

روضة الطالبين

الإمام يحيى بن شرف الدين النووي

المجلد الرابع



شركة أبناء شريف الانصاري للطباعة والنشر والتوزيع صيدا - بيروت - لبنان

• المكتبة العصرية •

الخندق الغميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥
تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١
بيروت - لبنان

• الكادر التعليمي •

الخندق الغميق - ص.ب: ١١/٨٣٥٥
تلفاكس: ٦٥٥٠١٥ - ٦٣٢٦٧٣ - ٦٥٩٨٧٥ ١ ٠٠٩٦١
بيروت - لبنان

• للطباعة والنشر •

بوليفار نزيه البزري - ص.ب: ٢٢١
تلفاكس: ٧٢٠٦٢٤ - ٧٢٩٢٥٩ - ٧٢٩٢٦١ ٧ ٠٠٩٦١
صيدا - لبنان

الطبعة الأولى

٢٠١١ م - ١٤٣٢ هـ

جميع حقوق هذه الطبعة محفوظة للناشر
حقوق التأليف والاعداد محفوظة لدار ابن الأثير/جامعة الموصل
لا يجوز نشر أي جزء من هذا الكتاب، أو اختزان
مادته بطريقة الاسترجاع، أو نقله على أي نحو، أو
بأي طريقة، سواء كانت الكترونية، أو بالتصوير،
أو التسجيل، أو خلاف ذلك، إلا بموافقة كتابية من
الناشر مقدما.

alassrya@terra.net.lb

E. Mail alassrya@cyberia.net.lb

info@alassrya.com

موقعنا على الإنترنت

www.almaktaba-alassrya.com

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الخلع (١)

هو الفرقة بعوض يأخذه الزوج، وأصل الخلع مجمع على جوازه، وسواء في جوازه خالع على الصداق أو بعضه، أو مال آخر أقل من الصداق، أو أكثر، ويصح في حالتي الشقاق والوفاق، وخصه ابن المنذر بالشقاق، ثم لا كراهة فيه إن جرى في حال الشقاق، أو كانت تكره صحبته لسوء خلقه أو دينه، أو تخرجت من الإخلال ببعض حقوقه، أو ضربها تأديباً فافتدت. وألحق الشيخ أبو حامد به ما إذا منعها نفقة أو غيرها فافتدت لتتخلص منه. وإن كان الزوج يكره صحبتها، فأساء عشرتها، ومنعها بعض حقها حتى ضجرت وافتدت، كره الخلع وإن كان نافذاً، ويأثم الزوج بفعله. وفي وجه، منعه حقها كالإكراه على الخلع بالضرب وما في معناه، وإذا أكرهها بالضرب ونحوه فاختلفت، فقالت مبتدئة: خالعتني على كذا ففعل، لم يصح الخلع، ويكون الطلاق رجعيّاً إن لم يسم مالاً. وإن سماه، لم يقع الطلاق، لأنها لم تقبل مختارة، وفي «التتمة» وجه، أنه لا يقع الطلاق وإن لم يسم المال. ولو ابتدأ وقال: طلقتك على كذا وأكرهها بالضرب على القبول، لم يقع شيء، وإذا ادعت أنه أكرهها على بذل مال عوضاً عن الطلاق وأقامت بينة، فالمال مردود إليها، والطلاق واقع، وله الرجعة، نص عليه. قال الأصحاب: موضع الرجعة ما إذا لم يعترف بالخلع، بل أنكر المال أو سكت. فأما إذا اعترف بالخلع وأنكر الإكراه، فالطلاق بائن بقوله، ولا رجعة. ولو زنت فمنعها بعض حقها فافتدت بمال، صح الخلع، وحل له أخذه. وعلى هذا حمل قول الله تعالى: ﴿وَلَا تَعْصِلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْنَهُنَّ إِلَّا أَنْ يَأْتِيَنَّ بِفَحِشَةٍ مُبَيَّنَةٍ﴾ [النساء: ١٨] ومن جعل منع الحق كالإكراه بالضرب قال: لا يحل الأخذ. ولو أمسكها عنده وحبسها ليرثها فماتت، ورثها على المشهور. وحكى ابن كج والحناطي قولاً أنه لا يرثها.

فصل: يشتمل هذا الكتاب على خمسة أبواب.

(١) الخلع لغة: مأخوذ من خلع الثوب لأن كلاً من الزوجين لباس للآخر. وشرعاً: فرقة تجري بين الزوجين على عوض تدفعه المرأة لزوجها بألفاظ مخصوصة.

الباب الأول: في حقيقة الخلع

فإن فارقها على عوض بلفظ الطلاق، فهو طلاق سواء فيه صريح الطلاق وكنائياته. وإن لم يجز إلا لفظ الخلع، فقولان: الجديد، أنه طلاق ينقص به العدد، وإذا خالعه ثلاث مرات، لم ينكحها إلا بمحلل، والقديم: أنه فسخ لا ينقص به العدد. ويجوز تجديد نكاحها بعد الخلع بلا حصر، والجديد هو الأظهر عند جمهور الأصحاب. ورجح الشيخ أبو حامد، وأبو مخلد البصري القديم، فإن قلنا: فسخ، فلفظ الخلع صريح فيه، ولو قال: فسخت نكاحك بألف فقبلت، أو قال: فاديتك بألف فقلت: قبلت أو افتديت، فوجهان: أحدهما: أنه صريح. والثاني: كناية. فعلى هذا، في انعقاد الخلع بهما خلاف نذكره في أنه هل ينعقد بالكناية إذا جعلناه فسخاً، ولو نوى بالخلع الطلاق والتفريع على أنه فسخ، فهل يكون طلاقاً أم فسخاً لكونه صريحاً؟ فيه وجهان: اختيار القاضي حسين الفسخ، وبه قطع المتولي والغزالي. ولو قال لزوجته: فسخت نكاحك ونوى الطلاق وهو متمكن من الفسخ بعيبها، فالصحيح أنه طلاق وبه قطع القاضي حسين. وقيل: فسخ. أما إذا قلنا: الخلع طلاق، فلفظ الفسخ كناية فيه، ولفظ الخلع فيه قولان: قال في «الأم»: كناية وفي «الإملاء»: صريح. قال الروياني وغيره: الأول أظهر، واختار الإمام والغزالي والبلغوي الثاني، ولفظ المفاداة كلفظ الخلع على الأصح. وقيل: كناية قطعاً. وإذا قلنا: لفظ الخلع صريح، فذاك إذا ذكر المال، فإن لم يذكره، فكناية على الأصح. وقيل: على القولين. وهل يقتضي الخلع المطلق الجاري بغير ذكر المال ثبوت المال؟ وجهان: أحدهما: عند الإمام والغزالي والروياني: نعم للعرف، وكالخلع على خمر، والثاني: لا لعدم الالتزام، فإن أثبتنا المال، فإن جعلناه فسخاً أو صريحاً في الطلاق أو كناية ونوى، وجب مهر المثل وحصلت البينة. وإن جعلناه كناية ولم ينو، لغا، وإن لم يثبت المال عند الطلاق، فإن جعلناه فسخاً، لغا، لأن الفسخ بالتراضي لا يكون إلا بعوض، هكذا حكاه الإمام وغيره عن الأصحاب، وذكروا أن مساق كلامهم أنه لو نفى العوض في الخلع، لم يصح الخلع على قول الفسخ، قال الإمام: والقياس الحق صحته بلا عوض. وإن جعلناه طلاقاً إما صريحاً وإما كناية ونوى، فهو طلاق رجعي، وفي افتقاره إلى قبولها وجهان: أحدهما: لا يفتقر، صححه الإمام وقطع به البلغي لاستقلال الزوج بالطلاق الرجعي، والوجهان فيما إذا قال: خالعتك وأضمر التماس جوابها وانتظر قبولها. أما لو قال: خلعت أو خالعت، ولم يضم التماس الجواب، فلا يفتقر إلى الجواب قطعاً، كما لو قال: فارقتك. ولو

نوى المال ولم يذكره وقلنا: مطلقه لا يقتضي مالا، فهل تؤثر النية في ثبوت المال؟ وجهان يقربان من انعقاد البيع ونحوه بالكنايات. فإن قلنا: يؤثر، ثبت المال، ولا بد فيه من نيتها أيضاً. وإن قلنا: لا تؤثر، فهل يقع الطلاق ويلغى منه المال، أم لا يقع، لأنه نوى الطلاق على مال لا مطلقاً؟ وجهان: وفي «فتاوى البغوي» وجهان فيما لو اختلعت نفسها على بقية صداقها، فخالعها عليه، ولم يكن بقي لها شيء عليه، فهل تحصل البينونة بمهر المثل؟ ورجح الحصول.

فرع: يصح الخلع بجميع كنايات الطلاق مع النية إن جعلناه طلاقاً، وإن جعلناه فسخاً، فهل للكنايات فيه مدخل؟ وجهان: أحدهما: نعم. فإن نوى الطلاق، أو الفسخ، كان ما نوى. وإن نوى الخلع، عاد الخلاف في أنه فسخ أم طلاق؟ ولو قال: خالعت نصفك أو يدك على كذا، أو خالعتك شهراً على كذا، نفذ إن جعلناه طلاقاً، والقول في المال الواجب سيأتي إن شاء الله تعالى، ولا ينفذ إن جعلناه فسخاً.

فرع: ترجمة الخلع بسائر اللغات، كلفظة العربي، ولا يجيء فيه الخلاف السابق في النكاح.

فرع: لفظ البيع والشراء كناية في الخلع، سواء جعل فسخاً أم طلاقاً، وذلك بأن يقول: بعثك نفسك بكذا، فتقول: اشتريت أو قبلت، ولفظ الإقالة كناية أيضاً فيه، وبيع الطلاق بالمهر من جهة الزوج، وبيع المهر بالطلاق من جهتها يعبر بهما عن الخلع، وليكونا كنايتين، كقوله: بعثك نفسك. وفي «الزيادات» لأبي عاصم: إن بيع الطلاق مع ذكر العوض صريح. ورأى إسماعيل البوشنجي من أصحابنا، أن ينزل قوله: بعثك طلاقك بكذا منزلة قوله: ملكتك طلاقك بكذا، حتى إذا طلقت في المجلس، لزم المال ووقع الطلاق. وإن نوى مجرد بيع الطلاق وشرائه من غير إيقاع طلاق منها، وبغير نية طلاق منه، فهذا التصرف فاسد، والنكاح باق بحاله. وإسماعيل هذا إمام غواص متأخر لقيه من لقيناه.

فرع: قالت: طلقني على كذا فقال: خالعتك، فإن جعلناه الخلع فسخاً، لم ينفذ لأنه لم يجبهها، وإن جعلناه صريحاً في الطلاق، أو كناية ونوى، حصلت البينونة ولزم المال. وإن لم ينو، لم يقع شيء ولو قالت: خالعتني على كذا فقال: طلقتك عليه، فإن قلنا: الخلع فسخ، لم يقع عليه فرقة لأنه لم يجبهها. وقيل: يقع الطلاق، لأنه أعطاه فرقة أقوى مما طلبت، فكأنه زاد، كمن سأله طلبة فطلق طلقتين، والأول أصح. وعلى هذا قوله: طلقتك ابتداء كلام منه، فإن لم يسم المال، وقع طلاق رجعي، وإن سماه، لم يقع ما لم يقبل. وإن قلنا: الخلع طلاق، فإن جعلناه

صريحاً أو كناية ونوت، حصلت البينونة ولزم المال، ولا يضر اختلاف اللفظ، وإن جعلناه كناية ولم ينو، فقولها لغو. والزوج مبتدئ بالطلاق. ولو وكل رجلاً في طلاقها فخالع، فإن قلنا: الخلع فسخ، لم ينفذ. وإن قلنا: طلاق، قال البوشنجي: الذي يجيء على أصلنا، أنه لا ينفذ أيضاً، لأنه يمنعه الرجعة إن كان بعد الدخول. قال: ولو وكله في الطلاق فطلق على مال، إن كان بحيث يتصور الرجعة، لم ينفذ، وإن لم يتصور بأن كان قبل الدخول، أو كان المملوك له الطلقة الثالثة، فذكر في نفوذه احتمالين لأنه حصل غرضه مع فائدة، لكنه غير مفهوم بالتوكيل المطلق، وقد يتوقف في بعض ما ذكره حكماً ودليلاً.

فرع: تخالعا هازلين، نفذ إن قلنا: إنه طلاق، وإن قلنا: فسخ، فهو كبير الهازل، وفيه خلاف سبق.

فرع: التعليق يمنع صحة الخلع إن قلنا: فسخ، وإن قلنا: طلاق، فلا.

فرع: فيما يلحق به الخلع من الأصول

قال الأصحاب: إن جعلنا الخلع فسخاً، فهو معاوضة محضة من الجانبين لا مدخل للتعليق فيه، بل هو كابتداء النكاح والبيع. فلو قال: خالعتك بمائة فقبلت بخمسين، أو قالت: خالعتني بمائة فخالعها بخمسين، أو قالت: بخمسين فخالعها بمائة، لم يصح كالبيع. وإن جعلناه طلاقاً، أو جرى لفظ الطلاق صريحاً، نظر هل بدأ الزوج بالايقاع، أم بدأت بسؤاله؟

القسم الأول: إن بدأ هو بطلاقها وذكر العوض، فهو معاوضة فيها شوب تعليق، لأنه يأخذ مالاً في مقابلة ما يزيله، والشوب فيه لكونه يترتب على قبول المال كترتب الطلاق المعلق بشرط، ثم تارة تغلب المعاوضة، وتارة التعليق، وتارة يراعى المعنيين، ويختلف ذلك بالصيغ المأتي بها. فإن أتى بصيغة المعاوضة وصورتها فقال: خالعتك بكذا، أو على كذا، أو طلقتك، أو أنت طالق على كذا، غلب معنى المعاوضة، ويثبت أحكامها، فيجوز له الرجوع قبل قبولها، ويلغو قبولها بعد رجوعه، ويشترط قبولها باللفظ من غير فصل كالبيع وسائر العقود. فلو تخلل زمن طويل، أو اشتغلت بكلام آخر ثم قبلت، لم ينفذ. ولو اختلف الإيجاب والقبول، بأن قال: طلقتك بألف فقبلت بألفين، أو بخمس مئة، لم يصح. كالبيع، كذا ذكره البغوي وغيره. وفي «الشامل»، أنها إذا قبلت بألفين، صح ولا يلزمها الألف، لأنه لم يوجب إلا ألفاً. والصحيح الأول. ولو قال: طلقتك ثلاثاً بألف، فقبلت واحدة بثلاث الألف، لم يصح وإن قبلت واحدة بالألف، فثلاثة أوجه: أحدها: لا يقع شيء

كالبيع، والثاني: يقع طلاقاً، لأن الزوج هو المستقل بالطلاق، وأصحها: يقع الثلاث، صححه الشيخ أبو علي والغزالي، وبه قال القفال، لأن قبولها إنما يحتاج إلى المال، وأصل الطلاق وعدده يستقل به الزوج. وإذا قلنا: يقع الثلاث أو واحدة، ففيما يستحقه الزوج عليها وجهان: أحدهما: الألف، وبه قال ابن الحداد، والشيخ أبو محمد، لأن الإيجاب والقبول تعلقا به. والثاني عن ابن سريج: أنه يجب مهر المثل لاختلاف الإيجاب والقبول. وإن أتى الزوج بصيغة تعليق، نظر، إن قال: متى أعطيتني، أو متى ما، أو أي وقت، أو حين، أو زمان، غلب معنى التعليق وثبتت أحكامه، وجعل كالتعليق بسائر الأوصاف، حتى لا يحتاج إلى قبول باللفظ، ولا يشترط الإعطاء في المجلس، بل متى وجد الإعطاء طلقت، وليس للزوج الرجوع قبل الإعطاء، وإن قال: إن أعطيتني، أو إذا أعطيتني كذا فأنت طالق، فله بعض أحكام التعليق، فلا يحتاج إلى القبول لفظاً، ولا رجوع للزوج قبل الإعطاء. وقيل: يجوز له الرجوع قبل الإعطاء، حكاه البغوي، وقطع به صاحب «المهذب»، ويقرب منه ما حكاه ابن كج عن ابن سلمة، أن الزوج بالخيار بين أن لا يقبل الألف الذي أحضرته، وبين أن لا يقبل. والصحيح الأول، وله بعض أحكام المعاوضة وهو اشتراط الإعطاء في المجلس. واختار صاحب «المهذب» إلحاق «إذا» بـ «متى»، وألحقها الجمهور بـ «أن» كما ذكرنا. وحكي وجه، أن كلمة «إن» كـ «متى» في أنه لا يشترط تعجيل الإعطاء وهو شاذ. ثم قال المتولي: اشتراط الإعطاء على الفور مخصوص بالزوجة الحرة فإن قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، وقع الطلاق متى أعطته الألف وإن طال الزمان، لأنها لا تقدر على الإعطاء في المجلس غالباً، بخلاف ما إذا قال: إن أعطيتني زق خمر فأنت طالق، فإنه يشترط الفور وإن لم تملك الخمر، لأن يدها قد تشمل على خمر. قال: ولو أعطته الأمة ألفاً من كسبها، حصلت البيونة لوجود الصفة، وعليه رد المال إلى سيدها ويطلبها بمهر المثل إذا عتقت.

فرع: المراد بالمجلس الذي يشترط فيه الإعطاء مجلس التواجب وهو ما يحصل به الارتباط بين الإيجاب والقبول، ولا نظر إلى مكان العقد. وفي وجه حكاه ابن كج وغيره، أنه يقع الطلاق إذا أعطته قبل تفرقهما وإن طالت المدة. والصحيح الأول.

القسم الثاني: إذا بدأت بسؤال الطلاق فأجابها، فهو معاوضة فيها شوب جعالة. والصحيح لها الرجوع قبل أن يجيبها، لأن هذا حكم المعاوضة والجعالة، وسواء أتت بصيغة تعليق كقولها: إن طلقنتي أو متى طلقنتي فلك كذا، أو قالت: طلقني على كذا، فهو معاوضة في الحالين، ويشترط أن يطلقها في مجلس التواجب،

سواء فيه صيغة المعاوضة والتعليق، وسواء علقت بـ«إن» أو بـ«متى». فلو طلقها بعد مدة طويلة، كان طلاقاً مبتدأً. ولو قالت: طلقني ثلاثاً على ألف فطلق واحدة على ثلث الألف، أو اقتصر على قوله: طلقتك واحدة، وقعت الواحدة واستحق ثلث الألف. كما لو قال: رد عبيدي ولك ألف، فرد أحدهم. وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يقع شيء وغلط قائله.

فرع: قال لامرأته: خالعتكما أو طلقتكما، أو أنتما طالقان بألف، فقبلت إحداهما فقط، لم يقع شيء. وقيل: يصح في حق القائمة والصحيح الأول. ولو قال: طلقك إحداكما بألف ولم يعين فقالتا: قبلنا، لم يصح ذكره البغوي. ولو قال: خالعتك وضررتك بألف. فقالت: قبلت، صح الخلع، ولزمها الألف، لأن الخطاب معها وحدها وهي مختلعة لنفسها، وقابلة لضررتها كالأجنبي. ولو قالتا له: طلقنا بألف فطلق إحداهما، طلقك دون الأخرى. وهل يلزمها مهر المثل أم حصتها من المسمى إذا وزع على مهر مثلهما، أم نصف المسمى؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها الأول، وتجري الأقوال في الواجب على كل واحدة إذا طلقهما.

قال الشيخ أبو حامد: والخلاف مخصوص بصورة الإطلاق. أما لو قال: طلقتكما على ألف مناصفة، أو قالتا: طلقنا على ألف مناصفة، فهو مناصفه بلا خلاف. ولو قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك بخمس مئة، بانت واستحق خمسمائة على الصحيح، وقيل: لا تطلق تغليبا للمعاوضة، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في أركان الخلع

وهي خمسة:

الركن الأول: الزوج، فيوجب ابتداءً أو يجيب سؤالها، ويشترط أن يكون ممن ينفذ طلاقه، فلا يصح خلع الصبي والمجنون، ويصح خلع المحجور عليه بفلس أو سفه، سواء أذن الولي أم لا، وسواء كان العوض مهر المثل أو دونه، لأن طلاقها مجاناً نافذ، ولا يجوز للمختلع تسليم المال إلى السفه، بل يسلمه إلى الولي، فإن سلمه إلى السفه وكان الخلع على عين مال، أخذها الولي من يده. فإن تركها في يده حتى تلفت بعد علمه بالحال، ففي وجوب الضمان على الولي وجهان حكاهما الحناضي. وإن تلف في يد السفه ولم يعلم الولي بالتسليم، رجع على المختلع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة العين على القول الآخر. وإن كان الخلع على دين، رجع

الولي على المختلع بالمسمى، لأنه لم يجر قبض صحيح تبرأ به الذمة، ويسترد المختلع من السفية ما سلمه إليه. فإن تلف في يد السفية، فلا ضمان، لأنه ضيع ماله بتسليمه إلى السفية، كمن باعه شيئاً وسلمه إليه وتلف عنده، هذا إذا كان التسليم إلى السفية بغير إذن الولي، فإن كان بإذنه، ففي الاعتداد بقبضه وجهان عن الداركي، ورجح الحناطي الاعتداد.

فرع: يصح خلع العبد بغير إذن سيده وبدون مهر المثل، ويدخل المهر في ملك سيده قهراً كأكسابه، ولا يسلم المختلع المال إليه بل إلى السيد. فإن سلمه إليه فعلى ما سبق في السفية، إلا أن ما يتلف في يد العبد يطالبه المختلع بضمانه إذا عتق، وما يتلف في يد السفية لا يطالبه به، لا في الحال ولا بعد الرشد، وخلع المدبر والمعتق بعضه كالقن. فإن جرت مهياة بين من بعضه حر وبين سيده، فليكن عوض الخلع من الاكساب النادرة، وليجىء فيه الخلاف.

والمكاتب يسلم إليه عوض الخلع لصحة يده واستقلاله.

الركن الثاني: المختلع يشترط في قابل الخلع من الزوجة والأجنبي، أن يكون مطلق التصرف في المال، صحيح الالتزام.

وللحجر أسباب: أحدها: الرق. فإن اختلعت الأمة نفسها بغير إذن سيدها، نظر إن اختلعت بعين ماله، فقولان: أحدهما: يقع الطلاق رجعيًا كالسفيهة والمشهور أنه يقع بائناً كالخلع على خمر، وهل المستحق عليها مهر المثل أم بدل العين؟ قولان: أظهرهما: الأول. وإن اختلعت على دين، بانت. وهل عليها المسمى أم مهر المثل؟ وجهان: أو قولان: أصحهما: الأول، وبه قطع العراقيون، واختاره القفال والشيخ أبو علي، ثم ما ثبت عليها باختلاعها يتعلق بذمتها تطالب به بعد العتق لا في الحال.

أما إذا اختلعت بإذن سيدها، فأما أن يبين العوض، وإما أن يطلق. فإن بين، نظر، إن كان عيناً من ماله، نفذ الخلع، واستحق الزوج تلك العين، وإن قدر ديناً، بأن قال: اختلعي بألف ففعلت، تعلق الألف بكسبها كمهر زوجة العبد. وإن زادت على ما قدر، فالزيادة في ذمتها.

وإن قال: اختلعي بما شئت، اختلعت بمهر المثل، وبالزيادة إن شاءت، وتعلق الجميع بكسبها، ذكره البغوي. وإن أطلق الإذن، اقتضى مهر المثل. فإن لم تزد عليه، ففي كسبها، وإلا فالزيادة في ذمتها، وما يتعلق بكسبها يتعلق بما في يدها من مال التجارة إن كانت مأذوناً لها. وإن جرى الخلع بإذن السيد والعوض دين، ففي كون السيد ضامناً له الخلاف السابق في مهر زوجة العبد.

فرع: اختلاع المكاتبه بغير إذن سيدها، كاختلاع الأمة بغير إذنه. وإن اختلعت بإذنه، فالمذهب والمنصوص هنا أنه كاختلاعها بغير إذن. وقيل: كاختلاع الأمة بالإذن، ولا يكون السيد هنا ضامناً بلا خلاف.

فرع: اختلاع السيد أمته التي هي تحت حر، أو مكاتب على رقبتها، قال إسماعيل البوشنجي: تحصلت فيه بعد إمعان النظر على وجهين: أحدهما: تحصل الفرقة بمهر المثل. وأصحهما: لا يصح الخلع أصلاً. السبب الثاني: الحجر بالسفه.

فإذا قال لزوجته المحجور عليها لسفه: خالعتك أو طلقتك على ألف فقبلت، وقع الطلاق رجعيًا، سواء فعلت ذلك بإذن الولي أم بغير إذنه، ولا يلزمها المال، وليس للولي صرف مالها في الخلع. فإن لم تقبل، لم يقع الطلاق، لأن الصيغة تقتضي القبول، فأشبهه الطلاق المعلق على صفة.

ولو قال لها: طلقتك على ألف إن شئت فقلت على الاتصال: شئت وقع الطلاق رجعيًا. ولو بدأت فقلت: طلقني على كذا فأجابها، وقع طلاق رجعي أيضاً.

فرع: له زوجتان: رشيدة ومحجور عليها بسفه، فقال: طلقتهما على كذا، فقبلتا، طلقت الرشيدة بائناً، وعليها مهر المثل على الأظهر، وطلقت السفهية رجعيًا، وإن قبلت إحداهما، لم يقع عليهما شيء. ولو كانتا سفيهتين، فقال: طلقتهما على ألف فقبلتا، وقع الطلاق عليهما رجعيًا. وإن قبلت إحداهما، لم يقع شيء. ولو بدأتا فقالتا: طلقنا بألف فطلقهما، وقع الطلاق على السفهية رجعيًا، وعلى الرشيدة بائناً. وإن أجاب السفهية، وقع عليها رجعيًا، وإن أجاب الرشيدة، وقع بائناً. وقوله: أنتما طالقان على ألف إن شئتما، كقوله: طلقتهما على ألف في جميع ذلك.

السبب الثالث: الجنون والصغر، فقبول مجنونة وصغيرة لا تميز لهما لغو. وقول الزوج لها: أنت طالق على كذا لغو. ولو قال ذلك لصغيرة مميزة فقبلت، فهل يقع طلاق رجعي أم لا يقع شيء؟ وجهان: رجح الإمام والغزالي المنع، والبغوي الوقوع.

السبب الرابع: المرض. فإذا اختلعت في مرض موتها، نظر، إن كان بمهر المثل، نفذ ولم يعتبر من الثلث، وإن كان بأكثر، فالزيادة كالوصية للزوج، فيعتبر من الثلث ولا يكون كالوصية للوارث لخروجه بالخلع عن الإرث. ولو اختلعت بعبد قيمته مئة، ومهر مثلها خمسون، فقد حابت بنصف العبد،

فينظر، إن خرجت المحابة من الثلث، فالعبد كله للزوج عوضاً ووصية. وحكى الشيخ أبو حامد وجهاً، أنه بالخيار بين أن يأخذ العبد، وبين أن يفسخ العقد فيه ويرجع إلى مهر المثل، لأنه دخل في العقد على أن يكون العبد كله عوضاً. والصحيح الأول، إذ لا نقص ولا تشقيص. وإن لم يخرج من الثلث، بأن كان عليها دين مستغرق، لم تصح المحابة، والزوج بالخيار، بين أن يمسك نصف العبد وهو قدر مهر المثل، ويرضى بالتشقيص، وبين أن يفسخ المسمى ويضارب الغرماء بمهر المثل. وإن كان لها وصايا آخر، فإن شاء الزوج، أخذ نصف العبد وضارب أصحاب الوصايا في النصف الآخر. وإن شاء فسخ المسمى وتقدم بمهر المثل على أصحاب الوصايا، ولا حق له في الوصية، لأنها كانت في ضمن المعاوضة وقد ارتفعت بالفسخ. وإن لم يكن دين ولا وصية ولا شيء لها سوى ذلك العبد، فالزوج بالخيار، إن شاء أخذ ثلثي العبد، نصفه بمهر المثل، وسدسه بالوصية، وإن شاء فسخ وليس له إلا مهر المثل.

فرع: مرض الزوج لا يؤثر في الخلع، فيصح خلعه في مرض الموت بدون مهر المثل، لأن البضع لا يبقى للوارث لو لم يخالع، كما لو أعتق مستولده في مرض الموت، لا يعتبر من الثلث، ولأنه لو طلق بلا عوض لم يعتبر قيمة البضع من الثلث. الركن الثالث: المعوض وهو البضع، وشرطه أن يكون مملوكاً للزوج. فأما البائنة بخلع وغيره، فلا يصح خلعه، ويصح خلع الرجعية على الأظهر لأنها زوجة. والثاني: لا لعدم الحاجة إلى الافتداء. وقيل: يصح خلعه بالطلقة الثالثة دون الثانية لتحصل البينة الكبرى. وإذا قلنا: لا يصح، فنقل الإمام وغيره عن الأصحاب، أن الطلاق يقع رجعيًا إذا قبلت كالسفيهة.

فرع: خالع مرتدة مدخولاً بها، توقف، فإن عادت إلى الإسلام قبل انقضاء العدة، تبينا صحة الخلع ولزوم المال المسمى، وإلا تبينا بطلان الخلع لانقطاع النكاح بالردة، وكذا الحكم لو ارتد الزوج بعد الدخول، أو ارتدا معاً، ثم جرى الخلع، وكذا لو أسلم أحد الزوجين الوثنيين، ثم تخالعا، وأطلق المتولي أنه لا يصح الخلع بعد تبديل الدين لأن الملك كالزائل.

الركن الرابع: العوض هو كالصداق، فيجوز قليلاً وكثيراً، عيناً وديناً، ويشترط أن يكون معلوماً متمولاً مع سائر شروط الأعواض، كالقدرة على التسليم واستقرار الملك وغيرهما، وتفصيله بصور: إحداها: لو خالع على مجهول كثوب غير معين، حصلت البينة ورجع إلى مهر المثل، ومن المجهول حمل البهيمة والجارية، سواء قال: خالعتك بما في بطنها أو على حملها. ولو خالع بألف إلى أجل مجهول، أو

خالع بشرط فاسد كشرط أن لا ينفق عليها وهي حامل، أو لا سكنى لها، أو لا عدة عليها، أو أن يطلق ضررتها، بانت بمهر المثل. وحكى المتولي وجهاً، أنه لا تحصل الفرقة في صورة الجهل وسائر صور فساد العوض، وكذا لو خالع ولم يذكر عوضاً بناء على أن الخلع فسخ، والمذهب الأول.

فرع: خالعهما على ما في كفها ولم يعلمه، أو علمه ولم نصحح بيع الغائب، بانت بمهر المثل، وإن علم وصححناه، بانت بالمسمى. فإن لم يكن في كفها شيء، ففي «الوسيط» أنه يقع الطلاق رجعيًا، والذي نقله غيره وقوعه بائنًا بمهر المثل، ويشبه أن يكون الأول فيما إذا كان عالمًا بالحال، والثاني فيما إذا ظن في كفها شيئاً. قلت: المعروف الذي أطلقه الجمهور، كأصحاب «الشامل» و«التممة» و«المستظهري» و«البيان» وغيرهم، وقوعه بائنًا بمهر المثل، وهو مقتضى كلام إمام الحرمين. والله أعلم.

الصورة الثانية: خالعهما على ما ليس بمال كخمر أو حر، بانت. وهل يرجع عليها بمهر المثل، أم يبدل المذكور؟ قولان: أظهرهما: الأول.

ولو خالع على مغصوب، فكذلك، ويفرق بين أن يقول: خالعتك على هذا العبد فبان حراً، وبين قوله: خالعتك على هذا الحر في أصح الطريقتين، كما سبق في الصداق حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية، لفساد الصيغة، وكذا يفرق بين قوله: خالعتك على هذا العبد فبان مستحقاً، وبين قوله: خالعتك على هذا المغصوب حتى يقطع بمهر المثل في الصورة الثانية. وعن القاضي حسين وجه فيما إذا خالع على خمر أو مغصوب: وقع الطلاق رجعيًا، لأن المذكور ليس بمال، فلا يظهر طمعه في شيء، والصحيح الأول، وبه قطع الأصحاب. ولو خالع على دم، وقع الطلاق رجعيًا، وعللوه بأنه لا يقصد بحال، فكأنه لم يطمع في شيء.

والخلع على الميتة، كالخمر لا كالدّم، لأنها قد تقصد للضرورة وللجوارح.

الصورة الثالثة: الخلع على مالا يقدر على تسليمه، ومالا يتم ملكه عليه، كالخلع على خمر في جريان القولين فيما يرجع به من مهر المثل والبدل.

ولو خالع على عين فتلفت قبل القبض، أو خرجت مستحقة، أو معيبة فردها أو فاتت منها صفة مشروطة فردها، ففيم يرجع به القولان. ولو خالعهما على ثوب في الذمة ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوباً بالصفة فبان معيباً، فله رده ويطالب بمثله سليماً كما في السلم.

وإن قال: إن أعطيتني ثوباً بصفة كذا فأنت طالق، فأعطته ثوباً بتلك الصفة،

طلقت. فإن خرج معيباً فردّه، عاد القولان في أنه يرجع بمهر المثل أم بقيمة ذلك الثوب سليماً؟

الصورة الرابعة: التوكيل بالخلع من الجانبين جائز. فأما وكيل الزوج، فإن قدر له مالاً بأن قال: خالعه بمائة، فينبغي أن يخالعه بالمائة فأكثر، ولا ينقص. فإن خالعه بمائة وثوب، فهو كما لو قال: بع عبي بمائة فباعه بمائة وثوب وقد سبق.

وإن أطلق التوكيل في الخلع، فينبغي أن يخالعه بمهر المثل وأكثر، ولا ينقص. وصورة إطلاق التوكيل أن يقول: وكلتك في خلع زوجتي، أو خالعه ولا يذكر مالاً، ويكفي هذا في التصوير إن قلنا: إن مطلق الخلع يقتضي مالاً، وإن قلنا: لا يقتضيه، اشترط أن يقول: خالعه بمال.

فإن نقص الوكيل عن المائة في صورة التقدير، فالنص لا يقع الطلاق، وإن نقص عن مهر المثل في صورة الإطلاق، فالنص وقوعه.

وللأصحاب فيه طرق، مجموعها خمسة أقوال: أظهرها: يقع الطلاق في صورة الإطلاق بمهر المثل، ولا خيار للزوج، ولا يقع في صورة التقدير عملاً بالنصين، لتصريح المخالفة في صورة التقدير. والثاني: لا يقع فيهما كالمخالفة في البيع والثالث: يتحتم وقوع الطلاق بئناً فيهما، ويتخير الزوج بين المسمى ومهر المثل. والرابع: يتخير بين المسمى وبين ترك العوض، وجعل الطلاق رجعيّاً. والخامس: إن رضي بالمسمى، فذاك، وإلا فلا طلاق.

وخلع الوكيل بغير نقد البلد، أو غير جنس المسمى، وبالمؤجل، كخلعه بدون المقدر أو دون مهر المثل، ففيه الخلاف المذكور.

وأما وكيل الزوجة، فإذا أن يقدر له العوض، وإما لا. الحالة الأولى: قدرت فقالت: اختلعتني بمائة، فإن اختلعه بها أو بما دونها بالوكالة عنها، نفذ. والقول في أنه هل يطالبه الزوج يأتي في «فصل خلع الأجنبية» إن شاء الله تعالى.

وإن اختلعت بأكثر من مئة وأضاف إليها فقال: اختلعتها بكذا من مالها بوكالتها، فالمنصوص وقوع الطلاق بئناً. وخرج المزني قولاً أنه لا يقع الطلاق. ونقل الحناطي قولاً، أنه يقع ولا يلزمها ولا الوكيل شيء. والمشهور حصول البينة. فعلى هذا، يلزمها مهر المثل على الأظهر، وهو نصه في «الاملاء». ونص في «الأم»، أنه يلزمها أكثر الأمرين مما سمته هي، ومن أقل الأمرين من مهر المثل، وما سماه الوكيل. فإن كان مهر المثل زائداً على ما سماه الوكيل، لم تجب الزيادة على

ما سماه على هذا القول، وكذا لو كان ما سماه الوكيل أكثر من مهر المثل، لم تجب الزيادة. فلو سمت مئة وسمى الوكيل مائتين، ومهر المثل تسعون، فالواجب تسعون على القول الأول، ومائة على الثاني.

ولو كان مهر المثل مئة وخمسين، فالواجب مئة وخمسون على القولين. ولو كان مهر المثل ثلاثمائة، لم يجب على القول الثاني إلا مائتان. وحكى قول ثالث، أنها بالخيار، إن شاءت أجازت بسمى الوكيل، وإن شاءت ردت وعليها مهر المثل. وأما مطالبة الوكيل بما عليها، فقال الأصحاب: لا يطالب إلا أن يقول: إني ضامن فيطالب بما سمي، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب في طرقهم، وفي «المختصر» تعرض لمثله، وفي «المجرد» للحناطي قول شاذ، أنه لا أثر لهذا الضمان. وقال الإمام: ينبغي أن يكون أثر الضمان في مطالبته بما تطالب به المرأة، ولا تطالب بزيادة عليه وهذا ضعيف.

ثم إذا غرم الوكيل للزوج، قال البغوي: لا يرجع عليها إلا بما سمت، ويجيء فيه قول إنه يرجع بالواجب عليها وهو مهر المثل أو أكثر الأمرين كما سنذكره إن شاء الله تعالى فيما إذا اختلعت ولم يصف إليها.

أما إذا اختلعت وأضاف إلى نفسه، فهو اختلاع أجنبي والمال عليه.

ولو أطلق ولم يصف إليها ولا إليه، فإن قلنا بالمشهور، فعلى الوكيل ما سماه، وفيما عليها منه قولان: أظهرهما: عليها ما سمت والباقي على الوكيل، فعلى هذا لو طالب الزوج الوكيل به، رجع على الزوجة بما سمت. والثاني: عليها أكثر الأمرين مهر المثل وما سمت. فإن بقي شيء مما سمي فعلى الوكيل. وإن زاد مهر المثل على ما سمي الوكيل، لم تجب تلك الزيادة، لأن الزوج رضي بما سمي الوكيل. ولو أضاف ما سمت إليها والزيادة إلى نفسه، ثبت المال كذلك.

ولو خالف الوكيل في جنس العوض بأن قالت: خالع على دراهم، فخالع بدنانير أو ثوب، فوجهان: أحدهما عن القاضي حسين: ينصرف الاختلاع عنها فيلغو إن أضاف إليها، ويقع عن الوكيل إن أطلق. وأصحهما: وبه قطع البغوي، تحصل البينونة، ثم ينظر، إن أضاف الخلع إلى مالها. ولم يقل: وأنا ضامن، فالرجوع عليها بمهر المثل على الأظهر، وبأكثر من مهر المثل وبدل ما سمت في القول الثاني. وإن قال: وأنا ضامن أو لم يصف العقد إليها، لم يرجع إلا ببذل ما سمت.

الحالة الثانية: إذا أطلقت التوكيل، فمقتضاه الاختلاع بمهر المثل. فإن نقص عنه أو ذكر فيه أجلاً، فقد زادها خيراً، وإن زاد على مهر المثل، فهو كما لو قدرت فزاد على المقدر، وحكمه ما سبق، لكن لا يجيء قول وجوب أكثر الأمرين.

فرع: اختلعها وكيلها بخمر أو خنزير، بانت ولزمها مهر المثل، سواء أطلقت التوكيل، أو سمت الخمر والخنزير. وقال المزني: لا يصح التوكيل إذا سمت الخمر، ولا ينفذ معه خلع الوكيل. ولو خالع وكيل الزوج على خمر أو خنزير، وكان قد وكله بذلك، فقد طرد أبو الفرج الزاز فيه مذهبا ومذهب المزني.

فرع: في فتاوى البغوي

قالت لوكيلها: اختلعتني بطلقة على ألف، فاختلعها بثلاث طلقات على ألف، فإن أضاف إليها، لم يقع إلا طلقة، وإلا وقع الثلاث، وليس عليها إلا ثلث الألف، لأنه لم تحصل مسألته إلا بثلاث الألف، وعلى الوكيل البقية. وفي هذا نظر، وسيأتي إن شاء الله تعالى أنها لو قالت: طلقني واحدة بألف فطلقها ثلاثاً، وقع الثلاث واحدة منها بالألف، وفيها أنها لو قالت: اختلعتني من زوجي بثلاث على ألف، فاختلعها واحدة على ألف، فإن أضاف إليها، لم يقع، وإلا وقع وعلى الوكيل ما سماه. وأن الرجل لو قال لوكيله: خالعها ثلاثاً بألف، فخالع واحدة على ألف، وقع لأنه زاد خيراً.

وأنه لو وكله بتطبيقها بألف، ووكل آخر بتطبيقها بألفين، فأيهما سبق وقع الطلاق بما سمى. وإن أوجبا معاً، فقالت: قبلت منكما، أو كانت وكلت وكيلين أيضاً، فقبل وكيلها من وكيله معاً، لم يقع شيء، كما لو وكل رجلاً ببيع عبده بألف، وآخر ببيعه بألفين فعقدا معاً لا يصح البيع.

وفي فتاوى القفال، أنه لو وكله بتطبيق زوجته ثلاثاً، فطلقها واحدة بألف، وقعت رجعية ولا يثبت المال، ومقتضى هذا أن يقال: لو طلقها ثلاثاً بألف، لا يثبت المال أيضاً، ولا يبعد أن يقال: يثبت المال وإن لم يتعرض الزوج له كما لو قال: خالعها بمائة فخالع بأكثر.

الركن الخامس: الصيغة، ولا بد منها، ويشترط أن لا يتخلل بين الإيجاب والقبول كلام أجنبي، فإن تخلل كلام كثير، بطل الارتباط بينهما، وإن تخلل كلام يسير، لم يضر على الصحيح.

فصل: سألت زوجها طلاقاً بعوض، وارتدت عقب السؤال ثم أجابها، فينظر، إن كان قبل الدخول، تنجزت الفرقة بالردة فلا مال عليها ولا طلاق. وإن كان بعد الدخول، فالطلاق موقوف. فإن أصرت حتى انقضت العدة، فلا مال ولا طلاق. وإن أسلمت قبلها، تبينا وقوع الطلاق ولزمها المال، وحسبت العدة من وقت الطلاق. ولو قالت له امرأتاه: طلقنا بألف، ثم ارتدتا ثم أجابهما، فإن لم يكن دخل

بهما، لغا الطلاق، وكذا لو كان دخل بهما وأصرتا حتى انقضت العدة. وإن أسلمتا قبلها، تبينا وقوع الطلاق عليهما.

وهل العوض الواجب على كل واحدة مهر المثل، أم نصف المسمى، أم حصتها منه إذا وزع على مهر مثلهما؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول. وإن أصرت إحداهما وأسلمت الأخرى، لم يقع الطلاق على المصرة، ويقع على المسلمة، وفيما يلزمها الأقوال: وفي وجه يلزمها كل المسمى، حكاه الحناطي.

ولو ارتدت إحداهما ثم أجابهما وكان قبل الدخول أو بعده وأصرت حتى انقضت العدة، طلقت المسلمة دون المرتدة.

ولو ابتدأ الزوج فقال: طلقكما بألف، فارتدتا، ثم قبلتا، فإن لم يدخل بهما أو دخل وأصرتا، لغا الخلع. وإن دخل بهما وأسلمتا في العدة، طلقتا، وإن أسلمت إحداهما وأصرت الأخرى، لم تطلق واحدة منهما، كما لو قبلت إحداهما دون الأخرى، وقد سبق أنه إذا ابتدأ الزوج بالإيجاب، فلا بد من قبولهما بخلاف ما إذا ابتدأتا.

ولو خاطبهما كما ذكرنا وارتدت إحداهما ثم قبلتا، فإن كانت المرتدة غير مدخول بها، أو مدخولاً بها وأصرت حتى انقضت العدة، فلا طلاق فيهما. وإن أسلمت في العدة، طلقتا. ولو ارتدتا بعد الدخول ثم قالتا: طلقنا بألف فأجابهما ثم أسلمتا، طلقتا. وحكى الحناطي خلافاً، في أنه يقع رجعيّاً أم ببذل، وهذا الخلاف عجيب.

قلت: الصواب وقوعه بائناً ببذل، كما أشار إليه الرافعي. والله أعلم.

فصل: قال الزوج: خالعتك بألف درهم، فقالت: قبلت الألف، ففي «فتاوي القفال» أنه يصح ويلزم الألف وإن لم تقل: اختلعت. وكذا لو قال الأجنبي: خالعت زوجتي بألف، فقال: قبلته. وإنَّ أبا يعقوب غلط فقال في حق المرأة: يشترط قولها: اختلعت، ولا يشترط في الأجنبي.

فصل: قالت: طلقني على ألف، فقال: طلقتك، كفى وإن لم يسم المال، كذا أطلقوه، ويمكن جري خلاف فيه.

ولو قال المتوسط لها: اختلعت نفسك منه بكذا؟ فقالت: اختلعت، ثم قال للزوج وهو في المجلس: خالعتها؟ فقال: خالعت، صح الخلع على المذهب، وبه قطع البغوي قال البغوي: ولو لم تسمع المرأة قول الزوج، وسمع السفير كلامهما، كفى، والإسماع ليس بشرط، ألا ترى أنه إذا خاطب أصم فأسمعه غير المخاطب وقبل، صح العقد.

فصل: إذا طلقها على عوض أو خالعتها، فلا رجعة له، سواء كان العوض صحيحاً، أو فاسداً، سواء قلنا: الخلع فسخ أو طلاق. فلو قال: خالعتك أو طلقتك بدينار على أن عليك الرجعة، فنقل الربيع والمزني، أنه يقع الطلاق رجعيّاً ولا مال. وخرج المزني ونقل الربيع قولاً آخر أنه يلغو شرط الرجعة، وتحصل البينونة بمهر المثل. فقال ابن سلمة وابن الوكيل: في المسألة قولان، وبه قطع الإمام والبعوي، ورجحنا البينونة بمهر المثل، وذهب ابن سريج وأبو إسحاق وجمهور الأصحاب إلى القطع بوقوعه رجعيّاً بلا مال. ولو خالعتها بمائة على أنه متى شاء رد المائة، وكان له الرجعة، نص الشافعي رحمه الله أنه يفسد الشرط، وتحصل البينونة بمهر المثل، فقليل بطرد الخلاف. وقيل بالجزم بالمنصوص، لأنه رضي بسقوط الرجعة هنا، ومتى سقطت لا تعود.

فصل: لو وكل امرأة بطلاق زوجته أو خلعها، صح على الأصح، وقيل: لا، لأنها لا تستقل. ولو وكلت الزوجة امرأة باختلاعها، جاز بلا خلاف، ويجوز أن يكون وكيل الزوجة والزوج ذمياً، لأنه قد يخالع المسلمة ويطلقها، ألا ترى أنها لو أسلمت وتخلف، فخالعها في العدة ثم أسلم، حكم بصحة الخلع، ويجوز أن يوكل الزوج بالخلع العبد والمكاتب، والسفيه المحجور عليه، ولا يشترط إذن السيد والولي، لأنه لا يتعلق في الخلع عهدة توكيل الزوج، ولا يجوز أن يوكل المحجور عليه في القبض. فإن فعل وقبض، ففي «التتمة» أن المختلع يبرأ، ويكون الزوج مضيقاً لماله. ولو وكلت المرأة في الاختلاع عبداً، جاز سواء أذن السيد أم لا. فإن كان الاختلاع على عين مالها، فذاك. وإن كان على مال في الذمة، نظر، إن أضافه إليها، فهي المطالبة. وإن لم يضاف بل أطلق، فإن لم يأذن السيد في الوكالة، جاز للزوج مطالبته بالمال بعد العتق. وإذا غرم، رجع على الزوجة إذا قصد الرجوع. وإن أذن في الوكالة، تعلق المال بكسبه، كما لو اختلعت الأمة بإذن السيد. وإذا أدى في كسبه، ثبت الرجوع على الموكلة. ولو وكلت في الاختلاع محجوراً عليه لسفه، قال البغوي: لا يصح. وإن أذن الولي، فلو فعل وقع الطلاق رجعيّاً، كاختلاع السفهية، وهذا على ما ذكره المتولي فيما إذا أطلق. وأما إذا أضاف المال إليها، فتحصل البينونة ويلزمها المال إذ لا ضرر على السفهية.

فرع: الواحد لا يتولى طرفي الخلع بالوكالة، كالبيع وسائر العقود. فلو وكل الزوجان رجلاً تولى ما شاء من الطرفين مع الزوج الآخر أو وكيله. وقيل: يجوز أن يتولى طرفي الخلع، لأن الخلع يكفي فيه اللفظ من جانب، والإعطاء من جانب. وعلى هذا، ففي الإكتفاء بأحد شقي العقد خلاف، كبيع الأب ماله لولده، والصحيح الأول.

فصل: يجوز أن يكون عوض الخلع منفعة، ويصح عقد الإجارة عليها. فلو خالعهما على إرضاع ولده أو حضانتها مدة معلومة، جاز، سواء كان الولد منها أو من غيرها، ويشبه أن يكون الجمع بينهما واستتباع أحدهما إذا أفرد على ما سبق في الإجارة.

وفي إبدال الصبي المعين وانفساخ العقد بموته، خلاف سبق في الإجارة. والمذهب الانفساخ، وهو المنصوص في «المختصر» وأكثر الكتب ورجحه الجمهور. وامتناع الصبي من الارتضاع والتقام الثدي، كالموت. فإن قلنا بالانفساخ، فذلك فيما بقي من المدة، ولا تنفسخ في الماضي على المذهب. وقيل: قولان من تفريق الصفة، فإن انفسخ فيما مضى رجع عليها بمهر المثل على الأظهر. وعلى القول الآخر، بأجرة مثل الارتضاع تلك المدة، وعلى الزوج لها أجرة الارتضاع في المدة الماضية. وإن لم تنفسخ في الماضي، فعلى الأظهر يرجع بقسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع مهر المثل على المدتين. وعلى الثاني: يرجع بأجرة مثل ما بقي من المدة. وإن قلنا: لا ينفسخ العقد، فإن أتى بصبي مثله لترضعه، فذاك، وإن لم تأت به مع الإمكان حتى مضت المدة، فوجهان: أحدهما: يبطل حقه ولا شيء عليها، كما لو لم ينتفع المستأجر بعد قبضه العين، تستقر عليه الأجرة. والثاني: يلزمها قسط المدة الباقية من مهر المثل إذا وزع على المدتين، كما إذا تلف المبيع في يد البائع، يكون من ضمانه وإن تمكن المشتري من القبض، وهذا أصح عند الشيخ أبي حامد. ومقتضى كلام البغوي ترجيح الأول.

قلت: الأصح الوجه الثاني. والله أعلم.

ولو لم يأت بصبي آخر لعجزه، فقد قطع البغوي وغيره، بأن الحكم فيه كما إذا حكمنا بالانفساخ، والوجه أن يطرد فيه الخلاف، ولا فرق بين العجز وعدمه كما سبق في «الإجارة» فيما لو تلف الثوب المعين للخياطة وقلنا: لا تنفسخ الإجارة، فلم يأت المستأجر بثوب مثله حتى مضت مدة الإجارة، فإن في استقرار الأجرة وجهين: سواء امتنع من الإبدال لعجزه أو مع القدرة.

قلت: الصحيح، ما جزم به البغوي وموافقه. والله أعلم.

فرع: لو أضاف إلى الإرضاع والحضانة نفقته مدة، بأن خالعهما على كفالة ولده عشر سنين، ترضعه منها سنتين، وتنفق عليه تمام العشر وتحضنه، نظر، إن بين النفقة كل يوم من الطعام والأدم كالزيت واللحم، وكسوته كل فصل أو سنة، وكان ذلك مما يجوز السلم فيه، ووصفه بالأوصاف المشروطة في السلم، ففي صحة الخلع بما سمى طريقان: أحدهما: القطع بالصحة، لأن المقصود الكفالة، وهذه الأمور تابعة.

والثاني: على قولين - لأنه جمع بين بيع وإجارة، ولأنه سلم في أجناس - .
أظهرهما: الصحة أيضاً.

فإن أبطلناه، فهل يرجع بمهر المثل أم ببدل الأشياء المذكورة؟ قولان:
أظهرهما: الأول، ومنهم من قطع به هنا، لأنه لو رجع إلى بدل الأشياء لأثبتناها.
وإن صححنا، فهو في الطعام والشراب، فيخير بين أن يستوفيه بنفسه ويصرفه
إلى الولد، وبين أن يأمرها بالصرف إليه. قال ابن الصباغ: ينبغي أن يجيء فيه
الخلاص المذكور، فيما إذا أذن الحاكم للملتقط في الإنفاق على اللقيط من ماله،
بشرط الرجوع.

قلت: ليس هو مثله، بل يجوز هذا قطعاً والفرق ظاهر. والله أعلم.
ثم إن عاش الولد حتى استوفى المنفعة والعين، فذاك، فإن خرج زهيداً وفضل
من المقدر شيء، فهو للزوج، وإن كان رغباً واحتاج إلى زيادة، فهي على الزوج.
وإن مات الولد، فله حالان:

أحدهما: أن يموت قبل تمام مدة الإرضاع، ففيه الخلاف السابق في انفساخ
العقد، وجواز الإبدال، فإن حكمنا بالانفساخ، ومنعنا الإبدال، انفسخ فيما بقي من
المدة، وفي انفساخه فيما مضى وفي الطعام والكسوة خلاف تفريق الصفقة. والأظهر
عدم الانفساخ. وإذا قلنا: لا ينفسخ، استوفى الزوج الطعام والكسوة، ويرجع بما
انفسخ العقد فيه من المدة إلى أجرة المثل في قول، وإلى حصته من مهر المثل على
الأظهر، وبيان الحصة بأن يُقَوِّم الطعام والأدم والكسوة، وما مضى من المدة، وما
بقي، ويعرف نسبة قيمة الباقي من المدة من الجميع، فيجب من مهر المثل بتلك
النسبة، وإذا قلنا: يتعدى الانفساخ إلى المدة الماضية والنفقة، رجع إلى مهر المثل
على الأظهر، وإلى بدل الجميع على الثاني، وترجع الزوجة بأجرة ما مضى من مدة
الإرضاع، وقد يقع التقاص، هذا هو المذهب. وعن القاضي أبي الطيب، أن
الواجب قسط ما سوى المدة الماضية من مهر المثل، وتسقط حصتها وتجعل منفعتها
مستوفاة.

الحال الثاني: أن يموت بعد ارتضاعه المدة بكمالها، فيبقى استحقاق النفقة
والكسوة، وهل يتعجل الاستحقاق أم يبقى منجماً كما كان؟ وجهان: أحدهما:
الثاني.

ولو انقطع جنس بعض الأشياء المذكورة، ففيه القولان السابقان في انقطاع
المسلم فيه. أحدهما: ينفسخ العقد. فعلى هذا ينفسخ في المنقطع، ولا ينفسخ في
الأعيان المقبوضة على الأظهر، كما لو اشترى عبيدين، فقبض أحدهما وتلف الآخر

ولا في الحضانة والإرضاع على المذهب، لبعد ما بينهما، فإن حكم بالانفساخ في الجميع غرم لها بدل ما استوفى من العين والمنفعة، وله عليها مهر المثل على الأظهر. وفي قول: بدل المسمى. وإن قلنا: لا يفسخ إلا في المنقطع، رجع إلى حصته من مهر المثل على الأظهر، وإلى بدل المنقطع في قول. والقول الثاني في الأصل وهو الأظهر، أن انقطاع المسلم فيه لا يقتضي الانفساخ، لكن يثبت له خيار الفسخ، فله الفسخ في الجميع. وهل له الفسخ في المنقطع وحده؟ فيه الخلاف السابق فيمن اشترى عبيدين فوجد أحدهما معيباً وأراد إفراده بالرد، قال المتولي: وله الفسخ في الأعيان دون المنافع على المذهب لبعد ما بينهما جنساً وعقداً. وإذا أفرد المنقطع بالرد وجوزناه، ففيما يرجع به القولان. هذا كله إذا كان المذكور مما يجوز السلم فيه، ووصف بالصفات المشروطة في المسلم فيه، فإن لم توصف، أو كان مما لا يجوز السلم فيه كالثياب المخيطة، والمحشوة، والمطبوخ والمشوي من الطعام، فالمسمى فاسد، والرجوع إلى مهر المثل بلا خلاف.

الباب الثالث: في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها

فيه أطراف:

الأول: في الألفاظ الملزمة وفيه مسائل:

إحداها: صيغة المعاوضة ملزمة، فإذا قال: طلقتك، أو أنت طالق على ألف، فقبلت، صح الخلع ولزم الألف. ولو قال: أنت طالق وعليك ألف، أو لي عليك ألف، نظر، إن لم يسبقه استيجاب بل ابتداء الزوج به، وقع الطلاق رجعيّاً قبلت أم لا، ولا مال، بخلاف قولها: طلقني ولك علي ألف فأجابها فإنه يقع بائناً بالألف، لأن المتعلق بها من عقد الخلع الالتزام، فيحمل لفظها عليه، والزوج ينفرد بالطلاق. فإذا لم يأت بصيغة المعاوضة، حمل على ما ينفرد به وصيغته خبر. فلو قال: أردت بقولي: وعليك ألف الإلزام وقصدت ما يقصده القائل بقوله: طلقتك على ألف، لم يصدق. فإن وافقته، فوجهان: أحدهما: لا يؤثر توافقهما، لأن اللفظ لا يصح للإلزام. وأصحهما: يؤثر فتبين بالألف. فعلى الأول لا يحلف على نفي العلم إذا أنكرت، لأنها لو صدّفته لم تؤثر. وعلى الثاني، يحلف. ومقتضى الثاني انعقاد البيع بقوله: بعتك ولي عليك كذا، تفريعاً على انعقاد البيع بالكناية، أما إذا سبق استيجاب، فإن لم تذكر عوضاً بأن قالت: طلقني، فحكمه كما لو لم تطلب. وإن ذكرته مبهماً بأن قالت: طلقني ببذل، فإن عين الزوج البذل في الجواب فقال: طلقتك وعليك ألف، فهو كما لو ابتداء فقال: طلقتك على ألف. فإن قبلت، بانت بالألف،

وإلا فلا طلاق. وإن أبهم الجواب فقال: طلقتك بالبدل، أو طلقتك، بانت بمهر المثل. وإن عينت البدل، فقالت: طلقني، فقال: طلقتك وعليك ألف، بانت بالألف وذكر المتولي أنه لو لم يسبق منها طلب، وشاع في العرف استعمال هذا اللفظ في طلب العوض والإزامة، كان كقوله: طلقتك على ألف. ولو اختلفا، فقال الزوج: طلبت مني الطلاق ببدل، فقلت في جوابك: أنت طالق وعليك ألف، فقالت: بل ابتدأت فلا شيء لك، صدقت بيمينها في نفي العوض ولا رجعة له لقوله.

المسألة الثانية: قال: أنت طالق أو طلقتك على أن لي عليك ألفاً، فهو كقوله: أنت طالق على ألف. فإذا قبلت، بانت ولزمها المال، هذا هو الصواب المعتمد، وهو نصه في «الأم» وفي «عيون المسائل»؛ وقطع به صاحب «المهذب» وسائر العراقيين. ومقتضاه انعقاد البيع بقوله: بعتك هذا على أن يكون لي عليك ألف، وأدنى درجاته أن يجعل كناية في البيع. وقال الغزالي: يقع الطلاق رجعيًا ولا مال. قال: فإن فسر بالإلزام، ففي قبوله وجهان: قال صاحب «التقريب»: لا، وغيره: نعم.

المسألة الثالثة: قال: أنت طالق إن ضمننت لي ألفاً، أو إن ضمننت لي ألفاً فأنت طالق، فقالت في مجلس التواجب: ضمننت، طلقك ولزمها ألف. ولو قالت: متى ضمننت لي ألفاً فأنت طالق، لم يعتبر المجلس بل متى ضمننت طلقك، وليس للزوج الرجوع قبل الضمان. ولو أعطته المال ولم تقل: ضمننت أو قال: شئت بدل ضمننت، لم تطلق. ولو ضمننت ألفين، طلقك لوجود الصفة المعلق عليها مع زيادة، بخلاف قوله: طلقتك على ألف، فقالت: قبلت بألفين، لأن تلك صيغة معاوضة فيشترط فيها توافق الإيجاب والقبول.

فرع: قال الزوج لها: أمرك بيدك، أو جعلت أمر الطلاق إليك، فطلقني نفسك إن ضمننت لي ألفاً، فقالت: ضمننت وطلقت نفسي، أو قالت: طلقك وضمننت، بانت بالألف، ويكون الضمان والطلاق مقترنين، سواء قدمت لفظ الطلاق، أو الضمان، كما لو قال: طلقتك إن ضمننت لي ألفاً، فقالت: ضمننت، يقع الطلاق ويثبت المال مقترنين، وإن تعاقب اللفظان، فلو ضمننت ولم تطلق، أو طلقك ولم تضمن، لم يقع الطلاق. وإذا جمعتهما، اشترط كون الضمان في المجلس قطعاً، ويشترط كون التطبيق في المجلس أيضاً على المذهب، ولا يشترط إعطاء المال في المجلس قطعاً. وهل المراد بالمجلس مجلس التواجب، أم مجلس القعود؟ وجهان: أحدهما: الأول، وقد سبق في أول الكتاب. ولا يخفى أن المراد بالضمان في هذه المسائل القبول والالتزام دون الضمان المفتقر إلى أصيل.

المسألة الرابعة: سبق أنه إذا علق الطلاق بالإعطاء، لا يقع إلا بالإعطاء في المجلس على الصحيح، إلا إذا كان بصيغة «متى» وما في معناها، فلا تختص بالمجلس، وكل ذلك جارٍ في قوله: إن أقبضتيني كذا، أو أدّيت إلي كذا. ولو قال: أنت طالق إن شئت، أو أنت طالق على ألف إن شئت، اشترط وجود مشيئتها في مجلس التواجب، بخلاف التعليق كسائر الصفات، لأنه استدعاء لجوابها واستبانة رغبتها. وحكى الحناطي قولاً أنه لا يشترط المجلس ويقع الطلاق متى شئت، كسائر التعليق والمجلس مجلس التواجب على الصحيح كما سبق. وإذا قالت في المجلس: شئت وقبلت، فقد تم العقد فتطلق ويلزم المال، ولا يشترط تسليم المال في المجلس. وإن اقتصر على قولها: شئت، أو قبلت، فثلاثة أوجه: أصحها: عند الغزالي: يكفي، لأن كلا منهما يشعر بالرضى والالتزام، وهذا مقتضى كلام الشيخ أبي حامد. والثاني: لا بد من الجمع بينهما، لأنه لو اقتصر على قوله: أنت طالق كان جوابها قبلت، ولو اقتصر على قوله: أنت طالق إن شئت، كان جوابها شئت، فإذا جمعهما، اشترط جمعهما في الجواب. والثالث: يكفي قولها: شئت، ولا يكفي قولها: قبلت، لأن القبول ليس مشيئة، ولهذا لو قال: أنت طالق إن شئت، فقالت: قبلت، لم تطلق، وبهذا قطع المتولي، واختاره الإمام فيما حكى عنه المعلق.

قلت: هذا الثالث، هو الأصح بل الصحيح. والله أعلم.

فعلى الثالث: لا رجوع للزوج على قاعدة التعليقات، وعلى الثاني: في جواز رجوعه وجهان: لتردده بين التعليق والمعاوضة. ولو علق طلاقها بالمشيئة بصيغة «متى» طلقت متى شئت، ولا يختص بالمجلس كسائر الصفات. ولو قالت: طلقني بألف درهم، فقال: أنت طالق على ألف إن شئت، فليس بجواب لها لما فيه من التعليق، فيتوقف على مشيئة مستأنفة. ولو نكّر فقال: على ألف ونوى ما ذكرت، فكذلك الحكم. وإن نوى غير الدراهم، فقد نقل الحناطي أنه يقع طلاق رجعي، ولا بدل، وخرج من عنده أنه لا طلاق حتى يتصل به القبول والمشيئة، كما لو ابتدأ به، وهذا هو القياس الحق. ولو لم ينو شيئاً، فقد حكى وجهين في وقوعه رجعيّاً أو بائناً، ووجهين إن وقع بائناً في أن الواجب مهر المثل أم المسمى؟ ومقتضى جعله مبتدئاً أن لا يقع الطلاق إلا أن يتصل به قبول ومشيئة.

المسألة الخامسة: في حقيقة الإعطاء المعلق عليه. فإن سلمت المال إليه فقبضه، فذاك، وإن وضعت بين يديه، كفى ووقع الطلاق وإن امتنع من قبضه على الصحيح، لأنها أعطته وهو يفوت حقه. وقيل: لا يكفي الوضع، فلا يقع به الطلاق،

وهو ضعيف غريب. فإذا أعطته، دخل في ملكه على الصحيح. وقيل: لا بل يردّه، ويرجع بمهر المثل، ويجري هذا الوجه في قوله: إن ضمنّت لي ألفاً فأنت طالق، فقالت: ضمنّت، لأن لزوم المال بمجرد قولها بعيد، كدخوله في ملكه بمجرد الإعطاء. وإذا قال: متى أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، فبعثته على يد وكيلها، فقبضه الزوج، لم تطلق، لأنها لم تعط هي، وكذا لو أعطته عن الألف عوضاً، أو كان لها عليه ألف درهم فتقاصا، لم تطلق. ولو حضرت وقالت لوكيلها الحافظ لمالها: سلم إليه، فسلمه، طلقت وكان تمكينها الزوج من المال المقصود إعطاء، قاله المتولي. ولو علق الطلاق بالإقباض فقال: إن أقبضتني كذا فأنت طالق، فوجهان: أحدهما: وبه قطع المتولي: أنه تعليق محض، لأن الإقباض لا يقتضي التملك، بخلاف الإعطاء. فعلى هذا، لا يملك المقبوض وليس له مهر المثل، بل يقع الطلاق رجعيّاً. ولا يختص الإقباض بالمجلس كسائر التعليقات. والثاني: أن الإقباض كالإعطاء على ما ذكرنا فيه. ولو قالت: إن قبضت منك كذا، فهو كقوله: إن أقبضتني، ويعتبر في القبض الأخذ باليد، ولا يكفي الوضع بين يديه، لأنه لا يسمى قبضاً، ولو بعثته مع وكيلها، لم يكف. ولو قبض منها مكرهة، طلقت لوجود الصفة. وفي التعليق بالإعطاء، لو أخذ منها كرها، لم تطلق لأنها لم تعطه. وذكر المتولي، أن ما ذكرناه في التعليق بالإقباض مفروض فيما إذا لم يسبق منه كلام يدل على الاعتياض بأن يقول: إن أقبضتني كذا وجعلته لي أو لأصرفه في حاجتي وما أشبه ذلك.

قلت: هذا الذي ذكره المتولي، متعين. والله أعلم.

والأداء والدفع والتسليم، كالإقباض.

فرع: قال: إن أعطيتني ألفاً، فأنت طالق، فأعطت ألفين، طلقت، لأن وقوع الطلاق هنا بحكم التعليق، وإعطاء الألفين يشتمل على إعطاء الألف، وكذا لو قال: إن ضمنّت لي ألفاً فضمنّت ألفين، ويلغو ضمان الزيادة على ألف. وإذا قبض زيادة على القدر المعلق به، كانت أمانة عنده، ويخالف هذا قوله: خالعتك بألف فقالت: قبلت بألفين، فإنها لا تطلق لعدم موافقة الإيجاب.

المسألة السادسة: في بيان ما ينزل عليه الدرهم. إذا علق الطلاق باعطائه، وما يقبل تفسيره، وقد سبق في «الزكاة والإقرار» قدر الدرهم الإسلامي، واسم الدرهم هنا يقع على ذلك القدر من الفضة الخالصة المضروبة، سواء كان نوعه جيداً، أو رديئاً، لسواد أو خشونة أو غيرهما. فإذا قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت طالق، طلقت بأي نوع أعطته. لكن إذا كان في البلد نقد غالب، فأنت بغيره، طولبت به، لأن المعاملات تنزل على النقد الغالب، والخلع فيما يتعلق بالمال كسائر

المعاملات. وفي قول: يرجع بمهر المثل، والمشهور الأول. فإن قلنا بالرجوع إلى مهر المثل، فالمعطى غير مملوك، وإن قلنا بالرجوع إلى الغالب، فالمعطى مملوك للزوج، وله رده والمطالبة بالغالب. وذكر في «الوسيط»: أنه لا يملكه ويجب الإبدال، والصحيح الأول. ثم العادة الغالبة، إنما تؤثر في المعاملات، لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج هناك، ولا تؤثر في الإقرار والتعليق، بل يبقى اللفظ على عموميه فيهما. أما في التعليق، فلقلة وقوعه، وأما في الإقرار، فلأنه إخبار عن وجوب سابق، وربما تقدم الوجوب على الضرب الغالب، أو وجوب في بقعة أخرى. ولو قال: طلقتك على ألف، فهذا ليس بتعليق، فينزل على الغالب على قاعدة المعاملات.

فرع: لو كان الغالب في البلد دراهم عددية ناقصة الوزن أو زائدته، لم ينزل الإقرار والتعليق عليها، لأن الغلبة لا تؤثر فيهما، واللفظ صريح في الوازنة، وفي تنزيل البيع والمعاملات عليها وجهان: أحدهما: المنع، لأن اللفظ صريح في القدر المذكور، والعرف لا يغير المسمى وإن كان يخص بعض الأنواع. وأصحهما: التنزيل عليهما، لأنها التي تقصد في مثل هذه البلدة. وفي قبول تفسير المقر بالناقص خلاف وتفصيل سبق في الإقرار. ولو فسر المعلق بالدراهم المعتادة، فإن كانت زائدة، قبل على المذهب، وإن كانت ناقصة، قبل قطعاً، لأنه توسيع لباب الطلاق.

فرع: لو أتت بدراهم مغشوشة، فإن كان الغالب في البلد المغشوشة، فقد أطلق الغزالي أنه لا ينزل اللفظ عليها، فلا يقع الطلاق إلا إذا أعطته الخالصة، لكن تسترد ما أعطته وتعطيه مغشوشة. ومن قال بهذا قال: التفسير بالمغشوشة كالتفسير بالناقصة. فإن قلنا: التفسير بهما، فهل تراجع ليبر عن مقصوده، أم تأخذ بالظاهر إلا أن يفسر؟ فيه احتمالان في «البيسط».

قلت: أفقهما: الثاني. والله أعلم.

وقطع المتولي والبغوي، بأن اللفظ ينزل على المغشوشة، ويقع الطلاق إذا أعطت مغشوشة، وهل تسلم له الدراهم بذلك؟ قال المتولي: يبنى على جواز المعاملة بالمغشوشة. إن لم نجوزها، رد الدراهم ولزمها مهر المثل، وإلا سلمت له الدراهم، ويشبه أن يكون ما ذكره الغزالي أصح. أما إذا كان الغالب في البلد الدراهم الخالصة، فلا تطلق إلا إذا أعطت ما تبلغ نقرته ألفاً. وفي وجه لا يقع الطلاق وإن بلغته، كما لو أعطته سبيكة. فإن قلنا بالصحيح وهو الوقوع، فهل يملك الزوج المدفوع إليه؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن المعاملة تنزل على الغالب. والثاني: نعم، لأن قبضها اعتبر في وقوع الطلاق، وكذا في إفادة الملك، لكن له

الرد بسبب العيب. فإذا رد، رجع إلى مهر المثل على الأظهر، وإلى ألف خالصة في قول.

ولك أن تقول: ينبغي أن لا يملك الغش نفسه في هذه الصورة، لأنه إذا بلغت الفضة الخالصة ألفاً، بقي الغش شيئاً آخر مضموماً، فلا يملكه كما لو ضمت إلى الألف ثوباً.

قلت: ظاهر كلام القائل بالملك، أنه لا ينظر إلى الغش لحقارته في جنب الفضة، ويكون تابعاً كما سبق في مسألة نعل الدابة. والله أعلم.

وأما المعاملة بالدراهم المغشوشة، فذكرناها في كتابي الزكاة والبيع، والأصح الجواز.

المسألة السابعة: قال: إن أعطيتني عبداً أو ثوباً فأنت طالق، ووصفه بما يعتبر في السلم، فأنت به بالصفة، طلقت، وملكه الزوج كما قلنا في الدراهم، وإن أعطته على غير تلك الصفة، لم تطلق ولا يملكه. فلو كان بالصفة لكنه معيب، فله الخيار. فإن رده، رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته سليماً في قول، وليس له المطالبة بسليم بالصفة، وفي كتاب الحناطي وجه أنه لا يرد العبد، بل يأخذ أرش العيب وهو ضعيف. أما إذا قال: إن أعطيتني عبداً ولم يصف، فأعطته عبداً لها، طلقت لوجود الصفة ولا يملكه، لأن الملك فيه يكون معاوضة، والمجهول لا يكون عوضاً، فيجب مهر المثل قطعاً. وحكى ابن كج والحناطي وجهاً، أنه يقع الطلاق رجعيّاً، ولا شيء عليها، وإنما يلزمها العوض إذا ابتدأت فسألت طلاقاً بعوض، فقال في جوابها: إن أعطيتني عبداً فأنت طالق فأعطت، والصحيح الأول، وسواء إن أعطت سليماً أو معيباً، أو قناً أو مدبراً أو معلقاً عتقه على صفة، لوقوع اسم العبد عليه، وإمكان نقله وتمليكه. فإن أعطته مكاتباً، لم تطلق. وكذا لو قال لأجنبي: إن أعطيتني أمة، فامرأتي طالق، فأعطاه أم ولده. وأشير في المكاتب إلى وجه. ولو وصف العبد ولم يستوعب صفاته، فهو كعدم الوصف في أن الرجوع إلى مهر المثل، لكن لو أعطته عبداً بغير الصفة، لم تطلق مثل أن يقول: إن أعطيتني عبداً تركياً، فأعطته هندياً. ولو أتت بعبد مغضوب، أو مشترك لها ولغيرها، أو قال: إن أعطيتني ألف درهم، فأنت بدراهم مغضوبة، فوجهان: أحدهما: يقع الطلاق ويرجع بمهر المثل. وأصحهما: لا يقع لأنه لا يسمى إعطاءً، وطردهم الخلاف في العبد المرهون والمستأجر.

قلت: يجري الخلاف في المستأجر إذا لم يجوز بيعه، وإلا فهو كغيره. والله أعلم.

ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد المغضوب فأعطته، وقع الطلاق بائناً على

المذهب، ويرجع بمهر المثل. وقيل: لا يقع، وقيل: يقع رجعيًا. ولو قال: إن أعطيتني زق خمر أو خنزيراً، فأنت طالق، فقد سبق أنها إذا أتت به، بانت ووجب مهر المثل. فإن أتت بخمر مغصوبة، بأن كانت محترمة أو لذمي، فإن قلنا في العبد المغصوب: يقع الطلاق، فهنا أولى، وإلا فوجهان: أحدهما: الوقوع، لأن الإعطاء هنا مضاف إلى ما يتأتى تملكه. والثاني، المنع ويحمل على ما يختص به يداً، كما حمل لفظ العبد على ما اختصت به ملكاً. ولو قال: إن أعطيتني هذا الحر، فثلاثة أوجه: أحدها: يقع الطلاق بائناً بمهر المثل. والثاني: لا يقع. والثالث: يقع رجعيًا، لأنه لا يملك بحال، فالزوج لم يطمع بشيء. ولو قال: إن أعطيتني هذا العبد أو الثوب فأنت طالق، فأعطته، طلقت وملكه، فإن خرج مستحقاً أو مكاتباً، فوجهان: أحدهما: لا يقع الطلاق. وأصحهما: وقوعه للإشارة، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمته في قول. وإن وجده معيباً، فله رده، وفيما يرجع به القولان. أظهرهما: مهر المثل. والثاني: قيمته سليماً. وقيل: ليس له الرد بل يرجع بالأرش، والصحيح الأول.

قال البغوي: ولو قال لزوجته الأمة: إن أعطيتني ثوباً فأنت طالق، فأعطته، لم تطلق لأنها لم تملكه فإن قال: هذا الثوب فأعطته طلقت، وفيما يرجع به القولان. وهذا تفريع منه على المذهب في الثوب المطلق والمعين، ولا يخفى مما تقدم أن الإعطاء في جميع صور المسألة ينبغي أن يقع في المجلس.

المسألة الثامنة: قال: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، فأنت طالق، فأعطته وبان مروياً، لم تطلق. وإن قال: إن أعطيتني هذا الثوب الهروي فبان مروياً أو بالعكس، طلقت على الأصح، لأنها ليست صيغة شرط بل أخطأ في الوصف. ولو خالعهما على ثوب هروي ووصفه كما ينبغي، فأعطته ثوباً بالصفة، فبان مروياً، رده وطالبها بهروي بالصفة. ولو خالعهما على ثوب بعينه على أنه هروي فبان مروياً، وقعت البينونة وملكه الزوج، وإخلاف الصفة كعيب، فله خيار الخلف. وقيل: إن لم تنقص قيمته عن الهروي، فلا خيار لأن الجنس واحد ولا نقص، والصحيح الأول. فإن رد، رجع بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة هروي في الثاني. فإن وجد به عيباً بعد تلفه أو تعيبه في يده وتعذر الرد، رجع بقدر النقص من مهر المثل على الأظهر، وبقدر ما نقص من القيمة في الثاني، وليس له هنا طلب هروي لأنه معين هنا بالعقد. قال أبو الفرج السرخسي: وهذا على قولنا: إن اختلاف الصفة ليس كاختلاف العين وهو الأظهر، كما سبق في النكاح. فإن قلنا: هو كاختلاف العين، فالعوض فاسد فليس له إمساكه، ويرجع بمهر المثل على الأظهر، أو قيمة الثوب مروياً على قول.

ولو خالعهما على ثوب معين، على أنه كتان فخرج قطناً أو بالعكس، فوجهان: أحدهما وبه قطع البغوي: أنه كاختلاف الصفة، فيكون حكمه ما سبق في خروجه مروياً. وأصحهما: وبه قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين: أن العوض فاسد وتقع البينونة بمهر المثل على الأظهر، وبقيمة ثوب كتان في قول، وليس له إمساكه، وهؤلاء قالوا: لو باعه على أنه كتان فبان قطناً، بطل البيع. ولو قالت: خالعتني على هذا الثوب فإنه هروي، فخالعهما عليه فبان مروياً، فهو كما لو قال: خالعتك عليه على أنه هروي، لأنها غرته. قال المتولي: لو قالت: هذا الثوب هروي فقال: إن أعطيتني هذا الثوب فأنت طالق، فأعطته فبان مروياً، بني على المتواطىء عليه قبل العقد، كالمشروط فيه أم لا؟ إن قلنا، نعم، لم يقع الطلاق، وإلا وقع، وليس له إلا ذلك الثوب. ولو قال: خالعتك على هذا الثوب وهو هروي فبان خلافه، فلا رد لأنه لا تغيير من جهتها، ولا اشتراط منه، وكذا لو قال: خالعتك على هذا الثوب الهروي، كذا ذكره البغوي. فإن قيل: قوله: وهو هروي أفاد الاشتراط في قوله: إن أعطيتني هذا الثوب وهو هروي، حتى لم يقع الطلاق إذا لم يكن هروياً، فلم لم يفد الاشتراط في قوله: خالعتك على هذا الثوب وهو هروي، حتى يتمكن من الرد إذا لم يكن هروياً، كما لو قال: خالعتك عليه على أنه هروي؟ فالجواب أن قوله: وهو هروي دخل هناك على كلام غير مستقل، لأن قوله: إن أعطيتني هذا الثوب غير مستقل، فيتقيد بما دخل عليه وتماهه بالفراغ من قوله: فأنت طالق. وأما قوله: خالعتك على هذا الثوب، فكلام مستقل، فجعل قوله بعده: وهو هروي جملة مستقلة، ولم يتقيد بها الأول، وبالله التوفيق.

الباب الرابع: في سؤال المرأة الطلاق بمال، واختلاع الأجنبية

فيه أطراف:

الطرف الأول: في ألفاظها وفيه مسائل:

الأولى: إذا قالت: طلقني بكذا، أو على كذا، أو على أن علي كذا، أو على أن أعطيك كذا، أو أن أضمن لك، أو إن طلقنتي، أو إذا طلقنتي، أو متى طلقنتي، فلك علي كذا، فهذه كلها صيغ صحيحة في الالتزام، ويختص الجواب في المجلس بلا خلاف، في «متى» وغيرها، بخلاف قول الرجل: متى أعطيتني، وقد سبق الفرق. الثانية: قالت: إن طلقنتي فابراً من صداقي، أو فقد أبرأتك، فقال: طلقتك، وقع الطلاق رجعيًا ولم يبرأ من الصداق، لأن الإبراء لا يصح تعليقه، وطلاق الزوج طمعاً في البراءة من غير لفظ، صحيح في الالتزام لا يوجب عوضاً، وهذا تفريع على

الجديد الأظهر أن تعليق الإبراء لا يصح، وكان لا يبعد أن يقال: طلق طمعاً في عوض، ورغبت هي في الطلاق بالبراءة فيكون فاسداً كالخمر.

الثالثة: قالت: طلقني ولك علي ألف، فقال: طلقتك، بانت ولزمها الألف، لأنها صيغة التزام. وقيل: لا يثبت العوض، بل إن اقتصر على قوله: طلقتك، وقع رجعيًا، وإن قال: طلقتك على ألف، احتاج إلى قبولها، والصحيح الأول. قال المتولي: ويقرب من هذا قولها: طلقني وأضمن لك ألفاً. ولو قالت: وأعطيك ألفاً، فلاصح أنه إذا طلقها مطلقاً، وقع رجعيًا، لأن لفظ الضمان يشعر بالالتزام، بخلاف الإعطاء ولم يتردوا الوجه المذكور هنا في الجعالة، بل لو قال: رد عبدي ولك علي كذا، فرده، لزم المال بلا خلاف، ولو قال المشتري: بعني هذا ولك علي كذا، فقال: بعته، فوجهان: أحدهما: ينعقد كالاختلاع والجعالة، وهذا هو المذكور في فتاوي القفال، والثاني: لا، لأنه يحتمل فيها ما لا يحتمل في البيع، كالتعليق، وفيما علق عن الإمام، أن هذا أصح. ويشبه أن يكون الوجهان في أنه هل هو صريح؟ فأما كونه كناية، فينبغي أن يكون متفقاً عليه.

الرابعة: قالت: طلقني على ألف، أو أت بصيغة أخرى صريحة في الالتزام، فإن أجابها وأعاد ذكر المال، فذاك، وإن اقتصر على قوله: طلقتك، كفى وانصرف إلى السؤال على الصحيح، وقيل: يقع الطلاق رجعيًا ولا مال. ولو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، قبل وكان رجعيًا، فإن اتهمته، حلفته.

الخامسة: اللفظ الدائر بين الزوجين، إن كان صريحاً منهما، فذاك، وإن كان لفظهما كناية، بأن قالت: أبني، قال: أبنتك، فإن نوى الطلاق، نفذ ولزم المال إن ذكر ما لا. وإن لم ينو الزوج، فلا فرقة، وإن نوى دونها، نظر، إن جرى ذكر المال في السؤال والجواب، لم يقع الطلاق، لأنه ربط الطلاق بالمال وهي لم تسأل الفراق، ولم تلتزم المال في مقابلته، وإن لم يجر ذكر المال في الطرفين وقع طلاق رجعي، وإن ذكر هو المال دونها، فلا طلاق، لأنها لم تسأل فرقة، وهو إنشاء فرقة على مال، ولم يتصل به قبول. وإن ذكرت هي المال، فقالت: أبني على ألف، فقال: أبنتك، فلا طلاق على الأصح، كما لو ذكر المال. وقيل: يقع رجعيًا كما لو قال: قصدت الابتداء دون الجواب، فإنه يقع رجعيًا قطعاً.

أما إذا كان لفظ أحدهما صريحاً والآخر كناية، فالكناية مع النية كالصريح، ودون النية لغو. وعن ابن خيران، أنها لو قالت: طلقني فقال: أبنتك ونوى، لم يقع، لأن الصريح أقوى، فالمأتي به غير المسؤول، والصحيح الأول.

الطرف الثاني: في سؤالاتها عدداً، فيه مسائل:

إحداها: قالت: طلقني ثلاثاً بألف، أو على ألف، أو ولك علي ألف، أو إن طلقني ثلاثاً، فلك علي ألف، فطلقها واحدة، ففيه أربعة أوجه: الصحيح أنه يقع طلاقة بثلاث الألف، والثاني: لا يقع طلاق. والثالث: يقع طلاقة بمهر المثل، والرابع: طلاقة بثلاث مهر المثل. حكى الحناطي الأخيرين. فعلى الصحيح لو طلقها طلقتين، استحق ثلثي الألف. وإن طلق طلاقة ونصفاً، فهل يستحق ثلثي الألف، أم نصفه؟ وجهان.

قلت: الثاني أرجح. والله أعلم.

ولو قالت: طلقني ثلاثاً بألف وهو لا يملك إلا طلاقة، فطلقها تلك الطلاقة، فقد نص الشافعي رحمه الله أنه يستحق جميع الألف، لأنه حصل بتلك الطلاقة مقصود الثلاث وهو البيونة الكبرى.

وللأصحاب أوجه: أصحابها: عند القفال والشيخ أبي علي وكبار الأصحاب وأكثرهم: وجوب جميع الألف، كما نص عليه، سواء علمت أنه لم يبق إلا طلاقة أم ظنت بقاء الثلاث، والثاني: لا يستحق إلا ثلث الألف في الحالين وهو قول المزني وابن خيران، والثالث: إن علمت استحق الألف، وإلا فثلثه، قاله ابن سريج وأبو إسحاق. والرابع: يستحق مهر المثل، قاله صاحب «التلخيص». والخامس: لا يستحق شيئاً، لأنه لم يطلق كما سألت، حكاهما الحناطي. ولو سألت الثلاث بألف ولا يملك إلا طلقتين، فطلقها واحدة، فله ثلث الألف على الأصح المنصوص، وكذا على الثاني، وله النصف على الثالث إن علمت، وإلا فالثلث.

وإن طلقها الطلقتين، فعلى النص له الألف، وعلى الثاني ثلثاه، وعلى الثالث إن علمت، فالألف، وإلا فثلثاه، وزاد الحناطي وجهاً رابعاً، وهو الرجوع بمهر المثل، وخامساً: وهو ثلثا مهر المثل، وسادساً: وهو أنه لا شيء له. ولو قالت: طلقني عشراً بألف، فإن كان يملك الثلاث، فالأصح الأشهر الجاري على قياس النص، أنه يستحق بالواحدة عشر الألف، وبالثنتين عشريه، وبالثلاث جميع الألف. وقيل: إن كان التوزيع على الثلاث والزيادة لغو، فيستحق بالواحدة الثلث، وبالطلقتين الثلثين، وطرده الوجهان على قياس قول المزني. فعلى الأشهر تستحق بالثلاث ثلاثة أعشار الألف. وعلى الثاني تستحق الجميع توزيعاً على العدد الشرعي. وعلى قول من فرق بين العلم والجهل، تستحق بالثلاث الجميع، وبالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثين، لحصول العلم بأن الطلاق لا يزيد على ثلاث وأن الزيادة لغو. فإن ظنت أنه يملك عشراً، بأن كانت قريبة عهد بالإسلام، فالقياس عود الوجهين في أنه يجب ثلاثة أعشار الألف أم الجميع؟ ولو لم يملك إلا طلقتين فسألته عشراً، فعلى قياس النص، إن طلقها واحدة،

استحق عشر الألف أو الثلث. وإن طلق ثنتين، فتمام الألف. وعلى قياس المزمي، المستحق العشر أو العشران على الأشهر، والثلث أو الثلثان على الوجه الآخر. وعلى قول الفارق إن علمت، فله بالواحدة النصف، وبالثنتين الجميع. وإن ظنت أنه يملك الثلاث، فبالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان. قال الأصحاب: والضابط على النص، أن الزوج إن ملك العدد المسؤول كله فأجابها، فله المسمى، وإن أجابها ببعضه، فله قسطه بالتوزيع. وإن ملك بعض المسؤول، فإن تلفظ بالمسؤول أو حصل مقصودها بما أوقع، فله المسمى، وإلا فيوزع المسمى على العدد المسؤول على الأشهر. وعلى قول المزمي، التوزيع على المسؤول أبداً، وكذا الحكم على الوجه الفارق إن جهلت. فإن علمت، فالتوزيع على المملوك دون المسؤول، فلو ملك الثلاث فسألته ستاً بألف، فعلى النص وقول المزمي: له بالواحدة السدس، وبالثنتين الثلث. فإن طلق ثلاثاً، فعلى النص: له الجميع، وعند المزمي: له النصف وعلى الوجه: له بالواحدة الثلث، وبالثنتين الثلثان، وبالثلث الجميع.

المسألة الثانية: قالت: طلقني ثلاثاً بألف وهو يملك الثلاث فقال: أنت طالق واحدة بألف وثلثين مجاناً، فنقل الفوراني والصيدلاني والقاضي حسين وغيرهم، أن الأولى تقع بثلاث الألف، لأنها لم ترض بواحدة إلا بثلاث الألف كالجعالة، ولا يقع الآخرين لأنها بانت بالأولى. وقال الإمام: القياس الحق، أن لا تجعل كلامه جواباً لها، لأنها سألت كل واحدة بثلاث الألف وهو لم يرض إلا بالألف، وإذا لم يوافق كلامه سؤالها، كان مبتدئاً، فإذا لم تقبل، لا تقع الطلقة، كما لو قالت: طلقني واحدة بثلاث ألف، فقال: طلقتك واحدة بألف، لا يقع. وإذا لم تقع الواحدة، وقع الآخرين رجعتين، وتابعه الغزالي وغيره على ما قال، وهو حسن متجه، والأول بعيد، وأبعد منه ما في «التهذيب»، أنه تقع الواحدة بالألف، ولا تقع الآخرين، ولعله غلط من الناسخ. ولو سأله الثلاث بألف، فقال: طلقتك واحدة بثلاث الألف، وثلثين مجاناً، فقد وافق كلامه ما اقتضاه السؤال من التوزيع، وزال الإشكال، فتبين بالأولى، ولا تقع الآخرين، ونقل الأئمة: إن أمكن تأويله على هذه الصورة فليفعل. ولو قال: طلقتك ثنتين بألف وواحدة مجاناً، فعلى الأول: تقع الثنتان بثلاثي الألف، وعلى الثاني: لا يقعان. ولو قال: طلقتك واحدة مجاناً وثلثين بثلاثي الألف، أو ثنتين مجاناً وواحدة بثلاث الألف، وقع ما أوقعه مجاناً، ويبنى ما بعده على مخالفة الرجعية إن كانت مدخولاً بها، والجديد صحته. فعلى هذا: تقع الثنتان بثلاثي الألف، وعلى القديم: يقعان بلا عوض لما سبق أن خلع الرجعية على هذا كالسفينة، وإن لم تكن مدخولاً بها، بانت بما أوقعه مجاناً، فلا يقع ما بعده.

ولو قال: طلقتك واحدة مجاناً وثنتين بالألف، ففي «التهذيب أنه» إن كان بعد الدخول، وقعت الأولى مجاناً والثنتان بثلثي ألف، ولا يستحق تمام ألف وإن حصل غرضها، لأن ذلك إنما يكون إذا وقع المملوك من الطلاق في مقابلة المال، وهنا أوقع بعض المملوك مجاناً.

وأعلم أن الإشكال الذي ذكره الإمام يعود هنا، لأنها لم ترض بالطلقتين إلا بثلثي ألف وقد أوقعهما بألف، فوجب أن يجعل كلاماً مبتدئاً. فأما إذا لم يتصل به قبول، لغا. وفي «التهذيب» أيضاً أنه لو قال: طلقتك ثلاثاً، واحدة بألف، وقع الثلاث واستحق ثلث ألف، ويعود فيه الإشكال.

المسألة الثالثة: قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق ثلاثاً، وقع الثلاث واستحق ألف. وهل ألف في مقابلة الثلاث أم الواحدة؟ وجهان: ظاهر النص: ثانيهما، ولا يتعلق بالخلاف فائدة حكمية. ولو قال: بعني هذا العبد بألف، فقال: بعته مع هذين العبدين بألف، فالبيع باطل على الصحيح، لأنه معاوضة محضة بخلاف الخلع، فإنه كالجعالة. وقيل: يصح البيع في الجميع، وقيل: يصح في العبد المسؤول خاصة. ولو أعاد في الجواب ذكر ألف. فقال: طلقتك ثلاثاً بألف، فهل يقع الثلاث بألف، أم الثلاث بثلث ألف، أم واحدة بثلث ألف ولا يقع الآخرين، أم لا يقع شيء أصلاً؟ فيه أربعة أوجه: أصحابها: الأول.

وينبغي أن تطرد هذه الأوجه فيما إذا لم يعد ذكر ألف. ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق طلقتين، فقياس ما تقدم أنه تقع الطلقتان ويستحق ألف، وفيه احتمال للإمام، إذ لم تحصل بينونة الكبرى، فلا يستحق شيئاً لأنه خالف ولم تحصل بينونة الكبرى.

المسألة الرابعة: قالت: طلقني بألف، فقال: طلقتك، أو أنت طالق بخمسائة، فهل يقع الطلاق بخمسائة أم بألف ويلغى قوله: بخمسائة لأنها بانت بقوله: طلقتك واستحق ألف، أم لا يقع طلاق للمخالفة كما لو خالفت في قبولها؟ فيه ثلاثة أوجه: أصحابها: الأول، وبه قال ابن الحداد. ولو قال: بعني عبدك بألف، فقال: بعته بخمسائة، لم ينعقد البيع على الأصح، لأنه معاوضة محضة. وقيل: يصح بخمسائة.

الخامسة: قالت: طلقني على كذا درهماً، فطلقها على دنائير، كان مبتدئاً بكلامه، فينظر، أيتصل به قبول أم لا؟

ولو قالت: طلقني واحدة بألف، فقال: أنت طالق وطالق وطالق، سئل، فإن قال: أردت مقابلة الأولى بالألف، وقعت الأولى بألف ولم تقع الآخرين. وإن

قال: أردت الثانية بالألف، وقعت الأولى رجعية، ويجيء في الثانية القولان في خلع الرجعية، فإن صححناه، لغت الثالثة، وإلا، فلا. وإن قال: أردت الثالثة، وقعت الأوليان بلا عوض، وفي الثالثة الخلاف. وإن قال: أردت مقابلة الجميع بالألف، وقعت الأولى بثلاث الألف، ولغت الأخريان، وإن لم يكن له نية، قال البغوي: بانت الأولى بالألف، لأنه جواب لقولها، ولغت الأخريان. وذكر صاحب «المهذب» مثل هذا التفصيل فيما إذا ابتداء فقال: أنت طالق وطالق وطالق بألف، وليشترط فيه مطابقة القبول للإيجاب. ولو قال في جوابها: أنت طالق طالق طالق واحدة بألف، انقطع احتمال مقابلة الجميع بالألف، والباقي كما ذكرناه.

هذا إذا كانت مدخولاً بها، فإذا لم تكن، وأراد مقابلة غير الأولى بالألف، بانت الأولى، ولغا ما بعدها. ولو قالت له وهو لا يملك إلا طلقة: طلقني طلقتين بألف، فقال: طلقتك طلقتين، الأولى منهما بألف، والثانية مجاناً، استحق الألف. وإن قال: الثانية منهما بألف، وقعت الأولى بلا عوض ولغت الثانية. وإن قال: إحدهما بألف، أو اقتصر على قوله: طلقتك طلقتين، سئل، فإن قال: أردت الأولى والثانية، فعلى ما ذكرنا، وإن قال: لم أنو شيئاً، ففي استحقاقه المال وجهان: أحدهما: نعم لمطابقة الجواب السؤال.

ولو أعاد ذكر المال، فقال: طلقتك طلقتين بألف، فهل يستحق خمسمائة عملاً بالتوزيع، أم ألفاً لحصول البينونة الكبرى؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وبه قال أبو زيد.

فرع: لو لم يملك إلا طلقة، فقالت: طلقني ثلاثاً بألف، طلقة، أحرم بها في الحال، وطلقتين يقعان علي إذا نكحتني بعد زوج، أو تكونان في ذمتك تنجزهما حينئذ، فطلقها ثلاثاً، وقعت الواحدة، ولغا كلاهما في الآخرتين.

ثم النص في «المختصر»: أن للزوج مهر المثل، ولالأصحاب طريقان: أحدهما: هذا، وأحدهما: على قولي تفريق الصفقة للجمع بين مملوك وغيره، فإن أبطلنا، فله مهر المثل، وإن صححنا، فلها الخيار في العوض لتبعض مقصودها، فإن فسخت، فله مهر المثل، وإن أجازت، فهل يجيز بكل الألف، أم بثلثه عملاً بالتقسيط؟ قولان كالبيع، ومنهم من قطع هنا بالتقسيط، لأن المشتري بالفسخ يدفع العقد من كل وجه، والطلاق هنا لا مدفع له، فيبعد إلزامها بواحدة ما التزمته للثلاث.

المسألة السادسة: قالت: طلقني نصف طلقة بألف، أو طلق نصفني، أو يدي، أو رجلي بألف، فأجابها بذلك، أو قال ابتداءً: طلقتك نصف طلقة، أو طلقت

نصفك بألف، فقبلت، فلا يخفى أن الطلاق يقع مكملًا، وكذا لو كان ذلك بلفظ الخلع وجعلناه طلاقاً. ثم الواجب في هذه الصور، مهر المثل على الصحيح لفساد صيغة المعاوضة.

ولهذا لو قال: بعتك هذا نصف بيعة، أو بعته لنصفك أو ليدك، لم يصح البيع. وإذا فسدت الصيغة، تعين مهر المثل، وإنما يجيء الخلاف في الرجوع إلى مهر المثل وبديل المسمى إذا كان الفساد في المسمى. وحكى الإمام وجهًا واختاره: أنه يجب المسمى، لأن الشرع كمل ذلك المبعوض فصار كتكميلها.

الطرف الثالث: في تعليقها بزمان وفيه مسائل:

الأولى: قالت: طلقني غداً ولك علي ألف، أو إن طلقنتي غداً فلك علي ألف، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني غداً فأخذه، لم يصح، ولم يلزم الطلاق، لأنه سلم في الطلاق والطلاق لا يثبت في الذمة.

ثم إن طلقها في الغد أو قبله، وقع الطلاق بائناً ولزمها المال، لأنه إن طلق في الغد، فقد حصل مقصودها. وإن طلق قبله، فقد زادها كما لو سألت طليقة فطلق ثلاثاً. فلو قال: أردت الابتداء، صدق بيمينه وله الرجعة، وفي المال الواجب طريقان: المذهب والمنصوص: مهر المثل. والثاني: قولان: ثانيهما: المسمى. وهل يفرق بين أن يطلقها عالماً ببطلان ما جرى، وبين تطليقها جاهلاً ببطلانه؟ قال القاضي حسين والبغوي: يفرق ولا يلزمها شيء إذا طلقها عالماً، بل يقع رجعيًا، وضعفه الإمام، واستشهد بالخلع على الخمر وسائر الأعواض الفاسدة، فإنه لا فرق في ثبوت المال بين العلم والجهل. وإن طلقها بعد مضي الغد، نفذ رجعيًا، لأنه خالف قولها، فكان مبتدئًا، فإن ذكر مالاً، اشترط في وقوعه القبول.

الثانية: قالت: لك ألف إن طلقنتي في هذا الشهر ولم تؤخر تطليقي عنه، أو قالت: خذ هذا الألف على أن تطلقني في هذا الشهر متى شئت، فهو باطل وأولى بالبطلان من مسألة الغد، فإن طلقها بعد الشهر كان مبتدئًا، وإن طلقها في الشهر، وقع الطلاق بائناً. وفي المال الواجب الطريقان. ولا يشترط وقوع الطلاق في المجلس، وقد ذكرنا في الباب الأول، وفي الطرف الأول من هذا الباب، أنها إذا قالت: متى طلقنتي فلك ألف يشترط التطليق في المجلس.

وللأصحاب طريقان حكاهما الإمام: أحدهما: طرد القولين فيهما، والمذهب: الفرق، لأن كلمة «متى» ظاهر في جواز التأخير، لكن قرينة العوض خصتها بالمجلس عملاً بقاعدة المعاوضات، وهنا صرح بجواز التأخير، فضعفت القرينة عن مقاومة

الصريح على طريقة التسوية: هي اشتراط المجلس وعدمه، والمسمى صحيح في تلك الصورة بلا خلاف.

الثالثة: قالت: طلقني بألف طلاقاً يمتد تحريمه إلى شهر، ثم أكون في نكاحك حالاً لك، فطلقها كذلك، وقع الطلاق مؤبداً، وفي قدر المال الواجب الطريقان، وطريقة القطع هنا أظهر، لأن الشرط هنا لا يمكن الوفاء به، وفساد الشرط يوجب الجهل بالعوض، فيتعين مهر المثل.

الرابعة: علق طلاقها بصفة وذكر عوضاً فقال: طلقتك إذا جاء غد، أو رأس الشهر أو دخلت الدار على ألف، فقبلت، أو سألت، أو سألت، فقالت: علق طلاقي برأس الشهر، أو بدخول الدار على ألف فعلق، فالصحيح وقوع الطلاق عند وجود المعلق عليه على مقتضى التعليق. وقيل: لا يقع لأن المعاوضة لا تقبل التعليق، فيمتنع ثبوت المال. وإذا لم يثبت، لم تطلق لارتباطه، فإن قلنا بالصحيح، اشترط القبول على الاتصال، قال القفال: ويحتمل أنها تخير بين القبول في الحال، أو عند وجود الصفة، والمعروف الأول.

ثم الواجب المسمى أم مهر المثل؟ وجهان: وقيل: قولان، أحدهما: عند الجمهور: الأول، ويجري الخلاف فيما إذا قالت: إذا جاء رأس الشهر وطلقتني، فلك ألف فطلقها عند رأس الشهر إجابة لها. وقيل: إن ابتداء الزوج بالتعليق، وجب المسمى، وإن ابتدأت بالسؤال، فمهر المثل. وإذا أثبتنا المسمى، فمتى يجب ويلزم تسليمه؟ فيه أوجه: أحدها: في الحال، واختاره ابن الصباغ، لأن الأعواض المطلقة يلزم تسليمها في الحال، والمعوض تأخر بالتراضي. فإن تعذر تسليم المعوض، بأن فارقها قبل وجود المعلق عليه، لزم رد العوض كما لو تعذر تسليم المسلم فيه. والثاني: يجب في الحال، لكن لا يلزم تسليمه إلا عند وجود المعلق عليه لتأخر المعوض.

والثالث: لا يجب إلا عند السينونة، ولا شك أنه لا رجوع لها قبل القبول. فأما إذا قالت: طلقني غداً ولك ألف، أو إن طلقنتي غداً، فلك ألف، وهما صورتان السابقتان في المسألة الأولى، فلها الرجوع قبل التطليق، لأن الجواب به يحصل وما يستحقه الزوج هناك يستحقه عند التطليق.

الطرف الرابع: في اختلاع الأجنبي، فيه مسائل:

الأولى: يصح الخلع من الزوج مع الأجنبي، ويلزم الأجنبي المال، هذا إذا قلنا: الخلع طلاق. قال الأصحاب: فإن قلنا: هو فسخ، لم يصح لأن الزوج لا

ينفرد به بلا سبب، ولا يجيء هذا الخلاف إذا سأله الأجنبي الطلاق فأجابه، لأن الفرقه الحاصلة عند استعمال الطلاق طلاق بلا خلاف.

الثانية: الخلع مع الأجنبي، كهو مع الزوجة في الألفاظ والأحكام، وهو من جانب الزوج معاوضة فيها معنى التعليق، ومن جانب الأجنبي معاوضة فيها ثبوت جعالة. فلو قال الأجنبي: طلقت امرأتي وعليك كذا، طلقت رجعيًّا ولا مال، ولو قال الأجنبي: طلقها وعلي ألف، أو لك ألف فطلق، وقع بائناً ولزمه المال. ولو اختلعا عبد، كان المال في ذمته كما لو اختلعت أمة نفسها.

ولو اختلعا سفيه، وقع رجعيًّا كما لو اختلعت سفيهة نفسها.

الثالثة: لو وكلت الزوجة من يخلعها، فله أن يخلعها استقلالاً وبالوكالة. فإن صرح بالاستقلال، فذاك، وإن صرح بالوكالة، فالزوج يطالب الزوجة بالمال، وإن لم يصرح ونوى الوكالة، فالخلع لها لكن تتعلق به العهدة فيطالب، ثم يرجع عليها. وإن لم يصرح ولا نوى شيئاً أصلاً، فالخلع لها، لأن منفعتة لها بخلاف نظيره من الوكالة في الشراء. ويجوز أن يوكل الأجنبي الزوجة لتختلع عنه، وحينئذ تتخير الزوجة بين أن تختلع استقلالاً أو بالوكالة.

وقول الزوجة لأجنبي: سل زوجي تطليقي على ألف، توكيل، سواء قالت: علي أم لا. وقول الأجنبي لها: سلي زوجك يطلقك على كذا، إن لم يقل: علي، فليس بتوكيل. فلو اختلعت، فالمال عليها. وإن قال: علي، كان توكيلاً. فإن أضافت إليه أو نوته، فالمال على الأجنبي. وقول الأجنبي للأجنبي: سل فلاناً يطلق زوجته على ألف، كقوله للزوجة، فيفرق بين قوله: علي وعدمه. ولو اختلع الأجنبي، وأضاف إليها مصرحاً بالوكالة، ثم بان كذبه، لم تطلق، لأنه مربوط بالمال وهو لم يلتزم في نفسه، فأشبهه إذا خاطبها ولم تقبل.

فرع: قال لرجل: بع عبدك لفلان بكذا وعلي ألف، فباعه، لم يستحق على القائل شيئاً على الصحيح، وهو قول الجمهور. قال القاضي أبو الطيب، وقال الداركي: يحتمل أن يستحق الألف كالتماس الطلاق والعق. ولو قال: بعه عندك بألف في مالي، لم يستحق على القائل شيئاً.

الرابعة: أبو الزوجة في اختلاعها كأجنبي، فإن اختلع بمال نفسه، فذاك، صغيرة كانت أو بالغة، وإن اختلع بمالها وصرح بالنيابة أو الولاية، لم يقع الطلاق كما لو بان كذب مدعي الوكالة في الاختلاع. وإن اختلع بمالها مصرحاً بالاستقلال، فهو كالاختلاع بمغصوب، فيقع الطلاق بمهر المثل على الأظهر، وببدل المسمى في قول. ولو اختلع بعبد أو غيره، وذكر أنه من مالها ولم يتعرض لنيابة ولا استقلال،

وقع الطلاق رجعيًا كمخالعة السفينة، صغيرة كانت الزوجة أم كبيرة، بكرًا أم ثيبًا. وكذا لو قال للأجنبي: خالعتها على عبدها هذا، أو صداقتها، وذكرنا في تشبيهه بالسفينة أنه أهل للقبول، لكنه محجور عليه في مالها، ولكن هذا ينتقض بالمغصوب، ولهذا خرج القاضي حسين هنا وجهًا أنه يقع الطلاق بائنًا، ويعود القولان في قدر المال الواجب. والمذهب الفرق، لأن الأجنبي متبرع بما يبذله لا يحصل له فائدة إذا أضاف إلى مالها، فقد صرح بترك التبرع بخلاف اختلاعها نفسها بمغصوب.

وبنى البغوي على هذا الفرق، أنه لو قال الأجنبي: طلقها على هذا المغصوب، أو على هذا الخمر، أو على عبد زيد هذا، فطلق، وقع رجعيًا ولا مال، بخلاف ما إذا التمسست المرأة هكذا. ولو اختلع الأب أو الأجنبي بعبدها ولم يذكر أنه من مالها، فإن لم يعلم الزوج كونه عبدها، فكالْمَغْصُوب، فيقع بمهر المثل على الأظهر، وإن علم، فالأصح أنه كالذي لم يعلم. وقيل: المعلوم كالمذكور فيقع رجعيًا، هذا كله إذا اختلع الأب بغير صداقتها، فإن اختلع به أو على أن الزوج بريء من صداقتها، أو قال: طلقها وأنت بريء من صداقتها أو على أنك بريء من صداقتها، فالمنصوص أن يقع الطلاق رجعيًا، ولا يبرأ عن صداقتها، ولا شيء على الأب. وحكى الإمام وغيره تخريجه على عفو الأب عن صداق الصغيرة، وإن جوزناه، صح الخلع، وإلا فالصحيح وقوعه رجعيًا كما نص عليه كاختلاع السفينة. وقيل: لا يقع الطلاق أصلًا كالوكيل الكاذب. فإذا صححنا عفو الولي، فشرطه كونه قبل الدخول، وحينئذ يتشطر المهر فيكون العوض أحد الشطرين.

ولو اختلعا بالبراءة عن صداقتها وضمن له الدرك، فالذي أطلقه الجمهور من العراقيين وغيرهم، أنه لا يبرأ ويقع الطلاق بائنًا، لأنه التزم المال في نفسه، فأشبهه الاختلاع بمغصوب. فعلى هذا، هل الواجب عليه مهر المثل أم بدل الصداق؟ فيه القولان المعروفان. أظهرهما: الأول. وهكذا الحكم فيما إذا قال الأب أو الأجنبي: طلقها على عبدها هذا وعلي ضمانه. فعلى الأظهر: يلزم مهر المثل. وعلى الثاني: قيمة العبد. والذي قدمناه أنه لا يلزمه شيء، هو فيما إذا لم يتلفظ بالضمان. وحكى الإمام، أنه لا أثر لهذا الضمان ويقع الطلاق رجعيًا كما لو قال: طلقها وأنت بريء من الصداق. ووجهًا أنه إن قال: طلقها وأنا ضامن براءتك، لغا ووقع رجعيًا إذ لا فائدة فيه. وإن قال: وأنا ضامن للصداق، إن طولبت به أديته عنك، وقع بائنًا لأنه صرح بالمقصود، إلا أنه التزام فاسد واختار الإمام الغزالي هذا.

ولفظ الضمان هنا، كهو في قوله: ألتق متاعك في البحر وعلي ضمانه. والمراد

به الالتزام دون الضمان المشهور. ولو التمس الطلاق على أنه بريء، وضمن الدرك، فقال الزوج في جوابه: إن برئت من صداقها، فهي طالق، لم تطلق لأن الصفة المعلق عليها لم توجد.

الباب الخامس: في الاختلاف

فيه مسائل:

الأولى: قالت: خالعتني على كذا، فأنكر الزوج، صدق بيمينه. ولو كان له زوجتان تسميان باسم واحد، فقال: خالعت فلانة بكذا، فقبلت إحداهما، فقال الزوج: أردت الأخرى، وقالت القائلة: بل أردتني، فهو المصدق ولا فرقة.

ولو قال: طلقتك بألف، فقالت: بلا عوض، صدقت بيمينها في نفي العوض، ولا يقبل قوله في سقوط سكنائها ونفقتها، وتحصل البينونة بقوله. ولو قال: خالعتك بالعوض الذي سألت، فأنكرت أصل السؤال، فكذلك الحكم.

وإن قالت: طلقنتي بعد طول الفصل، وقال: بل في الحال، فهي المصدقة في نفي المال أيضاً. ولو قال: طلقنتك بعد طول الفصل ولم تقبلي فلي الرجعة، وقالت: بل طلقنتي متصلاً بسؤالي، فلا رجعة لك، فالمصدق الزوج.

الثانية: اتفقا على الخلع واختلفا في جنس العوض أو قدره أو صفته في الصحة والتكسر والأجل، ولا بينة، تحالفا وحصلت البينونة، وإنما أثر التحالف في العوض. والقول في أنه هل تنفسخ التسمية، أم تنفسخ إن أصراً على النزاع، وفي كيفية اليمين ومن يبدأ به على ما تقدم في البيع وفي الرجوع بعد الفسخ أو الانفساخ إلى مهر المثل كتحالفتها في الصداق؟ وقيل: يرجع بأقل الأمرين من مهر المثل وما ادعاه. وقيل: بأكثر الأمرين من مهر المثل والمسمى الذي ادعته، والصحيح الأول. ولو أقام كل واحد بينة بدعواه، فهل تتساقطان، أم يقرع؟ قولان حكاهما الحناطي. وعلى التقديرين، هل يحلف؟ وجهان: وعن ابن سريج، أنه يعمل بأكثر البيتين.

قلت: الأظهر، أنهما يسقطان ولا ترجيح بالكثرة. والله أعلم.

ولو خالع أجنبياً واختلفا، تحالفا وعلى الأجنبي مهر المثل.

الثالثة: سبق أنه لو خالعتها على ألف درهم، وفي البلد نقد غالب نزل عليه فلو لم يكن، بطلت التسمية ووجب مهر المثل، فإن نوباً نوعاً، فالصحيح الاكتفاء بالنية ولزوم ذلك النوع. وقيل: تفسد التسمية ويجب مهر المثل كنظيره في البيع، والفرق أنه يحتمل هنا ما لا يحتمل في البيع. ولو قال: خالعتك على ألف ولم يذكر جنساً، فالصحيح أنه كإبهام النوع، فإن نوباً جنساً، تعين. وقيل: يتعين هنا مهر المثل لكثرة

الاختلاف في الأجناس. ولو قال: خالعتك على ألف شيء فقبلت، ونويا شيئاً معيناً، قال القاضي حسين: التسمية فاسدة لشدة الإجمال، فيرجع إلى مهر المثل، ويمكن أن ينازعه غيره. ثم قال الشيخ أبو محمد: إنما يؤثر التعيين بالنية إذا تواطأ قبل العقد على ما يقصدانه ولا أثر للتوافق بلا مواطأة، ولم يعتبر آخرون ذلك، بل اعتبروا مجرد التوافق.

قلت: هذا الثاني، هو الأصح. وقول الشيخ أبي محمد هنا ضعيف. والله أعلم.

وإذا عرفت هذه المقدمة، فلو تخالعا بألف درهم وأطلقا، فقال الزوج: أردنا بالدرهم النقرة، فقالت: بل أردنا بها الفلوس أو على ألف، فقال: أردنا الدنانير أو الدراهم فقالت: أردنا الفلوس، فالصحيح أنهما يتحالفان. وقيل: يجب مهر المثل بلا تحالف.

فلو توافقا على أنه أراد النقرة، وادعت أنها أرادت الفلوس وقال: بل أردت النقرة أيضاً، حصلت البيئونة لانتظام الصيغة ومؤاخذه لها، وتصدق هي بيمينها. فإذا حلفت، فلا شيء عليها، لأنها نفت بيمينها النقرة، ونفى هو الفلوس. ولو توافقا أنها أرادت الفلوس، وقال هو: أنا أردت النقرة، ولا فرقة للمخالفة، فقالت: بل أردت الفلوس أيضاً وبنت منك، حصلت البيئونة ظاهراً لاتفاق اللفظين. وهل للزوج مهر المثل؟ وجهان: قال القاضي حسين: نعم للبيئونة ظاهراً، والذي اختاره الغزالي: لا، لإنكاره البيئونة وعوضها.

قلت: هذا الثاني هو الأصح، واختاره أيضاً الإمام. قال الإمام: فإن قيل: لو صدقها بعد ذلك في اتفاق النية، قلنا: إذ ذاك يطالبها بالمسمى المعين لا بمهر المثل. والله أعلم.

وفي معنى هذه الصورة ما إذا اتفقا على أنه أراد الدراهم، وزعم أنها أرادت الفلوس، ولا فرقة، فقالت: أردت الدراهم وبنت، فالفرقة حاصلة، ويعود الوجهان في ثبوت شيء للزوج، وبالثبوت قطع البغوي، وقال: لا تحصل الفرقة باطناً إن كان صادقاً. ولو قال: أردت النقرة ولم يتعرض لجانبها، وقالت: أردت الفلوس ولم تتعرض لجانبه، حصلت الفرقة. ثم عن القاضي حسين أنهما يتحالفان. وفي «البيسط» أن الوجه وجوب مهر المثل، لأنه لا يدعي عليها معيناً حتى تحلف.

قلت: الأصح، وجوب مهر المثل بلا تحالف. وقد نقل الإمام الاتفاق عليه، وجعل مخالفة القاضي في التحالف في غير هذه الصورة. والله أعلم. ولو قال أحد المتخالفين: أطلقنا الدراهم. وقال الآخر: عينا نوعاً تحالفا.

الرابعة: قالت: سألتك ثلاث تطليقات بألف فأجبني، فقال: بل سألت واحدة بألف فأجبك، فالألف متفق عليه، لكن اختلفا في المعوض فيتحالفان، فإذا تحالفا، فعليها مهر المثل. والقول في عدد الطلاق الواقع قوله بيمينه. قال الحناطي: ولو أقام كل واحدة بينة على قوله، فإن اتفق تاريخ البينتين، تحالفا وإلا فالأسبق تاريخاً مقدمة. ولو قال: طلقته وحدك بألف، فقالت: بل طلقته وضرتي، تحالفا وعليها مهر المثل. ولو قالت: سألتك واحدة بألف، فأجبني فقال: بل طلقته ثلاثاً بألف، وقع الثلاث ووجب الألف، ولا معنى لهذا الاختلاف. ولو قالت: سألتك ثلاثاً بألف فطلقته طلبة، فلك الثلاث فقال: بل ثلاثاً فلي الألف، فإن لم يطل الفصل، طلقته ثلاثاً ولزمها الألف، وإن طال ولم يمكن جعله جواباً، طلقته ثلاثاً بإقراره وتحالفا للعوض، وعليها مهر المثل، هكذا نص عليه في رواية الربيع. وفيما نقله أبو بكر الفارسي في «عيون المسائل» واختلف الأصحاب، فأخذت طائفة بالنص، وقال البغوي: يتحالفان وله مهر المثل، ولم يفرق بين طول الفصل وعدمه. وقال آخرون: النص مشكل في حالتي الاتصال والانفصال. قال الإمام: ينبغي أن يقال في حالة الاتصال، إن قال الزوج: ما طلقته من قبل، والآن أطلقك ثلاثاً على ألف، تقع الثلاث ويجب الألف، لأن الوقت وقت الجواب. وإن قال: طلقته من قبل ثلاثاً تعذر، جعل هذا إنشاءً، لأنها بانته قبله، فيقع الثلاث بإقراره، ولا يلزمها إلا ثلاث الألف كما لو قال: إن رددت أعبدني الثلاثة، فلك الألف، فقال: رددتهم وقال: ما رددت إلا واحداً. وأما في حال الانفصال، فيحكم بوقوع الثلاث بإقراره وعليها ثلاث الألف، ولا معنى للتحالف، لأن التحالف عند الاختلاف في صفة العقد أو العوض، وهما هنا متفقان على أن المسؤول ثلاث، وأن العوض ألف، وللزوج أن يحلفها على نفي العلم أنه ما طلقها ثلاثاً، وهذا صحيح وليتأول النص عليه بحسب الإمكان.

فرع: قال الحناطي: قالت: طلقته ثلاثاً بألف فقال: بل طلقته واحدة بألفين وأقام كل واحد بينة بقوله، واتفقا أنه لم يطلق إلا مرة، تحالفا وله مهر المثل.

الخامسة: تخالعا بألف فطالبها به، فقالت: ضمنه زيد، لم ينفعها هذا الجواب لأن الضمان لا يقطع الطلب عنها، وكذا لو قالت: قبلت الخلع على أن يزن زيد عني الألف، وهي في صورتين مقررة بالألف. ولو قالت: قبلت الخلع بألف لي في ذمة زيد، ففيه خلاف مبني على بيع الدين، وحاصله أربعة أوجه: أحدهما: التحالف بناء على صحة بيع الدين، والثاني: يجب مهر المثل بلا تحالف، بناء على منعه، والثالث: تصدق هي بيمينها، والرابع: هو بيمينه، نقلهما المتولي بناء على منعه، وهما الوجهان في الاختلاف في صحة العقد وفساده.

فرع: قال: خالعتك، فقالت: اختلعتني أجنبي لنفسه بماله، بانت باعترافه ولا شيء عليها، ولا على الأجنبي. ولو قالت: اختلعت بوكالة زيد وأضفت إليه، فهل يتحالفان أم تصدق هي أم هو؟ فيه أوجه: أحدهما: الأول. ولو قالت: لم أضف ولكن نويت الاختلاع لزيد، فإن قلنا: تتوجه المطالبة على الوكيل، لم ينقطع طلب الزوج بقولها، وكذا لو أنكر أصل الوكالة. وإن قلنا: لا يطالب، فهل يتحالفان، أم تصدق هي، أم هو؟ فيه الأوجه.

السادسة: طلقها بألف وأرضعت بنتها زوجة أخرى له صغيرة واختلف المتخالعان، فقال الزوج: سبق الخلع فعليك المال، وقالت: بل سبق الإرضاع، فانفسخ النكاح والخلع لغو، نظر إن اتفقا على جريان الإرضاع يوم الجمعة مثلاً وادعى تقدم الخلع، وادعت تأخره، فالقول قولها بيمينها، وإن اتفقا على جريان الخلع يوم الجمعة، وادعى تأخر الإرضاع، وادعت تقدمه، فالقول قوله بيمينه، لأن الأصل استمرار النكاح، ولأن اشتغالهما بالخلع يدل ظاهراً على بقاء النكاح، كما لو تخالعا، ثم ادعت أنه طلقها قبل الخلع ثلاثاً، أو ادعت إقراره بفساد النكاح فأنكر، فإنه يصدق بيمينه وتستمر صحة الخلع.

السابعة: تخالعا ثم قال هو: كنت مكرهة، فلي الرجعة فأنكرت الإكراه، لم يقبل قوله في الظاهر، وعليه رد المال لاعترافه. ولو ادعت الإكراه، فأنكر، صدق بيمينه، ولزمها المال. فلو أقامت بينة بالإكراه، لزمه رد المال ولا رجعة لاعترافه بالبينونة، فلو لم يصرح بالإنكار، أو سكت، أو كانت الخصومة مع وكيله، فله الرجعة، إذ أقامت البينة.

فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالخلع

ليس له خلع زوجة ولده الطفل، والخلع على غير الصداق قبل قبضه، لا يسقط حقها منه، وبعد قبضه وقبل الدخول لا يسقط حق الزوج من نصفه عندنا. ولو خالع حاملاً بنفقة عدتها، بانت بمهر المثل. وفي «فتاوى القفال»: لو خالعها بمهرها بعد أن أبرأتها منه، فإن جهلت الحال، فهل يلزمها مهر المثل أم بدل المسمى؟ فيه القولان. وإن علمت، نظر إن جرى بلفظ الطلاق، كقوله: طلقتك على صداقك، فهل يقع بائناً ويعود الخلاف فيما يلزمها، أم يقع رجعيّاً؟ وجهان: وإن جرى بلفظ الخلع، فإن أوجبنا المال في لفظ الطلاق، فهنا أولى، وإلا فوجهان بناء على أن لفظ الخلع هل يقتضي ثبوت مال؟ وفي فتاوى القاضي حسين، أنه لو خالعها على مالها في ذمته وعلى ألف آخر في ذمتها، وعلى أن ينفق على ولده كل يوم كذا إلى مدة

كذا، فهو فاسد لشرط الإنفاق، وتبين بمهر المثل. وأنه لو خالعهما بألف وعلى حضانة ولده الصغير سنة، فتزوجت في أثناء السنة، لم يكن للزوج انتزاع الولد منها بتزوجها، لأن الإجارة عقد لازم، وأنها لو قالت: إن طلقني أبرأتك عن الصداق، أو فأنت بريء منه فطلق، لا يحصل الإبراء، لأن تعليقه باطل ويلزمها مهر المثل، لأنه لم يطلق مجاناً. فلو قالت: أبرأتك عن صداقي فطلقني، برىء الزوج وله الخيار، إن شاء طلق، وإن شاء لم يطلق. وفي فتاوى البغوي، لو خالعهما على ثوب هروي وقبلت، ثم أعطته مروياً فرضيه وأراد إمساكه، ينظر إن وصفه بالصفات المعتبرة بني على جواز أخذ الزبيب الأبيض عن الأسود. إن جوزنا فكذا هنا، وإلا فلا يجوز الإمساك هنا بلا معاقدة. فإن تعاقدا، فقالت: جعلته بدلاً عما عليّ وقبله الزوج، بني على أن الصداق مضمون ضمان اليد، أم العقد، إن قلنا بالأول، جاز، أو بالثاني، فقولان كالاستبدال عن الثمن في الدمة. وإن لم يصفه، فالواجب مهر المثل، فلا يجوز إمساكه إلا بمعاقدة، وأنها لو قالت: اختلعت نفسي بالصداق الذي في ذمتك وأنكر وحلف، فلا رجوع لها عليه بالصداق. ولو كان له على رجل دين، فقال: اشتريت منك دارك به وقبضته وأنكر الرجل، يجوز له المطالبة بالدين، والفرق أن الخلع يقتضي اليأس من الصداق وسقوطه بالكلية، لأن دمة الزوج إذا برئت منه لا يتصور اشتغالها به. وفي صورة البيع لا يحصل اليأس عن الدين، لاحتمال تلف الدار قبل القبض، أو خروجها مستحقة، أو ردها بعيب، وإن الزوج لو قال: خالعتك وأنكرت وحلفت ثم وطئها، فعليه الحد في الظاهر، ولا حد عليها، لأنها تزعم أنها في نكاحه. وأما الباطن، فإن صدق، حد، وإن كذب، فلا. وقيل: دعواه تكون طلاقاً ظاهراً وباطناً، فعليهما الحد، وأنها لو قالت: اختلعت بثلاث طلاقات على ما لي عليك من الحق، فقال: خالعتك بطلقة، وقعت طلقة بمهر المثل، ويحتمل أن يجب ثلث مهر المثل.

فصل: لابن الحداد

قال: أنت طالق اثنتين، إحداهما بألف، فالمقابلة بالألف لا تقع إلا بقبولها. وفي الأخرى وجهان: أحدهما وبه قال ابن الحداد: لا يقع إلا بالقبول، لأنه علق الطلقتين بالقبول، ولأنها تابعة للأخرى، وأصحهما: عند الشيخ أبي علي: يقع بلا قبول لخلوها عن العوض، ولأنه لو قال: أنت طالق طلقتين، إحداهما بألف، والأخرى بغير شيء وقعت الواحدة بلا قبول، فكذا هذا. قال الإمام: ولا يبعد طرد الوجهين هنا، فإن قلنا بالأول، فإذا قبلت، وقعت الطلقتان ولزمها الألف. وهل

الألف في مقابلة إحداهما فقط، أم في مقابلتهما معاً وإحداهما تابعة؟ فيه احتمالان ذكرنا ووجه. الثاني: أنه لو اختص المال بإحداهما، لما توقفت الأخرى على القبول، ولا قرنت طلقتان بآئنة ورجعية، وذلك بعيد. وإن قلنا بالوجه الثاني، فإن كانت غير مدخول بها، وقعت الواحدة عند تمام لفظه وبانت، فلا تقع الأخرى، ولو قبلت. وإن كانت مدخولاً بها، فالواقعة رجعية، فإذا قبلت، فهو مخالعة وفيها القولان. فإن جوزناها، وقعت الثانية بالألف، وإلا، ففيه احتمالان للشيخ أبي علي: أحدهما: لا يقع الطلاق لأنه إنما وقع بشرط قبولها، وإذا لم يلزم المال، فلا معنى للقبول، وأصحهما: يقع وإن لم يلزم المال بمخالعة المحجور عليها. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الطلاق (١)

فيه ستة أبواب:

الباب الأول: في الطلاق السني والبدعي وغيرهما

وفيه طرفان:

الأول: في بيان البدعي والسني.

لم يزل العلماء قديماً وحديثاً يصفون الطلاق بالبدعة والسنة، وفي معناهما اصطلاحان: أحدهما: السني ما لا يحرم إيقاعه، والبدعي: ما يحرم. وعلى هذا فلا قسم سواهما. والثاني: وهو المتداول، أن السني طلاق مدخول بها ليست بحامل، ولا صغيرة ولا آيسة. والبدعي: طلاق مدخول بها في حيض أو نفاس، أو طهر جامعها فيه ولم يبين حملها، وعلى هذا يستمر ما اشتهر في المذهب: أن غير الممسوسة لا سنة ولا بدعة في طلاقها، وكذا من في معناها. وعلى هذا، الطلاق سني وبدعي وغيرهما.

ثم ذكر الأصحاب أن ما لا يحرم من الطلاق: واجب ومستحب ومكروه. فالواجب في حق المؤلّي، إذا مضت المدة، يؤمر أن يفي أو يطلق، وعند الشقاق إذا رأى الحكمان التفريق وجب.

وأما المستحب، فهو إذا كان يقصر في حقها لبغض أو غيره، أو كانت غير عفيفة.

وأما المكروه، فهو الطلاق عند سلامة الحال.

وأما المحرم، فلتحريمه سببان:

أحدهما: إيقاعه في الحيض إذا كانت ممسوسة، تعتد بالأقراء فطلقها بلا عوض. فإن خال الحائض، أو طلقها بعوض، فليس بحرام.

ولو سألت الطلاق ورضيت به بلا عوض في الحيض، أو اختلعها أجنبي في

(١) الطلاق لغة: التخليّة، يقال: طلقت الناقة إذا سرحت حيث شاءت.

وشرعاً: حل قيد النكاح أو بعضه.

الحيض، فحرام على الأصح. ولو طولب المؤلّي بالطلاق، فطلق في الحيض، فقال الإمام والغزالي وغيرهما: ليس بحرام لأنها طالبة راضية، وكان يمكن أن يقال: حرام لأنه أحوجها بالإيذاء إلى الطلب وهو غير ملجأ إلى الطلاق لتمكنه من الفئنة. ولو طلق القاضي عليه، إذا قلنا به، فلا شك أنه ليس بحرام في الحيض. ولو رأى الحكماء في صورة الشقاق الطلاق، فطلقا في الحيض، ففي شرح «مختصر الجويني» أنه ليس بحرام، للحاجة إلى قطع الشر.

فرع: إذا طلق في الحيض طلاقاً محرماً، استحب له أن يراجعها، فإن راجع، فهل له تطليقها في الطهر التالي لتلك الحيضة؟ وجهان: أصحهما: المنع، وبه قطع المتولي لحديث ابن عمر رضي الله عنهما وكأن الوجهين في أنه: هل يتأذى به الاستحباب بتمامه.

فأما أصل الإباحة والاستحباب، فينبغي أن يحصل بلا خلاف لاندفاع ضرر تطويل العدة.

قلت: قد صرح الإمام وغيره، بأن الوجهين في الاستحباب. قال الإمام: قال الجمهور: يستحب أن لا يطلقها فيه، وقال بعضهم: لا بأس به. وأما قول الغزالي في «الوسيط»: هل يجوز أن يطلق في هذا الطهر؟ فيه وجهان: فشاذ أو مؤول، فلا يعتبر بظاهره. والله أعلم.

وهل يستحب أن يجامعها في ذلك الطهر؟ وجهان: أحدهما: نعم ليظهر مقصود الرجعة. وأصحهما: الاكتفاء بإمكان الاستمتاع. قال الإمام: والمراجعة وإن كانت مستحبة، فلا نقول تركها مكروه.

قلت: في هذا نظر، وينبغي أن يقال: تركها مكروه للحديث الصحيح الوارد فيها، ولدفع الإيذاء. والله أعلم.

فرع: طلقها في الطهر، ثم طلقها أخرى في الحيض، بني على أن الرجعية تستأنف العدة إذا طلقت، أم تبني؟ إن قلنا: تستأنف، فبدعي وإلا فوجهان لعدم التطويل ولو طلقها في الحيض بدعيًا، ثم طلقها أخرى في تلك الحيضة أو في أخرى، ففي كون الثانية بدعية الوجهان.

فرع: الطلاق في النفاس بدعي كالحيض، لأن المعنى المحرم شامل.

فرع: قال: أنت طالق مع آخر حيضك، أو آخر جزء من أجزاء حيضك، فالأصح أنه سني لاستعقابه الشروع في العدة. ولو قال: أنت طالق مع آخر جزء من الطهر ولم يطأها، فالمذهب والمنصوص أنه بدعي.

ولو قال في الصورتين بدل «مع»: في آخر جزء من كذا، فقال الجمهور في

ك«مع» على ما تقدم. وقال المتولي: إن قال في آخر جزءٍ من الحيض، فبدعي قطعاً، أو في آخر جزء من الطهر، فسني قطعاً.

فرع: تعليق الطلاق بالدخول وسائر الصفات، ليس ببدعي، وإن كان في الحيض ولكن إن وجدت الصفة في الطهر، نفذ سنياً، وإن وجدت في الحيض، نفذ بدعيّاً فتستحب المراجعة، ويمكن أن يقال: إن وجدت الصفة باختياره، أثم بإيقاعه في الحيض. وعن القفال، أن نفس التعليق بدعة، لأنه لا يدري الحال وقت الوقوع، فلتحترز عما قد يضرها ولا ضرورة إليه.

قلت: قوله أولاً: وإن وجدت في الحيض نفذ بدعيّاً، معناه يسمى بدعيّاً وترتب عليه أحكام البدعي، إلا أنه لا إثم فيه باتفاق الأصحاب في كل الطرق، إلا ما حكاه عن القفال: وقد أطنب الإمام في تغليط القفال في هذا وقال: هذا في حكم الهجوم على ما اتفق عليه الأولون، فلم يحرم أحد تعليق الطلاق. والله أعلم.

ولو قال لذات الأقرء: أنت طالق إن دخلت الدار، أو إن قدم فلان للسنة، أو إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق للسنة، فإن وجد الشرط وهي في حال السنة، طلقت. وإن وجد وهي في حال البدعة، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة، فحينئذ تطلق، لأن الطلاق معلق بأمرين، فاشترط حصولهما، وكذا لو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق للبدعة، فإن دخلت في حال البدعة طلقت، وإن دخلت في حال السنة، لم تطلق حتى ينتهي إلى البدعة.

ولو قال لمن لا سنة في طلاقها ولا بدعة كغير الممسوسة: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن قدم فلان للسنة، فصارت ذات سنة وبدعة، ثم وجد الشرط المعلق عليه، فإن وجد في حال السنة، طلقت، وإن وجد في حال البدعة، لم تطلق حتى ينتهي إلى حال السنة. ولو وجد الشرط قبل أن يتغير حالها. طلقت لأنه لا سنة في طلاقها.

فرع: إذا علق طلاقها بما يتعلق باختيارها، ففعلته مختارة، يحتمل أن يقال: هو كما لو طلقها بسؤالها.

السبب الثاني: أن يجامعها في طهر وهي ممن تحبل ولم يظهر حملها، فيحرم طلاقها في ذلك الطهر، واستدخالها ماء كالوطء، وكذا وطؤها في الدبر على الأصح. ولو وطئها في الحيض فطهرت، ثم طلقها في ذلك الطهر، حرم على الأصح لاحتمال العلوق.

وأما إذا ظهر بها الحمل، فلا يحرم طلاقها بحال. ولو خالعه أو طلقها على مال في الطهر الذي جامعها فيه، قبل ظهور الحمل،

لم يحرم على الصحيح، كمخالعتها في الحيض. وقيل: يحرم، لأن التحريم هنا رعاية لحق الولد، فلا يؤثر فيه رضاها، وهناك لضررها بطول العدة، وتستحب المراجعة هنا كما في السبب الأول.

ثم إن راجعها ووطئها في بقية الطهر، ثم حاضت وطهرت، فله أن يطلقها، وإن لم يراجعها حتى انقضى ذلك الطهر، ثم راجعها، أو راجعها ولم يطأها، استحب أن لا يطلق في الطهر الثاني، لئلا تكون الرجعة للطلاق. وحكى الحناطي وجهاً أنه لا تستحب الرجعة هنا، ولا يتأكد استحبابها تأكده في طلاق الحائض.

فصل: الآيسة والصغيرة، والتي ظهر حملها وغير الممسوسة، لا بدعة في طلاقهن، ولا سنة إذ ليس فيه تطويل عدة، ولا ندم بسبب ولد. فلو كانت الحامل ترى الدم وقلنا: هو حيض، فطلقها فيه، لم يحرم على الصحيح. وقال أبو إسحاق: يحرم. وقد اشتهر في كلام الأصحاب أن الأربع المذكورات لا بدعة في طلاقهن، ولا سنة، وذلك للعبارات السابقة في تفسير السني والبدعي.

وربما أفهم كلامهم، أنهم يعنون بذلك أنهم لا يجتمع لهن حالتا سنة وبدعة، بل لا يكون طلاقهن إلا سنياً، وهذا يستمر على تفسير السني بالجائز، والبدعي بالمحرم، وقد يغني عن التفاسير الطويلة.

فرع: نكح حاملاً من الزنى ووطئها ثم طلقها، قال ابن الحداد وغيره: يكون الطلاق بدعياً، لأن العدة تكون بعد وضع الحمل وانقضاء النفاس. ولو وطئت منكوحه بشبهة فحبلت، فطلقها زوجها وهي طاهر، فهو حرام لأنها لا تشرع عقبه في العدة، وكذا لو لم تحبل، فشرعت في عدة الشبهة فطلقها، وقدمنا عدة الشبهة. وقيل: لا يحرم لأنه لم يوجد منه إضرار.

ورجح المتولي التحريم، إذا حبلت، وعدمه إذا لم تحبل، والأصح، التحريم مطلقاً.

فرع: طلقها في طهر لم يجامعها فيه ثم راجعها، فله أن يطلقها، وحكى القاضي حسين وجهاً ضعيفاً: أنه يحرم طلاقها كيلاً تكون الرجعة للطلاق، وهذا سبب ثالث للطلاق على هذا الوجه.

فرع: لا تنقسم الفسوخ إلى سنة وبدعة، لأنها شرعت لدفع مضار نادرة، فلا يليق بها تكليف مراقبة الأوقات.

قلت: ومما يتعلق بهذا، لو أعتق أم ولده، أو أمته الموطوءة في الحيض، لا يكون بدعياً، وإن طال زمن الاستبراء، لأن مصلحة تنجيز العتق أعظم، ذكره إبراهيم

المروزي. ولو قسم لإحدى زوجتيه، ثم طلق الأخرى قبل قسمها، أثم وهذا سبب آخر لتحريم الطلاق، وسبقت المسألة في كتاب القسم. والله أعلم.

فصل: لا بدعة في جمع الطلقات الثلاث، لكن الأفضل تفريقهن على الأقراء، أو الأشهر إن لم تكن ذات أقراء، لتتمكن من الرجعة أو التجديد إن ندم، فإن أراد أن يزيد في قرء على طلقة، فرق على الأيام. وقيل: التفريق سنة، وإن لم يكن الجمع بدعة، والصحيح المنع.

قلت: ولو كانت حاملاً وأراد تطليقها ثلاثاً، فوجهان حكاهما في «البيان»: أحدهما: يطلقها في كل شهر طلقة. والثاني، وبه قال الشيخ أبو علي: يطلقها في الحال طلقة ويراجع، فإذا طهرت من النفاس، طلقها ثانية، ثم إذا طهرت من الحيض طلقها ثالثة. والله أعلم.

الطرف الثاني: في إضافة الطلاق إلى السنة والبدعة، تنجيهاً أو تعليقاً، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال لحائض أو نفساء: أنت طالق للبدعة طلقت في الحال، وإن قال للسنة، لم تطلق حتى تشرع في الطهر، ولا يتوقف على الاغتسال، ولو وطئها في آخر الحيض واستدام حتى انقطع الحيض، لم تطلق لاقتران الطهر بالجماع، وكذا لو لم يستدم إذا قلنا بالأصح أنه إذا وطئ في الحيض ثم طلق في الطهر يكون بدعياً.

المسألة الثانية: قال لطاهر: أنت طالق للسنة، فإن لم يكن جامعها في ذلك الطهر، طلقت في الحال، وإن جامعها فيه، لم يقع حتى تحيض ثم تطهر. وإن قال لها: أنت طالق للبدعة، فإن كان جامعها في ذلك الطهر، طلقت في الحال، وإلا فعند الحيض. قال المتولي: ويحكم بوقوع الطلاق بظهور أول الدم. فإن انقطع لدون يوم وليلة، بان أنها لم تطلق ويشبه أن يجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا قال: إن حضت فأنت طالق، أنها هل تطلق برؤية الدم أم بمضي يوم وليلة؟ ولو جامعها قبل الحيض، فبتغييب الحشفة تطلق، فعليه النزاع، فإن نزع وعاد، فهو كابتداء الوطء بعد الطلاق، وإن استدام، فإن كان الطلاق رجعياً، فلا حد وإن كان ثلاثاً، فلا حد أيضاً، لأن أوله مباح. وقيل: إن كان عالماً بالتحريم، حد، وهل يجب المهر؟ حكمه حكم من قال: إن وطئت فأنت طالق فغيب الحشفة ثم استدام، وقد ذكرنا هذه الصورة في كتاب الصوم، وبيننا أن المذهب فيها أنه لا مهر، لأن النكاح تناول جميع الوطآت، وادعى صاحب «العدة» أن المذهب هنا الوجوب.

فرع: اللام في قوله: أنت طالق للسنة أو للبدعة، تحمل على التوقيت، فلا

تطلق إلا في حال السنة أو البدعة، لأنهما حالتان منتظرتان تتعاقبان تعاقب الأيام والليالي وتكرران تكرر الشهور، فأشبهه قوله: أنت طالق لرمضان معناه: إذا جاء رمضان، أنت طالق، وأما اللام الداخلة على ما لا يتكرر مجيئه وذهابه، فللتعليل، كقوله: أنت طالق لفلان، أو لرضى فلان، فتطلق في الحال، رضى أم سخط. والمعنى: فعلت هذا لترضى، وقال ابن خيران: إنما يقع في الحال إذا نوى التعليل، فإن لم تكن له نية، لم تطلق حتى يرضى، والأول هو الصحيح المنصوص، ونُزِّل ذلك منزلة قول السيد: أنت حر لوجه الله تعالى. وحيث يحمل على التعليل، فلو قال: أردت التوقيت، قبل باطناً، ولا يقبل ظاهراً على الأصح.

ولو قال: أنت طالق بقدم زيد أو برضاه، فهو تعليل، كقوله: إن قدم أو رضى، وحيث حملنا قوله للسنة أو للبدعة على الحالة المنتظرة، فقال: أردت الإيقاع في الحال، قبل، لأنه غير متهم.

فرع: قوله: أنت طالق لا للسنة، كقوله: للبدعة، وقوله: لا للبدعة، كقوله: للسنة، وقوله: سنة الطلاق، أو طلقة سنية، كقوله: للسنة، وقوله: بدعة الطلاق، أو طلقة بدعية، كقوله: للبدعة.

فرع: قال: إن كان يقع عليك في هذا الوقت طلاق السنة، فأنت طالق، فإن كانت في حال السنة، طلقت، وإلا فلا تطلق، لا في الحال، ولا إذا صارت في حال السنة، لعدم الشرط، وكذا لو قال: أنت طالق للسنة إن قدم فلان وأنت طاهر، فإن قدم وهي طاهر، طلقت للسنة، وإلا فلا تطلق لا في الحال، ولا إذا طهرت.

فرع: جميع ما ذكرنا، إن كانت المخاطبة بالسنة والبدعة، ذات سنة وبدعة، فأما إذا قال لصغيرة ممسوسة، أو لصغيرة أو كبيرة غير ممسوسة: أنت طالق للسنة، فيقع في الحال، واللام هنا للتعليل، لعدم تعاقب الحال كقوله: لرضى زيد. ولو قال: للبدعة، وقع في الحال على الصحيح، لما ذكرنا. وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه يحمل على التوقيت، وينتظر زمن البدعة، بأن تحيض الصغيرة، ويدخل بالكبيرة أو تحيض. وعن ابن الوكيل، أن الطلاق لا يقع مطلقاً لتعليقه بما لا يتصور، كقوله: إن سعدت السماء، وهذا يطرد في قوله: للسنة.

ولو صرح بالوقت فقال: أنت طالق لوقت السنة، أو لوقت البدعة، قال في «البيسط»: إن لم ينو شيئاً، فالظاهر وقوع الطلاق في الحال، وإن قال: أردت التوقيت بمنتظر، فيحتمل أن يقبل لتصريحه بالوقت ولا نقل فيه.

فرع: قال: أنت طالق لا للسنة ولا للبدعة، وقع في الحال، سواء كانت ذات

سنة وبدعة، أم لا، لأنها إن لم تكن، فحالها ما ذكر، وإن كانت، فالوصفان متنافيان فسقطا، وكذا لو قال: طلقة سنية بدعية.

فرع: قال لذات سنة وبدعة في حال البدعة: أنت طالق طلاقاً سنياً، أو في حال السنة أنت طالق طلاقاً بدعياً، ونوى الوقوع في الحال، قال المتولي: لا يقع في الحال، لأن النية إنما تعمل فيما يحتمله اللفظ، لا فيما يخالف صريحاً، وإذا تنافيا، لغت النية، وعمل باللفظ لأنه أقوى.

ولو قال: أنت طالق الآن سنياً وهو في زمن بدعة، طلقت في الحال عملاً بالإشارة إلى الوقت، ويلغو اللفظ.

المسألة الثالثة: قال لذات الأقراء: أنت طالق ثلاثاً، بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، فإن لم ينو شيئاً، فالصحيح المنصوص، أنه يقع في الحال طلقتان، فإذا صارت في الحالة الأخرى، وقعت الثالثة، لأن التبعض يقتضي التشطير، ثم يسري كما لو قال: هذه الدار بعضها لزيد وبعضها لعمر، يحمل على التشطير إذا لم تكن بينة. وقيل: تقع في الحال طلقة، واختاره المزي ومن قال به لا يكاد يسلم مسألة الإقرار، ويقول: هو مجمل يرجع إليه فيه. ونقل الحناطي وجهاً ثالثاً أنه يقع في الحال الثلاث. أما إذا قال: أردت إيقاع بعض من كل طلقة في الحال، فتقع الثلاث في الحال، وإن قال: أردت في الحال طلقتين أو طلقة ونصفاً، وقع طلقتان في الحال قطعاً، وتقع الثالثة في الحالة الأخرى. وإن قال: أردت في الحال طلقة، وفي المستقبل طلقتين، دُيِّن فيه قطعاً، وتقبل أيضاً في الظاهر على الصحيح المنصوص، وقال ابن أبي هريرة: لا تقبل.

وفائدة هذا الخلاف، أنه لو ندم فأراد أن يخالعه حتى تصير إلى الحالة الأخرى وهي بائن، فتنحل اليمين، ثم يتزوجها. وقلنا: الخلع طلاق، فإن قلنا: الواقع في الحال طلقة، أمكنه ذلك، وإلا فلا.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً، بعضهن للسنة واقتصر عليه، وكانت في حال السنة، قال ابن الصباغ: تجيء على الصحيح المنصوص، أنه لا يقع في الحال إلا طلقة، لأن البعض ليس عبارة عن النصف، وإنما حملناه في الصورة الأولى على التشطير لإضافته البعض في الحاليين. ولو قال: أنت طالق خمساً، بعضهن للسنة، وبعضهن للبدعة، ولم ينو شيئاً، بنى على الخلاف المعروف، في أن الزيادة الملفوظ بها تلغى أم تعتبر؟ إن قلنا بالأول، وقع في الحال طلقتان، وفي الثاني، طلقة تفريعاً على المنصوص، وإن قلنا بالثاني وهو الأصح، وقع الثلاث في الحال بالتشطير والتكميل.

ولو قال: أنت طالق طلقتين: طلقة للسنة وطلقة للبدعة، أو أنت طالق طلقة للسنة وطلقة للبدعة، وقع في الحال طلقة، وفي الاستقبال الأخرى. ولو قال: طلقتين للسنة والبدعة، فهل يقع في الحال طلقة، وفي الاستقبال الأخرى، أم يقع في الحال؟ وجهان: أصحهما: الثاني كما لو قال: ثلاثاً للسنة وللبدعة، فإنه يقع الثلاث في الحال.

فرع: قال لمن لا سنة لها ولا بدعة: أنت طالق ثلاثاً بعضهن للسنة وبعضهن للبدعة، أو طلقة للسنة، وطلقة للبدعة، وقع الجميع في الحال.

المسألة الرابعة: إذا وصف الطلاق بصفة مدح، كقوله: أنت طالق أجمل الطلاق أو أفضله، أو أحسنه، أو أعدله، أو أكمله، أو أتمه، أو أجوده، أو خير الطلاق، وأنت طالق للطاعة ولم ينو شيئاً، فهو كقوله: طالق للسنة، فلا يقع إن كان الحال بدعة حتى ينتهي إلى حال السنة. وإن نوى شيئاً، نظر إن نوى ما يقتضيه الإطلاق، فذاك. وإن قال: أردت طلاق البدعة، لأنه في حقها أحسن من جهة سوء خلقها، فإن كانت في حال بدعة، قبل لأنه غلظ على نفسه. وإن كانت في حال سنة، دُيِّنَ ولا يقبل ظاهراً، وقد يجيء خلاف في الظاهر.

وإن وصف الطلاق بصفة ذم كقوله: أقبح الطلاق، أو أسمجه، أو أفضح، أو أفضعه، أو أرداه، أو أفحشه، أو أنتنه، أو شر الطلاق ونحو ذلك، فهو كقوله: للبدعة، فلا يقع إن كانت في حال سنة حتى ينتهي إلى البدعة. وإن قال: أردت قبحه لحسن عشرتها، أو أردت أن أقبح أحوالها أن تبين مني، وقع في الحال، لأنه غلظ على نفسه. وإن قال: أردت أن طلاق مثل هذه السنة أقبح، فقصدت الطلاق في حال السنة دُيِّنَ، ولم يقبل ظاهراً. ولو قال: أنت طالق للجرح، أو طلاق الجرح فهو كقوله للبدعة. ولو خاطب بهذه الألفاظ من لا سنة لها ولا بدعة فهو كما لو قال لها: للسنة أو للبدعة، كما سبق. ولو جمع صفتي الذم والمدح، فقال: أنت طالق طلقة حسنة قبيحة أو جميلة فاحشة، أو سنية بدعية، أو للجرح والعدل، والمخاطبة ذات أقرء، وقعت في الحال. قال السرخسي في «الأمالي»: فإن فسر كل صفة بمعنى، فقال: أردت كونها حسنة من حيث الوقت، وقبيحة من حيث العدد حتى تقع الثلاث أو بالعكس، قبل منه. وإن تأخر الوقوع، لأن ضرر وقوع العدد أكثر من فائدة تأخير الوقوع.

المسألة الخامسة: قال: أنت طالق ثلاثاً في كل قرء طلقة، أو أنت طالق في كل قرء طلقة، فلها ثلاثة أحوال:

أحدها: أن تكون حائلاً من ذوات الأقرء، وهي إما غير ممسوسة، وإما

ممسوسة، فإن كانت غير ممسوسة، نظر إن كانت حائضاً، لم تطلق على الصحيح وقال الشيخ أبو حامد: تقع طلاق في الحال، لأنها مخاطبة بالعدة، ومحيضها كطهرها، وإن كانت طاهراً طلقت في الحال واحدة وبانت، فلا تلحقها الثانية والثالثة فإن جدد نكاحها قبل الطهر الثاني، ففي وقوع الثانية والثالثة قولاً عود اليمين والحنث. وإن جدد النكاح بعد الطهرين، لم يقع شيء لانحلال اليمين، وإن كانت ممسوسة، وقع في كل قرء طلاق، سواء جامعها فيه أم لا، وتكون الطلاق سنية إن لم يجمعها فيه، وبدعية إن جامعها، وتشرع في العدة بالطلاق الأولى. وهل يجب استئناف العدة للثانية والثالثة؟ قولان المذكوران في العدة أظهرهما الوجوب.

الحال الثاني: أن تكون حاملاً فإن كانت لا ترى الدم، وقعت في الحال طلاق. قال المتولي: فلو لم تحض قط وبلغت بالحمل مثلاً، ففي وقوع الطلاق عليها وجهان: أو قولان بناء على أن القرء هو الطهر بين دمين أو الانتقال من نقاء إلى دم، إن قلنا بالأول، لم تطلق حتى تضع وتطهر من نفاسها، وإن قلنا بالثاني وهو الأظهر، وقع. وإذا وقعت الطلاق، فإن راجعها قبل الوضع، وقعت أخرى إذا طهرت من النفاس، وعليها استئناف العدة سواء وطئها بعد الرجعة أم لا، بلا خلاف. وإن لم يراجعها، انقضت عدتها بالوضع بأن جدد نكاحها قبل تمام الأقراء، عاد قولاً عود الحنث. وإن كانت ترى الدم على الحمل، فإن قلنا: إنه ليس بحيض، فهو كما لو لم تره، فتطلق في الحال. وحكى الحناطي وجهاً، أنها لا تطلق. إن وافق قوله وقت الدم حتى تطهر، وإن جعلناه حيضاً ووافق قوله النقاء، طلقت في الحال طلاق، وإن وافق الدم، فوجهان: أحدهما: وهو قول الشيخ أبي حامد، وصححه العراقيون: تطلق أيضاً، لأن مدة الحمل كالقرء الواحد. والثاني: وهو الأصح وبه قطع القاضي أبو الطيب والحناطي، ورجحه المتولي وغيره: لا تطلق حتى تطهر. وإذا وقعت طلاق في الحيض أو الطهر، فهل يتكرر في الطهر الثاني والثالث؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع بعضهم، لأن القرء ما دل على البراءة.

الحال الثالث: أن تكون صغيرة، فيبنى على أن القرء طهر يحتوشه دمان، أم هو الانتقال من نقاء إلى حيض؟ إن قلنا بالأول، لم تطلق حتى تحيض وتطهر، ولا يؤمر الزوج باجتنابها في الحال، وإن قلنا بالثاني، فالذي أطلقه العراقيون والبغوي وغيرهم، أنه يقع في الحال طلاق. وقال المتولي والسرخسي: يؤمر باجتنابها لأن الظاهر أنها ترى الدم، فإن رأتها، تبين وقوع الطلاق يوم اللفظ، وإن ماتت قبل رؤية الدم، ماتت على النكاح فعلى الأول، لو لم تحض ولم يراجعها حتى مضت ثلاثة أشهر، حصلت البينونة، فإن نكحها بعد ذلك، ورأت الدم، عاد الخلاف في عود

الحنث، وإن رأت الدم قبل مضي ثلاثة أشهر، تكرر الطلاق بتكرر الأطهار. وعن صاحب «التقريب» وجه غريب، أن الأقراء في الصغيرة تحمل على الأشهر، والآيسة التي انقطع حيضها كالصغيرة، ففي وقوع الطلاق عليها، الخلاف. قال السرخسي: إن قلنا: القرء: هو الانتقال، وقع في الحال وإلا، فلا، فإن حاضت بعد، تبينا الوقوع، والأصح عند الأصحاب، الوقوع في الصغيرة والآيسة.

فرع: قال: أنت طالق في كل قرء طلعة للسنة، فهو كما لو لم يقل للسنة في أكثر الأحكام والأحوال، لكن ذات الأقراء إذا كانت طاهرة، أو كان جامعها في ذلك الطهر، يتأخر وقوع الطلاق إلى أن تحيض ثم تطهر.

فرع: قال: أنت طالق في كل طهر طلقة وكانت حاملاً لا ترى دمًا، أو تراه ولم نجعله حيضاً، وقع في الحال طلقة سواء ترى الذي في ذلك الحال أم لا، ولا يتكرر بتكرر الانقطاعات، وإن كانت ترى الدم وجعلناه حيضاً، فإن كانت في حال رؤية الدم، لم تطلق حتى تطهر، وإلا وقع في الحال وتكرر بتكرر الأطهار.

المسألة السادسة: قال: أنت طالق ثلاثاً للسنة، ثم قال: نويت تفريقها على الأقراء لم يقبل في الظاهر. قال المتولي: إلا أن يكون ممن يعتقد بتحريم جمع الثلاث في قرء، فيقبل في الظاهر. وحكى الحناطي وجهاً في القبول مطلقاً، والصحيح المنصوص، وهو الأول. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً ولم يقل للسنة، ثم فسر بالتفريق على الأقراء، لم يقبل ظاهراً، وهل يُدين في الصورتين؟ وجهان: الصحيح المنصوص، نعم. ومعنى التدين مع نفي القبول ظاهراً، أن يقال للمرأة: أنت بائن منه بثلاث في ظاهر الحكم، وليس له تمكينه إلا إذا غلب على ظنك صدقة بقرينة، ويقال للزوج: لا نمكنك من تتبعها، ولك أن تتبعها، والطلب فيما بينك وبين الله تعالى إن كنت صادقاً، وتحل لك إذا راجعتها. وعلى هذا القياس حكم القبول ظاهراً وباطناً، فيما إذا قال لصغيرة: أنت طالق للسنة، ثم قال: أردت إذا حاضت وطهرت، وفيما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن دخلت الدار، أو إذا جاء رأس الشهر. وألحق الففال والغزالي بهذه الصورة ما إذا قال: أنت طالق، ثم قال: أردت إن شاء الله تعالى، وكذلك كلما أحوج إلى تقييد الملفوظ به بقيد زائد. والصحيح الموجود في كتب الأصحاب، أنه لا يُدَيَّن في قوله: أردت إن شاء الله تعالى، ويُدَيَّن في قوله: أردت عن وثاق، أو إن دخلت الدار أو إن شاء زيد. وفرقوا بين قوله: أردت إن شاء الله تعالى، وبين سائر الصور بأن التعليق بمشيئة الله تعالى يرفع حكم الطلاق جملة، فلا بد فيه من اللفظ، والتعليق بالدخول، ومشيئة زيد، لا يرفعه، لكن يخصصه بحال دون حال. وقوله: من وثاق، تأويل وصرف للفظ من

معنى إلى معنى، فكفت فيه النية، وإن كانت ضعيفة، وشبهوه بالنسخ، لما كان رفعاً للحكم، لم يجوز إلا باللفظ، والتخصيص يجوز بالقياس.

وأما إذا أتى بلفظ عام، وقال: أردت بعض الأفراد الداخلة تحته، ففيه تفصيل، فإن قال: كل امرأة لي، فهي طالق، وعزل بعضهن بالنية، لم يقبل ظاهراً عند الأكثرين، وقال ابن الوكيل وغيره: يقبل ظاهراً سواء كانت قرينة تصدقه - بأن خاصمته، وقالت: تزوجت عليّ، فقال: كل امرأة لي طالق، ثم قال: أردت غير المخاصمة - أم لم تكن قرينة. والأصح عند القفال والمعتبرين، أنه لا يقبل ظاهراً بغير قرينة ويقبل بها، واختاره الروياني، وعبد القاضي حيث أنه إن قال: كل امرأة لي طالق ثم عزل بعضهن بالنية، لا يقبل، وإن قال: نسائي طالق، وقال: عزلت واحدة، قبل. وعلى هذا، لو عزل اثنتين، ففي القبول وجهان: ويجري الخلاف في القبول ظاهراً فيما لو قال: إن أكلت خبزاً أو تمرّاً، فأنت طالق، ثم فسر بنوع خاص، وطردهما الغزالي وغيره فيما إذا كان يحل وثاقاً عنها، فقال: أنت طالق، ثم قال: أردت الإطلاق عن الوثاق، وقال: الأصح بالقبول.

ولو قال: إن كلمت زيداً، فأنت طالق، ثم قال: أردت التكليم شهراً، فيقبل. كذا حكى عن نص الشافعي رحمه الله، والمراد على ما نقل الغزالي، القبول باطناً فلا تطلق إذا كلم بعد شهر.

فرع: في ضبط ما يُدين فيه، وما يقبل ظاهراً

قال القاضي حسين: لما يدعيه الشخص من النية مع ما أطلقه من اللفظ، أربع مراتب:

أحداها: أن يرفع ما صرح به، بأن قال: أنت طالق، ثم قال: أردت طلاقاً لا يقع عليك، أو لم أرد إيقاع الطلاق، فلا تؤثر دعواه ظاهراً، ولا يدين باطناً.

الثانية: أن يكون ما يدعيه مقيداً لما تلفظ به مطلقاً، بأن قال: أنت طالق، ثم قال: أردت عند دخول الدار، فلا يقبل ظاهراً، وفي التدينين الخلاف.

الثالثة: أن يرجع ما يدعيه إلى تخصيص عموم، فيدين، وفي القبول، ظاهر الخلاف.

الرابعة: أن يكون اللفظ محتملاً للطلاق من غير شيوع وظهور، وفي هذه المرتبة تقع الكنايات ويعمل فيها بالنية.

وضبط لأصحاب بضبط آخر، فقالوا: ينظر في التفسير بخلاف ظاهر اللفظ، إن كان لو وصل باللفظ، لا ينظم، لم يقبل ولم يدين، وإلا فلا يقبل ظاهراً ويدين.

مثال الأول، قال: أردت طلاقاً لا يقع.

مثال الثاني: أردت طلاقاً عن وثاق، أو إن دخلت الدار، واستثنوا من هذا نية التعليق بمشيئة الله تعالى، فقالوا: لا يدين فيه على المذهب.

فرع: قال: أنت طالق ثلاثاً ثم قال: أردت إلا واحدة، أو قال: أربعكن طوالق، ثم قال: نويت بقلبي إلا فلانة، لم يدين على الأصح، لأنه نص في العدد. ولو قال: فلانة وفلانة وفلانة طوالق، ثم قال: استثنيت بقلبي فلانة، لم يدين قطعاً لأنه رفع لما نص عليه، لا تخصيص عموم، ذكره القاضي أبو الطيب.

المسألة السابعة: قال لممسوسة: كلما ولدت فأنت طالق للسنة، فولدت ولداً وبقي آخر في بطنها، وقع بولادة الأول طليقة، لأن الأصل في هذا أن الموصوف بالسنة والبدعة إذا علق بأمر اعتبرت الصفة عند ذلك الأمر، فإن وجدت وقع وإلا فلا حتى يوجد كما سبق في قوله: أنت طالق للسنة إذا قدم زيد أنه إن قدم في حال سنة طلقت، وإلا فلا تطلق حتى يجيء حال السنة، وكأنه يخاطبها عند وجود المعلق عليه بقوله: أنت طالق للسنة، وإذا كان كذلك، فكأنه عند ولادة أحد الولدين، قال: أنت طالق للسنة وهي في هذه الحال حامل بآخر. ولو قال لحامل: أنت طالق للسنة، وقع في الحال، ثم إذا ولدت الثاني انقضت عدتها. وهل يقع طليقة أخرى، لأنه يقارن انقضاء العدة؟ فيه خلاف يأتي في نظائره إن شاء الله تعالى، الأصح: المنع. ولو ولدت ولداً ولم يكن في بطنها آخر، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس، ولو ولدت ولدين معاً ولم يكن في بطنها آخر، فإنما تطلق إذا طهرت من النفاس طليقتين لأنها ولدت ولدين، و«كلما» تقتضي التكرار. ولو قال: كلما ولدت ولدين، فأنت طالق، فولدت ولدين معاً أو متعاقبين وفي بطنها ثالث، طلقت. ولو ولدت ولداً فطلقها، ثم ولدت آخر، فإن كان رجعيّاً وقعت أخرى بولادة الثاني، راجعها أم لا هكذا ذكره. ويشبه أن يقال: إن راجعها فكذلك الحكم، وإلا فهذا طلاق يقارن انقضاء العدة، وإن كان الطلاق بائناً فنكحها، ثم ولدت آخر، ففي وقوع أخرى قولاً عود الحنث.

المسألة الثامنة: نكح حاملاً من الزنى، وقال: أنت طالق للسنة، فإن كان دخل بها، لم تطلق حتى تضع، وتطهر من النفاس، لأن الحمل كالعدم وإلا طلقت في الحال كما لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق للسنة، هذا إذا كانت لا ترى دماً أو تراه ولم نجعله حيضاً، فإن رآته وجعلناه حيضاً، فإن قال لها ذلك في حال رؤية الدم، لم تطلق حتى تطهر كالحامل إذا قال لها: أنت طالق للسنة وهي حائض بخلاف الحامل من الزوج حيث يقع طلاقها في الحال، وإن كانت ترى الدم،

وجعلناه أيضاً حيضاً على الصحيح، لأن الحامل من الزوج لا سنة ولا بدعة في طلاقها، وهذه كالحامل إذ لا حرمة لحملها.

المسألة التاسعة: قال: أنت طالق للسنة أو للبدعة لا تطلق حتى تنتقل من الحالة التي هي فيها إلى الحالة الأخرى، لأن اليقين حينئذ يحصل كما لو قال: أنت طالق اليوم أو غداً لا تطلق حتى يجيء الغد.

المسألة العاشرة: قال: أنت طالق طلبة حسنة في دخول الدار أو طلبة سنية قال إسماعيل البوشنجي: مقتضى المذهب أن تطلق إن دخلت الدار طلبة سنية حتى لو كانت حائضاً لم تطلق. ولو كانت طاهراً لم يجامعها في ذلك الطهر، طلقت في الحال، وإن كان جامعها فيه، لم تطلق ما لم تطهر حتى تحيض وتطهر.

المسألة الحادية عشرة: قال لها وهي طاهر: أنت طالق للسنة، ثم اختلفا فقال: جامعتك في هذا الطهر، فلم يقع طلاق في الحال، وقالت: لم تجامعني وقد وقع، قال إسماعيل البوشنجي: مقتضى المذهب، أن القول قوله، لأن الأصل بقاء النكاح، وكما لو قال المؤلي والعين: وطئت.

فرع: قال: أنت طالق كالثلج، أو كالنار، طلقت في الحال، ولغا التشبيه، وقال أبو حنيفة: إن قصد التشبيه بالثلج في البياض، والنار بالإضاءة، طلقت سنياً، وإن قصد التشبيه بالثلج في البرودة، وبالنار في الحرارة والإحراق، طلقت في زمن البدعة، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في أركان الطلاق

هي خمسة:

الركن الأول: المطلق وشرطه التكليف، فلا يقع طلاق صبي ولا مجنون، لا تنجيزاً ولا تعليقاً. فلو قال مراهق: إذا بلغت، فأنت طالق، فبلغ، أو قال مجنون: إذا أفقت، فأنت طالق، ثم أفاق، أو قال: أنت طالق غداً فبلغ وأفاق قبل الغد فلا طلاق.

قلت: هكذا اقتصر الغزالي وغيره في شرط المطلق على كونه مكلفاً، وقد يورد عليه السكران، فإنه يقع طلاقه على المذهب، وليس مكلفاً كما قاله أصحابنا وغيرهم في كتب الأصول، ولكن مراد أهل الأصول، إنه غير مخاطب بحال السكر، ومرادنا هنا أنه مكلف بقضاء العبادات بأمر جديد. والله أعلم.

الركن الثاني: اللفظ وفيه ثلاثة أطراف: أحدها: في اللفظ الذي يقع به الطلاق، والثاني: في الأفعال القائمة مقامه. والثالث: في تفويض الطلاق إلى

الزوجة وأحكام تفويضه. أما الأول، فاللفظ صريح: وهو ما لا يتوقف وقوع الطلاق به على نية. وكناية: وهو ما توقف على نية، أما الصريح، فلفظ الطلاق والسراح والفراق وحكى أبو الحسن العبادي، أن أبا عبد الرحمن القزاز نقل قولاً قديماً أن السراح والفراق كنايةتان، والمشهور الأول، فقوله: أنت طالق، أو مطلقة، أو يا طالق أو يا مطلقة، صريح. وقيل: يا مطلقة وأنت مطلقة كناية، والصحيح الأول. وأما المشتق من الإطلاق كقوله: أنت مطلقة بإسكان الطاء أو يا مطلقة، فليس بصريح على الصحيح لعدم اشتغاره، وإن كان الإطلاق والتطليق متقاربين.

وفي قوله: أنت طالق، أو الطلاق، أو طلقة وجهان: أحدهما: أنه كناية. ولو قال: أنت نصف طلقة، فكناية. قال البغوي: ولو قال: أنت كل طلقة أو نصف طالق، فصريح، كقوله: نصفك طالق.

ونقل العبادي خلافاً في قوله: أنت نصف طلقة، ويجوز أن يجيء هذا الخلاف في قوله نصف طالق. ولو قال: أنت والطلاق أو أنت وطلقة، فكناية، أي: قرنت بينك وبينها. وإذا قلنا بالمشهور في لفظي السراح والفراق، فقوله: فارقتك وسرحتك صريحان، وفي الاسم منهما وهو مفارقة ومسرحة وجهان: سواء الوصف، كقوله أنت مسرحة أو مفارقة، والنداء كقوله: يا مسرحة أو يا مفارقة، أحدهما: صريحان أيضاً، وقوله: أنت السراح، أو أنت الفراق على الوجهين في: أنت الطلاق.

فرع: قال: أردت بقولي: طالق، إطلاقها من الوثاق، وبالفراق المفارقة في المنزل، وبالسراح إلى منزل أهلها، أو قال: أردت خطاب غيرها فسبق لسانی إليها، دُيِّنَ ولم يقبل ظاهراً، فلو صرح، فقال: أنت طالق من وثاق، أو سرحتك إلى موضع كذا، أو فارقتك في المنزل، خرج عن كونه صريحاً وصار كناية. قال المتولي: وهذا في ظاهر الحكم، وأما بينه وبين الله تعالى، فإنما لا يقع الطلاق إذا كان على عزم أن يأتي بهذه الزيادة من أول كلامه، فأما إذا قال: أنت طالق، ثم بدا له فوصل به هذه الزيادة، فالطلاق واقع في الباطن. ولو لم يكن عازماً على هذه الزيادة أولاً ثم نواها في أثناء الكلام، فوجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى في الاستثناء وغيره، وكذلك التدين إذا لم يتلفظ بالزيادة، وقال: نويتها، إنما يدين إذا كان ناوياً من أول الكلام، فإن حدثت بعد الفراغ من الكلام، فلا، وإن حدثت في إثنائه، فعلى الوجهين.

فرع: قوله: أوقعت عليك طلاقي، صريح ذكره الروياني. ولو قال: لك طلقة، أو وضعت عليك طلقة، فوجهان.

فرع: ذكر الأصحاب أن صريح الطلاق ثلاثة: الطلاق، والسراح، والفراق،

وأهملوا ذكر شيئين هنا: أحدهما: لفظ الخلع، وفي كونه صريحاً في الطلاق خلاف سبق، والثاني: قوله: الحلال علي حرام، وفي كونه صريحاً خلاف نذكره، إن شاء الله تعالى قريباً.

فرع: ترجمة لفظ الطلاق بالعجمية وسائر اللغات، صريح على المذهب لشهرة استعمالها في معناها عند أهل تلك اللغات، كشهرة العربية عند أهلها، وقيل: وجهان: ثانيهما: أنها كناية، وترجمة السراح والفراق فيها الخلاف، لكن الأصح هنا أنها كناية قاله الإمام والرويانى، لأن ترجمتهما بعيدة عن الاستعمال.

فرع: إذا اشتهر في الطلاق لفظ سوى الألفاظ الثلاثة الصريحة، كحلال الله علي حرام، أو أنت علي حرام، أو الحلال أو الحل علي حرام، ففي التحاقه بالصريح أوجه: أصحها: نعم لحصول التفاهم، وغلبة الاستعمال، وبهذا قطع البغوي، وعليه تنطبق فتاوى القفال، والقاضي حسين والمتأخرين. والثاني: لا، ورجحه المتولي. والثالث حكاه الإمام عن القفال: أنه إن نوى شيئاً آخر من طعام أو غيره، فلا طلاق. وإذا ادعاه، صدق، وإن لم ينو شيئاً، فإن كان فقيهاً يعلم أن الكناية لا تعمل إلا بالنية، لم يقع، وإن كان عامياً سألناه عما يفهم إذا سمعه من غيره، فإن قال: يسبق إلى فهمي منه الطلاق، حمل على ما يفهم، والذي حكاه المتولي عن القفال، أنه إن نوى غير الزوجة، فذاك، وإلا فيقع الطلاق للعرف. قلت: الأرجح الذي قطع به العراقيون والمتقدمون، أنه كناية مطلقاً. والله أعلم.

وأما البلاد التي لا يشتهر فيها هذا اللفظ للطلاق، فهو كناية في حق أهلها بلا خلاف. وفي فتاوى القاضي حسين، أنه لو كان له امرأتان، فقال: حلال الله علي حرام إن دخلت الدار فدخل، تطلق كل واحدة منهما طلبة، ويوافقه ما ذكره البغوي في «الفتاوى» أنه لو قال: حلال الله علي حرام وله أربع نسوة، طلقن كلهن إلا أن يريد بعضهن، لكن ذكر بعده أنه لو قال: إن فعلت كذا، فحلال الله علي حرام وله امرأتان ففعل، طلقت إحداهما، لأنه اليقين، ويؤمر بالتعيين قال: ويحتمل غيره فحصل تردد.

قلت: الظاهر المختار الجاري على القواعد، أنه إذا لم ينوهما، لا تطلق إلا إحداهما، أو إحداهن، لأن الاسم يصدق عليه، فلا يلزمه زيادة، وقد صرح بهذا جماعة من المتأخرين، وهذا إذا نوى بـ: حلال الله علي حرام الطلاق، وجعلناه صريحاً فيه. والله أعلم.

فصل: وأما الكناية، فيقع بها الطلاق مع النية بالإجماع، ولا يقع بلا نية وهي

كثيرة، كقوله: أنت خلية وبرية، وبته وبتلة، وبائن وحرام، وحره، وأنت واحدة، واعتدّي واستبرئي رحمك، والحقني بأهلك، وحبلك على غاربك، ولا أندك سربك، أي: لا أزرع إبلك، ومعناه: لا أهتم بشأنك، واغربي واعزبي، واخرجني واذهبي، وسافري وتجنبي، وتجردني وتقنعي، وتستري، والزمني الطريق، وبينني وأبعدي وودّعيني ودعيني، وبرئت منك، ولا حاجة لي فيك، وأنت وشأنك، وأنت مطلقة ومنطلقة، وتجري وذوقي، وتزودي وما أشبه ذلك. وفي قوله: اشربي، وجهان: الأصح المنصوص، كناية. وقال أبو إسحاق: ليس كناية، بل هو لغو، وكلي، كاشربي كناية على المذهب، وقيل: ليس كناية قطعاً. وفي قوله: أغناك الله، وقوله: قومي، وجهان: أصحهما: ليس كناية.

أما الألفاظ التي لا تحتل الطلاق إلا على تقدير متعسف، فلا أثر لها، فلا يقع بها طلاق وإن نوى، وذلك كقوله: بارك الله فيك، وأحسن الله جزاءك، وما أحسن وجهك، وتعالني واقربي واغزلي واسقيني، وأطعميني وزوديني، واقعدي وما أشبه ذلك، وحكي وجهه في: اقعدي وأحسن الله جزاءك، وزوديني ونحوها، أنها كناية وهو ضعيف.

فرع: قال لزوجته: أنت حرة أو معتقة، أو أعتقتك ونوى الطلاق، طلقت. ولو قال لعبد: طلقتك ونوى العتق، عتق. وللمناسبة والمشاركة بين الملكين يصلح كل واحدة منهما كناية في الآخر، وكما أن صريح كل واحد منهما كناية في الآخر، فكناياتها مشتركة مؤثرة في العقدين جميعاً بالنية، لكن لو قال للعبد: اعتد أو استبرئ رحمك ونوى العتق، لم ينفذ لاستحالته في حقه، ولو قال ذلك لأتمته ونوى العتق، أو لزوجته قبل الدخول ونوى الطلاق، نفذ على الأصح، والظهار والطلاق ليس أحدهما كناية في الآخر.

ولو قال لأتمته: أنت علي كظهر أمي ونوى العتق عتقت على الصحيح، وقيل: لا لأنه لا يزيل الملك، بخلاف الطلاق.

فصل: قال لزوجته: أنت علي حرام، أو محرمة، أو حرمتك، بأن نوى الطلاق، نفذ رجعيّاً، فإن نوى عدداً وقع ما نوى. وحكى الحنطي وجهاً أنه لا يكون طلاقاً إذا قلنا: إنه صريح في اقتضاء الكفارة، كما سنذكره إن شاء الله تعالى قريباً وهذا وإن كان غريباً، ففيه وفاء بالقاعدة المعروفة: أن اللفظ الصريح إذا وجد نفاذاً في موضوعه، لا ينصرف إلى غيره بالنية، وإن نوى الظهار، فهو ظهار وإن نواهما معاً، فهل يكون ظهاراً أم طلاقاً أم تخير فما اختاره منهما ثبت؟ فيه أوجه: أصحها:

الثالث، وبه قال ابن الحداد، وأكثر الأصحاب، ولا ينعقد الاثنان معاً قطعاً. ولو نوى أحدهما قبل الآخر، قال ابن الحداد: إن أراد الظهار ثم أراد الطلاق، صحا جميعاً، وإن أراد الطلاق أولاً، فإذا كان بائناً، فلا معنى للظهار بعده وإن كان رجعيّاً كان الظهار موقوفاً، فإن راجعها، فهو صحيح والرجعة عودٌ وإلا فهو لغو، قال الشيخ أبو علي هذا التفصيل فاسد عندي، لأن اللفظ الواحد إذا لم يجر أن يراد به التصرفان لم يختلف الحكم بإرادتهما معاً، أو متعاقبين، وإن نوى تحريم عينها أو فرجها أو وطئها، لم تحرم عليه، ويلزمه كفارة يمين، كما لو قال ذلك لأمته. وفي وقت وجوب الكفارة وجهان: أحدهما: لا يجب إلا عند الوطء، ويكون هذا اللفظ مع نية التحريم، كاليمين على ترك الوطء، وعلى هذا الوجه يكون مؤلياً بقوله: أنت علي حرام لوجوب الكفارة بالوطء كقوله: والله لا أطؤك. والثاني وهو الصحيح: أن الكفارة تجب في الحال وإن لم يوطأ، وهي كفارة اليمين وليست كفارة يمين، لأن اليمين لا تنعقد إلا بأسماء الله تعالى وصفاته فعلى هذا لو قال: أردت الحلف على ترك الوطء لم يقبل على الصحيح لما ذكرناه، وقيل: يقبل وينعقد يميناً، فعلى هذا هل يصير لفظ التحريم يميناً بالنية في غير الزوجات، والإماء كالطعام واللباس وغيرهما، أم يختص بالأبضاع؟ وجهان.

قلت: أصحهما: يختص. والله أعلم.

وإن أطلق قوله: أنت علي حرام ولم ينو شيئاً، فقولان أظهرهما: وجوب الكفارة وقوله: أنت علي حرام، صريح في لزوم الكفارة، والثاني: لا شيء عليه وهذا اللفظ كناية في لزوم الكفارة، وهذا التفصيل مستمر فيمن قال: أنت علي حرام في بلاد لم يشتهر فيها لفظ الحرام في الطلاق، وفيمن قاله في بلاد اشتهر فيها للطلاق إذا قلنا: إن الشيوع والاشتهار لا يجعله صريحاً، فأما إذا قلنا: إنه يصير به صريحاً فمقتضى ما في «التهذيب»، أنه يتعين للطلاق ولا تفصيل، وقال الإمام: لا يمنع ذلك صرف النية إلى التحريم الموجب للكفارة، كما أنا وإن جعلناه صريحاً في الكفارة عند الإطلاق يجوز صرفه بالنية إلى الطلاق قال: وإذا أطلق وجعلناه صريحاً في الكفارة، بني على أن الصرائح تؤخذ من الشيوع فقط، أم منه ومن ورود الشرع به؟ إن قلنا بالأول حمل على الغالب في الاستعمال وإن قلنا بالثاني فهل يثبت الطلاق لقوته، أم يتدافعان؟ فيه رأيان.

فرع: قول الغزالي في «الوسيط»: إن نوى التحريم كان يميناً، هذا غلط، بل الصواب ما اتفق عليه جميع الأصحاب أنه ليس بيمين، لكن فيه كفارة يمين.

فرع: قال لأمته: أنت علي حرام، أو حرمتك، فإن نوى العتق عتقت، وإن

نوى طلاقاً أو ظهاراً، فهو لغو، قال ابن الصباغ: وعندني أن نية الظهار كنية التحريم.

وإن نوى تحريم عينها، لم تحرم ويلزمه كفارة يمين، وإن أطلق ولم ينو شيئاً لزمته الكفارة على الأظهر. وقيل: قطعاً. ولو قال ذلك لأتمته التي هي أخته ونوى تحريم عينها، أو لم ينو شيئاً، لم تلزمه الكفارة، لأنه صدق في وصفها، وإنما تجب الكفارة لو صفه الحلال بالحرمة.

ولو كانت الأمة معتدة، أو مرتدة، أو مجوسية، أو مزوجة، أو كانت الزوجة محرمة، أو معتدة عن شبهة، ففي وجوب الكفارة وجهان: لأنها محل لاستباحة في الجملة.

ولو كانت حائضاً أو نفساء أو صائمة، وجبت على المذهب، لأنها عوارض. ولو خاطب به الرجعية، فلا كفارة على المذهب، ونقل الحناطي فيه خلافاً.

فرع: قال: هذا الثوب، أو العبد، أو الطعام حرام علي، فهو لغو لا يتعلق به كفارة ولا غيرها.

فرع: قال: كل ما أملكه حرام علي وله زوجات وإماء، ونوى تحريمهن، أو أطلق وجعلناه صريحاً، أو قال لأربع زوجات أنتن علي حرام، فهل تعدد الكفارة، أم تكفي كفارة واحدة عن جميع ذلك؟ فيه خلاف المذهب الاكتفاء في الجميع وقيل: تعدد بالأشخاص، وقيل: للزوجات كفارة والإماء أخرى، وقيل: وللمال أخرى حكاة الحناطي.

فرع: قال لزوجته: أنت علي حرام، أنت علي حرام ونوى التحريم، أو جعلناه صريحاً فإن قال ذلك في مجلس، أو قاله في مجالس ونوى التأكيد، فعليه كفارة واحدة وإن قاله في مجالس ونوى الاستئناف، تعددت الكفارة على الأصح. وقيل: عليه كفارة فقط، وإن أطلق، فقولان.

فرع: قال: أنت حرام ولم يقل: علي، قال البغوي: هو كناية بلا خلاف، ولو قال: أنت علي كالميتة، والدم، والخمر، أو الخنزير وقال: أردت الطلاق، أو الظهار نفذ، وإن نوى التحريم، لزمته الكفارة. وإن أطلق، فظاهر النص أنه كالحرām فيكون على الخلاف. وعلى هذا جرى الإمام، والذي ذكره البغوي وغيره أنه لا شيء عليه، قال الحناطي: الخلاف هنا مرتب على لفظ الحرام، وهنا أولى بأن لا يكون صريحاً، وحكى قولاً شاذاً أنه لا كفارة وإن نوى التحريم. قال الشيخ أبو حامد: ولو قال أردت أنها حرام علي، فإن جعلناه صريحاً، وجبت الكفارة وإلا فلا لأنه ليس

للكناية كناية، وتبعه على هذا جماعة، ولا يكاد يتحقق هذا التصوير، ولو قال: أردت أنها كالميتة في الاستقذار، صدق ولا شيء عليه.

فرع: قال إسماعيل البوشنجي: إنما يقع الطلاق بقوله: أنت حرام عليّ إذا نوى حقيقة الطلاق، وقصد إيقاعه بهذا اللفظ، أما إذا لم ينو كذلك، فلا يقع وإن اعتقد قوله: أنت علي حرام موقعاً، وظن أنه قد وقع طلاقه.

فرع: قال: متى قلت لامرأتي: أنت علي حرام، فإني أريد به الطلاق ثم قال لها بعد مدة: أنت علي حرام، فهل يحمل على الطلاق، أم يكون كما لو ابتدأ به؟ وجهان خرجهما أبو العباس الروياني. قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

فرع: تكرر في كلام الأصحاب في المسألة، أن قوله: أنت علي حرام صريح في الكفارة، أم كناية، وفي الحقيقة ليس لزوم الكفارة معنى اللفظة حتى يقال: صريح فيه، أم كناية، وإنما هو حكم رتبته الشرع على التلفظ به. واختلفوا في أنه يتوقف على نية التحريم أم لا؟ فتوسعوا بإطلاق لفظ الصريح والكناية.

فصل: الكناية لا تعمل بنفسها، بل لابد فيها من نية الطلاق، وتقترب النية باللفظ فلو تقدمت، ثم تلفظ بلا نية، أو فرغ من اللفظ ثم نوى، لم تطلق، فلو اقترنت بأول اللفظ دون آخره، أو عكسه، طلقت على الأصح، ولا تلتحق الكناية بالصريح بسؤال المرأة الطلاق، ولا بقرينة الغضب واللجاج، ومتى تلفظ بكناية وقال: ما نويت صدق بيمينه، فإن نكل، حلفت، وحكم بوقوع الطلاق، وربما اعتمدت قرائن يجوز الحلف بمثلها.

فصل: في مسائل منثورة متعلقة بالصريح والكناية

في «الزيادات» لأبي عاصم العبادي، أنه لو قال: بعثك طلاقك، فقالت: اشتريت ولم يذكر عوضاً، لا يحصل فرقة إذا لم يكن نية، وقيل: تقع طلاقه بمهر المثل، وأنه لو قال: لم يبق بيني وبينك شيء ونوى الطلاق، لم تطلق، وفي هذا توقف.

قلت: الصواب الجزم بالطلاق، لأنه لفظ صالح ومعه نية. والله أعلم. وأنه لو قال: برئت من نكاحك ونوى، طلقت، وأنه لو قال: برئت من طلاقك ونوى، لم تطلق، ولو قال: برئت إليك من طلاقك، قال إسماعيل البوشنجي: هو كناية، أي: تبرأت منك بوساطة إيقاع الطلاق عليك. ولو قال: أبرأتك، أو عفوت عنك، فكناية، لإشعاره بالإسقاط، وله عليها حقوق النكاح، وتسقط بالطلاق وأنه لو

قال: طلقك الله، أو قال لأمته: أعتقك الله، طلقت وعتقت، وهذا يشعر بأنهما صريحان، ورأى البوشنجي أنهما كنياتان لاحتماله الإنشاء والدعاء. وقول مستحق الدين للغريم: أبرأك الله، كقول الزوج: طلقك الله. ولو قال: أنت طال وترك القاف، طلقت حملاً على الترخيم. قال البوشنجي: ينبغي أن لا يقع وإن نوى، فإن قال: يا طال، ونوى، وقع، لأن الترخيم إنما يكون في النداء، فأما في غير النداء، فلا يقع إلا نادراً في الشعر، وأنه إذا قال: الطلاق لازم لي، أو واجب علي، طلقت للعرف. ولو قال: فرض علي، لم تطلق لعدم العرف فيه. ورأى البوشنجي أن جميع هذه الألفاظ كناية، لأنه لو قال: طلاقك علي، واقتصر عليه ونوى، وقع، فوصفه بواجب أو فرض يزيده تأكيداً. وحكى صاحب «العدة» الخلاف فقال: لو قال طلاقك لازم لي، فوجهان: قال أكثر الأصحاب: هو صريح. ولو قال: لست بزوجة لي، فالصحيح أنه كناية. وقيل: لغو. وفي فتاوى القفال أنه لو قال: اذهبي إلى بيت أبيي ونوى الطلاق، إن نواه بقوله: اذهبي، وقع، وإن نواه بمجموع اللفظين، لم يقع، لأن قوله: إلى بيت أبيي لا يحتمل الطلاق، بل هو لاستدراك مقتضى قوله: اذهبي. وأنه لو قال لها: أنت طالق أو طوالق، لم يقع إلا طلقة. وأنه لو قال: كل امرأة لي طالق إلا عمرة، ولا امرأة له سواها، طلقت، لأن الاستثناء مستغرق فبطل. ولو قال: النساء طوالق إلا عمرة، ولا زوجة له سواها، لم تطلق. وإن كانت امرأته في نسوة، فقال: طلقت هؤلاء إلا هذه، وأشار إلى زوجته، لم تطلق. وأنه لو قال لامرأته يابنتي، وقعت الفرقة بينهما عند احتمال السن، كما لو قاله لعبده أو أمته.

قلت: المختار في هذا أنه لا يقع به فرقة إذا لم يكن له نية، لأنه إنما يستعمل في العادة للملاطفة وحسن المعاشرة. والله أعلم.

وأنه لو كانت له زوجة تنسب إلى زوج أمها، فقال: بنت فلان طالق، لم تطلق، لأنها ليست بنته حقيقة، ولغيره في هذا احتمال.

قلت: ينبغي أن يقال: إن نواها طلقت، ولا يضر الغلط في نسبها، كمنظيره في النكاح وإلا فلا، ومراد القفال بقوله: لم تطلق، أي: في الظاهر، وأما الباطن، فيتعين أن يكون كما ذكرته. والله أعلم.

وأنه لو قال: نساء المسلمين طوالق، لم تطلق امرأته. وعن غيره: أنها تطلق، وبني الخلاف على أن المخاطب هل يدخل في الخطاب؟

قلت: الأصح عند أصحابنا في الأصول: أنه لا يدخل، وكذا هنا: الأصح أنها لا تطلق. والله أعلم.

وأنه لو قال: بانت مني امرأتي، أو حرمت علي، لم يكن إقراراً بالطلاق، لأنه

كناية، وأنه لو قال: أنت بائن ثم قال بعد مدة: أنت طالق، ثلاثاً، وقال: أردت بالباين الطلاق، فلم يقع على الثلاث لمصادفتها البينونة، لم يقبل منه، لأنه متهم، وأنه لو قال: بطلاقك لا أكلم فلاناً فكلمه، لم تطلق، لأن الطلاق لا يحلف به. وأنه لو قالت له زوجته واسمها فاطمة: طلقني، فقال: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت فاطمة أخرى، طلقت، ولا يقبل قوله لدلالة الحال، بخلاف ما لو قال ابتداء: طلقت فاطمة، ثم قال: نويت أخرى. وقد يشكل هذا بما سبق، أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح. وأنه لو قال: طلقت ولم يزد عليه، لا يقع الطلاق، وإن نوى، لأنه لم يجز للمرأة ذكر ولا دلالة، فهو كما لو قال: امرأتي ونوى الطلاق، وأنه لو قال لولي امرأته: زوجها، كان إقراراً بالفراق. ولو قال لها: انكحي، لم يكن إقراراً، لأنها لا تقدر أن تنكح، ولكن المفهوم منه ما يفهم من قول الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ [البقرة: ٢٣٠].

قلت: الصواب أنه كناية إذا خاطبها به، بخلاف الولي، لأنه صريح فيه. والله أعلم.

ومما نقل من ملاحظات القاضي شريح الروياني من أصحابنا المتأخرين، ما حكاه عن جده أبي العباس الروياني وغيره، أنه لو قال: أحللتك ونوى طلاقها، هل هو كناية؟ وجهان:

قلت: الأصح أنه كناية. والله أعلم. وأنه لو قال: أنت بائن وطالق، يرجع إلى نيته في «بائن»، ولا يجعل قوله: «وطالق» تفسيراً له.

وأنه لو كرر كناية، كقوله: اعتدي اعتدي اعتدي، ونوى الطلاق، فإن نوى التأكيد وقعت واحدة، وإن نوى الاستئناف، فثلاث، وإن لم ينو، فقولان: ولو كانت الألفاظ مختلفة، ونوى بها الطلاق، وقع بكل لفظة طلقة. وأن القفال قطع بأنه لو قال: طلقت، ونوى امرأته، لم تطلق لعدم الإشارة والاسم.

ولو قيل له: ما تصنع بهذه الزوجة؟ طلقها، فقال: طلقت، أو قال لامرأته: طلقي نفسك، فقالت: طلقت، وقع الطلاق، لأنه يترتب على السؤال والتفويض، وأنه لو قال: أنت بطلقة، ونوى، لم تطلق. وأنه لو كان له زوجتان، إحداهما فاطمة بنت محمد، والأخرى فاطمة بنت رجل سماه أبواه أيضاً محمداً، إلا أنه اشتهر في الناس بزيد، وبه يدعونه، فقال الزوج: زوجتي فاطمة بنت محمد طالق، وقال: أردت بنت الذي يدعونه زيداً، قال جدّي: يقبل لأن الاعتبار بتسمية أبويه، وقد يكون

للرجل اسمان، وأكثر، وقيل: الاعتبار بالاسم المشهور في الناس، لأنه أبلغ في التعريف. وأنه لو قال: امرأتي هذه محرمة علي لا تحل لي أبداً، قال جدي: لا تطلق، لأن التحريم قد يكون بغير الطلاق، وقد يظن التحريم المؤبد باليمين على ترك الجماع، وقيل: يحكم عليه بالبينونة لمقتضى هذا اللفظ، وأنه لو قيل لرجل اسمه زيد: يا زيد، فقال: امرأة زيد طالق، قال جدي: تطلق امرأته. وقال غيره: لا تطلق حتى يريد نفسه لجواز إرادة زيد آخر. وليجيء هذا الوجه، فيما إذا قال: فاطمة طالق واسم زوجته فاطمة، ويشبه أن يكون هو الأصح ليكون قاصداً تطليق زوجته، وأنه لو قيل: طلقت امرأتك، فقال: اعلم أن الأمر على ما تقوله، فهل يكون هذا إقراراً بالطلاق؟ وجهان حكاهما جدي، أصحهما: ليس بإقرار لأنه أمره أن يعلم، ولم يحصل هذا العلم، وأنها لو ادعت أنه طلقها ثلاثاً، فأنكر، ثم قال لفيقه: اكتب لها ثلاثاً، قال جدي: يحتمل كونه كناية، ويحتمل أن لا يكون، وأنه لو قال: امرأتي التي في هذه الدار طالق، ولم تكن امرأته فيها، لا يقع الطلاق، وأنه لو قال: رددت عليك الطلقات الثلاث، ونوى، وقع الثلاث. وأنه لو قال: امرأته طالق، وعنى نفسه، قال جدي: يحتمل وقوع الطلاق، ويحتمل عدمه.

قلت: الوقوع أرجح. والله أعلم.

وأنه لو قال لابنه: قل لأمك أنت طالق، قال جدي: إن أراد التوكيل، فإذا قاله لها الابن، طلقت، ويحتمل أن يقع ويكون الابن مخبراً لها بالحال. وأنه لو قال: كل امرأة في السكة طالق، وزوجته في السكة، طلعت على الأصح وأنه لو وكل في طلاقها، فقال الوكيل: طلقت من يقع الطلاق عليها بلفظي، هل تطلق التي وكله في طلاقها، أو طلقها ولم ينو عند الطلاق أن يطلق لموكله ففي الوقوع وجهان.

وفي فتاوي القاضي حسين، أنه لو قيل له: فعلت كذا، فأنكر، فقيل له: إن كنت فعلته فامرأتك طالق، قال: نعم، لم تطلق، لأنه لم يوقعه. قال البغوي: ينبغي أن يكون على القولين، فيمن قيل له: طلقتها؟ قال: نعم. وفي «المستدرک» للإمام إسماعيل البوشنجي، أنه لو قال لزوجته: وهبتك لأهلك، أو لأبيك أو للأزواج أو للأجانب، ونوى الطلاق، طلقت، كقوله: الحقني بأهلك.

وأنه لو قال لامرأته: أنت كذا ونوى الطلاق، لم تطلق. وكذا لو علق بصفة، فقال: إن لم أدخل الدار، فأنت كذا، ونوى، لم تطلق لأنه لا إشعار له بالفرقة، فأشبهه إذا قال: إن لم أدخل الدار فأنت كما أضمر، ونوى الطلاق، فإنها لا تطلق،

وأنه لو قال: أربع طرق عليك مفتوحة، فخذني أيها شئت، أو لم يقل: خذي أيها شئت، أو قال: فتحت عليك طريقك، فكناية. وقال أبو بكر الشاشي: إذا لم يقل: خذي أيها شئت، فليس كناية، ووافق في قوله: فتحت عليك طريقك أنه كناية. وأنه لو قال: خذي طلاقك، فقالت: أخذت، لم تطلق ما لم توجد نية الإيقاع من الزوج بقوله: خذي أو من المرأة إن حمل قوله على تفويض الطلاق إليها.

وفي «الإقناع» لأقضى القضاة الماوردي، أن قوله: لعل الله يسوق إليك خيراً، كناية، وذكر هو وغيره أن قوله: بارك الله لك، كناية، بخلاف قوله: بارك الله فيك. وفي «فتاوى الغزالي»: إذا كتب الشرطي إقرار رجل بالطلاق، فقال له الشهود: نشهد عليك بما في هذا الكتاب؟ فقال: اشهدوا، لا يقع الطلاق بينه وبين الله تعالى، بل لو قال: اشهدوا على أنني طلقته أمس وهو كاذب، لم يقع فيما بينه وبين الله تعالى.

وفي «التتمة» أنه لو قال لواحدة من نسائه: أنت طالق مئة طلقة، فقالت: تكفيني ثلاث، فقال: الباقي على صوابك، لا يقع على صوابها طلاق، لأنه لم يخاطبهن، وإنما رد عليها شيئاً لاغياً، فإن نوى به الطلاق، كان طلاقاً وكان التقدير: أنت طالق بثلاث، وهن طوالق بالباقي وأنه لو قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق، وأنت يا أم أولادي، قال أبو عاصم العبادي: لا تطلق، وهو كما قال غيره: لو قال لزوجته: نساء العالمين طوالق وأنت يا فاطمة، لا تطلق، لأنه عطف على نسوة لم يطلقن، وأنه لو قال له رجل: فعلت كذا فأنكر، فقال الرجل: الحل عليك حرام، والنية نيتي أنك ما فعلت، فقال: الحل علي حرام، والنية نيتك ما فعلته، لغا قوله: النية نيتك، ويكون الحكم كما لو تلفظ بهذا اللفظ ابتداءً ولو قال له لما أنكر: امرأتك طالق إن كنت كاذباً، فقال: طالق وقال: ما أردت طلاق امرأتي يقبل، لأنه لم توجد إشارة إليها ولا تسمية، وإن لم يدع إرادة غيرها، حكم بوقوع الطلاق، وبالله التوفيق.

فرع: قال: أنت طالق ثلاثاً أو لا، بإسكان الواو، لا يقع شيء. قال المتولي: كما لو قال: هل أنت طالق؟ ولو قال: أنت طالق أولاً بتشديد الواو وهو يعرف العربية، طلقت.

الطرف الثاني في الأفعال القائمة مقام اللفظ:

الإشارة والكتب يدلان على الطلاق، فأما الإشارة، فمعتبرة من الأخرس في وقوع الطلاق، وتقوم إشارته مقام عبارة الناطق في جميع العقود والحلول والأقارير والدعاوى، لكن في شهادته خلاف. وإذا أشار في صلاته بطلاق أو بيع أو غيرهما،

صح العقد قطعاً ولا تبطل صلاته على الصحيح، ثم منهم من أدار الحكم على إشارته المفهومة، وأوقع الطلاق بها، نوى أم لم ينو، وكذا فصل البغوي.

وقال الإمام وآخرون: إشارته منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية، وهي التي يفهم منها الطلاق كل واقف عليها، وإلى كناية مفتقرة إلى النية، وهي التي يفهم الطلاق بها المخصوص بالفطنة والذكاء. ولو بالغ في الإشارة، ثم ادعى أنه لم يرد الطلاق وأفهم هذه الدعوى. قال الإمام: هو كما لو فسر اللفظة الشائعة في الطلاق بغيره.

فرع: سواء في اعتبار إشارة الأخرس، قدر على الكتابة أم لا، هكذا قاله الإمام، ويوافقه إطلاق الجمهور. وقال المتولي: إنما تعتبر إشارته إذا لم يقدر على كتابة مفهومة. فالكتابة هي المعتبرة، لأنها أضبط، وينبغي أن يكتب مع ذلك: إني قصدت الطلاق.

فرع: إذا كتب الأخرس الطلاق، فثلاثة أوجه: الصحيح أنه كناية، فيقع الطلاق إذا نوى، وإن لم يشر معها، والثاني: لا بد من الإشارة، والثالث: هو صريح، قاله الشيخ أبو محمد.

فصل: القادر على النطق، إشارته بالطلاق ليست صريحة، وإن أفهم بها كل أحد، وليست كناية أيضاً على الأصح. ولو قال لإحدى زوجتيه: أنت طالق وهذه، ففي افتقار طلاق الثانية إلى نية، وجهان: ولو قال: امرأتي طالق، وأشار إلى أحدهما، ثم قال: أردت الأخرى، فوجهان: أحدهما: يقبل. والثاني: لا يقبل، بل تطلقان جميعاً.

فصل: إذا كتب القادر بطلاق زوجته، نظر، إن قرأ ما كتبه وتلفظ به في حال الكتابة، أو بعدها، طلقت، وإن لم يتلفظ، نظر، إن لم ينو إيقاع الطلاق، لم تطلق على الصحيح، وقيل: تطلق وتكون الكتابة صريحة، وليس بشيء. وإن نوى، ففيه أقوال وأوجه وطرق، مختصرها ثلاثة أقوال: أظهرها: تطلق مطلقاً، والثاني: لا، والثالث: تطلق إن كانت غائبة عن المجلس، وإلا فلا. وهذا الخلاف جارٍ في سائر التصرفات التي لا تفتقر إلى قبول كالإعتاق والإبراء، والعفو عن القصاص وغيرها بلا فرق.

وأما ما يحتاج إلى قبول، فهو نكاح وغيره، أما غيره كالبيع والهبة والإجارة، ففي انعقادها بالكتب خلاف مرتب على الطلاق، وما في معناه، إن لم يعتبر الكتب هناك، فهنا أولى، وإلا فوجهان: للخلاف في انعقاد هذه التصرفات بالكنايات، ولأن القبول فيها شرط فيتأخر عن الإيجاب، والأشبه بالانعقاد. ومن قال به، جعل تمام

الإيجاب بوصول الكتاب، حتى يشترط اتصال القبول به. وفي وجه: لا يشترط ذلك، بل يراعى التواصل اللائق بين الكتائين، وقد أشرنا إلى هذا كله في أول البيع، وذكرنا عن بعضهم، أن المشتري لو قبل بالقول، كان أقوى من أن يكتب، وكذا ذكره الإمام.

وأما النكاح، ففيه خلاف مرتب، والمذهب منعه بسبب الشهادة، فلا اطلاع للشهود على النية. ولو قالوا بعد المكاتبه: نوبنا، كان شهادة على إقرارهما لا على نفس العقد، ومن جوز اعتمد الحاجة.

وإذا قلنا: ينعقد البيع والنكاح بالمكاتبه، فذلك في حال الغيبة، فأما عند الحضور، فخلاف مرتب.

وحيث حكمنا بانعقاد النكاح بالمكاتبه يكتب: زوّجْتُك بنتي، ويحضر الكتاب عدلان، ولا يشترط أن يحضرهما، ولا أن يقول: اشهدا. فإذا بلغه، فيقبل لفظاً. أو يكتب القبول، ويحضر القبول شاهداً الإيجاب، فإن شهدا آخران، فوجهان: أصحهما: المنع، ومن جوزه، احتمله كما احتمل الفصل بين الإيجاب والقبول. ثم إذا قبل لفظاً أو كتابة، يشترط كونه على الفور، وفيه وجه ضعيف سبق.

فرع: كتب إليه: وكلتك في بيع كذا من مالي، أو إعتاق عبدي، فإن قلنا: الوكالة لا تفتقر إلى القبول، فهو ككتب الطلاق، وإلا فكالبيع ونحوه.

فرع: كتب: زوجتي طالق، أو يا فلانة أنت طالق، أو كل زوجة لي فهي طالق، فإن قرأ ما كتبه، فقد ذكرنا أنها تطلق. فلو قال: لم أنو الطلاق، وإنما قصدت قراءة ما كتبه وحكايته، ففي قبوله ظاهراً وجهان مشبهان بالوجهين فيما لو حل الوثاق، وقال: أنت طالق، وفائدة الخلاف، إنما تظهر إذا لم يجعل الكتب صريحاً ولا كناية، أو قلنا: كناية، وأنكر اقتران النية.

فرع: إذا أوقفنا الطلاق بالمكاتبه، نظر في صورة المكتوب، إن كتب: أما بعد، فأنت طالق، طلقت في الحال، سواء وصلها الكتاب أم ضاع.

وإن كتب: إذا قرأت كتابي، فأنت طالق، لم يقع بمجرد البلوغ، بل عند القراءة. فإن كانت تحسن القراءة، طلقت إذا قرأته، قال الإمام: والمعتبر أن تطلع على ما فيه. واتفق علماؤنا على أنها إذا طالعت وفهمته ما فيه، طلقت، وإن لم تتلفظ بشيء. فلو قرأه غيرها عليها، فهل يقع الطلاق لأن المقصود اطلاعها، أم لا لعدم قراءتها مع الإمكان؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قطع البغوي.

وإن كانت لا تحسن القراءة، طلقت إذا قرأه عليها شخص على الصحيح. وقيل: لا تطلق أصلاً. ولو كان الزوج لا يعلم، أهي قارئة أم لا، فيجوز أن ينعقد

التعليق على قراءتها بنفسها، نظراً إلى حقيقته، ويجوز أن ينعقد على الفهم والاطلاع، لأنه القدر المشترك بين الناس، والأول أقرب. أما إذا كتب: إذا أتاك كتابي، أو بلغك، أو وصل إليك كتابي فأنت طالق، فلا يقع الطلاق قبل أن يأتيها فإن انمحي جميع المكتوب، فبلغها القرطاس بحيث لا يمكن قراءته، لم تطلق كما لو ضاع. وقيل: تطلق، إذ يقال: أتى كتابه وقد انمحي، والصحيح الأول. وإن بقي أثر، وأمكنت قراءته، طلقت، كما لو وصل بحاله، وإن وصلها بعض الكتاب دون بعضه، فخرم الكتاب أربعة أقسام:

أحدها: موضع الطلاق، فإن كان هو الضائع، أو انمحي ما فيه، فثلاثة أوجه: أصحها: لا تطلق، والثاني: تطلق، والثالث: إن قال: إذا جاءك كتابي، وقع وإن قال: إذا جاءك كتابي هذا أو الكتاب، فلا.

الثاني: موضع سائر مقاصد الكتاب، ومنه ما يعتذر به عن الطلاق ويوبخها عليه من الأفعال الملجئة إلى الطلاق، فإن كان الخلل فيه بالتخرق والانمحاء، وبقي موضع الطلاق وغيره، ففيه الأوجه الثلاثة، والوقوع هنا أولى، وبه قال أبو إسحاق، لوصول المقصود، ويحسن الاعتماد على الوجه الثالث في الصورتين.

الثالث: موضع السوابق واللواحق، كالتسمية، وصدر الكتاب، والحمد والصلاة. فإذا كان الخلل فيه والمقاصد باقية، ففيه الأوجه، لكن الأصح هنا، الوقوع. قال الإمام: وكنت أود أن يفرق في هذه الصور الثلاث بين أن يبقى معظم الكتاب، أم يختل؟ فإن للمعظم أثراً في بقاء الاسم وعدمه.

قلت: هذا الذي أشار إليه الإمام، هو وجه ذكره في «المستظهر» لكنه لم يطرده فيما إذا انمحي موضع الطلاق، لم يقع عنده. وعند سائر العراقيين قطعاً، ولفظه: وقيل: إن وجد أكثر الكتاب، طلقت. والله أعلم.

الرابع: البياض في أول الكتاب وآخره. المذهب: أنه لا عبرة. بزواله وقيل: يطرد الخلاف.

أما إذا كتب: إذا بلغك كتابي فأنت طالق، فإن بلغ موضع الطلاق وقع بلا تفصيل ولا خلاف، وإن بلغ ما سواه وبطل موضع الطلاق، لم تطلق.

فرع: كتب: إذا بلغك كتابي، فأنت طالق، وكتب أيضاً: إذا وصل إليك طلاقي فأنت طالق فبلغها، وقعت طلقتان للصفيتين.

ولو كان التعليق بقراءتها، فقرأت بعضه دون بعض، فعلى ما ذكرناه في وصول بعضه دون بعض.

فرع: كتب كتابه ونوى، فككتب الصريح.

ولو أمر الزوج أجنبياً، فكتب ونوى الزوج، لم تطلق كما لو قال للأجنبي: قل لزوجتي: أنت بائن ونوى الزوج، لا تطلق.

فرع: كتب: إذا بلغك نصف كتابي هذا فأنت طالق، فبلغها كله، فهل يقع الاشتمال الكل على النصف، أم لا لأن النصف في مثل هذا يراد به المنفرد؟ وجهان. قلت: الأصح الوقوع. والله أعلم.

فرع: الكتب على الكاغد، والرق، واللوح، والنقر في الحجر والخشب، سواء في الحكم، ولا عبرة برسم الحروف على الماء والهواء، لأنها لا تثبت. قال الإمام: ولا يمتنع أن يلحق هذا بالإشارة المفهمة، ولك أن تمنعه، لأن هذا إشارة إلى الحروف لا إلى معنى الطلاق وهو الابعاد.

قلت: ولو خط على الأرض وأفهم، فكالخط على الورق، ذكره الإمام والمتولي وغيرهما، وقد سبق في كتاب البيع. والله أعلم.

فرع: قالت: أتاني كتاب الطلاق، فأنكر أنه كتبه، أو أنه نوى، صدق، فلو شهد شهود أنه خطه، لم تطلق بمجرد ذلك، بل يحتاج مع ذلك إلى إثبات قراءته أو نيته.

فرع: كتب: أنت طالق ثم استمد فكتب: إذا أتاك كتابي، فإن احتاج إلى الاستمداد، لم تطلق حتى يبلغها الكتاب، وإلا طلقت في الحال.

فرع: حرك لسانه بكلمة الطلاق، ولم يرفع صوته قدراً يسمع نفسه. قال المتولي: حكى الزجاجي، أن المزني نقل فيه قولين: أحدهما: تطلق، لأنه أقوى من الكتب مع النية. والثاني: لا لأنه ليس بكلام، ولهذا يشترط في قراءة الصلاة أن يسمع نفسه.

قلت: الأظهر: الثاني، لأنه في حكم النية المجردة، بخلاف الكتب، فإن المعتمد في وقوع الطلاق به حصول الإفهام ولم يحصل هنا. والله أعلم.

الطرف الثالث في التفويض: يجوز أن يفوض إلى زوجته طلاق نفسها، فإذا فوض فقال: طلقي نفسك إن شئت، فهل هو تمليك للطلاق، أم توكيل به؟ قولان: أظهرهما: تمليك وهو الجديد، فعلى هذا، تطليقها يتضمن القبول، ولا يجوز لها تأخيرها، فلو أخرت بقدر ما ينقطع القبول عن الإيجاب ثم طلقت، لم يقع. وقال ابن القاص وغيره: لا يضر التأخير ما دام في المجلس، وقال ابن المنذر: لها أن تطلق متى شاءت، ولا يختص بالمجلس، والصحيح الأول، وبه قال الأكثرون. ولو قال: طلقي نفسك بألف، أو على ألف إن شئت فطلقت، وقع بائناً، وهذا تمليك بعوض. وإذا لم يجر عوض، فهو كالهبة. قال القفال: ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: كيف

يكون تطليقي لنفسي، ثم قال: طلقت، وقع الطلاق ولم يكن هذا القدر قاطعاً، وهذا تفريع على أن الكلام اليسير لا يضر تخلله.

أما إذا قلنا: التفويض توكيل، ففي اشتراط قبولها الخلاف المذكور في سائر الوكالات، ويجيء الوجه الفارق بين صيغة الأمر بأن يقول: طلقتي نفسك. وصيغة العقد، كقوله: وكلتك في طلاق نفسك. وهل يجوز تأخير التطليق على هذا القول؟ وجهان: أحدهما: نعم، فتطلق متى شئت كتوكيل الأجنبي. والثاني: وبه قال القاضي حسين البغوي: لا، وطرده القاضي فيما لو قال: وكلتك في طلاق نفسك.

أما إذا قال: طلقتي نفسك متى شئت، فيجوز التأخير قطعاً، وللزوج أن يرجع فيه قبل أن تطلق نفسها إن جعلناه توكيلاً، وكذا إن جعلناه تمليكاً على الصحيح، ومنعه ابن خيران.

ولو قال: إذا جاء رأس الشهر، فطلقتي نفسك، فإن قلنا: تمليك، لغا، وليس لها التطليق إذا جاء رأس الشهر. وإن قلنا: توكيل، جاز كتوكيل الأجنبي. وعلى هذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر، فطلقتي نفسك، إن ضمنت لي ألفاً، أو قال: طلقتي نفسك إن ضمنت لي ألفاً بعد شهر، فإذا طلقت نفسها على ألف بعد مضي الشهر، طلقت ولزمها الألف.

قال إسماعيل البوشنجي: لو قال لأجنبي: إذا جاء رأس الشهر، فأمر امرأتي بيدك، فإن كان قصده بذلك إطلاق الطلاق له بعد انقضاء الشهر، فله التطليق بعد أي وقت شاء، إلا أن يطرأ منع، وإن أراد تقييد الأمر برأس الشهر، تقييد الطلاق به، وليس له التطليق بعده، ولو قال: إذا مضى هذا الشهر فأمرها بيدك، فمقتضاه إطلاق الإذن بعده، فيطلقها بعده متى شاء ولو قال: أمرها بيدك إلى شهر أو شهراً، فله أن يطلقها إلى شهر، وليس له تطليقها بعده.

وهذه الأحكام في حق الزوجة، كهي في حق الأجنبي إذا جعلنا التفويض اليها توكيلاً.

فرع: قال: طلقتي نفسك، فقالت: طلقت نفسي أو أنا طالق إذا قدم زيد، لم يقع الطلاق إذا قدم، لأنه لم يملكها التعليق، وكذا حكم الأجنبي، وفيها وجه حكاة الحناطي.

ولو قال لها: علقتي طلاقك، ففعلت، أو قاله لأجنبي، ففعل، لم يصح، لأن تعليق الطلاق يجري مجرى الأيمان، فلا يدخله نيابة، وقيل: يصح، وقيل: إن علق على صفة توجد لا محالة، كطلوع الشمس، ورأس الشهر، صح لأن مثل هذا التعليق ليس بيمين، وإن كانت محتملة الوجود كدخول الدار، لم يصح، لأنه يمين، والصحيح هو الأول، وبه قطع البغوي.

فرع: تفويض الإعتاق إلى العبد، كتفويض التطليق إلى الزوجة في الأحكام المذكورة.

فصل: كما يجوز التفويض بصريح الطلاق، ويعتد من المفوض إليها بالصريح، كذلك يجوز التفويض بالكنايات مع النية، ويعتد منها بالكناية مع النية، ولا يشترط توافق لفظيهما، إلا أن يقيد التفويض.

فإذا قال: أبيني نفسك، أو بتي، فقالت: أبنت، أو بتت، ونويا، طلقت. وإن لم ينو أحدهما، لم تطلق.

ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: أبنت نفسي، أو أنا خلية أو برية، ونوت، طلقت على الصحيح. وقال ابن خيران، وأبو عبيد بن خربويه: لا تطلق. ولو قال: طلقي نفسك، فقالت للزوج: طلقتك، ففيه هذا الخلاف، ويجري الخلاف في عكسه بأن يقول: أبيني نفسك، أو فوضت إليك أمرك، أو ملكتك نفسك، أو أمرك بيدك وينوي، فتقول: طلقت نفسي، قال القاضي حسين وغيره: ويجري فيما لو قال لأجنبي: طلقها، فقال: أبنتها، ونوى، أو قال: أبنها ونوى، فقال: طلقتها.

ولو قال لها: أبيني نفسك ونوى، فقالت: أنا خلية ونوت، فإن قلنا بالصحيح، طلقت، وعلى قول ابن خيران، وجهان: أحدهما: تطلق، لأن الاعتماد هنا على النية، واللفظ غير مستقل، بخلاف اختلاف الصريح والكناية. ولو قال: طلقي نفسك بصريح الطلاق، أو قال: بكناية الطلاق، فعدل عن المأذون فيه إلى غيره، لم تطلق بلا خلاف. ولو قال: طلقي نفسك، فقالت: سرحت نفسي، طلقت بلا خلاف لاشتراكهما في الصراحة.

فرع: قال لها: اختاري نفسك ونوى تفويض الطلاق، فقالت: اخترت نفسي، أو اخترت ونوت، وقعت طلقة. ولو قال: اختاري ولم يقل: نفسك، ونوى تفويض الطلاق، فقالت: اخترت، ففي «التهذيب» أنه لا يقع الطلاق حتى تقول: اخترت نفسي، وأشعر كلامه بأنه لا يقع وإن نوت، لأنه ليس في كلامه ولا كلامها ما يشعر بالفراق، بخلاف قوله: اختاري نفسك، فإنه يشعر، فانصرف كلامها إليه وقال إسماعيل البوشنجي: إذا قالت: اخترت، ثم قالت بعد ذلك: أردت: اخترت نفسي وكذبها الزوج، فالقول قولها، ويقع الطلاق.

ولو قالت: اخترت نفسي ونوت، وقعت طلقة، وتكون رجعية إن كانت محلاً للرجعة. ولو قالت: اخترت زوجي أو النكاح لم تطلق.

ولو قالت: اخترت الأزواج، أو اخترت أبوي، أو أخي، أو عمي، طلقت على الأصح سواء قال: اختاري نفسك أو اختاري فقط.

فرع: متى كان التفويض وتطليقها أو أحدهما بكناية فتنازعا في النية، فالقول قول الناوي، سواء أثبتتها أم نفاهها. وقال الإصطخري: إذا ادعت أنها نوت فأنكر صدق، لأن الأصل بقاء النكاح، والصحيح الأول، لأن النية لا تعرف إلا من الناوي.

ولو اختلفا في أصل التخيير، فأنكره الزوج، أو قال: خيرتك فلم تختاري في وقت الاختيار، وقالت: اخترت، فالقول قوله للأصل.

قال ابن كج: ولو جعل أمرها إلى وكيل، فقال لها الوكيل: أمرك بيدك وزعم أنه نوى الطلاق، وصدقته المرأة، وكذبه الزوج، فالقول قول الوكيل على الصحيح، لأنه أمينه. وقيل: القول قول الزوج للأصل.

ولو توافق الزوجان على تكذيبه، لم يقبل قول الوكيل.

فرع: القول في اشتراط الفور في قبولها إذا فوض بكناية، على ما ذكرناه إذا فوض بصريح.

فرع: قال: اختاري من ثلاث طلاقات ما شئت، أو طلقي نفسك من ثلاث ما شئت، فلها أن تطلق نفسها واحدة أو اثنتين، ولا تملك الثلاث.

فرع: خير صبية، فاختارت، لم تطلق.

فرع: قال المتولي: لو قال ثلاث مرات: اختاري وقال: أردت واحدة، لم يقع إلا واحدة.

فرع: ذكر إسماعيل البوشنجي أنه إذا قال: اختاري نفسك، أو طلقي نفسك، فقالت: أختار أو أطلق، فمطلقة للاستقبال، فلا يقع في الحال شيء. فإن قال: أردت الإنشاء، وقع في الحال.

قلت: هذا كما قال، ولا يخالف هذا قول النحويين، أن الفعل المضارع إذا تجرد، فالحال أولى به، لأنه ليس صريحاً في الحال، وعارضه أصل بقاء النكاح. والله أعلم.

فرع: ذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو خيرها وهي لا تعلم، فاختارت اتفاقاً، خرج على الخلاف فيما لو باع مال أبيه على أنه حي فكان ميتاً، والطلاق أولى بالنفوذ.

وأنه لو قال لرجل: أمر امرأتي بيد الله تعالى وببيدك، يسأل، فإن قال: أردت أنه لا يستقل بالطلاق، قبل قوله ولم يكن له أن يطلق، وإن قال: أردت أن الأمور كلها بيد الله تعالى، والذي أثبتته الله لي جعلته في يدك، قبل واستقل ذلك الرجل. وأنه لو قال: كل أمر لي عليك قد جعلته بيدك، فعندي أن هذا ليس بتفويض صريح، وأنه ليس لها أن

تطلق نفسها ثلاثاً ما لم ينو هو الثلاث. وأنه لو قال لها: اختاري اليوم وغداً وبعد غد، فالمضاف إلى الزمن المستقبل ينبغي أن يكون على الخلاف، في أن التفويض عليك أم توكيل؟ إن قلنا: تمليك، لم يحتمل التراخي كالبيع، وإلا فهو كتوكيله بالبيع اليوم وغداً وبعد غد، فعلى هذا، له الرد في بعض الأيام دون بعض.

فصل: قال: طلقي نفسك ونوى الثلاث، فقالت: طلقت نفسي ونوت الثلاث، وقع الثلاث. وإن لم تنو هي العدد، فهل يقع واحدة أم الثلاث؟ وجهان: أحدهما: واحدة. ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً، فقالت: طلقت أو طلقت نفسي ولم تلفظ بالعدد ولا نوته، وقع الثلاث، لأن قولها هنا جواب لكلامه، فهو كالمعاد في الجواب، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالثلاث ونوتها، لأن المنوي لا يمكن تقدير عوده في الجواب، فإن التخاطب باللفظ لا بالنية. وفيه احتمال للإمام، أنه لا يقع إلا واحدة. ولو فوض بكناية ونوى عدداً وطلقت هي بالكناية ونوت العدد، وقع ما نواه.

فلو نوى أحدهما عدداً، والآخر عدداً آخر، وقع الأقل. ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً، فطلقت واحدة أو ثنتين، وقع ما أوقعته. ثم إن أوقعت واحدة فراجعها في الحال. قال البغوي في الفتاوى: لها أن تطلق ثانية وثالثة، لأنه لا فرق بين أن تطلق الثلاث دفعة، وبين قولها: طلقت نفسي واحدة وواحدة وواحدة، فلا يقدر تخلل الرجعة بين الطلقتين. ولو قال: طلقي واحدة، فقالت: طلقت ثلاثاً أو ثنتين، وقعت واحدة، والحكم في الطرفين في توكيل الأجنبي كما ذكرنا.

قلت: وحكى صاحب «المهذب» وغيره وجهاً في الوكيل: إذا زاد أو نقص، لا يقع شيء لأنه متصرف بالإذن ولم يؤذن في هذا. والله أعلم.

ولو قال: طلقي نفسك ثلاثاً إن شئت، فطلقت واحدة، أو قال: واحدة إن شئت، فطلقت ثلاثاً، وقعت واحدة كما لو لم يقل: إن شئت. ولو قدم ذكر المشيئة على العدد فقال: طلقي نفسك إن شئت ثلاثاً، فطلقت واحدة، أو قال: طلقي إن شئت واحدة، فطلقت ثلاثاً. قال صاحب «التلخيص» وسائر الأصحاب: لا يقع، لأن مشيئة ذلك العدد صارت شرطاً في أصل الطلاق، وبالله التوفيق.

الركن الثالث: القصد إلى الطلاق: فيشترط أن يكون قاصداً لحروف الطلاق بمعنى الطلاق، ولا يكفي القصد إلى حروف الطلاق من غير قصد معناه، ويختل القصد بثلاثة أسباب:

السبب الأول: أن لا يقصد اللفظ، كالنائم تجري كلمة الطلاق على لسانه. ولو استيقظ نائم، وقد جرى على لسانه لفظ الطلاق فقال: أجزت ذلك الطلاق أو أوقعته، فهو لغو.

فرع: من سبق لسانه إلى لفظ الطلاق في محاورته، وكان يريد أن يتكلم بكلمة أخرى، لم يقع طلاقه، لكن لا تقبل دعواه سبق اللسان في الظاهر إلا إذا وجدت قرينة تدل عليه. فإذا قال: طلقته، ثم قال: سبق لساني وإنما أردت: طلبتك، فنص الشافعي رحمه الله تعالى، أنه لا يسع امرأته أن تقبل منه. وحكى الروياني عن صاحب «الحاوي» وغيره: أن هذا فيما إذا كان الزوج متهماً. فأما إن ظنت صدقه بأمرة، فلها أن تقبل قوله ولا تخاصمه. وأن من سمع ذلك منه إذا عرف الحال، يجوز أن يقبل قوله ولا يشهد عليه. قال الروياني: وهذا هو الاختيار. ولو كانت زوجته تسمى طالقاً، وعنده يسمى حراً، فقال لها: يا طالق، وله: يا حر، فإن قصد النداء، فلا طلاق ولا عتق. وإن قصد الطلاق والعتق، حصلاً. وإن أطلق ولم ينو شيئاً، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: أحدهما: على النداء وبه قطع البغوي. ولو كان حروف اسم امرأته تقارب حروف طالق، كطالع وطالب، وطارق، فقال: يا طالق، ثم قال: أردت أن أقول: يا طارق، أو يا طالع فالتف الحرف بلساني، قبل قوله في الظاهر لظهور القرينة.

ومن صور سبق اللسان، ما إذا طهرت من الحيض أو ظن طهرها، فأراد أن يقول: أنت الآن طاهرة، فسبق لسانه، فقال: أنت الآن طالقة.

فرع: المبرسم والمغمى عليه كالنائم.

فرع: الحاكي لطلاق غيره، كقوله: قال فلان: زوجتي طالق. والفقهاء إذا كرر لفظ الطلاق في تصويره وتدريسه وتكراره، لا طلاق عليه.

فرع: قال: أنت طالق عن العمل. قال البوشنجي: لا يقع الطلاق لا ظاهراً ولا باطناً.

فصل: الطلاق والعتق ينفذان من الهازل ظاهراً وباطناً، فلا تدين فيهما، وينفذ أيضاً النكاح والبيع وسائر التصرفات مع الهزل على الأصح^(١).

وصورة الهزل أن يلاعبها بالطلاق بأن تقول في معرض الدلال والاستهزاء: طلقني، فقال: طلقته، فتطلق، لأنه خاطبها قاصداً مختاراً، ولم يصرف اللفظ إلى تأويل، فلم تدين، بخلاف من قال: أردت طالق من وثاق.

(١) لما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٩٤) والترمذي في سننه برقم (١١٨٤) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠٣٩) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «ثلاث جدهن جد، وهزلهن جد: النكاح، والطلاق، والرجعة». والحدِيث حسنه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٩/٢).

فصل: خاطب زوجته بالطلاق في ظلمة أو حجاب ونحوهما وهو يظنها أجنبية، تطلق عند الأصحاب، وفيه احتمال للإمام.

وحكى الغزالي في «السيط» أن بعض الوعاظ طلب من الحاضرين شيئاً فلم يعطوه، فقال متضجراً منهم: طلقتم ثلاثاً، وكانت زوجته فيهم وهو لا يعلم، فأفتى إمام الحرمين بوقوع الطلاق. قال: وفي القلب منه شيء.

ولك أن تقول: ينبغي أن لا تطلق، لأن قوله: طلقتم لفظ عام وهو يقبل الاستثناء بالنية، كما لو حلف لا يسلم على زيد، فسلم على قوم هو فيهم واستثناء بقلبه، لم يحث. وإذا لم يعلم أن زوجته في القوم، كان مقصوده غيرها.

قلت: هذا الذي قاله إمام الحرمين والرافعي، كلاهما عجب منهما، أما العجب من الرافعي، فلأن هذه المسألة ليست كمسألة السلام على زيد، لأنه هناك علم به واستثناء، وهنا لم يعلم بها ولم يستثنها، واللفظ يقتضي الجميع إلا ما أخرجه ولم يخرجها. وأما العجب من الإمام، فلأنه تقدّم في أول الركن أنه يشترط قصد لفظ الطلاق بمعنى الطلاق، ولا يكفي قصد لفظه من غير قصد معناه، ومعلوم أن هذا الواعظ لم يقصد معنى الطلاق، وأيضاً فقد علم أن مذهب أصحابنا أو جمهورهم، أن النساء لا يدخلن في خطاب الرجال إلا بدليل. وقوله: طلقتم خطاب رجال، فلا تدخل امرأته فيه بغير دليل، فينبغي أن لا تطلق لما ذكرته، لا لما ذكره الرافعي، فهذا ما تقتضيه الأدلة. والله أعلم.

فرع: نسي أن له زوجة، أو زوجة أبوه في صغره، أو وكيله في كبره وهو لا يدري فقال: زوجتي طالق، أو خاطبها بالطلاق، طلقت، نص عليه الشافعي رحمة الله عليه. وهذا في الظاهر. وفي نفوذه باطناً وجهان بناهما المتولي على الإبراء عن المجهول. إن قلنا: لا يصح، لم تطلق باطناً.

فرع: إذا لقن كلمة الطلاق بلغة لا يعرفها، فقالها وهو لا يعرفها، لم يقع طلاقه. قال المتولي: هذا إذا لم يكن له مع أهل ذلك اللسان اختلاط. فإن كان لم يصدق في الحكم ويُدين باطناً. وإذا لم يقع الطلاق فقال: أردت بهذه اللفظة معناها بالعربية، لم يقع على الأصح.

ولو قال: لم أعلم أن معناها قطع النكاح، ولكن نويت بها الطلاق، وقصدت قطع النكاح، لم يقع الطلاق، كما لو خاطبها بكلمة لا معنى لها، وقال: أردت الطلاق.

السبب الثاني: الإكراه. التصرفات القولية المحمول عليها بالإكراه بغير حق، باطلة سواء الردة والبيع، وسائر المعاملات والنكاح، والطلاق والإعتاق وغيرها،

وأما ما حمل عليه بحق، فهو صحيح، فيحصل من هذا أن إسلام المرتد والحربي مع الإكراه، صحيح، لأنه بحق، ولا يصح إسلام الذمي مكرهاً على الأصح، والمتولي بعد مضي المدة إذا طلق بإكراه القاضي، نفذ لأنه بحق، أو لأنه ليس بحقيقة إكراه، فإنه لا يتعين الطلاق. قال المتولي: هذا في الطلقة الواحدة، وأما إذا أكرهه الإمام على ثلاث طلاقات فتلفظ بها، فإن قلنا: لا ينزل بالفسق، وقعت واحدة ولغت الزيادة. وإن قلنا: ينزل، لم يقع شيء كما لو أكرهه غيره، وثبت التحريم بالرضاع مع الإكراه، وفي امتناع القصاص وحد الزنا في حق الرجل بالإكراه خلاف في موضعه.

فصل: إنما يندفع الطلاق بالإكراه، إذا لم يظهر ما يدل على اختياره. فإن ظهر بأن خالف المكره، وأتى بغير ما حملة عليه، حكم بوقوع الطلاق، ولذلك صور منها أن يكرهه على طلقة فيطلق ثلاثاً، أو على ثلاث، فيطلق واحدة، أو على طلاق زوجتين، فيطلق إحداهما، أو على أن يطلق بصريح، فطلق بكناية أو بصريح آخر، أو بالعكس، أو على تنجيز الطلاق فعلقه، أو بالعكس، فلا عبرة بالإكراه في كل هذه الصور، ويقع ما أتى به.

ولو أكرهه على طلاق إحدى زوجتيه، فطلق واحدة بعينها، وقع على المذهب لأنه مختار في تعيينها وحكى المتولي فيه خلافاً، ولو أكرهه على طلاق زوجة فطلق زوجتين، نظر إن قال له: طلق زوجتك حفصة، فقال لها ولضرتها عمرة: طلقتكما، طلقتهما، لأنه عدل عن كلمة الإكراه. وإن قال: طلقت حفصة وعمرة، أو: وطلقت عمرة، أو حفصة طالق وعمرة طالق، طلقت عمرة ولم تطلق حفصة، هكذا فصله البغوي والمتولي وغيرهما، ولم يفصل الإمام بين العبارتين، بل أطلق عن الأصحاب الحكم بوقوع الطلاق على الضرتين. قال: وفيه احتمال، إذ لا يبعد أن يكون مختاراً في طلاق عمرة.

فرع: الإكراه على تعليق الطلاق، يمنع انعقاده، كما يمنع نفوذ التنجيز.

فرع: إن وري المكره بأن قال: أردت بقولي: طلقت فاطمة غير زوجتي، أو نوى الطلاق من وثاق، أو قال في نفسه: إن شاء الله تعالى، لم يقع الطلاق. وإذا ادعى التورية، صدق ظاهراً في كل ما كان يدين فيه عند الطوعية.

وإن ترك التورية، نظر إن كان غيباً لا يحسن التورية، لم يقع طلاقه أيضاً، وإن كان عالماً وأصابته دهشة بالإكراه وسل السيف، فذلك. وإن لم تصبه دهشة، فوجهان: أحدهما: يقع طلاقه، وهو اختيار القفال والغزالي، لإشعاره بالاختيار، وأصحهما: لا، لأنه مجبر على اللفظ. ولا نية تشعر بالاختيار.

ولو قصد المكره إيقاع الطلاق، فوجهان: أحدهما: لا يقع، لأن اللفظ ساقط بالإكراه، والنية لا تعمل وحدها. وأصحهما: يقع لقصد بلفظه. وعلى هذا، فصريح لفظ الطلاق عند الإكراه، كناية، إن نوى وقع، وإلا فلا.

فرع: قال: طلق زوجتي وإلا قتلتك، فطلقها وقع على الصحيح، لأنه أبلغ في الإذن، وقيل: لا يقع لسقوط حكم اللفظ بالإكراه. كما لو قال لمجنون: طلقها فطلق.

فرع: الوكيل في الطلاق إذا أكرهه على الطلاق. قال أبو العباس الروياني: يحتمل أن يقال: يقع لحصول اختيار المالك، ويحتمل أن لا يقع، لأنه المباشر. قال: وهذا أصح.

فصل: في بيان الإكراه

يشترط فيه كون المكره غالباً قادراً على تحقيق ما هدده به، بولاية، أو تغلب، وفطر هجوم، وكون المكره مغلوباً عاجزاً عن الدفع بفرار أو مقاومة، أو استعانة بغيره، ويشترط أن يغلب على ظنه أنه إن امتنع مما أكرهه عليه، أوقع به المكروه. وقال أبو إسحاق المروزي: لا إكراه إلا بأن ينال بالضرب. والصحيح الذي قطع به الجمهور، عدم اشتراط تنجيز الضرب وغيره بل يكفي التوعد. وفيما يكون التخويف به إكراهاً، سبعة أوجه:

أحدها: القتل فقط. حكاها الحناطي والإمام.

والثاني: القتل، أو قطع طرف، أو ضرب يخاف منه الهلاك، قاله أبو إسحاق.

والثالث: قاله ابن أبي هريرة وكثيرون: أنه يلحق بما سبق أيضاً الضرب الشديد، والحبس، وأخذ المال، وإتلافه، وبهذا قال أبو علي في «الإفصاح» وزاد عليه فقال: لو توعد بنوع استخفاف، وكان الرجل وجيهاً يغض ذلك منه، فهو إكراه. قال هؤلاء: فالضرب والحبس والاستخفاف، يختلف باختلاف طبقات الناس وأحوالهم. والتخويف بالقتل والقطع وأخذ المال، لا يختلف. وقال الماسرجسي: يختلف بأخذ المال، فلا يكون تخويف الموسر بأخذ خمسة دراهم منه إكراهاً. قال الروياني: هذا هو الاختيار، فهذه الأوجه هي الموجودة للمتقدمين من العراقيين وغيرهم. وأصحها: الثالث، وصححه الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما.

والرابع: أن الإكراه لا يحصل إلا إذا خوفه بما يسلب الاختيار، ويجعله كالهارب من الأسد الذي يتخطى النار والشوك، ولا يبالي، فعلى هذا الحبس ليس

بإكراه. وكذا التخويف بالإيلاء الشديد. قال الإمام: لكن لو فوتح به، احتمل جعله إكراهاً.

والخامس: لا يشترط سقوط الاختيار، بل إذا أكرهه على فعل يؤثر العاقل الإقدام عليه حذراً مما تهدده به، حصل الإكراه. فعلى هذا، ينظر فيما طلبه منه وما هدده به، فقد يكون الشيء إكراهاً في مطلوب دون مطلوب، وفي شخص دون شخص. فإن كان الإكراه على الطلاق، حصل بالقطع وبالتخويف بالحبس الطويل، وبتخويف ذوي المروءة بالصفع في الملاء، وتسويد الوجه والطوف به في السوق. وقيل: لا يكون التخويف بالحبس وما بعده إكراهاً، وطرد هذا الخلاف في التخويف بقتل الولد والوالد، والصحيح في الجميع، أنه إكراه. والأصح أن التخويف بإتلاف المال ليس إكراهاً على هذا الوجه، وإن كان الإكراه على قتل فالتخويف بالحبس، وقتل الولد، وإتلاف المال ليس إكراهاً. وإن كان الإكراه على إتلاف مال، فالتخويف بجميع ذلك إكراه. وقيل: لا يكون التخويف بإتلاف المال إكراه في إتلاف المال.

الوجه السادس: أن الإكراه إنما يحصل بالتخويف بعقوبة تتعلق ببدن المكره، بحيث لو حققها تعلق به قصاص، فيخرج عنه ما لا يتعلق ببدنه، كأخذ المال وقتل الوالد والولد، والزوجة، والضرب الخفيف، والحبس المؤبد، إلا أن يخوفه بحبس في قعر بئر يغلب منه الموت. واختار القاضي حسين هذا.

الوجه السابع: لا يحصل الإكراه إلا بعقوبة شديدة تتعلق ببدنه، فيدخل فيه القتل والقطع، والضرب الشديد، والتجوع والتعطيش، والحبس الطويل، ويخرج ما خرج عن الوجه السادس، ويخرج عنه التخويف بالاستخفاف بإلقاء العمامة والصفع، وما يخل بالجاء. واستبعد الإمام من هذا الوجه، دخول الحبس وخروج قتل الولد، وأما التخويف بالنفي عن البلد، فإن كان فيه تفريق بينه وبين أهله، فكالحبس الدائم، وإلا فوجهان: أحدهما: إكراه، لأن مفارقة الوطن شديدة، ولهذا جعلت عقوبة للزاني، وجعل البغوي التخويف باللواط، كالتخويف بإتلاف المال، وتسويد الوجه. وقال: لا يكون ذلك إكراهاً على القتل والقطع. وفي كونه إكراهاً في الطلاق والعتاق وإتلاف المال، وجهان:

قلت: الأصح من هذا الخلاف المنتشر، هو الوجه الخامس، لكن في بعض تفصيله المذكور نظر. فالاختيار أن يقال: الإكراه. والله أعلم.

فرع: لا يحصل الإكراه بالتخويف بعقوبة آجلة كقوله: لأقتلك غداً، ولا بأن يقول: طلق امرأتك وإلا قتلت نفسي، أو كفرت، أو أبطلت صومي أو صلاتي. ولا بأن يقول مستحق القصاص: طلق امرأتك، وإلا اقتصصت منك.

فرع: لو أخذه السلطان الظالم بسبب غيره وطالبه به فقال: لا أعرف موضعه، أو طالبه بماله فقال: لا شيء له عندي، فلم يخله حتى يحلف بالطلاق فحلف به كاذباً، وقع طلاقه ذكره القفال وغيره، لأنه لم يكرهه على الطلاق، وإنما توصل بالحلف إلى ترك المطالبة، بخلاف ما إذا قال له اللصوص: لا نخليك حتى تحلف أن لا تذكر ما جرى، فحلف، لا يقع طلاقه إذا ذكره، لأنهم أكرهوه على الحلف بالطلاق هنا.

فرع: تلفظ بطلاق ثم قال: كنت مكرهاً وأنكرت، لم يقبل قوله إلا أن يكون محبوساً، أو كان هناك قرينة أخرى.

ولو قال: طلقت وأنا صبي، أو نائم، فقال أبو العباس الروياني: يُصدَّق بيمينه.

قال: ولو طلق في المرض، وقال: كنت مغشياً علي، لم يقبل إلا ببينة على أنه كان زائل العقل في ذلك الوقت.

قلت: هذا الذي قاله في النائم، فيه نظر. والله أعلم.

السبب الثالث: اختلال العقل: فمن طلق وهو زائل العقل بسبب غير متعدد فيه، كجنون أو إغماء، أو أوجر خمرًا، أو أكره على شربها، أو لم يعلم أن المشروب من جنس ما يسكر، أو شرب دواءً يزيل العقل بقصد التداوي ونحو ذلك، لم يقع طلاقه. ولو تعدى بشرب الخمر فسكر، أو بشرب دواء يجنن لغير غرض صحيح فزال عقله فطلق، وقع طلاقه على المذهب المنصوص في كتب الشافعي رحمه الله. وحكي قول قديم، فأثبتته الأكثرون، ومنعه الشيخ أبو حامد. وممن قال: لا يقع: المزني، وابن سريج، وأبو سهل الصعلوكي، وابنه سهل، وأبو طاهر الزيادي وقيل: لا يقع في شرب الدواء المذكور. وإن وقع في السكر. واختلفوا في محل الخلاف، فالصحيح أن القولين جاريان في أقواله وأفعاله كلها، ما له وما عليه. وقيل: إنهما في أقواله كلها، كالطلاق والعتاق، والإسلام والردة، والبيع والشراء وغيرها.

وأما أفعاله، كالقتل والقطع وغيرهما، فكأفعال الصاحي قطعاً لقوة الأفعال. وقيل: هما في الطلاق والعتاق والجنايات، ولا يصح بيعه وشراؤه قطعاً، لأن العلم شرط في المعاملات. وقيل: هما فيما هو له كالنكاح والإسلام، أما ما عليه كالطلاق والإقرار والضمان، أو له وعليه، كالبيع والإجارة، فيصح قطعاً تغليظاً عليه.

فرع: اختلفت العبارات في حد السكران، فعن الشافعي رحمه الله: أنه الذي اختل كلامه المنظوم. وانكشف سره المكتوم. وعن المزني: أنه الذي لا يفرق بين الأرض والسماء، وبين أمه وامراته. وقيل: الذي يفصح بما كان يحتشم منه. وقيل:

الذي يتمايل في مشيته ويهذي في كلامه . وقيل : الذي لا يعلم ما يقول . وعن ابن سريج وهو الأقرب : أن الرجوع فيه إلى العادة . فإذا انتهى تغيره إلى حاله يقع عليه اسم السكر ، فهو المراد بالسكران . ولم يرَضَ الإمام هذه العبارات . قال : ولكن شارب الخمر تعتريه ثلاثة أحوال :

إحداها : هزة ونشاط يأخذه إذا دبت الخمرة فيه ولم تستول بعد عليه ، ولا يزول العقل في هذه الحالة ، وربما احتد .

والثانية : نهاية السكر ، وهو أن يصير طافحاً ، ويسقط كالمغشي عليه ، لا يتكلم ولا يكاد يتحرك .

والثالثة : حالة متوسطة بينهما . وهي أن تختلط أحواله ، فلا تنتظم أقواله وأفعاله ، ويبقى تمييز وفهم كلام ، فهذه الثالثة سكر . وفي نفوذ الطلاق فيها الخلاف المذكور . وأما الحالة الأولى ، فينفذ طلاقه فيها بلا خلاف ، لبقاء العقل وانتظام القصد والكلام . وأما الحالة الثانية ، فالأصح عند الإمام والغزالي ، أنه لا ينفذ طلاقه إلا لا قصد له ، ولفظه كلفظ النائم ، ومن الأصحاب من جعله على الخلاف ، لتعديده بالتسبب إلى هذه الحالة ، وهذا أوفق لإطلاق الأكثرين .

الركن الرابع : المحل وهو المرأة . فإن أضاف إلى كلها فقال : طلقتك ، فذاك . وكذا لو قال : جسمك ، أو جسديك ، أو شخصك ، أو نفسك ، أو جثتك ، أو ذاتك طالق ، طلقت .

ولو أضاف إلى بعضها شائعاً ، طلقت أيضاً ، سواء أبهم فقال : بعضك أو جزءك طالق ، أو نص على جزء معلوم كالنصف والرابع ، واحتجوا لذلك بالإجماع وبالقياس على العتق ، فقد ورد فيه : «من أعتق شقصاً . . .» .

ولو أضاف إلى عوض معين ، طلقت سواء كان عضواً باطناً كالكبد والقلب والطحال ، أو ظاهراً كاليد ، سواء كان مما يفصل في الحياة كالشعر والظفر ، أم لا كالإصبع ، والإصبع الزائدة كالأصلية . وحكى الحناطي قولاً ضعيفاً في الشعر ، كما لا ينقض الوضوء ، ولا شك في اطراده في السن والظفر .

قلت : بينهما فرق ظاهر ، فإن اتصال السن أكد من الشعر . وأما اشتراكهما في نقض الوضوء وعدمه ، فلعدم الإحساس ، ولأنهما جزءان ، فأشبهها اليد . والله أعلم .

وإن أضاف إلى فضلات البدن كالريق ، والعرق ، والمخاط ، والبول ، أو إلى الأخلاط كالبلغم ، والمرتين لم تطلق على الصحيح . وحكى الحناطي والإمام وجهاً : وإن أضاف إلى اللبن والمني ، لم تطلق على الأصح ، لأنهما متهيآن للخروج كالبول . ولو قال : جنينك طالق ، لم تطلق على المذهب . ونقل الإمام فيه الاتفاق ،

وحكى أبو الفرج الزاز فيه وجهين: وأبعد منه وجهان حكاهما الحناطي في قوله: الماء أو الطعام الذي في جوفك طالق.

ولو أضاف إلى الشحم، طلقت على الأصح، وإلى الدم، تطلق على المذهب. ولو أضاف إلى معنى قائم بالذات، كالسمن والحسن، والقبح والملاحاة، والسمع والبصر، والكلام والضحك، والبكاء والغم، والفرح، والحركة والسكون، لم تطلق. وحكى الحناطي وجهاً في الحسن والحركة، والسكون والسمع والبصر والكلام، وهذا شاذ ضعيف، ثم الوجه التسوية بينهما وبين سائر الصفات. ولو قال: ظلك، أو طريقك، أو صحبتك، أو نفسك بفتح الفاء، أو اسمك طالق، لم تطلق. قال المتولي: إلا أن يريد بالاسم ذاتها ووجودها، فتطلق. ولو قال: روحك طالق، طلقت على المذهب. وحكى أبو الفرج الزاز فيه خلافاً مبنياً على أن الروح جسم أو عرض. ولو قال: حياتك طالق، فقال جماعة، منهم الإمام والغزالي: تطلق. وقال البغوي: إن أراد الروح، طلقت، وهذا فيه إشعار بأنه إن أراد المعنى القائم بالحي، لا تطلق كسائر المعاني، وبهذا قطع أبو الفرج الزاز، ويشبه أن يكون الأصح عدم الوقوع.

فرع: إذا أضاف الطلاق إلى جزء أو عضو معين، ففي كيفية وقوع الطلاق وجهان: أحدهما: يقع على المضاف إليه، ثم يسري إلى باقي البدن، كما يسري العتق. والثاني: يجعل المضاف إليه عبارة عن الجملة، لأنه لا يتصور الطلاق في المضاف إليه وحده، بخلاف العتق، ولأنه لو قال: أنت طالق نصف طلقة، جعل ذلك عبارة عن طلقة. ولا يقال: يقع نصف طلقة ثم يسري، ويشبه أن يكون الأول هو الأصح.

وتظهر فائدة الخلاف في صور:

منها: إذا قال: إن دخلت الدار فيمينك طالق، فقطعت يمينها، ثم دخلت، إن قلنا بالثاني، طلقت، وإلا، فلا.

ولو قال لمن لا يمين لها: يمينك طالق، فطريقان: أحدهما: التخريج على هذا الخلاف. وأصحهما: القطع بعدم الطلاق. وبه قال القاضي حسين، والإمام، لأنه وإن جعل البعض عبارة عن الكل، فلا بد من وجود المضاف إليه لتنظم الإضافة. فإذا لم يكن، لغت الإضافة، كما لو قال لها: لحيتك أو ذكرك طالق. قال الإمام: وهذا يجب أن يكون متفقاً عليه.

