظَةِ عَلَيْهَا بِأَخِذِ الْجَمَاعَةِ بِالْوَاحِدِ ، الْمُحَافَظَةُ عَلَى مَا دُونِهَا بِذَلِكَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى أَنَّ شَاهِدَيْنِ شَهِدَا عِنْدَ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، عَلَى رَجُلٍ بِالسَّرِقَةِ ، فَقَطَعَ يَدَهُ ، ثُمَّ جَاءَا بآخَرَ ، فَقَالَ^(٨) : هَذَا هُوَ السَّارِقُ ، وَأَخْطَأْنَا فِي الْأَوَّلِ . فَرَدَّ شَهَادَتَهُمَا عَلَى الثَّانِي ، وَعَرَمَهُمَا دِيَّةَ يَدٍ^(٩) الْأَوَّلِ ، وَقَالَ : لَوْ عَلِمْتُ أَنَّكُمَا تَعَمَّدْتُمَا ، لَقَطَعْتُكُمَا^(١٠) . فَأَخْبَرَ أَنَّ الْقِصَاصَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا لَوْ تَعَمَّدَا قَطَعَ يَدٍ^(١١) وَاحِدَةً . وَلِأَنَّهُ أَحَدُ نَوْعِي الْقِصَاصِ ، فَتَوَخَّضَ الْجَمَاعَةُ بِالْوَاحِدِ كَالْأَنْفُسِ ، وَأَمَّا اعْتِبَارُ التَّسَاوِيِ ، فَمِثْلُهُ فِي الْأَنْفُسِ ، فَإِنَّمَا نَعْتَبِرُ التَّسَاوِيِ فِيهَا ، فَلَا نَأْخُذُ مُسْلِمًا بِكَافِرٍ ، وَلَا حُرًّا بِعَبْدٍ ، وَأَمَّا أَخْذُ صَحِيحِ الْأَطْرَافِ بِمَقْطُوعِهَا ، فَلِأَنَّ الطَّرْفَ لَيْسَ هُوَ^(١٢) مِنَ النَّفْسِ الْمُقْتَصِّ^(١٣) مِنْهَا ، وَإِنَّمَا يَفُوتُ تَبَعًا ، وَلِذَلِكَ كَانَتْ دِيَّتُهُمَا^(١٤) وَاحِدَةً ، بِخِلَافِ الْيَدِ النَّاقِصَةِ وَالشَّلَاءِ مَعَ الصَّحِيحَةِ ، فَإِنَّ دِيَّتَهُمَا^(١٥) مُخْتَلِفَةٌ . وَأَمَّا اعْتِبَارُ التَّسَاوِيِ فِي الْفِعْلِ ، فَإِنَّمَا اعْتَبِرَ فِي الْيَدِ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهَا بِالْقَطْعِ ، فَإِذَا قَطَعَ كُلُّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا^(١٦) مِنْ جَانِبٍ ، كَانَ فِعْلُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا مُتَمَيِّزًا عَنِ فِعْلِ صَاحِبِهِ ، فَلَا يَجِبُ عَلَى إِنْسَانٍ قَطْعُ مَحَلٍّ لَمْ يَقْطَعْ مِثْلَهُ ، وَأَمَّا النَّفْسُ ، فَلَا يُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهَا بِالْفِعْلِ ، وَإِنَّمَا أَفْعَالُهُمْ فِي الْبَدَنِ ، فَيُفْضَى أَلَمُهُ إِلَيْهَا فَتَزْهَقُ ، وَلَا يَتَمَيِّزُ أَلَمُ فِعْلِ أَحَدِهِمَا مِنْ أَلَمِ فِعْلِ الْآخَرِ ، فَكَانَا كَالْقَاطِعَيْنِ فِي مَحَلٍّ وَاحِدٍ ،

(٧) فِي ب : « عِلْمُهُ » .

(٨) فِي م : « فَقَالَ » .

(٩) سَقَطَ مِنْ : م .

(١٠) تَقَدَّمَ تَخْرِيجُهُ ، فِي صَفْحَةِ ٤٥٦ .

(١١) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ ، ب .

(١٢) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٣) فِي ب : « دِيَّتِهَا » .

(١٤) فِي م : « مِنْهَا » .

ولذلك^(١٥) لا يُستوفى من الطَّرْفِ إِلَّا في المَفْصِلِ الذي قَطَعَ الجاني منه ، ولا يجوزُ تَجَاوُزُهُ ، وفي النَّفْسِ لو قَتَلَهُ بِجُرْحٍ في بَطْنِهِ أو جَنْبِهِ أو غير ذلك ، كان الاستيفاءُ من العُنُقِ دون المَحَلِّ الذي وَقَعَتِ الجَنَايَةُ فيه . إذا ثَبَتَ هذا ، فَإِنَّمَا يَجِبُ القِصَاصُ على المُشْتَرِكِينَ في الطَّرْفِ ، إذا اشترَكُوا فيه على وَجْهِ لا يَتَمَيَّزُ فِعْلُ أَحَدِهِم عن فِعْلِ الأَخرِ ؛ إِمَّا بَأَن يَشْهَدُوا عليه بما يُوجِبُ قَطْعَهُ ، فيُقَطَّعُ ، ثم يَرِجَعُونَ عن الشَّهادَةِ ، أو يُكْرِهُوا إِنسانًا على قَطْعِ طَرَفٍ ، فيَجِبُ قَطْعُ المُكْرَهِينَ كُلِّهِم والمُكْرَه ، أو يُلقُوا صَخْرَةً على طَرَفِ إِنسانٍ ، فيُقَطَّعَهُ ، أو يَقْطَعُوا يَدًا ، أو يَقْلَعُوا عَيْنًا ، بِضَرْبَةٍ واحدةٍ ، أو يَضَعُوا حَديدَةً على / مَفْصِلٍ ، ويتَحامَلُوا عليها جميعًا ، أو يَمُدُّوها ، فتَبِينُ ، فإن قَطَعَ كُلُّ واحدٍ منهم من جانبٍ ، أو قَطَعَ أَحَدُهُم بعضَ المَفْصِلِ ، وأتَمَّهُ غيرُهُ ، أو ضَرَبَ كُلُّ واحدٍ ضَرْبَةً ، أو وَضَعُوا مَنشارًا على مَفْصِلِهِ ، ثم مَدَّهُ كُلُّ واحدٍ إليه مَرَّةً^(١٦) حتى بَانتَ اليَدُ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهم^(١٧) لم يَقْطَعِ اليَدَ ، ولم يُشارِكْ في قَطْعِ جَميعِها ، وإن كان فِعْلُ^(١٨) واحدٍ منهم يُمَكِّنُ الاقْتِصاصَ بِمُفْرَدِهِ ، اِقْتَصَّ منه . وهذا مذهبُ الشافعيِّ .

٢٢/٩

١٤٣٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ الأبُّ وَغَيْرُهُ عَمْدًا ، قُتِلَ مِنْ سِوَى الأبِّ)

وهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأبو ثورٍ . وعن أحمدَ ، روايةٌ أُخرى ، لا قِصاصَ على واحدٍ منهما . وهو قولُ أصحابِ الرُّأيِ ؛ لأنَّهُ قَتَلَ تَرَكَبَ من مُوجِبٍ وغيرِ مُوجِبٍ ، فلم يُوجِبْ ، كَقَتْلِ العامِدِ والحَاطِي ، والصَّبِيِّ والبَالِغِ ، والمَجْنُونِ والعَاقِلِ . ولنا ، أَنَّهُ شارِكٌ في القَتْلِ العَمْدِ العُدْوَانِ مِنْ^(١) يُقْتَلُ به لو انْفَرَدَ بِقَتْلِهِ ، فَوَجِبَ عليه القِصاصُ ،

(١٥) في ب : « وكذلك » .

(١٦) في ب زيادة : « مرة » .

(١٧) في ب : « منها » .

(١٨) في الأصل ، م : « قتل » .

(١) في الأصل ، م : « فيمن » .

كشريك الأجنبي ، ولا نُسلم أن فعل الأب غير موجب ؛ فإنه يفتضى الإيجاب لكونه
 تمحص عمداً عدواناً ، والجناية به أعظم إنمأ ، وأكثر جرماً ، ولذلك خصه الله تعالى
 بالتهبي عنه ، فقال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ ﴾ . ثم قال : ﴿ إِنْ قَتَلْتُمْ كَانَ خَطِيئَةً
 كَبِيرًا ﴾ ^(٢) . ولما سُئل النبي ﷺ عن أعظم الذنب ، قال : « أَنْ تَحْعَلَ لِلَّهِ نِدَاءً وَهُوَ
 خَلَقَكَ ، ثُمَّ أَنْ تَقْتُلَ وَذَلِكَ خَشِيَّةٌ أَنْ يَطْعَمَ مَعَكَ » ^(٣) . فجعله أعظم الذنوب بعد
 الشرك ، ولأنه قطع الرحمة التي أمر الله تعالى بصليتها ، ووضع الإساءة موضع
 الإحسان ، فهو أولى بإيجاب العقوبة والزجر عنه ، وإنما امتنع الوجوب في حق الأب
 لمعنى مختص بالمحل ، لا لقصور في السبب الموجب ، فلا يمتنع عمله في المحل
 الذي لا مانع فيه ، وأما شريك الخاطيء ، فلنا فيه منع ، ومع التسليم فامتناع الوجوب فيه
 لقصور السبب عن الإيجاب ، فإن فعل الخاطيء غير موجب للقصاص ، ولا صالح له ،
 والقتل منه ومن شريكه غير متمحص عمداً ؛ لوقوع الخطأ في الفعل الذي حصل به
 زهوق النفس ، بخلاف مسألتنا .

فصل : وكل شريكين امتنع القصاص في حق أحدهما ، لمعنى فيه من غير قصور في
 السبب ، فهو في وجوب القصاص على شريكه / كالأب وشريكه ، مثل أن يشترك
 مسلم وذمى في قتل ^(٤) ذمى ، أو حر وعبيد في قتل ^(٥) عبيد ، عمداً عدواناً ، فإن القصاص لا

٢٢/٩ ظ

(٢) سورة الإسراء ٣١ .

(٣) أخرجه البخاري ، في : باب قول الله تعالى : ﴿ فلا تجعلوا الله أنداداً وأنتم تعلمون ﴾ ، وباب : ﴿ والذين لا يدعون
 مع الله إلهاً آخر ... ﴾ ، من كتاب التفسير ، وفي : باب قتل الولد خشية أن يأكل معه ، من كتاب الأدب ، وفي :
 باب إثم الزناة ، من كتاب الحدود ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ ومن يقتل مؤمناً متعمداً فجزاؤه جهنم ﴾ ، من
 كتاب الديات ، وفي : باب قول الله تعالى : ﴿ فلا تجعلوا الله أنداداً ﴾ ، من كتاب التوحيد . صحيح البخاري
 ٢٢/٦ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ٩/٨ ، ٢٠٤ ، ٢/٩ ، ١٨٦ . ومسلم ، في : باب كون الشرك أقبح الذنوب وبيان
 أعظمها بعده ، من كتاب الإيمان . صحيح مسلم ٩٠/١ ، ٩١ . وأبو داود ، في : باب تعظيم الزنى ، من كتاب
 الطلاق . سنن أبي داود ٥٣٩/١ ، ٥٤٠ . والترمذي ، في : باب ومن سورة الفرقان ، من أبواب التفسير ، عارضة
 الأحوذى ٥٧/١٢ . والنسائي ، في : باب ذكر أعظم الذنب ، من كتاب تحريم الدم . المجتبى ٨٢/٧ ، ٨٣ . والإمام
 أحمد ، في : المسند ٣٨٠/١ ، ٤٣١ ، ٤٣٤ ، ٤٦٢ .

(٤-٤) سقط من : م . نقل نظر .

يَجِبُ عَلَى الْمُسْلِمِ وَالْحُرِّ ، وَيَجِبُ عَلَى الذَّمِيِّ وَالْعَبْدِ ، إِذَا قُلْنَا بِوُجُوبِهِ عَلَى شَرِيكِ الْأَبِ ؛ لِأَنَّ امْتِنَاعَ الْقِصَاصِ عَنِ الْمُسْلِمِ لِاسْلَامِهِ ، وَعَنِ الْحُرِّ لِحُرِّيَّتِهِ ، وَاتْتِفَاءً مُكَافَأَةً الْمَقْتُولِ لَهُ ، وَهَذَا الْمَعْنَى لَا يَتَعَدَّى إِلَى فِعْلِهِ ، وَلَا إِلَى شَرِيكِهِ ، فَلَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ عَنْهُ . وَقَدْ نَقَلَ عَبْدُ اللَّهِ بْنُ أَحْمَدَ ، قَالَ : سَأَلْتُ أَبِي عَنْ حُرٍّ وَعَبْدٍ قَتَلَا عَبْدًا عَمْدًا ، قَالَ : أَمَّا الْحُرُّ فَلَا يُقْتَلُ بِالْعَبْدِ ، وَعَلَى الْحُرِّ نِصْفُ قِيَمَةِ الْعَبْدِ فِي مَالِهِ ، وَالْعَبْدُ إِنْ شَاءَ سَيِّدُهُ أَسْلَمَهُ ، وَإِلَّا فَدَاهُ بِنِصْفِ قِيَمَةِ الْعَبْدِ . وَظَاهِرٌ هَذَا أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَى الْعَبْدِ ، فَيُخْرَجُ مِثْلُ ذَلِكَ فِي كُلِّ قَتْلِ شَارِكٍ فِيهِ مَنْ لَا يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ .

١٤٣١ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَكَ فِي الْقَتْلِ صَبِيٌّ وَمَجْنُونٌ وَبَالِغٌ ، لَمْ يُقْتَلْ وَاحِدٌ مِنْهُمْ ، وَعَلَى الْعَاقِلِ ثُلُثُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ ، وَعَلَى عَاقِلَةِ كُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ثُلُثُ الدِّيَةِ وَعِثْقُ رَقَبَتَيْنِ فِي أَمْوَالِهِمَا ؛ (لِأَنَّ عَمْدَهُمَا حَطًّا))

أَمَّا إِذَا شَارَكَ^(١) فِي الْقَتْلِ مَنْ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ لِمَعْنَى فِي فِعْلِهِ^(٢) ؛ كَالصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ ، فَالصَّحِيحُ فِي الْمَذْهَبِ أَنَّهُ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الْحَسَنُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَأَصْحَابُهُ . وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ . وَعَنْ أَحْمَدَ ، رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ الْقَوَدَ يَجِبُ عَلَى الْبَالِغِ الْعَاقِلِ . حَكَاهَا ابْنُ^(٤) الْمُنْذِرِ عَنْ أَحْمَدَ . وَحِكَايَ ذَلِكَ عَنْ مَالِكٍ . وَهُوَ الْقَوْلُ الثَّانِي لِلشَّافِعِيِّ . وَرُوِيَ ذَلِكَ عَنْ قَتَادَةَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَحَمَّادٍ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ عَقُوبَةٌ تَجِبُ عَلَيْهِ جَزَاءً لِفِعْلِهِ ، فَمَتَى كَانَ فِعْلُهُ عَمْدًا عُدْوَانًا ، وَجَبَ الْقِصَاصُ عَلَيْهِ ، وَلَا نَظَرَ^(٥) إِلَى فِعْلِ شَرِيكِهِ بِحَالٍ ، وَلِأَنَّهُ شَارِكٌ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا عُدْوَانًا ، فَوَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَشَرِيكِ الْأَجْنَبِيِّ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ الْإِنْسَانَ إِنَّمَا

(١-١) سقط من : الأصل ، ب . وسيأتي التنصيص عليه خلال الشرح .

(٢) في الأصل ، م : « شاركوا » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) سقط من : م .

(٥) في م : « نظر » .

يُؤَاخِذُ^(٦) بِفِعْلِهِ لَا يَفْعَلُ غَيْرِهِ . فعلى هذا ، يُعْتَبَرُ فِعْلُ الشَّرِيكِ مُنْفَرِدًا ، فَمَتَى تَمَحَّضَ عَمْدًا عُدْوَانًا ، وَكَانَ الْمَقْتُولُ مُكَافَأًا لَهُ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ . وَبَنَى الشَّافِعِيُّ قَوْلَهُ عَلَى أَنَّ فِعْلَ الصَّبِيِّ وَالْمَجْنُونِ إِذَا تَعَمَّدَاهُ عَمْدٌ ؛ لِأَنَّهُمَا يَقْصِدَانِ الْقَتْلَ ، وَإِنَّمَا سُقُوطُ الْقِصَاصِ عَنْهُمَا لِمَعْنَى فِيهِمَا ، وَهُوَ عَدَمُ التَّكْلِيفِ ، فَلَمْ يَقْتَضِ سُقُوطُهُ / عَنْ شَرِيكِهِمَا ، كَالْأَبْوَةِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ شَارَكَ مَنْ لَا مَأْتَمَ عَلَيْهِ فِي فِعْلِهِ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ قِصَاصٌ ، كَشَرِيكِ الْخَاطِئِ ، وَلِأَنَّ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ لَا قَصْدَ لِهَما صَحِيحٌ ، وَهَذَا لَا يَصِحُّ إِقْرَارُهُمَا ، فَكَانَ حُكْمُ فِعْلِهِمَا حُكْمَ الْخَطِيءِ ، وَهَذَا مَعْنَى قَوْلِ الْخِرَقِيِّ : عَمْدُهُمَا خَطَأٌ .

أَمَى فِي حُكْمِ الْخَطِيءِ فِي انْتِفَاءِ الْقِصَاصِ عَنْهُ^(٧) ، وَمِقْدَارِ^(٨) دِيَّتِهِ ، وَحَمْلِ عَاقِلَتَيْهِمَا إِيَّاهَا ، وَوُجُوبِ الْكَفَّارَةِ . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَإِنَّ الدِّيَّةَ تَجِبُ عَلَيْهِمُ اثْنَلَاثًا ، عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ ثُلُثًا ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ بَدَلُ الْمَحَلِّ ، وَلِذَلِكَ اخْتَلَفَتْ بِاخْتِلَافِهِ ، وَالْمَحَلُّ الْمُتَلَفُّ وَاحِدٌ ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ وَاحِدَةً ، وَلِأَنَّهَا تَتَقَدَّرُ بِقَدْرِهِ ، أَمَّا الْقِصَاصُ ، فَإِنَّمَا كَمَلَ فِي كُلِّ وَاحِدٍ لِأَنَّهُ جَزَاءُ الْفِعْلِ ، وَأَفْعَالُهُمْ مُتَعَدَّدَةٌ ، فَتَعَدَّدَ^(٩) فِي حَقِّهِمْ ، وَكَمَلَ فِي حَقِّ كُلِّ وَاحِدٍ ، كَمَا لَوْ قَدَفَ جَمَاعَةٌ وَاحِدًا ، إِلَّا أَنَّ الثُّلْثَ الْوَاجِبَ عَلَى الْمُكَلَّفِ يَلْزُمُهُ^(١٠) فِي مَالِهِ حَالًا ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُ عَمْدٌ ، وَالْعَاقِلَةُ لَا تَحْمِلُ الْعَمْدَ ، وَمَا يَلْزُمُ الصَّبِيَّ وَالْمَجْنُونَ ، فَعَلَى عَاقِلَتَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ عَمْدَهُمَا خَطَأٌ ، وَالْعَاقِلَةُ تَحْمِلُ جِنَايَةَ الْخَطِيءِ إِذَا بَلَغَتْ ثُلْثَ الدِّيَّةِ ، وَتَكُونُ مُوجَّهَةً عَامًّا ، فَإِنَّ الْوَاجِبَ مَتَى كَانَ ثُلْثُ الدِّيَّةِ ، كَانَ أَجْلُهُ عَامًّا ، وَيَلْزُمُ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْكَفَّارَةَ فِي^(١١) مَالِهِ ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا خَطَأٌ ، وَالْقَاتِلُ الْخَاطِئُ وَالْمُشَارِكُ فِي الْقَتْلِ خَطَأٌ ، يَلْزُمُهُ كَفَّارَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَا تَجِبُ بَدَلًا عَنِ الْمَحَلِّ ، وَهَذَا لَمْ تَحْتَلِفْ ، وَإِنَّمَا

(٦) فِي ب ، م : « يُؤَاخِذُ » .

(٧) فِي م : « عِنْدَ » .

(٨) فِي م : « وَمِقْدَارِ » .

(٩) فِي م : « فَتَعَدَّدَ » .

(١٠) فِي م : « يَلْزُمُ » .

(١١) فِي ب ، م : « فِي » .

وَجَبَتْ تَكْفِيرًا لِلْفِعْلِ ، وَمَحْوًا لِأَثَرِهِ ، فَوَجَبَ ^(١٢) تَكْمِيلُهَا ، كَالْقِصَاصِ .

١٤٣٢ - مسألة ؛ قال : (وَيُقْتَلُ الذَّكَرُ بِالْأُنْثَى ، وَالْأُنْثَى بِالذَّكَرِ)

هذا قول عامة أهل العلم ؛ منهم النخعي ، والشعبي ، والزهرري ، وعمر بن عبد العزيز ، ومالك ، وأهل المدينة ، والشافعي ، وإسحاق ، وأصحاب الرأي ، وغيرهم .
وروى عن علي ، رضي الله عنه ، أنه قال : يُقْتَلُ الرَّجُلُ بِالْمَرْأَةِ ، وَيُعْطَى أَوْلَاؤُهُ نِصْفَ الدِّيَةِ . أخرجه سعيد ^(١) . وروى مثل هذا عن أحمد . وحكى ذلك عن الحسن ، وعطاء . وحكى عنهما مثل قول الجماعة . ولعل من ذهب إلى القول الثاني يحتج بقول علي ، رضي الله عنه ، ولأن عقلها نصف عقله ، فإذا قتل بها بقي له بقية ، فاستوفيت ممن قتله . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ ﴾ ^(٢) . وقوله : ﴿ الْحُرُّ بِالْحُرِّ ﴾ ^(٣) . مع عموم سائر النصوص ، وقد ثبت أن النبي ﷺ قتل يهودياً راض رأساً جارية من الأنصار ^(٤) . وروى أبو بكر بن محمد بن عمرو بن حزم ، عن أبيه ، عن جده ، أن رسول الله ﷺ كتب إلى أهل اليمن بكتاب فيه الفرائض والأسنان ، وأن الرجل يُقْتَلُ بِالْمَرْأَةِ ^(٥) . وهو كتاب مشهور عند أهل العلم ، متلقى بالقبول عندهم ، ولأنهما شخصان يُحدُّ كل واحد منهما ^(٦) بقذف صاحبه ، فقتل كل واحد منهما بالآخر ،

ظ ٢٣/٩

(١٢) في ب : « فوجبت » .

(١) وأخرجه ابن جرير ، في : تفسير سورة البقرة ، الآية ١٧٨ . تفسير الطبري ١٠٥/٢ .

(٢) سورة المائدة ٤٥ .

(٣) سورة البقرة ١٧٨ .

(٤) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٥) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول ، من كتاب القسامة . المجتبى ٥١/٨ ، ٥٢ .

والدارمي ، في : باب القود بين الرجال والنساء ، من كتاب الدييات . سنن الدارمي ١٨٩/٢ ، ١٩٠ . والحاكم ، في :

كتاب الزكاة . المستدرک ٣٩٥/١ - ٣٩٧ . والبيهقي ، في : باب قتل الرجل بالمرأة ، من كتاب الجنائيات . السنن

الكبرى ٢٨/٨ .

(٦) كذا في النسخ .

كالرَّجُلَيْنِ ، ولا يَجِبُ مع القِصاصِ شيءٌ ؛ لأنَّهُ قِصاصٌ واجبٌ ، فلم يَجِبْ^(٧) معه شيءٌ على المُقتَصِّ ، كسائرِ القِصاصِ ، واختلافُ الأبدالِ لا عِبرةَ به في القِصاصِ ، بدليلِ أنَّ الجماعةَ يُقتلُونَ بالواحدِ ، والنَّصرانيُّ يُؤخَذُ بالمَجوسِيِّ ، مع اختلافِ دينيهِما ، ويؤخَذُ العَبْدُ بالعبيدِ ، مع اختلافِ قيمتيهِما .

فصل : ويُقتلُ كلُّ واحدٍ من الرجلِ والمرأةِ بالْحُنْتِيِّ ، ويُقتلُ بهما ؛ لأنَّهُ لا يَخْلُو من أن يكونَ ذَكَراً أو أنثى .

١٤٣٣ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ كَانَ يَتْنَهُمَا فِي النَّفْسِ قِصاصٌ ، فَهُوَ يَتْنُهُمَا فِي الجِرَاحِ)

وجملته أن كلَّ شَخْصينِ جَرى بينهما القِصاصُ في النَّفْسِ ، جَرى القِصاصُ بينهما في الأطرافِ ، فيقطعُ الحرُّ المسلمُ بالحرِّ المسلمِ ، والعَبْدُ بالعبيدِ ، والذَّمِيُّ بالذَّمِيِّ ، والذَّكَرُ بالأنثى ، والأنثى بالذَّكَرِ ، ويُقطعُ النَّاقِصُ بِالْكَامِلِ ، كالعبيدِ بالحرِّ ، والكافرِ بالمسلمِ . وَمَنْ لا يُقتلُ بِقتلِهِ ، لا يُقطعُ طَرْفَهُ بِطَرْفِهِ ، فلا يُقطعُ مسلمٌ بكافرٍ ، ولا حرٌّ بعبيدٍ ، ولا والدٌ^(١) بوليدٍ . وهذا قال مالكٌ ، والثَّوْرِيُّ ، والشافِعِيُّ ، وأبو ثورٍ ، وإسحاقُ ، وابنُ المُنْذِرِ . وقال^(٢) أبو حنيفةَ : لا قِصاصَ في الطَّرْفِ بين مُختلِفِي البَدَلِ ، فلا يُقطعُ الكاملُ بالناقصِ ، ولا النَّاقِصُ بِالْكَامِلِ ، ولا الرَّجُلُ بالمرأةِ ، ولا المرأةُ بالرجلِ ، ولا الحرُّ بالعبيدِ ، ولا العَبْدُ بالحرِّ^(٣) ، ويُقطعُ المسلمُ بالكافرِ ، والكافرُ بالمسلمِ ؛ لأنَّ التَّكافؤَ مُعتَبَرٌ في الأطرافِ ، بدليلِ أنَّ الصَّحِيحَةَ لا تُؤخَذُ بالشلَّةِ ، ولا الكاملةُ بالنَّاقِصَةِ ، فكذا لا يُؤخَذُ طَرْفُ الرجلِ بِطَرْفِ المرأةِ ، ولا يُؤخَذُ طَرْفُها بِطَرْفِهِ ،

(٧) سقط من : الأصل .

(١) في ب ، م ، د : ولد .

(٢) سقطت الواو من : ب ، م .

(٣) في الأصل ، ازيادة : د ولا العبيد بالعبيد .

كما لا تؤخذ اليسرى باليمنى . ولنا ، أن من جرى بينهما القصاصُ في النفس^(٤) ، جرى^(٥) ، في الطرف ، كالحريين ، وما ذكروه يبطل بالقصاص في النفس ، فإن التكافؤ معتبرٌ ، بدليل أن المسلم لا يقتل بمسئئمن ، ثم يلزمه أن يأخذ / الناقصة الكاملة ؛ لأن المماثلة قد وجدت وزيادةً ، فوجب أخذها بها إذا رضى المستحقُّ ، كما تؤخذ ناقصة الأصابع بكاملة الأصابع ، وأما اليسار واليمين ، فيجريان مجرى النفسين^(٦) ، لاختلاف محلّيهما ، ولهذا استوى بدلُهما ، فعلم أنها ليست ناقصة عنها شرعاً ، ولا العلة فيهما^(٧) ذلك .

١٤٣٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَهُ ، وَأَحَدُهُمَا مُخْطِئٌ ، وَالْآخَرُ مُتَعَمِّدٌ ، فَلَا قَوْلَ عَلَيٍّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَعَلَى الْعَامِدِ نِصْفُ الدِّيَةِ فِي مَالِهِ ، وَعَلَى عَاقِلِهِ الْمُخْطِئِ نِصْفُهَا ، وَعَلَيْهِ فِي مَالِهِ عِتْقُ رَقِيَّةٍ مُؤْمِنَةٍ)

أما المُخْطِئُ ، فلا قِصاصَ عليه ؛ للكتابِ والسنةِ والإجماعِ ، أما الكتابُ فقولُ الله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لِمُؤْمِنٍ أَنْ يَقتُلَ مُؤْمِنًا إِلَّا خَطَأً وَمَنْ قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَأً فَتَحْرِيرُ رَقِيَّةٍ مُؤْمِنَةٍ وَدِيَّةٌ مُسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ ﴾^(١) . وقال تعالى : ﴿ وَلَيْسَ عَلَيْكُمْ جُنَاحٌ فِيمَا أَخْطَأْتُمْ بِهِ ﴾^(٢) . وأما السنةُ ، فقولُ النبيِّ ﷺ : « عَفِيَ لِأُمَّتِي عَنِ الْخَطَا وَالنِّسْيَانِ »^(٣) . وأجمع أهل العلم على أنه لا قِصاصَ عليه ، وأما شريكه فأكثر أهل العلم لا يرون عليه قِصاصاً . وبه قال النحويُّ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرأي . ورؤي عن أحمد ، أن عليه

(٤) سقط من : ب .

(٥) في ب زيادة : « بينهما » .

(٦) في م : « النفس » .

(٧) في ب : « فيها » .

(١) سورة النساء ٩٢ .

(٢) سورة الأحزاب ٥ .

(٣) تقدم تخريجه في : ١٤٦/١ .

الْقِصَاصَ . وحكى ذلك ^(٤) عن مالك ^(٤) ؛ لأنه شارك في القتل عمداً عدواناً ، فوجب عليه القصاص ، كشریک العامد ، ولأنَّ مؤاخذته بفعله ، وفعله عمداً وعدواناً ^(٥) لا عُذْر له فيه . ولنا ، أنه قتل لم يتمحض عمداً ، فلم يوجب القصاص ، كشيء العمد ، وكما لو قتل واحد بجرحين عمداً وخطأً ، ولأنَّ كل واحد من الشريكين مباشرٌ ومُتسببٌ ^(٦) ، فإذا كانا عامدين ، فكل واحد مُتسببٌ إلى فعلٍ موجبٍ للقصاص ، فقام فعل شريكه مقام فعله لتسببه إليه ، وههنا إذا أقمنا المُخطئُ مقام ^(٧) العامد ، صار كأنه قتل بعمدٍ وخطأً ، وهذا غيرٌ موجب .

فصل : وهل يجبُ القصاصُ على شريك نفسه وشريك السبع ؟ فيه وجهان ، ذكرهما أبو عبد الله ابن حامد ، وصورة ذلك ، أن يجرحه سبع ، ويجرحه إنسان عمداً ، إما قبل ذلك أو بعده ، فيموت منهما ، أو يجرح نفسه عمداً ، ثم يجرحه ^(٨) غيره / عمداً ، فيموت منهما ، فهل يجبُ على المُشارك له قِصاصٌ ؟ فيه وجهان . واختلف ^(٩) عن الشافعي فيه . وقال أصحابُ الرأى : لا قِصاصَ عليه ؛ لأنه شارك من لا يجبُ القصاصُ عليه ، فلم يلزمه قِصاصٌ ، كشریک الخاطئ ، ولأنَّ قتلَ تركبٍ من موجبٍ وغيرٍ موجبٍ ، فلم يوجب ، كالقتل الحاصل من عمداً وخطأً ، ولأنَّه إذا لم يجب على شريك الخاطئ وفعله مضمونٌ ، فلأنَّ لا يجبُ على شريك من لا يضمنُ فعله أولى . والوجهُ الثاني ، عليه القصاصُ . وهو قولُ أبي بكرٍ . ورؤى عن أحمد ، أنه قال : إذا جرحه رجلٌ ، ثم جرح الرجل نفسه ، فمات ، فعلى شريكه القصاصُ ؛ لأنه قتل عمداً متمحضٌ ، فوجب القصاصُ على الشريك فيه ، كشریک الأب ، فأما إن جرح الرجل

٢٤/٩ ظ

(٤-٤) سقط من : ب ، م .

(٥) سقطت الواو من : الأصل .

(٦) في ب : « ويتسبب » .

(٧) في الأصل زيادة : « فعل » .

(٨) في م : « يجرحه » .

(٩) أى النقل .

نَفْسَهُ خَطِئًا ، كَأَنَّهُ أَرَادَ ضَرْبَ جَارِحَةٍ ، فَأَصَابَ نَفْسَهُ ، أَوْ خَاطَ جُرْحَهُ ، فَصَادَفَ
اللَّحْمَ الْحَيَّ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى شَرِيكِهِ ، فِي أَصْحَ الْوَجْهَيْنِ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّ عَلَيْهِ
الْقِصَاصَ ، بِنَاءٍ عَلَى الرَّوَاتِبَيْنِ فِي شَرِيكِ الْخَاطِئِ .

فصل : فَإِنْ جَرَحَهُ إِنْسَانٌ ، فَتَدَاوَى بِسُمِّ فَمَاتَ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنْ كَانَ سُمٌّ سَاعِيَةً
يَقْتُلُ^(١٠) فِي الْحَالِ ، فَقَدْ قَتَلَ نَفْسَهُ ، وَقَطَعَ سِرَابِيَةَ الْجُرْحِ ، وَجَرَى مَجْرَى مَنْ ذَبَحَ نَفْسَهُ
بَعْدَ أَنْ جُرِحَ ، وَنَظَرْتُ فِي الْجُرْحِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ، فَلَوْلَيْهِ اسْتِيفَاؤُهُ ، وَإِنْ لَمْ
يَكُنْ مُوجِبًا لَهُ ، فَلَوْلَيْهِ الْأَرْضُ ، وَإِنْ كَانَ السُّمُّ لَا يَقْتُلُ فِي الْغَالِبِ ، وَقَدْ يَقْتُلُ ،
فَفِعْلُ^(١١) الرَّجُلِ فِي نَفْسِهِ عَمْدٌ خَطِئًا ، وَالْحُكْمُ فِي شَرِيكِهِ كَالْحُكْمِ فِي شَرِيكِ الْخَاطِئِ ،
وَإِذَا لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، فَعَلَى الْجَارِحِ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ كَانَ السُّمُّ يَقْتُلُ غَالِبًا بَعْدَ
مُدَّةٍ ، احْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ عَمْدًا خَطِئًا أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَقْصِدِ الْقَتْلَ ، إِنَّمَا قَصَدَ التَّدَاوِيَّ ،
فِيَكُونُ كَالَّذِي قَتَلَهُ ، وَاحْتَمَلَ أَنْ يَكُونَ فِي حُكْمِ الْعَمْدِ ، فَيَكُونُ فِي شَرِيكِهِ الرَّجْهَانِ
الْمَذْكُورَانِ فِي الْفَصْلِ الَّذِي قَبْلَهُ . وَإِنْ جَرَحَ رَجُلٌ ، فَخَاطَ جُرْحَهُ ، أَوْ أَمَرَ غَيْرَهُ فَخَاطَهُ
لَهُ ، وَكَانَ ذَلِكَ مِمَّا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ مَا لَوْ شَرِبَ سُمًّا يَجُوزُ أَنْ يَقْتُلَ ، عَلَى
مَا مَضَى فِيهِ . وَإِنْ خَاطَهُ غَيْرُهُ بِغَيْرِ إِذْنِهِ / كُرْهًا ، فَهَمَا قَاتِلَانِ عَلَيْهِمَا الْقَوْدُ . وَإِنْ
خَاطَهُ وَوَلِيَّهُ ، أَوْ الْإِمَامَ ، وَهُوَ مَمَّنْ لَا وِلَايَةَ عَلَيْهِ ، فَهَمَا كَالْأَجْنَبِيِّ ، وَإِنْ كَانَ لهُمَا عَلَيْهِ
وِلَايَةٌ ، فَلَا قَوْدَ عَلَيْهِمَا ؛ لِأَنَّ فِعْلَهُمَا جَائِزٌ لهُمَا ، إِذْ لهُمَا مُدَاوَاتُهُ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ خَطِئًا .
وَهَلْ عَلَى الْجَارِحِ الْقَوْدُ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، بِنَاءً عَلَى شَرِيكِ الْخَاطِئِ .

و٢٥/٩

١٤٣٥ - مسألة ؛ قال : (وَدِيَّةُ الْعَبْدِ قِيمَتُهُ ، وَإِنْ بَلَغَتْ دِيَاتٍ)

أَجْمَعَ أَهْلَ الْعِلْمِ عَلَى^(١) أَنَّ فِي الْعَبْدِ ، الَّذِي لَا تُبْلَغُ قِيمَتُهُ دِيَّةَ الْحُرِّ ، قِيمَتُهُ . وَإِنْ

(١٠) فِي ب : « يَقْتُلُ » .

(١١) فِي ب ، م : « بِفَعْلٍ » .

(١) سَقَطَ مِنْ : م .

بَلَعَتْ قِيمَتَهُ دِيَّةَ الْحُرِّ أَوْ زَادَتْ عَلَيْهَا ، فَذَهَبَ أَحْمَدُ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، إِلَى أَنْ فِيهِ ^(٢) قِيمَتَهُ ، بِالْعَةِ مَا بَلَعَتْ ، وَإِنْ بَلَعَتْ دِيَّاتٍ ، عَمْدًا كَانَ الْقَتْلُ أَوْ خَطَأً ، سِوَاءَ ضَمِنَ بِالْيَدِ أَوْ بِالْجَنَائَةِ . وَهَذَا قَوْلُ سَعِيدِ بْنِ الْمُسَيَّبِ ، وَالْحَسَنِ ، وَابْنِ سِيرِينَ ، وَعُمَرَ بْنِ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَإِبَاسِ بْنِ مُعَاوِيَةَ ، وَالزُّهْرِيِّ ، وَمَكْحُولِ ، وَمَالِكِ ، وَالْأَوْزَاعِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ، وَأَبِي يَوْسُفَ . وَقَالَ النَّحَّعِيُّ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا تَبْلُغُ بِهِ دِيَّةَ الْحُرِّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَنْقُصُ ^(٣) عَنِ دِيَّةِ الْحُرِّ دِينَارًا ^(٤) ، أَوْ عَشْرَةَ دَرَاهِمَ ، الْقَدْرَ الَّذِي يُقَطَّعُ بِهِ السَّارِقُ ، هَذَا ^(٥) إِذَا ضَمِنَ بِالْجَنَائَةِ ، وَإِنْ ضَمِنَ بِالْيَدِ ، بَأَن يَغْضِبَ عَبْدًا فَيَمُوتَ فِي يَدِهِ ، فَإِنَّ قِيمَتَهُ تَجِبُ وَإِنْ زَادَتْ عَلَى دِيَّةِ الْحُرِّ . وَاحْتَجُّوا بِأَنَّهُ ضَمَانٌ آدَمِيٌّ ، فَلَمْ يَزِدْ عَلَى دِيَّةِ الْحُرِّ ، كَضَمَانِ الْحُرِّ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى لَمَّا أَوْجَبَ فِي الْحُرِّ دِيَّةً لَا تَزِيدُ ، وَهُوَ أَشْرَفُ لِحُلُوهِ ^(٦) مِنْ تَقْيِصَةِ الرَّقِّ ، كَانَ تَثْبِيهًا عَلَى دِيَّةِ ^(٧) الْعَبْدِ الْمَنْقُوصِ لَا يَزِيدُ عَلَيْهَا ، فَتَجْعَلُ مَالِيَّةَ الْعَبْدِ مَعْيَارًا لِلْقَدْرِ الْوَاجِبِ فِيهِ ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى الدِّيَّةِ ، فَإِذَا زَادَ ، عَلِمْنَا خَطَأً ذَلِكَ ، فَتَرُدُّهُ إِلَى دِيَّةِ الْحُرِّ ، كَأَرَشٍ مَا دُونَ الْمُوضِحَةِ ، يَجِبُ فِيهِ مَا تُخْرِجُهُ الْحُكُومَةُ ، مَا لَمْ يَزِدْ عَلَى أَرَشِ الْمُوضِحَةِ ، فَتَرُدُّهُ إِلَيْهَا . وَنَنَا ، أَنَّهُ مَالٌ مُتَقَوِّمٌ ، فَيُضْمَنُ بِكَمَالِ قِيمَتِهِ بِالْعَةِ مَا بَلَعَتْ ، كَالْفَرَسِ ، أَوْ مَضْمُونٍ بِقِيمَتِهِ ، فَكَانَتْ جَمِيعُ الْقِيَمَةِ ، كَمَا لَوْ ضَمِنَهُ بِالْيَدِ ، وَيَخَالَفُ الْحُرَّ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بِمَضْمُونٍ بِالْقِيَمَةِ ، وَإِنَّمَا ضَمِنَ بِمَا قَدَّرَهُ الشَّرْعُ ، فَلَمْ يَتَجَاوِزْهُ ، وَلِأَنَّ ضَمَانَ الْحُرِّ / لَيْسَ بِضَمَانِ مَالٍ ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَخْتَلَفْ بِاخْتِلَافِ صِفَاتِهِ ، وَهَذَا ضَمَانُ مَالٍ ، يَزِيدُ بِزِيَادَةِ الْمَالِيَّةِ ، وَيَنْقُصُ بِنَقْصَانِهَا ، فَاخْتَلَفَا . وَقَدْ حَكَى أَبُو الْخَطَّابِ ، عَنْ أَحْمَدَ ، رَحِمَهُ اللَّهُ ، رِوَايَةً أُخْرَى ، أَنَّهُ لَا يَبْلُغُ بِالْعَبْدِ دِيَّةَ الْحُرِّ . وَالْمَذْهَبُ الْأَوَّلُ .

(٢) سقط من : ب .

(٣) في ب ، م : « يَنْقُصُ » .

(٤) في ب : « دِينَار » .

(٥) في ب ، م : « وَهَذَا » .

(٦) في ب : « لِحُلُوهِ » . وَفِي م : « لِحُلُوصِهِ » .

(٧) في ب : « أَنْ » .

باب القَوْدِ

القَوْدُ : الْقِصَاصُ . وَلَعَلَّهُ إِثْمًا سُمِّيَ بِذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْمُقْتَصَّ مِنْهُ فِي الْعَالِبِ يُقَادُ بِشَيْءٍ يُرْبِطُ فِيهِ أَوْ يَبْدَهُ إِلَى الْقَتْلِ ، فَسُمِّيَ الْقَتْلُ قَوْدًا لِذَلِكَ .

١٤٣٦ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ شَقَّ بَطْنُهُ ، فَأَخْرَجَ حِشْوَتَهُ ، فَقَطَعَهَا ، فَأَبَانَهَا مِنْهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرَ ، فَأَلْقَاتِلُ هُوَ الْأَوَّلُ . وَلَوْ شَقَّ بَطْنَهُ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرَ ، فَالثَّانِي هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّ الْأَوَّلَ لَا يَعِيشُ مِثْلَهُ ، وَالثَّانِي قَدْ يَعِيشُ مِثْلَهُ ^(١))

وجملته أنه إذا جنى عليه اثنان جنائتين ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَتِ الْأُولَى أَخْرَجَتْهُ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، مِثْلَ قَطْعِ حِشْوَتِهِ ، أَى مَا فِي بَطْنِهِ ، وَإِبَانَتِهَا مِنْهُ ، أَوْ ذَبْحِهِ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ الثَّانِي فَالْأَوَّلُ هُوَ الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَبْقَى مَعَ ^(٢) جِنَايَتِهِ حَيَاةً ^(٣) ، وَالْقَوْدُ عَلَيْهِ خَاصَّةٌ ، وَعَلَى الثَّانِي التَّعْزِيرُ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَى مَيِّتٍ . وَإِنْ عَفَا الْوَلِيُّ إِلَى الدِّيَّةِ ، فَهِيَ عَلَى الْأَوَّلِ وَحْدَهُ . وَإِنْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ ^(٤) يَجُوزُ بَقَاءَ الْحَيَاةِ مَعَهُ ^(٥) ، مِثْلَ شَقِّ الْبَطْنِ مِنْ غَيْرِ إِبَانَةِ الْحِشْوَةِ ، أَوْ قَطْعِ طَرْفٍ ، ثُمَّ ضَرَبَ عُنُقَهُ آخَرَ ، فَالثَّانِي هُوَ ^(٦) الْقَاتِلُ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَخْرُجِ الْأَوَّلُ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، فَيَكُونُ الثَّانِي هُوَ الْمُفَوِّتُ لَهَا ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَالدِّيَّةُ كَامِلَةٌ إِنْ عَفَا عَنْهُ . ثُمَّ تَنْظُرُ فِي جُرْحِ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ كَانَ مُوجِبًا لِلْقِصَاصِ ، كَقَطْعِ الطَّرْفِ ، فَالْوَلِيُّ مُخَيَّرٌ بَيْنَ قَطْعِ طَرْفِهِ وَالْعَفْوِ عَلَى ^(٧) دِيَّتِهِ ^(٨) ، أَوْ الْعَفْوِ ^(٩) مُطْلَقًا ، وَإِنْ كَانَ لَا

(١) سقط من : الأصل ، ب .

(٢-٣) في ب : « حياته » .

(٣) سقط من : ب .

(٤) سقط من : الأصل .

(٥) في ب ، م : « عن » .

(٦-٧) سقط من : ب ، م .

يُوجِبُ الْقِصَاصَ ، كَالْجَائِفَةِ وَنَحْوِهَا ، فَعَلِيهِ الْأَرْضُ . وَإِنَّمَا جَعَلْنَا عَلَيْهِ الْقِصَاصَ ؛ لِأَنَّ
 فَعْلَ الثَّانِي قَطَعَ سِرَابِيَةَ جِرَاحِهِ ، فَصَارَ كَالْمُنْدَمِيلِ الَّذِي لَا يَسْرِي . وَهَذَا مَذْهَبُ
 الشَّافِعِيِّ ، وَلَا أَعْلَمُ فِيهِ مَخَالَفًا . وَلَوْ كَانَ جُرْحُ الْأَوَّلِ يُفْضِي إِلَى الْمَوْتِ لَا مَحَالَةَ ، إِلَّا أَنَّهُ
 لَا يَخْرُجُ بِهِ مِنْ حُكْمِ الْحَيَاةِ ، وَتَبَقِيَ مَعَهُ الْحَيَاةُ الْمُسْتَقَرَّةُ ، مِثْلَ خَرَقِ الْمَعَى ، أَوْ أُمَّ
 الدِّمَاغِ ، فَضَرَبَ الثَّانِي عُنُقَهُ ، فَالْقَاتِلُ / هُوَ الثَّانِي ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ حَيَاةً مُسْتَقَرَّةً .
 وَقِيلَ : (٧) هُوَ فِي حُكْمِ الْحَيَاةِ ، بِدَلِيلِ أَنَّ عَمَرَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، لَمَّا جُرِحَ دَخَلَ عَلَيْهِ الطَّبِيبُ
 فَسَفَّاهُ لَبْنًا ، فَحَرَجَ يَصِلِدُ (٨) ، فَعَلِمَ الطَّبِيبُ أَنَّهُ مَيِّتٌ ، فَقَالَ : اعْهَدْ إِلَى النَّاسِ . فَعَهَدَ
 إِلَيْهِمْ ، وَأَوْصَى ، وَجَعَلَ الْخِلَافَةَ إِلَى أَهْلِ الشُّورَى ، فَقَبِلَ الصَّحَابَةُ عَهْدَهُ ، وَأَجْمَعُوا
 عَلَى قَبُولِ وِصَايَاهُ وَعَهْدِهِ (٩) . فَلَمَّا كَانَ حُكْمُ الْحَيَاةِ بَاقِيًا ، كَانَ الثَّانِي مُفَوِّتًا لَهَا ، فَكَانَ
 هُوَ الْقَاتِلَ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَلِيًّا لَا يُرْجَى بُرءُ عَلَيْهِ .

٢٦٦/٩ و

فصل : إِذَا الْقَتِيلَ رَجُلٌ (١٠) مِنْ شَاهِقٍ ، فَتَلَّقَاهُ آخِرُ بَسِيفٍ فَقَتَلَهُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى مَنْ
 قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّهُ فَوَّتَ حَيَاتَهُ قَبْلَ الْمَصِيرِ إِلَى حَالِ يُئِسَ (١١) فِيهَا مِنْ حَيَاتِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ رَمَاهُ
 إِنْسَانٌ بِسَهْمٍ قَاتِلٍ ، فَقَطَعَ آخِرُ عُنُقِهِ قَبْلَ وَقُوعِ السَّهْمِ بِهِ ، أَوْ الْقَتِيلُ عَلَيْهِ صَخْرَةٌ ، فَاطَّارَ
 آخِرُ رَأْسَهُ بِالسَّيْفِ قَبْلَ وَقُوعِهَا عَلَيْهِ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ إِنْ رَمَاهُ مِنْ مَكَانٍ يَجُوزُ أَنْ
 يَسْلَمَ مِنْهُ ، وَإِنْ رَمَاهُ مِنْ شَاهِقٍ لَا يَسْلَمُ مِنْهُ الْوَاقِعُ ، ففِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، كَقَوْلِنَا .
 وَالثَّانِي ، الضَّمَانُ عَلَيْهِمَا بِالْقِصَاصِ وَالذِّبَةِ عِنْدَ سُقُوطِهِ ؛ لِأَنَّ كُلَّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا سَبَبٌ
 لِلْإِثْلَافِ . وَلَنَا ، أَنَّ الرَّمَى سَبَبٌ وَالْقَتْلُ مُبَاشَرَةٌ ، فَانْقَطَعَ حُكْمُ السَّبَبِ ، كَالدَّفَاعِ مَعَ

(٧) فِي الْأَصْلِ زِيَادَةٌ : م .

(٨) يَصِلِدُ : يَرِقُ . غَرِيبُ الْحَدِيثِ ، لِأَبْنِ قَتَيْبَةَ ١/٦٢٣ .

(٩) انظُرْ : مَا أَخْرَجَهُ الْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْنَدِ ١/٤٢ . وَابْنُ بَيْهَقٍ ، فِي : بَابِ الْمَرَضِ الَّذِي يَجُوزُ فِيهِ الْأَعْطِيَّةُ ، مِنْ

كِتَابِ الْوَصَايَا . السَّنَنِ الْكَبِيرِ ٦/٢٨٢ . وَابْنُ سَعْدٍ ، فِي : الطَّبَقَاتِ الْكَبِيرِ ٣/٢٤٦ - ٢٦١ .

(١٠) فِي م : ٥ : رَجُلًا .

(١١) فِي م : ٥ : يَمْسُوا .

الحافر ، والجارج مع الذابح ، وكالصور التي ذكرناها^(١) . وما ذكروه باطل بهذه
الأصول المذكورة .

١٤٣٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، ثُمَّ عَادَ فَضَرَبَ عُقُقَهُ قَبْلَ أَنْ
تَنْدِمَلَ جِرَاحُهُ ، قُتِلَ ، وَلَمْ تُقَطَّعْ يَدَا^(٢)) وَلَا رِجْلَاهُ ، فِي إِحْدَى الرَّوَايَتَيْنِ عَنْ أَبِي
عَبْدِ اللَّهِ ، رَحِمَهُ اللَّهُ . وَالرَّوَايَةُ الْأُخْرَى ، قَالَ : إِنَّهُ لِأَهْلٍ أَنْ يُفَعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . فَإِنْ
عَفَا عَنْهُ الْوَلِيُّ ، فَعَلَيْهِ دِيَةٌ وَاحِدَةٌ)

وجملة ذلك أن الرجل إذا جرح رجلاً ، ثم ضرب عُقُقَهُ قَبْلَ أَنْ دِمَالِ الْجُرْحِ ، فالكلام
في المسألة في حالين ؛ أحدهما ، أن يختار الولي القصاص ، فاختلفت الرواية عن أحمد
في كَيْفِيَّةِ الاستيفاء ؛ فروى عنه ؛ لا يُسْتَوْفَى إِلَّا بِالسَّيْفِ فِي الْعُنُقِ . وبه قال عطاء ،
والتوري ، وأبو يوسف ، ومحمد ؛ / لما روى عن النبي ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « لَا قَوْدَ إِلَّا
بِالسَّيْفِ » . رواه ابن ماجه^(٣) . ولأن القصاص أحد بدلي النفس ، فدخَلَ الطَّرْفُ فِي
حُكْمِ الْجُمْلَةِ ، كالدَّيَّةِ ، فَإِنَّهُ لَوْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الدَّيَّةِ ، لَمْ تَجِبْ إِلَّا دِيَّةُ النَّفْسِ ، وَلِأَنَّ
الْقَصْدَ مِنَ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ تَعْطِيلُ الْكُلِّ ، وَإِتْلَافُ الْجُمْلَةِ ، وَقَدْ أَمَكَّنَ هَذَا بَضْرِبِ
الْعُنُقِ ، فَلَا يَجُوزُ تَعْدِيَّتُهُ بِإِتْلَافِ أَطْرَافِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِسَيْفٍ كَالْ^(٤) ، فَإِنَّهُ لَا يُقْتَلُ بِمِثْلِهِ .
والرواية الثانية عن أحمد ، قال^(٤) : إِنَّهُ لِأَهْلٍ أَنْ يُفَعَلَ بِهِ كَمَا فَعَلَ . يعني أن للمستوفي أن
يَقْطَعَ أَطْرَافَهُ ، ثُمَّ يَقْتُلَهُ . وهذا مذهب عمر بن عبد العزيز ، ومالك ، والشافعي ، وأبي

ظ ٢٦/٩

(١٢) في ب ، م : « ذكرنا » .

(١) في م : « يده » .

(٢) في : باب لا قود إلا بالسيف ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٩/٢ .

كما أخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٨٧/٣ ، ٨٨ ، ١٠٦ . والبيهقي ،

في : باب ما روى أن لا قود إلا بمجديدة ، من كتاب الجنائيات ٦٢/٨ ، ٦٣ .

(٣) أي لا يقطع .

(٤) سقط من : ب .

حنيفة ، وأى ثور ؛ لقول الله تعالى : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ (٥) .
 وقوله سبحانه : ﴿ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى عَلَيْكُمْ ﴾ (٦) . ولأنَّ
 النَّبِيَّ ﷺ رَضَعَ (٧) رَأْسَ يَهُودِيٍّ لِرَضْخِهِ (٨) رَأْسَ جَارِيَةٍ مِنَ الْأَنْصَارِ بَيْنَ حَجْرَيْنِ (٩) .
 ولأنَّ الله تعالى قال : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ (١٠) . وهذا قد قَلَعَ عَيْنَهُ ، فَيَجِبُ أَنْ تُقْلَعَ
 عَيْنُهُ ، لِلآيَةِ . وَرَوَى عَنْ النَّبِيِّ ﷺ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ حَرَّقَ حَرْقَانَهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ
 غَرَقَانَهُ » (١١) . ولأنَّ الْقِصَاصَ مَوْضُوعٌ عَلَى الْمُمَاتِلَةِ ، وَلَفْظُهُ مُشْعِرٌ بِهِ ، فَوَجَبَ (١٢) أَنْ
 يُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ ، كَمَا لَوْ ضَرَبَ الْعُنُقَ آخَرَ غَيْرِهِ . فَأَمَّا حَدِيثُ : « لَا قَوْدَ إِلَّا
 بِالسَّيْفِ » . فَقَالَ أَحْمَدُ : لَيْسَ إِسْنَادُهُ بِجَيِّدٍ . الْحَالُ الثَّانِي ، أَنْ يَصِيرَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ ،
 إِمَّا بَعْفٍ (١٣) الْوَلِيِّ ، أَوْ كَوْنِ الْفِعْلِ حَطًّا ، أَوْ شِبْهَ عَمْدٍ ، أَوْ غَيْرِ ذَلِكَ ، فَالْوَاجِبُ دِيَّةٌ
 وَاحِدَةٌ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : تَجِبُ دِيَّةُ الْأَطْرَافِ الْمَقْطُوعَةِ
 وَدِيَّةُ النَّفْسِ ؛ لِأَنَّهُ لَمَّا قُطِعَ سِرَايَةٌ (١٤) الْجُرْحُ بِقَتْلِهِ صَارَ كَالْمُسْتَقَرِّ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَتَلَهُ
 غَيْرُهُ ، وَلِهَذَا لَمْ يَسْقُطِ الْقِصَاصُ فِيهِ . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَاتِلٌ قَبْلَ اسْتِقْرَارِ الْجُرْحِ ، قَدْ خَلَّ أَرْضُ
 الْجِرَاحَةِ فِي أَرْضِ النَّفْسِ ، كَمَا لَوْ سَرَتْ إِلَى نَفْسِهِ ، وَالْقِصَاصُ فِي الْأَطْرَافِ عَلَى إِحْدَى
 الرَّوَابِيتَيْنِ لَا يَجِبُ ، وَإِنْ وَجَبَ فَإِنَّ الْقِصَاصَ لَا يُشْبِهُ الدِّيَةَ ؛ لِأَنَّ سِرَايَةَ الْجُرْحِ لَا
 تُسْقِطُ الْقِصَاصَ فِيهِ ، وَتُسْقِطُ دِيَّتَهُ .

(٥) سورة النحل ١٢٦

(٦) سورة البقرة ١٩٤

(٧) في م : « رض » .

(٨) في م : « لرضه » .

(٩) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(١٠) سورة المائدة ٤٥ .

(١١) أخرجه البيهقي ، في : باب عمد القتل بالحجر ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٤٣/٨ .

(١٢) في ب : « فيجب » .

(١٣) في ب : « بفعل » .

(١٤) في م : « بسراية » .

فصل : ومتى قلنا : له أن يستوفى بمثل ما فعل بوليّه . فأحبّ أن يقتصر^(١٥) على ضربٍ عنقه ، فله ذلك ، وهو أفضل . وإن قطع أطرافه التي قطعها الجاني ، أو بعضها ، ثم عفا عن قتله ، فكذلك ؛ لأنه تاركٌ بعض حقه . وإن قطع بعض أطرافه ، ثم عفا إلى الدية ، لم يكن له ذلك ؛ لأن جميع ما فعل بوليّه لا يجب به إلا دية واحدة ، فلا يجوز أن يستوفى بعضه ويستحقّ كمال الدية ، فإن فعل فله ما بقي من الدية ، فإن لم يبق منها شيء ، فلا شيء له . وإن قلنا : ليس له أن يستوفى إلا بضرّب العنق . فاستوفى منه بمثل ما فعل ، فقد أساء ، ولا شيء عليه سوى المأثم ؛ لأنّ فعل الجاني في الأطراف لم يوجب عليه شيئاً يختصُّ بها ، فكذلك فعل المستوفى ، إن قطع^(١٦) طرفاً واحداً ، ثم عفا إلى الدية ، لم يكن له إلا تمامها ، وإن قطع ما تجب به الدية ، ثم عفا ، لم يكن له شيء ، وإن قطع ما يجب به أكثر من الدية ، ثم عفا ، احتمل أن يلزمه ما زاد على الدية ؛ لأنه لا يستحقّ أكثر من دية ، وقد فعل ما يوجب أكثر منها ، فكانت الزيادة عليه . واحتمل أن لا يلزمه شيء ؛ لأنه لو قتله لم يلزمه شيء ، فإذا ترك قتله ، وعفا عنه ، فأولى أن لا يلزمه شيء ، ولأنه فعل بعض ما فعل بوليّه ، فلم يلزمه شيء ، كما لو قلنا : إن له أن يستوفى مثل ما فعل به .

فصل : فإن قطع يديه ورجليه ، أو جرحه جرحاً يوجب القصاص إذا انفرد ، فسرى إلى النفس ، فله القصاص في النفس . وهل له أن يستوفى^(١٧) القَطْعَ قَبْلَ الْقَتْلِ ؟ على روايتين ، ذكرهما القاضي ، وبناهما على الروايتين المذكورتين في المسألة ؛ وإحداهما^(١٨) ، ليس له قطع الطرف . وهو مذهب أبي حنيفة ؛ لأن ذلك يُفضى إلى الزيادة على ما جناه الأول ، والقصاص يُعتمد المماثلة ، فمتى خيف فيه الزيادة سقط ،

(١٥) في ب : « يقتصر » .

(١٦) في ب ، م زيادة : « الجاني » .

(١٧) في الأصل زيادة : « في » .

(١٨) في م : « إحداهما » .

كما لو قَطَعَ يَدَهُ من نَصْفِ الدَّرَاعِ . والثانية، يَجِبُ القِصَاصُ في الطَّرْفِ ، فإن مات به ، وإلَّا ضُرِبَتْ عُنُقُهُ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ ؛ لما ذكرناه^(١٩) في أوَّلِ المسألةِ . وذكر أبو الحَطَّابِ ، أنَّه لا يَقْتَصُّ منه في الطَّرْفِ ، / رِوَايَةً وَاحِدَةً ، وأنَّه لا يَصِحُّ تَخْرِيجُهُ^(٢٠) على الرِّوَايَتَيْنِ في المسألةِ ؛ لإفْضَاءِ هذا إلى الزِّيَادَةِ ، بخلافِ المسألةِ . والصَّحِيحُ تَخْرِيجُهُ على الرِّوَايَتَيْنِ ، وليس هذا بزيادةٍ ؛ لأنَّ قِوَاتِ النَّفْسِ بِسِرَايَةِ فِعْلِهِ ، وسِرَايَةُ فِعْلِهِ كِفْعَلِهِ ، فَأَشْبَهَهُ ما لو قَطَعَهُ ثم قَتَلَهُ ، ولأنَّ زِيَادَةَ الفِعْلِ في الصُّورَةِ مُحْتَمِلٌ في الاستيفاءِ ، كما لو قَتَلَهُ بِضَرْبَةٍ ، فلم يُمَكِّنْ قَتْلَهُ في الاستيفاءِ إِلَّا بِضَرْبَتَيْنِ .

فصل : وإن جَرَحَهُ جُرْحًا لا قِصَاصَ فيه ، ولا يَلْزَمُ قِوَاتُ الحَيَاةِ به ، مثل أن أَجَافَهُ ، أو أَمَّهُ ، أو قَطَعَ يَدَهُ من نَصْفِ ذِرَاعِهِ ، أو رَجَلَهُ من نَصْفِ ساقِهِ ، فمات منه ، أو قَطَعَ يَدًا ناقِصَةَ الأصابعِ ، أو شَلَاءً ، أو زَائِدَةً ، وَيَدُ القاطِعِ أَصْلِيَّةٌ صَحِيحَةٌ ، فالصَّحِيحُ في المَذْهَبِ أَنَّهُ ليس له فِعْلٌ^(٢١) [مثل ما فَعَلَ^(٢١)] ، وليس له أن يَقْتَصَّ إِلَّا في العُنُقِ بالسَّيْفِ . ذكره أبو بكرٍ ، والقاضي . وقال غيرُهُما : فيه رِوَايَةٌ أُخْرَى ، أن^(٢٢) له^(٢٣) أن يَقْتَصَّ بِمِثْلِ^(٢٤) فِعْلِهِ ؛ لأنَّه صار قَتْلًا ، فكان له القِصَاصُ بِمِثْلِ فِعْلِهِ ، كما لو رَضَّ^(٢٥) رَأْسَهُ بِحَجَرٍ فَقَتَلَهُ به . والصَّحِيحُ الأوَّلُ ؛ لأنَّ هذا لو انْفَرَدَ لم يَكُنْ فيه قِصَاصٌ ، فلم يَجْزِ القِصَاصُ فيه مع القَتْلِ ، كما لو قَطَعَ يَمِينَهُ ولم يَكُنْ للقاطِعِ يَمِينٌ ، لم يَكُنْ له أن يَسْتَوْفِيَ من يَسَارِهِ . وفارَقَ ما إذا رَضَّ رَأْسَهُ^(٢٦) فمات ؛ لأنَّ ذلك الفِعْلُ قَتْلٌ مُفْرَدٌ ، وههنا قَتْلٌ وَقَطْعٌ ، والقَطْعُ لا يُوجِبُ قِصَاصًا ، فَبَقِيَ مُجَرَّدُ القَتْلِ ، فإذا جَمَعَ المُسْتَوْفَى بينهما ،

(١٩) سقط من : الأصل .

(٢٠) في ب : « تخرجه » .

(٢١-٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٢) سقط من : ب ، م .

(٢٣) سقط من : ب .

(٢٤) في م زيادة : « ما » .

(٢٥) في م : « رد » تحريف .

(٢٦) في ب زيادة : « بحجر » .

فقد زاد قطعاً لم يرد الشرع باستيفائه ، فيكون حراماً ، وسواء^(٢٧) في هذا ما إذا قطع ثم قتل عقيبهِ ، وبين ما إذا قطع فسرى إلى النفس .

فصل : فأمّا إن^(٢٨) قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع ، أو اليد ولا يده ، أو قلع العين ولا عين له ، فمات المجنبى عليه ، فإنه يُقتل بالسيف في العنق ، ولا قصاصَ في طرفه . لا^(٢٩) أعلم فيه خلافاً ؛ لأنّ القصاص إنما يكون من مثل العضو المتلف ، وهو ههنا معدوم ، ولأنّ القصاص فعلٌ مثل ما فعل الجاني^(٣٠) ، ولا سبيل إليه ، ولأنّه لو قطع ثم عفا عن القتل ، لصار مستوفياً رجلاً ممن لم يقطع له مثلها ، أو أذنّاً بدلاً عن عين ، وهذا غير جائز . / وهذا يدلُّ على فساد الوجه الثاني في الفصل الذي قبله .

و٢٨/٩

فصل : وإن قتلته بغير السيف ، مثل أن قتلته بحجر ، أو هدم ، أو تعريق ، أو خنق ، فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان ؛ إحداهما ، له ذلك . وهو قول مالك ، والشافعي . والثانية ، لا يستوفى إلا بالسيف في العنق . وبه قال أبو حنيفة ، فيما إذا قتلته بمثقل الحديد ، على إحدى الروايتين عنده ، أو جرحه فمات . ووجه الروايتين ما تقدّم في أوّل المسألة ، ولأنّ هذا لا تؤمن معه الزيادة على ما فعله الجاني ، فلا يجب القصاص بمثل آتية ، كما لو قطع الطرف بالآلة كالأية ، أو مسؤومية ، أو بالسيف ، فإنه لا يستوفى بمثله ، ولأنّ هذا لا يُقتل به المرثد ، فلا يستوفى به القصاص ، كما لو قتلته بتجريح الحمر ، أو بالسحر^(٣١) ، ولا تفريع على هذه الرواية . فأمّا على الرواية الأخرى ، فإنه إذا فعل به مثل فعله فلم^(٣٢) يمُت ، قتلته بالسيف . وهذا أحد قولَي الشافعي . والقول الثاني ، أنّه يُكرّر عليه ذلك الفعل حتى يموت به ؛ لأنّه قتلته بذلك ، فله قتلته بمثله .

(٢٧) في ب : « وسواء » .

(٢٨) سقط من : الأصل ، ا ، م .

(٢٩) في م : « ولا » .

(٣٠) سقط من : ب .

(٣١) في ب : « بالسم » .

(٣٢) في ب : « لم » .

ولنا ، أَنَّهُ قَدْ فَعَلَ بِهِ مِثْلَ فِعْلِهِ ، فَلَمْ يَزِدْ عَلَيْهِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا ، أَوْ قَطَعَ مِنْهُ طَرْفًا ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ الْوَلِيُّ مِثْلَهُ فَلَمْ يَمُتْ بِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يُكْرَرُ عَلَيْهِ الْجُرْحُ ، بغيرِ خِلافٍ ، وَيُعَدُّ إِلَى ضَرْبِ عُنُقِهِ ، فَكَذَا هُنَا .

فصل : وَإِنْ قَتَلَهُ بِمَا لَا يَجِلُّ لِعَيْنِهِ ، مِثْلَ أَنْ لَاطَ بِهِ فَقَتَلَهُ ، أَوْ جَرَعَهُ خَمْرًا أَوْ سَحَرَهُ ، لَمْ يُقْتَلْ بِمِثْلِهِ اتِّفَاقًا ، وَيُعَدُّ إِلَى الْقَتْلِ بِالسَّيْفِ . وَحَكَى أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ ، فِي مَنْ قَتَلَهُ بِاللُّوِاطِ وَتَجْرِيعِ الْخَمْرِ ، وَجْهًا آخَرَ ، أَنَّهُ يُدْخَلُ فِي دُبُرِهِ خَشَبَةٌ يَقْتُلُ بِهَا ، وَيُجْرَعُهُ الْمَاءَ حَتَّى يَمُوتَ . وَلَنَا ، أَنَّ هَذَا مُحَرَّمٌ لِعَيْنِهِ ، فَوَجِبَ الْعُدُولُ عَنْهُ إِلَى الْقَتْلِ بِالسَّيْفِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ بِالسَّحْرِ . وَإِنْ حَرَقَهُ ، فَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِنَا : لَا يُحْرَقُ ؛ لِأَنَّ التَّحْرِيقَ مُحَرَّمٌ (٣٣) لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « لَا يُعَذَّبُ بِالنَّارِ إِلَّا الرَّبُّ النَّارِ » (٣٤) . وَلِأَنَّهُ دَاخِلٌ فِي عَمُومِ الْخَبْرِ . وَهَذَا مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ . وَقَالَ / الْقَاضِي : الصَّحِيحُ أَنَّ فِيهِ رِوَايَتَيْنِ ، كالتَّعْرِيقِ ؛ إِحْدَاهُمَا ، يُحْرَقُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِمَا رَوَى الْبَرَاءُ بْنُ عَازِبٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « مَنْ حَرَّقَ حَرَقْنَاهُ ، وَمَنْ غَرَّقَ غَرَقْنَاهُ » . وَحَمَلُوا الْحَدِيثَ الْأَوَّلَ عَلَى غَيْرِ الْقِصَاصِ فِي الْمُحْرَقِ .

٢٨/٩ ط

فصل : إِذَا زَادَ مُسْتَوْفَى الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ عَلَى حَقِّهِ ، مِثْلَ أَنْ يُقْتَلَ وَوَلِيُّهُ ، فَيَقْطَعُ الْمُقْتَصُّ أَطْرَافَهُ أَوْ بَعْضَهَا ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ عَفَا عَنْهُ بَعْدَ قَطْعِ طَرَفِهِ ، فَعَلِيهِ ضَمَانٌ مَا أَتْلَفَ بِيَدَيْهِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَبُو يُونُسَ ، وَمُحَمَّدٌ : لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ، وَلَكِنْ قَدْ أَسَاءَ ، وَيُعْزَرُ ، وَسِوَاءَ عَفَا عَنِ الْقَاتِلِ أَوْ قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ طَرْفًا مِنْ جُمْلَةِ اسْتَحَقَّ إِثْلَافَهَا ، فَلَمْ يَضْمَنْهُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ أَصْبُعًا مِنْ يَدٍ يَسْتَحِقُّ قَطْعَهَا . وَلَنَا ، أَنَّهُ قَطَعَ طَرْفًا لَهُ قِيمَةً حَالَ الْقَطْعِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ ضَمَانُهُ ، كَمَا لَوْ

(٣٣) في م : « محرق » تحريف .

(٣٤) أخرجه أبو داود ، في : باب في كراهية حرق العدو بالنار ، من كتاب الجهاد ، وفي : باب في قتل الذر ، من كتاب الأدب . سنن أبي داود ٢/٥٠ ، ٥١ ، ٦٥٦ . والدارمي ، في : باب في النهي عن التعذيب بعذاب الله ، من كتاب السير . سنن الدارمي ٢/٢٢٢ .

عَفَا عَنْهُ ثُمَّ قَطَعَهُ ، أَوْ كَمَا لَوْ قَطَعَهُ أَجْنَبِيٌّ ، فَأَمَّا إِنْ قَطَعَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَضْمَنَهُ أَيْضًا ؛ لِأَنَّهُ يَضْمَنُهُ إِذَا عَفَا عَنْهُ ، فَكَذَلِكَ إِذَا لَمْ يَعْفُ عَنْهُ ، لِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ ، فَلَا يَكُونُ مُوجِبًا لِلضَّمَانِ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ لَا يَضْمَنَهُ . وَهُوَ قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ؛ لِأَنَّهُ لَوْ قَطَعَ مُتَعَدِّيًّا ثُمَّ قَتَلَ ، لَمْ يَضْمَنْ الطَّرْفَ ، (٣٥) فَلَا نَ لَا (٣٥) . يَضْمَنَهُ إِذَا كَانَ الْقَتْلُ مُسْتَحَقًّا أَوْلَى . فَأَمَّا الْقِصَاصُ ، فَلَا يَجِبُ فِي الْعُرْفِ بِحَالٍ . وَلَا نَعْلَمُ فِي هَذَا خِلَافًا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ عُقُوبَةٌ تُذَرُّ بِالشُّبُهَاتِ ، وَالشُّبُهَةُ هُنَا مُتَحَقِّقَةٌ ، لِأَنَّهُ مُسْتَحَقٌّ (٣٦) لِإِثْلَافِ هَذَا الطَّرْفِ ضِمْنًا لِاسْتِحْقَاقِهِ إِثْلَافَ الْجُمْلَةِ ، وَلَا يَلْزَمُ مِنْ سُقُوطِ الْقِصَاصِ أَنْ لَا تَجِبَ الدِّيَةُ ، بِدَلِيلِ امْتِنَاعِهِ لِعَدَمِ الْمُكَافَأَةِ (٣٧) . فَأَمَّا إِنْ كَانَ الْجَانِي قَطَعَ طَرْفَهُ ثُمَّ قَتَلَهُ ، فَاسْتَوْفَى مِنْهُ بِمِثْلِ فِعْلِهِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى . وَإِنْ قَطَعَ طَرْفًا غَيْرَ الَّذِي قَطَعَهُ الْجَانِي ، كَانَ الْجَانِي قَطَعَ يَدَهُ ، فَقَطَعَ (٣٨) الْمُسْتَوْفَى رِجْلَهُ ، اِحْتَمَلُ أَنْ يَكُونَ بِمَنْزِلَةِ مَا لَوْ قَطَعَ يَدَهُ ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَاحْتَمَلُ أَنْ تَلْزَمَهُ دِيَّةُ الرَّجْلِ ؛ لِأَنَّ الْجَانِي لَمْ يَقْطَعْهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ لَمْ يَقْطَعْ يَدَهُ .

فصل : فَأَمَّا إِنْ كَانَتِ الزِّيَادَةُ فِي الِاسْتِيفَاءِ مِنْ (٣٩) الطَّرْفِ ، / مِثْلَ إِنْ اسْتَحَقَّ قَطَعَ إِصْبِغَ ، فَقَطَعَ اثْنَتَيْنِ ، فَحُكْمُهُ حُكْمُ الْقَاطِعِ ابْتِدَاءً ، إِنْ كَانَ عَمْدًا (٤٠) مِنْ مَفْصِيلٍ ، أَوْ شَجَّةٍ يَجِبُ فِي مِثْلِهَا الْقِصَاصُ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الزِّيَادَةِ ، وَإِنْ كَانَ خَطَأً أَوْ جُرْحًا لَا يُوَجِبُ الْقِصَاصَ ، مِثْلَ مَنْ يَسْتَحِقُّ مُوضِحَةً فَاسْتَوْفَى (٤١) هَاشِمَةً ، فَعَلِيهِ أَرْضُ الزِّيَادَةِ ، إِلَّا أَنْ يَكُونَ ذَلِكَ بِسَبَبٍ مِنَ الْجَانِي ، كَاضْطِرَابِهِ حَالَ الِاسْتِيفَاءِ ، فَلَا شَيْءَ عَلَى

(٣٥-٣٥) ف ب ، م : « فلان » . ورسم الكلمة في الأصل : « فليلا » .

(٣٦) ف م : « متحقق » .

(٣٧) ف م : « المكافات » .

(٣٨) سقط من : م .

(٣٩) ف م : « لأنه » .

(٤٠) ف م : « عقدا » .

(٤١) ف م : « فاستوفاه » .

المُقْتَصُّ ؛ لَأَنَّهُ حَصَلَ بِفِعْلِ الْجَانِي . فَإِنْ اخْتَلَفَا هَلْ فَعَلَهُ خَطَأً أَوْ عَمْدًا ؟ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَصِّ مَعَ يَمِينِهِ ؛ لِأَنَّ هَذَا مِمَّا يُمَكِّنُ الْخَطَأَ فِيهِ ، وَهُوَ أَعْلَمُ بِقَصْدِهِ ، وَإِنْ قَالَ الْمُقْتَصُّ : حَصَلَ هَذَا بِاضْطِرَابِكَ ، أَوْ فِعْلٍ مِنْ جِهَتِكَ . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ مُتَكَبِّرٌ . فَإِنْ سَرَى الْاِسْتِيفَاءُ الَّذِي حَصَلَتْ فِيهِ الزِّيَادَةُ إِلَى نَفْسِ الْمُقْتَصِّ مِنْهُ ، فَمَاتَ ، أَوْ إِلَى بَعْضِ أَعْضَائِهِ ، مِثْلَ أَنْ قَطَعَ إِصْبَعَهُ^(٤٢) ، فَسَرَى إِلَى جَمِيعِ يَدِهِ ، أَوْ اقْتَصَّ مِنْهُ بِأَلَةٍ كَاللَّيْةِ أَوْ مَسْمُومَةٍ ، أَوْ فِي حَالِ حَرٍّ مُفْرِطٍ ، أَوْ بَرْدٍ شَدِيدٍ ، فَسَرَى ، فَقَالَ الْقَاضِي : عَلَى الْمُقْتَصِّ نَصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِفِعْلَيْنِ ؛ جَائِزٍ وَمُحْرَمٍ ، وَمَضْمُونٍ وَغَيْرِ مَضْمُونٍ ، فَانْقَسَمَ الْوَاجِبُ عَلَيْهِمَا نِصْفَيْنِ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحًا فِي حَالِ رَدَّتِهِ وَجُرْحًا بَعْدَ إِسْلَامِهِ ، فَمَاتَ مِنْهُمَا . وَهَذَا كُلُّهُ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَلْزَمَهُ ضَمَانُ السَّرَايَةِ كُلِّهَا ، فِيمَا إِذَا اقْتَصَّ بِأَلَةٍ مَسْمُومَةٍ أَوْ كَالَةٍ ؛ لِأَنَّ الْفِعْلَ كُلَّهُ يَحْرُمُ^(٤٣) ، بِخِلَافِ قَطْعِ الْإِصْبَعَيْنِ ، فَإِنْ أَحَدَهُمَا مُبَاحٌ .

فصل : قال القاضي : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان . وحكاة عن أبي بكر . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه أمر يفتقر إلى الاجتهاد ويحرم الحيف فيه ، فلا يؤمن الحيف مع قصد التشنى . فإن استوفاه^(٤٤) من غير حضرة^(٤٥) السلطان ، وقع الموقع ، ويعزز ؛ لإفتيائه بفعل ما منعه فعله . ويحتمل أن يجوز الاستيفاء بغير حضرة^(٤٦) السلطان ، إذا كان القصاص في النفس ؛ لأن رجلاً أتى النبي ﷺ برجل يقوده ينسعه^(٤٧) ، فقال : إن هذا قتل أخي . فاعترف بقتله . فقال النبي ﷺ : « اذهب ، فاقتله » . رواه مسلم / بمعناه^(٤٨) . ولأن اشتراط حضور السلطان لا يثبت إلا بنص أو

ظ ٢٩/٩

(٤٢) في ب : (إصبعه) .

(٤٣) في ب ، م : (محرم) .

(٤٤) في الأصل : (استوفى) .

(٤٥) في ب : (حضور) .

(٤٦) في ب ، م : (حضور) .

(٤٧) النسعة : القطعة من السير الذي تشد به الرحال .

(٤٨) في : باب صحة الإقرار بالقتل ... ، من كتاب القسامة . صحيح مسلم ٣/١٣٠٧ ، ١٣٠٨ . =

إجماع أو قياس، ولم يثبت ذلك. ويُسْتَحَبُّ أَنْ يُحْضِرَ شَاهِدَيْنِ، لئَلَّا يَجْحَدَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ الِاسْتِيفَاءَ. وإذا أَرَادَ الْوَلِيُّ^(٤٩) الِاسْتِيفَاءَ، فعلى السُّلْطَانِ أَنْ يَتَفَقَّدَ الآلَةَ الَّتِي يَسْتَوْفِي بِهَا، فإن كانت كَالَّةً مَنَعَهُ الِاسْتِيفَاءَ بِهَا، لئَلَّا يُعَذَّبَ الْمَقْتُولُ. وقد رَوَى شَدَّادُ ابْنِ أَوْسٍ، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ: «إِنَّ اللَّهَ كَتَبَ الْإِحْسَانَ عَلَى كُلِّ شَيْءٍ، فَإِذَا قَتَلْتُمْ فَأَحْسِنُوا الْقِتْلَةَ، وَإِذَا ذَبَحْتُمْ فَأَحْسِنُوا الذَّبْحَ»^(٥٠)، وَلِيُجِدَّ أَحَدُكُمْ شَفْرَتَهُ، وَلِيُرِيحَ ذَبِيحَتَهُ»^(٥١). وَإِنْ كَانَتْ مَسْمُومَةً، مَنَعَهُ الِاسْتِيفَاءَ بِهَا؛ لِأَنَّهَا تُفْسِدُ الْبَدَنَ، وَرَبْمَا مَنَعَتْ غُسْلَهُ. وَإِنْ عَجَّلَ فَاسْتَوْفَى بِآلَةٍ أَوْ مَسْمُومَةٍ، عَزَّرَ. وَإِنْ كَانَ السَّيْفُ صَارِمًا غَيْرَ مَسْمُومٍ، نَظَرَ فِي الْوَلِيِّ؛ فَإِنْ كَانَ يُحْسِنُ الِاسْتِيفَاءَ، وَيُكْمِلُهُ بِالْقُوَّةِ وَالْمَعْرِفَةِ، مَكَّنَهُ مِنْهُ، لِقَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَنْ قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لَوْلِيهِ سُلْطَانًا﴾^(٥٢). وَقَالَ عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ قُتِلَ لَهُ قَتِيلٌ، فَاهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ، إِنْ^(٥٣) أَحْبَبُوا قَتَلُوا، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ»^(٥٤). وَلَا نَهَى حَقٌّ لَهُ مُتَمَيِّزٌ، فَكَانَ لَهُ اسْتِيفَاؤُهُ بِنَفْسِهِ

= كما أخرجہ النسائي، في: باب القود، من كتاب القسامة. المجتبى ١٣/٨، ١٦. وابن ماجه، في: باب العفو عن القاتل، من كتاب الديات. سنن ابن ماجه ٨٩٧/٢.

(٤٩) في م: «المولى».

(٥٠) في م: «الذبح».

(٥١) أخرجه مسلم، في: باب الأمر بإحسان الذبح والقتل وتحديد الشفرة، من كتاب الصيد. صحيح مسلم ١٥٤٨/٣. وأبو داود، في: باب في النهي أن تصبر البهائم والرفق بالذبيحة. من كتاب الأضاحي. سنن أبي داود ٩٠/٢. والترمذي، في: باب ما جاء في النهي عن المثلة، من كتاب الديات. عارضة الأحرزى ١٧٩/٦. والنسائي، في: باب الأمر بإحداذ الشفرة، وباب ذكر المنفلتة التي لا يقدر على أخذها، وباب حسن الذبح، من كتاب الضحايا. المجتبى ٢٠٠/٧-٢٠٢. وابن ماجه، في: باب إذا ذبحتم فأحسنوا الذبح، من كتاب الذبائح. سنن ابن ماجه ١٠٥٨/٢. والدارمي، في: باب في حسن الذبيحة، من كتاب الأضاحي. سنن الدارمي ٨٢/٢. والإمام أحمد، في: المسند ١٢٣/٤-١٢٥.

(٥٢) سورة الإسراء ٣٣.

(٥٣) في م: «فإن».

(٥٤) أخرجه البخاري، في: باب كتابة العلم، من كتاب العلم. صحيح البخاري ٣٩/١. ومسلم، في: باب تحريم مكة...، من كتاب الحج. صحيح مسلم ٩٨٨/٢، ٩٨٩. وأبو داود، في: باب ولي العمد يرضى بالدية، من كتاب الديات. سنن أبي داود ٤٨٠/٤، ٤٨١. والترمذي، في: باب ما جاء في حكم ولي القاتل في القصاص والعفو، من أبواب الديات. عارضة الأحرزى ١٧٧/٦، ١٧٨. والإمام أحمد، في: المسند ٣٢/٤، ٣٨٥/٦. وتقدم تخرجه حديث حجة الوداع في: ١٧٩/٥.

إذا أمكنه ، كسائر الحقوق ، وإن لم يُحسِن الاستيفاء ، أمره بالتوكيل ؛ لأنه عاجز عن استيفاء حقه ، فإن ادعى الولي المعرفة بالاستيفاء ، فأمكنه السلطان من ضرب عنقه ، فضرب عنقه فأبانه ، فقد استوفى حقه^(٥٥) ، وإن أصاب غيره ، وأقر بتعمد ذلك ، عزر . وإن قال : أخطأت . وكانت الضربة في موضع قريب من العنق ، كالرأس والمنكب ، قبل قوله مع يمينه ؛ لأن هذا مما يجوز الخطأ في مثله ، وإن كان بعيداً ، كالوسط والرجلين ، لم يقبل قوله ؛ لأن مثل هذا لا يقع الخطأ فيه . ثم إن أراد العود ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا يمكن منه ؛ لأنه تبيّن منه أنه لا يحسن الاستيفاء ، ويحتمل العود إلى مثل فعله . والثاني ، يمكن منه . قاله القاضي : لأن الظاهر تحرزه عن مثل ذلك ثانياً . وإن كان الولي لا يحسن الاستيفاء ، أمره بالتوكيل فيه ؛ لأنه حقه ، فكان له التوكيل في استيفائه ، كسائر حقوقه . فإن لم يجد من يوكله إلا بعوض ، / أخذ العوض من بيت المال . قال بعض أصحابنا : يرزق من بيت المال رجل يستوفى الحدود والقصاص ؛ لأن هذا من المصالح العامة . فإن لم يحصل ذلك ، فالأجرة على الجاني ؛ لأنها أجرة لإفناء الحق الذي عليه ، فكانت عليه ، كأجرة الكيال في بيع المكيل . ويحتمل أن تكون على المقتص ؛ لأنه وكيله ، فكانت الأجرة على موكله ، كسائر المواضع ، والذي على الجاني التمكن دون الفعل ، ولهذا لو أراد أن يقتص من نفسه ، لم يمكن منه ، ولأنه لو كانت عليه أجرة التوكيل ، لزمته أجرة الولي إذا استوفى بنفسه . وإن قال الجاني : أنا اقتص لك من نفسي . لم يلزم تمكينه ، ولم يجز ذلك له ؛ لأن الله تعالى قال : ﴿ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ ﴾^(٥٦) . ولأن معنى القصاص أن يفعل به كما فعل ، ولأن القصاص حق عليه لغيره ، فلم يجز أن يكون هو المستوفى له ، كالبائع لا يستوفى من نفسه .

فصل : وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتشأخوا في المتولى منهم

(٥٥) في ب : بحقه .

(٥٦) سورة النساء ٢٩ .

للاستيفاء ، أُمروا بتوكيل أحدهم ، أو واحد من غيرهم ، ولم يجز أن يتولاه (٥٧) جميعهم ؛ لما فيه من تعذيب الجاني ، وتعدد أفعالهم . فإن لم يتفقوا على واحد ، وتشاخوا ، وكان كل واحد منهم يُحسِنُ الاستيفاء ، أقرع بينهم ؛ لأنَّ الحقوق إذا تساوت وعدم الترجيح ، صرنا إلى القرعة ، كما لو تشاخوا في تزويج مولاتهم ، فمن خرجت له القرعة ، أمر الباقيون بتوكيله ، ولا يجوز له الاستيفاء بغير إذنيهم ؛ لأنَّ الحق لهم ، فلا يجوز استيفاؤه بغير إذنيهم . وإن لم يتفقوا على توكيل واحد ، مُنعوا الاستيفاء حتى يوكّلوا .

١٤٣٨ - مسألة ؛ قال : (وإن كانت الجراحُ برأت قبل قتله ، فعلى الممفقو عنه ثلاث ديات ، إلا أن يُريدوا القود ، فيُقيدوا^(١) ويأخذوا من ماله ديتين)

أما إذا قطع يديه ورجليه فبرأت جراحه ، ثم قتله ، فقد استقرَّ حكم القطع ، ولولي القَتيل الخيار ، إن شاء عفا وأخذ ثلاث ديات ؛ ديةً لنفسه ، وديةً ليديه ، وديةً لرجليه ، وإن شاء قتله قصاصًا بالقتل ، وأخذ ديتين لأطرافه . وإن أحبَّ قطع أطرافه الأربعة ، وأخذ ديةً لنفسه . وإن أحبَّ قطع يديه ، وأخذ ديتين لنفسه ورجليه . وإن أحبَّ قطع رجليه ، وأخذ ديتين لنفسه ويديه . وإن أحبَّ قطع طرفًا واحدًا ، وأخذ ديةً الباقى . وإن أحبَّ قطع ثلاثة أطراف ، وأخذ ديةً الباقى . وكذلك سائر فروعها ؛ لأنَّ حكم القطع استقرَّ قبل القتل بالائتد مال ، فلم يتغيَّر حكمه بالقتل الحادث بعده ، كما لو قتله أجنبيُّ ، ولا نعلم في هذا مخالفاً .

ط ٣٠/٩

فصل : فإن اختلف الجاني والوليُّ في ائد مال الجرح قبل القتل ، وكانت المدة بينهما يسيرةً ، لا يَحْتَمِلُ ائد ماله في مثلها ، فالقول قول الجاني بغير يمين . وإن اختلفا في

(٥٧) في الأصل : يتولا .

(١) في ب ، م : فقيدوا .

مُضِيَّ الْمُدَّة ، فالقول قول الجاني مع يمينه ؛ لأن الأصل عدم مضيها ، وإن كانت المدَّة
مما يَحْتَمِلُ البرء فيها ، فالقول قول الوليِّ مع يمينه ؛ لأنه قد وُجِدَ سَبَبٌ ^(٢) وجوب دية
البيدين بقطعهما ، والجاني يدعى سقوط ديتهما بالقتل ، والأصل عدم ذلك . فإن
كانت للجاني بينة بقاء المجني عليه ضمناً حتى قتله ، حُكِمَ له ببينته ، وإن كانت ^(٣)
للوليِّ بينة ببرئه ، حُكِمَ له أيضاً ، وإن تعارضتا ، قُدِّمَتْ بينة الوليِّ ؛ لأنها مُثَبِّتَةٌ للبرء .
ويَحْتَمِلُ أن يكون القول قول الجاني ، إذا لم يكن لهما بينة ؛ لأن الأصل بقاء الجراحه ،
وعدم اندمالها . وإن قطع أطرافه فمات ، واختلفا ، هل برأ قبل الموت ، أو مات
بسراية الجرح ؟ أو قال الوليُّ : إنه مات بسبب آخر ، كأنه ^(٤) لدغ ، أو ذبح نفسه ،
أو ذبحه غيره . فالحكم فيما إذا مات بغير سبب آخر ، كالحكم فيما إذا قتله ، سواء .
وأما إذا مات بقتل أو سبب آخر ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، تقديم قول الجاني ؛ لأن
الظاهر بقاء الجناية ، والأصل عدم سبب آخر ، فيكون الظاهر معه . والثاني ، القول
قول وليِّ الجناية ؛ لأن الأصل بقاء الديتين اللتين وُجِدَ سببهما ، حتى يُوجَدَ ما
يُزيلهما . فإن كانت دعواهما بالعكس ، فقال الوليُّ : مات من سراية قطعك ، فعليك
القصاص في النفس . فقال الجاني : بل اندملت جراحه قبل موته . / أو ادعى موته
بسبب آخر ، فالقول قول الوليِّ مع يمينه ؛ لأن الجرح سبب للموت ، وقد تحقَّق ،
والأصل عدم الاندمال ، وعدم سبب آخر يحصل الزهوق به ، وسواء كان الجرح فيما
يجب به القصاص في الطرف ، كقطع اليد من مفصل أو لا ^(٥) يوجبُه ، كالجائفة
والقطع من غير مفصل . وهذا كله مذهب الشافعي .

و٣١/٩

١٤٣٩ - مسألة ؛ قال : (وَلَوْ رَمَى ، وَهُوَ مُسْلِمٌ كَافِرًا عَبْدًا ، فَلَسْمُ يَقَعُ بِهِ

(٢) ق ب : سبب .

(٣) ق ب ، م : كان .

(٤) ق م : كان .

(٥) ق ب ، م : ولا .

السَّهْمُ حَتَّى عَتَقَ وَأَسْلَمَ ، فَلَا قَوْدَ ، وَعَلَيْهِ دِيَّةُ حُرِّ مُسْلِمٍ ، إِذَا مَاتَ مِنَ الرَّمِيَةِ (١)

هذا قول ابن حامد ، ومذهب الشافعي . وقال أبو بكر : يَجِبُ الْقَوْدُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ (٢) مُكَافَأَةً لَهُ ظُلْمًا عَمْدًا ، فَوَجِبَ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ كَانَ حُرًّا مُسْلِمًا حَالَ الرَّمِي ، يُحَقِّقُهُ أَنَّ الْإِعْتِبَارَ بِحَالِ الْإِصَابَةِ (٣) ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ رَمَى مُسْلِمًا حَيًّا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى ارْتَدَّ أَوْ مَاتَ ، لَمْ يَلْزَمْهُ شَيْءٌ ، وَلَوْ رَمَى عَبْدًا كَافِرًا ، فَلَمْ يَقَعْ بِهِ السَّهْمُ حَتَّى عَتَقَ وَأَسْلَمَ ، فَعَلَيْهِ دِيَّةُ حُرِّ مُسْلِمٍ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : يَلْزَمُهُ فِي الْعَبْدِ دِيَّةُ عَبْدٍ لِمَوْلَاهُ ؛ لِأَنَّ الْإِصَابَةَ نَاشِئَةٌ عَنِ إِزْسَالِ السَّهْمِ ، فَكَانَ الْإِعْتِبَارُ بِهَا ، كَحَالَةِ الْجَرْحِ . فَأَمَّا الْكَافِرُ ، فَمَذْهَبُهُ أَنَّ دِيَّتَهُ دِيَّةُ الْمُسْلِمِ ، وَأَنَّهُ يُقْتَلُ بِهِ الْمُسْلِمُ ، وَكَذَلِكَ يُقْتَلُ الْحُرُّ بِالْعَبْدِ . وَلَنَا عَلَى دَرِيءِ الْقِصَاصِ ، أَنَّهُ لَمْ يَقْصِدْ (٤) إِلَى نَفْسِ مُكَافِئَةٍ (٥) لَهُ حَالَ الرَّمِي ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ ، كَمَا لَوْ رَمَى حَرَبِيًّا أَوْ مُرْتَدًّا فَأَسْلَمَ . وَعَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، أَنَّهُ أَتْلَفَ حُرًّا ، فَضَمِنَتْهُ ضَمَانُ الْأَحْرَارِ ، كَمَا لَوْ قَصَدَ صَيْدًا . وَمَا قَالَهُ يَبْطُلُ بِمَا إِذَا رَمَى حَيًّا فَأَصَابَهُ مَيِّتًا ، أَوْ صَحِيحًا فَأَصَابَهُ مَعِيًّا . وَلَنَا عَلَى أَنَّ دِيَّتَهُ تَجِبُ لَوْرَثَتِهِ دُونَ سَيِّدِهِ ، أَنَّهُ إِذَا أَسْلَمَ تَجِبُ دِيَّتُهُ لَوْرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ دُونَ الْكُفَّارِ ، إِنَّ (٦) مَاتَ مُسْلِمًا حُرًّا ، فَكَانَتْ دِيَّتُهُ لَوْرَثَتِهِ الْمُسْلِمِينَ ، كَمَا لَوْ كَانَ كَذَلِكَ حَالَ رَمِيهِ ، وَلِأَنَّ الْبِمِيرَاثِ إِنَّمَا يُسْتَحَقُّ بِالْمَوْتِ ، فَتُعْتَبَرُ حَالُهُ حِينَئِذٍ ، لِأَحْيَانِ سَبَبِ الْمَوْتِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ مَرِضَ وَهُوَ عَبْدٌ كَافِرٌ ، ثُمَّ أَسْلَمَ وَمَاتَ بِتِلْكَ الْعِلَّةِ ، وَالْوَاجِبُ بِدَلِّ الْمَحَلِّ ، فَيُعْتَبَرُ بِالْمَحَلِّ الَّذِي فَاتَ بِهَا ، فَيَجِبُ بِقَدْرِهِ ، وَقَدْ فَاتَ بِهَا نَفْسُ حُرِّ مُسْلِمٍ ، وَالْقِصَاصُ جَزَاءُ الْفِعْلِ ، فَيُعْتَبَرُ الْفِعْلُ فِيهِ وَالْإِصَابَةُ مَعًا ؛ لِأَنَّهُمَا طَرَفَا ، / فَلِذَلِكَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ بِقَتْلِهِ .

ظ ٣١/٩

(١) في م : : سهمه .

(٢) سقط من الأصل .

(٣) في م : : الجنابة .

(٤) في م : : يتعد .

(٥) في م : : مكافئته .

(٦) في الأصل ، ا ، ب : : أنه .

فصل : ولم يُفَرِّقِ الحَرَقِيُّ بين كَوْنِ الكافرِ ذِمِّيًّا أو غيرِه ، إلاَّ أَنَّهُ يتَعَيَّنُ التَّفْرِيقُ فيه ، فمَتَى رَمَى إلى حَرْبِيٍّ في دارِ الحَرْبِ ، فأَسْلَمَ قَبْلَ وُقُوعِ الرَّمِيَةِ به ، فلا دِيَّةَ له ، وفيه الكَفَّارَةُ ؛ لأنَّهُ رَمَى مُنْدُوبٌ إليه ، مأمورٌ به ، فأشْبَهَهُ ما لو قَتَلَهُ في دارِ الحَرْبِ يَظُنُّهُ حَرْبِيًّا ، وكان قد أسْلَمَ وَكُنِمَ إسلامَه . وفيه روايةٌ أُخْرَى ، أَنَّ فيه الدِّيَّةَ على عاقِلَةِ القاتِلِ ؛ لأنَّهُ نَوَّعَ حَطِيًّا ، فكذلك هُنَا . ولو رَمَى مُرْتَدًّا في دارِ الإسلامِ ، فأَسْلَمَ ثم وَقَعَ السَّهْمُ به ، ضَمِنَهُ ؛ لأنَّهُ مُفَرِّطٌ بإرسالِ سَهْمِهِ عليه ؛ لأنَّ قَتْلَ المُرْتَدِّ إلى الإمامِ ، لا إلى آحادِ الناسِ ، وقَتْلَهُ بالسَّيْفِ لا بالسَّهْمِ .

فصل : ولو رَمَى حَرْبِيًّا ، فَتَرَسَ بِمُسْلِمٍ ، فأَصَابَهُ فَقَتَلَهُ ، نَظَرْنَا ؛ فإنَّ (٧) تَتَرَسَ به بَعْدَ الرَّمِيِ ، ففيه الكَفَّارَةُ ، وفي الدِّيَّةِ على عاقِلَةِ الرامِيِ روايتان ، كالتي قَبَلْها ، وإن تَتَرَسَ به قَبْلَ الرَّمِيِ ، لم يَجُزْ رَمِيَهُ ، إلاَّ أن يَخَافَ على المسلمِ ، فيَرْمِي الكافرَ ، ولا يَقْصِدُ المُسْلِمَ ، فإذا قَتَلَهُ ، ففي دِيَّتِهِ أيضا روايتان ، وإن رَمَاهُ من غيرِ خَوْفٍ على المسلمِ (٨) فَقَتَلَهُ ، فعليه دِيَّتُهُ ؛ لأنَّهُ لم يَجُزْ له رَمِيَهُ .

فصل : ولو قَطَعَ يَدَ عبيدٍ ، ثم أُعْتِقَ ومات ، أو يَدَ ذِمِّيٍّ ، ثم أسْلَمَ ومات ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، الواجبُ دِيَّةٌ حُرٌّ مسلمٍ ، لورثته ولسيده منها أقلُّ الأمرين من دِيَّتِهِ أو أرضِ جنائتِهِ ، اعتبارًا بحالِ اسْتِقْرارِ الجِنائِيَةِ . وقال القاضي ، وأبو بكرٍ : تجبُ قيمةُ العبيدِ بِالغَةِ ما بَلَغَتْ ، مَصْرُوفَةً إلى السَّيِّدِ ، اعتبارًا بحالِ الجِنائِيَةِ ؛ لأنَّها المَوْجِبَةُ (٩) للضَّمَانِ ، فاعْتَبِرَتْ حالَ وُجُودِها . ومُقْتَضَى قولهما ضَمَانُ الذَّمِّيِّ الذي أسْلَمَ يَدِيَّةَ ذِمِّيٍّ ، ويلزُمُهُما على هذا أن يَصْرِفَها إلى ورثته من أهلِ الذَّمَّةِ ، وهو غيرُ صحيحٍ ؛ لأنَّ الدِّيَّةَ لا تُحْلُو من أن تكون مُسْتَحَقَّةً للمَجْنُونِ عليه ، أو لورثته ؛ فإن كانت له ، وَجِبَ أن تكونَ

(٧) في م نهادة : « كان » .

(٨) في الأصل ، ا ، ب : « المسلم » .

(٩) في م : « الموجب » .

لَوْرَثْتَهُ الْمُسْلِمِينَ^(١٠) ، كَسَائِرِ أَمْوَالِهِ وَأَمْلَاكِهِ ، وَكَالذِّي^(١١) كَسَبَهُ بَعْدَ جُرْحِهِ ، وَإِنْ كَانَتْ تَخْدُثُ عَلَى مِلْكٍ وَرَثْتَهُ ، فَوَرَثْتَهُ هُمُ الْمُسْلِمُونَ دُونَ الْكُفَّارِ .

٣٢٢/٩

فصل : وَإِذَا قَطَعَ أُنْفَ عَبْدٍ قِيمَتُهُ أَلْفُ^(١٢) دِينَارٍ ، فَأَنْدَمَلَ ، ثُمَّ أَعْتَقَهُ / السَّيِّدُ . وَجَبَتْ قِيمَتُهُ بِكَمَالِهَا لِلسَّيِّدِ . وَإِنْ أَعْتَقَهُ ثُمَّ أَنْدَمَلَ ، فَكَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ إِنَّمَا اسْتَقْرَرَ بِالْإِنْدِمَالِ مَا وَجَبَ بِالْجِنَايَةِ ، وَالْجِنَايَةُ كَانَتْ فِي مِلْكِ سَيِّدِهِ . وَإِنْ مَاتَ مِنْ سِرَايَةِ الْجُرْحِ ، فَكَذَلِكَ فِي قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ وَالْقَاضِي . وَهُوَ قَوْلُ الْمُزَنِّي ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ يُرَاعَى فِيهَا حَالُ وُجُودِهَا . وَذَكَرَ الْقَاضِي ، أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَيْهِ فِي رِوَايَةِ حَنْبَلٍ ، فِي مَنْ فَقَأَ عَيْنِي عَبْدٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَ وَمَاتَ ، فَفِيهِ قِيمَتُهُ لَا الدِّيَةَ . وَمَقْتَضَى قَوْلُ الْخِرَقِيِّ ، أَنَّ الْوَاجِبَ فِيهِ دِيَةٌ حُرٌّ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّ اعْتِبَارَ الْجِنَايَةِ بِحَالَةِ الْاسْتِقْرَارِ ، وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ . وَتُصَرَّفُ إِلَى السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ اسْتَحَقَّ أَقْلَ الْأُمْرِينَ مِنْ دِيَّتِهِ أَوْ أَرْضِ الْجُرْحِ ، وَالدِّيَةُ هُنَا أَقْلُ الْأُمْرِينَ . وَمَا ذَكَرُوهُ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قَطَعَ يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، فَمَاتَ بِسِرَايَةِ الْجُرْحِ ؛ فَإِنَّ الْوَاجِبَ دِيَةَ النَّفْسِ ، لَا دِيَةَ الْجُرْحِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، فَأَعْتَقَ ، ثُمَّ عَادَ فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، وَأَنْدَمَلَ الْقَطْعَانِ ، فَلَا قِصَاصَ فِي الْيَدِ ؛ لِأَنَّهَا قُطِعَتْ فِي حَالِ رِقِّهِ ، وَيَجِبُ فِيهَا نِصْفُ قِيمَتِهِ ، أَوْ مَا نَقَصَهُ الْقَطْعُ لِسَيِّدِهِ ، وَيَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الرَّجْلِ الَّتِي قَطَعَهَا حَالَ حُرِّيَّتِهِ ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ إِنْ عَفَا عَنِ الْقِصَاصِ لَوْرَثْتَهُ . وَإِنْ أَنْدَمَلَ قَطَعَ الْيَدَ ، وَسَرَى قَطْعُ الرَّجْلِ إِلَى نَفْسِهِ ، فَفِي الْيَدِ نِصْفُ الْقِيمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وَعَلَى الْقَاطِعِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، أَوْ الدِّيَةُ كَامِلَةً لَوْرَثْتَهُ . وَإِنْ أَنْدَمَلَ قَطَعَ الرَّجْلَ ، وَسَرَى قَطْعُ الْيَدِ ، فَفِي الرَّجْلِ الْقِصَاصُ بِقَطْعِهَا ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ لَوْرَثْتَهُ ، وَلَا قِصَاصَ فِي الْيَدِ ، وَلَا فِي سِرَايَتِهَا ، وَعَلَى الْجَانِيِ دِيَةٌ حُرٌّ ، لِسَيِّدِهِ مِنْهَا أَقْلُ الْأُمْرِينَ مِنْ أَرْضِ الْقَطْعِ أَوْ دِيَةُ الْحُرِّ ، عَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ

(١٠) سقط من : ب .

(١١) سقطت الواو من : م .

(١٢) في الأصل : ألفا .

والقاضي ، تَجِبُ قِيمَةُ الْعَبْدِ لِسَيِّدِهِ ، اِعْتِبَارًا بِحَالِ جِنَايَتِهِ . وَإِنْ سَرَى الْجُرْحَانِ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ وَلَا الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جُرْحَيْنِ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، فَلَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ جَرَحَهُ جُرْحَيْنِ عَمْدًا وَخَطَأً ، وَلَكِنْ يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا مِنْ حُرٍّ ، فَإِنْ اقْتَصَّ مِنْهُ ، وَجَبَ نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ مَاتَ مِنْ جِنَايَتِهِ ، وَقَدْ اسْتَوْفَى مِنْهُ مَا يُقَابَلُ نِصْفِ الدِّيَةِ / ، وَلِلسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ نِصْفِ الدِّيَةِ ، فَإِنْ زَادَ نِصْفُ الدِّيَةِ عَلَى نِصْفِ الْقِيَمَةِ ، كَانَ الزَّائِدُ لِلوَرَثَةِ ، وَإِنْ عَفَا وَرَثَتَهُ عَنِ الْقِصَاصِ ، فَلَهُمْ أَيْضًا نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ كَانَ قَاطِعُ الرَّجُلِ غَيْرَ قَاطِعِ الْيَدِ ، وَانْدَمَلَ الْجُرْحَانِ ، فَعَلَى قَاطِعِ الْيَدِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لِسَيِّدِهِ ، وَعَلَى قَاطِعِ الرَّجُلِ الْقِصَاصُ فِيهَا أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ سَرَى الْجُرْحَانِ إِلَى نَفْسِهِ ، فَلَا قِصَاصَ عَلَى الْأَوَّلِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَ يَدَ عَبْدٍ ، وَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ ؛ لِأَنَّ الْمَجْنِيَّ عَلَيْهِ حُرٌّ فِي حَالِ قَرَارِ الْجِنَايَةِ ، وَعَلَى الثَّانِي الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ إِذَا (١٣) كَانَا عَمْدًا (١٣) الْقَطَعَ ؛ لِأَنَّهُ شَارَكَ فِي الْقَتْلِ عَمْدًا وَعَدْوَانًا ، فَهُوَ كَشَرِيكَ الْأَبِ . وَيَتَخَرَّجُ (١٤) أَنْ لَا قِصَاصَ (١٤) عَلَيْهِ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الرُّوحَ خَرَجَتْ مِنْ سِرَايَةِ قَطْعَيْنِ ؛ مُوجِبٍ وَغَيْرِ مُوجِبٍ ، بِنَاءً عَلَى شَرِيكَ الْأَبِ . وَإِنْ عَفَا عَنْهُ إِلَى الدِّيَةِ ، فَعَلَيْهِ نِصْفُ دِيَةِ حُرٍّ . وَإِنْ قُلْنَا بِوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، خُرَّجَ فِي وُجُوبِهِ فِي الطَّرْفِ رِوَايَتَانِ ، وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَجِبُ فِي النَّفْسِ . وَجَبَ فِي الرَّجُلِ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ عَيْنَ عَبْدٍ ، ثُمَّ أَعْتَقَ ، ثُمَّ قَطَعَ آخِرَ يَدِهِ ، ثُمَّ قَطَعَ آخِرَ رِجْلِهِ ، فَلَا قَوْدَ عَلَى الْأَوَّلِ ، سِوَاءَ أَنْدَمَلَ جُرْحُهُ أَوْ سَرَى ، وَأَمَّا الْآخِرَانِ ، فَعَلَيْهِمَا الْقَوْدُ فِي الطَّرْفَيْنِ (١٥) إِنْ وَقَفَ (١٥) قَطْعُهُمَا ، أَوْ دَيْتُهُمَا إِنْ عَفَا عَنْهُمَا . وَإِنْ سَرَتِ الْجِرَاحَاتُ كُلُّهَا ، فَعَلَيْهِمَا الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ جِنَايَتَهُمَا صَارَتْ نَفْسًا . وَفِي ذَلِكَ وَفِي الْقِصَاصِ فِي الطَّرْفِ اخْتِلَافٌ وَقَدْ ذَكَرْنَاهُ ، وَإِنْ عَفَا عَنْهُمَا ، فَعَلَيْهِمُ الدِّيَةُ أَثْلَاثًا ، وَفِيمَا يَسْتَحِقُّهُ

(١٣-١٣) فِي ب ، م : د كَانَ عَمْدًا .

(١٤-١٤) فِي م : د إِلَّا الْقِصَاصَ . خَطَأً .

(١٥-١٥) فِي الْأَصْلِ : د أَوْقَفَ .

السَّيِّدُ وَجْهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ نِصْفِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِ الدِّيَةِ . هَذَا قِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّهُ بِالْقَطْعِ اسْتَحَقَّ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا صَارَتْ نَفْسًا ، وَجَبَ فِيهَا ثُلُثُ الدِّيَةِ ، فَكَانَ لَهُ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ ^(١٦) . ^(١٧) وَالثَّانِي ، لَهُ ^(١٧) أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ الْجِنَايَةَ إِذَا صَارَتْ نَفْسًا ، كَانَ الْاِعْتِبَارُ بِمَا آلَتْ إِلَيْهِ ، أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ جَنَى الْجَانِيَانِ الْآخَرَانِ قَبْلَ الْعِتْقِ أَيْضًا ، لَمْ يَكُنْ عَلَى الْأَوَّلِ إِلَّا ثُلُثُ الْقِيَمَةِ ، فَلَا يَزِيدُ حَقَّهُ بِالْعِتْقِ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ رَجُلٌ عَيْنَهُ ، ثُمَّ بَاعَهُ سَيِّدُهُ ، / ثُمَّ قَطَعَ آخَرَ يَدِهِ ، وَآخَرَ رِجْلِهِ ، ثُمَّ مَاتَ ، فَإِنَّهُ يَكُونُ لِلأَوَّلِ ثُلُثُ الْقِيَمَةِ . وَإِنْ كَانَ أَرِشُ الْجِنَايَةِ نِصْفَ الْقِيَمَةِ ، فَإِذَا قُلْنَا بِالْوَجْهِ الْأَوَّلِ ، فَلَوْ كَانَ الْأَوَّلُ قَطَعَ إِصْبَعِيهِ ^(١٨) ، أَوْ هَشَمَهُ ، وَالْجَانِيَانِ فِي الْحُرِّيَّةِ قَطَعَا يَدَهُ ^(١٩) ، فَالْدِّيَةُ عَلَيْهِمُ اثْنَاتَا ، لِلْسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ أَرِشِ الْإِصْبَعِ وَهُوَ عَشْرُ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثُ الدِّيَةِ . وَلَوْ كَانَ الْجَانِي فِي حَالِ الرُّقِّ قَطَعَ يَدَيْهِ ، وَالْجَانِيَانِ فِي الْحُرِّيَّةِ قَطَعَا رِجْلَيْهِ ، وَجَبَتْ الدِّيَةُ اثْنَاتَا ، وَكَانَ لِلْسَّيِّدِ مِنْهَا أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ جَمِيعِ الْقِيَمَةِ ^(٢٠) أَوْ ثُلُثُ الدِّيَةِ . وَعَلَى الْوَجْهِ الْآخِرِ ، يَكُونُ لَهُ فِي الْفَرَعَيْنِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِ الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِ الدِّيَةِ .

١٣٣/٩

فصل ^(٢١) : فَإِنْ كَانَ الْجَانِيَانِ فِي حَالِ الرُّقِّ ، وَالوَاحِدُ فِي حَالِ الْحُرِّيَّةِ ، فَمَاتَ ، فَعَلَيْهِمُ الدِّيَةُ ، وَلِلْسَّيِّدِ مِنْ ذَلِكَ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ أَرِشِ الْجِنَايَتَيْنِ أَوْ ثُلُثِي الدِّيَةِ ، وَعَلَى الْآخَرِ أَقْلُ الْأُمْرَيْنِ مِنْ ثُلُثِي الْقِيَمَةِ أَوْ ثُلُثِي الدِّيَةِ .

فصل : وَإِنْ كَانَ الْجُنَاةُ أَرْبَعَةً ؛ وَاحِدٌ فِي حَالِ الرُّقِّ ، وَثَلَاثَةٌ فِي الْحُرِّيَّةِ ،

(١٦) فِي م : « أُمْرَيْنِ » .

(١٧) (١٧-١٧) سَقَطَ مِنْ : ب .

(١٨) فِي الْأَصْلِ : « يَدِهِ » .

(١٩) فِي الْأَصْلِ : « يَدَيْهِ » .

(٢٠) فِي الْأَصْلِ ، أ ، ب : « قِيَمَتِهِ » .

(٢١) سَقَطَ هَذَا الْفَصْلُ كُلَّهُ مِنْ : ب .

(٢٢) سَقَطَ مِنْ : ب ، م .

ومات ، كان للسَّيِّدِ في أَحَدِ الْوَجْهِينِ ، الْأَقْلُ من أَرْضِ الْجِنَايَةِ أَوْ رُبْعِ الدِّيَةِ ، وعلى الْآخَرَ الْأَقْلُ من رُبْعِ الْقِيَمَةِ أَوْ رُبْعِ الدِّيَةِ . وإن كان الثلاثة في الرُّقِّ ، والواحدُ في الْحُرِّيَّةِ ، كان للسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ من أَرْضِ الْجِنَايَاتِ أو ثلاثة^(٢٣) أرباع الدِّيَةِ ، في أَحَدِ الْوَجْهِينِ ، وفي الْآخَرَ الْأَقْلُ من ثلاثة أرباع الْقِيَمَةِ أو ثلاثة أرباع الدِّيَةِ . ولو كانوا عَشْرَةً ، وواحدٌ في الرُّقِّ ، وتسعةٌ في الْحُرِّيَّةِ ، فالدِّيَةُ عليهم ، وللسَّيِّدِ فيها بِحِسَابِ ما ذكرنا ، على اختلاف الْوَجْهِينِ .

فصل : فَإِنْ قَطَعَ يَدَهُ ، ثُمَّ أُعْتِقَ ، فَقَطَعَ آخَرَ رِجْلِهِ ، ثُمَّ عاد الْأَوَّلُ فَقَتَلَهُ بَعْدَ الْإِنْدِمَالِ ، فعليه الْقِصَاصُ لِلوَرِثَةِ ، وَنِصْفُ الْقِيَمَةِ للسَّيِّدِ ، وعلى الْآخَرَ الْقِصَاصُ لِلوَرِثَةِ في الرَّجُلِ أو نِصْفُ الدِّيَةِ . فَإِنْ كان قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فعلى الْجَانِبِ الْأَوَّلِ الْقِصَاصُ في النَّفْسِ دُونَ^(٢٤) الْيَدِ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا في رِقِّهِ . فَإِنْ اخْتَارَ الْوَرِثَةُ الْقِصَاصَ في النَّفْسِ^(٢٤) ، سَقَطَ حَقُّ السَّيِّدِ ؛ لِأَنَّهُ لا يَجُوزُ أَنْ يُسْتَحَقَّ عَلَيْهِ النَّفْسُ وَأَرْضُ الطَّرْفِ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ ، فَإِنَّ الطَّرْفَ داخِلٌ في النَّفْسِ في الْأَرْضِ . وَإِنْ اخْتَارُوا الْعَفْوَ ، فعليه الدِّيَةُ دُونَ أَرْضِ الطَّرْفِ ؛ لِأَنَّ أَرْضَ الطَّرْفِ يَدْخُلُ في النَّفْسِ ، وللسَّيِّدِ أَقْلُ الْأَمْرَيْنِ من نِصْفِ الْقِيَمَةِ أو أَرْضِ الطَّرْفِ ، والباقى للوَرِثَةِ ، / وَأَمَّا الثَّانِي ، فعليه^(٢٥) الْقِصَاصُ في الرَّجُلِ ؛ لِأَنَّ الْقَتْلَ قَطَعَ سِرَائَتَيْهَا ، فصار كما لو أَنْدَمَلَتْ . فَإِنْ عَفَا عَنْهُ^(٢٦) فعليه نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ كان الثَّانِي هو الَّذِي قَتَلَ قَبْلَ الْإِنْدِمَالِ^(٢٦) ، فعليه الْقِصَاصُ في النَّفْسِ . وهل يُقَطَعُ طَرْفُهُ ؟ على رِوَايَتَيْنِ . فَإِنْ عَفَا الْوَرِثَةُ ، فعليه دِيَةٌ وَاحِدَةٌ . وَأَمَّا الْأَوَّلُ ، فعليه نِصْفُ الْقِيَمَةِ للسَّيِّدِ ، ولا قِصَاصَ عليه . وَإِنْ كان الْقَاتِلُ ثَالِثًا ، فقد اسْتَقَرَّ الْقَطْعَانِ ، ويكونُ على الْأَوَّلِ نِصْفُ الْقِيَمَةِ لسَيِّدِهِ ، وعلى الثَّانِي الْقِصَاصُ في الرَّجُلِ ، أو نِصْفُ^(٢٧) الدِّيَةِ

ظ ٣٣/٩

(٢٣) في م : (١ وثلاثة) .

(٢٤-٢٤) سقط من : الأصل .

(٢٥) في م زيادة : (١ نصف) .

(٢٦-٢٦) سقط من : م .

(٢٧) في الأصل : (١ ونصف) .

لورثته ، وعلى الثالث القصاصُ في النَّفسِ أو الدِّيةُ .

فصل : وإذا قَطَعَ رجلٌ يَدَ عبيده ، ثم أعتقه ، ثم اندمَلَ جُرْحُه ، فلا قِصاصَ عليه ولا ضَمَانَ ؛ لأنَّه إنَّما قَطَعَ يَدَ عبيده ، وإنَّما استقرَّ بالإنْدِمَالِ ما وَجَبَ بالجِراحِ . وإن مات بعد العِتْقِ بسِرايةِ الجُرْحِ ، فلا قِصاصَ فيه ؛ لأنَّ الجِنَايةَ كانت على مَمْلوكِهِ . وفي وُجوبِ^(٢٨) الضَّمَانَ وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يجبُ شيءٌ ؛ لأنَّه مات بسِرايةِ جُرْحٍ غيرِ مَضْمُونٍ ، أشبهَ ما لو مات بسِرايةِ القَطْعِ في الحَدِّ وسِرايةِ القَوْدِ ، ولأنَّنا تَبَيَّنَّا أَنَّ القَطْعَ كان قَتْلًا ، فيكون^(٢٩) قَاتِلًا لِعَبْدِهِ ، فلا يَلْزُمُه ضَمَانُهُ ، كما لو لم يَعْتِقْهُ .^(٣٠) وهذا بِمُقْتَضَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ^(٣١) . والثاني ، يَضْمَنُهُ بما زاد على أَرْضِ القَطْعِ من الدِّيةِ ؛ لأنَّه مات وهو حُرٌّ بسِرايةِ قَطْعِ عُدْوَانٍ ، فيضْمَنُ ، كما لو كان القاطِعُ أجنبيًّا ، لكن يَسْقُطُ أَرْضُ القَطْعِ ؛ لأنَّه في مِلْكِهِ ، ويجبُ الزَّائِدُ لورثته ، فإن لم يكنْ له وارثٌ سِوَاهُ ، وجَبَ لبيِّتِ المَالِ ، ولا يرثُ السَّيِّدُ شيئًا ؛ لأنَّ القاتِلَ لا يرثُ .

١٤٤٠ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قَتَلَ رَجُلٌ اثْنَيْنِ ، وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ ، فَاتَّفَقَ أَوْلِيَاءُ الْجَمِيعِ عَلَى الْقَوْدِ ، أُقِيدَ لَهُمَا . وَإِنْ أَرَادَ وِلِيُّ الْأَوَّلِ الْقَوْدَ ، وَالثَّانِي الدِّيةَ ، أُقِيدَ لِلأَوَّلِ ، وَأُعْطِيَ أَوْلِيَاءُ الثَّانِي الدِّيةَ مِنْ مَالِهِ . وَكَذَلِكَ إِنْ أَرَادَ أَوْلِيَاءُ الْأَوَّلِ الدِّيةَ ، وَالثَّانِي الْقَوْدَ)

وجملة ذلك أنه إذا قتل اثنين ، فاتفق أولياؤهما على قتله بهما ، قُتِلَ بهما . وإن أراد أحدهما القودَ ، والآخِرُ الدِّيةَ ، قُتِلَ لمن اختار^(١) / القودَ ، وأُعْطِيَ أَوْلِيَاءُ^(٢) الثاني الدِّيةَ من ماله ، سواء كان المُختارُ للقودِ الثاني أو الأوَّلِ ، وسواء قتلَهُما دَفْعَةً واحدةً ، أو

٣٤/٩ و

(٢٨) في م : وجود .

(٢٩) في الأصل نهادة : قتل .

(٣٠-٣٠) سقط من م .

(١) في م : أراد .

(٢) سقط من : الأصل ، ب .

دَفَعَتَيْنِ . فَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمَا فَقَتَلَهُ ، وَجَبَ (٣) لِلْآخَرِ الدِّيَّةُ فِي مَالِهِ ، أَيُّهُمَا كَانَ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٌ : يُقْتَلُ بِالْجَمَاعَةِ ، لَيْسَ لَهُمْ إِلَّا ذَلِكَ ، وَإِنْ طَلَبَ بَعْضُهُم الدِّيَّةَ ، فَلَيْسَ لَهُ ، وَإِنْ بَادَرَ أَحَدُهُمْ (٤) فَقَتَلَهُ (٥) ، سَقَطَ حَقُّ الْبَاقِينَ ؛ لِأَنَّ الْجَمَاعَةَ لَوْ قَتَلُوا وَاحِدًا قَتَلُوا بِهِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا قَتَلَهُمْ وَاحِدٌ قُتِلَ بِهِمْ ؛ كَالوَاحِدِ بِالوَاحِدِ . وَقَالَ الشَّافِعِيُّ : لَا يُقْتَلُ إِلَّا بِالوَاحِدِ ، سِوَاءً اتَّفَقُوا عَلَى (٦) طَلَبِ الْقِصَاصِ (٦) أَوْ لَمْ يَتَّفِقُوا ؛ لِأَنَّهُ إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ ، فَاشْتِرَاكُهُمْ فِي الْمَطَالِبَةِ لَا يُوجِبُ تَدَاخُلَ (٧) حُقُوقِهِمْ ، كَسَائِرِ الْحُقُوقِ . وَلَنَا عَلَى أَبِي حَنِيفَةَ ، قَوْلُ النَّبِيِّ ﷺ : « فَمَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلًا ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الْعَقْلَ » (٨) . فظَاهِرٌ هَذَا أَنَّ أَهْلَ كُلِّ قَتِيلٍ يَسْتَحِقُّونَ مَا اخْتَارُوهُ مِنَ الْقَتْلِ أَوْ الدِّيَّةِ ، فَإِذَا اتَّفَقُوا عَلَى الْقَتْلِ وَجَبَ لَهُمْ ، وَإِنْ اخْتَارَ بَعْضُهُم الدِّيَّةَ ، وَجَبَتْ (٩) لَهُ بظَاهِرِ الْخَبَرِ ، وَلِأَنَّهُمَا جِنَايَتَانِ لَا يَتَدَاخِلَانِ إِذَا كَانَتَا خَطَأً أَوْ إِحْدَاهُمَا (١٠) ، فَلَمْ يَتَدَاخِلَا فِي الْعَمْدِ ، كَالْجِنَايَاتِ عَلَى الْأَطْرَافِ ، وَقَدْ سَلَّمُوها . وَلَنَا عَلَى الشَّافِعِيِّ ، أَنَّهُ مَحَلٌّ تَعَلَّقَ بِهِ حَقَّانِ ، لَا يَتَسَعُّ لهُمَا مَعًا ، رَضِيَ الْمُسْتَحِقَّانِ بِهِ عَنْهُمَا ، فَيُكْتَفَى بِهِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ عَبْدَيْنِ خَطَأً فَرَضِيَ بِأَخِيذِهِ عَنْهُمَا ، وَلِأَنَّهُمَا رَضِيًا بِدُونِ حَقِّهِمَا فَجَازَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ صَاحِبُ الصَّحِيحَةِ بِالشَّلَاءِ ، أَوْ وَلِيُّ (١١) الْحُرِّ بِالْعَبْدِ ، وَوَلِيُّ الْمُسْلِمِ بِالْكَافِرِ . وَفَارَقَ مَا إِذَا كَانَ الْقَتْلُ خَطَأً ؛ فَإِنَّ الْجِنَايَةَ تَجِبُ فِي الدِّمَّةِ ، وَالذِّمَّةُ تَتَسَعُّ لِحُقُوقِ كَثِيرَةٍ . وَمَا ذَكَرَهُ مَالِكٌ وَأَبُو حَنِيفَةَ فَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ فَإِنَّ

(٣) فِي ب : « وَجِبَتْ » .

(٤) فِي الْأَصْلِ : « أَحَدُهُمَا » .

(٥) فِي م : « قَتَلَ » .

(٦-٦) فِي الْأَصْلِ ، ١ : « الطَّلَبُ لِلْقِصَاصِ » .

(٧) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

(٨) تَقْدِيمُ تَحْرِيجِهِ فِي صَفْحَةِ ٥١٦ .

(٩) فِي م : « وَجِبَتْ » .

(١٠) فِي ب ، م : « أَحَدُهُمَا » .

(١١) فِي الْأَصْلِ : « وَوَلِيُّ » .

الجماعة قُتِلُوا بالواحد ، لَمَّا يُوَدَّى الاشتراك إلى إسقاطِ القصاص ، تَغْلِيظًا لِلْقصاص ، ومُبَالَغَةً فِي الزَّجْرِ ، وفي مَسْأَلَتِنَا يَنْعَكِسُ هذا ، فَإِنَّهُ إِذَا عَلِمَ أَنَّ الْقصاصَ وَاجِبٌ عَلَيْهِ بِقَتْلِ واحدٍ ، وَأَنَّ قَتْلَ الثَّانِي والثَّالِثِ لَا يَزِدَادُ بِهِ عَلَيْهِ حَقٌّ ، بَادَرَ إِلَى قَتْلِ مَنْ يُرِيدُ قَتْلَهُ ، وَفَعَلَ مَا يَسْتَهَيُّ فَعَلَهُ ، / فيصيرُ هذا كإسقاطِ القصاصِ عنه ابتداءً مع الدِّيةِ . ٣٤/٩ ظ

فصل : وإن طَلَبَ كُلُّ وُلِيٍّ قَتْلَهُ بَوَلِيَّهِ ، مُسْتَقْلَمًا مِنْ غَيْرِ مُشَارَكَةٍ ، قُدِّمَ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، وَلِأَنَّ الْمَحَلَّ صَارَ مُسْتَحَقًّا لَهُ ^(١٢) بِالْقَتْلِ الْأَوَّلِ . فَإِنْ عَفَا وُلِيُّ الْأَوَّلِ ، فَلِوَلِيِّ الثَّانِي قَتْلَهُ . وَإِنْ طَالَبَ وُلِيُّ الثَّانِي قَبْلَ طَلَبِ الْأَوَّلِ ، بَعَثَ الْحَاكِمُ إِلَى وُلِيِّ الْأَوَّلِ فَأَعْلَمَهُ . وَإِنْ بَادَرَ الثَّانِي فَقَتَلَهُ ، أَسَاءَ ، وَسَقَطَ حَقُّ الْأَوَّلِ إِلَى الدِّيةِ . وَإِنْ كَانَ وُلِيُّ الْأَوَّلِ غَائِبًا أَوْ صَغِيرًا أَوْ مَجْنُونًا ، انْتَهَرَ . وَإِنْ عَفَا أَوْلِيَاءُ الْجَمِيعِ إِلَى الدِّيَاتِ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ دَفْعَةً وَاحِدَةً ، وَتَشَاخَوْا فِي الْمُسْتَوْفَى ، أُقْرِعَ بَيْنَهُمْ ، فَقُدِّمَ مَنْ تَقَعَّ لَهُ الْقُرْعَةُ ؛ لِتَسَاوِي حُقُوقِهِمْ . وَإِنْ بَادَرَ غَيْرُهُ فَقَتَلَهُ ، اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَسَقَطَ ^(١٣) حَقُّ الْبَاقِينَ إِلَى الدِّيةِ . وَإِنْ قَتَلَهُمْ مُتَّفَرِّقًا ، وَأَشْكَلَ الْأَوَّلُ ، أَوْ ادَّعَى كُلُّ وُلِيٍّ أَنَّهُ الْأَوَّلُ ، وَلَا بَيِّنَةٌ لَهُمْ ، فَأَقْرَعَ الْقَاتِلَ لِأَحَدِهِمْ ، قُدِّمَ بِإِقْرَارِهِ ، وَإِنْ لَمْ يُقَرَّ ، أُقْرِعْنَا بَيْنَهُمْ ؛ لِاسْتِوَاءِ حُقُوقِهِمْ .

فصل : وإن قَطَعَ يَمْنَى رَجُلَيْنِ ، فَالْحَكْمُ فِيهِ كَالْحَكْمِ فِي الْأَنْفُسِ ، عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنَ التَّفْصِيلِ وَالِاخْتِلَافِ ، إِلَّا أَنَّ أَصْحَابَ الرَّأْيِ قَالُوا : يُقَادُ لهُمَا جَمِيعًا ، وَيَعْرَمُ لهُمَا دِيَّةٌ الْيَدِ فِي مَالِهِ نَصْفَيْنِ . وَهَذَا لَا يَصِحُّ ؛ لِأَنَّهُ يُفْضَى إِلَى إِجْبَابِ الْقَوَدِ فِي بَعْضِ الْعَضْوِ وَالِدِّيةِ فِي بَعْضِهِ ، وَالْجَمْعُ بَيْنَ الْبَدَلِ وَالْمُبْدَلِ فِي مَحَلِّ وَاحِدٍ ، وَلَمْ يَرِدِ الشَّرْعُ بِهِ ، وَلَا نَظِيرَ لَهُ يُقَاسُ عَلَيْهِ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في م : سقط ، .