ومنها: قال المتولي: القول بعدم الطلاق في قوله: حسنك أو بياضك طالق مبني على القول بالسراية، لأنه لا يمكن وقوع الطلاق على الصفات.

أما إذا جعلنا البعض عبارة عن الجملة، فيجعل الصفة عبارة عن الموصوف. قلت: هذا الذي قاله ضعيف، مخالف للدليل ولإطلاق الأصحاب. والله أعلم.

ومنها: لو قال لأمته: يدك أم ولدي، أو قال لطفل التقطه: يدك ابني، قال المتولي: إن جعلنا البعض عبارة عن الجملة، كان إقراراً بالاستيلاء أو النسب، وإلا فلا.

فرع: لو أضاف العتق إلى يد عبده أو رأسه، ففيه الوجهان. وإن أضافه إلى جزء شائع، قال الإمام: المذهب تقدم السراية، لأن العبد يمكن تبعض العتق فيه، ووقوعه عليه بخلاف الطلاق. وقيل: فيه الوجهان، لأن إعتاقه بعض عبده غير متصور.

قلت: يتصور فيما إذا أعتق عبده المرهون وهو موسر بقيمة بعضه وقلنا بالأظهر: إنه ينفذ، عتق الموسر. والله أعلم.

فرع: لو أشار إلى عضو مبان، ووصفه بالطلاق، لم تطلق. ولو فصلت أذنها ثم ألصقت فالتحمت، أو سقطت شعرة ثم ثبتت في موضع آخر ونمت، فأضاف الطلاق إليها، لم تطلق المرأة على الأصح.

قلت: قوله: في موضع آخر اتبع فيه الغزالي وليس هو شرطاً، فلو ثبتت في موضعها، كان كذلك، ثم إن مسألة الشعرة قل أن توجد في غير «الوسيط» بخلاف مسألة الإذن، فإنها مشهورة بالوجهين، لكن أنكر إمام الحرمين تصورها في العادة، ولا امتناع في ذلك. والله أعلم.

فصل: قال لزوجته: أنا منك طالق، ونوى إيقاع الطلاق عليها، طلقت. وإن لم ينو إيقاعه عليها، فالصحيح الذي قطع به الجمهور: أنها لا تطلق، وقيل: تطلق قاله أبو إسحاق، واختاره القاضي حسين. فعلى هذا، لا بد من نية أصل الطلاق لأن اللفظ كناية لكونه أضيف إلى غير محله. وأما على الأول، فمتى نوى إيقاعه عليها، كان ناوياً أصل الطلاق.

ولو جرد القصد إلى تطليق نفسه ولم يقتصر على نية أصل الطلاق، فالمذهب أنه لا يقع قطعاً. وقيل: على الوجهين. ولو قال: أنا منك بائن، فلا بد من نية أصل الطلاق. وفي نية الإضافة إليها، الوجهان. وإذا نواها، وقع، وهكذا حكم سائر الكنايات، كقوله: أنا منك خلي أو بري.

ولو قال: أستبرئ رحمي منك، أو أنا معتد منك، أو مستبرئ رحمي ونوى تطليقها، لم تطلق على الأصح.

فرع: قال لعبده: أنا منك حرٌّ، أو أعتقت نفسي منك ونوى إعتاق العبد، لم يعتق على الأصح، بخلاف الزوجية، فإنها تشمل الجانبين، والرق مختص بالعبد.

فرع: قال لزوجته: طلقي نفسك، فقالت: طلقتك أو أنت طالق، فهو كقوله لها: أنا منك طالق، وكذا إذا قال لعبده: أعتق نفسك، فقال: أَعْتَقْتُكَ أو أنت حر، فهو كقول السيد: أنا منك حرٌّ.

الركن الخامس: الولاية على المحل: فلو قال لمطلقة الرجعية في عدتها: أنت طالق: طلقت.

والمختلعة لا يلحقها طلاقه، لا في عدتها ولا بعدها، ولو قال لأجنبية: إذا نكحتك فأنت طالق، أو قال: كل امرأة أنكحها فهي طالق، فنكح، لم يقع الطلاق على المذهب، وبه قطع الجمهور، وهو الموجود في كتب الشافعي رحمه الله تعالى. وقيل: في الوقوع قولان، حكاهما الحناطي والسرخسي وغيرهما، وتعليق العتق بالملك، كتعليق الطلاق بالنكاح بلا فرق. ولو قال: لله عليّ أن أعتق هذا العبد وهو لأجنبي، فهو لغو. ولو قال: لله عليّ أن أعتقه إن ملكته، فوجهان لأنه التزام في الذمة، لكن متعلق بملك غيره. وأجرى الوجهان في قوله: إذا ملكت عبد فلان، فقد أوصيت به لزيد. ولو أرسل الوصية وهو لا يملك شيئاً، صحت على الصحيح كالنذر. وحكى الشيخ أبو علي وجهاً، أنها لا تصح.

فرع: لو علق العبد الطلقة الثالثة إما مطلقاً بأن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثاً فعتق، ثم دخلت الدار، وإما مقيد بحالة ملك الثالثة بأن قال: إذا عتقت فأنت طالق ثلاثاً، ففي صحة تعليق الثالثة وجهان: أصحهما: الصحة وبه قطع البغوي، ويحكم بموجبه لأنه يملك أصل النكاح، وهو يفيد الطلاقات الثلاث بشرط الحرية، وقد وجد كما أنه لا يملك في حال البدعة طلاق السنة، ويملك تعليقه. ويجري الوجهان في قوله لأتمته: إذا ولدت فولدك حر وكانت حائلاً عند التعليق. فإن كانت حاملاً حينئذ، عتق قطعاً.

فصل: علق طلاقها بصفة كدخول الدار، ثم أبانها قبل الدخول أو بعده بعوض أو بالثلاث، ووجدت الصفة في حال البينونة ثم نكحها، ثم وجدت الصفة ثانياً، أو ارتد قبل الدخول، ثم وجدت الصفة، ثم أسلم ونكحها، فوجدت الصفة ثانياً، لم تطلق على المذهب وبه قطع الأصحاب. وقال الإصطخري: فيه قولان: كما لو لم توجد الصفة حال البينونة، ولو علق عتق عبده بصفة، ثم أزال ملكه ثم وجدت الصفة، ثم اشتراه، لم يؤثر وجود الصفة بعد ذلك على المذهب، هذا إذا لم

يكن التعليق بصيغة «كلما» فإن كان بها كقوله: كلما دخلت فأنت طالق: فإذا وجدت الصفة في البينونة، ثم جدد نكاحها، ففي عود الصفة القولان.

أما إذا لم توجد الصفة حال البينونة، ثم وجدت بعدما جدد نكاحها، ففي وقوع الطلاق ثلاثة أقوال: أظهرها: لا يقع. والثاني: يقع. والثالث: إن كانت البينونة بما دون الثلاث، وقع وإلا فلا. وتجري الأقوال في عود الإيلاء والظهار.

فإذا قلنا بالأول وكانت الصفة مما لا يمكن إيقاعه في البينونة كقوله: إن وطئتك فأنت طالق ثلاثاً، تخلص منها إذا أبانها ثم نكحها، ولا يقع الطلاق بالوطء في النكاح الثاني، وبه أجاب القاضي الروياني، ويوضحه أنه لو قال: إذا بنت مني ونكحتك، ودخلت الدار فأنت طالق، أو قال: إن دخلت الدار بعدما بنت مني ونكحتك فأنت طالق، فالمذهب وبه قال القفال والمعتبرون: لا تطلق بالدخول بعد البينونة، وغلطوا من خرجوه على الخلاف، وعلى هذا القياس. فلو قال: إن دخلت الدار قبل أن أبينك فأنت طالق، وإن دخلتها بعدما أبنتك ونكحتك، فأنت طالق، صح التعليق الأول، وبطل الثاني. ولو علق على صفة ثم طلقها رجعية فراجعها، ثم وجدت الصفة، طلقت بلا خلاف لأنه ليس نكاحاً مجدداً ولم تحدث حالة تمنع وقوع الطلاق. ولو علق عتق عبد بصفة، ثم أزال ملكه ببيع أو غيره، ثم ملكه، ثم وجدت الصفة، ففي نفوذ العتق الخلاف في عود اليمين. ثم قيل: هو كالإبانة بالثلاث، لأن العائد ملك جديد من كل وجه لا تعلق له بالأول، كالنكاح بعد الثلاث. وقيل: هو كالإبانة بما دون الثلاث وبه قطع البغوي، لأنه لم يتخلل بين التعليق والصفة حالة تمنع ملكه كما لو لم يتخلل هناك حالة تمنع نكاحه، وإنما يكون كالإبانة بالثلاث إذا علق ذمي عتق عبده الذمي، ثم أعتقه فنقض العهد، والتحق بدار الحرب، ثم سبي واسترق، فملكه سيده الأول، لأنه تخلل حالة يمتنع فيها الملك وهي حالة الحرب.

فرع: الخلاف في وقوع الطلاق في النكاح الثاني، يعبر عنه بالخلاف في عود الحنث وبالخلاف في عود اليمين، لأن على قول لا يتناول اليمين النكاح الثاني، ولا يحصل الحنث فيه. وعلى قول يتناوله ويحصل الحنث.

فرع: لا يقع الطلاق في النكاح الفاسد.

فصل: إذا راجع الرجعية أو بانت منه هي أو غيرها بطلقة أو طلقتين، ثم جدد نكاحها قبل أن تنكح غيره، أو بعد نكاح ووطء الزوج الثاني، عادت إليه بما بقي من الطلقات الثلاث.

ولو بانت بالثلاث فنكحها آخر ووطئها وفارقها، فنكحها الأول، عادت إليه بالثلاث، لأنه لا يمكن بناء الثاني على الأول، لاستغراق الأول.

فرع: الحر يملك ثلاث طلاقات على زوجته الحرة والأمة، والعبد لا يملك إلا طلقتين على الحرة والأمة، والمدبر والمكاتب ومن بعضه حر، كالقن. ومتى طلق الحر أو العبد جميع ما يملك، لم تحل له المطلقة حتى تنكح زوجاً آخر، ويطأها ويفارقها كما سبق.

فرع: طلق ذمي زوجته طلقة، ثم نقض العهد فسبى واسترق، ونكح بإذن سيده تلك المرأة المطلقة، ملك عليها طلقة فقط. ولو كان طلقها طلقتين وأراد نكاحها بعد الاسترقاق، فوجهان: أحدهما، وبه قال ابن الحداد: تحل له ويملك عليها طلقة، لأنها لم تحرم عليه بالطلقتين، فطريان الرق لا يرفع الحل الثابت. وقيل: لا تحل له لأنه رقيق وقد طلق طلقتين. ولو طلق العبد طلقة ثم عتق فراجعها، أو جدد نكاحها بعد البينونة، ملك عليها طلقتين أخريين، لأنه عتق قبل استيفاء عدد الرقيق. ولو طلقها طلقتين، ثم عتق، لم تحل له على الصحيح.

فرع: طلق العبد زوجته، طلقتين، وأعتقه سيده، فقد ذكرنا أنه إن عتق أولاً، فله رجعتها وتجديد نكاحها. وإن طلق أولاً، فلا تحل له إلا بمحلل.

فلو أشكل السابق واعترف الزوجان بالإشكال، قال ابن الحداد والأكثر: ليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل. وقيل: تحل رجعتها والتجديد إن بانت، ولا يفتقر إلى محلل لأن الأصل أن لا تحريم.

ولو اختلفا في السابق، نظر إن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة، وقال: عتقت يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت، فالقول قولها. وإن اتفقا أن العتق يوم الجمعة وقالت: طلقت يوم السبت فقال: بل يوم الخميس، فالقول قوله.

وإن لم يتفقا على وقت أحدهما وقال: طلقتك بعد العتق، وقالت: قبله واقتصر عليه، فالقول قوله لأنه أعرف بوقت الطلاق.

فرع: سبق في التحليل

لو قالت المطلقة ثلاثاً: نكحني زوج وأصابني وانقضت عدتي منه ولم يظن صدقها لأن الأولى أن لا ينكحها. وهل يجب عليه البحث عن الحال؟ قال أبو إسحاق: لا يجب لكن يستحب. وقال الروياني: أنا أقول: يجب في هذا الزمان.

فصل: طلاق المريض في الوقوع، كطلاق الصحيح. ثم إن كان رجعيًا، بقي التوارث بينهما ما لم تنقض عدتها. فإن مات أحدهما قبل انقضاء عدتها ورثه الآخر، وبعد انقضائها، لا يرثه. ولو طلقها في مرض موته طلاقاً بائناً، ففي كونه قاطعاً للميراث قولان: الجديد: يقطع وهو الأظهر. والقديم، لا يقطع، وحجة الجديد

انقطاع الزوجية، ولأنها لو ماتت لم يرثها بالاتفاق. فإن قلنا بالجديد، فلا إشكال ولا تفريع لوضوح أحكامه. وأما القديم، فيتفرع عليه مسائل:

منها: هل ترث ما لم تنقض عدتها، أم ما لم تتزوج، أم أبداً؟ فيه أقوال: فإن طلق قبل الدخول سقط القول الأول، وجرى الآخران.

ولو أبان في مرضه أربع نسوة، ونكح أربعاً، ثم مات، فهل يكون الإرث للأوليات لسبقهن، أم للأخريات لأنهن الزوجات، أم يشترك الثمان؟ فيه أوجه: أصحها: الثالث. وقال الإمام: وسبب الخلاف ما في توريث الزيادة على الأربع من الاستبعاد. فلو أبان امرأته ونكح أخرى، فلا وجه إلا توريثهما. ولو أبان واحدة ونكح أربعاً أو بالعكس، جرى الخلاف، وإنما ترث المبتوتة على القديم إذا طلقها لا بسؤالها، فإن طلقها بسؤالها، أو اختلعت، أو قال: أنت طالق إن شئت، فشئت، لم ترث على الصحيح. وقال ابن أبي هريرة: ترث وإن طلق بسؤالها. ولو سألتها فلم تطلق في الحال، ثم طلقها أو سألتها رجعيّاً فأبأنها، ورثت لأنه فارّ. ولو علق طلاقها في المرض بمضي مدة، أو فعل نفسه، أو أجنبى، فهو فارّ وفي الأجنبى وجه.

وإن علق بفعلها، فإن لم يكن لها منه بد، كالنوم والقيام والقعود والأكل والشرب والطهارة، والصلاة والصوم المفروضين، ففارّ. قلت: وهذا في الأكل الذي يحتاج إليه. فإن أكلت متلذذة، أكلاً يضرها فليس بفارّ. قاله الإمام. والله أعلم.

وإن كان لها منه بد، ففارّ إن لم تعلم التعليق، وإلا فلا. ولو علمت ثم نسيت، ففيه احتمالان للإمام، والأشبه أنه فارّ.

وإن علق طلاقها في الصحة بصفة لا توجد إلا في المرض كقوله: إذا مرضت مرض الموت، أو وقعت في النزع فأنت طالق، ففارّ: وإن احتمل وجودها في المرض وقبله، كقوله: إذا جاء غد، أو قدم زيد، فأنت طالق، فجاء أو قدم وهو مريض، فليس بفار على الأظهر.

ولو فسخ النكاح بعينها أو لاعنها، فليس بفار. وقيل: إن كان القذف في المرض، ففار.

قلت: وقيل: إن الفاسخ فار. والله أعلم.

ولو طلق العبد امرأته، أو الحر زوجته الأمة، أو المسلم ذمية، ثم عتق العبد أو الأمة، أو أسلمت الذمية في العدة، فلا إرث لأنها لم تكن وارثة يوم الطلاق، فلا تهمة. وكذا لو أبأنها في مرضه بعدما ارتد، أو ارتدت ثم جمعهما الإسلام في العدة،

لأنها لم تكن وارثة يومئذٍ. ولو ارتدت بعدما أبانها في المرض، ثم عادت إلى الإسلام، فهو فار للتهمة.

ولو قال لزوجته الأمة: أنت طالق غداً، فعتقت قبل الغد، أو طلقها وهو لا يعلم أنها عتقت، فليس بفار، وكذا لو ارتد في المرض قبل الدخول أو بعده وأصر إلى انقضاء العدة، ثم عاد إلى الإسلام ومات، لم يكن فاراً على الصحيح، لأنه لا يقصد بتبديل الدين حرمانها الإرث، وفيه وجه ضعيف. وقيل بطرده فيما لو ارتدت هي حتى تجعل فارة، فيرثها الزوج.

ولو أبان مسلمة في المرض، وارتدت وعادت إلى الإسلام في العدة، ورثت لأنها بصفة الوارثين يومي الطلاق والموت، وكذا لو عادت بعد العدة، إن قلنا: المبتوتة ترث بعد انقضاء العدة.

ولو طلق الأمة في المرض، وعتقت واختلفا فقالت: طلقني بعد العتق فأرث وقال الوارث: بل قبله فلا إرث، فالقول قول الوارث بيمينه، لأن الأصل بقاء الرق. ولو أَرْضعت زوجها الصغير في مرض موتها، فقليل: تجعل فارة فيرثها الزوج، والصحيح خلافه.

ولو أقر في المرض، بأنه أبانها في الصحة، لم يجعل فاراً ويصدق فيما قاله، وتحسب العدة من يومئذ، وفيه وجه للتهمة، والصحيح الأول. ولو طلق إحدى امرأتيه، ثم مرض مرض الموت فقال: عنيت هذه، قبل قوله، ولم ترث. وإن كان قد أبهم، فعين في المرض واحدة، قال إسماعيل البوشنجي: يخرج على أن التعيين إيقاع للطلاق في المعينة، أم بيان لمحل الطلاق الواقع؟ إن قلنا: بالثاني، لم ترث. وإلا فعلى قولي توريث المبتوتة.

قلت: إنما ترث المبتوتة على القديم إذا أنشأ تنجيز طلاق زوجته الوارثة بغير رضاها في مرض مخوف، واتصل به الموت ومات بسببه. فإن برأ من ذلك المرض، ثم مات، لم ترث قطعاً. ولو مات بسبب آخر، أو قتل: في ذلك المرض، فقطع صاحب «المهذب» وغيره، بأنها لا ترث على القديم. وقال صاحب «الشامل»: «النتمة»: ترث. والله أعلم.

الباب الثالث: في تعدد الطلاق

فيه أطراف:

الطرف الأول: في نية العدد. فإذا قال: طلقتك، أو أنت طالق ونوى طلقتين، أو ثلاثاً، وقع ما نوى وكذا حكم الكناية.

قلت: وسواء في هذا المدخول بها وغيرها. والله أعلم.
ولو قال: أنت طالق واحدة بالنصب، ونوى طلقتين، أو ثلاثاً، فثلاثة أوجه:
أصحها: يقع ما نوى صححه البغوي وغيره. والثاني: لا يقع إلا واحدة وصححه
الغزالي. والثالث قاله القفال: إن بسط نية الثلاث على جميع اللفظ، لم تقع الثلاث.
وإن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق، وقع الثلاث ولغا ذكر واحدة.

وإن قال: أردت طلقة ملفقة من أجزاء ثلاث طلقات: وقع الثلاث قطعاً.
وحكى الإمام طرد وجه فيه، لبعد اللفظ والفهم، والمذهب الأول.

ولو قال: أنت طالق واحدة بالرفع، فهو مبني على ما إذا قال: أنت واحدة،
بحذف لفظ الطلاق، ونوى الثلاث، وفيه وجهان: أحدهما: وقوع ما نواه. والثاني:
تقع واحدة فقط.

فرع: قال البغوي: ولو قال: أنت بائن بائنتين أو ثلاث، ونوى الطلاق،
وقع. ثم إن نوى طلقتين أو ثلاثاً فذاك، وإن لم ينو شيئاً، وقع الملفوظ به لأن ما أتى
به صريح في العدد كناية في الطلاق. فإذا نوى أصل الطلاق، وقع العدد المصرح
به. وإن نوى واحدة، فوجهان: أحدهما: يقع ما صرح به من طلقتين أو ثلاث.
والثاني: لا يقع إلا واحدة.

فرع: أراد أن يقول لها: أنت طالق ثلاثاً فماتت قبل تمام قوله: أنت طالق،
لم يقع الطلاق، وإن ماتت بعد تمامه قبل قوله: ثلاثاً، فهل يقع الثلاث أم واحدة، أم
لا يقع شيء؟ ثلاثة أوجه: قال البغوي: أحصحها: الأول وهو اختيار المزني. وقال
إسماعيل البوشنجي: الذي تقتضيه الفتوى، أنه إن نوى الثلاث بقوله: أنت طالق
وكان قصده أن يحققه باللفظ، وقع الثلاث وإلا فواحدة، وهكذا قال المتولي في
تعبيره عن الوجه الأول.

وردتها وإسلامها، إذا لم تكن مدخولاً بها قبل قوله: ثلاثاً، كموتها، وكذا لو
أخذ شخص على فمه ومنعه أن يقول: ثلاثاً.

ولو قال: أنت طالق على عزم الاقتصار عليه، فماتت فقال: ثلاثاً، قال
الإمام: لا شك أن الثلاث لا تقع، وتقع الواحدة على الصحيح.

فرع: اختلفوا في قوله: أنت طالق ثلاثاً، كيف سيئله؟ ف قيل: قوله: ثلاثاً
منصوب بالتفسير والتمييز. قال الإمام: هذا جهل بالعربية، وإنما هو صفة لمصدر
محذوف، أي: طالق طلاقاً ثلاثاً. كقوله: ضربت زيداً شديداً، أي: ضرباً شديداً.

فصل: قال: أنت طالق ملء البيت أو البلد أو السماء أو الأرض، أو مثل

الجبل، أو أعظم من الجبل، أو أكبر الطلاق بالباء الموحدة، أو أعظمه، أو أشده، أو أطوله، أو أعرضه، أو طلقة كبيرة، أو عظيمة، لم يقع باللفظ إلا طلقة رجعية.

ولو قال: أنت طالق كل الطلاق أو أكثره، وقع الثلاث. ولو قال: عدد التراب، قال الإمام: تقع واحدة. وقال البغوي: عندي يقع الثلاث كما لو قال: عدد أنواع التراب. ولو قال: أنت طالق وزن درهم، أو درهمين، أو ثلاثة، أو أحد عشر درهماً. ولم ينو عدداً لم يقع إلا طلقة. ولو قال: يا مئة طالق، أو أنت مئة طالق، نقل البغوي، والمتولي: أنه يقع الثلاث لأنه في العرف كقوله: أنت طالق مئة. ولو قال: أنت كمائة طالق فهل تقع واحدة أم ثلاث؟ وجهان: ولو قال: أنت طالق طلقة واحدة ألف مرة ولم ينو عدداً، لم يقع إلا واحدة كما قاله المتولي.

فرع: قال: أنت طالق إن لم، أو أنت طالق إن، قال إسماعيل البوشنجي: ينظر إن قصد الاستثناء أو التعليق، فلم يتمه، فلا أرى أن يقع طلاقه، ويصدق إذا فسر به للقرينة الظاهرة، وإن لم يقصد الاستثناء ولا التعليق، وقع لأنه لو أتى بالاستثناء بلا نية، لم يقع، فهنا أولى.

الطرف الثاني: في التكرار: فيه مسائل:

إحداها: قال لمدخول بها: أنت طالق أنت طالق، نظر إن سكت بينهما سكتة فوق سكتة التنفس ونحوه، وقع طلقتان، فإن قال: أردت التأكيد، لم يقبل ظاهراً ويُدين، وإن لم يسكت وقصد التأكيد قبل ولم يقع إلا طلقة، وإن قصد الاستئناف، وقع طلقتان، وكذا إن أطلق على الأظهر. ولو قال: أنت طالق طالق، فقال القاضي حسين: يقع عند الإطلاق طلقة قطعاً وقال الجمهور: لا فرق بين اللفظين. ولو كرر اللفظة ثلاثاً، وأراد بالآخرتين تأكيد الأولى لم يقع إلا واحدة وإن أراد الاستئناف، وقع الثلاث وإن أطلق فكذا على الأظهر. ولو قال: قصدت بالثالثة تأكيد الثانية، وبالثانية تأكيد الأولى، وبالثالثة الاستئناف، وقع طلقتان.

ولو قصد بالثالثة تأكيد الأولى، وقع الثلاث على الأصح، وقيل: طلقتان، ولا يقدح هذا الفصل اليسير. وإن قصد بالثانية الاستئناف، ولم يقصد بالثالثة شيئاً أو بالثالثة الاستئناف ولم يقصد بالثانية شيئاً، وقع الثلاث على الأظهر، وفي قول طلقتان.

ولو قال: أنت مطلقة، أنت مسرحة، أنت مفارقة، فهو كقوله: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق على الأصح. وقيل: تقع هنا الثلاث قطعاً، حكاه الحناطي. ولو قال: أنت طالق، وطالق، وطالق، وقال: قصدت بالثاني تأكيد الأول، لم يقبل في الظاهر، ويجوز أن يقصد بالثالث تأكيد الثاني لتساويهما، ويجوز أن يقصد به

الاستثنا، وإن أطلق، فعلى القولين. ولو قال: قصدت بالثالث تأكيد الأول، لم يقبل. ولو قال: أنت طالق وأنت طالق، أو أنت طالق بل طالق، أو أنت طالق ثم طالق، أو أنت طالق بل طالق بل طالق. فهو كقوله: طالق وطالق وطالق. ولو قال: أنت طالق، فطالق، أو أنت طالق، ثم طالق ثم طالق، فهو كقوله: طالق وطالق وطالق. ولو قال: أنت طالق وطالق فطالق، أو أنت طالق، ثم طالق، بل طالق، أو أنت طالق، فطالق ثم طالق، تعيّن الثلاث ولا مدخل للتأكيد لاختلاف الألفاظ. ونص في «الإملاء»، أنه لو قال: طالق وطالق، لا بل طالق. وقال: شككت في الثانية، فاستدركت بقولي: لا بل طالق لأحقق إيقاع الثانية قبل ولم يقع إلا طلقتان، فجعل الأصحاب المسألة على قولين: أحدهما هذا، والثاني وهو المشهور وظاهر نصه في المختصر: لا يقبل ويقع الثلاث كسائر الألفاظ المتغيرة.

ولو قال: أنت طالق وطالق، بل طالق من غير لفظ «لا»، فالمذهب وقوع الثلاث قطعاً كما سبق وقيل بطرد القولين.

فرع: قال لها قبل الدخول: أنت طالق طالق، أو أنت طالق وطالق، أو طالق فطالق، أو أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق، أو أنت طالق بل طالق وطالق. لم يقع إلا طلقة لأنها تبين بها، فلا يقع ما بعدها. وحكي وجه وقول قديم أنه كما لو قال ذلك لمدخول بها على ما سبق، لأنه كلام واحد فأشبهه قوله لها: أنت طالق ثلاثاً، والمذهب الأول، لأن قوله: ثلاثاً، بيان للأول بخلاف هذه الألفاظ.

فرع: قال لمدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق وطالق، أو قال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار، فدخلت، وقع الثلاث، وإن قاله لغير المدخول بها، فثلاثة أوجه: أحدها: تقع الثلاث أيضاً إذا دخلت. والثاني: لا يقع إلا واحدة. والثالث: إن قدم الجزاء فقال: أنت طالق وطالق وطالق إن دخلت الدار. وقع الثلاث. وإن عكس فواحدة. وإن قال: إن دخلت الدار فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق إن دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت، فإن قصد التأكيد، وقع طلقة. وإن قصد الاستثنا، وقع الثلاث. وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ قال البغوي: فيه قولان بناء على ما لو حنث في أيما بفعل واحد، هل تعدد الكفارة؟ وقال المتولي: يحمل على التأكيد إذا لم يحصل فصل، أو حصل واتحد المجلس. فإن اختلف فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: وإذا حمل على التأكيد، فيقع عند الدخول طلقة أم يتعدد؟ وجهان بناء على تعدد الكفارة وعدمه. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق طلقة، وإن دخلت الدار فأنت طالق طلقتين، قال ابن الحداد والأصحاب: تطلق بالدخول ثلاثاً سواء كان مدخولاً بها أم غيرها لأن الجميع يقع

دفعه. قال البغوي: وكذا في الصور المتقدمة لا فرق بين المدخول بها وغيرها، لأن على تقدير التعدد يقع الجميع حال الدخول.

ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم طالق، لم يقع بالدخول في غير المدخول بها إلا طلاقاً لأن «ثم» للتراخي. قال المتولي: وكذا لو أخر الشرط فقال: أنت طالق، ثم طالق إن دخلت الدار.

المسألة الثانية: قال: أنت طالق طلاقاً فطلقاً، أو طالق فطالق، وقع طلقتان على المذهب. وقيل: قولان: ولو قال: طلاقاً بل طلقتين، وقع الثلاث فإن كانت غير مدخول بها، بانت بالأولى ولم تقع الزيادة في الصورتين.

المسألة الثالثة: قال لمدخول بها: أنت طالق طلاقاً معها طلاقاً، أو مع طلاقاً، وقع طلقتان. وهل يقعان معاً بتمام الكلام، أم متعاقبين؟ وجهان: أحدهما: الأول. فإن قال ذلك لغير المدخول بها، طلقت على الأول طلقتين، وعلى الثاني طلاقاً.

ولو قال: طلاقاً تحت طلاقاً، أو تحتها طلاقاً، أو فوق طلاقاً، أو فوقها طلاقاً، فقال الإمام والغزالي: حكمها حكم «مع»، وقال المتولي كلاماً يقتضي الجزم بأن غير المدخول بها لا يقع عليها إلا طلاقاً، لأن وصف الطلاق بالفوقية والتحتية محال، فيلغو ويصير كقوله: طالق طالق، وفي المدخول بها وجه أنه لا يقع إلا واحدة، كما لا يلزم في الإقرار إلا درهم، واختاره ابن كج والحناطي. ولو قال لمدخول بها: أنت طالق طلاقاً قبل طلاقاً، أو بعدها طلاقاً، وقع طلقتان. إحداها بعد الأخرى. ولو كانت غير مدخول بها، وقعت واحدة وبانت.

ولو قال لمدخول بها: أنت طالق طلاقاً بعد طلاقاً، أو قبلها طلاقاً، وقع طلقتان متعاقبتان على الصحيح الذي قطع به الجمهور. وفي كتاب ابن كج وجه أنه لا يقع إلا واحدة، لاحتمال أن يكون المعنى: قبلها طلاقاً مملوكة أو ثابتة، قال: وهذا عند الإطلاق، ولو قال: أردت ذلك، صدق بيمينه لا محالة. فإذا قلنا بالصحيح، ففي كيفية تعاقبهما وجهان: أحدهما: تقع أولاً المنجزة، ثم المضمنة، ويلغو قوله: قبلها، كما لو قال: أنت طالق أمس، يقع في الحال، ويلغو قوله: أمس. وأصحهما: تقع أولاً المضمنة، ثم المنجزة، لأن المعنى يقتضي ذلك، وليس المراد أن المضمنة تقع قبل تمام اللفظ، بل يقعان بعد تمام اللفظ، فتقع المضمنة عقب اللفظ، ثم المنجزة في لحظة عقبها. فإن قال ذلك لغير المدخول بها، فأوجه: أصحها: يقع واحدة. والثاني: لا يقع شيء، والثالث: يقع طلقتان، ويلغو قوله: قبلها، ويصير كأنه قال: طلقتين وهو ضعيف، ولو قال للمدخول بها: أنت طالق

طلقة، قبلها طلقة وبعدها طلقة، طلقت ثلاثاً. ولو قال: قبلها وبعدها طلقة، وقع الثلاث على الصحيح. وقيل: طلقتان، ويلغو قوله: قبلها.

ولو خاطب غير المدخول بها بأحد هذين اللفظين، فهل يقع واحدة أم لا يقع شيء؟ وجهان: أصحهما: الأول. ومتى قال: أردت بقولي: بعدها طلقة، أي سأطلقها بعد هذا طلقة، لم يقبل ظاهراً ويُدين، ولو قال: أردت بقولي: قبلها أن زوجاً آخر طلقها في نكاح آخر، فعلى ما سيأتي إن شاء الله تعالى، فيما إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي، وفسر بهذا.

المسألة الرابعة: قال لمدخول بها: أنت طالق وطالق، وقع طلقتان على الترتيب.

ولو قال: أنت طالق ثلاثاً، فالصحيح وقوع ثلاث عند فراغه من قوله: ثلاثاً. وقيل: ثنتين بالفراغ من وقوع الثلاث بقوله: أنت طالق. قال الإمام: وقياس من قال: يقع طلقة، إذا أراد بقوله: أنت طالق ثلاثاً، فمات قبل قوله: ثلاثاً: أن يقع هنا طلقة بقوله: أنت طالق، ويتم الثلاث بقوله: ثلاثاً، لكنه ضعيف، لأنه لا خلاف أنه لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق ثلاثاً وقع الثلاث، وذلك يدل على أنها لا تقع مرتبة.

المسألة الخامسة: قال لغير المدخول بها: أنت طالق خمساً، أو قال: إحدى عشرة، وقع الثلاث، ولو قال لها: واحدة ومائة، لم يقع إلا واحدة. ولو قال: إحدى وعشرين، فهل يقع الثلاث أم واحدة؟ وجهان لترددها بين الصورتين. قلت: الأصح، أنه تقع واحدة لأنه معطوف كقوله: واحدة ومائة، بخلاف إحدى عشرة، فإنه مركب فهو بمعنى المفرد. والله أعلم. ولو قال: طلقة ونصفاً، لم يقع إلا واحدة.

فرع: قال: أنت طالق واحدة، بل ثنتين أو ثلاثاً، فإن كانت مدخولاً بها، وقع ثلاث، وإلا فواحدة.

ولو قال: ثنتين بل واحدة، طلقت المدخول بها ثلاثاً، وغيرها طلقتين. ولو قال: أنت طالق واحدة بل ثلاثاً إن دخلت الدار، فوجهان: أصحهما وبه قال ابن الحداد: يقع واحدة بقوله: أنت طالق، ويتعلق طلقتان بدخول الدار. والثاني: يتعلق الثلاث بالدخول إلا أن يقول: أردت تخصيص الشرط بقولي: بل ثلاثاً. فإن قاله لغير مدخول بها، فعلى الوجه الأول تبين بالواحدة الواقعة في الحال، فإن نكحها بعد ذلك ودخلت، فقبل فيه قولاً عود الحنث، والمذهب، أنه لا يقع قطعاً، لأنها إذا بان أن كان التعليق بالدخول واقعاً في حال البينونة، فيلغو. وعلى الوجه الثاني يتعلق

الثلاث بالدخول، فإذا دخلت، فعلى الوجهين السابقين، فيما إذا قال لغير المدخول بها: إن دخلت الدار فأنت طالق وطالق، فعلى وجه: لا يقع إلا واحدة، وعلى الأصح: يقع الثلاث. ولو قال لغير المدخول بها: أنت طالق طلقتين، بل ثلاثاً إن دخلت الدار، فعلى قول ابن الحداد: يقع طلقتان في الحال، ولا يصح تعليق الثالثة. وعلى الثاني تتعلق الثلاث بالدخول، فإذا دخلت، ففي وجه يقع طلقة، وعلى الأصح ثلاث.

فرع: قال: أنت طالق تطليقة، قبلها كل تطليقة، أو بعدها كل تطليقة، قال إسماعيل البوشنجي: قياس المذهب أن يقال: إن كانت مدخولاً بها، وقع الثلاث مع ترتيب بين الواحدة وباقي الثلاث، وإلا، فوجهان: أحدهما: يقع واحدة. والثاني: لا شيء.

فرع: عن أبي العباس الروياني

لو قال: أنت طالق كألف، فإن نوى عدداً، وقع، وإلا فواحدة، وأنه لو قال: أنت طالق حتى تتم ثلاث، فهل تقع ثلاث، أم تعتبر نيته، فإن لم ينو، فواحدة؟ فيه وجهان: ويقرب منه ما إذا قال: أنت طالق حتى أكمل ثلاثاً، أو أوقع عليك ثلاثاً، وأنه لو قال: أنت طالق ألواناً من الطلاق، تعتبر نيته، فإن لم ينو، فواحدة.

وأنه لو قال: يا مطلقة: أنت طالق، وكان طلقها قبل ذلك، فقال: أردت تلك المطلقة، فهل يقبل أم يقع أخرى؟ وجهان: ذكر إسماعيل البوشنجي: أنه لو قالت له: طلقني وطلقني وطلقني، أو طلقني طلقني طلقني، أو قالت: طلقني ثلاثاً، فقال: طلقتك، أو قد طلقتك، أو أنت طالق. فإن نوى عدداً، وقع، وإلا فواحدة، وأنه لو طلقها واحدة رجعية ثم قال: جعلتها ثلاثاً، فهو لغو لا يقع به شيء.

الطرف الثالث: في الحساب، وهو ثلاثة أنواع:

الأول: في حساب الضرب، فإذا قال لها: أنت طالق واحدة في واحدة، أو طلقة في طلقة، سئل عن مراده، فإن قال: أردت طلقة مع طلقة، وقع طلقتان، وإن قال: أردت به الظرف أو الحساب، أو لم أرد شيئاً، وقعت واحدة. وإن قال: أنت طالق طلقة في طلقتين، أو واحدة في اثنتين، وأراد مع اثنتين، وقع الثلاث، وإن أراد الحساب وهو يعلمه، وقع طلقتان، وإن جهله وقال: أردت ما يزيده الحساب، فطلقة على الأصح، وقال الصيرفي: طلقتان.

وأجري الوجهان في قوله: طلقك مثل ما طلق زيد وهو لا يدري كم طلق زيد. وكذا لو نوى عدد طلاق زيد ولم يتلفظ، وإن أطلق ولم ينو الحساب، فإن لم يعرفه،

فطلقة، وكذا إن عرفه على الأظهر. وفي قول: طلقتان. وفي قول غريب ضعيف حكاه الشيخ أبو محمد وغيره: يقع ثلاث طلاقات لتلفظه بهن، ويجيء هذا القول فيمن لا يعرف الحساب ولم ينو شيئاً، ولو قال: أنت طالق واحدة في ثلاث، فإن قصد الحساب، وقع الثلاث إن عرفه، وإلا فعلى الوجهين، وإن لم يقصد شيئاً، فعلى التفصيل والخلاف المذكورين.

وإن قال: أنت طالق ثنتين في ثنتين، فإن قصد الحساب وهو يعرفه، وقع الثلاث، وإن لم يقصد شيئاً، فهل يقع ثنتان، أم ثلاث؟ فيه الخلاف. ولو قال: أنت طالق نصف طلقة في نصف طلقة، وقعت طلقة، سواء أراد الحساب أم الظرف أم المعية، أم لم يقصد شيئاً. ولو قال: واحدة في نصف، فذلك إلا أن يريد المعية، فيقع طلقتان، ولو قال: واحدة وربعا، أو نصفاً في واحدة وربع، وقع طلقتان إلا أن يريد المعية، فتقع ثلاث.

فرع: قال: أنت طالق من واحدة إلى ثلاث، فهل يقع الثلاث، أم ثنتان، أم واحدة؟ فيه أوجه: أصحها: عند البغوي: الأول، ولو قال: ما بين الواحدة والثلاث، وقعت طلقة على المذهب، ويجيء فيه خلاف سبق في نظيره من الإقرار.

النوع الثاني: في تجزئة الطلاق اعلم أن الطلاق لا يتبعض، بل ذكر بعضه كذكر كله لقوته، سواء أبهم بأن قال: أنت طالق بعض طلقة، أو جزءاً، أو سهماً من طلقة، أو بيّن فقال: نصف طلقة أو ربع طلقة، قال الإمام: وقوع الطلاق هنا على سبيل التعبير بالبعض عن الكل، ولا يتخيل هنا السراية المذكورة في قوله: بعضك طالق، لكن لا يظهر بينهما فرق محقق. وفي كلام الشيخ أبي حامد وغيره، أنه يجوز أن يكون ذلك بطريق السراية، ويجوز أن يلغى قوله: نصف طلقة، ويعمل قوله: أنت طالق.

فرع: إذا زاد في الأجزاء فقال: أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة، أو أربعة أثلاث طلقة، وقع طلقتان على الأصح، وقيل: طلقة. وقيل: ثلاث طلاقات، حكاه الحناطي. وعلى هذا القياس، قوله: خمسة أرباع طلقة، أو نصف وثلثي طلقة. قلت: هذا الخلاف فيما إذا زادت الأجزاء على طلقة، ولم يجاوز طلقتين، فإن جاوزت كقوله: خمسة أنصاف طلقة، أو سبعة أثلاث طلقة وأشباهه، كان الخلاف في أنه يقع طلقة أم ثلاث. والله أعلم.

فرع: ولو قال: لفلان عليّ ثلاثة أنصاف درهم، فهل يلزمه درهم أو درهم ونصف؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فرع: قال: أنت طالق نصفي طلقة، لم يقع إلا طلقة، إلا أن يريد نصفاً من

طلقة، ونصفاً من أخرى، وكذا لو قال: ربعي طلقة، أو ثلثي طلقة، وأشار في «الوسيط» إلى الخلاف في هذه الصورة فقال: الصحيح أنه يقع طلقة، والكتب ساكتة عن الخلاف، لكنه جارٍ على ما نقله الحناطي.

قلت: قد حكى الوجه الذي أشار إليه في «الوسيط» عن «شرح المفتاح». والله أعلم.

ولو قال: نصف طلقتين، أو ثلث طلقتين، وقع طلقة على الأصح، وقيل: طلقتان، فعلى هذا لو قال: أردت طلقة، دُيِّنَ، وفي قبوله ظاهراً وجهان: ولو قال: عليّ نصف درهمين، قال الشيخ أبو علي: لا يلزم إلا درهم بإجماع الأصحاب لعدم التكميل.

ولو قال: ثلث درهمين، فعليه ثلثا درهم بالاتفاق. ولو قال: نصفني طلقتين أو ثلثي طلقتين. وقع طلقتان. ولو قال: ثلاثة أنصاف طلقتين، فهل يقع طلقتان أم ثلاث؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، ونقله الشيخ أبو علي عن الأكثرين.

ولو قال: له عليّ ثلاثة أنصاف درهمين، ففيما يلزمه الوجهان. ولو قال: ثلاثة أنصاف الطلاق، قال المتولي: يقع ثلاث طلقات، وينصرف الألف واللام إلى الجنس، وحكى الحناطي وجهين: أحدهما: يقع ثلاث، والثاني: طلقة.

فرع: قال: أنت طالق نصف طلقة، أو ثلث وربع وسدس طلقة، لا يقع إلا طلقة، ولو كرر لفظة الطلقة فقال: ثلث طلقة، وربع طلقة، وسدس طلقة، طلقت ثلاثاً على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقال الغزالي: فيه وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: لا يقع إلا واحدة، هكذا أطلقه الغزالي، وإنما نقل الإمام هذا الوجه، فيما إذا نوى صرف هذه الأجزاء إلى طلقة وفسر كلامه به.

ولو لم يدخل الواو، فقال: أنت طالق ثلث طلقة، ربع طلقة، سدس طلقة، لم يقع إلا طلقة لأنه إذا لم يدخل الواو، كان الجميع بمنزلة كلمة واحدة، ولهذا لو قال: أنت طالق طالق، لم تقع إلا واحدة، ولو قال: طالق وطالق، وقع طلقتان.

لو زادت الأجزاء ولم يدخل الواو، فقال: أنت طالق نصف طلقة، ثلث طلقة، ربع طلقة، ففي «أمالي أبي الفرج»: أنه على الوجهين في قوله: ثلاثة أنصاف طلقة. ولو لم تتغير الأجزاء وتكررت الواو فقال: أنت طالق نصف طلقة، ونصف طلقة، وقع طلقتان، ويرجع في اللفظ الثالث إليه، أقصد التأكيد أم الاستئناف كما لو قال: طالق وطالق وطالق.

ولو قال: أنت نصف طلقة، أو ثلث طلقة، فهو كقوله: أنت الطلاق.

ولو قال: أنت طالق نصف ثلث سدس، ولم يقل: طلقة، وقع طلقة بقوله: أنت طالق.

فرع: في فتاوى القفال، لو قال: طلقك واحدة أو ثنتين على سبيل الإنشاء، فيختار ما شاء من واحدة، أو اثنتين كما لو قال: أعتقت هذا أو هذين.

النوع الثالث: في التشريك، فإذا قال لأربع نسوة: أوقعت عليك طلقة، وقع على كل واحدة طلقة فقط ولو قال: طلقتين أو ثلاثاً أو أربعاً، وقع على كل واحدة طلقة فقط، إلا أن يريد توزيع كل طلقة عليهن، فيقع في طلقتين، على كل واحدة طلقتان، وفي ثلاث وأربع، ثلاث.

قلت: هذا الذي ذكره هو المنصوص في «الأم»، وبه قطع الجمهور، وقال أبو علي الطبري: يحمل على التوزيع وإن لم ينوه. والله أعلم.

ولو قال: أوقعت عليك خمس طلقات، طلقت كل واحدة طلقتين، إلا أن يريد التوزيع، وكذلك في الست، والسبع، والثمان. وإن أوقع تسعاً، طلقت كل واحدة ثلاثاً. وإن قال: أوقعت بينكن طلقة، طلقت كل واحدة طلقة. فإن قال: أردت بعضهن دون بعض، دُيِّنَ ولا يقبل ظاهراً على الأصح، وقطع به جماعة. قال الإمام والبعوي وغيرهما: الوجهان مخصوصان بقوله: أوقعت بينكن. أما قوله: عليك، فلا يقبل تفسيره هذا قطعاً، بل يعمهن الطلاق.

واعلم أنا قدمنا في قوله: نسائي طوالت عن ابن الوكيل وغيره، أنه يقبل تخصيصه بعضهن، وذلك الوجه يجيء هنا لا محالة، فكان قول الإمام وغيره تفرعاً على الصحيح هناك. وإذا قلنا: لا يقبل في قوله: بينكن، فذلك إذا أخرج بعضهن عن الطلاق، وعطل بعض الطلاق، فأما إذا فضّل بعضهن كقوله: أوقعت بينكن ثلاث طلقات، ثم قال: أردت طلقتين على هذه، وتوزيع الثالثة على الباقيات، فيقبل على الأصح المنصوص، وبه قطع الشيخ أبو علي. والثاني حكاه ابن القطان: يشترط استوائهن، وحكي وجه، أنه يقبل تفسيره وإن تعطل بعض الطلاق حتى لو قال: أوقعت بينكن أربع طلقات، ثم خصصها بامرأة قبل، وهذا ضعيف. وحيث قلنا: لا يقبل، فذلك في نفي الطلاق عن نفاه عنها أما إثباته على من أثبت عليها، فيثبت قطعاً مؤاخذه له.

ولو قال: أوقعت بينكن خمس طلقات، لبعضكن أكثر مما لبعض، فيصدق في التفصيل بلا خلاف، وفي تصديقه في إخراج بعضهن الخلاف.

ولو قال: أوقعت عليك نصف طلقة، أو ثلثها، وقع على كل واحدة طلقة. ولو قال: أوقعت بينكن ثلث طلقة، وخمس طلقة، وسدس طلقة، بني على الخلاف

السابق فيما إذا خاطب به واحدة. فإن قلنا: لا يقع به إلا واحدة، فكذا هنا، فتطلق كل واحدة طلقة، وإن قلنا بالمدى: وهو وقوع الثلاث، طلقت كل واحدة ثلاثاً، لأن تغاير الأجزاء وعطفها، يشعر بقسمة كل جزء بينهما. وقال الإمام: ويحتمل أن تجعل كما لو قال: أوقعت بينكن ثلاث طلقات، فتطلق كل واحدة طلقة. ولو قال: أوقعت بينكن طلقة وطلقة وطلقة، فيجوز أن يقال: هو كقوله: ثلاث طلقات، تطلق كل واحدة طلقة، ويجوز أن يقال: تطلق كل واحدة ثلاثاً لإشعاره بقسمة كل طلقة.

فرع: طلق إحدى امرأتيه ثم قال للأخرى: أشركتك معها، أو جعلتك شريكها، أو أنت كهي، أو مثلها، ونوى طلاقها، طلقت وإلا فلا، وكذا لو طلق رجل امرأته فقال آخر لامرأته: أشركتك معها، أو أنت كهي، ونوى، طلقت. ولو كان تحته أربع، فقال لثلاث منهن: أوقعت عليكن أو بينكن طلقة، فطلقن واحدة واحدة، ثم قال للرابعة: أشركتك معهن ونوى الطلاق، نظر إن أراد طلقة واحدة لتكون كواحدة منهن، طلقت طلقة، وإن أراد أنها تشارك كل واحدة طلقتها، طلقت ثلاثاً. وإن أطلق نية الطلاق ولم ينو واحدة ولا عدداً، فوجهان: أحدهما: وبه قال الشيخ أبو علي: تطلق واحدة، وقال القفال: طلقتين، لأن التشريك يقتضي أن يكون عليهما نصف ما عليهن وهو طلقة ونصف، فتكمل. ولو قيل على هذا التوجيه: تطلق ثلاثاً مثلهن، لم يكن بأبعد منه، ولو طلق اثنتين ثم قال للأخريين: أشركتكم معهما ونوى الطلاق، فإن نوى كون كل منهما كواحدة من الأوليين، طلقت كل واحدة منهما طلقة، وإن نوى كون كل واحدة كالأوليين معاً في الطلاق أو أن تشارك كل واحدة منهما كل واحدة من الأوليين في طلقتيهما، طلقنا طلقتين طلقتين. وإن أطلق، طلقت كل واحدة طلقة على قولي القفال وأبي علي جميعاً، لأن القفال يشركهما فيجعل لهما نصف ما للأوليين، وهو طلقة فتقسم وتكمل.

فرع: قال: أنت طالق عشراً، فقالت: تكفيني ثلاث، فقال: الباقي لضرتك، لا يقع على الضرة شيء، لأن الزيادة على الثلاث لغو. ولو قالت: تكفيني واحدة فقال: الباقي لضرتك، وقع عليها ثلاث، وعلى الضرة طلقتان إذا نوى، ذكره البغوي، ولو طلق إحدى امرأتيه ثلاثاً ثم قال للثانية: أشركتك معها، قال الشاشي: يقع على الثانية طلقة، وتردد البوشنجي في طلقة أم ثلاث.

الباب الرابع: في الاستثناء

الاستثناء صحيح معهود، وفي القرآن والسنة موجود، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين، طلقت طلقة. ويشترط لصحته شيان: أحدهما: أن يكون متصلاً باللفظ،

فإن انفصل، فهو لغو، وسكتة التنفس والعِي لا تمنع الاتصال. قال الإمام: والاتصال المشروط هنا أبلغ مما يشترط بين الإيجاب والقبول، لأنه يحتمل بين كلام الشخصين ما لا يحتمل بين كلام شخص واحد، ولذلك لا ينقطع الإيجاب والقبول بتخلل كلام يسير على الأصح، وينقطع الاستثناء بذلك على الصحيح. وهل يشترط اقتران الاستثناء بأول اللفظ؟ وجهان: أحدهما: لا، بل لو بدا له الاستثناء بعد تمام المستثنى منه فاستثنى، حكم بصحة الاستثناء، وحكى الشيخ أبو محمد هذا الوجه عن الأستاذ أبي إسحاق، وأصحهما: وادعى أبو بكر الفارسي الإجماع عليه: أنه لا يعمل بالاستثناء حتى يتصل بأول الكلام.

قلت: الأصح، وجه ثالث، وهو صحة الاستثناء بشرط وجود النية قبل فراغ اليمين وإن لم يقارن أولها. والله أعلم.

ثم ما ذكرناه من اتصال اللفظ واقتران القصد بأول الكلام، يجري في الاستثناء بـ«إلا» وأخواتها، وفي التعليق بمشيئة الله تعالى، وفي سائر التعليقات الشرط الثاني، أن لا يكون الاستثناء مستغرقاً، فإن استغرق، فهو باطل ويقع الجميع.

فصل: الاستثناء ضربان: أحدهما: استثناء بـ«إلا» وأخواتها، والثاني: تعليق الطلاق والعتاق، وغيرهما بمشيئة الله تعالى، قال الإمام: ولا يبعد عن اللغة تسمية كل تعليق استثناء، لأن قول القائل: أنت طالق، يقتضي وقوع الطلاق بغير قيد، فإذا علقه بشرط، فقد ثناه عن مقتضى إطلاقه، كما أن قوله: أنت طالق ثلاثاً إلا طلاقاً، يشي اللفظ عن مقتضاه، إلا أنه اشتهر في عرف أهل الشرع تسمية التعليق بمشيئة الله تعالى خاصة استثناءً.

الضرب الأول: فيه مسائل:

إحداها: قال: أنت طالق ثلاثاً إلا ثلاثاً، فالاستثناء باطل لاستغراقه.

المسألة الثانية: إذا عطف بعض العدد على بعض في المستثنى أو المستثنى منه أو فيهما، فهل يجمع بينهما، أم لا؟ وجهان: أحدهما: لا يجمع، وبه قال ابن الحداد، ولهذا لو قال لغير المدخول بها: أنت طالق وطالق، لا يقع إلا واحدة، ولا ينزل منزلة: أنت طالق طلقتين، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً إلا اثنتين وواحدة، أو إلا اثنتين وإلا واحدة، فعلى الجمع يكون الاستثناء مستغرقاً فيقع الثلاث، وعلى الفصل، يختص البطلان بالواحدة التي وقع بها الاستغراق، فتقع طلاقاً.

ولو قال: إلا واحدة واثنتين، فعلى الجمع يقع ثلاث، وعلى الفصل يختص البطلان بالثنتين، فيقع طلقتان.

ولو قال: أنت طالق طلقتين وواحدة إلا واحدة، فعلى الجمع تكون الواحدة

مستثناة، فيقع طلقتان، وعلى الفصل، لا يجمع فتكون الواحدة مستثناة من واحدة، فيقع الثلاث. وقيل: تقع الثلاث هنا قطعاً.

ولو قال: أنت طالق واحدة واثنين إلا واحدة، صح الاستثناء على الوجهين. ولو قال: ثلاثاً إلا واحدة واحدة واحدة، فعلى الجمع، يقع الثلاث، وعلى الفصل، يقع استثناء اثنين دون الثالثة. ولو قال: أنت طالق واحدة واحدة، وواحدة إلا واحدة، أو أنت طالق طلقة، وطلقة، وطلقة إلا طلقة، فعلى الجمع يقع طلقتان. كأنه قال: ثلاثاً إلا واحدة، وعلى الفصل، يقع ثلاث، لأنه استثنى واحدة من واحدة، ولو قال: واحدة، وواحدة، وواحدة، إلا واحدة واحدة واحدة، وقع الثلاث على الوجهين.

ولو قال: واحدة، بل واحدة، ثم واحدة إلا واحدة، فالاستثناء باطل، ولا جمع لتغاير الألفاظ. وقيل: يصح حكاة الحناطي، والصحيح المنع. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا واحدة واحدة؛ قال الشيخ أبو علي: اتفق الأصحاب أنه يجمع بينهما، ويصحان ولا يقع إلا ما بقي بعد الاستثناءين وهو طلقة، وحكى ابن كج فيه وجهين: ثانيهما: يقع ثلاث، ويجعل قوله: وواحدة عطفاً على قوله: ثلاثاً كأنه قال: اثنتين وواحدة.

قلت: هذا الوجه خطأ ظاهر، وتعليقه أفسد منه. والله أعلم.

المسألة الثالثة: سبق في الإقرار أن الاستثناء من النفي إثبات، ومن الإثبات نفي، فإذا قال: أنت طالق ثلاثاً، إلا اثنتين إلا واحدة، وقع طلقتان، وعن الحناطي، احتمال أنه كقوله: إلا اثنتين وواحدة، والصواب الأول.

ولو قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا واحدة، فهل يقع واحدة، أم اثنتان، أم ثلاث؟ فيه أوجه: أصحابها: الأول، ولو قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين، ففيه الأوجه، لكن الأصح هنا: يقع طلقتان. ولو قال: ثلاثاً إلا اثنتين، إلا اثنتين وقعت واحدة قطعاً، ولغا الاستثناء الثاني.

ولو قال: ثلاثاً إلا واحدة إلا واحدة، فهل يقع اثنتان أم ثلاث؟ وجهان حكاهما الحناطي، ولو قال: اثنتين إلا واحدة إلا واحدة، فقليل: اثنتان، وقيل: واحدة.

ولو قال: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، فقليل: اثنتان. وقيل: واحدة، قال الحناطي: ويحتمل وقوع الثلاث.

المسألة الرابعة: إذا زاد على العدد الشرعي، فهل ينصرف الاستثناء إلى الملفوظ به، أم إلى المملوك وهو الثلاث؟ وجهان: أصحابهما: إلى الملفوظ به، وبه

قال ابن الحداد، وابن القاص، وقال أبو علي بن أبي هريرة والطبري: إلى المملوك. فإذا قال: أنت طالق خمساً إلا ثلاثاً، وقع طلقتان على الأول، وثلاث على الثاني. ولو قال: خمساً إلا اثنتين، وقع ثلاث على الأول، وواحدة على الثاني. ولو قال: أربعاً إلا اثنتين، وقع اثنتان على الأول، وواحدة على الثاني، ولو قال: أربعاً إلا واحدة، وقع ثلاث على الأول، واثنان على الثاني، ولو قال: أربعاً إلا ثلاث، وقع على الأول واحدة، وعلى الثاني ثلاث، ولو قال: ستاً أو سبعمائة أو أكثر من ذلك إلا ثلاثاً، وقع الثلاث على الوجهين، ولو قال: ستاً إلا أربعاً، فعلى الأول: يقع طلقتان، وعلى الثاني: ثلاث. ولو قال: أربعاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين، فعلى الأول: يقع ثلاث، وعلى الثاني: هو كقوله: ثلاثاً إلا ثلاثاً إلا اثنتين. ولو قال: خمساً إلا اثنتين إلا واحدة، فعلى الأول يقع ثلاث، وعلى الثاني طلقتان كقوله: ثلاثاً إلا اثنتين إلا واحدة، ولو قال: ثلاثاً وثلاثاً إلا أربعاً، فإن جمعنا بين الجمل المعطوفة واعتبرنا الملفوظ، فكقوله: ستاً إلا أربعاً، وإلا طلقت ثلاثاً.

فرع: قال: أنت بائن إلا بائناً ونوى بقوله: أنت بائن الثلاث، قال إسماعيل البوشنجي: يبنى على أنه لو قال: أنت واحدة ونوى الثلاث، هل يقع الثلاث اعتباراً بالنية أم واحدة اعتباراً باللفظ؟ فإن غلبنا اللفظ، بطل الاستثناء كما لو قال: أنت طالق واحدة إلا واحدة. وإن غلبنا النية، صح الاستثناء ووقع طلقتان، وهذا هو الذي رجحه ونصره.

قلت: الأول غلط ظاهر، فإنه لا خلاف أنه إذا قال: أنت بائن ونوى الثلاث، وقع الثلاث، فكيف يبنى على الخلاف في قوله: أنت واحدة؟! والله أعلم. وفي معنى هذه الصورة قوله: أنت بائن إلا طالقاً ونوى بقوله: بائن الثلاث. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طالقاً، صح الاستثناء كقوله: ثلاثاً إلا طلقة، وكذا لو قال: طالق وطالق وطالق إلا طالقاً ونوى التكرار فيه احتمال.

المسألة الخامسة: لو قدم الاستثناء على المستثنى منه، فقال: أنت إلا واحدة طالق ثلاثاً، حكى صاحب «المهذب» عن بعض الأصحاب، أنه لا يصح الاستثناء ويقع الثلاث، قال: وعندي أنه يصح فيقع طلقتان.

المسألة السادسة: قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصف طلقة، وقع الثلاث على الصحيح، وقيل: طلقتان. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا طلقة ونصفاً، فعلى الصحيح طلقتان، وعلى الثاني طلقة. ولو قال: طلقة إلا نصفاً وقع طلقة قطعاً، ولو قال: ثلاثة إلا طلقتين ونصفاً، فإن قلنا بالثاني، فهو كقوله: ثلاث إلا اثنتين وواحدة، وإن قلنا بالصحيح، فهل يقع ثلاث أم واحدة، فيه احتمالان للإمام. ولو قال: أنت طالق

ثلاثاً إلا طلقتين إلا نصف طلقة، وقع طلقتان. ولو قال: واحدة ونصفاً إلا واحدة، نقل الحناطي وقوع طلقة. قال: ويحتمل وقوع طلقتين. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إلا نصفاً، قال البوشنجي: يراجع، فإن قال: أردت: إلا نصفها، وقع طلقتان. وإن قال: أردت إلا نصف طلقة، طلقت ثلاثاً، ويجيء فيه الوجه الضعيف، وإن لم تكن نية فطلقتان.

الضرب الثاني: التعليق بالمشيئة: فإذا قال: أنت طالق إن شاء الله، نظر إن سبقت الكلمة إلى لسانه لتعوده لها كما هو الأدب، أو قصد التبرك بذكر الله تعالى، أو الإشارة إلى أن الأمور كلها بمشيئة الله تعالى ولم يقصد تعليقاً محققاً، لم يؤثر ذلك ووقع الطلاق. وإن قصد التعليق حقيقة، لم تطلق على المذهب، ومنهم من حكى قولاً آخر، والتفريع على المذهب. وكذا يمنع الاستثناء انعقاد التعليق، كقوله: أنت طالق إن دخلت الدار، إن شاء الله، أو إذا شاء الله، ويمنع أيضاً العتق في قوله: أنت حر إن شاء الله، ويمنع انعقاد النذر واليمين، وصحة العفو عن القصاص، والبيع وسائر التصرفات. وسواء قال: أنت طالق إن شاء الله، أو إن شاء الله أنت طالق، أو متى شاء الله، أو إذا شاء الله، قال ابن الصباغ: وكذا قوله: إن شاء الله أنت طالق، وفي هذه الصيغة وجه حكاها الحناطي. ولو قال: أنت طالق إذا شاء الله أو أن شاء الله بفتح الهمزة، وقع الطلاق في الحال، وكذا لو قال: إذا شاء زيد، أو أن شاء زيد، ونقل الحناطي وجهاً، في أن شاء الله، أنه لا يقع، وثالثها أنه يفرق بين عارف النحو وغيره. واختار الروياني هذا. ولو قال: أنت طالق ما شاء الله، قال المتولي وغيره: وقعت طلقة لأنها اليقين. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً وثلاثاً إن شاء الله، أو ثلاثاً وواحدة إن شاء الله، أو واحدة وثلاثاً إن شاء الله، قال ابن الصباغ والمتولي: الذي يقتضيه المذهب: أنه لا يقع شيء، والوجه بناؤه على الخلاف السابق، أن الاستثناء بعد الجملتين ينصرف إليهما، أم إلى الأخيرة فقط؟ وكذا ذكره الإمام، وقد ذكرنا أن الأصح عوده إلى الأخيرة، ويوافق هذا البناء ما ذكره البغوي أنه لو قال: حفصة وعمرة طالقتان إن شاء الله، فهل يرجع الاستثناء إلى عمرة فقط أم إليهما؟ وجهان: أحدهما: الأول. ولو قال: أنت طالق واحدة واثنين إن شاء الله، قال الإمام: هو على الوجهين، إن جمعنا المفرق، لم يقع شيء. ولو قال: أنت طالق واحدة ثلاثاً إن شاء الله، أو أنت طالق ثلاثاً ثلاثاً إن شاء الله، لم تطلق، وفي معناه: أنت طالق أنت طالق إن شاء الله، وقصد التأكيد.

فرع: قال: يا طالق إن شاء الله، يقع الطلاق على الأصح، ولو قال: يا طالق، أنت طالق ثلاثاً إن شاء الله، وقعت طلقة بقوله: يا طالق فقط، ولو قال: أنت

طالق ثلاثاً يا طالق إن شاء الله، فهل يقع طلقة بقوله: يا طالق، أم ثلاث أم لا يقع شيء؟ فيه أوجه: وبالأول قطع المتولي، ويشبه أن يكون هو الأظهر. وحكى الإمام عن القاضي والأصحاب الثالث، ويؤيد الأول، أن البغوي وغيره: ذكروا أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً يا زانية إن شاء الله، رجع الاستثناء إلى الطلاق، ووجب حد القذف. قلت: هذا الذي ذكره من ترجيح الأول هو الأصح، وقد قطع به جماعة غير المتولي. والله أعلم.

فرع: إذا قال: أنت طالق إن لم يشأ الله، أو إذا لم يشأ الله، أو ما لم يشأ الله، لم تطلق على الصحيح باتفاق الجمهور، وقال صاحب «التلخيص»: تطلق، ولو قال: أنت طالق إلا أن يشاء الله، فوجهان: أحدهما: لا تطلق، والثاني: تطلق، وبالثاني قال العراقيون، وهو محكي عن ابن سريج، ورجحه البغوي، والأول هو الأصح، صححه الإمام وغيره، واختاره القفال، ونقله عن نص الشافعي رحمه الله.

فرع: إذا قال: أنت طالق إن لم يشأ زيد، أو إن لم يدخل الدار، أو إن لم يفعل كذا، نظر، إن وجد منه المشيئة أو غيرها مما علق عليه في حياته، لم يقع الطلاق، وإن لم توجد حتى مات، وقع الطلاق قبيل الموت إن لم يحصل قبل ذلك مانع، فإن حصل مانع تتعذر معه المشيئة، كجنون ونحوه، تبينا وقوع الطلاق قبيل حدوث المانع، وإن مات وشككنا في أنه هل وجد منه الصفة المعلق عليها، ففي وقوع الطلاق وجهان: سواء كانت الصيغة: أنت طالق إن لم يدخل زيد، أو إلا أن يدخل، والوقوع في الثانية أظهر منه في الأولى.

ولو قال: أنت طالق اليوم إلا أن يشأ زيد، أو إلا أن تدخل الدار، فالיום هنا كالعمر.

وأعلم أن الأكثرين قالوا بالوقوع فيما إذا شككنا في الفعل المعلق عليه، واختار الإمام عدم الوقوع في الصورتين، وهو أوجه وأقوى.

قلت: الأصح عدم الوقوع، للشك في الصفة الموجبة للطلاق. والله أعلم

فرع: قوله: أنت طالق إلا أن يشأ الله، أو إلا أن يشأ زيد، معناه: إلا أن يشأ وقوع الطلاق. كما أن قوله: أنت طالق إن شاء الله، معناه: إن شاء وقوع الطلاق، فالطلاق معلق بعدم مشيئة الطلاق، لا بمشيئة عدم الطلاق، وعدم مشيئة الطلاق تحصل بأن يشأ عدم الطلاق، أو بأن لا يشأ شيئاً أصلاً، فعلى التقديرين يقع، وإنما لا يقع إذا شاء زيد أن يقع، وقال بعضهم: معناه: أنت طالق إلا أن يشأ زيد أن لا تطلقني، وعلى هذا، إن شاء أن تطلق، طلقت، وكذا ذكره البغوي، والصحيح الأول.

الباب الخامس: في الشك في الطلاق

إذا شك، هل طلق؟ لم يحكم بوقوعه، وكذا لو علق الطلاق على صفة وشك في حصولها، كقوله: إن كان هذا الطائر غراباً، فأنت طالق، وشك في كونه غراباً، أو قال: إن كان غراباً فزينب طالق، وإن كان حمامة، فعمرة طالق، وشك هل كان غراباً أم حمامة أم غيرهما فلا يحكم بالطلاق. ولو تيقن أصل الطلاق، وشك في عدده، أخذ بالأقل، ويستحب الأخذ بالاكتياط، فإن شك في أصل الطلاق، راجعها ليتيقن الحل، وإن زهد فيها، طلقها لتحل لغيره يقيناً، وإن شك في أنه طلق ثلاثاً أم اثنتين؟ لم ينكحها حتى تنكح زوجاً غيره، وإن شك هل طلق ثلاثاً أم لم يطلق شيئاً؟ طلقها ثلاثاً.

فصل: تحته زينب وعمرة، فقال: إن كان هذا الطائر غراباً، فزينب طالق، وإلا فعمرة طالق، وأشكل حاله، طلقت إحدهما، وعليه اعتزالهما جميعاً حتى يتبين الحال، وعليه البحث والبيان. ولو قال: إن كان غراباً فامرأتي طالق، فقال رجل آخر: إن لم يكن غراباً فامرأتي طالق، لم يحكم بوقوع الطلاق على واحد منهما.

فرع: قال: إن كان هذا الطائر غراباً، فعبدى حر، وقال آخر: إن لم يكن غراباً، فعبدى حر، وأشكل، فلكل واحد منهما التصرف في عبده، فإن ملك أحدهما عبد الآخر بشراء أو غيره، واجتمع عنده العبدان، منع التصرف فيهما ويؤمر بتعيين العتق في أحدهما، كما لو كانا في ملكه وعلق التعليقين، وعليه البحث عن طريق البيان، وفي وجه: إنما يمتنع التصرف في الذي اشتراه، فلا يتصرف فيه حتى يحصل البيان، ولا يمتنع التصرف في الأول.

قلت: هذان الوجهان نقلهما الإمام وآخرون؛ ورجحوا الأول، وبه قطع المتولي، لكن قطع الشيخ أبو حامد وسائر العراقيين، أو جماهيرهم، بأن العتق يتعين في العبد المشتري، ويحكم بعقده إذا تم تملكه ظاهراً، ولكن الأول أفقه. والله أعلم. ولو باع أحدهما عبده، ثم اشترى عبد صاحبه، قال في «البسيط»: لم أره مسطوراً، والقياس أن ينفذ تصرفه فيه، لأن بيع الأول لواقعة انقضت، وتصرفه في الثاني واقعة أخرى، كما لو صلى إلى جهتين باجتهادين.

قلت: أما على طريقة العراقيين التي نقلتها، فيعتق عليه الثاني بلا شك، وأما على الطريقة الأخرى، فيحتمل ما قاله في «البسيط»، ويحتمل بقاء الحجر في الثاني حتى يتبين الحال، وهو قريب من الخلاف فيما إذا اشتبه إناءان فانصب أحدهما، هل يجتهد في الثاني، أم يأخذ بطهارته، أم يعرض عنه، والأقيس بقاء الحجر احتياطاً

للعنق، ولأن الأموال وغراماتها أشد من القبلة وسائر العبادات، ولهذا لا يعذر الناسي والجاهل في الغرامات، ويعذر في كثير من العبادات، ويؤيد ما ذكرته أن إقدامه على بيع عبده كالمصرح بأنه لم يعتق، وأن الذي عتق هو عبد الآخر، وقد سبق أنه لو صرح بذلك، عتق عليه عبد صاحبه إذا ملكه قطعاً، وقد ذكر الغزالي في «الوسيط»: احتمالين: أحدهما: ما ذكره في «البيسط». والثاني: خلافه وهو يؤيد ما قلته. والله أعلم.

هذا كله إذا لم يصدر منه غير التعليق السابق، فإن قال للآخر: حنثت في يمينك، فقال: لم أحنث، ثم ملك عبده، حكم عليه بعتقه قطعاً لإقراره بحريته، ولا رجوع له بالثمن إن كان اشتراه. ولو صدر هذان التعليقان من شريكين في عبد، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى في «كتاب العتق».

فرع: قال: أنت طالق بعدد كل شعرة على جسد إبليس، قال إسماعيل البوشنجي: قياس مذهبنا: أنه لا يقع طلاق أصلاً، لأننا لا ندري أعليه شعر أم لا؟ والأصل العدم، وعن بعض أصحاب أبي حنيفة وقوع طلقة.

قلت: القياس وقوع طلقة، وليس هذا تعليقاً على صفة، فيقال: شككنا فيها بل هو تنجيز طلاق، وربط لعدده بشيء شككنا فيه، فنوقع أصل الطلاق، ونلغي العدد، فإن الواحدة ليست بعدد، لأن أقل العدد اثنان، فالمختار وقوع طلقة. والله أعلم.

فصل: طلق إحدى امرأتيه بعينها ثم نسيها، حرم عليه الاستمتاع بكل منهما حتى يتذكر، فإن صدقناه في النسيان، فلا مطالبة بالبيان، وإن كذبناه وبادرت واحدة وقالت: أنا المطلقة، لم يقنع منه في الجواب بقوله: نسيته، أو لا أدري، وإن كان قوله محتملاً، بل يطالب بيمين جازمة أنه لم يطلقها، فإن نكل، حلفت وقضي باليمين المردودة.

فصل: قال لزوجته وأجنبية: إحداكما طالق، وقال: نويت الأجنبية، قبل قوله بيمينه على الصحيح المنصوص في «الإملاء»، وبه قطع الجمهور، وقيل: تطلق زوجته، قال البغوي في «الفتاوى»: لو قال: لم أنو بقلبي واحدة، طلقت امرأته، وإنما ينصرف عنها بالنية، ولو حضرتها، فقالت زوجته: طلقني، فقال: طلقتك، ثم قال: أردت الأجنبية، لم يقبل، ذكره البغوي، وأمته مع زوجته، كالأجنبية مع الزوجة.

ولو كان معها رجل أو دابة، فقال: أردت الرجل، أو الدابة، لم يقبل. ولو كان اسم زوجته زينب، فقال: زينب طالق، ثم قال: أردت جارتني زينب، فثلاثة أوجه: الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا يقبل، فتطلق زوجته ظاهراً ويدين،

وقيل: يصدق بيمينه كالصورة السابقة، وهذا اختيار القاضي أبي الطيب الطبري وغيره، والثالث، قاله إسماعيل البوشنجي: إن قال: زينب طالق، ثم قال: أردت الأجنبية، قبل، وإن قال: طلقت زينب، لم يقبل، وهذا ضعيف. ولو نكح امرأة نكاحاً صحيحاً، وأخرى نكاحاً فاسداً، فقال لهما: إحداكما طالق، وقال: أردت فاسدة النكاح، فيمكن أن يقال: إن قبلنا التفسير بالأجنبية، فهذه أولى، وإلا فوجهان.

فصل: قال لزوجته: إحداكما طالق، فإن قصد واحدة بعينها، فهي المطلقة، فعليه بيانها. وإن أرسل اللفظ ولم يقصد معينة، طلقت إحداهما مبهماً ويعينها الزوج، وهذان القسمان يشتركان في أحكام، ويفترقان في أحكام، ثم تارة يفصل حكمهما في الحياة، وتارة بعد الموت.

الحالة الأولى: حالة الحياة، وفيها مسائل:

المسألة الأولى: يلزم الزوج بالتبيين إذا نوى واحدة بعينها، وبالتعيين إذا لم ينو، ويمنع من قربانهما حتى يبين، أو يعين، وذلك بالحيلولة بينه وبينهما، ويلزمه التبيين والتعيين على الفور، فإن أخر، عصي، فإن امتنع، حبس وعزّر، ولا يقنع بقوله: نسيت المعينة، وإذا بين في الصورة الأولى، فلأخرى أن تدعي عليه أنك نويتني وتحلفه، فإن نكل حلفت وطلقتا، وإذا عين في الصورة الثانية، فلا دعوى لها، لأنه اختيار ينشئه، هذا كله في الطلاق البائن، فلو أبهم طلاقة رجعية بينهما، فهل يلزمه أن يبين أو يعين في الحال؟ وجهان حكاهما الإمام، أحدهما: نعم، لحصول التحريم، وأصحهما: لا، لأن الرجعية زوجة.

المسألة الثانية: يلزمه نفقتهما إلى البيان والتعيين، وإذا بين أو عين، لا يسترد المصروف إلى المطلقة، لأنها محبوسة عنده حبس الزوجة.

المسألة الثالثة: وقوع الطلاق فيما إذا نوى معينة يحصل بقوله: إحداكما طالق، ويحتسب عدة من بين الطلاق فيها من حين اللفظ على المذهب المنصوص. وحكي قول مخرج: أنها من وقت البيان، قال الإمام: وهذا غير سديد.

أما إذا لم ينو معينة، ثم عين، فهل يقع الطلاق من حين قال: إحداكما طالق، أم من حين التعيين؟ وجهان: رجحت طائفة الثاني، منهم الشيخ أبو علي، ورجح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب والرويانى وآخرون الأول. قالوا: ولولا وقوع الطلاق، لما منع منهما، وهذا أقرب.

قلت: هذا الذي قاله أبو حامد وموافقه، هو الصواب. والله أعلم.

فإن قلنا: يقع الطلاق بالتعيين، فمنه العدة، وإن قلنا: باللفظ، فهل العدة منه،

أم من التعيين؟ فيه الخلاف السابق، فيما إذا نوى معينة. والأكثر أن على أن الراجح، احتساب العدة من التعيين كيف قدر البناء، هذا كله في حياة الزوجين، وسنذكر إن شاء الله أنهما إذا ماتتا أو إحداهما تبقى المطالبة بالتعيين لبيان حكم الميراث، وحينئذ فإن أوقعنا الطلاق باللفظ، فذاك، وإن أوقعناه بالتعيين، فلا سبيل إلى إيقاع طلاق بعد الموت، ولا بد من إسناده للضرورة، وإلى ما يسند؟ وجهان: أحدهما: عند الإمام: إلى وقت اللفظ فيرتفع الخلاف، وأرجحهما عند الغزالي: إلى قبيل الموت.

المسألة الرابعة: لو وطئ إحداهما، نظر، إن كان نوى معينة، فهي المطلقة، ولا يكون الوطء بياناً، بل تبقى المطالبة بالبيان، فإن بين الطلاق في الموطوءة، فعليه الحد إن كان الطلاق بائناً، ويلزمه المهر لجهلها كونها المطلقة، وإن بين في غير الموطوءة، قبل، فإن ادعت الموطوءة أنه أرادها، حلف، فإن نكل وحلفت، طلقنا وعليه المهر، ولا حد للشبهة.

وإن لم يكن نوى معينة، فهل يكون الوطء تعييناً؟ وجهان: ويقال: قولان: أحدهما: نعم، وبه قال المزني وأبو إسحاق وأبو الحسن الماسرجسي، ورجحه ابن كج، والثاني: لا، وبه قال ابن أبي هريرة، ورجحه صاحب «الشامل» و«التتمة».

قلت: هذا الثاني، هو الأصح عند الرافعي في «المحرر»، وهو المختار. قال في «الشامل»: وهو ظاهر نص الشافعي رحمه الله، فإنه قال: إذا قال: إحداكما طالق، منع منهما، ومن يقول: الوطء تعيين، لا يمنعه وطء أيهما شاء. والله أعلم.

فإن جعلنا الوطء تعييناً للطلاق، ففي كون سائر الاستمتاعات تعييناً وجهان بناء على الخلاف في تحريم الريبة بذلك، وإذا جعلنا الوطء تعييناً للطلاق في الأخرى، فلا مهر للموطوءة ولا مطالبة، وإلا فتطالب بالتعيين، فإن عين الطلاق في الموطوءة، فلها المهر إن قلنا: يقع الطلاق باللفظ، وإن قلنا بالتعيين، فحكى الفوراني أنه لا مهر، وذكر فيه احتمالاً، وذكر ابن الصباغ وغيره تفريعاً على أن الوطء تعيين: أن الزوج لا يمنع من وطء أيهما شاء، وإنما يمنع منهما إذا لم يجعل الوطء تعييناً، ولما أطلق الجمهور المنع منهما جميعاً، أشعر ذلك بأن الأصح عندهم، أنه ليس بتعيين.

المسألة الخامسة: في ألفاظ البيان والتعيين، فإن نوى معينة، حصل البيان بأن يقول مشيراً إلى واحدة: المطلقة هذه، ولو قال: الزوجة هذه، بان الطلاق في الأخرى، وكذا لو قال: لم أطلق هذه.

ولو قال: أردت هذه بل هذه، أو قال: هذه وهذه، أو هذه هذه، وأشار إليهما، أو هذه مع هذه، طلقنا، قال الإمام: وهذا فيما يتعلق بظاهر الحكم، فأما في الباطن، فالمطلقة هي المنوية فقط، حتى لو قال: إحداكما طالق ونواهما، فالوجه

عندنا أنهما لا تطلقان، ولا يجيء فيه الخلاف في قوله: أنت طالق واحدة، ونوى ثلاثاً، لأن حمل إحدى المرأتين عليهما لا وجه له، وهناك يتطرق إلى الكلام تأويل.
ولو قال: أردت هذه ثم هذه، أو هذه فهذه، قال القاضي حسين وصاحبه المتولي والبغوي: تطلق الأولى دون الثانية لاقتضاء الحرفين الترتيب. وحكى الإمام هذا عن القاضي، واعترض بأنه اعترف بطلاق الثانية أيضاً، فليكن كقوله: هذه وهذه، والحق هو الاعتراض.

قلت: قول القاضي أظهر. والله أعلم.

ولو قال: أردت هذه بعد هذه، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها بائناً وحدها. ولو قال: هذه قبل هذه، أو بعدها هذه، فقياس الأول أن تطلق المشار إليها أولاً وحدها، وقياس الاعتراض، الحكم بطلاقهما في الصورة، ولو قال: أردت هذه أو هذه، استمر الإبهام والمطالبة بالبيان.

ولو كان تحته أربع، فقال: إحداكن طالق، ونوى واحدة بعينها، ثم قال: أردت هذه بل هذه بل هذه، طلقن جميعاً، وكذا لو عطف بالواو فلو عطف بالفاء أو بـثم، عاد قول القاضي والاعتراض.

ولو قال وهن ثلاث: أردت أو طلقت هذه، بل هذه أو هذه، طلقت الأولى وإحدى الآخرين، ويؤمر بالبيان. وإن قال: هذه أو هذه، بل هذه، أو هذه، طلقت الأخيرة وإحدى الأوليين، ويؤمر بالبيان. ولو قال: هذه وهذه أو هذه، نظر إن فصل الثالثة عن الأوليين بوقفة أو بنغمة، أو أداء، فالطلاق مردد بين الأوليين وبين الثالثة وحدها، وعليه البيان، فإن بين في الثالثة، طلقت وحدها، وإن بين في الأوليين أو إحداهما، طلقتا، لأنه جمع بينهما بالواو العاطفة، فلا يفترقان.

وإن فصل الثانية عن الأولى، تردد الطلاق بين الأولى وإحدى الآخرين، فإن بين في الأولى، طلقت وحدها. وإن بين في الآخرين أو إحداهما، طلقتا جميعاً، وإن سرد الكلام ولم يفصل، احتمل كون الثالثة مفصولة عنهما، واحتمل كونها مضمومة إلى الثانية مفصولة عن الأولى، فيسأل ويعمل بما أظهر إرادته. ولو قال: هذه أو هذه وهذه، فإن فصل الثالثة عن الأوليين، تردد الطلاق بين إحدى الأوليين، والأخرى مطلقة وحدها. وإن فصل الآخرين عن الأولى، فالتردد بين الأولى وحدها، وبين الآخرين معاً، وإن سرد الكلام ولم يفصل، فهما محتملان ولو قال وهن أربع وقد طلق واحدة: أردت هذه أو هذه لا، بل هذه وهذه، طلقت الآخرين وإحدى الأوليين. ولو قال: هذه وهذه، بل هذه أو هذه، طلقت الأوليان وإحدى الآخرين. ولو قال: هذه وهذه وهذه أو هذه، فإن فصل الأخيرة عن الثلاث، تردد

الطلاق بين الثلاث والرابعة. وإن فصل الثالثة عما قبلها، طلقت الأوليان وإحدى الآخرين، وإن فصل الثانية عن الأولى، فينبغي أن يقال: تطلق الأولى، ويتردد الطلاق بين الثانية والثالثة معاً، وبين الرابعة وحدها، فعليه البيان. وإن سرد الكلام، قال البغوي: تطلق الثلاث أو الرابعة، ويؤمر بالبيان. فإن بين في الثلاث أو بعضهن، طلقن جميعاً، وإن بين في الرابعة، طلقت وحدها. والوجه أن يقال: صورة السرد تحتمل احتمالات الثلاث، فيراجع ويعمل بمقتضى قوله كما سبق. ولو قال: هذه وهذه، أو هذه وهذه، فقد يفصل الأولى عن الثلاث الأخيرة، ويضم بعضهن إلى بعض، فتطلق الأولى ويتردد بين الثانية وحدها، وبين الآخرين معاً. وقد يفرض الفصل بين الأوليين والآخرين، والضم فيهما، فتطلق الأوليان والآخرين. وقد يفرض فصل الرابعة عما قبلها فتطلق الرابعة، ويتردد الطلاق بين الثالثة وحدها وبين الأوليين معاً. ومتى قال: هذه المطلقة، ثم قال: لا أدري أهى هذه أم غيرها؟ فتلك طالق بكل حال وتوقف الباقيات، فإن قال بعد ذلك: تحققت أن المطلقة الأولى، قبل منه، ولم تطلق غيرها. وإن عين أخرى، حكم بطلاقها، ولم يقبل رجوعه عن الأولى. والوقفه التي جعلناها فاصلة بين اللفظين مع إعمال اللفظين، هي الوقفة اليسيرة، فأما إذا طالت، فقطعت نظم الكلام بأن قال: أردت هذه ثم قال بعد طول المدة: أو هذه وهذه، فهذا الكلام الثاني لغو إذ لا يستقل بالإفادة، هذا كله إذا نوى عند اللفظ المبهم واحدة معينة. أما إذا لم ينو فطوب بالتعيين، فقال مشيراً إلى واحدة: هذه المطلقة، تعينت ولغا ذكر غيرها، سواء عطف غيرها بالفاء وثم، أو بالواو أو بـ«بل»، لأن التعيين هنا ليس إخباراً عن سابق، بل هو إنشاء اختيار، وليس له إلا اختيار واحدة، وسواء قلنا: يقع الطلاق بالتعيين أو باللفظ.

المسألة السادسة: لو ادعت التي علق طلاقها بكون الطائر غراباً أنها مطلقة، لزمه أن يحلف جزماً على نفي الطلاق، كما لو ادعى نسيان المطلقة. ولو ادعت أنه كان غراباً وأنها طلقت، لزمه أن يحلف على الجزم أنه لم يكن غراباً، ولا يكتفى بقوله: لا أعلم أنه كان غراباً أو نسيت الحال، كذا ذكره الإمام، وفرق بينه وبين ما إذا علق طلاقها بدخول الدار ونحوه وأنكر حصوله، فإنه يحلف على نفي العلم بالدخول، لأن الحلف هناك على نفي فعل الغير. وأما نفي الغرابية، فهو نفي صفة في الغير، ونفي الصفة كثبوتها في إمكان الإطلاع عليها. قال الغزالي في «البسيط»: في القلب من هذا الفرق شيء، فليتأمل، ويشبه أن يقال: إنما يلزمه الحلف على نفي الغرابية إذا تعرض لها في الجواب.

أما إذا اقتصر على قوله: لست بمطلقة، فينبغي أن يكتفى منه بذلك كنظائره.

الحالة الثانية: إذا طرأ الموت قبل البيان أو التعيين، ففيه صورتان:

إحداهما: أن تموت الزوجتان أو إحداهما، ويبقى الزوج، فتبقى المطالبة بالبيان أو التعيين. وقيل: إذا ماتتا، سقط التعيين، وإن ماتت إحداهما، تعين الطلاق في الأخرى، ونسب هذا إلى الشيخ أبي محمد وهو بعيد، والصواب: الأول، ويوقف له من تركة كل واحدة ميراث زوج، حتى يبين أو يعين، فإذا بين أو عين، لم يرث من المطلقة إن كان الطلاق بائناً، سواء قلنا: يقع الطلاق عند اللفظ أو عند التعيين، ويرث من الأخرى، ثم إن نوى معينة، فبين، وقال ورثة الأخرى: هي التي أردتها، فلهم تحليفه، فإن حلف فذاك، وإن نكل، حلفوا ومنع ميراثها أيضاً. وإن لم ينو معينة، وعين، لم يتوجه لورثة الأخرى دعوى، لأن التعيين إلى اختياره. وقال الشيخ أبو محمد تفريعاً على ما اختاره: يرث من كل واحدة ميراث زوج وهو ضعيف.

قال ابن كج: وإذا حلفه ورثة الأخرى التي عينها للنكاح، أخذوا جميع المهر إن كان بعد الدخول، وإلا أخذوا نصفه. وفي النصف الثاني، وجهان: أحدهما: يأخذونه أيضاً عملاً بتصديقه. والثاني: لا، لأنها مطلقة قبل الدخول بزعمهم، ولو كذبه ورثة التي عينها للطلاق وغرضهم استقرار جميع المهر إذا كان قبل الدخول، فلهم تحليفه وهم مقرون له بإرث لا يدعيه.

الصورة الثانية: أن يموت الزوج قبل البيان أو التعيين، ففي قيام الوارث مقامه في البيان والتعيين قولان، وقيل: يقوم في البيان قطعاً، والقولان في التعيين، وقيل: لا يقوم في التعيين والقولان في البيان، لأنه إخبار يمكن الاطلاع عليه، بخلاف التعيين، فإنه اختيار شهوة، فلا يخلفه الوارث، كما لو أسلم على أكثر من أربع نسوة ومات، وقال القفال: إن مات الزوجتان حيتان، لم يقيم الوارث قطعاً لا في البيان ولا في التعيين، إذ لا غرض له في ذلك، فإن الإرث لا يختلف بزوجة وزوجتين، وإن ماتت إحداهما، ثم الزوج، ثم الأخرى، وعين الوارث الأولى للطلاق، قبل قوله قطعاً، لأنه يضر نفسه، وإن عين الأولى للنكاح، أو مات الزوج وقد ماتتا، ففيه القولان، ثم يعود الترتيب المذكور في البيان والتعيين، والأظهر حيث ثبت قولان: أنه يقوم، وحيث اختلف في إثبات القولين، المنع.

فإذا قلنا: لا يقوم، أو قلنا: يقوم فقال: لا أعلم، فإن مات الزوج قبلهما، وقف ميراث زوجة بينهما حتى يصطلحا، أو يصطلح ورثتهما بعد موتهما، وإن ماتتا قبل موت الزوج، وقف من تركتهما ميراث زوج، وإن توسط موته بينهما، وقف من تركة الأولى ميراث زوج، ومن تركة الزوج ميراث زوجة، حتى يحصل الاصطلاح.

وإن قلنا: لا يقوم، أو قلنا: يقوم الوارث مقامه، فإن مات الزوج قبلهما، فتعين الوارث كتعيينه وإن مات بعدهما، فإذا بين الوارث واحدة، فلورثة الأخرى تحليفه أنه لا يعلم أن الزوج طلق مورثتهم، وإن توسط موته بينهما، فبين الوارث الطلاق في الأولى قبلناه، ولم نحلفه لأنه ضر نفسه، وإن بين في المتأخرة، فلورثة الأولى تحليفه أنه لا يعلم أن مورثه طلقها، ولورثة الثانية تحليفه على البت أنه طلقها.

فرع: شهد اثنان من ورثة الزوج، أن المطلقة فلانة، فيقبل شهادتهما إن مات الزوج قبل الزوجتين لعدم التهمة، ولا يقبل إن ماتتا قبله، وإن توسط موته، نظر إن شهدا بالطلاق للأولى قبل وإلا فلا.

فصل: قال: إن كان هذا الطائر غراباً، فعبيدي حر، وإن لم يكن، فزوجتي طالق، أو دخل جماعة، فقال: إن كان أول من دخل زيد، فعبيدي حر، وإلا فزوجتي طالق، وأشكل الحال، ففي وجه حكاة ابن القطان: يقرع بين العبد والزوجة، كما إذا مات الحالف، فإن خرجت قرعة العبد، ثم قال: تبينت أن الحنث كان في الزوجة، لم ينقض العتق، وحكم بالطلاق أيضاً، والصحيح الذي قطع به الجمهور، أنه لا يقرع ما دام الحالف حياً لتوقع البيان، لكن يمنع من الاستمتاع بالزوجة، واستخدام العبد، والتصرف فيه، وعليه نفقة الزوجة إلى البيان، وكذا نفقة العبد على الأصح. وقيل: يؤجره الحاكم، وينفق عليه من أجرته. فإن فضل شيء، حفظه حتى يبين الحال. وإذا قال الزوج: حنثت في الطلاق، طلقت. فإن صدقه العبد، فذاك ولا يمين عليه على الصحيح، وحكى الحناطي وجهاً، أنه يحلف لما فيه من حق الله تعالى، وإن كذبه وادعى العتق، صدق السيد بيمينه، فإن نكل، حلف العبد، وحكم بعتقه، وإن قال: حنثت في العتق، عتق العبد، ثم إن صدقته المرأة، فلا يمين، وفيه الوجه المذكور، وإن كذبه، حلف، فإن نكل، حلفت وحكم بطلاقها. وقوله: لم أحنث في يمين العبد، في جواب دعواه، وفي غير الجواب كقوله: حنثت في يمين العبد، ولو قال: لا أعلم في أيهما حنثت، ففي «الشامل» وغيره، أنهما إن صدقاه، بقي الأمر موقوفاً، وإن كذباه، حلف على نفي العلم، فإن حلف، فالأمر موقوف، وإن نكل، حلف المدعي منهما وقضى بما ادعاه.

وإن ادعى أحدهما أنه حنث في يمينه، فقال في جوابه: لا أدري، لم يكن إقراراً بالحنث في الآخر، فإن عرضت عليه اليمين فحلف على نفي ما يدعيه، كان مقراً بالحنث في الآخر. وإن كان التعليق لطلاق نسوة، وادعين الحنث ونكل عن اليمين، فحلف بعضهن دون بعض، حكم بطلاق من حلف دون من لم يحلف. ولو

ادعت واحدة، ونكل عن اليمين، فحلفت، حكم بطلاقها، وله أن يحلف إذا ادعت أخرى، ولا يجعل نكوله في واحدة نكولاً في غيرها.

وأعلم أن ما سبق من الأمر بالبيان أو التعيين، والحبس والتعزير عند الامتناع، قد أشاروا إلى مثله هنا، لكن إذا قلنا: إنه إذا قال: لا أدري، يحلف عليه ويقنع منه بذلك، يكون التضييق إلى أن يبين أو يقول: لا أدري، ويحلف عليه، وهكذا ينبغي أن يكون الحكم في إبهام الطلاق بين الزوجتين.

فرع: إذا مات الزوج قبل البيان، ففي قيام الوارث مقامه طريقان: أحدهما: على الخلاف السابق في الطلاق المبهم بين الزوجتين، والثاني: القطع بأنه لا يقوم، للتهمة في إخباره بالحنث في الطلاق ليرق العبد ويسقط إرث الزوجة، ولأن للقرعة مدخلاً في العتق، وسواء ثبت الخلاف أم لا، فالمذهب أنه لا يقوم. قال السرخسي في «الأمالي»: هذا الخلاف إذا قال الوارث: حنثت في الزوجة، فإن عكس، قبل قطعاً لإضراره بنفسه وهذا حسن.

قلت: قد قاله أيضاً غير السرخسي، وهو متعين. والله أعلم.

فإن لم يعتبر قول الوارث، أو قال: لا أعلم، أقرعنا بين العبد والمرأة، فإن خرجت على العبد، عتق ويكون عتقه من الثلث إن كان التعليق في مرض الموت، وترث المرأة إلا إذا كانت قد ادعت الحنث في يمينها وكان الطلاق بائناً. وإن خرجت القرعة على المرأة، لم تطلق، لكن الورع أن تترك الميراث، وهل يرق العبد؟ وجهان: أحدهما: نعم، فيتصرف فيه الوارث كيف شاء. وأصحهما: لا، لأن القرعة لم تؤثر فيما خرجت عليه، فغيره كذلك، وعلى هذا، يبقى الإبهام كما كان. وقال ابن أبي هريرة: لا نزال نعيد القرعة حتى تخرج على العبد، قال الإمام: هذا القول غلط يجب إخراج قائله من أحزاب الفقهاء، وينبغي لقائله أن يقطع بعتق العبد، ويترك تضييع الزمان بالقرعة. فالصواب بقاء الإبهام، وإن اعتبرنا قول الوارث فقال: الحنث في العبد، عتق وورثت الزوجة، وإن عكس، فللمرأة تحليفه على البت، وللعبد أن يدعي العتق، ويحلفه أنه لا يعلم حنث مورثه فيه.

ونقل الحناطي وجهاً عن ابن سريج، أنه إذا لم يبين الورثة وقف حتى يموتوا، ويخلفهم آخرون، وهكذا إلى أن يحصل بيان، ووجهاً، أن الوارث إذا لم يبين حكم عليه بالعتق والطلاق، وهذان ضعيفان، والصواب الذي عليه الأصحاب، ما تقدم وهو الإقراع إذا لم يبين، وبالله التوفيق.

فصل: ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل مثورة تتعلق بكتاب الطلاق، نقلتها إلى موضعها اللائقة بها، ومما لم أنقله مسائل، منها عن أبي العباس الروياني:

لو كان له امرأتان، فقال مشيراً إلى إحدهما: امرأتي طالق، وقال: أردت الأخرى، فهل تطلق الأخرى، وتبطل الإشارة، أم تطلقان معاً؟ وجهان: قلت: الأرجح الأول. والله أعلم.

وذكر إسماعيل البوشنجي، أنه لو قال لإحدى نسائه: أنت طالق، وفلانة أو فلانة، فإن أراد ضم الثانية إلى الأولى، فهما حزب، والثالثة حزب، والطلاق تردد بين الأوليين والثالثة، فإن عين الثالثة، طلقت وحدها، وإن عين الأوليين أو إحدهما، طلقتا، وإن ضم الثانية إلى الثالثة وجعلهما حزباً والأولى حزباً، طلقت الأولى وإحدى الآخرين، والتعيين إليه، وهذا الضم والتحزيب يعرف من قرينة الوقفة، والنغمة كما ذكرناه قريباً في صيغ التعيين، فإن لم تكن قرينة، قال: فالذي أراه أنه إن كان عارفاً بالعربية، فمقتضى الواو الجمع بين الأولى والثانية في الحكم، فيجعلان حزباً، والثالثة حزباً، وإن كان جاهلاً بها، طلقت الأولى بيقين، وبخير بين الآخرين. وأنه لو جلست نسوته الأربع صفاء، فقال: الوسطى منكن طالق، فوجهان: أحدهما: لا يقع شيء إذ لا وسطى، والثاني: يقع على الوسطيين، لأن الاتحاد ليس بشرط في وقوع اسم الوسطى.

قلت: كلا الوجهين ضعيف، والمختار ثالث، وهو أن يطلق واحدة من الوسطيين، يعينها الزوج، لأن موضوع الوسطى لواحدة. فلا يزداد. والله أعلم. وأنه لو قال لامرأته المدخول بهما: أنتما طالقان، ثم قال قبل المراجعة: إحداكما طالق ثلاثاً ولم ينو معينة، ثم انقضت عدة إحدهما، فإن عين في الباقية، فذاك، وإن عين في الثانية، بني على أن التعيين بيان للواقع، أم إيقاع؟ إن قلنا بالأول صح، وإلا فلا. قال: والأول أشبه بالمذهب. ولو انقضت عدتها، لم يجز له التزوج بواحدة منهما قبل التعيين، وإلا إذا نكحت زوجاً آخر، وبالله التوفيق.

الباب السادس: في تعليق الطلاق

وهو جائز قياساً على العتق، وقد ورد الشرع بتعليقه في التدبير. وإن علقه، لم يجز له الرجوع فيه، وسواء علقه بشرط معلوم الحصول، أو محتمله، لا يقع الطلاق إلا بوجود الشرط في النوعين. ولا يحرم الوطاء قبل وجود الشرط ووقوع الطلاق. وإذا علق بصفة، ثم قال: عجلت تلك الطلقة المعلقة، لم تتعجل على الصحيح. وحكى الشيخ أبو علي وغيره وجهاً، أنها تعجل. فإذا قلنا بالصحيح فطلق

وقال: عجلت لك الطلاق، سألناه، فإن قال: أردت تلك الطلقة، صدقناه بيمينه ولم يتعجل شيء، وإن أراد طلاقاً مبتدئاً، وقع طلقة في الحال.

قلت: وإن لم يكن له نية، لم يقع في الحال شيء. والله أعلم.

ولو عقب لفظ الطلاق بحرف شرط، فقال: أنت طالق إن، فمنعه غيره من الكلام بأن وضع يده على فيه، ثم قال: أردت أن أعلق على شرط كذا، صدق بيمينه، وإنما حلفناه لاحتمال أنه أراد التعليق على شيء حاصل، كقوله: إن كنت فعلت كذا وقد فعله. ولو قطع الكلام مختاراً حكم بوقوع الطلاق.

ولو ذكر حرف الجزاء، ولم يذكر شرطاً، بأن قال: فأنت طالق، ثم قال: أردت ذكر صفة فسبق لساني إلى الجزاء، قال القاضي حسين: لا يقبل في الظاهر، لأنه متهم، وقد خاطبها بصريح الطلاق، وحرف الفاء، قد يحتمل غير الشرط، ربما كان قصده أن يقول: أما بعد، فأنت طالق.

ولو قال: إن دخلت الدار أنت طالق بحذف الفاء، فقد أطلق البغوي وغيره، أنه تعليق، وقال البوشنجي: يسأل، فإن قال: أردت التنجيز، حكم به، وإن قال: أردت التعليق، أو تعذرت المراجعة، حمل على التعليق.

ولو قال: إن دخلت الدار. وأنت طالق بالواو، قال البغوي: إن قال: أردت التعليق، قبل، أو التنجيز، وقع، وإن قال: أردت جعل الدخول، وطلاقها شرطين لعنت أو طلاق، قبل، قال البوشنجي: فإن لم يقصد شيئاً طلقت في الحال، وألغيت الواو، كما لو قال ابتداءً: وأنت طالق.

قلت: هذا الذي قاله البوشنجي فاسد حكماً ودليلاً، وليس كالمقيس عليه، والمختار، أنه عند الإطلاق تعليق بدخول الدار، إن كان قائله لا يعرف العربية، وإن عرفها، فلا يكون تعليقاً ولا غيره إلا بنية، لأنه غير مقيد عنده، وأما العامي، فيطلقه للتعليق، ويفهم منه التعليق. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق وإن دخلت الدار، طلقت في الحال، وكذا لو قال: وإن دخلت الدار أنت طالق، ولم يذكر الواو في «أنت».

فرع: إذا علق الطلاق بشرط، ثم قال: أردت الإيقاع في الحال، فسبق لساني إلى الشرط، وقع في الحال لأنه غلط على نفسه.

فصل: اعلم أن هذا الباب واسع جداً ويتلخص لمقصوده في أطراف:

الطرف الأول: في التعليق بالأوقات، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: قال: أنت طالق في شهر كذا، أو غرة شهر كذا، أو أوله، أو رأس الشهر، أو ابتداءه، أو دخوله، أو استقباله، أو إذا جاء شهر كذا، طلقت عند أول جزء منه، فلو رأوا الهلال قبل غروب الشمس، لم تطلق حتى تغرب.

ولو قال: في نهار شهر كذا أو في أول يوم منه، طلقت عند طلوع الفجر من اليوم الأول. ولو قال: أنت طالق في يوم كذا، طلقت عند طلوع الفجر من ذلك اليوم، وحكى الحناطي قولاً، أنها تطلق عند غروب الشمس من ذلك اليوم، وطردّه في الشهر أيضاً، وهو شاذ ضعيف جداً. وعلى قياس هذا ما لو قال: في وقت الظهر أو العصر، ولو قال: أردت بقولي: في شهر كذا أو في يوم كذا وسطه أو آخره، لم يقبل ظاهراً على الصحيح، وحكى ابن كج وغيره في قبوله وجهاً، ويدين قطعاً. ولو قال: أردت بقولي: في غرته اليوم الثاني أو الثالث، فكذا، لأن الثلاثة الأولى تسمى غرراً، فلو قال: أردت به المنتصف، لم يدين، لأنه لا يطلق على غير الثلاثة الأولى، وكذا لو قال: في رأس الشهر، ثم قال: أردت السادس عشر.

المسألة الثانية: قال في رمضان: أنت طالق في رمضان، طلقت في الحال، ولو قال: في أول رمضان، وإذا جاء رمضان، وقع في أول رمضان القابل.

المسألة الثالثة: قال: أنت طالق في آخر رمضان، فهل يقع في جزء من الشهر، أم أول جزء من ليلة السادس عشر، أم أول اليوم الأخير منه؟ فيه أوجه: أصحها: الأول، ولو قال: أنت طالق في آخر السنة، فعلى الأول يقع في آخر جزء من السنة، وعلى الثاني في أول الشهر السابع.

ولو قال: في آخر طهرك، فعلى الأول يقع في آخر جزء من الطهر، وعلى الثاني، في أول النصف الثاني من الطهر. ولو قال: أنت طالق في أول آخر الشهر، قال الجمهور: يقع في أول اليوم الأخير.

وقال ابن سريج: في أول النصف الأخير، وقال الصيرفي أو غيره: في أول اليوم السادس عشر.

ولو قال: أنت طالق في آخر أول الشهر، قال الجمهور: يقع عند غروب الشمس في اليوم الأول. وعن ابن سريج، يقع في آخر جزء من الخامس عشر. وقيل: عند طلوع الفجر في اليوم الأول، وبهذا قطع المتولي بدلاً عن الأول. فقال: لو قال: أنت طالق آخر أول آخر الشهر، فمن جعل آخر الشهر اليوم الأخير، قال: تطلق بغروب الشمس في اليوم الأخير، لأن ذلك اليوم هو آخر الشهر، وأوله طلوع الفجر، وآخر أوله غروب الشمس، ومن جعل الآخر على النصف الثاني، فأوله ليلة السادس عشر، فتطلق عند انقضاء الشهر على الوجهين.

المسألة الرابعة: قال: أنت طالق في سلخ الشهر، فأوجه: أحدها: وبه قطع الشيخ أبو حامد ورجحه الغزالي: يقع في آخر جزء من الشهر.

والثاني: وبه قطع المتولي والبغوي: يقع في أول اليوم الأخير. والثالث: في أول جزء من الشهر، فإن الانسلاخ يأخذ من حينئذ. وقال الإمام: اسم السلخ يقع على الثلاثة الأخيرة من الشهر، فتحتمل أن يقع في أول جزء من الثلاثة.

قلت: الصواب الأول، وما سواه ضعيف. والله أعلم. المسألة الخامسة: قال أنت طالق عند انتصاف الشهر، يقع عند غروب الشمس في اليوم الخامس عشر، وإن كان الشهر ناقصاً، لأنه المفهوم من مطلقه، ذكره المتولي.

ولو قال: نصف النصف الأول من الشهر، طلقت عند طلوع الفجر يوم الثامن. ولو قال: نصف يوم كذا، طلقت عند الزوال لأنه المفهوم منه. وإن كان اليوم يحسب من طلوع الفجر شرعاً، ويكون نصفه الأول أطول.

المسألة السادسة: إذا قال: إذا مضى يوم فأنت طالق، نظر إن قاله بالليل، طلقت عند غروب الشمس من الغد، وإن قاله بالنهار، طلقت إذا جاء مثل ذلك الوقت من اليوم الثاني، هكذا أطلقوه.

ولو فرض انطباق التعليق على أول نهار، طلقت عند غروب شمس يومه. ولو قال: أنت طالق إذا مضى اليوم، نظر، إن قاله نهاراً، طلقت عند غروب شمس، وإن كان الباقي منه يسيراً، وإن قاله ليلاً، كان لغواً، إذ لا نهار، ولا يمكن الحمل على الجنس. ولو قال: أنت طالق اليوم، طلقت في الحال نهاراً كان أو ليلاً، قاله المتولي، ويلغو قوله: اليوم لأنه لم يعلق، وإنما أوقع وسمى الوقت بغير اسمه. ولو قال: أنت طالق الشهر، أو السنة، وقع في الحال.

المسألة السابعة: قال: إذا مضى شهر فأنت طالق، لم تطلق حتى يمضي شهر كامل. فإن اتفق قوله في ابتداء الهلال، طلقت بمضيه تاماً أو ناقصاً، وإلا فإن قاله ليلاً، طلقت إذا مضى ثلاثون يوماً، ومن ليلة الحادي والثلاثين تقدر ما كان سبق من ليلة التعليق، وإن قاله: نهاراً كمل من اليوم الحادي والثلاثين بعد التعليق. ولو قال: إذا مضى الشهر، طلقت إذا انقضى الشهر الهلالي، وكذا لو قال: إذا مضت السنة، طلقت بمضي بقية السنة العربية، وإن كانت قليلة، وإن قال: إذا مضت سنة بالتكثير، لم تطلق حتى يمضي اثنا عشر شهراً، ثم إن لم ينكسر الشهر الأول، طلقت بمضي

اثنى عشر شهراً بالأهلة، وإن انكسر به الأول، حسب أحد عشر شهراً بعده بالأهلة، وكملت بقية الأول ثلاثين يوماً من الثالث عشر. وفي وجه: أنه إذا انكسر شهر، انكسر جميع الشهور، واعتبرت سنة بالعدد، وقد سبق مثله في السَّلم وهو ضعيف. ولو شك فيما كان مضى من شهر التعليق، لم يقع الطلاق إلا باليقين، وذكر الحناطي في حل الوطاء في حال التردد وجهين:

قلت: أصحهما: الحل. والله أعلم.

ولو قال: أردت بالسنة، السنة الفارسية أو الرومية، دين ولم يقبل ظاهراً على الصحيح. ولو قال: أردت بقولي: السنة سنة كاملة، دين ولم يقبل ظاهراً. ولو قال: أردت بقولي سنة بقية السنة، فقد غلط على نفسه.

المسألة الثامنة: إذا علق الطلاق بصفة مستحيلة عرفاً، كقوله: إن طرت أو صعدت السماء، أو إن حملت الجبل، فأنت طالق، أو عقلاً كقوله: إن أحيت ميتاً، أو إن اجتمع السواد والبياض، فهل يقع الطلاق أم لا، أم يقع في العقلي دون العرفي؟ فيه أوجه: أصحها: لا يقع، أما في العرفي، فباتفاق الأصحاب وهو المنصوص، وأما في العقلي، فعند الإمام وجماعة خلافاً للمتولي، والمستحيل شرعاً كالمستحيل عقلاً، كقوله: إن نسخ صوم رمضان.

أما إذا قال: أنت طالق أمس أو الشهر الماضي، أو في الشهر الماضي، فله أحوال:

أحدها: أن يقول: أردت، أن يقع في الحال طلاق، يستند إلى أمس أو إلى الشهر الماضي، فلا شك أنه لا يستند، لكن يقع في الحال على الصحيح. وقيل: لا يقع أصلاً.

الحال الثاني: أن يقول: لم أوقع في الحال، بل أردت إيقاعه في الماضي، فالمذهب والمنصوص، وقوع الطلاق في الحال وبه قطع الأكثرون، وقيل: قولان: ثانيهما: لا يقع.

الحال الثالث: أن يقول: لم أرد إيقاعه في الحال ولا في الماضي، بل أردت أني طلقته في الشهر الماضي في هذا النكاح وهي في عدة الرجعية أو بائن الآن، فيصدق بيمينه، وتكون عدتها من الوقت الذي ذكره إن صدقته، ويبقى النظر في أنه كان يخالطها أم لا؟ وإن كذبه، فالعدة من وقت الإقرار. وعن القاضي حسين: أنها إن صدقته، قبل، وإلا فالقول قولها في أنه أنشأ الطلاق، وحينئذ يحكم عليه بطلاقين، والصحيح الأول.

الحال الرابع: قال: أردت أني طلقته في الشهر الماضي وبانت، ثم جددت

نكاحها، أو أن زوجاً آخر طلقها في نكاح سابق، قال الأصحاب: ينظر، إن عرف نكاح سابق، فطلاق فيه، أو أقام بذلك بينة وصدقته المرأة في إرادته، فذاك، وإن كذبه وقالت: إنما أردت إنشاء طلاق الآن، حلف.

وإن لم يعرف نكاح سابق، وطلاق في ذلك النكاح، وكان محتملاً، فينبغي أن يقبل التفسير به وإن لم يقم بينة، وإلا يقع الطلاق وإن كان كاذباً، ولهذا لو قال ابتداءً: طلقك في الشهر الماضي زوج غيري، لا يحكم بالطلاق عليه وإن كذب.

الحال الخامس: أن يقول: لم أرد شيئاً أو مات ولم يفسر، أو جن، أو خرس وهو عاجز عن التفهيم بالإشارة، فالصحيح وقوع الطلاق، ولو قال: أنت طالق للشهر الماضي، ففي «المجرد» للقاضي أبي الطيب: أنه يقع الطلاق في الحال بلا خلاف، كما لو قال: لرضى فلان، لكن الكلام في مثل ذلك يستعمل للتاريخ، واللفظ محتمل للمعاني المذكورة في قوله.

المسألة التاسعة: قال: إذا مات أو إذا قدم فلان، فأنت طالق قبله بشهر، أو قال: أنت طالق قبل أن أضربك بشهر، نظر إن مات فلان أو قدم، أو ضربها قبل مضي شهر من وقت التعليق، لم يقع الطلاق. وقيل: يقع عند الضرب، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، وتنحل اليمين. حتى لو ضربها بعد ذلك وقد مضى شهراً أو أكثر، لم تطلق، وللإمام احتمال أنه لا تنحل لكون الضرب الأول ليس هو المحلوف عليه.

وإن مات أو قدم أو ضرب بعد مضي شهر من وقت التعليق، تبينا وقوع الطلاق قبله بشهر، وتحسب العدة من يومئذ.

ولو ماتت وبينها وبين القدوم دون شهر. لا يرثها الزوج، ولو خالعه قبل القدوم أو الموت، فإن كان بين الخلع وقدام فلان أكثر من شهر، وقع الخلع صحيحاً، ولم يقع الطلاق المعلق. وإن كان بينهما دون شهر والطلاق المعلق ثلاث، فالخلع فاسد والمال مردود.

ولو علق عتق عبده كذلك ثم باعه، وبين البيع وموت فلان، أو قدومه أكثر من شهر، صح البيع، ولم يحصل العتق.

المسألة العاشرة: قال: أنت طالق غد أمس، أو أمس غد على الإضافة، وقع الطلاق في اليوم لأنه غد أمس وأمس غد.

ولو قال: أمس غداً، أو غداً أمس لا بالإضافة، طلقت إذا طلع الفجر من الغد، ويلغو ذكر أمس. هكذا أطلقه البغوي، ونقل الإمام مثله في قوله: أنت طالق أمس غداً، وأبدى فيه توقفاً، لأنه يشبه: أنت طالق الشهر الماضي. ولو قال: أنت

طالق اليوم غداً، وقع في الحال طلقة، ولا يقع في الغد شيء. ولو قال: أردت اليوم طلقة وغداً أخرى، طلقت كذلك إلا أن يبين. وإن قال: أردت إيقاع نصف طلقة اليوم ونصف طلقة غداً، فكذلك تطلق طلقتين. ولو قال: أردت نصف طلقة اليوم ونصفها الآخر غداً، فوجهان: أحدهما: يقع طلقتان أيضاً، وأصحهما: لا يقع إلا واحدة، لأن النصف الذي أخره تعجل، وبهذا قطع المتولي.

ولو قال: أنت طالق غد اليوم، فوجهان: أحدهما: يقع في الحال طلقة، ولا يقع في غد شيء، كما سبق في قوله: اليوم غداً، والثاني: وهو الصحيح، وبه قال القاضي أبو حامد وصححه أبو عاصم: لا يقع في الحال شيء، ويقع في غد طلقة، لأن الطلاق تعلق بالغد، وقوله: بعده اليوم، كتعجيل الطلاق المعلق، فلا يتعجل. ولو قال: أنت طالق اليوم وغداً، وبعد غد، يقع في الحال طلقة، ولا يقع في الغد ولا بعده شيء آخر، لأن المطلقة في وقت مطلقة فيما بعده، كذا ذكره المتولي.

ولو قال: أنت طالق اليوم، وإذا جاء الغد، قال إسماعيل البوشنجي: يسأل. فإن قال: أردت طلقة اليوم وتبقى بها مطلقة غداً، أو لم يكن له نية، لم يقع إلا طلقة، وإن قال: أردت طلقة اليوم وطلقة غداً، أو قعناه كذلك إن كانت مدخولاً بها. ولو قال: أنت طالق اليوم ورأس الشهر، فهو كقوله: اليوم وغداً.

ولو قال: أنت طالق اليوم وفي الغد، وفيما بعد غد، قال المتولي: يقع في كل يوم طلقة. قال: وكذلك لو قال: في الليل وفي النهار، لأن المظروف يتعدد بتعدد الظرف، وليس هذا الدليل بواضح فقد يتحد المظروف، ويختلف الظرف.

ولو قال: أنت طالق بالليل والنهار، لم تطلق إلا واحدة. ولو قال: أنت طالق اليوم أو غداً، فوجهان: الصحيح: لا يقع إلا في الغد لأنه اليقين. والثاني: يقع في الحال تغليباً للإيقاع، ولو قال: أنت طالق غداً أو بعد غد، أو إذا جاء الغد أو بعد غد، قال البوشنجي: لا تطلق في الغد، قال: وعلى هذا استقر رأي أبي بكر الشاشي وابن عقيل ببغداد، وهذا يوافق الصحيح من هذين الوجهين السابقين. ولو قال: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد، فوجهان: أحدهما عن ابن سريج وصاحب «التقريب»: لا تطلق أصلاً، لأنه علقه بمجيء الغد، فلا يقع قبله، وإذا جاء الغد، فقد مضى اليوم الذي جعله محلاً للإيقاع. والثاني: إذا جاء الغد، وقع الطلاق مستنداً إلى اليوم، ويكون كقوله: إذا قدم زيد، فأنت طالق اليوم.

قلت: الأصح لا تطلق، وبه قطع صاحب «التنبيه» وهو الأشبه بالتعليق بمحال. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق الساعة إذا دخلت الدار، قال البوشنجي: هو كقوله: أنت طالق اليوم إذا جاء الغد.

المسألة الحادية عشرة: إذا قال لمدخول بها: أنت طالق ثلاثاً، في كل سنة طلقة، وقع في الحال طلقة، ثم إن أراد السنين العربية، وقعت أخرى في أول المحرم المستقبل، وأخرى في أول المحرم الذي بعده. وإن أراد أن بين كل طلقتين سنة، وقعت الثانية عند انقضائه سنة كاملة من وقت التعليق، والثالثة بعد انقضاء سنة كاملة بعد ذلك، وهذا مفروض فيما إذا امتدت العدة أو راجعها فلو بان أن وجد نكاحها وهذه المدة باقية، ففي وقوع الطلاق قولاً عود الحنث فإن قلنا: يعود وكان التجديد في خلال السنة، تطلق في الحال، وإن أطلق السنين، فهل ينزل على العربية أم على الاحتمال الثاني؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني، وإن قال: أنت طالق ثلاثاً في ثلاثة أيام، أو في كل يوم طلقة، فإن قالها بالنهار، وقع في الحال طلقة، وبطلوع الفجر في اليوم الثاني أخرى، وبطلوعه في الثالث أخرى. فلو قال: أردت أن يكون بين كل طلقتين يوم دين، وفي قبوله ظاهراً وجهان: أقيسهما: القبول، وإن قاله بالليل، وقع ثلاث طلاقات بطلوع الفجر في الأيام الثلاثة التالية للتعليق.

المسألة الثانية عشرة: قال: أنت طالق اليوم إن لم أطلقك اليوم، فمضى اليوم ولم يطلقها، فوجهان: قال ابن سريج وغيره: لا طلاق، وقال الشيخ أبو حامد: تقع في آخر لحظة من اليوم، وهو إذا بقي من اليوم زمن لا يسع التطليق. قلت: هذا الثاني: أفقه، وهو المختار. والله أعلم.

المسألة الثالثة عشرة: قال: أنت طالق في أفضل الأوقات، طلقت ليلة القدر، ولو قال: أفضل الأيام، طلقت يوم عرفة، وفي وجه: يوم الجمعة عند غروب الشمس، ذكره القفال في «الفتاوى».

قلت: تخصيصه بـ«عند غروب الشمس» ضعيف أو غلط، لأن اليوم يتحقق بطلوع الفجر، فإن تخيل متخيل أن ساعة الإجابة، قد قيل: إنها آخر النهار، فهو وهم ظاهر لوجهين: أحدهما: أن الصواب أن ساعة الإجابة، من حين يجلس الإمام عند المنبر، إلى أن تقضي الصلاة، كذا صرح به رسول الله ﷺ في «صحيح مسلم». والثاني: أنه لم يعلق بأفضل أوقات اليوم، بل اليوم الأفضل، واسم اليوم الأفضل يحصل بطلوع الفجر. والله أعلم.

المسألة الرابعة عشرة: في «فتاوى القفال». لو قال: أنت طالق بين الليل والنهار، لا تطلق ما لم تغرب الشمس.

قلت: هذا إذا كان نهائياً، فإن علق ليلاً، طلقت بطلوع الفجر. والله أعلم.

المسألة الخامسة عشرة: في فتاوى القفال. لو قال: أنت طالق قبل موتي، طلقت في الحال، وإن قال: قبيل بضم القاف وفتح الياء أو قبيل بزيادة ياء، لا تطلق إلا في آخر جزء من أجزاء حياته. ولو قال: بعد قبل موتي، طلقت في الحال، لأنه بعد قبل موته، ويحتمل أن لا يقع، لأن جميع عمره قبل الموت. ولو قال: أنت طالق قبل أن تدخل الدار، أو قبل أن أضربك ونحو ذلك مما لا يقع بوجوده، قال إسماعيل البوشنجي: يحتمل وجهين: أحدهما: وقوع الطلاق في الحال، كقوله: قبل موتي أو موت فلان. وأصحهما: لا يقع حتى يوجد ذلك الفعل، فحينئذ يقع الطلاق مستنداً إلى حال اللفظ، لأن الصيغة تقتضي وجود ذلك الفعل، وربما لا يوجد، ولو قال: أنت طالق تطليقة قبلها يوم الأضحى، سألناه، فإن أراد الأضحى الذي بين يديه، لم تطلق حتى يجيء ذلك الأضحى وينقضى، ليكون قبل التطليقة، وإن أراد الأضحى الماضي طلقت في الحال كما لو قال: يوم السبت أنت طالق طلقة قبلها يوم الجمعة.

قلت: فإن لم يكن له نية، لم يقع حتى ينقضي الأضحى الذي بين يديه. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق قبل موت فلان وفلان بشهر، فمات أحدهما قبل شهر، لم تطلق، وإن مات أحدهما بعد مضي شهر، فوجهان: أحدهما: تطلق قبل موته بشهر، لأنه وإن تأخر موت الآخر، فيصدق عليه أنه وقع قبل موتهما بشهر، والثاني: لا تطلق أصلاً، لأنه في العرف لا يقال: طلقت قبل موته بشهر، إلا إذا لم يزد ولم ينقص، وهذا الثاني خرجه البوشنجي، ونظير المسألة، قوله: أنت طالق قبل عيدي الفطر والأضحى بشهر، فعلى الأول تطلق أول رمضان، وعلى الثاني، لا تطلق.

قلت: الصواب الأول، والثاني غلط، ولا أطلق عليه اسم الضعيف، وعجب ممن يخرج مثل هذا أو يحكيه ويسكت عليه. والله أعلم.

فرع: في فتاوى القاضي حسين: أنه لو قال: أنت طالق قبل ما بعده رمضان، وأراد الشهر، طلقت في آخر جزء من رجب، وإن أراد اليوم بليته، ففي آخر جزء من التاسع والعشرين من شعبان، وإن أراد مجرد اليوم، فقبيل فجر يوم الثلاثين من شعبان، وإن قال: بعد ما قبله رمضان وأراد الشهر، طلقت عند استهلال ذي القعدة، وإن أراد الأيام، ففي اليوم الثاني من شوال.

المسألة السادسة عشرة: قال: أنت طالق كل يوم، فوجهان حكاهما أبو العباس الروياني، أحدهما: تطلق كل يوم طلقة، حتى يكمل الثلاث، وهو مذهب أبي حنيفة، والثاني: لا يقع إلا واحدة، والمعنى: أنت طالق أبداً.

قلت: الأول أصح، لأنه السابق إلى الفهم. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق يوماً ويوماً لا، ولم ينو شيئاً، وقع واحدة، وقال البوشنجي: المفهوم منه وقوع ثلاث طلاقات آخرهن في اليوم الخامس. وإن قال: أردت طلقة، يثبت حكمها في يوم دون يوم، أو تقع في يوم دون يوم، وقعت طلقة.

المسألة السابعة عشرة: قال: أنت طالق إلى شهر، قال المتولي وغيره: يقع الطلاق بعد مضي شهر، ويتأبد إلا أن يريد تنجيز الطلاق وتوقيته، فيقع في الحال مؤبداً، قال البوشنجي: ويحتمل أن يقع في الحال عند الإطلاق.

قلت: هذا الاحتمال ضعيف. والله أعلم.

المسألة الثامنة عشرة: قال: أنت طالق غداً، أو عبدي حر بعد غد، قال البوشنجي: يؤمر بالتعيين، فإذا عين الطلاق أو العتق، يعين في اليوم الذي ذكره.

قال: ولو قال: أنت طالق أمس وقد تزوجها اليوم، كان الحكم كما لو تزوجها قبل أمس.

قال: ولو قال: أنت طالق طلقة، لا تقع عليك إلا غداً، طلقت بمجيء الغد، كما لو قال: طلقة تقع عليك غداً. قال: ولو قال: أنت طالق اليوم، وإن جاء رأس الشهر، طلقت في الحال، كقوله: أنت طالق اليوم وإن دخلت الدار.

الطرف الثاني: في التعليق بالتطبيق، ونفيه ونحوهما. قال الأصحاب: الألفاظ التي يعلق بها الطلاق بالشرط والصفات «من» و«إن» و«إذا» و«متى»، و«متى ما»، و«مهما»، و«كلما»، و«أي».

كقوله: من دخلت منكناً، أو إن دخلت، أو إذا دخلت، أو متى، أو متى ما، أو مهما، أو كلما، أو أي وقت، أي زمان دخلت، فأنت طالق. ثم إن كان التعليق بإثبات فعل، لم يقتض شيء منها الفور، ولم يشترط وجود المعلق عليه في المجلس، إلا إذا كان التعليق بتحصيل مال، بأن يقول: إن ضمنت لي، أو إن أعطيتني ألفاً، فإنه يشترط الفور في الضمان والإعطاء في بعض الصيغ المذكورة، كما سبق في كتاب الخلع، وإلا إذا علق الطلاق على مشيئتها فإنه تعتبر مشيئتها على الفور كما سبق، وسيأتي إن شاء الله تعالى، ولا يقتضي شيء من هذه الصيغ تعدد الطلاق بتكرار الفعل، بل إذا وجد الفعل المعلق عليه مرة، انحلت اليمين ولم يؤثر وجوده ثانياً إلا «كلما» فإنها تقتضي التكرار بالوضع والاستعمال، وحكى الحناطي وجهاً، أن «متى»، و«متى ما» يقتضيان التكرار، ووجهاً أن «متى ما» تقتضيه دون «متى»، وهما شاذان ضعيفان.

فصل: إذا قال: إن طلقك، أو إذا طلقك، أو متى طلقك فأنت طالق، ثم

طلقها، نظر إن كان مدخولاً بها، وقع طلقتان، إحداهما: المنجزة، والأخرى المعلقة، سواء طلق بصريح أو كناية مع النية، ولو طلقها طلقين وقع ثلاث، الثالثة بالتعليق، ولو قال: لم أرد التعليق، إنما أردت أنني إذا طلقته تكون مطلقة بتلك الطلقة، دين ولم يقبل ظاهراً.

ولو وكل فطلقها وكيله، وقعت المنجزة فقط، لأنه لم يطلقها هو، وأما إذا لم يكن مدخولاً بها، فيقع ما نجزه وتحصل البينونة، فلا يقع شيء آخر، وتنحل اليمين، فلو نكحها بعد ذلك وطلقها، لم يجيء الخلاف في عود الحنث.

ولو خالعهما وهي مدخول بها، أو غيرها، لم يقع الطلاق المعلق لحصول البينونة بالخلع، ثم إن جعلنا الخلع طلاقاً، انحلت اليمين، وإن جعلناه فسخاً، لم تنحل، وحكى الحناطي وجهاً، أنه يقع في غير المدخول بها وفي الخلع طلقتان وهو غريب ضعيف.

فرع: الطلقة المعلقة بصفة، هل تقع مع الصفة مقترنة بها، أم تقع مترتبة على الصفة؟ وجهان: أحدهما والمرضي عند الإمام وقول المحققين: أنها معها، لأن الشرط علة وضعية، والطلاق معلولها فيتقاربان في الوجود، كالعلة الحقيقية مع معلولها. فمن قال بالترتيب قال: إنما لم يقع على غير المدخول بها الطلقة الثانية في المسألة السابقة، لكونها بانت بالمنجزة. ومن قال بالأصح وهو المقارنة، قال: إنما لم تقع في الثانية، لأن قوله: إن طلقته، فأنت طالق، معناه: إن صرت مطلقة، وبمجرد مصيرها مطلقة، بانت.

فرع: كما أن تجيز الطلاق تطليق يقع به الطلقة المعلقة بالتطليق في المدخول بها، فكذا تعليق الطلاق مع وجود الصفة تطليق. فإذا قال: إذا طلقته فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، فدخلت، وقع طلقتان، وكما أن التعليق بالصفة مع الصفة تطليق، فالتعليق مع الصفة إيقاع للطلاق. فإذا قال: إذا أوقعت عليك الطلاق، فأنت طالق، ثم قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت، وقع طلقتان. وقال الشيخ أبو حامد: لا يقع إلا طلقة، وحكاها صاحب «المهذب» و«التهذيب»، وزعم قائله أن لفظ الإيقاع يقتضي طلاقاً يباشره بخلاف التطليق، والصحيح الأول.

وأما مجرد الصفة، فليس بتطليق ولا إيقاع، لكنه وقوع، فإذا قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم قال: إن طلقته، أو إذا أوقعت عليك الطلاق فأنت طالق، ثم دخلت الدار، لا يقع المعلق بالتطليق أو الإيقاع، بل يقع طلقة بالدخول. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، ثم قال: إن وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم دخلت الدار، وقع طلقتان، وتطليق الوكيل وقوع على الصحيح.

وأما مجرد التعليق، فليس بتطليق ولا إيقاع ولا وقوع.
وإذا قال: كلما وقع عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم طلقها، وقع ثلاث طلاقات، فيقع بوقوع الأولى ثانية، وبوقوع الثانية ثالثة.

ولو قال: كلما طلقتك فأنت طالق، ثم طلقها، وقع طلقتان على الصحيح والمشهور، وحكى ابن كج عن القاضي أبي حامد وغيره وقوع ثلاث، وجعله الحناطي قولاً منسوباً إلى كتاب البويطي. فإذا قلنا بالصحيح: لا تنحل اليمين لاقتضاء اللفظ التكرار. قال البغوي: لكن لا تظهر فائدة هنا، لأنه إذا طلقها أخرى، كان بالمنجزة مستوفياً للثلاث، ولا تعود اليمين بعد استيفاء الثلاث على المذهب، ولو قال: كلما طلقتك، فأنت طالق، ثم قال: إذا أوقعت عليك طلاقي، فأنت طالق، ثم طلقها، طلقت ثلاثاً.

فرع: قال لها: إذا أعتقت عبدي، فأنت طالق، ثم قال للعبد: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم دخل، عتق وطلقت، لأن التعليق مع الدخول إعتاق كما أنه تطليق، ولو قدم تعليق، العتق فقال: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لامرأته: إن أعتقت عبدي، فأنت طالق، ثم دخل العبد، عتق ولم تطلق المرأة، فلو قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال لها: إذا عتق أو وقع عليه العتق، فأنت طالق، ثم دخل، عتق وطلقت.

فرع: تحته حفصة وعمرة، فقال لحفصة: إذا طلقت عمرة، فأنت طالق، ثم قال لعمرة: إذا دخلت الدار، فأنت طالق، فدخلت، طلقنا جميعاً.

ولو قال لعمرة: إن دخلت الدار، فأنت طالق، ثم قال لحفصة: إن طلقت عمرة، فأنت طالق، ثم دخلت عمرة، طلقت ولم تطلق حفصة.

ولو قال لحفصة: متى وقع طلاقي على عمرة، فأنت طالق، وعلق طلاق عمرة بدخول الدار قبل تعليق حفصة أو بعده، ثم دخلت عمرة، طلقنا.

ولو قال لحفصة: إن طلقت عمرة، فأنت طالق، ثم قال لعمرة: إن طلقت حفصة، فأنت طالق، ثم طلق حفصة، طلقت حفصة طلقتين، وعمرة طلقة.

ولو طلق عمرة بدل حفصة، طلقنا طلقة طلقة فقط.

ولو كان تعليق الطلاقين بصيغة «إذا» أو «متى» أو «مهما» أو «كلما» فكذلك الجواب، لأن التطليق لم يتكرر، ولا منزية لكلما.

ولو قال لحفصة: إن وقع طلاقي على عمرة، فأنت طالق، ثم قال لعمرة: إن وقع طلاقي على حفصة، فأنت طالق، ثم طلق إحداهما، طلقت طلقة منجزة وتقع

على صاحبها طلقة بالصفة، ثم يعود إلى المنجز طلاقها طلقة أخرى بالوقوع على صاحبها، ولو علق هكذا بصيغة «كلما»، ثم طلق إحداهما، طلقنا ثلاثاً ثلاثاً.

ولو قال لحفصة: إذا طلقتك، فعمرة طالق، ثم قال لعمرة: إذا طلقتك، فحفصة طالق، فقد علق بطلاق المخاطبة طلاق صاحبها بخلاف الصورة السابقة وحكم هذه، أنه إن طلق بعد ذلك حفصة، طلقت طلقة فقط، وطلقت عمرة بالصفة، ولم تعد إلى حفصة طلقة أخرى، لأن طلاقها معلق بتطبيق عمرة، ولم يطلق عمرة بعد ما علق طلاق حفصة تنجزاً، ولا أحدث تعليقاً.

ولو طلق عمرة أولاً، طلقت طلقة منجزة، وطلقت حفصة طلقة بالصفة، وعاد بطلاقها إلى عمرة طلقة أخرى.

فرع: تحته أربع، فقالت: كلما طلقت واحدة منكن، فالأخريات طالق، ثم طلق واحدة، طلقن طلقة طلقة، فإن طلق أخرى، طلقن أخرى فإن طلق ثالثة، طلقن ثلاثاً ثلاثاً، ولو قال: كلما طلقت واحدة منكن، فأنتن طواق، ثم طلق إحداهن، طلقت هي طلقتين، والباقيات طلقة طلقة، فإن طلق ثانية، تم لها ولأولى ثلاث ثلاث، وللثالثة والرابعة، طلقتان طلقتان، فإن طلق إحداهما، تم لهما أيضاً الثلاث.

فرع: له نسوة نكحهن مرتباً، فقال: إن طلقت الأولى، فالثانية طالق، وإن طلقت الثانية، فالثالثة طالق، وإن طلقت الثالثة فالأولى طالق، فإن طلق الأولى طلقت هي والثانية، دون الثالثة، وإن طلق الثانية، طلقت هي والثالثة، دون الأولى، وإن طلقت الثالثة، طلقت هي والأولى والثانية، وإن طلق واحدة لا بعينها ومات قبل البيان، فإن كان الطلاق قاطعاً للإرث، لكونه ثلاثاً، أو قبل الدخول، فليس للثانية المخاصمة للميراث لأنها مطلقة على كل تقدير والأولى والثالثة المخاصمة، لأن احتمال عدم الطلاق قائم في حق كل منهما، فيوقف الأمر إلى الاصطلاح.

فصل: له أربع نسوة وعبيد، فقال: إن طلقت واحدة من نسائي، فعبد من عبيدي حر، وإن طلقت ثنتين، فعبدان حران، وإن طلقت ثلاثاً، فثلاثة أعبد أحرار، وإن طلقت أربعاً، فأربعة أعبد أحرار، ثم طلقهن معاً، أو على الترتيب، عتق عشرة أعبد، وهكذا الحكم إذا علق بصيغة «إذا» أو «متى» أو «مهما»، وما لا يقتضي التكرار، أما إذا علق هذه التعليقات بلفظ «كلما» ثم طلقهن معاً، أو على الترتيب، فيعتق خمسة عشر عبداً، وقيل: عشرة، وقيل: سبعة عشر، وقيل: عشرون، وقيل: ثلاثة عشر، حكاه القاضي أبو الطيب في كتابه «المجرد»، والصحيح الأول، واتفق الأصحاب على تضعيف ما سواه، والرجوع في تعيين العبيد إليه.

فصل: في التعليق بنفي التطليق

وفي معناه التعليق بنفي دخول الدار والضرب، وسائر الأفعال، فإذا قال: إن لم أطلقك، فأنت طالق، لم يقع الطلاق حتى يحصل اليأس من التطليق.

ولو قال: إذا لم أطلقك، فأنت طالق، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه، فلم يطلق، طلقت، هذا هو المنصوص في الصورتين، وهو المذهب، وقيل: قولان فيهما بالنقل والتخريج، ولو قال: متى لم أطلقك، أو «مهما»، أو أي حين، أو كلما لم أفعل، أو تفعلني كذا، فأنت طالق، فمضى زمن يسع الفعل ولم يفعل، طلقت على المذهب، كلفظ إذا، وأشار الحناطي إلى خلاف، وضبط الأصحاب هذا تفرعاً على المذهب، بأن أدوات التعليق كلها تقتضي الفور في طرف النفي، إلا لفظة «إن»، فإنها للتراخي، وفي تسمية هذا فوراً وتراحياً، نوع توسع، ولكن المعنى مفهوم، ولو علق النفي بلفظة «إن»، وقيد بزمان، فقال: إن لم أطلقك اليوم، فأنت طالق، وقلنا بالمذهب، فإذا مضى اليوم ولم يطلق، حكم بوقوع الطلاق قبيل غروب الشمس لحصول اليأس حينئذ، ولو قال: إن تركت طلاقك، فأنت طالق، فإذا مضى زمن يمكنه أن يطلق فيه فلم يطلق، طلقت، بخلاف طرف النفي، ولو طلقها في الحال واحدة ثم سكت، لم يقع أخرى لأنه لم يترك طلاقها. قال البغوي: ولو قال: إن سكت، عن طلاقك، فأنت طالق فلم يطلقها في الحال، وقع طلاق، وإن طلقها في الحال ثم سكت، وقعت أخرى بالسكوت، ولا تطلق بعد ذلك لانحلال اليمين.

فرع: قال: كلما سكت عن طلاقك، أو كلما لم أطلقك، فأنت طالق، ومضت ثلاثة أوقات تسع ثلاث طلاقات بلا تطليق، طلقت ثلاثاً، وهذه الصور في المدخول بها، فلو قال لغير المدخول بها: كلما لم أطلقك فأنت طالق، ومضت لحظة لم يطلقها، بانت ولا تلحقها الثانية، فلو جدد نكاحها وقلنا: يعود الحنث، فمضت لحظة، وقعت طلاق أخرى، ولو قال للمدخول بها عقب هذا التعليق بكلمة: أنت طالق على ألف، فقبلت، بانت ولم تقع الثانية، فإن جدد نكاحها، عاد قولاً عود الحنث.

فرع: إذا قلنا بالمذهب وهو الفرق بين «إن» و«إذا» فقال: أردت بإذا معنى إن، دُيِّن، ويقبل أيضاً ظاهراً على الأصح، وحيث قلنا: في «إن» أو «إذا» إنه إذا مضى زمن يسع التطليق فلم يطلق يقع، فأمسك رجل فمه، أو أكرهه على الامتناع من التطليق، قال الحناطي: يخرج على الخلاف في حنث الناسي والمكره، وحيث قلنا: لا يقع الطلاق حتى يتحقق اليأس من التطليق. ولليأس طرق:

أحدها: أن يموت أحد الزوجين قبل التطليق، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الموت.

الثاني: إذا جن الزوج، لا يحصل اليأس لاحتمال الإفاقة، فإن اتصل بالموت، تبينا حصول اليأس من وقت الجنون، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الجنون.

الثالث: إذا فسخ النكاح بسبب، لم يحصل اليأس، لاحتمال التجديد، لأن البر والحنث لا يختص بحال النكاح، ولذلك تنحل اليمين بوجود الصفة في البينونة، فإن مات أحدهما قبل التجديد والتطليق، حكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ، هكذا قاله الإمام، وتابعه الغزالي وغيره. قالوا: وإنما يتصور ذلك في الطلاق الرجعي، ليتمكن اجتماعه هو والانفساخ، فلو كان الطلاق بائناً لكونه ثلاثاً، أو قبل الدخول، لم يمكن إيقاعه قبل الانفساخ، لما فيه من الدور، فإنه لو وقع لما حصل الانفساخ، ولو لم يحصل الانفساخ لم يحصل اليأس، وإذا لم يحصل اليأس، لم يقع الطلاق، فيلزم من وقوعه عدم وقوعه، وهذا من قبيل الدور الحكمي، وأما إذا جدد نكاحها بعد الانفساخ، فإن طلقها في النكاح الثاني، لم يفت التطليق، بل قد حصل، وإن لم يطلقها حتى مات أحدهما، بني على قولي عود الحنث، إن قلنا: يعود، طلقت في النكاح الثاني قبل الموت، وبنينا النكاح على النكاح، وإن قلنا: لا يعود الحنث، لم يمكن إيقاع الطلاق قبيل الموت، فيحكم بوقوع الطلاق قبيل الانفساخ كما سبق. وأعلم أن هذه الطرق الثلاثة، هي فيما إذا كان التعليق بنفي التطليق، أما إذا علق بنفي الضرب وسائر الأفعال، فالجنون لا يوجب اليأس، وإن اتصل به الموت، قال الغزالي: لأن ضرب المجنون في تحقيق الصفة ونفيها، كضرب العاقل على الصحيح، ولو أبانها ودامت البينونة إلى الموت، ولم يتفق الضرب، لم يقع الطلاق ولا يحكم بوقوعه قبيل البينونة، بخلاف قوله: إن لم أطلقك، لأن الضرب بعد البينونة ممكن، والطلاق بعد البينونة غير ممكن، وإذا كان التعليق بنفي الضرب ونحوه من الأفعال، فعروض الطلاق كعروض الفسخ والانفساخ، لكن ينبغي أن يبقى من الطلاق عدد يمكن فرضه، مستنداً إلى قبيل الطلاق، فأما في التعليق بنفي التطليق، فإنما تفرض البينونة بالانفساخ، لأنه لو طلقها بطلت الصفة المعلق عليها، ويمكن أن تفرض في طلاق الوكيل، فإنه لا تفوت الصفة.

فصل: «إن» الشرطية هي بكسر الهمزة، فإن فتحت، صارت للتعليل، فإذا قال: أنت طالق أن لم أطلقك بفتح الهمزة، طلقت في الحال، ثم الذي قاله الشيخ أبو حامد، والإمام، والغزالي، والبغوي، إن هذا في حق من يعرف اللغة، ويفرق بين أن وإن، فإن لم يعرف، فهو للتعليل. وقال القاضي أبو الطيب: يحكم بوقوع الطلاق

في الحال، إلا أن يكون الرجل ممن لا يعرف اللغة ولا يميز، وقال: قصدت التعليق، فيصدق، وهذا أشبه، وإلى ترجيحه ذهب ابن الصباغ، وبه قطع المتولي. قلت: الأول أصح، وبه قطع الأكثرون. والله أعلم.

وعلى هذا القياس طرق الإثبات، فإذا قال: أنت طالق إن دخلت الدار، وإن دخلت الدار فأنت طالق، طلقت في الحال وإن لم تكن دخلت الدار، ولو قال: أنت طالق إن طلقتك، حكم بوقوع طلقتين، واحدة بإقراره، وأخرى بإيقاعه في الحال، لأن المعنى: أنت طالق لأنني طلقتك، ولو قال: أنت طالق إذ دخلت الدار، طلقت في الحال، لأن «إذ» للتعليل أيضاً. فإن كان القائل لا يميز بين «إذ» و«إذا»، فيمكن أن يكون الحكم كما لو لم يميز بين إن وأن.

فرع: قال: أنت طالق طالقاً، قال الشيخ أبو عاصم: لا يقع في الحال شيء، لكن إذا طلقها وقع طلقتان، والتقدير: إذا صرت مطلقة فأنت طالق، وهذا في المدخول بها، ولو قال: أنت طالق إن دخلت الدار طالقاً، فإن طلقها قبل الدخول، فدخلت الدار طالقاً، وقعت المعلقة إذا لم تحصل البينونة بذلك الطلاق، وإن دخلت غير طالق، لم تقع تلك المعلقة، ولو قال: أنت طالق فطالق إن دخلت الدار طالقاً، فهذا تعليق طلقتين بدخولها الدار طالقاً، فإن دخلت طالقاً، وقع طلقتان بالتعليق، ولو قال: أنت إن دخلت الدار طالقاً، واقتصر عليه، قال البغوي: إن قال: نصبت على الحال، ولم أتم الكلام، قبل منه، ولم يقع شيء، وإن أراد ما يراد عند الرفع، ولحن، وقع الطلاق إذا دخلت الدار.

فرع: قال إسماعيل البوشنجي: لو قال: أنت طالق حين لا أطلقك، أو حيث لا أطلقك، ولم يطلقها عقبه، طلقت في الحال على قياس مذهبنا، وكذا لو قال: حين لم أطلقك، أو حيث لم أطلقك، أو ما لم أطلقك، ولو قال: أنت طالق إن لم أضربك، أو إن لم أضربك فأنت طالق، وقال: أردت وقتاً، دُيِّن، سواء عين الساعة أو وقتاً قريباً أو بعيداً، وهكذا يكون الحكم في التعليق بنفي الطلاق وسائر الأفعال، وبالله التوفيق.

الطرف الثالث: في التعليق بالحمل والولادة، وفيه مسائل:

المسألة الأولى: إذا قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق، فإن كان الحمل بها ظاهراً، طلقت في الحال، وإلا فلا يحكم بوقوع الطلاق مع الشك، ثم ينظر، إن ولدت قبل ستة أشهر من حين التعليق، تبينا وقوع الطلاق وكونها كانت حاملاً حينئذ، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين، تحققنا أنها كانت حائلاً يومئذ، فلا طلاق، وإن ولدت لستة أشهر فأكثر، ولأربع سنين فأقل، نظر، إن كان الزوج يطؤها، وكان بين

الوضع والوطء ستة أشهر فأكثر، لم يقع الطلاق، وإن لم يطأها بعد التعليق أو وطئها وكان بين الوطء والوضع دون ستة أشهر، فقولان أو وجهان: أظهرهما: وقوع الطلاق لتبين الحمل ظاهراً، ولهذا حكمنا بشوت النسب. والثاني: لا يقع، لأن الأصل بقاء النكاح، والاحتمال قائم، ثم إذا لم يكن الحمل ظاهراً عند التعليق، فينبغي أن يفرق بين الزوجين إلى أن يستبرئها، وليمتنع الزوج من وطئها، وهل التفريق واجب والاستمتاع حرام أم لا؟ وجهان: أحدهما: نعم، تغليباً للتحريم في موضع التردد، وبهذا قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، وجماعة. وأصحهما: لا، ولكنهما مستحبان، لأن الأصل عدم الحمل وبقاء النكاح، وكما لو قال: إن كان الطائر غراباً، وهذا هو نصه في «الإملاء» وبه قال أبو إسحاق وغيره، وقطع به الحناطي. وبماذا يستبرئها؟ فيه أوجه: أحدهما: بحيضة، والثاني: بطهر، والثالث: بثلاثة أطهار، وتفصيله يأتي إن شاء الله تعالى في «كتاب الاستبراء». ولو جرى هذا التعليق في مراهقة لم تحض بعد، وأمكن كونها حاملاً، فيشبه أن يقال: إن قلنا: الاستبراء بثلاثة أقراء، ففي حقها بثلاثة أشهر، وإن قلنا: بقرء، فهل يكفي في حقها شهر، أم يشترط ثلاثة أشهر، فيه خلاف كاستبراء الأمة، والأصح هناك الاكتفاء بشهر، والذي ذكره البغوي هنا عن القفال ثلاثة أشهر حرة كانت أو أمة، لأن الحمل لا يظهر في أقل من هذه المدة.

وأما الآيسة، فهل يعتبر فيها مضي مدة كالعدة، أم يكتفي بدلالة اليأس؟ وجهان: أحدهما: الثاني، لأن المقصود ظهور الحال. ولو كان قد استبرأ زوجته قبل التعليق، فوجهان: أحدهما: لا يكتفي به كما لا يكتفي بمدة العدة واستبراء الرقيقة قبل الطلاق والملك، وأصحهما: يكتفي به، لأن المقصود معرفة حالها في الحمل، فلا فرق بين التقدم والتأخر، بخلاف العدة واستبراء المملوكة، ثم إذا جرى الاستبراء، لا يمنع من الوطء بعده، فلو ولدت بعد الوطء واقتضى الحال وقوع الطلاق، أوقعناه، وكان ذلك الوطء وطء شبهة، يجب به المهر دون الحد.

فرع: قال: إن أحبلتك فأنت طالق، وكانت حاملاً، لم تطلق، بل يقتضي ذلك حملاً حادثاً منه، فإن وضعت، أو كانت حائلاً، لم يمنع من الوطء، فإذا وطئها مرة، منع حتى تحيض.

فرع: نص في «الإملاء» أنه لو قال لامرأته: إن كنت حاملاً فأنت طالق على مئة دينار وهي حامل في غالب الظن، طلقت إذا أعطته مئة دينار، وله عليها مهر المثل لفساد المسمى. ووجه فساد المسمى، بأن الحمل مجهول لا يمكن التوصل إليه في الحال، فأشبهه إذا جعله عوضاً.

المسألة الثانية: قال: إن كنت حائلاً فأنت طالق، وإن لم تكوني حائلاً، فينظر، إن علم أنها حائل بأن كانت في سن لا يحتمل الحمل، طلقت في الحال، وإلا فلا يحكم في الحال بالطلاق، بل ينظر، إن ولدت قبل ستة أشهر من التعليق، لم تطلق، وإن ولدت لأكثر من أربع سنين، حكمنا بوقوع الطلاق عند التعليق، وإن ولدت لستة أشهر، فأكثر، ولأربع سنين فأقل، فإن وطئها الزوج وكان بين الوطء والولادة ستة أشهر فأكثر، طلقت على الأصح، وإن كان بينهما دون ستة أشهر أو لم يوطأ، لم تطلق، لأنها كانت حاملاً عند التعليق، ويحرم وطؤها قبل الاستبراء على الأصح. وقال القفال: لا يحرم، لكن يستحب أن لا يوطأ والقول فيما يجب به الاستبراء وفي الاكتفاء بالاستبراء السابق، على ما ذكرنا في المسألة الأولى، وقيل: الاستبراء هنا بثلاثة أطهار قطعاً، والمذهب الأول: وإذا استبرأ حكمنا بوقوع الطلاق الظاهر الحال، فإن كان الاستبراء بثلاثة أطهار، فقد انقضت العدة، وإن كان بقرء تمت العدة، فإن ظهر بعد الاستبراء حمل ووضع، فحكمه ما سبق. وأبدى الإمام وشيخه احتمالاً، أنها لا تطلق بالاستبراء لأنه لا يفيد إلا الظن، والصفات المعلقة بها، يعتبر فيها اليقين. ولو قال: إذا استيقنت براءة رحمك، فأنت طالق، لم تطلق بمضي مدة الاستبراء، فكذا هنا.

المسألة الثالثة: قال: إن كنت حاملاً بذكر، أو إن كان في بطنك ذكر فأنت طالق طلقة، وإن كنت حاملاً بأنثى، أو كان في بطنك أنثى، فأنت طالق طلقتين، فإن ولدت أحدهما، وقع ما علقه، وإن ولدت خنثى، وقعت طلقة، وتوقف الأخرى، حتى يبين حاله، وإن ولدت ذكراً وأنثى، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين، وتنقضي العدة في جميع هذه الصور بالولادة، ويكون الوقوع عند اللفظ. وإن قال: إن كان حملك، أو إن كان ما في بطنك ذكراً فأنت طالق طلقة، وإن كان أنثى فطلقتين، فإن ولدت ذكراً فقط أو أنثى فقط، وقع ما علق، وإن ولدت ذكراً وأنثى، لم يقع شيء، وإن ولدت ذكرين أو أنثيين، فوجهان: أحدهما: يقع، وبه قال الحناطي والقاضي حسين، لأن معناه: ما في البطن من هذا الجنس. والثاني: لا يقع، وبه قال الشيخ أبو محمد، وإليه ميل الإمام، لأن مقتضى التنكير التوحيد، هذا عند إطلاق اللفظ، فلو قال: أردت الحصر في الجنس، قبل وحكم بالطلاق قطعاً، ولو ولدت ذكراً وخنثى، أو أنثى وخنثى، فعلى الوجه الثاني: لا طلاق، وعلى الأول: إن بان الخنثى المولود مع الذكر ذكراً، وقع طلقة، وإن بان أنثى، لا يقع شيء، وإن بان الخنثى المولود مع الأنثى ذكراً، لم يقع شيء، وإن بان أنثى، وقع طلقتان.

المسألة الرابعة: قال: إذا ولدت أو إن ولدت فأنت طالق، فولدت حياً أو

ميتاً، ذكراً أو أنثى، طلقت إذا انفصل الولد بكماله. قال ابن كج: ولو أسقطت ما بان فيه خلق آدمي، طلقت، وإن لم يبن فيه خلق آدمي بتمامه لم تطلق. ولو قال: إن ولدت ولداً فأنت طالق، فولدت ولدين متعاقبين، طلقت بالأول. ثم إن كانا في بطن واحد، بأن كان بينهما دون ستة أشهر، انقضت عدتها بالثاني، ولا يتكرر الطلاق، وإن كانا من بطنين، فانقضاء العدة بالثاني يبني على لحوقه بالزوج، وهو لاحق إن ولدته لأقل من أربع سنين، وهل تحسب هذه المدة من وقت الطلاق، أم من وقت انقضاء العدة؟ قولان المذكوران في العدة فإن ألحق انقضت به العدة، وإن قال: كلما ولدت ولداً فأنت طالق، فهذا يقتضي التكرار، فإن ولدت أولاداً في بطن واحد، نظر، إن كانوا أربعة وانفصلوا متعاقبين، طلقت ثلاثاً بولادة ثلاثة، وانقضت عدتها بولادة الرابع، وإن كانوا ثلاثة، طلقت بالأولين طلقتين، وانقضت عدتها بالثالث، ولا تطلق بولادته طلقة ثالثة، هذا هو المنصوص في «الأم» وعامة كتب الشافعي رحمه الله، وقال في «الإملاء»: يقع بالثالث طلقة ثالثة، وتعتد بعد ذلك بالإقراء، والمذهب عند الأصحاب هو الأول، لأن المرأة في عدة الطلقتين، ووقت انفصال الثالث هو وقت انقضاء العدة، وبراءة الرحم. ولو وقع الطلاق لوقع في تلك الحال، لما سبق أن الطلاق المعلق بالولادة يقع عند الانفصال، ولا يجوز أن يقع الطلاق في حال انقضاء العدة والبيونة، ولهذا لو قال: أنت طالق مع موتي، لم يقع الطلاق إذا مات، لأنه وقت انتهاء النكاح. ولو قال لغير المدخول بها: إذا طلقته فأنت طالق، فطلقها، لم يقع أخرى لمصادفتها البيونة، وأما نصه في «الإملاء»، ففيه طريقتان:

أحدهما: تسليمه قولاً واحداً، ووجهه بشيئين: أحدهما: أن هذا الطلاق لا يتأخر عن العدة، بل يقارن آخرها، وإذا تقارن الوقوع وانقضاء العدة كفى، وحكم بالوقوع تغليباً للطلاق ولقوته، وهؤلاء قالوا: لو قال للرجعية: أنت طالق مع انقضاء عدتك، ففي الوقوع القولان، بخلاف ما لو قال: بعد انقضاء عدتك. وعن الخضري وغيره تخريج قول فيما إذا قال: مع موتي: أنها تطلق في آخر جزء من حياته. الشيء الثاني عن الخضري والقفال، بناء القولين على القولين، في أن الرجعية إذا طلقت، هل تستأنف العدة؟ إن قلنا: لا، لم تطلق هنا ولم تلزم العدة، وإن قلنا نعم، فبوقوع الطلاق ارتفعت العدة، ولزمت عدة أخرى هناك، فكذا هنا. وعلى هذا حكى الإمام عن القفال، أنه لا يحكم بوقوع الطلاق، وهي في بقية من العدة الماضية، ولا بوقوعه في مفتتح العدة المستقبلية، لكن يقع على منفصل الانقطاع والاستقبال، وهو كقوله: أنت طالق بين الليل والنهار، يقع لا في جزء من الليل، ولا من النهار. قال

الإمام: ولا معنى للمنفصل، وليس بين انقضاء العدة الأولى وافتتاح الثانية لو قدرناها زمان، والحكم بوقوع الطلاق في غير زمان محال. قال: وقوله: بين الليل والنهار يقع الطلاق في آخر جزء من النهار، لتكون متصفة بالطلاق في منقطع النهار، ومبتدأ الليل.

والطريق الثاني: وهو الصحيح عند المعترضين: القطع بما نص عليه في كتبه المشهورة، والامتناع من إثبات نص «الإملاء» قولاً، وأولوه من وجهين: أحدهما: حمله على ما إذا ولدتهم دفعة في مشيمة، وفي هذه الحالة يقع بكل واحد طلقة، وتعتد بالأقراء لأنها ليست حاملاً وقت وقوع الطلاق، والثاني: حمله على ما إذا كان الحمل من زنا، ووطئها الزوج، يقع بكل واحد طلقة، ولا تنقضي العدة بولادتهم. أما إذا أتت بولدين متعاقبين في بطن، والتعليق بصيغة «كلما» فهل تنقضي عدتها بالثاني ولا يقع به طلقة أخرى، أم تقع أخرى؟ فيه هذا الخلاف السابق.

المسألة الخامسة: قال: إن ولدت ولداً، فأنت طالق طلقة، وإن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكراً، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين، وإن قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فأنت طالق طلقتين، فولدت ذكراً، طلقت طلقة وشرعت في العدة بالأقراء، وإن ولدت أنثى طلقت طلقتين واعتدت بالأقراء، وإن ولدت ذكراً وأنثى، نظر، إن ولدتهما معاً، طلقت ثلاثاً لوجود الصفتين معاً وهي زوجة، وتعتد بالأقراء، وإن ولدت الذكر ثم الأنثى، طلقت طلقة بالذكر، ولا يقع بالأنثى شيء على المذهب، وتنقضي بها العدة. وعلى نصه في «الإملاء»، تطلق بالأنثى طلقتين أخريين، وتعتد بالأقراء، وإن ولدت الأنثى أولاً طلقت بها طلقتين، وهل يقع بالذكر شيء؟ فيه الخلاف فإن أشكل الحال، فلم يدر كيف ولدتهما، أو علم الترتيب ولم يعلم المتقدم، فعلى المذهب: يؤخذ باليقين وهو وقوع طلقة، والورع تركها عند احتمال المعية حتى تنكح زوجاً غيره. وعلى نصه في «الإملاء»: تطلق ثلاثاً كيف كان، وتعتد بالأقراء. ولو ولدت ذكراً وأنثى، نظر، إن ولدتهما معاً، طلقت ثلاثاً، وإن ولدت الذكركين معاً أو متعاقبين، ثم ولدت الأنثى، طلقت بالولدين أو بأولهما طلقة، وتنقضي العدة بولادة الأنثى على المذهب، ولا يقع بها شيء آخر. وإن ولدت الأنثى ثم الذكركين متعاقبين، طلقت بالأنثى طلقتين، وبالذكر الأول طلقة أخرى، وتنقضي العدة بولادة الثاني، وإن ولدتها ثم ولدتهما معاً، طلقت بها طلقتين، وتنقضي العدة بالذكرين، ولا يقع شيء آخر على المذهب. ولو ولدت ذكراً، ثم أنثى، ثم ذكراً، طلقت طلقة ثم طلقتين، وانقضت عدتها بالذكر الأخير.

فرع: قال: إن كنت حاملاً بذكر، فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى، فأنت

طالق طلقين، فإن ولدت ذكراً، تبين وقوع طلاق عند اللفظ، وانقضت العدة بالولادة، وإن ولدت أنثى، وقع بالولادة طلقتان، وتعتد بالأقراء، وإن ولدت ذكراً وأنثى، نظر، إن ولدت الأنثى أولاً، وقع بولادتها طلقتان، وبولادته نتبين وقوع طلاق أولاً لكونها كانت حاملاً بذكر، وتنقضي عدتها عن الثلاث بولادة الذكر، وإن ولدت الذكر أولاً، تبين وقوع طلاق، وتنقضي العدة بولادة الأنثى، ولا يقع شيء آخر على المذهب، وإن ولدتهما معاً، فذلك يتبين وقوع طلاق، ولا يقع بالولادة شيء على المذهب.

المسألة السادسة: قال لأربع نسوة حوامل: كلما ولدت واحدة منكن، فصاحباتها طوالق، فولدن جميعاً. فلهن أحوال:

إحداها: أن يلدن معاً، فتطلق كل واحدة ثلاثاً وعدة جميعهن بالأقراء.

الحالة الثانية: أن يلدن مرتباً، فوجهان: أصحهما وبه قال ابن الحداد: أنه إذا ولدت الأولى، طلقت كل واحدة من الباقيات طلاقاً، فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها وبانت، وتقع على الأولى بولادة هذه طلاقاً، وعلى كل واحدة من الآخرين طلاقاً أخرى إن بقيت عدتهما، فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها عن طلقين، ووقع على الأولى طلاقاً ثانية إن بقيت في العدة، وعلى الرابعة طلاقاً ثالثة، فإذا ولدت الرابعة، انقضت عدتها عن ثلاث طلاقات، ووقعت ثالثة على الأولى، وعدة الأولى بالأقراء، وفي استئنافها العدة للطلقة الثانية والثالثة، الخلاف في طلاق الرجعية، والوجه الثاني وبه قال ابن القاص، واختاره القاضي أبو الطيب، أن الأولى لا تطلق أصلاً، وتطلق كل واحدة من الأخريات طلاقاً واحدة، وتنقضي عددهن بولادتهن، لأن الثلاث في وقت ولادة الأولى صواحبها، لأن الجميع زوجاته، فيطلقن طلاقاً طلاقاً، فإذا طلقن، خرجن عن كونهن صواحب للأولى، وكون الأولى صاحبة لهن، فلا تؤثر بعد ذلك ولادتهن في حقها، ولا في حق بعضهن، ومن قال بالأول، قال: ما دمن في العدة فهن زوجات وصواحب، ولهذا لو حلف بطلاق زوجاته، دخلت الرجعية فيه.

الحالة الثالثة: أن تلد ثنتان معاً ثم ثنتان معاً. فعلى قول ابن الحداد: تطلق كل واحدة من الأوليين بولادة الأخرى طلاقاً، وكل واحدة من الآخرين بولادة الأوليين طلقتين، فإذا ولدت الأخريان، طلقت كل واحدة من الأوليين طلقتين أخريين، ولا يقع على الآخرين شيء آخر، وتنقضي عدتهما بولادتهما على المذهب، وعلى نصه في «الإملاء»: يقع على كل واحدة منهما طلاقاً ثالثة وتعتدان بالأقراء، وعلى قول ابن القاص: تطلق كل واحدة من الأوليين طلاقاً، وكل واحدة من الآخرين طلقتين فقط، وتنقضي عدة الآخرين بالولادة، وتعتد الأوليان بالإقرار على الوجهين.

الحالة الرابعة: أن تلد ثلاثاً منهن معاً، ثم الرابعة، فيقع على الرابعة ثلاث طلقات بلا خلاف، وتطلق كل واحدة من الأوليات على قول ابن الحداد ثلاثاً، منها طلقتان بولادة اللتين ولدتا معها، وثالثة بولادة الرابعة إن بقين في العدة، وعلى قول ابن القاص: لا تطلق كل واحدة من الثلاث إلا طلقتين، ولو كان الأمر بالعكس، ولدت واحدة، ثم ولدت الثلاث معاً، فعلى قول ابن الحداد: تطلق كل واحدة من الثلاث طلقة بولادة الأولى، ثم تنقضي عدتهن بولادتهن، فلا يقع عليهن شيء آخر على المذهب، وعلى نصه في «الإملاء»: يقع على كل واحدة طلقتان أخريان، ويعتدّن بالأقراء، والأولى تطلق بولادتهن ثلاثاً. وعلى قول ابن القاص: لا يقع على الأولى شيء، ويقع على كل واحدة من الباقيات طلقة فقط.

الحالة الخامسة: أن تلد ثنتان على الترتيب، ثم ثنتان معاً فيقع على الأولى ثلاث بولادتهن، وعلى كل واحدة من الباقيات طلقة بولادة الأولى. فإذا ولدت الثانية، انقضت عدتها، ووقعت على كل واحدة من الأخريين طلقة أخرى، فإذا ولدت الأخريان، انقضت عدتهما بولادتهما، ولا يقع على واحدة منهما شيء بولادة صاحبتهما على المذهب، هذا قياس ابن الحداد، وعلى قول ابن القاص: لا يقع على الأولى شيء، ولا على كل واحدة من الباقيات إلا طلقة، ولو ولدت ثنتان معاً، ثم ثنتان مرتباً، فعلى قياس ابن الحداد: تطلق كل واحدة من الأوليين بولادتهما طلقة، وكل واحدة من الأخريين طلقتين. فإذا ولدت الثالثة انقضت عدتها، وطلقت كل واحدة من الأوليين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة، وطلقت الرابعة طلقة ثالثة، فإذا ولدت، انقضت عدتها، وطلقت كل واحدة من الأوليين طلقة ثالثة إن بقيتا في العدة، وعلى قياس ابن القاص: لا تطلق كل واحدة من الأوليين إلا طلقة، ولا كل واحدة من الأخريين إلا طلقتين.

فرع: قال ابن الحداد: ولو قال للأربع: كلما ولدت كل واحدة منكن فصواحبه طواق، ثم طلق كل واحدة منهن طلقة منجزة، ثم ولدن على الترتيب، فالأولى مطلقة بالتنجيز، وتنقضي عدتها بولادتها، ويقع على الثانية بولادة الأولى طلقة، وهي مطلقة بالتنجيز، وتنقضي عدتها عن طلقتين بولادتها، وتطلق كل واحدة من الثالثة والرابعة ثلاثاً، واحدة بالتنجيز، واثنان بولادة الأوليين، وعلى قياس ابن القاضي: لا يقع على الجميع إلا المنجزة.

فرع: قال للأربع: كلما ولدت واحدة منكن فأنتن طواق، فقد علق بولادة كل منهن طلاق الوالدة وغيرها، فإن ولدن معاً طلقن ثلاثاً ثلاثاً، وإن ولدن مرتباً، طلقت الأولى ثلاثاً، طلقة بولادة نفسها، وثانية بولادة الثانية، وثالثة بولادة الثالثة إن بقيت

في العدة، وتعتد بالأقراء وتطلق الثانية بولادة الأولى، ولا تطلق بولادة نفسها على المذهب، وتنقضي عدتها، وعلى نصه في «الإملاء»: تطلق أخرى وتعتد بالأقراء، وتطلق الثالثة بولادة الأوليين، وهل تطلق بولادة نفسها ثالثة؟ فيه الخلاف، والرابعة تطلق بولادة الأوليات ثلاثاً، وتنقضي عدتها بولادتها، ولا يقع بولادتها شيء على الأوليات لبيئتهن.

فرع: قال للأربع: كلما ولدت ثنتان منكن، فالأخريان طالقان، فولدت مرتباً، لم تطلق واحدة بولادة الأولى، لأنه علق بولادة ثنتين، فإذا ولدت الثانية، طلقت الثالثة والرابعة طلقة طلقة، ولا يقع على الأوليين شيء، لأن المعلق به طلاق ثنتين بولادة أخريين. وإذا ولدت الثالثة، فوجهان: أحدهما: لا تضم الثالثة إلى الثانية، ولا يقع بولادتها طلاق حتى تلد الرابعة، فإذا ولدت، فعلى قياس ابن الحداد: تطلق الأوليان طلقة طلقة، ويعتدان بالأقراء، وتنقضي عدة الأخريين بولادتهما، وعلى قياس ابن القاص: لا تطلق الأوليان بولادة الأخريين، والوجه الثاني، أن الثالثة تضم إلى الثانية، وتطلق بولادتهما الأولى طلقة، والرابعة طلقة ثانية، ثم إذا ولدت الرابعة، طلقت الثانية، وطلقت الأولى طلقة ثانية.

فرع: تحته امرأتان فقال: كلما ولدت واحدة منكما فأنتما طالقان، فولدتا مرتباً، وقع بولادة الأولى عليها طلقة، وعلى الأخرى طلقة، فإذا ولدت الثانية، وقع على الأولى طلقة أخرى إن بقيت في العدة، وتنقضي عدة الثانية، ولا يقع عليها طلاق آخر على المذهب، ولو ولدت منهما زينب يوم الخميس، وعمره يوم الجمعة، ثم زينب يوم السبت، وعمره يوم الأحد، وقع بولادة يومي الخميس والجمعة على كل واحدة طلقتان، وتنقضي عدة زينب بولادتها يوم السبت، ولا يقع عليها شيء آخر على المذهب، ويقع على عمره طلقة ثالثة، وتنقضي عدتها بولادتها يوم الأحد، ولو قال: كلما ولدتا فأنتما طالقان، فولدت إحداهما ثلاثة أولاد في بطن، ثم الثانية كذلك، لم تطلق واحدة منهما بولادة الأولى، لأن التعليق بولادتهما جميعاً، فإذا ولدت الثانية ولداً، طلقت كل واحدة طلقة، فإذا ولدت الثاني، طلقت كل واحدة طلقة ثانية، فإذا ولدت الثالث، طلقت الأولى طلقة ثالثة، ولا تطلق الثانية، وتنقضي عدتها عن طلقتين على المذهب، وفيه نصه في «الإملاء».

ولو ولدت أحدهما ولداً، ثم الأخرى ولداً ثم الأولى ولداً، وهكذا إلى أن ولدت كل واحدة ثلاثة في بطن، فبولادة الثانية ولدها الأول، يقع على كل واحدة طلقة، وبولادتها الثاني، يقع على كل واحدة طلقة ثانية، ثم إذا ولدت الأولى الولد الثالث، انقضت عدتها، وإذا ولدت الثانية الولد الثالث، هل يقع عليها طلقة ثالثة،

أم لا وتنقضي عدتها؟ فيه خلاف المذهب و«الإملاء»، ولو ولدت إحداهما ولداً، ثم الثانية ثلاثة على الترتيب، ثم الأولى ولدين، فبولادة الثانية الولد الأول، يقع على كل واحدة طلقة، ولا يقع بولادتها الولد الثاني والثالث شيء، وتنقضي بالثالث عدتها، فإذا ولدت الأولى الولد الثاني، انضمت ولادتها إلى ولادة الثانية الولد الثاني، فيقع على الأولى طلقة ثانية، فإذا ولدت الثالث انقضت عدتها، ولم يقع عليها شيء آخر على المذهب. وعلى نصه في «الإملاء»: يقع ثلاثة بضم هذه الولادة إلى ولادة الثانية الولد الثالث.

المسألة السابعة: قد سبق أن الطلاق المعلق بالولادة، إنما يقع إذا انفصل الولد بتمامه، فلو خرج بعضه ومات الزوج أو المرأة، لم يقع الطلاق، وورث الباقي منهما الميت، ولو قال: إن ولدت، فعبدني حر، فخرج بعض الولد، وباع العبد حينئذ وتخييراً، ثم ولدت، لم يعتق العبد، ولو انفصل الولد قبل انقضاء الخيار، عتق العبد، لأنه له العتق في زمن الخيار.

المسألة الثامنة: في فتاوى القفال: أنه إذا قال: إن كنت حاملاً، فأنت طالق، فقالت: أنا حامل، فإن صدقها الزوج، حكم بوقوع الطلاق في الحال، وإن كذبها، لم تطلق حتى تلد، فإن لمسها النساء، فقال أربع منهن فصاعداً: إنها حامل، لم تطلق، لأن الطلاق لا يقع بقول النسوة. ولو علق الطلاق بالولادة، فشهد بها أربع نسوة، لم يقع الطلاق وإن ثبت النسب والميراث، لأنهما من توابع الولادة وضرورتها، بخلاف الطلاق.

المسألة التاسعة: قال: إن كان أول ولد تلدينه من هذا الحمل ذكراً فأنت طالق، فولدت ذكراً ولم يكن غيره، قال الشيخ أبو علي: اتفق أصحابنا على أنه يقع الطلاق، وليس من شرط كونه أولاً أن تلد بعده آخر، وإنما الشرط أن لا يتقدم عليه غيره، وفي «التتمة»: وجه ضعيف: أنه لا يقع شيء، والاول يقتضي آخر، كما يقتضي الآخر أولاً.

قلت: الصواب ما نقله الشيخ أبو علي. قال الله تعالى: ﴿إِنَّ هَؤُلَاءِ لَيَقُولُونَ﴾ (٣٤) إِنَّ هِيَ إِلَّا مَوْتُنَا الْأُولَى ﴿[الدخان: ٣٤ - ٣٥]. وهؤلاء المذكورون كانوا يقولون: ليس لهم إلا موتة. وقال الإمام أبو إسحاق الزجاج: معنى الأول في اللغة: ابتداء الشيء، قال: ثم يجوز أن يكون له ثان، ويجوز أن لا يكون، وقد بسطت أنا الكلام في إيضاح هذا بدلائله في «تهذيب اللغات». والله أعلم.

ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكراً، فأنت طالق واحدة، وإن كان أنثى فطالق ثلاثاً، فولدت ذكراً وأنثى، نظر، إن ولدت الذكر أولاً، طلقت واحدة وانقضت

عدتها بولادة الأنثى، وإن ولدت الأنثى أولاً، طلقت ثلاثاً وانقضت عدتها بالذكر، وإن ولدتهما معاً، لم يقع شيء، لأنه لا يوصف واحد منهما بالأولية، ولهذا لو أخرج رجل ديناراً بين المتسابقين، وقال: من جاء منكماً أولاً، فهو له، فجاء معاً، لم يستحق شيئاً. قال الشيخ أبو علي: ويحتمل أن تطلق ثلاثاً، لأن كلاهما يوصف بأنه أول ولد إذا لم تلد قبله غيره، ولأنه لو قال: أول من رد آقبى، فله دينار، فردّه اثنان استحقا الدينار. قال: وعرضته على الشيخ يعني القفال، فلم يستبعده، ولو لم يعلم، أولدتهما معاً، أو مرتباً، لم تطلق لاحتمال المعية، ولو علم الترتيب ولم يعلم السابق، وقعت طلقة لأنه اليقين، ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فأنت طالق، وإن كانت أنثى فضرتك طالق، فولدتها مرتباً، ولم يعلم السابق، فقد طلقت إحداهما، فيوقف عنهما، ويؤخذ بنفقتهما حتى تبين المطلقة منهما. ولو قال: إن كان أول ولد تلدينه ذكراً فأنت طالق، وإن كان أنثى، فعبدى حر، فولدتها مرتباً، ولم يعلم السابق، قال الشيخ أبو علي: يقرع بين المرأة والعبد، فإذا خرجت القرعة على العبد، عتق، وإن خرجت على المرأة، لم تطلق.

فرع: قال: إن ولدت ذكراً فأنت طالق طلقة، وإن ولدت أنثى فطلقتين، فولدت ميتاً ودفن ولم يعرف حاله، فهل ينبش ليعرف؟ يحتمل وجهين: قاله أبو العباس الروياني.

قلت: الراجح النباش. والله أعلم.

الطرف الرابع: في التعليق بالحيض. قال: إذا حضت حيضة فأنت طالق، لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر، وحينئذ يقع سُنْياً. ولو قال: إن حضت فأنت طالق، ولم يبين ولم يزد عليه، لم يعتبر تمام الحيضة، ومتى يحكم بالطلاق؟ فيه طريقتان، المذهب وبه قطع الجمهور: يقع برؤية الدم، فإن انقطع قبل يوم وليلة ولم يعد إلى خمسة عشر، تبين أنه لم يقع. والطريق الثاني، على وجهين: أحدهما: هذا، والثاني، وهو الراجح عند الإمام والغزالي: لا يحكم بوقوع الطلاق حتى يمضي يوم وليلة، فحينئذ تبين وقوعه من حين رأت الدم. قال الإمام: وعلى هذا هل يحرم الاستمتاع بها ناجزاً؟ حكمه كما لو قال: إن كنت حاملاً فأنت طالق وقد سبق. ولو قال: إن طهرت، أو إذا طهرت فأنت طالق، طلقت في أول الطهر. ولو قال: إذا طهرت طهراً واحداً، فأنت طالق، قال الحناطي: تطلق إذا انقضى الطهر ودخلت في الدم، وحكى وجهاً: أنها تطلق إذا مضى جزء من الطهر، والصحيح الأول، ثم قوله: إن حضت، أو إذا حضت، يقتضي حيضاً مستقبلاً، فلو كانت في الحال حائضاً، لم تطلق حتى تطهر ثم تحيض. ولو قال والثمار مدركة: إذا أدركت الثمار، فأنت طالق،

فهو تعليق بالإدراك المستأنف في العام المستقبل، وعلى هذا قياس سائر الأوصاف، إلا أنه سيأتي في «كتاب الأيمان» إن شاء الله تعالى. إن استدامة الركوب واللبس لبس وركوب، فليكن الحكم كذلك في الطلاق. وفي «الشامل» و«التتمة» وجه: أنه إذا استمر الحيض بعد التعليق بساعة، طلقت، ويكون دوام الحيض حيضاً، والصحيح ما سبق.

فرع: قال: كلما حضت فأنت طالق، طلقت ثلاثاً في أول ثلاث حيض مستقبله، ويكون الطلاق بدعيّاً. ولو قال: كلما حضت حيضة فأنت طالق، طلقت ثلاثاً في انتهاء ثلاث حيض مستقبله، ويكون طلاق سُنّة.

فرع: قال: إن حضت حيضة، فأنت طالق، وإن حضت حيضتان، فأنت طالق، فإذا حاضت حيضة، وقع طلقة، فإذا حاضت أخرى، طلقت ثانية، ولو قال: إن حضت حيضة فأنت طالق، ثم إن حضت حيضتين، فأنت طالق، فإنما تقع الثانية إذا حاضت بعد الأولى حيضتين، ولو قال: كلما حضت حيضة، فأنت طالق، وكلما حضت حيضتين، فأنت طالق، فحاضت مرة، طلقت طلقة، وإذا حاضت أخرى، طلقت ثانية وثالثة.

فرع: قال لامرأته: إن حضتما حيضة فأنتما طالقان، فثلاثة أوجه: أحدها: يلغى قوله: حيضة، فإذا ابتدأ بهما الدم، طلقتا. والثاني: إذا تمت الحيضتان، طلقتا، وهذا احتمال رآه الإمام. والثالث: أنه لغو ولا تطلقان وإن حاضتا، ويجري الخلاف في قوله: إن ولدتما ولدًا، فعن ابن القاص: أنه لغو. وعن غيره، أنه كقوله: إذا ولدتما. قال الحناضي: فإن قال: إن ولدتما ولدًا واحدًا، فأنتما طالقان، فإنه محال، ولا يقع الطلاق، وعلى الوجه الذي يقول: يقع بالتعليق على محال، يقع هنا في الحال وإن لم تلدا.

فصل: علق طلاقها على حيضها، فقالت: حضت، فأنكر الزوج، صدقت بيمينها، وكذلك الحكم في كل ما لا يعرف إلا منها، كقوله: إن أضمرت بغضي فأنت طالق، فقالت: أضمرته، تصدق بيمينها، ويحكم بوقوع الطلاق. ولو علق بزناها، فوجهان: أحدهما: تصدق فيه، لأنه خفي تندر معرفته، فأشبهه الحيض، وأصحهما: عند الإمام وآخرين: لا تصدق كالتعليق ونحوه، لأن معرفته ممكنة، والأصل النكاح، وطرّد الخلاف في الأفعال الخفية التي لا يكاد يطلع عليهما. ولو علق بالولادة، فادعتها، فأنكر وقال: هذا الولد مستعار، لم يصدق على الأصح، وتطالبه بالبينة كسائر الصفات. ولو علق طلاق غيرها بحيضها، لم يقبل قولها فيه إلا بتصديق الزوج. ولو قال: إذا حضت، فأنت وضرتك طالقان، فقالت: حضت

وكذبها فحلفت، طلقت ولم تطلق الضرة على الصحيح. وعن صاحب «التقريب»: طلاق الضرة أيضاً. ولو قال لهما: إن حضتما فأنتما طالقان، فهو تعليق لطلاقهما على حيضهما جميعاً، فإن حاضتا معاً أو مرتباً، طلقتا، فإن كذبهما، صدق بيمينه، ولم تطلقا، وإن صدق إحداهما فقط، طلقت المكذبة بيمينها على حيضها، ولا تطلق المصدقة. وعلى قول صاحب «التقريب»: تطلقان. ولو قال لحفصة: إن حضت فعمره طالق، وقال لعمره: إن حضت فحفصة طالق، فقلتا: حضنا، فإن صدقهما، طلقتا، وإن كذبهما، لم تطلقا، وإن كذب إحداهما، طلقت المكذبة دون المصدقة.

فرع: تحته ثلاث نسوة، فقال: إذا حضتن فأنتن طوالق، فقلن: حضنا، وصدقهن، طلغن، وإن كذبهن أو كذب ثنتين، لم تطلق واحدة منهن، وإن كذب واحدة فقط، طلقت فقط.

فرع: قال لأربع نسوة: إن حضتن، فأنتن طوالق، فقلن: حضنا، وصدقهن، طلغن، وإن كذبهن، أو كذب ثنتين أو ثلاثاً وحلف، لم تطلق واحدة منهن، وإن كذب واحدة فقط، طلقت فقط، وعلى قياس صاحب «التقريب»: تطلغن، وكذا في صورة الثلاث.

فرع: قال لأربع: كلما حاضت واحدة منكن فأنتن طوالق، فإذا حاض ثلاث منهن، طلغن كلهن ثلاثاً ثلاثاً وإن قلن: حضنا، فكذبهن وحلف، طلقت كل واحدة طلقة، لأن يمينه تكفي في حيضها. ولو صدق واحدة فقط، طلقت طلقة، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين. ولو صدق ثنتين، طلقتا طلقتين طلقتين، وطلقت المكذبتان ثلاثاً ثلاثاً، ولو صدق ثلاثاً، طلق الجميع ثلاثاً ثلاثاً.

فرع: قال: كلما حاضت واحدة منكن فصواحبها طوالق، فقلن: حضنا، وصدقهن، طلغن ثلاثاً ثلاثاً، وإن كذبهن، لم يقع شيء، وإن صدق واحدة، لم يقع عليها شيء، وطلقت الباقيات طلقة طلقة، وإن صدق ثنتين، طلقتا طلقة طلقة، وطلقت المكذبات طلقتين طلقتين، وإن صدق ثلاثاً، طلغن طلقتين طلقتين، وطلقت المكذبة ثلاثاً.

فرع: قال: إذا رأيت الدم، فأنت طالق، فعن أبي العباس الروياني، وجهان: أحدهما: حملة على دم الحيض، لأنه المعتاد. والثاني: على كل دم، فعلى الأولى: لا تعتبر رؤيتها حقيقة، بل المعتبر العلم كروية الهلال.

فرع: ذكر إسماعيل البوشنجي، أنه لو قال: أنت طالق ثلاثاً، في كل حيض طلقة، وهي حائض في الحال، فالذي يقتضيه اللفظ، وقوع طلقة في الحال، وثانية في أول الحيض الثاني، وثالثة في أول الثالث. وأنه لو قال: إذا حضت نصف

حيضة، فأنت طالق، وعادتها ستة أيام مثلاً، فإذا مضت ثلاثة أيام، حكم بالطلاق.

فرع: ذكر الإمام إشكالاً على وقوع الطلاق، بتصديق الزوج لها، وقال: بم يعرف الزوج صدقها؟ وكيف يقع الطلاق بقوله: صدقت وليس هو إقراراً، فيؤاخذ به؟ وغايته أن يظن صدقها بقرائن، ومعلوم أنه لو قال: سمعتها تقول: حضت وأنا أجوز كذبها وأظن صدقها، لا يحكم بوقوع الطلاق، فليكن كذلك إذا أطلق التصديق، إذ لا سند له إلا هذا. قال: وسمعت بعض أكابر العراق يحكي عن القاضي أبي الطيب، عن الشيخ أبي حامد، تردداً في وقوع الطلاق، ولهذا الإشكال قال: وسبيل الجواب عما أطبق عليه الأصحاب، أن الإقرار حجة شرعية كاليمين، واليمين يستند إلى قرائن يفيد الظن القوي، كما تحلف المرأة على نية الزوج في الكنايات، فلا يبعد أن يستند الإقرار إليها، فليحكم به.

فرع: إذا صدقناها في الولادة، فإنما يقبل قولها في حقها دون غيرها كما قلنا في الحيض. فلو قال: إن ولدت فأنت طالق وعبدي حر، فقالت: ولدت وحلفت، طلقت على هذا الوجه، ولم يعتق العبد قطعاً، ولو قال لأمته: إذا ولدت فأنت حرة وامرأتي طالق، فقالت: ولدت، عتقت ولم تطلق الزوجة. ولو قال: إذا ولدت فامرأتي طالق وولدك حر، وكانت حاملاً بمملوك له، لم تطلق الزوجة ولم يعتق الولد بقولها: ولدت، لأنه ليس في حقها.

فرع: ذكر القفال تفريعاً على أنه لا يقبل قولها: زנית، إذا علق الطلاق بزناها، وبه أجاب أنه ليس لها تحليفه على أنه لا يعلم أنها زنت، ولكن إن ادعت وقوع الفرقة، حلف أنه لم تقع فرقة، وكذا في التعليق بالدخول وسائر الأفعال.

الطرف الخامس: في التعليق بالمشيئة. أما تعليقه بمشيئة الله تعالى، فسبق بيانه، وأما التعليق بمشيئة غيره، فينظر، إن علق بمشيئة الزوجة مخاطبة، فقال: أنت طالق إن شئت، اشترط مشيئتها في مجلس التواجب، كما سبق في «كتاب الخلع»، فإن أخرت، لم تقع، وفيه قول شاذ ذكرناه في «كتاب الخلع». ولو قال لأجنبي: إن شئت فزوجتي طالق، فالأصح أنه لا يشترط مشيئته على الفور، وقيل: كالزوجة، ورجحه المتولي. ولو علق بمشيئتها لا مخاطبة، فقال: زوجتي طالق إن شاءت، لم تشترط المشيئة على الفور على الأصح، وقيل: يشترط قولها: شئت في الحال إن كانت حاضرة، وإن كانت غائبة، فتبادر بها إذا بلغها الخبر. ولو قال: امرأتي طالق إذا شاء زيد، لم يشترط الفور بالاتفاق. ولو قال: إن شئت وشاء فلان، فأنت طالق، اشترط مشيئتها على الفور وفي مشيئة فلان الوجهان، أصحهما: لا يشترط الفور.

فصل: علق بمشيئتها أو مشيئة غيرها، فقال المعلق بمشيئة الزوج: شئت إن

شئت، أو إن شاء فلان، فقال الزوج أو فلان: شئت، أو قال: شئت غداً، لم يقع الطلاق، لأنه علق على مشيئة مجزوم بها، ولم تحصل. وحكى الحناطي وجهاً: أنه يصح تعليق المشيئة، ويقع الطلاق إذا قال الزوج: شئت، وهذا غريب ضعيف. ولو شاء المعلق بمشيئته بلسانه وهو كاره بقلبه، طلقت في الظاهر، وفي الباطن وجهان: قال أبو يعقوب الأبيوردي: لا يقع، كما لو أخبرت بالحيض كاذبة، وإلى هذا مال القاضي حسين، وقال القفال: يقع، قال البغوي: وهو الأصح، لأن التعليق في الحقيقة بلفظ المشيئة.

قلت: قال الرافعي في «المحرر»: الأصح الوقوع باطناً. والله أعلم. ولو وجدت الإرادة دون اللفظ، لم تطلق على قول القفال، وعلى قول الأبيوردي وجهان:

فرع: علق بمشيئتها وهي صبية، أو بمشيئة صبي، فقالت: شئت، أو قال: شئت، لم تطلق على الأصح، وقيل: تطلق إن شاءت وهي مميزة، كما لو قال لها: أنت طالق إن قلت: شئت، أما لو علق بمشيئتها وهي مجنونة أو صغيرة لا تميز، أو بمشيئة غيرها، وهو بهذه الصفة، فقالت: شئت، فلا تقع بلا خلاف. ولو قال المعلق بمشيئته: شئت وهو سكران، خرج على الخلاف في أنه كالصاحي أو المجنون، ولو علق بمشيئة أحرس، فقال بالإشارة: شئت، طلقت، وإن علق بمشيئة ناطق، فخرس، وأشار بالمشيئة، طلقت على الأصح.

فرع: قال: أنت طالق إذا شئت، فهو كقوله: إن شئت، وإن قال: متى شئت، طلقت متى شاءت، وإن فارقت المجلس.

فرع: إذا علق بمشيئتها، فإن أراد أن يرجع قبل مشيئتها، لم يكن له كسائر التعليقات.

فرع: قال: أنت طالق إن شاءت الملائكة، لم تطلق، لأن لهم مشيئة، وحصولها غير معلوم، ولو قال: إن شاء الحمار، فكقوله: إن صعدت السماء، ولو قال: إن شئت أنا، فمتى شاء وقع.

فرع: قال لامرأته: إن شئتما فأنتما طالقان، فشاءت كل واحدة طلاق نفسها دون ضرتها، قال إسماعيل البوشنجي: القياس وقوع الطلاق، لأن المفهوم منه تعليق كل واحدة بمشيئتها، وفي «التتمة» ما يقتضي تعليق طلاق كل واحدة بالمشيئين.

فرع: ذكر البغوي، أنه لو قال: أنت طالق كيف شئت، قال أبو زيد والقفال: تطلق شاءت أم لم تشأ، وقال الشيخ أبو علي: لا تطلق حتى توجد مشيئة في المجلس، إما مشيئة أن تطلق، وإما مشيئة أن لا تطلق، قال البغوي: وكذا الحكم في

قوله: أنت طالق على أي وجه شئت. ولو قال: أنت طالق إن شئت أو أبيت، فمقتضى اللفظ وقوع الطلاق بأحد الأمرين: المشيئة أو الإباء، كما لو قال: أنت طالق إن قمت أو قعدت، ولو قال: أنت طالق، شئت أو أبيت، طلقت في الحال، إذ لا تعليق في هذا.

فصل: قال: أنت طالق ثلاثاً، إلا أن يشاء أبوك أو فلان واحدة، فشاء واحدة، فثلاثة أوجه: أصحها: لا يقع شيء، كما لو قال: أنت طالق إلا أن يدخل أبوك الدار، فدخل. وعلى هذا لو شاء اثنتين أو ثلاثاً، لم يقع شيء أيضاً، لأنه شاء واحدة وزاد، والثاني: أنه إذا شاء واحدة وقعت، والثالث، يقع طلقتان، وتقديره: أنت طالق ثلاثاً إلا أن يشاء أبوك أن لا يقع واحدة منها، فلا يقع، فإذا قلنا بالأول، فقال: أردت المراد بالثاني، قبل، وإن قلنا: بالثاني، فقال: أردت معنى الأول، قبل أيضاً على الأصح فلا يقع شيء، ولو قال: أنت طالق واحدة إلا أن يشاء أبوك، أو إلا أن تشائي ثلاثاً، فإن شاء أو شاءت ثلاثاً، لم يقع شيء تفرعاً على الأصح. وإن لم يشأ شيئاً، أو شاءت واحدة أو اثنتين، وقعت واحدة. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً إن شئت فقلت: شئت واحدة أو اثنتين، لم يقع شيء، ولو قال: أنت طالق واحدة إن شئت، فقلت: شئت اثنتين أو ثلاثاً، وقعت الواحدة.

فرع: قال: أنت طالق لولا أبوك، لم تطلق على الصحيح. وفيه وجه ضعيف حكاه المتولي. ولو قال: أنت طالق لولا أبواك لطلقتك. قال الأصحاب: لا تطلق، لأنه أخبر أنه لولا حرمة أبيها لطلقها، وأكد هذا الخبر بالحلف بطلاقها، كقوله: والله لولا أبوك لطلقتك. قال المتولي: إنما لا تطلق إذا كان صادقاً في خبره، فإن كان كاذباً، طلقت في الباطن، وإن أقر أنه كان كاذباً، طلقت في الظاهر أيضاً.

فرع: قال: أنت طالق إلا أن يشاء أو يبدو لي، قال البغوي: يقع في الحال.

فرع: قال البغوي: لو قال لها: أحبي الطلاق، أو اهوي، أو أريدي، أو ارضي، وأراد تملكها الطلاق، فهو كقوله: شائي أو اختاري، فإذا رضيت أو أحببت، أو أرادت، وقع الطلاق، هذا لفظه. وقال البوشنجي: إذا قال: شائي الطلاق، ونوى وقوع الطلاق بمشيئتها فقلت: شئت، لا تطلق، وكذا لو قال: أحبي أو أريدي، لأنه استدعى منها المشيئة ولم يطلقها، ولا علق طلاقها، ولا فوّضه إليها، ولو قُدِّر أنه تفويض، فقولها: شئت ليس بتطبيق، وهذا أقوى. ولو قال: إذا رضيت أو أحببت أو أردت الطلاق، فأنت طالق، فقلت: رضيت أو أحببت أو أردت، طلقت. ولو قالت: شئت، قال البوشنجي: ينبغي أن لا يقع، وكذا لو قال: إن شئت، فقلت: أحببت أو هويت، لأن كلاً من لفظي المشيئة والمحبة يقتضي ما لا

يقتضيه الآخر. ولهذا يقال: الإنسان يشاء دخول الدار، ولا يقال: يحبه، ويحب ولده، ولا يسوغ لفظ المشيئة فيه.

فرع: قال: أنت طالق إلا أن يرى فلان غير ذلك، أو إلا إن يشاء أو يريد غير ذلك، أو إلا أن يبدو لفلان غير ذلك، فلا يقع الطلاق في الحال، بل يقف الأمر على ما يبدو من فلان، ولا يختص ما يبدو منه بالمجلس. ولو مات فلان وفات ما جعله مانعاً من الوقوع، تبين وقوع الطلاق قبيل موته.

فرع: ذكر البوشنجي. أنه لو قال: أنت طالق إن لم يشأ فلان، فقال فلان: لم أشأ، وقع الطلاق. وكذا لو قال: إن لم يشأ فلان طلاقك اليوم، فقال فلان في اليوم: لا أشاء، وقع الطلاق، وقياس التعليق ينفي الدخول وسائر الصفات أن يقال: إنه وإن لم يشأ في الحال، فقد يشاء بعد، فلا يقع الطلاق إلا إذا حصل اليأس، وفاتت المشيئة. وفي صورة التقييد باليوم، لا يقع إلا إذا مضى اليوم خالياً عن المشيئة، ويجوز أن يوجه ما ذكره البوشنجي بأن كلام المعلق محمول على تلفظه بعدم المشيئة، فإذا قال: لم أشأ، فقد تحقق الوصف.

الطرف السادس: في مسائل الدور: فإذا قال لها: إذا طلقك، أو إن طلقك، أو متى طلقك، أو مهما طلقك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم طلقها، فثلاثة أوجه: أحدها: لا يقع عليها طلاق أصلاً، عملاً بالدور وتصحيحاً له، لأنه لو وقع المنجز لوقع قبله ثلاث، وحينئذ فلا يقع المنجز للبينونة، وحينئذ لا يقع الثلاث، لعدم شرطه وهو التطليق. والوجه الثاني: يقع المنجز فقط. والثالث: يقع ثلاث تطليقات، المنجزة، وطلقتان من المعلق. وقيل على هذا: يقع المعلقات دون المنجزة، قال الإمام: وهو بعيد، ثم الوجهان الأولان يجريان في المدخول بها وغيرها، وأما الثالث، فمختص بالمدخول بها، فإن غيرها لا يتعاقب عليها طلاقان. ولو قال لرقيق: إن أعتقك، فأنت حر قبله، ثم أعتقه، عتق على الوجه الثاني دون الأول، ولو قال: إذا طلقك، فأنت طالق ثلاثاً قبله بيوم، وأمهل يوماً ثم طلقها، ففيه الخلاف، ولو طلق قبل تمام يوم من وقت التعليق، وقع المنجز بلا خلاف، ولا يقع شيء من المعلق، لأن الوقوع لا يسبق اللفظ. ولو قال: متى طلقك، فأنت طالق قبله بشهرين أو بسنة، فإن طلقها قبل مضي تلك المدة، وقع المنجز فقط بلا خلاف، وإن مضت تلك المدة، فعلى الوجه الأول، وإن كانت غير مدخول بها، لم يقع شيء، وإن كانت مدخولاً بها، فإن كانت عدتها منقضية في تلك المدة لو أوقعنا طلقة من الوقت الذي ذكره، لم يقع شيء أيضاً، وإن لم تكن منقضية، وقع عليها طلقتان، وعلى الوجه الثاني: إن لم يكن مدخولاً بها، وقع ما نجزه، وإن كانت مدخولاً بها، وكانت عدتها

منقضية في تلك المدة، فكذلك، وإن كانت غير منقضية، وقع طلقتان. ولو قال: أنت طالق اليوم ثلاثاً إن طلقته غداً واحدة، ثم طلقها غداً واحدة، ففيه الأوجه، وإذا كان التعليق بالتطليق كما صورناه في هذه المسائل، فلو كان قد علق طلاقها بدخول الدار ونحوه قبل التعليق بالتطليق، ثم دخلت الدار، يقع المعلق بالدخول بلا خلاف، لأنه ليس بتطليق، وكذا لو وكل وكياً بتطليقها، لأنه لم يطلقها الزوج، إنما وقع عليها طلاقه.

أما إذا قال: إن وقع عليك طلاقي، فأنت طالق قبله ثلاثاً، فسواء طلق بنفسه أو بوكيله، هكذا ذكره الإمام والمتولي، ولو علق طلاقها بدخول الدار، ثم قال: متى وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثاً، أو قال: إن حنثت في يميني فأنت طالق قبله ثلاثاً ثم دخل الدار، فهل يقع المعلق بالدخول إذا فرغنا على الوجه الأول؟ وجهان: أحدهما: نعم لأنها يمين منعقدة قبل الدور، فلا يملك إبطالها، وأصحهما: لا، وبه قال القاضيان، أبو الطيب والرويانى للدور، ويتصور حل اليمين، ولهذا لو قال: إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق ثلاثاً، كان له إسقاطه، بأن يقول: أنت طالق قبل انقضاء الشهر بيوم، وعلى هذا الوجه، هذا الطريق أسهل في دفع الطلقات الثلاث من الخلع وإيقاع الصفة في حال البينونة. ولو قال: أنت طالق ثلاثاً قبل أن أطلقك واحدة، ثم طلقها واحدة، فعلى الوجه الأول: لا يقع شيء، وكذا لو طلق ثلاثاً أو اثنتين لاشتمال العدد على واحدة، وإذا مات أحدهما، يحكم بوقوع الطلاق قبل الموت، كما لو قال: إن لم أطلقك فأنت طالق، قاله المتولي، وعلى الوجه الثاني: يقع المنجز. ولو قال: إذا طلقته ثلاثاً، فأنت طالق قبلها طلقة، فطلقها ثلاثاً، فعلى الوجه الأول: لا يقع شيء، وعلى الثاني: يقع الثلاث. ولو طلقها واحدة أو اثنتين، وقع المنجز بلا خلاف، ولو قال: إذا طلقته فأنت طالق قبله طلقتين، وهي غير مدخول بها، فطلقها، لم يقع على الأول شيء، وعلى الثاني: يقع المنجز، وإن كانت مدخولاً بها، وقع طلقتان على الوجهين.

فرع: قال: إن آلت منك، أو ظهرت منك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، فإذا آلى أو ظاهر منها، لم تقع الثلاث قبله، وفي صحة الظهار والإيلاء الوجهان، إن صححنا الدور، لم يصحح، وإن أوقفنا الطلاق المنجز صحح، واختاره الغزالي في كتابه «غاية الغور في دراية الدور» القطع بالصحة، وكذا الحكم لو قال: إن لاعتك، أو حلفت بطلاقك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، أو قال للرجعية: إن راجعتك فأنت طالق قبله طلقتين أو ثلاثاً، أو قال: إن فسخت النكاح بعبيك فأنت طالق قبله ثلاثاً، وإذا وجد منه التصرف المعلق عليه، ففي نفوذه الوجهان. قاله الشيخ أبو علي والقاضي حسين

والأصحاب، ولو قال: إن فسخت النكاح بعيني أو بعبيك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، أو قال: إن استحققت الفسخ بذلك أو بالإعسار، أو إن استقر مهرک بالوطء، أو إن استحققت النفقة، أو القسم، أو طلب الطلاق في الإيلاء فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم فسخت، أو وجدت الأسباب المثبتة لهذه الاستحقاقات، نفذ الفسخ وتبين الاستحقاق، ولا نقول بإبطالها للدور، وإن ألغينا الطلاق المنجز، والفرق أن هذه فسخ وحقوق، ثبتت عليه قهراً، ولا تتعلق بمباشرة واختياره، فلا يصلح تصرفه دافعاً لها ومبطلاً لحق غيره، بخلاف الطلاق، ولو قال: إن انفسخ نكاحك، فأنت طالق قبله ثلاثاً، ثم ارتد أو اشتراها، انفسخ النكاح قطعاً، ولا يقع الطلاق.

فرع: قال: إن وطئت وطاً مباحاً، فأنت طالق قبله، ثم وطئها، لم تطلق قبله، إذ لو طلقت لم يكن الوطء مباحاً، وسواء ذكر الثلاث في هذه الصورة أم لا. قال الإمام وغيره: ولا خلاف في هذه الصورة، بل موضع الخلاف إذا انحسم بتصحيح اليمين الدائرة باب الطلاق أو غيره من التصرفات الشرعية، وهنا لا تنحسم ولو قال: إن طلقك طلقة رجعية، فأنت طالق قبلها ثلاثاً أو طلقتين، فطلقها، ففيه الخلاف. ولو طلقها ثلاثاً أو خالعها، أو كانت غير مدخول بها، فطلقها واحدة، أو ثنتين، وقع المنجز، لأنه إنما علق الثلاث بالطلقة الرجعية. وفي هذه الصور ما نجزه ليس برجعي. ولو قال: إن طلقك طلقة رجعية، فأنت طالق قبله واحدة وهي مدخول بها، فلا دور، فإذا طلقها، طلقت طلقتين. ولو قال للمدخول بها: متى طلقك طلاقاً رجعياً، فأنت طالق ثلاثاً، ولم يقل: قبله، ثم طلقها، وقع الثلاث ولا دور. وحكي عن ابن سريج: أنه لا يقع شيء، قال الشيخ أبو علي: هذا غلط من ناقل أو ناسخ، وابن سريج أجل من أن يقول هذا، قال الإمام: والمحكي عن ابن سريج، متجه عندي. ولو قال: إذا طلقك طلقة رجعية، فأنت طالق معها ثلاثاً، فإذا طلقها، فوجهان بناءً على الوجهين في قوله لغير المدخول بها: أنت طالق طلقة معها طلقة، هل يقع طلقتان أم طلقة؟ إن قلنا: طلقتان معاً، فهنا لا يقع شيء، بناءً على تصحيح الدور، وإن قلنا هناك: لا يقع إلا واحدة، وقع هنا الثلاث كما لو لم يقل: معها.

فرع: اختلف الأصحاب في الراجح من الأوجه الثلاثة في الدور، فالمعروف عن ابن سريج الوجه الأول، وهو أنه لا يقع الطلاق، وبه اشتهرت المسألة بالسريجية وبه قال ابن الحداد والقفالان، والشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، واختاره الشيخ أبو علي وصاحب «المهذب»، والغزالي، وعن المزني أنه قال في كتاب «المنثور»، ورأيت في بعض التعاليق، أن صاحب «الإفصاح» حكاه عن نص الشافعي رحمته الله، أنه مذهب زيد بن ثابت رضي الله عنه، واختاره الإمام أبو بكر الإسماعيلي،

وأبو عبد الله الحسين. الوجه الثالث، وهو وقوع الثلاث إذا نجز واحدة، وذهب إلى وقوع المنجزة فقط: ابن القاص، وأبو زيد، وهو مذهب أبي حنيفة، واختاره ابن الصباغ والمتولي، والشريف ناصر العمري، وللغزالي تصنيفان في المسألة، مطول في تصحيح الدور، سماه «غاية الغور في دراية الدور»، ومختصر في إبطاله سماه «الغور في الدور»، رجح فيه عن تصحيحه، واعتذر فيه عما سبق منه، ويشبه أن تكون الفتوى به أولى. وذكر الروياني بعد اختياره تصحيح الدور، أنه لا وجه لتعليم العوام المسألة لفساد الزمان.

قلت: قد جزم الرافعي في «المجرد» بترجيح وقوع المنجزة فقط، كما أشار هنا إلى اختياره. والله أعلم.

فصل: إذا صححنا الدور، فقال: متى وقع طلاقي على حفصة، فعمرة طالق قبله ثلاثاً، ومتى وقع طلاقي على عمرة، فحفصة طالق قبله ثلاثاً، ثم طلق إحدهما، لم تطلق هي ولا صاحبتهما، فلو ماتت عمرة ثم طلقت حفصة، طلقت، لأنه لا يلزم والحالة هذه من إثبات الطلاق نفيه، ولو قال زيد لعمر: متى وقع طلاقك على زوجتك، فزوجتي طالق قبله ثلاثاً، وقال عمرو لزيد مثل ذلك، لم يقع طلاق واحد منهما على زوجته، ما دامت زوجة الآخر في نكاحه، ولو قال لزوجته: متى دخلت الدار وأنت زوجتي، فعبدتي حر قبله، وقال لعبد: متى دخلت الدار وأنت عبدي، فامرأتي طالق قبله ثلاثاً، ثم دخلا الدار معاً، لم يعتق العبد، ولا تطلق هي، قال الإمام: ولا يخالف أبو زيد في هذه الصورة، لأنه ليس فيها سد باب التصرف، فلو دخلت المرأة أولاً، ثم العبد، عتق ولم تطلق هي لأنه حين دخلت لم يكن عبداً له، فلم تحصل صفة طلاقها. ولو دخل العبد أولاً ثم دخلت، طلقت ولم يعتق. ولو قال لها: متى دخلت الدار وأنت زوجتي، فعبدتي حر. وقال له: متى دخلت الدار وأنت عبدي، فزوجتي طالق، ولم يقل في الطرفين: قبله، فدخلا معاً، عتق وطلقت، لأن كلا منهما عند الدخول بالصفة المشروطة. ولو دخل ثم دخلت أو عكسه، فالحكم كما في الصورة السابقة بلا فرق.

فرع: قال لها: متى أعتقت أمتي هذه وأنت زوجتي، فهي حرة، ثم قال: متى أعتقتها، فأنت طالق قبل إعتاقك إياها بثلاثة أيام، ثم أعتقتها المرأة قبل ثلاثة أيام، عتقت الأمة لأنها أعتقتها وهي زوجة، ولا تطلق المرأة، لأنها لو طلقت، لطلقت قبل الإعتاق بثلاثة أيام، وحينئذ يكون الطلاق متقدماً على اللفظ، وذلك ممتنع. فلو أمهلت ثلاثة أيام ثم أعتقتها، لم تعتق، لأنه إنما أذن لها في الإعتاق بشرط أن تكون زوجة له، ولا تطلق أيضاً لأنه معلق بالعتق، وبالله التوفيق.

الطرف السابع: في أنواع من التعليق ونحوه: فمن ذلك التعليق بالحلف، قال ابن سريج وتابعه جمهور الأصحاب: الحلف ما تعلق به منع من الفعل، أو حث عليه، أو تحقيق خير وجلب تصديق، فإذا قال: إذا حلفت، أو إن حلفت بطلاقك، فأنت طالق، ثم قال: إذا طلعت الشمس، أو إذا جاء رأس الشهر، فأنت طالق، لم يقع الطلاق المعلق بالحلف بالطلاق، لأنه ليس في هذا التعليق منع، ولا حث، ولا غرض تحقيق، وكذا لو قال: إذا حضت، أو إذا طهرت، أو إذا شئت فأنت طالق، فكذلك حكمه، وحكى الفوراني وجهاً أن هذا كله يسمى حلفاً، وهذا شاذ، والصواب الأول. ولو قال بعد التعليق بالحلف: إن ضربتك، أو إن كلمت فلاناً، أو إن خرجت من الدار، أو إن لم تخرجي، أو إن لم أفعل كذا، أو إن لم يكن هذا كما قلت فأنت طالق، وقع في الحال الطلاق المعلق بالحلف، لأن هذا حلف، ثم إذا وجد الضرب أو غيره مما علق عليه، وقعت طلبة أخرى إن بقيت في العدة، ولو قال: إن قدم فلان فأنت طالق، وقصد منعه وهو ممن يمتنع تخلفه، فهو كقوله: إن دخلت الدار. وكذا لو قال الزوج: طلعت الشمس، فكذبت، فقال: إن لم تطلع فأنت طالق، فهو حلف، لأن غرضه التحقيق، وحملها على التصديق، وإن قصد بقوله: إن قدم فلان، التوقيت، أو كان فلان ممن لا يمتنع تخلفه كالسلطان، أو قال: إذا قدم الحجاج فأنت طالق، فليس هذا حلفاً، وما جعلنا التعليق به حلفاً، فلا فرق بين أن يعلقه بصيغة «إن» أو صيغة «إذا»، اعتباراً بأنه موضع منع وحث وتصديق وقيل: إن كان بصيغة «إذا» فهو توقيت وليس بحلف، والصحيح الأول، وما لم يجعل التعليق به حلفاً كطلوع الشمس وقدم الحجاج، فلا فرق فيه بين صيغة «إن» و«إذا». وقيل: إن علقه بصيغة «إن» كان حلفاً لأنه صرفه عن التوقيت بالعدول عن كلمة التوقيت، وهي «إذا»، فإنها ظرف زمان، والصحيح الأول.

فرع: قال: إن أقسمت بطلاقك، أو عقدت يميني بطلاقك فأنت طالق، فهو كقوله: إن حلفت بطلاقك. ولو قال: إن لم أحلف بطلاقك، أو إذا لم أحلف بطلاقك، فأنت طالق، فحكمه كما سبق في طرف الإثبات، والمذهب أن لفظة «إن» لا تقتضي الفور والبدار إلى الحلف، ولفظه «إذا» تقتضيه. فإذا قال: إذا لم أحلف بطلاقك فأنت طالق، ثم أعاد ذلك مرة ثانية وثالثة، نظر، إن فصل بين المرات بقدر ما يمكن فيه الحلف بطلاقها وسكت فيه، ولم يحلف عقيب المرة الثالثة، وقع الطلقات الثلاث، وإن وصل الكلمات، لم يقع بالأولى ولا بالثانية شيء، ويقع بالثالثة طلبة، إذا لم يحلف بطلاقها. ولو قال: كلما لم أحلف بطلاقك فأنت طالق، ومضى زمان يمكنه أن يحلف فيه فلم يحلف، طلقت طلبة. فإذا مضى مثل ذلك ولم

يحلف، وقعت ثانية، وكذلك الثالثة. ولو قال: إن حلفت بطلاقك فأنت طالق، ثم أعاد هذا القول مرة ثانية وثالثة ورابعة، فإن كانت المرأة مدخولاً بها، وقع بالمرّة الثانية طلقة، وتنحل اليمين الأولى، ثم يقع بالثالثة طلقة بحكم اليمين الثانية وتنحل، ويقع بالرابعة طلقة ثالثة بحكم اليمين الثالثة وتنحل الثالثة، وتكون الرابعة يميناً منعقدة، حتى يقع بها الطلاق إذا حلف بطلاقها في نكاح آخر، إن قلنا: يعود الحنث بعد الطلقات الثلاث وإن لم يكن مدخولاً بها، وقع طلقة بالمرّة الثانية، وبانت بها، تنحل اليمين الأولى، وتبقى الثانية منعقدة، وفي ظهور أثرها في النكاح المجدد، الخلاف في عود الحنث، والثالثة والرابعة واقعتان في حال البينونة، فلا تنعقدان، ولا ينحل بهما شيء. ولو قال لغير المدخول بها: إذا كلمتك فأنت طالق، وأعاد ذلك مراراً، وقع بالمرّة الثانية طلقة، وهي يمين منعقدة، وتنحل بالثالثة، لأن التعليق هنا بالكلام، والكلام قد يكون في البينونة، وهناك التعليق بالحلف بالطلاق، وذلك لا يكون في حال البينونة وقال سهل الصعلوكي: لا تنعقد اليمين الثانية في مسألة الكلام، لأنها تبين بقوله: إن كلمتك، فيقع قوله: فأنت طالق في حال البينونة، وتلغو الثالثة والرابعة، والصحيح الأول، لأن قوله: إن كلمتك فأنت طالق، كلام واحد.

فرع: قال لامرأته: إذا حلفت بطلاقكما، فأنتما طالقان، وأعاد هذا القول مراراً، فإن كان دخل بهما، طلقنا ثلاثاً ثلاثاً، وإن لم يدخل بواحدة منهما، طلقنا طلقة، وبانت، وفي عود الحنث باليمين الثانية الخلاف، وإن دخل بإحدهما، طلقنا جميعاً بالمرّة الثانية، وبانت غير المدخول بها، وبالمرّة الثالثة لا تطلق واحدة منهما، لأن شرط الطلاق الحلف بهما، ولا يصح الحلف بالباين. فإن نكح التي بانت، وحلف بطلاقها وحدها، طلقت المدخول بها إن راجعها، أو كانت بعد في العدة، لأنه حصل الشرط وهو الحلف بطلاقها. وفي طلاق هذه المجددة الخلاف في عود الحنث.

فرع: قال لامرأته: إن حلفت بطلاقكما، فعمرة منكما طالق، وأعاد هذا مراراً، لم تطلق عمرة، لأن طلاقها معلق بالحلف بطلاقهما معاً، وهذا حلف بطلاقها وحدها، وكذا لو قال بعد التعليق الأول: إذا دخلتما الدار فعمرة طالق، وإنما تطلق عمرة إذا حلف بطلاقهما جميعاً، إما في يمين أو يمينين. ولو قال: إن حلفت بطلاقكما، فإحداكما طالق، وأعاد ذلك مراراً، لم تطلق واحدة منهما. فلو قال بعد ذلك: إن حلفت بطلاقها فأنتما طالقان، طلقت إحداهما بالتعليق الأول، وعليه البيان، ولو قال: إن حلفت بطلاق إحداكما فأنتما طالقان، وأعاد مرة ثانية، طلقنا جميعاً.

فرع: قال: أيما امرأة لم أحلف بطلاقها منكما، فصاحبها طالق. قال صاحب «التلخيص»: إذا سكت ساعة يمكنه أن يحلف فيها بطلاقهما، طلقنا. قال الشيخ أبو علي: عرضت قوله على القفال وشارحي «التلخيص» فصوبوه والقياس أن هذه الصيغة لا تقتضي الفور، ولا يقع الطلاق على واحدة منهما بالسكوت، إلى أن يتحقق اليأس عن الحلف بموته أو موتها، إذ ليس في عبارته تعرض للوقت، بخلاف قوله: متى لم أحلف. وتابعه الإمام وغيره على قوله، واستبعدوا كلام صاحب «التلخيص».

فصل: قال: إن أكلت رمانة فأنت طالق، وإن أكلت نصف رمانة، فأنت طالق، فأكلت رمانة، طلقت طلقين. ولو كان التعليق بصيغة «كلما» طلقت ثلاثاً، لأنها أكلت رمانة، ونصف رمانة مرتين.

فصل: تحته أربع نسوة، فقال: من بشرتني منكن بكذا، فهي طالق، فبشرته واحدة بعد أخرى، طلقت الأولى فقط، لأن البشارة الخبر الأول. ولو شاهد هو الحال قبل أن تخبره، فأتت البشارة، ولو بشره أجنبي ثم ذكرته له إحداهن، لم تطلق. وحكى الفوراني وجهاً، أن البشارة لا تختص بالخبر الأول، بل هي كقوله: من أخبرتني بكذا، وسنذكره إن شاء الله تعالى، والصحيح الأول، ولو بشرته امرأتان معاً، فالمنقول أنهما تطلقان، وفيه نظر، فإنه لو قال: من أكل منكما هذا الرغيف، فهي طالق فأكلتاه، لم تطلقا.

قلت: الصواب، أنهما تطلقان، وليس كمسألة الرغيف، لأنه لم تأكله واحدة منهما، وأما البشارة، فلفظ من ألفاظ العموم، لا ينحصر في واحدة، فإذا بشرته معاً، صدق اسم البشارة من كل واحدة، فطلقنا. والله أعلم.

ويشترط في البشارة الصدق، فلو قالت واحدة: كان كذا، وهي كاذبة، ثم ذكرته الثانية وهي صادقة، طلقت الثانية دون الأولى، وتحصل البشارة بالمكاتبه، كما تحصل باللفظ، ولو أرسلت رسولاً، لم تطلق، لأن المبشر هو الرسول، ذكره البغوي.

فرع: قال: من أخبرتني منكما بكذا، فهي طالق، فلفظ الخبر يقع على الكذب والصدق، ولا يختص بالخبر الأول، فإذا أخبرته صادقتين أو كاذبتين معاً، أو على الترتيب، طلقنا جميعاً، وسواء قال: من أخبرتني منكما بقدوم زيد، أو من أخبرتني أن زيداً قدم، أو بأن زيداً قدم، وحكي وجهه، فيما إذا قال: من أخبرني بقدوم زيد، أنه لا يقع إذا أخبرته كاذبة، لأن الباء للإلصاق، فصار في معنى شرط القدوم في الإخبار، وبهذا قال الفوراني، والصحيح الأول.

فصل: تحته حفصة وعمرة، فقال: يا عمرة، فأجابته حفصة، فقال: أنت طالق، فإن قال: ظننت المحيبة عمرة، لم تطلق عمرة، لأنه لم يخاطبها بالطلاق، بل ظن ذلك، وظن الخطاب بالطلاق لا يقتضي وقوعه. ولهذا لو قال لزوجته: أنت طالق وهو يظنها زوجته الأخرى، طلقت المخاطبة دون المظنونة، ولو قال لأجنبية: أنت طالق وهو يظنها زوجته، لم يقع الطلاق على زوجته، وأما حفصة المخاطبة، فيقع عليها الطلاق على الأصح. وأشار بعضهم إلى أن الخلاف في الوقوع باطناً، وأنها تطلق ظاهراً بلا خلاف، هذا ترتيب الأصحاب. وقال الإمام: لو قيل: تطلق حفصة ظاهراً قطعاً، وفي عمرة وجهان: لكان محتملاً، ولو قال: علمت أن التي أجابني حفصة، سئل، فإن قال: قصدت طلاق حفصة، طلقت حفصة دون عمرة، لأن قوله محتمل، وإن قال: قصدت طلاق عمرة دون حفصة المحيبة، طلقت عمرة ظاهراً وباطناً، ويدل في حفصة، ويقع طلاقها ظاهراً على الصحيح، ولو كان النداء والجواب كما سبق، لكن قال بعد جواب حفصة: زينب طالق لامرأة له ثالثة، طلقت زينب دون حفصة وعمرة. ولو قال: أنت وزينب طالقان، طلقت زينب، ثم يسأل؟ فإن قال: ظننت المحيبة عمرة، لم تطلق عمرة، وتطلق حفصة على الأصح. وإن قال: علمت أن المحيبة حفصة، وقصدت طلاقها، طلقت دون عمرة، وإن قال: قصدت طلاق عمرة، طلقت عمرة ظاهراً وباطناً، وطلقت حفصة ظاهراً على الصحيح، وهذه المسألة ليست من التعليق في شيء، لكن التزام ترتيب الكتاب اقتضى جعلها هنا.

فصل: قال العبد لزوجته: إذا مات سيدي، فأنت طالق طلقتين، وقال السيد للعبد: إذا مت فأنت حر، فمات، نظر إن لم يحتمل الثلث جميع العبد رق ما زاد على الثلث، ومن بعضه رقيق كالقن في عدد الطلاق، فتقع الطلقتان، وليس له رجعتها ولا نكاحها إلا بمحلل، وإن احتمله الثلث عتق، وفي تحریمها عليه وجهان: أحدهما: لا تحل إلا بمحلل، وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: لا تحرم، فله رجعتها، وله تجديد نكاحها بلا محلل، لأن العتق والطلاق وقعا معاً، فلم يكن رقيقاً حال الطلاق حتى يفتقر إلى محلل، ولا تختص المسألة بموت السيد، بل يجري الخلاف في كل صورة تعلق عتق العبد، ووقوع طلقتين على زوجته بصفة واحدة، كما لو قال العبد: إذا جاء الغد، فأنت طالق طلقتين، وقال السيد: إذا جاء الغد فأنت حر، ولو قال العبد، إذا عتقت فأنت طالق طلقتين، وقال السيد: إذا جاء الغد فأنت حر، قال الشيخ أبو علي: إذا جاء الغد، عتق وطلقت طلقتين، ولا تحرم عليه بلا خلاف، لأن العتق سبق وقوع الطلاق، ولو علق السيد عتقه بموته، وعلق العبد

الطلقتين بآخر جزء من حياة السيد، انقطعت الرجعة، واشترط المحلل بلا خلاف، لأن الطلاق صادف الرق.

فرع: من له نكاح الأمة، نكح أمة مورثه، ثم قال لها: إذا مات سيدك؟ فأنت طالق، فمات السيد وورثه الزوج، انفسخ النكاح، ولم يقع الطلاق على الأصح، وقيل: يقع سواء كان على السيد دين مستغرق أم لا، وقيل: إن كان دين مستغرق، نفذ الطلاق تفريعاً على أن الدين يمنع انتقال الملك إلى الوارث، فعلى هذا، إذا قضى الدين، بان انتقال الملك إليه، وصار الدين كالمعدوم، والصحيح الأول. ولو علق الزوج طلاقها كما ذكرنا، وقال السيد: إذا مت، فأنت حرة، فإن خرجت من الثلث، عتقت وطلقت، وإلا عاد الخلاف في نفوذ الطلاق، فلو أجاز الزوج عتقها وكان حائزاً للإرث، أو أجاز معه باقي الورثة، فإن قلنا: الإجازة تنفيذ، طلقت، لأنها لم تدخل في ملك الوارث، وإن قلنا: عطية من الوارث، فقد دخلت في ملكه، ويكون وقوع الطلاق على الخلاف، ولو كاتبها السيد ومات، قال الشيخ أبو علي: في وقوع الطلاق الخلاف، لأن المكاتب يورث، ولهذا لو مات وبنته تحت مكاتبه، انفسخ النكاح، لأنها ورثت بعض زوجها، وإذا لم يكن الزوج وارثاً لسبب، وقع الطلاق والانفساخ قطعاً.

فرع: قال الحر لزوجته الأمة: إن اشتريتك، فأنت طالق، وقال سيدها: إن بعثتك، فأنت حرة، فباعها لزوجها، عتقت في الحال، لأننا إن قلنا: الملك في زمن الخيار للبائع أو موقوف، فالجارية ملكه، وقد وجدت الصفة، وإن قلنا: الملك للمشتري، فللبائع الفسخ، وإعتاقه فسخ، فتعود الجارية بالإعتاق إلى ملكه، وأما الطلاق، فقد أطلق ابن الحداد: أنه يقع، قال الأصحاب: هذا تفريع على أن الملك في زمن الخيار للبائع، فإن النكاح على هذا القول باقٍ، وقد وجد شرط الطلاق، فيقع، وكذا الحكم على قولنا: موقوف، لأنه لم يتم البيع، وأما إذا قلنا: الملك للمشتري، فلا يقع الطلاق على الأصح، كالمسألة السابقة في الفرع السابق، ولو قال: إن ملكتك بدل «اشتريتك»، لم يجيء فيه إلا هذا الخلاف الأخير، ولو اشترى زوجته الأمة وطلقها في زمن الخيار، فإن قلنا: الملك للبائع، نفذ الطلاق، وإن قلنا: للمشتري، فلا، وإن قلنا: موقوف، فإن لم يتم البيع، طلقت، وإلا فلا، قال الشيخ أبو علي: ومتى وقع الطلاق ثم تم البيع، فإن كان الطلاق رجعياً، فله الوطء بملك اليمين، ولا يلزم الصبر إلى انقضاء العدة، لأنها عدته، كما له نكاح مختلعه في العدة، وإن كان الطلاق بالثلاث، فليس له وطؤها بملك اليمين قبل محلل على الأصح.

فصل: قال: أنت طالق يوم يقدم زيد، فقدم نهاراً، طلقت، وهل يقع الطلاق عقب القدوم، أم نتبين وقوعه من طلوع الفجر؟ وجهان: أصحهما: الثاني، وبه قال ابن الحداد، لأن الطلاق مضاف إلى يوم القدوم، فأشبهه قوله: يوم الجمعة، فلو ماتت، ثم قدم زيد ذلك اليوم، فعلى الوجه الثاني، ماتت مطلقة، فلا يرثها الزوج إن كان الطلاق بائناً، وكذلك لو مات الزوج بعد الفجر، فقدم زيد في يومه، لم ترث هي منه، وعلى الوجه الأول ثبت الإرث، ولو خالعه في أول النهار ثم قدم، فعلى الوجه الأول الخلع صحيح، ولا تطلق بالقدوم، وعلى الثاني، الخلع باطل إن كان الطلاق المعلق بائناً، وإن كان رجعيّاً، فعلى الخلاف في خلع الرجعية، ولو كانت طاهراً في أول النهار فحاضت، ثم قدم، فعلى الوجه الثاني، تحسب بقية ذلك الطهر قُرءاً، وعلى الأول بخلافه، ويجري الخلاف فيما لو قال: عبيد حر يوم يقدم زيد، فباعه، ثم قدم زيد في يوم البيع، هل يصح البيع أم لا؟

ولو قدم زيد ليلاً، لم تطلق على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: وجهان: لأن اليوم قد يستعمل في مطلق الوقت.

فصل: قال: أنت طالق هكذا، وأشار بإصبع، طلقت طلقة، وإن أشار بإصبعين، فطلقتين، أو بثلاث فثلاثاً، قال الإمام: هذا إذا أشار إشارة مفهومة للطلقتين أو الثلاث، وإذا حصلت الإشارة المعتبرة، فقال: أردت الإشارة بالأصبعين المقبوضتين، صدق بيمينه للاحتمال، وإن قال: أردت واحدة، لم يقبل على الأصح. وقال صاحب «التقريب»: يقبل، وإن قال: أنت طالق، وأشار بالأصابع ولم يقل: هكذا، لم يحكم بوقوع العدد إلا بالنية، ولو قال: أنت هكذا، وأشار بأصبعه الثلاث، ففي فتاوى القفال: أنه إن نوى الطلاق، طلقت ثلاثاً، وإلا فلا، كما لو قال: أنت ثلاثاً ولم ينو بقلبه. وقال غيره: ينبغي أن لا تطلق وإن نوى، لأن اللفظ لا يشعر بطلاق.

قلت: هذا الثاني أصح، ويوافقه ما قطع به صاحب «المهذب» فقال: لو قال: أنت، وأشار بأصابعه الثلاث، ونوى الطلاق، لا يقع، لأنه ليس فيه لفظ طلاق، والنية لا يقع بها طلاق من غير لفظ. والله أعلم.

فرع: قال: إن دخلت الدار، أو كلمت زيداً، فأنت طالق، أو أنت طالق إن دخلت الدار، أو كلمت زيداً، طلقت بأيهما وجد، وتنحل اليمين، فلا يقع بالصفة الأخرى شيء، ولو قال: إن دخلت الدار، وإن كلمت زيداً، فأنت طالق، أو أنت طالق إن دخلت الدار، وإن كلمت زيداً، أو قال: إن دخلت هذه الدار، وإن دخلت الأخرى، فأنت طالق، أو قال: إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق، وإن دخلت

الأخرى، وقع بالصفتين طلقتان، وبإحادهما طلقة. ولو قال: إن دخلت وكلمت زيداً، فأنت طالق، فلا بد من وجودهما، وتقع طلقة واحدة، وسواء تقدم الكلام على الدخول أو تأخر، وأشار في «التتمة»، إلى وجه في اشتراط تقدم الدخول، تفريعاً على أن الواو تقتضي الترتيب.

ولو قال: إن دخلت الدار، فكلمت زيداً، أو ثم كلمت زيداً، فلا بد منهما، ويشترط تقدم الدخول، ولو قال: إن دخلت الدار، إن كلمت زيداً، فأنت طالق، أو قال: أنت طالق إن دخلت، إن كلمت، فلا بد منهما، ويشترط تقدم المذكور آخرّاً على المذكور أولاً، ويسمى هذا: اعتراض الشرط على الشرط، لأنه جعل الكلام شرطاً لتعليق الطلاق بالدخول، والتعليق يقبل التعليق، كما أن التنجيز يقبله، ولهذا يصح أن يقول لعبده: إن دخلت الدار فأنت مدّبر، ومن هذا الباب قوله تعالى: ﴿وَلَا يَفْعَلُوا نِصْحَ إِنْ أَرَدْتُ أَنْ أُنْصَحَ لَكُمْ إِنْ كَانَ اللَّهُ يُرِيدُ أَنْ يُغْوِيَكُمْ﴾ [هود: ٣٤]. وفي فتاوى القفال: أنه يشترط تقدم المذكور أولاً، فإن قدمت الثاني، لم تطلق، وهذا غريب ضعيف. ومال إمام الحرمين إلى أنه لا يشترط بالترتيب، ويتعلق الطلاق بحصولهما كيف كان، والصحيح الذي عليه الجماهير، هو الأول، قالوا: فإذا كلّمته في المثال المذكور ثم دخلت، طلقت، وإن دخلت ثم كلمته، لم تطلق. قال المتولي: وتنحل اليمين، فلو كلمته بعد ذلك ثم دخلت، لم تطلق، لأن اليمين تنعقد على المرة الأولى، وسواء كانت صيغة الشرط في الصفيتين «إن» أو غيرها، وسواء اتحدت الصيغة أم لا، حتى لو قال: أنت طالق إذا دخلت، إذا كلمت، أو قال: إن دخلت إن كلمت، أو بالعكس، أو قال: متى كلمت، فالحكم كما سبق، ولو قال: إن أعطيتك، إن وعدتك، إن سألتني فأنت طالق، اشترط وجود السؤال، ثم الوعد، ثم العطية، والمعنى: إن سألتني فوعدتك فأعطيتك فأنت طالق، وذكر صاحب «المهذب» أنه لو قال: إن سألتني إن أعطيتك إن وعدتك فأنت طالق اشترط السؤال، ثم الوعد، ثم العطية، لكن مقتضى ما تمهل أنه يشترط وجود الوعد، ثم العطية، ثم السؤال، والمعنى: إن سألتني وأعطيتك إن وعدتك، فأنت طالق، وكأنه صور رجوع الكل إلى مطلوب واحد، ولم ير للوعد معنى بعد العطية، ولا للسؤال معنى بعد الوعد والعطية، فحملة على ما ذكرناه.

فرع: قال: إن دخلت الدار فأنت طالق، إن كلمت زيداً، فقد يريد إذا دخلت الدار تعلّق طلاقها بالكلام، وقد يريد إذا كلمته تعلّق طلاقها بالدخول، فيراجع، ويعمل بتفسيره.

فرع: قال: إن كلمت زيداً وعمراً، أو بَكَراً مع عمرو، فأنت طالق، فإنما

تطلق إذا كلمت زيداً وعمراً، والأصح اشتراط كون بكر مع عمرو وقت تكليمه، كما لو قال: إن كلمت فلاناً وهو راكب.

فرع: قال المتولي: عادة البغداديين إذا أراد أحدهم تعليقاً بالدخول يقول: أنت طالق لا دخلت، كما يقول الحالف، والله لا أدخل، والمعنى: إن دخلت فأنت طالق، وعلى هذه العادة قال ابن الصباغ: لو قال: أنت طالق لا كلمت زيداً وعمراً وبكراً، فكلمتهم، طلقت وإن كلمت بعضهم، لم تطلق. ولو قال: لا كلمت زيداً ولا عمراً ولا بكراً، فأيهم كلمته طلقت.

فرع: ذكر ابن سريج، أنه لو قال: أنت طالق إن كلمت زيداً حتى يدخل عمرو الدار، أو إلى أن يدخل، فالغاية تتعلق بالشرط، لا بنفس الطلاق، والمعنى: أنت طالق إن كلمت زيداً قبل دخول عمرو الدار.

فصل: قال لنسوته الأربع: أربعكن طوالق إلا فلانة، أو إلا واحدة، قال القاضي حسين والمتولي: لا يصح هذا الاستثناء، ويطلقن جميعاً، لأن الأربع ليست صيغة عموم، وإنما هي اسم خاص لعدد معلوم خاص، فقوله: إلا فلانة، رفع للطلاق عنها بعد التنصيص عليها، فهو كقوله: طالق طلاقاً لا يقع. ومقتضى هذا التعليل، أنه لا يصح الاستثناء من الأعداد في الأقراء، ومعلوم أنه ليس كذلك. ومنهم من وجهه، بأن الاستثناء في المعين غير معتاد، وهذا يضعف بأن الإمام حكى عن القاضي، أنه قال: أربعكن إلا فلانة طوالق، صح الاستثناء، وادعى أن هذا معهود دون ذلك، وهذا كلام كما تراه. وقد حكينا في الإقرار أن الاستثناء صحيح من المعينات على الصحيح، ويستوي في الوجهين الإقرار والطلاق.

فصل: قيل له على وجه الاستخبار: أطلقت امرأتك، أو فارقتها، أو زوجتك طالق؟ فقال: نعم، فهذا إقرار بالطلاق، فإن كان كاذباً فهي زوجته في الباطن. فلو قال: أردت الإقرار بطلاق سابق وقد راجعتها، صدق. وإن قال: أبنتها وجددت النكاح، فعلى ما ذكرناه فيما إذا قال: أنت طالق في الشهر الماضي، وفسر بذلك. ولو قيل له ذلك على وجه التماس الإنشاء، فإن قال في الجواب: نعم، طلقت، ولا إشكال، وإن اقتصر على قوله: نعم، فهل هو صريح أم كناية؟ قولان: قال ابن الصباغ والرويانى وغيرهما: أظهرهما: أنه صريح، وقطع به بعضهم، وهو اختيار المزني، وفي كلام بعضهم إطلاق الخلاف بلا فرق بين التماس والاستخبار والإنشاء. والصحيح التفصيل الذي ذكرناه. ولو قيل له: طلقت زوجتك، فقال: طلقت، فقد قيل: هو كقوله: نعم. وقيل: ليس بصريح قطعاً، لأن «نعم» متعين

للجواب، وقوله: طلقت، مستقل بنفسه، فكأنه قال ابتداءً: طلقت واقتصر عليه، وقد سبق أنه لو اقتصر عليه فلا طلاق.

فرع: قيل له: ألك زوجة؟ فقال: لا، فقد نص في «الإملاء» أنه لا يقع به طلاق وإن نوى، لأنه كذب محض، وبهذا قطع كثير من الأصحاب، ولم يجعلوه إنشأً، ولا بأس لو فرق بين كون السائل مستخبراً أو ملتمساً لإنشاء، كما قد سبق في الفصل قبله، لأننا ذكرنا في كنايات الطلاق، أنه لو قال مبتدئاً: لست بزوجة لي، كان كناية على الأصح، وذكروا وجهين: في أنه صريح في الإقرار، أم كناية؟ قال القاضي حسين: هو صريح، والأصح أنه كناية، لاحتمال أنه يريد نفياً فائدة الزوجات، وبهذا قطع البغوي، ولها تحليفه أنه لم يرد طلاقها. ولو قال قائل: هذه زوجتك مشيراً إليها؟ فقال: لا، فهذا أظهر في كونه إقراراً بالطلاق.

فرع: قيل: أطلقت زوجتك؟ فقال: قد كان بعض ذلك، لم يكن إقراراً بالطلاق، لاحتمال التعليق، أو الوعد بالطلاق، أو خصومة تؤول إليه، ولو فسر بشيء من ذلك، قبل. وإن كان السؤال عن ثلاث، ففسر بواحدة قبل، وإن لم يفسر بشيء، قال المتولي: إن كان السؤال عن ثلاث، لزمه الطلاق، وإن كان عن واحدة، فلا، لأنها لا تبعض والأصل أن لا طلاق، وفي كل واحد من الطرفين نظر.

قلت: الصواب أنه لا يقع شيء، إلا أن يعرف به، سواء سئل عن ثلاث أو مطلقاً، للاحتتمالات المذكورة مع الأصل. والله أعلم.

فصل: أكل الزوجان تمرًا، وخلطا النوى، فقال: إن لم تميزي نوى ما أكلت عن نواي فأنت طالق، أو اختلطت دراهمها بدراهمه ونحو ذلك، فقال الأصحاب: تخلص من الحنث بأن يفرقها، بحيث لا يلتقي منها نواتان، فإن أراد التمييز الذي يحصل به التعيين، لم يتخلص بذلك. وفي صورة الإطلاق، احتمال للإمام، ولو قال: إن لم تعدّي الجوز الذي في هذا البيت اليوم، فأنت طالق، فقال الإمام: في طريق البر، وجهان: أحدهما: تأخذ من عدد تستيقنه، وتزيد واحداً حتى تستيقن أنه لا يزيد عليه، كما لو قال: إن لم تخبريني بعدده، والثاني: يلزم أن تبتدىء من الواحد، وتزيد حتى تنتهي إلى الاستيقان، قال الإمام: واكتفوا على الوجهين بذكر اللسان، ولم يعتبروا تولي العدّ فعلاً، قال: ولست أرى الأمر كذلك.

فرع: في فمها تمر، فقال: إن ابتلعته، فأنت طالق، وإن قذفتها، فأنت طالق، وإن أمسكتها، فأنت طالق، فتخلص من الحنث أن تأكل بعضها، وتقذف بعضها، هذا إذا وقع التعليق بالإمساك، آخرًا كما ذكرنا، ثم اتصل أكل البعض بآخر التعليق، فلو وجد مكث، فقد حصل الإمساك، ولو علق بالإمساك أولاً، وأكلت

البعض بعد تمام الأيمان، كان حائثاً في يمين الإمساك، ولو قال: إن أكلتها، فأنت طالق، وإن لم تأكلها فأنت طالق فلا خلاص بأكل البعض، فإن فعلته، حنث في يمين عدم الأكل، ولو علق على الأكل، فابتلعت، لم يحنث على الأصح، لأنه يقال: ابتلع، ولم يأكل، ذكره المتولي.

فرع: كانت تصعد سُلماً، فقال: إن نزلت، فأنت طالق، وإن صعدت، فأنت طالق، وإن مكثت، فأنت طالق، فيحصل الخلاص بالطرفة إن أمكنتها، وبأن تحمل فيصعد بها أو تنزل، وينبغي أن يكون الحمل بغير أمرها، وتخلص أيضاً بأن تضجع السُّلم على الأرض وهي عليه، وتقوم من موضعها، وبأن يكون بجنبه سلم آخر فينتقل إليه، فإن مضى في نصب سلم آخر زمان، حنث في يمين الوقوف.

فرع: قال: إن أكلت هذه الرمانة، أو إن أكلت رمانة، فأنت طالق، فأكلتها إلا حبة، لم يحنث، لأنه وإن كان يقال في العرف: أكل رمانة، فيقال أيضاً: لم يأكل كل الرمانة، ولو علق بأكل رغيف، فأكلته إلا فتاتاً، قال القاضي حسين: لا يحنث كحبة الرمان. وقال الإمام: إن بقي قطعة تحس، ويجعل لها موقع، لم يحنث، وربما ضبط ذلك بأن يسمى قطعة خبز، وإن دق مدركه، لم يظهر له أثر في بر ولا حنث، قال: وهذا مقطوع به عندي في حكم العرف، والوجه: تنزيل إطلاق القاضي على هذا التفصيل.

فرع: قال: إن لم تخبريني بعدد حبات هذه الرمانة قبل كسرهما، فأنت طالق، أو إن لم تخبريني بعدد ما في هذا البيت من الجوز اليوم، أو إن لم تذكر لي ذلك، فأنت طالق، قال الأصحاب: يتخلص بأن تبتدىء من عدد تستيقن أن الحبات أو الجوز لا تنقص عنه، وتذكر الأعداد بعد متوالية بأن تقول: مئة، مئة وواحد، مئة واثنان، وهكذا إلى أن تنتهي إلى عدد تستيقن أنه لا يزيد عليه، فتكون مخبرة عن ذلك العدد وذاكرة له، وهذا إذا لم تقصد التعيين والتعريف، وإلا فلا يحصل كما سبق.

وفي معنى هذه الصورة، ما إذا أكل تمرأ، وقال: إن لم تخبريني بعدد ما أكلت، فأنت طالق.

وما إذا اتهمها بسرقة، وقال: إن لم تصدقيني أسرقت أم لا، فأنت طالق، فتقول: سرقت وما سرقت.

فرع: وقع حجر من سطح، فقال: إن لم تخبريني الساعة من رماه، فأنت طالق، ففي فتاوى القاضي حسين: أنها إن قالت: رماه مخلوق، لم تطلق، وإن قالت: رماه آدمي، طلقت، لجواز أن يكون رماه كلب أو ريح، لأنه وجد سبب

الحنث، وشككنا في المانع، وشبهه بما إذا قال: أنت طالق إلا أن يشاء زيد اليوم، فمضى اليوم ولم يعرف مشيئته، فإنه يقع الطلاق على خلاف فيه سبق.

فرع: قال لثلاث نسوة: من لم تخبرني منكن بعدد ركعات الصلاة المفروضة، فهي طالق، فقالت واحدة: سبع عشرة، وقالت أخرى: خمس عشرة، وثالثة: إحدى عشرة، لم تطلق واحدة منهن، فالأول معروف، والثاني يوم الجمعة، والثالث في السفر، قاله القاضي والمتولي.

فرع: قال: كل كلمة كلمتيني بها إن لم أقل مثلها، فأنت طالق، فقالت المرأة: أنت طالق ثلاثاً، فطريقه أن يقول: أنت تقولين: أنت طالق ثلاثاً، أو تقول: أنت طالق ثلاثاً من وثاق، أو أنت طالق إن شاء الله، ولو قالت له: إذا قلت لك: طلقني ما تقول؟ فقال: أقول: طلقتك، لا يقع الطلاق، لأنه إخبار عما يفعل في المستقبل.

فرع: في يدها كوز ماء، فقال: إن قلبت هذا الماء، فأنت طالق، وإن تركته، فأنت طالق، وإن شربتيه أنت أو غيرك، فأنت طالق، فخلاصها بأن تضع فيه خرقة فتبلها به.

فرع: قال لها وهي في ماء جارٍ: إن خرجت منه فأنت طالق، وإن مكثت فيه فأنت طالق. قال الأصحاب: لا تطلق خرجت أم مكثت، لأن ذلك الماء فارقتها بجريانه، وفيه وفي نظائره احتمال للإمام بسبب العرف، وإن كان الماء راكداً، فالطريق أن يحملها إنسان في الحال.

فرع: لا بد من النظر في مثل هذه التعليقات إلى وضع اللسان، وإلى ما يسبق إلى الفهم في العرف الغالب، فإن تطابق العرف والوضع، فذاك، وإن اختلفا، فكلام الأصحاب يميل إلى اعتبار الوضع، والإمام والغزالي يريان اتباع العرف، وقد سبق في هذه الفروع أمثلة هذا.

فصل: في مسائل تجري في مخاصمة الزوجين ومشاتمتهما

وأغلب ما تقع إذا واجهت زوجها بمكروه، فيقول على سبيل المكافأة: إن كنت كذلك فأنت طالق، يريد أن يغيظها بالطلاق كما غاظته بالشتيم، فكأنه يقول: تزعمين أنني كذا فأنت طالق، فإذا قالت له: يا خسيس فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، نظر، إن أراد المكافأة كما ذكرنا، طلقت، سواء كان خسيساً أو لم يكن، وإن قصد التعليق، لم تطلق إلا بوجود الخسة، قال أبو الحسن العبادي: الخسيس: من باع دينه

بديناه، وأخس الأخساء، من باع آخرته بدنياه غيره، ويشبه أن يقال: الخسيس: من يتعاطى في العرف ما لا يليق بحاله لشدة بخله، فإن شك في وجود الصفة - ويتصور ذلك كثيراً في مسائل الشتم والإيذاء - فالأصل أن لا طلاق، وإن أطلق اللفظ ولم يقصد المكافأة، ولا حقيقة اللفظ، فهو للتعليق. فإن عم العرف بالمكافأة، كان على الخلاف السابق في أنه يراعي الوضع أو العرف، والأصح وبه قطع المتولي مراعاة اللفظ، فإن العرف لا يكاد ينضبط في مثل هذا، وأجاب القاضي حسين بمقتضى الوجه الآخر، ولو قالت: يا سفيه فقال: إن كنت كذلك، فأنت طالق، فإن قصد المكافأة، طلقت في الحال، وإن قصد التعليق، طلقت إن كان سفيهاً، وإن أطلق، فعلى الخلاف، ويمكن أن يحمل السفه على ما يوجب الحجر، وعلى هذا نظائر ما يقع به الشتم والإيذاء.

وتكلموا في كلمات يدخل بعضها في حد الإفحاش، ففي «التتمة» أن القواد: من يحمل الرجال إلى أهله ويخلي بينهم وبين الأهل، ويشبه أن لا يختص بالأهل، بل هو الذي يجمع بين الرجال والنساء بالحرام، وأن القرطبان الذي يعرف من يزني بزوجه ويسكت عليه، وأن قليل الحمية: من لا يغار على أهله ومحارمه، وأن القلاش: الذواق، وهو من يوهم أنه يشتري الطعام ليزوقه وهو لا يريد الشراء، وأن الديوث: من لا يمنع الناس الدخول على زوجته. وفي «الرقم» للعبّادي: أنه الذي يشتري جارية تغني للناس، وأن البخيل: من لا يؤدي الزكاة، ولا يقري الضيف فيما قيل، وأنه لو قيل له: يا زوج القحبة، فقال: إن كانت زوجتي بهذه الصفة فهي طالق، فإن قصد التخلص من عارها، وقع الطلاق، كما لو قصد المكافأة، وإلا فهو تعليق، فينظر: هل هي بالصفة المذكورة أم لا؟

قلت: القحبة: هي البغي، وهي كلمة مولدة ليست عربية. والله أعلم.

وأنه لو قال لها في الخصومة: إيش تكونين أنت، فقالت: وإيش تكون أنت، فقال: إن لم أكن منك بسبيل فأنت طالق، قال القاضي حسين: إن قصد التعليق لم تطلق، لأنها زوجته فهو منها بسبيل، وإن قصد المغايظة والمكافأة، طلقت. والمقصود إيقاع الفرقة وقطع ما بينهما، وأنها لو قالت لزوجها: أنت من أهل النار، فقال: إن كنت من أهل النار فأنت طالق، لم يحكم بوقوع الطلاق إن كان الزوج مسلماً، لأنه من أهل الجنة ظاهراً، وإن كان كافراً طلقت فإن أسلم بعد ذلك، تبينا أنها لم تطلق. ولو قالت: يا سفلة، فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، قال إسماعيل البوشنجي: الأولى أنه الذي يتعاطى الأفعال الدنيئة ويعتادها، ولا يقع ذلك على من يتفق منه نادراً، كاسم الكريم، والسيد في نقيضه. ولا يخفى أن النظر في تحقيق هذه

الأوصاف، إنما يحتاج إليه عند حمل اللفظ على التعليق، فأما إذا حمل على المكافأة، فيقع الطلاق في الحال.