فصل : وإن قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثم قَتَلَ آخَرَ ، ثم سَرَى القَطْعَ إلى نفس المَقْطُوعِ فمات ، فهو قَاتِلٌ لهما ، فإذا تَشَاحَا في المُسْتَوْفَى للقتلِ ، قُتِلَ بالذي قَتَلَهُ ؛ لِأَنَّ وُجُوبَ القَتْلِ عليه أَسْبَقُ ، فَإِنَّ القَتْلَ بالذي قَطَعَهُ إِنَّمَا وَجِبَ عِنْدَ السَّرَايَةِ ، وَهِيَ مُتَأَخِّرَةٌ عَنِ القَتْلِ الآخِرِ ، وَأَمَّا القَطْعُ ، فَإِنَّ قُلْنَا : إِنَّهُ يُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ . فَإِنَّهُ يُقَطَّعُ لَهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ يُقَتَّلُ للذي^(١٤) قَتَلَهُ ، وَيَجِبُ لِلأَوَّلِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا يُسْتَوْفَى القَطْعُ . وَجِبَتْ لَهُ الدِّيَةُ كَامِلَةً ، وَلَمْ يُقَطَّعْ طَرَفُهُ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ لَهُ القَطْعُ عَلَى كُلِّ حَالٍ ؛ لِأَنَّ القَطْعَ إِنَّمَا يَدْخُلُ فِي القَتْلِ عِنْدَ اسْتِيفَاءِ القَتْلِ . فَإِذَا تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ القَتْلِ ، وَجِبَ اسْتِيفَاءُ الطَّرْفِ لوجودِ^(١٥) مُقْتَضِيهِ ، وَعَدَمِ المَانِعِ مِنْ اسْتِيفَائِهِ ، كَالوَلَمْ يَسِرْ . وَلَوْ كَانَ قَطْعُ اليَدِ لَمْ يَسِرْ إِلَى النَّفْسِ ، فَإِنَّهُ تُقَطَّعُ يَدُهُ أَوَّلًا ، ثُمَّ يُقَتَّلُ ، وَسَوَاءٌ تَقَدَّمَ القَطْعُ أَوْ تَأَخَّرَ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَقَالَ مَالِكٌ : يُقَتَّلُ وَلَا يُقَطَّعُ ؛ لِأَنَّهُ إِذَا قُتِلَ تَلَفَ الطَّرْفُ ، فَلَا فَائِدَةَ فِي القَطْعِ ، فَأَشْبَهَهُ مَا لَوْ كَانَا لِوَاحِدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا جِنَايَتَانِ عَلَى رَجُلَيْنِ ، فَلَمْ يَتَدَاخَلَا ، كَقَطْعِ يَدَيِ رَجُلَيْنِ . وَمَا ذَكَرَهُ مِنَ القِيَاسِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ قَالَ : لَوْ قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ ، ثُمَّ قَتَلَهُ يَقْضِي المَثَلَةَ بِهِ ، قُطِعَ وَقُتِلَ . وَنَحْنُ نُؤَافِقُهُ عَلَى هَذَا فِي رِوَايَةٍ ، فَقَدْ حَصَلَ الإِجْمَاعُ مَعَنَا وَمِنَهُ^(١٦) عَلَى انْتِفَاءِ التَّدَاخُلِ فِي الأَصْلِ ، فَكَيْفَ يَقْيَسُ عَلَيْهِ ! وَلَكِنَّهُ يَنْقَلِبُ دَلِيلًا عَلَيْهِ ، فَنَقُولُ : قَطَعَ وَقَتَلَ ، فَيُسْتَوْفَى مِنْهُ مِثْلُ مَا فَعَلَ ، كَالوَلَمْ يَفْعَلْهُ بِرَجُلٍ وَاحِدٍ يَقْضِي المَثَلَةَ بِهِ^(١٧) ، وَيُنْبِئُ الحُكْمُ فِي مَحَلِّ التَّرَاوُعِ بِطَرِيقِ التَّنْبِيهِ ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَتَدَاخَلْ حَقُّ الوَاحِدِ ، فَحَقُّ الاثْنَيْنِ أَوْلَى ، وَيَنْبُطُّ بِهَذَا مَا قَالَهُ مِنَ المَعْنَى .

فصل : وإن قَطَعَ إِصْبَعًا مِنْ يَمِينِ رَجُلٍ ، وَبِمِيمِنَا لآخَرَ ، وَكَانَ قَطْعُ الإِصْبَعِ أَسْبَقَ ، قُطِعَتْ إِصْبَعُهُ قِصَاصًا ، وَغَيْرَ الآخَرَ^(١٨) بَيْنَ العَفْوِ إِلَى الدِّيَةِ ، وَبَيْنَ القِصَاصِ وَأَخْذِ دِيَةِ

(١٤) في ب ، م : « الذي » .

(١٥) في الأصل : « بوجود » . وفي م : « لوجوب » .

(١٦) في م : « ومنهم » .

(١٧) سقط من : الأصل .

(١٨) في الأصل : « الأخير » .

الإصْبَع . ذكره القاضي ، وهو اختيارُ ابنِ حامدٍ ، ومذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه وجدَ بعضَ حقه ، فكان له استيفاءُ الموجودِ ، وأخذُ بَدَلِ المفقودِ ، كَمَنْ أَتْلَفَ مِثْلًا لِرَجُلٍ ، فوجدَ بعضَ المِثْلِ . وقال أبو بكر : يَتَخَيَّرُ^(١) بين القصاصِ ولا شيءَ له معه ، وبين الديةِ . هذا قياسُ قوله ، وهو مذهبُ أبي حنيفةَ ؛ لأنَّه لا يُجمَعُ في عُضْوٍ واحدٍ بين قِصاصٍ وديةٍ كالنفسِ . وإن كان قَطَعُ اليدِ سابقًا على قَطْعِ الإصْبَعِ ، قُطِعَتْ يَمِينُهُ قِصاصًا ، ولصاحبِ الإصْبَعِ أُرْشُهَا . ويفارقُ هذا ما إذا قُتِلَ رَجُلًا ، ثم قَطَعُ يَدَ آخَرَ ، حيثُ قَدَّمنا استيفاءَ القَطْعِ مع تأخُّره ؛ لأنَّ قَطْعَ اليدِ لا يَمْنَعُ التَّكافؤَ في النَّفسِ ، بدليلِ أَنَّا نأخذُ كاملَ الأطرافِ بناقصها ، وأنَّ دِيَّتَهُما واحدةٌ ، / ونقصُ الإصْبَعِ يَمْنَعُ التَّكافؤَ في اليدِ ، بدليلِ أَنَّا لا نأخذُ الكاملةَ بالناقصةِ ، واختلافِ دِيَّتَهُما . وإن عفا صاحبُ اليدِ ، قُطِعَتْ الإصْبَعُ لصاحبِها ، إن^(٢) اختارَ قَطْعَها .

ط ٣٥/٩

١٤٤١ - مسألة ؛ قال : (وإذا جرحه جرحًا يُمْكِنُ الإقْصاصُ مِنْهُ بِلا حَيْفٍ ، اقتصَّ مِنْهُ)

وجملةُ ذلك أن القصاصَ يَجْرِي فيما دُونَ النَّفسِ من الجُرُوحِ ، إذا أمْكَنَ ؛ للنَّصِّ والإجماعِ ؛ أمَّا النَّصُّ فقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾^(١) . ورَوَى أَنَسُ بنُ مالِكٍ ، أَنَّ الرَّبِيعَ بنتَ النَّضْرِ بنِ أَنَسٍ ، كَسَرَتْ نِيبَةَ جاريةً ، فَعَرَضُوا عَلَيْهِمُ الأَرْضَ ، فَأَبَوْا إِلا الْقِصاصَ ، فَجاءَ أَخُوها أَنَسُ بنُ النَّضْرِ فقال : يا رَسُولَ اللَّهِ تُكسِرُ نِيبَةَ الرَّبِيعِ ! والذِي بَعَثَكَ بِالْحَقِّ لا تُكسِرُ نِيبَتِها . فقال النَّبِيُّ ﷺ : « يَا أَنَسُ ، كِتابُ اللَّهِ الْقِصاصُ » . قال : فَعَفَا القَوْمُ ، فقال النَّبِيُّ ﷺ : « إِنَّ مِنْ عِبَادِ اللَّهِ مَنْ لو أَقْسَمَ عَلَيَّ

(١٩) في م : بخير .

(٢٠) في الأصل ، م : وإن .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

الله لأبره . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ ^(٢) . وَأَجْمَعَ الْمُسْلِمُونَ عَلَى جَرَيَانِ الْقِصَاصِ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ إِذَا أَمَكَنَّ ، وَلَآنَ مَا دُونَ النَّفْسِ كَالنَّفْسِ فِي الْحَاجَةِ إِلَى حِفْظِهِ بِالْقِصَاصِ ، فَكَانَ كَالنَّفْسِ فِي وُجُوبِهِ .

فصل : وَيُشْتَرَطُ لَوُجُوبِ الْقِصَاصِ فِي الْجُرُوحِ ثَلَاثَةُ أَشْيَاءَ ؛ أَحَدُهَا ، أَنْ يَكُونَ عَمْدًا مَحْضًا ، فَأَمَّا الْخَطَأُ فَلَا قِصَاصَ فِيهِ إِجْمَاعًا ، وَلَآنَ الْخَطَأُ لَا يُوجِبُ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، وَهِيَ الْأَصْلُ ، ففِيمَا دُونَهَا أَوْلَى . وَلَا يَجِبُ بَعْدَ الْخَطَأِ ، وَهُوَ أَنْ يَقْصِدَ ضَرْبَهُ بِمَا لَا يُفْضِي إِلَى ذَلِكَ غَالِبًا ، مِثْلَ أَنْ يَضْرِبَهُ بِحَصَاةٍ لَا يُوضِحُ مِثْلَهَا ، فْتَوْضِيحُهُ ، فَلَا يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ شِبْهُ الْعَمْدِ ، وَلَا يَجِبُ الْقِصَاصُ إِلَّا بِالْعَمْدِ الْمَحْضِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ بِهِ الْقِصَاصُ ، وَلَا يُرَاعَى فِيهِ ذَلِكَ ؛ لِعُمُومِ الْآيَةِ . الثَّانِي ، التَّكَافُؤُ بَيْنَ الْجَارِحِ وَالْمَجْرُوحِ ، وَهُوَ أَنْ يَكُونَ الْجَانِي يُقَادُّ مِنَ الْمَجْنِي عَلَيْهِ لَوْ قَتَلَهُ ، كَالْحُرِّ الْمُسْلِمِ مَعَ الْحُرِّ الْمُسْلِمِ ، فَأَمَّا مَنْ لَا يُقْتَلُ بِقَتْلِهِ ، فَلَا يُقْتَصُّ مِنْهُ فِيمَا دُونَ النَّفْسِ لَهُ ، كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْكَافِرِ ، وَالْحُرِّ مَعَ الْعَبْدِ ، وَالْأَبِ مَعَ ابْنِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تُؤْخَذُ نَفْسُهُ بِنَفْسِهِ ، فَلَا يُؤْخَذُ طَرَفُهُ بِطَرَفِهِ ، وَلَا يُجْرَحُ بِجُرْحِهِ ، / كَالْمُسْلِمِ مَعَ الْمُسْتَأْمِنِ . الثَّلَاثُ ، إِمْكَانُ الْاسْتِيفَاءِ مِنْ غَيْرِ حَيْفٍ وَلَا زِيَادَةٍ ؛ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى قَالَ : ﴿ وَإِنْ عَاقَبْتُمْ فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُمْ بِهِ ﴾ ^(٣) . وَقَالَ : ﴿ فَمَنْ آعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا آعْتَدَى

و٣٦/٩

(٢) أَخْرَجَهُ الْبُخَارِيُّ ، فِي : بَابِ الصَّلْحِ فِي الدِّيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الصَّلْحِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ مِنْ الْمُؤْمِنِينَ رِجَالٌ صَدَقُوا مَا عَاهَدُوا اللَّهَ عَلَيْهِ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ الْجِهَادِ ، وَفِي : بَابِ قَوْلِهِ : ﴿ وَمَنْ النَّاسُ مِنْ يَتَّخِذُ مِنْ دُونِ اللَّهِ أَنْدَادًا ﴾ ، وَبَابِ قَوْلِهِ : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٢٤٣/٣ ، ٢٣/٤ ، ٢٩/٦ ، ٦٥ ، ٦٦ . وَمُسْلِمٌ ، فِي : بَابِ إِثْبَاتِ الْقِصَاصِ فِي الْأَسْنَانِ وَمَا فِي مَعْنَاهَا ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . صَحِيحُ مُسْلِمٍ ١٣٠٢/٣ .

كَأَخْرَجَهُ أَبُو دَاوُدَ ، فِي : بَابِ الْقِصَاصِ مِنَ السِّنِّ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سُنَنِ أَبِي دَاوُدَ ٥٠٣/٢ . وَالنَّسَائِيُّ ، فِي : بَابِ الْقِصَاصِ مِنَ الثَّنِيَةِ ، مِنْ كِتَابِ الْقِسَامَةِ . الْمُجْتَبَى ٢٤/٨ ، ٢٥ . وَابْنُ مَاجَةَ ، فِي : بَابِ الْقِصَاصِ فِي السِّنِّ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . سُنَنِ ابْنِ مَاجَةَ ٢/٨٨٤ ، ٨٨٥ . وَالْإِمَامُ أَحْمَدُ ، فِي : الْمُسْتَدْرَكِ ١٢٨/٣ ، ١٦٧ ، ٢٨٤ .

(٣) سُورَةُ النَّحْلِ ١٢٦ .

عَلَيْكُمْ ﴿٤﴾ . وَلَئِنْ دَمَ الْجَانِي مَعْصُومًا إِلَّا فِي قَدْرِ جِنَايَتِهِ ، فَمَا زَادَ عَلَيْهَا يَتَّقَى عَلَى الْعِصْمَةِ ، فَيَحْرُمُ اسْتِيفَاؤُهُ بَعْدَ الْجِنَايَةِ ، كَتَحْرِيمِهِ قَبْلَهَا ، وَمِنْ ضَرُورَةِ الْمَنْعِ مِنَ الزِّيَادَةِ الْمَنْعُ مِنَ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهَا مِنْ لَوَازِمِهِ ، فَلَا يُمَكِّنُ الْمَنْعُ مِنْهَا إِلَّا بِالْمَنْعِ مِنْهُ . وَهَذَا لَا يَخْلَافُ فِيهِ تَعَلُّمُهُ . وَمَنْ مَنَعَ الْقِصَاصَ فِيمَا دُونَ الْمَوْضِحَةِ الْحَسَنِ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَبُو عُبَيْدٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَمَنْعَهُ فِي الْعِظَامِ عُمَرُ بْنُ عَبْدِ الْعَزِيزِ ، وَعَطَاءٌ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالْحَكَمُ ، وَابْنُ شُبْرَمَةَ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . إِذَا ثَبِتَ هَذَا ، فَإِنَّ الْجُرْحَ الَّذِي يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، هُوَ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ ، كَالْمَوْضِحَةِ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، وَلَا نَعْلَمُ فِي جَوَازِ الْقِصَاصِ فِي الْمَوْضِحَةِ خِلَافًا ، وَهِيَ كُلُّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى الْعَظْمِ فِي الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ اللَّهَ تَعَالَى (نَصَّ عَلَى^٥) الْقِصَاصِ فِي الْجُرُوحِ ، فَلَوْ لَمْ يَجِبْ هُنَا ، لَسَقَطَ حُكْمُ الْآيَةِ ، وَفِي مَعْنَى الْمَوْضِحَةِ كُلِّ جُرْحٍ يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ فِيمَا سِوَى الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، كَالسَّاعِدِ ، وَالْعَضِدِ ، وَالسَّاقِ ، وَالْفَخِذِ ، فِي قَوْلِ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ . وَهُوَ مَنْصُوصُ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِهِ : لَا قِصَاصَ فِيهَا ؛ لِأَنَّهُ لَا مُقَدَّرَ^(٦) فِيهَا . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا ﴾ . وَلَئِنَّهُ أَمْكَنَ اسْتِيفَاؤَهَا بِغَيْرِ حَيْفٍ وَلَا زِيَادَةٍ ، لِأَنَّهَا يَنْتَهِي إِلَى عَظْمٍ ، فَهِيَ كَالْمَوْضِحَةِ ، وَالتَّقْدِيرُ فِي الْمَوْضِحَةِ لَيْسَ هُوَ الْمُقْتَضَى لِلْقِصَاصِ ، وَلَا عَدَمُهُ مَانِعًا ، وَإِنَّمَا كَانَ التَّقْدِيرُ فِي الْمَوْضِحَةِ لِكثَرَةِ شَيْئِهَا ، وَشَرَفِ مَحَلِّهَا ، وَهَذَا^(٧) قَدَّرَ مَا فَوْقَهَا مِنْ شِجَاجِ الرَّأْسِ وَالْوَجْهِ ، وَلَا قِصَاصَ فِيهِ ، وَكَذَلِكَ الْجَائِفَةُ أَرْضُهَا مُقَدَّرٌ ، وَلَا^(٨) قِصَاصَ فِيهَا^(٩) .

فصل : ولا يُستوفى القصاصُ فيما دون النفس بالسيف ، ولا بالية يُخشى منها

(٤) سورة البقرة ١٩٤ .

(٥) في م : أوجب .

(٦) في م : يقدر .

(٧) في ب ، م ، زيادة : ما .

(٨) في م : لا .

(٩) في م : فيه .

الزيادة ، سواء كان الجرح بها أو غيرها ؛ لأنَّ القتل إنما استوفى ^(١٠) بالسيف لأنه آتته ، وليس ثم ^(١١) شيء يُخشى التعدي إليه ، فيجب أن يستوفى ما دون النفس بآلته ^(١٢) ، ويتوفى ما يُخشى منه الزيادة إلى محل لا يجوز استيفاءه ، ولأننا منعنا / القصاص بالكلية ^(١٣) فيما يُخشى الزيادة في استيفائه . فلأنَّ نمنع الآلة التي يُخشى منها ذلك أولى . فإن كان الجرح موضحاً أو ما أشبهها ، فالموسى أو حديدة ماضية معدة لذلك ، ولا يستوفى ذلك إلا من له علمٌ بذلك ، كالجرائحي ومن أشبهه ، فإن لم يكن للولي علمٌ بذلك ، أمر بالاستناية ، وإن كان له علمٌ ، فقال القاضي : ظاهر كلام أحمد ، أنه يمكن منه ؛ لأنه أحد نوعي القصاص ، فيمكن من استيفائه إذا كان يُحسِن ، كالقتل . ويحتمل أن لا يمكن من استيفائه بنفسه ، ولا يليه إلا نائب الإمام ، أو من يستنبيه ولي الجناية . وهذا مذهب الشافعي ؛ لأنه لا يؤمن مع العداوة وقصد التشفى ^(١٤) أن يحيف ^(١٥) في الاستيفاء بما لا يمكن تلافيه ، وربما أفضى إلى النزاع والاختلاف ، بأن يدعى الجاني الزيادة وينكرها المستوفى .

فصل : وإذا أراد الاستيفاء من موضحة وشبهها ، فإن كان على موضعها شعرٌ حلّقه ، ويعمد إلى موضع الشجة من رأس المشجوج ، فيعلم منه طولها بخشبة أو خيط ، ويضعها على رأس الشاج ، ويعلم طرفيه بخط بسوادٍ أو غيره ، ويأخذ حديدة عرضها كعرض الشجة ، فيضعها في أول الشجة ، ويجرها إلى آخرها ، ويأخذ ^(١٥) مثل الشجة طولاً وعرضاً ، ولا يراعى العمق ؛ لأنَّ حده العظم ، ولو روعى العمق لتعدّر الاستيفاء ؛ لأنَّ الناس يختلفون في قلة اللحم وكثرتة ، وهذا كما يستوفى في الطرف

(١٠) في ب : (يستوفى) .

(١١) في م : (ثمة) .

(١٢) في م زيادة : (ويتوفى) .

(١٣) في ب : (للكلية) .

(١٤-١٥) في م : (الحيف) .

(١٥) سقط من : م .

بمثله^(١٦) وإن اختلفا في الصَّعْرَ والكَبِيرَ ، والدَّقَّةَ والغَلِظَ ، ويُراعى الطُّولَ والعَرْضَ ؛ لأنه مُمكنٌ ، فإن كان رأسُ الشَّاجِّ والمشجُوجِ سواءً ، استوفى قَدْرَ الشَّجَّةِ ، وإن كان رأسُ الشَّاجِّ أصغرَ ، لكانه يَتَسِعُ للشَّجَّةِ ، استوفيت وإن^(١٧) استوعب^(١٨) رأسُ الشَّاجِّ كَلَّهُ وهى في^(١٩) بعضِ رأسِ المشجُوجِ ؛ لأنه استوفاهَا بالمسَاحَةِ ، ولا يَمْنَعُ الاستيفاءُ زيادتها على مثلِ مَوْضِعِهَا من رأسِ الجاني ؛ لأنَّ الجميعَ رأسٌ^(٢٠) . وإن كان قَدْرُ الشَّجَّةِ يَزِيدُ على رأسِ الجاني ، فإنه يَسْتَوْفِي الشَّجَّةَ في^(٢١) جميعِ رأسِ الشَّاجِّ ، ولا يجوزُ أن يَنْزِلَ إلى جَبْهَتِهِ ؛ لأنه يَقْتَصُّ في عَضْوٍ آخَرَ غيرِ العَضْوِ الذى جَنَى عليه . وكذلك لا يَنْزِلُ إلى قَفَاهُ ؛ لما ذكرناه . ولا يَسْتَوْفِي بَقِيَّةَ الشَّجَّةِ في مَوْضِعٍ / آخَرَ من رأسِهِ ؛ لأنه يَكُونُ مُسْتَوْفِيًا لمَوْضِعَيْهِ ، وواضِعًا للحديدَةِ في غيرِ المَوْضِعِ الذى وَضَعَهَا فيه الجاني . واخْتَلَفَ أصحابنا في ما ذَا يَصْنَعُ ؟ فذَكَرَ^(٢٢) القاضى أنَّ ظاهِرَ كَلَامِ أبى بكرٍ ، أنَّه لا أَرشَ له فيما بَقِيَ ؛ كيلا يَجْتَمِعَ قِصَاصٌ وِدِيَّةٌ في جُرْحٍ واحِدٍ . وهذا مذهبُ أبى حنيفةَ . فعلى هذا يَتَخَيَّرُ بينَ الاستيفاءِ في جميعِ رأسِ الشَّاجِّ ولا أَرشَ له ، وبينَ العَفْوِ إلى دِيَّةٍ مُوضِحَةٍ . وقال أبو عبدِ اللهِ ابنُ حامِدٍ ، وبعضُ أصحابنا : له أَرشٌ ما بَقِيَ . وهو مذهبُ الشافعى ؛ لأنه تَعَدَّرَ القِصَاصُ فيما جَنَى عليه ، فكان له أَرشُهُ ، كما لو تَعَدَّرَ في الجميعِ . فعلى هذا ، تُقَدَّرُ شَجَّةُ الجاني من الشَّجَّةِ في رأسِ المَجْنِي عليه ، وَيَسْتَوْفِي أَرشَ الباقى ، فإن كانت بَقَدْرٍ ثَلَاثِهَا^(٢٣) فَلَهُ ثَلَاثُ أَرشٍ مُوضِحَةٍ ، وإن زادتْ أو نَقَصَتْ عن هذا فبالحِسابِ من أَرشٍ المُوضِحَةِ . ولا يَجِبُ له أَرشٌ مُوضِحَةٍ كاملةٍ ؛ لئلا يُفْضَى إلى إيجابِ القِصَاصِ وِدِيَّةٍ مُوضِحَةٍ في مُوضِحَةٍ واحِدَةٍ ، فإن أَوْضَحَهُ في جميعِ رأسِهِ ، ورأسُ

٣٧/٩

(١٦) في م : « مثله » .

(١٧) في م : « إن » .

(١٨) في م : « استوعب أن » .

(١٩) سقط من : م .

(٢٠) في م : « رأسه » .

(٢١) في م : « من » .

(٢٢) في الأصل : « قد ذكر » .

(٢٣) في الأصل : « ثلثها » .

الجاني أكبر ، فَلَمَجْنِيَّ عليه أن يُوضَحَ منه بقَدْرِ مِسَاحَةِ مُوضِحَتِهِ من أَى الطَّرْفَيْنِ شاء ؛ لِأَنَّهُ جَنَى عليه في ذلك المُوضِحِ كُلِّهِ ، وإِذَا اسْتَوْفَى قَدْرَ مُوضِحَتِهِ ، ثم تَجَاوَزَهَا ، واعْتَرَفَ أَنَّهُ عَمَدَ ذلك ، فعليه القِصاصُ في ذلك القَدْرِ ، فَإِذَا انْتَدَمَلَتْ مُوضِحَتُهُ ، اسْتَوْفَى مِنْهُ القِصاصُ في مَوْضِعِ الانْتِدَمَالِ ؛ لِأَنَّهُ مَوْضِعُ الجِنَايَةِ ، وَإِنْ ادَّعَى الخَطَأَ ، فالقولُ قولُهُ ؛ لِأَنَّهُ مُحْتَمَلٌ ، وهو أَعْلَمُ بِقَصْدِهِ ، وعليه أَرَشُ مُوضِحَةٍ .
فإن قِيلَ : فهذه المُوضِحَةُ كُلُّهَا لو كانت عُدْوَانًا لم يَجِبُ فيها إِلَّا دِيَّةٌ مُوضِحَةٍ ، فكيف يَجِبُ في بعضها دِيَّةٌ مُوضِحَةٍ ؟ قلنا : لِأَنَّ المُسْتَوْفَى ، لم يَكُنْ جِنَايَةً ، إِنَّمَا الجِنَايَةُ الزَّائِدُ ، والزائدُ لو انْفَرَدَ لَكَانَ مُوضِحَةً ، فكذلك إِذَا كان معه ما ليس بجِنَايَةٍ ، بخِلَافِ ما إِذَا كانت كُلُّهَا عُدْوَانًا ؛ فَإِنَّ الجَمِيعَ جِنَايَةٌ واحِدَةٌ .

فصل : وَإِذَا أَوْضَحَهُ في جَمِيعِ رَأْسِهِ ، ورَأْسُ الجَانِيِ أَكْبَرُ ، فَأَحَبُّ أَنْ يَسْتَوْفَى القِصاصَ بَعْضَهُ مِنْ مُقَدِّمِ الرِّأْسِ وبَعْضَهُ ^(٢٤) مِنْ مُؤَخَّرِهِ ، احْتِمَلُ أَنْ يُمْنَعَ مِنْهُ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ مُوضِحَتَيْنِ بواحدةٍ ، وَدِيَّتَهُمَا مُخْتَلِفَةً ، واحْتِمَلُ الجَوَازَ ؛ / لِأَنَّهُ لا يُجَاوِزُ مَوْضِعَ الجِنَايَةِ ولا قَدْرَهَا ، إِلَّا أَنْ يَقُولَ أَهْلُ الخِبْرَةِ : إِنَّ في ذلك زِيَادَةَ ضَرَرٍ أو شَيْنٍ ، فلا يَفْعَلُ . ولأَصْحَابِ الشافِعِيِّ كَهَذَيْنِ . فَإِنْ كان رَأْسُ المَجْنِيِّ عليه أَكْبَرَ ، فَأَوْضَحَهُ الجَانِيِ في مُقَدِّمِهِ ومُؤَخَّرِهِ مُوضِحَتَيْنِ ، قَدْرُهُمَا جَمِيعُ رَأْسِ الجَانِيِ ، فله الخِيَارُ بَيْنَ أَنْ يُوضِحَهُ مُوضِحَةً واحِدَةً في جَمِيعِ رَأْسِهِ ، أو يُوضِحَهُ مُوضِحَتَيْنِ ، يَقْتَصِرُ في كُلِّ واحِدَةٍ مِنْهُمَا على ^(٢٥) قَدْرِ مُوضِحَتِهِ ، ولا أَرَشَ لذلك ، وَجْهًا واحِدًا ؛ لِأَنَّهُ تَرَكَ الاستيفاءَ مع إمكانيه . وَإِنْ عَفَا إلى الأَرْضِ ، فله أَرَشُ مُوضِحَتَيْنِ ، وَإِنْ شاء اقْتَصَرَ مِنْ إِحْدَاهُمَا ^(٢٦) ، وَأَخَذَ دِيَّةَ الأُخْرَى .

فصل : وَإِذَا كانت الجِنَايَةُ في غَيْرِ الرِّأْسِ والوَجْهِ ، فكَانَتْ في سَاعِدٍ ، فزادَتْ على سَاعِدِ الجَانِيِ ، لم يَنْزِلْ إلى الكَفِّ ، ولم يَصْعُدْ إلى العَضِدِ ، وَإِنْ كانت

(٢٤) في ب ، م : « أو بعضه » .

(٢٥) في الأصل : « عن » .

(٢٦) في الأصل ، م : « أحدهما » .

في السَّاقِ ، لم ينزل إلى القَدَمِ ، ولم يصعد إلى الفَخْدِ ؛ لأنه عُضْوٌ آخَرُ ، فلا يقتصُّ منه ، كما لم ينزل من الرأسِ إلى الوجهِ ، ولم يصعد من الوجهِ إلى الرأسِ .

فصل : وإذا شجَّ في مُقَدِّمِ رأسِهِ أو مُؤَخَّرِهِ عَرْضًا شَجَّةً لا يَتَّسِعُ لها مثل ذلك المَوْضِعِ من رأسِ الشَّجَّ ، فأراد أن يَسْتَوْفِيَ من وَسَطِ الرأسِ ، فيما بين الأذُنَيْنِ ، لكَوْنِهِ يَتَّسِعُ لمثل تلك المَوْضِعِ ، ففيه وَجْهَانِ ؛ أحدهما ، لا يَجُوزُ ؛ لأنه غيرُ المَوْضِعِ الذي شجَّه فيه ^(٢٧) ، فلم يَجُزْ له الاستيفاءُ منه ، كما لو أمكَّنه استيفاءُ حقِّه من مَحَلِّ الشَّجَّةِ ^(٢٨) . واحتمل أن يَجُوزَ ؛ لأنَّ الرأسَ عُضْوٌ واحدٌ ، فإذا لم يُمكنه استيفاءُ حقِّه من مَحَلِّ الشَّجَّةِ ^(٢٩) ، جاز من غيره ، كما لو شجَّه في مُقَدِّمِ رأسِهِ شَجَّةً قَدَّرُها جَمِيعُ رأسِ الشَّجَّ ، جاز إتمامُ استيفائها في مُؤَخَّرِ رأسِ الجاني . وهذا منصوصٌ الشافعيُّ . وهكذا يُخرَّجُ فيما إذا كان الجُرْحُ في موضعٍ من السَّاقِ والقَدَمِ والذَّرَاعِ والعَضُدِ . وإن أمكَّن الاستيفاءُ من مَحَلِّ الجنايَةِ ، لم يَجُزْ العُدُولُ عنه ، وَجْهًا واحدًا .

١٤٤٢ - مسألة : قال : (وَكَذَلِكَ إِذَا قَطَعَ مِنْهُ طَرَفًا مِنْ مَفْصِلٍ ، قَطَعَ مِنْهُ مِثْلُ ذَلِكَ الْمَفْصِلِ ، إِذَا كَانَ الْجَانِي يُقَادُ مِنَ الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ لَوْ / قَتَلَهُ)

٣٨/٩ و

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على جَرَيَانِ الْقِصَاصِ في الْأَطْرَافِ ، وقد ثَبَتَ ذلك بقوله تعالى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ وَالْأَنْفَ بِالْأَنْفِ وَالْأُذُنَ بِالْأُذُنِ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ وَالْجُرُوحَ قِصَاصًا ﴾ ^(١) . ويخبر الربيع بنت النضر بن أنس ^(٢) ، ويشتترط لجرىان القصاص فيها شروط خمسة ؛ أحدها ، أن يكون عمدًا ، على ما أسلفناه . والثاني ، أن يكون المجنيُّ

(٢٧) سقط من : م .

(٢٨) في م : شجته .

(٢٩) في الأصل ، م : شجته .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢) تقدم في صفحة ٥٣١ .

عليه مكافئاً للجاني بحيث يُقاد به لو قتلَه . والثالث ، أن يكون الطَّرْفُ مُساوياً^(٣) للطَّرْفِ ، فلا يُؤخَذُ صَحِيحٌ بأشَلِّ ، ولا كاملةُ الأصابعِ بناقِصَةٍ ، ولا أصليَّةٌ بزائدةٍ ، ولا يُشترَطُ التَّساويُ في الدَّقَّةِ والغَلِظِ ، والصَّعْرِ والكَبْرِ ، والصَّحَّةِ والمَرَضِ ؛ لأنَّ اعتبارَ ذلك يُفضي إلى سُقُوطِ القِصاصِ بالكلِّيَّةِ . والرابع ، الاشتِراكُ في الاسمِ الخاصِّ ، فلا تُؤخَذُ يَمِينٌ بيسارٍ ، ولا يسارٌ بيمينٍ ، ولا إصْبَعٌ بمُخالفةٍ لها ، ولا جَفْنٌ أو شَفَّةٌ إلا بمثلها . والخامس ، إمكانُ الاستيفاءِ من غيرِ حَيْفٍ ، وهو أن يكونَ القَطْعُ من مَفْصِلٍ ، فإن كان من غيرِ مَفْصِلٍ فلا قِصاصَ فيه من موضعِ القَطْعِ ، بغيرِ خِلافٍ نَعْلَمُه . وقد رَوَى^(٤) نِمْرَانُ ابنُ جَارِيَةَ^(٥) ، عن أبيه ، أن رجلاً ضَرَبَ رجلاً على ساعِدِهِ بالسَّيْفِ ، ففَطَعَهَا من غيرِ مَفْصِلٍ ، فاستَعَدَى عليه النَّبِيُّ ﷺ ، فأمرَ له بالدَّيَّةِ ، فقال^(٦) : إني أريدُ القِصاصَ . قال : « تُخَذُ الدَّيَّةُ ، بَارَكَ اللهُ لَكَ فِيهَا » . ولم يَقْضِ له بالقِصاصِ . رواه ابنُ ماجه^(٧) .

فصل : وفي قَطْعِ اليَدِ ثمانِ مسائلٍ ؛ أحدها ، قَطْعُ الأصابعِ من مَفاصِلِها ، فالقِصاصُ واجبٌ ؛ لأنَّ لها مَفاصِلَ ، ويُمكنُ القِصاصُ من غيرِ حَيْفٍ ، وإن اختارَ الدَّيَّةَ فله نِصْفُها ؛ لأنَّ في كُلِّ إصْبَعٍ عَشْرَ الدَّيَّةِ . الثانيةُ ، قَطْعُها من نِصْفِ الكَفِّ ، فليس له القِصاصُ من موضعِ القَطْعِ ؛ لأنَّه ليس بمَفْصِلٍ ، فلا يُؤمَّنُ الحَيْفُ فيه . وإن أرادَ قَطْعَ الأصابعِ ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك . وهذا اختيارُ أبي بكرٍ ؛ لأنَّه يَفْتَضُّ من غيرِ مَوْضِعِ الجِنائِيَّةِ ، فلم يَجْزُ ، كما لو كانَ القَطْعُ من الكُوعِ ، يُحَقِّقُه أنَّ امْتِناعَ قَطْعِ الأصابعِ / إذا قَطَعَ من الكُوعِ ، إنَّما كانَ لَعَدِمِ المُفْتَضِّي ، أو وُجُودِ مانعٍ ، وأبُهما كانَ فهو مُتَحَقِّقٌ إذا كانَ القَطْعُ من نِصْفِ الكَفِّ . والثاني ، له قَطْعُ الأصابعِ . ذَكَرَه أصحابُنا . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّه يأخُذُ دونَ حَقِّه لِعَجْزِهِ عن

(٣) في ب ، م : « متساويا » .

(٤-٤) في الأصل ، ب : « نمران بن جابر » . وفي م : « نمر بن جابر » . والتصحيح من السنن .

(٥) في م : « قال » .

(٦) في : باب ما لا قود فيه ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٨٠ .

استيفاء حقه ، فأشبه ما لو شجّه هاشمياً ، فاستوفى موضحةً . ويفارق ما إذا قطع من الكوع ؛ لأنه أمكنه استيفاء حقه ، فلم يجر له العدول إلى غيره . وهل له حكومة في نصف الكف ؟ فيه وجهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك ؛ لأنه يجمع بين القصاص والأرض في عضو واحد ، فلم يجر ، كما لو قطع من الكوع . والثاني ، له أرض نصف الكف ؛ لأنه حتى له تعذر استيفاؤه ، فوجب أرضه ، كسائر ما هذا حاله . وإن اختار الدية ، فله نصفها ، لأن قطع اليد من الكوع لا يوجب أكثر من نصف الدية ، فمادونه أولى . الثالثة ، قطع من الكوع ، فله قطع يده من (٧) الكوع ، لأنه (٨) مفصل ، وليس له قطع الأصابع ؛ لأنه غير محل الجناية (٩) ، فلا يستوفى منه مع إمكان الاستيفاء من محلها . الرابعة ، قطع من نصف الذراع ، فليس له أن يقطع من ذلك الموضع ؛ لأنه ليس بمفصل ، وقد ذكرنا الخبر الوارد فيه ، وله نصف الدية ، وحكومة في المقطوع من الذراع . وهل له أن يقطع من الكوع ؟ فيه وجهان ، كما ذكرنا في من قطع من نصف الكف . ومن جاز له القطع من الكوع ، فعنده في وجوب الحكومة لما قطع من الذراع وجهان . ويخرج أيضا في جواز (١٠) قطع الأصابع وجهان . فإن قطع منها ، لم يكن له حكومة في الكف ؛ لأنه أمكنه أخذه قصاصاً ، فلم يكن له طلب أرضه ، كما لو كانت الجناية من الكوع . الخامسة ، قطع من المرفق ، فله القصاص منه ؛ لأنه مفصل ، وليس له القطع من الكوع ؛ لأنه أمكنه استيفاء حقه بكماله ، والاقتصاص من محل الجناية عليه ، فلم يجر له العدول إلى غيره . وإن عفا إلى الدية ، فله دية اليد ، وحكومة للساعِد . السادسة ، قطعها من العضد ، فلا قصاص فيها ، في أحد الوجهين ، / وله دية اليد ، وحكومة للساعِد وبعض العضد . والثاني ، له القصاص من المرفق . وهل له حكومة في الرائد ؟ على وجهين . وهل له القطع من الكوع ؟ يَحْتَمِلُ وجهين .

٣٩/٩

(٧) سقط من : م .

(٨) في الأصل : « لأن له » .

(٩) في ب : « للجناية » .

(١٠) سقط من : ب .

السابعة ، قطع من المنكب ، فالواجب القصاص ؛ لأنه مفصل ، وإن اختار الذية ،
 فله ذية اليد ، وحكومة لما زاد . الثامنة ، خلع عظم المنكب ، ويقال له : مشط
 الكتيف^(١١) ، فيرجع فيه إلى اثنين من ثقات أهل الخبرة ، فإن قالوا : يمكن الاستيفاء من
 غير أن تصير جائفة^(١٢) . استوفى ، وإلا صار الأمر إلى الذية . وفي جواز الاستيفاء من
 المرفق أو ما دونه مثل ما ذكرنا في نظائره . ومثل هذه المسائل في الرجل ، فالساق^(١٣)
 كالذراع ، والفخذ كالعضد ، والورك كعظم الكتيف ، والقدم كالكف .

١٤٤٣ - مسألة ؛ قال : (وليس في المأمومة ، ولا في الجائفة قصاص)

المأمومة : شجاج الرأس ، وهي التي تصل إلى جلدة الدماغ ، وتسمى تلك الجلدة
 أم الدماغ ؛ لأنها تجمعها ، فالشجة الواصلة إليها تسمى مأمومة وآمة ، لوصولها إلى أم
 الدماغ^(١) . والجائفة في البدن ، وهي التي تصل إلى الجوف . وليس فيهما^(٢) قصاص
 عند أحد من أهل العلم نعلمه ، إلا ما روى عن ابن الزبير أنه قص^(٣) من المأمومة ، فأنكر
 الناس عليه ، وقالوا : ما سمعنا أحدا قص^(٤) منها قبل ابن الزبير^(٥) . وممن لم ير في ذلك
 قصاصا مالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . وروى عن علي ، رضي الله عنه : لا
 قصاص في المأمومة^(٦) . وقاله مكحول ، والزهري ، والشعبي . وقال عطاء ،

(١) في م : « الكف » . خطأ .

(٢) سقط من : الأصل .

(٣) في م : « والساق » .

(٤) في ب زيادة : « لأنها تجمعها كالشجة الواصلة » . وهو تكرار لما سبق .

(٥) في ب ، م : « فيها » .

(٦) في ب : « اقتص » .

(٧) في الأصل : « أقص » .

(٥) أخرجه عبد الرزاق ، في : باب ما لا يستقاد ، من كتاب العقول . المصنف ٤٥٩/٩ . وابن أبي شيبة ، في : باب

من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف ٢٥٧/٩ .

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة ، في : باب من قال : لا يقاد من جائفة ولا مأمومة ولا منقلة ، من كتاب الديات . المصنف

٢٥٥/٩ .

وَالنَّحْيُ : لَا قِصَاصَ فِي الْجَائِفَةِ . وَرَوَى بِنُ مَا جِهَ ، فِي « سُنَنِه » (٧) ، عَنِ الْعَبَّاسِ بْنِ عَبْدِ الْمُطَّلِبِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ ، أَنَّهُ قَالَ : « لَا قَوْدَ فِي الْمَأْمُومَةِ ، وَلَا فِي الْجَائِفَةِ ، وَلَا فِي الْمُنْقَلَةِ » (٨) . وَلَا تَهْمَا جُرْحَانِ لَا تُؤْمَنُ الزِّيَادَةُ فِيهِمَا ، فَلَمْ يَجِبْ فِيهِمَا (٩) قِصَاصٌ ، ككَسْرِ الْعِظَامِ .

فصل : وليس في شيء من شجاج الرأس قصاصٌ سوى الموضحة ، سواء (١٠) في ذلك ما دون الموضحة ، كالحارصة ، والبازلة ، والباضية ، والمتلاحمة ، والسّمحاق ، وما فوقها ، وهي الهاشمة والمنقلة والآمة (١١) . / وبهذا قال الشافعي . فأما ما فوق الموضحة ، فلا نعلم أحداً أوجب فيها القصاص ، إلا ما روى عن ابن الزبير ، أنه أقاد من المنقلة ، وليس بثابت عنه . وممن قال به ؛ عطاء ، وقتادة ، وابن شبرمة ، ومالك ، والشافعي ، وأصحاب الرأي . قال ابن المنذر : لا أعلم أحداً خالف ذلك . ولأنهما جراحتان لا تؤمن الزيادة فيهما ، أشبهتا المأومة والجائفة . وأما ما دون الموضحة ، فقد روى عن مالك وأصحاب الرأي ، أن القصاص يجب في الدامية والباضية والسّمحاق . ولنا ، أنها جراحة لا تنتهي إلى عظيم ، فلم يجب فيها قصاص ، كالمأومة ، ولأنه لا يؤمن فيها الزيادة ، فأشبهه كسر العظام ، وبيان ذلك ، أنه إن اقتص من غير تقدير ، أفضى إلى أن يأخذ أكثر من حقه ، وإن اعتبر مقدار العمق ، أفضى إلى أن يقتص من الباضية والسّمحاق موضحة ، ومن الباضية سّمحاقاً ؛ لأنه قد يكون لحم المشجوج كثيراً ، بحيث يكون عمق باضيته (١٢) كعمق موضحة الشاج (١٣) ، أو سّمحاقه ، ولأننا لم نعتبر في الموضحة قدر عمقها ، فكذلك في غيرها . وبهذا قال الحسن ، وأبو عبيد .

ظ ٣٩/٩

(٧) في : باب ما لا قود فيه ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨١/٢ .

(٨) فرم : المنقلة .

(٩) في م : فيها .

(١٠) في م : سواء .

(١١) يأتي تعريف ذلك كله في باب ديات الجراح .

(١٢-١٣) في الأصل ، أ ، ب : « كعمق موضحة كموضحة الشاج » . وفي م : « كموضحة الشاج » . ولعل الصواب ما أتيته .

فصل : وإن كانت الشَّجَّةُ فوقَ المُوضِحَةِ ، فَأَحَبُّ أَنْ يَقْتَصَّ مُوضِحَةً ، جاز ذلك^(١٣) بغيرِ خِلافٍ بينِ أصحابِنَا . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَصِرُ^(١٤) على بعضِ حَقِّهِ^(١٥) ، وَيَقْتَصُّ مِنْ مَحَلِّ جِنَائَتِهِ ، فَإِنَّهُ إِنَّمَا يَضَعُ السِّكِّينَ فِي مَوْضِعِ وَضَعِهَا الْجَانِي ؛ لِأَنَّ سِكِّينَ الْجَانِي وَصَلَتْ إِلَى الْعَظِيمِ ، ثُمَّ تَجَاوَزَتْهُ ، بِخِلافِ قَاطِعِ السَّاعِدِ ، فَإِنَّهُ لَمْ يَضَعْ سِكِّينَهُ فِي الْكُوعِ . وهل له أَرشٌ ما زاد على المُوضِحَةِ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، ليس له ذلك . وهو اختيارُ أبي بكرٍ ؛ لِأَنَّهُ جُرْحٌ وَاحِدٌ ، فَلَا يُجْمَعُ فِيهِ بينِ قِصاصِ وَدِيَّةٍ ، كَالوَ قَطَعِ الشَّلَاءَ بِالصَّحِيحَةِ ، وكما في الأَنْفُسِ إِذَا قُتِلَ الْكَافِرُ بِالْمُسْلِمِ ، وَالْعَبْدُ بِالْحُرِّ . والثاني ، له أَرشٌ ما زاد على المُوضِحَةِ ، اختاره ابنُ حامِدٍ ، وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ الْقِصاصُ فِيهِ ، فَانْتَقَلَ إِلَى الْبَدَلِ ، كَالوَ قَطَعِ إِصْبَعِيهِ وَلَمْ يُمَكِّنِ الْاسْتِيفَاءُ إِلَّا مِنْ وَاحِدَةٍ . وفارَقَ الشَّلَاءَ بِالصَّحِيحَةِ ؛ لِأَنَّ الزِّيادَةَ ثُمَّ مِنْ حَيْثُ الْمَعْنَى ، وليست / مُتَمَيِّزَةً ، بِخِلافِ مَسْأَلَتِنَا .

و ٤٠/٩

١٤٤٤ - مسألة ؛ قال : (وَتُقَطَّعُ الْأُذُنُ بِالْأُذُنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ على أَنَّ الْأُذُنَ تُؤْخَذُ بِالْأُذُنِ ، وَذَلِكَ لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْأُذُنُ بِالْأُذُنِ ﴾^(١) . ولِأَنَّهَا تَنْتَهِي إِلَى حَدِّ فَاصِلٍ ، فَأَشْبَهَتْ الْيَدَ . وَتُؤْخَذُ الْكَبِيرَةُ بِالصَّغِيرَةِ ، وَتُؤْخَذُ أُذُنُ السَّمِيعِ بِأُذُنِ السَّمِيعِ^(٢) وَأُذُنُ الْأَصَمِّ^(٣) ، وَتُؤْخَذُ أُذُنُ الْأَصَمِّ بِكُلِّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا ؛ لِتَسَاوِيهِمَا ، فَإِنَّ ذَهَابَ السَّمْعِ نَقْصٌ فِي الرَّأْسِ ، لِأَنَّهُ مَحَلُّهُ ، وَلَيْسَ بِنَقْصٍ فِيهِمَا . وَتُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِالمَثْقُوبَةِ ؛ لِأَنَّ الثَّقْبَ لَيْسَ بِعَيْبٍ ، وَإِنَّمَا يُفْعَلُ فِي الْعَادَةِ لِلْقُرْطِ وَالتَّرْتِيْنِ بِهِ ، فَإِنْ كَانَ الثَّقْبُ فِي غَيْرِ مَحَلِّهِ ، أَوْ كَانَتْ مَحْرُومَةً ، أُخِذَتْ

(١٣) سقط من : ب .

(١٤) في ب : « مقتصر » . وفي م : « يقتصر » .

(١٥) سقط من : الأصل .

(١) سورة المائدة ٤٥ .

(٢-٣) سقط من : م .

بالصَّحِيحَةِ ، ولم تُؤخَذِ الصَّحِيحَةُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الثَّقْبَ إِذَا انْحَرَمَ صَارَ نَقْصًا فِيهَا ، وَالثَّقْبُ فِي
غَيْرِ مَحَلِّهِ عَيْبٌ ، وَيُخَيَّرُ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بَيْنَ أَخْذِ الدِّيَةِ إِلَّا قَدَّرَ النَّقْصَ ، وَبَيْنَ أَنْ يَنْقُصَ فِيمَا
سِوَى الْمَعْيِبِ وَيَتْرُكَهُ مِنْ أُذُنِ الْجَانِي . وَفِي وُجُوبِ الْحُكْمَةِ لَهُ فِي قَدْرِ النَّقْصِ (٣)
وَجِهَان . وَإِنْ قُطِعَتْ بَعْضُ أُذُنِهِ ، فَلَهُ أَنْ يَنْقُصَ مِنْ أُذُنِ الْجَانِي (٤) بِقَدْرِ مَا قُطِعَ مِنْ
أُذُنِهِ (٥) ، وَيُقَدَّرُ (٥) ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، فَيُؤْخَذُ النِّصْفُ بِالنِّصْفِ ، وَالثَّلْثُ بِالثَّلْثِ ، وَعَلَى
حِسَابِ ذَلِكَ . وَقَالَ بَعْضُ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ : لَا يُجْزَى الْقِصَاصُ فِي الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهُ لَا
يُنْتَهَى إِلَى حَدٍّ . وَلَنَا ، أَنَّهُ يُمَكِّنُ تَقْدِيرَ الْمَقْطُوعِ ، وَلَيْسَ فِيهَا كَسْرٌ عَظِيمٌ ، فَجَرَى
الْقِصَاصُ فِي بَعْضِهَا (٦) ، كَالذِّكْرِ ، وَهَذَا يَنْتَقِضُ مَا ذَكَرَهُ (٧) .

فصل : وَتُؤْخَذُ الْأُذُنُ الْمُسْتَحْشَفَةُ (٨) بِالصَّحِيحَةِ . وَهَلْ تُؤْخَذُ الصَّحِيحَةُ بِهَا ؟ فِيهِ
وَجِهَانٌ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا تُؤْخَذُ بِهَا ؛ لِأَنَّهَا نَاقِصَةٌ مَعْيِبَةٌ ، فَلَمْ تُؤْخَذْ بِهَا الصَّحِيحَةُ ، كَالْيَدِ
السَّلَاءِ وَسَائِرِ الْأَعْضَاءِ . وَالثَّانِي ، تُؤْخَذُ بِهَا ؛ لِأَنَّ الْمَقْصُودَ مِنْهَا (٩) جَمْعُ الصَّوْتِ ،
وَحِفْظُ مَحَلِّ السَّمْعِ ، وَالْجَمَالِ ، وَهَذَا يَحْصُلُ بِهَا كَحُصُولِهِ بِالصَّحِيحَةِ ، بِخِلَافِ
سَائِرِ الْأَعْضَاءِ .

فصل : وَإِنْ قُطِعَ أُذُنُهُ فَأَبَاتَهَا ، فَالصَّحِيحَةُ صَاحِبُهَا فَالْتَصَقَتْ وَبَسَّتْ ، فَقَالَ
الْقَاضِي : يَجِبُ الْقِصَاصُ . وَهُوَ قَوْلُ الثَّوْرِيِّ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَإِسْحَاقَ ؛ لِأَنَّهُ وَجِبَ
بِالْإِبَانَةِ ، وَقَدْ وَجِدَتْ الْإِبَانَةُ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا قِصَاصَ فِيهَا . وَهُوَ قَوْلُ / مَالِكٍ ؛
لِأَنَّهَا لَمْ تَبَيِّنْ عَلَى الدَّوَامِ ، فَلَمْ يَسْتَحِقَّ إِبَانَةَ أُذُنِ الْجَانِي دَوَامًا . وَإِنْ سَقَطَتْ بَعْدَ ذَلِكَ قَرِيبًا
أَوْ بَعِيدًا ، فَلَهُ الْقِصَاصُ ، وَيُرَدُّ مَا أَخَذَ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، إِذَا لَمْ تَسْقُطْ : لَهُ دِيَةٌ

٤٠/٩ ط

(٣) فِي م : : الثَّقْبُ .

(٤-٤) سَقَطَ مِنْ م :

(٥) فِي م : : وَتَقْدِيرُ .

(٦) فِي الْأَصْلِ : : بَعْضُ .

(٧) فِي الْأَصْلِ ، م : : ذَكَرَهُ .

(٨) اسْتَحْشَفَتْ الْأُذُنُ : يَسْتُ وَتَقَلَّبَتْ .

(٩) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلِ .

الأذن . وهو قول أصحاب الرأي . وكذلك قول الأولين إذا اختار الدية . وقال مالك : لا عقل لها إذا عادت مكانها ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصق ، فله أرض الجرح ، ولا قصاص فيه . وإن قطع أذن إنسان ، فاستوفى منه ، فالتصق الجاني أذنه فالتصقت ، وطلب المجنى عليه إبانته ، لم يكن له ذلك ؛ لأن الإبانة قد حصلت ، والقصاص قد استوفى ، فلم يبق له قبله حق . فأما إن كان المجنى عليه لم يقطع جميع الأذن ، إنما قطع بعضها فالتصق ، كان للمجنى عليه قطع جميعها ؛ لأنه استحق إبانة جميعها ، ولم يكن^(١٠) إبانة . والحكم في السن كالحكم في الأذن .

فضل : ومن ألصق أذنه بعد إبانته ، أو سنه ، فهل تلزمه إبانته ؟ فيه وجهان ، مبنيان على الروايتين ، فيما بان من آدمي ، هل هو نجس أو طاهر ؟ إن قلنا : هو نجس . لزمته إزالتها ،^(١١) ما لم يخف الضرر بإزالتها ، كما لو جبر عظمه بعظم نجس . وإن قلنا بطهارتها . لم تلزمه إزالتها^(١٢) . وهذا اختيار أبي بكر ، وقول عطاء بن أبي رباح ، وعطاء الخراساني ، وهو الصحيح ؛ لأنه جزء آدمي طاهر في حياته وموته ، فكان طاهراً كحالة اتصاله ، فأما إن قطع بعض أذنه فالتصقت^(١٣) ، لم تلزمه إبانته ؛ لأنها طاهرة على الروايتين جميعاً ، لأنها لم تصير ميتة ، لعدم إبانته . ولا قصاص فيها . قاله القاضي . وهو مذهب الشافعي ؛ لأنه لا يمكن المماثلة في المقطوع منها .

١٤٤٥ - مسألة ؛ قال : (وَالْأَنْفُ بِالْأَنْفِ)

وأجمعوا على جريان القصاص في الأنف أيضاً ؛ للآية والمعنى . ويؤخذ الكبير بالصغير ، والأقنى^(١) بالأفطس ، وأنف الأشم بأنف الأخصم الذي لا يشم ؛ لأن ذلك لعلة في الدماغ والأنف صحيح . كما تؤخذ أذن السميع بأذن الأصم . وإن كان

(١٠) في ب زيادة : « له » .

(١١-١٢) سقط من : ب . نقل نظر .

(١٢) في م : « فالتصق » .

(١) القنا في الأنف : ارتفاع أعلاه واحديداب وسطه وسبوغ طرفه أو تنوء وسط القصبية وضيق المنخرين .

بأنفه جُدَامٌ ، أَحَدَ بِهِ الْأَنْفُ الصَّحِيحُ ، مَا لَمْ يَسْقُطْ مِنْهُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ مَرَضٌ ، فَإِنْ سَقَطَ مِنْهُ شَيْءٌ ، لَمْ يَقْطَعْ بِهِ الصَّحِيحُ ، / إِلَّا أَنْ يَكُونَ مِنْ أَحَدِ جَانِبَيْهِ . فَيَأْخُذُ مِنَ الصَّحِيحِ مِثْلَ مَا بَقِيَ مِنْهُ ، أَوْ يَأْخُذُ أَرَشَ ذَلِكَ . وَالَّذِي يَجِبُ فِيهِ الْقِصَاصُ أَوْ الدِّيَّةُ هُوَ المَارِنُ ، وَهُوَ مَا لَانَ مِنْهُ ، دُونَ قَصَبَةِ الْأَنْفِ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ حَدٌّ يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، فَهُوَ كَالْيَدِ ، يَجِبُ الْقِصَاصُ فِيهَا مَا انْتَهَى إِلَى الكُوعِ . وَإِنْ قَطَعَ الْأَنْفُ كُلَّهُ مَعَ الْقَصَبَةِ ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي المَارِنِ ، وَحُكُومَةٌ لِلْقَصَبَةِ . هَذَا قَوْلُ ابْنِ حَامِدٍ ، وَمَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ مَعَ الْقِصَاصِ حُكُومَةٌ ؛ كَيْلَا يَجْتَمِعَ ^(١) فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ ^(٢) قِصَاصٌ وَدِيَّةٌ . وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنَّهُ لَا يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ يَضَعُ الْحَدِيدَةَ فِي غَيْرِ الْمَوْضِعِ الَّذِي وَضَعَهَا الْجَانِي فِيهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ ذَلِكَ ، كَقَوْلِهِ فِي مَنْ قَطَعَ الْيَدَ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ أَوْ الْكَفِّ . وَذَكَرَ الْقَاضِي هُنَا كَقَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، وَفِي نِظَائِرِهِ مِثْلَ قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، وَلَا يَصِحُّ التَّفْرِيقُ مَعَ التَّسَاوِي . وَإِنْ قَطَعَ بَعْضَ الْأَنْفِ ، قُدِّرَ بِالْأَجْزَاءِ ، وَأُخِذَ مِنْهُ بِقَدْرِ ذَلِكَ ، كَقَوْلِنَا فِي الْأُذُنِ ، وَلَا يُؤْخَذُ بِالمَسَاحَةِ ، لِغَلَا يُفْضَى إِلَى قَطْعِ جَمِيعِ أَنْفِ الْجَانِي لَصِغَرِهِ بِبَعْضِ أَنْفِ المَجْنُونِ عَلَيْهِ لِكِبَرِهِ ، وَيُؤْخَذُ المَنْخَرُ الْأَيْمَنُ بِالأَيْمَنِ ، وَالأَيْسَرُ بِالأَيْسَرِ ، وَلَا يُؤْخَذُ أَيْمَنُ بِأَيْسَرٍ ، وَلَا أَيْسَرُ بِأَيْمَنِ ، وَيُؤْخَذُ الْحَاجِزُ بِالْحَاجِزِ ؛ لِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْقِصَاصُ فِيهِ ، لِانْتِهَائِهِ إِلَى حَدٍّ .

١٤٤٦ - مسألة ؛ قال : (وَالذَّكْرُ بِالذَّكْرِ)

لَا نَعْلَمُ بَيْنَ أَهْلِ الْعِلْمِ خِلَافًا فِي أَنَّ الْقِصَاصَ يَجْرِي فِي الذَّكْرِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّ لَهُ حَدًّا يَنْتَهِي إِلَيْهِ ، وَيُمْكِنُ الْقِصَاصُ فِيهِ مِنْ غَيْرِ حَيْفٍ ، فَوَجِبَ فِيهِ الْقِصَاصُ ، كَالْأَنْفِ . وَيَسْتَوِي فِي ذَلِكَ ذَكَرُ الصَّغِيرِ وَالكَبِيرِ ،

(٢) فِي الْأَصْلِ ، نَبْ : بِجَمْعِ « .

(٣) فِي ب. زِيَادَةٌ : « بَيْنَ » .

(١) سُورَةُ المَائِدَةِ ٤٥ .

والشيخ والشاب ، والدَّكْرُ الكبيرُ والصغيرُ ، والصحيحُ والمرِيضُ ؛ لأنَّ ما وَجَبَ فيه القِصاصُ من الأطراف لم يَحْتَلِفْ بهذه المعاني ، كذلك الذكْرُ . ويؤخَذُ كُلُّ واحدٍ من المَحْتُونِ والأغْلِفِ بصاحبه ؛ لأنَّ العُلْفَةَ زيادةٌ تَسْتَحِقُّ إِزَالَتَهَا ، فهي كالمَعْدُومَةِ . وأمَّا ذكْرُ الحَصىِّ والعَيْنِينِ ، فَذَكَرَ الشَّرِيفُ أَنَّ غَيْرَهُمَا لا يُؤخَذُ بهما . وهو قولُ مالِكٍ ؛ لأنَّه لا مُنْفَعَةٌ فيهما ، لأنَّ العَيْنِينِ لا يَطَأُ ولا يُنْزَلُ ، والحَصىُّ لا يُولَدُ له ولا يُنْزَلُ ، ولا يَكادُ / يَقْدِرُ على الوَطْءِ ، فهما كالأشْثَلِ ، ولأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما ناقِصٌ ، فلا يُؤخَذُ به الكَامِلُ ، كالْيَدِ الناقِصَةِ بالكاملَةِ . وقال أبو الحَظَّابِ : يُؤخَذُ غَيْرُهُمَا بهما ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وهو مذهبُ الشافعيِّ ؛ لأنَّهما عُضْوَانِ صحيحانِ ، يَنْقِضَانِ^(٢) وَيَنْبَسِطَانِ ، فيؤخَذُ بهما غَيْرُهُمَا ، كَذَكَرِ الفَحْلِ غيرِ العَيْنِينِ ، وإثْمًا عَدَمُ الإِنْزَالِ لذهابِ الحُصْيَةِ ، والعُنَّةُ لِعِلَّةِ فِي الظَّهْرِ ، فلم يَمْنَعْ ذلك^(٣) من القِصاصِ بهما ، كأذِنِ الأَصَمِّ وأُتِفِ الأَحْشَمِ . وقال القاضي : لا يُؤخَذُ ذَكَرُ الفَحْلِ بالحَصىِّ ؛ لِتَحَقُّقِ نَقْصِهِ ، والإِيَّاسِ من بُرْثِهِ . وفي أُخْذِهِ بِذَكَرِ العَيْنِينِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يُؤخَذُ به غَيْرُهُ ؛ لأنَّه غَيْرُ ما يُؤسُّ من زَوَالِ عُنَّتِهِ ، ولذلك يُوجَلُ سَنَةٌ ، بِخِلَافِ الحَصىِّ^(٤) . والصحيحُ الأوَّلُ ؛ (٥) فَإِنَّهُ إِذَا تَرَدَّدَتِ الحَالُ بَيْنَ كَوْنِهِ مُساوِيًا لِلآخَرِ وَعَدَمِهِ ، لم يَجِبِ القِصاصُ ، لأنَّ الأَصْلَ عَدَمُهُ ، فلا يَجِبُ بالشُّكِّ ، سِيَّما وقد حَكَمْنَا بِإِتِّفَاقِ التَّساوِيِ ، لِقِيَامِ الدَّلِيلِ على عُنَّتِهِ ، وَثُبُوتِ عَمِيهِ . وَيُؤخَذُ كُلُّ واحدٍ من الحَصىِّ والعَيْنِينِ بِمِثْلِهِ ؛ لِتَساوِيِهِمَا ، كما يُؤخَذُ العَبْدُ بالعَبْدِ ، والذَّمِّيُّ بالذَّمِّيِّ .

فصل : وَيُؤخَذُ بَعْضُهُ بِبَعْضِهِ^(٦) ، وَيُعْتَبَرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ دُونَ المِسَاحَةِ ، فيؤخَذُ

(٢) في م : « ينقضان » .

(٣) سقط من : الأصل .

(٤) في الأصل ، ب : « الحصى » .

(٥-٥) في م : « فإذا » .

(٦) في ب : « ببعض » .

النَّصْفُ بِالنِّصْفِ ، والرُّبْعُ بِالرُّبْعِ ، وما زاد أو نَقَصَ فبحسَابِ (٧) ذلك ، على ما ذكرناه في الأَنْفِ والأَذْنِ .

١٤٤٧ - مسألة ؛ قال : (والأَنْثِيَانِ بِالْأَنْثِيَيْنِ)

ويَجْرِي القِصَاصُ فِي الأَنْثِيَيْنِ ؛ لما ذكرنا من النَّصِّ والمعْنَى . ولا (١) نَعْلَمُ فِيهِ خِلافاً ، فَإِن قَطَعَ إِحْدَاهُمَا ، وَقَالَ أَهْلُ الخَبْرَةِ ، إِنَّهُ مُمَكِّنٌ أَخْذُهَا مَعَ سِلاْمَةِ الأُخْرَى . جاز . فَإِن قالوا : لا يُؤْمَنُ تَلْفُ الأُخْرَى . لم تُؤْخَذْ خَشْيَةُ الحَيْفِ ، وَيَكُونُ فِيها نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِن أُمِنَ تَلْفُ الأُخْرَى ، أُخِذَتِ اليَمْنَى بِالْيَمْنَى ، وَالْيُسْرَى بِالْيُسْرَى ؛ لما ذكرناه فِي غَيْرِها .

فصل : فِي القِصَاصِ فِي شَفْرَى المِراةِ وَجِهانِ ؛ أَحْدَهُما (٢) ، لا قِصَاصَ فِيها ؛ لِأَنَّهُ لَحْمٌ لا مَفْصِلَ لَهُ يَنْتَهِي إِليه ، فلم يَجِبْ فِيهِ قِصَاصٌ ، كَلَحْمِ الفَخِذَيْنِ . هَذَا قَوْلُ القَاضِي . والثَّانِي ، فِيها / القِصَاصُ ؛ لِأَنَّ انْتِهاءَهُما مَعروفٌ ، فَأَشْبَهَا الشَّقَتَيْنِ وَجَفَنِي العَيْنَيْنِ (٣) . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي الحَطَّابِ . وَأَصْحابِ الشَّافِعِيِّ وَجِهانِ ، كَهَذَيْنِ .

و٤٢/٩

فصل : إِن قَطَعَ ذَكَرٌ حُنْتَى مُشْكِلا ، أَوْ أَنْثِيَةً ، أَوْ شَفْرِيَةً ، فاختارَ القِصَاصَ ، لم يَكُنْ لَهُ قِصَاصٌ فِي الحِلالِ ، وَيَقِفُ الأَمْرُ حَتَّى يَتَيَّنَ حالُهُ ؛ لِأَنَّا لا نَعْلَمُ أَنَّ المَقْطُوعَ عَضُو أَصْلِيٌّ . وَإِن اخْتارَ الدِّيَةَ ، وَكان يُرْجَى انْكِشافُ حالِهِ ، أُعْطِيَتْها اليَقِينُ ، فَيَكُونُ لَهُ حُكُومَةٌ فِي المَقْطُوعِ . وَإِن كان قد قَطَعَ جَمِيعَها ، فَلَهُ دِيَةٌ امْرَأَةٍ فِي الشَّفْرَيْنِ ، وَحُكُومَةٌ فِي الذِّكْرِ والأَنْثِيَيْنِ . وَإِن يُسَّ مِنْ انْكِشافِ حالِهِ ، أُعْطِيَ نِصْفَ دِيَةِ الذِّكْرِ والأَنْثِيَيْنِ ، وَنِصْفَ دِيَةِ الشَّفْرَيْنِ ، وَحُكُومَةٌ فِي نِصْفِ ذاك كُلِّهِ .