فرع: الكوسج: من قل شعر وجهه مع انحسار الشعر عن عارضيه، وعن أبي حنيفة رحمه الله: أنه الذي عدد أسنانه ثمانية وعشرون.

فرع: قال أبو العباس الروياني: الغوغاء: من يخالط المفسدين والمنحرفين، ويخاصم الناس بلا حاجة. قال: والأحمق: من نقصت مرتبة أموره وأحواله عن مراتب أمثاله نقصاً بيناً بلا مرض ولا سبب.

قلت: قال صاحب «المهذب» و«التهذيب» في باب كفارة الظهار: الأحمق: من يفعل الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه. وفي «التتمة» و«البيان» أنه من يعمل ما يضره مع علمه بقبحه. وفي «الحاوي»: أنه من يضع كلامه في غير موضعه، فيأتي بالحسن في موضع القبيح، وعكسه. قال أبو العباس ثعلب: الأحمق: من لا ينتفع بعقله. والله أعلم.

فرع: قالت: يا جهودروي فقال: إن كنت كذلك فأنت طالق، وقصد التعليق، قال الإمام: وقعت المسألة في الفتاوى، وأكثروا في التعبير عن هذه الصفة، فقيل: هي صفرة الوجه، وقيل: الذلة والخساسة، وكان جوابنا فيه أن المسلم لا يكون بهذه الصفة، فلا يقع الطلاق. قال في «الوسيط»: وفيه نظر.

فرع: لو تخاصم الزوجان، فقال أبوها للزوج: لم تحرك لحيتك فقد رأيت مثلها كثيراً، فقال: إن كنت رأيت مثل هذه اللحية كثيراً، فابنتك طالق، فهذه كناية عن الرجولية والفتوة ونحوهما فإن حمل اللفظ على المكافأة، طلقت، وإلا فلا لكثرة الأمثال.

فرع: قال المتولي: لو نسب إلى فعل سيء كالزنا واللواط، فقال: من فعل مثل هذا فامرأته طالق، وكان ذلك فعله، لم يقع طلاقه، لأنه لم يوقع طلاقاً، وإنما غرضه ذم من يفعله، ولو قال لزوجته: سرقت أو زנית، فقالت: لم أفعل، فقال: إن كنت سرقت أو زנית فأنت طالق، حكم بوقوع الطلاق في الحال بإقراره السابق.

فصل: قال: إن خالفت أمري، فأنت طالق، ثم قال: لا تكلمي زيدا، فكلمته، قالوا: لا تطلق لأنها خالفت النهي دون الأمر، ولو قال: إن خالفت نهبي فأنت طالق، ثم قال: قومي، فقعدت، وقع لأن الأمر بالشيء نهى عن أضداده وهذا فاسد، إذ ليس الأمر بالشيء نهياً عن ضده فيما يختاره. وإن كان، فاليمين لا ينبنى عليه، بل على اللغة أو العرف، لكن في المسألة الأولى نظر بسبب العرف.

فصل: قال: أنت طالق إلى حين أو زمان، أو بعد حين، طلقت بمضي

لحظة؟ ولو قال: إذا مضى حقب أو عصر فأنت طالق، قال الأصحاب: يقع بمضي لحظة، وهو بعيد لا وجه له.

فصل: لو علق الطلاق بالضرب، طلقت إذا حصل الضرب بالسوط أو الوكر أو اللكز، ولا يشترط أن لا يكون حائل، ويشترط الإيلاء على الأصح، وقيل: لا يشترط، بل تكفي الصدمة، وإلى هذا مال الإمام، وقال: الإيلاء وحده لا يكفي، فإنه لو وضع عليه حجراً ثقيلاً، فانصدم تحته، لم يكن ضرباً وإن ألم. قال: والصدم وحده لا يكفي، فإنه لو ضربه بأنملة، لا يقال: ضربه، وكان المعترف في إطلاق اسم الضرب الصدم بما يؤلم، أو يتوقع منه إيلاء. واتفق الأصحاب، على أنه لا يقع الطلاق إذا كان المضروب ميتاً، وشذ الروياني فحكى فيه خلافاً، والعض وقطع الشعر لا يسمى ضرباً، فلا يقع به الطلاق، وتوقف المزني في البعض.

فصل: علق بالمس، طلقت بمس شيء من بدنه حياً أو ميتاً بلا حائل، ولا يقع بمس الظفر والشعر. قال الإمام: الوجه القطع بهذا وإن أثبتنا خلافاً في نقض الوضوء به، والأشبه مجيء الخلاف.

فصل: علق بقدم زيد، طلقت إذا قدم ركباً أو ماشياً، وإن قدم به ميتاً لم تطلق، وإن حمل وقدم به حياً، إن كان باختياره، طلقت، وإلا فلا على المذهب.

فصل: علق بقذف زيد، طلقت بقذفه حياً أو ميتاً، فلو قال: إن قذفت فلاناً في المسجد فأنت طالق، فالمعترف كون القاذف في المسجد. ولو قال: إن قتلته في المسجد، اشترط كون المقتول في المسجد، والفرق أن قرينة الحال تشعر بأن المقصود الامتناع مما يهتك حرمة المسجد، وهتك الحرمة إنما تحصل إذا كان القاذف والمقتول فيه دون عكسه، فإن قال: أردت العكس، قبل منه في الظاهر على الأصح. ولو قال: إن قذفت أو قتلت فلاناً في الدار، سئل عما أراد.

فصل: قال: إن رأيت زيدا فأنت طالق، فرأته حياً أو ميتاً أو نائماً، طلقت وإن كان الرائي أو المرئي مجنوناً أو سكران، ثم يكفي رؤية شيء من بدنه وإن قل، وقيل: يعتبر الوجه. ولو كان كله مستوراً بثوب، أو رأته في المنام لم تطلق، ولو رأته وهو في ماء صاف لا يمنع الرؤية أو من وراء زجاج شفاف، طلقت على الصحيح. ولو نظرت في المرأة أو في الماء فرأت صورته، لم تطلق، وفيه احتمال ضعيف للإمام. ولو قال للعمياء: إن رأيت زيدا فأنت طالق، قال الإمام: الصحيح أن الطلاق معلق بمستحيل، فلا يقع، وفي وجه: يحمل على اجتماعهما في مجلس، لأن الأعمى يقول: رأيت اليوم زيدا، ويريد الحضور عنده.

فرع: علق برؤيته أو رؤيتها الهلال، فهو محمول على العلم، فرؤية غير المعلق برؤيته كرؤيته وتمازج العدد كرؤيته، فيقع الطلاق به وإن لم ير الهلال.

ولو قال: أردت بالرؤية المعاينة، دُيِّنَ ويقبل أيضاً ظاهراً على الأصح. ولو كان المعلق برؤيته أعمى، لم يقبل التفسير بالمعاينة في الظاهر على الأصح. وحكى الحناطي فيما إذا أطلق ولم ينو شيئاً قولين في وقوع الطلاق برؤية الغير، هذا كله فيمن علق برؤية الهلال باللغة العربية، فلو علق بالعجمية، فعن القفال: أنه يحمل على المعاينة، سواء فيه البصير والأعمى، وادعى أن العرف الشرعي في حمل الرؤية على العلم، لم يثبت إلا في العربية، ومنع الإمام الفرق بين اللغتين. وفي «التهذيب» وجه: أنه يحمل في حق الأعمى على العلم. وإذا أطلق التعليق برؤية الهلال، حمل على أول شهر يستقبله، حتى لو لم ير في الشهر الأول، انحلت اليمين، قاله البغوي، وهو محمول على ما إذا صرح بالمعاينة أو فسر بها وقبلناه. قال البغوي: والرؤية في الليلة الثانية والثالثة، كهي في الأولى، ولا أثر لها بعد الثلاث، لأنه لا يسمى هلالاً بعد ثلاث. وفي «المهذب»: أنه لو لم يره حتى صار قمراً، لم تطلق، وحكى خلافاً فيما يصير به قمراً، هل هو باستدارته، أم بأن يبهز ضوءه؟

قلت: هذا المنقول عن «المهذب»، مذكور في «الحاوي»، وفيما تفرع عنه، والمختار ما ذكره البغوي. والله أعلم.

والمعتبر الرؤية بعد غروب الشمس، ولا أثر للرؤية قبله.

فصل: قال: إن كلمت زيدا فأنت طالق، فكلمته وهو سكران أو مجنون طلقت، قال ابن الصباغ: يشترط أن يكون السكران بحيث يسمع ويكلم، وإن كلمته وهو نائم أو مغشى عليه، أو هذت بكلامه في نومها وإغمائها لم تطلق. ولو كلمته وهي مجنونة، قال ابن الصباغ: لا تطلق. وعن القاضي حسين، أنها تطلق. والظاهر تخريجه على حث الناسي وأما كلامها في سكرها، فتطلق به على الأصح، إلا إذا انتهت إلى السكران الطافح. ولو خفضت صوتها بحيث لا يسمع وهو الهمس، لم تطلق وإن وقع في سمعه شيء وفهم المقصود اتفاقاً، لأنه لا يقال: كلمته، ولو نادته من مسافة بعيدة لا يسمع منها الصوت، لم تطلق، ولو حملت الريح كلامها ووقع في سمعه، فقد أشار الإمام إلى تردد فيه، والمذهب أنها لا تطلق. وإن كانت المسافة بحيث يسمع فيها الصوت، فلم يسمع لذهول أو شغل طلقت، فإن لم يسمع لعارض لغط أو ريح، أو لصمم به، فوجهان: أحدهما: تطلق، وبه أجاب الروياني، وكذا الإمام والغزالي في صورة اللغط، وأصحهما: عند البغوي: لا طلاق حتى يرتفع الصوت بقدر ما يسمع في مثل تلك المسافة مع ذلك العارض، فحينئذ يقع وإن لم

يسمع، ورأى الإمام القطع بالوقوع إذا كان اللغظ بحيث لو فرض معه الإصغاء لأمكن السماع، وكذا في تكليم الأصم إذا كان وجهه إليه وعلم أنه يكلمه، وقطع الحناطي بعدم الوقوع إذا كان الصم بحيث يمنع السماع، وحكي قولين فيما إذا قال: إن كلمت نائماً أو غائباً عن البلد، هل يقع الطلاق في الحال بناء على الخلاف في التعليق بالمستحيل. ويحتمل أن يقال: لا تطلق حتى تخاطبه مخاطبة المكلمين، وبنحو منه أجاب القاضي أبو الطيب فيما إذا قال: إن كلمت ميتاً أو حماراً.

فصل: إذا علق الطلاق بفعل شيء، ففعله وهو مكروه، أو ناسٍ للتعليق، أو جاهلٌ به، ففي وقوع الطلاق قولان، وذكر صاحب «المذهب» والروائي وغيرهما، أن الأظهر في الأيمان، أنه لا يحنث الناسي والمكروه، ويشبه أن يكون الطلاق مثله. وقطع الفقهاء بأنه يقع الطلاق. ولا يخرج على القولين في الأيمان، لأن التعويل في الأيمان على تعظيم اسم الله تعالى، والحنث هتك حرمة، والناسي والمكروه غير منتهك، والطلاق تعليق بصفة، وقد وجدت، والمذهب الأول، وعليه الجمهور.

قلت: قد رجح الرافعي في كتابه «المحرر» أيضاً، عدم الحنث في الطلاق واليمين جميعاً، وهو المختار للحديث الحسن: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان، وما استكرهوا عليه»، والمختار، أنه عام فيعمل بعمومه، إلا فيما دل دليل على تخصيصه، كغرامة المتلفات. والله أعلم.

ولو علق بفعل الزوجة، أو أجنبي، فإن لم يكن للمعلق بفعله شعور بالتعليق، ولم يقصد الزوج إعلامه، أو كان ممن لا يبالي بتعليقه، بأن علق بقدم الحجيح أو السلطان، طلقت بفعله في حالتي النسيان والإكراه على المذهب، وقيل: إن فعله مكروهاً، ففيه القولان، فكأنه لا فعل له، وإن كان المعلق بفعله عالماً بالتعليق، وهو ممن يبالي بتعليقه، وقصد المعلق بالتعليق منعه، ففعله ناسياً أو مكروهاً أو جاهلاً، ففيه القولان. ولو قصد منعها من المخالفة فنسيت، قال الغزالي: لا تطلق قطعاً لعدم المخالفة، ويشبه أن يراعى معنى التعليق ويترد الخلاف.

قلت: الصحيح قول الغزالي، ويقرب منه عكسه، وهو أنه لو حلف لا يدخل عمداً ولا ناسياً، فدخل ناسياً، فنقل القاضي حسين: أنه يحنث بلا خلاف. والله أعلم.

ولو علق بدخول طفل أو بهيمة أو سنور، فدخل، طلقت، قال الحناطي: ويحتمل المنع، وإن حصل دخولهم كرهاً، لم تطلق، قال: ويحتمل الوقوع، إذ لا قصد لهم، فلا أثر لإكراههم.

قلت: ذكر الإمام الرافعي رحمه الله هنا مسائل منثورة كثيرة جداً، متعلقة بتعليق

الطلاق وغيره، فقدمت منها جملاً وفرقتها على مواضع تليق بها مما سبق، وأذكر هنا باقيها إن شاء الله تعالى. والله أعلم.

قال لأربع نسوة: إن لم أطأ واحدة منكن اليوم، فصواحبه طوالق، فإن وطىء واحدة منهن ذلك اليوم، انحلت اليمين، وإن لم يطأ واحدة، طلقت كل واحدة طلقة. وإن قال: أيتكن لم أطأها اليوم، فإن الأخريات طوالق، فمضى اليوم، ولم يطأ واحدة، طلقن ثلاثاً ثلاثاً، وإن وطىء واحدة فقط، طلقت هي ثلاثاً، لأن لها ثلاث صواحب لم يطأهن، وطلقت الباقيات طلقتين طلقتين، لأن لها صاحبتين لم يطأهما، ولو وطىء امرأتين، طلقنا طلقتين، وطلقت الأخريان طلقة طلقة. ولو وطىء ثلاثاً طلقن طلقة طلقة، ولم تطلق الرابعة، لأنه ليس لها صاحبة غير موطوءة. ولو قال: أيتكن لم أطأها فالأخريات طوالق، ولم يقيد بوقت، فجميع العمر وقت له، فإن مات أو متن قبل الوطء، طلقت كل واحدة ثلاثاً قبيل الموت، وإن ماتت واحدة والزوج حي، لم يحكم بطلاق الميته، لأنه قد يطأ الباقيات ويطلق الباقيات طلقة طلقة. فلو ماتت ثانية قبل الوطء، تبينا وقوع طلقة على الأولى قبيل موتها، وطلقت كل واحدة من الباقيتين طلقة أخرى إن بقيتا في العدة. فإن ماتت الثالثة قبل الوطء، تبينا وقوع طلقتين على الأوليين قبيل موتهما، وطلقت الباقية طلقة ثالثة، فإن ماتت الرابعة قبل الوطء، تبينا وقوع الثلاث على الجميع.

فصل: قال: إن سرقت مني شيئاً فأنت طالق، فدفعت إليها كيساً، فأخذت منه شيئاً، لا تطلق، لأنه خيانة لا سرقة.

فرع: قال: إن كلمتك فأنت طالق، ثم أعاد مرة أخرى، طلقت. وإن قال: إن كلمتك فأنت طالق فاعلمي، طلقت بقوله: فاعلمي وقيل: إن وصله بالكلام الأول، لم تطلق، لأنه تمتته. وإن قال: إن كلمتك فأنت طالق، إن دخلت الدار فأنت طالق، فالتعليق الثاني تكليم، فتطلق. ولو قال: إن بدأتك بالكلام فأنت طالق، فقالت: إن بدأتك بالكلام فعبدني حر، ثم كلمها، ثم كلمته، فلا طلاق، ولا عتق. ولو قال لرجل: إن بدأتك بالسلام فعبدني حر، فقال الآخر: إن بدأتك بالسلام فعبدني حر، فسلم كل منهما على الآخر دفعة واحدة، لم يعتق عبد واحد منهما لعدم ابتداء كل واحد منهما على الآخر، وتنحل اليمين، فإذا سلم أحدهما على الآخر بعد ذلك، لم يعتق واحدة من عبديهما، ذكره الإمام.

فرع: قال المدين لصاحب الدين: إن أخذت مالك عليّ، فامرأتي طالق، فأخذه مختاراً، طلقت امرأة المدين، سواء كان مختاراً في الإعطاء أو مكرهاً، وسواء أعطى بنفسه أو بوكيله، أو استلبه صاحب الدين. قال البغوي: وكذا لو أخذه

السلطان ودفعه إليه. وفي كتب العراقيين أنه لا يقع الطلاق إذا أخذه السلطان ودفعه إليه، لأنه إذا أخذه السلطان برئت ذمة المدين، وصار المأخوذ حقاً لصاحب الدين، ولا يبقى له حق عليه، فلا يصير بأخذه من السلطان أخذاً حقه من المدين، ولو قضى عنه أجنبي. قال الداركي: لا تطلق، لأنه بدل حقه لاحقه بنفسه. ولو قال: إن أخذت حقك مني، لم تطلق بإعطاء وكيله، ولا بإعطاء السلطان من ماله. فإن أكرهه السلطان حتى أعطى بنفسه، فعلى القولين في المكروه. ولو قال: إن أعطيتك حقك، فأعطاه باختياره، طلقت، سواء كان الآخذ مختاراً في الآخذ أم لا، ولا تطلق بإعطاء الوكيل والسلطان.

فرع: قال: أنت طالق مريضة، بالنصب، لم تطلق إلا في حال المرض. ولو قال: أنت طالق مريضة، بالرفع، فقل: تطلق في الحال. وقوله: مريضة، صفة، واختيار ابن الصباغ الحمل على اشتراط المرض حملاً على الحال، وإن كان لحناً في الإعراب.

فرع: قال لامرأته: إن دخلتما هاتين الدارين فأنتما طالقان، فدخلت كل واحدة إحدى الدارين، فهل تطلقان، أم لا تطلقان؟ وجهان وإن قال: إن أكلتما هذين الرغيفين، وأكلت كل واحدة منهما رغيفاً، تطلقان، لأنهما أكلتاها، ولا يمكن أكل واحدة من الرغيفين، بخلاف دخول الدارين.

قلت: الأصح في مسألة الدارين عدم الطلاق، صححه صاحب «المهذب» وغيره، والمذهب في الرغيفين الوقوع، وطرد صاحب «المهذب» فيه الوجهين. والله أعلم.

فرع: لو قالت لزوجها: أنت تملك أكثر من مئة، فقال: إن كنت أملك أكثر من مئة فأنت طالق، وكان يملك خمسين، فإن قال: أردت: لا أملك زيادة على مئة، لم تطلق، وإن قال: أردت أنني أملك مئة بلا زيادة، طلقت، وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان:

قلت: الصحيح لا تطلق. والله أعلم.

وإن قال: إن كنت أملك إلا مئة، وكان يملك خمسين، فقد قيل: تطلق على الوجهين.

فرع: قال: إن خرجت إلا بإذني، فأنت طالق، فالمسألة تأتي بفروعها في «كتاب الأيمان» إن شاء الله تعالى. فإن قال: إن خرجت إلى غير الحمام بغير إذني فأنت طالق، فخرجت إلى الحمام، ثم قضت حاجة أخرى، لم تطلق، وإن خرجت

لحاجة أخرى، ثم عدلت إلى الحمام، طلقت، وإن خرجت إلى الحمام وغيره، ففي وقوع الطلاق وجهان:

قلت: الأصح الوقوع، وممن صححه الشاشي. والله أعلم.

فرع: خرجت إلى دار أبيها، فقال: إن رددتها إلى داري أو ردها أحد فهي طالق، فاكترت بهيمة وعادت إلى داره مع المكاربي، لم تطلق، لأن المكاربي لم يردّها، بل صحبها. ولو عادت ثم خرجت فردها الزوج، لم تطلق، إذ ليس في اللفظ ما يقتضي التكرار.

فصل: في فتاوى القفال أنه لو قال: المرأة التي تدخل الدار من نسائي طالق، لم يقع طلاق قبل الدخول. فلو أشار إلى واحدة وقال: هذه التي تدخل الدار طالق، طلقت في الحال وإن لم تدخل، وأنه لو ادعت عليه أنه نكحها فأنكر، فالأصح أنه ليس لها أن تنكح غيره، ولا يجعل إنكاره طلاقاً، بخلاف ما لو قال: نكحتها وأنا أجد طول حرة، يجعل ذلك فرقة بطلقة، لأن هناك أقر بالنكاح وادعى مفسداً. وقيل: يتلطف به الحاكم حتى يقول: إن كنت نكحتها فقد طلقته، وأنه لو قال: حلال الله عليّ حرام لا أدخل هذه الدار، كان ذلك تعليقاً وإن لم يكن فيه أداة تعليق. وأنه لو قال: حلفت بطلاقك أن لا تخرجي، ثم قال: ما حلفت، بل قصدت تقريعها، لا تقبل ظاهراً ويدين، وأنها لو قالت: اجعل أمر طلاقبي بيدي، فقال: إن خرجت من هذه القرية أجعل أمر طلاقك إليك، فقالت: أخرج. فقال: جعلت أمرك بيدك، فقالت: طلقت نفسي، فإن ادعى أنه أراد بعد خروجها من القرية، صدق، وإلا طلقت في الحال، وأنه لو قال: إن أبرأتني من دينك فأنت طالق، فأبرأته، وقع الطلاق بائناً. ولو قال: إن أبرأت فلاناً فأبرأته، وقع رجعيّاً. وأنه لو قال لأم امرأته: بنتك طالق، ثم قال: أردت البنت التي ليست زوجتي، صدق.

وأنه لو قال: إن فعلت ما ليس لله تعالى فيه رضى فأنت طالق، فتركت صوماً أو صلاة، ينبغي أن لا تطلق، لأنه ترك وليس بفعل، فلو سرت أو زنت، طلقت.

فصل: عن الشيخ أبي عاصم العبادي أنه لو قال: أنت طالق، يا طالق، لا طلقتك، وقع طلقتان. وأنه لو قال: إن وطئت أمتي بغير إذنك فأنت طالق، فاستأذنها، فقالت: طأها في عينها، لا يكون إذناً.

وأنه لو كان له أمة وزوجة حرة، فدعا الأمة إلى فراشه، فحضرت الحرة، فوطئها، فقال: إن لم تكوني أحلى من الحرة فهي طالق وهو يظنها الأمة، فقال أبو حامد المروزي: تطلق، لأنها هي الحرة، فلا تكون أحلى من الحرة، وحكى أبو

العباس الروياني وجهاً أنها لا تطلق لأن عنده أنه يخاطب غيرها، وهذا أصح، وبه أفتى الحناطي.

فصل: سئل القاضي حسين عمن حلف بالطلاق ليقرأن عشراً من أول سورة البقرة بلا زيادة، ويقف، وللقراء اختلاف في رأس العشر، فقال: ما أدى إليه اجتهد المفتي أخذ به المستفتي.

وعن امرأة صعدت بالمفتاح السطح، فقال: إن لم تلقي المفتاح فأنت طالق، فلم تلقه ونزلت، قال: لا يقع الطلاق، ويحمل قوله: إن لم تلقه على التأبيد، كما قال أصحابنا فيمن دخل عليه صديقه فقال: تغد معي، فامتنع فقال: إن لم تتغد معي فامرأتي طالق، فلم يفعل، لا يقع الطلاق ولو تغدى بعد ذلك معه، وإن طال الزمان، انحلت اليمين. فإن نوى أن يتغدى معه في الحال، فامتنع، وقع الطلاق، ورأى البغوي حمل المطلق على الحال للعادة.

وأنه لو قال: إن لم تبيعي هذه الدجاجات فأنت طالق، فقتلت واحدة منهن، طلقت لتعذر البيع، وإن جرحتها ثم باعته، فإن كانت بحيث لو ذبحت لم تحل، لم يصح البيع، ووقع الطلاق، وإلا فتنحل اليمين.

وأنه لو قال: إن قرأت سورة البقرة في صلاة الصبح فأنت طالق، فقرأها، ثم فسدت صلاته في الركعة الثانية، لم تطلق على الصحيح، لأن الصلاة عبادة واحدة يفسد أولها بفساد آخرها.

وأنه لو قال: مهما قبلتك فضرتك طالق، فقبلها بعد موتها، لم تطلق الضرة، ولو قال لوالدته: متى قبلتك فامرأتي طالق، فقبلها بعد موتها، طلقت امرأتها. والفرق أن قبله المرأة قبله بشهوة، ولا شهوة بعد الموت، وقبله الأم قبله كرامة، فيستوي فيها الحياة والموت. وأنه لو قال: إن غسلت ثوبي فأنت طالق، فغسلته أجنبية، ثم غمسته المحلوف بطلاقها في الماء تنظيفاً له، لم تطلق لأن العرف في مثل هذا يغلب. والمراد في العرف، الغسل بالصابون والأشنان ونحوهما، وإزالة الوسخ. وقال غير القاضي: إن أراد الغسل من الوسخ، لم تطلق، وإن أراد التنظيف، فلا، فإن أطلق قال: لا أجيب فيه.

فصل: في فتاوى البغوي أنه لو طلقها ثلاثاً ثم قال: كنت حرمتها على نفسي قبل الطلاق، لم يقبل قوله.

وأنه لو قال: إن ابتلعت شيئاً فأنت طالق، فابتلعت ريقها، طلقت. فإن قال: أردت غير الريق، صدق في الحكم، وإن قال: إن ابتلعت الريق، طلقت بابتلاع ريقها وبريق غيرها. فإن قال: أردت ريقك خاصة، قبل في الحكم. وإن قال: أردت ريق

غيرك، دين ولم يقبل في الحكم. وأنه لو قال: إن ضربتك فأنت طالق، فقصد بالضرب غيرها، فأصابها، طلقت، ولم يقبل قوله، لأن الضرب يقين ويحتمل.

وأنه لو نادى أمه فقال: إن لم تجبني أُمِّي فامرأتي طالق، فإن رفعت الأم صوتها في الجواب بحيث يسمع في تلك المسافة، لم تطلق، وإلا فتطلق، وأنه لو قال: إن دخلت على فلان داره، فامرأتي طالق، فجاء فلان وأخذ بيده وأدخله الدار، فإن دخلاً معاً، لم تطلق. وإن دخل فلان أولاً، طلقت. وأنه لو حلف لا يخرج من البلد حتى يقضي دين فلان بالعمل، فعمل له ببعض دينه وقضى الباقي من موضع آخر ثم خرج، طلقت. فإن قال: أردت أني لا أخرج حتى أخرج إليه من دينه وأقضي حقه، قبل قوله في الحكم.

فصل: عن أبي العباس الروياني أنه إذا طلق امرأته، فقبل له: طلقت امرأتك؟ فقال: طلقة واحدة، يقبل قوله، لأن قوله: طلقتها، صالح للابتداء، غير متعين للجواب. وأنه لو قال: إن سرقت ذهباً فأنت طالق، فسرت ذهباً مغشوشاً، طلقت على الصحيح. وأنه لو قال: إن أجبتني عن خطابي فأنت طالق، ثم خاطبها، فقرأت آية تتضمن جوابه، فإن قالت قصدت بقراءتها جوابه، طلقت. وإن قالت: قصدت القراءة أو لم تبين قصدها، فلا طلاق. وأنه لو قال: إن لم تستوفي حقك من تركة أبيك تماماً فأنت طالق، وكان إخوتها قد أئلفوا بعض التركة، فلا بد من استيفاء حصتها من الباقي وضمان التالف، ولا يكفي الإبراء، لأن الطلاق معلق بالاستيفاء، إلا أن الطلاق إنما يقع عند اليأس من الاستيفاء. وأنه لو أشار إلى ذهب وحلف بالطلاق أنه الذي أخذه من فلان، وشهد عدلان أنه ليس ذلك الذهب، طلقت على الصحيح، لأنها وإن كانت شهادة على النفي، إلا أنه نفي يحيط العلم به. وأنه لو حلف بالطلاق أنه لا يفعل كذا، فشهد عدلان عنده أنه فعله، وظن صدقهما، لزمه الأخذ بالطلاق، وأنه لو كان له نسوة ففتحت إحداهن باباً، فقال: من فتحت منكن فهي طالق. فقالت كل واحدة: أنا فتحت، لم يقبل قولهن لإمكان البينة. فإن اعترف الزوج أنه لا يعرف الفتحة، لم يكن له التعيين، وإنما يرجع إلى تعيينه إذا كان الطلاق مبهماً. وأنه لو حلف بالطلاق أنه بعث فلاناً إلى بيت فلان، وعلم أن المبعوث لم يمض، فقبل: يقع الطلاق لأنه لا يقتضي حصوله هناك، والصحيح أنه لا طلاق لأنه يصدق أن يقال: بعثته، فلم يمتثل، وأنه لو قال: إن لم تطيعني فأنت طالق، فقالت: لا أطيعك. فقبل: تطلق في الحال، والصحيح أنها لا تطلق حتى يأمرها بشيء فتمتنع، أو ينهاها عنه فتفعله، وأنه لو قال: امرأتي طالق إن دخلت دارها ولا دار لها وقت الحلف، ثم ملكت داراً، فدخلها، طلقت. وأنه لو قال: إن

لم تكوني الليلة في داري فأنت طالق، ولا دار له، ففي وقوع الطلاق وجهان: بناء على التعليق بالمحال. وأنه لو قال: امرأتي هذه محرمة عليّ، لا تحل لي أبداً، فلا طلاق، لأنه قد يظن تحريمها باليمين على ترك الجماع، وليس اللفظ صريحاً في الطلاق. وقيل: يحكم بالبينونة بهذا اللفظ، والأول أصح. وأنه لو قيل لمن يسمى زيداً: يا زيد، فقال: امرأة زيد طالق، طلقت امرأته. وقيل: لا تطلق إلا أن يريد نفسه. وأنه لو قال: إن أحببت كلامي فأنت طالق، ثم خاطب الزوج غيرها، فأجابته، فالصحيح أنها لا تطلق. وأنه لو قال: إن خرجت من الدار بغير إذني فأنت طالق، فأخرجها هو، هل يكون إذن؟ وجهان: القياس المنع. وأنه لو عزل عن القضاء، فقال: امرأة القاضي طالق، ففي وقوع طلاقه وجهان: وأنه لو قيل: طلقت امرأتك، فقال: اعلم أن الأمر على ما تقوله، لم يكن إقراراً بالطلاق على الأصح. وأنه لو جلس مع جماعة فقام ولبس خف غيره، فقالت له: استبدلت بخفك ولبست خف غيرك، فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك، فإن كان خرج بعد خروج الجماعة، ولم يبق هناك إلا ما لبسه، لم تطلق، لأنه لم يستبدل، بل استبدل الخارجون قبله، وإن بقي غيره، طلقت.

قلت: هذا الكلام ضعيف في الطرفين جميعاً، بل صواب المسألة أنه إن خرج بعد خروج الجميع، نظر، إن قصد أني لم أجد بدله، كان كاذباً، فإن كان عالماً بأنه أخذ بدله، طلقت، وإن كان ساهياً، فعلى قولي طلاق الناسي، وإن لم يكن قصد، خرج على الخلاف السابق، في أن اللفظ الذي تختلف دلالاته بالوضع والعرف، على أيهما يحمل لأن هذا يسمى استبدالاً في العرف. وأما إن خرج وقد بقي بعض الجماعة، فإن علم أن خفه مع الخارجين قبله، فحكمه ما ذكرنا، وإن علم أنه كان باقياً، أو شك، ففيه الخلاف في تعارض الوضع والعرف. والله أعلم.

وأنه لو رأى امرأته تنحت خشبة، فقال: إن عدت إلى مثل هذا الفعل فأنت طالق، فنحتت خشبة من شجرة أخرى، ففي وقوع الطلاق وجهان لأن النحت كالنحت، لكن المنحوت غيره.

قلت: الأصح الوقوع. والله أعلم.

وأنه لو قال: إن لم تخرجي الليلة من داري فأنت طالق، فخلعها مع أجنبي في الليل وجدد نكاحها ولم تخرج، لم تطلق.

وأنه لو حلف لا يخرج من البلد إلا معها، فخرج، وتقدم معها بخطوات، فوجهان: أحدهما: لا يحنث للعرف. والثاني: يحنث، ولا يحصل البر إلا بخروجهما معاً بلا تقدم، وأنه لو حلف أن لا يضربها إلا بالواجب، فشتمته، فضربها

بالخشب، طلقت لأن الشتم لا يوجب الضرب بالخشب، وإنما تستحق به التعزير، وقيل خلافه.

قلت: الأصح، لا تطلق هنا، ولا مسألة التقدم بخطوات يسيرة. والله أعلم.

وأنه لو قال لزوجته: إن علمت من أختي شيئاً فلم تقولي له لي فأنت طالق، انصرف ذلك إلى ما يوجب ريبه ويوهم فاحشة، دون ما لا يقصد العلم به، كالأكل والشرب، ثم لا يخفى أنه لا يشترط أن تقوله على الفور، وأنها لو سرقت منه ديناراً فحلف بالطلاق لتردينه عليه، وكانت قد أنفقت، لا تطلق حتى يحصل اليأس من رده بالموت، فإن تلف الدينار وهما حيان، فوقع الطلاق على الخلاف في الحنث بفعل المكره.

قلت: إن تلف بعد التمكن من الرد، طلقت على المذهب. والله أعلم.

وأنه لو سمع لفظ رجل بالطلاق، وتحقق أنه سبق لسانه إليه، لم يكن له أن يشهد عليه بمطلق الطلاق. وأنه لو قال: إن رأيت الدم فأنت طالق، فالظاهر حمله على دم الحيض. وقيل: يتناول كل دم. وأنه لو قال: إن دخلت هذه الدار، فأنت طالق، وأشار إلى موضع من الدار، فدخلت غير ذلك الموضع من الدار، ففي وقوع الطلاق وجهان:

قلت: أصحهما: الوقوع ظاهراً، لكنه إن أراد ذلك الموضع، دين. والله أعلم.

وأنه لو قال: إن كانت امرأتي في المأتم، فأمتي حرة، وإن كانت أمتي في الحمام، فامرأتي طالق، وكانتا عند التعليقين كما ذكر، عتقت الأمة، ولم تطلق الزوجة، لأن الأمة عتقت عند تمام التعليق الأول، وخرجت عن كونها أمتة، فلا يحصل شرط الطلاق. ولو قدم ذكر الأمة فقال: إن كانت أمتي في المأتم فامرأتي طالق، وإن كانت امرأتي في الحمام، فأمتي حرة، فكانتا كما ذكر، طلقت الزوجة. ثم إن كانت رجعية، عتقت الأمة أيضاً، وإلا فلا. ولو قال: إن كانت هذه في المأتم، وهذه في الحمام، فهذه حرة، وهذه طالق، وكانتا، حصل العتق والطلاق. وأنه لو قال: إن كان هذا ملكي فأنت طالق، ثم وكل من يبيعه، هل يكون إقراراً بأنه ملكه؟ وجهان: وكذا لو تقدم التوكيل على التعليق.

قلت: إذا تقدم التوكيل، يبعد وقوع الطلاق، إذ لم يوجد حال التعليق ولا بعده ما يقتضي الإقرار، والمختار في الحاليتين أنه لا طلاق، إذ يحتمل أن يكون وكيلاً في التوكيل ببيعه، أو كان لغيره وله عليه دين، وقد تعذر استيفاؤه، فيبيعه ليطمئنك ثمنه، أو باعه غصباً، أو باعه بولاية كالوالد والوصي والناظر. والله أعلم.

وأنه لو كان بين يديه تفاحتان، فقال لزوجته: إن لم تأكلي هذه التفاحة اليوم فأنت طالق، وقال لأُمته: إن لم تأكلي الأخرى اليوم فأنت حرة، واشتبهت التفاحتان، فوجهان: أحدهما: أن الطريق أن تأكل كل واحدة تفاحة، فلا يقع عتق ولا طلاق للشك، والثاني: تأكل كل واحدة ما ظنت هي والزوج أنها تفاحتها. ولو خالغ الزوج وباع الأمة في يومه، ثم جدد النكاح والشراء، تخلص من الحنث. وقيل: يبيع الأمة للمرأة في يومه، وتأكل المرأة التفاحتين، وأنه لو قال لامرأته: كلما كلمت رجلاً فأنتما طالقان، ثم قال لرجلين: اخرجا، طلقنا. ولو قال: كلما كلمت رجلاً فأنت طالق، فكلم رجلين بكلمة، طلقت طلقتين على الصحيح، وقيل: طلقة. وأنه لو قال: أنت طالق إن تزوجت النساء، أو اشتريت العبيد، لم تطلق إلا إذا تزوج ثلاث نسوة، أو اشترى ثلاثة أعبد. وأنه لو حلف لا يخرج من الدار، فتعلق بغصن شجرة في الدار، والغصن خارج، حنث على الأصح. وأنه لو قال: إن لم تصومي غداً فأنت طالق، فحاضت، فوقع الطلاق على الخلاف في المكروه. وأن لو قال لسوته الأربع: من حمل منك هذه الخشبة فهي طالق، فحملها ثلاث منهن، فإن كانت خشبة ثقيلة لا تستقل بحملها واحدة، طلقن. وإن استقلت، لم تطلق واحدة منهن. وقيل: يطلقن. وأنه لو قال: أنت طالق إن لم أطأك الليلة، فوجدها حائضاً أو محرمة، فعن المزني أنه حكى عن الشافعي، ومالك، وأبي حنيفة أنه لا طلاق، فاعترض وقال: يقع، لأن المعصية لا تعلق لها باليمين، ولهذا لو حلف أن يعصي الله تعالى، فلم يعص، حنث. وقيل ما قاله المزني هو المذهب، واختيار القفال. وقيل: على القولين، كفوات البر بالإكراه.

وأنه لو قال: إن لم أشبعك من الجماع الليلة فأنت طالق، فقيل: يحصل البر إذا جامعها وأقرت أنها أنزلت. وقيل: يعتبر مع ذلك أن تقول: لا أريد الجماع ثانياً، فإن كانت لا تنزل، فيجامعها إلى أن تسكن لذاتها، وإن لم تشته الجماع فيحتمل أن يبنى على الخلاف في التعليق بالمحال. وأن الوكيل بالطلاق إذا طلق لا يحتاج إلى نية إيقاع الطلاق عن موكله في الأصح. وأنه إن قال: إن بت عندك الليلة فأنت طالق، فبات في مسكنها وهي غائبة، لم تطلق. وأنه لو قال: إن لم أصطد ذلك الطائر اليوم فأنت طالق، فاصطاد طائراً، وادعى أنه ذلك الطائر، قبل، للاحتمال، والأصل النكاح. فإن قال الحالف: لا أعرف الحال واحتمل الأمرين، فيحتمل وقوع الطلاق وعدمه.

قلت: الأصح عدمه كما سبق في آخر الباب الرابع في المسألة: أنت طالق إن لم يدخل زيد اليوم الدار وجهل دخوله. والله أعلم.

ولو قال: أنت طالق الطلقة الرابعة، فهل تطلق؟ وجهان يقربان من الخلاف في التعليق بالمحال.

فصل: ذكر إسماعيل البوشنجي أنه لو حلف بالطلاق لا تساكنه شهر رمضان، تعلق الحنث بمساكنة جميع الشهر، ولا يحنث ببعضه، وبهذا قال إمام العراقيين، يعني أبا بكر الشاشي، وعن محمد بن يحيى: يحنث بمساكنة ساعة منه، كما لو حلف لا يكلمه شهر رمضان، يحنث بتكليمه مرة. وأنه لو قال: امرأتي طالق إن أفطرت بالكوفة، وكان يوم الفطر بالكوفة، فلم يأكل ولم يشرب، فمقتضى المذهب أنه لا تطلق، لأن الإفطار محمول على تناول مأكول أو مشروب، وأنه لو حلف أنه لا يعيد بالكوفة، فأقام معها يوم العيد، ولم يخرج إلى العيد، حنث ويحتمل المنع. ولو قال: إن أكلت اليوم إلا رغيفاً فأنت طالق، فأكلت رغيفاً ثم فاكهة، طلقت. ولو قال: إن أكلت أكثر من رغيف، فأكلت خبزاً بإدام، طلقت أيضاً. وأنه لو قال: إن أدركت الظهر مع الإمام فأنت طالق، فأدركته فيما بعد الركعة الأولى، لم تطلق على قياس مذهبنا، لأن الظهر عبارة عن الركعات الأربع، ولم يدركها.

قلت: هذا فيه نظر، فإنه يقال: أدرك الجماعة، وأدرك صلاة الإمام، ولكن الظاهر أنه لا يقع، لأن حقيقته إدراك الجميع، ومنه الحديث: «ما أدركتم فصلوا، وما فاتكم فاقضوا»^(١). والله أعلم.

وأنه لو طلق نسوته طلاقاً رجعيّاً، ثم قال: كل واحدة أراجعها فهي طالق كلما كلمت فلاناً، فراجع امرأة، ثم كلم فلاناً، ثم راجع أخرى، طلقت الأولى دون الثانية، لأن شرط الحنث المراجعة قبل الكلام، فإن كلمه مرة أخرى، طلقت الثانية أيضاً. وأنه لو قال: آخر امرأة أراجعها فهي طالق، فراجع نسوة، ومات، يقع الطلاق على آخرهن مراجعة باليقين. حتى لو انقضت عدتها من ذلك الوقت، لم ترثه. وإن كان وطنها، فعليه مهر مثلها. وأنه إذا علق الطلاق على النكاح، فهو محمول على العقد دون الوطء، إلا إذا نوى. وأنه لو تخاصم الزوجان في المراودة، فقال: إن لم تجيئي إلى الفراش الساعة فأنت طالق، ثم طالت الخصومة حتى مضت الساعة، ثم جاءت إلى الفراش، فالقياس أنها طلقت. وأنه لو قال: إن كلمت بني آدم فأنت طالق، فالقياس أنها لا تطلق بكلام واحد ولا اثنين، إلا إذا أعطيناها حكم

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٣٦، ٩٠٨) ومسلم في صحيحه برقم (٦٠٢) وأبو داود في سننه برقم (٥٧٢) والترمذي في سننه برقم (٣٢٩) والنسائي في سننه برقم (٨٦٠).

الجمع . وأنه لو قال : إن دخلت الدار فعبدني حر ، أو كلمت فلاناً فامرأتني طالق ، سألناه لتبين أي اليمينين أراد منهما ، فما أراد تقرر .

وأنه لو قال : أنت طالق في الدار ، فمطلق هذا يقتضي وقوع الطلاق إذا دخلت هي الدار .

وأنه لو قال : إن ملكتما عبداً فأنت طالق ، فشرط الحنث على ما يقتضيه القياس ، أن يملكاه معاً ، حتى لو ملك أحدهما عبداً ثم باعه لصاحبه ، لا يحنث . ولو قال : إن لبست قميصين فأنت طالق ، فلبستهما متوالين ، طلقت على قياس المذهب . وأنه لو قال : إن اغتسلت في هذه الليلة فأنت طالق ، فاغتسل فيها من غير جنابة ، وقال : قصدت بيمينني غسل الجنابة ، فالقياس أنه يدّين ولا يقبل ظاهراً ، وأنه لو حلف في جنح الليل أنه لا يكلم فلاناً يوماً ، ولا نية له ، فعليه أن يمتنع من كلامه في اليوم الذي يليه ، ولا بأس بأن يكلمه في بقية الليل ، وأنه لو قال : أنت طالق إن دخلت الدار ثنتين أو ثلاثاً أو عشرة ، فهو مجمل ، فإن قال : أردت أنها تطلق واحدة إن دخلت الدار مرتين ، أو ثلاثاً ، صدق ، فإن اتهم ، حلف ، وإن أراد وقوع الطلاق بالعدد المذكور ، وقع الثلاث ، ولغت الزيادة ، وأنه لو قال : إن خرجت من الدار فأنت طالق ، وللدّار بستان بابه مفتوح إليها ، فخرجت إلى البستان ، فالذي يقتضيه المذهب أنه إن كان بحيث يعد من جملة الدار ومرافقها لا تطلق ، وإلا فتطلق .

وأنه لو قال لأبويه : إن تزوجت ما دمتما حيين ، فامرأتني هذه طالق ، فمات أحدهما ، فتزوج ، ينبغي أن لا يقع طلاقه . وأنه لو حلف لا يطعنه بنصل هذا الرمح أو السهم ، فنزع النصل ، وجعله في رمح آخر وطعنه به ، حنث . وأنه لو قال : إن شتمتني ولعنتني فأنت طالق ، فلعنته ، لم تطلق ، لأنه علق على الأمرين . وأنها لو خرجت إلى قرية للضيافة ، فقال : إن مكثت هناك أكثر من ثلاثة أيام فأنت طالق ، فخرجت من تلك القرية بعد الثلاثة أو قبل ، ثم رجعت إليها ، فينبغي أن لا تطلق . وأنه لو قال نصف الليل ، إن بتُّ مع فلان ، فأنت طالق ، فبات معه بقية الليل ، طلقت على مقتضى القياس ، ولا يشترط أن يبيت جميع الليل ولا أكثره .

قلت : المختار ، أن المبيت يحمل مطلقه على أكثر الليل إذا لم يكن قرينة كما سبق في المبيت بمنى ، لكن الظاهر الحنث هنا لوجود القرينة . والله أعلم .

ولو حلف أنه ما يعرف فلاناً ، وقد عرفه بوجهه ، وطالت صحبته له ، إلا أنه لا يعرف اسمه ، حنث على قياس المذهب ، وبه قال سعد الاسترابادي . وأنه لو قال : آخر امرأة أراجعها فهي طالق ، فراجع حفصة ثم عمرة ، ثم طلق حفصة ثم راجعها ، فالذي أراه أن حفصة تطلق لأنها صارت آخراً بعدما كانت أولاً . وأنه لو قال : إن

نمت على ثوب لك فأنت طالق، فوضع رأسه على مرفقة لها، لا تطلق، كما لو وضع عليها يديه أو رجله. وأنه لو حلف لا يأكل من مال فلان، فنثر مأكولاً فالتقطه وأكله، حنث، وكذا لو تناهدا فأكل من طعامه.

قلت: صورتان مشكلتان، والمختار في مسألة النثار، بناؤه على الخلاف، في أنه يملكه الآخذ أم لا؟ فإن قلنا بالأصح: إنه يملكه، لم يحنث، وإلا فيخرج على الخلاف السابق في الضيف ونحوه، أنه هل يملك الطعام المقدم إليه ومتى يملكه؟ وأما مسألة المناهدة وهي خلط المسافرين نفقتهم واشتراكهم في الأكل من المختلط، ففيها نظر، لأنها في معنى المعاوضة، وإلا فيخرج على مسألة الضيف. والله أعلم.

وأنه لو قال: إن دخلت دار فلان ما دام فيها فأنت طالق، فتحول فلان منها ثم عاد إليها، فدخلتها، لا تطلق، وأنه لو قال: إن قتلته يوم الجمعة فأنت طالق، فضربه يوم الخميس ومات يوم الجمعة بسبب ذلك الضرب، لم تطلق، لأن القتل هو الفعل المفوت للروح، ولم يوجد ذلك يوم الجمعة. وأنه لو قال: إن أغضبتك فأنت طالق، فضرب ابنها، طلقت وإن كان ضرب تأديب. وأنه لو حلف ليصومن زماناً، أنه يحنث بصوم بعض يوم إن قلنا: إن من حلف ليصومن، أنه يحنث بالشروع فيه، وأنه لو حلف ليصومن أزمته، بر بصوم يوم لاشتماله على أزمته. ولو حلف ليصومن الأيام، فيحمل على أيام العمر، أو على ثلاثة أيام، وهو الأولى. وأنه لو قال: إن كان الله سبحانه وتعالى يعذب الموجودين، فأنت طالق، طلقت.

قلت: هذا إذا قصد إن كان يعذب أحداً منهم، فإن قصد إن كان يعذبهم كلهم، أو لم يقصد شيئاً، لم تطلق لأن التعذيب مختص ببعضهم. والله أعلم. وأنه لو اتهمته امرأته بالغلمان، فحلف بالطلاق لا يأتي حراماً، ثم قبل غلاماً، أو لمسها، يحنث لعموم اللفظ. وأنه لو قال: أنت طالق إن خرجت من الدار، ثم قال: لا تخرجين من الصفّة أيضاً، فخرجت من الصفّة، لم تطلق، لأن قوله: ولا تخرجين كلام مبتدأ ليس فيه صيغة تعليق ولا عطف.

فصل: عن البويطي أنه لو قال: أنت طالق بمكة، أو في مكة، أو في البحر، طلقت في الحال، إلا أن يريد إذا حصلت هناك. وكذا لو قال: في الظل وهما في الشمس، بخلاف ما إذا كان الشيء منتظراً غير حاصل، كقوله: في الشتاء وهما في الصيف، لا يقع حتى يجيء الشتاء.

فصل: في «الزيادات» لأبي عاصم العبادي أنه لو قال: إن أكلت من الذي طبخته هي فهي طالق، فوضعت القدر على الكانون، وأوقدت غيرها، لم تطلق، وكذا لو سجر التنور غيرها ووضعت القدر فيه. وأنه لو قال: إن كان في بيتي نار

فأنت طالق، وفيه سراج، طلقت وأنه لو حلف لا يأكل من طعامه، ودفع إليه دقيقاً ليخبزه له فخبزه بخميرة من عنده، لم يحنث لأنه مستهلك. وأنها لو قالت: لا طاقة لي بالجوع معك، فقال: إن جعت يوماً في بيتي فأنت طالق، ولم ينو المجازاة، تعتبر حقيقة الصفة، ولا تطلق بالجوع في أيام الصوم، وأنه لو قال: إن دخلت دارك فأنت طالق، فباعتها ودخلها، لم تطلق على الأصح.

فصل: قال: إن لم تكوني أحسن من القمر، أو إن لم يكن وجهك أحسن من القمر فأنت طالق، قال القاضي أبو علي الزجاجي والقفال وغيرهما: لا تطلق، واستدلوا بقول الله تعالى: ﴿لَقَدْ خَلَقْنَا الْإِنْسَانَ فِي أَحْسَنِ تَقْوِيمٍ﴾ [التين: ٤].

قلت: هذا الحكم والاستشهاد، متفق عليه، وقد نص عليه الشافعي رحمه الله، وقد ذكرت النص في ترجمة الشافعي من كتاب «الطبقات». قال الشيخ إبراهيم المروذي: لو قال: إن لم أكن أحسن من القمر فأنت طالق، لا تطلق، وإن كان زنجياً أسود. والله أعلم.

فصل: في فتاوى الحناطي أنه لو قال: إن قصدتك بالجماع فأنت طالق، فقصدته المرأة، فجامعها، لم تطلق، وإن قال: إن قصدت جماعك، طلقت في هذه الصورة.

فصل: حكى أبو العباس الروياني، أن امرأة قالت لزوجها: اصنع لي ثوباً ليكون لك فيه أجر، فقال: إن كان لي فيه أجر فأنت طالق، فقالت: استفتيت فيه إبراهيم بن يوسف العالم، فقال: إن كان إبراهيم بن يوسف عالماً فأنت طالق، فاستفتى إبراهيم بن يوسف فقال: لا يحنث في اليمين الأولى، لأنه مباح، والمباح لا أجر له فيه، ويحنث في الثانية، لأن الناس يسمونني عالماً. وقيل: يحنث في الأولى أيضاً، لأن الإنسان يؤجر في ذلك إذا قصد البر، وحكى الوجهين القاضي الروياني في كتابه «التجزئة» وقال: الصحيح الثاني.

قلت: لا معنى للخلاف في مثل هذا، لأنه إن قصد الطاعة كان فيه أجر ويحنث، وإلا فلا، ومقتضى الصورة المذكورة، أن لا يحنث، لأنه لم يقع فعل نية الطاعة. والله أعلم.

فصل: قال شافعي: إن لم يكن الشافعي أفضل من أبي حنيفة، فامرأتي طالق، وقال حنفي: إن لم يكن أبو حنيفة أفضل من الشافعي، فامرأتي طالق، لا يحكم بالطلاق على أحدهما، وشبهوه بمسألة الغراب. وعن القفال: لا يفتى في هذه المسألة وفي تعليق الشيخ إبراهيم المروذي في هذه المسألة، أنه لو قال السني: إن لم يكن الخير والشر من الله تعالى فامرأتي طالق، وقال المعتزلي: إن كانا من الله تعالى

فامرأتي طالق، أو قال السني: إن لم يكن أبو بكر أفضل من علي عليه السلام فامرأتي طالق، فقال الرافضي: إن لم يكن علي أفضل من أبي بكر، وقع طلاق المعتزلي والرافضي، وأنه لو قال لها: أفرغي البيت من قماشك، فإن دخلت ووجدت فيه شيئاً من قماشك ولم أكسره على رأسك فأنت طالق، فدخل فوجد في البيت هاوئلاً لها، فوجهان: أحدهما: لا تطلق، للاستحالة، والثاني: تطلق عند اليأس قبيل موتها أو موته. وأنه لو تخاصم الزوجان فخرجت مكشوفة الوجه، فعدا خلفها وقال: كل امرأة لي خرجت من الدار مكشوفة ليقع نظر الأجانب عليها فهي طالق، فسمعت قوله فرجعت ولم يبصرها أجنبي، طلقت، ولو قال: كل امرأة لي خرجت مكشوفة ويقع نظر الأجانب عليها فهي طالق، فخرجت ولم يبصرها أجنبي، لم تطلق. والفرق أن الطلاق في الصورة الثانية معلق على صفتين، ولم يوجد إلا إحداهما، وفي الأولى على صفة فقط وقد وجدت.

قلت: هكذا صواب صورة هذه المسألة، وكذا حقيقتها من كتاب إبراهيم المروذي، ووقعت في نسخ من كتاب الرافعي معيّرة. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الرجعة (١)

هي بفتح الراء وكسرهما، والفتح فيه أفصح، وفيه بابان:

الباب الأول: في أركانها

وهي أربعة:

الركن الأول: سببها، والمطلقات قسمان:

القسم الأول: من لم يستوف زوجها عدد طلاقها، وهي نوعان، بائن ورجعية، فالبائن هي المطلقة قبل الدخول أو بعوض، فلا يحل له إلا بنكاح جديد، والرجعية، هي المطلقة بعد الدخول بلا عوض.

القسم الثاني: مطلقة استوفى عدد طلاقها، فلا تحل له برجعة ولا بنكاح إلا بعد محلل، وإن شئت اختصرت، فقلت: الرجعية مطلقة بعد الدخول بلا عوض ولا استيفاء عدد.

فرع: سواء في ثبوت الرجعة طلق بصريح أو كناية، ولو طلق ثم قال: أسقطت حق الرجعة، أو طلق بشرط أن لا رجعة، لم يسقط ولا مدخل للرجعة في الفسوخ.

الركن الثاني: الزوج المرتجع، ويشترط فيه أهلية النكاح، والاستحلال، والبلوغ، والعقل، فلا رجعة لمرتد، ولو طلق رجل فجن، فينبغي أن يجوز لوليّه المراجعة حيث يجوز ابتداء النكاح، هذا إذا جوزنا التوكيل في الرجعة وهو الصحيح، وللعبد المراجعة بغير إذن سيده على الصحيح.

الركن الثالث: الصيغة، فتحصل الرجعة بقوله: رجعتك أو راجعتك أو ارتجعتك، وهذه الثلاثة صريحة، ويستحب أن يضيف إلى النكاح أو الزوجية، أو نفسه، فيقول: رجعتك إلى نكاحي أو زوجيتي أو إلي، ولا يشترط ذلك، ولا بد من إضافة هذه الألفاظ إلى مظهر أو مضمّر، كقوله: راجعت فلانة أو راجعتك، فأما مجرد راجعت وارتجعت، فلا ينفع. ولو قال: راجعتك للمحبة أو للإهانة أو للأذى،

(١) الرجعة لغة: المدة من الرجوع.

وشرعاً: إعادة الزوجة المطلقة طلاقاً غير بائن إلى ما كانت عليه قبل الطلاق بدون عقد.

وقال: أردت لمحبتني إياك، أو لأهينك، أو أؤذيك، قبل وحصلت الرجعة، وإن قال: أردت أني كنت أحبها أو أهينها قبل النكاح، فردتها إلى ذلك، قبل ولم تحصل الرجعة، وإن تعذر سؤاله بموته، أو أطلق، حصلت الرجعة، لأن اللفظ صريح وظاهره إرادة المعنى الأول، وأشار فيه إلى احتمال، ولو قال: رددتها، فالأصح أنه صريح، فعلى هذا، في اشتراطه قوله: إليّ أو إلى نكاحي، وجهان: أحدهما: يشترط، ولو قال: أمسكتك، فهل هو كناية أم صريح أم لغو؟ فيه أوجه: أحدها: عند الشيخ أبي حامد والقاضي أبي الطيب والرويانى وغيرهم: كناية، وصحح البغوي كونه صريحاً، وهو قول ابن سلمة والإصطخري، وابن القاص. قلت: صحح الرافعي في «المحرر» أنه صريح. والله أعلم.

فإن قلنا: صريح، فيشبه أن يجيء في اشتراط الإضافة وجهان: كالرد. وجزم البغوي بعدم الاشتراط، وأنه مستحب. ولو قال: تزوجتك أو نكحتك، فهل هو كناية أم صريح، أم لغو؟ أوجه: أحدها: الأول، وبه قال القاضي ويجري الخلاف فيما لو جرى العقد على صور الإيجاب والقبول، قال الرويانى: الأصح هنا الصحة، لأنه أكد في الإباحة.

قلت: ولو قال: اخترت رجعتك ونوى الرجعة، ففي حصولها وجهان حكاها الشاشي، الأصح الحصول. والله أعلم.

فرع: تصح الرجعة بالعجمية، سواء أحسن العربية أم لا، وقيل: لا، وقيل: بالفرق، والصحيح الأول.

فرع: هل صرائح الرجعة منحصرة، أم كل لفظ يؤدي معنى الصريح صريح، كقوله: رفعت تحريمك وأعدت حلك ونحوهما؟ فيه وجهان: أحدهما: الانحصار، لأن الطلاق صرائحه محصورة، فالرجعة التي هي تحصيل إباحة أولى.

فرع: لا يشترط الإشهاد على الرجعة على الأظهر، فعلى هذا، تصح بالكتابة مع القدرة على النطق، وإلا فلا.

فرع: لا تقبل الرجعة التعليق، فلو قال: راجعتك إن شئت، فقالت: شئت، لم يصح، ولو قال: إذ شئت، أو أن شئت بفتح الهمزة، صح. ولو طلق إحدى زوجتيه مبهماً، ثم قال: راجعت المطلقة، لم يصح على الأصح. ولو قال لرجعية: متى راجعتك فأنت طالق، أو قال لمن في صلب النكاح: متى طلقتك وراجعتك فأنت طالق، فراجعها فهل تصح الرجعة وتطلق، أم لا تصح أصلاً، أم تصح ولا تطلق ويلغو الشرط؟ فيه أوجه: الصحيح الأول.

فرع: لا تحصل الرجعة بالوطء والتقييل وشبههما.

الركن الرابع: المحل، وهي الزوجة، ولا يشترط رضاها، ولا رضا سيد الأمة، ويستحب إعلامه، ويشترط فيها بقاءها في العدة، وكونها قابلة للحل، فلو ارتد الزوجان أو أحدهما في العدة، فراجعها في حال الردة، لم يصح، وإذا أسلما قبل انقضاء العدة، فلا بد من استئناف الرجعة، نص عليه، وبه قال الأصحاب. وقال المزني: الرجعة موقوفة. فإذا أسلما في العدة، تبينا صحتها. قال الإمام: وهذا له وجه، ولكن لم أر من الأصحاب من جعله قولاً مخرجاً، فعلى النص، لو ارتد الزوجان أو أحدهما بعد الدخول، ثم طلقها في العدة، أو راجعها، فالطلاق موقوف، إن جمعهما الإسلام في العدة، تبينا نفوذه، والرجعة باطلة، ولو كانا ذميين فأسلمت فراجعها وتخلف، لم يصح، ولو أسلم في العدة، احتاج إلى الاستئناف.

فرع: إذا أثبتنا العدة بالوطء في الدبر، أو بالخلوة، ثبتت الرجعة على الأصح.

قلت: مما يتعلق بالركن، قال إبراهيم المروزي: لو كان تحت حرة وأمة، فطلق الأمة رجعية، فله رجعتها. والله أعلم.

فصل: العدة تكون بالحمل أو الأقراء أو الأشهر، فلو ادعت المعتدة بالأشهر انقضائها، وأنكر الزوج، صدق بيمينه، لأنه اختلاف في وقت طلاقه. ولو قال: طلقك في رمضان. فقالت: بل في شوال، فقد غلطت على نفسها فتؤاخذ بقولها. وأما عدة الحامل، فتتقضي بوضع الحمل التام المدة، حياً كان أو ميتاً أو ناقص الأعضاء، وبإسقاط ما ظهر فيه صورة الآدمي، فإن لم يظهر، فقولان مشروحان في كتاب «العدة». ومتى ادعت وضع حمل أو سقط أو مضغة، إذا اكتفينا بها، صدقت بيمينها. وقيل: لا تصدق مطلقاً، ولا بد من بينة، وقيل: لا تصدق في الولد الميت إذا لم يظهر. وقيل: ولا في الولد الكامل. وقيل: ولا في السقط، والمذهب الأول، قال الأئمة: وإنما يصدقها فيما يرجع في العدة بشرطين: أحدهما: أن تكون ممن تحيض. فلو كانت صغيرة أو آيسة، لم تصدق. والثاني: أن تدعي الوضع لمدة الإمكان، ويختلف الإمكان بحسب دعواها. فإن ادعت ولادة ولد تام، فأقل مدة تصدق فيها ستة أشهر ولحظتان من حين إمكان اجتماع الزوجين بعد النكاح لحظة لإمكان الوطء، ولحظة للولادة، فإن ادعت لأقل من ذلك، لم تصدق، وكان للزوج رجعتها. وإن ادعت إسقاط سقط ظهرت فيه الصورة، فأقل مدة إمكانه أربعة أشهر ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع، وإن ادعت إلقاء مضغة لا صورة فيها، فأقل مدة إمكانها ثمانون يوماً، ولحظتان من يوم إمكان الاجتماع.

وأما المعتدة بالأقراء، فإن طلقت في الطهر حسب بقية الطهر قرءاً، وإن طلقت

في الحيض، اشترط مضي ثلاثة أطهار كاملة، كما سيأتي في العدد إن شاء الله تعالى. فأقل مدة تمكن انقضاء العدة فيها إذا طلقت في الطهر اثنان وثلاثون يوماً ولحظتان، وذلك بأن تطلق وقد بقي من الطهر لحظة، ثم تحيض يوماً وليلة، ثم تطهر خمسة عشر، ثم تحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر، ثم تطعن في الحيض، هذا هو المذهب. ولنا وجه أنه لا تعتبر اللحظة الأولى تفريعاً على أن القرء هو الانتقال من الطهر إلى الحيض، فإذا صادف الطلاق آخر جزء من الطهر، حسب ذلك قرءاً، ويظهر تصوير ذلك فيما إذا علق الطلاق بآخر. وفي قول: لا يحكم بانقضاء العدة بمجرد الطعن في الدم آخر، بل يشترط مضي يوم وليلة، ثم هل اليوم والليلة على هذا، أو اللحظة على المذهب من نفس العدة، أم ليس منها وإنما هو لاستيقان انقضاء الأقراء؟ فيه وجهان: أحدهما: الثاني، وتظهر فائدتهما في ثبوت الرجعة في ذلك الوقت، هذا كله تفريع على المذهب أن أقل الحيض يوم وليلة، فإن جعلناه أقل من ذلك، نقص زمن الإمكان عن المدة المذكورة، هذا كله في طهر غير المبتدأ، أما إذا طلقت المرأة قبل أن تحيض، ثم حاضت، فبني أمرها على أن القرء طهر محتوش بدمين، أم لا يشترط فيه الاحتواش؟ فإن لم يشترط، فحكمها في مدة الإمكان حكم غيرها، وإن شرطناه، فأقل مدة إمكانها ثمانية وأربعون يوماً ولحظة، هذا كله إذا طلقت في طهر. أما المطلقة في حيض، فأقل مدة إمكانها سبعة وأربعون يوماً ولحظة، بأن تطلق في آخر جزء من الحيض، ويظهر تصويره فيما إذا علق طلاقها بآخر جزء من حيضها، ثم تطهر خمسة عشر يوماً، ثم تحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر، ثم تحيض يوماً وليلة، وتطهر خمسة عشر، وتطعن في الحيض، وفي لحظة الطعن ما ذكرناه في المطلقة في الطهر، ولا تحتاج هنا إلى تقدير لحظة في الأول، لأن اللحظة هناك تحسب قرءاً، هذا حكم الحرة، وأما الأمة، فإن طلقت في طهر، فأقل مدة إمكانها ستة عشر يوماً ولحظتان، وإن طلقت ولم تحض قط، ثم ظهر الدم وشرطنا في القرء الاحتواش، فأقل مدة الإمكان اثنان وثلاثون يوماً ولحظة، وإن طلقت في الحيض، فالأقل أحد وثلاثون يوماً ولحظة. إذا عرف هذا، فإن لم يكن للمطلقة عادة في الحيض والطهر مستقيمة، بأن لم تكن حاضت ثم طراً حيضها، وكان لها عادات مضطربة، أو كانت لها عادة مستقيمة دائرة على الأقل حيضاً وطهراً، صدقت يمينها إذا ادعت انقضاء الأقراء لمدة الإمكان، فإن نكلت عن اليمين، حلف الزوج وكان له الرجعة، فإن كان لها عادة مستقيمة دائرة على ما فوق الأقل، صدقت في دعوى انقضائها على وفق العادة، وهل تصدق فيما دونها مع الإمكان؟ وجهان: أحدهما عند الأكثرين: تصدق بيمينها، لأن العادة قد تغير، والثاني: لا للتهمة، قال

الشيخ أبو محمد: هذا هو المذهب. قال الروياني: هو الاختيار في هذا الزمان. قال: وإذا قالت لنا امرأة انقضت عدتي، وجب أن نسألها عن حالها، كيف الطهر والحيض؟ ونحلفها عند التهمة لكثرة الفساد، هذا لفظه.

فرع: ادعت انقضاء العدة لدون الإمكان، ورددنا قولها، فجاء زمن الإمكان، فإن كذبت نفسها، أو قالت: غلطت وابتدأت الآن دعوى الانقضاء، صدقت بيمينها، وإن أصرت على الدعوى الأولى، صدقناها الآن أيضاً على الأصح، لأن إصرارها يتضمن دعوى الانقضاء الآن.

فرع: قال: إن ولدت فأنت طالق، وطلقت بالولادة، فأقل زمن يمكن انقضاء أقرائها فيه، مبني على أن الدم تراه في الستين، هل يجعل حيضاً، فيه خلاف سبق. فإن جعلناه حيضاً وهو الأصح، فأقل زمن تصدق فيه سبعة وأربعون يوماً ولحظة، كما لو طلقت في الحيض، فتقدر أنها ولدت ولم تر دمًا، ويعتبر مضي ثلاثة أطهار وثلاث حيض، والطمع في الحيضة الرابعة، وإن لم نجعله حيضاً لم تصدق فيما دون اثنين وتسعين يوماً ولحظة، منها ستون للنفاس، ويحسب ذلك قرءاً، وبعدها مدة حيضتين وطهرين، واللحظة للطمع في الحيضة الثالثة، هكذا ذكره البغوي، ولم يعتد المتولي بالنفاس قرءاً، واعتبر مضي مئة وسبعة أيام ولحظة، وهي مدة النفاس، ومدة ثلاثة أطهار وحيضتين، واللحظة للطمع.

فصل: الرجعة مختصة بعدة الطلاق، فلو وطئ الزوج الرجعية في العدة، فعليها أن تستأنف ثلاثة أقرأ من وقت الوطء، ويدخل فيها ما بقي من عدة الطلاق، ولا تثبت الرجعة إلا فيما بقي من عدة الطلاق، وله تجديد النكاح فيما زاد بسبب الوطء، ولا يجوز ذلك لغيره. ولو أحبلها بالوطء، اعتدت بالوضع عن الوطء. وفي دخول ما بقي من عدة الطلاق في عدة الوطء وجهان: أصحهما: يدخل، فعلى هذا، له الرجعة في عدة الحمل على الأصح، وحكى البغوي وجهاً، أن الرجعة تنقطع على هذا بالحمل. فإن قلنا: لا تدخل، فإذا وضعت، رجعت إلى بقية الأقرأ، وللزوج الرجعة في البقية التي تعود إليها بعد الوضع، وله الرجعة أيضاً قبل الوضع على الأصح.

الباب الثاني: في أحكام الرجعية والرجعة

وفيه مسائل:

إحداها: يحرم وطء الرجعية ولمسها، والنظر إليها، وسائر الاستمتاع. فإن وطئ، فلا حد وإن كان عالماً بالتحريم لاختلاف العلماء في إباحته، وفي العالم وجه ضعيف، ولا تعزير أيضاً إن كان جاهلاً أو يعتقد الإباحة، وإلا فيجب.

وإذا وطئ ولم يراجع، لزمه مهر المثل، وإن راجعها، فالنص وجوب المهر أيضاً، ونص فيما لو ارتدت فوطئها الزوج في العدة ثم أسلمت فيها، فلا مهر. وكذا لو أسلم أحد المجوسيين أو الوثنيين ووطئها، ثم أسلم المتخلف في العدة، فقال الإصطخري: في الجميع قولان، وحكى ابن كج عن ابن القطان، أنه وجدهما منصوصين، والمذهب تقرير النصين الأولين، لأن أثر الطلاق لا يرتفع بالرجعة، بل يبقى نقصان العدة فيكون ما بعد الرجعة وما قبل الطلاق كعقدين، وأما أثر الردة وتبديل الدين، فيرتفع بالإسلام، فيكون الوطاء مصادفاً للعقد الأول.

الثانية: يصح خلع الرجعية على الأظهر، ويصح الإيلاء والظهار عنها، واللعان، ويلحقها الطلاق. وإذا مات أحدهما في العدة، ورثه الآخر، ويجب نفقتها، وهذه الأحكام المذكورة في أبوابها، ولو قال: نسائي أو زوجاتي طوالق، دخلت الرجعية فيهن على الأصح المنصوص.

الثالثة: طلق زوجته الرقيقة رجعية، ثم اشتراها، وجب استبرأؤها، لأنها كانت محرمة بالطلاق. فإن بقيت في العدة حيضة كاملة، كفت، وإن بقيت بقية الطهر، فقليل: يكفي، وقيل: يشترط حيضة كاملة على القياس، هذا إذا قلنا: الاستبراء بالحيض وهو المذهب، فإن قلنا: بالطهر، قلنا: بقية الطهر كافية للاستبراء، حصل الغرض بها.

فرع: لما نظر الأصحاب في الأحكام المذكورة في هذه المسائل، استنبطوا منها أقوالاً في أن الطلاق الرجعي يقطع النكاح ويزيل الملك، أم لا؟ أحدها: نعم، بدليل تحريم الوطاء ووجوب المهر ومنع الخلع على قول. والثاني: لا، لوقوع الطلاق وعدم الحد، وصحة الإيلاء والظهار واللعان، وثبوت الإرث وصحة الخلع، وعدم الإشهاد على الأظهر فيهما. واشتهر عن لفظ الشافعي رحمته الله، أن الرجعية زوجة في خمس آيات من كتاب الله تعالى، وأراد الآيات المشتملة على هذه الأحكام. والثالث: أنه موقوف، فإن لم يراجعها حتى انقضت العدة، تبينا زوال الملك بالطلاق. وإن راجع، تبينا أنه لم يزل، ورجح الغزالي القول الأول، والإمام الثاني. والتحقيق أنه لا يطلق ترجيح واحد منهما لما ذكرناه من اختلاف الترجيح في الصور المذكورة.

قلت: المختار ما اختاره الرافعي، أنه لا يطلق ترجيح، ونظيره القولان في أن النذر يسلك به مسلك واجب الشرع، أم جائزة، وأن الإبراء إسقاط أم تملك؟ ويختلف الراجح بحسب المسائل، لظهور دليل أحد الطرفين في بعضها، وعكسه في بعض. والله أعلم.

فصل: في الاختلاف

فإذا ادعى أنه راجع في العدة، وأنكرت، فإما أن يختلفا قبل أن تنكح زوجاً، وإما بعده.

القسم الأول: قبله، فإما إن تكون العدة منقضية، وإما باقية.

الضرب الأول: منقضية وادعى سبق الرجعة، وادعت سبق انقضاء العدة، فلهذا الاختلاف صور:

إحداها: أن يتفقا على وقت انقضاء العدة، كيوم الجمعة. وقال: راجعت يوم الخميس، وقالت: بل يوم السبت، فثلاثة أوجه: الصحيح الذي عليه الجمهور القول قولها بيمينها أنها لا تعلمه راجع يوم الخميس. والثاني: القول قوله بيمينه. والثالث: قالت: أولاً انقضت يوم الجمعة فصدقها، وقال: راجعت يوم الخميس، فهي المصدقة. وإن قال هو أولاً: راجعتك يوم الخميس فهو مصدق لاستقلاله بالرجعة، والرجعة تقطع العدة. فإن اقترن دعواهما، سقط هذا الوجه، وبقي الوجه الآخر، وبقي الأولان.

الصورة الثانية: أن يتفقا على الرجعة يوم الجمعة، وقالت: انقضت يوم الخميس، وقال: بل يوم السبت، فهل يصدق بيمينه أم هي، أم السابق بالدعوى؟ أوجه: الصحيح الأول.

الصورة الثالثة: أن لا يتفقا، بل يقتصر على تقدم الرجعة، وهي على تأخرها، ففيه طرق ذكرناها في آخر نكاح المشرک، وهنا خلاف آخر حاصله أوجه: أصحها: تصديق من سبق بالدعوى، فلو وقع كلامهما معاً، فالقول قولها، والثاني: تصديقها مطلقاً، والثالث: تصديقه، والرابع: يقرع ويقدم قول من خرجت قرعته، حكاه القاضي أبو الطيب، والخامس: يسأل الزوج عن وقت الرجعة، فإذا تبين وصدقته، وإلا ثبت بيمينه، وتسأل عن وقت انقضاء العدة، فإن صدقها وإلا ثبت بيمينها، ثم ينظر فيما ثبت من وقتيهما، ويحكم للسابق منهما، ولو قال: لا نعلم حصول الأمرين مرتباً، ولا نعلم السابق، فالأصل بقاء العدة وولاية الرجعة.

الضرب الثاني: أن تكون العدة باقية، واختلفا في الرجعة، فالقول قوله على الصحيح. وقيل: قولها، لأن الأصل عدم الرجعة، فإن أرادها، فلينشئها. فإذا قلنا بالصحيح، فقد أطلق جماعة، منهم البغوي، أن إقراره ودعواه، يكون إنشاءً، وحكى ذلك عن القفال، قال الشيخ أبو محمد: ومن قال به، يجعل الإقرار بالطلاق إنشاءً أيضاً، قال الإمام: هذا لا وجه له، فإن الإقرار والإنشاء يتنافيان،

فذلك إخبار عن ماضي، وهذا إحداث في الحال، وذلك يدخله الصدق والكذب، وهذا بخلافه.

فرع: قال: راجعتك اليوم، فقالت: انقضت عدتي قبل رجعتك، صدقت هي، نص عليه، قال الأصحاب: المراد إذا اتصل كلامها بكلامه، قالوا: وقوله راجعت، إنشاءً، وقولها: انقضت عدتي إخبار، فيكون الانقضاء سابقاً على قولها.

القسم الثاني: إذا نكحت زوجاً بعد العدة، فجاء الأول وادعى الرجعة في العدة، فإن أقام بينة، فهي زوجته، سواء دخل بها الثاني أم لا، فإن دخل، فلها عليه مهر المثل، وإن لم تكن بينة، وأراد تحليفها، سمعت دعواه على الصحيح، فلو ادعى على الزوج، ففي سماع دعواه وجهان: أحدهما عند الإمام: لا، لأن الزوجة ليست في يده. والثاني: نعم، لأنها في حبالته وفراشه، وبهذا قطع المحاملي وغيره من العراقيين. فإذا ادعى عليها، فإن أقرت بالرجعة، لم يقبل إقرارها على الثاني، بخلاف ما لو ادعى على امرأة في حبال رجل أنها زوجته، فقالت: كنت زوجتك فطلقتني، فإنه يكون إقراراً له، وتجعل زوجة له، والقول قوله في أنه لم يطلقها، لأن هناك لم يحصل الاتفاق على الطلاق، وهنا حصل، والأصل عدم الرجعة، وتغرم المرأة للأول مهر مثلها، لأنها فوتت البضع عليه بالنكاح الثاني. وقال أبو إسحاق: لا غرم عليها، كما لو قتلت نفسها أو ارتدت، وإن أنكرت، فهل تحلف؟ فيه خلاف مبني على أنها لو أقرت هل تغرم؟ إن قلنا: لا، فإقرارها بالرجعة غير مقبول ولا مؤثر في الغرم، فلا تحلف، والأصح التحليف، فإن حلفت، سقطت دعواه، وإن نكلت، حلف وغرمها مهر المثل، ولا يحكم بطلاق نكاح الثاني وإن جعلنا اليمين المردودة كالبينية على قول، لأنها لا تكون كالبينية في حق المتداعيين. وحكى الإمام وجهاً أنه يحكم بطلاق نكاح الثاني إذا قلنا: كالبينية، وإذا قبلنا الدعوى على الزوج الثاني، نظر، إن بدأ بالدعوى على الزوجة، فالحكم كما سبق، لكن إذا انقضت خصومتها، بقيت دعواه على الثاني، وإن بدأ بالدعوى على الثاني، فإن أنكر، صدق بيمينه، وإن نكل، ردت اليمين على المدعي، فإن حلف، حكم بارتفاع نكاح الثاني، ولا تصير المرأة للأول بيمينه، ثم إن قلنا: اليمين المردودة كالبينية، فكأنه لم يكن بينها وبين الثاني نكاح، ولا شيء لها عليه، إلا أن يكون دخل بها، فعليه مهر المثل، وإن قلنا: كالإقرار، فإقراره عليها غير مقبول، فلها عليه كمال المسمى إن كان بعد الدخول، ونصفه إن كان قبله. قال البغوي: والصحيح عندي، أنها وإن جعلت كالبينية لا تؤثر في سقوط حقها من المسمى، بل يختص أثر اليمين المردودة بالمتداعيين، فإذا انقضت الخصومة بينهما، فله الدعوى على المرأة، ثم ينظر، فإن بقي النكاح الثاني،

بأن حلف، فالحكم كما ذكرنا فيما إذا بدأ بها، وإن لم يبق، بأن أقر الثاني للأول بالرجعة، أو نكل وحلف الأول، فإن أقرت المرأة سلمت إليه، وإلا فهي المصدقة باليمين، فإن نكلت فحلف الأول، سلمت إليه، ولها على الثاني مهر المثل إن جرى دخول، وإلا فلا شيء عليه، كما لو أقرت بالرجعة، وكل موضع قلنا: لا تسلم إلى الأول، لحق الثاني، وذلك عند إقرارها، أو نكلها، ويمين الأول، فإذا زال حق الثاني بموت وغيره، سلمت إلى الأول، كما لو أقر بحرية عبد في يد غيره، ثم اشتراه، حكم عليه بحريته.

فرع: إذا أنكرت الرجعة، واقتضى الحال تصديقها، ثم رجعت، صدقت في الرجوع، وقبل إقرارها نص عليه، بخلاف ما لو أقرت أنها بنت زيد من النسب، أو الرضاع، ثم رجعت وكذبت نفسها، لا يقبل رجوعها، ولو زوجت وهي ممن يعتبر رضاها، فقالت: لم أرض بعقد النكاح، ثم رجعت فقالت: رضيت وكنت نسيته، فهل يقبل رجوعها أم لا ولا تحل إلا بعقد جديد؟ وجهان: المنصوص الثاني، نقله القاضي أبو الطيب، ورجح الغزالي الأول.

فرع: طلقها طلقة أو طلقتين، وقال: طلقها بعد الدخول، فلي الرجعة، فأنكرت الدخول، فالقول قولها بيمينها. فإذا حلفت، فلا رجعة، ولا سكنى، ولا نفقة، ولا عدة، ولها أن تتزوج في الحال، وليس له أن ينكح أختها، ولا أربعاً سواها، حتى يمضي زمن عدتها، ثم هو مقرر لها بكمال المهر، وهي لا تدعي إلا نصفه، فإن كانت قبضت الجميع، فليس له مطالبتها بشيء، وإن لم تقبضه، فليس لها إلا أخذ النصف، فإذا أخذته ثم عادت واعترفت بالدخول، فهل لها أخذ النصف الآخر، أم لا بد من إقرار مستأنف من الزوج؟ فيه وجهان حكاهما إبراهيم المروزي. وفي «شرح المفتاح» لأبي منصور البغدادي: أنه لو كانت قبضت المهر وهو عين، وامتنع الزوج من قبول النصف، فيقال له: إما أن تقبل النصف، وإما أن تبرئها منه. ولو كانت العين المصدقة في يده، وامتنعت من أخذ الجميع، أخذه الحاكم، وإن كان ديناً في ذمته، قال لها: إما أن تبرئه، وإما أن تقبله.

فرع: ادعت الدخول، فأنكر، فالقول قوله، فإذا حلف، فلا رجعة ولا نفقة، ولا سكنى، وعليها العدة، فإن كذبت نفسها، لم تسقط العدة، وسواء اختلفا في الدخول قبل الخلوة أم بعدها على المشهور، وحكينا في آخر فصل التعيين قولاً أن الخلوة ترجح جانب مدعي الدخول، فيكون القول قوله بيمينه.

فرع: نص في «الأم» أنه لو قال: أخبرني بانقضاء العدة، ثم راجعها مكذباً

لها، ثم قالت: ما كانت عدتي انقضت وكذبت نفسها، فالرجعة صحيحة، لأنه لم يقر بانقضاء العدة بل حكى عنها.

فرع: قال المتولي: لو طلق زوجته الأمة، واختلفا في الرجعة، فحيث قلنا: القول قوله إذا كانت حرة، فكذا هنا، وحيث قلنا: قول الزوجة، فهنا القول قول السيد، وقال البغوي: القول قولها، ولا أثر لقول السيد. قلت: واختار الشاشي ما ذكره المتولي، وهو قوي. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الإيلاء^(١)

فيه بابان:

الباب الأول: في أركانه

وهي أربعة:

الركن الأول: الحالف وله شروط:

الشرط الأول: كونه زوجاً، فلو قال لأجنبية: والله لا أطوك تمحض يميناً فلو وطئها قبل النكاح أو بعده، لزمه كفارة يمين، ولا ينعقد الإيلاء، حتى لو نكحها لا تضرب المدة. وفي «التتمة» وجه أنه إذا نكحها، صار مؤلياً، لأن اليمين باقية، والضرر حاصل، والصحيح الأول. ولو قال: إن تزوجتك فوالله لا وطئتكم، فهو كتعليق الطلاق بالملك، ويصح الإيلاء من الرجعية، ولا تحسب المدة عن الإيلاء، فإذا رجع، ضربت المدة.

الشرط الثاني: تصور الجماع، فمن جُبَّ ذكره، لا يصح إيلاؤه على المذهب. ومن آلى ثم جبَّ، لا يبطل إيلاؤه على المذهب. ولو شل ذكره، أو قطع بعضه، وبقي دون قدر الحشفة، فهو كجب جميعه، والإيلاء في الرتقاء، والقرناء، كإيلاء المجبوب. قال ابن الصباغ: لكن إذا صححناه، لا تضرب مدة الإيلاء، لأن الامتناع تسبب من جهتها، كما لو آلى من صغيرة، لا تضرب المدة حتى تدرك، وحكي قول قديم: أنه لا يصح الإيلاء من الصغيرة والمريضة المضناة.

الشرط الثالث: البلوغ والعقل.

فرع: سواء في صحة الإيلاء، العبد والأمة، والكافر وأضدادهم، ولا ينحل الإيلاء بإسلام الكافر، وإذا ترافع إلينا ذميان وقد آلى، فإن أوجبنا الحكم بينهم، حكم بشرعنا، وإن لم نوجبه، لم يجبر الحاكم الزوج على الفياة، ولا الطلاق، ولم

(١) الإيلاء لغة: مأخوذ من الألية بمعنى اليمين، يقال: آلى فلان يولي إيلاء وألية أي: أقسم. وشرعاً: أن يحلف زوج بالله أو بصفة من صفاته - وهو قادر على الوطء - على ترك وطء زوجته في قبلها أبداً، أو أكثر من أربعة أشهر.

تطلق عليه، بل لا بد من رضاه، لأن الحكم على هذا القول إنما يجوز برضاها، فإذا لم يرضيا، رددناهما إلى حاكمهم.

فرع: يصح إيلاء المريض والخصي، ومن بقي من ذكره قدر الحشفة، والعربي بالعجمية، وعكسه، إذا عرف معنى اللفظ.

الركن الثاني: المحلوف به الامتناع من الوطء بلا يمين، لا يثبت حكم الإيلاء، وسواء كان هناك عذر أم لا، وإذا حلف لا يطؤها أكثر من أربعة أشهر، ثم طالبته بالوطء بعد أربعة أشهر، فوطىء، لزمه كفارة اليمين على المذهب وهو الجديد وأحد قولي القديم. والثاني: لا كفارة، لقول الله تعالى: ﴿فَإِنْ قَاءُوا فَإِنَّ اللَّهَ عَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [البقرة: ٢٢٧]. فإن وطئها قبل مضي المدة، فقليل: تجب الكفارة قطعاً، لأنه حث باختباره من غير إلزام. وقيل: بطرد الخلاف، لأنه بادر إلى ما يطالب به. ولو حلف أن لا يطأها أربعة أشهر فما دونها، ثم وطىء، لزمه الكفارة قطعاً، لأنه ليس بمؤل، وقيل: بطرد الخلاف، وهو بعيد.

فصل: هل يختص الإيلاء باليمين بالله تعالى وصفاته؟ فيه قولان: القديم: نعم. والجديد الأظهر: لا، بل إذا قال: إن وطئتكَ، فعلي صوم أو صلاة أو حج، أو فعبدني حر، أو فأنت طالق، أو فضرتك طالق، أو نحو ذلك، كان مؤلياً، وشرط انعقاده بهذه الالتزامات أن يلزمه شيء لو وطىء بعد أربعة أشهر، فلو كانت اليمين تنحل قبل مجاوزة أربعة أشهر، لم تنعقد. فلو قال: إن وطئتكَ، فعلي أن أصلي هذا الشهر أو أصومه أو أصوم الشهر الفلاني، وهو ينقضي قبل مجاوزة أربعة أشهر من حين اليمين، لم ينعقد الإيلاء، فلو قال: إن وطئتكَ، فعلي صوم شهر، أو الشهر الفلاني، وهو يتأخر عن أربعة أشهر، فهو مؤل، وكذا لو قال: إن وطئتكَ، فعلي صوم الشهر الذي أطأ فيه، ويلزمه صوم بقية ذلك الشهر إن أوجبنا في نذر اللجاج الوفاء بالملتزم. وفي قضاء اليوم الذي وطىء فيه، وجهان مأخوذان من الخلاف، فيمن نذر صوم اليوم الذي يقدم فيه زيد. ولو قال: فعلي صوم هذه السنة، فهو مؤل إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر، وإلا فلا. ولو قال: إن وطئتكَ، فكل عبد يدخل في ملكي حر، فهو لغو، لأن تعليق العتق بالملك لغو، وكذا لو قال: فعلي أن أطلقك، لأنه لا يلزمه بالوطء شيء. ولو قال: إن وطئتكَ، فأنت طالق إن دخلت الدار، أو فعبدني حر بعد سنة، فقال القاضي حسين والبغوي: هو مؤل، وقال الشيخ أبو محمد والإمام: هو على الخلاف فيما إذا قال: إن أصبتكَ، فوالله لا أصبتكَ، فيكون الراجح أنه لا يكون مؤلياً في الحال، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، وهذا أوجه:

فرع: في مسائل تتفرع على الجديد

إحداها: قال: إن وطئتك، فعبدني حر، فمات العبد أو أعتقه، انحل الإيلاء، فإن زال ملكه ببيع أو هبة ونحوهما، فكذلك، فإن ملكه بعد ذلك، ففي عود الإيلاء قولاً عود الحنث، ولو دبره أو كاتبه، لم ينحل الإيلاء، لأنه يعتق لو وطئها، وكذا لو علق بالوطء عتق جارية ثم استولدها.

المسألة الثانية: قال: إن وطئتك، فعبدني حر قبله بشهر، فإنما يصير مؤلياً إذا مضى شهر من وقت تلفظه، لأنه لو وطئها قبل تمام شهر، لم يعتق، وينحل الإيلاء بذلك الوطء، فإذا مضى شهر ولم يطأ، ضربت مدة الإيلاء، ويطالب في الشهر الخامس، هكذا قالوه، ويجيء فيه وجه: أنه لو وطئ قبل الشهر، عتق كما سبق في نظيره من الطلاق، فعلى هذا يصير مؤلياً في الحال. فإذا قلنا بالصحيح، فوطئ في مدة الإيلاء أو بعد توجه المطالبة بالفيأة أو الطلاق، حكم بعثت العبد قبله بشهر، وإن طلقها حين طولب، ثم راجعها، ضربت المدة مرة أخرى. وإن جدد نكاحها بعد العدة، ففي عود الإيلاء قولاً عود الحنث، وإذا وطئها، حكم بعثت العبد قبله بشهر بلا خلاف، وإن وقع الوطء على صورة الزنا، ولو باع العبد في الشهر الرابع، فإن وطئ قبل تمام شهر من وقت البيع، تبين حصول العتق قبل البيع، وإن تم من وقت البيع شهر ولم يطأ، ارتفع الإيلاء، لأنه لو وطئ بعد ذلك، لم يحصل العتق قبله بشهر لتقدم البيع على شهر، هكذا ذكره الجمهور. وحكى الفوراني والمتولي وجهاً أنه يطالب بعد تمام أربعة أشهر من وقت اللفظ، لأنه ربما يطلقها، والطلاق لا يستند.

المسألة الثالثة: قال: إن وطئتك، فعبدني حر عن ظهاري، فإن كان قد ظاهر، صار مؤلياً، لأنه وإن لزمته كفارة الظهار، فعتق ذلك العبد بعينه، وتعجيل الإعتاق عن الظهار زيادة التزامها بالوطء، ثم إذا وطئ في مدة الإيلاء أو بعدها، فهل يعتق العبد عن الظهار؟ وجهان: أحدهما: نعم، وطردهم الخلاف في سائر التعليقات، كقوله: إن دخلت الدار، فأنت حر عن ظهاري، وأما إذا لم يكن ظاهر، فلا إيلاء ولا ظهار فيما بينه وبين الله تعالى، ولكنه مقرر على نفسه بالظهار، فيحكم في الظاهر بأنه مظاهر ومؤل، ولا يقبل قوله: إن لم يكن مظاهراً، وإذا وطئ عاد في وقوع العتق عن الظهار في الظاهر الوجهان. ولو قال: إن وطئتك، فعبدني حر عن ظهاري إن ظهرت، لم يكن مؤلياً في الحال، فإن ظاهر، صار مؤلياً، لأن العتق يحصل حينئذ لو وطئ. وقيل: في كونه مؤلياً في الحال قولان، لقربه من الحنث، كما لو قال لنسوة: والله لا جامعكن، والمذهب الأول. قال المتولي: ولو قال: إن وطئتك،

فعبدي حر إن ظاهرت، ولم يقل: عن ظهاري، كان مؤلياً في الحال، فإذا قلنا بالمذهب، وهو أنه لا يصير مؤلياً إلا إذا ظاهر، فوطيء في مدة الإيلاء أو بعدها، حصل العتق لوجود الظهار، والوطء متأخر عنه، ولا يقع هذا العتق عن الظهار باتفاق الأصحاب، ولم لا يقع؟ قال أبو إسحاق: لأن تعليق العتق سبق الظهار، والعتق لا يقع عن الظهار إلا بلفظ يوجد بعده. وقال ابن أبي هريرة: لأنه لا يقع خالصاً عن الظهار، لتأدي حق الحنث به، فأشبهه عتق القريب بنية الكفارة، والأول أصح عند الأصحاب، وبنوا على التعليين ما لو قال: إن وطئتكَ، فعبدي حر عن ظهاري إن ظاهرت، وكان ظاهر ونسي، فيكون مؤلياً في الحال، وإذا وطيء، عتق العبد عن الظهار على التعليين الأول دون الثاني.

فرع: قال: إن وطئتكَ، فله عليّ أن أعتق عبدي هذا عن ظهاري، وكان ظاهر منها أو من غيرها ووجد العود، فهل يكون مؤلياً؟ يبني على أن من في ذمته إعتاق رقبة فنذر على وجه التبرر أن يعتق العبد الفلاني عما هو عليه، هل يتعين ذلك العبد أم لا؟ النص وقول الجمهور: يتعين، واختار المزني: أنه لا يتعين، وخرجه على أصل الشافعي رحمه الله، وعد الإمام هذا قولاً في المذهب وقال: تخريجه أولى من تخريج غيره. ونقل الإمام أن القاضي حسيناً قال: لو نذر صرف زكاته إلى معينين من الأصناف، تعينوا، وأن الأكثرين قالوا: لا يتعينون، وفرقوا بقوة العتق، فإن قلنا: يتعين العبد المعين للإعتاق، صار مؤلياً في الحال، وإلا فلا يكون مؤلياً، فإن صححنا الإيلاء، فطلق بعد المطالبة خرج عن موجب الإيلاء، وكفارة الظهار في ذمته، فيعتق عنها ذلك العبد أو غيره. وإن وطيء في مدة الإيلاء أو بعدها، لزمه ما يلزم في نذر اللجاج، فإن قلنا: كفارة يمين، نظر، إن أطعم أو كسا، فعليه الإعتاق عن الظهار، وإن أعتقه أو عبداً آخر عن اليمين، فعليه أيضاً الإعتاق عن الظهار. وإن قلنا: عليه الوفاء بما سمى، أو خيرناه فاختر الوفاء وأعتق ذلك العبد عن ظهاره، خرج عن عهدة اليمين. وفي إجزائه عن الظهار وجهان: أحدهما: الإجزاء.

المسألة الرابعة: قال: إن وطئتكَ، فأنت طالق أو فأنت ثلاثاً، فيطالب بعد مضي المدة. وفيما يطالب به؟ وجهان: أحدهما وبه قال ابن خيران: يطالب بالطلاق على التعيين، ويمنع الوطاء، والثاني وهو الصحيح المنصوص: يطالب بالفيأة، أو الطلاق، ولا يمنع من الوطاء بتعليق الطلاق، ويقال له: عليك النزع بمجرد تغيب الحشفة، فإن وطيء قبل المدة أو بعدها، ونزع بمجرد تغيب الحشفة، فذاك، وإن مكث، فلا حد على الصحيح، لأن أول الوطاء مباح. وحكى ابن القطان وغيره وجهاً، أنه يجب الحد إذا علم تحريره، ولا يجب المهر على المذهب، وفيه خلاف

سبق في كتاب الصوم. وإن نزع ثم أولج، فلا حد إن كانت رجعية، وحكم المهر كما سبق في الرجعية. وإن كان علق به الطلاق الثلاث، فإن كانا جاهلين بالتحريم، بأن اعتقد أن الطلاق لا يقع إلا باستيعاب الوطء في المجلس، فلا حد للشبهة، ويجب المهر، ويثبت النسب والعدة. وإن كانا عالمين بالتحريم، فوجهان: أحدهما: يجب الحد، ولا مهر ولا نسب ولا عدة. والثاني: عكسه. وإن علم التحريم، وجهلته، فلا حد عليها ولها المهر، وكذا لو علمت ولم تقدر على دفع الزوج، وفي وجوب الحد عليه الوجهان، وإن جهل هو التحريم وعلمته وقدرت على الدفع، فالأصح أنه يلزمها الحد ولا مهر لها.

فرع: قال لغير المدخول بها: إن وطئتك، فأنت طالق، وقع بالوطء طلقة رجعية، سواء قلنا: الطلاق المعلق بالصفة يقع بعدها أم معها.

المسألة الخامسة: قال: إن وطئتك، فضررتك طالق، فهو مؤل عن المخاطب، ومعلق طلاق الضرة، فإن وطئ المخاطبة قبل مضي المدة أو بعدها، طلقت الضرة، وانحل الإيلاء، وإن طلقها بعد المطالبة ولم يطأها، سقطت المطالبة ولم يطأها، وخرج عن موجب الإيلاء، فإن راجعها بعد ذلك عاد حكم الإيلاء، وهذا حكم كل إيلاء كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وإن بان فجدد نكاحها، ففي عود الإيلاء أقوال عود الحنث، وهذا يشمل كل إيلاء، فإن قلنا: يعود، استؤنفت المدة من يوم النكاح، نص عليه القاضي أبو الطيب وغيره. وسواء قلنا: يعود الإيلاء أم لا، فطلاق الضرة يبقى معلقاً بوطء المخاطبة، حتى لو وطئ المخاطبة بعد الرجعة أو التجديد، وقع بلا خلاف. وكذا لو وطئها وهي بائن زانياً، ولا يعود الإيلاء لو نكحها بعد ذلك لانحلال اليمين بوطء الزنا. ولو ماتت الضرة، انحل الإيلاء، ولو طلقها، لم يرتفع الإيلاء ولا المطالبة ما دامت في عدة الرجعية، لأنه لو وطئ المخاطبة لطلقت، فإذا انقضت أو أبان الضرة، ابتدأ بخلع أو استيفاء عدد أو طلاق قبل الدخول، ارتفع الإيلاء وسقطت المطالبة وإن كان ذلك بعد مضي مدة الإيلاء، لأنه لو وطئها بعد ذلك، لم يقع عليه طلاق. ثم إن وطئ المخاطبة، انحلت اليمين، ولا يعود إيلاؤها لو نكح الضرة، وإن نكح الضرة قبل أن يطأها، فعلى الخلاف في عود الحنث، فإن قلنا: لا يعود، لم يعد الإيلاء، وإلا فيعود، وإذا أعدناه، فهل يستأنف المدة، أم يبني؟ وجهان: اختار الإمام والغزالي البناء، وقطع البغوي وغيره بالاستئناف، وهو أصح.

المسألة السادسة: قال لامرأته: إن وطئت إحداكما، فالأخرى طالق، فإذا أن يعين بقلبه واحدة، وإما لا، فإن عين، فهو مؤل منها وحدها، لكن الأمر في الظاهر

مبهم، فيقال له بعد المدة: بين التي أردتها، فإن بين، فلها مطالبتة بالفيأة أو الطلاق، والقول قوله بيمينه، أنه لم يرد الأخرى، وإن لم يبين وطالبته جميعاً، قال له القاضي: فيء إلى التي آلت منها، أو طلقها، فإن امتنع، طلق القاضي إحداها على الإبهام، تفرعاً على أن القاضي يطلق على المؤلي إذا امتنع، هكذا قاله ابن الحداد، واعترض عليه القفال، قال: لا يطلق القاضي إحداها مبهمة، لأنهما معترفان بالإشكال، فدعواهما غير مسموعة، كما لو حضر رجلان عند القاضي، وقال: لأحدنا على هذا ألف درهم، وزاد المتولي فقال: هذا إذا جاءتا معاً وادعنا كذلك، فلو انفردت كل واحدة، وقالت: آلى مني، فإن أقر بما قالتا، أخذ بموجب إقراره، وإن كذب الأولى، تعين الإيلاء في الثانية. وقال كثير من الأصحاب: قول ابن الحداد صحيح، لحصول الضرر، فلا سبيل إلى إهمال الواقعة، ولا إلى طلاق معينة، فعلى هذا، إذا طلق القاضي، فقال الزوج: راجعت التي وقع عليها الطلاق، ففي صحة الرجعة وجهان سبقا في الرجعة، وبالصحة أجاب ابن الحداد، فعلى هذا تضرب المدة مرة أخرى، ويطلق القاضي مرة أخرى على الإبهام، وهكذا إلى أن يستوفي الثلاث، والأصح أن الرجعة لا تصح على الإبهام، بل تبين المطلقة، ثم يراجعها إن شاء. فلو وطئ إحداها قبل البيان، قال الشيخ أبو علي: لا يحكم بطلاق الأخرى، لأننا لا ندري أن التي نواها هي الموطوءة أم الأخرى، ويبقى الأمر بالبيان كما كان. فإن قال: أردت الأخرى، لم تطلق واحدة منهما، وتطالبه الأخرى بالفيأة أو الطلاق. فإن وطئها، طلقت الموطوءة الأولى، وإن قال: أردت الإيلاء من الموطوءة، طلقت الأخرى، وخرج عن موجب الإيلاء، هذا إذا عين بقلبه إحداها، فإن لم ينو معينة، فالذي ذكره الشيخ أبو علي والبعوي، أنه يكون مؤلياً منهما جميعاً، لأن آية واحدة وطئها طلقت الأخرى، ولحقه الضرر. ويشبه أن يقال: تكون مؤلياً من واحدة، ويؤمر بالتعيين كما في الطلاق، وسيأتي مثله إن شاء الله تعالى فيما لو قال لنسوة: لا جامعت واحدة منكن، ولم ينو، ثم ذكر الشيخ أبو علي بناءً على جوابه، أنه إذا طوّل بالفيأة أو الطلاق، فوطئ إحداها، طلقت الأخرى وتخلص من الإيلائين، ولو طلق إحداها، لم يسقط حكم الإيلاء في الثانية، لأن بالوطء تنحل اليمين، ولا تنحل بالطلاق. حتى لو وطئ التي لم يطلقها، وقعت طلبة أخرى على التي طلقها إذا كانت في عدة الرجعة. ولو قال: كلما وطئت إحداكما، فالأخرى طالق، ووطئ بعد المطالبة إحداها، طلقت الأخرى وتخلص عن الإيلاء في حق الموطوءة، ولا يتخلص بالكلية في حق الأخرى وإن سقطت المطالبة في الحال بوقوع الطلاق، لأن اللفظ يقتضي التكرار، فإذا راجعها، عاد فيها الإيلاء. وحكى ابن

الصباغ كلام ابن الحداد ثم قال: ومن الأصحاب من قال: يكون مؤلياً منهما جميعاً، قال: وهذا أصح. ولم يفرق بين ما إذا عين واحدة بقلبه، وما إذا لم يعين، ولا وجه لكونه مؤلياً منهما مع تعيين واحدة بقلبه بحال.

المسألة السابعة: سبق أن المؤلي من علق بالوطء مانعاً منه، من حنث في يمين، أو عتق أو طلاق ونحوها، فلو لم يتعلق الحنث بالوطء، بل كان مقرباً منه، فقولان: المشهور وهو الجديد، وأخرى قولي القديم: لا يكون مؤلياً. والثاني من قولي القديم: يكون مؤلياً، فإذا قال لأربع نسوة: والله لا أجامعن، لم يحنث إلا بجماعهن كلهن، وإذا وطئن، لزمه كفارة واحدة، لأن اليمين واحدة. ولو مات بعضهن قبل الوطء، انحلت اليمين، لأنه تحقق امتناع الحنث، ولا نظر إلى تصور الإيلاج بعد الموت، فإن اسم الوطء يقع مطلقه على ما في الحياة. وقيل: إن البر والحنث، يتعلقان بوطء الميتة. وأشار بعضهم إلى وجه فارق بين ما قبل الدفن وبعده، ولا أثر لموت بعضهن بعد الوطء، قال الإمام: والذي أراه أن الوطء في الدبر كهو في القبل في حصول الحنث.

قلت: هذا الذي قاله الإمام متفق عليه، صرح به جماعات من أصحابنا، وقد نقله صاحب «الحاوي» و«البيان» عن الأصحاب في القاعدة التي قدمتها، أن الأصحاب قالوا: الوطء في الدبر كهو في القبل، إلا في سبعة أحكام أو خمسة، ليست اليمين منها. والله أعلم.

ولو طلقهن أو بعضهن قبل الوطء، لم تنحل اليمين، بل تجب الكفارة بالوطء بعد البينونة وإن كان زناً، هذا حكم اليمين، وأما الإيلاء، ففيه طرق، المذهب منها: لا يكون مؤلياً في الحال، فإن وطئ ثلاثاً منهن، صار مؤلياً من الرابعة. وفي قول: يكون مؤلياً من الجميع في الحال. فعلى المذهب: لو مات بعضهن قبل الوطء، ارتفع حكم الإيلاء على الصحيح، لحصول اليأس من الحنث. ولو مات بعضهن بعد الوطء، لم يرتفع، ولو طلق بعضهن قبل الوطء أو بعده، فكذا، حتى لو أبان ثلاثاً منهن ووطئن في البينونة زانياً، صار مؤلياً من الباقية. ولو أبان واحدة قبل الوطء، ووطئ الثلاث في النكاح، ثم نكح المطلقة، ففي عود الإيلاء قولاً عود الحنث، وحكم اليمين باق قطعاً، حتى لو وطئها، لزمه الكفارة. وإذا قلنا بالضعيف: إنه مؤل في الحال، ضربنا المدة، ولجميعهن المطالبة بعد المدة. فإن وطئن أو طلقهن، تخلص من الإيلاء، وإن وطئ بعضهن، ارتفع الإيلاء في حق من وطئها، ولا يرتفع في حق المطلقة، بل إذا راجعها ضربت المدة ثانياً.

فرع: قال للنسوة الأربع: والله لا أجامع كل واحدة منكن، قال الأصحاب:

يكون مؤلياً من كل واحدة، ويتعلق بوطء كل واحدة الحنث ولزوم الكفارة، قالوا: تضرب المدة في الحال، فإذا مضت، فلكل واحدة المطالبة بالفيأة أو الطلاق، فإن طلقهن، سقطت المطالبة، فإن راجعهن، ضربت المدة ثانياً، وإن طلق بعضهن، فالبقيات على مطالبتهن. وإن وطىء إحداهن، انحلت اليمين في حق البقيات، وارتفع الإيلاء فيهن على الأصح عند الأكثرين. وقيل: لا تنحل ولا ترتفع، وجعلوا على هذا الخلاف ما لو قال: والله لا كلمت واحداً من هذين الرجلين ونظائره، هذا كلام الأصحاب، ولك أن تقول: إن أراد بقوله: لا أجامع كل واحدة تخصيص كل واحدة بالإيلاء على وجه لا يتعلق بصواحبه، فالوجه بقاء الإيلاء في البقيات، وإلا فينبغي أن يكون حكم هذه الصورة حكم قوله: والله لا أجامعكن على ما سبق.

فرع: قال: والله لا أجامع واحدة منكن، فله ثلاثة أحوال:

أحدها: أن يريد الامتناع عن كل واحدة، فيكون مؤلياً منهن كلهن، ولهن المطالبة بعد المدة، فإن طلق بعضهن، بقي الإيلاء في حق البقيات، وإن وطىء بعضهن، حصل الحنث، لأنه خالف قوله: لا أطأ واحدة منكن، وتنحل اليمين، ويرتفع الإيلاء في حق البقيات.

الحال الثاني: أن يقول: أردت الامتناع عن واحدة منهن لا غير، فيقبل قوله، لاحتمال اللفظ. وقال الشيخ أبو حامد: لا يقبل، للتهمة، والصحيح الأول، ثم قد يريد معينة، وقد يريد مبهمه، فإن أراد معينة، فهو مؤلٍ منها، ويؤمر بالبيان كما في الطلاق، فإذا بين، وصدقه البقيات، فذاك، فإن ادعت غير المعينة أنه أرادها، وأنكر، صدق بيمينه، فإن نكل، حلفت المدعية، وحكم بأنه مؤلٍ منها أيضاً، فلو أقر في جواب الثانية أنه نواها، وأخذناه بموجب الإقرارين، وطالبناه بالفيأة أو الطلاق، ولا يقبل رجوعه عن الأولى، وإذا وطئهما في صورة إقراره، تعددت الكفارة، وإن وطئهما في صورة نكوله ويمين المدعية لم تعدد الكفارة، لأن يمينها لا تصلح لإلزامه الكفارة. ولو ادعت واحدة أولاً، أنك أردتني، فقال: ما أردتك أو ما آليت منك، وأجاب بمثله الثانية والثالثة، تعينت الرابعة للإيلاء، وإن أراد واحدة مبهمه، أمر بالتعيين، وقال السرخسي: ويكون مؤلياً من إحداهن لا على التعيين، فإذا عين واحدة، لم يكن لغيرها المنازعة، ويكون ابتداء المدة من وقت اليمين، أم من وقت التعيين؟ وجهان بناءً على الخلاف في الطلاق المبهم إذا عينه، هل يقع من اللفظ أم من التعيين؟ وإن لم يعين، ومضت أربعة أشهر فقالوا: تطالب إذا طلبن بالفيأة أو الطلاق، وإنما يعتبر طلبهن كلهن ليكون طلب المؤلي منها حاصلاً، فإن امتنع، طلق القاضي واحدة على الإبهام، ومنع منهن إلى أن يعين المطلقة، وإن فاء إلى واحدة أو

ثنتين، أو ثلاث، أو طلق، لم يخرج عن موجب الإيلاء. وإن قال: طلقت التي آليت منها، خرج عن موجب الإيلاء، لكن المطلقة مبهمة، فعليه التعيين، هذا هو المذهب في الحال الذي نحن فيه، ووراءه شيان: أحدهما: قال المتولي: إذا قال: أردت مبهمة، قال عامة الأصحاب: تضرب المدة في حق الجميع، فإذا مضت، ضيق الأمر عليه في حق من طالب منهن، لأنه ما من امرأة إلا ويجوز أن يعين الإيلاء فيها، وظاهر هذا أنه مؤل من جميعهن، وهو بعيد. الثاني: حكى الغزالي وجهاً، أنه لا يكون مؤلياً من واحدة منهن، حتى يبين إن أراد معينة، أو يعين إن أراد مبهمة، لأن قصد الإضرار حينئذ يتحقق. وحكى الإمام هذا الوجه عن الشيخ أبي علي على غير هذه الصورة، فقال: روى وجهاً: أنه إذا قال: أردت واحدة، لا يؤمر بالبيان، ولا بالتعيين، بخلاف إبهام الطلاق، لأن المطلقة خارجة عن النكاح، فإمسакها منكر، بخلاف الإيلاء.

الحال الثالث: أن يطلق اللفظ، فلا ينوي تعميماً ولا تخصيصاً، فهل يحمل على التعميم، أم على التخصيص بواحدة؟ وجهان: أحدهما: الأول، وبه قطع البغوي وغيره.

المسألة الثامنة: قال: والله لا أجامعك سنة إلا مرة، فقولان: أظهرهما وهو الجديد، وأحد قولي القديم: لا يكون مؤلياً في الحال، لأنه لا يلزمه بالوطء الأول شيء، فإن وطئها، نظر، إن بقي من السنة أكثر من أربعة أشهر، فهو مؤل من يومئذ، وإن بقي أربعة فأقل، فهو حالف وليس بمؤل، والقول الثاني: يكون مؤلياً في الحال، فيطالب به بعد مضي المدة. فإن وطئ، فلا شيء عليه، لأن الوطء الأولى مستثناة، وتضرب المدة ثانياً إن بقي من السنة مدة الإيلاء، وعلى هذا القياس لو قال: لا أجامعك إلا عشر مرات، أو عدداً آخر، فعلى الأظهر: لا يكون مؤلياً في الحال، وإنما يكون مؤلياً إذا وطئ ذلك العدد وبقي من السنة مدة الإيلاء، وعلى الضعيف: يكون مؤلياً في الحال، ولو قال: إن أصبتك، فوالله لا أصبتك، فقل: بإجراء القولين في كونه مؤلياً في الحال، والمذهب: القطع بالمنع. والفرق أن هناك عقد اليمين في الحال، واستثنى وطأة، وهنا اليمين غير منعقد في الحال، وإنما ينعقد إذا أصابها، وإثبات الإيلاء قبل اليمين ممتنع، ويجري الخلاف فيما لو قال: إن وطئتك، فوالله لا دخلت الدار. ولو قال: والله لا أجامعك سنة إلا يوماً، فهو كقوله: إلا مرة. ولو قال: لا أجامعك في السنة إلا مرة، فتعريف السنة بالآلف واللام يقتضي السنة العربية التي هو فيها، فإن بقي منها مدة الإيلاء، ففيه القولان، كما لو قال: سنة، وإلا فلا إيلاء قطعاً.

فرع: قال: لا أجامعك سنة إلا مرة، فمضت سنة ولم يطاء، فهل تلزمه كفارة لاقتضاء اللفظ الوطء، أم لا، لأن المقصود منع الزيادة؟ وجهان حكاهما ابن كج. قلت: أصحهما: لا كفارة. والله أعلم.

فلو وطئ في هذه الصورة، ونزع، ثم أولج ثانياً، لزمه كفارة بالإيلاج الثاني، لأنه وطئ جديد، هذا هو الصحيح، وفي وجه: لا كفارة، لأنه وطئ واحد عند أهل العرف.

فصل: قال: والله لا جامعتك، ثم قال لضررتها: أشركتك معها، أو أنت شريكها أو مثلها، ونوى الإيلاء، لم يصير مؤلياً من الثانية، لأن اليمين إنما تكون باسم الله تعالى أو صفته، حتى لو قال به: لأفعلن كذا، وقال: أردت بالله تعالى، لم ينعقد يمينه، ولو ظاهر منها ثم قال للضرة: أشركتك معها، صار مظاهراً من الثانية أيضاً على الأصح. وإن آلى منها بالتزام طلاق أو عتاق، وقال للضرة: أشركتك معها، سألناه، فإن قال: أردت أن الأولى لا تطلق إلا إذا أصبت الثانية مع إصابة الأولى وجعلتها شريكها في كون إصابتها شرطاً لطلاق الأولى، لم يقبل. وإذا وطئ الأولى، طلقت، وإن قال: أردت أنني إذا أصبت الأولى طلقت الثانية أيضاً، قبل، لأن الطلاق يقع بالكناية، فإذا وطئ الأولى، طلقتا، وفي الحالتين لا يكون مؤلياً من الثانية. وإن قال: أردت تعليق طلاق الثانية بوطنها بنفسها، كما علق طلاق الأولى بوطنها، ففي صحة هذا التشريك وجهان: أصحهما: الصحة، وبه قال الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب وغيرهما، فعلى هذا، يكون مؤلياً من الثانية، إذا قلنا: ينعقد الإيلاء بغير اسم الله تعالى، ويجري هذا التفصيل، فيما لو علق طلاق امرأة بدخول الدار وسائر الصفات، ثم قال لأخرى: أشركتك معها، ولو قال: إن دخلت الدار، فأنت طالق، لا بل هذه، وأشار إلى امرأة أخرى، فإن قصد أن يطلق الثانية إذا دخلت الأولى الدار، طلقتا جميعاً بدخول الأولى، سواء قصد ضم الثانية إلى الأولى، أو قصد طلاق الثانية عند دخول الأولى. وإن قال: أردت تعليق طلاق الثانية بدخول نفسها، ففي قبوله وجهان: كما ذكرنا في لفظ الإشراك في اليمين. واختار القفال منهما: أنه لا يقبل، ويحمل على تعليق طلاقها بدخول الأولى، حتى إذا دخلت، طلقتا جميعاً. قال: ولو علق طلاق واحدة بدخول الدار، وقال لأخرى: أشركتك معها، وقلنا: لا يصح التشريك، لم تطلق بدخول الدار.

فرع: قال رجل لآخر: يميني في يمينك، قال البغوي وغيره: إن أراد أنه إذا حلف الآخر صرت حالفاً، لم يصح حالفاً بحلف الآخر، سواء حلف بالله تعالى أم بالطلاق. وإن كان الآخر قد طلق زوجته، أو حنث في يمين الطلاق، فقال: أردت

أن امرأتي طالق كإمرأته، طلقت: وإن أراد متى طلق امرأته طلقت امرأتي، فإذا طلق الآخر، طلقت هذه.

فصل: ذكرنا في «كتاب الطلاق»، أنه إذا قال: أنت علي حرام، ونوى الطلاق، أو الظهار، وقع ما نوى، وأنه لو نوى تحريم عينا، لزمه كفارة يمين. وأن الصحيح وجوب تلك الكفارة في الحال. وفي وجه: إنما يجب إذا وطئها، وأنه على هذا الوجه يكون مؤلياً، وأنه لو قال: أردت به الامتناع من الوطء، ففي قبوله وجهان: أحدهما: يكون مؤلياً في الحال، وأصحهما: لا يكون مؤلياً، لأن اليمين بالله تعالى لا تنعقد إلا باسم معظم، فعلى هذا يلزمه الكفارة في الحال إذا قلنا: إن مطلق هذه اللفظة يوجبها. ولو قال: أردت بقولي: أنت علي حرام إن وطئت، فأنت علي حرام، لم يقبل منه على المذهب، وبه قطع الجمهور، لأنه يريد تأخير الكفارة، وهذا اللفظ يقتضي وجوبها في الحال. وفي «التتمة» أنه مبني على أن للإمام أن يأمره بإخراج الكفارة، فأما إن قلنا: ليس له الأمر بإخراج الكفارة، فلا يتعرض له. ورأى صاحب «الشامل» «والتتمة»، أن يؤخذ بموجب الإيلاء لإقراره بأنه مؤل.

فرع: قال: إن جامعك، فأنت علي حرام، فإن أراد الطلاق أو الظهار، كان مؤلياً إذا فرعنا على الجديد، وإن أراد تحريم عينا، أو طلق وقلنا: مطلقه يوجب الكفارة، فمؤل، وإن قلنا: لا يوجبها، فلا.

فصل: الإيلاء يقبل التعليق، فإذا قال: إن دخلت الدار، فوالله لا أجامعك، صار مؤلياً عند دخول الدار. ولو قال: والله لا أجامعك إن شئت، وأراد تعليق الإيلاء بمشيئتها، اشترط في كونه مؤلياً مشيئتها، وتعتبر مشيئتها على الفور على الأصح، كما يعتبر في الطلاق على الفور على المذهب، وإنما اختلف الترجيح، لأن الطلاق في معنى التمليك، فتأكد اشتراط الفور كالبيع، ولو علق لا على سبيل خطابها، بأن قال: والله لا أجامع زوجتي إن شاءت، أو قال لأجنبي: والله لا أجامع زوجتي إن شئت، لم يعتبر الفور على الأصح. ولو قال: إن شاء فلان، أو قال لها: متى شئت، لم يعتبر الفور قطعاً، وكل هذا كما سبق في الطلاق. فأما إذا أراد تعليق فعل الوطء بمشيئتها، كأنه قال: لا أجامعك إن شئت أن لا أجامعك، فلا يكون مؤلياً، كما لو قال: لا أجامعك إلا برضاك، لأنها متى رغبت فوطئها لا يلزمه شيء. قال الإمام: ولو قال: لا أجامعك متى شئت، وأراد أني أجامعك إذا أردت أنا، لم يكن مؤلياً، لأنه تصريح بمقتضى الشرع، قال: فإن أطلق، ففي تنزيله على تعليق الإيلاء وجهان: ولو قال: لا أجامعك إلا أن تشائي، أو ما لم تشائي، وأراد الاستثناء عن اليمين، أو تعليقها، ففي «التهذيب» وغيره، أنه يكون مؤلياً، لأنه حلف

وعلق رفع اليمين بالمشيئة. فإن شاءت أن يجامعها على الفور، ارتفع الإيلاء، وإن لم تشأ أو شاءت بعد وقت المشيئة، فالإيلاء بحاله، وكذا الحكم لو قال: لا أجامعك حتى يشاء زيد، فإن شاء أن يجامعها قبل مدة الإيلاء أو بعدها، ارتفعت اليمين، وإن لم يشأ المجامعة حتى مضت مدة الإيلاء، سواء شاء أن لا يجامعها، أم لم يشأ شيئاً، فهل يكون مؤلياً لحصول الإضرار في المدة؟ فيه وجهان سيأتیان إن شاء الله تعالى في نظائرها. وإن مات زيد قبل المشيئة، صار مؤلياً، ثم إن قلنا: في حال حياته إذا مضت المدة بلا مشيئة يجعل مؤلياً، فهنا تحسب المدة من وقت اللفظ، فإن مات زيد بعد تمامها، توجهت المطالبة في الحال. وإن قلنا هناك: لا يجعل مؤلياً، ضربت المدة من وقت الموت. ولو قال: لا أجامعك إن شئت أن أجامعك، فإنما يصير مؤلياً إذا شاءت أن يجامعها. وفي اعتبار الفور، ما سبق، وإذا أطلق قوله: إن شئت، حملناه على عدم مشيئته المجامعة، كما سبق، لأنه السابق إلى الفهم.

فصل: سواء في الإيلاء حالة الرضى والغضب.

فصل: قال: إن وطئتك فأنا زان، أو فأنت زانية، لم يكن مؤلياً، ولا يصير بوطئها قاذفاً. قال السرخسي: ويلزمه التعزير، كما لو قال: المسلمون كلهم زناة، ولزوم التعزير لا يجعله مؤلياً، لأنه يتعلق بنفس اللفظ.

الركن الثالث: المدة، فإن حلف على الامتناع أبداً، أو أطلق، فهو مؤل، وإن قيد بزمان، فهو قسمان:

أحدهما: أن يقدر الزمان، فإن كان أربعة أشهر فما دونها، فليس بمؤل، والذي جرى منه يمين أو تعليق كما يجري في سائر الأفعال، وإن كان أكثر من أربعة أشهر، كان مؤلياً. قال الإمام: ويكفي في كونه مؤلياً أن يزيد على أربعة أشهر أقل قليل، ولا يعتبر أن تكون الزيادة بحيث تتأتى بالمطالبة في مثلها. فإذا كانت الزيادة لحظة لطيفة، لم تتأت المطالبة لأنها إذا مضت تنحل اليمين، ولا مطالبة بعد انحلال اليمين. وفائدة كونه مؤلياً في هذه الصورة، أنه يآثم لإيذائها، وقطع طمعها في الوطء في المدة المذكورة. ولو حلف لا يجامعها أربعة أشهر، ثم أعاد اليمين بعد مضي تلك المدة، وهكذا مرات، فلا يكون مؤلياً قطعاً. ولو وصل اليمين فقال: والله لا أجامعك أربعة أشهر، فإذا مضت فوالله لا أجامعك أربعة أشهر، وهكذا مراراً، فليس بمؤل على الأصح. قال الإمام: وهل يآثم الموالي بين هذه الأيمان كما ذكرنا، فيما إذا زادت اليمين على أربعة أشهر بلحظة لطيفة، يحتمل أن لا يآثم لعدم الإيلاء، ويحتمل أن يآثم إثم الإيذاء والإضرار، لا إثم المؤلين.

قلت: الراجح تأثيمه. والله أعلم.