(٧) فِي م : ؛ فبحسب ؛ .

(١) سَقَطَتِ الوِاوُ مِنْ : م .

(٢) فِي م : ؛ وَأَحْدَهُما ؛ .

(٣) فِي م : ؛ العَيْنِ ؛ .

فصل : يَجِبُ الْقِصَاصُ فِي الْأَلْيَتَيْنِ النَّاتِيَتَيْنِ بَيْنَ الْفَخِذَيْنِ وَالظَّهْرِ بِجَانِبِي الدَّبْرِ .
وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيِّ . وقال المُرزِيُّ : لا قِصَاصَ فِيهِمَا ؛ لِأَنَّهُمَا لَحْمٌ مُتَّصِلٌ
بِلَحْمٍ ، فَأَشْبَهَ لَحْمَ الْفَخِذِ . ولنا ، قوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(٤) . ولأنَّ لهما
حَدًّا يَنْتَهِيانِ إِلَيْهِ ، فَجَرَى الْقِصَاصُ فِيهِمَا ، كَالذِّكْرِ وَالْأُنثِيِّينِ .

١٤٤٨ - مسألة ؛ قال : (وَثَقُلْعُ الْعَيْنِ بِالْعَيْنِ)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقِصَاصِ فِي الْعَيْنِ ، وَمَنْ بَلَّغْنَا قَوْلَهُ فِي ذَلِكَ مَسْرُوقٌ ،
والْحَسَنُ ، وَابْنُ سَيْرِينَ ، وَالشَّعْبِيُّ ، وَالنَّخَعِيُّ ، وَالزُّهْرِيُّ ، وَالنُّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ . وَرَوَى عَنْ عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .
وَالْأَصْلُ فِيهِ قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ ^(١) . وَلِأَنَّهَا تَنْتَهِي إِلَى مَفْصِلٍ ، فَجَرَى
الْقِصَاصُ فِيهَا كَالْيَدِ . وَتُوخِّدُ عَيْنُ الشَّابِّ بَعَيْنَ الشَّيْخِ ^(٢) الْمَرِيضَةِ ، وَعَيْنُ الْكَبِيرِ بَعَيْنِ
الصَّغِيرِ وَالْأَعْمَشِ ، وَلَا تُوْخِّدُ صَاحِبَةً بِقَائِمَةٍ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ أَكْثَرَ مِنْ حَقِّهِ .

فصل : فَإِنْ قَلَعُ عَيْنَهُ بِإِصْبَعِهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَصَّ بِإِصْبَعِهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُ الْمُمَاتِلَةَ
فِيهِ . وَإِنْ لَطَمَهُ فَذَهَبَ ضَوْؤُ عَيْنِهِ ، لَمْ يَجُزْ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهُ ^(٣) بِاللُّطْمَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُمَاتِلَةَ فِيهَا
غَيْرُ مُمَكِّنَةٍ ، وَلِهَذَا لَوْ انْفَرَدَتْ مِنْ إِذْهَابِ الضَّوْءِ ، لَمْ يَجِبْ فِيهَا قِصَاصٌ ، وَيَجِبُ
الْقِصَاصُ / فِي الْبَصْرِ ^(٤) ، فَيُعَالَجُ بِمَا يَذْهَبُ بِبَصَرِهِ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَقْلَعُ عَيْنَهُ ، كَارْوَى بِحَيْ
ابْنِ جَعْدَةَ ، أَنَّ أَعْرَابِيًّا قَدِمَ بِحُلُوبَةٍ ^(٥) لَهُ إِلَى الْمَدِينَةِ ، فَسَاوَمَهُ فِيهَا مَوْلَى لِعَثْمَانَ بْنِ عَفَّانَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَنَارَعَهُ ، فَلَطَمَهُ ، فَفَقَأَ عَيْنَهُ ، فَقَالَ لَهُ عَثْمَانُ : هَلْ لَكَ أَنْ

ظ ٤٢/٩

-
- (٤) سورة المائدة ٤٥ .
(١) سورة المائدة ٤٥ .
(٢) في م : « الكبير » .
(٣) سقط من : ب .
(٤) في ب : « البصر » .
(٥) في الأصل : « بحكومة » .

أَضَعَفَ لَكَ الدِّيَةَ ، وَتَعَفَّوْا عَنْهُ ؟ فَأَبَى ، فَرَفَعَهُمَا إِلَى عَلِيٍّ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ، فَدَعَا عَلِيٌّ
بِامْرَأَةٍ فَأَحْمَاهَا ، ثُمَّ وَضَعَ الْقُطْنَ عَلَى عَيْنِهِ الْأُخْرَى ، ثُمَّ أَخَذَ الْمِرَاةَ بِكَلْبَتَيْنِ ، فَأَذْنَاهَا مِنْ
عَيْنِهِ حَتَّى سَالَ إِنْسَانٌ عَنْهُ . وَإِنْ وَضَعَ فِيهَا كَافُورًا يَذْهَبُ بِضَوْنِهَا مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْنِبَ عَلَى
الْحَدَقَةِ ، جَاز . وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا بِالْجَنَابَةِ عَلَى الْعُضْوِ ، سَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِتَعَدُّرِ
الْمُمَاثِلَةِ . وَذَكَرَ الْقَاضِي أَنَّهُ يَقْتَضُ مِنْهُ بِاللُّطْمَةِ ، فَيَلْطِمُهُ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ مِثْلَ لَطْمَتِهِ ،
فَإِنْ ذَهَبَ ضَوْؤُ عَيْنِهِ ، وَإِلَّا كَانَ لَهُ أَنْ يُذْهِبَهُ بِمَا ذَكَرْنَا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَهَذَا لَا
يَصِحُّ ؛ فَإِنَّ اللَّطْمَةَ لَا يُقْتَضُ مِنْهَا مُنْفَرِدَةً ، فَلَا يُقْتَضُ مِنْهَا إِذَا سَرَتْ إِلَى الْعَيْنِ ، كَالشَّجَّةِ
إِذَا^(٦) كَانَتْ دُونَ الْمُوضِحَةِ ، وَلِأَنَّ اللَّطْمَةَ إِذَا لَمْ تَكُنْ فِي الْعَيْنِ ، لَا يُقْتَضُ مِنْهَا بِمِثْلِهَا مَعَ
الْأَمْنِ مِنْ إِفْسَادِ الْعُضْوِ ، فَفِي^(٧) الْعَيْنِ مَعَ^(٨) خَوْفِ ذَلِكَ أَوْلَى ، وَلِأَنَّ قِصَاصَ فِيمَا دُونَ
النَّفْسِ ، فَلَمْ يَجُزْ بِغَيْرِ آلِيَةِ الْمُعَدَّةِ لَهُ^(٩) ، كَالْمُوضِحَةِ . وَقَالَ الْقَاضِي : لَا^(١٠) يَجِبُ
الْقِصَاصُ ، إِلَّا أَنْ تَكُونَ اللَّطْمَةُ تَذْهَبُ بِذَلِكَ غَالِبًا ، فَإِنْ كَانَتْ لَا تَذْهَبُ بِهِ غَالِبًا
فَذَهَبَ ، فَهُوَ شَيْءٌ عَمْدٌ لَا قِصَاصَ فِيهِ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهُ فِعْلٌ لَا يُفْضِي إِلَى
الْفَوَاتِ غَالِبًا ، فَلَمْ يَجِبْ بِهِ الْقِصَاصُ ، كَشَيْءِ الْعَمْدِ فِي النَّفْسِ . وَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : يَجِبُ
الْقِصَاصُ بِكُلِّ حَالٍ ؛ لِعَمُومِ قَوْلِهِ : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ . وَلِأَنَّ اللَّطْمَةَ إِذَا أَسَالَتْ
إِنْسَانَ الْعَيْنِ ، كَانَتْ بِمَنْزِلَةِ الْجُرْحِ ، وَلَا يُعْتَبَرُ فِي الْجُرْحِ الْإِفْضَاءُ إِلَى التَّلْفِ غَالِبًا .

فصل : فَإِنْ^(١١) لَطَمَ عَيْنَهُ ، فَذَهَبَ بَصَرُهَا ، وَابْيَضَّتْ ، وَشَخَصَتْ ، فَإِنْ أَمَكَّنَ
مُعَالَجَةَ عَيْنِ الْجَانِي حَتَّى يَذْهَبَ بَصَرُهَا وَتَبَيَّضَ وَتَشَخَّصَ ، مِنْ غَيْرِ جَنَابَةٍ عَلَى الْحَدَقَةِ ،

(٦) ق م : (إن) .

(٧) ق م : (في) .

(٨) ق م : (فع) .

(٩) سقط من : ب ، م .

(١٠) سقط من : الأصل .

(١١) ق م : (فلو) .

فَعَلَ ذَلِكَ ، وَإِنْ لَمْ يُمَكِّنْ إِلَّا ذَهَابُ بَعْضِ ذَلِكَ ، مِثْلَ ذَهَابِ ^(١٢) الْبَصْرِ دُونَ أَنْ تَبْيَضَّ وَتَشْخَصَ ، فَعَلِيهِ حُكُومَةٌ لِلَّذِي لَمْ يُمَكِّنِ الْقِصَاصُ فِيهِ ، كَالْوَجْرَحَةِ ^(١٣) هَاشِمَةً ، فَإِنَّهُ يَقْتَصُّ / مُوضِحَةً ، وَيَأْخُذُ أَرْضَ بَاقِي جَرْحِهِ . وَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، لَا يُسْتَحَقُّ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضٌ . وَقَالَ الْقَاضِي : إِذَا اقْتَصَّ مِنْهُ - يَعْنِي لَطَمَهُ مِثْلَ لَطَمَتِهِ - فَذَهَبَ ضَوْؤُهُ عَيْنِهِ ، وَلَمْ تَبْيَضَّ ، وَلَمْ تَشْخَصْ ، فَإِنْ أَمَكَّنْ مُعَالَجَتَهَا حَتَّى تَبْيَضَّ وَتَشْخَصَ ، مِنْ غَيْرِ ذَهَابِ الْحَدَقَةِ ، فَعَلَهُ ، وَإِنْ تَعَدَّرَ ذَلِكَ ، فَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ ، كَالْوَأْنِدْمَلَتِ مُوضِحَةً الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ وَحِشَّةَ قَبِيحَةٍ ، وَمُوضِحَةَ الْجَانِي حَسَنَةً جَمِيلَةً ، لَمْ يَجِبْ شَيْءٌ ، كَذَلِكَ هُنَا ، وَهَذَا بِنَاءُهُ عَلَى أَنَّ اللَّطْمَةَ حَصَلَ بِهَا الْقِصَاصُ ، كَمَا حَصَلَ بِجُرْحِ الْمُوضِحَةِ ، وَقَدْ بَيَّنَّا فَسَادَ هَذَا .

فصل : وَإِنْ شَجَّهُ شَجَّةٌ دُونَ الْمُوضِحَةِ ، فَأَذْهَبَ ضَوْؤُهُ عَيْنَهُ ، لَمْ يَقْتَصَّ مِنْهُ مِثْلَ شَجَّتِهِ ، بَغَيْرِ خِلَافٍ نَعْلَمُهُ ؛ لِأَنَّهَا لَا قِصَاصَ فِيهَا إِذَا لَمْ يَذْهَبْ ضَوْؤُ الْعَيْنِ ، فَكَذَلِكَ إِذَا ذَهَبَ ، وَيُعَالَجُ ضَوْؤُ الْعَيْنِ بِمِثْلِ مَا ذَكَرْنَا فِي ^(١٤) اللَّطْمَةِ . وَإِنْ كَانَتِ الشَّجَّةُ فَوْقَ الْمُوضِحَةِ ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مُوضِحَةً . وَهَلْ لَهُ أَرْضُ الزِّيَادَةِ عَلَيْهَا ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَإِنْ ذَهَبَ ضَوْؤُ الْعَيْنِ ، وَإِلَّا اسْتَعْمَلَ فِيهِ مَا يُزِيلُهُ مِنْ غَيْرِ أَنْ يَجْنِيَ عَلَى الْحَدَقَةِ . وَإِنْ شَجَّهُ مُوضِحَةً ، فَلَهُ أَنْ يَقْتَصَّ مِنْهَا . وَحُكْمُ الْقِصَاصِ فِي الْبَصْرِ عَلَى مَا ذَكَرْنَا مِنْ قَبْلُ . وَاخْتَلَفَ أَصْحَابُ الشَّافِعِيِّ فِي الْقِصَاصِ فِي الْبَصْرِ ، فِي هَذِهِ الْمَوَاضِعِ كُلِّهَا ، فَقَالَ بَعْضُهُمْ : لَا قِصَاصَ فِيهِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجِبُ بِالسَّرَايَةِ ، كَالْوَقْطَعِ إِصْبَعَهُ ، فَسَرَى الْقَطْعُ إِلَى التِّي تَلِيهَا ، فَأَذْهَبَهَا عَنْهُمْ . وَقَالَ بَعْضُهُمْ : يَجِبُ الْقِصَاصُ هُنَا ، قَوْلًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ ضَوْؤَ الْعَيْنِ لَا تُمَكِّنُ مُبَاشَرَتَهُ بِالْجِنَايَةِ ، فَيَقْتَصُّ مِنْهُ بِالسَّرَايَةِ ، كَالنَّفْسِ ، فَيَقْتَصُّ مِنَ الْبَصْرِ بِمَا ^(١٥) ذَكَرْنَا فِيمَا قَبْلَ هَذَا .

(١٢) فِي م : « أَنْ يَذْهَبَ » .

(١٣) فِي م : « جَرْح » .

(١٤) فِي ب : « مِنْ » .

(١٥) فِي م : « كَمَا » .

فصل : إذا قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فَلَا قَوْدَ ، وَعَلَيْهِ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . رُوِيَ ذَلِكَ عَنْ
عَمْرَ ، وَعَثْمَانَ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا^(١٦) . وَبِهِ قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيَّبِ ، وَعَطَاءٌ . وَقَالَ
الْحَسَنُ وَالتَّحَعِيُّ : إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ وَأَعْطَاهُ نِصْفَ دِيَّةٍ . وَقَالَ مَالِكٌ : إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ ، وَإِنْ
شَاءَ أَخَذَ دِيَّةً كَامِلَةً . وَقَالَ مَسْرُوقٌ وَالشَّعْبِيُّ ، وَابْنُ سَيْرِينَ ، وَابْنُ مَعْقِلٍ^(١٧) ، وَالثَّوْرِيُّ ،
وَالشَّافِعِيُّ ، وَأَصْحَابُ الرَّأْيِ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ : لَهُ الْقِصَاصُ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ . وَإِنْ عَفَا ،
فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَّةِ ، لِقَوْلِ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنُ بِالْعَيْنِ ﴾ . وَجَعَلَ النَّبِيُّ ﷺ فِي
/ الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةَ^(١٨) . وَلَأَنَّهَا إِحْدَى شَيْئَيْنِ فِيهِمَا الدِّيَّةُ ، فَوَجِبَ الْقِصَاصُ مِمَّنْ لَهُ
وَاحِدَةٌ ، أَوْ نِصْفُ الدِّيَّةِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَهُ يَدَانِ . وَلَنَا ، قَوْلُ عَمْرٍ وَعَثْمَانَ ،
رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ،^(١٩) وَلَمْ نَعْرِفْ لِهَذَا مُخَالَفًا^(٢٠) فِي عَصْرِهِمَا ، وَلَأَنَّهُ لَمْ يَذْهَبْ بِجَمِيعِ^(٢١)
بَصَرِهِ ، فَلَمْ يَجُزْ لَهُ الْاِقْتِصَاصُ مِنْهُ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، كَمَا لَوْ كَانَ ذَا عَيْنَيْنِ . وَأَمَّا إِذَا قَطَعَ يَدَ
الْأَقْطَعِ ، فَلَنَا فِيهِ مَنَعٌ ، وَمَعَ التَّسْلِيمِ ، فَالْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ يَدَ الْأَقْطَعِ لَا تَقُومُ مَقَامَ الْيَدَيْنِ فِي
النَّفْعِ الْحَاصِلِ بِهِمَا ، بِخِلَافِ عَيْنِ الْأَعْوَرِ ، فَإِنَّ النَّفْعَ الْحَاصِلَ بِالْعَيْنَيْنِ حَاصِلٌ بِهَا ، وَكُلُّ
حُكْمٍ يَتَعَلَّقُ بِصَحِيحِ الْعَيْنَيْنِ ، يَثْبُتُ فِي الْأَعْوَرِ مِثْلَهُ ، وَهَذَا صَحَّ عَقْدُهُ فِي الْكُفَّارَةِ دُونَ
الْأَقْطَعِ . فَأَمَّا وَجُوبُ الدِّيَّةِ كَامِلَةً عَلَيْهِ ، وَهُوَ قَوْلُ مَالِكٍ ، فَلَأَنَّهُ لَمَّا دُفِعَ عَنْهُ الْقِصَاصُ
مَعَ إِمْكَانِهِ لِفَضِيلَتِهِ ، ضُوعِفَتِ الدِّيَّةُ عَلَيْهِ ، كَالْمُسْلِمِ إِذَا قَتَلَ ذِمِّيًّا عَمْدًا . وَلَوْ قَلَعَ
الْأَعْوَرُ إِحْدَى عَيْنَيْ الصَّحِيحِ خَطَأً ، لَمْ يَلْزَمْهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَّةِ ، بِغَيْرِ اخْتِلَافٍ ؛ لِغَدَمِ
الْمَعْنَى الْمُقْتَضِي لِتَضْعِيفِ الدِّيَّةِ .

(١٦) أخرجه عن عمر وعثمان عبد الرزاق ، في : باب الأعور يصيب عين الإنسان ، من كتاب العقول . المصنف
٣٣٠/٩ ، ٣٣١ . وأخرجه عن عثمان ، البيهقي ، في : باب الصحيح يصيب عين الأعور ... ، من كتاب
الديات . السنن الكبرى ٩٤/٨ .

(١٧) في النسخ : « مغفل » . وتقدم في : ٢٦١/٣ .

(١٨) أخرجه النسائي ، في : باب ذكر حديث عمرو بن حزم في العقول واختلاف الناقلين له ، من كتاب القسامة
المجتبى ٥٢/٨ . والدارمي ، في : باب كم الدية من الإبل ، من كتاب الديات . سنن الدارمي ١٩٣/٢ .

(١٩-١٩) في الأصل : « يعرف لهما مخالف » .

(٢٠) في ب : « جميع » .

فصل : ولو قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنَ مِثْلِهِ ، ففيه الْقِصَاصُ ، بغيرِ خِلافٍ ؛ لِتَسَاوِيهِمَا مِنْ كُلِّ وَجْهِ ، إِذَا كَانَتِ الْعَيْنُ مِثْلَ الْعَيْنِ ، فِي كَوْنِهَا يَمِينًا أَوْ يَسَارًا . وَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَّةِ ، فَلَهُ جَمِيعُهَا ، وَكَذَلِكَ إِنْ قَلَعَهَا خَطَأً ، أَوْ عَفَا بَعْضُ مُسْتَحِقِّي الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ قَلَعَ عَيْنِي صَحِيحٌ .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ الْأَعْوَرُ عَيْنِي صَحِيحٌ ، فَقَالَ الْقَاضِي : هُوَ مُخَيَّرٌ ، إِنْ شَاءَ اقْتَصَرَ وَلَا شَيْءَ لَهُ سِوَى ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ أَخَذَ جَمِيعَ بَصَرِهِ ^(٢١) بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ^(٢١) ، فَإِنْ اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، فَلَهُ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ؛ لِقَوْلِ النَّبِيِّ ﷺ : « وَفِي الْعَيْنَيْنِ الدِّيَّةُ » . وَلِأَنَّهُ ^(٢٢) لَمْ يَتَعَدَّرِ الْقِصَاصُ ، فَلَمْ تَنْضَاعِفِ الدِّيَّةُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدَ صَحِيحٍ ، أَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاجِّ أَصْعَرَ ، أَوْ يَدُ الْقَاطِعِ أَنْقَصَ . وَقَالَ الْقَاضِي : يَفْتَضِي الْفِقْهُ أَنْ يَلْزَمَهُ دِيَّتَانِ ، إِحْدَاهُمَا لِلْعَيْنِ الَّتِي تُقَابِلُ عَيْنَهُ ، وَالدِّيَّةُ الثَّانِيَةُ لِأَجْلِ الْعَيْنِ النَّاتِيَةِ ؛ لِأَنَّهَا عَيْنٌ أَعْوَرٌ . وَالصَّحِيحُ مَا قُلْنَا ، وَهُوَ قَوْلُ أَكْثَرِ أَهْلِ الْعِلْمِ ، وَأَشَدُّ مُوَافَقَةً لِلنُّصُوصِ ، وَأَصْحَحُ فِي الْمَعْنَى .

فصل : وَإِنْ قَلَعَ صَحِيحُ الْعَيْنَيْنِ عَيْنَ أَعْوَرَ ، فَلَهُ الْقِصَاصُ مِنْ مِثْلِهَا ، وَيَأْخُذُ نِصْفَ الدِّيَّةِ . نَصٌّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ؛ لِأَنَّهُ ذَهَبَ بِجَمِيعِ بَصَرِهِ ، وَأَذْهَبَ الضُّوْءَ الَّذِي بَدَلَهُ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ، وَقَدْ تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ جَمِيعِ الضُّوْءِ ، إِذْ لَا يُمَكِّنُ أَخْذَ عَيْنَيْنِ بَعَيْنٍ وَاحِدَةٍ ، وَلَا أَخْذَ يَمِينٍ يَسْرَى ، فَوَجِبَ الرَّجُوعُ بِبَدَلِ نِصْفِ الضُّوْءِ . وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ لَيْسَ لَهُ إِلَّا الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ زِيَادَةٍ ، أَوْ الْعَفْوُ إِلَى ^(٢٣) الدِّيَّةِ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ الْأَشْلُ يَدًا صَحِيحَةً ، وَلِأَنَّ الزِّيَادَةَ هُنَا غَيْرُ مُتَمَيِّزَةٍ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهَا بَدَلٌ ، كَزِيَادَةِ الصَّحِيحَةِ عَلَى الشَّلَاءِ ، هَذَا مَعَ عُمُومِ قَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾ .

(٢١-٢١) سقط من : ب ، م .

(٢٢) في م : لأنه .

(٢٣) في الأصل ، م : على .

فصل : وإن قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَهُ يَدَانِ ، فعليه الْقِصَاصُ . وإن قُطِعَتْ رِجْلُ الْأَقْطَعِ أَوْ يَدُهُ ، فله الْقِصَاصُ أَوْ نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ يَدَ الْأَقْطَعِ لَا تَقُومُ مَقَامَ يَدَيْهِ فِي الْإِثْتِمَاعِ وَالْبَطْشِ ، وَلَا يُجْزَى فِي الْعِتْقِ عَنِ الْكُفَّارَةِ ، بخلاف عَيْنِ الْأَعْوَرِ ، فَإِنَّهَا تَقُومُ مَقَامَ عَيْنَيْهِ جَمِيعًا . وقال القاضي : إن كانت المَقْطُوعَةُ أَوْ لَا قُطِعَتْ ظُلْمًا أَوْ قِصَاصًا ، ففي الباقية نِصْفُ الدِّيَةِ ، رواية واحدة ، وإن كانت الْأُولَى قُطِعَتْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ ، ففي الثانية روايتان ؛ إحداهما ، نِصْفُ الدِّيَةِ ، والثانية دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّهُ عَطَّلَ مَنَافِعَهُ مِنَ الْعَضْوَيْنِ جَمَلَةً ، وَأَمَّا إِنْ قَطَعَ الْأَقْطَعُ يَدَ مَنْ لَيْسَ بِأَقْطَعٍ ، فَإِنْ قُلْنَا : إِنَّ فِي يَدِ الْأَقْطَعِ دِيَّةً كَامِلَةً . فَلَا قِصَاصَ . وَإِنْ قُلْنَا : لَا تَكْمُلُ فِيهَا الدِّيَةُ . فَلِالْقِصَاصِ وَاجِبٍ فِيهَا . وَاللَّائِقُ بِالْفِقْهِ مَا ذَكَرْنَاهُ أَوْلَا ، وَالتَّعْلِيلُ بِتَفْوِيتِ مَنَفْعَةِ الْعَضْوَيْنِ يَنْتَقِضُ بِمَا إِذَا قُطِعَتِ الْأُولَى قِصَاصًا ، وَالْقِيَاسُ عَلَى عَيْنِ الْأَعْوَرِ غَيْرُ صَحِيحٍ ؛ لِمَا بَيْنَهُمَا مِنَ الْفَرْقِ . فَأَمَّا إِنْ قُطِعَتْ أُذُنٌ مِنْ قَدِّ (٢٤) قُطِعَتْ إِحْدَى أُذُنَيْهِ ، فَلَيْسَ لَهُ إِلَّا نِصْفُ الدِّيَةِ ، رواية واحدة . وَإِنْ قُطِعَ هُوَ أُذُنَ ذِي أُذُنَيْنِ ، وَجَبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، بغيرِ خِلافٍ عَلِمْنَاهُ ، لَا فِي الْمَذْهَبِ وَلَا فِي غَيْرِهِ ؛ لِأَنَّ نَفْعَ كُلِّ أُذُنٍ لَا يَتَعَلَّقُ بِالْأُخْرَى .

فصل : وَيُؤْخَذُ الْجَفْنُ بِالْجَفْنِ ؛ لِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ (٢٥) . وَلِأَنَّهُ يُمَكِّنُ الْقِصَاصُ فِيهِ ، لِإِنْتِهَائِهِ إِلَى مَفْصِلٍ . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . / وَيُؤْخَذُ جَفْنُ الْبَصِيرِ بِجَفْنِ الْبَصِيرِ وَالضَّرِيرِ ، وَجَفْنُ الضَّرِيرِ بِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي السَّلَامَةِ مِنَ النُّقْصِ ، وَعَدَمِ الْبَصَرِ نَقْصٌ فِي غَيْرِهِ ، لَا (٢٦) يَمْنَعُ أَحَدُهُمَا بِالْآخَرِ ، كَالأُذُنِ إِذَا عَدِمَ السَّمْعُ مِنْهَا .

ظ ٤٤/٩

١٤٤٩ - مسألة ؛ قال : (وَالسَّنُّ بِالسَّنِّ)

(٢٤) سقط من : ب ، م .

(٢٥) سورة المائدة ٤٥ .

(٢٦) في م : ؛ لِأَنَّهُ .

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى الْقِصَاصِ فِي السُّنِّ ؛ لِلآيَةِ وَحَدِيثِ الرَّبِيعِ ^(١) ، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ فِيهَا مُمَكِّنٌ ، لِأَنَّهَا مَحْدُودَةٌ فِي نَفْسِهَا ، فَوَجَبَ فِيهَا الْقِصَاصُ كَالْعَيْنِ . وَتُؤَخَذُ الصَّحِيحَةُ بِالصَّحِيحَةِ ، وَتُؤَخَذُ الْمَكْسُورَةُ بِالصَّحِيحَةِ ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ بَعْضُ حَقِّهِ ، وَهَلْ يَأْخُذُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْضَ الْبَاقِي ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ، ذَكَرْنَاهُمَا فِيمَا مَضَى .

فصل : وَلَا يُقْتَصُّ إِلَّا مِنْ سِنَّ مَنْ أُنْعَرَ ، أَى سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ ، ثُمَّ نَبَتْ . يُقَالُ لِمَنْ سَقَطَتْ رَوَاضِعُهُ : نُعِرَ ، فَهُوَ مَثْعُورٌ . فَإِذَا نَبَتْ قِيلَ : أُنْعَرَ . لُعْنَانٌ . وَإِنْ قُلِعَ سِنَّ مَنْ لَمْ يُنْعَرَ ، لَمْ يُقْتَصَّ مِنَ الْجَانِبِي فِي الْحَالِ . وَهَذَا قَوْلُ مَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ ، وَأَصْحَابِ الرَّأْيِ ؛ لِأَنَّهَا تَعُودُ بِحُكْمِ الْعَادَةِ ، فَلَا يُقْتَصُّ مِنْهَا كَالشَّعْرِ ، ثُمَّ إِنْ عَادَ بَدَلُ السُّنِّ فِي مَحَلِّهَا مِثْلُهَا عَلَى صِفَتِهَا ، فَلَا شَيْءَ عَلَى الْجَانِبِي ، كَمَا لَوْ قَلَعَ شَعْرَةً ثُمَّ نَبَتْ . وَإِنْ عَادَتْ مَائِلَةً عَنْ مَحَلِّهَا ، أَوْ مُتَغَيِّرَةً عَنْ صِفَتِهَا ، كَانَ عَلَيْهِ حُكُومَةٌ ؛ لِأَنَّهَا لَوْ لَمْ تُعَدَّ ضَمِينَ السُّنِّ ، فَإِذَا عَادَتْ نَاقِصَةً ضَمِينَ مَا تَقَصَّ . ^(٢) وَإِنْ عَادَتْ قَصِيرَةً ، ضَمِينَ مَا تَقَصَّ مِنْهَا بِالْحِسَابِ ، فَفِي ثُلُثِهَا ثُلُثُ دِيَّتِهَا ، وَفِي رُبْعِهَا رُبْعُهَا ، وَعَلَى هَذَا . وَإِنْ عَادَتْ وَالِدُومٌ يَسِيلُ ، فَفِيهَا حُكُومَةٌ ؛ لِأَنَّهُ تَقَصَّ حَصَلَ بِفِعْلِهِ . وَإِنْ مَضَى زَمَنٌ عَوْدِهَا وَلَمْ تُعَدَّ ، سُئِلَ أَهْلُ الْعِلْمِ بِالطَّبِّ ، فَإِنْ قَالُوا : قَدْ يُؤَسَّ مِنْ عَوْدِهَا . فَالْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ بِالْخِيَارِ بَيْنَ الْقِصَاصِ أَوْ دِيَّةِ السُّنِّ . فَإِنْ مَاتَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ قَبْلَ الْإِيَّاسِ مِنْ عَوْدِهَا ، فَلَا قِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْأَسْتِحْقَاقَ لَهُ غَيْرُ مُتَحَقِّقٍ ، فَيَكُونُ ذَلِكَ شَبْهَةً فِي دَرَجَتِهِ ، وَتَجِبُ الدِّيَّةُ ؛ لِأَنَّ الْقَلْعَ مَوْجُودٌ ، وَالْعَوْدَ مَشْكُوكٌ فِيهِ . وَيَحْتَمِلُ أَنَّهُ إِذَا مَاتَ قَبْلَ مَجِيءِ وَقْتِ عَوْدِهَا ، أَنْ ^(٣) لَا يَجِبُ شَيْءٌ ؛ لِأَنَّ الْعَادَةَ عَوْدُهَا ، فَأَشْبَهَ مَا لَوْ حَلَقَ شَعْرَهُ فَمَاتَ قَبْلَ نَبَاتِهِ . / فَأَمَّا إِنْ قَلَعَ سِنَّ مَنْ قَدْ أُنْعَرَ ، وَجَبَ الْقِصَاصُ لَهُ فِي الْحَالِ ؛ لِأَنَّ الظَّاهِرَ عَدَمَ عَوْدِهَا . وَهَذَا قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ الْقَاضِي : يُسْأَلُ أَهْلُ الْخَبْرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : لَا تَعُودُ . فَلَهُ

٤٥/٩ و

(١) تقدم في صفحة ٥٣١ .

(٢-٢) سقط من: م . نقل نظر .

(٣) ف ب : أنه .

القصاصُ في الحال ، وإن قالوا : يُرَجَى عَوْدُهَا . إلى وقتِ ذِكْرِهِ ، لم يُقْتَصَّ حتى يَأْتِيَ ذلك الوقتُ . وهذا قولُ بعضِ أصحابِ الشافعيِّ ؛ لأنَّهَا تَحْتَمِلُ العَوْدَ ، فَأَشْبَهَتْ سِنَّ مَنْ لم يَتَغَيَّر . وإذا تَبَتَّ هذا ، فإنَّهَا (٤) إن لم تُعُدْ بعدُ (٥) ، فلا كلامَ ، وإن عَادَتْ ، لم يَجِبْ قِصاصٌ ولا دِيَّةٌ . وهذا قولُ أبي حنيفةَ ، وأحدُ قولَي الشافعيِّ . وقال في الآخرِ : لا يَسْقُطُ الأَرْضُ ؛ لأنَّ هذه السِّنَّ لا تُسْتَحْلَفُ عادةً ، فإذا عَادَتْ كانت هِبَةً مُجَدَّدَةً ، ولذلك لا يَتَنظَّرُ عَوْدُهَا في الضَّمَانِ . ولنا ، أَنَّها سِنَّ عَادَتْ ، فَسَقَطَ الأَرْضُ ، كسِنَّ مَنْ لم يَتَغَيَّر ، ونُدْرَةٌ وُجُودُهَا لا يَمْنَعُ ثُبُوتَ حُكْمِهَا إذا وُجِدَتْ ، فعلى هذا إن كان أخذَ الأَرْضِ ، رَدَّهُ ، وإن كان استوفى القصاصَ ، لم يَجْزُ قَلْعُ هذه قِصاصًا ؛ لأنَّه لم يَقْصِدِ العُدْوَانَ . وإن عَادَتْ سِنَّ الجانيِ ذُونَ سِنَّ المَجْنِيِّ عليه ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا تُقْلَعُ ؛ لئلا يَأْخُذَ سِنَيْنِ بسِنَّ واحدةٍ ، وإِنَّمَا قال اللهُ تعالى : ﴿ وَالسِّنَّ بِالسِّنِّ ﴾ (٦) . والثاني ، تُقْلَعُ وإن عَادَتْ مَرَّاتٍ ؛ لأنَّه قَلَعَ سِنَّهُ وأَعَدَمَهَا ، فكان له إَعْدَامُ سِنَّهُ . ولأصحابِ الشافعيِّ وَجْهان ، كهَذاينِ .

فصل : وإن قَلَعَ سِنَّنا ، فاقْتَصَّ منه ، ثم عادت سِنَّ المَجْنِيِّ عليه ، فَقْلَعَهَا الجانيِ ثانيةً ، فلا شَيْءَ عليه ؛ لأنَّ سِنَّ المَجْنِيِّ عليه لَمَّا عَادَتْ ، وَجَبَ للجانيِ عليه دِيَّةٌ سِنَّهُ ، فلما قَلَعَهَا ، وَجَبَ (٧) على الجانيِ (٧) دِيَّتُهَا للمَجْنِيِّ عليه ، فقد وَجَبَ لكلِّ واحدٍ منهما دِيَّةٌ سِنَّ ، فَيَتَقَاصَّانِ .

١٤٥٠ - مسألة ؛ قال : (وإن كَسَرَ بَعْضُهَا ، بَرَدَ مِنْ سِنَّ الجانيِ مِثْلَهُ)

وجملته أن القصاصَ جارٍ في بعضِ السِّنِّ ؛ لأنَّ الرُّبْعَ كَسَرَتْ سِنَّ جاريةً ، فأمرَ النبيِّ

(٤-٤) سقط من : ب .

(٥) سقط من : الأصل ، ب .

(٦) سورة المائدة ٤٥ .

(٧-٧) في الأصل : « للجاني » .

صَلَّى عَلَيْهِ بِالْقِصَاصِ^(١) . ولأنَّ ما جَرَى الْقِصَاصُ فِي جُمْلَتِهِ ، جَرَى فِي بَعْضِهِ إِذَا أُمِكنَ ، كالأذِنِ ، فَيُقَدَّرُ ذَلِكَ بِالْأَجْزَاءِ ، فَيُؤْخَذُ النَّصْفُ بِالنَّصْفِ وَالثُّلُثُ بِالثُّلُثِ ، وَكُلُّ جُزْءٍ بِمِثْلِهِ ، وَلَا يُؤْخَذُ ذَلِكَ بِالمِسَاحَةِ ، كَيْلا / يُفْضِي إِلَى أَخْذِ جَمِيعِ سِنِّ الجَانِبِ بِبَعْضِ سِنِّ المَجْنِيِّ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ الْقِصَاصُ بِالمَبْرَدِ ؛ لِيُؤْمَنَ أَخْذُ الزِّيَادَةِ ، فَإِنَّا لَوْ أَخَذْنَاها بِالْكَسْرِ ، لَمْ نَأْمَنَ أَنْ تَنْصَدِعَ ، أَوْ تَنْقَلِعَ ، أَوْ تَنْكَسِرَ مِنْ غَيْرِ مَوْضِعِ الْقِصَاصِ . وَلَا يُفْتَضَّ حَتَّى يَقُولَ أَهْلُ الخَبِيرَةِ : إِنَّهُ يُؤْمَنُ انْقِلَاعُها ، أَوْ السَّوَادُ^(٢) فِيها ؛ لِأَنَّ تَوْهُمَ الزِّيَادَةِ يَمْنَعُ الْقِصَاصَ فِي الأَعْضَاءِ ، كَمَا لَوْ قَطَعْتَ يَدَهُ مِنْ غَيْرِ مَفْصِلٍ . فَإِنْ قِيلَ : فَقَدْ أَجْرْتُمْ الْقِصَاصَ فِي الأَطْرَافِ مَعَ تَوْهُمِ سِرَّائِها إِلَى النَّفْسِ ، فَلِمَ مَنَعْتُمْ مِنْهُ لَتَوْهُمِ السَّرَّاءِ إِلَى بَعْضِ العَضْوِ ؟ قُلْنَا : وَهَمُّ السَّرَّاءِ إِلَى النَّفْسِ لَا سَبِيلَ إِلَى التَّحَرُّزِ مِنْهُ ، فَلَوْ اعْتَبَرْنَا فِي المَنْعِ ، لَسَقَطَ الْقِصَاصُ فِي الأَطْرَافِ بِالكُلِّيَّةِ ، فَسَقَطَ اعْتِبَارُهُ ، وَأَمَّا^(٣) السَّرَّاءُ إِلَى بَعْضِ العَضْوِ ، فَتَارَةٌ نَقُولُ إِنَّمَا يَمْنَعُ^(٤) الْقِصَاصَ فِيها احْتِمَالُ الزِّيَادَةِ فِي الفِعْلِ ، لَا فِي السَّرَّاءِ ، مِثْلُ مَنْ يَسْتَوْفِي مِنْ^(٥) بَعْضِ الذَّرَاعِ ، فَإِنَّهُ يَحْتَمَلُ أَنْ يَفْعَلَ أَكْثَرَ مِمَّا فَعَلَ بِهِ ، وَكَذَلِكَ مِنْ كَسَرَ سِنًّا وَلَمْ يَصْدَعْها ، فَكَسَرَ المُسْتَوْفِي سِنَّهُ وَصَدَّعَها ، أَوْ قَلَعَها ، أَوْ كَسَرَ أَكْثَرَ مِمَّا كَسَرَ ، فَقَدْ زَادَ عَلَى المِثْلِ ، وَالْقِصَاصُ يَعْتمِدُ المِثَالَةَ . وَتَارَةٌ نَقُولُ : إِنَّ السَّرَّاءَ فِي بَعْضِ العَضْوِ إِنَّمَا تَمْنَعُ^(٦) إِذَا كَانَتْ ظَاهِرَةً ، وَمِثْلُ هَذَا يَمْنَعُ فِي النَّفْسِ ، وَهَذَا مَنَعْنَاهُ مِنَ الاسْتِيفَاءِ بِأَلَةِ كَالَّةٍ ، أَوْ مَسْمُومَةٍ ، وَفِي وَقْتِ إِفْرَاطِ الحَرَارَةِ أَوْ البُرُودَةِ^(٧) ، تَحَرُّزًا مِنَ السَّرَّاءِ .

فصل : وَمَنْ قَلَعَ سِنًّا زَائِدَةً ، وَهِيَ الَّتِي تَنْبُتُ فَضْلَةً فِي غَيْرِ سَمْتِ الأَسْنَانِ ، خَارِجَةً

(١) تقدم ترجمه في صفحة ٥٣١ .

(٢) في الأصل : « والسواد » .

(٣) سقطت الواو من : ب ، م ،

(٤) في م : « منع » .

(٥) سقطت من : ب ، م ،

(٦) في ب ، م : « منع » .

(٧) في الأصل : « والبرودة » .

عنها ، إمّا إلى داخلِ الفمِ ، وإمّا إلى الشِّفَةِ ، وكانت ^(٨) للجاني مثلها في موضعها ، فللمَجْنِيّ عليه القصاصُ ، أو أخذُ حُكُومَةٍ في سِنِّه . وإن لم يكن له مثلها في محلّها ، فليس للمَجْنِيّ عليه إلّا الحُكُومَةُ . وإن كانت إحدى الزَّائِدَتَيْنِ أكبرَ من الأخرى ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ، لا تُؤخَذُ الكُبْرَى بالصُّغْرَى ؛ لأنَّ الحُكُومَةَ فيها أكبرُ ، فلا يُقْلَعُ بها ما هو أقلُّ قيمةً منها . والثاني ، تُؤخَذُ بها ؛ لأنَّهما سِنَّانٌ ^(٩) مُتساويان ^(١٠) في الموضع ، فتؤخَذُ كلُّ واحدةٍ منهما بالأخرى ، كالأصليّتين ، ولأنَّ قولَ الله تعالى : ﴿ وَالسِّنُّ بِالسِّنِّ ﴾ ^(١١) . عامٌّ ، فيَدْخُلُ / فيه محلُّ التَّزَاوُعِ . وإن قلنا : يَثْبُتُ القِيَّاسُ ^(١٢) في الزَّائِدَتَيْنِ بالاجْتِهَادِ ، فالثَّابِتُ بالاجْتِهَادِ مُعْتَبَرٌ بما ثَبِتَ بالنَّصِّ ، واختلافُ القِيَّمةِ لا يَمْنَعُ القِصاصَ ، بدليلِ جَرَيَانِهِ بين العَبِيدِ ، وبين الذَّكَرِ والأنثى ، في النَّفْسِ والأطْرَافِ ، على أن كِبَرَ السِّنِّ لا يُوجِبُ كَثْرَةَ قِيَمَتِهَا ، فإنَّ السِّنَّ الزَّائِدَةَ نَقَصَ وَعَيْبَ ، وكثرةُ العَيْبِ زيادةٌ في النَّقْصِ ، لا في القِيَّمةِ ، ولأنَّ كِبَرَ السِّنِّ الأَصْلِيَّةِ لا يَزِيدُ قِيَمَتَهَا ، فالزَّائِدَةُ كذلك .

و٤٦/٩

فصل : ويؤخذُ اللِّسَانُ باللِّسَانِ ؛ لقوله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ ^(١١) . ولأنَّ له حَدًّا يَنْتَهِي إليه ، فاقتَصَّ منه ، كالعينِ . ولا نعلمُ في هذا اختلافًا . ولا يُؤخَذُ لِسَانُ ناطِقٍ بلِسَانِ أُخْرَسَ ؛ لأنَّه أَفْضَلُ منه . ويؤخَذُ الأُخْرَسُ بالنَّاطِقِ ؛ لأنَّه بَعْضُ حَقِّهِ . ويؤخَذُ بَعْضُ اللِّسَانِ ببَعْضِ ؛ لأنَّه أَمْكَنُ القِصاصِ في جَمِيعِهِ ، فأَمْكَنَ في بَعْضِهِ ، كالسِّنِّ ، ويُقدَّرُ ذلكُ بالأجْزاءِ ، ويؤخَذُ منه بالحِسابِ .

فصل : ويؤخذُ الشِّفَّةُ بالشِّفَّةِ ، وهي ما جَاوَزَ الذَّقْنَ والحَدْنَ عُلُوًّا وسُفْلًا ^(١٣) ؛ لقولِ

(٨) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٩) في ب : « سندان » .

(١٠) في الأصل : « متساويان » .

(١١) سورة المائدة ٤٥ .

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) في الأصل : « أو سفلا » .

الله تعالى : ﴿ وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ ﴾ . ولأنَّ له حدًّا يَنْتَهِي إليه ، يُمكنُ القِصاصُ منه ، فَوَجَبَ ، كَالْيَدَيْنِ .

١٤٥١ - مسألة ؛ قال : (وَلَا تُؤْخَذُ يَمِينُ بَيْسَارٍ ، وَلَا يَسَارُ بِيَمِينِ)

هذا قول أكثر أهل العلم ؛ منهم مالكٌ ، والشافعيُّ ، وأصحابُ الرَّأْيِ . وحكى عن ابنِ سيرينَ ، وشريكَ ، أنَّ إحداهما تُؤخَذُ بالأُخرى ؛ لأنَّهما يَسْتَوِيانِ في الخِلْقَةِ والمنفَعَةِ . ولنا ، أنَّ كلَّ واحدةٍ منهما تُختصُّ باسمٍ ، فلا تُؤخَذُ إحداهما بالأُخرى ، كاليدِ مع الرَّجْلِ . فعلى هذا كلُّ ما انقسمَ إلى يَمِينٍ ويسارٍ ، كاليدَيْنِ والرَّجْلَيْنِ والأذُنَيْنِ والمنخَرَيْنِ والثَّدْيَيْنِ والأَلْيَتَيْنِ والأُنثَيْنِ ، لا تُؤخَذُ إحداهما بالأُخرى .

فصل : وما انقسمَ إلى أَعْلَى وأسْفَلَ ، كالجَفْنَيْنِ والشَّفَتَيْنِ ، لا يُؤخَذُ الأَعْلَى بالأَسْفَلَ ، ولا الأَسْفَلَ بالأَعْلَى ؛ لما ذكرنا . ولا تُؤخَذُ إصْبَعٌ بإصْبَعٍ ، إلَّا أن يَتَّفِقَا في الاسمِ والمَوْضِعِ . ولا تُؤخَذُ أُنْمَلَةٌ بأُنْمَلَةٍ ، إلَّا أن يَتَّفِقَا في ذلك . ولا تُؤخَذُ عَلْيَا بسُفْلَى ولا وَسْطَى ، والوَسْطَى والسُفْلَى لا تُؤخَذَانِ بغيرِهما . ولا تُؤخَذُ السِّنُّ بالسِّنِّ / إلَّا أن يَتَّفِقَ مَوْضِعُهُما واسْمُهُما . ولا تُؤخَذُ إصْبَعٌ ولا سِنَّ أُصْلِيَّةٌ بزائِدَةٍ ، ولا زائِدَةٌ بأُصْلِيَّةٍ ، ولا زائِدَةٌ بزائِدَةٍ في غيرِ مَحَلِّها ؛ لما ذكرناه .

٤٦/٩ ط

فصل : وما لا يجوزُ أخذهُ قِصاصًا ، لا يجوزُ بترَاضِيهما واتِّفاقِهما عليه^(١) ؛ لأنَّ الدِّمَاءَ لا تُسْتَبَاحُ بالإباحةِ^(٢) والبَدْلَ ، ولذلك لو بَدَّلَها له ابتداءً ، لا يَحِلُّ له^(٣) أخْذُها ، ولا يَحِلُّ لأحدٍ قَتْلُ نَفْسِهِ ، ولا قَطْعُ طَرَفِهِ ، فلا يَحِلُّ لغيرِهِ بَدْلُهُ ، فلو تَرَاضِيَا على قَطْعِ إحدى اليَدَيْنِ بَدْلًا عن الأُخرى ، فَقَطَعَهَا الْمُقْتَصُّ ، سَقَطَ القَوْدُ ؛ لأنَّ القَوْدَ سَقَطَ في الأولى بإسقاطِ صاحبِها ، وفي الثانيةِ بإذنِ صاحبِها في قَطْعِها ، وديأتُهما مُتساويةً . وهذا

(١) سقط من : الأصل .

(٢) في م : بالاستباحة .

(٣) سقط من : م .

قول أبي بكر . وكذلك^(٤) قال : لو قَطَعَ الْمُقْتَصُّ يَدَ الْأُخْرَى عُذْوَانًا ، لَسَقَطَ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَيَا فِي الْأَلِيمِ وَالذَّيَّةِ وَالْأَسِيمِ ، فَتَقَاصًا وَتَسَاقَطًا ، وَلِأَنَّ إِيْجَابَ الْقِصَاصِ يُفَضُّ إِلَى قَطْعِ يَدَيِّ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا ، وَإِذْهَابِ مَنْفَعَةِ الْجِنْسِ ، وَإِلْحَاقِ الضَّرْرِ الْعَظِيمِ بِمَا جَمِيعًا . وَلَا تَفْرِيْعَ عَلَى هَذَا الْقَوْلِ لَوْضُوحِهِ . وَكُلُّ وَاحِدٍ مِنَ الْقَطْعَيْنِ^(٥) مَضْمُونٌ^(٦) بِسِرَايَتِهِ^(٧) ؛ لِأَنَّهُ عُذْوَانٌ . وَقَالَ ابْنُ حَامِدٍ : إِنْ كَانَ أَخَذَهَا عُذْوَانًا ، فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا الْقِصَاصُ عَلَى صَاحِبِهِ ، وَإِنْ أَخَذَهَا بِنَرَضِيهِمَا ، فَلَا قِصَاصَ فِي الثَّانِيَةِ ؛ لِرِضَا صَاحِبِهَا بِبَدْلِهَا ، وَإِذْنِهِ فِي قَطْعِهَا ، وَفِي وُجُوبِهِ فِي الْأُولَى وَجِهَانٍ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ ؛ لِمَا ذَكَرْنَا . وَالثَّانِي ، لَا يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِتَرْكِهِ بَعْوَضٍ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ^(٨) ، فَكَانَ لَهُ الرُّجُوعُ إِلَى حَقِّهِ ، كَمَا لَوْ بَاعَهُ سِلْعَةً بِخَمْرِ وَقَبَّضَهُ إِيَّاهُ . فَعَلِيَ هَذَا ، لَهُ الْقِصَاصُ إِلَّا أَنَّهُ لَا يَقْتَصُّ إِلَّا بَعْدَ انْدِمَالِ الْأُخْرَى ، وَلِلْجَانِي دِيَّةٌ يَدُهُ . فَإِذَا وَجِبَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ دِيَّةٌ يَدُهُ ، وَكَانَتِ الدَّيْتَانِ وَاحِدَةً ، تَقَاصًا ، وَإِنْ كَانَتِ إِحْدَاهُمَا أَكْثَرَ^(٩) مِنَ الْأُخْرَى ، كَالرُّجُلِ مَعَ الْمَرْأَةِ ، وَجِبَ الْفَضْلُ^(١٠) لِصَاحِبِهِ .

فصل : وإذا قال الْمُقْتَصُّ لِلْجَانِي : أَخْرِجْ يَمِينَكَ لِأَقْطَعَهَا . فَأَخْرَجَ يَسَارَهُ ، فَقَطَعَهَا ، فَعَلِيَ قَوْلُ أَبِي بَكْرٍ ، يُجْزَى ذَلِكَ ، سِوَاءَ قَطْعِهَا عَالِمًا بِهَا أَوْ غَيْرِ عَالِمٍ . وَعَلَى قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ ، إِنْ أَخْرَجَهَا عَمْدًا عَالِمًا بِأَنَّهَا يَسَارُهُ ، وَأَنَّهَا لَا تُجْزَى ، فَلَا ضَمَانَ عَلَى قَاطِعِهَا / وَلَا قَوْدًا ؛ لِأَنَّهُ بَدَّلَهَا بِإِخْرَاجِهِ لَهَا لَا^(١١) عَلَى سَبِيلِ الْعَوَضِ ، وَقَدْ يَقُومُ الْفِعْلُ فِي

و٤٧/٩

(٤) في م : « ولذلك » .

(٥) في ب : « المقطعين » .

(٦) في الأصل : « مضمونه » . وفي ب : « مضمونه » .

(٧) في الأصل : « سريته » .

(٨) سقط من : ب ، م .

(٩) في ب ، م : « أكبر » .

(١٠) في ب ، م : « القصاص » .

(١١) في الأصل : « إلا » .

ذلك مقام التُّطْقِي ، بدليل أنه لا فَرْقَ بين قَوْلِهِ : خُذْ هَذَا فَكَلْهُ . وبين اسْتِدْعَاءِ ذَلِكَ مِنْهُ ، فَيُعْطِيهِ إِيَّاهُ . ويفارقُ هذا ما لو قَطَعَ يَدَ إِنْسَانٍ وَهُوَ سَاكِتٌ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يُوَجَدْ مِنْهُ الْبَدَلُ ، وَيُنظَرُ فِي الْمُقْتَصِّ ، فَإِنْ فَعَلَ ذَلِكَ عَالِمًا بِالْحَالِ (١٢) ، عَزَّرَ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْهُ لِحَقِّ اللَّهِ تَعَالَى . وَهَلْ يَسْقُطُ الْقِصَاصُ فِي الْيَمِينِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، يَسْقُطُ ؛ لِأَنَّ قَاطِعَ الْيَسَارِ تَعَدَّى بِقَطْعِهَا ، وَلِأَنَّهُ قَطَعَ إِحْدَى يَدَيْهِ ، فَلَمْ يَمْلِكْ قَطْعَ الْيَدِ الْآخَرَى ، كَمَا لو قَطَعَ يَدَ السَّارِقِ الْيُسْرَى مَكَانَ يَمِينِهِ ، فَإِنَّهُ لَا يَمْلِكُ قَطْعَ يَمِينِهِ . وَالْوَجْهُ الثَّانِي ، أَنَّهُ لَا يَسْقُطُ . وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَفَرَّقُوا بَيْنَ الْقِصَاصِ وَقَطْعِ السَّارِقِ مِنْ ثَلَاثَةِ أَوْجُهٍ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ الْحَدَّ مَبْنِيٌّ عَلَى الْإِسْقَاطِ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ . وَالثَّانِي ، أَنَّ (١٣) الْيَسَارَ لَا تُقْطَعُ فِي السَّرِقَةِ وَإِنْ عُدِمَتْ يَمِينُهُ ؛ لِأَنَّهُ يُفَوِّتُ مَنَفَعَةَ الْجِنْسِ فِي الْحَدِّ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ . وَالثَّالِثُ ، أَنَّ الْيَدَ لو سَقَطَتْ بِأَكْلِهِ (١٤) أَوْ قِصَاصٍ ، سَقَطَ الْقَطْعُ فِي السَّرِقَةِ ، فَجَازَ أَنْ يَسْقُطَ بِقَطْعِ (١٥) الْيَسَارِ ، بِخِلَافِ الْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ لَا يَسْقُطُ ، وَيَنْتَقِلُ إِلَى الْبَدَلِ ، لَكِنْ لَا تُقْطَعُ يَمِينُهُ حَتَّى تَنْدَمِلَ يَسَارُهُ ؛ لِغَلَا يُؤَدِّي إِلَى ذَهَابِ نَفْسِهِ . فَإِنْ قِيلَ : أَلَيْسَ لو قَطَعَ يَمِينِ رَجُلٍ وَيَسَارَ آخَرَ ، لَمْ يُؤَخَّرْ أَحَدُهُمَا إِلَى أَنْدِمَالِ الْآخَرِ ؟ قُلْنَا : الْفَرْقُ بَيْنَهُمَا أَنَّ الْقَطْعَيْنِ مُسْتَحَقَّانِ قِصَاصًا ، فَلِهَذَا جَمَعْنَا بَيْنَهُمَا ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا أَحَدُهُمَا غَيْرُ مُسْتَحَقِّ ، فَلَمْ نَجْمَعْ بَيْنَهُمَا ، فَإِذَا انْدَمَلَتِ الْيَسَارُ قَطَعْنَا الْيَمِينَ ، فَإِنْ سَرَى قَطَعَ الْيَسَارَ إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَتْ هَذْرًا ، وَجِبُّ فِي تَرْكِيهِ دِيَّةَ الْيَمِينِ (١٦) ؛ لِتَعَدُّرِ الْأَسْتِيفَاءِ فِيهَا بِمَوْتِهِ . وَإِنْ قَالَ الْمُقْتَصُّ مِنْهُ : لَمْ أَعْلَمْ أَنَّهَا الْيَسَارُ ، أَوْ ظَنَنْتُ أَنَّهَا تُجْزَى عَنْ الْيَمِينِ . نَظَرْتُ فِي الْمُسْتَوْفَى ، فَإِنْ عَلِمَ أَنَّهَا يَسَارُهُ ، وَأَنَّهَا لَا تَكُونُ قِصَاصًا ، ضَمِنَهَا بِدَيْتِهَا وَيُعْزَرُ . وَقَالَ بَعْضُ الشَّافِعِيَّةِ : عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ قَطَعَهَا مَعَ الْعِلْمِ بِأَنَّهُ

(١٢) فِي ب : « بِحَالٍ » .

(١٣) سَقَطَ مِنْ : الْأَصْلُ .

(١٤) الْأَكْلَةُ ، كَفَرِحَةٍ دَاءٍ فِي الْعَضْوِ بِأَتَكُلُ مِنْهُ .

(١٥) فِي ب : « بِقَلْعٍ » .

(١٦) فِي ب : « الْيَمِينِي » .

ليس له قَطْعُهَا . ولنا ، أَنَّهُ قَطَعَهَا بِيَدِ صَاحِبِهَا ، فلم / يَجِبُ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ عَلِمَ بِإِذْلِهَا . وَإِنْ كَانَ جَاهِلًا ، فَلَا تَعْزِيرَ عَلَيْهِ ، وَعَلَيْهِ الضَّمَانُ بِاللَّدِيَّةِ ؛ لِأَنَّهُ بَدَّلَهَا لَهُ ^(١٧) عَلَى وَجْهِ الْبَدْلِ ، فَكَانَتْ مَضْمُونَةً عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهَا مَضْمُونَةٌ لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ عَالِمًا بِهَا ، وَمَا وَجَبَ ضَمَانُهُ فِي الْعَمْدِ ، وَجَبَ فِي الْخَطِئِ ، كَأَثْلَافِ الْمَالِ ، وَالْقِصَاصُ بَاقٍ لَهُ فِي الْيَمِينِ ، وَلَا تُقَطَّعُ حَتَّى تَنْدِمَلَ الْيَسَارُ ، فَإِذَا انْدَمَلَتْ ، فَلَهُ قَطْعُ الْيَمِينِ ^(١٨) ، فَإِنْ عَفَا ، وَجَبَ بَدْلُهَا ، وَبِتَقَاصَانِ ، وَإِنْ سَرَّتِ الْيَسَارُ إِلَى نَفْسِهِ ، كَانَتْ مَضْمُونَةً بِاللَّدِيَّةِ الْكَامِلَةِ ، وَقَدْ تَعَدَّرَ قَطْعُ الْيَمِينِ ^(١٨) ، وَوَجَبَ لَهُ نِصْفُ اللَّدِيَّةِ ، فَبِتَقَاصَانِ بِهِ ، وَيَبْقَى نِصْفُ اللَّدِيَّةِ لَوَرِثَةِ الْجَانِي . وَإِنْ اخْتَلَفَا فِي بَدْلِهَا ، فَقَالَ الْجَانِي : إِنَّمَا بَدَّلْتُهَا بَدْلًا عَنِ الْيَمِينِ . وَقَالَ الْمَجْنِيُّ عَلَيْهِ : بَدَّلْتُهَا بغيرِ ^(١٩) عَوَضٍ . أَوْ قَالَ : أَخْرَجْتُهَا دَهْشَةً . فَقَالَ : بَلْ عَالِمًا . فَالْقَوْلُ قَوْلُ الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ أَعْلَمُ بِنَيْتِهِ ، وَلِأَنَّ الظَّاهِرَ أَنَّ الْإِنْسَانَ لَا يَبْدُلُ طَرَفَهُ لِلْقَطْعِ تَبْرُّعًا ، مَعَ أَنَّ عَلَيْهِ قَطْعًا مُسْتَحَقًّا . وَهَذَا مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ . وَإِنْ كَانَ بِإِذْلِ الْيَسَارِ مَجْنُونًا مِثْلَ أَنْ يُجَنَّ بَعْدَ وَجُوبِ الْقِصَاصِ عَلَيْهِ ، فَعَلَى قَاطِعِهَا ضَمَانُهَا بِالْقِصَاصِ إِنْ كَانَ عَالِمًا ، وَبِاللَّدِيَّةِ إِنْ كَانَ مُخْطِئًا ؛ لِأَنَّ بَدْلَ الْمَجْنُونِ لَيْسَ بِشَبْهَةٍ . وَإِنْ كَانَ مَنْ لَهُ الْقِصَاصُ مَجْنُونًا ، وَمَنْ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ عَاقِلًا ، فَأَخْرَجَ إِلَيْهِ يَسَارَهُ أَوْ هَمِيَّتَهُ فَقَطَعَهَا ، ذَهَبَتْ هَذَرًا ؛ لِأَنَّهُ لَا يَصِحُّ مِنْهُ الْاسْتِيفَاءُ ، وَلَا يَجُوزُ الْبَدْلُ لَهُ ، وَلَا ضَمَانٌ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُ أَتْلَفَهَا بِيَدِ صَاحِبِهَا ، لَكِنْ إِنْ كَانَ الْمَقْطُوعُ الْيُمْنَى ، وَقَدْ ^(٢٠) تَعَدَّرَ اسْتِيفَاءُ الْقِصَاصِ فِيهَا لِتَلْفِهَا ، فَيَكُونُ لِلْمَجْنُونِ دِيَّتُهَا . وَإِنْ وَتَبَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ فَقَطَّعَ يَدَهُ الَّتِي لَا قِصَاصَ فِيهَا ، فَعَلَى عَاقِلَتِهِ دِيَّتُهَا ، وَلَهُ الْقِصَاصُ فِي الْأُخْرَى ، وَإِنْ قَطَّعَ الْأُخْرَى ، فَهُوَ مُسْتَوْفٍ حَقَّهُ ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مُتَعَيِّنٌ فِيهَا ، فَإِذَا أَخَذَهَا قَهْرًا ، سَقَطَ حَقُّهُ ، كَمَا لَوْ أَتْلَفَ وَدِيَعَتَهُ . وَالثَّانِي ، لَا يَسْقُطُ حَقُّهُ ، وَلَهُ عَقْلُ يَدِهِ ، وَعَقْلُ يَدِ الْجَانِي عَلَى عَاقِلَتِهِ ؛

(١٧) سقط من : ب ، م ،

(١٨) في الأصل : اليمين .

(١٩) في م : في غير .

(٢٠) في الأصل ، م : قد .

لأنَّ المجنونَ لا يَصِحُّ منه الاستيفاءُ . ويُفارقُ الوديعةَ إذا أثلَفها ؛ لأنَّها تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، / وليس لها بَدَلٌ إذا تَلَفَتْ بذلك ، واليَدُ بِخِلافِهِ ، فإنَّها لو تَلَفَتْ بغيرِ تَفْرِيطٍ ، كانت عليه دِيَّتُها ، وكذلك الصغِيرُ ، وكذلك الحُكْمُ فِيهِمَا إذا قَاتَلَ قَاتِلَ أَبِيهِمَا عَمْدًا ، وإن اِقْتَصَّ مِنَ الجانِي ما لا تَحْمِلُهُ عاقِلَتُهُ ، كما دُونَ الثَّلَثِ ، كَقَطْعِ إِصْبَعٍ وَنَحْوِهَا ، سَقَطَ حَقُّهُمَا ؛ لأنَّ ذلك يَقْتَضِي الدِّيَةَ فِي ذِمَّتَيْهِمَا ، وهما فِي ذِمَّةِ الجانِي مثلُ ذلك ، فينْقِصَانِ . وإن كانت دِيَّتُهُمَا مُخْتَلِفَةً ، كالمسلمِ والذَّمِيِّ ، والرجلِ والمرأةِ ، فإن قلنا : يَكُونانِ مُسْتَوْفِيَيْنِ لِحَقِّهِمَا بِالْقَطْعِ . لم يَبْقَ لهما حَقٌّ ، كما لو أثلَفَا وَدِيَعَتَهُمَا . وإن قلنا : لا يَكُونانِ مُسْتَوْفِيَيْنِ . يُقَاصُّ مِنَ الدِّيَتَيْنِ بِقَدْرِ الأَذَى مِنْهُمَا ، وَوَجِبَ الفَضْلُ لِلصَّبِيِّ والمجنونِ . وإن كانت الجنايةُ عليهما أو على وَليَّهِمَا خطأً تَحْمِلُهُ العاقلةُ ، فاستَوْفيا القِصاصَ ، لم يَسْقُطْ حَقُّهُمَا ، وَجْهًا واحِدًا ، وكانت دِيَّةٌ مِنْ استَوْفِيَا مِنْهُ عَلَى عاقِلَتَيْهِمَا مُوجَّلةً ، ودِيَّةُ الجنايةِ عليهما أو على وَليَّهِمَا على عاقلةِ الجانِي مُوجَّلةً .

فصل : وسراية القود غير مضمونة . ومعناه أنه إذا قطع طرفًا يجب القود فيه ، فاستوفى منه المجنى عليه ، ثم مات الجاني بسراية الاستيفاء ، لم يلزم المستوفى شيء . وبهذا قال الحسن ، وابن سيرين ، ومالك ، والشافعي ، وإسحاق ، وأبو يوسف ، ومحمد ، وابن المنذر . وروى ذلك عن أبي بكر ، وعمر ، وعلي ، رضي الله عنهم . وقال عطاء ، وطاوس ، وعمرو بن دينار ، والحارث العكلي ، والشعبي ، والنخعي ، والزهرري ، وأبو حنيفة : عليه الضمان . قال^(٢١) أبو حنيفة : عليه كمال الدية في ماله . وقال غيره : هي على عاقلته ؛ لأنه فوت نفسه ، ولا يستحق إلا طرفه ، فلزمته ديته ، كما لو ضرب^(٢٢) عنقه ، ولأنها سراية قطع مضمون ، فكانت مضمونة ، كسراية الجنابة ، والدليل على أنه مضمون ،^(٢٣) أنه مضمون^(٢٣) بالقطع الأول ؛ لأنه في

(٢١) في الأصل : وقال .