فرع: قال: والله لا أجامعك خمسة أشهر، فإذا مضت، فوالله لا أجامعك سنة، فلها المطالبة بعد مضي أربعة أشهر بموجب اليمين الأولى، فإن أخرت المطالبة حتى يمضي الشهر الخامس، فلا مطالبة بموجب تلك اليمين، لانحلالها، وإن طالبت في الخامس، ففاء إليها، خرج عن موجب الإيلاء الأول، فإذا مضى الخامس، استحققت مدة الإيلاء الثاني. وإن طلق، سقطت عنه المطالبة في الحال، فإن راجعها في الشهر الخامس، لم تضرب المدة في الحال، لأن الباقي من مدة اليمين الأولى قليل، فإذا انقضى الخامس، ضربت المدة للإيلاء الثاني. ولو وطئها بعد الرجعة في باقي الشهر، انحلت اليمين وتلزمه الكفارة على المذهب، وإن قلنا: إن المؤلي إذا فاء لا كفارة عليه. وإن راجعها بعد الشهر الخامس، نظر، إن راجع بعد سنة من مضي الخامس، فلا إيلاء، لانقضاء المدين وانحلال اليمين، وإن راجع قبل تمام السنة، فإن بقي أربعة أشهر فأقل، فلا إيلاء، وإن بقي أكثر، عاد الإيلاء، وضربت المدة في الحال. ولو جدد نكاحها بعد البينونة، ففي عود الإيلاء حنث يعود لو راجعها، خلاف عود الحنث، وتبقى اليمين ما بقي شيء من المدة، وإن لم يعد الإيلاء، حتى لو راجع، وقد بقي من السنة أقل من أربعة أشهر، فوطئها في تلك البقية، لزمه الكفارة، ولو عقد اليمين على مدتين تدخل إحداها في الأخرى بأن قال: والله لا أجامعك خمسة أشهر، ثم قال: والله لا أجامعك سنة، فإذا مضت أربعة أشهر، فلها المطالبة، فإن فاء انحلت اليمينان، وإذا أوجبنا الكفارة، فالواجب كفارة، أم كفارتان؟ فيه خلاف يجري في كل يمينين يحنث الحالف فيهما بفعل واحد، بأن حلف لا يأكل خبزاً، وحلف لا يأكل طعام زيد، فأكل خبزه، وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى، وإن طلقها ثم راجعها، أو جدد نكاحها، فإن بقي من السنة أربعة أشهر أو أقل، لم يعد الإيلاء، وتبقى اليمين. وإن بقي أكثر من أربعة أشهر، عاد الإيلاء في الرجعية، وفي التجديد خلاف عود الحنث، هذا هو الصحيح المعروف في المذهب. وفي «التتمة» أن السنة تحسب بعد انقضاء الأشهر الخمسة، فيكون كالصورة السابقة، ولو قال: إذا مضت خمسة أشهر، فوالله لا أجامعك، كان مؤلياً بعد مضي الخمسة.

القسم الثاني: أن يقيد الامتناع عن الوطء بمستقبل لا يتعين وقته، فينظر، إن كان المعلق به مستحيلاً، كقوله: حتى تصعدي السماء، أو تطيري، أو كان أمراً يستبعد في الاعتقادات حصوله في أربعة أشهر، وإن كان محتملاً كقوله: حتى ينزل عيسى ابن مريم عليه السلام. أو حتى يخرج الدجال، أو يأجوج ومأجوج، أو تطلع الشمس من مغربها، أو بأمر يعلم تأخره عن أربعة أشهر، كقوله: حتى يقدم فلان، أو أدخل

مكة والمسافة بعيدة لا تقطع، في أربعة أشهر، فهو مؤل. فلو قال في مسألة القدوم: ظننت المسافة قريبة، فهل يصدق بيمينه؟ ذكر فيه الإمام احتمالين، والأقرب تصديقه. وفي شرح «مختصر الجويني» للموفق بن طاهر، أن في التعليق بنزول عيسى ابن مريم عليه السلام، وما في معناه، لا يقطع بكونه مؤلياً في الحال، ولكن ينتظر، فإذا مضت أربعة أشهر، ولم يوجد المعلق به تبيناً أنه كان مؤلياً ومكناًها من المطالبة، والصحيح المعروف الأول، وإن كان المعلق به مما يتحقق وجوده قبل أربعة أشهر، كذبول البقل وجفاف الثوب، وتمام الشهر، أو يظن، كمجيء المطر في وقت غلبة الأمطار، ومجيء زيد من القرية، وعادته المجيء للجمعة، أو مجيء القافلة وعادتها غالباً المجيء كل شهر، فليس بإيلاء، وإنما هو عقد يمين، فإن كان المعلق به مما لا يستبعد حصوله في أربعة أشهر، ولا يظن، كقوله: حتى يدخل زيد الدار، أو أمرض، أو يمرض فلان، أو يقدم وهو على مسافة قريبة، وقد تقدم، وقد لا يحكم بكونه مؤلياً في الحال، فإن مضت أربعة أشهر، ولم يوجد المعلق به، فوجهان: أحدهما: ثبت الإيلاء، وتطالبه، لحصول الضرر، وتبين طول المدة، وأصحهما: لا، لأنه لم يتحقق قصد المضارة أولاً، وأحكام الإيلاء منوطة به لا بمجرد الضرر بالامتناع من الوطء، ولهذا لو امتنع بلا يمين، لم يكن مؤلياً. ولو وطئ قبل وجود المعلق به، وجبت الكفارة بلا خلاف، ولو وجد المعلق به قبل الوطء، ارتفعت اليمين بلا خلاف.

فرع: قال: لا أجامعك حتى أموت، أو تموتي، أو قال: عمري أو عمرك، فهو مؤل لحصول اليأس مدة العمر. ولو قال: حتى يموت فلان، فمؤل على الأصح عند الأكثرين.

فرع: قال: لا أجامعك حتى تفطمي ولدك، نقل المزني أن الشافعي رحمه الله قال: يكون مؤلياً، قال: وقال في موضع آخر: لا يكون مؤلياً، واختاره، فأوهم أن في المسألة قولين، وبه قال ابن القطان. وقال الجمهور: لا خلاف في المسألة، ولكن ينظر إن أراد وقت الفطام، فإن بقي أكثر من أربعة أشهر إلى تمام الحولين، فمؤل، وإلا فلا، وإن أراد فعل الفطام، فإن كان الصبي لا يحتمله إلا بعد أربعة أشهر لصغر أو ضعف بنية، فمؤل، وإن كان يحتمله لأربعة أشهر فما دونها، فهو كالتعليق بدخول الدار ونحوه، والنصان محمولان على الحالين.

فرع: قال: لا أجامعك حتى تحبلي، فإن كانت صغيرة أو آيسة، فهو مؤل، وإلا فكالتعليق بالقدوم من مسافة قريبة ودخول الدار.

فرع: إذا علق بالقدوم أو الفطام، ولم يحكم بكونه مؤلياً، فمات المعلق

بقدمه قبل القدوم، أو الصبي قبل الفطام، فهو كقوله: حتى يشاء فلان فمات قبل المشيئة، وقد ذكرناه.

فرع: قال: والله لا أجامعك، ثم قال: أردت شهراً، دُين، ولم يقبل ظاهراً.

الركن الرابع: المحلوف عليه، وهو ترك الجماع، فالحلف بالامتناع عن سائر الاستمتاع، ليس بإيلاء، والألفاظ المستعملة في الجماع ضربان، صريح، وكناية، فمن الصريح لفظ النيك، وقوله: لا أغيب في فرجك ذكرى، أو حشفتي، أو لا أدخل، أو أولج ذكرى في فرجك، أو أجامعك بذكرى، وللبكر: لا أفتضك بذكرى. فلو قال في شيء من هذا أردت غير الجماع، لم يدين، لأنه لا يحتمل غيره، ولفظ الجماع والوطء أيضاً صريحان، لكن لو قال: أردت بالجماع الاجتماع، وبالوطء الوطء بالقدم، دين، وقيل: إنهما كنايةتان، وهو شاذ مردود. ولو قال للبكر: لا أفتضك ولم يقل: بذكرى، فهو صريح، فإن قال: لم أرد الجماع، لم يقبل ظاهراً، وهل يدين؟ وجهان: الأصح: نعم. قال الإمام: ولو قال: أردت به الضم والالتزام، لم يدين على الأصح، والمباشرة، والمضاجعة، والملازمة، والمس، والإفشاء، والمباعدة، والافتراش، والدخول بها، والمضي إليها، كنيات على الجديد، وصرائح في القديم، والغشيان، والقربان، والإتيان عند الجمهور على القولين. وقيل: كنيات قطعاً. والإصابة صريح عند الجمهور. وقيل: على القولين. وقوله: لا يجمع رأسي ورأسك وساد، أو لا يجتمعان تحت سقف كناية قطعاً. وقوله: لأبعدن عنك، كناية، ويشترط فيه نية الجماع والمدة جميعاً، ومثله قوله: لأسوءنك، ولأغيظنك، أو لتطولن غيبتى عنك، فهو كناية في الجماع والمدة. ولو قال: ليطولن تركي لجماعك، أو لأسوءنك في الجماع، فهو صريح في الجماع كناية في المدة. ولو قال: لا أغتسل عنك، سألناه؟ فإن قال: أردت لا أجامعها، فمؤل، وإن قال: أردت الامتناع من الغسل، أو أردت أني لا أمكث حتى أنزل، واعتقد أن الجماع بلا إنزال لا يوجب الغسل. أو أني أقدم على وطئها وطء غيرها فيكون الغسل عن الأولى لحصول الجنابة بها، قبلناه، ولم يكن مؤلياً. ولو قال: لا أجامعك في الحيض أو النفاس، أو الدبر، فليس بمؤل، بل هو محسن. ولو قال: لا أجامعك إلا في الدبر، فمؤل، ولو قال: لا أجامعك إلا في الحيض أو النفاس، قال السرخسي: لا يكون مؤلياً، لأنه لو جامع فيه حصلت الفتنة. وقال البغوي في «الفتاوى»: هو مؤل، وكذا لو قال: إلا في نهار رمضان، أو إلا في المسجد. ولو قال: لا جامعتك جماع سوء، فليس بمؤل، كما لو قال: لا جامعتك في هذا البيت، أو لا جامعتك من القبل. ولو قال: لا أجامعك إلا جماع سوء، فإن أراد: لا أجامعها إلا في الدبر، أو فيما دون

الفرج، أو لا أغيب جميع الحشفة، فمؤل، وإن أراد الجماع الضعيف، فليس بمؤل، ولو حلف لا يجمع بعضها، فكما سيأتي في الظهار، إن شاء الله تعالى.

الباب الثاني: في أحكام الإيلاء

وفيه أربعة أطراف:

الطرف الأول: في ضرب المدة، فالإيلاء يقتضي ضرب المدة وهي أربعة أشهر بنص القرآن الكريم، وهي حق للزوج، كالأجل حق للمدين، وتحسب من وقت الإيلاء، ولا يحتاج إلى ضرب القاضي، وسواء كان الزوجان حرين، أو رقيقين، أو حراً ورقيقاً.

فصل: فيما يمنع احتساب المدة ابتداءً أو دواماً

قد سبق أنه إذا آلى من رجعية، صح، وتحسب المدة من وقت الرجعة، لا من وقت اليمين، ولو آلى من زوجته ثم طلقها رجعيًا، انقضت المدة لجريانها إلى البينونة، فلو راجعها استؤنفت المدة، لأن الإضرار إنما يحصل بالامتناع المتوالي في نكاح سليم، وحكى المتولي وجهًا أنه يبني عليها تخريجاً مما إذا راجع المطلقة ثم طلقها قبل وطء، فإنها تبني على قول. ولو ارتد أحدهما بعد الدخول في المدة، انقطعت المدة، ولا يحتسب زمان الردة منها، لأنها تؤثر في قطع النكاح كالطلاق، فإذا أسلم المرتد منهما، استؤنفت المدة، هذا هو المذهب، وبه قطع الجماهير. وفي ردة الزوج وجه أنه إذا أسلم، يبني، وفي وجه حكاة السرخسي، أن رده لا تمنع الاحتساب، كمرضه وسائر الأعذار. ولو وجد النكاح بعد أن بانت الرجعية، أو كان الطلاق بائناً، أو بعد البينونة بالردة والإضرار، أو بردة قبل الدخول، وقلنا: يعود الإيلاء، استؤنفت المدة. ولو طلقها بعد مدة الإيلاء طلاقاً رجعيًا بمطالبتها، أو ابتداءً ثم راجعها، عاد الإيلاء، وتستأنف المدة إن كانت اليمين على التأبيد، أو كانت مؤقتة وقد بقي من وقت اليمين مدة الإيلاء، ولو ارتد أحد الزوجين بعد مضي المدة، ثم أسلم قبل انقضاء العدة، عاد الإيلاء، وتستأنف المدة أيضاً، وألحق البغوي العدة عن وطء الشبهة بالطلاق الرجعي، وبالردة في منع الاحتساب ووجوب الاستئناف عند انقضائها.

فرع: ما يمنع الوطء من غيره، أن يحل بملك النكاح، إن وجد في الزوج، لم يمنع احتساب المدة، بل تضرب المدة مع اقتران المانع بالإيلاء. ولو طراً في المدة، لم يقطعها، بل تطالب بالفياء بعد أربعة أشهر إذا كان العذر إيلاءً يوم المطالبة، وسواء في ذلك المانع الشرعي، كالصوم، والاعتكاف، والإحرام، والحسي،

كالمرض، والحبس، والجنون، وإن كان المانع فيها، فقد يكون حسيّاً وشرعياً، فالحسي، كالنشوز والصغر الذي لا يحتمل معه الوطء، والمرض المضني المانع من الوطء، فإن قارن ابتداء الإيلاء، لم تبدىء المدة حتى تزول، وإن طرأ في المدة، قطعها، هذا هو المذهب في الطرفين، وحكى المزني قولاً في حبسه: أنه يمنع احتساب المدة، فغلطه جمهور الأصحاب في النقل، وصدقه بعضهم، وحمله على ما إذا حبسته هي. وقيل: هو محمول على ما إذا حبس ظلماً، وحق هذا القائل، أن يطرده في المرض، وما لا يتعلق باختياره من الموانع، وقد مال الإمام إلى هذا فقال: كان يحتمل أن يصدق المزني في النقل، ويقال فيه وفي نص المرض: إنهما على قولين بالنقل والتخريج. وعن صاحب «التقريب» أن البويطي حكى قولاً أن الموانع الطارئة فيها لا تمنع الاحتساب لحصول قصد المضارة ابتداءً. فإذا قلنا بالمذهب، فطرأ فيها مانع في المدة، ثم زال، استأنفت المدة على الصحيح المنصوص الذي قطع به الجمهور. وقيل: تبني. ولو طرأت هذه الموانع بعد تمام المدة، وقبل المطالبة، وزالت بعد، فلها المطالبة، ولا تفتقر إلى استئناف المدة، لأنه وجدت المضارة في المدة على التوالي، وقيل: تستأنف وهو غلط، نسبة الإمام إلى بعض الضعفة، وجنونها يمنع احتساب المدة إن كانت تمنع التمكين، وإلا فلا.

أما المانع الشرعي فيها، فإن كان صوماً أو اعتكافاً مفروضين، يمنع الاحتساب، ويجب الاستئناف إذا زال، وإن كانا تطوعين، لم يمنع الاحتساب، لأنه متمكن من وطئها، هذا هو الصحيح الذي قطع به الأصحاب في الطرق، وعن الشيخ أبي محمد، أن العذر الشرعي لا يمنع الاحتساب، ولا يقطع المدة، وهو ضعيف، والحيض لا يمنع الاحتساب قطعاً، وكذا النفاس على الأصح.

الطرف الثاني: في كيفية المطالبة، فلها المطالبة بأن يفىء أو يطلق، وما لم تطلب، لا يؤمر الزوج بشيء، ولا يسقط حقها بالتأخير. ولو تركت حقها ورضيت، ثم بدا لها، فلها العود إلى المطالبة ما لم تنقض مدة اليمين، لأن الضرر متجدد وتختص المطالبة بالزوجة، فليس لولي المراهقة والمجنونة المطالبة، وحسن أن يقول الحاكم للزوج: اتق الله بالفيأة أو الطلاق، وإنما يضيق عليه إذا بلغت أو أفاقت وطلبت، وليس لسيد الأمة أيضاً مطالبة، لأن الاستمتاع حقها.

فرع: إذا وجد مانع من الجماع بعد مضي المدة المحسوبة، نظر أهو فيها، أم في الزوج؟ فإن كان فيها، بأن كانت مريضة لا يمكن وطؤها، أو محبوسة لا يمكنه الوصول إليها، أو حائضاً أو نفساء، أو محرمة، أو صائمة، أو معتكفة عن فرض، لم يثبت لها المطالبة بالفيأة لا فعلاً ولا قولاً، لأنه معذور. وإن كان المانع فيه، فهو

طبعي وشرعي، فالطبعي، بأن يكون مريضاً لا يقدر على الوطء، أو يخاف منه زيادة العلة، أو ببطء البرء، فيطالب بالفيأة باللسان، أو بالطلاق إن لم يفيء، والفيأة باللسان أن يقول: إذا قدرت فئت. واعتبر الشيخ أبو حامد أن يقول مع ذلك: ندمت على ما فعلت، وإذا استمهل الفيأة باللسان، لم يمهل بحال، فإن الوعد هين متيسر، ثم إذا زال المانع، يطالب بالفيأة بالوطء أو بالطلاق، تحقيقاً لفيأة اللسان، ولا يحتاج هذا الطلب إلى استئناف مدة، وإن كان محبوساً ظلماً، فكالمریض، وإن حبس في دين يقدر على أدائه، أمر بالأداء أو الفيأة بالوطء، أو الطلاق، وأما الشرعي، فكالصوم والإحرام والظهار قبل التكفير، ففيه طريقتان: المذهب منهما، أنه مبني على أن الزوج لو أراد وطأها وهناك مانع شرعي، هل يلزمها التمكين؟ وفيه تفصيل حاصله أنه إن كان المانع يتعلق بهما كالطلاق الرجعي، أو يختص بها كالحيض والصوم والإحرام، لم يلزمها، بل يحرم عليها التمكين، وإن اختص به كصومه وإحرامه، فوجهان: أحدهما: يلزمها التمكين، لأنه لا مانع فيها، وليس لها منع ما عليها من الحق. وأصحهما: المنع، لأنه موافقة على الحرام وإعانة عليه. وإن كان التحريم بسبب الظهار، فهل هو كالطلاق الرجعي، أم كصومه؟ وجهان: فإذا قلنا: يجوز التمكين، فلها المطالبة بالوطء أو الطلاق. فإن أراد الوطء فامتنعت، سقط حقها من الطلب، وإن قلنا: بالمنع، فوجهان: أحدهما: يقنع منه بفيأة اللسان، وأصحهما: وبه قطع ابن الصباغ: يطالب بالطلاق إزالة للضرر عنها، بخلاف المانع الطبيعي، لأن الوطء هناك متعذر، وهنا ممكن، وهو المضيق على نفسه. والطريق الثاني: أن يقال له: ورطت نفسك بالإيلاء، فإن وطئت عصيت وفسدت عبادتك، وإن لم تطأ، ولم تطلق، طلقناها عليك، كمن غصب دجاجة ولؤلؤة فابتلعتهما، يقال له: إن ذبحتها غرمتها، وإلا غرمت اللؤلؤة. ولو قال في صورة الظهار: أمهلوني حتى أكفر، نظر إن كان يكفر بالصوم، لم يمهل، وإن كان بالعتق والطعام، فعن أبي إسحاق: يمهل ثلاثة أيام. وفي «التهذيب»: يوماً أو نصف يوم، ويمكن أن يكون بحسب تيسر المقصود، وهذا إذا لم تطل مدة الإمهال. فإن طالت لفقد الرقبة أو مصرف الطعام، لم يمهل، كذا قاله المتولي. وعلى كل حال، لو وطئ مع التحريم، خرج عن موجب الإيلاء، واندفعت المطالبة.

الطرف الثالث: ما به المطالبة. قد تكرر أن المؤلي بعد المدة، يطالب بالفيأة أو الطلاق، والمقصود الفيأة، لكنه يطالب بالطلاق إن لم يفيء. قال الإمام: وليس لها أن توجه الطلب نحو الفيأة وحدها، بل يجب أن تكون المطالبة مترددة، فإن لم يفيء وأبى أن يطلق، فقولان: أظهرهما وهو الجديد وأحد قولي القديم واختيار

المزني: أنه يطلقها القاضي طليقة. والثاني، لا يطلق عليه، بل يحبسها ويعزرها حتى يفيء أو يطلق. ولو لم يصرح بالامتناع، بل استمهل ليفيء، أمهل بلا خلاف قدر ما يتهيأ لذلك الشغل، فإن كان صائماً، أمهل حتى يفطر، أو جائعاً، فحتى يشبع، أو ثقيلاً من الشبع، فحتى يخف، أو غلبه النعاس، فحتى يزول. ويحصل التهيؤ والاستعداد في مثل هذه الأحوال بقدر يوم فما دونه. وهل يمهل ثلاثة أيام؟ قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما عند الجمهور: لا. وإذا أمهل، فطلق القاضي عليه في مدة الإمهال، لم يقع طلاقه إن وجدت الفياة في مدة المهلة، وإن مضت المدة بلا فياة، لم يقع أيضاً على الصحيح.

فرع: ذكر ابن كج، أنه لو طلق القاضي عليه، فبان أنه وطىء أو طلق قبل تطليق القاضي، لم ينفذ طلاق القاضي. ولو وقع طلاق الزوج والقاضي معاً، نفذ الطلاق، لأن كل واحد فعل ماله فعله. وقيل: لا يقع تطليق القاضي.

فرع: آلى ثم غاب، أو آلى وهو غائب، تحسب المدة، ولها أن توكل من يطالبه. فإذا مضت المدة، رفعه وكيلها إلى قاضي البلد الذي فيه الزوج وطالبه ويأمره القاضي بالفياة باللسان في الحال، لأن المانع حسي وبالمسير، أو يحملها إليه، أو الطلاق إن لم يفعل ذلك، فإن لم يفيء باللسان، أو فاء به ولم يرجع إليها، ولا حملها إليه حتى مضت مدة الإمكان، ثم قال: أرجع الآن، لم يمكن، ويطلق عليه القاضي إذا طلب وكيلها على الأظهر، وعلى القول القديم: يحبسها ليطلق، ويُعذر في التأخير لتهيئة أهبة السفر، ولخوف الطريق إلى أن يزول الخوف. ولو غاب عنها بعد مطالبتة بالفياة أو الطلاق، لم يرض منه بفياة اللسان، ولا يمهل. ذكره أبو الفرج السرخسي.

فرع: لو طولب فادعى التعيين والعجز عن الفياة، نظر، إن لم يدخل بها في ذلك النكاح، سواء كانت ثيباً أو بكرًا، أو ادعى العجز عن الافتضااض، فوجهان: أحدهما وهو ظاهر النص، وبه قطع في «الوجيز»: إذا صدقته أو كذبتة فحلف على العجز، لا يطالب بالوطء، بل يطالب بفياة اللسان، فإن فاء، ضربت مدة التعيين إن طلبتها. فإن وطىء في المدة، فذاك، وإلا أمضى حكم التعيين. والثاني: يتعين عليه الطلاق، لأنه متهم في تأخير حقها وضررها، وإن كان دخل بها في ذلك النكاح، لم تسقط المطالبة، لأن التعيين بعد الوطء لا يعتبر، فتظهر تهمته.

الطرف الرابع: فيما تحصل به الفياة، وهو تغيب الحشفة في القبل خاصة، فلو استدخلت ذكره، لم تنحل يمينه. فلو وطىء بعده، لزمته الكفارة. وهل تحصل به

الفيأة ويرتفع حكم الإيلاء؟ وجهان: أصحهما: نعم، وبه قطع كثيرون، ولو وطئها مكرهاً، ففي وجوب الكفارة القولان فيمن فعل المحلوف عليه ناسياً أو مكرهاً. فإن أوجبناها، انحلت اليمين وارتفع الإيلاء، وإلا ففي انحلال اليمين وجهان يجريان في كل يمين وجد المحلوف عليه بإكراه أو نسيان، أصحهما: عدم الانحلال، وهو الأوفق لكلام الأئمة، وبه قطع الشيخ أبو حامد، والقاضي أبو الطيب، لاختلال الفعل. فإن حكمنا بالانحلال، حصلت الفيأة وارتفع الإيلاء، وإلا فوجهان: أصحهما: كذلك، وبه أجاب البغوي وغيره. والمسألة مفرعة على أنه يتصور إكراهه على الوطاء وهو الراجح.

فرع: لو وطئها المؤلي في المدة أو بعدها وهو مجنون، فطريقان: قطع العراقيون بأنه لا يحنث، ولا تنحل اليمين، ولا كفارة، والثاني، وبه قطع المتولي والبغوي: أن في وجوب الكفارة قولين كالناسي، لأن المجنون ملحق بالمخطيء في كفارة القتل، فكذا كفارة اليمين، فعلى هذا إن أوجبنا الكفارة، انحلت اليمين، وإلا فعلى الوجهين في المكره، فكيف كان، فالمذهب أنه لا يحنث، ولا تجب الكفارة، ولا تنحل اليمين، وهل يسقط حقها من الفيأة بالوطء في الجنون؟ وجهان: أحدهما: لا، بل تطالبه بعد الإفاقة من غير استئناف مدة، وقيل: لا بد من استئنافها بعد الإفاقة، وأصحهما: نعم، لأنها وصلت إلى حقها، كما لو رد المجنون الوديعة إلى صاحبها، ولأن وطء المجنون كوطء العاقل في تقرير المهر والتحليل، وتحريم الربيبة وسائر الأحكام.

فرع: لو آلى من إحدى امرأتيه بعينها، ووطئها وهو يظنها الأخرى، قال البغوي: يخرج عن الإيلاء، وفي الكفارة القولان في الناسي.

فصل: سبق في فصل التعنين، أن الزوجين إذا اختلفا في الوطاء، فالقول قول النافي إلا في مواضع. أحدها: إذا ادعى العنين الوطاء بعد المدة أو فيها. الثاني: إذا ادعى مثل ذلك في الإيلاء، فالقول قوله في الموضوعين، فإذا حلف ثم طلقها وقال: هذا طلاق رجعي فلي الرجعة وهي على إنكار الوطاء والعدة، قال ابن الحداد والجمهور: القول قولها، ولا يمكن من الرجعة عملاً بقياس الخصومات، وإنما قبلنا قوله في الوطاء للضرورة، وتعدر البيّنة. وقيل: له الرجعة. الموضوع الثالث: طلق زوجته وولدت ولداً يلحقه ظاهراً، وقالت: وطئني فلي كل المهر، فقال: لم أطأ، فلك نصفه، فالمذهب والمنصوص في رواية المزني وغيره، أن القول قولها بيمينها. ونقل الربيع قولاً آخر، أن القول قوله بيمينه، فقيل: قولان، وقيل: بالأول قطعاً، ورواية الربيع من كيسه، وقيل: إن اختلفا قبل ظهور الولد وحكمنا بالنصف، لم يعتبر

الحكم بالولد، وإن اختلفا بعد ظهوره وما الزوج، أوجبنا جميع المهر ولا يقبل قول الورثة.

فرع: اختلفا في أصل الإيلاء وفي انقضاء مدته، فهو المصدق بيمينه، ولو اعترفت بالوطء بعد المدة وأنكر، فلا مطالبة لها، فلو رجعت وقالت: لم يطأني، لم يسمع قولها، لأنها أقرت بوصول حقها إليها، فلا يقبل رجوعها، ذكره المتولي.

فصل: قال: والله لا أجامعك، ثم أعاد ذلك مرتين فأكثر، نظر، إن أطلق في المرتين، أو قيد بمدة واحدة كسنة وسنة، فإن قال: أردت بالثاني تأكيد الأول، قبل وكانت اليمن واحدة، سواء اتحد المجلس أم تعدد، طال الفصل أم لا، وفي وجه ضعيف: إذا طال الفصل، لا يقبل، ويكون يميناً أخرى، ويجري هذا الخلاف فيما لو كرر تعليق الطلاق بصفة، والصحيح قبول التأكيد أيضاً. وإن قال: أردت الاستئناف، فهما يمينان، وإن أطلق، فهل يحمل على التأكيد، أم الاستئناف؟ قولان: قال المتولي: إن اتحد المجلس، فالأظهر يحمل على التأكيد، وإن تعدد، فعلى الاستئناف لبعد التأكيد مع اختلاف المجلس. وإن اختلفت المدة المقيد بها، كقوله: والله لا أجامعك خمسة أشهر، ثم قال: والله لا أجامعك سنة، فالأصح أنه كاتحادها. وقيل: يمينان بكل حال، فإذا لم نحكم بالتعدد، لم يجب الوطء إلا كفارة، وإذا حكمنا بالتعدد، تخلص بالطلاق عن الأيمان كلها، وتنحل اليمن بوطء واحدة، وفي تعدد الكفارة قولان: أظهرهما عند الجمهور: لا يجب إلا كفارة واحدة، والثاني: تتعدد بتعدد الأيمان، وقيل: تتحد قطعاً، وقيل: تتعدد قطعاً.

فصل: آلى من زوجته الرقيقة، ثم ملكها، ثم باعها أو أعتقها، ثم نكحها، ففي عود الإيلاء الخلاف في عود الحنث، وكذا لو آلى عبد من زوجته ثم ملكته وأعتقته ونكحته، فعلى الخلاف. وهل الخلاف العائد كالبينونة بالثلاث أم بما دونها؟ وجهان:

فصل: في فتاوى البغوي، أن القاضي إذا طالب المؤلي بالفيأة أو الطلاق فامتنع منهما، وطلبت المرأة من القاضي أن يطلق عليه، لم يشترط حضوره في تطليق القاضي. ولو شهد عدلان أن زيدا آلى، ومضت المدة وهو ممتنع من الفيأة أو الطلاق، لم يطلق عليه، بل لا بد من الامتناع بين يديه، كما في العضل، فلو تعذر إحضاره بتمرد أو توارٍ أو غيبة، حكم عليه بالعضل بشهادة الشهود، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الظهار (١)

صورته الأصلية: أنت علي كظهر أمي. قال الأصحاب: الظهار حرام، قالوا: وقوله: أنت علي حرام، ليس بحرام، بل هو مكروه، لأن الظهار علق به الكفارة العظمى، وإنما علق بقوله: أنت علي حرام كفارة اليمين، واليمين والحنث ليسا بمحرّمين، ولأن التحريم مع الزوجية قد يجتمعان في التحريم، كتحرّيم الأم مع الزوجية لا يجتمعان.

فصل: هذا الكتاب مشتمل على بابين:

الباب الأول: في أركانه

وهي ثلاثة:

أحدها: الزوجان، فيصح الظهار من كل زوج مكلف، حرّاً كان أو عبداً، مسلماً أو ذمياً، خصياً أو مجبوباً أو سليماً. وظهار الصبي والمجنون باطل، وظهار السكران كطلاقه. ومن لحقها الطلاق، صح الظهار منها، سواء فيه الحرة والأمة، والصغيرة والمجنونة، والذمية والرتقاء، والحائض والنفساء، والمعتدة عن شبهة، والمطلقة الرجعية وغيرهن. ولو قال لأجنبية: إذا نكحتك، فأنت علي كظهر أمي، لم يصح، ويجيء فيه القول الشاذ في مثله في الطلاق، ولا يصح الظهار من الأمة وأم الولد.

فرع: يتصور من الذمي الإعتاق عن الكفارة، بأن يرث عبداً مسلماً، أو يكون له عبد كافر فيسلم، أو يقول لمسلم: أعتق عبدك المسلم عن كفارتي، فيجيبه، أو يشتري عبداً مسلماً إن جوزناهما، فإن لم نجوز الشراء وتعذر تحصيله، فما دام موسراً لا يباح له الوطء. ويقال له: إن أردت الوطء، فأسلم وأعتق، لأن الرقبة موجودة والتعذر منه، وكذا لو كان معسراً وهو قادر على الصوم، لا يجوز له العدول

(١) الظهار لغة: مأخوذ من الظهر.

وشرعاً: أن يشبه الرجل زوجته في الحرمة بإحدى محارمه، بنسب أو رضاع، أو مصاهرة، أو ببعضها، فيقول إذا أراد الامتناع عن الاستمتاع بزوجه: أنت علي كظهر أمي، أو أختي أو غيرهما، فمتى فعل ذلك فقد ظاهر من امرأته.

إلى الإطعام، لأنه يمكنه أن يسلم ويصوم، فإن عجز عنه لمرض أو هرم، فحينئذ يطعم في كفره، هكذا ذكره صاحب «التهذيب» و«التتمة»، وحكاه الإمام عن القاضي، وتردّد فيه، من حيث إن الذمي مقر على دينه، فحمله على الإسلام بعيد، وجوابه، أنا لا نحمله على الإسلام، بل نقول: لا نمكنك من الوطء إلا هكذا، فإما أن تتركه، وإما أن تسلك طريق الحل.

الركن الثاني: الصيغة، فصريح الظهار: أنت علي كظهر أمي، وفي معناه سائر الصلّات، كقوله: أنت معي أو عندي، أو مني أو لي كظهر أمي. وكذا لو ترك الصلّة فقال: أنت كظهر أمي، وعن الداركي: أنه إذا ترك الصلّة، كان كناية، لاحتمال أنه يريد: أنت محرمة على غيري، والصحيح الأول، كما أن قوله: أنت طالق، صريح وإن لم يقل: مني، ومتى أتى بصريح الظهار، وقال: أردت غيره، لم يقبل على الصحيح، كما لو أتى بصريح الطلاق وادعى غيره، وقيل: يقبل لأنه حق الله تعالى.

فرع: قوله: جملتك، أو نفسك، أو ذاتك، أو جسمك، أو بدنك علي كظهر أمي، كقوله: أنت علي كظهر أمي، وكذا قوله: أنت علي كبदन أمي أو جسمها، أو ذاتها، لدخول الظهر فيها.

فرع: إذا شبهها ببعض أجزاء الأم غير الظهر، نظر، إن كان ذلك مما لا يذكر في معرض الكرامة والإعزاز، كاليد والرجل، والصدر والبطن، والفرج والشعر، فقولان: أظهرهما وهو الجديد وأحد قولي القديم: أنه ظهار. وقيل: ظهار قطعاً، وقيل: التشبيه بالفرج ظهار قطعاً، والباقي على القولين. وإن كان مما يذكر في معرض الإعزاز والإكرام، كقوله: أنت علي كعين أمي، فإن أراد الكرامة، فليس بظهار، وإن أراد الظهار، فظهار قطعاً تفرعاً على الجديد في قوله: كصدر أمي، وإن أطلق، فعلى أيهما يحمل؟ وجهان: اختار القفال الإكرام، والقاضي حسين، أنه ظهار، وأشار البغوي إلى ترجيحه، والأول أرجح. ولو قال: كروح أمي، فكقوله: كعين أمي، قاله جماعة، وعن ابن أبي هريرة، أنه ليس بظهار ولا كناية، والتشبيه برأس الأم كهو باليد والرجل، وكذا قطع به العراقيون، وقيل: كالعين، وبه أجاب السرخسي، وهو أقرب. ولو قال: أنت علي كأمي، أو مثل أمي، فإن أراد الظهار، فظهار، وإن أراد الكرامة، فلا، وإن أطلق، فليس بظهار على الأصح، وبه قطع كثيرون.

فرع: لو شبه بعض الزوجة فقال: رأسك أو يدك، أو ظهرك، أو فرجك، أو جلدك، أو شعرك علي كظهر أمي، أو نصفك، أم ربعك علي كظهر أمي، فهو ظهار، ويجيء فيه القول القديم، ولو شبه بعضها ببعضها فقال: رأسك علي كيد أمي، فهو ظهار، ويجيء فيه القديم.

فرع: قال الأصحاب: ما يقبل التعليق من التصرفات، يصح إضافته إلى بعض محل ذلك التصرف، كالطلاق، والعتاق، وما لا يقبله، لا تصح إضافته إلى بعض المحل، كالنكاح والرجعة. وأما الإيلاء، فإن أضافه إلى الفرج فقال: لا أجامع فرجك، كان مؤلياً، وإن أضاف إلى اليد والرجل وسائر الأعضاء غير الفرج، لم يكن مؤلياً، وإن قال: لا أجامع بعضك، لم يكن مؤلياً، إلا أن يريد ببعض الفرج، وإن قال: لا أجامع نصفك، فقد أطلق الشيخ أبو علي، أنه ليس بمؤل قال الإمام: إن أراد أنه ليس بصريح، فظاهر، أما إذا نوى، ففيه احتمال، لأن من ضرورة ترك الجماع في النصف، تركه في الجميع، ويجوز أن يجاب عنه.

قلت: ولو قال: لا أجامع نصفك الأسفل، فهو صريح في الإيلاء، ذكره في «الوسيط». والمراد بالفرج المذكور، القبل. والله أعلم.

الركن الثالث: المشبه به أصل الظهار، تشبيه الزوجة بظهر الأم، ولو شبهها بجدة من جهة الأب أو الأم، فهو ظهار قطعاً، هكذا قطع به الجمهور. وقيل: فيه خلاف كالتشبيه بالبت.

وأما غير الأم والجدة من المحارم، فقسمان:

أحدهما: محرمات بالنسب، كالبنات، والأخوات، والعمات، والخالات، وبنات الأخت. فإذا شبه زوجته بظهر واحدة منهن، فقولان: الجديد وأحد قولي القديم: أنه ظهار، والثاني: لا، للعدول عن المعهود.

القسم الثاني: المحرمات بالسبب، وهن ضربان، محرمات بالرضاع، ومحرمات بالمصاهرة، وفيهن خلاف مشتمل على أقوال، وطرق، وأوجه، والمذهب منها عند الأصحاب: أن التشبيه بمن لم تنزل منهن محرمة عليه ظهار، وبما كانت حلالاً له ثم حرمت، ليس بظهار، وإذا اختصرت الخلاف في الجميع، جاء سبعة أقوال وأوجه: أحدها: اقتصار الظهار على التشبيه بالأم. والثاني: إلحاق الجدات بها فقط. والثالث: إلحاق محارم النسب. والرابع: إلحاق محارم الرضاع أيضاً إذا لم يعهدن محللات. الخامس: إلحاقهن بحذف هذا الشرط. والسادس: إلحاق محارم المصاهرة بالشرط المذكور. السابع: إلحاقهن بحذف الشرط. والمذهب: إلحاق كل من لم تنزل محرمة من الجميع فقط. ولو شبه بمن لا تحرم مؤبداً كأجنبية، ومطلقة، ومعتدة، ومجوسية، ومرتدة، وأخت امرأته، فليس بظهار قطعاً، سواء طرأ ما يؤيد التحريم، بأن نكح بنت الأجنبية، أو وطئ أمها وطأ محرماً، أم لم يطرأ. ولو شبه بملاعنته، فليس بظهار، لأن تحريمها ليس للمحرمة والوصلة، ولو شبهها بأزواج النبي ﷺ، أو قالت: أنت علي كظهر ابني، أو أبي، أو غلامي، فليس بظهار.

فرع: قالت لزوجها: أنت علي كظهر أمي، أو أنا عليك كظهر أمك، فلا يلزم به شيء، بل يختص بالرجال كالطلاق.

فصل: تعليق الظهار صحيح، فإذا قال: إن دخلت الدار، وإذا جاء رأس الشهر، فأنت علي كظهر أمي، فوجدت الصفة، صار مظاهراً منها. ولو قال: إن ظهرت من حفصة، فعمرة علي كظهر أمي وهما في نكاحه، ثم ظاهر من حفصة صار مظاهراً منهما جميعاً. ولو قال: إن ظهرت من إحداكما، أو أيكما ظهرت منها، فالأخرى علي كظهر أمي، ثم ظاهر من إحدهما، صار مظاهراً من الأخرى أيضاً. ولو قال: إن ظهرت من فلانة، فأنت علي كظهر أمي، وكانت فلانة أجنبية، فخاطبها بلفظ الظهار، لم يصير مظاهراً من زوجته، لأن الظهار من الأجنبية لا ينعقد، إلا أن يريد التلفظ بلفظ الظهار، فيصير بالتلفظ مظاهراً من زوجته. ولو نكح فلانة ثم ظاهر منها، صار مظاهراً من زوجته الأولى. ولو قال: إن ظهرت من فلانة الأجنبية، فأنت علي كظهر أمي، فإن خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها، فحكمه ما سبق. فإن نكحها ثم ظاهر منها، فهل يصير مظاهراً من الزوجة الأولى؟ وجهان: أحدهما: نعم، ويكون لفظ الأجنبية تعريفاً لا شرطاً، كما لو قال: لا أدخل دار زيد هذه، فباعها، ثم دخلها، حث، ولو قال: إن ظهرت من فلانة أجنبية، أو وهي أجنبية، فأنت علي كظهر أمي، فسواء خاطبها بلفظ الظهار قبل أن ينكحها، أو نكحها، وظاهر منها، لا يصير مظاهراً من المعلق ظهارها، لأنه شرط المظاهرة منها وهي أجنبية، ولم يوجد الشرط، وهو كقوله: إن بعت الخمر، فأنت طالق، أو كظهر أمي، فأتى بلفظ البيع، لا يقع الطلاق ولا الظهار، تنزيلاً للفظ العقود على الصحة. وعند المزني، ينزل في مثل هذا على صورة العقد، ومن الأصحاب من وافقه، فصحح الظهار هنا.

فرع: قال: إن دخلت الدار، فأنت علي كظهر أمي، فدخلت الدار وهو مجنون، أو ناس، فعن ابن القطان: أن في حصول العود ولزوم الكفارة قولين. قال ابن كج: وعندي أنها تلزم بلا خلاف، كما لو علق طلاقها بالدخول، فدخلت وهو مجنون، وإنما يؤثر النسيان والإكراه، في فعل المحلوف على فعله، وهذا هو الصواب.

فصل: سبق أن كل واحد من لفظي الطلاق والظهار، لا يجوز أن يجعل كناية عن الآخر، وأن قوله لزوجته: أنت علي حرام، يصح كناية عن الطلاق والظهار. فإذا قال: أنت طالق كظهر أمي، فله أحوال:

أحدها: أن لا ينوي شيئاً، فتطلق، ولا يصح الظهار.

الثاني: أن يقصد بكل كلامه الطلاق وحده وأكدته بلفظ الظهار، فيقع الطلاق ولا ظهار.

الثالث: أن يقصد بالجمع الظهار، فتطلق، ولا ظهار على الصحيح، لأن لفظ الطلاق ليس بظهار، والباقي ليس بصريح في الظهار، لعدم استقلاله، ولم ينو به الظهار، وإنما نواه بالمجموع.

الرابع: أن يقصد الطلاق والظهار، فينظر، إن قصدهما بمجموع كلامه، حصل الطلاق ولا يحصل الظهار على الصحيح. وقيل: يحصل لإقراره به، وإن قصد الطلاق بقوله: أنت طالق، والظهار بقوله: كظهر أمي، طلقت، فإن كانت تبين بالطلاق، لم يصح الظهار، وإلا فيصح الظهار مع الطلاق، وقيل: لا يصح، وهو ضعيف. وإن قال: أردت بقولي: أنت طالق الظهار، وبقولي: كظهر أمي الطلاق، وقع الطلاق وحده. وإن قال: أنت علي كظهر أمي طالق، قال ابن كج: إن أراد الظهار والطلاق، حصلاً، ولا يكون عائداً، لأنه عقب الظهار بالطلاق، فإن راجع، كان عائداً، وإن لم يرد شيئاً، صح الظهار. وفي وقوع الطلاق وجهان:

فرع: قال: أنت علي حرام كظهر أمي، فإن نوى بكلامه الطلاق فقط، فهو طلاق على الأظهر الأشهر، وفي قول: ظهار، وقيل: طلاق قطعاً، وقيل: طلاق وظهار، حكاه ابن كج. وإن نوى بكلامه الظهار، فظهار، وإن نوى الطلاق والظهار جميعاً، نظر، إن أرادهما بمجموع الكلام، أو بقوله: أنت علي حرام، لم يثبتاً معاً، وأيهما يثبت؟ فيه أوجه: أحدها: الطلاق، والثاني: الظهار، والثالث وبه قال ابن الحداد والجمهور: يخير فيثبت ما اختاره منهما، وإن أراد بقوله: أنت علي حرام الطلاق، وبقوله: كظهر أمي الظهار، وقع الطلاق وحصل الظهار إن كان الطلاق رجعياً على الصحيح، وإن كان بائناً، فلا. وإن أراد بقوله: أنت علي حرام الظهار، وبقوله: كظهر أمي الطلاق، حصل الظهار قطعاً، ولا يقع الطلاق على الصحيح، وإن قال: أردت بقولي: أنت علي حرام تحريم ذاتها الذي مقتضاه كفارة يمين، قبل منه على الأصح، وقيل: لا يقبل ويكون مظاهراً، لأنه وصف التحريم بما يقتضي الكفارة العظمى، فلا يقبل رده إلى الصغرى، فعلى الأول، إن لم ينو بقوله: كظهر أمي الظهار، لم يلزمه شيء سوى كفارة اليمين، ويكون قوله: كظهر أمي تأكيداً للتحريم، وإن نوى الظهار، لزمه كفارة اليمين، وكان مظاهراً. وأما إذا أطلق ولم ينو شيئاً يحتمله كلامه، فلا طلاق لعدم الصريح والنية، وفي كونه ظهاراً وجهان: المنصوص في «الأم» أنه ظهار.

فرع: قال: أنت علي كظهر أمي حرام، كان مظاهراً، قاله المتولي: فإن لم ينو

بقوله: حرام شيئاً، كان تأكيداً، وإن نوى تحريم عينها، فكذلك، ويدخل مقتضى التحريم وهو الكفارة الصغرى، في مقتضى الظهار وهو الكفارة العظمى، وإن نوى به الطلاق، فقد عَقِبَ الظهار بالطلاق، فلا عود.

فرع: قال: أنت مثل أمي ونوى الطلاق، كان طلاقاً، وكذا قوله: كروح أمي وعينها، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في حكم الظهار

له حكمان:

أحدهما: تحريم الوطء إذا وجبت الكفارة إلى أن يكفر، فلو وطئ قبل التكفير، عصي، ويحرم عليه الوطء ثانياً، سواء كفر بالإطعام وغيره. وفي تحريم القبلة واللمس بشهوة، وسائر الاستمتاع، قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما عند الجمهور: الجواز، وهو منسوب إلى الجديد، وحكى ابن كج طريقاً قاطعاً به، وقال: وهو الأصح. وقول الله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ﴾ محمول على الجماع كقوله تعالى: ﴿وَإِنْ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ﴾.

فرع: عد الإمام الصور التي تحرم فيها القبلة وسائر الاستمتاع مع الوطء، والتي تختص بالتحريم بالوطء، فقال: ما حرم الوطء لتأثيره في الملك، كالطلاق الرجعي وغيره، والردة أو لحلها لغيره كالأمة المزوجة، أو حرمها لاستبراء الرحم عن غيره، كزوجته المعتدة عن وطء شبهة في صلب النكاح، وكالمستبرأة بملك اليمين بشراء ونحوه، فكل هذا يحرم فيه الاستمتاع كلها، وما حرم الوطء بسبب الأذى، لا يحرم الاستمتاع.

وأما العبادات المحرمة للوطء، فالإحرام يحرم كل استمتاع تعبداً، والصوم والاعتكاف يحزمان كل ما يخشى منه الإنزال لتأثيرهما بالإنزال. وإذا قلنا في الظهار: لا تحرم القبلة واللمس، ففيما بين السرة والركبة احتمالان، لأنه يحوم حول الحمى، هذا كلام الإمام، وحكى البغوي وجهاً، أنه يجوز الاستمتاع بزوجه المعتدة عن شبهة وغيره ويشبه أن يجيء في الاستمتاع بالمرهونة خلاف.

قلت: الوجه الجزم بجوازه في مرهونته، وقد جزم به الرافعي في «باب الاستبراء». قال الإمام: وإذا لم يحرم الاستمتاع، فلا بأس بالتلذذ وإن أفضى إلى الإنزال، وقول الإمام: الإحرام يحرم كل استمتاع، الصواب، حمله على المباشرة بشهوة، فأما اللمس ونحوه بغير شهوة، فليس بحرام كما سبق في الحج. والأمة

الوثنية والمجوسية والمرتدة، يحرم فيها كل استمتاع، وكذا المشركة والمكاتبه ومن بعضها حر. والله أعلم.

الحكم الثاني: وجوب الكفارة بالعود، والعود هو أن يمسكها في النكاح زمنًا يمكنه مفارقتها فيه. وحكى الشيخ أبو حاتم القزويني عن القديم قولاً: أن العود هو الوطء، والمشهور الأول. واتفق الأصحاب على أن الكفارة تجب إذا ظاهر وعاد، لكن هل سبب الوجوب العود فقط، أم الظهار والعود معاً، أم الظهار فقط والعود شرط؟ فيه أوجه: ولو مات أحد الزوجين عقيب الظهار، أو فسخ أحدهما النكاح بسبب يقتضيه، أو جن الزوج، أو طلقها بائناً أو رجعيًا ولم يراجع، فلا عود ولا كفارة، فلو كانت أمة فاشتراها متصلاً بالظهار، فليس بعائد على الأصح، لأنه قطع النكاح. ولو اشتغل بأسباب الشراء كالمساومة وتقرير الثمن، كان عائداً على الأصح، وبه قال ابن الحداد، ورجحه المتولي وغيره. قال الإمام: وهذا الخلاف إذا كان الشراء متيسراً، فإن كان متعذراً، فلاشتغال بتسهيله لا ينافي العود عندي.

فرع: لا عنها عقب الظهار، نص الشافعي رحمته الله أنه ليس عائداً، واختلفوا في النص على ثلاثة أوجه: أحدها: وبه قال ابن الحداد: والمراد به ما إذا سبق القذف والمرافعة إلى الحاكم، أو أتى بما قبل الخامسة من كلمات اللعان، ثم ظاهر وعقبه بالكلمة الخامسة، وإلا فعائد، وأصحها: وبه قال أبو إسحاق، وابن أبي هريرة، وابن الوكيل: يشترط سبق القذف والمرافعة، ولا يشترط تقدم شيء من كلمات اللعان، بل إذا وصلها بالظهار، لم يكن عائداً. والثالث: وبه قال ابن سلمة، وحكى عن المزني في «الجامع الكبير»: لا يشترط سبق القذف أيضاً، فلو ظاهر وقذف متصلاً، واشتغل بالمرافعة وأسباب اللعان، لم يكن عائداً وإن بقي أياماً فيه، وشبه ذلك بما لو قال عقب الظهار: أنت طالق على ألف درهم، فلم تقبل، فقال عقبه: أنت طالق بلا عوض، لا يكون عائداً لاشتغاله بسبب الفراق.

فرع: قال: أنت كظهر أمي، يا زانية أنت طالق، فوجهان: قال ابن الحداد: هو عائد، لأنه أمسكها حالة القذف. قال الشيخ أبو علي: هذا صحيح إن لم يلاعن بعده، أو لاعن وشرطنا سبق القذف، فإن لم نشرطه، فليس بعائد. والثاني، لا يكون عائداً، ويكون قوله: يا زانية أنت طالق كقوله: يا زنية أنت طالق في منع العود، وتردد الإمام، في أن ابن الحداد يسلم في هذه الصورة.

قلت: تردد الإمام ثم قال: والأصح التسليم. والله أعلم.

فرع: لو علق طلاقها عقب الظهار. كان عائداً. ولو علق بدخوله الدار، ثم ظاهر وبادر بالدخول عقب الظهار، فلا عود.

فصل: إذا ظاهر ثم طلقها رجعيّاً عقبه، ثم راجعها، فلا خلاف أنه يعود الظهار وأحكامه. ولو طلقها بائناً أو رجعيّاً وتركها حتى بانت، ثم نكحها، ففي عود الظهار الخلاف في عود الحنث، ويجري الخلاف فيما لو كانت رقيقة فاشتراها عقب الظهار، ثم أعتقها أو باعها، ثم نكحها. وهل عود النكاح بعد الانفساخ بالملك كعوده بعد البينونة بالثلاث، أم كالبينونة بدون الثلاثة؟ وجهان سبق نظيرهما. ولو ارتد عقب الظهار، ثم أسلم في العدة، عاد الظهار بلا خلاف، ثم هل تكون الرجعة وتجديد النكاح والإسلام بمجردهما عوداً، أم لا يكون إلا أن يمسكها بعد هذه الأمور زمناً يمكنه فيه الفرقة؟ فيه طرق. المذهب: أن الرجعة عود، بخلاف التجديد والإسلام، ويجري الخلاف فيما لو ظاهر من رجعية ثم راجعها، ولا يكون عائداً قبل الرجعة بحال، ولو ارتد أحدهما عقب الظهار قبل الدخول، فلا عود، وكذا لو كان بعد الدخول، وأصر المرتد حتى انقضت العدة. ولو ظاهر كافر من كافرة، فأسلما معاً في الحال، أو أسلم وهي كتابية، فالنكاح دائم، وهو عائد، وإن أسلم وهي وثنية، أو أسلمت وتخلف، فإن كان قبل الدخول، فلا عود لارتفاع النكاح، وإن كان بعده، فلا عود في الحال، ولا إذا أصر، فإن جدد النكاح بعد البينونة، ففي عود الظهار خلاف عود الحنث. وإن أسلم المتخلف في العدة، فإن كان هو، فهل يكون نفس الإسلام عوداً، أم لا بد من الإمساك بعده؟ فيه الخلاف السابق، وإن كانت هي، فنفس إسلامها ليس بعود في حقه، وإنما يصير عائداً إذا أمسكها بعد علمه بإسلامها زمناً يمكنه مفارقتها.

فرع: لو جن عقب الظهار ثم أفاق، قال الشيخ أبو علي: جعل بعضهم كون الإفاقة عوداً على الخلاف في الرجعة، وهذا غلط ظاهر.

قلت: نقل الإمام عن الأصحاب، أنهم قالوا: لو جن عقب الظهار، فليس بعائد، لأنه لم يمسكها مختاراً، وقال صاحب الحاوي: لو تعقب الظهار جنون أو إغماء، صار عائداً، لأن الجنون لا يحرمها، بخلاف الردة، والقصد في العود ليس بشرط، وهذا الذي قاله، وإن كان قوياً، فالصحيح ما نقله الإمام. والله أعلم.

فصل: سبق أن تعليق الظهار صحيح، فلو علقه ووجد المعلق عليه وأمسكها جاهلاً، نظر، إن علق على فعل غيره، فليس بعائد حتى يمسكها بعد علمه، وإن علق على فعل نفسه ونسي، فالمعروف في المذهب: أنه عائد، ورأى البغوي وغيره تخريج المسألة في الطرفين على حنث الناسي والجاهل، وهذا أحسن، وبه قال المتولي.

قلت: هذا الذي قال المتولي، أنه إن علق بفعل نفسه، ففي مصيره عائداً خلاف في حنث الناسي، وإن علق بفعل غيره، لم يصر عائداً على المذهب. وقيل:

يخرج على الناسي، قال: والفرق أنه يشتبه عليه فعل غيره، وقلمما يشتبه عليه حال نفسه، ثم إذا علق على فعل نفسه أو غيره وفعل، صار عند علمه بالفعل، كأنه الآن تلفظ بالظهار، فإن أمسكها بعده، فعائد، وإلا فلا. والله أعلم.

فصل: متى عاد، ووجبت الكفارة، ثم طلقها بائناً أو رجعيّاً، أو مات أحدهما، أو فسخ النكاح، لم تسقط الكفارة. وإذا جدد النكاح، استمر التحريم إلى أن يكفر، سواء حكمنا بعود الحنث، أم لا، لأن التحريم حصل في النكاح الأول، وقد قال الله تعالى: ﴿فَتَحَرَّيْ رُبَّةً مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ ولو كانت رقيقة وحصل العود ثم اشتراها، فهل تحل بملك اليمين قبل التكفير؟ وجهان: أصحهما: لا.

فصل: إذا وقت الظهار، فقال: أنت علي كظهر أمي يوماً أو شهراً أو إلى شهر، أو إلى سنة، فثلاثة أقوال: أظهرها: صحته مؤقتاً عملاً بلفظه، وتغليباً لشبه اليمين، والثاني: يصح مؤبداً، تغليباً لشبه الطلاق. والثالث: أنه لغو، فإن صححناه مؤبداً، فالعود فيه كالعود في الظهار المطلق. وإن صححناه مؤقتاً، فوجهان: أحدهما: العود فيه كالعود في المطلق، وبه قال المزني، وأصحهما: وهو ظاهر النص: أنه لا يكون بالإمسك عائداً، ولا يحصل العود إلا بالوطء في المدة. فعلى هذا لو قال: أنت علي كظهر أمي خمسة أشهر، فهو مؤل على الأصح، وقال الشيخ أبو محمد: لا، لأنه ليس حالفاً. وإذا وطئ فمتى يصير عائداً؟ وجهان: أصحهما: عند الوطء، فعلى هذا لا يحرم الوطء، لكن إذا غابت الحشفة، لزمه النزع كما سبق في قوله: إن وطئت، فأنت طالق ثلاثاً، وذكرنا هناك وجهاً أنه يحرم الوطء. قال الإمام: ولا شك في جريانه هنا. والثاني، قاله الصيدلاني وغيره: نتبين بالوطء كونه عائداً بالإمسك عقب الظهار، فعلى هذا يحرم ابتداء الوطء، كما لو قال: إن وطئت، فأنت طالق قبله، يحرم عليه الوطء. وعلى الوجهين يحرم عليه الوطء بعد ذلك الوطء حتى يكفر أو تمضي مدة الظهار، فإذا مضت، حل الوطء لارتفاع الظهار، وبقيت الكفارة في ذمته، ولو لم يطأ حتى مضت المدة، فلا شيء عليه، وتردد الإمام في أنه لو ظاهر ظهاراً مطلقاً وعاد، هل يحصل التحريم بالظهار فقط، أم به وبالعود؟ قال: والظاهر الثاني، لأن الكفارة مرتبة عليهما، والتحريم مرتب على وجوب الكفارة، وتظهر فائدة التردد في لمسه وقبلته بغرض عقب الظهار إلى أن يتم زمن لفظ الطلاق، وإذا حصل العود في الظهار المؤقت على اختلاف الوجهين، فالواجب كفارة الظهار على الصحيح، وعليه تتفرع الأحكام المذكورة، وفي وجه: الواجب كفارة يمين، وينزل لفظ الظهار منزلة لفظ التحريم. وذكر ابن كج تفرعاً عليه أنه يجوز الوطء قبل التكفير.

فرع: قال: أنت علي حرام شهراً أو سنة ونوى تحريم عينها، أو أطلق، وقلنا: مطلقه يوجب كفارة اليمين، فهل يصح ويوجب كفارة اليمين، أم يلغو؟ وجهان حكاهما الإمام، كالظهار المؤقت، أصحهما الأول.

فصل: قال لأربع نسوة: أنتن علي كظهر أمي، صار مظاهراً منهن، فإن طلقهن، فلا كفارة، وإن أمسكهن، فالجديد: وجوب أربع كفارات، والقديم: كفارة فقط، فعلى الجديد: لو امتنع العود في بعضهن بموت أو طلاق، وجبت الكفارة بعدد مَنْ عاد فيهن، وعلى القديم: تجب الكفارة لو عاد في بعضهن. وفي «التتمة»، أنها لا تجب في بعضهن، كما لو حلف لا يكلم جماعة، فكلم بعضهم. ولو ظاهر منهن بأربع كلمات، فإن لم يوالها، لم يخف حكمه، وإن والها، صار بظهار الثانية عائداً في الأولى، وبظهار الثالثة عائداً في الثانية، وبظهار الرابعة عائداً في الثالثة، فإن فارق الرابعة عقب ظهارها، فعليه ثلاث كفارات، وإلا فأربع.

فرع: قال لأربع نسوة: أنتن علي حرام ونوى تحريم أعيانهن، فالقول في تعدد الكفارة واتحادها كما في الظهار، ذكره الإمام.

فرع: كرر لفظ الظهار في امرأة واحدة، فإن أتى بالألفاظ متوالية، نظر، إن أراد بالمرّة الثانية وما بعدها التأكيد، فالجميع ظهار واحد، فإن أمسكها بعد المرات، فعليه كفارة، وإن فارقها، فوجهان: أحدهما: تلزمه الكفارة لتمكنه من الفراق بدلاً من التأكيد، وأصحهما: لا كفارة، لأن الكلمات المؤكدة بها كالكلمة الواحدة، وإن أراد بالمرّة الثانية ظهاراً آخر، تعذرت الكفارة على الجديد، واتحدت على القديم. وقيل: تتعدد قطعاً، فإن عدنا، ففارق عقب المرّة الأخيرة، فهل يلزمه كفارة الظهار الأول؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأنه كلام آخر، بخلاف التأكيد، وإن أطلق ولم ينو شيئاً، فهل تتحد، أم تتعدد؟ قولان، أظهرهما: الاتحاد، وقطع به صاحب «الشامل» و«التتمة».

وأما إذا تفاضلت المرات، وقصد بكل مرّة، ظهاراً، أو أطلق، فكل مرّة ظهار مستقل له كفارة، وفي قول ضعيف: لا يكون الثاني ظهاراً ما لم يكفر عن الأول، وإن قال: أردت بالمرّة الثانية إعادة الظهار الأول، فعن القفال: اختلاف جواب في قبوله. قال الإمام: هو مبني على أن المذهب في الظهار شبه اليمين، أم الطلاق؟ إن غلبنا الطلاق، لم يقبل، وإلا فالظاهر قبوله كما ذكرنا في الإيلاء، والأصح تغليب شبه الطلاق فيكون الأصح أنه لا يقبل إرادته التأكيد، وكذا ذكره البغوي وغيره.

قلت: نقل صاحب «البيان» عن البغداديين، يعني بهم العراقيين، القطع بأنه لا يقبل، وجزم صاحب «الحاوي» بالقبول، والصحيح المنع. والله أعلم.

فرع: قال: إن دخلت الدار، فأنت علي كظهر أمي، وكرر هذا اللفظ ثلاثاً، فإذا دخلت الدار، صار مظاهراً، فإن قصد التأكيد، لم يجب إلا كفارة وإن قالها في مجالس، وإن قصد الاستئناف، تعددت الكفارة، ويجب الجميع بعود واحد بعد الدخول، فإن طلقها عقب الدخول، لم يجب شيء، وإن أطلق فهل يحمل على التأكيد، أم الاستئناف؟ قولان:

فصل: قال: إن لم أتزوج عليك، فأنت علي كظهر أمي، فإن تزوج، أو لم يتمكن منه بأن مات، أو ماتت عقب الظهار، فلا عود ولا ظهار، وإنما يصير مظاهراً إذ فات التزوج عليها مع إمكانه، وحصل اليأس منه بموت أحدهما، وحينئذ يحكم بكونه كان مظاهراً قبيل الموت، وفي لزوم الكفارة وحصول العود وجهان: قال ابن الحداد: يلزم، وقال الجمهور: لا يلزم ولا ضرورة إلى تقدير حصول العود عقب الظهار، وهذا هو الصحيح. ولو لم يتزوج عليها مع الإمكان حتى جُن، فإن أفاق ثم مات قبل التزويج، فحكمه ما سبق، وإن اتصل الموت بالجنون، تبين مصيره مظاهراً قبيل الجنون. وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه لا يحكم بمصيره مظاهراً إلا قبيل الموت، ويجيء مثله في تعليق الطلاق. قال الشيخ: ولا تظهر فائدة هذا الخلاف في الظهار إذا قلنا بالصحيح وقول الجمهور: إنه لا كفارة، وعلى قول ابن الحداد تظهر فائدته إن اختلف حاله في اليسار والإعسار. ولو قال: إذا لم أتزوج عليك، فأنت علي كظهر أمي، فإذا مضى عقب التعليق زمان إمكان التزوج ولم يتزوج، صار مظاهراً، والفرق بين «إن» و«إذا» سبق بيانه في كتاب «الطلاق»، وذكرنا هناك أن من الأصحاب من خرج من كل واحدة إلى الأخرى، وهو جارٍ هنا.

فصل: قال: إن دخلت فأنت علي كظهر أمي، ثم أعتق عن كفارة الظهار، ثم دخلت، فهل يجزئه إعتاقه عن الكفارة؟ وجهان: قال ابن الحداد: نعم، كتقديم الزكاة وكفارة اليمين، وقال الجمهور: لا، لأنه تقديم على السببين جميعاً، فلم يصح كتقديم الزكاة على الحول والنصاب، وكفارة اليمين على اليمين، ويجري الخلاف، لو أطعم عن الظهار وهو من أهل الإطعام قبل دخول الدار، ولا يجري في الصوم على المذهب، والوجهان جاريان في تعليق الإيلاء. فإذا قال: إن دخلت الدار فوالله لا أطؤك، ثم أعتق عن كفارة اليمين قبل دخول الدار، جوزه ابن الحداد، وخالفه الجمهور. ولو قال: إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي، وقال: متى دخلت، فعبدي فلان حر عن ظهاري، فدخلت، فعلى رأي ابن الحداد يصير مظاهراً، ويعتق العبد عن الظهار، وعلى الصحيح وقول الجمهور: لا يصح تعليق إعتاقه عن الظهار، وأما إذا أعتق عن الظهار بعد الظهار وقبل العود، فيجزئه قطعاً، وسنوضحه في كتاب

«الأيمان» إن شاء الله تعالى. ولو قال: أنت علي كظهر أمي، أعتقت هذا عن كفارتي، أو أنت علي كظهر أمي، وسالم حر عن ظهاري، فهذا إعتاق مع العود، ويجزئه عن الكفارة التأخر عن الظهار.

فرع: ظاهر من زوجته الأمة، وعاد ثم قال لمالكها: أعتقتها عن ظهاري، ففعل، وقع عتقها عن كفارته، وانفسخ النكاح. وكذا لو أعتقها عنه باستدعائه عن كفارة أخرى، ولو ملكها بعدما ظاهر، وعاد فانفسخ النكاح، ثم أعتقها عن ظهاره منها، أجزأه. ولو آلى من زوجته الأمة، ووطئها ولزمته الكفارة فقال لسيدها: أعتقها عن كفارة يميني، ففعل، أجزأه وانفسخ النكاح، ولو آلى من زوجته الذمية، ثم ووطئها، أو ظاهر منها وعاد، ثم نقضت العهد، فاسترقت، فملكها الزوج فأسلمت، فأعتقها عن كفارة ظهاره، أجزأه، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الكفارات

هي قسمان:

أحدهما: لا يدخله الإعتاق، كالواجبات في محظورات الإحرام، وسبق بيانها في الحج.

والثاني: يدخله الإعتاق، وهو نوعان:

أحدهما: تترتب فيه خصال الكفارة، وهو الظهار والجماع في نهار شهر رمضان، والقتل.

والنوع الثاني: للتخيير، وهي كفارة اليمين، ومعظم المقصود هنا كفارة الظهار، ويدخل فيها أشياء من غيرها، والباقي موضحة في أبوابها.

فصل: تشترط النية في الكفارات، ويكفيه نية الكفارة، ولا يشترط التقيد بالوجوب، لأن الكفارة لا تكون إلا واجبة، كذا ذكره صاحب «الشامل» وغيره، ولا تكفيه نية العتق الواجب من غير تعرض للكفارة، لأن العتق قد يجب بالندر فإن نوى العتق الواجب بالظهار، أو القتل مثلاً، كفى، ويشترط أن تكون النية مقارنة للإعتاق والإطعام، وأما الصوم، فينوي من الليل كما سيأتي إن شاء الله تعالى. وقيل: يجوز تقديمها على الإعتاق والإطعام، كما ذكرنا في الزكاة، والصحيح الأول. وإذا علق العتق عن الكفارة على شرط، لم يجز تأخر النية عن التعليق، بل يشترط المقارنة للتعليق إن شرطناها في التنجيز، وعلى الوجه الآخر: يجوز تقديمها عليه، ذكره البغوي.

فرع: لا يجب في النية تعيين الكفارة، فلو كان عليه كفارتا ظهار وقتل، فأعتق عبيدين بنية الكفارة، أجزأه عنهما. ولو اجتمع عليه كفارات، فأعتق رقبة بنية الكفارة، وقعت عن واحدة منها، سواء اتفق جنسها أو اختلف، وكذا الصوم والإطعام، ولو كان عليه كفارة ونسي سببها فأعتق ونوى عليه، أجزأه، ولو كان عليه ثلاث كفارات، فأعتق رقبة عن واحدة، ثم أعسر وصام شهرين عن واحدة، ثم عجز فأطعم عن الثالثة، ولم يعين شيئاً، أجزأه، ولو كانت عليه كفارة ظهار، فنوى كفارة القتل عمداً أو خطأ، لم يجزه عن الظهار.

ولو كان عليه كفارتان، فأعتق عبداً بنية الكفارة المطلقة، ثم صرفه إلى واحدة

معينة، تعين العتق لها، ولم يتمكن بعده من صرفه إلى الأخرى، كما لو عين في الابتداء.

فرع: إذا ظاهر الذمي وعاد، يكفر بالإعتاق أو الإطعام دون الصيام، ولو ارتد من لزمته كفارة، لم يصح تكفيره بالصوم. وهل يكفر بالإعتاق أو بالإطعام إذا عجز عن الإعتاق والصوم؟ فيه طريقتان: منهم من جزم بالأجزاء، ومنهم من خرجه على زوال ملكه، والمذهب: أنه يكفر، لأنه مستحق قبل الردة، فكان كالديون. وعن الإصطخري: أن الدين لا يقضى أيضاً إن قلنا بزوال الملك، ولكن المذهب الذي عليه الجمهور: القطع بأنه يقضى، ويشترط أن ينوي الكفارة بالإعتاق والإطعام نية التمييز دون نية التقرب، وإذا أخرج الكفارة من ماله في الردة، لم يتعين في الكفارة المخيرة أدنى الدرجات على الصحيح، وإذا كفر فيها ثم أسلم، حل له الوطء.

فصل: خصال الكفارة ثلاث:

الخصلة الأولى: العتق. ويشترط في الرقبة لتجزئ عن الكفارة، أربعة شروط: الإسلام، والسلامة، وكمال الرق، والخلو عن العوض.

الشرط الأول: الإسلام، فلا تجزئ كافرة في شيء من الكفارات، ويجزئ اعتناق الصغير إذا كان أحد أبويه مسلماً أصلياً، أو أسلم قبل انعقاده، ولا يجزئ إذا كان أبواه كافرين، لأنه محكوم بكفره، ولو أسلم الصغير بنفسه، فقد سبق فيه في كتاب «اللقيط» ثلاثة أوجه: أحدهما: لا يصح، وقال الإصطخري: يصح إسلام المميز، وقال غيره: موقوف، إن بلغ وثبت عليه، تبينا صحة إسلامه، وإلا فلا، فعلى قول الإصطخري، يجزئ اعتاقه عن الكفارة، وعلى الوقف: إن بلغ وثبت ففي إجزائه وجهان: ولو أسلم أحد أبويه وهو صغير أو جنين، أجزأه عن الكفارة إن مات في صغره، أو بعد بلوغه قبل تمكنه من اللفظ بالإسلام. ولو صرح بالكفر بعد البلوغ، فقد ذكرنا في اللقيط، أن الأظهر: أنه مرتد، والثاني: أنه كافر أصلي، وبيننا هناك حكم الكفارة على القولين، وبهذا يقاس من أسلم بتبعية السابي، على ما بيناه في «اللقيط».

وفي «التهذيب» أنه لو سب الصغير ساب، وسبأ أحد أبويه آخر، فإن كانا في عسكر واحد، لم يحكم بإسلامه، بل هو تبع لأبويه، وإن كانا في عسكرين، كانا تبعاً للسابي، وأن حكم المجنون في تبعية الوالدين والدار حكم الصبي، وإذا أفاق وصرح بالكفر، فهل هو مرتد، أم كافر أصلي؟ فيه الخلاف المذكور في الصبي إذا بلغ وصرح بالكفر، وأنه هل يجب التلفظ بكلمة الإسلام بعد البلوغ والإفاقة؟ إن قلنا: لو صرح بالكفر كان مرتداً، لم يجب، لأنه محكوم بإسلامه، وإن قلنا: لا يجعل مرتداً، وجب، حتى لو مات قبل التلفظ، مات كافراً.

فرع: يصح إسلام الكافر بجميع اللغات، ذكره صاحب «الشامل» وغيره، ويشترط أن يعرف معنى الكلمة. فلو لقن العجمي الشهادة بالعربية، فتلفظ بها وهو لا يعرف معناها، لم يحكم بإسلامه، وإذا تلفظ العبد بالإسلام بلغته، وسيده لا يعرف لغته، فلا بد ممن يعرفه بلغته ليعتقه عن الكفارة.

قلت: إسلامه بالعجمية صحيح، إن لم يحسن العربية قطعاً، وكذا إن أحسنها على الصحيح. والوجه بالمنع مشهور في صفة الصلاة من «التتمة» وغيره، ويكفي السيد في معرفة لغة العبد قول ثقة، لأنه خبر، كما يكفي في معرفة قول المفتي والمستفتي. والله أعلم.

فرع: يصح إسلام الأخرس بالإشارة المفهومة. وقيل: لا يحكم بإسلامه إلا إذا صلى بعد الإشارة، وهو ظاهر نصه في «الأم» والصحيح المعروف الأول، وحمل النص على ما إذا لم تكن الإشارة مفهومة.

فرع: ذكر الشافعي رحمته الله في «المختصر» في هذا الباب أن الإسلام أن يشهد أن لا إله إلا الله، وأن محمداً رسول الله، ويبرأ من كل دين خالف الإسلام، واقتصر في مواضع على الشهادتين، ولم يشترط البراءة، فقال الجمهور: ليس فيه خلاف، بل إن كان الكافر ممن يعترف بأصل رسالة نبينا محمد صلوات الله عليه كقوم من اليهود يقولون: مرسل إلى العرب فقط، فلا بد من البراءة، وإن كان ينكر أصل الرسالة كالوثني، كفى في إسلامه الشهادتان. قال الشيخ أبو حامد: وقد رأيت هذا التفصيل منصوباً عليه في كتاب «قتال المشركين»، ونقل الإمام خلافاً للأصحاب، وفي اشتراط البراءة قال: والأصح عدم الاشتراط.

قلت: في المسألة ثلاثة أوجه: حكاها صاحب «الحاوي». والصحيح التفصيل المذكور، والثاني: أن التبرؤ شرط مطلقاً، والثالث: أنه يستحب مطلقاً. والله أعلم. والمذهب الذي قطع به الجمهور، أن كلمتي الشهادتين لا بد منهما، ولا يحصل الإسلام إلا بهما، وحكى الإمام مع ذلك طريقة أخرى منسوبة إلى المحققين، أن من أتى من الشهادتين بكلمة تخالف معتقده، حكم بإسلامه، وإن أتى منهما بما يوافقه، لم يحكم، فإذا وحد الثنوي، أو قال المعطل: لا إله إلا الله، جعل مسلماً، وعرض عليه شهادة الرسالة، فإن أنكر، صار مرتداً.

واليهودي إذا قال: محمد رسول الله، حكم بإسلامه، وحكى عن هذه الطريقة خلافاً في أن اليهودي أو النصراني إذا اعترف بصلاة توافقت ملتناً، أو حكم يختص بشريعتنا، هل يكون ذلك إسلاماً؟ وقال: ميل معظم المحققين إلى كونه إسلاماً، وعن القاضي حسين في ضبطه، أنه قال: كلما كفر المسلم بجحده، صار الكافر المخالف

له مسلماً بعقده. ثم إن كذب غير ما صدق به، كان مرتداً، والمذهب المعروف ما قدمناه.

فرع: استحَبَّ الشافعي رحمته الله أن يمتحن الكافر عند إسلامه بإقراره بالبعث بعد الموت.

الشرط الثاني: السلامة من كل عيب يضر بالعمل إضراراً بيناً، فلا يجزىء الزمن، ولا من يجن أكثر الأوقات، فإن كانت إفاقته أكثر، أجزأ، وكذا إن استوبا على الأصح.

قلت: هذا الذي ذكره فيمن يجن ويفيق، هو المذهب. وفي «المستطهري» وجه أنه لا يجزىء وإن كانت إفاقته أكثر، وهو غلط مخالف نص الشافعي والأصحاب والدليل.

واختار صاحب «الحاوي» طريقة حسنة فقال: إن كان زمن الجنون أكثر، لم يجزئه، وإن كانت الإفاقة أكثر، فإن كان يقدر على العمل في الحال، أجزأ، وإن كان لا يقدر على العمل إلا بعد حين، لم يجزىء. قال: ويجزىء المغمى عليه، لأن زواله مرجو. والله أعلم.

ولا يجزىء مريض لا يرجى زوال مرضه، كصاحب السل، فإن رجي، أجزأ، فلو أعتق من لا يرجى، فزال مرضه، أو من يرجى فمات ولم يزل، أجزأه على الأصح فيهما، ولو أعتق من وجب عليه قتل، قال القفال: إن أعتقه قبل أن يقدم للقتل، أجزأه، وإلا فلا، كمريض لا يرجى، ولا يجزىء مقطوع إحدى الرجلين، ولا مقطوع أنملة من إبهام اليد، ويجزىء مقطوع أنملة من غيرها، حتى لو قطع أنامله العليا من أصابعه الأربع، أجزأه، ولا يجزىء مقطوع أنملتين من السبابة، أو الوسطى، ويجزىء مقطوع جميع الخنصر من يد، والبنصر من اليد الأخرى، ولا يجزىء مقطوعهما من يد واحدة، ويجزىء مقطوع جميع أصابع الرجلين على الصحيح. وقال ابن أبي هريرة: هو كقطع أصابع اليدين، والأشمل كالأقطع.

قلت: الذي قاله الرافعي في أصابع الرجلين، هو المعروف في طريقة الخراسانيين، وخالفهم صاحب «الحاوي»، فجزم بأنه إذا قطع أصبعان من رجل واحدة، أو الإبهام وحدها من رجل، لم يجزىء، وإلا فيجزيء. والله أعلم.

فرع: يجزىء نضو الخلق الذي يقدر على العمل، والأحمق، وهو من يضع الشيء في غير موضعه مع علمه بقبحه، ويجزىء الشيخ الكبير، إلا أن يعجز عن العمل والكسب. وفي «التجربة» للرويانى، أن الأصحاب قالوا: يجزىء الشيخ الكبير، ومنعه القفال إذا عجز عن العمل، وهو الأصح، وفي هذا إثبات خلاف في

الشيخ العاجز، ويجزىء الأعرج، إلا أن يكون العرج شديداً يمنع متابعة المشي، ويجزىء الأعور دون الأعمى.

قلت: المراد أعور لم يضعف نظر عينه السليمة. قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: فإن ضعف بصرها، فأضر بالعمل إضراراً بيناً، لم يجزئه، قال صاحب «الحاوي»: إن كان ضعف البصر يمنع معرفة الخط وإثبات الوجوه القريبة منع، وإلا فلا. والله أعلم.

ويجزىء الأصم، وحكي فيه قول، ومنهم من لم يشبهه، وحمل ما نقل على ما إذا كان لا يسمع مع المبالغة في رفع الصوت، ويجزىء الأخرس الذي يفهم الإشارة. وعن القديم منعه، فقيل: قولان، والصحيح أنهما على حالين، فالإجزاء فيمن يفهم الإشارة، والمنع فيمن لا يفهمها. وقيل: الإجزاء إذا لم ينضم إلى الخرس صمم، والمنع إذا انضم، وحكى ابن كج عن ابن الوكيل، القطع بالمنع إذا انضم، وقولين إذا تجرد الخرس.

ويجزىء الأقرع، ومقطوع الأذنين، والأخشم، ومقطوع الأنف، والأبرص، والمجدوم، والخصي، والمجبوب، والأمة، والرتقاء، والقرناء، ومفقود الأسنان، وولد الزنا، وضعيف البطش، والصغير، ولا يجزىء الجنين وإن انفصل لدون ستة أشهر من حين الإعتاق، وقيل: إن انفصل لذلك، تبينا الإجزاء، ولا يحكم في الحال بالإجزاء، والصحيح الأول.

قلت: قال صاحب «الحاوي»: يجزىء عتق من لا يحسن صنعة، قال الإمام: ولا يؤثر ضعيف الرأي والخرق، والكوع والوكع، ويجزىء الفاسق.

قال صاحب «الحاوي»: وأما شجاج الرأس والبدن، فإن كانت مندملة مع سلامة الأعضاء، لم تضر وإن شانت، وإن كانت غير مندملة، أجزأ منها ما كان دون مأمومة الرأس وجائفة البدن، لأنها غير مخوفة، ولا يجزئان لأنهما مخوفتان. والله أعلم.

الشرط الثالث: كمال الرق.

وفيه مسائل:

إحداها: لا يجزىء إعتاق المستولدة ولا المكاتب، سواء أدى شيئاً من النجوم، أم لا، فإن كانت الكتابة فاسدة، أجزأ إعتاقه عن الكفارة على المذهب، ولو قال للمكاتب: إذا عجزت عن النجوم فأنت حر عن كفارتي، فعجز، عتق، ولم يجزىء عن الكفارة، لأنه حين علق لم يكن بصفة الإجزاء.

كذا ولو قال لعبده الكافر: إذا أسلمت، فأنت حر عن كفارتي، فأسلم، أو

قال: إن خرج الجنين سليماً، فهو حر عن كفارتي، فخرج سليماً. ولو علق العتق عن الكفارة بدخول الدار، ثم كاتب العبد، ثم دخل، فهل يجزىء عن الكفارة اعتباراً بوقت التعليق، أم لا، لأنه مستحق العتق عن الكتابة وقت الحصول؟ فيه وجهان:

قلت: قال الإمام وغيره: إذا قلنا بالقديم في جواز بيع أم الولد، أجزأ إعتاقها عن الكفارة، وإذا قلنا بالمشهور: إنه لا يجوز بيعها فأعتقها عن الكفارة، لا يجزئه، ويقع العتق تطوعاً، ولا يريد عتقها، وكذا المكاتب إذا أعتقه عن الكفارة، عتق ولا يجزئه عنها، سواء جوزنا بيعه أم لا، بخلاف أم الولد على القول الشاذ، لأن أمية الولد ينقطع أثرها بالبيع، بخلاف الكتابة، فإنه إذا أدى النجوم إلى المشتري عتق، ثم إذا عتق المكاتب، تبعه أولاده وأكسابه وأم الولد لا تستتبع ذلك، لأنهم إنما يتبعونها في العتق بموت السيد، ولم يحصل، وأولاد المكاتب يتبعونه إذا عتق بأداء النجوم أو البراءة منها، وهذا في معنى الإبراء. والله أعلم.

المسألة الثانية: إذا اشترى من يعتق عليه، ونوى كون العتق عن الكفارة، فعن الأودني أنه يجزئه، والصحيح أنه لا يجزئه، وكذا لو وهب له، فقبله، أو أوصى له به، فقبل وقلنا: تملك الوصية بالقبول، ونوى العتق عن الكفارة، وكذا لو ورثه أو ملك المكاتب من يعتق على سيده، ثم عجزه السيد، ونوى عتق قريبه عن الكفارة لأن العتق مستحق بجهة القرابة في كل هذه الصور.

المسألة الثالثة: لو اشترى عبداً بشرط العتق، فقد سبق في كتاب البيع أن المذهب أنه لا يجزىء إعتاقه عن الكفارة.

المسألة الرابعة: إذا أعتق عن الكفارة مرهوناً، بني على الخلاف في نفوذ عتقه، إن نفذناه، أجزأ عن الكفارة إذا نواها، وكذا إن لم ننفذه في الحال ونفذناه بعد الانفكاك باللفظ السابق، ويكون كما لو علق عتق عبده عن الكفارة بشرط.

وإعتاق الجاني عن الكفارة يبنى على نفوذ إعتاقه، وقد ذكرناه في البيع. وقيل: لا يجزىء المرهون والجاني عن الكفارة وإن قلنا بنفوذ العتق، لتعلق حق الغير بهما، ونقصان التصرفات، والمذهب الأول، لأن الإعتاق إذا نفذناه رفع حق تعلق الغير، ورجع إلى الفداء، والموصى بمنفعته لا يجزىء على الأصح، وقد ذكرناه في «الوصية»، والمستأجر إن قلنا: يرجع على السيد بأجرة منافعه، أجزأه، وإلا فلا، لنقصان منافعه.

قلت: ولو أعتق عن الكفارة من تحتم قتله في المحاربة، أجزأه، ذكره القاضي حسين في تعليقه. والله أعلم.

المسألة الخامسة: يجزئ المدبر والمعلق عتقه بصفة، ولو أراد بعد التعليق أن يجعل العتق المعلق عند حصوله عن الكفارة، لم يجزئه.

مثاله: قال: إن دخلت الدار، فأنت حر، ثم قال: إن دخلتها فأنت حر عن كفارتي، فيعتق بالدخول ولا يجزئه عن الكفارة، لأنه مستحق بالتعليق الأول.

المسألة السادسة: أعتق عن الكفارة حاملاً، أجزأه، وعتق الحمل تبعاً، ولو استثنى الحمل، عتقا، وبطل الاستثناء، وأجزأه عتقها عن الكفارة على المشهور، وحكى المتولي قولاً أنه لا يجزئه، لأن العتق عن الكفارة غير مبني على التغليب، فبطل الاستثناء كما يبطل به البيع، بخلاف مطلق العتق.

المسألة السابعة: ملك نصف عبد، فأعتقه عن كفارة وهو معسر، ثم ملك باقيه فأعتقه عن تلك الكفارة، أجزأه كما لو أطعم في أوقات، فلو لم ينو الكفارة عند إعتاق باقيه، لم يجزئه عن الكفارة على الصحيح. وقيل: يجزئه كما لو فرق وضوءه، وجوزنا، فإنه لا يجب تجديد النية على الأصح، حكاه الفوراني.

ولو ملك نصفاً من عبد، ونصفاً من آخر، فأعتق النصفين عن الكفارة وهو معسر، فثلاثة أوجه: أحدها: لا يجزئه، قاله ابن سريج وابن خيران، لأنه لا يسمى عتق رقبة، وكما لا يجزئ شقصان في الأضحية. والثاني: يجزئه، وأصحهما: يجزئه إن كان باقيهما حراً، وإلا فلا. وتجري الأوجه في ثلث أحدهما، وثلثي الآخر ونظائرها.

ولو كان عليه كفارتان عن ظهارين، أو ظهار وقتل، فأعتق عبيدين عن كل واحدة، نصفاً من هذا، ونصفاً من هذا، أجزأه على المنصوص وهو المذهب. وقيل: فيه خلاف، فعلى المذهب، اختلف في كفيته، فعن أبي إسحاق أنه يعتق نصف كل عبد عن كفارة كما أوقعه، وعن ابن سريج وابن خيران: يقع عبد عن هذه الكفارة، وعبد عن هذه، ويلغو تعرضه للتنصيف. ويجري الخلاف فيما لو أعتق عبداً عن كفارتين، ففيه وجه: يعتد به وعليه إتمام كل واحدة، قال الإمام: ولا حاجة إلى هذا التقدير.

فرع: إذا أعتق موسر نصيبه من عبد مشترك، سرى إلى نصيب صاحبه، وهل تحصل السراية بنفس اللفظ، أم عند أداء القيمة، أم موقوف؟ فإذا أدى تبينا حصول العتق باللفظ فيه ثلاثة أقوال: ولو أعتق جميع العبد المشترك، فمتى يعتق نصيب الشريك؟ فيه الأقوال، فإن قلنا: يعتق باللفظ، فهل نقول: عتق الجميع دفعة، أم يعتق نصيبه ثم يسري؟ وجهان: وكل هذا يأتي إن شاء الله تعالى في كتاب العتق مبسوطاً. وغرضنا هنا أن إعتاق المشترك عن الكفارة جائز، سواء وجه العتق إلى

جملته، أم إلى نصيبه فقط لحصول العتق بالسراية في الحالين. وقال القفال: لا يجرى عن جميع الكفارة إذا وجه العتق إلى نصيبه فقط، لأن نصيب الشريك عتق بالشرع، لا بإعتاقه، والصحيح الأول، ثم ينظر، فإن أعتق نصيبه ونوى عتق الجميع عن الكفارة، أجزأه عنها إن قلنا: يسري عند اللفظ، أو موقوف. وإن قلنا: يسري عند أداء القيمة، فهل تكفيه هذه النية لنصيب الشريك، أم يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء؟ وجهان: أحدهما: تكفي لاقترانها بالعتق، إلا أنه وقع مرتباً. ولو نوى في الحال صرف العتق في نصيبه إلى الكفارة، ونوى عند أداء القيمة، صرف العتق في نصيب الشريك إليها، أجزأه على الصحيح. وقيل: يشترط أن ينوي الجميع في الابتداء، لأن سبب عتق الجميع لفظه، كما لو علق العتق بدخول الدار، يشترط في الأجزاء عن الكفارة نيتها عند التعليق، ولا يكفي اقترانها بالدخول، فحصل أن الراجح أنه مخير في نصيب الشريك بين تقديم النية عند اللفظ وتأخيرها إلى الأداء، هذا كله إذا نوى عتق الجميع عن الكفارة ووجه العتق إلى نصيبه.

أما إذا وجه العتق إلى نصيبه بنية الكفارة، ولم ينو الباقي، فلا ينصرف الباقي إليها وإن حكمنا بعتقه في الحال، ويجيء في وقوع نصيبه عن الكفارة خلاف السابق في إعتاق بعض رقبة، وحكى صاحب «الشامل» وغيره وجهاً أن الباقي ينصرف إلى الكفارة تبعاً لنصيبه كما تبعه في أصل العتق، ولو أعتق الجميع بنية الكفارة وقلنا: يسري عند اللفظ أو موقوف، أجزأه، وإن قلنا بحصوله عند أداء القيمة، ففي «التهذيب» القطع بالأجزاء، وأنه لا يحتاج إلى تجديد النية عند الأداء، ويشبه أن يعود فيه الوجهان السابقان فيما إذا وجه العتق إلى نصيبه.

المسألة الثامنة: العبد الغائب، إن علم حياته، أجزأه عن الكفارة، وإن انقطع خبره، لم يجرئه على المنصوص، وهو المذهب، فلو أعتقه عنها، ثم تواصلت أخبار حياته، تبيننا إجزأه عن الكفارة لحصول العتق في ملك تام بنية الكفارة. والابق والمغصوب يجرئان إذا علم حياتهما على الصحيح لكمال الرق.

قلت: الصواب ما قطع به الماوردي والفوراني وغيرهما، أن الابق يجرى قطعاً لاستقلاله بمنافعه كالعائب.

وأما المغصوب، فأكثر العراقيين، على أنه لا يجرى قطعاً، لعدم استقلاله كالزمن، وجمهور الخراسانيين على الأجزاء لتمام الملك والمنفعة، وفيه وجه ثالث قاله صاحب «الحاوي»: إن قدر العبد على الخلاص من غاصبه بهرب إلى سيده، أجزأه عن الكفارة لقدرته على منافع نفسه، وإن لم يقدر على الخلاص، فالأجزاء موقوف، وإن لم يكن عتقه موقوفاً كالعائب إذا علمت حياته بعد موته، وهذا الذي

قاله قوي جداً، وحيث صححنا عتق الغائب، والآبق، والمغصوب، أجزأه عن الكفارة، سواء علم العبد بالعتق أم لا، لأن علمه ليس بشرط في نفوذ العتق، فكذا في الأجزاء، ذكره صاحب «الحاوي». والله أعلم.

الشرط الرابع: خلو الإعناق عن شوب العوض، فلو أعتق عن كفارة على أن يرد عليه ديناراً مثلاً، لم يجزئه عن الكفارة على الصحيح، وحكى ابن القطان وجهاً أنه يجزئه لأن العتق حاصل، ويسقط العوض، كما لو قال: صل الظهر لنفسك ولك دينار، فصلى، أجزأته صلاته ولو شرط عوضاً على غير العبد، فلو قال الإنسان: أعتقت عبدي هذا عن كفارتي بألف عليك، فقبل، أو قال له إنسان: أعتقه عن كفارتك، وعليّ كذا، ففعل، لم يجزئه عن الكفارة، وسواء قدم في الجواب ذكر الكفارة، فقال: أعتقته عن كفارتي بألف عليك، أو عكس، فقال: أعتقته على أن لي عليك ألفاً عن كفارتي.

وعن أبي إسحاق وجه أنه إذا قدّم ذكر الكفارة، أجزأه وسقط العوض، والصحيح الأول، وسواء قال في الجواب: أعتقته عن كفارتي، على أن لي عليك كذا، أو اقتصر على قوله: أعتقته عن كفارتي، فإنه يبنى على الخطاب والالتماس، وفي استحقاقه العوض على الملتمس وجهان سندكهما إن شاء الله تعالى، ولا يختصان بما إذا قال: أعتقته عن كفارتك، بل يجزئان فيما إذا التمس منه أن يعتق عبده عن نفسه مطلقاً بعوض، فإن قلنا: لا يستحق عوضاً وقع العتق، وله الولاء، وإن قلنا: يستحق عوضاً، فعمن يقع العتق؟ وجهان: أحدهما: عن باذل العوض، وبه قال العراقيون، والشيخ أبو محمد. وأصحهما: عن المعتق، وبه قطع صاحباً «المهذب» و«التتمة»، لأنه لم يعتقه عن الباذل، ولا هو استدعاه لنفسه.

ولو قال المعتق: أرد العوض ليكون العتق مجزئاً عن كفارتي، لم ينقلب مجزئاً، فلو قال في الابتداء عقب الالتماس: أعتقته عن كفارتي لا على الألف، كان رداً لكلامه، وأجزأه عن الكفارة.

فصل: العتق على مال كالطلاق على مال، فهو من جانب المالك معاوضة فيها شبه التعليق، ومن جانب المستدعي معاوضة فيها شبه الجعالة، كما سبق في «الخلع». فإذا قال: أعتق مستولدتك على ألف، فأعتقها، نفذ العتق، وثبت الألف، وكان ذلك افتدائاً من المستدعي، كاختلاع الأجنبية. ولو قال: أعتقتها عني على ألف، أو وعليّ ألف، فقال: أعتقتها عنك، نفذ العتق، ولغا قوله: عني، وقول المعتق: عنك، لأن المستولدة لا تنتقل من شخص إلى شخص، ثم الصحيح أنه لا

يستحق عوضاً، لأنه التزم العوض على أن يحصل العتق عنه، ولم يحصل. وقيل: يستحق ويلغى قوله: عني، ويجعل باقي الكلام افتداءً.

ولو قال: طلق زوجتك عني على ألف، فطلق، قال الإمام: الوجه إثبات العوض.

ولو قال: أعتق عبدك عن نفسك ولك علي كذا، أو وعلي كذا، ففعل، فهل يستحق العوض عليه؟ وجهان: أحدهما: نعم كالمستولدة ومسألة الطلاق. والثاني وهو اختيار الخُضري، لا لإمكان تملكه بالشرء، بخلافهما، ولو قال: أعتقه عني، ففعل، نظر، إن قال: مجاناً، فلا شيء على المستدعي، وإن ذكر عوضاً، لزمه العوض، وإن أطلق، فهل يستحق عليه قيمة العبد؟ وجهان بناءً على الخلاف في قوله: اقض ديني ولم يشترط الرجوع، وخص الإمام والسرخسي هذا البناء بما إذا قال: أعتقه عن كفارتي، فإن العتق حق ثابت عليه كالدين، فأما إذا قال: أعتقه عني ولا عتق عليه، أو لم يقصد وقوعه عنه، فقد أطلق السرخسي أنه لا شيء عليه، ورأى الإمام تخريجه على أن الهبة هل تقتضي الثواب؟ ثم سواء نفى العوض أم أثبتته، يقع العتق على المستدعي. وقال المزني: إذا قال: أعتقه عني مجاناً، ففعل، لا يقع على المستدعي، واحتج الأصحاب بأنه أعتقه عنه، فصار كذكر العوض. وقالوا: العتق بعوض صار كالبيع المقبوض حتى استقر عوضه، فكذلك يجعل عند عدم العوض، كالموهوب المقبوض، ويجعل القبض مندرجاً تحت العتق لقوته، وذكروا بناءً على هذا، أن إعتاق الموهوب قبل القبض بإذن الواهب جائز.

ولو قال: أعتقه عن كفارتي، أو عني، ونوى الكفارة، فأجابه، أجزأه عن كفارته، ولو قال: أعتق عبدك ولك علي كذا، ولم يقل: عن نفسك، ولا عني، فهل هو كقوله: عني لقرينته العوض، أم كقوله: عنك؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وهو المذكور في «التهذيب». ولو قال: أعتق عبدك عني ولك ألف بشرط أن يكون الولاء لك، ففعل، قال المتولي في باب «الخلع»: المشهور من المذهب، أن هذا الشرط يفسد، ويقع العتق عن المستدعي، وعليه القيمة. وفيه وجه أنه يعتق عن المالك، وله الولاء. وعن القفال أنه لو قال: أعتق عبدك عني على ألف، والعبد مستأجر أو مغصوب، فأعتقه، جاز، ولا يضر كونه مغصوباً. وإن كان المعتق عنه لا يقدر على انتزاعه، ولا يخرج في المستأجر وليس على الخلاف في بيعه، لأن البيع يحصل في ضمن الإعتاق، ولا يعتبر في الضمنيات ما يعتبر في المقاصد، وأنه لو قال: أعتق عبدك عن ابني الصغير، ففعل، جاز، وكان اكتساب ولاء له بغير ضرر يلحقه، وليس كما لو كان له رقيق فأراد الأب إعتاقه.

وأنه لو وهب عبداً له لإنسان، فقبله الموهوب له، ثم قال للواهب: أعتقه عن ابني وهو صغير، فأعتقه عنه، جاز وكأنه أمره بتسليمه إلى ابنه، وناب عنه في الإعتاق للابن. واعلم أن الإعتاق في صور الاستدعاء، إنما يقع على المستدعي، والعوض إنما يجب إذا اتصل الجواب بالخطاب، فإن طال الفصل وقع العتق عن المالك، ولا شيء على المستدعي.

فرع: قال: إذا جاء الغد، فأعتق عبدك عني بألف، فصبر حتى جاء الغد، فأعتقه عنه، حكى صاحب «التقريب» عن الأصحاب أنه ينفذ العتق عنه، ويثبت المسمى عليه، وأنه لو قال المالك لغيره: عبيدك حر بألف إذا جاء الغد، فقال المخاطب: قبلت، فهو كتعليق الخلع في قوله: طلقتهك على ألف إذا جاء الغد، فقالت: قبلت، وقد سبق ذكر وجهين في وقوع الطلاق عند مجيء الغد، أصحهما: الوقوع، ووجهين إذا وقع، أن الواجب مهر المثل أم المسمى؟ أصحهما: الثاني، فكذا يجيء هنا الخلاف في وقوع العتق عن المخاطب، وإذا وقع، ففي صحة المسمى وفساده، وفرقوا بين الصورتين بأنه لم يوجد في الأولى تعليق العتق، ويحتمل مجيء وجه في الأولى أنه يستحق قيمة المثل لا المسمى، وأشار إليه صاحب «التقريب»، واستصوبه الإمام وغيره.

فرع: قال: أعتق عبدك عني على خمر، أو مغصوب، ففعل، نفذ العتق عن المستدعي، ولزمه قيمة العبد، كما في الخلع.

فرع: لا خلاف أن العبد المعتق عن المستدعي يدخل في ملكه إذ لا عتق في غير ملك، ومتى يدخل؟ فيه أوجه: أحدها: يملكه بالاستدعاء، ويعتق عليه إذا تلفظ المالك بالإعتاق، والثاني: يملك بالشروع في لفظ الإعتاق، ويعتق إذا تم اللفظ. والثالث: يحصل الملك والعتق معاً عند تمام اللفظ. وأصحها: أن العتق يترتب على الملك في لحظة لطيفة، وأن حصول الملك لا يتقدم على آخر لفظ الإعتاق. ثم قال الشيخ أبو حامد: وأكثر الذين اختاروا هذا الوجه: أن الملك يحصل عقب الفراغ من لفظ الإعتاق على الاتصال، وعن الشيخ أبي محمد أن الملك يحصل مع آخر جزء من أجزاء اللفظ. وجعل الإمام اختلاف عبارة الشيخين راجعاً إلى اختلاف الأصحاب، في أن حكم الطلاق والعتاق، وسائر الألفاظ، يثبت مع آخر جزء من اللفظ، أم بعد تمام أجزائه على الاتصال؟ فعبارة الشيخ أبي محمد على الوجه الأول، وأبي حامد، على الثاني، وليس في هذا الوجه الرابع إشكال سوى تأخر العتق عن الإعتاق بقدر توسط الملك. قال الإمام: وسبب تأخره، أنه إعتاق عن الغير، ومعنى الإعتاق عن الغير، انتقال الملك إليه، وإيقاع العتق بعده، وقد يتأخر العتق عن الإعتاق بأسباب،

ألا ترى أنه لو قال: أعتقت عبدي عنك بكذا، لا يعتق حتى يوجد القبول.

فرع: قال: أعتق عبدك عني كذا، ففعل، ثم ظهر بالعبد عيب، لم يبطل العتق، بل يرجع المستدعي بأرش العيب، ثم إن كان عيباً يمنع الإجزاء عن الكفارة، لم تسقط به الكفارة.

فرع: في فتاوى البغوي أنه لو قال: أعتق عبدك عني ألف، فقال: أعتقته عنك مجاناً، عتق عن المعتق دون المستدعي.

الخصلة الثانية: الصيام كفارة الظهار مرتبة، كما قال الله تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّ فَمَنْ لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ...﴾ الآية. فإن كان في ملكه عبد فاضل عن حاجته، فواجبه الإعتاق، فإن احتاج إلى خدمته، لزمانته، أو مرضه، أو كبره، أو ضخامته المانعة من خدمته نفسه، فهو كالمعدوم، وكذا لو كان من أهل المروءات ومنصبه يأبى أن يخدم نفسه وأن يباشر الأعمال التي يستخدم فيها المماليك، لم يكلف صرفه إلى الكفارة. وإن كان من أوساط الناس، لزمه الإعتاق على الأصح، ولو لم يكن في ملكه عبد ووجد ثمنه، لزمه تحصيله والإعتاق، بشرط كونه فاضلاً عن حاجته، لنفقته وكسوته، ونفقة عياله وكسوتهم، وعن المسكن وما لا بد منه من الأثاث، ولم يقدر الأصحاب للنفقة والكسوة مدة، ويجوز أن تعتبر كفاية العمر، ويجوز أن تعتبر سنة، لأن المؤنات تتكرر فيها، ويؤيده أن البغوي قال: يترك له ثوب الشتاء، وثوب الصيف.

قلت: هذا الثاني، هو الصواب. والله أعلم.

ولو ملك داراً واسعة يفضل بعضها عن حاجته، وأمكن بيع الفاضل، لزمه بيعه وتحصيل رقبة. ولو كانت داراً نفيسة يجد بثمنها مسكناً يكفيه ويفضل ثمن رقبة، أو كان له عبد نفيس يجد بثمنه عبداً يخدمه، وآخر يعتقه، لزمه البيع والإعتاق إن لم يكونا مألوفين، وإلا أجزأه الصوم على الأصح، ولو كان له ثوب نفيس يجد بثمنه ثوباً يليق به، وعبداً يعتقه، لزمه الإعتاق على المذهب، وقيل بطرد الخلاف.

قلت: قطع العراقيون أو جمهورهم، بأنه يلزمه الإعتاق في العبد النفيس، ونقله صاحب «الشامل» عن الأصحاب، وصححه المتولي. والله أعلم.

فرع: لو كان له ضيعة أو رأس مال يتجر فيه، وكان يحصل منهما كفايته بلا مزيد، ولو باعهما لتحصيل رقبة لصار في حد المساكين، لم يكلف بيعهما على المذهب، وبه قطع الجمهور.

قلت: ولو كان له ماشية تحلب، فهي كالضيعة إن كان لا تزيد غلتها على كفايته، لم يكلف بيعها، وإن زادت، لزمه بيع الزائد، ذكره صاحب «الحاوي» قال:

فلو كان له كسب بصناعة، فإن كان قدر الكفاية، فله الصوم، وإن كان أكثر، نظر، فإن قلت: الزيادة بحيث لا تجتمع فتبلغ قيمة الرقبة إلا في زمان طويل ينسب فيه إلى تأخير التكفير، لم يلزمه جمعها للعتق، فجاز له الصوم. وإن كانت إذا جمعت في زمن قليل، لا ينسب فيه إلى تأخير التكفير، بلغت قيمة الرقبة ثلاثة أيام وما قاربها، ففي وجوب جمعها للتكفير بالعتق، وجهان: أشبههما: لا يلزمه، بل له التكفير بالصوم، فعلى هذا، لو لم يدخل في الصوم حتى اجتمع منها قيمة الرقبة، فهل يلزمه العتق اعتباراً بحال الأداء، أم له الصوم اعتباراً بالوجوب؟ فيه القولان. والله أعلم.

فرع: كان ماله غائباً أو حاضراً، لكن لم يجد الرقبة، فلا يجوز له العدول إلى الصوم في كفارة القتل واليمين والجماع في نهار رمضان، بل يصبر حتى يجد الرقبة، أو يصل المال، لأن الكفارة على التراخي، ويتقدير أن يموت، لا يفوت، بل تؤدي من تركته، بخلاف العاجز عن ثمن الماء، فإنه يتيمم، لأنه لا يمكن قضاء الصلاة لو مات. وفي كفارة الظهار وجهان لتضرره بفوات الاستمتاع، وأشار الغزالي والمتولي إلى ترجيح وجوب الصبر.

فرع: لو كانت الرقبة لا تحصل إلا بثمن غال، لم يلزمه شرائها. وقال البغوي: يلزمه إذا وجد الثمن الغالي.

قلت: إنما قال البغوي هذا اختياراً لنفسه، فقال حكاية للمذهب: لا يلزمه، ورأيت أن يلزمه، وقطع الجمهور بأنه لا يلزمه، وهو الصواب. والله أعلم.

فرع: لو بيعت نسيئة وماله غائب، فعلى ما ذكرناه في شراء الماء في التيمم. ولو وهب له عبداً وثمنه، لم يلزمه قبوله، لكن يستحب.

فرع: ذكر ابن كج بعد أن ذكر حكم المسكن والعبد المحتاج إليهما في الكفارة والحج وجهين في أنه هل يجوز لمن يملكهما نكاح الأمة، أم بيعهما لطول الحرية، ووجهين في أنهما يباعان عليه، كما إذا أعتق شركاء له في عبد، وإن ابن القطان قال: لا يلزم العريان بيعهما؟ قال: وعندي يلزمه، والذي قاله غلط.

فصل: الموسر المتمكن من الإعتاق، يعتق، ومن تعسر عليه الإعتاق، كفر بالصوم، وهل الاعتبار في اليسار والإعسار بوقت الأداء، أم بوقت الوجوب، أم بأغلظ الحالين؟ فيه أقوال: أظهرها الأول، فعلى هذا قال الإمام: في العبارة عن الواجب قبل الأداء غموض، ولا يتجه إلا أن يقال: الواجب أصل الكفارة، ولا يعين خصلة، أو يقال: يجب ما يقتضيه حالة الوجوب، ثم إذا تبدل الحال، تبدل الواجب، كما يلزم القادر صلاة القادرين، ثم إذا عجز، تبدلت صفة الصلاة، وعلى القول الثالث وجهان: قال الأكثرون: يعتبر أغلظ أحواله من وقت الوجوب، إلى وقت

الأداء في حالٍ ما، لزمه الإعتاق. والثاني: يعتبر الأغلظ من حالتي الوجوب والأداء دون ما بينهما، صرح به الإمام، وأشار إلى دعوى اتفاق الأصحاب عليه. فإذا قلنا: الاعتبار بحال الوجوب، فكان موسراً وقت الوجوب، ففرضه الإعتاق وإن أعسر بعده.

واستحب الشافعي رحمه الله إذا أعسر قبل التكفير، أن يصوم ليكون آتياً ببعض أنواع الكفارة إن مات.

وإن كان معسراً يومئذٍ، وفرضه الصيام، ولا يلزمه الإعتاق وإن أيسر بعده، لكن يجزئه على الصحيح، لأنه أعلى من الصوم، وقيل: لا يجزئه لتعين الصوم في ذمته. وإذا قلنا: الاعتبار بحال الأداء، فكان موسراً يومئذٍ، وفرضه الإعتاق، وإن كان معسراً، فالصوم.

ولو تكلف المعسر الإعتاق باستقراض وغيره، أجزأه على الصحيح. ولو وجبت الكفارة على عبد، فعتق، وأيسر قبل التكفير، فإن قلنا: الاعتبار بحال الوجوب، وفرضه الصوم، ويجزئه الإعتاق على الأصح أو الأظهر، لأنه أعلى. وقيل: لا، لعدم أهليته بناءً على أن العبد لا يملك، وإن قلنا: الاعتبار بحال الأداء، لزمه الإعتاق على الأصح أو الأظهر.

فرع: لو شرع المعسر في الصوم ثم أيسر، كان له المضي في الصوم، ولا يلزمه الإعتاق. فإن أعتق، كان أفضل، ووقع ما مضى من صومه تطوعاً، وحكى الشيخ أبو محمد وجهاً، أنه يلزمه الإعتاق، وهو مذهب المزني، والصحيح الذي عليه الجماهير، الأول، وكذا لو كان فرضه الإطعام فأطعم بعض المساكين ثم قدر على الصوم، لا يلزمه العدول إليه.

ولو أيسر بعد ما فرغ من الصوم، لم يلزمه الرجوع إلى الإعتاق قطعاً. ولو كان وقت الوجوب عاجزاً عن الإعتاق والصوم، فأيسر قبل التكفير، فإن اعتبرنا حالة الوجوب، وفرضه الإطعام، وإلا فالإعتاق.

فصل: العبد لا يملك بغير تملك سيده قطعاً، ولا بتملكه على الجديد الأظهر، فعلى هذا لا يتصور منه التكفير بالإعتاق والإطعام. وإن قلنا: يملك، فملكه طعاماً ليكفر كفارة اليمين، جاز، وعليه التكفير بما ملكه، وإن ملكه عبداً ليعتقه عنها، لم يصح، لأنه يستعقب الولاء، وليس العبد من أهل إثبات الولاء. وعن صاحب «التقريب» أنه يصح إعتاقه، ويثبت له الولاء. وعن القفال تخريج قول: أنه يصح إعتاقه عن الكفارة، والولاء موقوف، إن عتق، فهو له، وإن دام رقه، فلسيده، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور.

وأما تكفيره بالصوم، فإن جرى ما يتعلق به الكفارة بغير إذن سيده، بأن حلف وحنث بغير إذنه، لم يصم إلا بإذنه، لأن حق السيد على الفور، والكفارة على التراخي، بخلاف صوم رمضان، فإن شرع فيه بغير إذنه، كان له تحليله، وإن جرى بإذنه بأن حلف بإذنه وحنث بإذنه، صام ولا حاجة إلى إذنه. وإن حلف بإذنه وحنث بغير إذنه، لم يستقل بالصوم على الأصح. وفي عكسه يستقل على المذهب، وحيث قلنا: يستقل، فسواء طویل النهار وقصيره، والحر الشديد وغيره، وحيث قلنا: يحتاج إلى الإذن، فذلك في صوم يوجب ضعفاً لشدة حر وطول نهار. فإن لم يكن كذلك، ففيه خلاف نذكره في «كتاب الأيمان» إن شاء الله تعالى، والأصح، أنه ليس للسيد المنع، هذا حكم كفارة اليمين. قال في «الوسيط»: ومنعه من صوم كفارة الظهار غير ممكن، لأنه يضر بالعبد بدوام التحريم.

قلت: وحيث قلنا: لا يصوم بغير إذنه فخالف وصام، أثم وأجزأه.

ولو أراد العبد صوم تطوع في وقت يضر بالسيد، فله منعه، وفي غيره، ليس له المنع، حكاه المحاملي عن أبي إسحاق المروزي، بخلاف الزوجة، فإن للزوج منعها من صوم التطوع، لأنه يمنعه الوطء، وحكى في «البيان»، أنه ليس للسيد منعه من صلاة النفل في غير وقت الخدمة، إذ لا ضرر. والله أعلم.

فرع: من بعضه حر، كالحر في التكفير بالمال على المذهب، وفيه كلام آخر، وتفصيل نذكره في «كفارة اليمين» إن شاء الله تعالى.

فصل: في بيان حكم صوم الكفارة المرتبة

فيه مسائل:

إحداها: يجب أن ينوي صوم الكفارة في الليل لكل يوم، ولا يجب تعيين جهة الكفارة، ولا يجب نية التتابع على الأصح، وقيل: تجب لكل يوم. وقيل: تجب في أول ليلة فقط، ولو نوى الصوم بالليل قبل طلب الرقبة، ثم طلب فلم يجدها، لم يجزئه صومه إلا أن يجدد النية في الليل بعد الفقد، لأن تلك النية تقدمت على وقت جواز الصوم، ذكره الروياني في «التجربة».

المسألة الثانية: لو مات وعليه صوم كفارة، فهل يصوم عنه وليه؟ فيه قولان، سبقا في كتاب الصيام.

المسألة الثالثة: إن ابتدأ بالصوم لأول شهر هلال، صام شهرين بالأهلة، ولا يضر نقصهما، وإن ابتدأ في خلال شهر، صام بقيته، ثم صام الذي يليه بالهلال، ولا

يضر نقصه، ثم يتم الأول من الثالث ثلاثين يوماً، وفي وجه شاذ، إذا ابتدأ في خلال شهر، لزمه ستون يوماً.

المسألة الرابعة: التتابع في الصوم واجب بنص القرآن، فلو وطىء المظاهر بالليل قبل تمام الشهرين، عصى بتقديم التكفير، ولكن لا يقطع التتابع.

ولو أفسد صوم اليوم الآخر أو غيره، لزمه استئناف الشهرين. وهل يحكم بفساد ما مضى، أم يتقلب نفلاً؟ فيه قولان فيما إذا نوى الظهر قبل الزوال ونظائره.

والحيض لا يقطع التتابع في صوم كفارة القتل والوقاع في رمضان إن لزمتهما كفارة، فتبني إذا طهرت، والنفاس لا يقطع التتابع على الصحيح، كالحيض. وقيل: يقطعه لندرته، حكاه أبو الفرج السرخسي. والفطر بعذر المرض، يقطع التتابع على الأظهر، وهو الجديد، لأنه لا ينافي الصوم، وإنما قطعه بفعله، بخلاف الحيض والجنون، كالحيض على المذهب. وقيل: كالمرض، والإغماء كالجنون. وقيل: كالمرض. وأما الفطر بالسفر، وفطر الحامل والمرضع خوفاً على الولد، فقليل: كالمرض. وقيل: يقطع قطعاً، لأنه باختياره.

قلت: أطلق الجمهور أن الحيض لا يقطع التتابع، وذكر المتولي، أنها لو كانت لها عادة في الطهر تمتد شهرين، فشرعت في الصوم في وقت يتخلله الحيض، انقطع، ولو أفطرت الحامل والمرضع خوفاً على نفسيهما، فقال المحاملي في «المجموع»، وصاحب «الحاوي» و«الشامل» والأكثر: هو كالمرض. وفي «تجريد» المحاملي: أنه لا ينقطع قطعاً، ولو غلبه الجوع فأفطر، بطل التتابع. وقيل: كالمرض، ذكره البغوي. والله أعلم.

فرع: نسيان النية في بعض الليالي، يقطع التتابع كتركها عمداً، ولا يجعل النسيان عذراً في ترك المأمور به.

قلت: لو صام أياماً من الشهرين، ثم شك بعد فراغه من صوم يوم، هل نوى فيه، أم لا؟ لم يلزمه الاستئناف على الصحيح، ولا أثر للشك بعد الفراغ من اليوم، ذكره الروياني في كتاب الحيض في مسائل المتحيرة. والله أعلم.

ولو أكره على الأكل فأكل، وقلنا: يبطل صومه، انقطع تتابعه، لأنه سبب نادر، هذا هو المذهب في الصورتين، وبه قطع الجمهور، وجعلهما ابن كج كالمرض، قال: ولو استنشق، فوصل الماء إلى دماغه، وقلنا: يفطر، ففي انقطاع التتابع الخلاف.

قلت: لو أوجر الطعام مكرهاً، لم يفطر، ولم ينقطع تتابعه، هكذا قطع به

الأصحاب في كل الطرق، وشذ المحاملي فحكى في «التجريد» وجهاً أنه يفطر وينقطع تتابعه، وهذا غلط. والله أعلم.

فرع: لو ابتدأ بالصوم في وقت يدخل عليه رمضان قبل تمام الشهرين، أو يدخل يوم النحر، لم يجزئه عن الكفارة. قال الإمام: ويعود القولان في أنه يبطل أم يقع نفلاً.

فرع: لو صام رمضان بنية الكفارة، لم يجزئه عن واحد منهما، ولو نواهما، لم يجزئه عن واحد منهما أيضاً. وحكى القاضي أبو الطيب عن أبي عبيد بن حربويه، أنه يجزئه عنهما جميعاً، وغلطه فيه. وفي كتاب ابن كج، أن الأسير إذا صام عن الكفارة بالاجتهاد، فغلط فجاء رمضان أو يوم النحر قبل تمام الشهرين، ففي انقطاع التتابع الخلاف في انقطاعه بإفطار المريض.

فرع: إذا أوجبنا التتابع في كفارة اليمين، فحاضت في خلال الأيام الثلاثة، فقبل: فيه قولان، كالفطر بالمرض في الشهرين، ويشبه أن يكون فيه طريق جازم، بانقطاع التتابع.

قلت: صرح بالطريقة الجازمة، الدارمي وصاحب «التتمة» فقالا: المذهب انقطاعه، ذكره الدارمي في كتاب الصيام، وفيه طريق ثالث، أنه لا ينقطع قطعاً، لأن وجوب التتابع في كفارة اليمين هو القول القديم، والمرض لا يقطع على القديم، ذكر ذلك صاحباً «الإبانة» و«العدة» وغيرهما. قال صاحب «التتمة»: هذا غلط، لأنه يمكنها الاحتراز بالثلاثة عن الحيض دون المرض. والله أعلم.

المسألة الخامسة: لو شرع في صوم الشهرين، ثم أراد أن يقطع ويستأنف بعد ذلك، فقد ذكروا في جوازه احتمالين: أحدهما: يجوز كما يجوز تأخير الابتداء، لأنه ليس فيه إبطال عبادة، فكل يوم عبادة مستقلة. والثاني: لا يجوز، لأنه يبطل صفة الفرضية، ويجري الاحتمالان في الحائض وغيرها، فيمن شرع في الشهرين، ثم عرض فطر لا يقطع التتابع، ثم زال فأراد الفطر بلا عذر، ثم يستأنف، ثم الاحتمال الأول أرجح عند الغزالي. وقال الروياني: الذي يقتضيه قياس المذهب، أنه لا يجوز، لأن الشهرين عبادة واحدة، كصوم يوم، فيكون قطعه كقطع فريضة شرع فيها، وذلك لا يجوز، وهذا حسن. قال الإمام: والمسألة فيما إذا لم ينو صوم الغد، وقال: الإفطار في اليوم الذي شرع فيه لبعد التسليط عليه، وبالله التوفيق.

الخصلة الثالثة: الإطعام، فيها مسائل:

إحداها: في قدر الطعام، وهو في كفارة الظهار والجماع في رمضان، والقتل إن أوجبناه، فيها ستون مداً لستين مسكيناً، والمد: رطل وثلاث بالبغداي، وهو مُدٌّ

رسول الله ﷺ. واعلم أن في قدر الفطرة والكفارة ونحوهما نوع إشكال، لأن الصيدلاني وغيره ذكروا أن المعتبر فيه الكيل دون الوزن، لاختلاف جنس المكيل في الخفة والثقل، فالبر أثقل من الشعير، وأنواع البر تختلف، فالواجب ما حواه المكيال بالغاً وزنه ما بلغ. وقال بعضهم: التقدير المذكور في وزن المد، اعتبر فيه البر أو التمر، ومقتضى هذا، أن يجزىء من الشعير ملء الصاع والمد، وإن نقص وزنه، لكن اشتهر عن أبي عبيد القاسم بن سلام، ثم عن ابن سريج، أن درهم الشريعة خمسون حبة وخمسا حبة، ويسمى ذلك: درهم الكيل، لأن الرطل الشرعي منه يركب، ويركب من الرطل المد والصاع. وذكر الفقيه أبو محمد عبد الحق بن أبي بكر بن عطية، أن الحبة التي يتركب منها الدرهم، هي حبة الشعير المتوسطة التي لم تقشر وقطع من طرفيها ما امتد. ومقتضى هذا، أن يحوي الصاع هذا القدر من الشعير، وحينئذٍ إن اعتبرنا الوزن لم يملأ البر بهذا الوزن الصاع، وإن اعتبرنا الكيل، كان المجزىء من البر أكثر من الشعير وزناً.

قلت: هذا الإشكال وجوابه، قد أوضحته في «باب زكاة المعشرات». والله أعلم.

المسألة الثانية: يجب الصرف إلى ستين مسكيناً، فلو صرف إلى واحد ستين مدّاً في ستين يوماً، لم يجزئه، ولو جمع ستين، ووضع بين أيديهم ستين مدّاً، وقال: ملّكتكم هذا وأطلق، أو قال: بالسوية فقبلوه، أجزأه على الصحيح. وقال الإصطخري: لا يجزئه، ولو قال: خذوا ونوى الكفارة، فأخذوا بالسوية، أجزأه، وإن تفاوتوا، لم يجزئه إلا واحد، لأننا نتيقن أن أحدهم أخذ مدّاً، فإن تيقنا أن عشرة أو عشرين أو غيرهم أخذ كل واحد منهم مدّاً فأكثر، أجزأه ذلك العدد، ولزمه الباقي، ولو صرف الستين إلى ثلاثين مسكيناً، أجزأه ثلاثون مدّاً، ويصرف إلى ثلاثين غيرهم ثلاثين مدّاً، ويسترد الأمداد الزائدة من الأولين إن شرط كونها كفارة، وإلا فلا يسترد.

ولو صرف ستين مدّاً إلى مئة وعشرين مسكيناً، أجزأه من ذلك ثلاثون مدّاً، ويصرف ثلاثين مدّاً إلى ستين منهم، والاسترداد من الباقيين على التفصيل المذكور. ويجوز صرف الكفارة إلى الفقراء، ولا يجوز صرفها إلى كافر، ولا إلى هاشمي ومطلبي، ولا إلى من يلزمه نفقته كزوجة وقريب، ولا إلى عبد، ولا إلى مكاتب. ولو صرف إلى عبد بإذن سيده، والسيد بصفة الاستحقاق، جاز، لأنه صرف إلى السيد. ولو صرف إليه بغير إذنه، بني على قبوله الوصية بغير إذنه، ويجوز أن يصرف للمجنون والصغير إلى وليهما. وقيل: إن كان الصغير رضيعاً، لم يصح الصرف له،

لأن طعامه اللبن، والصحيح الأول. وحكى ابن كج فيما لو دفعه إلى الصغير فبلغه الصغير وليه.

فرع: يجوز أن يصرف إلى مسكين واحد مدين عن كفارتين، ولو دفع مدّاً إلى مسكين، ثم اشتراه منه ودفعه إلى آخر، ولم يزل يفعل به هكذا حتى استوعب ستين مسكيناً، أجزأه، لكنه مكروه.

فرع: لو وطىء المظاهر منها في خلال الإطعام، لم يجب الاستئناف، كما لو وطىء في خلال الصوم بالليل.

فرع: أطعم بعض المساكين، ثم قدر على الصوم، لا يلزمه العود إليه.

فرع: ذكر الروياني في التجربة، أنه لو دفع الطعام إلى الإمام، فتلف في يده قبل تفرقه على المساكين، لا يجزئه على ظاهر المذهب، بخلاف الزكاة، لأن الإمام لا يدّ له على الكفارة.