(٢٢) سقط من : ب .

(٢٣-٢٢) سقط من : ب .

مُقَابَلَتِهِ . وَلَنَا ، أَنْ عَمَرَ ، وَعَلِيًّا ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا ، قَالَ (٢٤) : مَنْ مَاتَ مِنْ حَدِّ أَوْ قِصَاصٍ لَا دِيَّةَ لَهُ ، الْحَقُّ قَتْلَهُ . رَوَاهُ سَعِيدٌ بِمَعْنَاهُ (٢٥) . وَلِأَنَّهُ قَطَعَ مُسْتَحَقَّ مُقَدَّرٌ ، فَلَا تُضْمَنُ سِرِّيَّتُهُ ، كَقَطْعِ السَّارِقِ . / وَفَارَقَ مَا قَاسُوا عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ لَيْسَ مَا فَعَلَهُ مُسْتَحَقًّا . إِذَا ثَبَتَ هَذَا ، فَلَا فَرْقَ بَيْنَ سِرِّيَّتِهِ إِلَى النَّفْسِ ، بِأَنْ يَمُوتَ مِنْهَا ، أَوْ إِلَى مَا دُونَهَا ، مِثْلَ أَنْ يَقَطَعَ إصْبَعًا فَتَسْرَى إِلَى كَفِّهِ .

ظ ٤٨/٩

فصل : وسريّة الجنائيّة مضمونة بلا خلاف ؛ لأنها أثار الجنائيّة ، والجنائيّة مضمونة ، فكذلك أثرها . ثم إن سرّت إلى النفس ، وما لا يُمكنُ مباشرته بالإتلاف ، مثل أن يهشمه في رأسه فيذهب ضوؤه عينيّه ، وجب القصاصُ فيه ، ولا خلاف في ذلك في النفس ، وفي ضوئ العينِ خلافٌ قد ذكرناه فيما تقدّم . وإن سرّت إلى ما يُمكنُ مباشرته بالإتلاف ، مثل إن قطع إصبعًا ، فتآكلت أُخرى وسقطت من مفصل ، ففيه القصاصُ أيضًا ، في قول إمامنا ، وأبي حنيفة ، ومحمد بن الحسن . وقال أكثر الفقهاء : لا قِصاصُ في الثانية ، وتجب ديتها ؛ لأنّ ما أمكنَ مباشرته بالجنائيّة لا يجبُ القودُ فيه بالسريّة ، كما لو رمى سهمًا فمَرَّقَ منه إلى آخر . ولنا ، أن ما وجب فيه القودُ بالجنائيّة ، وجب بالسريّة ، كالنفسِ وضوئ العينِ ، ولأنّه أحدُ نوعي القِصاصِ ، فأشبهه ما ذكرنا (٢٦) . وفارق ما ذكره ؛ فإنّ ذلك فعلٌ وليس بسريّة ، ولأنّه لو قصّد ضربَ رجلٍ فأصابَ آخرَ ، لم يجب القِصاصُ ، ولو قصّد قطعَ إبهامه فقطعَ سبّابته ، وجب القِصاصُ ، ولو ضربَ إبهامه فمَرَّقَ إلى سبّابته ، وجب القِصاصُ فيهما ، فافتراقًا . ولأنّ الثانية تَلَفَتْ بفعلٍ أوجبَ القِصاصَ ، فوجبَ القِصاصُ فيها ، كما لو رمى إحداهما فمَرَّقَ إلى الأخرى . فأما إن قطعَ إصبعًا ، فشلت إلى جانبها أُخرى ، وجب

(٢٤) في م : قال .

(٢٥) وأخرجه البيهقي ، في : باب الرجل يموت في قِصاص الجرح ، من كتاب الديات . السنن الكبرى ٦٨/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب الانتظار بالقود أن يبرأ ، من كتاب العقول . المصنف ٤٥٧/٩ ، ٤٥٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب من قال ليس عليه دية إذا مات في قِصاص ، من كتاب الديات . المصنف ٣٤١/٩ ، ٣٤٣ .

(٢٦) في ب : ذكرناه .

القصاصُ في المَقْطُوعَةِ حَسْبُ الأَرْضِ^(٢٧) في الشَّلَاءِ . وهذا قال مالكٌ ، والشافعيُّ ، وقال أبو حنيفةٌ : لا قِصاصَ فيهما ، ويَجِبُ أرْشُهُما جَمِيعًا ؛ لأنَّ حُكْمَ السَّرَاةِ لا يَنْفَرِدُ عن الجِنَايةِ ، بدليل ما لو سَرَتْ إلى النَّفْسِ ، فإذا لم يَجِبِ القِصاصُ في إحداهما ، لم يَجِبْ في الأُخْرَى . ولنا ، أنَّها جِنَايةٌ مُوجِبَةٌ للقِصاصِ لو لم تَسِرْ ، فأوجِبَتْه إذا سَرَتْ ، كالتى تَسِرُ إلى سُقُوطِ أُخْرَى ، وكما لو قَطَعَ يَدَ حُجْلى فَسَرَى إلى جَنِينِها . وهذا يَبْطُلُ ما ذَكَرَهُ^(٢٨) . وفارَقَ الأَصْلُ ؛ لأنَّ السَّرَاةَ مُقْتَضِيَةً للقِصاصِ ، كاقْتِضاءِ الفِعْلى له ، فاستَوَى حُكْمُهُما / ، وهُنَا بِخِلافِهِ ، ولأنَّ ما ذَكَرَهُ^(٢٨) غيرُ صَحِيحٍ ؛ فإنَّ القَطْعَ إذا سَرَى إلى النَّفْسِ ، سَقَطَ القِصاصُ في القَطْعِ ، وَوَجِبَ في النَّفْسِ ، فخالَفَ حُكْمَ الجِنَايةِ حُكْمَ السَّرَاةِ ، فسَقَطَ ما قاله . إذا ثَبَتَ هذا ، فإنَّ الأَرْضَ يَجِبُ في مالِهِ ، ولا تُحْمِلُهُ العاقِلَةُ ؛ لأنَّهُ جِنَايةٌ عَمْدٌ ، وإنَّما لم يَجِبِ القِصاصُ فيه لَعَدَمِ المُماثِلَةِ في القَطْعِ^(٢٩) والشَّلَلِ ، فإذا قَطَعَ إصْبَعَهُ فَشَلَّتْ أصابِعُهُ الباقِيَةُ وَكَفَّهُ ، فَعَفَا عن القِصاصِ ، وَجِبَ له نِصْفُ الدِّيةِ ، وإن اقتصَّ من الإصْبَعِ ، فله في الأصابعِ الباقِيَةِ أربَعونَ من الإيلِ ، وَيَتَّبِعُها ما حادَاها من الكَفِّ ، وهو أربَعَةُ أحماسِهِ ، فَيَدْخُلُ أرْشُهُ فيها ، وَيَبْقَى خُمْسُ الكَفِّ فيه وَجْهانَ ؛ أحدهما ، يَتَّبِعُها في الأَرْضِ ، فلا^(٣٠) شَيْءَ فيه . والثاني ، فيه الحِكومةُ ؛ لأنَّ ما يُقَابِلُ الأَرْبَعِ تَبِعَها في الأَرْضِ ؛ لِاسْتِوائِهِما في الحُكْمِ ، وحُكْمُ التى اقتصَّ منها مُخالِفٌ لحُكْمِ الأَرْضِ ، فلم يَتَّبِعُها .

فصل : ولا يجوزُ القِصاصُ في الطَّرْفِ إلا بعدَ انْدِمالِ الجُرْحِ ، في قولِ أَكْثَرِ أَهْلِ العِلْمِ ، منهم ؛ النَّحَّيْىُ ، والثَّورِيُّ ، وأبو حنيفةٌ ، ومالكٌ ، وإسحاقُ ، وأبو ثَوْرٍ . ورَوَى ذلكَ عن عَطَاءٍ ، والحسنِ . قال ابنُ المُنْدِرِ : كلُّ مَنْ نَحَفَظَ عنه من أَهْلِ العِلْمِ

(٢٧) سقطت الواو من : الأصل ، م .

(٢٨) في ب : ذكره .

(٢٩) في النسخ : قطع .

(٣٠) في ب ، م : ولا .

يَرَى الْإِنْتِظَارَ بِالْجُرْحِ حَتَّى يَبْرَأَ . وَيَتَخَرَّجُ لَنَا ، أَنَّهُ يَجُوزُ الْاِقْتِصَاصُ قَبْلَ الْبُرْءِ ، بِنَاءٍ عَلَى قَوْلِنَا : إِنَّهُ إِذَا سَرَى إِلَى النَّفْسِ ، يَفْعَلُ بِهِ ^(٣١) كَمَا فَعَلَ . وَهَذَا قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، قَالَ : وَلَوْ سَأَلَ الْقَوْدُ سَاعَةً قُطِعَتْ إِصْبَعُهُ ، أَقْدَتْهُ ؛ لِمَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ رَجُلًا طَعَنَ رَجُلًا بِقَرْنٍ فِي رُكْبَتِهِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، أَقْدِنِي . قَالَ : « حَتَّى تَبْرَأَ » . فَأَبَى ، وَعَجَّلَ ، فَاسْتَقَادَ لَهُ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَعَيَّبَتْ رِجْلُ الْمُسْتَقِيدِ ، وَبَرَأَتْ رِجْلُ الْمُسْتَقَادِ مِنْهُ . فَقَالَ النَّبِيُّ ﷺ : « لَيْسَ لَكَ شَيْءٌ ، إِنَّكَ ^(٣١) عَجَلْتَ » . رَوَاهُ سَعِيدٌ مُرْسَلًا ^(٣٢) . وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ مِنَ الطَّرْفِ لَا يَسْقُطُ بِالسَّرَايَةِ ، فَوَجِبَ أَنْ يَمْلِكَهُ فِي الْحَالِ ، كَمَا لَوْ بَرَأَ . وَلَنَا ، مَا رَوَى جَابِرٌ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ : نَهَى أَنْ يُسْتَقَادَ مِنَ الْجَارِحِ ^(٣٣) حَتَّى يَبْرَأَ الْمَجْرُوحُ . / وَرَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ^(٣٤) ، عَنْ عَمْرِو بْنِ شُعَيْبٍ عَنْ أَبِيهِ ، عَنْ جَدِّهِ ، عَنِ النَّبِيِّ ﷺ . وَلِأَنَّ الْجُرْحَ لَا يُدْرَى أَقْتُلَ هُوَ أَمْ لَيْسَ بِقَتْلٍ ، فَيَنْبَغِي أَنْ يَنْتَظَرَ لِيُعْلَمَ مَا حُكْمُهُ ؟ فَأَمَّا حَدِيثُهُمْ ، فَقَدْ رَوَاهُ الدَّارِقُطْنِيُّ ، وَفِي سِيَاقِهِ ، فَقَالَ : يَا رَسُولَ اللَّهِ ، عَرَجْتُ . فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « قَدْ نَهَيْتُكَ فَعَصَيْتَنِي ، فَأَبْعَدَكَ اللَّهُ ، وَيَطَّلِعُ عَرَجُكَ » . ثُمَّ نَهَى أَنْ يُقْتَصَّ مِنْ جُرْحٍ حَتَّى يَبْرَأَ صَاحِبِهِ . وَهَذِهِ زِيَادَةٌ يَجِبُ قَبُولُهَا ، وَهِيَ مَتَأَخَّرَةٌ عَنِ الْاِقْتِصَاصِ ، فَتَكُونُ نَاسِخَةً لَهُ . وَفِي نَفْسِ الْحَدِيثِ مَا يُدُلُّ عَلَى أَنَّ اسْتِقَادَتَهُ ^(٣٥) قَبْلَ الْبُرْءِ مَعْصِيَةٌ ؛ لِقَوْلِهِ : « قَدْ نَهَيْتُكَ فَعَصَيْتَنِي » . وَمَا ذَكَرُوهُ مَمْنُوعٌ ، وَهُوَ مَبْنِي ^(٣٦) الْخِلَافِ .

ظ ٤٩/٩

فصل : فَإِنْ اِقْتَصَّ قَبْلَ الْاِتِّدْمَالِ ، هُدِرَتْ سِرَايَةُ الْجِنَايَةِ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ،

(٣١) سقط من : م .

(٣٢) وأخرجه الدارقطني ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٣/ ٨٨ ، ٨٩ ، والبيهقي ، في : باب ما جاء في الاستثناء بالقيصاص من الجرح والقطع ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى ٦٧/٨ .

(٣٣) في الأصل ، ب : « الجرح » . وفي م : « الجروح » . والمثبت من : سنن الدارقطني ، والسنن الكبرى .

(٣٤) أخرجه الدارقطني حديثي جابر وعمرو بن شعيب ، في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ٣/ ٨٨ . وأخرج الإمام أحمد حديث عمرو بن شعيب ، في : المسند ٢/ ٢١٧ .

(٣٥) في الأصل « استفتاه » .

(٣٦) في ب ، م ، زيادة : « على » .

والشافعي : بل هي مضمونة ؛ لأنها سرية جنائية ، فكانت مضمونة ، كما لو لم يقتصر .
ولنا ، الخبر المذكور ، ولأنه استعجل ما لم يكن له استعجاله ، فبطل حقه ، كقاتل
موروثه ، وبهذا فارق من لم يقتصر . فعلى هذا ، لو سرى القطعان جميعا ، فمات الجاني
والمستوفى ، فهما هدر . وقال أبو حنيفة : يجب ضمان كل واحد منهما ؛ لأن^(٣٧)
سرية كل واحد منهما^(٣٧) مضمونة ، ثم يتقاصان فيسقطان . وقال الشافعي : إن مات
المجنى عليه أولا ، ثم مات الجاني ، كان قصاصا به^(٣٨) ؛ لأنه مات من سرية القطع ،
فقد مات بفعل المجنى عليه ، وإن مات الجاني ، فكذلك في أحد الوجهين ، وفي
الآخر ، يكون موت الجاني هدرا ، ولولي المجنى عليه نصف الدية . فأما إن سرى
أحد القطعين دون صاحبه ، فعندنا هو هدر ، لا ضمان فيه . وعند أبي حنيفة ، يجب
ضمان سريته . وعند الشافعي ، إن سرت الجنائية فهي مضمونة ، وإن سرى
الاستيفاء ، لم يجب ضمانه . ومبني ذلك على ما تقدّم من الخلاف .

فصل : وإن ائتمل جرح الجنائية ، فاقتصر منه ، ثم انتقص فسرى ، فسريته
مضمونة ، وسرية الاستيفاء غير مضمونة ؛ لأنه اقتصر بعد جواز الاقتصاص . فعلى
هذا ، لو قطع يد رجل ، فبرأ ، فاقتصر ، ثم انتقص جرح المجنى عليه ، / فمات ،
فلوليه قتل الجاني ، لأنه مات من جنائته ، وإن عفا إلى الدية ، فلا شيء له ، لأنه
استوفى بالقطع ما قيمته دية وهو يده ، وإن سرى الاستيفاء ، لم يجب أيضا شيء ؛ لأن
القصاص قد سقط بموته ، والدية لا يمكن إجباؤها ؛ لما ذكرنا . وإن كان المقطوع
بالجنائية يدا ، فوليه بالخيار بين القصاص في النفس وبين العفو إلى نصف الدية . ومتى
سقط القصاص بموت الجاني أو غيره ، وجب نصف الدية في تركة الجاني ، أو ماله إن
كان حيا .

(٣٧-٣٧) سقط من : م . نقل نظر .

(٣٨) سقط من : م .

فصل : ولو قَطَعَ كِتَابِي يَدَ مُسْلِمٍ ، فَبَرَأَ وَاقْتَصَّ^(٣٩) ، ثم انْتَقَصَ جُرْحُ الْمُسْلِمِ فَمَاتَ ، فَلَوْلِيهِ قَتْلُ الْكِتَابِيِّ ، وَالْعَفْوُ إِلَى أَرْضِ الْجُرْحِ ، وَفِي قَدْرِهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، نِصْفُ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدِهِ بِالْقِصَاصِ ، وَبَدَلُهَا نِصْفُ دِيَّتِهِ ، فَبَقِيَ لَهُ نِصْفُهَا ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ مُسْلِمًا . وَالثَّانِي ، لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا ؛ لِأَنَّ يَدَ الْيَهُودِيِّ تُعَدُّ نِصْفَ دِيَّتِهِ ، وَذَلِكَ رُبْعُ دِيَةِ الْمُسْلِمِ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى رُبْعَ دِيَّتِهِ ، وَبَقِيَ لَهُ ثَلَاثَةُ أَرْبَاعِهَا . وَإِنْ كَانَ قَطَعَ يَدَيِ الْمُسْلِمِ ، فَاقْتَصَّ مِنْهُ ، ثُمَّ مَاتَ الْمُسْلِمُ ، فَعَفَا وَلِيُّهُ إِلَى مَا لِي ، انْتَبَى عَلَى الْوَجْهَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : تُعْتَبَرُ قِيَمَةُ الْيَهُودِيِّ . فَلَهُ هُنَا نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَإِنْ قُلْنَا : الِاعْتِبَارُ بِقِيَمَةِ يَدِ الْمُسْلِمِ . فَلَا شَيْءَ لَهُ هُنَا ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى بَدَلَ يَدَيْهِ ، وَهِيَ جَمِيعُ دِيَّتِهِ . وَلَوْ كَانَ الْقَطْعُ فِي يَدَيْهِ وَرِجْلَيْهِ ، فَعَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، لَمْ يَكُنْ لَهُ شَيْءٌ ، وَجْهًا وَاحِدًا ؛ لِأَنَّ دِيَةَ ذَلِكَ دِيَةِ مُسْلِمٍ . وَلَوْ كَانَ الْجَانِي امْرَأَةً عَلَى رَجُلٍ ، فَالْحُكْمُ عَلَى مَا ذَكَرْنَا سَوَاءً ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهَا نِصْفُ دِيَةِ الرَّجُلِ .

فصل : إِذَا قَطَعَ يَدَ رَجُلٍ مِنَ الْكُوعِ ، ثُمَّ قَطَعَهَا آخَرَ مِنَ الْمَرْفِقِ ، فَمَاتَ بِسِرَّائِيَّتِهِمَا ، فَلَوْلِيهِ قَتْلُ الْقَاطِعَيْنِ ، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَقَطَعَ طَرَفَيْهِمَا ، فِي أَحَدِ الْوَجْهَيْنِ ، وَفِي الْآخَرِ ، لَهُ قَطْعُ يَدِ الْقَاطِعِ مِنَ الْكُوعِ . فَإِنْ قَطَعَهَا ، ثُمَّ عَفَا عَنْهُ ، فَلَهُ نِصْفُ الدِّيَةِ ، وَأَمَّا الْآخَرُ ، فَإِنْ كَانَتْ يَدُهُ مَقْطُوعَةً مِنَ الْكُوعِ ، فَقَطَعَهَا مِنَ الْمَرْفِقِ ، ثُمَّ عَفَا ، فَلَهُ دِيَةٌ ،^(٤٠) إِلَّا قَدَّرَ^(٤٠) الْحُكُومَةُ فِي الذَّرَاعِ . وَلَوْ كَانَتْ يَدُ الْقَاطِعِ مِنَ الْمَرْفِقِ صَحِيحَةً ، لَمْ يَجْزُ قَطْعُهَا ، رِوَايَةً وَاحِدَةً ؛ لِأَنَّهُ يَأْخُذُ صَحِيحَةً بِمَقْطُوعَةٍ . وَإِنْ قَطَعَ أَيْدِيَهُمَا ، وَهِيَ صَحِيحَتَانِ ، أَوْ قَطَعَ رِجْلَانِ يَدَيْهِ ، فَقَطَعَ يَدَيْهِمَا ، ثُمَّ سَرَّتِ الْجِنَايَةُ ، فَمَاتَ مِنْ قَطْعِهِمَا ، فَلَيْسَ لَوْلِيهِ الْعَفْوُ عَلَى الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّهُ قَدْ اسْتَوْفَى مَا قِيَمَتُهُ دِيَةٌ . وَإِنْ اخْتَارَ قَتْلَهُمَا ، فَلَهُ ذَلِكَ .

٥٠/٩ ظ

(٣٩) فِي ب ، م : د أَوْ اقْتَصَّ .

(٤٠-٤٠) فِي م : د الْأَقْدَارُ ؛ خَطَأً .

فصل (٤١) : ولا يجوز أن يقتص من حامل قبل وضعها ، سواء كانت حاملاً وقت الجناية ، أو حملت بعدها قبل الاستيفاء ، وسواء كان القصاص في النفس أو في الطرف ؛ أما في النفس فلقول الله تعالى : ﴿ فَلَا يُسْرَفُ فِي الْقَتْلِ ﴾ (٤١) . وقتل الحامل قتل لغير القاتل ، فيكون إسرافاً . ورؤى ابن ماجه (٤٢) ، بإسناده عن عبد الرحمن بن عَنِم ، قال : ثنا معاذ بن جبيل ، وأبو عبيدة بن الجراح ، وعبادة بن الصاميت ، وشداد ابن أوس ، قالوا : إن رسول الله ﷺ قال : « إِذَا قَتَلَتِ الْمَرْأَةُ عَمْدًا ، لَمْ تُقْتَلْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا إِنْ كَانَتْ حَامِلًا ، وَحَتَّى تُكْفَلَ وَلَدُهَا ، وَإِنْ زَنَتْ ، لَمْ تُرْجَمْ حَتَّى تَضَعَ مَا فِي بَطْنِهَا ، وَحَتَّى تُكْفَلَ وَلَدُهَا » . وهذا نص ، ولأن النبي ﷺ قال للغامدية المقيمة بالزنى : « أَرْجِعِي حَتَّى تَضَعِي مَا فِي بَطْنِكَ » . ثم قال لها : « أَرْجِعِي حَتَّى تُرَضِعِي » (٤٣) . ولأن هذا الإجماع من أهل العلم لا تعلم بينهم فيه اختلافاً . وأما القصاص في الطرف ، فلأننا منعنا الاستيفاء فيه خشية السراية إلى الجاني ، أو إلى زيادة في حقه ، فلأن تمنع منه خشية السراية إلى غير الجاني ، وتفويت (٤٤) نفس معصومية ، أولى وأخرى ، ولأن في القصاص منها قتلاً لغير الجاني ، وهو حرام . وإذا وضعت ، لم تقتل حتى تسقى الولد اللبن ؛ لأن الولد لا يعيش إلا به في الغالب ، ثم إن لم يكن للولد من يرضعه ، لم يجز قتلها حتى يعيى أو أن يظامه ؛ لما ذكرنا من الخبرين ، ولأنه لما أحرر الاستيفاء لحفظه وهو حمل ، فلأن يؤخر لحفظه بعد وضعه أولى ، إلا أن يكون القصاص فيما دون النفس ، ويكون الغالب بقاءها ، وعدم ضرره بالاستيفاء منها ، فيستوفى . وإن وجد له مرضعة راتبه ، جاز قتلها ؛ لأنه يستغنى بلبنها ، وإن كانت / مترددة ، أو

٥١/٩

(٤١) سقط هذا الفصل كله من : ب .

(٤٢) سورة الإسراء ٣٣ .

(٤٣) في : باب الحامل يجب عليها القود ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٢/٨٩٨ ، ٨٩٩ .

(٤٤) أخرجه مسلم ، في : باب من اعترف على نفسه بالزنى ، من كتاب الحدود . صحيح مسلم ٣/١٣٢٢ ،

١٣٢٣ . وإمام مالك ، في : باب ما جاء في الرجم ، من كتاب الحدود . الموطأ ٢/٨٢١ ، ٨٢٢ . وانظر الجزء

الثاني عشر صفحة ٣١١ ، ٣١٢ .

(٤٥) سقطت الواو من : م .

جماعة يتناوبته ، أو أمكن أن يسقى من لبن شاة أو نحوها ، جاز قتلها . ويستحب للولي تأخيرها ؛ لما على الولد من (٤٦) الضرر ، لإختلاف اللبن عليه ، وشرب لبن البهيمة .

فصل : وإذا ادعت الحمل ، ففيه وجهان ؛ أحدهما ؛ تحبس حتى يتبين حملها ؛ لأن للحمل أمارات خفية ، تعلمها من نفسها ، ولا يعلمها غيرها ، فوجب أن يحتاط للحمل ، حتى يتبين انقضاء ما ادعته ، ولأنه أمر يختصها ، فقبل قولها فيه ، كالحيض . والثاني ، ذكره القاضي ، أنها ترى أهل الخبرة ، فإن شهدن بحملها أخرت ، وإن شهدن ببراءتها لم تؤخر ؛ لأن الحق حال عليها ، فلا يؤخر بمجرد دعواها .

فصل : وإن اقتصر من حامل فقد أخطأ ، وأخطأ السلطان الذي مكنته من الاستيفاء ، وعليهما الإثم إن كانا عالمين ، أو كان منهما تفریط ، وإن علم أحدهما أو فرط ، فالإثم عليه ، ثم ننظر ؛ فإن لم تلق الولد ، فلا ضمان فيه ؛ لأننا لم نتحقق وجوده وحياته ، وإن انفصل ميتا أو حيا لوقت لا يعيش في مثله ، ففيه غرة ، وإن انفصل حيا لوقت يعيش مثله ، ثم مات من الجنابة ، وجبت فيه دية . وعلى من يجب ضمانه ؟ ننظر ؛ فإن كان الإمام والولي عالمين بالحمل وتحریم الاستيفاء ، أو جاهلين بالأمرين ، أو بأحدهما ، أو كان الولي عالما بذلك دون الممکن له من الاستيفاء ، فالضمان عليه وحده ؛ لأنه مباشر ، والحاكم الممکن له صاحب سبب ، ومتى اجتمع المباشر مع المتسبب ، كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالحافر مع الدافع ، وإن علم الحاكم دون الولي ، فالضمان على الحاكم وحده ؛ لأن المباشر معذور ، فكان الضمان على المتسبب ، كالسيد إذا أمر عبده بالقتل ، والعبد أعجمي لا يعرف تحريم القتل ، وكشهود القصاص إذا رجعوا عن الشهادة بعد الاستيفاء . وقال القاضي : إن كان أحدهما عالما وحده ، فالضمان عليه وحده ، وإن كانا عالمين ، فالضمان على الحاكم ؛ لأنه الذي يعرف الأحكام ، والولي إنما يرجع إلى حكمه واجتهاده ،

(٤٦) في الأصل : ٥٠ .

وإن كانا جاهلَيْن ، ففيه وَجْهان ؛ أحدهما ، / الضمانُ على الإمام ، كما^(٤٧) لو كانا عالمَيْن . والثاني ، على الولِيِّ . وهذا مذهبُ الشافعيِّ . وقال أبو الحَطَّابِ : الضَّمانُ على الحاكمِ ، ولم يُفَرِّقْ . وقال المُزَنِّيُّ : الضَّمانُ على الولِيِّ في كُلِّ حالٍ ؛ لأنَّه المُباشِرُ ، والسَّبَبُ غيرُ مُلجِيٍّ ، فكان الضَّمانُ عليه ، كالحافِرِ مع الدَّافعِ ، وكالوَأَمَرَ من يَعْلَمُ تَحْرِيمَ القَتْلِ به فقتلَ . وقد ذكرنا ما يَقْتَضِي التَّفْرِيقَ . والله أعلمُ .

١٤٥٢ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا كَانَ الْقَاطِعُ سَالِمَ الطَّرْفِ ، وَالْمَقْطُوعَةُ سَلَاءً ، فَلَا قَوْدَ)

لا نعلمُ أحدًا من أهلِ العلمِ قال بوجوبِ قَطْعِ يَدِ أو رِجْلِ أو لِسَانِ صحیحٍ بأشَلِّ ، إلا ما حُكِيَ عن داودَ ، أنه أوجِبَ ذلكَ ؛ لأنَّ كُلَّ واحدٍ منهما مُسَمَّى باسمِ صاحِبِهِ ، فيؤخَذُ به ، كالأذُنَيْنِ . ولنا ، أنَّ السَّلَاءَ لا نَفْعَ فيها سوى الجمالِ ، فلا يؤخَذُ بها ما فيه نَفْعُهُ^(١) ، كالصَّحِيحَةِ^(٢) لا تؤخَذُ بالقائمةِ^(٣) ، وما ذَكَرَ له قياسٌ ، وهو لا يَقُولُ بالقياسِ ، وإذا لم يوجِبِ القصاصَ في العَيْنَيْنِ مع قولِ الله تعالى : ﴿ وَالْعَيْنَ بِالْعَيْنِ ﴾^(٤) . لأجلِ تَفَاوُتِهِما في الصَّحَّةِ والعَمَى ، فلانَّ لا يوجِبُ^(٥) ذلكَ فيما لا نَصَّ فيه أولى .

فصل : وإن قَطَعَ أَذُنًا سَلَاءً ، أو أَثْفًا أَشَلِّ ، فهل يؤخَذُ به الصَّحِيحُ ؟ فيه وَجْهان ؛ أحدهما ، لا يؤخَذُ به ، كسائرِ الأَعْضاءِ . والثاني ، يؤخَذُ به ؛ لأنَّ نَفْعَهُ لا يَذْهَبُ بِشَلِّهِ ، فإنَّ نَفْعَ الأُذُنِ جَمْعُ الصَّوْتِ ، وَرَدُّ الهَوَامِّ ، وَسِتْرُ مَوْضِعِ السَّمْعِ ، وَنَفْعُ الأَثْفِ جَمْعُ الرِّيحِ ، وَرَدُّ الهَوَاءِ والهَوَامِّ^(٦) ، فقد ساوى الصَّحِيحُ في الجمالِ والنَّفْعِ ،

(٤٧) في ب : و كما .

(١) في م : نفع .

(٢) أى : العين الصحيحة ، كما جاء في الشرح الكبير .

(٣) العين القائمة هي التي ذهب بصرها والحدقة صحيحة .

(٤) سورة المائدة ٤٥ .

(٥) في م : يجب .

(٦) في ب ، م : أو الهوام .

فَوَجِبَ أَخْذُ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا بِالْآخِرِ ، كَالصَّحِيحِ بِالصَّحِيحِ ، بِخِلَافِ الْيَدِ وَالرَّجْلِ .
وللشافعي قولان كالوجهين .

فصل : وَلَا تُؤْخَذُ يَدٌ كَامِلَةٌ الْأَصَابِعِ بِنَاقِصَةِ الْأَصَابِعِ ، فَلَوْ قَطَعَ مَنْ لَهُ خَمْسُ أَصَابِعٍ
يَدَ مَنْ لَهُ أَرْبَعٌ أَوْ ثَلَاثٌ ، أَوْ قَطَعَ مَنْ لَهُ أَرْبَعُ أَصَابِعٍ يَدَ مَنْ لَهُ ثَلَاثٌ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ ؛
لَأَنَّهَا فَوْقَ حَقِّهِ . وَهَلْ لَهُ أَنْ يَقْطَعَ مِنْ أَصَابِعِ الْجَانِي بَعْدَ أَصَابِعِهِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ ،
ذَكَرْنَا هُنَا فِيمَا إِذَا قَطَعَ مِنْ نِصْفِ الْكَفِّ . وَإِنْ قَطَعَ ذُو الْيَدِ الْكَامِلَةَ يَدًا فِيهَا إِصْبَعٌ
شَلَّاءٌ وَبَاقِيهَا صِحَّاحٌ ، لَمْ يَجُزْ أَخْذُ الصَّحِيحَةِ بِهَا ؛ لِأَنَّهُ أَخْذُ كَامِلٍ / بِنَاقِصٍ . وَفِي
الْاِقْتِصَاصِ مِنَ الْأَصَابِعِ الصَّحَّاحِ وَجْهَانِ ، فَإِنْ قُلْنَا : لَهُ أَنْ يَقْتَصِرَ . فَلَهُ الْحُكُومَةُ فِي
الشَّلَّاءِ ، وَأَرُشٌ مَا تَحْتَهَا مِنَ الْكَفِّ . وَهَلْ يَدْخُلُ مَا تَحْتَ الْأَصَابِعِ الصَّحَّاحِ فِي
قِصَاصِهَا ، أَوْ تَجِبُ فِيهِ حُكُومَةٌ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .

٥٢/٩ و

فصل : وَإِنْ قَطَعَ الْيَدَ الْكَامِلَةَ ذُو يَدٍ فِيهَا إِصْبَعٌ زَائِدٌ ، وَجِبَ الْقِصَاصُ فِيهَا . ذَكَرَهُ
أَبُو عَبْدِ اللَّهِ ابْنُ حَامِدٍ ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَةَ عَيْبٌ وَتَقْصُّ فِي الْمَعْنَى ، يُرَدُّ بِهَا الْمَبِيعُ ، فَلَا (٧)
يَمْنَعُ وَجُودَهَا الْقِصَاصَ مِنْهَا ، كَالسَّلْعَةِ فِيهَا وَالخُرَاجِ . وَاخْتَارَ الْقَاضِي أَنَّهَا لَا تُقْطَعُ بِهَا .
وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ ؛ لِأَنَّهَا زِيَادَةٌ . فَعَلَى هَذَا ، إِنْ كَانَ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ أَيْضًا إِصْبَعٌ زَائِدَةٌ
فِي مَحَلِّ الزَّائِدَةِ مِنَ الْجَانِي ، وَجِبَ الْقِصَاصُ ؛ لِاسْتِوَائِهِمَا ، وَإِنْ كَانَتْ فِي غَيْرِ
مَحَلِّهَا ، أَوْ لَمْ يَكُنْ لِلْمَجْنُونِ عَلَيْهِ إِصْبَعٌ زَائِدَةٌ ، لَمْ تُؤْخَذْ يَدُ الْجَانِي . وَهَلْ يَمْلِكُ قَطْعَ
الإِصْبَعِ (٨) ؟ نَنْظُرُ ؛ فَإِنْ كَانَتْ الزَّائِدَةُ مُلْصَقَةً بِأَحَدِ الْأَصَابِعِ ، فَلَيْسَ لَهُ قَطْعُ تِلْكَ
الْأَصَابِعِ ، لِأَنَّ فِي قَطْعِهَا إِضْرَارًا بِالزَّائِدَةِ . وَهَلْ لَهُ قَطْعُ الْأَصَابِعِ الْأَرْبَعِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ .
وَإِنْ لَمْ تَكُنْ مُلْصَقَةً بِوَاحِدَةٍ مِنْهُنَّ ، فَهَلْ لَهُ قَطْعُ الْخَمْسِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ . وَإِنْ كَانَتْ
الزَّائِدَةُ ثَابِتَةً فِي إِصْبَعٍ فِي أُمَّلَتِهَا الْعُلْيَا ، لَمْ يَجُزْ قَطْعُهَا . وَإِنْ كَانَتْ نَائِبَةً فِي

(٧) فِي ب ، م : « قَلَمٌ » .

(٨) فِي الْأَصْلِ ، أ ، : « إِصْبَعٌ » .

السُّفْلَى أَوْ الوُسْطَى ، فَله قَطْعُ مَا فَوْقَهَا مِنَ الأَنْبَالِ ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ . وَيَأْخُذُ^(٩) أَرْضَ الأَثْمَلَةِ الَّتِي تَعْدَرُ قَطْعُهَا ، فِي أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ، وَيَتَّبِعُ ذَلِكَ خُمْسَ الكَفِّ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ ذَوِيدُهَا أَظْفَارَ يَدٍ مِنْ لَأْظْفَارِهِ ، لَمْ يَجُزِ القِصَاصُ ؛ لِأَنَّ الكَامِلَةَ لَا تُؤْخَذُ بِالنَّاقِصَةِ . وَإِنْ كَانَتْ المَقْطُوعَةُ ذَاتَ أَظْفَارٍ ، إِلَّا أَنهَا خَضْرَاءُ ، أَوْ مُسْتَحْشِفَةٌ ، أَخَذْنَا بِهَا السُّلَيْمَةَ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ عِلَّةٌ وَمَرَضٌ ، وَالمَرَضُ لَا يَمْنَعُ القِصَاصَ ، بِدَلِيلِ أَنَّا نَأْخُذُ الصَّحِيحَ بِالسَّقِيمِ .

١٤٥٣ - مسألة ؛ قال : (وَإِنْ كَانَ القَاطِعُ أَشَلَّ ، وَالمَقْطُوعَةُ سَالِمَةً ، فَشَاءَ المَظْلُومُ أَحَدَهَا ، فَذَلِكَ لَهُ ، وَلَا شَيْءَ لَهُ غَيْرُهَا . وَإِنْ شَاءَ عَفَا ، وَأَخَذَ دِيَةَ يَدِهِ)

أَمَّا إِذَا اخْتَارَ الدِّيَةَ ، فَله دِيَةُ يَدِهِ ، لَا نَعْلَمُ فِيهِ خِلَافًا ؛ / لِأَنَّهُ عَجَزَ عَنِ اسْتِيفَاءِ حَقِّهِ عَلَى الكَمَالِ بِالقِصَاصِ ، فَكَانَتْ لَهُ الدِّيَةُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لِلقَاطِعِ يَدٌ . وَهَذَا قَوْلُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَمَالِكٍ ، وَالشَّافِعِيِّ . وَإِنْ اخْتَارَ القِصَاصَ ، سُئِلَ أَهْلُ الخَبْرَةِ ، فَإِنْ قَالُوا : إِنَّهُ إِذَا قَطَعَ لَمْ تَنْسُدْ العُرُوقُ ، وَدَخَلَ الهَوَاءُ إِلَى البَدَنِ فَافْسَدَهُ . سَقَطَ القِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَجُوزُ أَخْذُ نَفْسٍ بِطَرْفٍ . وَإِنْ أَمِنَ هَذَا ، فَله القِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ رَضِيَ بِذَوْنِ حَقِّهِ ، فَكَانَ لَهُ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ رَضِيَ المُسْلِمُ بِالقِصَاصِ مِنَ الدَّمِيِّ ، وَالرَّجُلُ مِنَ المَرَأَةِ ، وَالجُرْمُ مِنَ العَبْدِ ، وَليْسَ لَهُ مَعَ القِصَاصِ أَرْضٌ ؛ لِأَنَّ الشَّلَاءَ كَالصَّحِيحَةِ فِي الخِلْقَةِ ، وَإِنَّمَا نَقَصَتْ فِي الصِّفَةِ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَرْضٌ ، كَالصُّورِ الَّتِي ذَكَرْنَاهَا . وَقَالَ أَبُو الحَطَّابِ : عِنْدِي لَهُ أَرْضٌ مَعَ القِصَاصِ . عَلَى قِيَاسِ قَوْلِهِ فِي عَيْنِ الأَعْوَرِ . وَالأَوَّلُ أَصَحُّ ؛ فَإِنَّ إلْحَاقَ هَذَا الفَرْعِ بِالأُصُولِ المُتَّفَقِ عَلَيْهَا ، أَوْلَى مِنَ إلْحَاقِهِ بِفَرْعٍ مُخْتَلِفٍ فِيهِ ، خَارِجٍ عَنِ الأُصُولِ ، مُخَالِفٍ لِلقِيَاسِ .

فصل : وَتُؤْخَذُ الشَّلَاءُ بِالشَّلَاءِ ، إِذَا أَمِنَ فِي الاسْتِيفَاءِ الزِّيَادَةُ . وَقَالَ أَصْحَابُ

(٩) فِي ب : ٥ وَأَخَذَ .

الشافعي ، لا تُؤخذُ بها ، في أَحَدِ الوَجْهَيْنِ ؛ لِأَنَّ الشَّلْلَ ^(١) عِلَّةٌ ^(٢) ، وَالْعِلْلُ يَخْتَلِفُ تَأْثِيرُهَا فِي الْبَدَنِ ، فَلَا تَتَحَقَّقُ الْمُمَاطَلَةُ بَيْنَهُمَا . وَلَنَا ، أَنَّهُمَا مُتَمَاثِلَانِ فِي ذَاتِ الْعُضْوِ وَصِفَتِهِ ، فَجَازَ أَخْذُ أَحَدِهِمَا بِالْأُخْرَى ، كَالصَّحِيحَةِ بِالصَّحِيحَةِ .

فصل : وَتُؤْخَذُ النَّاقِصَةُ بِالنَّاقِصَةِ ، إِذَا تَسَاوَتَا فِيهِ ، بِأَنْ يَكُونَ الْمَقْطُوعُ مِنْ يَدِ الْجَانِي كَالْمَقْطُوعِ مِنْ يَدِ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّهُمَا تَسَاوَتَا فِي الذَّاتِ وَالصِّفَةِ . فَأَمَّا إِنْ اخْتَلَفَا ، فَكَانَ الْمَقْطُوعُ مِنْ يَدِ أَحَدِهِمَا الْإِنْبَهَامَ ، وَمِنَ الْأُخْرَى إِصْبَعٌ غَيْرِهَا ، لَمْ يَجْزِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ فِيهِ أَخْذَ إِصْبَعٍ بِغَيْرِهَا . وَإِنْ كَانَتْ يَدُ أَحَدِهِمَا نَاقِصَةً إِصْبَعًا ، وَالْأُخْرَى نَاقِصَةً تِلْكَ الْإِصْبَعِ وَالْأُخْرَى ^(٣) ، جَازَ أَخْذَ النَّاقِصَةِ إِصْبَعَيْنِ بِالنَّاقِصَةِ إِصْبَعًا . وَهَلْ لَهُ أَرْشٌ إِصْبَعِهِ الزَّائِدَةِ ؟ فِيهِ وَجْهَانِ . وَلَا يَجُوزُ أَخْذُ الْأُخْرَى بِهَا ؛ لِأَنَّ الْكَامِلَةَ لَا تُؤْخَذُ بِالنَّاقِصَةِ .

فصل : وَيَجُوزُ أَخْذُ النَّاقِصَةِ بِالْكَامِلَةِ ؛ لِأَنَّهَا دُونَ حَقِّهِ . وَهَلْ لَهُ أَخْذُ دِيَّةٍ لِأَصَابِعِ النَّاقِصَةِ ؟ عَلَى وَجْهَيْنِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ . وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ ، وَاخْتِيارُ ابْنِ حَامِدٍ . / وَالثَّانِي ، لَيْسَ لَهُ مَعَ الْقِصَاصِ أَرْشٌ . وَهُوَ مَذْهَبُ أَبِي حَنِيفَةَ ، وَقِيَاسُ قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ؛ لِأَنَّ الْيُضْيِيَّ إِلَى الْجَمْعِ بَيْنَ قِصَاصِ ^(٤) وَدِيَّةٍ فِي عُضْوٍ وَاحِدٍ . وَقَالَ الْقَاضِي : قِيَاسُ قَوْلِهِ سَقُوطُ الْقِصَاصِ ، كَقَوْلِهِ فِي مَنْ قَطَعَتْ يَدُهُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ ، وَلَيْسَ كَذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ يَقْتَضِي مِنْ مَوْضِعِ الْجِنَايَةِ ، وَيَضَعُ الْحَدِيدَةَ فِي مَوْضِعِ وَضْعِهَا الْجَانِي ، فَمَلَكَ ذَلِكَ ، كَمَا لَوْ جَنَى عَلَيْهِ فَوْقَ الْمَوْضِعِ ، أَوْ كَانَ رَأْسُ الشَّاحِ أَصْغَرَ ، أَوْ أَخَذَ الشَّلَاءَ بِالصَّحِيحَةِ . وَيُفَارِقُ الْقَاطِعُ مِنْ نِصْفِ الذَّرَاعِ ؛ لِأَنَّهُ لَا يُمَكِّنُهُ الْقِصَاصُ مِنْ مَوْضِعِ الْجِنَايَةِ . هَكَذَا حَكَاهُ الشَّرِيفُ ، عَنْ أَبِي بَكْرٍ .

٥٣/٩

(١) في ب ، م : الشلاء .

(٢) في م : عيلة .

(٣) في م : فأخرى .

(٤) في م : القصاص .

فصل: وإن كانت يَدُ القاطعِ والمَجْنِيَّ عليه كَامِلَتَيْنِ، [و] في يَدِ المَجْنِيَّ عليه إصْبَعٌ زائِدَةٌ، فعلى قولِ ابنِ حامِدٍ، لا عِبْرَةَ بِالزَّائِدَةِ؛ لِأَنَّهَا بِمَنْزِلَةِ الخُرَاجِ والسَّلْعَةِ. وعلى قولِ غيرِهِ، له قَطْعُ يَدِ الجَانِي. وهل له حُكُومَةٌ فِي الزَّائِدَةِ؟ على وَجْهَيْنِ. وإن قَطَعَ مَنْ له خَمْسُ أَصَابِعٍ أَصْلِيَّةٍ، كَفَّ مَنْ له أَرْبَعُ أَصَابِعٍ أَصْلِيَّةٍ، وإصْبَعٌ زَائِدَةٌ، أو قَطَعَ مَنْ له أَرْبَعُ أَصَابِعٍ أَصْلِيَّةٍ^(٥) وإصْبَعٌ زَائِدَةٌ، كَفَّ مَنْ له خَمْسُ أَصَابِعٍ أَصْلِيَّةٍ، فلا قِصَاصَ فِي الصُّورَةِ الْأُولَى؛ لِأَنَّ الْأَصْلِيَّةَ لَا تُؤَخَذُ بِالزَّائِدَةِ. وله القِصَاصُ فِي الصُّورَةِ الثَّانِيَةِ، فِي قَوْلِ ابنِ حَامِدٍ؛ لِأَنَّ الزَّائِدَةَ لَا عِبْرَةَ بِهَا. وقالِ غيرُهُ: إن لم تَكُنْ الزَّائِدَةُ فِي مَحَلِّ الْأَصْلِيَّةِ، فلا قِصَاصَ أَيْضًا؛ لِأَنَّ الإصْبَعَيْنِ مُخْتَلِفَيْنِ. وإن كانت فِي مَحَلِّ الْأَصْلِيَّةِ، فقال القَاضِي: يَجْرِي القِصَاصُ. وهو مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ، ولا شَيْءَ لَهُ لِنَقْصِ الزَّائِدَةِ. وهذا فِيهِ نَظَرٌ؛ فَإِنَّهَا مَتَى كَانَتْ فِي مَحَلِّ الْأَصْلِيَّةِ، كَانَتْ أَصْلِيَّةً، لِأَنَّ الزَّائِدَةَ هِيَ الَّتِي زَادَتْ عَنِ عَدَدِ الْأَصَابِعِ، أو كَانَتْ فِي غَيْرِ مَحَلِّ الْأَصَابِعِ، وهذا له خَمْسُ أَصَابِعٍ فِي مَحَلِّهَا، فَكَانَتْ كُلُّهَا أَصْلِيَّةً. فإن قالوا: معْنَى كَوْنِهَا زَائِدَةً، أَنَّهَا ضَعِيفَةٌ مَائِلَةٌ عَنِ سَمْتِ الْأَصَابِعِ. قلنا: ضَعْفُهَا لَا يُوجِبُ كَوْنَهَا زَائِدَةً، كَذَكَرِ العَيْنِيْنَ، وَأَمَّا مَيْلُهَا عَنِ سَمْتِ^(٦) الْأَصَابِعِ، فَإِنَّهَا إِنْ لَمْ تَكُنْ نَابِتَةً فِي مَحَلِّ الإصْبَعِ المَعْدُومَةِ، فَسَدَّ قَوْلُهُمْ إِنَّهَا فِي مَحَلِّهَا، وَإِنْ كَانَتْ نَابِتَةً فِي مَوْضِعِهَا، وَإِنَّمَا مَالَ رَأْسُهَا وَأَعْوَجَّتْ، فَهَذَا مَرَضٌ/ لا يُخْرِجُهَا عَنِ كَوْنِهَا أَصْلِيَّةً.

ظ ٥٣/٩

فصل: وإذا قَطَعَ إصْبَعَهُ، فأصَابَهُ مِنْ جُرْحِهَا أَكِلَةٌ فِي يَدِهِ، وَسَقَطَتْ مِنْ مَفْصِلِ، ففيهَا القِصَاصُ. وإن بَادَرَهَا صَاحِبُهَا، فَقَطَعَهَا مِنَ الكُوعِ، لثَلَا تُسْرَى إِلَى سَائِرِ جَسَدِهِ، ثم انْدَمَلَ جُرْحُهُ، فعلى الجَانِي القِصَاصُ فِي الإصْبَعِ، وَالحُكُومَةُ فِيمَا تَأْكُلُ مِنَ الكَفِّ، ولا شَيْءَ عَلَيْهِ فِيمَا قَطَعَهُ المَجْنِيَّ عَلَيْهِ؛ لِأَنَّهُ تَلَفَ بِفِعْلِهِ. وإن لم

(٥) سقط من: الأصل، ا، ب.

(٦) سقط من: الأصل، م.

يَنْدِمُ ، ومات من ذلك ، فالجاني شريك نفسه ، فيَحْتَمِلُ وُجُوبَ الْقِصَاصِ عليه ، وَيَحْتَمِلُ أَنْ لَا يَجِبَ بِحَالٍ ؛ لِأَنَّ فِعْلَ الْمَجْنُونِ عَلَيْهِ (٧) ، إِنَّمَا قَصَدَ بِهِ الْمَصْلُحَةَ ، فَهُوَ عَمْدُ الْخَطِئِ ، وَشَرِيكُ الْخَاطِئِ لَا قِصَاصَ عَلَيْهِ ، وَيَكُونُ عَلَيْهِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَإِنْ قَطَعَ الْمَجْنُونُ عَلَيْهِ مَوْضِعَ الْأَكِلَةِ ، نَظَرْتُ ؛ فَإِنَّ قَطْعَ لَحْمًا مَيِّتًا ، ثُمَّ سَرَّتِ الْجِنَايَةَ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْجَانِي ؛ لِأَنَّهُ سِرِّيَّةٌ جُرْحِهِ خَاصَّةٌ ، وَإِنْ كَانَ فِي لَحْمٍ حَيٍّ ، فَمَاتَ ، فَالْحُكْمُ فِيهِ كَمَا لَوْ قَطَعَهَا خَوْفًا مِنْ سِرِّيَّتِهَا .

فصل : وَإِذَا قَطَعَ أُنْمَلَةٌ لَهَا طَرَفَانِ ، إِحْدَاهُمَا زَائِدَةٌ وَالْأُخْرَى أُصْلِيَّةٌ ، فَإِنْ كَانَتْ أُنْمَلَةُ الْقَاطِعِ ذَاتَ طَرَفَيْنِ أَيْضًا ، أُخِذَتْ بِهَا ، وَإِنْ لَمْ تَكُنْ ذَاتَ طَرَفَيْنِ . قُطِعَتْ ، وَعَلَيْهِ حُكْمَةٌ فِي الزَّائِدَةِ . وَإِنْ كَانَتْ الْمَقْطُوعَةُ ذَاتَ طَرَفٍ وَاحِدٍ ، وَأُنْمَلَةُ الْقَاطِعِ ذَاتَ طَرَفَيْنِ ، أُخِذَتْ بِهَا ، فِي قَوْلِ ابْنِ حَامِدٍ . وَعَلَى قَوْلِ غَيْرِهِ ؛ لَا قِصَاصَ فِيهَا ، وَلَهُ ذِيَّةٌ أُثْمَلَتْ . وَإِنْ ذَهَبَ الطَّرْفُ الزَّائِدُ ، فَلَهُ الْاسْتِيفَاءُ . وَإِنْ قَالَ : أَنَا أَصْبِرُ حَتَّى يَذْهَبَ الزَّائِدُ ثُمَّ أَقْتَصُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ حَقَّهُ ، فَلَا يُجْبِرُ عَلَى تَعْجِيلِ اسْتِيفَائِهِ .

فصل : وَلَوْ قَطَعَ أُنْمَلَةٌ رَجُلٍ الْعُلْيَا ، ثُمَّ قَطَعَ أُنْمَلَةَ آخَرَ الْوُسْطَى ، ثُمَّ قَطَعَ السُّفْلَى مِنْ ثَالِثٍ ، فَلِلْأَوَّلِ الْقِصَاصُ مِنَ الْعُلْيَا ، ثُمَّ لِلثَّانِي أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ الْوُسْطَى ، ثُمَّ لِلثَّالِثِ أَنْ يَقْتَصَّ مِنَ السُّفْلَى ، سِوَاءَ جَاءُوا دَفْعَةً وَاحِدَةً ، أَوْ وَاحِدًا بَعْدَ وَاحِدٍ . وَبِهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ . وَقَالَ أَبُو حَنِيفَةَ : لَا قِصَاصَ إِلَّا فِي الْعُلْيَا ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَجِبْ فِي غَيْرِهَا حَالَ الْجِنَايَةِ ، لِتَعَدُّرِ اسْتِيفَائِهِ ، فَلَمْ يَجِبْ بَعْدَ ذَلِكَ كَمَا لَوْ كَانَ غَيْرَ مُكَافِيٍّ حَالَ الْجِنَايَةِ ، ثُمَّ صَارَ مُكَافِئًا بَعْدَهُ . وَلَنَا ، أَنْ تَعَدَّرَ الْقِصَاصُ لِاتِّصَالِ مَحَلِّهِ بِغَيْرِهِ لَا يَمْنَعُهُ إِذَا زَالَ الْإِتِّصَالُ ، / كَمَا لَوْ جَنَّتِ الْحَامِلُ . وَيَفَارِقُ عَدَمَ التَّكَافُؤِ ؛ لِأَنَّهُ تَعَدَّرَ لِمَعْنَى فِيهِ ، وَهَهُنَا تَعَدَّرَ لِاتِّصَالِ غَيْرِهِ بِهِ . فَأَمَّا إِنْ جَاءَ صَاحِبُ الْوُسْطَى أَوْ السُّفْلَى يَطْلُبُ الْقِصَاصَ قَبْلَ صَاحِبِ الْعُلْيَا ، لَمْ يُعْطَ ؛ لِأَنَّ فِي اسْتِيفَائِهِ إِتْلَافَ أُنْمَلَةٍ لَا يَسْتَحِقُّهَا ، وَقِيلَ لَهَا :

٥٤/٩

(٧) سقط من : ب ، م .

إِذَا أَنْ تَصْبِرَ حَتَّى تَعْلَمَ مَا يَكُونُ مِنَ الْأَوَّلِ ، فَإِنْ اقْتَصَرَ فَلِكَمَا الْقِصَاصُ ، وَإِنْ عَفَا فَلَا قِصَاصَ لِكَمَا ، وَإِذَا أَنْ تَرْضِيَا بِالْعَقْلِ . فَإِذَا جَاءَ صَاحِبُ الْعُلْيَا فَاقْتَصَرَ ، فَلِلثَانِي الْأَقْتِصَاصُ ، وَحُكْمُ الثَّالِثِ مَعَ الثَّانِي كَحُكْمِ الثَّانِي مَعَ الْأَوَّلِ ، وَإِنْ عَفَا ، فَلِهَما الْعَقْلُ ، فَإِنْ قَالَا : نَحْنُ نَصْبِرُ وَنَنْتَظِرُ^(٨) بِالْقِصَاصِ أَنْ تَسْقُطَ الْعُلْيَا بِمَرَضٍ أَوْ نَحْوِهِ ، ثُمَّ نَقْتَصِرُ . لَمْ يُمْتَنَعَا مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ قَطَعَ صَاحِبُ الْوُسْطَى الْوُسْطَى وَالْعُلْيَا ، فَعَلِيهِ دِيَّةُ الْعُلْيَا ، تُدْفَعُ إِلَى صَاحِبِ الْعُلْيَا . وَإِنْ قَطَعَ الْإِصْبِغَ كُلَّهُما ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الْأُثْمَلَةِ الثَّالِثَةِ ، وَعَلِيهِ أَرَشُ الْعُلْيَا لِلأَوَّلِ ، وَأَرَشُ السُّفْلَى عَلَى الْجَانِي لِصَاحِبِهَا ، وَإِنْ عَفَا الْجَانِي عَنْ قِصَاصِهَا ، وَجَبَ أَرَشُهَا ، يَدْفَعُهُ إِلَيْهِ ، لِيَدْفَعَهُ إِلَى الْمَجْنِيِّ عَلَيْهِ .

فصل : وَإِنْ قَطَعَ أُثْمَلَةَ رَجُلِ الْعُلْيَا ، ثُمَّ قَطَعَ أُثْمَلَتِي آخَرَ الْعُلْيَا وَالْوُسْطَى مِنْ تِلْكَ الْإِصْبِغِ ، فَلِلأَوَّلِ قَطْعُ الْعُلْيَا ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ أَسْبَقُ ، ثُمَّ يَقْطَعُ الثَّانِي الْوُسْطَى ، وَيَأْخُذُ أَرَشَ الْعُلْيَا مِنْهُ . فَإِنْ بَادَرَ الثَّانِي فَقَطَعَ الْأُثْمَلَتَيْنِ ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَتَعَدَّرَ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لِلأَوَّلِ ، وَلَهُ الْأَرَشُ عَلَى الْجَانِي . وَإِنْ كَانَ قَطَعَ الْأُثْمَلَتَيْنِ أَوَّلًا ، قَدَّمْنَا صَاحِبَهُمَا^(٩) فِي الْقِصَاصِ ، (''وَجَبَ لِصَاحِبِ الْعُلْيَا أَرَشُهَا'')^(١٠) . وَإِنْ بَادَرَ صَاحِبُهُمَا فَقَطَعَهَا ، فَقَدْ اسْتَوْفَى حَقَّهُ ، وَتَقَطَعَ الْوُسْطَى لِلأَوَّلِ ، وَيَأْخُذُ الْأَرَشَ لِلْعُلْيَا . وَلَوْ قَطَعَ أُثْمَلَةَ رَجُلِ الْعُلْيَا ، وَلَمْ يَكُنْ لِلْقَاطِعِ عُلْيَا ، فَاسْتَوْفَى الْجَانِي مِنَ الْوُسْطَى ، فَإِنْ عَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، تَقَاصًا وَتَسَاقُطًا ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ اخْتَارَ الْجَانِي الْقِصَاصَ ، فَلَهُ ذَلِكَ ، وَيَدْفَعُ أَرَشَ الْعُلْيَا . وَيَجِيءُ عَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، أَنْ لَا يَجِبَ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّ دِيَّتَهُمَا وَاحِدَةٌ ، وَاسْمُ الْأُثْمَلَةِ يَشْمَلُهُمَا^(١١) ، فَتَسَاقَطَا ، كَقَوْلِهِ فِي إِحْدَى الْيَدَيْنِ بَدَلًا عَنِ الْأُخْرَى .

(٨) فِي ب ، م : « وَنَنْظِرُ » .

(٩) فِي م زِيَادَةٌ : « فَقَطَعَهَا » .

(١٠-١١) فِي م : « لِلأَوَّلِ وَلَهُ الْأَرَشُ عَلَى الْجَانِي » .

(١١) فِي م : « يَشْمَلُهَا » .

١٤٥٤ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا قُتِلَ وَلَهُ وَلِيَّانٍ ؛ بَالِغٌ ، وَطِفْلٌ أَوْ غَائِبٌ ، لَمْ يُقْتَلْ حَتَّى / يَفْقَدَ الْعَائِبُ وَيَبْلُغَ الطِّفْلُ)

٥٤/٩ ظ

وجملته أن ورثة القَتِيل إذا كانوا أكثر من واحد ، لم يَجُزْ لبعضهم استيفاء القود إلا بإذن الباقيين ، فإن كان بعضهم غائبًا ، انتظر قُدومه ، ولم يَجُزْ للحاضر الاستقلال بالاستيفاء ، بغير خلاف علمناه ، وإن كان بعضهم صغيراً أو مجنوناً ، فظاهر مذهب أحمد ، رحمه الله ، أنه ليس لغيرهما الاستيفاء حتى يَبْلُغَ الصغيرُ وَيُفِيقَ المَجْنُونُ . وهذا قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والشافعي ، وأبو يوسف ، وإسحاق ، ويروى ذلك ^(١) عن عمر بن عبد العزيز ، رحمه الله . وعن أحمد ، رواية أخرى : للكبار العُقلاء استيفاءه . وبه قال حماد ، ومالك ، والأوزاعي ، والليث ، وأبو حنيفة ؛ لأن الحسن بن علي ، رضي الله عنهما ، قتل ابن ملجم قصاصاً ، وفي الورثة صغار ، فلم يَنكُرْ ذلك ^(٢) ، ولأن ولاية القصاص هي استحقات استيفائه ، وليس للصغير هذه الولاية . ولنا ، أنه قصاص غير مُحْتَمٍ ، ثبت لجماعة معينين ، فلم يَجُزْ لأحدِهِم استيفاءه استقلالاً ، كما لو كان بين حاضر وغائب ، أو أخذ بدل النفس ، فلم يَنفَرِدْ به بعضهم كالدية ، والدليل على أن للصغير والمجنون فيه حقاً أربعة أمور ؛ أحدها ، أنه لو كان مُنفَرِداً لَاسْتَحَقَّهُ ، ولو نأفاه الصغر مع غيره لَنَأفَاهُ مُنفَرِداً ، كولاية النكاح . والثاني ، أنه لو بَلَغَ لَاسْتَحَقَّ ^(٣) ، ولو لم يَكُنْ مُسْتَحَقّاً عند الموت لم يَكُنْ مُسْتَحَقّاً بعده ، كالرقيق إذا عتق بعد موت أبيه . والثالث ، أنه لو صار الأمر إلى المال ، لَاسْتَحَقَّ ، ولو لم يَكُنْ مُسْتَحَقّاً للقصاص لَمَا اسْتَحَقَّ بَدَلَهُ ، كالأجنبي . والرابع ، أنه لو مات الصغير لَاسْتَحَقَّهُ وَرَثَتُهُ ، ولو لم يَكُنْ حقاً لم يَرِثَهُ ، كسائر ما لم يَسْتَحَقَّهُ ، فأما ابن ملجم ، فقد قيل :

(١) سقط من : م .

(٢) أخرجه البيهقي ، في : باب من زعم أن للكبار أن يقتصوا قبل بلوغ الصغار ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٥٨/٨ . وابن أبي شيبة ، في : باب الرجل يقتل وله ولد صغار ، من كتاب الديات . المصنف ٣٦٨/٩ .

(٣) في الأصل ، ب : لا يستحق .

إِنَّهُ قَتَلَهُ لِكُفْرِهِ^(٤)، ولأنَّه^(٥) قَتَلَ عَلِيًّا مُسْتَحِلًّا لِدَمِهِ، مُعْتَقِدًا كُفْرَهُ، مُتَقَرِّبًا بِذَلِكَ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى. وَقِيلَ: قَتَلَهُ لِسَعْيِهِ فِي الْأَرْضِ بِالْفَسَادِ، وَإِظْهَارِ السَّلَاحِ، فَيَكُونُ كَقِطَاعِ الطَّرِيقِ إِذَا قَتَلَ. وَقَتْلُهُ مُتَحْتَمًّا، وَهُوَ إِلَى الْإِمَامِ، وَالْحَسَنُ هُوَ الْإِمَامُ، وَلِذَلِكَ لَمْ يَنْتَظِرِ الْغَائِبِينَ مِنَ الْوَرِثَةِ. وَلَا خِلَافَ بَيْنَنَا / فِي وُجُوبِ انْتِظَارِهِمْ، وَإِنْ قُدِّرَ أَنَّهُ قَتَلَهُ قِصَاصًا، فَقَدْ اتَّفَقْنَا عَلَى خِلَافِهِ، فَكَيْفَ يَحْتَجُّ بِهِ بَعْضُنَا عَلَى بَعْضٍ.

فصل: وإن كان الوارث واحدًا صغيرًا، كصبيٍّ قُتِلَتْ أُمُّهُ، وليست زَوْجَةً لِأَبِيهِ، فالقصاصُ له، وليس لِأَبِيهِ وَلَا غَيْرِهِ^(٦) استيفاءً. وبهذا قال الشافعيُّ. وقال أبو حنيفة، ومالك: له استيفاءً. وكذلك الحكمُ في الوصيِّ والحاكمِ، في الطَّرْفِ دُونَ النَّفْسِ. وذكر أبو الخطاب في موضع في الأبِ رِوَايَتَيْنِ، وفي مَوْضِعٍ وَجْهَيْنِ، أَحَدُهُمَا، كَقَوْلِهِمَا^(٧)؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ أَحَدٌ بَدَلِي النَّفْسِ، فَكَانَ لِلأَبِ اسْتِيفَاؤُهُ، كَالدِّيَّةِ. وَلَنَا، أَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِيقَاعَ الطَّلَاقِ بِرِوَجَّتِهِ، فَلَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَ الْقِصَاصِ لَهُ، كَالْوَصِيِّ، وَلِأَنَّ الْقَصْدَ التَّشْفِيَّ وَدَرْكَ الْعَيْظِ، وَلَا يَحْصُلُ^(٨) ذَلِكَ بِاسْتِيفَاءِ الْوَلِيِّ. وَيُخَالِفُ الدِّيَّةَ، فَإِنَّ الْعَرَضَ يَحْصُلُ بِاسْتِيفَاءِ الأَبِ لَهُ، فَافْتَرَقَا، وَلِأَنَّ الدِّيَّةَ إِنَّمَا يَمْلِكُ اسْتِيفَاءَهَا إِذَا تَعَيَّنَتْ، وَالْقِصَاصُ لَا يَتَعَيَّنُ، فَإِنَّهُ يَجُوزُ الْعَفْوُ إِلَى الدِّيَّةِ، وَالصَّلْحُ عَلَى مَالٍ أَكْثَرَ مِنْهَا وَأَقْلَ، وَالدِّيَّةُ بِخِلَافِ ذَلِكَ.

فصل: وكلُّ موضعٍ وَجِبَ تَأْخِيرُ الاسْتِيفَاءِ، فَإِنَّ الْقَاتِلَ يُحْبَسُ حَتَّى يَبْلُغَ الصَّبِيَّ، وَيَعْقِلَ الْمَجْنُونُ، وَيَقْدَمَ الْغَائِبُ، وَقَدْ حَبَسَ مُعَاوِيَةُ هُذَيْبَةَ بِنَ حَشْرَمٍ فِي قِصَاصِ حَتَّى بَلَغَ ابْنُ الْقَيْلِ، فِي عَصْرِ الصَّحَابَةِ، فَلَمْ يُنْكَرْ ذَلِكَ، وَبَدَّلَ الْحَسَنُ وَالْحُسَيْنُ وَسَعِيدُ بْنُ

(٤) في م: « بكفروه » .

(٥) سقطت الواو من م: .

(٦) في ب: « لغيره » .

(٧) في م: « كقولنا » .

(٨) في ب: « يحصل » .

العاصِرِ لِابْنِ الْقَتِيلِ سَبْعَ دِيَّاتٍ ، فَلَمْ يَقْبَلْهَا^(٩) . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ لَا يُخْلَى سَبِيلُهُ كَالْمُعْسِرِ بِالذَّنِّينِ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ فِي تَخْلِيَتِهِ تَضْيِيعًا لِلْحَقِّ ، فَإِنَّهُ لَا يُؤْمَنُ هَرَبُهُ ، وَالْفَرْقُ بَيْنَهُ وَبَيْنَ الْمُعْسِرِ مِنْ وُجُوهِ ؛ أَحَدُهَا ، أَنَّ قَضَاءَ الذَّنِّينِ لَا يَجِبُ مَعَ الْإِعْسَارِ ، فَلَا يُحْبَسُ بِمَا لَا يَجِبُ ، وَالْقِصَاصُ هُنَا وَاجِبٌ ، وَإِنَّمَا تَعَذَّرَ الْمُسْتَوْفَى . الثَّانِي ، أَنَّ الْمُعْسِرَ إِذَا حَبَسْنَاهُ تَعَذَّرَ^(١٠) الْكَسْبُ لِقَضَاءِ الذَّنِّينِ ، فَلَا يُفِيدُ ، بَلْ يَضُرُّ مِنَ الْجَانِبَيْنِ ، وَهُنَا الْحَقُّ نَفْسُهُ يُفَوِّتُ بِالتَّخْلِيَةِ لَا بِالْحَبْسِ . الثَّلَاثُ ، أَنَّهُ قَدْ اسْتَحَقَّ قَتْلَهُ ، وَفِيهِ تَفْوِيتٌ نَفْسِهِ وَنَفْعِهِ ، فَإِذَا تَعَذَّرَ تَفْوِيتٌ نَفْسِهِ ، جَازَ تَفْوِيتُ نَفْعِهِ لِإِمْكَانِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ يُحْبَسُ مِنْ أَجْلِ الْغَائِبِ ، وَلَيْسَ لِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ إِذَا كَانَ مُكَلَّفًا رَشِيدًا ، وَلِذَلِكَ لَوْ وَجَدَ بَعْضَ مَالِهِ مَعْصُومًا لَمْ يَمْلِكْ انْتِزَاعَهُ ؟ قُلْنَا : لِأَنَّ فِي الْقِصَاصِ حَقًّا لِلْمَيِّتِ ، وَلِلْحَاكِمِ عَلَيْهِ وِلَايَةٌ ، وَهَذَا اتَّفَقَ وَصَايَاهُ مِنَ الدِّيَةِ ، وَتُقْضَى دِيُونُهُ مِنْهَا ، فَتَنْظِيرُهُ أَنْ يَجِدَ الْحَاكِمُ مِنْ تَرْكَةِ الْمَيِّتِ فِي يَدِ إِنْسَانٍ شَيْئًا غَضَبًا ، وَالْوَارِثُ غَائِبٌ ، فَإِنَّهُ يَأْخُذُهُ . وَلَوْ كَانَ الْقِصَاصُ^(١١) «لِحَى فِي^(١) طَرْفِهِ ، لَمْ يَتَعَرَّضْ لِمَنْ هُوَ عَلَيْهِ . فَإِنْ أَقَامَ الْقَاتِلُ كَفِيلًا بِنَفْسِهِ لِيُخْلَى سَبِيلُهُ ، لَمْ يَجُزْ ؛ لِأَنَّ الْكِفَالََةَ لَا تَصِحُّ فِي الْقِصَاصِ ، فَإِنَّ فَائِدَتَهَا اسْتِيفَاءُ الْحَقِّ مِنَ الْكَفِيلِ إِنْ تَعَذَّرَ إِحْضَارُ الْمَكْفُولِ بِهِ ، وَلَا يُمَكِّنُ اسْتِيفَاؤَهُ مِنْ غَيْرِ الْقَاتِلِ ، فَلَمْ تَصِحَّ الْكِفَالََةُ بِهِ كَالْحَدِّ ، وَلِأَنَّ فِيهِ تَعْرِيرًا بِحَقِّ الْمَوْلَى عَلَيْهِ ، فَإِنَّهُ رُبَّمَا خَلَى سَبِيلَهُ فَهَرَبَ ، فَضَاعَ الْحَقُّ .

ظ ٥٥/٩

فصل : فَإِنْ قَتَلَهُ بَعْضُ الْأَوْلِيَاءِ بِغَيْرِ إِذْنِ الْبَاقِيْنَ ، لَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ قِصَاصٌ . وَبِهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَهُوَ أَحَدُ قَوْلِي الشَّافِعِيِّ ، وَالْقَوْلُ الْأَخِيرُ ، عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ؛ لِأَنَّهُ مَمْنُوعٌ مِنْ قَتْلِهِ ، وَبَعْضُهُ غَيْرُ مُسْتَحَقٍّ لَهُ ، وَقَدْ يَجِبُ الْقِصَاصُ بِإِثْلَافِ بَعْضِ النَّفْسِ ، بِدَلِيلِ مَا لَوْ اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي قَتْلِ وَاحِدٍ . وَلَنَا ، أَنَّهُ مُشَارِكٌ فِي اسْتِحْقَاقِ الْقَتْلِ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ

(٩) انظر : الكامل ، للمبرد ٨٤/٤ ، ٨٥ .

(١٠) في ب : « لتعذر » .

(١١-١٠) في الأصل ، م : « في لحي » .

القصاصُ ، كما لو كان مُشاركًا في مِلْكِ الجارية ووطئها ، ولأنَّه محلَّ يَمْلِكُ بعضه ، فلم تجب العقوبة المُقدَّرةُ باستيفائه كالأصل . ويُفارق إذا قَتَلَ الجماعةَ واحدًا ، فإنَّما لا تُوجبُ القصاصَ بِقَتْلِ بعضِ النَّفسِ ، وإنَّما تُجعلُ كلَّ واحدٍ منهم قاتِلًا لجميعها ، وإن سلَّمنا وجوبه عليه لقتله بعض النَّفسِ ، فمن شرطه ^(١٢) المُشاركةُ لمن فعله ، كفعله في العمدِ والعُدوانِ ، ولا يتحقَّقُ ذلك ^(١٣) ههنا . إذا ثبتَ هذا ، فإنَّ للولِيِّ الذي لم يقتل قسطنه من الدِّيةِ ؛ لأنَّ حقَّه من القصاصِ سقطَ بغيرِ اختياره ، فأشبهه ما لو مات القاتِلُ أو عفا بعضُ الأولياءِ . وهل يجبُ ذلك على قاتِلِ الجاني ، أو في تركةِ الجاني ؟ فيه وجهان . وللشافعي قولان ؛ أحدهما ، يَرجعُ على قاتِلِ الجاني ؛ لأنَّه أتلفَ محلَّ حقِّه ، فكان الرجوعُ عليه بِعوضِ نَصيبِهِ ، كما لو كانت له وديعةٌ فأتلفها . / والثاني ، يرجعُ في تركةِ الجاني ، كما لو أتلفه أجنبيُّ ، أو عفا شريكه عن القصاصِ . وقولنا : أتلفَ محلَّ حقِّه ، يبطلُ بما إذا أتلفَ مُستأجره أو غريمه أو امرأته ، أو كان المُتلفُ أجنبيًّا ، ويُفارقُ الوديعةَ ، فإنَّها مملوكةٌ لهما ، فوجبَ عوضُ ملكه ، أمَّا الجاني فليس بمملوكٍ للمجنبيِّ عليه ، وإنَّما له عليه حقٌّ ، فأشبهه ما لو قَتَلَ غريمه . فعلى هذا ، يَرجعُ ورثةُ الجاني على قاتله يديَّةَ مورثهم ^(١٤) إلا قدرَ حقِّه منها . فعلى هذا ، لو كان الجاني أقلَّ ديةً من قاتله ، مثل امرأةٍ قتلَتْ رجلاً له ابنان ، فقتلها أحدهما بغيرِ إذنِ الآخرِ ، فلآخرُ نصفِ ديةِ أبيه في تركةِ المرأةِ التي قتلته ، ويَرجعُ ورثتها ينصفُ ديتها على قاتلها ، وهو ربعُ ديةِ الرَّجُلِ . وعلى الوجهِ الأوَّلِ ، يَرجعُ الابنُ الذي لم يقتل على أخيه ينصفُ ديةَ المرأةِ ؛ لأنَّه لم يفوت على أخيه إلا نصفَ المرأةِ ، ولا يُمكنُ أن يَرجعَ على ورثةِ المرأةِ بشيءٍ ؛ لأنَّ أخاه الذي قتلها أتلفَ جميعَ الحقِّ . وهذا يدلُّ على ضعفِ هذا الوجهِ . ومن فوائده أيضًا ، صحَّةُ إبراءِ مَنْ حَكَمنا بالرجوعِ عليه ، وملكُ مطالبته ، فإن قلنا : يَرجعُ على ورثةِ الجاني .

(١٢) في ب : (شرط) .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) في ب : (مورثه) .

صَحَّ إِبْرَاهِيمَ ، وَمَلَكَوا الرَّجُوعَ عَلَى قَاتِلِ مَوْرُوْثِهِمْ بِقِسْطِ أَخِيهِ الْعَافِي . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى ^(١٥) شَرِيكِهِ . مَلَكَ مُطَالِبَتَهُ ، وَصَحَّ إِبْرَاهِيمَ ، وَلَمْ يَكُنْ لَوْرَثَةِ الْجَانِي مُطَالِبَتُهُ بِشَيْءٍ . وَمِنْهَا أَنَا ، إِذَا قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى ^(١٥) تَرْكَةِ الْجَانِي . وَلَهُ تَرْكَةٌ ، فَلَهُ الْأَخْذُ مِنْهَا ، سِوَاءَ أَمَكَنْ وَرَثَتَهُ أَنْ يَسْتَوْفُوا مِنَ الشَّرِيكِ ، أَوْ لَمْ يُمَكِّنْهُمْ . وَإِنْ قُلْنَا : يَرْجِعُ عَلَى شَرِيكِهِ . لَمْ يَكُنْ لَهُ مُطَالِبَةٌ وَرَثَةَ الْجَانِي ، سِوَاءَ كَانَ شَرِيكُهُ مُوسِرًا أَوْ مُعْسِرًا .

١٤٥٥ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ عَفَا مِنْ وَرَثَةِ الْمُقْتُولِ عَنِ الْقِصَاصِ ، لَمْ يَكُنْ إِلَى الْقِصَاصِ سَبِيلًا ، وَإِنْ كَانَ الْعَافِي زَوْجًا أَوْ زَوْجَةً)

أَجْمَعَ أَهْلُ الْعِلْمِ عَلَى إِجَازَةِ الْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، وَأَنَّهُ أَفْضَلُ . وَالْأَصْلُ فِيهِ ^(١) الْكِتَابُ وَالسُّنَّةُ ؛ أَمَّا الْكِتَابُ ، فَقَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى فِي سِيَاقِ قَوْلِهِ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى ﴾ - ﴿ فَمَنْ عَفِيَ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ فَاتَّبِعْ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدِّءْ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) . وَقَالَ تَعَالَى : ﴿ وَكُتِبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنْ الْتَفْسَ بِالْأَنْفُسِ ﴾ . / إِلَى قَوْلِهِ : ﴿ وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ فَمَنْ تَصَدَّقَ بِهِ فَهُوَ كَفَّارَةٌ لَهُ ﴾ ^(٣) . قِيلَ فِي تَفْسِيرِهِ : فَهُوَ كَفَّارَةٌ لِلْجَانِي ، بَعْفُو صَاحِبِ الْحَقِّ عَنْهُ . وَقِيلَ : فَهُوَ كَفَّارَةٌ لِلْعَافِي بِصَدَقَتِهِ . وَأَمَّا السُّنَّةُ ، فَإِنَّ أَنَسَ بْنَ مَالِكٍ ، قَالَ : مَا زَأَيْتُ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ رَفَعَ إِلَيْهِ شَيْءٌ فِيهِ قِصَاصٌ ، إِلَّا أَمَرَ فِيهِ بِالْعَفْوِ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ^(٤) . وَفِي حَدِيثِهِ فِي قِصَّةِ الرَّبِيعِ بِنْتِ النَّضْرِ ، حِينَ كَسَرَتْ سِنَّ

٥٦/٩ ط

(١٥-١٥) سقط من : م . نقل نظر .

(١) سقط من : ب .

(٢) سورة البقرة ١٧٨ .

(٣) سورة المائدة ٤٥ .

(٤) قن : باب الإمام يأمر بالعمفو في الدم ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٧٨/٢ .

كما أخرجه النسائي ، في : باب الأمر بالعمفو عن القصاص ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٤/٨ . وابن ماجه ، في : باب العمفو في القصاص ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٩٨/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٢١٣/٣ ،

جارية ، فأمر النبي ﷺ بالقباصي ، فعفا القوم^(٥) . إذا ثبت هذا ، فالقباصُ حقٌ لجميع الورثة من ذوى الأنساب والأنسب ، والرجال والنساء ، والصغار والكبار ، فمن عفا منهم صحَّ عفوهُ ، وسقطَ القبصاصُ ، ولم يبق لأحدٍ إليه سبيلٌ . هذا قول أكثر أهل العلم ، منهم ؛ عطاءٌ ، والنخعيُّ ، والحنفليُّ ، والشافعيُّ . ورؤي معنى ذلك عن عمر ، وطاوس ، والشعبيِّ . وقال الحسنُ ، وقتادةٌ ، والزهرىُّ ، وابن شبرمةٌ ، والليثُ ، والأوزاعيُّ : ليس للنساء عفوٌ . والمشهورُ عن مالكٍ ، أنه مؤروثٌ للعصباتِ خاصةً . وهو وجه لأصحاب الشافعيِّ ؛ لأنه ثبت لدفع العارِ ، فاختصَّ به العصباتُ . كولاية النكاح . ولهم وجه ثالثٌ ، أنه لذوى الأنساب دون الزوجين ؛ لقول النبي ﷺ : « مَنْ قَتَلَ لَهُ قَتِيلًا ، فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ بَيْنَ أَنْ يَقْتُلُوا ، أَوْ يَأْخُذُوا الْعَقْلَ »^(٦) . وأهله ذوو رَحِمِهِ . وذهب بعض أهل المدينة إلى أن القبصاص لا يسقط بعفو بعض الشركاء . وقيل : هو رواية عن مالكٍ ؛ لأنَّ حقَّ غير العافي لا يرضى بإسقاطه ، وقد تُؤخذُ النفسُ ببعض النفسِ ، بدليل قتل الجماعة بالواحد . ولنا ، عمومُ قوله عليه السلام : « فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ » . وهذا عامٌ في جميع أهله ، والمرأة من أهله ، بدليل قول النبي ﷺ : « مَنْ يَعْذِرُنِي مِنْ رَجُلٍ بَلَغَنِي^(٧) أَذَاهُ فِي أَهْلِي ، وَمَا عَلِمْتُ عَلَى أَهْلِي إِلَّا خَيْرًا ، وَلَقَدْ ذَكَرُوا رَجُلًا مَا عَلِمْتُ عَلَيْهِ إِلَّا خَيْرًا ، وَمَا كَانَ يَدْخُلُ عَلَى أَهْلِي إِلَّا مَعِي » . يُريدُ عائشةَ . وقال له أسامةٌ : يا رسولَ الله ، أَهْلَكَ وَلَا نَعْلَمُ إِلَّا خَيْرًا^(٨) . ورؤي زيد بن وهبٍ ، أن عمر أتى برجل قتل قتيلاً ، فجاء

(٥) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥٣١ .

(٦) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥١٦ .

(٧) في م : « يبلغني » .

(٨) أخرجه البخاري ، في : باب إذا عدل رجل أحدا ... ، وباب تعديل النساء بعضهم بعضا ، من كتاب الشهادات ، وفي : باب حديث الإفك ، من كتاب المغازي ، وفي : باب قوله : ﴿ وَلَوْلَا إِذْ سَمِعْتُمُوهُ ... ﴾ ، من كتاب التفسير . صحيح البخاري ٢١٩/٣ ، ٢٢٠ ، ٢٢٩ ، ١٥١/٥ ، ١٣٠/٦ . ومسلم ، في : باب في حديث الإفك وقبول توبة القاذف . من كتاب التوبة . صحيح مسلم ٢١٣٣/٤ ، ٢١٣٤ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٩٦/٦ .

وَرِثَةُ الْمَقْتُولِ لِيَقْتُلُوهُ ، فَقَالَتِ امْرَأَةُ الْمَقْتُولِ ، وَهِيَ أَحْتُ الْقَاتِلِ : قَدْ عَفَوْتُ عَنْ حَقِّي . فَقَالَ عُمَرُ : اللَّهُ أَكْبَرُ ، / عَتَقَ الْقَتِيلُ . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ (٩) . وَفِي رِوَايَةٍ عَنْ زَيْدٍ ، قَالَ : دَخَلَ رَجُلٌ عَلَى امْرَأَتِهِ ، فَوَجَدَ عِنْدَهَا رَجُلًا ، فَقَتَلَهَا ، فَاسْتَعْدَى إِخْوَتَهَا عَمْرًا ، فَقَالَ بَعْضُ إِخْوَتِهَا : قَدْ تَصَدَّقْتُ . فَقَضَى لِسَائِرِهِمْ بِالذِّيَّةِ (١٠) . وَرَوَى قَتَادَةُ ، أَنَّ عَمْرًا رَفَعَ إِلَيْهِ رَجُلٌ قَتَلَ رَجُلًا ، فَجَاءَ أَوْلَادُ الْمَقْتُولِ ، وَقَدْ عَفَا بَعْضُهُمْ ، فَقَالَ عَمْرٌ لِابْنِ مَسْعُودٍ : مَا تَقُولُ ؟ قَالَ : إِنَّهُ قَدْ أُحْرِزَ مِنَ الْقَتْلِ . فَضَرَبَ عَلَى كَيْفِهِ ، وَقَالَ : كُنَيْفٌ (١١) مِلْيٌ عِلْمًا . وَالِدَلِيلُ عَلَى أَنَّ الْقِصَاصَ لِجَمِيعِ الْوَرِثَةِ ، مَا ذَكَرْنَاهُ فِي مَسْأَلَةِ الْقِصَاصِ بَيْنَ الصَّغِيرِ وَالْكَبِيرِ ، وَلِأَنَّ مِنْ وَرِثَةِ الذِّيَّةِ وَرِثَةَ الْقِصَاصِ ، كَالْعَصَبَةِ ، فَإِذَا عَفَا بَعْضُهُمْ ، صَحَّ عَفْوُهُ ، كَعَفْوِهِ عَنْ سَائِرِ حُقُوقِهِ ، وَزَوَالِ الزَّوْجِيَّةِ لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الْقِصَاصِ ، كَمَا لَا يَمْنَعُ اسْتِحْقَاقَ الذِّيَّةِ ، وَسَائِرِ حُقُوقِهِ الْمَوْرُوثَةِ . وَمَتَى نَبَتَ أَنَّهُ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَ جَمِيعِهِمْ ، سَقَطَ بِاسْقَاطِ مَنْ كَانَ مِنْ أَهْلِ الْإِسْقَاطِ مِنْهُمْ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ مِنْهُ لَهُ ، فَيَنْفَدُ تَصَرُّفُهُ فِيهِ ، فَإِذَا سَقَطَ سَقَطَ جَمِيعُهُ ؛ لِأَنَّهُ مِمَّا لَا يَتَّبَعُ ، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَاقِ ، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ حَقٌّ مُشْتَرَكٌ بَيْنَهُمْ لَا يَتَّبَعُ ، مَبْنَاهُ عَلَى الدَّرِّ وَالْإِسْقَاطِ ، فَإِذَا أَسْقَطَ بَعْضُهُمْ ، سَرَى إِلَى الْبَاقِي كَالْعَتَقِ ، وَالْمَرْأَةُ أَحَدُ الْمُسْتَحْقِقِينَ ، فَسَقَطَ بِاسْقَاطِهَا كَالرَّجُلِ . وَمَتَى عَفَا أَحَدُهُمْ ، فَلِلْبَاقِينَ حَقُّهُمْ مِنَ الذِّيَّةِ سِوَاءَ عَفَا مُطْلَقًا أَوْ إِلَى الذِّيَّةِ . وَهَذَا قَالَ أَبُو حَنِيفَةَ ، وَالشَّافِعِيُّ . وَلَا أَعْلَمُ لهُمَا مُخَالَفًا مِمَّنْ قَالَ بِسُقُوطِ الْقِصَاصِ ؛ وَذَلِكَ لِأَنَّ حَقَّهُ مِنَ الْقِصَاصِ سَقَطَ بِغَيْرِ رِضَاهِ ، فَتَبَتَّ لَهُ الْبَدَلُ ، كَمَا لَوَرِثَ الْقَاتِلُ بَعْضَ دِمِّهِ أَوْ مَاتَ ، وَلِمَا ذَكَرْنَا مِنْ خَبَرِ عَمْرٍ ، رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ .

(٩) ليس في سنن أبي داود ، وانظر الإرواء ٢٧٩/٧ .

(١٠) أخرجه البيهقي ، في : باب عفو بعض الأولياء عن القصاص دون بعض ، من كتاب الجنائيات . السنن الكبرى

٥٩/٨ . وعبد الرزاق ، في : باب العفو ، من كتاب العقول . المصنف ١٣/١٠ .

(١١) كُنَيْفٌ : تصغير الكنف ، وهو وعاء الأداة التي يعمل بها . انظر غريب الحديث ١٦٩/١ . وأخرجه عبد

الرزاق ، في : باب العفو ، من كتاب العقول . المصنف ١٣/١٠ . وذكره أبو عبيد في : غريب الحديث . الموضوع

السابق .

فصل : فإن قتلَه الشَّرِيكُ الذي لم يَعْفُ عَالِمًا بَعْفٍ شَرِيكِهِ ، وسُقُوطِ الْقِصَاصِ (١٢)

به ، فعليه الْقِصَاصُ ، سواءَ حَكَمَ به الحاكمُ أو لم يَحْكَمْ . وبهذا قال أبو حنيفة ، وأبو ثور . وهو الظاهرُ من مذهبِ الشافعي . وقيل : له قولٌ آخرُ ، لا يَجِبُ الْقِصَاصُ ؛ لأنَّ له فيه شُبُهَةٌ ، لوقوعِ الْخِلَافِ فيه (١٣) . ولنا ، أَنَّهُ قَتَلَ مَعْصُومًا مُكَافِئًا لَهُ عَمْدًا ، يَعْلَمُ أَنَّهُ لا حَقَّ له فيه ، فوجِبَ عليه الْقِصَاصُ ، كما لو حَكَمَ بِالْعَفْوِ حاكمٌ ، والاختلافُ لا يُسْقِطُ الْقِصَاصَ ، فَإِنَّهُ / لو قَتَلَ مُسْلِمًا بِكافِرٍ ، قَتَلْنَاهُ به ، مع الاختلافِ في قَتْلِهِ . وأما إن قَتَلَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِالْعَفْوِ ، فلا قِصَاصَ عليه . وبه قال أبو حنيفة . وقال الشافعيُّ في أحدِ قَوْلَيْهِ : عليه الْقِصَاصُ ؛ لأنَّهُ قَتَلَ عَمْدًا عُدُوًّا لِمَنْ لا حَقَّ له في قَتْلِهِ . ولنا ، أَنَّهُ قَتَلَهُ مُعْتَقِدًا ثُبُوتَ حَقِّهِ فيه ، مع أَنَّ الْأَصْلَ بَقَاؤُهُ ، فلم يَلْزَمْهُ قِصَاصٌ ، كالوكيلِ إِذَا قَتَلَ بَعْدَ عَفْوِ الْمُوَكَّلِ قَبْلَ عِلْمِهِ بَعْفِهِ . ولا فَرْقَ بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الحاكمُ قد حَكَمَ بِالْعَفْوِ أو لم يَحْكَمْ به ؛ لأنَّ الشُّبُهَةَ مَوْجُودَةً مع انْتِفَاءِ الْعِلْمِ مَعْدُومَةً عِنْدَ وُجُودِهِ . وقال الشافعيُّ : متى قَتَلَهُ بَعْدَ حُكْمِ الحاكمِ ، لَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، عِلْمٌ بِالْعَفْوِ أو لم يَعْلَمْ . وقد بَيَّنَّا الْفَرْقَ بَيْنَهُمَا . ومتى حَكَمْنَا عليه بِوُجُوبِ الدِّيَةِ ؛ إِمَّا لِكَوْنِهِ مَعْدُورًا ، وَإِمَّا لِلْعَفْوِ عَنِ الْقِصَاصِ ، فَإِنَّهُ يَسْقِطُ عَنْهُ مِنْهَا مَا قَابَلَ حَقَّهُ عَلَى الْقَاتِلِ قِصَاصًا ، وَيَجِبُ عَلَيْهِ الْبَاقِي ، فَإِنْ كَانَ الْوَالِيُّ عَفَا إِلَى غَيْرِ مَا لِي ، فَالوَاجِبُ لَوَرِيَّةِ الْقَاتِلِ ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِمْ ، وَإِنْ كَانَ عَفَا إِلَى الدِّيَةِ ، فَالوَاجِبُ لَوَرِيَّةِ الْقَاتِلِ ، وَعَلَيْهِمْ نَصِيبُ الْعَافِي مِنَ الدِّيَةِ . وقيل فيه : إِنَّ حَقَّ الْعَافِي ، مِنَ الدِّيَةِ عَلَى الْقَاتِلِ . ولا (١٤) يَصِحُّ ؛ لِأَنَّ الْحَقَّ لَمْ يَبْقَ مُتَعَلِّقًا بِعَيْنِهِ ، وَإِنَّمَا الدِّيَةُ وَاجِبَةٌ فِي ذِمَّتِهِ ، فَلَمْ تَنْتَقِلْ إِلَى الْقَاتِلِ ، كما لو قَتَلَ غَرِيْمَهُ .

فصل : فإن كان القاتلُ هو العافي ، فعليه الْقِصَاصُ ، سواءَ عَفَا مُطْلَقًا أو إلى ما لِي . وبهذا قال عِكْرِمَةُ ، وَالثَّوْرِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَالشافعيُّ ، وابنُ الْمُنْذِرِ . ورُوِيَ عَنِ الْحَسَنِ :

(١٢) سقط من : الأصل .

(١٣) سقط من : م .

(١٤) سقطت الواو من : م .

تُوخِذُ مِنْهُ الدِّيَّةُ ، وَلَا يُقْتَلُ . وقال عمرُ بن عبد العزيز : الحُكْمُ فِيهِ إِلَى السُّلْطَانِ . وَلَنَا ، قَوْلُهُ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ أَعْتَدَى بَعْدَ ذَلِكَ فَلَهُ عَذَابٌ أَلِيمٌ ﴾ ^(١٥) . قال ابن عباس ، وَعَطَاءٌ ، وَالْحَسَنُ ، وَقَتَادَةُ فِي تَفْسِيرِهَا : أَي بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّيَّةَ . وَعَنْ الْحَسَنِ ، عَنْ جَابِرِ ابْنِ عَبْدِ اللَّهِ ، قَالَ : قَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ : « لَا أُعْفَى مَنْ قَتَلَ بَعْدَ أَخْذِهِ الدِّيَّةَ » ^(١٦) . وَلَا أَنَّهُ قَتَلَ مَعْصُومًا مُكَافَأًا ، فَوَجِبَ عَلَيْهِ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ قَتَلَ .

فصل : وَإِذَا عَفَا عَنِ الْقَاتِلِ مُطْلَقًا ، صَحَّ ، وَلَمْ تَلْزَمْهُ عُقُوبَةٌ . وَهَذَا قَالَ الشَّافِعِيُّ ، وَإِسْحَاقُ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ ، وَأَبُو ثَوْرٍ . وَقَالَ مَالِكٌ ، وَاللَّيْثُ ، وَالْأَوْزَاعِيُّ : يُضْرَبُ ، وَيُجَسَّسُ سَنَةً . وَلَنَا ، أَنَّهُ إِنَّمَا كَانَ عَلَيْهِ / حَقٌّ وَاحِدٌ ، وَقَدْ أَسْقَطَهُ مُسْتَحِقُّهُ ، فَلَمْ يَجِبْ عَلَيْهِ شَيْءٌ آخَرَ ، كَمَا لَوْ أَسْقَطَ الدِّيَّةَ عَنِ الْقَاتِلِ خَطَأً .

٥٨/٩

فصل : وَإِذَا وَكَّلَ مَنْ يَسْتَوْفِي الْقِصَاصَ ، صَحَّ تَوْكِيلُهُ . نَصَّ عَلَيْهِ أَحْمَدُ ، رَجَحَهُ اللَّهُ . فَإِنْ وَكَّلَهُ ، ثُمَّ غَابَ ، وَعَفَا عَنِ الْقِصَاصِ ، وَاسْتَوْفَى الْوَكِيلُ ، نَظَرْنَا ؛ فَإِنْ كَانَ عَفْوُهُ بَعْدَ الْقَتْلِ ، لَمْ يَصِحَّ ؛ لِأَنَّ حَقَّهُ قَدْ اسْتَوْفِيَ ، وَإِنْ كَانَ قَتَلَهُ وَقَدْ عَلِمَ الْوَكِيلُ بِهِ ، فَقَدْ قَتَلَهُ ظُلْمًا ، فَعَلِيهِ الْقَوْدُ ، كَمَا لَوْ قَتَلَهُ ابْتِدَاءً . وَإِنْ قَتَلَهُ قَبْلَ الْعِلْمِ بِعَفْوِ الْمُوَكَّلِ ، فَقَالَ أَبُو بَكْرٍ : لَا ضَمَانَ عَلَى الْوَكِيلِ ؛ لِأَنَّهُ لَا تَفْرِيطَ مِنْهُ ، فَإِنَّ الْعَفْوَ حَصَلَ عَلَى وَجْهِ لَا يُمَكِّنُ الْوَكِيلَ اسْتِدْرَاكُهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ضَمَانٌ ، كَمَا لَوْ عَفَا بَعْدَ مَا رَمَاهُ . وَهَلْ يَلْزَمُ الْمُوَكَّلَ الضَّمَانُ ؟ فِيهِ قَوْلَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ عَفْوَهُ غَيْرُ صَحِيحٍ ، لَمَّا ذَكَرْنَا مِنْ حُصُولِهِ فِي حَالٍ لَا يُمَكِّنُهُ اسْتِدْرَاكُ الْفِعْلِ ، فَوَقَعَ الْقَتْلُ مُسْتَحَقًّا لَهُ ، فَلَمْ يَلْزَمْهُ ^(١٧) ضَمَانٌ ، وَلِأَنَّ الْعَفْوَ إِحْسَانٌ ، فَلَا يَقْتَضِي وَجُوبَ الضَّمَانِ . وَالثَّانِي ، عَلَيْهِ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّ قَتْلَ الْمَعْفُورِ عَنْهُ حَصَلَ بِأَمْرِهِ وَتَسْلِيطِهِ ، عَلَى وَجْهِ لَا ذَنْبَ لِلْمُبَاشِرِ فِيهِ ،

(١٥) سورة البقرة ١٧٨ .

(١٦) أخرجه أبو داود ، في : باب من قتل بعد أخذ الدية ، من كتاب الديات . سنن أبي داود ٤٨١/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ٣/٣٦٣ .

(١٧) في الأصل : • يلزم • .

فكان الضمان على الآمر ، كما لو أمر عبده الأعجمي بقتل معصوم . وقال غير أبي بكر :
 في صيحة العفو وجهان ؛ بناء على الرويتين في الوكيل ، هل يتعزل بعزل الموكل أو لا ؟
 وللشافعي قولان ، كالوجهين . فإن قلنا : لا يصح العفو . فلا ضمان على أحد ؛ لأنه
 قتل من يجب قتله بأمر مستحقه^(١٨) . وإن قلنا : يصح العفو . فلا قصاص فيه ؛ لأن
 الوكيل قتل من يعتقد إباحة قتله بسبب هو معذور فيه ، فأشبهه ما لو قتل في دار الحرب
 من يعتقد حرياً . وتجب الدية على الوكيل ؛ لأنه لو علم لوجب عليه القصاص ، فإذا لم
 يعلم تعلق به الضمان ، كما لو قتل مرتدًا قد أسلم قبل علمه بإسلامه ، ويرجع بها على
 الموكل ؛ لأنه غره بتسليطه على القتل وتفريطه^(١٩) في ترك إعلامه بالعفو ، فيرجع
 عليه ، كالعار في النكاح بحرية أمة ، أو تزوج معيبة . ويحتمل أن لا يرجع عليه ؛ لأن
 العفو إحسان منه ، فلا يقتضي الرجوع عليه . فعلى هذا ، تكون الدية على عاقلة
 الوكيل . وهذا / اختيار أبي الخطاب ؛ لأن هذا جرى مجرى الخطأ ، فأشبهه ما لو قتل
 في دار الحرب مسلماً يعتقد حرياً . وقال القاضي : هو في مال الوكيل ؛ لأنه عن عمد
 محض . وهذا لا يصح ؛ لأنه لو كان عمداً محضاً لأوجب القصاص ، ولأنه يشترط في
 العمد المحض أن يكون عالماً بحال المحل ، وكونه معصوماً ، ولم يوجد هذا . وإن
 قال : هو عمد الخطأ . فعمد الخطأ تحمله العاقلة . ذكره الخرقى ودل عليه خبر المرأة
 التي قتلت جارتها^(٢٠) وجنيتها بمسطح^(٢١) ، ففضى النبي ﷺ بالدية على
 عاقلتها^(٢٢) . واختلف أصحاب الشافعي^(٢٣) على هذين الوجهين ، فعلى قول

٥٨/٩ ظ

(١٨) في ب ، م : يستحقه .

(١٩) في ب ، م : بتفريطه .

(٢٠) في م : جارتها .

(٢١) مسطح : عود من أعواد الخبء .

(٢٢) أخرجه النسائي ، في : باب قتل المرأة بالمرأة ، من كتاب القسامة . المجتبى ١٩/٨ . وابن ماجه ، في : باب دية

الجنين ، من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٨٢/٢ . والدارسي ، في : باب دية الجنين ، من كتاب الديات .

سنن الدارسي ١٩٦/٢ ، ١٩٧ . والإمام أحمد ، في : المسند ١/٣٦٤ ، ٨٠/٤ .

(٢٣) في الأصل ، ب : النبي ﷺ .

القاضي ، إن كان الموكَّل عَمَّا إلى الدِّيَّة ، فله الدِّيَّةُ في تَرْكَةِ الجاني ، ولورثة الجاني مُطالبَةُ الوَكِيلِ بِدِيَّتِهِ ، وليس للموكَّلِ مُطالبَةُ الوَكِيلِ بشيءٍ . فإن قيل : فقد قُلتُم فيما إذا كان القصاصُ لأخوين فقتله أحدهما فعليه نصفُ الدِّيَّةِ ، ولأخيه مُطالبتهُ به ، في وجهٍ . قلنا : ثم أتلفَ حَقَّهُ ، فرجعَ بِبَدَلِهِ عليه ، وههنا أتلفه بعد سقوطِ حَقِّ الموكَّلِ عنه ، فافتَرَقَا . وإن قلنا : إن الوكيلَ يَرْجِعُ على الموكَّلِ . اِحْتَمَلُ أَنْ تَسْقُطَ الدَّيْتَانِ ؛ لِأَنَّهُ لَا فَائِدَةٌ فِي أَنْ يَأْخُذَهَا الْوَرِثَةُ مِنَ الْوَكِيلِ ، ثُمَّ يَدْفَعُونَهَا إِلَى الْمُوَكَّلِ ، ثُمَّ يَرُدُّهَا^(٢٤) الْمُوَكَّلُ إِلَى الْوَكِيلِ ، فَيَكُونُ تَكْلِيفًا لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمُ بغيرِ فائِدَةٍ . وَيَحْتَمِلُ أَنْ يَجِبَ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ الدِّيَّةَ الْوَاجِبَةَ فِي ذِمَّةِ الْوَكِيلِ لغيرِ مِنَ الْوَكِيلِ^(٢٥) الرَّجُوعُ عَلَيْهِ ، وَإِنَّمَا تَتَسَاوَى الدَّيْتَانِ إِذَا كَانَ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنَ الْعَرِيقَيْنِ عَلَى صَاحِبِهِ مِثْلُ مَا لَهُ عَلَيْهِ ، وَلِأَنَّهُ قَدْ تَكُونُ الدَّيْتَانِ مُخْتَلِفَتَيْنِ ، بَأَنَّ يَكُونُ أَحَدُ الْمَقْتُولَيْنِ رَجُلًا وَالْآخَرُ امْرَأَةً ، فَعَلَى هَذَا يَأْخُذُ وَرَثَةُ الْجَانِي دِيَّتَهُ مِنَ الْوَكِيلِ ، وَيَدْفَعُونَ إِلَى الْمُوَكَّلِ دِيَّةَ وَلِيِّهِ ، ثُمَّ يَرُدُّ الْمُوَكَّلُ إِلَى الْوَكِيلِ قَدَرًا مَا غَرِمَهُ . وَإِنْ أَحَالَ وَرَثَةُ الْجَانِي^(٢٦) الْمُوَكَّلَ عَلَى^(٢٦) الْوَكِيلِ^(٢٧) بِدِيَّةٍ وَلِيَّهِمْ ، صَحَّ . فَإِنْ كَانَ الْجَانِي أَقْلًا دِيَّةً ، مِثْلَ أَنْ تَكُونَ امْرَأَةً قَتَلَتْ رَجُلًا ، فَقَتَلَهَا الْوَكِيلُ ، فَلِوَرِثَتِهَا إِحَالَةُ الْمُوَكَّلِ بِدِيَّتِهَا ؛ لِأَنَّهُ الْقَدْرُ الْوَاجِبُ لَهُمْ عَلَى الْوَكِيلِ ، فَيَسْقُطُ عَنِ الْوَكِيلِ وَالْمُوَكَّلِ جَمِيعًا ، وَيَرْجِعُ الْمُوَكَّلُ عَلَى وَرِثَتِهَا بِنِصْفِ دِيَّةٍ وَلِيِّهِ . / وَإِنْ كَانَ الْجَانِي رَجُلًا قَتَلَ امْرَأَةً ، فَقَتَلَهُ الْوَكِيلُ ، فَلِوَرِثَةِ الْجَانِي إِحَالَةُ الْمُوَكَّلِ بِدِيَّةِ الْمَرْأَةِ ؛ لِأَنَّ الْمُوَكَّلَ لَا يَسْتَحِقُّ عَلَيْهِمْ أَكْثَرَ مِنْ دِيَّتِهَا ، وَيُطَالِبُونَ الْوَكِيلَ بِنِصْفِ دِيَّةِ الْجَانِي ، ثُمَّ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْمُوَكَّلِ .

٥٩/٩

فصل : وإذا جنى على الإنسان فيما دون النفس جنايةً تُوجِبُ الْقِصَاصَ ، فَعَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، ثُمَّ سَرَّتِ الْجَنَايَةُ إِلَى نَفْسِهِ ، فَمَاتَ ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ . وَهَذَا قَالَ

(٢٤) في ب : « ردها » .

(٢٥) في ب ، م : « الوكيل » .

(٢٦-٢٦) في ب : « على الموكل » . وسقط : « على » . من : الأصل .

(٢٧) سقط من : ب .

أبو حنيفة، والشافعي. وحكى عن مالك، أن القصاص واجب؛ لأن الجناية صارت نفساً، ولم يعف عنها. ولنا، أنه يتعدر استيفاء القصاص في النفس دون ما عفا عنه، فسقط في النفس، كما لو عفا بعض الأولياء، ولأن الجناية إذا لم يكن فيها قصاص مع إمكانه، لم يجب في سرايتها، كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم مات منها ثم^(٢٨)، ينظر^(٢٩)؛ فإن كان عفا على مال، فله الدية كاملة، وإن عفا على غير مال، وجبت الدية إلا أرض الجرح^(٣٠) الذي عفا عنه. وهذا قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: تجب الدية كاملة؛ لأن الجناية صارت نفساً، وحقه في النفس لا فيما عفا عنه، وإنما سقط القصاص للشبهة. وإن قال: عفوت عن الجناية. لم يجب شيء؛ لأن الجناية لا تختص بالقطع. وقال القاضي، فيما إذا عفا عن القطع: ظاهر كلام أحمد أنه لا يجب شيء. وبه قال أبو يوسف ومحمد؛ لأنه قطع غير مضمون، وكذلك سرايته. ولنا، أنها سراية جناية أوجب الضمان، فكانت مضمونة، كما لو لم يعف، وإنما سقطت ديتها بعفوه عنها، فيختص السقوط بما عفا عنه دون غيره، والمعفو عنه نصف الدية؛ لأن الجناية أوجب نصف الدية، فإذا عفا، سقط ما وجب دون ما لم يجب، فإذا صارت نفساً، وجب بالسراية نصف الدية، ولم يسقط أرض الجرح فيما إذا لم يعف، وإنما تكملت الدية بالسراية.

فصل: فإن كان الجرح لا قصاص فيه، كالجائفة ونحوها، فعفا عن القصاص فيه، فسرى إلى النفس، فلولي القصاص؛ لأن القصاص لم يجب في الجرح، فلم يصح العفو عنه، وإنما وجب القصاص بعد عفوه، وله^(٣١) العفو / عن القصاص، وله كمال الدية. وإن عفا عن دية الجرح، صح، وله بعد السراية دية النفس إلا أرض

(٢٨) سقط من: م .

(٢٩) في م: « نظرنا » .

(٣٠) في ب، م: « الجراح » .

(٣١) في ب: « وأما » .

الجُرح . ولا يَمْتَنِعُ وُجُوبُ الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ ، مع أَنَّهُ لَا يَجِبُ كَأَلِ الدِّيَةِ بِالْعَفْوِ عَنْهُ ، كَمَا لَوْ قَطَعَ يَدًا ، فَإِنَّدَمَلَتْ وَأَقْتَصَّ مِنْهَا ، ثُمَّ انْتَقَضَتْ وَسَرَتْ إِلَى النَّفْسِ ، فَهَلِ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ، وَلَيْسَ لَهُ الْعَفْوُ إِلَّا عَلَى نِصْفِ الدِّيَةِ . وَإِنْ قَطَعَ يَدَهُ مِنْ نِصْفِ السَّاعِدِ ، فَعَفَا عَنْ الْقِصَاصِ ، ثُمَّ سَرَى ، فَعَلَى قَوْلِ أَبِي بَكْرٍ ، لَا يَسْقُطُ الْقِصَاصُ فِي النَّفْسِ ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ لَمْ يَجِبْ ، فَهُوَ كَالْجَائِزَةِ . وَمَنْ جَوَّزَ لَهُ الْقِصَاصَ مِنَ الْكُوعِ ، أَسْقَطَ الْقِصَاصَ فِي النَّفْسِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَطْعُ مِنَ الْكُوعِ . وَقَالَ الْمُزَنِّيُّ : لَا يَصِحُّ الْعَفْوُ عَنِ دِيَةِ الْجُرْحِ قَبْلَ انْدِمَالِهِ ، فَلَوْ قَطَعَ يَدًا ، فَعَفَا عَنْ دِيَتِهَا وَقِصَاصِهَا ، ثُمَّ انْدَمَلَتْ ، لَمْ تَسْقُطْ دِيَتُهَا ، وَسَقَطَ قِصَاصُهَا ؛ لِأَنَّ الْقِصَاصَ قَدْ وَجَبَ فِيهَا ، فَصَحَّ الْعَفْوُ عَنْهُ ، بِخِلَافِ الدِّيَةِ . وَلَيْسَ بِصَحِيحٍ ؛ لِأَنَّ دِيَةَ الْجُرْحِ إِنَّمَا وَجَبَتْ بِالْجِنَايَةِ ، إِذْ هِيَ السَّبَبُ ، وَهَذَا لَوْ جَنَى عَلَى طَرَفٍ عَنَيْدٍ ثُمَّ بَاعَهُ قَبْلَ بَرِّهِ^(٣٢) ، كَانَ أَرِشُ الطَّرَفِ لِبَائِعِهِ لَا لِمُشْتَرِيهِ ، وَتَأْخِيرُ الْمُطَالِبَةِ بِهِ لَا يَلْزَمُ مِنْهُ عَدَمُ الْوُجُوبِ ، وَامْتِنَاعُ صِحَّةِ الْعَفْوِ ، كَالَّذِينَ الْمُوجِبِ لَا تُمَلِّكُ الْمُطَالِبَةَ بِهِ ، وَيَصِحُّ الْعَفْوُ عَنْهُ ، كَذَا هُنَا .

فصل :- فَإِنْ قَطَعَ يَدَهُ ، فَعَفَا عَنْهُ ، ثُمَّ عَادَ الْجَانِي فَقَتَلَهُ ، فَلَوْلِيَّهِ الْقِصَاصُ . وَهَذَا ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ . وَقَالَ^(٣٣) بَعْضُهُمْ : لَا قِصَاصَ ؛ لِأَنَّ الْعَفْوَ حَصَلَ عَنْ بَعْضِهِ ، فَلَا يُقْتَلُ بِهِ ، كَمَا لَوْ سَرَى الْقَطْعُ إِلَى نَفْسِهِ . وَلَنَا ، أَنَّ الْقَتْلَ انْفَرَدَ عَنِ الْقَطْعِ ، فَعَفْوُهُ عَنِ الْقَطْعِ لَا يَمْتَنِعُ مَا يَلْزَمُ بِالْقَتْلِ ، كَمَا لَوْ كَانَ الْقَاطِعُ غَيْرَهُ . وَإِنْ اخْتَارَ الدِّيَةَ ، فَقَالَ الْقَاضِي : إِنْ كَانَ الْعَفْوُ عَنِ الطَّرَفِ إِلَى غَيْرِ دِيَةٍ ، فَلَهُ بِالْقَتْلِ نِصْفُ الدِّيَةِ . وَهُوَ ظَاهِرُ مَذْهَبِ الشَّافِعِيِّ ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ إِذَا تَعَقَّبَ الْجِنَايَةَ قَبْلَ الْانْدِمَالِ ، كَانَ كَالسَّرَايَةِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ لَمْ يَعْفُ لَمْ يَجِبْ أَكْثَرُ مِنْ دِيَةٍ ، وَالْقَطْعُ يَدْخُلُ فِي الْقَتْلِ فِي الدِّيَةِ دُونَ الْقِصَاصِ ؛ وَلِذَلِكَ لَوْ أَرَادَ الْقِصَاصَ كَانَ لَهُ أَنْ يَقَطَعَ ثُمَّ يَقْتُلَ ، وَلَوْ صَارَ الْأَمْرُ إِلَى الدِّيَةِ لَمْ يَجِبْ إِلَّا دِيَةٌ وَاحِدَةٌ . وَقَالَ أَبُو الْخَطَّابِ : لَهُ الْعَفْوُ إِلَى دِيَةٍ كَامِلَةٍ . وَهُوَ قَوْلُ بَعْضِ أَصْحَابِ

(٣٢) فِي ب ، م ، : « مَوْتُهُ » .

(٣٣) سَقَطَتِ الْوَلْوُ مِنْ : الْأَصْلِ ، م .

الشافعي؛ لأنَّ القَطْعَ مُنْفَرِدٌ عَنِ الْقَتْلِ (٣٤)، فلم يَدْخُلْ حَكْمُ أَحَدِهِمَا فِي الْآخَرِ، كَمَا لَوْ
 ائْتَمَلَ، وَلِأَنَّ الْقَتْلَ مُوجِبٌ لِلْقَتْلِ (٣٥)، فَأَوْجَبَ الدِّيَةَ كَامِلَةً، كَمَا لَوْ لَمْ يَتَقَدَّمْهُ عَفْوٌ.
 وَفَارَقَ السَّرِيَّةَ، فَإِنَّهَا لَمْ تُوجِبْ قِتْلًا، وَلِأَنَّ السَّرِيَّةَ عُنِيَ عَنْ سَبَبِهَا، وَالْقَتْلُ لَمْ يُعْفَ عَنْ
 شَيْءٍ مِنْهُ، وَلَا عَنْ سَبَبِهِ، وَسِوَاءَ فِيمَا ذَكَرْنَا كَانَ الْعَافِي عَنْ الْجُرْحِ أَخَذَ دِيَّةَ (٣٦) طَرَفِهِ أَوْ
 لَمْ (٣٦) يَأْخُذْهَا.

فصل: وَإِنْ قَطَعَ إصْبَعًا، فَعَفَا الْمَجْنِيءُ عَلَيْهِ عَنِ الْقِصَاصِ، ثُمَّ سَرَّتِ الْجِنَايَةُ إِلَى
 الْكَفِّ، ثُمَّ ائْتَمَلَ الْجُرْحُ، لَمْ يَجِبِ الْقِصَاصُ؛ لِمَا ذَكَرْنَا فِي النَّفْسِ، وَلِأَنَّ الْقِصَاصَ
 سَقَطَ فِي الْإِصْبِيعِ بِالْعَفْوِ، فَصَارَتِ الْيَدُ نَاقِصَةً لَا تُؤْخَذُ بِهَا الْكَامِلَةُ. ثُمَّ إِنْ كَانَ الْعَفْوُ إِلَى
 الدِّيَةِ، وَجَبَتْ (٣٧) دِيَّةُ الْيَدِ (٣٧) كُلِّهَا، وَإِنْ كَانَ عَلَى غَيْرِ مَا لِ، خُرِّجَ فِيهِ مِنَ الْخِلَافِ مَا
 ذَكَرْنَا فِيمَا إِذَا قَطَعَ يَدًا فَعَفَا الْمَجْنِيءُ عَلَيْهِ، ثُمَّ سَرَى إِلَى نَفْسِهِ. فَعَلَى هَذَا، تَجِبُ هُنَا
 دِيَّةُ الْكَفِّ إِلَّا (٣٨) دِيَّةَ الْإِصْبِيعِ. ذَكَرَهُ أَبُو الْخَطَّابِ، وَهُوَ مَذْهَبُ الشَّافِعِيِّ. وَقَالَ
 الْقَاضِي: ظَاهِرُ كَلَامِ أَحْمَدَ، أَنَّهُ (٣٩) لَا يَجِبُ شَيْءٌ. وَهُوَ قَوْلُ أَبِي يُوسُفَ وَمُحَمَّدٍ؛ لِأَنَّ
 الْعَفْوَ عَنِ الْجِنَايَةِ عَفْوٌ عَنِ مَا يَحْدُثُ مِنْهَا (٤٠)، وَقَدْ قَالَ الْقَاضِي: إِنْ الْقِيَاسُ فِيمَا إِذَا
 قَطَعَ الْيَدَ، ثُمَّ سَرَى إِلَى النَّفْسِ، أَنْ يَجِبَ نِصْفُ الدِّيَةِ، فَيَلْزَمُهُ أَنْ يَقُولَ مِثْلَ ذَلِكَ
 هُنَا.

فصل: فَإِنْ قَالَ: عَفَوْتُ عَنِ الْجِنَايَةِ، وَمَا يَحْدُثُ مِنْهَا، صَحَّ عَفْوُهُ، وَلَمْ يَكُنْ لَهُ فِي
 سِرِّيَّتِهَا قِصَاصٌ وَلَا دِيَّةٌ فِي ظَاهِرِ (٤١) كَلَامِ أَحْمَدَ. وَسِوَاءَ عَفَا بِلَفْظِ الْعَفْوِ أَوْ الْوَصِيَّةِ،

(٣٤) فِي ب، م: «القطع».

(٣٥) فِي ب: «القتل».

(٣٦-٣٦) فِي ب: «طرفها ولم».

(٣٧-٣٧) فِي م: «الدية».

(٣٨) فِي م: «لا».

(٣٩) فِي م: «أن».

(٤٠) فِي ب: «عنها».

(٤١) سَقَطَ مِنْ: الْأَصْلُ، ب.

وممن قال بصحة عفو المجرور عن دمه ؛ مالك ، وطاوس ، والحسن ، وقتادة ، والأوزاعي . وقال أصحاب الشافعي : إذا قال : عفو عن الجنابة ، وما يحدث منها . ففيه قولان ؛ أحدهما (٤٢) ، أنه وصية ، فيبني على الوصية للقاتل ، وفيها (٤٣) قولان ؛ أحدهما ، لا يصح ، فتجب دية النفس إلا دية الجرح . والثاني ، يصح ، فإن خرجت من الثلث سقط ، وإلا سقط منها ما خرج من الثلث ، ووجب الباقي . والقول الثاني ، ليس بوصية ؛ لأنه إسقاط في الحياة ، فلا يصح ، ولزمه دية النفس إلا دية الجرح . ولنا ، أنه أسقط حقه بعد انعقاد سببه ، فسقط ، كالمسقط للشفعة بعد البيع ، / إذا ثبت هذا ، فلا فرق بين أن يخرج من الثلث أو لم يخرج ؛ لأن موجب العمدة القود ، في إحدى الروايتين ، أو أحد شيئين ، في الرواية الأخرى ، فما تعينت الدية ، ولا تعينت الوصية بمال ، ولذلك صحح العفو من المفلس إلى غير مال . وأما جنابة الخطأ ، فإذا عفا (٤٤) عنها وعمأ يحدث منها ، اعتبر خروجها من الثلث ، سواء عفا بلفظ العفو أو الوصية أو الإبراء أو غيرها ، فإن خرجت من الثلث ، صحح عفو في الجميع ، وإن لم يخرج من الثلث ، سقط عنه من ديتها ما احتمله الثلث . وهذا قال مالك ، والثوري ، وأصحاب الرأي . ونحوه قال عمر بن عبد العزيز ، والأوزاعي ، وإسحاق ؛ لأن الوصية ههنا بمال .

٦٠/٩ ظ

فصل : فإن اختلف الجاني والولي أو المجني عليه . فقال الجاني : عفو مطلقا . وقال المجني عليه : بل عفو إلى مال . أو قال : عفو عن الجنابة وما يحدث منها . قال : بل عفو عنها دون ما يحدث منها . فالقول قول المجني عليه أو وليه إن كان الخلاف معه ؛ لأن الأصل عدم العفو عن الجميع ، وقد ثبت العفو عن البعض بإقراره ، فيكون القول في عدم سواه (٤٥) قوله .

(٤٢) سقط من : ب .

(٤٣) في م : ه وفيه هـ .

(٤٤) سقط من : الأصل .

(٤٥) في م : ه سقطه هـ .

١٤٥٦ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي الْقَتْلِ ، فَأَحَبُّ الْأَوْلِيَاءِ أَنْ يَقْتُلُوا الْجَمِيعَ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبُّوا أَنْ يَقْتُلُوا الْبَعْضَ ، وَيَعْفُوا عَنِ الْبَعْضِ ، وَيَأْخُذُوا الدِّيَةَ مِنَ الْبَاقِينَ ، فَلَهُمْ ذَلِكَ)

أَمَا قَتْلُهُمْ لِلْجَمِيعِ ، فَقَدْ ذَكَرْنَاهُ فِيمَا مَضَى ، وَأَمَّا إِنْ أَحَبُّوا قَتْلَ الْبَعْضِ فَلَهُمْ ذَلِكَ ، لِأَنَّ كُلَّ مَنْ لَمْ يَقْتُلْهُ الْعَفْوُ عَنْهُ ، كَالْمُنْفَرِدِ ، وَلَا يَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنِ الْبَعْضِ بَعْفِ الْبَعْضِ ؛ لِأَنَّهَا شَخْصَانِ ، فَلَا يَسْقُطُ الْقِصَاصُ عَنْ أَحَدِهِمَا بِإِسْقَاطِهِ عَنِ الْآخَرِ ، كَمَا لَوْ قَتَلَ كُلُّ وَاحِدٍ رَجُلًا . وَأَمَّا إِذَا اخْتَارُوا أَخْذَ الدِّيَةِ مِنَ الْقَاتِلِ ، أَوْ مِنْ بَعْضِ الْقَتْلَةِ ، فَإِنَّ لَهُمْ هَذَا مِنْ غَيْرِ رِضَى الْجَانِي . وَهَذَا قَالَ سَعِيدُ بْنُ الْمُسَيْبِ ، وَابْنُ سِيرِينَ ، وَالشَّافِعِيُّ ، وَعَطَاءٌ ، وَمُجَاهِدٌ ، وَإِسْحَاقُ ، وَأَبُو ثَوْرٍ ، وَابْنُ الْمُنْذِرِ . وَقَالَ النَّخَعِيُّ ، وَمَالِكٌ ، وَأَبُو حَنِيفَةَ : لَيْسَ لِلأَوْلِيَاءِ إِلَّا الْقَتْلُ ، إِلَّا أَنْ يَصْطَلِحَا عَلَى الدِّيَةِ / بِرِضَى الْجَانِي . وَعَنْ مَالِكٍ ، رَوَاةٌ أُخْرَى ، كَقَوْلِنَا . وَاحْتَجُّوا بِقَوْلِهِ تَعَالَى : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ ﴾ ^(١) . وَالْمَكْتُوبُ لَا يَتَّخِرُ فِيهِ ، وَلِأَنَّهُ مُتَلَفٌ يَجِبُ بِهِ الْبَدَلُ ، فَكَانَ بَدَلُهُ مُعِينًا ، كَسَائِرِ أَسْمَاءِ الْمُتَلَفَاتِ . وَلَنَا ، قَوْلُ اللَّهِ تَعَالَى : ﴿ فَمَنْ عَفَى لَهٗ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ فَاَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ وَأَدَاءٌ إِلَيْهِ بِإِحْسَانٍ ﴾ ^(٢) . قَالَ ابْنُ عَبَّاسٍ : كَانَ فِي بَنِي إِسْرَائِيلَ الْقِصَاصُ ، وَلَمْ يَكُنْ فِيهِمُ الدِّيَةُ ، فَأَنْزَلَ اللَّهُ تَعَالَى هَذِهِ الْآيَةَ : ﴿ كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ﴾ . الْآيَةُ ، ﴿ فَمَنْ عَفَى لَهٗ مِنْ أُخِيهِ شَيْءٌ ﴾ . فَالْعَفْوُ أَنْ تُقْبَلَ فِي الْعَمْدِ الدِّيَةُ ﴿ فَاَتْبَاعُ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ يَتَّبِعُ الطَّالِبُ بِمَعْرُوفٍ ^(٣) ، وَيُودَى إِلَيْهِ الْمَطْلُوبُ ﴿ بِإِحْسَانٍ ذَلِكَ تَخْفِيفٌ مِّن رَّبِّكُمْ وَرَحْمَةٌ ﴾ . مِمَّا كَتَبَ عَلَيَّ مِنْ قَبْلِكُمْ . رَوَاهُ الْبُخَارِيُّ ^(٤) . وَرَوَى أَبُو هُرَيْرَةَ ، قَالَ : قَامَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ ، فَقَالَ : « مَنْ قَتَلَ

٦١/٩ و

(١) سورة البقرة ١٧٨ .

(٢) في م : « بالمعروف » .

(٣) في : باب : ﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كَتَبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلِ ... ﴾ ، مِنْ كِتَابِ التَّفْسِيرِ ، وَفِي : بَابِ مَنْ قَتَلَ لَهٗ قَتِيلٌ فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرِ ، مِنْ كِتَابِ الدِّيَاتِ . صَحِيحُ الْبُخَارِيِّ ٦/٢٨ ، ٢٩ ، ٦/٩ ، ٧٠ . =

لَهُ^(٤) قَتِيلٌ ، فَهُوَ بِخَيْرِ النَّظَرَيْنِ ، «إِمَّا أَنْ يُودَى ، وَإِمَّا^(٥) يُقَادُ » . مُتَّفَقٌ عَلَيْهِ^(٦) . وَرَوَى أَبُو شُرَيْحٍ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « ثُمَّ أَنْتُمْ يَا خُرَاعَةُ ، قَدْ قَتَلْتُمْ هَذَا الْقَتِيلَ ، وَأَنَا وَاللَّهِ عَاقِلُهُ ، فَمَنْ قَتَلَ بَعْدَهُ قَتِيلًا فَأَهْلُهُ بَيْنَ خَيْرَتَيْنِ ؛ إِنْ أَحْبَبُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ أَحْبَبُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ » . رَوَاهُ أَبُو دَاوُدَ ، وَغَيْرُهُ^(٧) . وَلِأَنَّ الْقَتْلَ الْمَضْمُونُ إِذَا سَقَطَ فِيهِ الْقِصَاصُ مِنْ غَيْرِ إِبْرَاءٍ ، ثَبَتَ الْمَالُ ، كَمَا لَوْ عَفَا بَعْضُ الْوَرَثَةِ ، وَيُخَالَفُ سَائِرَ الْمُتَلَفَاتِ ؛ لِأَنَّ بَدْلَهَا يَجِبُ مِنْ جِنْسِهَا ، وَهُنَا يَجِبُ فِي الْحَطِّاءِ وَعَمْدِ الْحَطِّاءِ مِنْ غَيْرِ الْجِنْسِ ، فَإِذَا رَضِيَ فِي الْعَمْدِ بِبَدْلِ الْحَطِّاءِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ أَسْقَطَ بَعْضَ حَقِّهِ ، وَلِأَنَّ الْقَاتِلَ أَمَكَنَهُ إِحْيَاءُ نَفْسِهِ بِبَدْلِ الدِّيَةِ ، فَلَزِمَهُ . وَبِنْتِقَاضِ مَا ذَكَرُوهُ بِمَا إِذَا كَانَ رَأْسُ الشَّجَّاحِ أَصْغَرَ ، أَوْ يَدُ الْقَاطِعِ أَنْقَصَ ، فَإِنَّهُمْ سَلَّمُوا فِيهِمَا .

فصل : واختلفت الرواية في موجب العمد ، فروى عن أحمد ، رحمه الله ، أن موجب القصاص عينا ؛ لقوله عليه السلام : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا ، فَهُوَ قَوْدٌ »^(٨) . ولما ذكره في دليلهم . وروى أن موجب أحد شئيين ؛ القصاص ، أو الدية ؛ لما ذكرناه قبل هذا ، ولأن الدية أحد بدلي النفس ، فكانت بدلا عنها ، لا عن بدلها ، كالقصاص . وأما الخبر ، فالمراد به وجوب القود ، ونحن نقول به ، ويخالف القتل سائر المتلفات ؛ لأن بدلها / لا يختلف بالقصد وعدمه ، والقتل بخلافه . وللشافعي قولان ، كالروایتين . فإذا قلنا : موجب القصاص عينا ، فله العفو إلى الدية ، والعفو مطلقا ، فإذا

ظ ٦١/٩

= كما أخرجه النسائي ، في : باب تأويل قوله عز وجل : ﴿ فَمَنْ عَفَىٰ لَهُ مِنْ أَخِيهِ شَيْءٌ ... ﴾ ، من كتاب القسامة . المجتبى ٣٣/٨ .

(٤) سقط من : ب .

(٥-٥) في الأصل « إما يؤد أو إما » . وفي ب : « إما أن يؤد وإما » .

(٦) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٤٨ .

(٧) تقدم تخريجه ، في صفحة ٥١٦ .

(٨) تقدم تخريجه ، في صفحة ٤٥٩ .

عَفَا مُطْلَقًا ، لم يَجِبْ شَيْءٌ . وهذا ظاهرُ مذهبِ الشافعيِّ ، وقال بعضهم : تَجِبُ الدِّيَّةُ ؛ لِقَوْلِ يَطْلُ (٩) الدَّمُ . وليس بشيءٍ ؛ لِأَنَّهُ لو عَفَا عن الدِّيَّةِ بَعْدَ وُجُوبِهَا ، صَحَّ عَفْوُهُ ، وَإِنْ عَفَا عن القِصاصِ بغيرِ مالٍ ، لم يَجِبْ شَيْءٌ ، فَأَمَّا إِنْ عَفَا عن الدِّيَّةِ ، لم يَصِحَّ عَفْوُهُ ؛ لِأَنَّهَا لم تَجِبْ . وَإِنْ قُلْنَا : الواجبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ لا بَعَيْنِهِ . فَعَفَا عن القِصاصِ مُطْلَقًا ، أو إلى الدِّيَّةِ ، وَجَبَتِ الدِّيَّةُ ؛ لِأَنَّ الواجبَ غيرُ مُعَيَّنٍ ، فَإِذَا تَرَكَ أَحَدَهُمَا وَجَبَ (١٠) الآخَرُ ، وَإِنْ اخْتَارَ الدِّيَّةَ ، سَقَطَ القِصاصُ ، وَإِنْ اخْتَارَ القِصاصَ ، تَعَيَّنَ . وهل له بعد ذلك العَفْوُ على الدِّيَّةِ ؟ قال القاضي : له ذلك ؛ لِأَنَّ القِصاصَ أَعْلَى ، فَكَانَ له الِاتِّعَالُ إلى الأَدْنَى ، وَيَكُونُ بَدَلًا عن القِصاصِ ، وليست (١١) التي وَجَبَتْ بِالْقَتْلِ ، كما قُلْنَا في الرِّوَايَةِ الأُولَى : إِنَّ الواجبَ القِصاصُ عَيْنًا ، وله العَفْوُ إلى الدِّيَّةِ . وَيَحْتَمَلُ أَنَّهُ ليس له ذلك ؛ لِأَنَّهُ اسْقَطَهَا باخْتِيَارِهِ القَوَدَ فلم يُعَدَّ إليها .

فصل : وَإِذَا جَنَى عَبْدٌ عَلَى حُرٍّ جَنَايَةً مُوجِبَةً للقِصاصِ ، فاشْتَرَاهُ المَجْنُونُ عَلَيْهِ بِأَرْشِ الجِنَايَةِ ، سَقَطَ القِصاصُ ؛ لِأَنَّ عُدْوَلَهُ إلى الشَّرَاءِ (١٢) اخْتِيَارًا للمَالِ ، ولا يَصِحُّ الشَّرَاءُ ؛ لِأَنَّهَا إِنْ لم يَعْرِفَا قَدْرَ الأَرْضِ فَالْثَمَنُ مَجْهُولٌ ، وَإِنْ عَرَفَا عَدَدَ الإِبِلِ وَأَسْنَانِهَا فَصِفَتُهَا مَجْهُولَةٌ ، وَالجَهْلُ بالصِّفَةِ كالجَهْلُ بالذَّاتِ في فَسَادِ البَيْعِ ؛ وَلِذَلِكَ لو باعَهُ شَيْئًا بِجَمَلٍ جَدَّعَ غيرَ مَعْرُوفِ الصِّفَةِ ، لم يَصِحَّ ، وَإِنْ قَدَّرَ الأَرْضَ بِذَهَبٍ أو فِضَّةٍ وِباعَهُ به ، صَحَّ .