المسألة الثالثة: جنس طعام الكفارة، كالفطرة، وقيل: لا يجزىء الأرز، وقيل: لا يجزىء إذا نَحِيت عنه القشرة العليا، لأن ادخاره فيها، والصحيح الإجزاء، ثم إن كان في القشرة العليا، أخرج قدراً يعلم اشتماله على مد من الحب، ولم يجر هذا الخلاف في الفطرة. وجرى ذكر قول في العدس والحمص، ويشبه أن يجيء في كل باب ما نقل في الآخر، وفي الأقط الخلاف المذكور هناك. فإن قلنا بالإجزاء، فيخص أهل البادية، أم يعم الحاضر والبادي؟ حكى ابن كج فيه وجهين: وفي اللحم واللبن خلاف مرتب على الأقط، وأولى بالمنع، ثم الاعتبار بغالب قوت البلد من الأقوات المجزئة، أم بغالب قوته، أم يتخير؟ فيه أوجه: الصحيح: الأول: فإن كان الغالب مما لا يجزىء كاللحم، اعتبر الغالب من قوت أقرب البلاد، ولا يجزىء الدقيق ولا السويق، ولا الخبز على الصحيح في الثلاثة، ولا تجزىء القيمة قطعاً.

المسألة الرابعة: يشترط تمليك المستحقين وتسليطهم التام، فلا تكفي التغذية والتعشية بالتمر ونحوه.

المسألة الخامسة: في بيان ما يجوز العدول إلى الإطعام، فمن عجز عن الصوم بهرم أو مرض، أو لحقه من الصوم مشقة شديدة، أو خاف زيادة في المرض، فله العدول إلى الإطعام، ثم قال الإمام والغزالي: لو كان المرض يدوم شهرين في غالب الظن المستفاد من العادة في مثله، أو من قول الأطباء، فله العدول إلى الإطعام، ولا ينتظر زواله ليصوم، بخلاف ما لو كان ماله غائباً، فإنه ينتظره للعتق، لأنه لا يقال فيه: لم يجد رقبة، ويقال للعاجز بالمرض الناجز لا يستطيع الصوم، ومقتضى كلام الأكثرين أنه لا يجوز العدول إلى الإطعام بهذا المرض، بل يعتبر أن يكون بحيث لا

يرجى زواله، وصرح المتولي بأن المرض المرجو الزوال، كالمال الغالب، فلا يعدل بسببه إلى الإطعام في غير كفارة الظهار، وفيها الخلاف السابق، فإن جوزنا الإطعام مع رجاء الزوال، فأطعم ثم زال، لم يلزمه العود إلى الصيام. وإن اعتبرنا كونه غير مرجو الزوال، فكان كذلك، ثم اتفق زواله نادراً، فيشبه أن يلتحق بما إذا أعتق عبداً لا يرجى زوال مرضه فزال.

قلت: صرح كثيرون باشتراط كون المرض لا يرجى زواله، والأصح ما قاله الإمام، وقد وافقه عليه آخرون. وقال صاحب «الحاوي»: إن كان عجزه بهرم ونحوه، فهو متأبد، فله الإطعام، والأولى تقديمه، وإن كان يرجى زواله كالعجز بالمرض، فهو بالخيار بين تعجيل الإطعام وبين انتظار البر للتكفير بالصيام، وسواء كان عجزه بحيث لا يقدر على الصيام أو يلحقه مشقة غالبية مع قدرته عليه، فله في الحالين الإطعام، وكذا الفطر في رمضان، قال: ولو قدر على صوم شهر فقط، أو على صوم شهرين بلا تتابع، فله العدول إلى الإطعام. قال إمام الحرمين في «باب زكاة الفطر»: لو عجز عن العتق والصوم ولم يملك من الطعام إلا ثلاثين مداً، أو مداً واحداً، لزمه إخراجه بلا خلاف، إذ لا بد له، وإن وجد بعض مد، ففيه احتمال، هذا كلامه، وينبغي أن يجزم بوجوب بعض المد لليلة المذكورة في المد. قال الدارمي في «كتاب الصيام»: إذا قدر على بعض الإطعام، وقلنا: يسقط عن العاجز، ففي سقوطها عن هذا وجهان: فإن قلنا: لا تسقط، أخرج الموجود، وفي ثبوت الباقي في ذمته وجهان: والله أعلم.

فرع: السفر الذي يجوز الفطر في رمضان، لا يجوز العدول إلى الإطعام على الصحيح، وعن القاضي حسين وغيره جوازه.

فرع: في جواز العدول إلى الإطعام بعذر الشبق وغلبة الشهوة وجهان: أصحهما عند الإمام والغزالي: المنع، ومال الأكثرون إلى التجويز، وبه قال أبو إسحاق، ولم يذكر القاضي حسين غيره، بخلاف صوم رمضان، فإنه لا يجوز تركه بهذا، لأنه لا بدل له.

قلت: ولأن في صوم رمضان يمكن الجماع ليلاً، بخلاف كفارة الظهار، ولو كان يغلبه الجوع ويعجز عن الصوم، قال القفال والقاضي حسين والبغوي: لا يجوز له ترك الشروع في الصوم، بل يشرع، فإذا عجز، أفطر، بخلاف الشبق، فإن له ترك الشروع على الأصح، لأن الخروج من الصوم يباح بفطر الجوع دون فطر الشبق. والله أعلم.

فصل: لو عجز عن جميع خصال الكفارة، استقرت في ذمته على الأظهر،

وفي قول: لا شيء عليه أصلاً، وقد سبق في «كتاب الصيام»، وقد بني الخلاف على أن الاعتبار بحال الوجوب، أم الأداء؟ إن اعتبرنا حال الوجوب، لم يستقر عليه شيء، وكان للمظاهر أن يطأ، ويستحب أن يأتي بما يقدر عليه من الخصال، وإن اعتبرنا الأداء، لزمه أن يأتي بالمقدور عليه، ولا يطأ المظاهر حتى يكفر، ومن وجد بعض رقبة فقط، فكعادمها، فيصوم، فإن عجز - والحالة هذه - عن الصيام والإطعام، فعن ابن القطان تخريج أوجه: أحدها: يخرج المقدور عليه، ولا شيء عليه غيره. والثاني: يخرج وباقى الكفارة في ذمته. والثالث: لا يخرج أيضاً.

فصل: لا يجوز تبعض كفارة، بأن يعتق نصف رقبة، ويصوم شهراً، أو يصوم شهراً، ويطعم ثلاثين، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب اللعان^(١) والقذف

فيه أبواب:

الباب الأول: في ألفاظ القذف وأحكامه العامة

وفيه طرفان:

الطرف الأول: في ألفاظه وهي، صريح، وكناية، وتعريض.

الأول: الصريح، وفيه مسائل:

إحداها: لفظ الزنا صريح كقوله: زנית، أو يا زانٍ، أو يقول للمرأة: زנית، أو يا زانية.

والثاني وإيلاج الحشفة أو الذكر صريحان مع الوصف بالحرام، لأن مطلقتهما يقع على الحلال والحرام. والخلاف المذكور في «باب الإيلاء» في الجماع وسائر الألفاظ، هل هي صريحة يعود هنا؟ فما كان صريحاً وانضم إليه الوصف بالتحريم، كان قذفاً. ولو قال: علوت على رجل حتى دخل ذكره في فرجك، فهو قذف.

الثانية: إذا رمى بالإصابة في الدبر، كقوله: لطت أو لاط بك فلان، فهو قذف، سواء خوطب به رجل أو امرأة. ولو قال: يا لوطي، فهو كناية.

قلت: قد غلب استعماله في العرف، لإرادة الوطء في الدبر، بل لا يفهم منه إلا هذا، فينبغي أن يقطع بأنه صريح، وإلا فيخرج على الخلاف، فيما إذا شاع لفظ في العرف، كقوله: الحلال علي حرام وشبهه، هل هو صريح، أم كناية؟

وأما احتمال كونه أراد على دين قوم لوط عليه السلام، فلا يفهمه العوام أصلاً، ولا يسبق إلى فهم غيرهم، فالصواب الجزم بأنه صريح، وبه جزم صاحب «التنبيه»، ولو كان المعروف في المذهب أنه كناية. والله أعلم.

(١) اللعان لغة: مأخوذ من اللعن وهو الطرد والإبعاد.

وشرعاً: شهادات مؤكدة بالأيمان، مقرونة باللعن من جهة الزوج وبالغضب من جهة الزوجة، قائم مقام حد القذف في حق الزوج، ومقام حد الزنى في حق الزوجة. وسُمي اللعان بذلك لقول الرجل في الخامسة: أن لعنة الله عليه إن كان من الكاذبين، ولأن أحدهما كاذب لا محالة، فيكون ملعوناً.

الثالثة: قال: أتيت بهيمة، وقلنا: يوجب الحد، فهو قذف.

أما الكناية، فكقوله للقرشي: يا نبطي، وللرجل: يا فاجر، يا فاسق، يا خبيث، وللمرأة: يا خبيثة، يا شبة، وأنت تحبين الخلوة، وفلانة لا ترد يد لامس وشبهها، فإن أراد النسبة إلى الزنا، فقذف، وإلا فلا، وإذا أنكر الإرادة، صدق بيمينه، وإذا عرضت عليه اليمين، فليس له الحلف كاذباً دفْعاً للحد، أو تحرزاً عن تمام الإيذاء. ولو خلى ولم يحلف، فالمحكي عن الأصحاب، أنه يلزمه الإظهار ليستوفى منه الحد، وتبرأ ذمته، كمن قتل رجلاً في خفية، يجب عليه إظهاره ليقْتَص منه، أو يعفى عنه. وعلى هذا يجب عليه الحد فيما بينه وبين الله تعالى، وفيه احتمال للإمام، ومال إليه الغزالي أنه لا يجب الإظهار، لأنه إيذاء، فيبعد إيجابه، وعلى هذا لا يحكم بوجوب الحد ما لم يوجد الإيذاء التام، والأول أصح.

ولو قال لزوجته: لم أجذك عذراء، أو وجدت معك رجلاً، فليس بصريح على المشهور. وحكي عن القديم أنه صريح، ولو قاله لأجنبية، فليس بصريح قطعاً، لأنه قد يريد زوجها. ولو قال: زنت مع فلان، فصريح في حقها دونه.

وأما التعريض، فكقوله: يا ابن الحلال، وأما أنا فلست بزان، وأمي ليست بزانية، وما أحسن اسمك في الجيران وشبهها، فهذا كله ليس بقذف وإن نواه، لأن النية إنما تؤثر إذا احتمل اللفظ المنوي، ولا دلالة له هنا في اللفظ، ولا احتمال، وما يفهم منه مستنده قرائن الأحوال، هذا هو الأصح. وقيل: هو كناية لحصول الفهم والإيذاء، وبه قال الشيخ أبو حامد، وجماعة، وسواء عندنا حالة الغضب وغيرها.

فرع: النسبة إلى سائر الكبائر، غير الزنى والإيذاء، وبسائر الوجوه لا يتعلق به حد، ويجب فيه التعزير. وكذا لو قرطبه أو دثته، أو قال لها: زنت بفلانة، أو زنت بك، أو أصابتك فلانة، ونسبها إلى إتيان المرأة المرأة.

فصل: قال لزوجته، أو أجنبية: زنت بك، فهو مقر على نفسه بالزنا، وقاذف لها، فعليه حد الزنا والقذف، ويقدم حد القذف، فإن رجع، سقط حد الزنا دون القذف. ولو قالت امرأة لزوجها، أو أجنبي: زنت بك، فكذلك عليها حد الزنا، وحد قذفه، هذا هو المعروف في المذهب. ورأى الإمام أن لا يجعل هذا صريحاً، لاحتمال كون المخاطب مكرهاً، وهذا أقوى ويؤيده أنه لو قال لها: زنت مع فلان، كان قذفاً لها دون فلان.

فرع: قال لزوجته: زنت، فقالت: زنت بك، أو بك زنت، فهو قاذف لها وهي ليست مصرحة بقذف، فإن أرادت حقيقة الزنا، وأنهما زنيا قبل النكاح، فهي مقررة بالزنا وقاذفة له، ويسقط حق القذف عنه لإقرارها، ولكن يعزر، كذا حكاه

الصيدلاني عن القفال، وإن أرادت أنها هي التي زنت وهو لم يزن، كأنها قالت: زنت به قبل النكاح وهو مجنون أو نائم، أو وطنني بشبهة وأنا عالمة، سقط عنه حد القذف، وثبت عليها حد الزنا لإقرارها، ولا تكون قاذفة له، فإن كذبها وقال: بل أردت قذفي، صدقت بيمينها، فإن نكلت فحلفت، فله حد القذف، فإن قالت: أردت أني لم أزن لأنه لم يجامعني غيره، ولا جامعني هو إلا في النكاح، فإن كان ذلك زنا، فهو زان أيضاً، أو قالت: أردت أني لم أزن، كما لم يزن هو، فليست قاذفة فتصدق بيمينها، فإذا حلفت، فلا حد عليها، وعليه حد القذف، وإن نكلت، حلف واستحق حد القذف، ولو قالت لزوجها: يا زاني، فقال: زنت بك، ففي جوابه مثل هذا التفصيل، ولو قال لأجنبية: يا زانية، أو أنت زانية، فقالت: زنت بك، فقد أطلق البغوي أن ذلك إقرار منها بالزنا، وقذف له. ومقتضى ما ذكرناه من إرادة نفي الزنا عنه وعنها، أن تكون الأجنبية كالزوجة.

فرع: قال: يا زانية، فقالت: أنت أزنى مني، لم تكن قاذفة له، إلا أن تريد القذف، فلو قالت: زني وأنت أزنى مني، أو قالت ابتداءً: أنا زانية، وأنت أزنى مني، فهي قاذفة له ومقرة بالزنا، ويسقط حد القذف عن الرجل. ولو قالت ابتداءً: أنت أزنى مني، ففي كونها قاذفة وجهان حكاهما ابن كج.

فرع: قال له: أنت أزنى مني، أو أزنى من الناس، أو يا أزنى الناس، فليس بقذف إلا أن يريده.

قلت: هكذا نص عليه الشافعي والأصحاب، وخالفهم صاحب «الحاوي» فقال بعد حكايته نص الشافعي والأصحاب: الصحيح عندي أنه قذف صريح، ثم استدل له. وأما الجمهور فقالوا: هذا ظاهره نسبة الناس كلهم إلى الزنا، وأنه أكثر زنا منهم، وهذا متيقن بطلانه، قالوا: ولو فسر وقال: أردت أن الناس كلهم زناة، وهو أزنى منهم، فليس بقذف لتحقق كذبه. ولو قال: أردت أنه أزنى من زناتهم، فهو قذف له. والله أعلم.

ولو قال: أنت أزنى من فلان، فالصحيح أنه ليس بقذف إلا أن يريده. وعن الداركي أنه قذف لهما جميعاً. ولو قال: زنا فلان وأنت أزنى منه، فهو صريح في قذفهما. وعن ابن سلمة وابن القطان، أنه ليس بقذف للمخاطب، والصحيح الأول. وكذا لو قال: في الناس زناة وأنت أزنى منهم، أو أنت أزنى زناة الناس. ولو قال: الناس كلهم زناة وأنت أزنى منهم، قال الأئمة: لا يكون قاذفاً له لعلمنا بكذبه. قالوا: وكذا لو قال: أنت أزنى من أهل بغداد إلا أن يريد، أنت أزنى من زناة أهل بغداد. ولو قال: أنت أزنى من فلان، ولم يصرح في لفظه بزنا فلان، لكنه كان ثبت

زناه بالبينة أو الإقرار، فإن كان القائل جاهلاً به، فليس بقاذف، ويصدق بيمينه في كونه جاهلاً، ويجيء فيه وجه الداركي. وإن كان عالماً به، فهو قاذف لهما جميعاً، فيحد للمخاطب، ويعزّر لفلان، ويجيء في قذف المخاطب وجه ابن سلمة وابن القطان.

فرع: قال لزوجته: يا زانية، فقالت: بل أنت زان، فكل واحد قاذف لصاحبه، ويسقط حد القذف عنه باللعان، ولا يسقط عنها إلا بإقراره أو بيئته. وإذا تقاذف شخصان، حد كل واحد منهما لصاحبه، ولا يتقاصان، لأن التقاص إنما يكون إذا اتحدت الصفات، وألم الضربات يختلف.

فرع: قال لرجل: زني بكسر التاء، أو للمرأة: زني بفتحها، فهو قذف. ولو قال له: يا زانية، أو لها: يا زان، أو يا زاني، فهو قذف على المشهور، وحكي قول قديم.

فرع: قال: زنأت في الجبل بالهمز، فليس بقذف إلا أن يريده، لأن معناه الصعود، ويصدق بيمينه في أنه لم يرد القذف، فإن نكل، حلف المدعي، واستحق حد القذف. ولو قال: زنأت في البيت، فالصحيح أنه قذف، لأنه لا يستعمل بمعنى الصعود في البيت ونحوه.

قلت: هذه عبارة البغوي. وقال غيره: إن لم يكن للبيت درج يصعد إليه فيها، فقذف قطعاً، وإن كان، فوجهان: والله أعلم.

ولو قال: زنأت، أو يا زاني بالهمز، واقتصر عليه، ففيه أوجه: أصحها: ليس بقذف إلا أن يريده، وبه قال القفال والقاضي أبو الطيب. والثاني: أنه قذف. وعن الداركي أن أبا أحمد الجرجاني نسبته إلى نصه في «الجامع الكبير». والثالث: إن أحسن العربية، فليس بقذف بلانية، وإلا فقذف. ولو قال: زني في الجبل وصرح بالياء، فالأصح أنه قذف. وقيل: لا، وقيل: قذف من عارف اللغة دون غيره.

قلت: ولو قال لها: يا زانية في الجبل بالياء، فقد نص الشافعي رحمه الله في «كتاب اللعان» من «الأم»، أنه كناية، وبهذا جزم ابن القاص في «التلخيص» ونقل الفوراني أن الشافعي رحمته الله نص أنه قذف، وتابعه عليه الغزالي في «الوسيط» وصاحب «العدة»، ولم أر هذا النقل لغير الفوراني ومتابعيه، ولم ينقله إمام الحرمين، فليعتمد ما رأيته في «الأم»، فإن ثبت هذا، كان قولاً آخر، ونقل صاحب «الحاوي»، أن قوله: زنأت في الجبل، صريح من جاهل العربية، والصحيح أنه كناية منه ومن غيره كما سبق. والله أعلم.

فصل: من صرائح القذف أن يقول: زنا فرجك، أو ذكرك، أو قبلك، أو

دبرك. ولو قال لها: زנית في قبلك، فقذف. وإن قاله لرجل، فكناية، لأن زناه بقبله لا فيه، ذكره البغوي. ولو قال: زنى يدك، أو رجلك، أو عينك، أو يدك، أو عينك، فكناية على المذهب، وبه قطع الجمهور. وقيل: وجهان: ثانيهما: أنه صريح. وقيل: إن قال: يدك أو عينك، فكناية قطعاً لمطابقة لفظ الحديث، وإلا فوجهان: ولو قال: زنا بدنك، فصريح على الأصح، كقوله: زנית.

قلت: قال في «البيان»: لو قال للخنثى: زنا ذكرك وفرجك، فصريح، وإن ذكر أحدهما، فالذي يقتضي المذهب أنه كإضافته إلى اليد. ولو قال لامرأة: وطئك رجلان في حالة واحدة، قال صاحب «الحاوي»: يعزر، ولا حد لاستحالتها وخروجه من القذف إلى الكذب الصريح، فيعزّر للأذى ولا يلاعن. والله أعلم.

فصل: قال لابنه اللاحق به ظاهراً: لست ابني، أو لست مني، فالنص أنه ليس قاذفاً لأمه، إلا أن يريد القذف. ولو قال لأجنبي: لست ابن فلان، فالنص أنه قاذف لأمه، وفيه طرق، المذهب تقرير النصين، لأن الأب يحتاج إلى تأديبه، وهذا ضرب منه، بخلاف الأجنبي. والثاني: فيهما قولان: أحدهما: صريح فيهما. والثاني وأقيسهما: كناية. والثالث قاله أبو إسحاق: ليس بصريح فيهما قطعاً، وتأويل النص على ما إذا نواه. والرابع قاله ابن الوكيل: صريح فيهما قطعاً، وتأويل ما ذكره في حق الولد، فعلى المذهب، إذ قال: لست ابني، نستفسره، فإن قال: أردت أنه من زنا، فقاذف، وإن قال: لا يشبهني خلقاً وخلقاً، صدق بيمينه إن طلبتها، فإن نكل، حلفت واستحقت حد القذف، وله أن يلاعن لإسقاطه على الصحيح. وقيل: لا يلاعن لإنكاره القذف.

وإن قال: أردت أنه من وطء شبهة، فلا قذف، فإن ادعت إرادته القذف، حلف على ما سبق، والولد لاحق به إن لم يعين الوطء بالشبهة، أو عينه ولم تصدقه ولم يقبل الولد، وإن صدق وادعى الولد، عرض على القائف، فإن ألحقه به لحقه، وإلا لحق بالزوج.

وإن قال: أردت أنه من زوج كان قبلي، فليس بقاذف، سواء عرف لها زوج أم لا، كذا قاله السرخسي.

وأما الولد، فإن لم يعرف لها زوج قبله، لم يقبل قوله، بل يلحقه، وإن عرف، فسنذكر إن شاء الله تعالى في «كتاب العدة»، أن الولد بمن يلحق؟ فإذا لحقه، فإنما ينفي عنه باللعان، وإذا لم يعرف وقت نكاح الأول والثاني، لم يلحق به، لأن الولادة على فراشه، والإمكان لم يتحقق، إلا أن يقيم بينة أنها ولدته في نكاحه لزمان

الإمكان، وتقبل فيه شهادة النساء المتمحضات، فإن لم تكن بينة، فلها تحليفه، فإن نكل، فعلى ما سنذكره في الصورة الأخرى إن شاء الله تعالى.

وإن قال: أردت أنها لم تلده، بل هو لقيط أو مستعار، فلا قذف، والقول قوله في نفي الولادة، وعليها البينة، فإن لم يكن بينة، فهل يعرض معها على القائف؟ وجهان مذكوران في موضعهما، فإن قلنا: نعم، فألحقه القائف بها، لحق بالزوج واحتاج في النفي إلى اللعان. وإن قلنا: لا يعرض، أو لم يلحقه بها، أو لم يكن قائف، أو أشكل عليه، حلف الزوج أنه لا يعلم أنها ولدته. فإن حلف، انتفى، وفي لحوقه بها الوجهان المذكوران في كتاب اللقيط، وفي أن ذات الزوج، هل يلحقها الولد بالاستلحاق؟

وإن نكل الزوج، فالنص أنه ترد اليمين عليها، ونص فيما إذا أتت بولد لأكثر من أربع سنين، وادعت أن الزوج كان راجعها أو وطئها بالشبهة، وأن الولد منه وأنكر ونكل عن اليمين، أنه لا ترد اليمين على المرأة، فمن الأصحاب من جعلهما على قولين، ومنهم من قرر النصين، وفرق بأن الفراش قائم في الصورة الأولى، فيقوى به جانبها، والمذهب هنا، ثبوت الرد، فإذا قلنا به فحلقت، لحقه الولد، وإن نكلت، فهل توقف اليمين حتى يبلغ الصبي ويحلف؟ وجهان: فإن قلنا: توقف فحلقت بعد بلوغه، لحق به، وإن نكل أو قلنا: لا توقف، انتفى عنه، وفي لحوقه بها الخلاف السابق.

فرع: قال لمنفي باللعان: لست ابن فلان، يعني الملاحن، فليس بصريح في قذف أمه، لأنه محتمل، فيسأل، فإن قال: أردت تصديق الملاحن في أن أمه زانية، فهو قاذف، وإن أراد أن الملاحن نفاه، أو أنه منفي شرعاً، أو لا يشبهه خلقاً وخُلُقاً، صدق بيمينته، فإذا حلف، قال القفال: يعزر للإيذاء، وإن نكل، حلقت الأم أنه أراد قذفها، واستحقت الحد عليه.

قلت: قد قاله أيضاً جماعة غير القفال. والله أعلم.

ولو استلحقه النافي، ثم قال له رجل: لست ابن فلان، فهو كما لو قاله لغير المنفي، والمذهب أنه قذف صريح كما سبق. وقد يقال: إذا كان أحد التفاسير المقبولة أن الملاحن نفاه، فالاستلحاق بعد النفي لا ينافي كونه نفاه، فلا يبعد أن لا يجعل صريحاً، ويقبل التفسير به.

قلت: هذا الذي أورده الرافعي، حسن من وجه، ضعيف من وجه، فحسنه في قبول التفسير، وضعفه في قوله: ليس بصريح، والراجح فيه ما قاله صاحب «الحاوي» فقال: هو قذف عند الإطلاق، فنحده من غير أن نسأله ما أراد. فإن ادعى احتمالاً

ممكناً، كقوله: لم يكن ابنه حين نفاه، قبل قوله بيمينه، ولا حد. قال: والفرق بين هذا وبين ما قبل الاستلحاق، فإننا لا نحده هناك حتى نسأله، لأن لفظه كناية، فلا يتعلق به حد إلا بالنية، وهنا ظاهر لفظه القذف، فحد بالظاهر إلا أن يذكر محتملاً. والله أعلم.

فرع: قال لقوشي: لست من قریش، أو يا نبطي، أو قال لتركی: يا هندي، أو بالعكس، وقال: أردت أنه لا يشبه من ينتسب إليه في الأخلاق، أو أنه تركي الدار واللسان، صدق بيمينه، فإن ادعت أم المقول له أنه أراد قذفها، ونكل القاذف، وحلفت هي، وجب لها الحد أو التعزير، وإن أراد القذف، فمطلقه محمول على أم المقول له. فإن قال: أردت أن واحدة من جداته زنت، نظر، إن عيّنها، فعليه الحد أو التعزير، وإن قال: أردت جدة لا بعينها في الجاهلية أو الإسلام، فلا حد عليه، كما لو قال: أحد أبويك زان، أو في السكة زان ولم يعين، ولكن يعزر للأذى، فإن كذبت أم المقول له، فلها تحليفه، هكذا أطلقه الغزالي والبغوي والأئمة، وفي «التجربة» للرويانى، أنه لو قال لعلوي: لست ابن علي بن أبي طالب (عليه السلام)، وقال: أردت لست من صلبه، بل بينك وبينه آباء، لم يصدق، بل القول قول من يتعلق به القذف، أنك أردت قذفي، فإن نكل، حلف القائل ويعزر.

ومقتضى هذا، أن لا يصدق القائل: أردت جدة من جدات المقول له، مهما نازعته أمه، بل تصدق هي، لأن المطلق محمول عليها، والسابق إلى الفهم قذفها، فإن نكلت، حلف القائل وبرى.

قلت: وإذا قال: لم أرد شيئاً، فلا حد، فإن اتهمه الخصم، حلفه كما سبق. والله أعلم.

الطرف الثاني: في أحكام القذف.

فإن كان المقذوف محصناً، فعلى القاذف الحد، وإلا فالتعزير. وشروط الإحصان: العقل، والبلوغ، والحرية، والإسلام، والعفة عن الزنا. فلو قذف مجنوناً أو صبيّاً أو عبداً أو كافراً، لم يحدّ لكن يعزر للإيذاء.

وتبطل العفة بكل وطء يوجب الحد، ومنه ما إذا وطئ جارية زوجته، أو جارية أحد أبويه، أو نكح محرماً له، أو وطئ المرتهن المرهونة عالماً بالتحريم، وكذا لو أولج في دبر، ثم نقل البغوي، أنه تبطل حصانة الفاعل دون المفعول به، لأن الإحصان لا يحصل بالتمكين في الدبر، فكذا لا تبطل به الحصانة، ورأى هو أن تبطل حصانتهما جميعاً، لوجوب الحد عليهما.

قلت: إبطال حصانتهم، هو الراجح، وأي عَقَّة وحرمة لمن مَكَّن من دبره مختاراً عالمًا بالتحريم. والله أعلم.

وأما الوطء الذي لا حد فيه، فللأصحاب في ترتيب صورته وضبطه طرق أشهرها: أنه ينظر، أجرى ذلك في ملك نكاح، أو يمين، أم في غير ملك؟ القسم الأول: المملوك، وهو ضربان:

أحدهما: محرَّم حرمة مؤبدة، كمن وطئ مملوكته التي هي أخته، أو عمته برضاع أو نسب عالمًا بالتحريم. فإن قلنا: يوجب الحد، بطلت حصانته، وإلا فتبطل أيضاً على الأصح، لدلالته على عدم عفته، بل هذا أفحش من الزنا بأجنبية، ولو وطئ زوجته في دبرها، بطلت حصانته على الأصح.

الضرب الثاني: ما يحرم غير مؤبد، وهو نوعان:

أحدهما: ما له حظ من الدوام، كوطء زوجته المعتدة عن شبهة غيره وأمته المعتدة أو المزوجة، أو المرتدة، أو المجوسية، وأمته في مدة الاستبراء، فلا تبطل حصانتها على الأصح، لقيام الملك وعدم تأبد الحرمة، وعدم دلالة الظاهرة على قلة المبالاة بالزنا.

النوع الثاني: ما حرم لعارض سريع الزوال، كوطء زوجته وأمته في الحيض، أو النفاس، أو الإحرام، أو الاعتكاف، أو المظاهر منها قبل التكفير، فلا تبطل الحصانة على المذهب. وقيل: على الوجهين.

القسم الثاني: الوطء الجاري في غير ملك، كوطء الشبهة، وجارية الابن. وفي النكاح الفاسد، كالنكاح بلا ولي ولا شهود. وفي الإحرام ونكاح المتعة والشغار ووطء المكاتب والرجعية في العدة، ففي بطلان حصانته وجهان: قال الشيخ أبو حامد: أصحهما: لا تبطل، واختار أبو إسحاق البطلان. قال الروياني: هو أقرب.

وأما وطفء المشتركة، فقال الداركي: هو على الوجهين، وأشار صاحب «الشامل» وجماعة إلى القطع بأنه كوطء الزوجة في الحيض، هذا أحد الطرق.

والطريق الثاني: أن في سقوط الحصانة بوطء المملوكة المحرمة برضاع أو نسب وجهين: وفي المشتركة وجارية الابن وجهان: وأولى ببقاء الحصانة. وفي المنكوحة بلا ولي وجهان: وأولى بالبقاء للاختلاف في إباحته، وفي الوطء بالشبهة وجهان: وأولى بالبقاء، لأنه ليس بحرام، ووجه إسقاطها، إشعاره بترك التحفظ. وفي الوطء الجاري في الجنون والصبي على صورة الزنا وجهان: وأولى بالبقاء لعدم التكليف، وهو الأصح.

والطريق الثالث: لا تبطل الحصانة بالوطء في ملك أو مع عذر كالشبهة، وتبطل بما خلا عن المعنيين، كوطء جارية الابن وأحد الشريكين.

والطريق الرابع: تبطل الحصانة بكل وطء حرام، كالحائض، دون ما لا يحرم، كالوطء بشبهة، فإنه لا يوصف بالحرمة.

والطريق الخامس: كل وطء تعلق به حد مع العلم بحاله يسقط الحصانة، وما لا حد فيه مع العلم لا يسقطها، كوطء جارية الابن والمشاركة.

قلت: قد جمع إمام الحرمين هذا الخلاف المنتشر مختصراً فقال: ينتظم منه ستة أوجه:

أحدها: لا تسقط الحصانة إلا ما يوجب الحد.

والثاني: يسقطها هذا، ووطء ذوات المحارم بالملك، وهذا هو الأصح عند الرافعي في «المحرر»، وهو المختار.

والثالث: يسقطها هذا، ووطء الأب والشريك.

والرابع: هذا، والوطء في نكاح فاسد.

والخامس: هذا، ووطء الشبهة من مكلف.

والسادس: هذا، ووطء الصبي والمجنون، ويجيء فيه سابع، وهو هذا، والوطء المحرم في الحيض وغيره، ولا فرق في النكاح الفاسد بين العالم بتحريمه والجاهل، قاله البغوي، وينبغي أن يكون الجاهل كالواطئ بشبهة. والله أعلم.

فرع: قال البغوي: الكافر إذا كان قريباً عهد بالإسلام، فغصب امرأة ووطئها ظاناً حلها، لا تبطل حصانته، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف في وطء الشبهة.

قلت: لا بد من مجيء الخلاف. والله أعلم.

فرع: مقدمات الزنا كالقبلة واللمس وغيرهما لا تؤثر في الحصانة بحال، وللشيخ أبي محمد فيها احتمال.

قلت: ومما يتعلق بهذا، لو اشترى جارية فوطئها فخرجت مستحقة، ففي بطلان حصانته وجهان في «الإبانة» و«التهذيب»، وهو من أقسام الشبهة، فيكون الراجح بقاء الحصانة. ولو نكح مجوسي أمة ووطئها ثم أسلم، قال البغوي: لا تبطل حصانته، وقال الفوراني: تبطل، والأول أفقه، لأنه لا يعتد بتحريمه. ولو أكره على الوطء، ففي بطلان حصانته وجهان حكاهما الفوراني، والمختار أنها لا تبطل، لأنه لا يعد تاركاً للاحتياط. والله أعلم.

فرع: قذف عفيفاً في الظاهر، فزنا المقدوف قبل أن يحد القاذف، سقط الحد عن القاذف على المشهور، وفيه قول قديم، وهو مذهب المزني، ولو ارتد المقدوف

قبل الحد، لم يسقط على الصحيح، فعلى المشهور، لو قذف زوجته ثم زنت، سقط الحد عنه واللعان، فإن كان هناك ولد وأراد نفيه، فله اللعان، ولو سرق المَقْدُوف أو قتل قبل استيفائه الحد، لم يسقط على المذهب، وعن ابن القطان حكاية وجهين فيه.

فرع: من زنا مرة وهو عبد أو كافر، أو عدل عفيف، أو غيرهم من المكلفين، ثم أعتق العبد، وأسلم الكافر، وتاب الآخر، وحسنت أحوالهم، لم تعد حصانتهم، ولم يحد قاذفهم، سواء قذفهم بذلك الزنا أو بزنا بعده، وفيما بعده. احتمال. ولو جرت صورة الزنا من صبي أو مجنون، لم تسقط حصانته، فمن قذفه بعد الكمال، حُدَّ، لأن فعلهما ليس زنا لعدم التكليف.

فرع: قذف زوجته أو غيرها وعجز عن إقامة البينة على زنا المَقْدُوف، فهل له تحليله أنه لم يزن؟ فيه قولان، ويقال: وجهان: الموافق لجواب الأكثرين: له تحليله، قالوا: ولا تسمع الدعوى بالزنا والتحليف على نفيه إلا في هذه المسألة.

قلت: العجز عن البينة ليس بشرط، بل متى طلب يمينه، جاء الخلاف، قال البغوي: ولو قذف ميتاً، وطلب وارثه الحد، وطلب القاذف يمينه: أنه لا يعلم مورثه زنى، نص الشافعي رحمه الله أنه يحلفه، قال: وفيه الخلاف المذكور. والله أعلم.

فرع: هل على الحاكم البحث عن إحصان المَقْدُوف ليقيم الحد على القاذف، كما عليه البحث عن عدالة الشهود ليحكم بشهادتهم؟ وجهان: قال أبو إسحاق: نعم، وأصحهما: عند الأصحاب: لا، لأن القاذف عاص فغلظ عليه بإقامة الحد بظاهر الإحصان، والمشهود عليه لم يوجد منه ما يقتضي التغليظ.

فصل: حد القذف وتعزيره حق آدمي، يورث عنه، ويسقط بعفوه. ولو قال لغيره: اقدفني، فقذفه، فوجهان: قال الأكثرون: لا يجب، كما لو قال: اقطع يدي فقطعه، لا شيء عليه. والثاني: يجب، لأن القطع مباح في الجملة، فقد يكون مستحق القطع. وأما القذف، فلا يباح وإن كان المَقْدُوف زانياً. وفيمن يرث حد القذف؟ أوجه: أصحابها: جميع الورثة، كالمال والقصاص. والثاني: جميعهم غير الزوجين. والثالث: رجال العصبات فقط، لأنه لدفع العار كولاية التزويج. والرابع: رجال العصابة سوى البنين كالتزويج. فإن قلنا: يرث الزوجان، فأنشأ قذف ميت، ففي إرثهما وجهان: لانقطاع الوصلة حالة القذف، وإذا ورثنا الابن، قدم على سائر العصبات، ولو لم يكن للمَقْدُوف وارث خاص، فهل يقيم السلطان الحد؟ قولان كما في القصاص، وكما لو قذف ميتاً لا وارث له، أظهرهما: يقيمه.

فرع: لو عفا بعض مستحقي حد القذف الموروث عن حقه وهو من أهل العفو، فثلاثة أوجه: أصحابها: يجوز لمن بقي استيفاء جميع الحد، لأن الحد ثبت

لهم ولكل واحد منهم، كولاية التزويج وحق الشفاعة. والثاني: يسقط جميع الحد كالقصاص، وهو ضعيف، إذ لا بدل هنا، بخلاف القصاص، والثالث: يسقط نصيب العافي ويستوفي الباقي، لأنه متوزع، بخلاف القصاص فعلى هذا، يسقط السوط الذي يقع فيه شركة.

فرع: قذف رجل مورثه، ومات المقذوف، سقط عنه الحد إن كان حائز الإرث، لأن القذف لا يمنع الإرث، بخلاف القتل. ولو قذف أباه، فمات الأب وترك القاذف وابناً آخر. فإن قلنا: إذا عفا بعض المستحقين كان للآخر استيفاء الجميع، فلا بلن الآخر استيفاء الحد بتمامه، وإن قلنا: يسقط الجميع، فكذا هنا، وإن قلنا: يسقط نصيب العافي، فلا بلن الآخر استيفاء نصف الحد.

فرع: لو جُنَّ المقذوف بعد ثبوت حقه، لم يكن لوليه استيفاء الحد، بل يصبر حتى يفيق، فيستوفي، أو يموت فيورث. وكذا لو قذف المجنون أو الصغير، ووجب التعزير، لم يكن لوليها التعزير، بل يجب الصبر.

فرع: إذا قذف العبد ووجب التعزير، فالطلب والعفو له لا للسيد، لأن عرضه له لا للسيد، حتى لو قذف السيد عبده، كان له رفعه إلى الحاكم ليعزره، هذا هو الصحيح. وقيل: ليس له طلب التعزير من سيده، بل يقال له: لا تعد، فإن عاد، عزز كما يعزر لو كلفه مرة بعد مرة من الخدمة ما لا يحتمله حاله.

فلو مات العبد وقد استحق تعزيراً على غير سيده، فأوجه: أصحها: يستوفيه سيده، لأنها عقوبة وجبت بالقذف، فلم تسقط بالموت كالحـد. قال الأصحاب: وليس ذلك على سبيل الإرث، ولكنه أخص الناس به، فما ثبت له في حياته، يكون لسـيده بعد موته بحق الملك كمال المكاتب. والثاني: يستوفيه أقاربه، لأن العار إنما يعود عليهم. والثالث: يستوفيه السلطان كحر لا وارث له. والرابع: يسقط التعزير، وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في قذف الزوجة خاصة

الزوج كالأجنبي في صريح القذف وكنايته، وفي أنه يلزمه بقذفها الحد إن كانت محصنة، والتعزير إن كانت غير محصنة، إلا أن الزوج يختص بأنه قد يباح له القذف، وقد يجب عليه، وبأن الأجنبي لا يتخلص من العقوبة إلا ببينة على زنا المقذوف، أو بإقرار المقذوف. وللزوج طريق ثالث إلى الخلاص، وهو اللعان. وكما تندفع عنه عقوبة القذف باللعان، يجب عليها به حد الزنا، ولها دفعه بلعانها.

فصل: متى تيقن الزوج أنها زنت، بأن رآها تزني، جاز له قذفها، وكذا إن

ظن زناها ظناً مؤكداً، بأن أقرت به ووقع في قلبه صدقها، أو سمعه ممن يثق به. قال ابن كج والإمام: سواء كان القائل من أهل الشهادة، أم لا، واستفاض بين الناس أن فلاناً يزني بها ولم يخبره أحد عن عيان، لكن انضمت إلى الاستفاضة قرينة الفاحشة، بأن رآه معها في خلوة، أو رآه يخرج من عندها، فيجوز له القذف، وإنما يجوز في صورة الاستفاضة. إذا انضمت إليها القرينة. وعن الداركي: أنه يجوز بمجرد الاستفاضة. وعن ابن أبي هريرة: يجوز بمجرد القرينة، والصحيح الأول، لكن قال الإمام: الذي أراه، أنه لو رآها معه مرات كثيرة في محل الريبة، كان ذلك كالاستفاضة مع الرؤية مرة، وكذا لو رآها معه تحت شعار على هيئة منكورة، وتابعه على هذا الغزالي وغيره. ثم ما لم يكن هناك ولد، لا يجب على الزوج القذف، بل يجوز أن يستر عليها ويفارقها بغير اللعان إن شاء، ولو أمسكها لم يحرم.

قلت: قال أصحابنا: إذا لم يكن ولد، فالأولى أن لا يلاعن، بل يطلقها إن كرهها. والله أعلم.

وإن كان هناك ولد يتيقن أنه ليس منه، وجب عليه نفيه باللعان، هكذا قطع به الأصحاب، وفيه وجه حكاه الروياني عن جماعة أنه لا يجب النفي، والصحيح الأول. قال البغوي وغيره: فإن تيقن مع ذلك أنها زنت، قذفها ولاعن، وإلا فلا يقذفها، لجواز أن يكون الولد من زوج قبله، أو من وطء شبهة. قال الأئمة: وإنما يحصل اليقين إذا لم يطأها أصلاً، أو وطئها وأتت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء، أو لأقل من ستة أشهر. ولو وطئها وأتت بولد لأكثر من ستة أشهر، ولدون أربع سنين، فإن لم يستبرئها بحيضة، أو استبرأها فأتت بولد لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء، لم يحل له النفي، ولا اعتبار بريبة يجدها في نفسه، أو شبهة تخيل له فساداً، وإن استبرأها وأتت به لأكثر من ستة أشهر من الاستبراء، فثلاثة أوجه: أحدها: يجوز النفي، لأن الاستبراء أمانة ظاهرة على أنه ليس منه، والمستحب أن لا ينفيه، لأن الحامل قد ترى الدم. والثاني: إن رأى بعد الاستبراء القرينة المبيحة للقذف، جاز النفي، بل لزمه، وإن لم ير شيئاً، لم يجز. والثالث: يجوز النفي، سواء وجدت قرينة وأمانة، أم لا، ولا يجب بحال للاحتمال. وأصح هذه الأوجه الثاني، صححه الغزالي، وبه قطع العراقيون، وبالأول قطع البغوي.

قلت: جعل الرافعي الأوجه فيما إذا أتت بالولد لأكثر من ستة أشهر من وقت الاستبراء، وكذا فعل القاضي حسين، والإمام، والبغوي، والمتولي. والصحيح ما قاله المحاملي وصاحب «المهذب» و«العدة» وآخرون أن الاعتبار في ستة أشهر من حين زنى الزاني بها، لأن مستند اللعان زناه، فإذا ولدت لدون ستة أشهر من زنا،

ولأكثر من سنة من الاستبراء، تيقنا أنه ليس من ذلك الزنا، فيصير وجوده كعدمه، ولا يجوز النفي، وهذا أوضح. والله أعلم.

ولو كان الزوج يظاً ويعزل، فالصحيح الذي قطع به صاحباً «المهذب» و«التهذيب» وغيرهما أنه لا يجوز النفي بذلك، فقد سبق الماء، وجعله الغزالي مجوزاً للنفي. ولو جامع في الدبر أو فيما دون الفرج، فله النفي على الأصح.

فرع: لو أتت بولد لا يشبهه، نظر، إن خالفه في نقص وكمال خلقة، أو حسن وقبح ونحوها، حرم النفي، وإن ولدت أسود وهما أبيضان أو عكسه، فإن لم ينضم إليه قرينة الزنا، حرم النفي، وإن انضمت أو كان يتهمها برجل، فأدت بولد على لون ذلك الرجل، جاز النفي على الأصح عند البندنجي والرويانى وغيرهما. وصحح الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب المنع.

قلت: المنع أصح، وممن صححه غير المذكورين، صاحباً «الحاوي» و«العدة». والله أعلم.

قال الإمام: ولا يؤثر الاختلاف في الألوان المتقاربة، كالأدمة والسمرة والشقرة، والقرينة من البياض.

فرع: متى نفى الولد ولاعن، حكم بنفوذه في الظاهر، ولا يكلف بيان السبب الذي بنى النفي عليه، لكن يجب عليه فيما بينه وبين الله تعالى رعاية الأسباب المذكورة، وبناء النفي على ما يجوز البناء عليه، كما سبق.

فصل: لا يلحق الولد بالزوج إذا لم يتحقق إمكان الوطء، فإذا نكح وطلقها في المجلس، أو غاب عنها غيبة بعيدة لا يحتمل وصول أحدهما إلى الآخر، وأدت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الغيبة، أو جرى العقد والزوجان متباعداً، أحدهما بالمشرق، والآخر بالمغرب، وأدت بولد لستة أشهر من حين العقد، ففي كل هذه الصور ينتفي الولد بغير لعان.

فرع: إذا أدت بولد يمكن أن يكون منه، لكنه رآها تزني واحتمل كونه من الزنا، فليس له نفيه. وهل له القذف واللعان؟ حكى الإمام عن العراقيين والقاضي، أنه ليس له ذلك قال: والقياس جوازه لجواز القذف إذا تيقن الزنا ولا ولد، انتقاماً منها، فحصل وجهان: الصحيح: المنع، لأن اللعان حجة ضرورية، إنما يصار إليها لدفع النسب، أو قطع النكاح حيث لا ولد، خوفاً من أن يحدث ولد على الفراش الملطخ، وقد حصل الولد هنا، فلم يبق فائدة، ولأن في إثبات زناها تعيير الولد، وإطلاق الألسنة فيه، ولا يحتمل ذلك لغرض الانتقام مع إمكان الفراق بالطلاق.

قلت: هذا النقل عن العراقيين مطلقاً غير مقبول على الإطلاق، فقد قال

صاحب «المهذب»: إن غلب على ظنه أنه ليس منه، بأن علم أنه كان يعزل عنها، أو رأى فيه شبه الزاني، لزمه نفيه باللعان، يعني بعد قذفها، وإن لم يغلب على ظنه، لم ينفيه. وقال صاحب «الحاوي»: إذا وطئها ولم يستبرئها ورآها تزني، فهو بالخيار بين اللعان بعد القذف، أو بالإمساك. فأما نفي الولد، فإن غلب على ظنه أنه ليس منه، نفيه، وإن غلب على ظنه أنه منه، لم يجوز نفيه، وإن لم يظن أحد الأمرين، جاز أن يغلب حكم الشبه، وهذا هو القياس الجاري على قاعدة الباب. والله أعلم.

الباب الثالث: في ثمرة اللعان، وشروطه، وصفته، وأحكامه

فيه أطراف:

الطرف الأول: في ثمرات اللعان، وهي نفي النسب وقطع النكاح، وتحريمها مؤبداً، ودفع المحذور الذي يلحقه بالقذف، وإثبات حد الزنا عليها. قلت: ومن الثمرات: سقوط حد قذف الزاني بها عن الزوج إن سماه في لعانه، وكذا إن لم يسمه على خلاف فيه. ومنها: سقوط حصانتها في حق الزوج إن لم تلاعن هي كما سيأتي، إن شاء الله تعالى.

ومنها: تشطير الصداق قبل الدخول.

ومنها: استباحة نكاح أختها وأربع سواها في عدتها. والله أعلم.

ولا يشترط لجواز اللعان، تعلق جميع ثمراته به، بل منها ما يستقل بإفادة حق جوازه، ومنها خلافه، فنفي النسب، هو المقصود الأصلي، فيجوز اللعان له وحده. وإن كان لا ينقطع به نكاح، ولا يسقط به عقوبة، بأن كان أبانها، أو عفت عن العقوبة، أو أقام بينة بزناها.

وأما دفع عقوبة القذف، فيجوز اللعان لمجرد دفع الحد، وإن لم يكن نكاح ولا نسب، فإن كان الواجب التعزير، فالتعزير المشروع عند القذف نوعان: تعزير تكذيب، وهو المشروع في حق القاذف الكاذب ظاهراً، بأن قذف زوجته الزميمة أو الرقيقة، أو الصغيرة التي يوطأ مثلها، وتعزير تأديب، وهو أن يكون كذبه معلوماً، أو صدقه ظاهراً، فيعزر لا تكديماً له، بل تأديماً لثلاث يعود إلى السب والإيذاء، بأن قذف زوجته الصغيرة التي لا يوطأ مثلها، أو قذف الكبيرة بزنا ثبت بالبينة، أو بإقرارها، فلا يحل لسقوط حصانتها، ويعزر تأديماً للإيذاء بتجديد ذكر الفاحشة.

فأما النوع الأول: فيستوفى بطلبها، وله إسقاطه باللعان على الصحيح.

وأما النوع الثاني: فلا يلاعن لدفع تعزير التي لا يوطأ مثلها وإن كبرت

وطالبت، لأنه لا يعزّر للقذف. فإنه أتى بمحال لا يلحقها به عار، وإنما يعزر منعاً له من الإيذاء، والخوض في الباطل. وفيه وجه سيعود إن شاء الله تعالى. وإن قذف الكبيرة بزنا ثبت بينة أو إقرارها، قال الشافعي رحمته الله في رواية المزني: عزّر إن طلبت ذلك، ولم يلتعن، وفي رواية الربيع: يعزر إن طلبت ذلك إن لم يلتعن. وللأصحاب طرق، أشهرها: قولان: أظهرهما: لا يلاعن، والطريق الثاني وهو الأصح، وبه قال أبو إسحاق والقاضي أبو حامد: لا يلاعن قطعاً، ورد رواية الربيع. والثالث: يلاعن قطعاً، وتأول رواية المزني. والرابع: إن قذفها بزنا أضافه إلى ما قبل الزوجية وأثبتته بينة ثم قذفها به، لم يلاعن، وإن قذفها بزناً في الزوجية، وأثبتته بينة، ثم قذفها به، لا عن، وحمل النصين عليهما، ثم ظاهر نصه في الروايتين أنه لا يعزر إلا بطلبها. وحكى الإمام وجهاً: أنه يعزّره السلطان سياسة وإن لم تطلب، كما يعزر من يقول: الناس زناة، والصحيح الأول. قال الإمام: وليس هذا موضع الخلاف، إنما موضعه ما إذا أضاف الزنى إلى حالة لا تحتل الوطء، بأن قال: زנית وأنت بنت شهر، لأن المحال لا يتأدى منه.

قلت: وفي المسألة طريق خامس اختاره صاحب «الحاوي»، وحكاه الشاشي: إن كان ثمّ ولد، لا عن، وإلا فلا، وحمل النصين عليهما. والله أعلم.

فرع: قد سبق أن حد القذف يستوفى بطلب المقذوف، وفي التعزير هذا التفصيل السابق قبل الفرع، ثم ما كان من حد أو تعزير معلقاً بطلب شخص، سقط بعفوه إذا كان أهلاً للعفو. فلو قذف زوجته، فعفت عن الحد ولا ولد، فليس له اللعان على الصحيح، لعدم الضرورة، ويجري الخلاف فيما لو ثبت زناها بينة، أو صدقته ولا ولد، فلو سكت فلم تطلب الحد ولم تعف، فليس له اللعان على الأصح عند الجمهور لما ذكرنا. ولو قذف زوجته الصغيرة أو المجنونة، فقليل: له اللعان في الحال ليسقط التعزير، والأصح انتظار بلوغها وعقلها وطلبها التعزير. ولو قذفها عاقلة فجنت، أو في جنونها بزنا أضافه إلى حالة الإفاقة، فعليه الحد. وهل له اللعان في الحال، أم ينتظر الإفاقة؟ فيه الوجهان.

وفي كل هذه الصور لو كان هناك ولد، وأراد نفيه باللعان، كان له ذلك قطعاً.

قلت: وكل موضع لا عن لنفي النسب أو غيره وهي مجنونة، فقد حقق زناها ولزمها الحد، لكن لا تحد في جنونها، فإذا أفاقت حدث إن لم تلاعن، ذكره المحاملي في «المجموع». والله أعلم.

فرع: زنا بك ممسوح، أو صبي ابن شهر، أو قال لرتقاء أو قرناء: زנית، فلا

حد ويعزر للإيذاء، ولا يلاعن على الصحيح، وكذا لو قال لممسوح: زנית، أو لبائع: زנית وأنت رضيع في المهد، فلا حد ويعزر.

الطرف الثاني: في صفة الملاعن، وله شرطان:

الشرط الأول: أهلية اليمين، لأن المعروف عند أصحابنا أن اللعان يمين مؤكدة بلفظ الشهادة. وقيل: هو يمين فيها شوب الشهادة، فلا يصح لعان الصبي ولا المجنون، ولا يقتضي قذفهما لعاناً بعد كمالهما، ولا عقوبة، لكن يعزر المميز على القذف. فإن لم يتفق تعزيره حتى بلغ، قال القفال: يسقط لأنه كان للزجر عن سوء الأدب، وقد حدث زاجر أقوى منه وهو التكليف، ويصح لعان الذمي، والرقيق، والمحدود في القذف، ويصح اللعان عن الذمية، والرقيقة، والمحدودة في القذف.

فرع: قذف زوجته الذمية، وترافعا إلينا، ولاعن الزوج، نص الشافعي رحمه الله، أنها لا تجبر على اللعان، ولا تحد إن امتنعت منه حتى ترضى بحكمنا. فإن رضيت، حكمنا في حقها بما نحكم به في حق المسلمة. وللاصحاب طريقان، الصحيح منهما أن المسألة على القولين في الذميين إذا ترافعا إلينا، هل يجب الحكم بينهما؟ وقد سبقا في نكاح المشرك، إن أوجبنا الحكم، حددناها إن لم تلاعن، ولا يعتبر رضاها، وإن لم نوجبها، لم نحدّها حتى ترضى بحكمنا، وعلى هذا الطريق، سواء كان الزوج مسلماً أو ذمياً، والطريق الثاني: لا يجري عليها الحكم حتى ترضى قطعاً.

ولو قذفها زوجها الذمي، وترافعا، ولم يرض الزوج بحكمنا، وطلبت المرأة، فهل يجبر الزوج على اللعان ويعزر إن لم يلاعن، أم يتوقف ذلك على رضاه؟ فيه القولان في وجوب الحكم بينهما، ولا يجيء الطريق الثاني. ولو قذفها زوجها المسلم، ولاعن، فذاك، وإن امتنع، وطلبت التعزير، استوفاه الحاكم. ثم الواجب على الذمي في قذف الذمية، التعزير إن كان مثلها، كما أن الواجب بقذف الرقيقة، التعزير وإن قذفها رقيق.

الشرط الثاني: الزوجية، فلا لعان لأجنبي، فلو طلقها رجعية بعد أن قذفها، أو قذفها في عدة الرجعة، فله أن يلاعنها كما يطلقها، ويظاهر ويؤلي. ويصح لعانه في الحال، وتترتب أحكامه. ولو ارتد بعد الدخول ثم قذفها وأسلم في العدة، فله اللعان، ولو لاعن في الردة، ثم أسلم في العدة، وقع اللعان في النكاح، فيصح ويقع موقعه، لأن الكافر يصح لعانه، وإن أصر حتى مضت العدة، تبين وقوعه في حال البينونة، فإن كان ولد ونفاه باللعان، نفذ، وإلا تبين فساده، ولا يندفع حد القذف عنه على الأصح، وبه أجاب ابن الحداد.

فرع: وطئ امرأة في نكاح فاسد أو شبهة، بأن ظنها زوجته أو أمته، ثم قذفها وأراد اللعان، فإن كان هناك ولد منفصل، فله اللعان، فينتفي به النسب بلا خلاف، ويسقط به حد القذف على الصحيح تبعاً، وقيل: لا يسقط لعدم الزوجية وانتفاء الضرورة، إذ كان يمكنه أن يقول: ليس الولد مني، ولا يقذفها، وتتأبد الحرمة بهذا اللعان على الأصح.

قلت: فإذا قلنا بالضعيف: إنه لا تتأبد الحرمة، فهل يستبيحها بلا محلل، أم يفتقر إلى محلل كالطلاق الثلاث؟ وجهان: في «الحاوي» الصحيح: لا يفتقر. والله أعلم.

ولا يلزمها حد الزنا، ولا يلاعن معارضة للعان على الأصح. وقيل: يلزمها وتلاعن لإسقاطه، وإن كان هناك حمل، فهل هو كالمنفصل في اللعان؟ فيه خلاف نذكره قريباً إن شاء الله تعالى فيما إذا أبان زوجته ثم قذفها، وإن لم يكن ولد ولا حمل، فلا لعان كالأجنبي. ولو قذف في نكاح يعتقد صحته، ولاعن على ذلك الاعتقاد، ثم بان فساده، ولا ولد، لم يسقط عنه الحد على الأصح، فعلى هذا: لا يثبت شيء من أحكام اللعان.

فرع: قذف زوجته ثم أبانها، فله أن يلاعن لنفي الولد، وإسقاط عقوبة القذف، وإن لم يكن ولد إذا طلبتها، لأن القذف وجد في الزوجية، فإن عفت، فلا لعان، وكذا إن لم تطلب على الأصح، وإذا لاعن، لزمها الحد، ولها إسقاطه باللعان. وفي تأبد الحرمة بلعانه الوجهان كالنكاح الفاسد، لوقوعه خارج النكاح.

فرع: أبانها بخلع أو بالطلاق الثلاث، أو بفسخ، أو كانت رجعية فبان بانهاء العقد، ثم قذفها بزنا مطلق، أو مضاف إلى حال النكاح، فإن كان ولد يلحقه بحكم النكاح السابق، فله اللعان، ويسقط به عنه الحد. قال البغوي: ويلزمها حد الزنا إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح، ولها إسقاطه باللعان، فإن لم يصف، لم يلزمها. وفي تأبد الحرمة ومعارضتها باللعان الخلاف السابق، والخلاف في المعارضة جارٍ في كل لعان بمجرد نفي الولد، كما لو أقام بينة بزناها أو أقرت.

وإن كان حمل، فهل له اللعان قبل انفصاله؟ فيه نصان رواهما المزني في «المختصر» و«الجامع» فقال أبو إسحاق: لا يلاعن قطعاً، إذ قد لا يكون ولد، وتأول النص الآخر. والصحيح أن المسألة على قولين: أحدهما: هذا، وأظهرهما: عند الأكثرين: يلاعن، كما لو كان في صلب النكاح. فعلى هذا لو لاعن فبان أن لا حمل، تبين فساده اللعان، وإن لم يكن ولد ولا حمل لم يلاعن على الصحيح، وقيل: له اللعان إن أضاف الزنا إلى حالة النكاح.

فرع: قذف زوجته بزنا أضافه إلى ما قبل النكاح، فإن لم يكن ولد، لم يلاعن، وإن كان، فوجهان: أحدهما: لا يلاعن، لأنه مقصر بالتاريخ، وكان حقه أن يطلق القذف. فعلى هذا، له أن ينشئ قذفاً ويلاعن لنفي النسب، فإن لم يفعل، حدّ، وبهذا قال أبو إسحاق، وصححه الشيخ أبو حامد وجماعة. والثاني، وبه قال أبو علي بن أبي هريرة والطبري، وصححه القاضي أبو الطيب، والإمام، والرويانى وغيرهم: له اللعان، فعلى هذا، يسقط الحد بلعانه، وهل عليها حد الزنا بلعانه؟ وجهان: وهل لها معارضته باللعان؟ فيه الوجهان السابقان.

قلت: صحح في «المحرر» قول أبي إسحاق، وهو أقوى. والله أعلم.

فصل: قذفها ولاعنها، ثم قُذفت، فلها حالان:

أحدهما: أن لا يلاعن معارضة للعان، وحدّت حد الزنا، فالقذف الثاني، إن كان من الزوج، نظر، إن قذفها بذلك الزنا أو أطلق، لم يلزمه إلا التعزير، لأننا صدقناه في ذلك الزنا، وإنما يعزر للإيذاء. وإن قذفها بزنا آخر، فوجهان: أحدهما: يحد كما لم يلاعن. وأصحهما: يعزر فقط، لأن لعانه في حقه كالبينة، وليس له أن يلاعن لدفع التعزير، لأنه قذف بعد البينة، وإن قذفها أجنبي بذلك الزنا، حد على الأصح. وقيل: يعزر، وإن قذفها بغيره، حُد على المذهب. وقيل: فيه الوجهان.

الحال الثاني: أن يلاعن، فإن قذفها الزوج بذلك الزنا، أو أطلق، عزّر فقط، وإن قذفها بزنا آخر، فالمذهب أنه يحد، وقيل: يعزر على قول قديم، وقيل: هو وجه، وهذا الخلاف جارٍ سواء قذفها بزناً آخر بعد اللعان أو قبله، وسواء قلنا: يحد أو يعزر، فليس له اللعان، لأنها بائن ولا ولد. وإن قذفها أجنبي، حد سواء قذفها بذلك الزنا أو غيره. وقيل: إن قذفها بذلك الزنا، عزّر، والصحيح الأول.

وسواء في الزوج والأجنبي، كان ولد فنفاه باللعان وبقي أو مات أو لم يكن، هذا كله إذا قذفها ولاعن ثم قذف، أما إذا قذفها ولم يلاعن، فحد للقذف، ثم قذفها بذلك الزنا، فلا يحد لأنه ظهر كذبه بالحد الأول، ويعزر تأديباً للإيذاء. وقد سبق أنه لا يلاعن، لإسقاط مثل هذا التعزير على الصحيح. وإن قذفها بزناً آخر، فوجهان: قال البغوي: أصحهما: يعزر. وقال أبو الفرج الزاز: أصحهما: يحد لأن كذبه في الأول لا يوجب كذبه في الثاني، فوجب الحد لدفع العار. وهل يلاعن لإسقاط الحد أو التعزير؟ وجهان: أصحهما: لا، لظهور كذبه بالحد. وإن قذفها أجنبي بذلك الزنا أو غيره، حد.

فرع: قذف زوجته أو غيرها مرتين فصاعداً، فإن أراد زناً واحداً، فعليه حد

واحد، لأنه لم يقذف إلا بفاحشة واحدة، فإن حد مرة، فأعاد، عزز للإيذاء، ولا يحد لظهور كذبه. وإن قذف بزناً آخر، كقوله: زنيته بفلان، ثم قال: زنيته بآخر، فقولان: الجديد وأحد قولي القديم: يجب حد واحد. والقديم الآخر: يتعدد الحد. ورأى ابن كج القطع بحد واحد، فإذا قلنا: حد واحد، فقذف فحد، ثم قذف ثانياً، فهل يحد ثانياً، أم يعزر لظهور كذبه بالحد الأول؟ وجهان أو قولان: قال ابن كج: الصحيح منهما التعزير.

ولو قذف زوجته مرتين فصاعداً بزنيتين، ففي التعداد والاتحاد هذا الخلاف، فإن قلنا بالاتحاد، كفى لعان واحد، وإن قلنا بالتعدد، فوجهان: أحدهما: يتعدد اللعان بحسب تعدد الحد، وأصحهما: يكفي لعان واحد، لأنه يمين، وإذا كان الحقان لواحد، كفى يمين، إلا أنه يقول في اللعان: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنيتين. وإن سمى الزانين، ذكرهما في اللعان، فلو وقع أحد القذفين في الزوجية، والآخر خارجها، فله صورتان: إحداهما: أن يقذف أجنبية، ثم يتزوجها قبل أن يحد، ثم يقذفها. فينظر إن قذفها بالزنا الأول، لم يجب إلا حد، وليس له إسقاطه باللعان، وإن قذفها بزناً آخر، ففي تعدد الحد واتحاده طريقان: أحدهما: على القولين فيما إذا قذف زوجته أو أجنبيةً بزنيتين. والثاني: القطع بالتعدد، لاختلاف موجههما، لأن الثاني يسقط باللعان، بخلاف الأول فصارا كحدين مختلفين، ولا تداخل مع الاختلاف، وهذا الطريق أرجح عند القاضي أبي الطيب، وبه قطع الشيخ أبو حامد ومتابعوه. ورجح آخرون طريقة القولين، قالوا: وموجب القذفين الحد، ولا اختلاف فيه، وإنما الاختلاف في طريق الخلاص منه، فإن قلنا بالاتحاد، فإن لم يلاعن، حد لهما حداً واحداً، وإن لاعن الثاني حد للأول، وإن حد للأول قبل أن يلاعن، سقط اللعان للثاني، إلا أن يكون هناك ولد فيلاعن لنيفه، فإن لم يكن، فعلى الخلاف في أنه هل يجوز اللعان لمجرد غرض قطع النكاح وإلصاق العار بها، وقد سبق أن قلنا بالتعدد، فإن طالبت أولاً للقذف الأول، فأقام بينة بزناها، سقط الحدان، لأنه ثبت أنها غير محصنة، وإن لم يقيم حد. ثم إذا طالبت للثاني، فأقام بينة أو لاعن، سقط عنه الحد الثاني، وإلا حد ثانياً، وإن طالبت أولاً بالثاني، فأقام بينة، سقط الحدان، وإلا فإن لاعن، سقط الحد الثاني دون الأول، وإن لم يلاعن، حد للثاني، ثم يحد للأول. وإن طالبت بهما جميعاً، حد للأول لسبق وجوبه، ثم للثاني إن لم يلاعن. وإن حد في القذف الأول، ثم قذفها في النكاح ولم يلاعن، حد ثانياً على الصحيح، وقال ابن الحداد: لا يحد للثاني. قال الشيخ أبو علي: لم يرض هذا أحد من أصحابنا، وقالوا: يحد ثانياً إذا لم يلتعن

تفريعاً على قول التعدد، قالوا: ولا فرق بين أن يقذف في النكاح بعد أن يحد للأول أو قبله، في أنه يحد الثاني إذا لم يلتعن، لكن إذا كان قبله، حد لكل واحد منهما.

فرع: قذف زوجته ثم أبانها بلا لعان، ثم قذفها بزنا آخر، فإن حد للأول، ثم نكحها، ففي حده للثاني قولان، كما لو قذف أجنبية فحد، ثم قذفها ثانياً، وإن لم تطلب حد القذف الأول حتى أبانها، فإن لاعن للأول، فقل: يحد للأول. وقيل: قولان، وإن لم يلاعن، فقل: يحد حدين، وبه قال ابن الحداد. وقيل: قولان: أحدهما: هذا. والثاني: حد واحد.

فرع: قذف زوجته البكر فلم تطالبه حتى فارقتها، ونكحت غيره ووطئها وصارت محصنة، وقذفها الثاني، ثم طالبتهما، فلاعن كل واحد منهما، وامتنعت هي من اللعان، فقد ثبت عليها بلعان الأول زنا بكر، وبلعان الثاني زنا محصنة، وفيما عليها؟ وجهان: أحدهما: الرجم فقط، لأن شأن الحدود التداخل. وأصحهما: وبه قال ابن الحداد: يلزمها الجلد ثم الرجم. قال الشيخ أبو علي: هذا ظاهر المذهب، لأن التداخل إنما يكون عند الاتفاق، وقال: وعلى هذا، لو زنا العبد، ثم عتق، فزنى قبل الإحصان، فقل: عليه خمسون جلدة لزناه في الرق، ومائة لزناه في الحرية، لاختلاف الحدين، والأصح أنه يجلد مئة فقط، ويدخل الأقل في الأكثر لاتحاد الجنس، وعلى هذا لو زنا وهو حر بكر، فجلد خمسين، وترك لعذر، فزنا مرة أخرى، جلد مئة، وتدخل الخمسون الباقية فيها.

ولو قذف شخصين محصناً وغيره بكلمة، وقلنا باتحاد الحد، دخل التعزير في الحد. وفي هذا نظر، لاختلاف جنس الحد والتعزير.

ولو كانت في المسألة الأولى بكر في لعان الزوجين، فالصحيح أن عليها حداً واحداً، كما لو ثبت زنيان: أحدهما: بيينة، والآخر بإقرار أو كلاهما بالبيينة. قال ابن الحداد: عليها حدان، لأن لعان كل واحد حجة في حقه، فصارا كجنسين.

فصل: إذا لحقه نسب بملك يمين في مستولدة، أو أمة موطوءة، لم ينتف عنه باللعان على الأظهر، وقيل: لا ينتفي قطعاً لإمكان نفيه بدعوى الاستبراء، وسيأتي في آخر الاستبراء بيانه مع بيان أن الأمة متى تصير فراشاً لسيدها، حتى يلحقه ولدها إن شاء الله تعالى.

ولو اشترى زوجته، فانفسخ النكاح، ثم ولدت، فإن كان لدون ستة أشهر من يوم الشراء، فهو لاحق به بحكم النكاح، وله نفيه باللعان ويكون اللعان بعد الانفساخ كهو بعد البيونة بالطلاق، وإن ولدته لسته أشهر فصاعداً من يوم الشراء، فإن لم يطأها بعد الشراء، أو وطئها وولدت لدون ستة أشهر من يوم الوطء، نظر، إن كان

لأربع سنين فأقل من وقت الشراء، فالحكم كذلك، وإن كان لأكثر من أربع سنين، فهو منفي عنه بغير لعان. فإن وطئها بعد الشراء وأتت به لستة أشهر فصاعداً من وقت الوطء، ولدون أربع سنين من وقت الشراء، فإن لم يدع الاستبراء بعد الوطء، لحقه الولد بملك اليمين، وهل له نفيه باللعان، فيه الطريقتان. وإن ادعى الاستبراء بعده، فإن أتت به لأقل من ستة أشهر من وقت الاستبراء، فالحكم كذلك وتلغو دعوى الاستبراء، وإن كان لستة أشهر فأكثر من وقت الاستبراء، لم يلحقه الولد بحكم الملك على الأصح، وسنعيده في آخر باب الاستبراء إن شاء الله تعالى، ولا يلحقه أيضاً بملك النكاح لانقطاع فراش النكاح بفراش الملك، وقيل: يلحقه بملك النكاح، ولا ينتفي إلا بلعان لوجود الإمكان، وامتناع الإلحاق بالملك، وهذا شاذ، وقد يعبر عن هذه الأحوال، فيقال: إن احتمل كونه من النكاح فقط، لحق به النكاح، وإن احتمل بالملك فقط، لحق به، وكذا إن احتملها على الصحيح. وإن لم يحتمل واحد منهما، فلا إلحاق، ومتى وقع اللعان بعد الشراء، فهل يؤيد التحريم؟ وجهان كما لو وقع بعد البيونة. وإن قلنا: لا يؤيده، فهي حلال له بملك اليمين، وإن قلنا: يؤيده، ففي حلها له بملك اليمين خلاف مبني على أنه لو لاعن زوجته الأمة، ثم اشتراها، هل له وطؤها بملك اليمين؟ فيه طريقتان: أحدهما: على وجهين كالمطلقة ثلاثاً إذا اشتراها. والثاني: لا تحل قطعاً لغلط تحريمه.

الطرف الثالث: في سبب اللعان: وهو القذف أو نفي الولد، فمتى نسبها إلى وطء حرام من جانبها، أو جانب الزاني، فقد قذفها. وإن نسبها إلى زنا هي عليه مكرهه، أو جاهلة، أو نائمة، فلا حد لها، ويجب لها التعزير على الأصح لأن فيه عاراً وإيذاءً، فإن كان ولد لاعن لنفيه، وإلا فيلاعن أيضاً على المذهب. ولو عين الزاني فقال: زنا بك فلان وأنت مكرهه، أو قال: قهرك فلان فزنا بك، لزمه الحد لقذفه، وله إسقاطه باللعان، بخلاف ما لو قذف زوجته، وأجنبية بكلمة، فإنه لا يتمكن من إسقاط حد الأجنبية باللعان، لأن فعلها ينفك عن فعل الأجنبية، ولا ينفك عن فعل الزاني بها.

ولو قال لزوجته: وطئت بشبهة، ففي وجوب التعزير عليه لها الوجهان فيما لو نسبها إلى الزنا مكرهه، وإن لم يكن ولد، فله اللعان لنفي التعزير إن أوجبناه، وإلا فلا، وإن كان ولد، فطريقتان:

أحدهما: في جواز اللعان وجهان: أصحها: الجواز، إلا أنه إذا لم يلاعن، لحقه الولد ولم يلاعن للقذف.

والطريق الثاني: وهو المذهب، وبه قال الأكثرون: أنه إن لم يعين الواطئ

بالشبهة، أو عين فلم يصدقه، لحق الولد بالنكاح، وله نفيه باللعان، وإن صدقه وادعى الولد، عرض على القافة. فإن ألحقه بذلك المعين، لحقه ولا لعان، وإلا فيلحق الزوج، وليس له نفيه باللعان، لأنه كان له طريق آخر ينتفي به، وهو أن يلحقه القافة بذلك المعين، وإنما ينفي باللعان من لا يمكن نفيه بطريق آخر، فإن لم يكن قائف، ترك حتى يبلغ الصبي فينتسب إلى أحدهما، فإن انتسب إلى ذلك المعين، انقطع نسبه عن الزوج بلا لعان، وإن انتسب إلى الزوج، فله نفيه باللعان، لأنه لا يمكن نفيه بغير اللعان، هكذا ذكره البغوي وغيره. ولو قال: زنت بفلان وهو غير زان، بل ظنك زوجته، فهو قاذف لها، فله إسقاط الحد باللعان، والولد المنسوب إلى ذلك الواطء منسوب إلى وطء شبهة، فإن صدقه فلان، عرض على القائف كما ذكرناه، ولو اقتصر على قوله: ليس هذا الولد مني، فعن صاحب «التقريب» حكاية تردد في جواز اللعان، وقطع الجمهور بأنه لا يلتفت إلى ذلك، ويلحق الولد بالفراش، إلا أن يسند النفي إلى سبب معين ويلاعن.

فرع: لا يشترط لجواز اللعان أن يقول عن القذف: رأيتها تزني، بل لو قال: زنت أو يا زانية، أو قال وهي غائبة: فلانة زانية، جاز اللعان، ولا يشترط أيضاً أن يدعي استبراءها بعد الوطء. قال الأصحاب: ولو أقر بوطئها في الطهر الذي قذفها بالزنا فيه، جاز له أن يلاعن وينفي النسب، قال في «البيسط»: ولعل هذا في الحكم الظاهر، فأما بينه وبين الله تعالى، فلا يحل له النفي مع تعارض الاحتمال، ويجوز أن يعول الزوج فيه على أمر يختص بمعرفته كعزل أو قرينة حال.

فصل: إذا قذف زوجته برجل معين، فسيأتي الكلام في أنه يلزمه حد أم حدان إن شاء الله تعالى، فإن ذكر الرجل في لعانه، بأن قال: أشهد بالله أنني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا بفلان، سقط حقه، كما سقط حقها، سواء أوجبنا حداً أم حدين، حتى لو قذفها بجماعة وذكرهم، سقط حق الجميع، وإن لم يذكر الرجل في لعانه، لم يسقط حقه على الأظهر، فعلى هذا إن أراد إسقاطه، فطريقه أن يعيد اللعان ويذكره، ولو امتنع الزوج من اللعان ولا بينة، فحد بطلبها ثم جاء الرجل يطلب الحد، فإن قلنا: الواجب حد واحد، فقد استوفى، وإن قلنا: حدان استوفى منه حد آخر، وله إسقاطه باللعان، ولو ابتدأ رجل بطلب حقه، فهل له أن يلاعن؟ له وجهان وقد بينان على خلاف في أن حقه يثبت أصلاً، أم تابعاً لحقها؟ وإن عفا الرجل عن حقه، أو عفت هي، فلا آخر منهما المطالبة، سواء قلنا: الواجب حد أم حدان، وله إسقاطه باللعان. وعن ابن القطان: إذا قلنا: حقه تابع، فلا حد ولا لعان، والصحيح الأول، وبمثلله أجاب ابن الصباغ، فيما لو لم يذكر الرجل في لعانها، وقلنا: لا

يسقط حقه فطالب بحقه، وامتنع الزوج عن إعادة اللعان، فلا يحد سواء قلنا: يجب لهما حد أم حدان، لأن الحد لا يتبعض، ولا يجب باللعان حد الزنا على الرجل المرمي به بحال.

وإذا لاعن لإسقاط حد المرمي به، قال البغوي: قيل: يتأبد التحريم، ويحتمل خلافه.

فرع: قذف امرأته عند الحاكم بزيد، أو قذف أجنبي أجنبياً والمقذوف غائب فيه ثلاث طرق: أحدها: يستحب للحاكم أن يبعث إلى المقذوف فيخبره بالحال، ليطالب بحقه إن شاء، وبهذا قال الشيخ أبو حامد. والطريق الثاني وبه قال الأكثرون: يجب ذلك على الحاكم. والثالث: نقل أبو الفرج السرخسي، أن الشافعي رحمه الله نص على أنه يجب ذلك على الحاكم، ونص أنه لو أقر عنده رجل بدين لزيد، لا يجب عليه إعلامه. وأن للأصحاب في النصين: ثلاث طرق: أحدها: تنزيل النصين على حالين إن كان من له الحق حاضراً عالماً بالحال، فلا حاجة إلى إخباره في النوعين، وإن كان غائباً أو غافلاً عما جرى، وجب إعلامه لئلا يضيع حقه. والثاني: تقرير النصين على ظاهرهما، لأن الإمام يتعلق به استيفاء الحد بخلاف المال. والثالث: جعلهما على قولين بالنقل والتخريج، وكيفما كان، فالمذهب وجوب إخبار المقذوف.

وأما قوله في «مختصر المزماني»: وليس للإمام إذا رمي رجل بزنى أن يبعث إليه يسأله عن ذلك، فمتأول. قيل: المراد: لا يسأله، هل زنت؟ وقيل: المراد: إذا لم يكن الرامي أو المرمي معيناً، بأن قال رجل عند الحاكم: الناس يقولون: زنا فلان، أو قال: زنا في هذه المحلة رجل، أو رمي بحجر، فقال: من رمانني به فهو زان، وهو لا يدري من رماه به. قال ابن سلمة: المراد: إذا رماه تعريضاً لا تصريحاً، وعن ابن سريج، المراد: إذا قذف زوجته بمعين ولاعن، فلا حاجة إلى إعلامه سواء ذكره في اللعان، أم لا، وقلنا: يسقط حده له، أو لا يسقط، وقال أبو إسحاق: لا يخبره وإن لم يلاعن، لأن الزوجة ستطالب، ومطالبتها تكفي عن مطالبتها، بخلاف ما لو قذف أجنبياً.

فصل: إذا قذف جماعة، فهم ضربان:

أحدهما: أن يتمحضوا أجنباً أو زوجات. والثاني: أن يكونوا من الصنفين، الأول: المتمحضون، فإذا أن يقذفهم بكلمات، وإما بكلمة، فهما حالان: الحال الأول: أن يقذف كل واحد بكلمة، فعليه لكل واحد حد، وإن كن زوجات، أفرد كل واحد بلعان، ويكون اللعان على ترتيب قذفهن، فلو لاعن عنهن

لعاناً واحداً، لم يكف عن الجميع، لكن، إن سماهن، حسب عن التي سماها أولاً، وإن أشار إليهن فقط، لم يعتد به عن واحدة منهن.

الحال الثاني: أن يقذفهم بكلمة، كقوله: زنيتم، أو أنتم زناة، فقولان: الجديد: أن لكل واحد حداً، والقديم: لا يجب إلا حد واحد، فعلى هذا، إن حضر واحد وطلب الحد، حد له، وسقط حق الباقيين.

ولو قال: يا ابن الزانيين، فهو قذف لأبوي المخاطب بكلمة، ففيه القولان، وإن قال لنسوته الأربع: زنيتم، فالحد على القولين، فإن أراد اللعان، فإن قلنا: يتعدد الحد، تعدد اللعان، وإن قلنا: يتحد الحد، ففي اللعان وجهان: أحدهما: يتعدد، لأن اللعان يمين، والأيمان المتعلقة بحقوق جماعة لا تتداخل. والثاني: يكفي لعان يجمعهن فيه، بالاسم أو بالإشارة إن اكتفينا بها، وإذا قلنا بالتعدد، فرضين بلعان واحد، لم ينفع كما لو رضي المدعون بيمين واحدة، ثم يلاعن عنهن على الترتيب الذي يتفقن عليه، فإن تنازعن في الابتداء، أقرع بينهما، فإن قدم الحاكم واحدة، قال الشافعي رحمته الله: رجوت أن لا يأثم. ونقل القاضي أبو الطيب أن ذلك فيما إذا لم يقصد تفضيل بعضهن ويجنب الميل، وإن قلنا بالاتحاد، فذلك إذا توافقن على الطلب، أو لم نشترط طلبهن، أما إذا شرطناه وانفرد بعضهن بالطلب، فلاعن، ثم طلب الباقيات، احتاج إلى اللعان، وحصل التعدد. وإذا لاعن عنهن، لزمهن الحد، فمن لاعت، سقط عنها الحد، ومن امتنعت حدت، وإذا امتنع من اللعان، كفاه حد واحد على قولنا بالاتحاد، وجميع ما ذكرناه هو فيمن قذف جماعة بكلمة ولم يقيد بزناً واحداً. فإن قيد، بأن قال لزوجته أو أجنبية: زني بفلان، فطريقان: أحدهما: طرد القولين في تعدد الحد واتحاده. والثاني: القطع بالاتحاد لأنه رماهما بفاحشة واحدة.

الضرب الثاني: أن يكونوا من الصنفين، بأن قذف زوجته وأجنبية، نظر إن كان بكلمتين، فعليه حدان، فإن لاعن عن زوجته، سقط حدها، وبقي حد الأجنبية. ولو قال لزوجته: يا زانية بنت الزانية، أو زنيتم وزنت أمك، فعليه حدان لهما، فإن حضرتا معاً وطلبتا الحدين، فثلاثة أوجه: أحدهما وهو المنصوص: يبدأ بحد الأم، لأن حقها أقوى، فإنه لا يسقط باللعان. والثاني: يبدأ بالبنت لسبقها. والثالث: يقرع. ولو قال لأجنبية: يا زانية بنت الزانية، قدمت البنت على الأصح. وقيل: يقرع. ولو قال لأم زوجته: يا زانية أم الزانية، قدمت الأم على الأصح. وقيل: يقرع. ولو قذف زوجته وأجنبية بكلمة، كقوله: زنيتما، أو أنتما زانيتان، ولم يلاعن للزوجة، ففي تعدد الحد واتحاده طريقان: أحدهما: فيه القولان السابقان. والثاني: القطع

بالتعدد لاختلافهما في الحكم، فإن حد الزوجة يسقط باللعان دون الآخر، فإن قلنا بالاتحاد، فجاءت الأجنبية مطالبة، فحد لها، سقط الحد واللعان في الزوجة، إلا أن يكون ولد يريد نفيه. وإن لاعن للزوجة، حد للأجنبية، وإن عفت إحداهما، حد للآخرى إذا طلبت بلا خلاف، ذكره البغوي وغيره. وحكي وجه شاذ، أن قوله: يا زانية بنت الزانية، كقوله: أنتما زانيتان، ومتى وجد حدان لواحد أو جماعة وأقيم أحدهما، أمهل إلى أن يبرأ جلده، ثم يقام الثاني.

فصل: ادعت أن زوجها قذفها، فله في الجواب أحوال:

أحدها: أن تسكت فيقيم عليه بينة، فله أن يلاعن ويقول في لعانه: أشهد بالله إني لمن الصادقين فيما أثبتت علي من رمي إياها بالزنا. الحال الثاني: أن يقول في الجواب: لا يلزمني الحد، فيقيم عليه بالبينة، فله اللعان أيضاً.

الحال الثالث: أن ينكر القذف، فيقيم عليه بينة، ثم يريد اللعان، فإن أوّل إنكاره، وقال: أردت أن ما رميتها به ليس بقذف باطل، بل هو صدق، أو أنشأ في الحال قذفاً آخر، فله اللعان، لأن من كرر القذف كفاه لعان واحد. وإن لم يذكر تأويلاً ولا أنشأ، فله اللعان أيضاً على الصحيح، وبه قال الأكثرون وهو ظاهر النص لاحتمال التأويل المذكور.

الحال الرابع: أن يقول: ما قذفتك وما زנית، فإذا قامت بينة، حد ولا لعان، لأنه شهد بعفتها، فكيف يحقق زناها بلعانه؟! وليس له إقامة البينة على زناها والحالة هذه، لأنه يكذب الشهود بقوله: وما زנית. ولو أنشأ والحالة هذه قذفاً، فعن القاضي حسين إطلاق القول بجواز اللعان. قال الإمام والغزالي: هذا محمول على ما إذا مضى بعد الدعوى والجواب زمن يمكن تقدير الزنا فيه، وإلا فيؤاخذ بإقراره ببراءتها، ولا يمكن من اللعان. وإذا لاعن، ففي سقوط حد القذف الذي قامت به البينة وجهان: ومقتضى كلام الغزالي في «الوجيز»: القطع بسقوطه.

فرع: لو امتنع الزوج من اللعان فعرض الحد، أو استوفى منه بعض الجلدات، ثم بدا له أن يلاعن، مكن، وإذا لاعن، سقط عنه ما بقي من الحد كما لو بدا له أن يقيم فيه البينة، وكذا المرأة إذا امتنعت من اللعان ثم عادت إليه، مكنت منه، وسقط عنها ما بقي من الحد. ولو أقيم عليه الحد بتمامه ثم أراد اللعان، فالمذهب أنه إن كان ولد منه، لاعن لنفيه، وإلا فلا.

فصل: قال لزوجته: زנית وأنت صغيرة، فقد أطلق الغزالي والبغوي، أن عليه التعزير، وله إسقاطه باللعان على الصحيح، وفصل الجمهور، فقالوا: يؤمر ببيان

الصغر، فإن ذكر سنّاً لا يحتمل الوطء كثلث سنين أو أربع، فليس بقذف ويعزر للسب والإيذاء، ولا لعان، كما سبق أن مثل هذا لا لعان فيه. وإن ذكر سنّاً يحتمله، كعشر سنين، فهو قذف، وعليه التعزير، وله إسقاطه باللعان. ولو قال: زنت وأنت مجنونة، أو مشرقة، أو أمة، فإن عرفت لها هذه الأحوال، أو ثبتت ببينة أو إقرار، فلا حد، وعليه التعزير، وله إسقاطه باللعان، وإن عرف ولادتها على الإسلام والحرية وسلامة عقلها، وجب الحد على الصحيح وقيل: التعزير، لأنها إذا لم يكن لها تلك الحالة، كان قوله كذباً ومحالاً، كقوله: زنت وأنت رتقاء، وإن لم يعلن حالها واختلفا، فأيهما يصدق بيمينه، قولان: أظهرهما: هي، فإن نكلت، حلف، ووجب التعزير. والثاني: هو، فإن نكل، حلفت وحد، ويجيء القولان فيما لو قال الزوج: أنت أمة في الحال، فقالت: بل حرة، ولا يجيئان فيما لو قال: أنت كافرة في الحال، فقالت: بل مسلمة، لأنها إذا قالت: أنا مسلمة حكم بإسلامها. ولو قالت: أردت بقولك لي: زنت وأنت صغيرة قذفي في الحال، ووصفي بالصغر في الحال، ولم ترد القذف بزنا في الصغر، أو قال: زنت وأنت مجنونة أو كافرة، فأقرت بتلك الحال، وقالت: أردت القذف في الحال، فعن الشيخ أبي حامد، أن القول قولها، واستبعده ابن الصباغ وغيره. ولو أطلق النسبة إلى الزنا، ثم قال: أردت في الصغر أو الجنون، أو الكفر، أو الرق، لم يقبل منه على المذهب، وبه قطع الجمهور، سواء عهد لها ذلك الحال أم لا. فإن قال: هي تعلم أنني أردت هذا، حلفت على نفي العلم، وحد لها. وقال السرخسي: إن عهد تلك الحال، قبل وعُزّر، وإلا فقولان.

الطرف الرابع: في كيفية اللعان: وفيه فصول:

الفصل الأول: في كلمات اللعان وهي خمس: أن يقول الزوج أربع مرات: أشهد بالله إنني لمن الصادقين فيما رميت به زوجتي من الزنا، ويسميتها ويرفع في نسبها بحيث تتميز إن كانت غائبة عن المجلس. وفي تعليق الشيخ أبي حامد، أنه يرفع في نسبها بحيث تتميز عن سائر زوجاته إن كان في نكاحه غيرها، فقد يشعر هذا بالاستغناء بقوله: فيما رميت به زوجتي عن الاسم والنسب، إذا لم يكن تحته غيرها. فإن كانت المرأة حاضرة عنده أشار إليها، وهل يحتاج مع الإشارة إلى التسمية؟ وجهان: أحدهما: لا، كسائر العقود والفسوخ. والثاني: نعم، لأن اللعان مبني على الاحتياط والتغليظ، وقد يقال في هذا التوجيه: لا يكتفي في الحاضرة بالتسمية، ورفع النسب حتى تضم إليهما الإشارة، ثم يقول في الخامسة: إن علي لعنة الله إن كنت من الكاذبين فيما رميتها به من الزنا، ويعرفها في الغيبة والحضور كما في

الكلمات الأربع، وإن كان ولد ينفيه. ذكره في الكلمات الخمس، فيقول: وإن الولد الذي ولدته، أو هذا الولد من الزنا وليس هو مني. وإن قال: هو من زنا واقتصر عليه، كفى على الأصح، ولو اقتصر على قوله: ليس مني، لم يكف على الصحيح لاحتمال إرادة عدم الشبه، ولو أغفل ذكر الولد في بعض الكلمات، احتاج إلى إعادة اللعان لنفية، ولا تحتاج المرأة إلى إعادة لعانها على لعانها على المذهب. وحكى السرخسي تخريج قول فيه.

وصفة لعان المرأة أن تقول أربع مرات: أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رمانى به من الزنا، وتقول في الخامسة: علي غضب الله إن كان من الصادقين فيما رمانى به، والقول في تعريفه غائباً وحاضراً، كما ذكرنا في جانبها، ولا تحتاج هي إلى ذكر الولد، لأن لعانها لا يؤثر فيه. ولو تعرضت له، لم يضر، وفي «جمع الجوامع» للقاضي الروياني أن القفال حكى وجهاً ضعيفاً أنها تذكره، فتقول: هذا الولد ولده ليستوي اللعانان.

فرع: لا يثبت شيء من أحكام اللعان إلا إذا تمت الكلمات الخمس، ولو حكم حاكم بالفرقة بأكثر كلمات اللعان، لم ينفذ حكمه، لأن حكمه غير جائز بالإجماع، فلا ينفذ كسائر الأحكام الباطلة.

فرع: لو قال بدل كلمة الشهادة: أحلف بالله، أو أقسم، أو أؤلي بالله إنني لمن الصادقين، أو قال: بالله إنني لمن الصادقين من غير زيادة، أو أبدل لفظ اللعان بالإبعاد، أو لفظ الغضب بالسخط، أو الغضب باللعن أو عكسه، لم يصح على الأصح في جميع ذلك. وقيل: لا يصح قطعاً في إبدال الغضب باللعن، ولا في الاقتصار على: بالله إنني لمن الصادقين. ويشترط تأخير لفظتي اللعن والغضب عن الكلمات الأربع على الأصح، ويشترط الموالاة بين الكلمات الخمس على الأصح، فيؤثر الفصل الطويل.

فرع: يشترط في لعان الرجل والمرأة أن يأمر الحاكم به، فيقول للملاعن: قل: أشهد بالله إنني لمن الصادقين... إلى آخرها.

فرع: يشترط كون لعانها بعد لعان الرجل.

فرع: إن لم يكن للأخس إشارة مفهومة، ولا كتابة، لم يصح قذفه ولا لعانه، ولا سائر تصرفاته. وإن كان له إشارة مفهومة، أو كتابة، صح قذفه ولعانه، كالبيع والنكاح والطلاق وغيرها، ثم المفهوم من كلام الأكثرين، وفي «الشامل» وغيره، التصريح به أنه يصح لعانه بالإشارة وحدها، وبالكناية وحدها، وذكر المتولي، أنه إذا لعن بالإشارة، أشار بكلمة الشهادة أربع مرات، ثم بكلمة اللعن، وإن لاعن

بالكتابة، كتب كلمة الشهادة وكلمة اللعن، ويشير إلى كلمة الشهادة أربع مرات، ولا يكتف أن يكتب أربع مرات، وهذا الطريق الآخر جمع بين الإشارة والكتابة، وهو جائز، ولكن مقتضى التصحيح بالكتابة المجردة تكرير كتابة كلمة الشهادة. وأما قول الغزالي في «الوجيز»: عليه أن يكتب مع الإشارة أو يورد اللفظ عليه ناطق فيشير بالإجابة، فلم يقله أحد من الأصحاب، وإنما قال الإمام: لو قال به قائل، لكان قريباً، وحكاها في «البسيط» عن بعض الأصحاب، ولا يعرف عن غيره. ولو لاعن الأخرس بالإشارة، ثم عاد نطقه وقال: لم أرد اللعان بإشارتي، قبل قوله فيما عليه، فيلحقه النسب والحد، ولا يقبل فيما له، فلا ترتفع الفرقة والتحريم المؤبد، وله أن يلاعن في الحال لإسقاط الحد، وله اللعان لنفي الولد إن لم يفت زمن النفي. ولو قال: لم أرد القذف أصلاً، لم يقبل قوله، ولو قذف ناطق، ثم عجز عن الكلام لمرض أو غيره، فإن لم يرج زوال ما به، فهو كالأخرس، وإن رجي، فثلاثة أوجه: أحدها: لا ينتظر، بل يلاعن بالإشارة لحصول العجز، وربما مات فلحقه نسب باطل. والثاني: ينتظر وإن طالت مدته. وأصحهما: ينتظر ثلاثة أيام فقط. ونقل الإمام أن الأئمة صححوه. وعلى هذا، فالوجه أن يقال: إن كان يرجى زواله إلى ثلاثة أيام ينتظر، وإلا فلا ينتظر أصلاً.

فرع: من لا يحسن العربية، يلاعن بلسانه، ويراعي ترجمة الشهادة واللعن والغضب، فإن أحسن العربية، فهل يتعين اللعان بها، أم له أن يلاعن بأي لسان شاء؟ فيه وجهان: أصحهما: الثاني. وإذا لاعن بغير العربية، فإن كان القاضي يحسن تلك اللغة، فلا حاجة إلى مترجم، ويستحب أن يحضره أربعة ممن يحسنها، وإن لم يحسنها، فلا بد من مترجمين، ويكفيان في جانب المرأة، فإنها تلاعن لنفي الزنا لا لإثباته. وفي جانب الرجل طريقان: أصحهما: القطع بالاكْتفاء باثنين، وبه قال أبو إسحاق وابن سلمة. والثاني: على قولين بناءً على الإقرار بالزنا يثبت بشاهدين، أم يشترط أربعة؟ والأظهر ثبوته بشاهدين.

الفصل الثاني: في التغليطات.

فمنها: التغليظ بالزمان، بأن يكون بعد صلاة العصر، فإن لم يكن طلب أكيد، فليؤخر إلى عصر يوم الجمعة، ذكره القفال وغيره.

ومنها: التغليظ بالمكان، بأن يلاعن في أشرف مواضع البلد، فإن كان بمكة فيبين الركن الأسود والمقام. وقد يقال: بين البيت والمقام، وهما متقاربان، وقال القفال: في الحجر.

وفي المدينة عند منبر رسول الله ﷺ، وفي بيت المقدس عند الصخرة، وفي

سائر البلاد في الجامع عند المنبر. وقيل: لا يعتبر كونه عند المنبر، ويلاعن بين أهل الذمة في الموضع الذي يعظمونه، وهو الكنيسة لليهود، والبيعة للنصارى، وهل يأتي الحاكم بيت النار في لعان المجوس؟ وجهان: أحدهما: نعم. وقال القفال: لا، بل يلاعن بينهما في المسجد، أو مجلس الحكم، ولا يأتي بيت الأصنام في لعان الوثنيين، لأنه لا أصل له في الحرمة، واعتقادهم غير معتبر، بخلاف المجوس، بل يلاعن بينهم في مجلس الحكم.

وصورته أن يدخلوا دارنا بأمان أو هدنة، وإذا كان الزوج مسلماً وهي ذمية، لاعن هو في المسجد، وهي في الموضع الذي تعظمه. فإن قالت: ألاعن في المسجد، ورضي به الزوج، جاز، وكذا يجوز أن يتلاعن الذميان في المسجد إلا المسجد الحرام.

ومنها: التغليظ بحضور جماعة من أعيان البلد وصلحائه، فإن ذلك أعظم، وأقلهم أربعة. ومنها التغليظ باللفظ، وسيأتي بيانه في «الدعوى والبيئات» إن شاء الله تعالى. ثم في وجوب التغليظ في هذه الأمور واستحبابه، طرق، والمذهب الاستحباب في الجميع.

فرع: من لا ينتحل ديناً، كالدهري، والزنديق، هل يغلظ عليه بهذه الأمور؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قال الأكثرون، وهو المنصوص، ويلاعن في مجلس الحكم، لأنه لا يعظم بقعة ولا زماناً، فلا ينزجر. ويستحسن أن يقال له في التحليف: قل بالله الذي خلقك ورزقك، لأنه وإن غلا في كفره، فيجد نفسه مدعنة لخالق ومدبر.

فرع: الحائض تلاعن بباب المسجد، ويخرج الحاكم إليها أو يبعث نائباً. والمشرک والمشركة يمكَّنان من اللعان في المسجد مع الحيض والجنابة على الأصح.

فرع: اللعان يحتاج فيه إلى حضور الحاكم، فلو حَكَّم الزوجان فيه رجلاً، فإن قلنا: لا يجوز التحكيم في المال، لم يجز في اللعان، وإلا فوجهان: وقطع المتولي بأنه لا يصح التحكيم إذا كان هناك ولد، إلا أن يكون بالغاً ويرضى بحكمه.

قال: ولو قذف العبد زوجته، وطلبت الحد، ففي تولي السيد اللعان خلاف بناءً على إقامته الحد على عبده وسماع البيئة إن جوزناها تولي اللعان، وزوج الأمة إذا قذفها ولاعن، هل يتولى سيدها لعانها؟ فيه هذا الخلاف.

الفصل الثالث: في السنن.

منها: أن يخوفهما القاضي بالله تعالى، ويعظهما ويقول: عذاب الآخرة أشد

من عذاب الدنيا، ويقرأ عليهما: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ عَهْدَ اللَّهِ وَيَمْنَهُمْ ثَمَنًا قَلِيلًا...﴾ الآية. ويقول: قال رسول الله ﷺ للمتلاعنين: «حسابكما على الله، أحكما كاذب، فهل منكما من تائب؟».

وإذا فرغ من الكلمات الأربع، بالغ في تخويله وتحذيره، وأمر رجلاً أن يضع يده على فيه لعله ينزجر، وتضع امرأة يدها على فم المرأة إذا بلغت كلمة الغضب، فإن أبا إلا المضي، لفتنهما الخامسة.

ومنها: أن يتلاعنا من قيام، ومنها: إذا كان بالمدينة، فقد ذكرنا أنه يلاعن عند منبر رسول الله ﷺ، هذا لفظ الشافعي في «المختصر» وقال في موضع: يلاعن على المنبر، وللأصحاب في صعود الملاعن المنبر أوجه: أصحها: يصعد، والثاني: لا، والثالث: إن كثر القوم، صعد ليروه، وإلا فعنده. وطرد المتولي الخلاف في صعود المنبر في غير المدينة.

الطرف الخامس: في أحكام اللعان. قد سبق أكثرها في ضمن ما تقدم. واعلم أن الزوج لا يجبر على اللعان بعد القذف، بل له الامتناع، وعليه حد القذف كالأجنبي، وكذا المرأة لا تجبر على اللعان بعد لعانه، ويتعلق بلعان الزوج خمسة أحكام: أحدها: حصول الفرقة ظاهراً وباطناً، سواء صدقت أم صدق. وقيل: إن صدقت لم تحصل باطناً، والصحيح الأول، وهي فرقة فسخ. الثاني: تأبد التحريم. الثالث: سقوط حد القذف عنه. الرابع: وجوب الزنا عليها. الخامس: انتفاء النسب إذا نفاه باللعان.

قلت: وقد سبقت أحكام آخر في أول الباب. والله أعلم.

ثم هذه الأحكام تتعلق بمجرد لعان الزوج، ولا يتوقف شيء منها على لعانها، ولا قضاء القاضي، ولا يتعلق من هذه الأحكام بإقامة البينة على زناها إلا دفع حد القذف عنه، وثبوت حد الزنا عليها، ولا يتعلق بلعان المرأة إلا سقوط حد الزنا عنها. ولو أقام بينة بزناها، لم تلاعن لدفع الحد، لأن اللعان حجة ضعيفة، فلا تقاوم البينة.

فصل: في نفي الولد

فيه مسائل:

إحداها: إنما تحتاج إلى نفي الولد إذا لحقه، وذلك عند الإمكان، فإن لم يمكن كونه منه، انتفى بلا لعان، ولعدم الإمكان صور: منها: أن تلد لستة أشهر أو أقل من وقت العقد.

ومنها: أن تطول المسافة كالمشرقي مع المغربية، وقد سبق بيانه مع صور أخرى، ووراءها صورتان:

إحداها: أول زمان إمكان إحبال الصبي، هل هو نصف السنة التاسعة، أم كمالها، أم نصف العاشرة، أم كمالها؟ فيه أربعة أوجه: أصحابها: الثاني. فإذا ولدت زوجته لسته أشهر وساعة تسع الوطاء بعد زمن الإمكان، لحقه الولد، وإلا فينتفي بلا لعان، وإذا حكمنا بثبوت النسب بالإمكان، لم نحكم بالبلوغ بذلك، لأن النسب ثبت بالاحتمال، بخلاف البلوغ، لكن لو قال: أنا بالغ بالاحتلام، فله اللعان. ولو قال: أنا صبي، لم يصح. فإن قال بعد ذلك: أنا بالغ، قبل قوله، ويمكّن من اللعان. وفي وجه: لا يقبل قوله: أنا بالغ بعد قوله: أنا صبي، للتهمة.

الصورة الثانية: من لم يسلم ذكره وأنثياه، له أحوال: أحدها: أن يكون ممسوحاً فاقد الذكر والأنثيين، فينتفي عنه الولد بلا لعان، لأنه لا ينزل، وفي قول: يلحقه. وحكي هذا عن الإصطخري، والقاضي حسين، والصيدلاني. والصحيح المشهور الأول. الثاني: أن يكون باقي الأنثيين دون الذكر، فيلحقه قطعاً. الثالث: عكسه، فيلحقه أيضاً على الأصح. وقيل: لا، وقيل: إن قال أهل الخبرة: لا يولد له، لم يلحقه، وإلا فيلحقه. ومتى بقي قدر الحشفة من الذكر، فهو كالذكر السليم.

المسألة الثانية: ذكرنا فيما لو أبان زوجته ثم قذفها وهناك حمل وأراد اللعان لنفيه، أنه يجوز على الأظهر، وأنه قيل: لا يجوز قطعاً. فلو لاعن لنفي الحمل في صلب النكاح، جاز على المذهب. وقيل: على القولين، ولو استلحق الحمل، لحقه ولم يكن له نفيه بعد ذلك.

المسألة الثالثة: ولدت زوجته توأمين، فنفي أحدهما، أو نفاهما، ثم استلحق أحدهما، لحقه الولدان.

ولو أتت بولد، فنفاه بعد الولادة باللعان، ثم ولدت آخر، فقد يكون بينهما دون ستة أشهر، وقد يكون ستة فأكثر. فإن كان دونها، فهما حمل واحد، فإن نفى الثاني بلعان آخر، انتفى أيضاً، والأصح أنه لا يحتاج في اللعان الثاني إلى ذكر الولد الأول، وأن المرأة لا تحتاج إلى إعادة لعانها، وإن لم تنف الثاني، بل استلحقه أو سكت عن نفيه مع إمكانه، لحقاه جميعاً. فإن استلحقه، لزمه لها حد القذف، كما لو كذب نفسه. وإن سكت فلحقه، لم يلزمه الحد، لأنه لم يناقض قوله الأول، والحق حكم الشرع. ولو قذفها ثم لاعن في البينونة، وأتت بولد آخر قبل ستة أشهر، فسواء استلحق الثاني صريحاً أو سكت عن نفيه فلحقاه، لزمه الحد. والفرق أن اللعان بعد البينونة لا يكون إلا لنفي النسب. فإذا لحق النسب، لم يبق لللعان حكم فحد. وفي

صلب النكاح له أحكام. فإذا لحق النسب، لا يرتفع فلم يحد. فأما إذا كان بينهما ستة أشهر فصاعداً، فالثاني حمل آخر. فإن نفاه باللعان، انتفى أيضاً. وإن استلحقه، أو سكت عن نفيه، لحقه، ولا يمنع من ذلك كونها بانة باللعان، لاحتمال أنه وطئها بعد وضع الأول فعلمت قبل اللعان، فتكون حاملاً حال البينونة، فتصير كالمطلقة ثلاثاً. إذا ولدت لدون أربع سنين من وقت الطلاق، ثبت نسبه للمطلق، لاحتمال كونها حاملاً وقت الطلاق، ولا يلزم من لحوق الثاني لحوق الأول، لأنهما حملان، فلا يلحقه الأول، وهذا الذي ذكرناه من لحوق الثاني إذا لم ينفه، هو الصواب، وبه قطع الأصحاب. وقال في «المهذب»: ينتفي الثاني بلا لعان لحدوثه بعد الفراش، وهذا ليس وجهاً، بل الظاهر أنه سهو وتوجيهه ممنوع. وجميع ما ذكرناه إذا لاعن عن الولد المنفصل ثم أتت بآخر، فلو لاعن عن حمل في نكاح أو بعد البينونة إذا جوزناه، فولدت ولداً، ثم ولدت آخر، فإن لم يكن بينهما ستة أشهر، فالثاني منفي أيضاً، لأنه لاعن عن الحمل، والحمل اسم لجميع ما في البطن. وإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً، فالأول منفي باللعان، وينتفي الثاني بلا لعان، لأن النكاح ارتفع باللعان، وانقضت العدة بوضع الأول، وتحققنا براءة الرحم قطعاً. قال الشيخ أبو حامد: وكذا الحكم لو طلقها أو مات عنها فانقضت عدتها بوضع الحمل، ثم ولدت لستة أشهر من وقت الوضع، لا يلحقه الولد الثاني. قال ابن الصباغ: ولا ينظر إلى احتمال حدوثه من وطئه بشبهة، لأن ذلك لا يكفي للحقوق، لأنه بعد البينونة كسائر الأجانب، فلا بد من اعترافه بوطء الشبهة وادعائه الولد. وعن القفال، أنه إذا لم يلاعن لنفي الولد الثاني يلحقه كما قلنا في الولد المنفصل. قال الروياني: هذا غلط لم يذكره غيره.

المسألة الرابعة: كما يجوز نفي الولد في حياته يجوز بعد موته، سواء خلف الولد ولداً، بأن كان الزوج غائباً فكبر المولود وتزوج وولد له أو لم يخلفه. ولو مات أحد التوأمين قبل اللعان، فله أن يلاعن وينفي الحي والميت جميعاً.

ولو نفى ولداً باللعان، ثم مات الولد فاستلحقه بعد موته، لحقه وورث ماله وديته إن قتل، سواء خلف ولداً أم لا احتياطاً للنسب.

ولو نفاه بعد الموت ثم استلحقه، لحقه على الأصح احتياطاً للنسب، وثبت الإرث، فإن قسمت تركته، نقضت القسمة.

المسألة الخامسة: إذا أتت زوجته بولد، فأقر بنسبه، لم يكن له نفيه بعد ذلك، وإن لم يقر بنسبه وأراد نفيه، فهل يكون نفيه على الفور، أم يتمادي ثلاثة أيام، أم

أبداً، ولا يسقط إلا بالإسقاط؟ فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الأول وهو الجديد، وقال الشافعي رحمه الله في بعض كتبه: له نفيه بعد يوم أو يومين فعن ابن سلمة، أن التقدير بيومين قول آخر، ولم يجعله سائر الأصحاب قولاً آخر، بل قالوا: المراد: أو ثلاثاً، فإن قلنا بالفور فأخر بلا عذر، لحقه وسقط حقه من النفي، وإن كان معذوراً بأن لم يجد القاضي لغيبة، أو تعذر الوصول إليه، أو بلغه الخبر في الليل فأخر حتى يصبح، أو حضرته الصلاة فقدّمها، أو كان جائعاً، أو عارياً فأكل أو لبس أولاً، أو كان محبوساً، أو مريضاً، أو ممرضاً، لم يبطل حقه، لكن إن أمكنه الإشهاد فلم يشهد أنه على النفي، بطل حقه، وذكر ابن الصباغ وغيره، أن المريض إذا قدر أن يبعث إلى الحاكم ليرسل إليه نائباً يلاعن عنده فلم يفعل، بطل حقه، وإن لم يقدر، فيشهد حينئذٍ، وليطرد هذا في المحبوس ومن يطول عذره. قال الشيخ أبو حامد وجماعة: المريض والممرض ومن يلازمه غريمه لخوف ضياع ماله، يبعث إلى الحاكم ويعلمه أنه على النفي، فإن لم يقدر، أشهد، ويمكن أن يجمع بينهما فيقال: يبعث إلى القاضي، ويطلعه على ما هو عليه ليبعث إليه نائباً، أو ليكون عالماً بالحال إن أخر بعث النائب، وأما الغائب، فإن كان في موضعه قاض، ونفى الولد عنده، فكذلك، وإن أراد تأخيرها حتى يرجع، ففي «أمالى السرخسي» المنع منه. وفي «التهذيب» و«التتمة» جوازه. فعلى هذا، إن لم يمكنه السير في الحال لخوف الطريق أو غيره فليشهد. وإن أمكنه، فليسر وليشهد، فإن أخر السير، بطل حقه أشهد أم لا، وإن أخذ في السير ولم يشهد، بطل حقه أيضاً على الأصح. وإن لم يكن هناك قاض، فالحكم كما لو كان وأراد التأخير إلى بلده وجوزناه.

فرع: إذا قلنا: النفي على الفور، فله تأخير نفي الحمل إلى الوضع لاحتمال كونه ریحاً، فإن أخر ووضعت وقال: أخرت لأتحقق الحمل، فله النفي، وإن قال: علمته ولداً ولكن رجوت أن يموت، فأكفى اللعان، بطل حقه على الأصح المنصوص في «المختصر» لتفريطه مع علمه.

فرع: أخر النفي وقال: لم أعلم الولادة، فإن كان غائباً، صدق بيمينه. قال في «الشامل»: إلا أن يستفيض وينتشر، وإن كان حاضراً، صدق في المدة التي يحتمل جهله به، ولا يقبل في التي يحتمل، ويختلف ذلك بكونهما في محلة أو محلّتين، أو دار أو دارين، أو بيت أو بيتين.

ولو قال: أخبرت بالولادة ولم أصدق المخبر، نظر، إن أخبره صبي أو فاسق، صدق بيمينه، وإن أخبره عدلان، فلا. وكذا إن أخبره عدل أو امرأة أو رقيق على

الأصح، لأن روايته مقبولة، ولو قال: علمت الولادة، ولم أعلم أن لي النفي، فإن كان فقيهاً، لم يقبل قوله، وإن كان حديث عهد بالإسلام، أو نشأ في بادية بعيدة، قبل، وإن كان من العوام الناشئين في بلاد الإسلام، فوجهان كنظيره في خيار المعتقة.

فرع: إذا هنيء بالولد، فقليل له: متعك الله بولدك، أو جعله له ولداً صالحاً ونحوه، فأجاب بما يتضمن الإقرار والاستلحاق، كقوله: آمين، أو نعم، أو استجاب الله منك، فليس له النفي بعده، وإن أجاب بما لا يتضمن الإقرار، كقوله: جزاك الله خيراً، أو بارك الله عليك، أو أسمعك خيراً أو زودك مثله، لم يبطل حقه من النفي.

فصل: في مسائل منثورة من اللعان

إحداها: قال الزوج: قذفتك بعد النكاح، فلي اللعان، فقالت: قبله، فلا لعان، فهو المصدق بيمينه، ولو اختلفا بعد حصول الفرقة، فقال: قذفتك في زمن النكاح، وقالت: بعده، فهو المصدق أيضاً، ولو قال: قذفتك وأنت زوجتي، فقالت: ما تزوجتك قط فهي المصدقة بيمينها.

الثانية: قال لزوجته أو أجنبية: قذفتك وأنت أمة أو مشركة أو مجنونة فقالت: بل وأنا حرة مسلمة عاقلة. فإن علم لها حال رق أو كفر أو جنون، صدق بيمينه، وليس عليه إلا التعزير. وإن لم يعلم ذلك، فأيهما يصدق؟ قولان: أظهرهما: المرأة. ولو قال: وأنت صغيرة، فهو المصدق بيمينه. ولو قال لمن قذفه من زوجته أو أجنبي: قذفتك وأنا مجنون، فهل يصدق القاذف بيمينه، أم المقذوف، أم يفرق؟ فإن عهد له جنون، صدق القاذف، وإلا، فالمقذوف فيه ثلاثة أقوال: أظهرها: الفرق. ولو قال: قذفتك وأنا صبي، فهو كالمجنون المعهود، ولو قال: جرى القذف على لساني وأنا نائم، لم يقبل لبعده. ولو أقام القاذف بينة أن القذف كان في الصغر أو الجنون، وأقام المقذوف بينة أنه كان في حال الكمال، فإن كانت البينتان مطلقتين، أو مختلفي التاريخ، أو إحداهما مطلقة، والأخرى مؤرخة، فهما قذفان، وعليه الحد لما وقع في حالة الكمال. وإن اتحد تاريخهما، تعارضتا. وفي التعارض أقوال معروفة. قال الإمام: ولا يجيء هنا القسمة ولا الوقف، وحكي عن القاضي حسين قول القرعة، واستبعده وقال: الوجه القطع بالتهاتر، فيكون كما لو لم تكن بينة، وبهذا قطع البغوي. وحيث صدقنا القاذف بيمينه، فلو نكل وحلف المقذوف، وجب الحد على القاذف، ويجوز اللعان في الزوجة.

الثالثة: إذا صدقته في القذف، واعترفت بالزنا بعد لعان الزوج، تأكد لعانه،

فإن كانت لاعنت، فعليها حد الزنا لاعترافها، إلا أن يرجع عن الإقرار، وإن صدقته قبل لعانه، أو في أثناؤه، سقط عنه الحد، ووجب عليها حد الزنا، والصحيح أنه لا يلاعن بعد ذلك، ولا تتم اللعان إن صدقته في أثناؤه إلا أن يكون ولد فينفيه.

الرابعة: إذا مات أحد الزوجين قبل أن يتم لعان الزوج، ورثه الآخر، ثم إن كان الميت الزوج، استقر نسب الولد، وليس للوارث نفيه، وإن ماتت هي، جاز له إتمام اللعان إن كان هناك ولد، فإن لم يكن، نظر، إن لم يكن لها وارث غير الزوج، بأن كان ابن عمها أو معتقها، ورث الحد وسقط، وكذا لو لم يرثها إلا الزوج وأولاده منها، لأن الولد لا يجوز أن يستوفي حد القذف من أبيه، وإذا سقط الحد ولم يكن هناك ولد، فقد سبق أنه لا يجوز اللعان لسائر الأغراض، فلو كان يرثها غير الزوج وأولاده، فما ورثه الزوج وأولاده يسقط، ويجيء الخلاف فيما إذا سقط بعض الحد بعفو بعض الورثة، إن قلنا: يسقط الجميع، فكذلك يسقط الكل هنا، ويمتنع اللعان. وإن قلنا: للباقيين المطالبة بجميع الحد أو بقسطهم وطلبوا، فله اللعان للدفع، وفي جواز اللعان قبل المطالبة الخلاف السابق.

الخامسة: عبد قذف زوجته، ثم عتق وطالبته، فله اللعان. فإن نكل حد حد العبيد، لأنه وجب في الرق، وكذا لو زنا في الرق ثم عتق، حد حد العبيد. ولو قذف الذمي أو زنا، ثم نقض العهد فسبي واسترق، حد حد الأحرار، ولو كانت الزوجة أمة فنكل عن اللعان، فعليه التعزير. وإن لاعن حدت حد الإماء وإن عتقت بعد القذف.

وإن قذف مسلم زوجته الذمية أو الصغيرة أو المجنونة، ثم طلبت الذمية، أو طلبتا بعد البلوغ والإفاقة، فإن نكل، فعليه التعزير، وإن لاعن ونكلت الذمية، فعليها حد الزنا، وإن نكل الأخریان، فلا شيء عليهما.

السادسة: في «التتمة» أن الملاعن لو قبل من نفاه، وقلنا: يلزمه القصاص فاستلحقه، حكم بثبوت النسب وسقوط القصاص.

وأن الذمي لو نفى ولداً ثم أسلم، لم يتبعه المنفي في الإسلام. ولو مات وقسم ميراثه بين أقاربه الكفار، ثم استلحقه الذمي الذي أسلم، ثبت نسبه وإسلامه، واسترد المال وصرف إليه، وأن المنفي باللعان إذا كان قد ولد على فراش صحيح، لو استلحقه غيره، لم يصح، كما لو استلحقه قبل أن ينفيه صاحب الفراش، لأنه وإن نفاه، فحق الاستلحاق باق له، فلا يجوز تفويته، ولو كان يلحقه نسبه بشبهة أو نكاح فاسد، فنفاه فاستلحقه غيره، لحقه، لأنه لو نازعه فيه قبل النفي، سمعت دعواه.

السابعة: فيما جمع من فتاوى القفال وغيره، أن سقوط حد القذف عن القاذف وعدم حد الزنا على المقذوف لا يجتمعان إلا في مسألتين: إحداهما: إذا أقام القاذف بينة على زنا المقذوفة، وأقامت بينة على أنها عذراء.

الثانية: إذا أقام شاهدين على إقرار المقذوف بالزنا، وقلنا الإقرار: بالزنا لا يثبت بشاهدين، فإنه يسقط حد القذف على الأصح. ومراده ما سوى صورة التلاعن، فإن الزوجين إذا تلاعنا، اندفع الحدان. وهنا صورة رابعة يسقط فيها الحدان، وهي إذا أقام القاذف بينة بإقرار المقذوف بالزنا، ثم رجع المقذوف عن الإقرار، سقط عنه حد الزنا، ولا يقبل رجوعه في حق القاذف، فلا يلزمه حد القذف.

قلت: مراد القفال: لا يسقط حد القذف مع أنه لا يحكم بوجوب حد الزنا ولا يقبل رجوعه إلا في المسألتين الأوليين، فلا يرد عليه الأخريان، لأنه وجب فيهما حد الزنا، ثم سقط بلعانها أو بالرجوع. ولهذا قال: وعدم حد الزنا عن المقذوف، ولم يقل: وسقوط حد الزنا، كما قال: سقوط حد القذف. فالحاصل أنه لا يسقط حد القذف ويمتنع وجوب حد الزنا، إلا في المسألتين الأوليين، ولا يسقط حد القذف وحد الزنا إلا في أربع مسائل: والمراد: السقوط بحكم الشرع، لا بعفو ونحوه. والله أعلم.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب العدَد (١)

فيه أبواب:

الأول: في عدة الطلاق وسائر أنواع الفرقة الواقعة في الحياة.

والثاني: في تداخل العدتين وعدمه.

والثالث: في عدة الوفاة.

والرابع: في السكنى.

والخامس: في الاستبراء.

الباب الأول: في عدة الطلاق وما في معناه من اللعان،

وسائر الفسوخ، ووطء الشبهة

وإنما تجب هذه العدة إذا فارقتها بعد الدخول، فإن فارق قبله، فلا عدة. واستدخال المرأة مني الرجل، يقام مقام الوطء في وجوب العدة، وثبوت النسب، وكذا استدخال ماء من تظنه زوجها يقوم مقام وطء الشبهة، ولا اعتبار بقول الأطباء أن المنى إذ ضرب به الهواء، لم ينعقد منه الولد، لأنه قول بالظن، لا ينافي الإمكان. وفي «التتمة» وجه أن استدخال المنى لا يوجب عدة، لعدم صورة الوطء، وهو شاذ ضعيف، ولا تقام الخلوة مقام الوطء على الجديد، كما سبق في «كتاب الصداق» ولو وطئ الخصي زوجته ثم طلق، وجبت العدة والخصي: من قطعت أنثياه وبقي ذكره. وأما من قطع ذكره وبقي أنثياه، فلا عدة على زوجته بالطلاق إن كانت حائلاً، فإن ظهر بها حمل، فقد ذكرنا في اللعان، أنه يلحقه الولد فعليها العدة بوضع الحمل. وأما الممسوح الذي لم يبق له شيء أصلاً، فلا يتصور منه دخول. ولو ولدت زوجته، لم يلحقه على المذهب، ولا تجب عدة الطلاق، ووطء الصبي، وإن كان في سن لا يولد له، يوجب عدة الطلاق، لأن الوطء شاغل في الجملة. ولذلك لو علق

(١) العدة لغة: مأخوذة من العدَد والإحصاء، لاشتغالها عليه من الأقراء والأشهر.

وشرعاً: اسم لمدة معينة تربصها المرأة، تعبداً لله عز وجل، أو تفجعاً على زوج، أو تأكيداً من براءة رحم. والعدة من آثار الطلاق أو الوفاة.

الطلاق على براءة الرحم يقيناً وحصلت الصفة، طلقت ووجبت العدة إذا كانت مدخولاً بها.

فصل: عدة الطلاق ونحوه، ثلاثة أنواع: الأقراء، والأشهر، والحمل، ولا مدخل للأقراء في عدة الوفاة، ويدخل النوعان الآخران:

النوع الأول: الأقراء، وواحدها قرء بفتح القاف، ويقال بضمها، وزعم بعضهم، أنه بالفتح الطهر، وبالضم الحيض. والصحيح أنهما يقعان على الحيض والطهر لغة، ثم فيه وجهان للأصحاب: أحدهما: أنه حقيقة في الطهر، مجاز في الحيض. وأصحهما: أنه حقيقة فيهما، هذا أصله في اللغة، والمراد بالأقراء في العدة: الأطهار. وفي المراد بالطهر هنا، قولان: أحدهما: الانتقال إلى الحيض دون عكسه. وأظهرهما: أنه الطهر المحتوش بدمين، لا مجرد الانتقال إلى الحيض، ممن نص على ترجيح هذا القول، البغوي والرويان وغيرهما، وفيه مخالفة لما سبق في الطلاق، أن الأكثرين أوقعوا الطلاق في الحال وإذا قال للتي لم تحض: أنت طالق في كل قرء، ويجوز أن يجعل ترجيحهم لوقوع الطلاق لمعنى يختص بتلك الصورة، لا لرجحان القول، بأن الطهر الانتقال، ثم إذا طلقها وقد بقي من الطهر بقية، حسبت تلك البقية قرءاً، سواء كان جامعها في تلك البقية أم لا، فإذا طلقها وهي طاهر فحاضت، ثم طهرت، ثم حاضت، ثم طهرت، ثم شرعت في الحيض، انقضت عدتها، وإن طلقها في الحيض، فإذا شرعت في الحيضة الرابعة، انقضت عدتها. وهل تنقضي العدة برؤية الدم للحيضة الثالثة أو الرابعة، أم يعتبر مضي يوم وليلة بعد رؤية الدم ليعلم أنه حيض؟ فيه قولان: أظهرهما: الأول، لأن الظاهر أنه دم حيض، ولئلا تزيد العدة على ثلاثة أقراء. وقيل: إن رأت الدم لعادتها، انقضت برؤيته، وإن رآته على خلافها، اعتبر يوم وليلة. وإذا حكمنا بانقضائها بالرؤية، فانقطع الدم لدون يوم وليلة، ولم يعد حتى مضت خمسة عشر يوماً، تبين أن العدة لم تنقض ثم لحظة رؤية الدم أو اليوم واللييلة، إذا اعتبرناهما، هل هما من نفس العدة، أم يتبين بهما انقضاؤها وليساً منها؟ وجهان: أحدهما: الثاني.