فصل : (١٣) إِذَا وَجَبَ القِصاصُ لصَغِيرٍ ، لم يَجُزْ لَوَلِيِّهِ العَفْوُ إلى غيرِ مالٍ ؛ لِأَنَّهُ لا يَمْلِكُ إسْقَاطَ حَقِّهِ . وَإِنْ أَحَبَّ العَفْوُ إلى مالٍ ، ولِلصَّغِيرِ كِفَايَةً من غيرِهِ ، لم يَجُزْ ؛ لِأَنَّ

(٩) في الأصل : يطل . . وطل دمه : هدر .

(١٠) في ب : بقى . .

(١١) سقط من : ب .

(١٢) في ب زيادة : فيه . .

(١٣) في ب زيادة : ويصح عفوا . .

فيه تَقْوِيَت حَقِّهِ مِنْ غَيْرِ حَاجَةٍ . فَإِنْ كَانَ فَقِيرًا مُحْتَاجًا ، فَفِيهِ وَجْهَانِ ؛ أَحَدُهُمَا ، لَهُ ذَلِكَ ؛ لِحَاجَتِهِ إِلَى الْمَالِ لِحِفْظِهِ . قَالَ الْقَاضِي : هَذَا أَصَحُّ . وَالثَّانِي ، لَا يَجُوزُ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَمْلِكُ إِسْقَاطَ قِصَاصِهِ ، / وَأَمَّا حَاجَتُهُ فَإِنَّ تَقْفَتَهُ فِي بَيْتِ الْمَالِ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ فَإِنَّ وَجُوبَ التَّقْفَةِ فِي بَيْتِ الْمَالِ لَا يُغْنِيهِ إِذَا لَمْ يَحْصُلْ ، فَأَمَّا إِنْ كَانَ مُسْتَحِقُّ الْقِصَاصِ مَجْتَنُوتًا فَقِيرًا ، فَلَوْلِيَّهِ الْعَفْوُ عَلَى الْمَالِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَتْ حَالَةٌ مَعْتَادَةٌ يُنْتَظَرُ فِيهَا إِفَاقَتُهُ ^(١٤) .

فصل : وَيَصِحُّ عَفْوُ الْمُفْلِسِ وَالْمَحْجُورِ عَلَيْهِ لِسَفَهِهِ عَنِ الْقِصَاصِ ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِمَالٍ . وَإِنْ أَرَادَ الْمُفْلِسُ الْقِصَاصَ ، لَمْ يَكُنْ لِعُرْمَاتِهِ إِجْبَارُهُ عَلَى تَرْكِهِ . وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوُ عَنْهُ إِلَى مَالٍ ، فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّ فِيهِ حَظًّا لِلْعُرْمَاءِ . وَإِنْ أَرَادَ الْعَفْوُ عَلَى غَيْرِ ^(١٥) مَالٍ ، اثْبَتِي عَلَى الرَّوَائِطَيْنِ ؛ إِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ الْقِصَاصُ . فَلَهُ ذَلِكَ ؛ لِأَنَّهُ لَمْ يَثْبُتْ لَهُ مَالٌ يَتَعَلَّقُ بِهِ حَقُّ الْعُرْمَاءِ . وَإِنْ قُلْنَا : الْوَاجِبُ أَحَدُ شَيْئَيْنِ . لَمْ يَمْلِكْ ؛ لِأَنَّ الْمَالَ يَجِبُ بِقَوْلِهِ : عَفَوْتُ عَنِ الْقِصَاصِ . فَقَوْلُهُ : عَلَى غَيْرِ مَالٍ . إِسْقَاطٌ لَهُ بَعْدَ وَجُوبِهِ وَتَعْيِينِهِ ، وَلَا يَمْلِكُ ذَلِكَ . وَهَكَذَا الْحُكْمُ فِي السَّفِيهِ وَوَارِثِ الْمُفْلِسِ . وَإِنْ عَفَا الْمَرِيضُ عَلَى غَيْرِ مَالٍ ، فَذَكَرَ الْقَاضِي فِي مَوْضِعٍ ، أَنَّهُ يَصِحُّ ، سِوَاءَ خَرَجَ مِنَ الثَّلَاثِ أَوْ لَمْ يَخْرُجْ . وَذَكَرَ أَنَّ أَحْمَدَ نَصَّ عَلَى هَذَا . وَقَالَ فِي مَوْضِعٍ : يُعْتَبَرُ خُرُوجُهُ مِنْ ثَلَاثِهِ ، وَلَعَلَّهُ يَنْبَغِي عَلَى الرَّوَائِطَيْنِ فِي مُوجِبِ الْعَمْدِ ، عَلَى مَا مَضَى .

فصل : وَإِذَا قُتِلَ مَنْ لَا وَاثَرَ لَهُ ، فَالْأَمْرُ إِلَى السُّلْطَانِ ؛ فَإِنْ أَحَبَّ الْقِصَاصَ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوَ عَلَى مَالٍ فَلَهُ ذَلِكَ ، وَإِنْ أَحَبَّ الْعَفْوَ إِلَى غَيْرِ مَالٍ لَمْ يَمْلِكْهُ ؛ لِأَنَّ ذَلِكَ لِلْمُسْلِمِينَ ، وَلَا حَظَّ لَهُمْ فِي هَذَا . وَهَذَا قَوْلُ أَصْحَابِ الرَّأْيِ ، إِلَّا أَنَّهُمْ لَا يَرَوْنَ الْعَفْوَ عَلَى مَالٍ إِلَّا بِرِضَى الْجَانِبِي .

فصل : وَإِذَا اشْتَرَكَ الْجَمَاعَةُ فِي الْقَتْلِ ، فَعَفَا عَنْهُمْ إِلَى الدِّيَةِ ، فَعَلَيْهِمْ دِيَّةٌ وَاحِدَةٌ ، وَإِنْ

(١٤) سقط من : ب . وفي م : رجوع عقله .

(١٥) سقط من : م .

عَفَا عَنْ بَعْضِهِمْ ، فَعَلِيَ الْمَعْفُو عَنْهُ قِسْطُهُ^(١٦) مِنَ الدِّيَةِ ؛ لِأَنَّ الدِّيَةَ بَدَلَ الْمَحَلِّ ، وَهُوَ وَاحِدٌ ، فَتَكُونُ دِيَّتُهُ وَاحِدَةً ، سِوَاءً أَتَلَّفَهُ وَاحِدًا أَوْ جَمَاعَةً . وَقَالَ ابْنُ أَبِي مُوسَى : فِيهِ رَوَايَةٌ أُخْرَى ، أَنَّ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ ؛ لِأَنَّ لَهُ قَتْلَ كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ ، فَكَانَ عَلَى كُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمْ دِيَّةٌ نَفْسٍ كَامِلَةٍ ، كَمَا لَوْ قَلَعَ الْأَعْوُرُ عَيْنَ صَحِيحٍ ، فَإِنَّهُ تَجِبُ عَلَيْهِ دِيَّةٌ عَيْنِهِ ، وَهُوَ دِيَّةٌ كَامِلَةٌ . وَالصَّحِيحُ الْأَوَّلُ ؛ لِأَنَّ الْوَاجِبَ بَدَلَ الْمُتَلَفِ ، فَلَا يَخْتَلِفُ بِاخْتِلَافِ^(١٧) الْمُتَلَفِ ، وَلِذَلِكَ لَوْ قَتَلَ عَبْدٌ قِيَمَتَهُ أَلْفَانِ حُرًّا ، لَمْ يَمْلِكِ الْعَفْوُ عَلَى أَكْثَرِ مِنَ الدِّيَةِ ، وَأَمَّا / الْقِصَاصُ ، فَإِنَّهُ عُقُوبَةٌ عَلَى الْفِعْلِ ، فَيَتَعَدَّدُ بِتَعَدُّدِهِ .

ظ ٦٢/٩

١٤٥٧ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا^(١) قُتِلَ مَنْ لِلْأَوْلِيَاءِ أَنْ^(٢) يُقِيدُوا بِهِ^(٣) ، فَبَدَلَ الْقَاتِلِ أَكْثَرَ مِنَ الدِّيَةِ عَلَى أَنْ لَا يُقَادَ ، فَلِلْأَوْلِيَاءِ قَبُولُ ذَلِكَ)

وجملته أن من له القصاص ، له أن يُصالح عنه بأكثر من الدية ، ويقدرها وأقل منها ، لا أعلم فيه خلافًا ؛ لما روى عمرو بن شعيب ، عن أبيه ، عن جده ، قال : قال رسول الله ﷺ : « مَنْ قَتَلَ عَمْدًا دُفِعَ إِلَى أَوْلِيَاءِ الْمَقْتُولِ ؛ فَإِنْ شَاءُوا قَتَلُوا ، وَإِنْ شَاءُوا أَخَذُوا الدِّيَةَ ، ثَلَاثِينَ حِقَّةً ، وَثَلَاثِينَ جَذْعَةً ، وَأَرْبَعِينَ خَلْفَةً^(٤) ، وَمَا صَالِحُوا^(٥) عَلَيْهِ فَهُوَ لَهُمْ » . وذلك لتشديد العقل^(٥) . رواه الترمذي^(٦) ، وقال : حديث حسن غريب ، وروينا أن هذبة ابن حشرم قتل قتيلاً ، فبذل سعيد بن العاص والحسن والحسين لابن المقتول سبع

(١٦) في ب : « بقسطه » .

(١٧) سقط من : ب ، م .

(١) في م : « وإن » .

(٢-٣) في ب : « يقيدونه » .

(٣) الخلفة : الحامل .

(٤) في النسخ : « صولحوا » . والمثبت من مصادر التخریج .

(٥) في النسخ : « القتل » .

(٦) في : باب ما جاء في الدية كم هي من الإبل ، من كتاب الديات . وفي : باب ما جاء سباب المؤمن فسوق ، من كتاب الإيمان . عارضة الأحمدي ١٥٩/٦ ، ١٦٠ ، ١٠٢/١٠ .

كما أخرجه ابن ماجه ، في : باب من قتل عمدا فرضوا بالدية من كتاب الديات . سنن ابن ماجه ٨٧٧/٢ . والإمام أحمد ، في : المسند ١٨٣/٢ .

دِيَاتٍ ، لِيُعْفُوَ عَنْهُ ، فَأَبَى ذَلِكَ ، وَقَتَلَهُ^(٧) . ولأنه عَوْضٌ عن غيرِ مالٍ ، فجاز الصُّلْحُ عنه بما اتَّفَقُوا عليه ، كالصُّدَاقِ ، وَعَوْضِ الخُلْعِ ، ولأنه صلحٌ عمَّا لا يَجْرِي فيه الرِّبَا ، فَأَشْبَهَ الصُّلْحَ عن العُرُوضِ .

١٤٥٨ - مسألة ؛ قال : (وَإِذَا أَمْسَكَ رَجُلًا وَقَتَلَهُ آخَرُ ، قَبِلَ الْقَاتِلُ ، وَحُبِسَ الْمَاسِكُ حَتَّى يَمُوتَ)

يقال : أَمْسَكَ وَمَسَكَ وَمَسَكَ . وقد جَمَعَ الخِرْقِيُّ بين اللَّعْنَتَيْنِ ، فقال : إذا أَمْسَكَ ، وَحُبِسَ الماسِكُ . وهو اسمُ الفاعِلِ من مَسَكَ مُحَفَّفًا . ولا خِلافَ في أنَّ القاتِلَ يُقْتَلُ ؛ لأنَّه قَتَلَ مَنْ يُكافئُه عَمْدًا بغيرِ حَقٍّ ، وأَمَّا المُمسِكُ ، فإن لم يَعْلَمْ أنَّ القاتِلَ يَقْتُلُه ، فلا شئَ عليه ؛ لأنَّه مُتَسَبِّبٌ ، والقاتِلُ مباشرٌ ، فيسقطُ^(٨) حُكْمُ المُتَسَبِّبِ به . وإن أَمْسَكَه له لِيَقْتُلُه ، مثل أن ضَبَطَه له حتى ذَبَحَه^(٩) . فاخْتَلَفَتِ الرَّوَايَةُ فيه عن أحمدَ ؛ فرَوَى عنه أنه يُحْبَسُ حتى يَمُوتَ . وهذا قولُ عطاءٍ ، ورَبِيعَةَ . ورَوَى ذلك عن عليٍّ . ورَوَى عن أحمدَ ، أنه يُقْتَلُ أيضًا . وهو قولُ مالِكٍ . قال سليمانُ بنُ^(١٠) موسى : الاجتماعُ فينا أن يُقْتَلَ^(٤) ؛ لأنَّه لو لم يُمَسِكْه ، ما قَدَرَ على قَتْلِه ، وبإمساكِه تَمَكَّنَ من قَتْلِه ، فالقَتْلُ حاصلٌ بِفِعْلِهِما ، فيكونان شَرِيكَيْنِ / فيه ، فيجِبُ عليهما القِصاصُ ، كما لو جَرَحَاهُ . وقال أبو حنيفةٌ ، والشافعيُّ ، وأبو ثورٍ ، وابنُ المُنْذِرِ : يُعاقَبُ ، ويَأْتُمُ ، ولا يُقْتَلُ ؛ لأنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِنْ أُعْتِيَ النَّاسُ عَلَيَّ اللهُ ، مَنْ قَتَلَ غَيْرَ قَاتِلِهِ »^(٥) . والمُمسِكُ غيرُ قاتِلٍ ، ولأنَّ الإمساكَ سَبَبٌ غيرُ مُلجِيٍّ ، فإذا اجْتَمَعَتْ معه المباشرةُ ،

و٦٣/٩

(٧) تقدم في صفحة ٥٧٨ .

(١) في م : « فسقط » .

(٢) في م زيادة : « له » .

(٣) في م زيادة : « أبى » . وتقدم .

(٤) في م : « يقتل » .

(٥) أخرجه الإمام أحمد ، في : المسند ١٨٧/٢ ، ٣٢/٤ .

كان الضَّمانُ على المُباشِرِ ، كما لو لم يُعَلِّمِ المُمسِكُ أَنَّهُ يَقْتُلُهُ . ولنا ، ما رَوَى الدَّارِقُطْنِيُّ^(٦) ، بإسناده عن ابنِ عمرَ ، أَنَّ النَّبِيَّ ﷺ قال : « إِذَا أَمَسَكَ الرَّجُلُ ، وَقَتَلَهُ الْآخَرَ ، يُقْتَلُ الَّذِي قَتَلَ ، وَيُحْبَسُ الَّذِي أَمَسَكَ » . ولأنَّهُ حَبَسَهُ إِلَى الْمَوْتِ ، فَيُحْبَسُ الْآخَرُ إِلَى الْمَوْتِ ، كما لو حَبَسَهُ عَنِ الطَّعَامِ وَالشَّرَابِ حَتَّى مات ، فَإِنَّا نَفْعَلُ بِهِ ذَلِكَ حَتَّى يَمُوتَ .

فصل : وَإِنْ اتَّبَعَ رَجُلًا لِيَقْتُلَهُ ، فَهَرَبَ مِنْهُ ، فَأَذْرَكَ آخَرَ ، فَقَطَعَ رِجْلَهُ ، ثُمَّ أَذْرَكَهُ الثَّانِي فَقَتَلَهُ ، نَظَرْتَ ؛ فَإِنْ كَانَ قَصْدُ الْأَوَّلِ حَبْسَهُ بِالْقَطْعِ لِيَقْتُلَهُ الثَّانِي ، فَعَلِيهِ الْقِصَاصُ فِي الْقَطْعِ ، وَحُكْمُهُ فِي الْقِصَاصِ فِي النَّفْسِ حُكْمُ الْمُمْسِكِ ؛ لِأَنَّهُ حَبَسَهُ عَلَى الْقَتْلِ ، وَإِنْ لَمْ يَقْصِدْ حَبْسَهُ ، فَعَلِيهِ الْقَطْعُ دُونَ الْقَتْلِ ، كَالَّذِي أَمَسَكَهُ غَيْرَ عَالِمٍ . وَفِيهِ وَجْهٌ آخَرٌ ، لَيْسَ عَلَيْهِ إِلَّا الْقَطْعُ بِكُلِّ حَالٍ . وَالْأَوَّلُ أَصْحَحُ ؛ لِأَنَّهُ الْحَابِسُ لَهُ يَفْعَلُهُ ، فَأَشْبَهَ الْحَابِسَ بِأَمْسَاكِهِ . فَإِنْ قِيلَ : فَلِمَ اعْتَبَرْتُمْ قَصْدَ الْإِمْسَاكِ هُنَا ، وَأَنْتُمْ لَا تَعْتَبِرُونَ إِرَادَةَ الْقَتْلِ فِي الْجَارِحِ ؟ قُلْنَا : إِذَا مَاتَ مِنَ الْجُرْحِ ، فَقَدِمَاتِ مِنْ سِرَّائِهِ وَأَثَرِهِ ، فَتَعْتَبِرُ قَصْدَ الْجُرْحِ الَّذِي هُوَ السَّبَبُ دُونَ قَصْدِ الْأَثَرِ ، وَفِي مَسْأَلَتِنَا إِنَّمَا كَانَ مَوْتُهُ بِأَمْرِ غَيْرِ السَّرِيَةِ ، وَالْفِعْلُ مُمَكِّنٌ لَهُ عَلَيْهِ^(٧) ، فَاعْتَبِرَ قَصْدَهُ لِدَلَالَةِ الْفِعْلِ ، كَمَا لَوْ أَمَسَكَهُ .

١٤٥٩ - مسألة ؛ قال : (وَمَنْ أَمَرَ عَبْدَهُ أَنْ يَقْتُلَ رَجُلًا ، وَكَانَ الْعَبْدُ أَعْجَبِيًّا ، لَا يَعْلَمُ أَنَّ الْقَتْلَ مُحَرَّمٌ ، قُتِلَ السَّيِّدُ ، وَإِنْ كَانَ يَعْلَمُ خَطَرَ الْقَتْلِ ، فَعَلَّ الْعَبْدُ ، وَأُذِّبَ السَّيِّدُ)

إِنَّمَا ذَكَرَ الْخَرْقِيُّ^(١) كَوْنَهُ أَعْجَبِيًّا ، وَهُوَ الَّذِي لَا يُفْصِحُ ، لِيَتَحَقَّقَ مِنْهُ الْجَهْلُ ، وَإِنَّمَا يَكُونُ الْجَهْلُ^(١) فِي حَقِّ مَنْ نَشَأَ فِي غَيْرِ بِلَادِ الْإِسْلَامِ ، فَأَمَّا مَنْ أَقَامَ فِي بِلَادِ الْإِسْلَامِ

(٦) في : كتاب الحدود والديات وغيره . سنن الدارقطني ١٤٠/٣ .

(٧) سقط من : الأصل ، ب .

(١) سقط من : الأصل ، ب .

بين أهله / ، فلا يخفى عليه تحريمُ القتلِ ، ولا يُعذّرُ في فعله ، ومتى كان العبدُ يعلمُ تحريمَ القتلِ ، فالقصاصُ عليه ، ويؤدّبُ سيّده ؛ لأمره بما أفضى إلى القتلِ ، بما يراه الإمامُ من الحبسِ والتّعزيرِ . وإن كان غيرَ عالمٍ بخطّره ، فالقصاصُ على سيّده ، ويؤدّبُ العبدُ . قال أحمدُ : يُضربُ ويؤدّبُ . ونقلَ عنه أبو طالبٍ ، قال : يُقتلُ المولى^(٢) ، ويُحبسُ العبدُ حتى يموتَ ؛ لأنَّ العبدَ سوطُ المولى وسيّفه . كذا قال عليٌّ ، وأبو هريرة . وقال عليٌّ ، رضى الله عنه : يُستودعُ السّجنَ . وممن قال بهذه الجملة الشافعيُّ . وممن قال : إن السيّدَ يُقتلُ ؛ عليٌّ ، وأبو هريرة . وقال قتادةُ : يُقتلانِ جميعاً . وقال سليمانُ بنُ موسى : لا يُقتلُ الأمرُ ، ولكن يديه ، ويُعاقبُ ويُحبسُ ؛ لأنّه لم يُباشِرِ القتلَ ، ولا أجزأ إليه ، فلم يجبْ عليه قِصاصُ ، كما لو علِمَ العبدُ خطَرَ القتلِ . ولنا ، أن العبدَ إذا كان غيرَ عالمٍ بخطّره القتلِ ، فهو مُعتقِدٌ إباحته ، وذلك شبهةٌ تمنعُ القِصاصَ ، كما لو اعتقده صيّدًا فرماه ، فبان إنسانًا ، ولأنَّ حِكْمَةَ القِصاصِ الرّدْعُ والزّجرُ ، ولا يحصلُ ذلك في مُعتقِدِ الإباحةِ ، وإذا لم يجبْ عليه ، وجبَ على السيّدِ ، لأنّه آله ، لا يُمكنُ إيجابُ القِصاصِ عليه ، فوجبَ على المُتسبّبِ به ، كما لو أنّه شهة حيةٌ أو كلبًا ، أو ألقاه في زُبّةِ أسدٍ فأكله . ويُفارقُ هذا ما إذا علِمَ خطَرَ القتلِ ، فإنَّ القِصاصَ على العبدِ ؛ لإمكانِ إيجابه عليه ، وهو مباشرٌ له ، فانقطعَ حُكْمُ الأمرِ ، كالدافع مع الحافرِ ، ويكونُ على السيّدِ الأدبُ ؛ لتعديهِ بالتسبّبِ إلى القتلِ .

فصل : ولو أمرَ صبيًّا لا يُميّزُ ، أو مَجْنُونًا ، أو أعجميًّا لا يعلمُ خطَرَ القتلِ ، فقتلَ ، فالحُكْمُ فيه^(٣) كالحكيمِ في العبدِ ، يُقتلُ الأمرُ دونَ المُباشِرِ . ولو أمره بزنى ، أو سرقةٍ ، لم يجبِ الحدُّ على الأمرِ ؛ لأنَّ الحدَّ لا يجبُ إلّا على المُباشِرِ ، والقِصاصُ يجبُ بالتسبّبِ ، ولذلك وجبَ على المُكْرَه والشُّهُودِ في القِصاصِ .

فصل : ولو أمرَ السُّلْطَانُ رَجُلًا ، فقتلَ آخَرَ ، فإن كان القاتِلُ يعلمُ أنّه

(٢) في ب ، م ، د : الولي ، .

(٣) (٣-٢) بياض في : ب .

لَا يَسْتَحِقُّ قَتْلَهُ ، فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِ دُونَ الْأَمْرِ ؛ لِأَنَّهُ غَيْرُ مَعْدُورٍ فِي فِعْلِهِ ، فَإِنَّ النَّبِيَّ ﷺ قَالَ : « لَا طَاعَةَ لِمَخْلُوقٍ فِي مَعْصِيَةِ الْخَالِقِ »^(٤) . وَعَنْهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ أَنَّهُ قَالَ : « مَنْ أَمَرَكَ مِنَ الْوَلَاةِ بِغَيْرِ طَاعَةِ اللَّهِ تَعَالَى ، فَلَا تُطِيعُوهُ »^(٥) . فَلَزِمَهُ الْقِصَاصُ ، كَمَا لَوْ أَمَرَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ . وَإِنْ لَمْ يَعْلَمْ ذَلِكَ ، فَالْقِصَاصُ عَلَى الْأَمْرِ دُونَ الْمَأْمُورِ ؛ لِأَنَّ الْمَأْمُورَ مَعْدُورٌ ، لَوْ جُوبِ طَاعَةُ الْإِمَامِ فِي مَا لَيْسَ بِمَعْصِيَةٍ ، وَالظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا يَأْمُرُ إِلَّا بِالْحَقِّ . وَإِنْ أَمَرَهُ غَيْرُ السُّلْطَانِ مِنَ الرَّعِيَّةِ بِالْقَتْلِ ، فَاقْتُلْ ، فَالْقَوْدُ عَلَى الْمَأْمُورِ بِكُلِّ حَالٍ ، عَلِيمٌ أَوْ لَمْ يَعْلَمْ ؛ لِأَنَّهُ لَا يَلْزِمُهُ طَاعَتُهُ ، وَلَيْسَ لَهُ الْقَتْلُ بِحَالٍ ، بِخِلَافِ السُّلْطَانِ ، فَإِنَّ إِلَيْهِ الْقَتْلُ لِلرَّدَّةِ ، وَالزَّيْنِيِّ ، وَقَطْعِ الطَّرِيقِ إِذَا قَتَلَ الْقَاطِعُ ، وَيَسْتَوْفَى الْقِصَاصَ لِلنَّاسِ ، وَهَذَا لَيْسَ إِلَيْهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ . وَإِنْ أَكْرَهَهُ السُّلْطَانُ عَلَى قَتْلِ أَحَدٍ ، أَوْ جَلَدِهِ بِغَيْرِ حَقٍّ ، فَمَاتَ ، فَالْقِصَاصُ عَلَيْهِمَا . وَإِنْ وَجَبَتِ الدِّيَّةُ ، كَانَتْ عَلَيْهِمَا . فَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ يَعْتَقِدُ جَوَازَ الْقَتْلِ دُونَ الْمَأْمُورِ ، كَمُسْلِمٍ قَتَلَ ذِمِّيًّا ، أَوْ حُرًّا قَتَلَ عَبْدًا ، فَاقْتُلْهُ ، فَقَالَ الْقَاضِي : الضَّمَانُ عَلَيْهِ دُونَ الْإِمَامِ ؛ لِأَنَّ الْإِمَامَ أَمَرَهُ بِمَا أَدَّى اجْتِهَادَهُ إِلَيْهِ ، وَالْمَأْمُورُ لَا يَعْتَقِدُ جَوَازَهُ ، فَلَمْ يَكُنْ لَهُ أَنْ يَقْبَلَ أَمْرَهُ ، فَإِذَا قَتَلَهُ ، لَزِمَهُ الضَّمَانُ ؛ لِأَنَّهُ قَتَلَ مَنْ لَا يَجِلُّ لَهُ قَتْلُهُ . وَيَنْبَغِي أَنْ يُفَرَّقَ بَيْنَ الْعَامِّيِّ وَالْمُجْتَهِدِ ؛ فَإِنْ كَانَ مُجْتَهِدًا ، فَالْحُكْمُ فِيهِ عَلَى مَا ذَكَرَهُ الْقَاضِي ، وَإِنْ كَانَ مُقَلِّدًا ، فَلَا ضَمَانَ عَلَيْهِ ؛ لِأَنَّ لَهُ تَقْلِيدَ الْإِمَامِ فِيمَا رَأَاهُ . وَإِنْ كَانَ الْإِمَامُ يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَهُ ، وَالْقَاتِلُ يَعْتَقِدُ حِلَّهُ ، فَالضَّمَانُ عَلَى الْأَمْرِ ، كَمَا لَوْ أَمَرَ السَّيِّدُ الَّذِي لَا يَعْتَقِدُ تَحْرِيمَ الْقَتْلِ بِهِ . وَاللَّهُ أَعْلَمُ .

(٤) تقدم تخريجه ، في : ٤٣٣/٥ .

(٥) أخرجه ابن ماجه ، في : باب لا طاعة في معصية الله ، من كتاب الجهاد . سنن ابن ماجه ٩٥٦/٢ . والإمام

أحمد ، في : المسند ٦٧/٣ .

فهرس
الجزء الحادى عشر

الصفحة

٥٣ - ٥

كتاب الإيلاء

- ١٢٩٨ - مسألة : (والمولى الذى يحلف بالله عز وجل أن
لا يطاء زوجته أكثر من أربعة أشهر) ٥ - ٣٠
شروط الإيلاء أربعة :
٥ - ٨ أحدها : أن يحلف بالله تعالى ...
فصل : الشرط الثانى ، أن يحلف على ترك
الوطء أكثر من أربعة أشهر ... ٨ - ١٠
فصل : وإذا علق الإيلاء بشرط
مستحيل ... فهو مولى ... ١٠ ، ١١
فصل : وإن علقه على غير مستحيل ،
فذلك على خمسة أضرب ... ١١ - ١٣
فصل : وإن قال : والله لا وطعتك إلا
برضاك ، لم يكن مولىً ... ١٣ ، ١٤
فصل : وإن حلف على ترك وطئها عاما ،
ثم كفر عن يمينه ، انحل
الإيلاء ... ١٤

- فصل : فإن قال : والله لا وطعتك إن شاء
فلان . لم يصير موليا حتى
يشاء ... ١٥ ، ١٤
- فصل : فإن قال : والله لا وطعتك . فهو
إيلاء ... ١٦ ، ١٥
- فصل : فإن قال : إن وطعتك ، فوالله
لا وطعتك ، لم يكن موليا في
الحال ... ١٧ ، ١٦
- فصل : فإن قال : والله لا وطعتك عاما ،
ثم قال : والله لا وطعتك عامًا .
فهو إيلاء واحد ... ١٨ ، ١٧
- فصل : فإن قال لأربع نسوة : والله لا
أقربكن . انبنى ذلك على أصل ،
وهو الحنث بفعل بعض المحلوف
عليه أولا ... ١٩ ، ١٨
- فصل : فإن قال : والله لا وطعت واحدة
منكن . ونوى واحدة بعينها ،
تعلقت يمينه بها وحدها ، وصار
موليا منها دون غيرها ... ٢٠ ، ١٩
- فصل : فإن قال : والله لا وطعت كل
واحدة منكن . صار موليا منهن
كلهن في الحال ... ٢١ ، ٢٠

الصفحة

- فصل : فإن قال : كلما وطئت واحدة
٢٢ ، ٢١ ... منكن فضرائها طوالق ...
- فصل : الشرط الثالث ، أن يحلف على ترك
٢٢ الوطاء في الفرج ...
- فصل : الشرط الرابع ، أن يكون المحلوف
٢٣ ، ٢٢ عليها امرأة ...
- فصل : فإن آلى من الرجعية ، صح
٢٤ ، ٢٣ إيلاؤه ...
- فصل : ويصح الإيلاء من كل زوجة ،
٢٥ ، ٢٤ مسلمة كانت أو ذمية ، ...
- فصل : ويصح إيلاء الذمي ويلزمه ما يلزم
٢٦ ، ٢٥ المسلم إذا تقاضوا إلينا ...
- فصل : ولا يشترط في الإيلاء الغضب ،
٢٦ ولا قصد الإضرار ...
- فصل : في الألفاظ التي يكون بها موليا ،
٢٩ - ٢٦ وهي ثلاثة أقسام ...
- فصل : وإذا قال لإحدى زوجتيه : والله
لا وطئتك . ثم قال للأخرى :
أشركتك معها . لم يصير موليا من
٢٩ الثانية ...
- فصل : ويصح الإيلاء ، بكل لغة من
٣٠ ، ٢٩ العجمية وغيرها ...

- فصل : ومدة الإيلاء في حق الأحرار
والعبيد والمسلمين وأهل الذمة
سواء ... ٣٠
- ١٢٩٩ - مسألة : (فإذا مضت أربعة أشهر ، ورافعته ،
أمر بالقيئة ، والقيئة الجماع) ٣٠ - ٣٨
- فصل : وابتداء المدة من حين اليمين ، ولا
يفتقر إلى ضرب مدة ... ٣٢ ، ٣٣
- فصل : وإن وطئ العاقل ناسيا ليمينه ،
فهل يحنث ؟ على روايتين ... ٣٣
- فصل : وإن وطئها وطئا محرماً ، ... ،
حنث ... ٣٣ ، ٣٤
- فصل : وإذا آلى منها ، وثمَّ عذر يمنع الوطاء
من جهة الزوج ، كمرضه ،
أو ... ، حسبت عليه المدة من
حين إيلائه ... ٣٤ ، ٣٥
- فصل : وإذا انقضت المدة ، فلها المطالبة
بالقيئة إن لم يكن عذر ... ٣٥ ، ٣٦
- فصل : فإن عفت عن المطالبة بعد
وجوبها ، فقال بعض أصحابنا :
يسقط حقها ... ٣٦
- فصل : والأمة كالحرّة في استحقاق
المطالبة ، ... ٣٦ ، ٣٧

- فصل : فإن كانت المرأة صغيرة ، أو
مجنونة ، فليس لها المطالبة ... ٣٧ ، ٣٨
- ١٣٠٠ - مسألة : (والفئة : الجماع) ٣٨ - ٤٢
- فصل : وإذا فاء ، لزمته الكفارة ، في قول
أكثر أهل العلم ... ٣٨ ، ٣٩
- فصل : وإن كان الإيلاء بتعليق عتق أو
طلاق ، وقع بنفس الوطاء ٣٩ - ٤١
- فصل : فإن قال : إن وطئتك . فأنت على
كظهر أُمي . فقال أحمد : لا
يقربها حتى يُكفّر ... ٤١ ، ٤٢
- ١٣٠١ - مسألة : (أو يكون له عذر من مرض ، أو
إحرام ، أو شيء لا يمكن معه
الجماع ، فيقول : متى قدرت
جامعتها . فيكون ذلك من قوله فئة
للعذر) ٤٢ - ٤٥
- فصل : والإحرام كالمرض ... ٤٣ ، ٤٤
- فصل : وإن انقضت المدة وهو محبوس بحق
يمكنه أدائه ، طوِّب بالفئة ... ٤٤
- فصل : فإن كان مغلوباً على عقله مجنوناً أو
إغماء ، لم يطالب ... ٤٤
- فصل : وإذا انقضت المدة ، فادعى أنه
عاجز عن الوطاء ، لم تُسمع دعواه
العنة ... ٤٤ ، ٤٥

- ١٣٠٢ - مسألة : (فمتى قدر ، فلم يفعل ، أمر
 بالطلاق)
 ٤٥
- فصل : وليس على مَنْ فاء بلسانه كفارة ،
 ولا حنث ...
 ٤٥
- ١٣٠٣ - مسألة : (فإن لم يطلق ، طلق الحاكم عليه)
 ٤٧ ، ٤٦
- فصل : والطلاق السوجب على المولى
 رجعى ...
 ٤٧ ، ٤٦
- ١٣٠٤ - مسألة : (فإن طلق عليه ثلاثا ، فهي ثلاث)
 ٤٧
- ١٣٠٥ - مسألة : (وإن طلق واحدة ، وراجع ، وقد بقي
 من مدة الإيلاء أكثر من أربعة
 أشهر ، كان الحكم كما حكمنا في
 الأول)
 ٤٨ - ٥٠
- ١٣٠٦ - مسألة : (ولو وقفناه بعد الأربعة أشهر ، فقال :
 قد أصبتها . فإن كانت ثيبا ، كان
 القول قوله مع يمينه)
 ٥٠
- فصل : ولو كانت هذه المرأة غير مدخول
 بها ، فادعى أنه أصابها ،
 وكذبت ، ثم طلقها ، وأراد
 رجعتها ، كان القول قولها ...
 ٥٠
- ١٣٠٧ - مسألة : (ولو آلى منها ، فلم يصحبها حتى طلقها ،
 وانقضت عدتها منه ؛ ثم نكحها ،
 وقد بقي من مدة الإيلاء أكثر من
 أربعة أشهر ، وقف لها ، كما وصفت)
 ٥١ ، ٥٢

الصفحة

- فصل : ولو آلى من امرأته الأمة ، ثم
اشتراها ، ثم أعتقها ، ثم
تزوجها ، عاد الإيلاء ... ٥٢ ، ٥١
- ١٣٠٨ - مسألة : (ولو آلى منها ، واختلفا في مضي الأربعة
أشهر ، كان القول قوله في أنها لم تمض
مع يمينه) ٥٤ - ٥٢
- فصل : فإن ترك الوطاء بغير يمين ، لم يكن
موليا ... ٥٣

١١٩ - ٥٤

كتاب الظهار

- فصل : وكل زوج صح طلاقه صح
ظهاره ... ٥٦
- فصل : ومن لا يصح طلاقه لا يصح
ظهاره ... ٥٧
- فصل : ويصح الظهار من كل زوجة ... ٥٧
- ١٣٠٩ - مسألة : (وإذا قال لزوجته : أنت على كظهر
أمي ، أو ... فلا يطأها حتى يأتي
بالكفارة) ٧١ - ٥٧
- في هذه المسألة فصول خمسة :
- أحدها : أنه متى شبه امرأته بمن تحرم عليه
على التأيد ، فقال : أنت على

- كظهر أمى ، أو أختى ، أو
غيرهما . فهو مظاهر ... ٥٧ ، ٥٨
- الفصل الثانى : إذا شبهها بظهر من تحرم
عليه تحريما مؤقتا ، كأخت
امراته ، وعمتها ، أو الأجنبية .
فمن أحمد فيه روايتان ... ٥٨ ، ٥٩
- فصل : وإن شبهها بظهر أبيه ، أو بظهر
غيره من الرجال ، أو ... ، ففى
ذلك كله روايتان ... ٥٩
- فصل : فإن قال : أنت عندى ، أو
منى ، أو معى ، كظهر أمى ،
كان ظهارا بمنزلة على ... ٦٠
- فصل : وإن قال : أنت على كأمى ، أو :
مثل أمى . ونوى به الظهار ، فهو
ظهار ... ٦٠ ، ٦١
- الفصل الثالث : أنه إذا قال : أنت على
حرام . فإن نوى به الظهار ، فهو
ظهار ، فى قول عامتهم ... ٦١ ، ٦٢
- فصل : فإن قال : الحل على حرام ... فهو
مظاهر ... ٦٢
- فصل : وإن قال : أنت على كظهر أمى
حرام . فهو صريح فى الظهار ... ٦٢ ، ٦٣

- فصل : وإن قال : أنت طالق كظهر
أُمى . طَلقت ... ٦٣
- فصل : فإن قال : أنت على حرام ، ونوى
الطلاق والظهار معا ، كان
ظهارًا ، ولم يكن طلاقًا ... ٦٣ ، ٦٤
- الفصل الرابع : أنه إذا شبه عضو من امرأته
بظهر أمه أو عضو من أعضائها ،
فهو مظاهر ... ٦٤ ، ٦٥
- فصل : وإن قال : كشعر أُمى ، أو
سِنها ، أو ظفرها ، أو ... لم يكن
مظاهرا ... ٦٥
- فصل : فإن قال : أنا مظاهر ، أو ... ولا
نية له ، لم يلزمه شيء ... ٦٥ ، ٦٦
- فصل : يُكره أن يسمى الرجل امرأته بمن
تحرم عليه ... ٦٦
- الفصل الخامس : أن المظاهر يحرم عليه
وطء امرأته قبل أن يكفّر . ٦٦ ، ٦٧
- فصل : فأما التلذذ بما دون الجماع ...
ففيه روايتان ... ٦٧
- فصل : ولا يصح الظهار من أمته ، ولا أم
ولده ... ٦٧ ، ٦٨
- فصل : ويصح الظهار مؤقتا ... ٦٨ - ٧٠

- فصل : ويصح تعليق الظهار
بالشروط ... ٧٠
- فصل : فإن قال : أنت على كظهر أمي ،
إن شاء الله . لم ينعقد ظهاره ... ٧٠ ، ٧١
- ١٣١٠ - مسألة : (فإن مات ، أو ماتت ، أو طلقها ، لم
تلزمه الكفارة ...) ٧١ - ٧٥
- الكلام في هذه المسائل في ثلاثة فصول :
أحدها : أن الكفارة لا تجب بمجرد
الظهار ... ٧١ ، ٧٢
- الفصل الثاني : أنه إذا طلق من ظاهر
منها ، ثم تزوجها ، لم يحل له وطؤها
حتى يكفر ... ٧٢ ، ٧٣
- الفصل الثالث : أن العود هو الوطء ،
فمتى وطئ لزمته الكفارة ... ٧٣ - ٧٥
- ١٣١١ - مسألة : (وإذا قال لامرأة أجنبية : أنت على
كظهر أمي . لم يطأها إن تزوجها
حتى يأتي بالكفارة) ٧٥ - ٧٧
- فصل : وإذا قال : كل امرأة أتزوجها فهي
على كظهر أمي . ثم تزوج نساء ،
وأراد العود ، فعليه كفارة
واحدة ... ٧٦ ، ٧٧
- ١٣١٢ - مسألة : (ولو قال : أنت على حرام . وأراد في

- ٧٧ (تلك الحال ، لم يكن عليه شيء وإن تزوجها ...)
- ١٣١٣ - مسألة : (ولو ظاهر من زوجته ، وهي أمة ، فلم يكفر حتى ملكها ، انفسخ النكاح ، ولم يطأها حتى يكفر) ٧٧ ، ٧٨
- ١٣١٤ - مسألة : (ولو تظاهر من أربع نسائه بكلمة واحدة ، لم يكن عليه أكثر من كفارة) ٧٨ - ٨٠
- فصل : ومفهوم كلام الخرق ، أنه إذا ظاهر منهن بكلمات ، فقال لكل واحدة : أنت على كظهر أمي . ٧٩ ، ٨٠
- فإن لكل يمين كفارة ... ٧٩ ، ٨٠
- فصل : إذا ظاهر من امرأة ، ثم قال لأخرى : أشركتك معها ، ... ونوى المظاهرة من الثانية ، صار مظاهرا منها ... ٨٠
- ١٣١٥ - مسألة : (والكفارة عتق رقبة مؤمنة سالمة من العيوب المضرة بالعمل) ٨٠ - ٨٥
- في هذه المسألة ثلاث مسائل :
- الأولى : أن كفارة المظاهر القادر على الإعتاق ، عتق رقبة ، لا يجزئه غير ذلك ... ٨١

- المسألة الثانية : أنه لا يجزئه إلا عتق رقبة
مؤمنة في كفارة الظهار ، وسائر
الكفارات ... ٨٢ ، ٨١
- المسألة الثالثة : أنه لا يجزئه إلا رقبة سالمة من
العيوب المضرة بالعمل ضررا
بيننا ... ٨٢
- فصل : ولا يجزئ مـقطوع اليد ، أو
الرجل ، ... ٨٣ ، ٨٢
- فصل : ويجزئ الأعور ، في قولهم
جميعا ... ٨٥ - ٨٣
- فصل : ويجزئ عتق الجاني والمرهون ... ٨٥
- فصل : ولا يجزئ عتق المغصوب ... ٨٥
- ١٣١٦ - مسألة : (فمن لم يجد ، فصيام شهرين متتابعين) ٨٨ - ٨٥
- فصل : فإن كان موسراً حين وجوب
الكفارة ، إلا أن ماله غائب ، فإن
كان مرجو الحضور قريبا ، لم يجز
الانتقال إلى الصيام ... ٨٧
- فصل : وإن وجد ثمن الرقبة ، ولم يجد رقبة
يشترها ، فله الانتقال إلى
الصيام ... ٨٨ ، ٨٧
- ١٣١٧ - مسألة : (فإن أفطر فيهما من عذر بنى ، وإن
أفطر من غير عذر ابتداء) ٩١ - ٨٨

- فصل : وإن أفطر لسفر مبيح للفطر ،
 ٩٠ فكلام أحمد يهتمل الأمرين ...
- فصل : وإن أفطر في أثناء الشهرين لغير
 عذر ، ... لزمه استئناف
 ٩١ الشهرين .
- ١٣١٨ - مسألة : (وإن أصابها في ليالي الصوم ، أفسد ما
 مضى من صيامه ، وابتدأ
 ٩١ ، ٩٢ الشهرين)
- ١٣١٩ - مسألة : (فإن لم يستطع ، فإطعام ستين
 ٩٢ ، ٩٣ مسكينا)
- ١٣٢٠ - مسألة : (لكل مسكين مد من بر أو نصف
 ٩٤ - ٩٨ صاع من تمر أو شعير)
- فصل : وبقى الكلام في الإطعام في أمور
 ثلاثة ؛ كفيته ، وجنس
 ٩٧ ، ٩٨ الطعام ، ومستحقه ...
- فصل : ولا يجب التتابع في الإطعام ...
 ٩٨
- ١٣٢١ - مسألة : (ولو أعطى مسكينا مدين من كفارتين
 في يوم واحد ، أجزأ ، في إحدى
 ٩٨ - ١٠٣ الروايتين)
- فصل : والأفضل عند أبي عبد الله ،
 ٩٩ - ١٠١ إخراج الحب ...
- فصل : ولا تجزى القيمة في الكفارة ...
 ١٠١ - ١٠٣

- فصل : ويجوز دفع الكفارة إلى من ظاهره
 الفقر ...
 ١٠٣
- ١٣٢٢ - مسألة : (ومن ابتداء صوم الظهار من أول
 شعبان ، أفطر يوم الفطر ،
 وبني ...)
 ١٠٦ - ١٠٣
- فصل : ويجوز أن يتدىء صوم الشهرين
 من أول شهر ، ومن أثنائه ...
 ١٠٥ ، ١٠٤
- فصل : فإن نوى صيام شهر رمضان عن
 الكفارة ، لم يجزئه عن رمضان ،
 ولا عن الكفارة ، وانقطع
 التابع ...
 ١٠٦ ، ١٠٥
- ١٣٢٣ - مسألة : (وإذا كان المظاهر عبداً ، لم يكفر إلا
 بالصيام ، ...)
 ١١٠ - ١٠٦
- فصل : والاعتبار في الكفارة بحالة
 الوجوب ...
 ١٠٩ - ١٠٧
- فصل : إذا قلنا : الاعتبار بحالة
 الوجوب ، فوقته في الظهار زمن
 العود ، لا وقت المظاهرة ...
 ١١٠ ، ١٠٩
- فصل : وإذا كان المظاهر ذمياً ،
 فتكفيه بالعتق ، أو الإطعام ...
 ١١٠
- ١٣٢٤ - مسألة : (ومن وطئ قبل أن يأتي بالكفارة ، كان
 عاصياً ، وعليه الكفارة المذكورة)
 ١١١ ، ١١٠

- ١٣٢٥ - مسألة : (وإذا قالت المرأة لزوجها : أنت على كظهر أبي ، لم تكن مظهرة ، ولزمتها كفارة الظهار...) ١١١ - ١١٤
- فصل : وإذا قلنا وجوب الكفارة عليها ، فلا تجب الكفارة عليها حتى يطأها وهي مطاوعة ... ١١٤
- ١٣٢٦ - مسألة : (وإذا ظاهر من زوجته مرارًا ، فلم يكفر ، فكفارة واحدة) ١١٤ - ١١٩
- فصل : والنية شرط في صحة الكفارة ... ١١٥ - ١١٧
- فصل : وإذا كانت على رجل كفارتان ، فأعتق عنهما عبيدين ، لم يخل من أربعة أحوال ... ١١٧ ، ١١٨
- فصل : ولا يجوز تقديم كفارة الظهار قبله ... ١١٨ ، ١١٩
- ١٢٠ - ١٩٢ كتاب اللعان
- ١٣٢٧ - مسألة : (وإذا قذف الرجل زوجته البالغة الحرة المسلمة ، فقال لها : زني . أو يا زانية . أو رأيتك تزنين . ولم يأت بالبينة ... لزمه الحد ...) ١٢٢ - ١٣٨

- الكلام في هذه المسألة في فصول :
أحدها : في صفة الزوجين اللذين يصح
اللعان بهما ... ١٢٢ - ١٢٤
- فصل : ولا فرق بين كون الزوجة مدخولا
بها ، أو غير مدخول بها ، في أنه
يلاعنها ... ١٢٤
- فصل : فإن كان أحد الزوجين غير
مكلف ، فلا لعان بينهما ... ١٢٥ - ١٢٧
- فصل : فأما الأخرس والخرساء ...
فهما كالمجنونين فيما ذكرناه ... ١٢٧ ، ١٢٨
- فصل : فإن قذف الأخرس ولاعن ثم
تكلم ، فأنكر القذف
واللعان ، لم يقبل إنكاره
للقذف ... ١٢٨
- فصل : فإن قذفها وهو ناطق ، ثم
خرس ... فحكمه حكم
الأخرس الأصلي ... ١٢٨ ، ١٢٩
- فصل : وكل موضع لا لعان فيه ،
فالنسب لا حق فيه ... ١٢٩
- الفصل الثاني : أنه لا لعان بين غير
الزوجين ... ١٢٩ - ١٣٢
- فصل : وإذا نكح امرأة نكاحا فاسدا ،

- ثم قذفها ، وبينهما ولد يريد
نفيه ، فله أن يلاعن لنفيه ، ولا
حد عليه ... ١٣٢
- فصل : فلو أبان زوجته ، ثم قذفها بزنى
أضافه إلى حال الزوجية ، فهي
كالمسألة قبلها ... ١٣٣
- فصل : إذا اشترى زوجته الأمة ، ثم أقر
بوطئها ، ثم أتت بولد لسته
أشهر ، كان لاحقاً به ، ولم
ينتف عنه إلا بدعوى
الاستبراء ... ١٣٣
- فصل : إذا قذف مطلقته الرجعية ، فله
لعانها ، سواء كان بينهما ولد أو لم
يكن ... ١٣٣ ، ١٣٤
- فصل : وإن قذف زوجته ثم أبانها ، فله
لعانها ... ١٣٤
- فصل : فإن قالت : قذفنى قبل أن
يتزوجنى ، وقال : بل بعده ...
فالقول قوله ... ١٣٤ ، ١٣٥
- فصل : ولو قذف أجنبية ، ثم تزوجها ،
فعليه الحد ، ولا يلاعن ... ١٣٥
- فصل : ولو قال لامرأته : أنت طالق ثلاثاً
يا زانية ... يلاعن ... ١٣٥ ، ١٣٦

- الفصل الثالث : أن كل قذف للزوجة
يجب به اللعان ... ١٣٦
- الفصل الرابع : أنه إذا قذف زوجته
المحصنة ، وجب عليه الحد ... ١٣٦ ، ١٣٧
- ١٣٢٨ - مسألة : (ولا يُعْرَضُ له ، حتى تطالبه زوجته)
فصل : وإذا قذفها ثم مات قبل لعانها ،
أو قبل إتمام لعانه ، سقط
اللعان ... ١٣٩ ، ١٤٠
- فصل : وإذا مات المقذوف قبل المطالبة
بالحد ، سقط ، ولم يكن لورثته
الطلب به ... ١٤٠ ، ١٤١
- فصل : وإذا قذف امرأته ، وله بينة ،
تشهد بزناها ... فهو مخير بين
لعانها وإقامة البينة ... ١٤١
- فصل : وإن قذفها ، فطالبت بالحد ،
فأقام شاهدين على إقرارها
بالزنى ، سقط عنه الحد ... ١٤١ ، ١٤٢
- فصل : فإن شهد شاهدان أنه قذف
فلانة وقذفنا ، لم تقبل
شهادتهما ... ١٤٢ ، ١٤٣
- فصل : ولو شهد شاهد أنه أقر بالعربية
أنه قذفها ، وشهد آخر أنه أقر

- بذلك بالعجمية ، تمت
 الشهادة ... ١٤٣ ، ١٤٤
- ١٣٢٩ - مسألة : (فمتى تلاعنا وفرق الحاكم بينهما ، لم
 يجتمعا أبدا)
 ١٤٤ - ١٥٠
 في هذه المسألة مسألتان :
 إحداهما : أن الفرقة بين المتلاعنين لا
 تحصل إلا بتلاعنها جميعا ... ١٤٤ - ١٤٧
 فصل : وفرقة اللعان فسخ . ١٤٧
 فصل : وذكر بعض أهل العلم ، أن
 الفرقة إنما حصلت باللعان . ١٤٨ ، ١٤٩
 المسألة الثانية : أنها تحرم عليه باللعان
 تحريما مؤبدا ... ١٤٩
 فصل : فإن كانت أمة ، فاشتراها
 ملاعنها ، لم تحل له ... ١٤٩ ، ١٥٠
- ١٣٣٠ - مسألة : (فإن أكذب نفسه ، فلها عليه الحد)
 ١٥٠ - ١٥٢
 فصل : ويلحقه نسب الولد ... ١٥٠ ، ١٥١
 فصل : فإن لم يكذب نفسه ، ولكن لم
 يكن له بيعة ، ولا لاعن ، أقيم
 عليه الحد ... ١٥١ ، ١٥٢
- ١٣٣١ - مسألة : (وإن قذفها ، وانتفى من ولدها ، وتم
 اللعان بينهما بتفريق الحاكم ، نفى
 عنه ، إذا ذكره في اللعان)
 ١٥٢ - ١٥٦

- فصل : وإن ولدت امرأته توأمين ، وهو
أن يكون بينهما دون ستة أشهر ،
فاستلحق أحدهما ، ونفى
الآخر ، لحقا به ...
١٥٤ - ١٥٦
- فصل : وإن مات أحد التوأمين ، أو ماتا
معا ، فله أن يلاعن لنفى
نسبهما ...
١٥٦
- ١٣٣٢ - مسألة : (وإن أكذب نفسه بعد ذلك ، لحقه
الولد)
١٥٦ - ١٦٠
- فصل : والقذف على ثلاثة أضرب ...
١٥٦ - ١٦٠
- فصل : فإن أكرهت زوجته على الزنا في
طهر لم يصحبها فيه ، فأنت بولد
يمكن أن يكون من الواطئ ،
فهو منه ، وليس للزوج قذفها
بالزنى ...
١٦٠
- ١٣٣٣ - مسألة : (وإن نفى الحمل في التعان ، لم ينتف
عنه حتى ينفيه عند وضعها له ،
ويلاعن)
١٦٠ - ١٦٥
- فصل : وإن استلحق الحمل ، فمن
قال : لا يصح نفية ، قال : لا
يصح استلحاقه ...
١٦٢
- فصل : وإذا ولدت امرأته ولدا ،
فسكت عن نفية ، مع إمكانه ،
لزمه نسبه ...
١٦٢ - ١٦٤

- فصل : فإن هُنَّ به ، فأَمَّن على
الدعاء ، لزمه ، في قولهم
جميعا ...
١٦٤ ، ١٦٥
- ١٣٣٤ - مسألة : (ولو جاءت امرأته بولد ، فقال : لم
تزن ، ولكن ليس هذا الولد مني .
فهو ولده في الحكم ، ولا حد عليه
لها)
١٦٥ - ١٧٣
- فصل : ومن ولدت امرأته ولدا لا يمكن
كونه في النكاح ، لم يلحقه
نسبه ...
١٦٧ - ١٦٩
- فصل : وإن طلق امرأته وهي حامل ،
فوضعت ولدا ، ثم ولدت آخر
قبل مضي ستة أشهر ، فهو من
الزوج ...
١٦٩ - ١٧١
- فصل : فإن غاب عن زوجته سنين ،
فبلغتها وفاته ، ... ففسخ نكاح
الثاني ، وردت إلى الأول ...
١٧١
- فصل : وإن وطئ رجل امرأة لا زوج لها
بشبهة ، فأنت بولد ، لحقه
نسبه ...
١٧١ - ١٧٣
- فصل : وإن أتت امرأته بولد ، فادعى أنه
من زوج قبله ، نظرنا ...
١٧٣

- ١٣٣٥ - مسألة : (.. اللعان الذي يرأبه من
الحد ...)
١٧٤ - ١٨٠
في هذه المسألة مسألتان :
إحداهما : أن اللعان لا يصح إلا بمحضر
من الحاكم، أو من يقوم مقامه ... ١٧٤
فصل : ويستحب أن يكون اللعان
بمحضر جماعة من المسلمين ... ١٧٤ ، ١٧٥
فصل : قال القاضي : ولا يستحب
التغليظ في اللعان بمكان ولا
زمان ... ١٧٥ ، ١٧٦
المسألة الثانية : في ألفاظ اللعان
وصفته ... ١٧٦ - ١٧٩
فصل : ويشترط في صحة اللعان شروط
سته ... ١٧٩ ، ١٨٠
فصل : وإن كان الزوجان يعرفان
العريضة ، لم يجوز أن يلتعنا
بغيرها ... ١٨٠
١٣٣٦ - مسألة : (وإن كان بينهم في اللعان ولد ، ذكر
الولد ...)
١٨٠ - ١٨٨
فصل : وإذا قذف امرأته بالزنى برجل
بعينه ، فقد قذفهما ، وإذا لاعنها
سقط الحد عنه لهما ... ١٨١ ، ١٨٢

الصفحة

- فصل : ولو قذف امرأته وأجنبيّة
بكلمتين ، فعليه حدان لهما... ١٨٣ ، ١٨٢
- فصل : ولو قال لزوجته : يا زانية يا بنت
الزانية . فقد قذفها ، وقذف أمها
بكلمتين ... ١٨٤ ، ١٨٣
- فصل : وإن قذف محصنات ، فحد
واحد ... ١٨٨ - ١٨٤
- ١٣٣٧ - مسألة : (فإن التعن هو ، ولم تلتن هي ، فلا
حد عليها ، والزوجية بحالها) ١٩٠ - ١٨٨
- ١٣٣٨ - مسألة : (وكذلك إن أقرت دون الأربع مرات) ١٩٢ - ١٩٠
فصل : ولو قال لامرأته : يا زانية .
فقال : بك زنيته . فلا حد
عليها ، ولا عليه ... ١٩٢ ، ١٩١

٣٠٨ - ١٩٣

كتاب العدد

- فصل : وتجب العدة على الذمية من
الذمي والمسلم ... ١٩٤
- فصل : والمعتدات ثلاثة أقسام ... ١٩٥ ، ١٩٤
- فصل : وكل فرقة بين زوجين فعدتها عدة
الطلاق ... ١٩٦ ، ١٩٥
- فصل : والموطوءة بشبهة تعتد عدة

الصفحة

- المطلقة ، وكذلك الموطوءة في
نكاح فاسد ... ١٩٦
- فصل : والمزني بها ، كالموطوءة بشبهة في
العدة ... ١٩٧ ، ١٩٧
- ١٣٣٩ - مسألة : (وإذا طلق الرجل زوجته وقد خلا
بها ، فعديتها ثلاث حيض غير
الحيضة التي طلقها فيها) ١٩٧ - ٢٠٤
- في هذه المسألة ثلاثة فصول :
أحدها : أن العدة تجب على كل من خلا
بها زوجها ، وإن لم يلمسها ١٩٧ ، ١٩٨
- فصل : وظاهر كلام الحرقى ، أنه لا فرق
بين أن يخلو بها مع المانع من
الوطء ، أو عدمه ... ١٩٨ ، ١٩٩
- الفصل الثاني : أن عدة المطلقة ، إذا
كانت حرة وهى من ذوات
القروء ، ثلاثة قروء ... ١٩٩ - ٢٠٣
- الفصل الثالث : أن الحيضة التي تطلق
فيها ، لا تحسب من عدتها ... ٢٠٣ ، ٢٠٤
- ١٣٤٠ - مسألة : (فإذا اغتسلت من الحيضة الثالثة ،
أييحت للأزواج) ٢٠٤ - ٢٠٦
- فصل : وإن قلنا : القروء الأطهار .
فطلقها وهى طاهر ، انقضت

- عدتها برؤية الدم من الحيضة
الثالثة ...
٢٠٦، ٢٠٥
- ١٣٤١ - مسألة : (وإن كانت أمة : فإذا اغتسلت من
الحيضة الثانية)
٢٠٧، ٢٠٦
- ١٣٤٢ - مسألة : (وإن كانت من الآيسات ، أو ممن لم
يحصن ، فعدتها ثلاثة أشهر)
٢٠٨، ٢٠٧
- فصل : وتحسب العدة من الساعة التي
فارقها زوجها فيها ...
٢٠٨
- ١٣٤٣ - مسألة : (والأمة شهران)
٢١٢ - ٢٠٨
- فصل : واختلف عن أحمد في السن
الذى تصير به المرأة من
الآيسات ...
٢١١، ٢١٠
- فصل : وأقل سن تحيض فيه المرأة تسع
سنين ...
٢١١
- فصل : فإن بلغت سنا تحيض فيه النساء
في الغالب ، فلم تحض ...
٢١٢
- ١٣٤٤ - مسألة : (وإذا طلقها طلاقاً يملك فيه الرجعة ،
وهي أمة ، فلم تنقض عدتها حتى
أعتقت ، بنت على عدة حرة ...)
٢١٢ - ٢١٤
- فصل : إذا عتقت الأمة تحت العبد ،
فاختارت نفسها ، اعتدت عدة
الحرّة ...
٢١٤

- ١٣٤٥ - مسألة : (وإذا طلقها وهي ممن حاضت ،
 ٢١٥ ، ٢١٤) فارتفع حيضها... اعتدت سنة)
 فصل : فإن عاد الحيض في السنة ...
 ٢١٥ لزمها الانتقال إلى القروء ...
- ١٣٤٦ - مسألة : (وإن كانت أمة ، اعتدت بأحد عشر
 شهرا ، تسعة أشهر للحمل ،
 ٢١٥ ، ٢١٦) وشهران للعدة)
- ١٣٤٧ - مسألة : (وإن عرفت ما رفع الحيض ، كانت في
 عدة حتى يعود الحيض ، فتعتد
 ٢١٦ ، ٢١٧) به ...)
- ١٣٤٨ - مسألة : (وإن حاضت حيضة أو حيزتين ، ثم
 ارتفع حيضها ... لم تنقض عدتها
 إلا بعد سنة من وقت انقطاع
 ٢١٧ - ٢٢٠) الحيض)
- فصل : فإن كانت عادة المرأة أن يتباعد ما
 بين حيزتيتها ، لم تنقض عدتها
 ٢١٨ ، ٢١٩) حتى تحيض ثلاث حيز ...)
- فصل : في عدة المستحاضة ؛ لا تخلو إما
 أن يكون لها حيض محكوم به
 بعادة أو تمييز ، أو لا تكون
 ٢١٩ ، ٢٢٠) كذلك ...)
- ١٣٤٩ - مسألة : (ولو طلقها وهي من اللاتي لم يحضن ،

- فلم تنقض عدتها بالشهور حتى
حاضت ، استقبلت العدة بثلاث
حيض إن كانت حرة ...)
٢٢٠ - ٢٢٣
- فصل : ولو حاضت حيضة أو حيضتين ،
ثم صارت من الآيسات ،
استأنفت العدة بثلاثة أشهر ...
٢٢٠ ، ٢٢١
- فصل : وإذا ارتابت المعتدة ...
وشكت هل هو حمل أم لا ..
فلا يخلو من ثلاثة أحوال ...
٢٢١
- فصل : وإذا طلق واحدة من نسائه لا
يعينها ، أخرجت بالقرعة ...
٢٢٢ ، ٢٢٣
- ١٣٥٠ - مسألة : (ولو مات عنها ، وهو حر أو عبد ،
قبل الدخول أو بعده ، انقضت
عدتها تمام أربعة أشهر وعشر ...)
٢٢٣ - ٢٢٧
- فصل : والعشر المعتبرة في العدة هي
عشر ليال بأيامها ...
٢٢٤ ، ٢٢٥
- فصل : وإذا مات زوج الرجعية ،
استأنفت عدة الوفاة ، أربعة
أشهر وعشرا ...
٢٢٥ - ٢٢٧
- ١٣٥١ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، وهي
حامل منه ، لم تنقض عدتها إلا
بوضع الحمل ، أمة كانت أو حرة)
٢٢٧ - ٢٢٩

- فصل : وإذا كان الحمل واحداً ،
انقضت العدة بوضعه ... ٢٢٩
- ١٣٥٢ - مسألة : (والحمل الذي تنقضى به العدة ، ما
يتبين فيه شيء من خلق
الإنسان ...)
٢٢٩ - ٢٣٢
- فصل : وأقل مدة الحمل ستة أشهر ...
٢٣١ ، ٢٣٢
- ١٣٥٣ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم
تنكح حتى أتت بولد بعد طلاقه أو
موته بأربع سنين ، لحقه الولد ،
وانقضت عدتها به)
٢٣٢ - ٢٣٦
- فصل : وإن أتت بالولد بعد أربع سنين
منذ مات ... لم يلحقه
ولدها ...
٢٣٤
- فصل : وإن أقرت المرأة بانقضاء عدتها
بالقروء ، ثم أتت بولد لستة أشهر
فصاعداً من بعد انقضائها ، لم
يلحق نسبه بالزوج ...
٢٣٥
- فصل : وإذا مات الصغير الذي لا يولد
لمثله عن زوجته ، فأنت بولد ، لم
يلحقه نسبه ...
٢٣٥ ، ٢٣٦
- ١٣٥٤ - مسألة : (ولو طلقها ، أو مات عنها ، فلم
تنقض عدتها حتى تزوجت من

- أصابها ، فُرق بينهما ، وبنّت على
ما مضى من عدة الأول ، ثم
٢٣٦ - ٢٣٩ (استقبلت العدة من الثاني)
- ١٣٥٥ - مسألة : (وله أن ينكحها بعد انقضاء
٢٣٩ ، ٢٤٠ العدين)
فصل : وكل معتدة من غير النكاح
الصحيح... ، فقياس المذهب
تحريم نكاحها على الواطئ
٢٤٠ وغيره ...
- ١٣٥٦ - مسألة : (وإن أتت بولد يمكن أن يكون منهما ،
أرى القافة ، وألحق بمن أحقوه
٢٤١ - ٢٦٢ (... ، منهما)
فصل : وإذا تزوج معتدة ، وهما عالمان
بالعدة ، وتحريم النكاح فيها ،
٢٤٢ ووطئها ، فهما زانيان ...
- فصل : وإذا خالغ الرجل زوجته ، أو
فسخ نكاحه ، فله أن يتزوجها
٢٤٢ - ٢٤٤ في عدتها ...
- فصل : وإن طلقها طلاقا رجعيا ، ثم
ارتجمها في عدتها ووطئها ، ثم
طلقها ، انقطعت العدة الأولى
٢٤٤ ، ٢٤٥ برجعته ...

- فصل : فإن طلقها طلاقاً رجعيًا ،
فنكحت في عدتها من وطئها ،
فقد ذكرنا أنها تبني على عدة
الأول ، ثم تستأنف عدة للثاني ... ٢٤٥ ، ٢٤٦
- فصل : إذا تزوج رجل امرأة لها ولد من
غيره ، فمات ولدها ، فإن أحمد
قال : يعتزل امرأته حتى تحيض
حيضة ... ٢٤٦
- فصل : في أحكام المفقود ... ٢٤٧ - ٢٥١
- فصل : وهل يعتبر أن يطلقها وليُّ
زوجها ، ثم تعتد بعد ذلك بثلاثة
قروء ؟ فيه روايتان ... ٢٥١
- فصل : وهل يعتبر ابتداء المدة من حين
الغيبه أو من حين ضرب الحاكم
المدة ؟ على روايتين ... ٢٥١ ، ٢٥٢
- فصل : فإن قدم زوجها الأول قبل أن
تتزوج ، فهي امرأته ... ٢٥٢ ، ٢٥٣
- فصل : ومتى اختار الأول تركها ، فإنه
يرجع على الثاني بصداقها ... ٢٥٣ - ٢٥٥
- فصل : وإن اختارت امرأة المفقود المقام
والصبر حتى يتبين أمره ، فلها

الصفحة

- ٢٥٥ - ٢٥٧ النفقة ما دام حيا ...
فصل : في ميراثها من الزوجين ،
٢٥٧ ، ٢٥٨ وتوريثهما منهما ...
فصل : وإذا تزوجت امرأة المفقود ، في
وقت ليس لها أن تتزوج فيه ...
٢٥٨ ، ٢٥٩ فنكاحها باطل ...
فصل : ويقسم مال المفقود في الوقت
الذي تؤمر زوجته بعده الوفاة
٢٥٩ فيه ...
فصل : وإن تصرف الزوج المفقود في
٢٥٩ زوجته ... صح تصرفه ...
فصل : وإذا فقدت الأمة زوجها ،
تربّصت أربع سنين ، ثم
اعتدت للوفاة شهرين وخمسة
٢٥٩ ، ٢٦٠ أيام ...
فصل : فإن غاب رجل عن زوجته ،
فشهد ثقات بوفاته ، فاعتدت
زوجه للوفاة ، أبيض لها أن
٢٦٠ ، ٢٦١ تتزوج ...
نصل : وإذا نكح رجل امرأة نكاحا
متفقا على بطلانه ... فلا حكم
٢٦١ ، ٢٦٢ لعقده ...

- ٢٦٢ فصل : في عدة المعتق بعضها ...
- ١٣٥٧ - مسألة : (وأم الولد إذا مات سيدها ، فلا تنكح حتى تحيض حيضة كاملة) ٢٦٢ - ٢٦٥
- فصل : ولا يكفى في الاستبراء طهر واحد ، ولا بعض حيضة ... ٢٦٤ ، ٢٦٥
- ١٣٥٨ - مسألة : (وإن كانت آيسا ، فبثلاثة أشهر) ٢٦٥ ، ٢٦٦
- ١٣٥٩ - مسألة : (وإن ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه ، اعتدت بتسعة أشهر ، وشهر مكان الحيضة) ٢٦٧
- فصل : وإن علمت ما رفع الحيض ، لم تنزل في الاستبراء حتى يعود الحيض ... ٢٦٧
- ١٣٦٠ - مسألة : (وإن كانت حاملا ، فحتى تضع) ٢٦٧ - ٢٧٠
- فصل : وإذا زوج أم ولده ، ثم مات ، عتقت ، ولم يلزمها استبراء . ٢٦٨
- فصل : فإن مات زوجها وسيدها ، ولم تعلم أيهما مات أولا ، فعلى قول أبى بكر ، ليس عليها استبراء ... ٢٦٨ - ٢٧٠
- ١٣٦١ - مسألة : (وإن أعتق أم ولده ، أو أمة كان يصيبها ، لم تنكح حتى تحيض حيضة كاملة ...) ٢٧٠ - ٢٧٤

- فصل : فإن لم تكن من ذوات القروء ،
فاستبرأوها بما ذكرنا في أم
الولد ... ٢٧١
- فصل : وإن مات عن أمة كان يصيبها ،
فاستبرأوها بما ذكرنا في أم
الولد ... ٢٧١
- فصل : وإن أعتق أم ولده ، أو أمته التي
كان يصيبها ، ... ، فله أن
يتزوجها في الحال ... ٢٧٢ ، ٢٧١
- فصل : وإن اشترى أمة ، فأعتقها قبل
استبرائها ، لم يجز أن يتزوجها
حتى يستبرئها ... ٢٧٣ ، ٢٧٢
- فصل : وإذا كانت له أمة يطؤها ،
فاستبرأها ، ثم أعتقها ، لم
يلزمها استبراء ... ٢٧٤
- فصل : وإذا كانت الأمة بين شريكين ،
فوطئها ، لزمها استبراءان ... ٢٧٤
- ١٣٦٢ - مسألة : (ومن ملك أمة ، لم يصيبها ، ولم يُقبلها
حتى يستبرئها بعد تمام ملكه لها
بحيضة ...) ٢٧٤ - ٢٨٤
- فصل : ومن ملك مجوسية ، أو وثنية ،
فأسلمت قبل استبرائها لم تحل له
حتى يستبرئها ... ٢٧٨ ، ٢٧٩

- فصل : وإذا تزوج الرجل أمته ، فطلقها
الزوج ، لم يلزم السيد
استبرأؤها ... ٢٧٩
- فصل : وإن اشترى أمة مزوجة ،
فطلقها الزوج قبل الدخول ، لم
تبح بغير استبراء ... ٢٧٩ ، ٢٨٠
- فصل : وإن كانت الأمة لرجلين ،
فوطئها ، ثم باعها لرجل ،
أجزأ استبراء واحد ... ٢٨٠
- فصل : وإذا اشترى الرجل زوجته
الأمة ، لم يلزمه استبرأؤها ... ٢٨٠
- فصل : وإن وطئ الجارية التي يلزمه
استبرأؤها قبل استبرائها ،
أثم ... ٢٨١
- فصل : ومن أراد بيع أمته ، فإن كان لا
يطؤها ، لم يلزمه استبرأؤها ... ٢٨١ - ٢٨٣
- فصل : وإذا اشترى جارية ، فظهر بها
حمل ، لم يخل من أحوال
خمسة ... ٢٨٣
- ١٣٦٣ - مسألة : (وتجتنب الزوجة المتوفى عنها زوجها
الطيب ، والزينة ...)
فصل : ولا إحداث على غير الزوجات ،
٢٨٤ - ٢٩٠

الصفحة

- كأم الولد إذا مات سيدها ... ٢٨٤ ، ٢٨٥
فصل : وتجنب الحادة ما يدعو إلى
جماعها ، ويُرغَّب في النظر
إليها ... وذلك أربعة أشياء ... ٢٨٥ - ٢٨٩
فصل : والثالث مما تجتنبه الحادة
التقاب ، وما في معناه ، ... ٢٩٠
فصل : والرابع المبيت في غير منزلها ، ... ٢٩٠ ، ٢٩١
فصل : فإن خافت هدماً أو غرقاً ...
فلها أن تنتقل ... ٢٩١ ، ٢٩٢
فصل : قال أصحابنا : ولا سكنى
للمتوفى عنها ، إذا كانت
حائلاً ... ٢٩٢ - ٢٩٥
فصل : فأما إذا قلنا : ليس لها
السكنى ، فتطوع الورثة
بإسكانها في مسكن زوجها ،
أو ... فلها أن تنتقل عنه إلى
غيره . ٢٩٥ ، ٢٩٦
فصل : وإذا قلنا : إنها تضرب مع
الغرماء بقدر مدة عدتها ، فإنها
تضرب بمدة عدتها في وضع
الحمل ، إن كانت حاملاً ... ٢٩٦ ، ٢٩٧
فصل : وللمعتدة الخروج في حوائجها
نهاراً ... ٢٩٧ ، ٢٩٨

- فصل : والأمة كالحرة في الإحداد
 ٢٩٨ والاعتداد بالمنزل ...
- فصل : والبدوية كالحضرية في الاعتداد
 ٢٩٨ في منزلها الذى مات زوجها وهى
 ساكنة فيه ...
- فصل : فإن مات صاحب السفينة
 وامرأته في السفينة ، ولها مسكن
 في البر ، فحكمها حكم
 ٢٩٩ ، ٢٩٨ المسافرة في البر ...
- ١٣٦٤ - مسألة : (والمطلقة ثلاثا ، تتوقى الطيب ،
 ٣٠٣ - ٢٩٩ والزينة والكحل بالإثم)
- فصل : وإذا كانت المتوتة حاملا ،
 ٣٠٢ - ٣٠٠ وجب لها السكنى ...
- فصل : قال أصحابنا : ولا يتعين
 الموضع الذى تسكنه في
 ٣٠٣ ، ٣٠٢ الطلاق ...
- ١٣٦٥ - مسألة : (وإذا خرجت إلى الحج ، فتوفى عنها
 زوجها ، وهى بالقرب ، رجعت
 ٣٠٧ - ٣٠٢ لتقضى العدة ...)
- فصل : ولو كانت عليها حجة الإسلام ،
 فمات زوجها ، لزمها العدة في
 ٣٠٥ منزلها وإن فاتها الحج ...

- فصل : وإذا أذن لها زوجها للسفر لغير
النقطة ، فخرجت ، ثم مات
زوجها ، فالحكم في ذلك
كالحكم في سفر الحج ... ٣٠٥ ، ٣٠٦
- فصل : وإن أذن الزوج لها في الانتقال
إلى دار أخرى ، أو بلد آخر ،
فمات قبل انتقالها ، لزمها
الاعتداد في الدار التي هي
بها ... ٣٠٦ ، ٣٠٧
- ١٣٦٦ - مسألة : (وإذا طلقها زوجها ، أو مات عنها
وهو ناءٍ عنها ، فعدتها من يوم مات
أو طلق ...) ٣٠٧ ، ٣٠٨
- ٣٠٩ - ٣٤٦ كتاب الرضاع
- ١٣٦٧ - مسألة : (والرضاع الذي لا يشك في تحريمه ،
أن يكون خمس رضعات فصاعدا) ٣٠٩ - ٣١٣
في هذه المسألة مسألتان :
إحدهما : أن الذي يتعلق به التحريم
خمس رضعات فصاعدا ... ٣١٠ - ٣١٢
- فصل : وإذا وقع الشك في وجود
الرضاع ... لم يثبت التحريم . ٣١٢

- المسألة الثانية : أن تكون الرضعات متفرقات ...
 ٣١٣ ، ٣١٢
- ١٣٦٨ - مسألة : (والسعوط كالرضاع ، وكذلك الوجور)
 ٣١٥ - ٣١٣
- فصل : وإنما يحرم من ذلك مثل الذي يحرم بالرضاع ، وهو خمس في الرواية المشهورة ...
 ٣١٤ ، ٣١٣
- فصل : وإن عمل اللبن جبنًا ثم أطعمه الصبي ، ثبت به التحريم ...
 ٣١٥ ، ٣١٤
- فصل : فأما الحقنة ، فقال أبو الخطاب : المنصوص عن أحمد ، أنها لا تحرم ...
 ٣١٥
- ١٣٦٩ - مسألة : (واللبن المشوب كالخض)
 ٣١٦ ، ٣١٥
- فصل : وإن حلب من نسوة ، وسقيته الصبي ، فهو كما لو ارتضع من كل واحدة منهن ...
 ٣١٦
- ١٣٧٠ - مسألة : (ويحرم لبن الميتة ، كما يحرم لبن الحية ، لأن اللبن لا يموت)
 ٣١٧ ، ٣١٦
- فصل : ولو حلبت المرأة لبنها في إثناء ، ثم ماتت ، فشربه صبي ، نشر الحرمة ...
 ٣١٧
- ١٣٧١ - مسألة : (وإذا حلبت ممن يلحق نسب ولدها

- به ، فتأب لها لبن ، فأرضعت به
طفلا خمس رضعات متفرقات ، في
حولين ، حُرِّمت عليه ...)
٣٢٥ - ٣١٧
- فصل : وإذا وطئ رجلان امرأة ، فأنت
بولد ، فأرضعت بلبنه طفلا ،
صار ابنا لمن ثبت نسب المولود
منه ...
٣٢٣ ، ٣٢٢
- فصل : ولا تنتشر الحرمة بغير لبن الأدمية
بحال ...
٣٢٤ ، ٣٢٣
- فصل : وإن تأب لامرأة لبن من غير
وطء ، فأرضعت به طفلا ،
نشر الحرمة ...
٣٢٤
- فصل : إذا كان لرجل خمس أمهات
أولاد ، له منهن لبن ، فارتضع
طفل من كل واحدة منهن
رضعة ، لم يصرن أمهات له ،
وصار المولى أبا له ...
٣٢٥ ، ٣٢٤
- فصل : إذا كان لامرأة لبن من زوج ،
فأرضعت به طفلا ثلاث
رضعات ، وانقطع لبنها ،
فتزوجت آخر ، فصار لها منه
لبن ، فأرضعت منه الصبي

رضعتين ، صارت أماله ... ٣٢٥

١٣٧٢ - مسألة : (ولو طلق زوجته ثلاثا ، وهي ترضع

من لبن ولده ، فتزوجت بصبي

مرضع ، فأرضعته ، فحرمت

عليه ، ثم تزوجت بآخر ، ودخل بها

ووطئها ، ثم طلقها ، أو مات عنها ،

لم يجز أن يتزوجها الأول ...) ٣٢٥ - ٣٢٧

فصل : وإذا طلق الرجل زوجته ، وهامنه

لبن ، فتزوجت آخر ، لم يخل من

خمسة أحوال ... ٣٢٦ ، ٣٢٧

١٣٧٣ - مسألة : (ولو تزوج كبيرة وصغيرة ، فلم

يدخل بالكبيرة حتى أرضعت

الصغيرة في الحولين ، حرمت عليه

الكبيرة ، وثبت نكاح

الصغيرة ...) ٣٢٧ - ٣٣٧

في هذه المسألة فصول أربعة :

الأول : أنه متى تزوج كبيرة وصغيرة ،

فأرضعت الكبيرة الصغيرة قبل

دخوله بها ، فسد نكاح الكبيرة

في الحال ، وحرمت عليه على

التأييد ... ٣٢٨

الفصل الثاني : أنه إن كان دخل

الصفحة

- بالكبيرة ، حرمتا جميعا على
الأبد ، وانفسخ نكاحهما ... ٣٢٨ ، ٣٢٩
- الفصل الثالث : أن عليه نصف مهر
الصغيرة . ٣٢٩
- الفصل الرابع : أنه يرجع على الكبيرة بما
لزمه من صداق الصغيرة . ٣٢٩
- فصل : والواجب نصف المسمى ، لا
نصف مهر المثل . ٣٣٠
- فصل : وكل امرأة تحرم ابنتها إذا أرضعت
زوجته الصغيرة ، أفسدت
نكاحه ، وحرمتا عليه ، ولزمها
نصف الصداق ... ٣٣٠ ، ٣٣١
- فصل : وإن تزوج كبيرة ، ثم طلقها ،
فأرضعت صغيرة بلبنسه ،
صارت بنتا له ... ٣٣١ ، ٣٣٢
- فصل : وإن أرضعت بنت الكبيرة
الصغيرة ، فالحكم في التحريم
والفسخ حكم ما لو أرضعتها
الكبيرة .
- فصل : ومن أفسد نكاح المرأة بالرضاع
قبل الدخول ، غرم نصف
صداقها . ٣٣٢ - ٣٣٤

الصفحة

- فصل : وإن أفسد النكاح جماعة ،
تقسط المهر عليهم . ٣٣٤ - ٣٣٦
- فصل : إذا كانت له زوجة أمة ،
فأرضعت امرأته الصغيرة ،
فحرمتها عليه ، وفسخت
نكاحها ، كان ما لزمه من
صداق الصغيرة له في رقبة
الأمة . ٣٣٦ ، ٣٣٧
- ١٣٧٤ - مسألة : (ولو تزوج بكبيرة وصغيرتين ،
فأرضعت الكبيرة الصغيرتين ،
حرمت عليه الكبيرة ، وانفسخ
نكاح الصغيرتين ...) ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : فإن أرضعت الصغيرتين
أجنبية ، انفسخ نكاحهما
أيضا ... ٣٣٧ ، ٣٣٨
- فصل : وإن أرضعتها بنت الكبيرة ،
فالحكم في النكاح كما لو
أرضعتن الكبيرة نفسها . ٣٣٨
- ١٣٧٥ - مسألة : (وإن كن الأصاغر ثلاثا ، فأرضعتن
منفردات ، حرمت الكبيرة ،
وانفسخ نكاح المرتضعتين أولا ،
وثبت نكاح آخرهن رضاعا ...) ٣٣٨ - ٣٤٠

- فصل : فإن أرضعتن بنت الكبيرة ،
فهو كما لو أرضعتن أمها ... ٣٣٩
- ١٣٧٦ - مسألة : (وإذا شهدت امرأة واحدة على
الرضاع ، حرم النكاح إذا كانت
مرضية ...)
٣٤٠ - ٣٤٢
- فصل : ويقبل فيه شهادة المرضعة على
فعل نفسها ... ٣٤١ ، ٣٤٢
- فصل : ولا تقبل الشهادة على الرضاع إلا
مفسرة ... ٣٤٢
- ١٣٧٧ - مسألة : (وإذا تزوج امرأة ، ثم قال قبل
الدخول : هي أختي من الرضاعة.
انفسخ النكاح ...)
٣٤٣ ، ٣٤٤
- فصل : وإن قال : هي عمتي ،
أو ... ، وأمكن صدقه ،
فالحكم فيه كما لو قال : هي
أختي ... ٣٤٤
- فصل : إذا ادعى أن زوجته أخته من
الرضاع ، فأنكرته ، فشهدت
بذلك أمه أو ابنته ، لم تقبل
شهادتهما ... ٣٤٤
- ١٣٧٨ - مسألة : (وإن كانت المرأة هي التي قالت : هو
أخي من الرضاعة . فأكذبها ، ولم

- تأت بالينة على ما وصفت ، فهي
زوجته في الحكم)
٣٤٤ - ٣٤٦
- فصل : وإن ادعى أحد الزوجين على
الآخر ، أنه أقر أنه أخو صاحبه
من الرضاة ، فأنكر ، لم يقبل
في ذلك شهادة النساء
المنفردات ...
٣٤٦
- فصل : كره أبو عبد الله الارتضاع بلبين
الفجور والمشركات ...
٣٤٦

٣٤٧ - ٤٤٢ كتاب النفقات

- ١٣٧٩ - مسألة : (وعلى الزوج نفقة زوجته ، ما لا غنى
بها عنه وكسوتها)
٣٤٨ - ٣٥٧
- فصل : والنفقة مقدرة بالكفاية ،
وتختلف باختلاف من تجب له
النفقة في مقدراتها ...
٣٤٩ ، ٣٥٠
- فصل : ولا يجب فيها الحب ...
٣٥٠ - ٣٥٢
- فصل : ويُرجع في تقدير الواجب إلى
اجتهاد الحاكم ، أو نائبه .
٣٥٢ ، ٣٥٣
- فصل : وحكم المكاتب والعبد حكم
المعسر .
٣٥٣

الصفحة

- فصل : ويجب للمرأة ما تحتاج إليه . ٣٥٢ ، ٣٥٤
- فصل : وتجب عليه كسوتها . ٣٥٤
- فصل : وعليه لها ما تحتاج إليه للنوم . ٣٥٥
- فصل : ويجب لها مسكن . ٣٥٥
- فصل : فإن كانت المرأة ممن لا تخدم نفسها .. وجب لها خادم ... ٣٥٦ ، ٣٥٥
- فصل : وعلى الزوج نفقة الخادم . ٣٥٧
- ١٣٨٠ - مسألة : (فإن منعها ما يجب لها ، أو بعضه ، وقدرت له على مال ، أخذت منه مقدار حاجتها بالمعروف ...) ٣٥٧ - ٣٦٠
- فصل : ويجب عليه دفع نفقتها إليها في صدر نهار كل يوم إذا طلعت الشمس ... ٣٥٨ ، ٣٥٩
- فصل : وإذا دفع إليها نفقتها ، فلها أن تتصرف فيها بما أحببت ... ٣٥٩
- فصل : وعليه دفع الكسوة إليها في كل عام مرة ... ٣٥٩ ، ٣٦٠
- فصل : وإذا دفع إليها كسوتها ، وأزادت بيعها .. وكان ذلك يضر بها ... لم تملك ذلك . ٣٦٠
- فصل : والذميمة كالمسلمة في النفقة والمسكن والكسوة . ٣٦٠

- ١٣٨١ - مسألة : (فإذا منعها ، ولم تجد ما تأخذه ،
فاختارت فراقه ، فرق الحاكم
بينهما)
٣٦٠ - ٣٧٢
- فصل : وإن لم يجد النفقة إلا يوماً بيوم ،
فليس ذلك إعساراً يثبت به
الفسخ .
٣٦٢ - ٣٦٤
- فصل : وإن غيَّب ماله ، وصبر على
الحبس ... فلها الخيار في
الفسخ .
٣٦٤ ، ٣٦٥
- فصل : ومن وجبت عليه نفقة امرأته ،
وكان له عليها دين ، فأراد أن
يحتسب عليها بدينه ...
٣٦٥
- فصل : وكل موضع ثبت لها الفسخ
لأجل النفقة ، لم يجز إلا بحكم
الحاكم .
٣٦٥
- فصل : وإن رضيت بالمقام معه مع
عسرتة ... ثم بدا لها الفسخ ...
٣٦٦
- فصل : وإن رضيت بالمقام مع ذلك ، لم
يلزمها التمكين من الاستمتاع .
٣٦٦
- فصل : ومن ترك الإنفاق الواجب لامرأة
مدة ، لم يسقط بذلك .
٣٦٦ ، ٣٦٧

الصفحة

- ٣٦٧ ، ٣٦٨ فصل : ويصح ضمان النفقة .
- ٣٦٨ فصل : وإن أعسر بنفقة الخادم ، أو ...
- ٣٦٨ ثبت ذلك في ذمته .
- ٣٦٨ فصل : وإذا أنفقت المرأة على نفسها من مال زوجها الغائب ، ثم بان أنه قد مات قبل إنفاقها ، حسب عليها ما أنفقته من ميراثها .
- ٣٦٨ ، ٣٦٩ فصل : وإن أعسر الزوج بالصداق ، ففيه ثلاثة أوجه ...
- ٣٦٩ ، ٣٧٠ فصل : ونفقة الأمة المزوجة حق لها ولسيدها .
- ٣٧٠ ، ٣٧١ فصل : وإن اختلف الزوجان في الإنفاق عليها ... أو في تقييضها نفقتها ، فالقول قول المرأة ...
- ٣٧٠ ، ٣٧١ فصل : وإن طلق الرجل امرأته ، فادعت أنها حامل ، لتكون لها النفقة ، أنفق عليها ثلاثة أشهر ...
- ٣٧١ ، ٣٧٢ ١٣٨٢ - مسألة : (ويجبر الرجل على نفقة والديه ، وولده ، الذكور والإناث ، إذا كانوا فقراء ، وكان له ما ينفق عليهم)
- ٣٧٢ - ٣٨٠

الصفحة

- فصل : ويجب الإنفاق على الأجداد
والجدات وإن علوا ، وولد الولد
وإن سفلوا ... ٣٧٤
- فصل : ويشترط لوجوب الإنفاق ثلاثة
شروط ... ٣٧٧ - ٣٧٤
- فصل : فأما ذوو الأرحام الذين لا
يرثون بفرض ولا تعصيب ، فإن
كانوا من غير عمودى النسب ،
فلا نفقة عليهم ... ٣٧٧
- فصل : ولا يشترط في وجوب نفقة
الوالدين والمولودين نقص
الخلقة ، ولا نقص الأحكام ، في
ظاهر المذهب ... ٣٧٧ - ٣٧٨
- فصل : ومن كان له أب من أهل
الإنفاق ، لم تجب نفقته على
سواه ... ٣٧٨
- فصل : ويلزم الرجل إعفاف ابنه ، إذا
احتاج إلى النكاح ... ٣٧٩
- فصل : وإذا وجب عليه إعفاف أبيه ،
فهو مخير ... ٣٧٩ ، ٣٨٠
- فصل : قال أصحابنا : وعلى الأب
إعفاف ابنه إذا كانت عليه
نفقته ... ٣٨٠

- ١٣٨٣ - مسألة : (وكذلك الصبي إذا لم يكن له أب ،
أُجبر وراثته على نفقته ، على قدر
٣٨٣ - ٣٨٠ ميراثهم منه)
- ١٣٨٤ - مسألة : (فإن كان للصبي أمٌ أو جدٌ ، فعلى الأم
ثلث النفقة ، وعلى الجد ثلثا
٣٨٤ ، ٣٨٣ النفقة)
- فصل : وإن اجتمع ابن وبنت ، فالنفقة
بينهما أثلاثا ، كالميراث ... ٣٨٤
- ١٣٨٥ - مسألة : (فإن كانت جدة أو أخت ، فعلى الجدة
سدس النفقة والباقي على الأخ ،
وعلى هذا المعنى حساب
٣٨٨ - ٣٨٤ النفقات)
- فصل : فإن اجتمع أبوا أم ، فالنفقة على
أم الأم ... ٣٨٥
- فصل : فإن كان في من عليه النفقة حنثي
مشكل ، فالنفقة عليه بقدر
٣٨٥ ميراثه ...
- فصل : فإن كان له قرابتان موسران
وأحدهما محجوب ... ،
فالظاهر أن الحجب لا يسقط
٣٨٦ ، ٣٨٥ النفقة عنه ...
- فصل : ومن لم يفضل عن قوته إلا نفقة

الصفحة

- شخص ، وله امرأة ، فالنفقة لها
دون الأقارب ...
٣٨٧ ، ٣٨٦
- فصل : وإن اجتمع أب وابن ، فقال
القاضي : إن كان الابن
صغيرا ، أو مجنونا ، قُدِّم ...
٣٨٨ ، ٣٨٧
- فصل : والواجب في نفقة القريب قدر
الكفاية من الخبز والأدم
والكسوة ...
٣٨٨
- ١٣٨٦ - مسألة : (وعلى المعتق نفقة معتقه ، إذا كان
فقيرا ، لأنه وارثه)
٣٨٩ ، ٣٨٨
- فصل : فإن مات مولاه ، فالنفقة على
الوارث من عصباته ...
٣٨٩
- ١٣٨٧ - مسألة : (وإذا زوجت الأمة ، لزم زوجها أو
سيده ، إن كان مملوكا ، نفقتها)
٣٩١ - ٣٨٩
- ١٣٨٨ - مسألة : (وإن كانت أمة تأوى بالليل عند
الزوج ، وبالنهار عند المولى ، أنفق
كل واحد منهما مدة مقامها ،
عنده)
٣٩١
- ١٣٨٩ - مسألة : (فإن كان لها ولد ، لم تلزمه نفقة
ولده ، حرا كان أو عبدا ، ونفقتهم
على سيدهم)
٣٩٣ - ٣٩١
- فصل : وإذا طلق الأمة طلاقا رجعيا ،

٣٩٢ فلها النفقة في العدة ...

فصل : وإن طلق العبد زوجته الحامل

طلاقاً بائناً ، انبنى على وجوب

٣٩٢ النفقة ...

فصل : والمعتق بعضه ، عليه من نفقة

امراته بقدر ما فيه من الحرية ،

٣٩٣ ، ٣٩٢ وياقيه على سيده ...

١٣٩٠ - مسألة : (وليس على العبد نفقة ولده ، حرة

٣٩٤ ، ٣٩٣ كانت الزوجة أو أمة)

فصل : وحكم المكاتب ، في نفقة

الزوجات والأولاد والأقارب ،

٣٩٤ ، ٣٩٣ حكم العبد القن .

١٣٩١ - مسألة : (وعلى المكاتب نفقة ولدها دون أبيه

٣٩٥ - ٣٩٤ المكاتب)

١٣٩٢ - مسألة : (وعلى المكاتب نفقة ولده من أمته) ٣٩٥

فصل : وليس للمكاتب أن يتسرى بأمته

إلا بإذن سيده ، لأن ملكه غير

تام ...

٤١١ - ٣٩٦ باب الحال التي تجب فيها النفقة على الزوج

١٣٩٣ - مسألة : (وإذا تزوج بامرأة مثلها يوطأ ، فلم

- تمنعه نفسها ، ولا منعه أولياؤها ،
لزمته النفقة (٣٩٨ - ٣٩٦)
فصل : وإن غاب الزوج بعد تمكينها
ووجوب نفقتها عليه ، لم تسقط
عنه ... ٣٩٨ ، ٣٩٧
- ١٣٩٤ - مسألة : (وإذا كانت بهذه الحال التسي
وصفت ، وزوجها صبي ، أُجبر
وليه على نفقتها من مال
الصغير ...)
٣٩٩ ، ٣٩٨
- فصل : وإن بذلت الرتقاء ، أو
الحائض ، أو ... لزمته نفقتها . ٣٩٩
- ١٣٩٥ - مسألة : (وإن طالب الزوج بالدخول ،
وقالت : لا أسلم نفسي حتى أقبض
صداقي . كان ذلك لها ...)
٤٠٢ - ٣٩٩
- فصل : إذا سافرت زوجته بغير إذنه ،
سقطت نفقتها عنه ... ٤٠١ ، ٤٠٠
- فصل : فإن اعتكفت ، فالقياس أنه
كسفرها ... ٤٠٢ ، ٤٠١
- ١٣٩٦ - مسألة : (وإذا طلق الرجل زوجته طلاقا لا
يملك فيه الرجعة ، فلا سكنى لها ،
ولا نفقة ، إلا أن تكون حاملا)
٤٠٨ - ٤٠٢
- فصل : فأما الملاءنة ، فلا سكنى لها ،

- ولا نفقة ، إن كانت غير
 ٤٠٥ حامل ...
- فصل : فأما المعتدة من الوفاة ، فإن كانت
 حائلا ، فلا سكنى لها ولا
 ٤٠٥ نفقة ...
- فصل : وهل تجب نفقة الحمل للحامل من
 ٤٠٦ ، ٤٠٥ أجل الحمل ... فيه روايتان ...
- فصل : ويلزم الزوج دفع نفقة الحامل
 المطلقة إليها يوما فيوما ...
 ٤٠٧ ، ٤٠٦
- فصل : ولا تجب النفقة على الزوج في
 النكاح الفاسد ...
 ٤٠٨ ، ٤٠٧
- ١٣٩٧ - مسألة : (وإذا خالعت المرأة زوجها ، وأبرأته من
 حملها ، لم يكن لها نفقة ، ولا للولد ،
 حتى تفضمه)
 ٤٠٩ ، ٤٠٨
- ١٣٩٨ - مسألة : (والناشر لا نفقة لها ، فإن كان لها منه
 ولد ، أعطاها نفقة ولدهما)
 ٤١١ ، ٤٠٩
- فصل : وإذا سقطت نفقة المرأة
 بنشوزها ، فعادت عن النشوز
 والزوج حاضر ، عادت نفقتها ...
 ٤١١ ، ٤١٠
- باب من أحق بكفالة الطفل
 ٤١٢ - ٤٣٣
- ١٣٩٩ - مسألة : (والأم أحق بكفالة الطفل والمعنوه ، إذا
 طلقت)
 ٤١٤ ، ٤١٣

- فصل : فإن لم تكن الأم من أهل
 ٤١٤ الحضانة... فهي كالمعدومة ...
- فصل : ولا تثبت الحضانة إلا على الطفل
 ٤١٤ والمعتوة ...
- ١٤٠٠ - مسألة : (وإذا بلغ الغلام سبع سنين ، خير بين
 ٤١٥ - ٤١٧ أبويه ، فكان مع من اختار منهما)
 فصل : ومتى اختار أحدهما فسلم إليه ،
 ٤١٦ ، ٤١٧ ثم اختار الآخر ، رد إليه ...
- فصل : فإن كان الأب معدوما ، أو من
 غير أهل الحضانة ، وحضر غيره
 من العصبات ، ... قام مقام
 ٤١٧ الأب ...
- فصل : وإنما يخير الغلام بشرطين ؛ ...
 ١٤٠١ - مسألة : (وإذا بلغت الجارية سبع سنين ،
 ٤١٨ - ٤٢٠ فالأب أحق بها)
 فصل : إذا كانت الجارية عند الأم أو عند
 الأب ، فإنها تكون عنده ليلا
 ٤١٨ ، ٤١٩ ونهارا ...
- فصل : وإذا أراد أحد الأبوين السفر
 لحاجة ثم يعود ، والآخر مقيم ،
 ٤١٩ ، ٤٢٠ فالقيم أولى بالحضانة ...
- ١٤٠٢ - مسألة : (فإن لم تكن أم ، أو تزوجت الأم ،
 ٤٢٠ - ٤٢٣ فأم الأب أحق من الخالة)

- في هذه المسألة فصلان :
- أحدهما: أن الأم إذا تزوجت ، سقطت
حضانتها ... ٤٢٠ - ٤٢٢
- الفصل الثاني : أن الأم إذا عدمت ، أو
تزوجت ، لم تكن من أهل
الحضانة ... ٤٢٢
- فصل : فإن اجتمعت أمُّ أمِّ وأمُّ أب ، فأم
الأم أحق ... ٤٢٢ - ٤٢٣
- ١٤٠٣ - مسألة : (والأخت من الأب أحق من الأخت
من الأم ، وأحق من الخالة) ٤٢٣
- ١٤٠٤ - مسألة : (وخالة الأب أحق من خالة الأم) ٤٢٤ - ٤٢٧
- فصل : وللرجال من العصابات مدخل
في الحضانة . ٤٢٤ ، ٤٢٥
- فصل : فأما الرجال من ذوى
الأرحام ، ... فلا حضانة لهم
مع وجود أحد من أهل الحضانة
سواهم ... ٤٢٥
- فصل : في بيان الأولى فالأولى من أهل
الحضانة ... ٤٢٥ - ٤٢٧
- فصل : وإن تركت الأم الحضانة مع
استحقاقها لها ، ففيه وجهان . ٤٢٧
- ١٤٠٥ - مسألة : (وإذا أخذ الولد من الأم إذا

- تزوجت ، ثم طلقت ، رجعت
على حقها من كفالته)
٤٢٨ ، ٤٢٧
- فصل : وكل قرابه تُستحق بها الحضانة ،
منع منها مانع ... إذا زال ...
٤٢٨ عاد حقهم من الحضانة ...
- ١٤٠٦ - مسألة : (إذا تزوجت المرأة ، فلزوجها أن
يمنعها من رضاع ولدها ، إلا أن
يضطر إليها ، ويخشى عليه
التلف)
٤٢٨ - ٤٣٠
- فصل : فإن أرادت إرضاع ولدها منه ،
فكلام الخرقى يَحْتَمِلُ
٤٢٨ - ٤٢٩ وجهين ، ...
- فصل : وإن أجرت المرأة نفسها
للرضاع ، ثم تزوجت ، صح
النكاح ...
٤٢٩ ، ٤٣٠
- فصل : وإن أجرت المرأة المزوجة نفسها
للرضاع ، بإذن زوجها ،
جاز ...
٤٣٠
- ١٤٠٧ - مسألة : (وعلى الأب أن يسترضع لولده ، إلا
أن تشاء الأم أن ترضعه بأجرة
مثلها ...)
٤٣٠ - ٤٣٣
- الكلام في هذه المسألة في فصلين :

- أولهما : أن رضاع الولد على الأب وحده ، وليس له إجبار أمه على إرضاعه .
٤٣٠ ، ٤٣١
- الفصل الثاني : أن الأم إذا طلبت إرضاعه بأجر مثلها ، فهي أحق به .
٤٣١ - ٤٣٣
- فصل : وإن طلبت ذات الزوج الأجنبي إرضاع ولدها ، بأجرة مثلها ، بإذن زوجها ، ثبت حقها ...
٤٣٣
- فصل : وإن أرضعت المرأة ولدها ، وهي في حبال والده ، فاحتاجت إلى زيادة نفقة ، لزمه ...
٤٣٣
- باب نفقة المالك
٤٣٤ - ٤٤٢
- ١٤٠٨ - مسألة : (وعلى ملاك المملوكين أن ينفقوا عليهم)
٤٣٤ - ٤٣٨
- فصل : إذا تولى أحدهم طعامه ، استحب له أن يجلسه معه ، فيأكل ...
٤٣٥ ، ٤٣٦
- فصل : ولا يجوز أن يكلفه من العمل مالا يطيق .
٤٣٦
- فصل : ولا يُجبر المملوك على المخارجه .
٤٣٦ ، ٤٣٧

- فصل : وإذا مرض المملوك ، أو ...
 ٤٣٧ ، ٤٣٨ . فعلى سيده القيام به .
- ١٤٠٩ - مسألة : (وأن يزوج المملوك إذا احتاج إلى ذلك)
 ٤٣٨
- ١٤١٠ - مسألة : (فإن امتنع ، أُجبر على بيعه إذا طلب المملوك ذلك)
 ٤٣٩
- ١٤١١ - مسألة : (وليس عليه نفقة مكاتبه ، إلا أن يعجز)
 ٤٣٩ - ٤٤٠
- ١٤١٢ - مسألة : (وليس له أن يسترضع الأمة لغير ولدها ...)
 ٤٤٠
- ١٤١٣ - مسألة : (وإذا زهن المملوك ، أنفق عليه سيده)
 ٤٤٠
- ١٤١٤ - مسألة : (وإذا أبق العبد ، فلمن جاء به إلى سيده ما أنفق عليه)
 ٤٤٠ - ٤٤٢
- فصل : وله تأديب عبده وأمته إذا أذنب ...
 ٤٤١
- فصل : ومن ملك بهيمة ، لزمه القيام ، والإنفاق عليها ما تحتاج إليه .
 ٤٤١ ، ٤٤٢

٤٤٣ - ٥٠٥

كتاب الجراح

- فصل : وأجمع المسلمون على تحريم القتل بغير حق .
 ٤٤٣ - ٤٤٤

- ١٤١٥ - مسألة : (والقتل على ثلاثة أوجه ؛ عمد ،
 وشبه العمد ، وخطأ)
 ٤٤٥ ، ٤٤٤
- ١٤١٦ - مسألة : (فالعمد ما ضربه بحديدة ، أو خشبة
 كبيرة فوق عمود الفسطاط ...)
 ٤٤٥ - ٤٥٧
- ١٤١٧ - مسألة : (ففيه القود إذا اجتمع عليه الأولياء ،
 وكان المقتول حرا مسلما)
 ٤٥٧ - ٤٦٢
- فصل : وأجمع أهل العلم ، على أن الحر
 المسلم يُقاد به قاتله .
 ٤٥٩ ، ٤٦٠
- فصل : ولا يشترط في وجوب القصاص
 كون القاتل في دار الإسلام .
 ٤٦٠
- فصل : وقتل الغيلة وغيره سواء في
 القصاص والعفو .
 ٤٦٠ ، ٤٦١
- فصل : وإذا قتل رجلا ، وادعى أنه
 وجده مع امرأته ، أو ... لم يُقبل
 قوله إلا بيينة ، ولزمه القصاص .
 ٤٦١ ، ٤٦٢
- ١٤١٨ - مسألة : (وشبه العمد ما ضربه بمخشبة
 صغيرة ، ...)
 ٤٦٢ ، ٤٦٣
- ١٤١٩ - مسألة : (والخطأ على ضربين ...)
 فصل : وإن قصد فعلا محرما ، فقتل
 آدميا ... فهو خطأ أيضا .
 ٤٦٤
- ١٤٢٠ - مسألة : (والضرب الثاني ، أن يقتل في بلاد
 الروم من عنده أنه كافر ، ويكون قد
 أسلم ، وكم إسلامه ...)
 ٤٦٥

١٤٢١ - مسألة : (ولا يقتل مسلم بكافر) ٤٦٥ - ٤٧٣

فصل : فإن قتل كافر كافرا ثم أسلم

٤٦٧ القاتل ، أو ... ، يقتص منه ...

فصل : وإن جرح مسلم كافرا ، فأسلم

٤٦٧ - ٤٦٩ المجروح ... لم يقتل به قاتله .

فصل : ولو قطع يد مسلم فارتد ، ثم مات

بسرابة الجرح ، لم يجب في النفس

٤٦٩ قصاص ولا دية ولا كفارة .

فصل : وإن قطع يد مسلم فارتد ، ثم أسلم

ومات ، وجب القصاص على

٤٧٠ ، ٤٧١ قاتله .

فصل : وإن جرحه وهو مسلم فارتد ، ثم

جرحه جرحا آخر ، ثم أسلم

٤٧١ ومات منهما ، فلا قصاص فيه .

٤٧١ فصل : ويقتل الذمي بالمسلم .

٤٧١ ، ٤٧٢ فصل : ولا يقتل ذمي بحربي .

فصل : وليس على قاتل الزاني المحصن قتل

٤٧٢ ولا دية ولا كفارة .

٤٧٢ فصل : ويقتل المرتد بالمسلم والذمي ...

فصل : وإن جرح مسلم ذميا ، ثم ارتد

٤٧٣ ومات المجروح ، لم يقتل به .

١٤٢٢ - مسألة : (ولا حر بعبد) ٤٧٣ - ٤٧٩

الصفحة	
٤٧٥ ، ٤٧٤	فصل : ولا يقتل السيد بعبده .
	فصل : ولا يقطع طرف الحر بطرف
٤٧٥	العبد .
	فصل : ويجزى القصاص بين العبيد في
٤٧٦ ، ٤٧٥	النفس .
	فصل : ويجزى القصاص بينهم فيما دون
٤٧٦	النفس .
	فصل : وإذا وجب القصاص في طرف
٤٧٦	العبد ، وجب للعبد .
	فصل : ولو قتل عبد عبدا ، ثم عتق
٤٧٧ ، ٤٧٦	القاتل ، قتل به .
	فصل : وإذا قتل عبد عبدا عمدا ، فسيد
	المقتول مخير بين القصاص
٤٧٨ ، ٤٧٧	والعفو ...
٤٧٩ ، ٤٧٨	فصل : ويقتل العبد القن بالمكاتب ...
	١٤٢٣ - مسألة : (وإذا قتل الكافر العبد عمدا فعليه
٤٧٩ - ٤٨١	قيمته ، ويُقتل لنقضه العهد)
	فصل : وإن قتل عبد مسلم حرا كافرا لم
٤٨٠ ، ٤٧٩	يقتل به .
	فصل : ويجزى القصاص بين الولاة
٤٨٠	والعمال وبين رعيتهم .
	فصل : وإذا قتل القاتل غير ولى الدم ،
٤٨٠ ، ٤٨١	فعلى قاتله القصاص ...

- ١٤٢٤ - مسألة : (والطفل ، والزائل العقل ، لا يقتلان بأحد)
٤٨١ - ٤٨٣
فصل : فإن اختلف الجاني وولى الجناية ... فالقول قول الجاني مع يمينه ...
٤٨١ ، ٤٨٢
فصل : فإن قتله وهو عاقل ، ثم جن ، لم يسقط عنه القصاص .
٤٨٢
فصل : ويجب القصاص على السكران إذا قتل حال سكره .
٤٨٢ ، ٤٨٣
١٤٢٥ - مسألة : (ولا يقتل والد بولده ، وإن سفل)
٤٨٣ - ٤٨٤
٤٨٤
فصل : والجد وإن علا كالأب في هذا ...
١٤٢٦ - مسألة : (والأُم في ذلك كالأب)
٤٨٤ - ٤٨٩
فصل : وسواء كان الوالد مساويا للولد في الدين والحرية ...
٤٨٥
فصل : وإذا تداعى نفسان نسب صغير ... ثم قتلاه قبل إلحاقه بواحد منهما ، فلا قصاص عليهما .
٤٨٥ ، ٤٨٦
فصل : ولو قتل أحد الأبوين صاحبه ، ولهما ولد ، لم يجب القصاص .
٤٨٦
فصل : ولو قتل رجل أخاه ، فورثه ابنه ، أو ... لم يجب القصاص ...
٤٨٦ ، ٤٨٧

- فصل : وإذا قتل أحد أبي المكاتِبِ
المكاتِبَ ، أو عبدا له ، لم
يجب القصاص ...
٤٨٧
- فصل : ابنان قتل أحدهما أباه ، والآخر
أمه ، فإن كانت الزوجية بينهما
موجودة حال قتل الأول ،
فالقصاص على قاتل الثاني دون
الأول ...
٤٨٧ ، ٤٨٩
- فصل : أربعة إخوة ، قتل الأول الثاني ،
والثالث الرابع ، فالقصاص على
الثالث ...
٤٨٩
- ١٤٢٧ - مسألة : (ويقتل الولد بكل واحد منهما)
٤٨٩ ، ٤٩٠
- ١٤٢٨ - مسألة : (ويقتل الجماعة بالواحد)
٤٩٠ - ٤٩٣
- فصل : ولا يعتبر في وجوب القصاص على
المشتركين التساوى في سببه ...
٤٩١
- فصل : إذا اشترك ثلاثة في قتل رجل فقطع
أحدهم يده ... فللولي قتل
جميعهم ...
٤٩١ ، ٤٩٢
- فصل : إذا قطع رجل يده من الكوع ،
ثم قطعها آخر من المرفق ، ثم
مات ، نظرت ...
٤٩٢ ، ٤٩٣
- ١٤٢٩ - مسألة : (وإذا قطعوا يدا ، قطعت نظيرتها من
كل واحد منهم)
٤٩٣ - ٤٩٦

- ١٤٣٠ - مسألة : (وإذا قتل الأب وغيره عمدا ، قتل من
سوى الأب)
٤٩٨ - ٤٩٦
فصل : وكل شريكين امتنع القصاص في
حق أحدهما ، ... فهو في
وجوب القصاص على شريكه
كالأب وشريكه ...
٤٩٨ ، ٤٩٧
- ١٤٣١ - مسألة : (وإذا اشترك في القتل صبي ومجنون
وبالغ ، لم يقتل واحد منهم ...)
٥٠٠ - ٤٩٨
- ١٤٣٢ - مسألة : (ويقتل الذكر بالأنثى ، والأنثى
بالذكر)
٥٠١ ، ٥٠٠
فصل : ويقتل كل واحد من الرجل
والمرأة بالخنثى ، ويقتل بهما ...
٥٠١
- ١٤٣٣ - مسألة : (ومن كان بينهما في النفس قصاص ،
فهو بينهما في الجراح)
٥٠٢ ، ٥٠١
- ١٤٣٤ - مسألة : (وإذا قتلاه ، وأحدهما مخطيء ،
والآخر متعمد ، فلا قود على واحد
منهما ...)
٥٠٤ - ٥٠٢
فصل : وهل يجب القصاص على شريك
نفسه وشريك السبع ؟ فيه
وجهان ...
٥٠٤ ، ٥٠٣
- فصل : فإن جرحه إنسان ، فتداوى بسم
فمات ، نظرت ...
٥٠٤
- ١٤٣٥ - مسألة : (ودية العبد قيمته ، وإن بلغت ديات)
٥٠٥ ، ٥٠٤

- ١٤٣٦ - مسألة : (ولو شق بطنه ، فأخرج حشوته ،
فقطعها ، فأباناها منه ، ثم ضرب عنقه
آخر ، فالقاتل هو الأول ...) ٥٠٦ - ٥٠٨
- فصل : إذا ألقى رجل من شاهق فتلقاه
آخر بسيف فقتله ، فالقصاص
على من قتله ... ٥٠٧ ، ٥٠٨
- ١٤٣٧ - مسألة : (وإذا قطع يديه ورجليه ، ثم عاد فضرب
عنقه قبل أن تندمل جراحه ،
قتل ...) ٥٠٨ - ٥١٨
- فصل : ومتى قلنا : له أن يستوفى بمثل ما
فعله بوليه ، فأحب أن يقتصر على
ضرب عنقه ، فله ذلك ... ٥١٠
- فصل : فإن قطع يديه ورجليه ، ...
فسرى إلى النفس ، فله القصاص
في النفس ... ٥١٠ ، ٥١١
- فصل : وإن جرحه جرحا لا قصاص فيه ،
أو ... فالصحيح في المذهب أنه
ليس له فعل مثل ما فعل ... ٥١١ ، ٥١٢
- فصل : فأما قطع اليمنى ولا يمنى للقاطع ،
أو ... فمات المجنى عليه ، فإنه
يقتل بالسيف في العنق ... ٥١٢

- فصل : وإن قتله بغير السيف ... فهل يستوفى القصاص بمثل فعله ؟ فيه روايتان ... ٥١٣ ، ٥١٢
- فصل : وإن قتله بما لا يحل لعينه ... لم يقتل بمثله اتفاقا ... ٥١٣
- فصل : إذا زاد مستوفى القصاص في النفس على حقه ... نظرنا ... ٥١٣ ، ٥١٤
- فصل : فأما إن كانت الزيادة في الاستيفاء من الطرف ... فحكمه حكم القاطع ابتداء ... ٥١٥ ، ٥١٤
- فصل : قال القاضى : ولا يجوز استيفاء القصاص إلا بحضرة السلطان ... ٥١٥ - ٥١٧
- فصل : وإن كان القصاص لجماعة من الأولياء ، وتشاحوا في المتولى منهم للاستيفاء ، أمروا بتوكيل أحدهم ... ٥١٧ ، ٥١٨
- ١٤٣٨ - مسألة : (وإن كانت الجراح برأت قبل قتله ، فعلى المعفو عنه ثلاث ديات ...) ٥١٨ ، ٥١٩
- فصل : فإن اختلف الجاني والولى في اندمال الجرح قبل القتل ... ٥١٨ ، ٥١٩
- فالقول قول الجاني بغير يمين ... ٥١٨ ، ٥١٩
- ١٤٣٩ - مسألة : (ولورمى ، وهو مسلم ، كافراً عبداً ، فلم يقع به السهم حتى عتق وأسلم ، فلا قود ...) ٥٢٠ - ٥٢٦

- فصل : ولم يُفرق الخرق بين كون الكافر
ذميا أو غيره . ٥٢١
- فصل : ولو رمى حربيا ، فترس بمسلم ،
فأصابه فقتله ، نظرنا ... ٥٢١
- فصل : ولو قطع يد عبد ، ثم أعتق
ومات ... فقيه وجهان ... ٥٢٢ ، ٥٢١
- فصل : وإذا قطع أنف عبد قيمته ألف
دينار ، فاندمل ، ثم أعتقه
السيد ، وجبت قيمته بكما لها
للسيد ... ٥٢٢
- فصل : وإن قطع يد عبد ، فأعتق ، ثم
عاد فقطع رجله ، واندمل
القطعان ، فلا قصاص في
اليد ... ٥٢٣ ، ٥٢٢
- فصل : وإن قلع عين عبد ، ثم أعتق ، ثم
قطع آخر يده ، ثم قطع آخر
رجله ، فلا قود على الأول ... ٥٢٤ ، ٥٢٣
- فصل : فإن كان الجانيان في حال الرق ،
والواحد في حال الحرية ، فمات ،
فعليهم الدية ... ٥٢٤
- فصل : وإن كان الجناة أربعة ؛ واحد في
حال الرق ، وثلاثة في الحرية ،

الصفحة

- ومات ، كان للسيد في أحد
الوجهين الأقل من أرش الجناية أو
ربع الدية ...
٥٢٥ ، ٥٢٤
- فصل : فإن قطع يده ، ثم أعتق ، فقطع
آخر رجله ، ثم عاد الأول فقتله بعد
الاندمال ، فعليه القصاص
للورثة ...
٥٢٦ ، ٥٢٥
- فصل : وإذا قطع رجل يد عبده ، ثم
أعتقه ، ثم اندمل جرحه ، فلا
قصاص عليه ولا ضمان .
٥٢٦
- ١٤٤٠ - مسألة : (وإذا قتل رجل اثنين ، واحدا بعد
واحد ، فاتفق أولياء الجميع على
القود ، أقيد لهما ...)
٥٢٦ - ٥٣٠
- فصل : وإن طلب كل ولي قتله بوليه ،
مستقلا من غير مشاركة ، قدم
الأول ...
٥٢٨
- فصل : وإن قطع يميني رجلين ، فالحكم
فيه كالحكم في النفس ...
٥٢٨
- فصل : وإن قطع يدرجل ، ثم قتل آخر ،
ثم سرى القطع إلى نفس
المقطوع ، فمات ، فهو قاتل
لهما ...
٥٢٩
- فصل : وإن قطع إصبعاً من يمين رجل ،
ويميناً لآخر ، وكان قطع الإصبع

الصفحة

- ٥٣٠ ، ٥٢٩ ... أسبق ، قطعت إصبعه قصاصا ...
- ١٤٤١ - مسألة : (وإذا جرحه جرحا يمكن الاقتصاص
٥٣٦ - ٥٣٠ منه بلا حيف ، اقتص منه)
- فصل : ويشترط لوجوب القصاص في
٥٣٢ ، ٥٣١ الجروح ثلاثة أشياء ...
- فصل : ولا يُستوفى القصاص فيما دون
٥٣٣ ، ٥٣٢ النفس بالسيف ...
- فصل : وإذا أراد الاستيفاء من موضحة
وشبهها ، فإن كان على موضعها
٥٣٥ - ٥٣٣ شعر حلقه ...
- فصل : وإذا أوضحه في جميع رأسه ،
ورأس الجاني أكبر ، فأحب أن
يستوفى القصاص بعضه من مقدم
الرأس وبعضه من مؤخره ، احتمال
٥٣٥ أن يُمنع منه ...
- فصل : وإذا كانت الجناية في غير الرأس
والوجه ، فكانت في ساعد ،
فزادت على ساعد الجاني ، لم ينزل
إلى الكف ، ولم يصعد إلى
٥٣٦ ، ٥٣٥ العضد ...
- فصل : وإذا شج في مقدم رأسه أو مؤخره
عرضا شجة لا يتسع لها مثل
الموضع من رأس الشاج ... ففيه
٥٣٦ وجهان ...

- ١٤٤٢ - مسألة : (وكذلك إذا قطع منه طرفا من مفصل ، قطع منه مثل ذلك المفصل ...)
٥٣٩ - ٥٣٦
- ٥٣٩ - ٥٣٧ فصل : وفي قطع اليد ثمان مسائل ...
- ١٤٤٣ - مسألة : (وليس في المأمومة ، ولا في الجائفة قصاص)
٥٤١ - ٥٣٩
- فصل : وليس في شيء من شجاج الرأس قصاص سوى الموضحة ...
٥٤٠
- فصل : وإن كانت الشجوة فوق الموضحة ، فأحب أن يقتصر الموضحة ، جاز ذلك ...
٥٤١
- ١٤٤٤ - مسألة : (وتقطع الأذن بالأذن)
٥٤٣ - ٥٤١
- فصل : وتؤخذ الأذن المستحشفة بالصحيحة ...
٥٤٢
- فصل : وإن قطع أذنه فأبانتها ، فألصقها صاحبها فالتصقت وثبتت ، فقال القاضى : يجب القصاص ...
٥٤٣ ، ٥٤٢
- فصل : ومن ألصق أذنه بعد إبانته ، أو سنه ، فهل تلزمه إبانته ؟ فيه وجهان ...
٥٤٣
- ١٤٤٥ - مسألة : (والأنف بالأنف)
٥٤٤ ، ٥٤٣
- ١٤٤٦ - مسألة : (والذكر بالذكر)
٥٤٦ - ٥٤٤
- فصل : ويؤخذ بعضه ببعضه .
٥٤٦ ، ٥٤٥

١٤٤٧ - مسألة : (والأنثيان بالأنثيين) ٥٤٦ ، ٥٤٧

فصل : وفي القصاص في شفرى المرأة

٥٤٦ وجهان ...

فصل : إذا قطع ذكر خنثى مشكل ،

أو ... ، فاختر القصاص ، لم

٥٤٦ يكن له قصاص في الحال ...

فصل : يجب القصاص في الأليتين

الناتمتين بين الفخذين والظهر

٥٤٧ بجانب الدبر ...

١٤٤٨ - مسألة : (وتقلع العين بالعين) ٥٤٧ - ٥٥٢

فصل : فإن قلع عينه بإصبعه ، لم يجز أن

٥٤٧ ، ٥٤٨ يقتص بإصبعه ...

فصل : فإن لطم عينه ، فذهب

بصرها ... فإن أمكن معالجه عين

٥٤٨ - ٥٤٩ الجانى ... فعل ذلك ...

فصل : وإن شججه شجة دون الموضحة ،

فأذهب ضوء عينه ، لم يقتص منه

٥٤٩ مثل شجته ...

فصل : إذا قلع الأعور عين صحيح ، فلا

٥٥٠ قود ...

فصل : لو قلع الأعور عين مثله ، ففيه

٥٥١ القصاص ...

- فصل : وإن قلع الأعور عيني صحيح ،
 ٥٥١ فقال القاضي : هو مخير ...
- فصل : وإن قلع صحيح العينين عين
 أعور ، فله القصاص من
 ٥٥١ مثلها ...
- فصل : وإن قطع الأقطع يد من له يدان ،
 ٥٥٢ فعليه القصاص ...
- فصل : ويؤخذ الجفن بالجفن ...
 ٥٥٢
- ١٤٤٩ - مسألة : (والسن بالسن)
 ٥٥٤ - ٥٥٢
- فصل : ولا يقتص إلا من سن من أنغر .
 ٥٥٤ ، ٥٥٣
- فصل : وإن قلع سنا ، فاقص منه ، ثم
 عادت سن المجنى عليه ، فقلعها
 ٥٥٤ الجاني ثانية ، فلا شيء عليه .
- ١٤٥٠ - مسألة : (وإن كسر بعضها ، برد من سن الجاني
 ٥٥٤ - ٥٥٧)
 مثله)
- فصل : ومن قلع سنا زائدة ... فإن كان
 للجاني مثلها في موضعها ،
 ٥٥٦ ، ٥٥٥ فاللمجنى عليه القصاص ...
- فصل : ويؤخذ اللسان باللسان .
 ٥٥٦
- فصل : وتؤخذ الشفة بالشفة .
 ٥٥٦ ، ٥٥٧
- ١٤٥١ - مسألة : (ولا تؤخذ يمين يسار ، ولا يسار
 ٥٥٧ - ٥٦٩)
 يمين)

الصفحة

- فصل : وما انقسم إلى أعلى وأسفل ... لا
٥٥٧ يؤخذ الأعلى بالأسفل ...
- فصل : وما لا يجوز أخذه قصاصاً ، لا
٥٥٨ ، ٥٥٧ يجوز بتراضيهما واتفاقهما عليه .
- فصل : وإذا قال المقتص للجانى : أخرج
ميينك لأقطعها . فأخرج
٥٥٨ - ٥٦١ يساره ... يجزئ ذلك ...
- فصل : وسراية القود غير مضمونة .
٥٦٢ ، ٥٦١
- فصل : وسراية الجناية مضمونة بلا
٥٦٣ ، ٥٦٢ خلاف .
- فصل : ولا يجوز القصاص فى الطرف إلا
٥٦٣ ، ٥٦٤ بعد اندمال الجرح .
- فصل : فإن اقتص قبل الاندمال ، هُدرت
٥٦٤ ، ٥٦٥ سراية الجناية .
- فصل : وإن اندمل جرح الجناية ، فاقصص
منه ، ثم انتقض فسرى ، فسرايته
٥٦٥ مضمونة ...
- فصل : ولو قطع كتابى يد مسلم فبرأ
واقصص ، ثم انتقض جرح المسلم
٥٦٦ فمات ، فلولىه قتل الكتابى ...
- فصل : إذا قطع يد رجل من الكوع ، ثم
قطعها آخر من المرفق ، فمات

- بسرائتهما ، فلوليه قتل
القاطعين ... ٥٦٦
- فصل : ولا يجوز أن يقتصر من حامل قبل
وضعها ... ٥٦٧ ، ٥٦٨
- فصل : وإذا ادّعت الحمل ، ففيه
وجهان . ٥٦٨ ، ٥٦٩
- ١٤٥٢ - مسألة : (وإذا كان القاطع سالم الطرف ،
والمقطوعة شلاء ، فلا قود) ٥٦٩ - ٥٧١
- فصل : وإن قطع أذنا شلاء ، أو أنفا
أشل ، فهل يؤخذ به الصحيح ؟
فيه وجهان ... ٥٦٩ ، ٥٧٠
- فصل : ولا تؤخذ يد كاملة الأصابع
بناقصة الأصابع ... ٥٧٠
- فصل : وإن قطع اليد الكاملة ذو يد فيها
إصبع زائد ، وجب القصاص
فيها . ٥٧٠ ، ٥٧١
- فصل : وإذا قطع ذو يدها أظفار يد من لا
أظفار له ، لم يجز القصاص . ٥٧١
- ١٤٥٣ - مسألة : (وإن كان القاطع أشل ، والمقطوعة
سالمة ، فشاء المظلوم أخذها ، فذلك
له ...) ٥٧١ ، ٥٧٦
- فصل : وتؤخذ الشلاء بالشلاء . ٥٧١ ، ٥٧٢
- فصل : وتؤخذ الناقصة بالناقصة . ٥٧٢

الصفحة

- فصل : ويجوز أخذ الناقصة بالكامل . ٥٧٢
فصل : وإن كانت يد القاطع والمجنى عليه
كاملتين ، وفي يدا المجنى عليه إصبع
٥٧٣ زائدة ...
فصل : وإذا قطع إصبعه ، فأصابه من
جرحها أكلة في يده ... فعليه
٥٧٤ ، ٥٧٣ القصاص ...
فصل : وإذا قطع أئمة لها طرفان ،
إحدهما زائدة والأخرى
٥٧٤ أصلية ، ...
فصل : ولو قطع أئمة رجل العليا ، ثم قطع
أئمة آخر الوسطى ، ثم قطع
السفلى من ثالث ، فلأول
٥٧٥ ، ٥٧٤ القصاص من العليا ...
فصل : وإن قطع أئمة رجل العليا ، ثم قطع
أئمتي آخر العليا والوسطى من
تلك الإصبع ، فلأول قطع
٥٧٥ العليا ...
١٤٥٤ - مسألة : (وإذا قتل وله وليان ؛ بالغ ، وطفل أو
غائب ، لم يقتل حتى يقدم الغائب
ويبلغ الطفل)
٥٧٦ - ٥٨٠ فصل : وإن كان الوارث واحدا
٥٧٧ صغيرا ... فالقصاص له ...
فصل : وكل موضع وجب تأخير

- الاستيفاء ، فإن القاتل يجبس
حتى يبلغ الصبي ...
٥٧٨ ، ٥٧٧
- فصل : فإن قتله بعض الأولياء بغير إذن
الباقيين ، لم يجب عليه
٥٨٠ - ٥٧٨ قصاص ...
- ١٤٥٥ - مسألة : (ومن عفا من ورثة المقتول عن
القصاص ، لم يكن إلى القصاص
سبيل ...)
٥٩١ = ٥٨٠
- فصل : فإن قتله الشريك الذي لم يعف
عالمًا يعفو شريكه ، وسقوط
القصاص به ، فعليه
٥٨٣ القصاص ...
- فصلي : فإن كان القاتل هو العافي ، فعليه
القصاص ...
٥٨٤ ، ٥٨٣
- فصل : وإذا عفا عن القاتل مطلقا ،
صح ...
٥٨٤
- فصل : وإذا وكل من يستوفى القصاص ،
صح توكيله .
٥٨٦ - ٥٨٤
- فصل : وإذا جنى على الإنسان فيما دون
النفس جناية توجب القصاص ،
ثم سرت الجناية إلى نفسه ،
فمات ، لم يجب القصاص ...
٥٨٧ ، ٥٨٦

- فصل : فإن كان الجرح لا قصاص فيه ... فعفا عن القصاص فيه ،
فسرى إلى النفس ، فلوليه
القصاص ...
٥٨٨ ، ٥٨٧
- فصل : فإن قطع يده ، فعفا عنه ، ثم عاد
الجاني فقتله ، فلوليه
القصاص ...
٥٨٩ ، ٥٨٨
- فصل : وإن قطع إصبعاً ، فعفا المجنى
عليه عن القصاص ، ثم سرت
الجناية إلى الكف ، ثم اندمل
الجرح ، لم يجب القصاص ...
٥٨٩
- فصل : فإن قال : عفوت عن الجناية ، وما
يحدث منها ، صح عفوهُ ...
٥٩٠ ، ٥٨٩
- فصل : فإن اختلف الجاني والولى أو المجنى
عليه ... فالقول قول المجنى عليه
أو وليه ...
٥٩٠
- ١٤٥٦ - مسألة : (وإذا اشترك الجماعة في القتل ، فأحب
الأولياء أن يقتلوا الجميع ، فلهم
ذلك ...)
٥٩١ - ٥٩٥
- فصل : واختلفت الرواية في موجب
العمد ...
٥٩٢ ، ٥٩٣
- فصل : وإذا جنى عبد على حر جنانية

- القصاص ، فاشتره المجنى عليه
بأرش الجنائية ، سقط
- ٥٩٣ القصاص ...
- فصل : إذا وجب القصاص لصغير ، لم
يجز لوليه العفو إلى غير مال ... ٥٩٤ ، ٥٩٣
- فصل : ويصح عفو المفلس والمهجور عليه
لسفه عن القصاص . ٥٩٤
- فصل : وإذا قُتل من لا وارث له ، فالأمر إلى
السلطان . ٥٩٤
- فصل : وإذا اشترك الجماعة في القتل ،
فعفا عنهم إلى الدية ، فعليهم دية
واحدة ... ٥٩٤ ، ٥٩٥
- ١٤٥٧ - مسألة : (وإذا قُتل من للأولياء أن يقيدوا به ،
فبذل القاتل أكثر من الدية على أن
يقاد ، فللأولياء قبول ذلك) ٥٩٦ ، ٥٩٥
- ١٤٥٨ - مسألة : (وإذا أمسك رجل وقتله آخر ، قُتل
القاتل ، وحُبس الماسك حتى
يموت) ٥٩٦ ، ٥٩٧
- فصل : وإن اتبع رجلا ليقتله ، فهرب
منه ، فأدركه آخر ، فقطع
رجله ، ثم أدركه الثاني فقتله ،
نظرت ... ٥٩٧

١٤٥٩ - مسألة : (ومن أمر عبده أن يقتل رجلا ، وكان

العبد أعجميا ، لا يعلم أن القتل

٥٩٧ - ٥٩٩

محرم ، قتل السيد ...)

فصل : ولو أمر صبيا لا يميز ، أو ... لا

يعلم خطر القتل ، فقتل ، فالحكم

٥٩٨

كالحكم في العبد ...

فصل : ولو أمر السلطان رجلا ، فقتل

آخر ، فإن كان القاتل يعلم أنه

لا يستحق قتله ، فالقصاص عليه

٥٩٨ ، ٥٩٩

دون الأمر ...

آخر الجزء الحادى عشر

وبليه الجزء الثانى عشر ، وأوله :

كتاب الديات

وَالْحَمْدُ لِلَّهِ حَقَّ حَمْدِهِ