قلت: قال أصحابنا: إن جعلناه من العدة، صحت فيه الرجعة، ولا يصح نكاحها لأجنبي فيه، وإلا فينعكس. وقد سبق هذا، ولكن لا يليق إخلاء هذا الموضع منه. والله أعلم.

فرع: قال: أنت طالق في آخر طهرك، أو في آخر جزء من أجزاء طهرك. فإن قلنا: القرء الانتقال، اعتد بذلك الجزء، وإلا فلا.

ولو طلق من لم تحض أصلاً، إن قلنا: الطهر الانتقال، حسب طهرها، قرءاً، وإلا فلا.

واعلم أن قولهم: القرء هو الطهر المحتوش، أو الانتقال، ليس مرادهم الطهر بتمامه، لأنه لا خلاف أن بقية الطهر تحسب قرءاً، وإنما مرادهم أنه هل يعتبر من الطهر المحتوش شيء، أم يكفي الانتقال؟ والمكتفون بالانتقال قالوا: الانتقال وحده قرء، فإن وجد قبله شيء من الطهر، أدخلوه في اسم القرء. ولهذا قالوا: لو قال للتي لم تحض: أنت طالق في كل قرء طلقة، طلقت في الحال تفريعاً على هذا القول، ولم يؤخروا الوقوع إلى الحيض للانتقال.

فصل: الحرة التي تحيض، عدة طلاقها ثلاثة أقراء، والأمة قرآن، والمكاتبه، والمديرة، وأم الولد، ومن بعضها رقيق، كالقنة في العدة. ولو وطئت أمة بنكاح فاسد، أو بشبهة نكاح، اعتدت بقرين كتطليقها، وإن وطئت بشبهة ملك اليمين، استبرأت بقرء واحد.

فرع: لو عتقت الأمة المطلقة في العدة، فهل يتم عدة حرة، أم أمة، أم يفرق، فإن كانت بائنة، فعدة الأمة، وإلا فعدة حرة؟ فيه أقوال: أظهرها: الثالث، وهو الجديد. ولو طلق العبد الأمة رجعيّاً فعتقت في العدة، ثم فسخت في الحال، فهل تبني أم تستأنف العدة؟ فيه خلاف كما لو طلق الرجعية طلقة أخرى، وعن أبي إسحاق وغيره القطع بالبناء. ولو أخرت الفسخ حتى راجعها ثم فسخت قبل الوطء، ففيه الطريقان. والمذهب الاستئناف، لأنها فسخت وهي زوجة، والفسخ يوجب العدة. وحيث قلنا: تستأنف، فتستأنف عدة حرة. وحيث قلنا: تبني، فهل تبني على عدة حرة، أم أمة؟ فيه الخلاف فيما إذا عتقت المعتدة بلا فسخ.

فرع: وطىء أمة أجنبي يظنها أمته، لم يلزمها إلا قرء. ولو ظنها زوجته المملوكة، فهل يلزمها قرء أم قرآن اعتباراً باعتقاده؟ وجهان: أحدهما: قرآن، وإن ظنها زوجته الحرة، فهل يلزمها قرء أم قرآن أم ثلاثة؟ فيه أوجه: أحدها: الثالث. ولو وطىء حرة يظنها أمته، فقطع جماعة بثلاثة أقراء، لأن الظن يؤثر في الاحتياط دون المساهلة، وأجرى المتولي الوجهين، إن اعتبرنا حالها، فثلاثة أقراء، أو ظنه فقراً. ولو ظنها زوجته المملوكة، فطرد فيه الوجهين، هل يجب قرآن لظنه، أم ثلاثة؟ والأشبه النظر إلى ظنه لأن العدة لحقه.

فصل: المعتدات أصناف:

الصنف الأول: من لها حيض وطهر صحيحان، فتعتد بالأقراء وإن تباعد حيضها وطال طهرها.

الصنف الثاني: المستحاضة، فإن كان لها مردّ، اعتدت بالأقراء المردود إليها من تمييز أو عادة، أو الأقل، أو الغالب إن كانت مبتدأة كما سبق في الحيض، والأظهر: رد المبتدأة إلى الأقل. وعلى القولين: إذا مضت ثلاثة أشهر، انقضت عدتها، لا شتمال كل شهر على حيض وطهر غالباً، وشهرها ثلاثون يوماً، والحساب من أول رؤية الدم، هكذا أطلق، ويمكن أن يعتبر بالأهلة، كما سنذكره إن شاء الله تعالى في الناسية، وقد أشار إليه مشيرون، فإن لم يكن لها مردّ وهي المتحيرة، فقد سبق في «كتاب الحيض» أنها على قول ترد إلى مرد المبتدأة، وأن المذهب أن عليها الاحتياط. فإن قلنا: كالمبتدأة، انقضت عدتها بثلاثة أشهر، وإن قلنا بالاحتياط، فالأصح أنها كالمبتدأة أيضاً لعظم المشقة في الانتظار. والثاني: يلزمها الاحتياط كمن تباعد حيضها، فتؤمر بالتربص إلى سن اليأس، أو أربع سنين، أو تسعة أشهر، على الخلاف الآتي، ولا نقول: تمتد الرجعة وحق السكنى جميع هذه المدة، لأن الزوج يتضرر به، بل لا يزيد ذلك على ثلاثة أشهر، ويختص الاحتياط بما يتعلق بها، وهو تحريم النكاح. وإذا قلنا: تنقضي عدتها بثلاثة أشهر في الحال، فالاعتبار بالأهلة، فإن انطبق الطلاق على أول الهلال، فذاك، وإن وقع في أثناء الشهر الهلالي، فإن كان الباقي أكثر من خمسة عشر يوماً، حسب قرءاً، وتعتد بعده بهالين. وإن كان خمسة عشر فما دونها، فهل يحسب قرءاً؟ وجهان: أصحهما: لا. وعلى هذا، فقد ذكر أكثرهم أن ذلك الباقي لا اعتبار به، وأنها تدخل في العدة لاستقبال الهلال. والمفهوم مما قالوا تصريحاً وتلويحاً أن الأشهر ليست متأصلة في حق الناسية، ولكن يحسب كل شهر قرءاً لا شتماله على حيض وطهر غالباً. وأشار بعضهم إلى أن الأشهر أصل في حقها، كما في حق الصغيرة والمجنونة، ومقتضى هذا أن تدخل في العدة من وقت الطلاق، ويكون كما لو طلق ذات الأشهر في أثناء الشهر، كما سنذكره إن شاء الله تعالى. ولو كانت المتحيرة المنقطعة الدم، ترى يوماً دماً، ويوماً نقاءً، لم تنقض عدتها إلا بثلاثة أشهر سواء قلنا بالتلفيق أم بالسحب.

والأطهار الناقصة المتخللة لا تنقضي بها العدة بحال.

الصنف الثالث: من لم تر دماً ليأس، وصغر، أو بلغت سن الحيض أو جاوزته ولم تحض، فعدتها ثلاثة أشهر بنص القرآن، ولو ولدت ولم تر حيضاً قط ولا نفاساً، فهل تعتد بالأشهر، أم هي كمن انقطع حيضها بلا سبب؟ وجهان: وبالأول قال الشيخ أبو حامد.

قلت: الصحيح الاعتداد بالأشهر، لدخولها في قول الله تعالى: ﴿وَالَّتِي لَمْ يَحْضَنْ﴾ وذكر الرافعي في آخر العدد عن «فتاوى البغوي»: أن التي لم تحض قط، إذا

ولدت ونفست، تعدت بثلاثة أشهر، ولا يجعلها النفاس من ذوات الأقراء فجزم البغوي بهذا، ولم يذكر الرافعي هناك خلافاً. والله أعلم.

ثم إن الأشهر معتبرة بالهلال، وعليه المواقيت الشرعية، وإن انطبق الطلاق على أول الهلال، فذاك، وإن انكسر، اعتبر شهران بالهلال، ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الرابع. فقال ابن بنت الشافعي: إذا انكسر شهر، انكسر الجميع، والصحيح الأول. وإذا وقع الطلاق في أثناء الليل أو النهار، ابتدىء حساب الشهر من حينئذ. وإذا اعتدت صغيرة بالأشهر ثم حاضت بعد فراغها، فقد انقضت العدة، ولا يلزمها الأقراء، ولو حاضت في أثناء الأشهر، انتقلت إلى الأقراء، وهل يحسب ما مضى قرءاً؟ وجهان: أقربهما إلى ظاهر النص المنع.

فإن كانت الآيسة، والتي لم تحض أمة، فهل عدتها ثلاثة أشهر، أم شهران، أم شهر ونصف؟ فيه أقوال: قال المحاملي: أظهرها: الأول، واختاره الروياني، قال: ولكن القياس، وظاهر المذهب، شهر ونصف، وعليه جمهور أصحابنا الخراسانيين.

الصنف الرابع: من انقطع دمها، ينظر، إن انقطع لعارض يعرف لرضاع، أو نفاس، أو مرض، أو داء باطن، صبرت حتى تحيض، فتعدت بالأقراء، أو تبلغ سن اليأس، فتعدت بالأشهر، ولا تبالي بطول مدة الانتظار، وإن انقطع لا لعدة تعرف، فالقول الجديد: أنه كالانقطاع لعارض، والقديم: أنها تربص تسعة أشهر. وفي قول أربع سنين، وفي قول مخرج ستة أشهر، ثم بعد التربص، تعدت بثلاثة أشهر. فإذا قلنا بالقديم فحاضت بعد التربص والعدة وبعدما تزوجت، استمر النكاح للثاني على الصحيح، وقيل: يتبين بطلانه، لتبيننا أنها ليست من ذوات الأشهر، وإن حاضت قبل تمام التربص، بطل التربص وانتقلت إلى الأقراء، ويحسب ما مضى قرءاً بلا خلاف، فإن لم يعاودها الدم، ولم تتم الأقراء، استأنفت التربص لتعدت بعده بالأشهر، لأن التربص الأول بطل بظهور الدم. قال المتولي: لا نأمرها باستئناف التربص، لأننا على هذا القول، لا نعتبر اليأس، وإنما نعتبر ظهور براءة الرحم وقد ظهرت البراءة، ورؤية الدم تؤكد البراءة. والصحيح المعروف، هو الأول، وإن حاضت بعد التربص، وفي مدة العدة انتقلت إلى الأقراء، فإن لم يعاودها الدم، عاد الصحيح، وقول المتولي. وإذا تربصت، فتبني الأشهر على ما مضى من الأشهر الثلاثة، أم تستأنف الأشهر؟ وجهان: أحدهما: تستأنف كما تستأنف التربص، وأصحهما: تبني، لأن ما مضى من الأشهر كان من صلب العدة، فلا معنى لإبطاله، بخلاف التربص، فعلى هذا في كيفية البناء وجهان: أحدهما: تعد ما مضى قرءاً، ويبقى عليها قرآن، فتعدت بدلها بشهرين. وعلى هذا، لو حاضت مرتين، بقي عليها قرء، فتعدت بدله بشهر.

وأصحهما: يحسب ما مضى من الأيام، وتتمة ثلاثة أشهر، ولا تضم بعض الأشهر إلى بعض الأقراء، لثلا يجمع بين البدل والمبدل، هكذا أطلقوا ذكر عدم المعاودة في صورتين، ولم يقولوا: إذا لم تعد إلى مدة كذا. ويشبه أن يضبط بعادتها القديمة، أو بغالب عادات النساء. وإن حاضت بعد التربص والأشهر، وقبل النكاح، فأوجه: أصحها: وينسب إلى النص: تنتقل إلى الأقراء. والثاني: لا، بل انقضت العدة. والثالث: عن ابن أبي هريرة: إن اعتدت بالأشهر بحكم قاض، لم ينقض حكمه، ولم تنتقل إلى الأقراء، وإن اعتدت بها بمجرد فتوى، انتقلت، وسواء في هذه الصور والأحكام، جعلنا التربص ستة أشهر أو تسعة، أو أربع سنين، هذا كله تفريع القديم. أما إذا قلنا بالجديد وهو انتظار سن اليأس، ففي النسوة المعتبرات قولان: أظهرهما وإليه ميل الأكثرين: يعتبر أقصى يأس نساء العالم. قال الإمام: ولا يمكن طوف العالم، وإنما المراد ما يبلغ خبره ويعرف. وعلى هذا، فالأشهر أن سن اليأس، اثنان وستون سنة، وقيل: ستون، وقيل: خمسون، حكاهما أبو الحسن بن خيران في كتابه اللطيف، وحكاهما غيره. وقال السرخسي: تسعون سنة. وحكي أن امرأة حاضت لتسعين سنة، وعن أبي علي الطبري تخريج وجه أنه يعتبر سن اليأس غالباً، ولا يعتبر الأقصى. والقول الثاني، أنه يعتبر يأس عشرين من الأبوين، نص عليه في «الأم». وقيل: يعتبر نساء العصابات، وقيل: نساء البلد. فإذا رأت الدم بعد سن اليأس، نظر، إن رآته في أثناء الأشهر، انتقلت إلى الأقراء، وحسب ما مضى قرءاً بلا خلاف، فتضم إليه قرءين.

واعلم أنا إذا اعتبرنا أقصى اليأس في العالم، فبلغته، ثم رأت الدم، صار أقصى اليأس ما رآته، ويعتبر بعد ذلك غيرها بها، ثم إن لم يعاودها الدم، رجعت إلى الأشهر. وهل تؤمر بالتربص قبلها تسعة أشهر، أو أربع سنين؟ وجهان: أحدهما: نعم، استظهاراً، وأصحهما: لا، لأنها بلغت اليأس. ثم في «التممة»، أنها تعتد بشهرين، بدلاً عن قرءين، والذي صححه الأئمة وحكوه عن القفال وغيره، أنها تعتد بثلاثة أشهر تستأنفها. ولا يجيء في البناء الخلاف السابق في تفريع القديم، لأنه في القديم تكفي غلبة الظن، وهنا يطلب اليقين أو القرب منه. فإذا رأت الدم، بطل ما ظنناه يأساً، وبطل ما ترتب عليه من العدة، فوجب الاستئناف.

وأما إذا رأت الدم بعد تمام الأشهر، فثلاثة أقوال: أحدها: لا يلزمها العود إلى الأقراء، بل انقضت عدتها، كما لو حاضت الصغيرة بعد الأشهر. والثاني: يلزمها، لأنه بان أنها ليست آيسة، بخلاف الصغيرة، فإنها برؤية الحيض لا تخرج عن كونها وقت الاعتداد من اللائي لم يحضن، وهذا أصح عند البغوي. والثالث وهو

الأظهر فيما يدل عليه كلام الأكثرين: إن كانت نكحت بعد الأشهر، فقد تمت العدة، والنكاح صحيح، وإلا لزمها الأقراء، وقطع صاحباً «التتمة» و«الشامل» بصحة النكاح.

النوع الثالث: الحمل.

قد سبق أن عدة الطلاق ثلاثة أنواع: الأقراء، والأشهر، وقد مضى، والتف أحدهما بالآخر، والثالث: هو الحمل، ويشترط في انقضاء العدة به شرطان: أحدهما: كونه منسوباً إلى مَنْ العدة منه. إما ظاهراً، وإما احتمالاً، كالمنفي باللعان. فإذا لاعن حاملاً ونفى الحمل، انقضت عدتها بوضعه لإمكان كونها منه، والقول قولها في العدة إذا تحقق الإمكان.

أما إذا لم يمكن أن يكون منه، بأن مات صبي لا ينزل وامرأته حامل، فلا تنقضي عدتها بوضع الحمل، بل تعتد بالأشهر. ولو مات من قطع ذكره وأنثياه، وامرأته حامل، لم تنقض عدتها بوضعه على المذهب، بناءً على أنه لا يلحقه الولد. وعن الإصطخري والصيرفي والقفال: أنه يلحقه. وحكي هذا قول للشافعي، وقد سبق في «اللعان». فعلى هذا، تنقضي عدتها بوضعه. ومن سُلَّ خصياه وبقي ذكره، كالفحل في لحوق الولد على المذهب، فتنقضي العدة منه بوضعه، سواء فيه عدة الوفاة والطلاق. وفي وجه: لا يلحقه فلا تنقضي به العدة، وحكى القاضي أبو الطيب وجهاً أنه إن كان مسلول الخصية اليمنى لم يلحقه وإن بقيت اليسرى، لأنه يقال: إن الماء من الخصية اليمنى، والشعر من اليسرى. ونقل الروياني في «جمع الجوامع»، أن أبا بكر بن الحداد، كان فقيد الخصية اليمنى، فكان لا ينزل، وكانت لحيته طويلة، وهذا شيء يعتمد به الجمهور.

وأما محبوب الذكر باقي الأنثيين، فيلحقه الولد، فتعتد امرأته عن الوفاة بوضع الحمل، ولا يلزمها عدة الطلاق لعدم الدخول.

فرع: من مات عن زوجته، أو طلقها وهي حامل بولد، لا يمكن أن يكون منه، بأن وضعته لدون ستة أشهر من حين العقد، أو لأكثر، ولكن كان بين الزوجين مسافة لا تقطع في تلك المدة، لم تنقض به عدته، هذا هو المذهب، وبه قطع الأصحاب. وحكى الغزالي في «الوجيز» وجهين آخرين: أحدهما: تنقضي، لاحتمال أنه وطئها بشبهة قبل النكاح، وبكفي الاحتمال، كالولد المنفي باللعان. والثاني: إن ادعت وطء شبهة، حكم بانقضاء العدة، لأن القول في العدة قولها مع الإمكان، ولم يذكر هذه الأوجه في «الوسيط» و«البسيط» في هذه الصورة، بل ذكرها فيمن قال: إن ولدت فأنت طالق، فولدت وشرعت في العدة، ثم ولدت بعد ستة أشهر ولداً آخر.

والثالث: الفرق بين أن تدعي وطءاً محترماً من الزوج بعد الولادة الأولى فتتنقضي العدة، أو لا فلا.

فإذا قلنا بالمذهب، فإن كان المولود لاحقاً بغيره بوطء شبهة، أو في عقد فاسد، انقضت عدة الوطء بوضعه، ثم تعتد عن الزوج بعده، وإن كان من زنا، اعتدت عدة الوفاة من يوم الموت، أو عدة الطلاق من يوم الطلاق، وتنقضي العدة مع الحمل في عدة الوفاة. وفي عدة الطلاق، إذا كانت من ذوات الأشهر، أو كانت من ذوات الأقراء، ولم تر دماً أو رآته، وقلنا: إن الحامل لا تحيض وإن رآته، وقلنا: إنه حيض، ففي انقضاء العدة بأطهارها وهي حامل وجهان: أحدهما: الانقضاء، لأن حمل الزنا كالمعدوم. فعلى هذا، لو زنت في عدة الوفاة أو الطلاق، وحبلت من الزنا، لم يمنع ذلك انقضاء العدة، ولو كان الحمل مجهول الحال، حمل على أنه من زنا، قاله الروياني في «جمع الجوامع».

فرع: لو نكح حاملاً من الزنا، صح نكاحه بلا خلاف. وهل له وطؤها قبل الوضع؟ وجهان: أحدهما: نعم، إذ لا حرمة له، ومنعه ابن الحداد. الشرط الثاني: أن تضع الحمل بتمامه، فلو كانت حاملاً بتوأمين، لم تنقض العدة حتى تضعهما، حتى لو كانت رجعية، ووضعت أحدهما، فله الرجعة قبل أن تضع الثاني، وإنما يكونان توأمين إذا وضعتهما معاً، أو كان بينهما دون ستة أشهر، فإن كان بينهما ستة أشهر فصاعداً، فالثاني حمل آخر.

فرع: لا تنقضي العدة بخروج بعض الولد، ولو خرج بعضه منفصلاً أو غير منفصل ولم يخرج الباقي، بقيت الرجعة. ولو طلقها، وقع الطلاق. ولو مات أحدهما ورثه الآخر، وكذا تبقى سائر أحكام الجنين في الذي خرج بعضه دون بعض، كمنع توريثه، وكسرية عتق الأم إليه، وعدم إجزائه عن الكفارة، ووجوب الغرة عند الجناية على الأم، وتبعية الأم في البيع والهبة وغيرهما. وفي وجه ضعيف: إذا خرج كان حكمه حكم المنفصل كله في جميع ما ذكرنا، إلا في العدة، فإنها لا تنقضي إلا بفراغ الرحم، وينسب إلى القفال وهو منقاس، ولكنه بعيد في المذهب.

فرع: تنقضي العدة بانفصال الولد حياً، أو ميتاً، ولا تنقضي بإسقاط العلقه والدم.

ولو أسقطت مضغة، فلها أحوال:

أحدها: أن يظهر فيها شيء من صورة الآدمي، كيد، أو أصبع، أو ظفر وغيرها، فتتنقضي بها العدة.

والثاني: أن لا يظهر شيء من صورة الآدمي لكل أحد، لكن قال أهل الخبرة

من النساء: فيه صورة خفية، وهي بينة لنا وإن خفيت على غيرها، فتقبل شهادتهن، ويحكم بانقضاء العدة وسائر الأحكام.

الثالث: أن لا يكون صورة ظاهرة ولا خفية يعرفها القوابل، لكنهن قلن: إنه أصل آدمي، ولو بقي لتصور ولتخلق، فالنص أن العدة تنقضي به. ونص أنه لا يجب فيه الغرة، وأشعر نصه أنه لا يثبت به الاستيلاد، فقل في الجميع قولان: وقيل: بتقرير النصوص، لأن المراد بالعدة براءة الرحم وقد حصلت. والأصل براءة الذمة في الغرة. وأمومة الولد إنما تثبت تبعاً للولد. وقيل: تثبت هذه الأحكام قطعاً، وحمل نص المنع على ما إذا يعلمن أنه مبتدأ خلق. وقيل: لا تثبت قطعاً، وحمل نص العدة على ما إذا كانت صورة خفية، والمذهب على الجملة انقضاء العدة ومنع الآخرين.

ولو شك القوابل في أنه لحم آدمي، أم لا، لم يثبت شيء من هذه الأحكام، بلا خلاف. ولو اختلف الزوجان، فقالت: كان السقط الذي وضعت مما تنقضي به العدة، وأنكر الزوج، وضاع السقط، فالقول قولها بيمينها، لأنها مأمونة في العدة.

فصل: إذا كانت تعتد بالأقراء أو بالأشهر، فظهر بها حمل من الزوج، اعتدت بوضعه، ولا اعتبار بما مضى من الأقراء والأشهر، فإن لم يظهر الحمل بأماره، ولكنها ارتابت لثقل وحركة تجدها، نظر، إن ارتابت قبل تمام الأشهر، أو الأقراء، فليس لها أن تتزوج بعد تمامها حتى تزول الرِّية. فإن تزوجت، فالنكاح باطل. وإن ارتابت بعد أن انقضت الأقراء أو الأشهر وتزوجت، لم يحكم ببطلان النكاح، لكن لو تحققنا كونها حاملاً وقت النكاح، بأن ولدت لدون ستة أشهر من وقت النكاح، تبيناً بطلان النكاح، وإن ولدت لستة أشهر فصاعداً، فالولد للثاني، ونكاحه مستمر على صحته. وإن ارتابت بعد الأقراء والأشهر، وقبل أن تتزوج، فالأولى أن تصبر إلى زوال الرِّية، فإن لم تفعل وتزوجت، فالمذهب القطع بأن النكاح لا يبطل في الحال، بل هو كما لو تزوجت، وهو نصه في «المختصر» و«الأم»، وبه قال ابن خيران، وأبو إسحاق، والإصطخري، لأننا حكمنا بانقضاء العدة، فلا يبطله بالشك، وقيل: يحكم ببطلانه، حكى عن ابن سريج. وقيل: قولان:

فصل: أكثر مدة الحمل أربع سنين، فلو أبانها بخلع أو بالثلاث، أو بفسخ، أو لعان ولم ينف الحمل، فولدت لأربع سنين فأقل من وقت الفراق، لحق الولد بالزوج، هكذا أطلقوه. وقال أبو منصور التميمي: ينبغي أن يقال: لأربع سنين من وقت إمكان العلوق، وقبيل الطلاق، وهذا قويم، وفي إطلاقهم تساهل، وسواء أقرت بانقضاء عدتها ثم ولدت، أم لم تقر، لأن النسب حق الولد، فلا ينقطع بإقرارها.

وقال ابن سريج: إذا أقرت بانقضائها ثم ولدت، لم يلحقه إلا أن تأتي به لدون ستة أشهر من الأقراء، كما إذا صارت الأمة فراشاً لسيدها بالوطء ثم استبرأها فأدت بولد بعد الاستبراء لستة أشهر فصاعداً، لا يلحقه، نص عليه. فمن الأصحاب من جعل المسألتين على قولين، وقطع الجمهور بتقرير النصين، وفرقوا بأن فراش النكاح أقوى وأسرع ثبوتاً، فإنه يثبت بمجرد الإمكان. أما إذا ولدت لأكثر من أربع سنين، فالولد منفي عنه بلا لعان.

ولو طلقها رجعيّاً ثم ولدت، فالحكم على التفصيل المذكور، إلا أن السنين الأربع، هل تحسب من وقت الطلاق، أم من وقت انصرام العدة؟ قولان: أظهرهما: الأول، لأنها كالبائن في تحريم الوطء، فلا يؤثر كونها زوجة في معظم الأحكام. فإن قلنا: من وقت الانصرام، فقد أطلق الشيخ أبو حامد وابن الصباغ وغيرهما حكاية وجهين: أحدهما: أنه يلحقه متى أتت به من غير تقدير، لأن الفراش على هذا القول، إنما يزول بانقضاء العدة. والثاني: أنه إذا مضت العدة بالأقراء أو الأشهر، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين من انقضائها، لم يلحقه، لأننا تحققنا أنه لم يكن موجوداً في الأقراء والأشهر، فتبين بانقضائها، وتصير كما لو بان بالطلاق، ثم ولدت لأكثر من أربع سنين. وهذا الثاني هو الأصح عند الأكثرين، وحكوه عن نص الشافعي رحمه الله. ولك أن تقول هذا، وإن استمر في الأقراء، لا يستمر في الأشهر، فإن التي لا تحمل، لا تعتد بالأشهر، فإذا حبلت، بان أن عدتها لم تنقض بالأشهر، وسيأتي نظير هذا إن شاء الله تعالى، ثم هذا الخلاف، على ما ذكره الروياني وغيره، فيما إذا أقرت بانقضاء العدة، فإن لم تقر، فالولد الذي تأتي به، يلحقه وإن طال الزمان، لأن العدة قد تمتد لطول الطهر. وحكى القفال فيما إذا لم تقر وجهاً ضعيفاً، أنه إذا مضت ثلاثة أشهر ثم ولدت لأكثر من أربع سنين، لم يلحقه، لأن الغالب انقضاء العدة في ثلاثة أشهر، ومتى حكمنا بثبوت النسب، كانت المرأة معتدة إلى الوضع، فيثبت للزوج الرجعة إن كانت رجعية، ولها السكنى والنفقة.

فرع: ولدت لأكثر من أربع سنين، وادعت في الطلاق الرجعي أن الزوج راجعها، أو أنه جدد نكاحها، أو وطئها بشبهة، وأنها ولدت له على الفراش المجدد، نظر، إن صدقها الزوج، لزمه مقتضى إقراره، فعليه المهر في صورة التجديد، والنفقة والسكنى في الرجعة، والتجديد جميعاً، ويلحقه الولد للفراش، وإن أنكر إحداث فراش، فهو المصدق بيمينه، وعليها البينة، فإن نكل، حلفت، وثبت النسب، إلا أن ينفيه باللعان. وحكى أبو الفرج الزاز قولاً، أنه إذا نكل، لا ترد اليمين عليها، لأنها

إذا حلفت، ثبت نسب الولد، ويبعد أن يحلف الشخص لفائدة غيره، والمشهور الأول، فإن لم يحلفها، أو نكلت، ففي حلف الولد إذا بلغ خلاف سبق في نظائره. وإن اعترف بفراش جديد، وأنكر ولادتها، وادعى أنها التقطته واستعارته، صدق بيمينه، وعليها البينة على الولادة. فإن نكل، حلفت وثبتت الولادة والنسب بالفراش، إلا أن ينفيه باللعان، ويعود في تحليفها الخلاف السابق. ثم قال الأئمة: العدة تنقضي بوضعه وإن حلف الرجل على النفي ولم يثبت ما ادعته، لأنها تزعم أنه منه، فكان كما لو نفي حملها باللعان، فإنه وإن انتفى الولد تنقضي العدة بوضعه لزعمها أنه منه. ولو ادعت على الوارث بعد موت الزوج أن الزوج كان راجعها، أو جدد نكاحها، فإن كان الوارث ممن لا يحجب، نظر، إن كان ابناً واحداً، فالحكم كما لو ادعت على الزوج، إلا أن الوارث يحلف على نفي العلم، وإلا أنه إذا ثبت النسب، لا يمكنه نفيه باللعان. وإن كان له ابنان، وادعت عليهما، فكذبها وحلفا، أو نكلا أو صدقها أحدهما وكذب الآخر وحلفت، ثبت المهر والنفقة بحصة المصدق، ولا يثبت النسب، لأن جميع الورثة لم يتفقوا. وفي ثبوت ميراث الزوجة في حصة المصدق خلاف مذكور في موضعه.

وإن كان الوارث ممن يحجب كالأخ، فإن صدقها فذاك، ولا يرث الولد وإن ثبت نسبه، وإن كذبها، فعلى ما ذكرنا.

فرع: علّق طلاقها بالولادة، فولدت ولدين، فإن كان بينهما دون ستة أشهر، لحقها، وطلقت بالأول، وانقضت عدتها بالثاني، وإن كان بينهما ستة أشهر فأكثر، طلقت بولادة الأول، ثم إن كان الطلاق بائناً، لم يلحقه الثاني، لأن العلوق به لم يكن في نكاح، وإن كان رجعيّاً، بني على أن السنين الأربع تعتبر من وقت الطلاق، أم من انصرام العدة؟ إن قلنا بالأول، لم يلحقه. وإن قلنا بالثاني، لحقه إذا أتت به لدون أربع سنين من ولادة الأول، وتنقضي العدة بوضعه، سواء لحقه أم لا، لاحتمال وطء الشبهة بعد البينة، كذا قاله ابن الصباغ.

ولو ولدت ثلاثة أولاد، فإن كانوا حملاً واحداً، بأن كان بين الأول والثالث دون ستة أشهر، طلقت بالأول، وانقضت عدتها بالثالث، ولحقه الجميع. وإن كان بين الأولين أقل من ستة أشهر، وبين الثاني والثالث أكثر منها، لحقه الأولان وانقضت عدتها بالثاني، ولا يلحقه الثالث. وإن كان بين الأول والثاني أكثر من ستة أشهر، وبين الثاني والثالث، دون الستة، طلقت بالأول ولم يلحقه الآخران إن كان الطلاق بائناً، وإن كان رجعيّاً، ففيه الخلاف. وإن زاد ما بين الأولين على ستة أشهر، وكذا ما بين الثاني والثالث، فالثالث غير لاحق به، وكذا الثاني إن كان

الطلاق بائناً. وإن كان رجعيّاً، فعلى الخلاف، ولو كان ما بين الأولين دون الستة، وكذا ما بين الثاني والثالث، وكان بين الثالث والأول أكثر من الستة، فالأولان لاحقان دون الثالث.

فرع: هذا الكلام السابق، إذا لم تصر بعد الطلاق فراشاً لغيره حتى ولدت، فلو صارت بأن نكحت بعد العدة، ثم ولدت، نظر، إن ولدت لدون ستة أشهر من النكاح الثاني، فكأنها لم تنكح، والحكم على ما سبق، وإن أتت به لستة أشهر فأكثر، فالولد للثاني وإن أمكن كونه من الأول، لأن الفراش للثاني ناجز، فهو أقوى، ولأن النكاح الثاني قد صح ظاهراً. فلو ألحقنا الولد بالأول، لبطل النكاح لوقوعه في العدة، ولا سبيل إلى إبطال ما صح بالاحتمال، ولو نكحت نكاحاً فاسداً، بأن نكحت في العدة، لم يقطع العقد العدة، لكن تسقط نفقتها وسكنها لشوزها.

ثم إن وطئها الزوج عالماً بالتحريم، فهو زان لا يؤثر وطؤه في العدة، وإن جهل التحريم لظنه انقضاء العدة، أو أن المعتدة لا يحرم نكاحها، انقطعت به العدة لمصيرها فراشاً للثاني.

قال الروياني: ودعوى الجهل بتحريم المعتدة، لا يقبل إلا من قريب عهد بالإسلام، ودعوى الجهل بكونها معتدة يقبل من كل أحد، ثم إذا فرق بينهما، تكمل عدة الأول، ثم تعتد للثاني، فلو ولدت لزمان الإمكان من الأول دون الثاني، لحق بالأول وانقضت عدته بوضعه، ثم تعتد للثاني، وإن أتت به لزمان الإمكان من الثاني دون الأول، بأن أتت به لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، فإن كان الطلاق بائناً، فهو ملحق بالثاني، وإن كان رجعيّاً، فهل يلحق بالثاني، أم يقال: فراش الأول باق فيعرض الولد على القائف؟ فيه قولان، وإن ولدته لزمن الإمكان منهما، عرض على القائف، فإن ألحقه بهما، أو نفاه عنهما، أو أشكل عليه، أو لم يكن قائف، انتظر بلوغه وانتسابه بنفسه، وإذا وضعته ومضت ثلاثة أقرء، حلت للزوج، وإن ولدته لزمان لا يمكن أن يكون من واحد منهما، بأن كان لدون ستة أشهر من نكاح الثاني، ولأكثر من أربع سنين من طلاق الأول، لم يلحق واحد منهما إن كان الطلاق بائناً، فإن كان رجعيّاً عاد الخلاف في أنها هل هي فراش. وإذا نفينا عنهما، فعن الشيخ أبي حامد: أنه لا تنقضي العدة بوضعه عن واحد منهما، بل بعد الوضع تكمل العدة عن الأول، ثم تعتد عن الثاني. قال ابن الصباغ: وقياس ما ذكرنا، فيما إذا علق طلاقها بالولادة فولدت ولدين بينهما ستة أشهر، أن الثاني لا يلحقه، وتنقضي العدة بوضعه أن نقول هنا: تنقضي العدة عن أحدهما.

ثم مدة الإمكان من الزوج الثاني، هل تحسب من وقت النكاح الفاسد، أم من

وقت الوطء؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وبالأول قال القفال الشاشي. ويقرب من هذا الخلاف الخلاف في أن العدة في نكاح الفاسد، هل تحسب من آخر وطء فيه، أم من وقت التفريق؟ والأصح من التفريق، لأن الفراش حينئذ يزول، والتفريق بأن يفرق القاضي بينهما.

وفي معناه: ما إذا اتفق الزوجان على المفارقة، وما إذا مات الزوج عنها أو طلقها وهو يظن الصحة، ولو غاب عنها على عزم أن يعود إليها، لم تحسب مدة الغيبة من العدة، ولو عزم أن لا يعود، حسبت.

وخرج على الخلاف المذكور، أن لحوق الولد في النكاح الفاسد، هل يتوقف على إقراره بالوطء كما في ملك اليمين، أم يكفي فيه مجرد العقد كالنكاح الصحيح؟ وأما إذا أوجبناه إلى الإقرار بالوطء، فهل ينتفي الولد بدعوى الاستبراء كملك اليمين، أم لا ينتفي باللعان؟ والأصح الثاني. ولو وطئت بالشبهة في العدة فولدت للإمكان من الزواج والواطء، عرض الولد على القائف، كما ذكرنا في النكاح الفاسد. ولو وطئت بعد انقضاء العدة، فهل هو كالنكاح الثاني في قطع فراش الأول؟ وجهان: أحدهما: لا، بل يعرض الولد على القائف، وأحدهما: نعم لانقطاع النكاح الأول والعدة عنه في الظاهر، فعلى هذا، لو ولدت للإمكان منهما، لحق بالواطء كما يلحق بالزوج الثاني.

فرع: ولدت وطلقها، ثم اختلفا، فقال: طلقته بعد الولادة فلي الرجعة، وقالت: بل قبلها وانقضت عدتي بالوضع، فإن اتفقا على وقت الولادة، كيوم الجمعة وقال: طلقته يوم السبت، وقالت: يوم الخميس، فهو المصدق بيمينه، لأن الطلاق بيده، فصدق فيه كأصله. وإن اتفقا على وقت الطلاق كيوم الجمعة، وقال: ولدت يوم الخميس، وقالت: يوم السبت، صدقت بيمينها. وإن لم يتفقا على وقت، وادعى تقدم الولادة، وهي تقدم الطلاق، فهو المصدق. ولو ادعت تقدم الطلاق، فقال: لا أدري، لم يقنع منه، بل إما أن يحلف يميناً جازمة أن الطلاق لم يتقدم، وإما أن ينكل فتحلف هي، ويجعل بقوله: لا أدري منكراً، فتعرض اليمين عليه، فإن أعاد كلامه الأول، جعل ناكلاً فتحلف هي ولا عدة عليها ولا رجعة له، وإن نكلت، فعليها العدة. قال الأصحاب: وليس هذا قضاء بالنكول، بل الأصل بقاء النكاح وآثاره، فيعمل بهذا الأصل ما لم يظهر دافع.

ولو جزم الزوج بتقدم الولادة، وقالت هي: لا أدري، فله الرجعة، والورع أن لا يراجع، وكذا الحكم لو قال: لا ندري السابق منهما، وليس لها النكاح حتى تمضي ثلاثة أقراء.

الباب الثاني: في اجتماع عدتين

قد يجتمعان عليها لشخص، وقد يكونان لشخصين:

القسم الأول: إذا كانتا لشخص، فينظر، إن كانتا من جنس، بأن طلقها وشرعت في العدة بالأقراء أو الأشهر، ثم وطئها في العدة جاهلاً إن كان الطلاق بائناً وجاهلاً، أو عالماً إن كان رجعيًا، تداخلت العدتان، ومعنى التداخل، أنها تعتد بثلاثة أقراء، أو ثلاثة أشهر من وقت الوطء، ويندرج فيها بقية عدة الطلاق. وقدر تلك البقية، يكون مشتركاً واقعاً عن الجهتين، وله الرجعة في قدر البقية إن كان الطلاق رجعيًا، ولا رجعة بعدها، ويجوز تجديد النكاح في تلك البقية وبعدها إذا لم يكن عدد الطلاق مستوفى، هذا هو الصحيح. وحكى أبو الحسن العبادي عن الحلبي، أن عدة الطلاق تنقطع بالوطء، ويسقط باقيها، وتتمحض العدة الواجبة عن الوطء. قال: وقياسه أن لا تثبت الرجعة في البقية، ولكن منعنا منه بالإجماع. وقد ينقطع أثر النكاح في حكم دون حكم. وفي وجه ثالث: أن ما بقي من عدة الطلاق يقع متمحضاً عن الطلاق، ولا يوجب الوطء إلا ما وراء ذلك إلى تمام ثلاثة أقراء، وهذا ضعيف.

وإن كانت العدتان من جنسين، بأن كانت إحداهما بالحمل، والأخرى بالأقراء سواء طلقها حاملاً، ثم وطئها، أو حائلاً ثم أحبلها، ففي دخول الأخرى في الحمل وجهان: أحدهما: الدخول كالجنس. فعلى هذا، تنقضيان بالوضع، وله الرجعة في الطلاق الرجعي إلى أن تضع إن كانت عدة الطلاق بالحمل، وكذا إن كانت بالأقراء على الأصح. وقيل: لا رجعة بناءً على أن عدة الطلاق سقطت، وهي الآن معتدة للوطء. وإن قلنا: لا يتداخلان، فإن كان الحمل لعدة الطلاق، اعتدت بعد وضعه بثلاثة أقراء، ولا رجعة إلا في مدة الحمل، وإن كان الحمل لعدة الوطء، أتمت بعد وضعه بقية عدة الطلاق، وله الرجعة في تلك البقية، وله الرجعة قبل الوضع أيضاً على الأصح، وله تجديد نكاحها قبل الوضع وبعده إذا لم يكن الطلاق رجعيًا. فإن لم يعلم هذا الحمل من عدة الطلاق، أم حدث بالوطء، قال المتولي: يلزمها الاعتداد بثلاثة أقراء كاملة بعد الوضع، لجواز أن تكون عدة الطلاق بالوضع. وحيث أثبتنا الرجعة، فلو مات أحدهما، ورثه الآخر، ولو طلقها، لحقها الطلاق، ويصح الظهار والإيلاء منها. ولو مات الزوج، انتقلت إلى عدة الوفاة. وحيث قلنا: لا تثبت الرجعة، لا يثبت شيء من هذه الأحكام.

فرع: جميع ما ذكرناه، فيما إذا كانت لا ترى الدم على الحمل، أو تراه

وقلنا: ليس هو بحيض. فأما إن جعلناه حيضاً، فهل تنقضي مع الحمل العدة الأخرى بالأقراء؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قال الشيخ أبو حامد، والقاضي حسين. فعلى هذا، لو كان الحمل حادثاً من الوطء، فمضت الأقراء قبل الوضع، فقد انقضت عدة الطلاق، وليس للزوج الرجعة بعد ذلك، وإن وضعت الحمل قبل تمام الأقراء، فقد انقضت عدة الوطء، وعليها بقية عدة الطلاق، وللزوج الرجعة قبل الوضع وبعده إلى تمام الأقراء بلا خلاف. وإن كان الحمل لعدة الطلاق، فله الرجعة إلى الوضع. فإذا وضعت، أكملت لعدة الوطء ما بقي من الأقراء.

القسم الثاني: إذا كانت العدتان لشخصين، بأن كانت معتدة لزيد عن طلاق أو وفاة أو شبهة، أو نكحها جاهلاً ووطئها، أو كانت المنكوحة معتدة عن وطء شبهة، فطلقها زوجها، فلا تداخل، بل تعتد عن كل واحد عدة كاملة، ثم قد لا يكون هناك حمل، وقد يكون.

الحال الأول: أن لا يكون، فإن سبق الطلاق وطء الشبهة، أتمت عدة الطلاق، لتقدمها وقوتها. فإذا أتمتها، استأنفت عدة الشبهة، ثم إن لم يكن من الثاني إلا وطء شبهة، ابتدأت عدته عقب عدة الطلاق، فإن نكح الثاني ووطئ، فزمن كونها فراشاً له لا يحسب عن واحدة من العدتين. وبماذا تنقطع عدة الطلاق؟ فيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. ومتى تعود إليها؟ وجهان: أحدهما: من آخر وطء وقع في النكاح الثاني، حكى عن القفال الشاشي. والثاني وهو الصحيح: من حين التفريق بينهما، وللزوج الرجعة في عدته، فإذا راجعها، شرعت في عدة وطء الشبهة، وليس للزوج الاستمتاع بها إلى أن تنقضي. وهل له تجديد نكاحها إن كان الطلاق بائناً؟ وجهان: أحدهما عند الأكثرين: نعم. ولو وطئت منكوحة بشبهة، ثم طلقت وهي في عدة الشبهة، فوجهان: أحدهما: تتم عدة الشبهة، ثم تبتدىء عدة الطلاق مراعاة للسابق، وأصحهما: عند الأكثرين: تقدم عدة الطلاق، لقوتها. فإن قدمنا عدة الشبهة، فله الرجعة إذا اشتغلت بعد الطلاق. وهل له الرجعة قبل ذلك؟ وجهان: ولا يجوز تجديد نكاحها في عدة الشبهة إذا كان الطلاق بائناً، لأنها في عدة الغير. وإذا قلنا: تقدم عدة الطلاق، شرعت فيها بنفس الطلاق، فإذا تمت، عادت إلى بقية عدة الشبهة، وللزوج الرجعة إن كان الطلاق رجعيّاً. وهل له تجديد النكاح إن كان بائناً؟ فيه الوجهان السابقان. ولو طراً وطء شبهة في عدة وطء شبهة، أتمت عدة الواطئ الأول بلا خلاف. ولو نكح امرأة نكاحاً فاسداً، ووطئها غيره بشبهة، ثم فرق بينهما لظهور فساد النكاح، قال البغوي: تقدم عدة الواطئ بشبهة بلا خلاف، لأن عدته من وقت الوطء، وعدة الناكح من التفريق، ومعناه: أن عدة الواطئ سبق وجوبها،

وليس للفاسد قوة الصحيح ليرجح بها، وقد تكون إحدى العدتين بالأقراء، والأخرى بالأشهر، بأن طلقها فمضى قرآن، ثم نكحت فاسداً ودام فراشه حتى أيست، ثم فرق بينهما، فتكمل عدة الأول بشهر، بدلاً عن القرء الباقي، ثم تعدد للفاسد بثلاثة أشهر.

الحال الثاني: أن يكون هناك حمل، فيقدم عدة من الحمل منه سابقاً كان أو متأخراً، فإن كان الحمل للمطلق، ثم وطئت بشبهة، فإذا وضعت انقضت عدة الطلاق، ثم تعدد بالأقراء للشبهة بعد طهرها من النفاس، وللزوج رجعتها قبل الوضع. قال الروياني: لكن لا يراجعها في مدة اجتماع الواطيء بها، لأنها حينئذٍ خارجة عن عدة الأول، وفراش لغيره، فلا تصح الرجعة في تلك الحالة. وهل له تجديد نكاحها قبل الوضع إن كان الطلاق بائناً؟ فيه الوجهان السابقان، ويجريان فيما لو وطئ امرأة بشبهة وأحبها، ثم وطئها آخر، هل للأول أن ينكحها قبل الوضع، وليس له أن ينكحها في عدة الثاني بحال، وللثاني أن ينكحها في عدة نفسه؟.

وإن كان الحمل من وطء الشبهة، فإذا وضعت، انقضت عدة الوطء وعادت إلى بقية عدة الطلاق، وللزوج الرجعة في تلك البقية، إن كان طلاقه رجعيًا، سواء في ذلك مدة النفاس وغيرها، لأنها من جملة العدة، كالحيض الذي يقع فيه الطلاق. وقيل: لا رجعة في مدة النفاس، والصحيح الأول. وإذا ثبتت الرجعة، فلو طلق، لحقها الطلاق، ولو مات أحدهما، ورثه الآخر وانتقلت إلى عدة الوفاة بوفاة الزوج، وهل له الرجعة قبل الوضع إن كان الطلاق رجعيًا، أو تجديد النكاح إن كان بائناً؟ وجهان: أصحهما: عند الشيخ أبي حامد: نعم، لأنه لم تنقض عدته، وكما في العدتين المختلفتين من شخص. وأصحهما: عند الماوردي والبغوي: لا، لأنها في عدة غيره. ثم قال البغوي: لو طلقها قبل الوضع، لحقها الطلاق ولو مات أحدهما، ورثه الآخر، فإن مات الزوج، انتقلت إلى عدة الوفاة، حتى إذا وضعت، تعتد عن الزوج عدة الوفاة وإن كان لا تصح رجعته، لأننا نجعل زمان الرجعة كزمان صلب النكاح، هذا لفظه، وإذا راجعها وهي حامل من الأجنبي، وجوزنا، فليس له الوطء حتى تضع، كما إذا وطئت منكوحة بشبهة، فاشتغلت بالعدة، وإن كانت حاملاً منه، وفي ذمتها عدة الشبهة، فراجعها، انقضت عدته في الحال، وبقيت عدة الشبهة مؤخرة حتى تضع وتعود إلى أقرائها. وهل له وطؤها في الحال؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، لأنها زوجة ليست في عدة. والثاني: لا، لأنها متعرضة للعدة، ومال المتولي إلى ترجيح هذا، ورجح بعضهم الأول.

قلت: الراجح الجواز. والله أعلم.

ويجري الوجهان فيما لو وطئت المنكوحة في صلب النكاح بشبهة وهي حامل

من الزوج. ولو كانت ترى الدم على الحمل، وجعلناه حيضاً، فعن القاضي حسين: أن العدة الأخرى تنقضي بالأقراء، كالعديتين من شخص، وهذا ضعيف، وضعفه الإمام والغزالي، لأن فيه مصيراً إلى تداخل عدتي شخصين.

وجميع ما ذكرنا، فيما إذا علم أن الولد من هذا أو ذاك، لانحصار الإمكان فيه، فلو لم يمكن كونه من واحد منهما، بأن ولدته لأكثر من أربع سنين من طلاق الأول وهو بائن أو رجعي على قول، ولدون ستة أشهر من وطء الثاني، فالولد منفي عنهما، ولا تنقضي بوضعه عدة واحد منهما على الأصح، بل إذا وضعته تمت عدة الأول، ثم استأنفت عدة الثاني. وقيل: تعتد بوضعه من أحدهما لا بعينه، لإمكان كونه من أحدهما بوطء شبهة، ثم تعتد عن الآخر بثلاثة أقراء.

فرع: ويتفرع على الوجهين فرعان:

أحدهما: لو كانت ترى الدم والحالة هذه وجعلناه حيضاً، قال الروياني: إن قلنا: تنقضي عدة أحدهما بالوضع، لم تعتد بأقرائها، لئلا تتداخل عدة شخصين، وإلا ففي الاحتساب بأقرائها وجهان: أحدهما: الاحتساب، لأنها إذا لم تعتد بالحمل، كانت كالحائض، وبهذا قطع صاحب «الشامل».

الثاني: إن قلنا تنقضي بالوضع عدة أحدهما، لم تصح رجعة الزوج في مدة الحمل ولا في الأقراء بعد الوضع، للشك في أن عدته هذه أم هذه؟ فلو راجع مرة في الحمل، ومرة في الأقراء، ففي صحة الرجعة وجهان سيأتي نظيرهما إن شاء الله تعالى. وإن قلنا: لا تنقضي، أتمت بعد الوضع عدة الأول وهو الزوج، وله الرجعة فيه. وهل له الرجعة قبله في مدة الحمل؟ فيه الوجهان السابقان.

فرع: إذا احتمل كون الولد من الزوج، ومن الواطئ بالشبهة، عُرض بعد الوضع على القائف، فإن ألحقه بالزوج أو بالواطئ، فحكمه ما ذكرنا فيما إذا اختص الاحتمال به، فإن لم يكن قائف أو أشكل عليه، أو ألحقه بهما، أو نفاه عنهما، أو مات الولد وتعذر عرضه، انقضت عدة أحدهما بوضعه، لأنه من أحدهما، ثم تعتد بعد الوضع للآخر بثلاثة أقراء. قال الروياني: وقول الشافعي رحمه الله تعالى: فإن لم يكن قائف، ليس المراد به إن لا يوجد في الدنيا، بل المراد أن لا يوجد في موضع الولد وما يقرب منه، وهو المسافة التي تقطع في أقل من يوم وليلة. وسواء في وجوب العرض على القائف، ادعياه جميعاً، أو ادعاه أحدهما فقط. وقيل: إذا ادعاه أحدهما فقط، اختص به، كالأموال، والصحيح الأول، لحق الولد وحق الشرع في النسب. قال المتولي: إن كان الطلاق بائناً، عرض على القائف كما ذكرنا. وإن كان رجعياً، بني على أن الرجعة هل هي فراش، أم لا؟ إن قلنا: لا، عرض أيضاً، وإن

قلنا: فراش، وأن السنين الأربع في حقها تعتبر من انقضاء العدة، فالولد ملحق بالزوج ولا يعرض على القائف.

ثم في هذا الفرع مسألتان:

إحدهما: إذا رجع الزوج في مدة الحمل، بني على ما إذا تأخرت عدة الزوج لإحبال الواطيء، هل له الرجعة في مدة الحمل؟ إن قلنا: نعم، صحت رجعته، وهو الأصح، وإلا فلا. فلو بان بعد الوضع أن الحمل منه بإلحاق القائف، فهل يحكم الآن بأن الرجعة وقعت صحيحة؟ وجهان: أحدهما: نعم. ولو راجع بعد الوضع، لم يحكم بصحة الرجعة أيضاً، لاحتمال كون الحمل منه، وأن عدته انقضت بوضعه. فلو بان بإلحاق القائف أن الحمل من وطء الشبهة، ففي الحكم الآن بصحة الرجعة الوجهان، هذا إذا راجع في القدر المتيقن بعد الوضع أنه من الأقراء دون ما أوجبناه احتياطاً.

بيانه: وطئها الأجني بعد مضي قرء من وقت الطلاق، فالقدر الذي يتيقن لزومه بعد الوضع قرآن، وإنما نوجب القرء الثالث احتياطاً، لاحتمال كون الحمل من الزوج. ولو راجع مرتين، مرة قبل الوضع، ومرة بعده في القرءين، ففي صحة رجعته وجهان: أحدهما: الصحة، وبه قال القفال، لوجود رجعة في عدته يقيناً، والثاني: المنع، للتردد. ولو جدد النكاح، إذا كان الطلاق بائناً، نظر، إن نكحها مرة واحدة قبل الوضع أو بعده، لم يحكم بصحته، لاحتمال كونه في عدة الشبهة. فإن بان بعد ذلك كون العدة كانت منه بإلحاق القائف، قال المتولي: فهو على الخلاف في الرجعة. قال: وليس هو من وقف العقود، وإنما هو وقف على ظهور أمر كان عند العقد.

وإن نكحها مرتين قبل الوضع وبعده، ففي صحته وجهان: كالرجعة. قال الإمام: الأصح هنا المنع، لأن الرجعة تحتمل ما لا يحتمله النكاح، ولهذا تصح في الإحرام، والوجهان مفرعان على صحة تجديد الزوج في عدته، مع أن في ذمتها عدة شبهة، وإلا فلا يصح قطعاً، لاحتمال تأخر عدة الشبهة، فلا تصح المرة الأولى للعدة التي في ذمتها، ولا الثانية، لكونها في عدة شبهة. فلو نكحها الواطيء بشبهة قبل الوضع أو بعده في القرءين، لم يصح، لاحتمال كونها في عدة الزوج. ولو نكحها بعد الوضع في القرءين، ثم بان بالقائف أن الحمل من الزوج، ففي تبين الصحة الخلاف السابق. ولو نكحها في القرء الثالث، صح قطعاً، لأنها في عدته إن كان الحمل من الزوج، وإلا فغير معتدة.

المسألة الثانية: سنذكر إن شاء الله تعالى أن الرجعية تستحق النفقة في العدة،

وأن البائن لا تستحقها إلا إذا كانت حاملاً، ونذكر قولين في أن تلك النفقة للحمل، أم للحامل؟ وقولين في أن تلك النفقة تصرف إليها يوماً بيوم، أم يصرف الجميع إليها عند الوضع؟ وأن المعتدة عن وطء شبهة لا نفقة لها على الواطيء إذا قلنا: النفقة للحامل.

إذا عرفت هذه الجمل، فإن قلنا: النفقة للحامل وهو الأظهر، لم تطالب المرأة الزوج، ولا الواطيء بالنفقة مدة الحمل المحتمل. فإذا وضعت، نظر، إن ألحقه القائف بالزوج، طالبتة بنفقة مدة الحمل الماضية، وهذا إذا لم تصر فراشاً للثاني، بأن لم يوجد إلا وطء شبهة، وينبغي أن يستثنى زمن اجتماعها بالثاني، فإن صارت فراشاً له، بأن نكحها جاهلاً وبقيت في فراشه حتى وضعت، فلا نفقة لها على الزوج، لكونها ناشزة بالنكاح، فإن فرق الحاكم بينهما قبل الوضع، طالبتة بالنفقة من يوم التفريق إلى الوضع، ثم لا نفقة لها على الواطيء في عدتها عنه بالأقراء. وإن ألحقه القائف بالواطيء، لم يلزم واحداً منهما نفقة مدة الحمل، ويلزم الزوج نفقة مدة القرءين بعد الوضع إذا كان الطلاق رجعيًا، ويلزمه أيضاً نفقة مدة النفاس على الأصح، كما أن له الرجعة فيها، ولا يمنع ذلك كونه لا يحسب من العدة كمدة الحيض، وإن لم نلحقه بواحد منهما، أو لم يكن قائف، فلا نفقة على الواطيء، ولا على الزوج وإن كان الطلاق بائناً، لأننا لا نعلم حال الحمل، ولا نفقة إذا لم يكن حمل. وإن كان رجعيًا، فلا نفقة لمدة كونها فراشاً، ولها عليه الأقل من نفقتها من يوم التفريق إلى الوضع، ونفقتها في القدر الذي تكمل به عدة الطلاق بعد الوضع وهو قرآن في المثال السابق. هذا إذا قلنا: النفقة للحامل، فإن قلنا: إنها للحمل، فعلى أحدهما نفقة مدة الحمل بيقين، فإذا أشكل الحال، أنفقا عليه بالسوية، فإن قلنا: نصرف الجميع إليها بعد الوضع، أخذت من كل واحد منهما نصف نفقتها، هكذا رتب ابن الصباغ والرويان في «جمع الجوامع»، وهو المذهب. ومنهم من أطلق أنها لا تطالب واحداً منهما في مدة الحمل، ولم يفرق هؤلاء بين قولنا: النفقة للحمل أو للحامل، فعلى هذا، إذا وضعت فألحقه القائف بالواطيء، قال الإمام والغزالي: لا تطالب بالنفقة الماضية، بناء على أن نفقة القريب تسقط بمضي الزمان، والذي ذكره البغوي وجماعة، أنه يطالب بتلك النفقة، وقالوا: هذه النفقة تصير ديناً في الذمة وليست كنفقة الأقارب. قال الإمام: ولم يقل أحد من الأصحاب، أنه إذا ألحقه القائف بالزوج، لا يطالب بالنفقة الماضية، تفريعاً على أنها للحمل، وأنها تسقط بمضي الزمان، قال: والقياس يقتضي المصير إليه. أما نفقة الولد بعد الوضع وحضانتها، فعلى ما ألحقه القائف به منهما، فإن لم يكن قائف، أو أشكل عليه، فهي

عليهما مناصفة إلى أن يوجد القائف، أو يبلغ الصبي، فينتسب إلى أحدهما. وقيل: لا يطالبان بالنفقة في مدة الاشكال، وهو ضعيف. ثم إذا أنفقا عليه، ثم لحق الولد بأحدهما بإلحاق القائف، أو بانتسابه، رجع الآخر عليه بما أنفق بشرطين: أحدهما: أن يكون الإنفاق بإذن الحاكم، وإلا فهو متبرع. والثاني: أن لا يكون مدعياً للولد، فإن كان يدعيه، فلا رجوع لأنه أنفق على ولده بزعمه.

ولو مات الولد في زمن الإشكال، فكفنه عليهما، وللأم ثلث ماله، ويوقف الباقي بين الزوج والواطىء حتى يصطلحا. فإن كان لها ولدان آخران، أو كان لكل واحد من الزوج والواطىء ولدان، فلها السدس. فإن كان لأحدهما ولدان دون الآخر، فهل لها الثلث للشك في كونهما أخوين للميت، أم السدس لأنه اليقين؟ وجهان:

قلت: الأصح أو الصحيح أنه السدس. والله أعلم.

ولو أوصى إنسان لهذا الحمل بشيء، فانفصل حياً، ثم مات، فإن مات بعد قبول الزوج والواطىء الوصية، فالوصية مستقرة، لأن أحدهما أبوه، والمال لورثته كما ذكرنا، وإن مات قبل أن يقبلا، فحق القبول للورثة.

ولو سمي الموصي أحدهما، فقال: أوصيت لحمل فلان هذا، فإن ألحقه القائف بغير المسمى، بطلت الوصية، وإن ألحقه به، صحت، وإن نفاه باللعان، ففي بطلانها وجهان:

فرع: ما ذكرناه من كون العدتين من شخصين، لا يتداخلان إذا كان في شخصين محترمين. فأما إذا طلق حربي زوجته، فوطئها في عدته حربي آخر بشبهة، أو نكحها ووطئها، ثم أسلمت مع الثاني، أو دخلا بأمان، وترافعا إلينا، فحكي عن النص أنه لا يجمع عليها عدتان، بل يكفيها واحدة من يوم وطئها الثاني. وللأصحاب طرق: أحدها: الاكتفاء بعده عملاً بهذا النص، لأن حقوقهم ضعيفة، وماؤهم غير محترم، فيراعى أصل العدة، ويجعل جميعهم كشخص. والثاني: القطع بأنه لا بد من عدتين كالمسلمين، ورد هذا النص. والثالث: على قولين. ونقل السرخسي والرويانى، أن بعضهم خرج من هذا النص، فيما إذا كانت العدتان لمسلمين، وجعل الصورتين على قولين نقلاً وتخريجاً، وهذا غريب ضعيف جداً. فإذا قلنا في الكافرين: يكفي عدة، فهل نقول: هي للوطء الثاني فقط وتسقط بقية عدة الأول لضعف حقوق الحربي وبطلانها بالاستيلاء عليه، أو على زوجته، أم نقول: تدخل بقية العدة الأولى في الثانية؟ وجهان:

قلت: أرجحهما الأول. والله أعلم.

قال المتولي: ولو أسلمت المرأة، ولم يسلم الثاني، وجب أن تكمل العدة الأولى، ثم تعتد عن الثاني قطعاً، لأن العدة الثانية ليست هنا أقوى حتى تسقط بقية الأولى أو تدخل فيها. قال: ولو كان الأول طلقها رجعية، وأسلمت مع الثاني، ثم أسلم الأول، فله الرجعة في بقية عدته، إن قلنا بدخولها في العدة الثانية. وإن قلنا بسقوطها، فلا. قال: ولو أراد الثاني أن ينكحها، فله ذلك إن قلنا: بسقوط بقية العدة الأولى، لأنها في عدته فقط، وإن قلنا بدخولها في الثانية، فلا حتى تنقضي تلك البقية، قال: ولو كانت حاملاً من الأول، لم تكفها عدة واحدة، بل تستأنف بعد الوضع عدة الثاني. وإن أحبلها الثاني، فإن قلنا: تسقط بقية الأولى، فكذا هنا، ويكفيها وضع الحمل. وإن قلنا بالتداخل، عادت بعد الوضع إلى بقية العدة الأولى، لأن الحمل ليس من الأول، فلا تنقضي به عدته. ولو طلق حربي زوجته، فوطئها في العدة حربي بنكاح وطلقها حربي، فيها الخلاف، وفيه صور الإمام المسألة.

فصل: طلق زوجته وهجرها، أو غاب عنها، انقضت عدتها بمضي الأقرء أو الأشهر. فلو لم يهجرها، بل كان يطؤها، فإن كان الطلاق بائناً، لم يمنع ذلك انقضاء العدة، لأنه وطء زنا لا حرمة له، وإن كان رجعيّاً، قال المتولي: لا تشرع في العدة ما دام يطؤها، لأن العدة لبراءة الرحم وهي مشغولة.

وإن كان لا يطؤها، ولكن يخالطها ويعاشرها معاشرة الأزواج، فثلاثة أوجه: أحدها: لا تحسب تلك المدة من العدة، لأنها شبيهة بالزوجات دون المطلقات المهجورات. والثاني: تحسب، لأن هذه المخالطة لا توجب عدة، فلا تمنعها، حكاه الغزالي عن المحققين. والثالث وهو الأصح، وبه أخذ الأئمة، منهم القفال والقاضي حسين، والبغوي في «التهذيب» و«الفتاوى»، والرويان في «الحلية»: إن كان الطلاق بائناً، حسبت مدة المعاشرة من العدة. وإن كان رجعيّاً، فلا، لأن مخالطة البائن محرمة بلا شبهة، فأشبهت الزنا بها. وفي الرجعية الشبهة قائمة، وهو بالمخالطة مستفرش لها، فلا يحسب زمن الاستفراش من العدة، كما لو نكحت في العدة زوجاً جاهلاً بالحال، لا يحسب زمن استفراشه. ثم يتعلق بالمسألة فرعان: أحدهما: قال البغوي في «الفتاوى»: الذي عندي، أنه لا رجعة للزوج بعد انقضاء الأقرء، وإن لم تنقض العدة عملاً بالاحتياط في الجانبين. وفي فتاوى القفال ما يوافق هذا، وأما لحوق الطلقة الثانية والثالثة، فيستمر إلى انقضاء العدة عملاً بالاحتياط أيضاً، وقد صرح به الرويان في «الحلية». الثاني: قال في «البيسط»: يكفي في الحكم بالمعاشرة الخلوة، ولا يكفي دخول دار هي فيها، ولا يشترط تواصل الخلوة، بل يكفي أن يخلو بها الليالي، ويفارقها الأيام كما هو المعتاد بين

الزوجين. فلو طالبت المفارقة، ثم جرت خلوة، ففي البناء على ما مضى احتمالان: أشبههما: البناء، وأجرى الخلاف المذكور في الأصل فيما لو طلق زوجته الأمة فعاشرها السيد، هل تمنع من الاحتساب بالعدة؟ قال البغوي في الفتاوى: ولو طلق زوجته ثلاثاً ونكحها في العدة على ظن أن عدتها انقضت وحلت، فينبغي أن يقال: زمن استفراشها لا يحسب من العدة كالرجعية، وأما إذا خالط المعتدة أجنبي عالماً، فلا يؤثر، كما لا يؤثر وطؤه. وإن خالط بشبهة، فيجوز أن يمنع من الاحتساب، كما سبق أنها في زمن الوطء بالشبهة خارجة عن العدة.

وجميع ما ذكرناه، فيما إذا كانت حائلاً، فأما المعتدة بالحمل، فلا شك أن معاشرتها لا تمنع انقضاء العدة بالوضع.

فرع: سبق أنه إذا نكح معتدة على ظن الصحة، ووطئها، لم يحسب زمن استفراشه إياها عن عدة الطلاق. ومن أي وقت يحكم بانقضاء العدة؟ فيه أربعة أوجه: أصحابها: من وقت الوطء، لأن النكاح الفاسد لا حرمة له. والثاني: من حين يخلو بها ويعاشرها، وإن لم يوطأ. والثالث: من وقت العقد إن اتصل به زفاف، وإلا فلا. والرابع: من وقت العقد وإن لم يتصل به زفاف، وبه قال القفال الشاشي، لأنها بالعقد معرضة عن العدة.

فرع: من نكح معتدة من غيره جاهلاً ووطئها، لم تحرم عليه على التأبيد، هذا هو المذهب ونصه في الجديد. وعن القديم: أنها تحرم أبداً، ومنهم من أنكر القديم. وذكر الذين أثبتوه وجهين في أن التحريم المؤبد يشترط فيه تفريط الحاكم كاللعان، أم لا، كالإرضاع؟ ونقل الروياني إجراء القديم في كل وطء يفسد النسب، كوطء زوجة الغير، أو أمته بالشبهة.

فصل: طلق رجعيًا ثم راجعها، انقضت العدة، فإن طلقها بعده، فلها حالان:

أحدهما: أن تكون حائلاً، فإن وطئها بعد الرجعة، لزمها استئناف العدة، وإلا لزمها الاستئناف أيضاً على الجديد الأظهر. وفي القديم: تبني على العدة السابقة. فعلى هذا، لو راجعها في خلال الطهر، فهل يحسب ما مضى من الطهر قرءاً؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن بعض القرء كالقرء. فعلى هذا إذا كانت الرجعة في خلال الطهر الثالث، ثم طلقها، فلا شيء عليها على قول البناء، لتمام الأقراء بما مضى، وأصحهما: لا، بل عليها في هذه الصورة قرء ثالث، وإنما يجعل بعض الطهر من آخره قرءاً لاتصاله بالحيض، ودلالته على البراءة، بخلاف بعض الأول.

الحال الثاني: أن تكون حاملاً، فإن طلقها ثانية قبل الولادة، انقضت عدتها

بالولادة، وطئها أم لا . وإن ولدت ثم طلقها، فإن وطئها قبل الولادة أو بعدها، لزمها استئناف العدة بالأقراء، وإن لم يطأ، استأنفت أيضاً على المذهب . وقيل: وجهان: أحدهما: هذا، والثاني: لا عدة عليها، وتنقضي عدتها بالوضع، هذا كله إذا طلقها ثم راجعها ثم طلقها . فلو طلقها ولم يراجعها، ثم طلقها أخرى، فالمذهب أنها تبني على العدة الأولى، لأنهما طلاقان لم يتخللهما وطء ولا رجعة، فصار كما لو طلقها طلقتين معاً . وقال ابن خيران والإصطخري والقفال: في وجوب الاستئناف قولان، كما في الحال الأول . ولو راجعها ثم خالعه، فإن جعلنا الخلع طلاقاً، فهو كما لو طلقها بعد الرجعة، وإن جعلناه فسخاً، فطريقان: أحدهما: أن وجوب الاستئناف على القولين . والثاني: القطع بالاستئناف، لأن الفسخ ليس من جنس الطلاق، فلا تبني عدة أحدهما على الآخر، وهذا الطريق أظهر عند الروياني، ويجري الطريقان في سائر الفسوخ، مثل أن ينكح عبد أمة ثم يطلقها رجعيّاً، ثم تعتق هي ويفسخ النكاح .

فرع: إذا طلق المدخول بها على عوض، أو خالعه، فله أن ينكحها في العدة، ونقل في «المهذب» عن المزني: أنه لا يجوز، كما لا يجوز لغيره، وهذا غريب . فإذا نكحها، فعن ابن سريج: أنه لا تنقطع عدتها ما لم يطأها، كما لو تزوجها أجنبي في العدة جاهلاً، والصحيح: أنها تنقطع بنفس النكاح، لأن نكاحه صحيح، وزوجته المباحة لا يجوز أن تكون معتدة منه، فعلى هذا لو طلقها بعد التجديد، نظر إن كانت حاملاً، انقضت عدتها بوضع الحمل، وإن كانت حائلاً ولم يدخل بها، بنت على العدة السابقة، ولم يلزمه إلا نصف المهر، لأن هذا النكاح جديد طلقها فيه قبل المسيس، فلا يتعلق به العدة، ولا كمال المهر، بخلاف ما سبق في الرجعية، فإنها تعود بالرجعة إلى ذلك النكاح . وإن دخل بها، لزمها استئناف العدة، وتدخل في العدة المستأنفة بقية العدة السابقة، ولو مات عنها بعد التجديد، فالمذهب وبه قطع البغوي وغيره: أنه يكفيها عدة الوفاة، وتسقط بقية العدة السابقة، كما لو مات عن رجعية . وذكر الغزالي في اندراج تلك البقية في عدة الوفاة وجهين لاختلاف الجنس .

فصل: في مسائل تتعلق بالبَاب

إحداها: نكح معتدة عن وفاة، ووطئها جاهلاً، فأنت بولد يمكن كونه من كل منهما، ولا قائف، انقضت بوضعه عدة: أحدهما، وعليها بعده أكثر الأمرين من بقية عدة الوفاة بالأشهر، وثلاثة أقراء .

الثانية: وطىء الشريكان المشتركة، لزمها استبراء ان على الصحيح، كما لا تتداخل العدتان، وقيل: يكفي استبراء.

الثالثة: أحبل امرأة بشبهة ثم نكحها ومات قبل ولادتها، فهل تنقضي عدتها بوضع الحمل، أم بأكثر الأجلين من وضع الحمل ومدة عدة الوفاة؟ وجهان: ولو طلقها بعد الدخول، ففي انقضاء العدتين بالوضع الوجهان، وبالله التوفيق.

الباب الثالث: في عدة الوفاة والمفقود

إذا مات زوجها، لزمها عدة الوفاة بالنصوص والإجماع، فإن كانت حائلاً، فعدتها أربعة أشهر وعشرة أيام بلياليها، ويستوي فيها الصغيرة والكبيرة، وذات الأقراء وغيرها، والمدخول بها وغيرها، وزوجة الصبي والممسوح وغيرهما، وتعتبر الأشهر بالأهلة ما أمكن. فإن مات في خلال شهر، وكان الباقي منه أكثر من عشرة أيام، عدت ما بقي، وحسبت بعدة ثلاثة أشهر بالأهلة، وتكمل ما بقي من شهر الوفاة ثلاثين من الشهر الواقع بعد الثلاثة، وتضم إليه عشرة أيام، وإن كان الباقي من شهر الوفاة أقل من عشرة أيام، حسبت بعد أربعة أشهر بالأهلة، ثم تكمل بقية العشرة من الشهر السادس. وإن كان الباقي عشرة أيام بلا زيادة ولا نقص، اعتدت بها وبأربعة أهلة بعدها. ولنا وجه شاذ: أنه إن انكسر شهر، انكسر الجميع واعتبرت كلها بالعدد، والصواب الأول. وإن انطبق الموت على أول الهلال، حسبت أربعة أشهر بالأهلة، وضمت إليها عشرة أيام من الشهر الخامس.

ولو كانت محبوسة لا تعرف الاستهلال، اعتدت بمائة وثلاثين يوماً، والأمة تعتد بنصف عدة الحرة وهو شهران وخمسة أيام. وسواء رأت في المدة دم حيض أم لم تره، ولو مات الزوج والمرأة في عدة طلاقه، فإن كانت رجعية، سقطت عنها عدة الطلاق، وانتقلت إلى عدة الوفاة، حتى يلزمها الإحداد ولا تستحق النفقة، وإن كانت بائناً أكملت عدة الطلاق، ولها النفقة إذا كانت حاملاً، ولا تنتقل إلى عدة الوفاة حاملاً كانت أو حائلاً.

أما إذا كانت المتوفى عنها حاملاً، فعدتها بوضع الحمل بشرطه السابق في عدة الطلاق، وسواء تعجل الوضع أو تأخر.

فرع: عدة الوفاة تختص بالنكاح الصحيح، فلو نكح فاسداً ومات قبل الدخول، فلا عدة، وإن دخل ثم مات أو فرق بينهما، اعتدت للدخول كما تعتد عن الشبهة.

فرع: طلق إحدى امرأتيه، ومات قبل أن تبين التي أرادها، أو تعين إحداها

إن أبهم، نظر، إن لم تكونا ممسوستين، أو كانتا من ذوات الأشهر، فعلى كل منهما عدة الوفاة، وإن كانتا حاملتين، فعدتهما بالحمل، وإن كانتا من ذوات الأقرء، نظر، إن أراد واحدة معينة، لزم كل واحدة الاعتداد بأقصى الأجلين من عدة الوفاة، وثلاثة أقرء، وتحسب عدة الوفاة من حين الموت، وتحسب الأقرء من وقت الطلاق على الصحيح، وقيل: من حين الموت، هذا في الطلاق البائن، فإن كان رجعيًا، فالرجعة تنتقل إلى عدة الوفاة، فعلى كل واحدة عدة الوفاة. وإن أبهم الطلاق، بني على أنه لو عين، هل يقع الطلاق من حين اللفظ، أم من وقت التعيين. إن قلنا: من اللفظ، فهو كما لو أراد معينة، وإن قلنا: من التعيين، فوجهان: أحدهما: أن عليهما الاعتداد بأقصى الأجلين أيضاً، لكن الأقرء هنا تحسب من يوم الموت. والثاني: أن كل واحدة تعد بعدة الوفاة، لأنه كمن لم يطلق، ولو اختلف حال المرأتين، فكانت إحداهما ممسوسة أو حاملاً أو ذات أقرء، والأخرى بخلافها، عملت كل واحدة بمقتضى الاحتياط في حقها كما سبق.

فصل: الغائب عن زوجته، إن لم ينقطع خبره، فنكاحه مستمر، وينفق عليها الحاكم من ماله إن كان في بلد الزوجة مال، فإن لم يكن كتب إلى حاكم بلده ليطالبه بحقها، وإن انقطع خبره ولم يوقف على حاله حتى يتوهم موته، فقولان: الجديد الأظهر: أنه لا يجوز لها أن تنكح غيره حتى يتحقق موته أو طلاقه، ثم تعدد. والقديم: أنها تتربص أربع سنين، ثم تعدد عدة الوفاة، ثم تنكح، ومما احتجوا به للجديد: أن أم ولده لا تعتق، ولا يقسم ماله، والأصل الحياة والنكاح، وأنكر بعضهم القديم.

وسواء فيما ذكرناه المفقود في جوف البلد أو في السفر وفي القتال، ومن انكسرت سفينته ولم يعلم حاله.

وإن أمكن حمل انقطاع الخبر على شدة البعد والإيغال في الأسفار، فقد حكى الإمام في إجراء القول القديم تردد، والأصح إجراؤه.

ويتفرع على القولين صور:

إحداها: إذا قلنا بالقديم، تربصت أربع سنين، ثم يحكم الحاكم بالوفاة وحصول الفرقة، فتعد عدة الوفاة، ثم تنكح، وهل تفتقر مدة التربص إلى ضرب القاضي، أم لا ويحسب من وقت انقطاع الخبر؟ فيه وجهان: ويقال: قولان: أحدهما عند كثير من الأئمة: يفتقر، ولا تحسب ما مضى قبله، فإذا ضرب القاضي المدة فمضت، فهل يكون حكماً بوفاته، أم لا بد من استئناف حكم؟ وجهان:

أصحهما: الثاني. وإذا حكم الحاكم بالفرقة، فهل ينفذ ظاهراً وباطناً، أم ظاهراً فقط؟ وجهان أو قولان:

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

الثانية: إذا حكم القاضي بمقتضى القديم، فهل ينقض حكمه تفريعاً على الجديد؟ وجهان: أصحهما: نعم.

الثالثة: إذا نكحت على مقتضى القديم، ثم بان الزوج ميتاً وقت الحكم بالفرقة، ففي صحة النكاح على الجديد وجهان: بناءً على بيع مال أبيه مع ظن الحياة إذا بان ميتاً.

الرابعة: طلقها المفقود، أو آلى منها، أو ظاهر، أو قذفها، فإن كان قبل الحكم بالفرقة، فلهذه التصرفات أحكامها من الزوج قطعاً، وإن كان بعده، فقال الأصحاب: على الجديد: تلزم أحكامها، وليكن هذا تفريعاً على أنه ينقض على الجديد حكم من حكم بالقديم.

وأما إذا قلنا بالقديم، فإن قلنا: ينفذ الحكم ظاهراً فقط، ثبت أحكام هذه التصرفات، وإن قلنا: ينفذ ظاهراً وباطناً، فهو كالأجنبي يباشرها.

الخامسة: نفقتها واجبة على المفقود، لأنها مسلمة نفسها، فإن رفعت الأمر إلى القاضي، وطلبت الفرقة، فنفقة مدة التربص عليه، لأنها محبوسة عليه بعد، فإن انقضت وحكم القاضي بالفرقة والاعتداد. فإن قلنا بالقديم، فلا نفقة لها في مدة العدة، لأنها عدة الوفاة. وفي السكنى قولان، وإن قلنا بالجديد، فالنفقة على المفقود، لأنها زوجته، ويستمر ذلك حتى تنكح. فحينئذ تسقط لأنها ناشئة بالنكاح وإن كان فاسداً. وعن القاضي أبي الطيب القطع بالنفقة في مدة العدة على القولين، كمدة التربص، والمذهب الأول، وإذا فرق بينهما وقد عاد المفقود وسلمت إليه، عادت نفقتها عليه، فإن كان الثاني دخل بها، لم يلزم المفقود نفقة زمان العدة، وإن لم يعد المفقود وعادت هي بعد التفريق إلى بيته، ففي عود النفقة قولان: وقيل: إن نكحت بنفسها بغير حكم حاكم، عادت النفقة، وإلا فلا.

قال الروياني: الأظهر أنها لا تعود، وينبغي أن يقطع به إذا لم يعلم الزوج عودها إلى الطاعة. قال: وهو الذي ذكره القفال، وأما النفقة على الزوج الثاني، فلا يخفى حكمها على القديم، وأما على الجديد، فلا نفقة لزمن الاستفراش، إذ لا زوجية، فإن أنفق، لم يرجع عليها لأنه متطوع إلا أن يلزمه الحاكم، فيرجع عليها على الصحيح، وقيل: على الزوج الأول. وإذا شرعت في عدة الثاني، فلا نفقة إلا أن تكون حاملاً، فقولان بناءً على أن النفقة للحمل، أم للحامل.

السادسة: إذا ظهر المفقود، فإن قلنا بالجديد، فهي زوجته بكل حال، فإن نكحت، لم يطأها المفقود حتى تنقضي عدة النكاح، وإن قلنا بالقديم، ففيه طرق: أحدها: عن أبوي علي: ابن أبي هريرة، والطبري، أن الحكم كذلك، لأننا تيقنا الخطأ في الحكم بموته، فصار كمن حكم بالاجتهاد، ثم وجد النص بخلافه، وهذا أصحها: عند الروياني. والثاني: إن قلنا ينفذ الحكم بالفرقة ظاهراً فقط، فالحكم كما ذكرنا. وإن قلنا: ينفذ ظاهراً وباطناً، فقد ارتفع نكاح الأول كالفسخ بالإعسار. فإن نكحت، فهي زوجة الثاني. قاله أبو إسحاق. والثالث عن إبي إسحاق أيضاً: إن ظهر وقد نكحت، لم ترد إلى المفقود، وإن لم تنكح، ردت إليه وإن حكم الحاكم بالفرقة. والرابع: لا ترد إلى الأول قطعاً. والخامس عن الكرابيسي، عن الشافعي رحمهما الله تعالى: أن المفقود بالخيار بين أن ينزعها من الثاني، وبين أن يتركها ويأخذ منه مهر المثل. ومستنده، أن عمر رضي الله عنه قضى به. وعن القاضي حسين زيادة فيه، وهي أنه إن فسخ غرم الثاني مهر مثلها. والسادس: أن نكاح الأول كان ارتفع بلا خلاف، لكن إذا ظهر المفقود، هل يحكم ببطلان نكاح الثاني؟ وجهان: أصحهما: لا، لكن للمفقود الخيار كما ذكرنا. وإذا قلنا: نكاح الثاني باطل، فهل نقول: وقع صحيحاً ثم إذا ظهر المفقود بطل؟ أم نقول: نتيين بظهور المفقود أنه وقع باطلاً؟ وجهان: فعلى الثاني: يجب مهر المثل إن جرى دخول، وإلا فلا شيء، وعلى الأول: الواجب المسمى أو نصفه، ولو ظهر المفقود وقد نكحت وماتت، فهل يرثها الأول أم الثاني؟ يخرج على هذه الطرق.

السابعة: إذا نكحت على مقتضى القديم وأتت بولد يمكن كونه من الثاني، وجاء المفقود ولم يدع الولد، فهو للثاني، لأن بمضي أربع سنين يتحقق براءة الرحم من المفقود، وإن ادعاه فوجهان: أصحهما: يسأل عن جهة ادعائه، فإن قال: هو ولدي ولدته زوجتي على فراشي، قلنا له: هذه دعوى باطلة، لأن الولد لا يبقى في الرحم هذه المدة، وإن قال: قدمت عليها في أثناء هذه المدة فوطئتها وكان قوله محتملاً، عرض الولد على القائف، والوجه الثاني: يعرض على القائف من غير بحث واستقصاء. وذكر الروياني أن الوجهين أخذاً من وجهين نقلاً في أن هذه المرأة لو أتت بولد من غير أن تتزوج، هل يلحق المفقود؟ إن قلنا: نعم، فلا حاجة إلى السؤال وإن قلنا: لا وهو الأصح، فلا بد منه، وحيث قلنا: الولد للثاني، وحكمنا ببقاء النكاح الأول، فله منعها من إرضاع الولد إلا اللبأ الذي لا يعيش إلا به، وكذا إذا لم يوجد مرضعة غيرها، ثم إن لم تخرج من بيت الزوج وأرضعته فيه ولم يقع خلل في التمكين، فعلى الزوج نفقتها، سواء وجب الإرضاع، أم لا، وإن خرجت للإرضاع

بغير إذنه، سقطت نفقتها، وإن خرجت له بإذنه، فوجهان بناءً على ما لو سافرت بإذنه لحاجتها، وإن كان الإرضاع واجباً، فعليه أن يأذن.

الثامنة: نكحت على مقتضى القديم، ووطئها الثاني، ثم علم أن الأول كان حياً وقت نكاحه، وأنه مات بعد ذلك، فإن قلنا: تقع الفرقة ظاهراً وباطناً، فهي زوجة الثاني، ولا يلزمها بموت الأول عدة، وإن قلنا: لا فرقة باطناً، فعليها عدة الوفاة عن الأول، لكن لا تشرع فيها حتى يموت الثاني، أو يفرق بينها وبينه، وحينئذٍ تعدد للأول عدة الوفاة، ثم للثاني بثلاثة أقراء أو ثلاثة أشهر. وإن مات الثاني أولاً، أو فرق بينهما، شرعت في الأقراء. فإن تمت الأقراء، ثم مات الأول، اعتدت عن الأول عدة الوفاة، وإن مات الأول قبل تمام الأقراء، فوجهان: أصحهما: تنقطع الأقراء، فتعتمد عن الأول للوفاة، ثم تعود إلى بقية الأقراء. والثاني: تقدم ما شرعت فيه، وإن ماتا معاً أو لم يعلم السابق منهما، اعتدت بأربعة أشهر، وعشرة أيام، وبعدها بثلاثة أقراء لتبرأ من العدتين بيقين. ولو لم يعلم موتهما حتى مضت أربعة أشهر وعشرة أيام وثلاثة أقراء بعدها، فقد انقضت العدتان، ولو كانت حاملاً من الثاني، اعتدت منه بالوضع، ثم تعدت عن الأول عدة الوفاة، والأصح: أنه يحسب منها زمن النفاس، لأنه ليس من عدة الثاني، وقيل: لا يحسب لتعلقه بالحمل.

فرع: زوجة الغائب إذا أخبرها عدل بوفاة زوجها، جاز لها فيما بينها وبين الله تعالى، أن تتزوج، لأن ذلك خبر لا شهادة، ذكره الفقهاء.

فصل: يجب على المعتدة الإحداد في عدة الوفاة، ولا يجب في عدة الرجعية، لكن روى أبو ثور عن الشافعي رحمهما الله تعالى، أنه يستحب لها الإحداد، ومن الأصحاب من قال: الأولى أن تتزين بما يدعو الزوج إلى رجعتها. وفي عدة البائن بخلع أو استيفاء الطلقات قولان: القديم: وجوب الإحداد، والجديد: الأظهر: لا يجب، بل يستحب. والمفسوخ نكاحها لعب ونحوه، على القولين. وقيل: لا يجب قطعاً، والمعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد، وأم الولد، لا إحداد عليهن قطعاً لعدم الزوجية. وقوله ﷺ: «لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث، إلا على زوج أربعة أشهر وعشراً»^(١). قد يحتج به على تحريم الإحداد على أم الولد، والمعتدة عن شبهة.

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٥٣٣٤) ومسلم في صحيحه برقم (١٤٨٦).

فرع: الذمية، والصبية، والمجنونة، والرقيقة، كغيرهن في الإحداد، وولي الصبية والمجنونة، يمنعهما مما تمتنع منه الكبيرة العاقلة.

فرع: في كيفية الإحداد

وهو ترك التزيّن بالثياب، والحلي والطيب.

النوع الأول: الثياب، ولا يحرم جنس القطن والصوف، والوبر والشعر، والكتان والقصب والدَّبِيقِي، بل يجوز لبس المنسوج منها على أنواع اختلاف ألوانها الخلقية وإن كانت نفيسة ناعمة، لأن نفاستها من أصل الخلقة، لا من زينة دخلت عليها. وأما الأبريسم، فقال الجمهور: هو كالكتان فلا يحرم ما لم تحدث فيه زينة. وقال القفال: يحرم، واختاره الإمام والغزالي والمتولي، فعلى هذا، لا تلبس العتابي الذي غلب فيه الأبريسم، ولها لبس الخز قطعاً. ولو صبغ ما لا يحرم في جنسه، نظر في صبغه، إن كان مما يقصد منه الزينة غالباً، كالأحمر والأصفر، حرم لبسه إن كان ليناً، وكذا إن كان خشناً على المشهور، وهو نصه في «الأم» ويدخل في هذا القسم، الديباج المنقش، والحرير الملون، فيحرمان. والمصبوغ غزله قبل النسج كالبرود حرام على الأصح، كالمصبوغ بعد النسج، وإن كان الصبغ مما لا يقصد به الزينة، بل يعمل للمصيبة، واحتمال الوسخ كالأسود والكحلي، فلها لبسه وهو أبلغ في الحداد، بل في «الحاوي» وجه أنه يلزمها السواد في الحداد. وإن كان الصبغ متردداً بين الزينة وغيرها، كالأخضر والأزرق، فإن كان برافاً صافي اللون فحرام، وإن كان كدراً أو مشبعاً، أو أكهب وهو الذي يضرب إلى الغبرة، جاز، وأما الطراز على الثوب، فإن كان كبيراً فحرام، وإلا فثلاثة أوجه: ثالثها: إن نسج مع الثوب، جاز، وإن ركب عليه، حرم، لأنه محض زينة.

النوع الثاني: الحلي، فيحرم عليها لبسه، سواء فيه الخلخال والسوار والخاتم وغيرها، والذهب والفضة، وقال الإمام: يجوز لها التختم بخاتم الفضة كالرجل، وبالأول قطع الجمهور. وفي «الآلي» تردد للإمام، وبالتحريم قطع الغزالي وهو الأصح. قال الروياني: قال بعض الأصحاب: لو كانت تلبس الحلي ليلاً وتنزعه نهاراً، جاز، لكنه يكرهه لغير حاجة، فلو فعلته لإحراز المال، لم يكره. قال: ولو تحلت بنحاس أو رصاص، فإن كان مموهاً بذهب أو فضة أو مشابهاً لهما، بحيث لا يعرف إلا بتأمل، أو لم يكن كذلك، ولكنها من قوم يتزينون بذلك، فحرام، وإلا فحلال.

النوع الثالث: الطيب فيحرم عليها الطيب في بدنها وثيابها، وتفصيل الطيب سبق في «كتاب الحج»، ويحرم دهن رأسها بكل دهن. ولو كان لها لحية، حرم دهنها

وإن لم يكن في الدهن طيب، لأنه زينة، ويجوز لها دهن البدن بما لا طيب فيه، كالزيت والشَّيرج والسمن، ولا بما فيه طيب كدهن البان والبنفسج، ويحرم عليها أكل طعام فيه طيب، ويحرم أن تكتحل بما فيه طيب^(١). وأما ما لا طيب فيه، فإن كان أسود وهو الإثمد، فحرام على البيضاء قطعاً، وكذا على السوداء على المشهور والصحيح، لإطلاق الأحاديث فيه، فإن احتاجت إلى الاكتحال به لرمد وغيره، اكتحلت به ليلاً ومسحته نهاراً، فإن دعت ضرورة إلى الاستعمال نهاراً أيضاً جاز، ويجوز استعماله في غير العين، إلا الحاجب، فإنه تتزين به فيه. وأما الكحل الأصفر وهو الصبر، فحرام على السوداء، وكذا على البيضاء على الأصح، لأنه يحسن العين. ويحرم أيضاً أن تطلي به وجهها، لأنه يصفر الوجه، فهو كالخضاب. وأما الكحل الأبيض كالتوتياء ونحوه، فلا يحرم، إذ لا زينة فيه. وقيل: يحرم على البيضاء حيث تتزين به، والصحيح الأول، ويحرم الدمام، وهو ما يطلى به الوجه للتحسين. وقيل: هو الكلُّون الذي يحمر الوجه، ويحرم الإسفيداج، ويحرم أن تخضب بحناء ونحوه فيما ظهر من البدن كالوجه واليدين والرجلين، ولا يحرم فيما تحت الثياب، ذكره الروياني. والغالية وإن ذهب ريحها كالخضاب. قال الإمام: وتجعيد الأصداغ، وتصنيف الطرة، لا نقل فيه، ولا يمنع أن يكون كالحلي.

فرع: يجوز للمحدة التزيين في الفرش والبسط والستور وأثاث البيت، لأن الحداد في البدن، لا في الفرش، ويجوز التنظيف بغسل الرأس، والامتشاط، ودخول الحمام، وقلم الأظفار، والاستحداد وإزالة الأوساخ، فإنها ليست من الزينة.

فرع: إذا لم نوجب الإحداد على المبتوتة، ففي تحريم التطيب وجهان: لأنه يحرك الشهوة.

فرع: يجوز لها الإحداد على غير الزوج ثلاثة أيام فما دونها، صرح به المتولي، والغزالي في «السيط» للحديث الصحيح الذي ذكرناه.

فرع: لو تركت الإحداد الواجب عليها في كل المدة أو بعضها، عصت وانقضت عدتها. وكذا لو تركت ملازمة المسكن وخرجت من غير حاجة، عصت وانقضت عدتها بمضي المدة، كما لو بلغها وفاة الزوج بعد مضي أربعة أشهر وعشر، كانت العدة منقضية، وبالله التوفيق.

(١) لما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢٣٠٤) والنسائي في سننه (٢٠٣/٦) من حديث أم سلمة رضي الله عنها عن النبي ﷺ أنه قال: «المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصر من الثياب، ولا الممشقة، ولا الحلي، ولا تختضب، ولا تكتحل».

والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في صحيح سنن أبي داود (٤٣/٢).

الباب الرابع: في السكنى

المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن بخلع، أو باستيفاء الطلقات، تستحق السكنى حاملاً كانت أو حائلاً، وكذا المعتدة عن وفاة على الأظهر. وأما المعتدة عن النكاح بفرقة غير الطلاق في الحياة، كالفسخ بردة أو إسلام أو رضاع أو عيب ونحوه، ففيها خمسة طرق:

أحدها: على قولين كالمعتدة عن وفاة.

والثاني: إن كان لها مدخل في ارتفاع النكاح، بأن فسخت بخيار العتق، أو بعيب الزوج، أو فسخ بعيها، فلا سكنى قطعاً، وإن لم يكن، بأن انفسخ بإسلامه أو رده، أو إرضاع أجنبي، ففي استحقاقها السكنى القولان.

والثالث: إن كان لها مدخل، فلا سكنى، وإلا فلها السكنى قطعاً.

والرابع: ذكره البغوي: إن كانت الفرقة بعيب أو غرور، فلا سكنى، وإن كانت برضاع أو مصاهرة أو خيار عتق، فلها السكنى على الأصح، لأن السبب لم يكن موجوداً يوم العقد، ولا استند إليه. قال: والملاعنة تستحق قطعاً كالمطلقة ثلاثاً.

والخامس: القطع بأنها تستحق السكنى، لأنها معتدة عن نكاح بفرقة في الحياة كالمطلقة. قال المتولي: هذا هو المذهب. وأما المعتدة عن وطء شبهة أو نكاح فاسد، وأم الولد إذا أعتقها سيدها، فلا سكنى لهن، هذا بيان السكنى، وأما النفقة والكسوة، فمؤخرتان إلى «كتاب النفقات».

فرع: الصغيرة التي لا تحتمل الجماع، هل تستحق النفقة؟ فيه خلاف يأتي في النفقات إن شاء الله تعالى. فإن قلنا: تستحقها، استحققت السكنى في العدة، وإلا فلا، والأمة المزوجة ذكرنا أنه ليس على السيد أن يسلمها ليلاً ونهاراً، بل له استخدامها نهاراً، وكذا الحكم في زمن العدة، فإن سلمها ليلاً ونهاراً، أو رفع اليد عنها، استحققت السكنى. وإن كان يستخدمها نهاراً، فقد ذكرنا خلافاً في استحقاقها، النفقة في صلب النكاح. فإن استحققتها، استحققت السكنى في العدة، وإلا فلا، لكن للزوج أن يسكنها حالة فراغها من خدمة السيد لتحصيلها.

فرع: إذا طلقها وهي ناشزة، فلا سكنى لها في العدة، لأنها لا تستحق النفقة والسكنى في صلب النكاح، فبعد البينونة أولى، كذا قاله القاضي حسين والمتولي، وزاد المتولي فقال: وكذا لو نشزت في العدة، سقطت سكنها. فلو عادت إلى الطاعة، عاد حق السكنى. قال الإمام: إذا طلقت في مسكن النكاح، فعليها ملازمته لحق الشرع، فإن أطاعت، استحققت السكنى، وعبر بعضهم عن كلام الإمام، بأنها إن

نشزت على الزوج في بيته، فلها السكنى في العدة، وإن خرجت من بيته واستعصت عليه، فلا سكنى.

فصل: من استحقت السكنى من المعتدات، تسكن في المسكن الذي كانت فيه عند الفراق، إلا أن يمنع منه مانع، كما سيأتي إن شاء الله تعالى، فليس للزوج ولا لأهله إخراجها منه، ولا يجوز لها الخروج. فلو اتفق الزوجان على أن تنتقل إلى مسكن آخر من غير حاجة، لم يجز، وكان على الحاكم المنع منه. ولو انتقلت في صلب النكاح من مسكن إلى آخر بغير إذن الزوج، ثم طلقها أو مات، لزمها أن تعود إلى الأول وتعتد فيه، ولو أذن لها بعد الانتقال أن تقيم فيه، كان كما لو انتقلت بإذنه. وإذا انتقلت بالإذن، ثم طلق أو مات، اعتدت في الانتقال إليه، لأنه المسكن عند الفراق، وإن خرجت فطلقها قبل وصولها إلى الثاني المأذون فيه، فهل تعتد في الثاني أم في الأول، أم في أقربهما إليها، أم تتخير فيهما؟ فيه أوجه: أصحها: أولها، وهو نصه في «الأم» لأنها مأمورة بالمقام فيه، ممنوعة من الأول، والاعتبار بالانتقال ببدنها، لا بالأمتعة والخدم والزوج، ولو أذن في الانتقال إلى الثاني، فانتقلت ثم عادت إلى الأول لنقل متاع وغيره فطلقها، فالمسكن هو الثاني، فتعتد فيه، كما لو خرجت لحاجة فطلقها وهي خارجة. ولو أذن لها في الانتقال إلى بلد آخر، ثم طلقها، أو مات، فحكمه كما ذكرنا فيما لو أذن في الانتقال من مسكن إلى مسكن، فإن وجد سبب الفراق بعد الانتقال إلى البلد الثاني، اعتدت فيه، وإن وجد قبل مفارقة عمران الأول، لم تخرج، بل تعود إلى المسكن وتعتد فيه، وإن كان في الطريق، فعلى الأوجه. وإن أذن في السفر لغير النقلة، نظر، إن تعلق بغرض مهم، كتجارة وحج وعمرة واستحلال عن مظلمة ونحوها، ثم حدث سبب الفرقة، نظر، إن كان حدث قبل خروجها من المسكن، لم تخرج بلا خلاف. وإن خرجت منه على قصد السفر ولم تفارق عمران البلد، فالأصح عند الجمهور أنه يلزمها العود إلى المسكن، لأنها لم تشرع في السفر. والثاني: تتخير بين العود والمضي في السفر، لأن عليها ضرراً في إبطال سفرها، وفوات غرضها. والثالث: إن كان سفر حج، تخيرت، وإلا فيلزم العود، وإن حدث سبب الفرقة في الطريق، تخيرت بين العود والمضي. وقيل: إن حدث بعد مسيرة يوم وليلة تخيرت، وإن حدث قبله، تعين العود، وليس بشيء، وإذا خيرناها، فاخترت العود إلى المسكن والاعتداد، فذاك، وفي تعليق الشيخ أبي حامد أنه الأفضل، وإن اختارت المضي إلى المقصد، فلها أن تقيم فيه إلى انقضاء حاجتها، فلو انقضت قبل تمام مدة إقامة المسافرين، فالمذكور في «التهذيب» و«الوسيط» وغيرهما، أن لها أن تقيم تمام مدة المسافرين، وحكى

الرويانى هذا عن بعضهم، ثم غلط قائله وقال: نهاية سفرها قضاء الحاجة لا غير . قلت: الأصح أنه لا يجوز أن تقيم بعد قضاء الحاجة، وبه قطع صاحب «المهذب» والجرجاني، والرافعي في «المحرر» وآخرون . والله أعلم .

وإن كان أذن لها في سفر نزهة فبلغت المقصد، ثم حدث ما يوجب العدة، فإن لم يقدر الزوج مدة، لم تقم أكثر من مدة المسافرين، وإن قدر، فهل الحكم كذلك، أم لها استيفاء المدة المقدرة؟ قولان: أظهرهما: الثاني، ويجريان فيما لو قدر في سفر الحاجة مدة تزيد على قدر الحاجة، لأن الزائد كالنزهة . ففي قول: يجب الانصراف إذا انقضت الحاجة . وفي قول: تقيم المأذون فيه، ويجريان فيما لو أذن في الانتقال إلى مسكن آخر في البلد مدة قدرها ثم طلقها، أو مات، كذا حكاه الرويانى عن نصه في «الأم» وفي «الوسيط» أن الطلاق يبطل تلك المدة، ويجريان فيما لو أذن لها في الاعتكاف مدة ولزمتها العدة قبل مضي المدة، هل لها إدامة الاعتكاف إلى تمام المدة، أم يلزمها الخروج لتعتد في المسكن؟ فإن لم يلزمها الخروج فخرجت، بطل اعتكافها ولم يكن لها البناء عليه إذا كان منذوراً، وإن ألزمتها، فهل يبطل بالخروج، أم يجوز البناء؟ وجهان: أحدهما: الثاني . وإن حدث سبب العدة في سفر النزهة قبل بلوغها المقصد، فحيث قلنا في سفر الحاجة: يجب الانصراف، فهنا أولى . وحيث قلنا: لا يجب، فهنا وجهان: وقطع صاحب «الشامل»، بأنه كسفر الحاجة . وأما سفر الزيارة، فكسفر النزهة على ظاهر النص، وقيل: كسفر الحاجة، ثم إذا انتهت مدة جواز الإقامة في هذه الأحوال، فعليها الانصراف في الحال إن لم تكن انقضت مدة العدة بتمامها لتعتد بقية العدة في المسكن . فإن كان الطريق مخوفاً، أو لم تجد رفقة، عذرت في التأخير . فلو علمت أن البقية تنقضي في الطريق، ففي لزوم العود وجهان: أحدهما: يلزمها، وهو نصه في «الأم» ليكون أقرب إلى موضع العدة، ولأن تلك الإقامة غير مأذون فيها، والعود مأذون فيه، هذا كله إذا أذن لها في السفر . فأما إذا خرجت مع الزوج ثم طلقها، أو مات، فعليها الانصراف، ولا تقيم أكثر من مدة المسافرين، إلا إذا كان الطريق مخوفاً، أو لم تجد رفقة . وهذا إذا كان سفره لغرضه واستصحابها ليستمتع بها . فأما إذا كان السفر لغرضها وخرج بها، فليكن الحكم كما لو أذن لها فخرجت . وفي لفظ «المختصر» ما يشعر بهذا .

فرع: أذن لها في الإحرام بحج وعمره، ثم طلقها قبل الإحرام، فلا تحرم، ولا تنشئ السفر بعد لزوم العدة، فلو أحرمت، فهو كما لو أحرمت بعد الطلاق بغير إذن، وحكمه أن لا يجوز لها الخروج في الحال وإن كان الحج فرضاً، بل يلزمها أن

تقيم وتعتد، لأن لزوم العدة سبق الإحرام، فإذا انقضت العدة، أتمت عمرتها إن كانت معتمرة، وكذا الحج إن بقي وقته، فإن فات، تحللت بأفعال العمرة، ولزمها القضاء ودم الفوات. ولو أحرمت أولاً بإذن الزوج، أو بغير إذنه ثم طلقها، فإن كانت تخشى فوات الحج لضيق الوقت، خرجت إلى الحج معتدة، لأن الإحرام سبق العدة، مع أنه في خروجها يحصل الحج والعدة، وإن كانت لا تخشى فوات الحج أو أقامت للعدة، أو كان الإحرام بعمرة، فوجهان: أحدهما وهو مذكور في «المهذب»: يلزمها أن تقيم للعدة، ثم تخرج جمعاً بين الحقيين. وأصحهما وبه قطع الشيخ أبو حامد والأكثر: تتخير بين أن تقيم وبين أن تخرج في الحال، لأن مصابرة الإحرام مشقة.

فرع: منزل البدوية وبיתהا من صوف ووبر وشعر، كمنزل الحضرية من طين وحجر، فإذا لزمتهما العدة فيه، لزمها ملازمته، فإن كان أهلها نازلين على ما لا ينتقلون عنه، ولا يظعنون إلا لحاجة، فهي كالحضرية من كل وجه. وإن كانوا ينتقلون شتاءً أو صيفاً، فإن ارتحلوا جميعاً ارتحلت معهم للضرورة، وإن ارتحل بعضهم، نظر، إن كان أهلها ممن لم يرتحل وفي المقيمين قوة وعدد، فليس لها الارتحال. وإن ارتحل أهلها وفي الباقيين قوة وعدد، فوجهان: أحدهما: ليس لها الارتحال، بل تعتد هناك لتيسره، وأصحهما: تتخير بين أن تقيم وبين أن ترتحل، لأن مفارقة الأهل عسرة موحشة. ولو هرب أهلها خوفاً من عدو ولم ينتقلوا، ولم تخف هي، لم يجز لها الارتحال، لأن المرتحلين يعودون إذا أمنوا، ولو ارتحلت حيث يجوز الارتحال، ثم أرادت الإقامة في قرية في الطريق والاعتداد فيها، جاز، لأنه أليق بحال المعتدة من السير.

فرع: طلقها أو ماتت وهي في سفينة، فإن ركبته مسافرة، فحكم السفر ما سبق، وإن كان الزوج ملاحاً ولا منزل له سوى السفينة، فإن كانت سفينة كبيرة فيها بيوت متميزة المرافق، اعتدت في بيت منها معتزلة عن الزوج، وسكن الزوج بيتاً آخر، وإن كانت صغيرة، نظر، إن كان معها محرم لها يمكن أن يعالج السفينة، خرج الزوج، واعتدت هي فيها، وإلا فتخرج هي وتعتد في أقرب المواضع إلى الشط، وإذا تعذر خروجه وخروجها، فعليها أن تستتر وتبعد منه بقدر الإمكان، هكذا ذكره صاحب «الشامل» و«التهذيب» وغيرهما، وفيه إشعار بأنه لا يجوز لها الخروج من السفينة إذا أمكن الاعتداد فيها، وقد صرح به آخرون، ونقل الروياني في كتبه، أنها تتخير بين أن تعتد في السفينة، وبين أن تخرج فتعتد خارجها. فإن اختارت السفينة، نظرنا حينئذٍ، هل هي صغيرة أم كبيرة؟ وراعيها التفصيل المذكور، وذكر فيما إذا اختارت الخروج، وجهين: أحدهما وبه قال الماسرجسي: تعتد في أقرب القرى إلى الشط. والثاني وبه قال أبو إسحاق: تعتد حيث شاءت.

فرع: إذا خرجت الزوجة إلى غير الدار المألوفة، أو غير البلد المألوف، ثم طلقها واختلفا، فقالت: أذنت لي في الانتقال فاعتد في المنزل الثاني، وقال: إنما أذنت لك في النزهة أو في غرض كذا فعودي إلى المنزل الأول فاعتدي فيه، في من يصدق منهما اختلاف نص وطرق منتشرة انتشاراً كثيراً، وحاصلها: أن المذهب تصديق الزوج وإذا اختلف الزوجان، وتصديقها إذا اختلفت هي ووارث الزوج. وقيل: قولان: أحدهما: تصديق الزوج والوارث. والثاني: تصديقها لأن الظاهر معها. وقيل: إن اتفقا على إذن في الخروج مطلقاً، وقال الزوج: أردت النزهة، أو قال ذلك وارثه، وقالت: بل أردت النقلة، فالقول قولها، وإن قال: قلت: اخرجي للنزهة، أو قال ذلك وارثه. وقالت: بل قلت: اخرجي للنقلة، فالقول قول الزوج ووارثه. وقيل: إن تحول الزوج معها إلى المنزل الثاني فهي المصدقة عليه وعلى وارثه. وإن انفردت بالتحول، صدقاً عليها. أما إذا اتفقا على جريان لفظ الانتقال، أو الإقامة، بأن قال: انتقلي إلى موضع كذا، أو اخرجي إليه وأقيمي به، قال الزوج: ضمنت إليه: للنزهة، أو شهراً، أو نحوهما، وأنكرت الزوجة هذه الضميمة، أو قال ذلك وارثه، فالقول قولها، لأن الأصل عدم هذه الضميمة.

فصل: يجب على المعتدة ملازمة مسكن العدة، فلا تخرج إلا لضرورة أو عذر، فإن خرجت، أثمت، وللزوج منعها، وكذا لوارثه عند موته، وتعذر في الخروج في مواضع.

منها: إذا خافت على نفسها أو مالها من هدم أو حريق، أو غرق، فلها الخروج، سواء فيه عدة الوفاة والطلاق، وكذا لو لم تكن الدار حصينة وخافت لصوصاً، أو كانت بين فسقة تخاف على نفسها، أو تتأذى من الجيران أو الأحماء تأذياً شديداً، أو تبدو أو تستطيل بلسانها عليهم، يجوز إخراجها من المسكن، ثم في «التهذيب» أنها إذا بذت على أحمائها، سقطت سكنها، وعليها أن تعتد في بيت أهلها، والذي ذكره العراقيون والرويان والجمهور: أنه ينقلها الزوج إلى مسكن آخر، ويتحرى القرب من مسكن العدة. ثم موضع النقل بالبذاء ما إذا كانت الأحماء معها في دار تسع جميعهم، وإن كانت ضيقة لا تسع جميعهم، نقل الزوج الأحماء وترك الدار لها، وإن كان الأحماء في دار أخرى، لم ينقل المعتدة بالبذاء عن دارها، ونقل المتولي أنها تنقل لإيذاء الجيران كما تنقل لإيذاء الأحماء. فعلى هذا، إذا كانت في دار والأحماء في القرى، فإنها لا تنتقل بالبذاء إذا لم تكن الداران متجاورتين، ولو كان البذاء من الأحماء دونها، نقلوا دونها، ولو كانت في دار أبويها لكون الزوج كان يسكن دارهما، فبذت على الأبوين، أو بذت الأبوان عليها، لم ينقل

واحد منهم، لأن الشر والوحشة لا تطول بينهم، فلو كان أحماؤها في دار أبويها أيضاً، وبذت عليهم، نقلوا دونها، لأنها أحق بدار أبويها.

ومنها: إذا احتاجت إلى شراء طعام، أو قطن، أو بيع غزل ونحو ذلك، نظر، إن كانت رجعية، فهي زوجته، فعليه القيام بكفائتها، فلا تخرج إلا بإذنه. قال المتولي: وكذا الحكم في الجارية المشتراة، والمسببة في مدة الاستبراء.

وأما سائر المعتدات: فيجوز للمعتدة عن وفاة الخروج لهذه الحاجات نهاراً، وكذا لها أن تخرج بالليل إلى دار بعض الجيران للغزل والحديث، لكن لا تبيت عندهم، بل تعود إلى مسكنها للنوم. وحكم العدة عن شبهة أو نكاح فاسد حكم عدة الوفاة. قال المتولي: إلا أن تكون حاملاً. وقلنا: إنها تستحق النفقة، فلا يباح لها الخروج. وفي البائن بطلاق أو فسخ، قولان: القديم: ليس لها الخروج، والجديد: جوازها كالمتوفى عنها، قال المتولي: هذا في الحائل، أما الحامل: إذا قلنا: تعجل نفقتها، فهي مكفية فلا تخرج إلا لضرورة.

ومنها: لو لزمها عدة وهي في دار الحرب، لزمها أن تهجر إلى دار الإسلام. قال المتولي: إلا أن تكون في موضع لا تخاف على نفسها، ولا على دينها، فلا تخرج حتى تعتد.

ومنها: إذا لزمها حق، واحتيج إلى استيفائه، فإن أمكن استيفاؤه في مسكنها، كالدين والوديعة، فعل، وإن لم يمكن، واحتيج فيه إلى الحاكم، بأن توجه عليها حد أو يمين في دعوى، فإن كانت برزة خرجت وحدت، أو حلفت، ثم تعود إلى المسكن، وإن كانت مخدرة، بعث الحاكم إليها نائباً، أو أحضرها بنفسه.

ومنها: إذا كان المسكن مستعاراً، أو مستأجراً، فرجع المعير، أو مضت المدة، أو طلبه المالك، فلا بد من الخروج.

ومنها: البدوية تفارق المنزل وترتحل مع القوم إذا ارتحلوا.

فرع: لا تعذر في الخروج لأغراض تعد من الزيادات دون المهمات، كالزيارة والعمارة واستئناء المال بالتجارة، وتعجيل حجة الإسلام وأشباهها.

فرع: زنت المعتدة عن وفاة في عدتها وهي بكر، فعلى السلطان تغريبها، ولا يؤخره إلى انقضاء عدتها، وقيل: لا تغريب، والصحيح الأول.

فصل: على الزوج أن يسكن مستحقة السكنى من المعتدات مسكناً يصلح لمثلها، فإن كان مسكن النكاح كذلك، فلا معدل عنه. وحيث قلنا: تجب ملازمة مسكن النكاح، فهذا مرادنا به، فإن أسكنها في النكاح داراً فوق سكنى مثلها، فطلقها وهي فيها، فله أن لا يرضى الآن، وينقلها إلى دار بصفة استحقاقها، ولو رضيت بدار

خسيسة، فطلقها وهي فيها، فلها أن تطلب النقل إلى ما يليق بها، ويلزمه الإبدال. وفي الصورتين احتمال ذكره في «السيط»، والمعروف للأصحاب ما سبق، وينبغي أن ينقلها إلى مسكن قريب من موضعها الأول، ولا تنقل إلى الأبعد مع وجود الأقرب. وظاهر كلام الأصحاب أن رعاية هذا القريب واجبة، واستبعد الغزالي الوجوب، وتردد في الاستحباب.

فصل: يحرم على الزوج مساكنة المعتدة في الدار التي تعتد فيها ومداخلتها، لأنه يؤدي إلى الخلوة بها، وخلوته بها كخلوته بالأجنبية، ويستثنى من ذلك موضعان: أحدهما: أن يكون في الدار محرم لها من الرجال، أو محرم له من النساء، أو من في معنى المحرم، كزوجة أخرى وجارية، ولا بد في المحرم ومن في معناه من التمييز، فلا عبرة بالمجنون، والصغير الذي لا يميز، واشترط الشافعي رحمته الله البلوغ، قال القاضي أبو الطيب: لأن من لم يبلغ، لا تكليف عليه، فلا ينكر الفاحشة. وقال الشيخ أبو حامد: يكفي عندي حضور المراهق، والنسوة الثقات كالمحرم على الصحيح، ويكفي حضور المرأة الواحدة الثقة على الأصح، وبه قطع صاحب «الشامل» وغيره، والحكاية عن الأصحاب، أنه لا يجوز أن يخلو رجلان بامرأة واحدة، ويجوز أن يخلو الرجل بامرأتين ثقتين، لأن استحياء المرأة من المرأة أكثر من استحياء الرجل من الرجل، ثم لا يخفى أن مساكنة الزوج والمحرم ومن في معناه، إنما يفرض فيما إذا كان في الدار زيادة على سكنى مثلها، فإن لم يكن كذلك، فعلى الزوج تخليتها للمعتدة، والانتقال عنها ثم المساكنة، وإن جازت بسبب المحرم، فالكراهة باقية، لأنه لا يؤمن النظر.

الموضع الثاني: إذا كان في الدار حجرة، فأراد أن يسكن أحدهما ويسكنها الأخرى، فإن كانت مرافق الحجرة كالمطبخ والمستراح، والبئر، والمصعد إلى السطح في الدار، لم يجز إلا بشرط المحرم، وإن كانت المرافق في الحجرة، جاز، كالحجرتين والدارين المتجاورتين وحكم السفلي والعلوي، حكم الدار والحجرة، ثم ذكر البغوي والمتولي وغيرهما، أنه يشترط أن لا يكون ممر إحدهما على الأخرى، ويغلق الباب بينهما أو يسد، وهذا حسن. ويؤيده ما ذكره الأئمة أنه لو كانت الدار واسعة ولم يكن فيها إلا بيت والباقي صفف، لم يجز أن يساكنها وإن كان معها محرم، لأنها لا تتميز من المسكن بموضع، فإن قال: أنا أبني بيني وبينها حائلاً، وكان الذي يبقى لها سكنى مثلها، فله ذلك، ثم إن جعل باب ما يسكنه خارجاً عن مسكنها، فلا حاجة إلى محرم، وإن جعله في مسكنها، لم يجز أن يسكنه إلا بشرط المحرم أو من في معناه، وقيل: لا يشترط اختلاف الممر، بل يكفي أن يغلق على

الحجرة باب. ولو كانا في بيتين من دار كبيرة، وانفرد كل باب يغلق، جاز على الأصح كبيتين من خان.

فصل: إذا كانت معتدة بالأقراء أو الحمل، لم يصح بيع المسكن الذي يستحق فيه السكنى، سواء كان لها عادة مستقيمة في الأقراء والحمل، أم لا.

وإن كانت تعتد بالأشهر، ففي صحة بيعه قولان، كالدار المستأجرة، وقيل: لا يصح قطعاً، ويجري الطريقان سواء كانت تتوقع مجيء الحيض في أثناء الشهر، بأن كانت بنت تسع سنين فصاعداً ولم تحض، أو لا تتوقعه كالأيسة، وبنت سبع سنين. وقيل: لا يصح البيع في الصورة الأولى قطعاً، فإن جوزنا البيع، فحاضت وانتقلت إلى الأقراء، خرج ذلك على اختلاط الثمار المبيعة بالحادثة بعد البيع فيما لا يغلب فيه التلاحق، وفيه قولان سبقا. أظهرهما: لا يفسخ البيع، بل يثبت الخيار للمشتري.

فرع: لو كان المنزل مستعاراً، لازمته ما لم يرجع المعير، وليس للزوج نقلها، وقيل: له نقلها في البلد الذي لا يعتاد فيه إعادة المنزل، كيلا يلحقه منه، والصحيح الأول. وإذا رجع، قال المتولي وغيره: على الزوج أن يطلبه منه بأجرة، فإن امتنع أو طلب أكثر من أجرة المثل، نقلها، وإن نقلها ثم بذل المنزل الأول مالكة، قال الروياني: إن بذله بإعارة، لم يلزم ردها إليه، وإن بذل بأجرة، فإن كان المنقول إليه مستعاراً، وجب ردها إلى الأول، وإن كان بأجرة، فوجهان:

فرع: كان المنزل الذي تعتد فيه مستأجراً، فانقضت مدة الإجارة ولم يجدد المالك إجارة، فلا بد من نقلها، وإذا وجب النقل في هذه الصور، فالقول في تحري أقرب المواضع على ما سبق.

فرع: إذا كانت تسكن منزل نفسها، ففي «المهذب» و«التهذيب» أنه يلزمها أن تعتد فيه، ولها طلب الأجرة، والأصح ما ذكره صاحب «الشامل» وغيره أنها إن رضيت بالإقامة فيه بإعارة أو إجارة، جاز وهو الأولى، وإن طلبت نقلها، فلها ذلك، إذ ليس عليها بذل منزلها بإعارة ولا إجارة.

فرع: لو طلقها وهي في منزل مملوك للزوج، ثم أفلس وحجر عليه، بقي لها حق السكنى، وتقدم به على الغرماء، وكذا لو مات وعليه ديون، تقدم به على حق الغرماء والورثة، وهل للحاكم بيع رقبة المسكن؟ فيه الطريقان السابقان، ولو أفلس وحجر عليه، ثم طلقها، ضاربت الغرماء بالسكنى، وليس ذلك كدين حادث، لأن حقها مستند إلى سبب متقدم على الحجر وهو النكاح والوطء فيه، ولو طلقها وليست

في منزل له، ضاربتهم بالأجرة، سواء تقدم الطلاق أو تأخر، لأن حقها هنا مرسل غير متعلق بعين.

ومتى ضاربت، فإن كانت عدتها بالأشهر، ضاربت بأجرة المثل للأشهر، وإن كانت بالأقراء أو الحمل، نظر، إن لم تكن لها عادة فيهما، فوجهان: أحدهما: تضارب بأقل مدة يمكن انقضاء الأقراء فيها، والحامل بأجرة ما بقي من أقل مدة الحمل وهي ستة أشهر من حين العلوق، لأن استحقاق الزيادة مشكوك فيه. والثاني: تؤخذ بالعادة الغالبة، فتضارب ذات الأقراء بأجرة ثلاثة أشهر، والحامل بما بقي من تسعة أشهر، وهذا اختيار صاحب «الحاوي».

وإن كانت لها عادة مستقيمة فيهما، ضاربت بأجرة مدة العادة على الصحيح، وقيل بالأقل، وإن كان لها عادات مختلفة، وراعينا العادة، فالمعتبر أقل عاداتها.

وإذا ضاربت بأجرة مدة، وانقضت العدة على وفق تلك المضاربة، فهل ترجع على المفلس بالباقي من الأجرة عند يساره؟ حكى الشيخ أبو علي فيه طريقين: أحدهما: على وجهين بناءً على أن الزوجة إذا لم تطالب بالسكنى في النكاح أو في العدة مدة، هل تصير سكنى المدة الماضية ديناً لها عليه، وتطالبه بها؟ وفيه خلاف يأتي إن شاء الله تعالى. وأحدهما: القطع بالرجوع، كما في الباقي من ديون الغرماء، بخلاف مسألة الوجهين، لأنها هنا طلبت الجميع، ولكن زحمة الغرماء منعتها، ولو انقضت العدة قبل تمام المدة التي ضاربت لها، ردت الفضل على الغرماء، وفي رجوعها على المفلس بما تقتضيه المحاصة للمدة المنقضية الطريقان.

ولو امتدت العدة وزادت على مدة المضاربة، ففي رجوعها بحصة المدة الزائدة على الغرماء ثلاثة أوجه: أحدها: الرجوع، لأننا تبييناً استحقاقها، كما لو ظهر غريم، ولها أن ترجع على المفلس إذا أيسر، والثاني: لا ترجع على الغرماء، لئلا تغير ما حكمنا به، وينسب هذا إلى النص، وصححه الروياني في «التجربة»، والثالث: ترجع الحامل لأنه حسيّ دون ذات الأقراء، فإنها متهمة بتأخيرها، وإذا قلنا: لا ترجع على الغرماء، رجعت على الزوج على الأصح إذا أيسر، قال الإمام: والخلاف في رجوعها على الغرماء، إذا لم يصدقوها، فإن صدقوها رجعت عليهم بلا خلاف، قال: وفي غير صورة الإفلاس إذا مضى زمن العادة، فادعت مزيداً، وتغيراً في العادة، فالذي يدل عليه كلام الأصحاب، أنها تصدق بلا خلاف، وعلى الزوج الإسكان، قال: وفيه احتمال، لأننا إذا صدقناها ربما تمادت في دعواها إلى سن اليأس.

فرع: إذا ضاربت في صورة الإفلاس بالأجرة، استؤجر بحصتها المنزل الذي

وجبت فيه العدة، فإن تعذر، فأقرب الممكن كما سبق. قال ابن الصباغ: فإذا جاوزت مدة ما أخذت أجرته، سكنت حيث شاءت.

فرع: لو كانت المطلقة رجعية، أو حاملاً، استحققت مع السكنى النفقة، وتضارب الغرماء عند إفلاس الزوج بالنفقة والسكنى، والقول في كيفية المضاربة والرجوع كما سبق، ولكن إذا قلنا: إن نفقة الحامل لا تعجل، لم يدفع إليها حصة النفقة في الحال.

فصل: إذا طلقها وهو غائب، وهي في دار له بملك أو إجارة، اعتدت فيها، وإن لم يكن له مسكن وله مال، اكرت الحاكم من ماله مسكناً تعتد فيه إن لم يجد متطوعاً به، فإن لم يكن له مال، اقترض عليه، واكرت، فإذا رجع، قضاه، فإن أذن لها أن تقترض عليه، أو تكتري المسكن من مالها، ففعلت، جاز، وترجع، ولو اكرت من مالها، أو اقترضت بقصد الرجوع، ولم تستأذن الحاكم، نظر، إن قدرت على الاستئذان أو لم تقدر ولم تشهد، لم ترجع، وإن لم تقدر أو أشهدت، رجعت على الأصح، وكل هذا على ما سبق في مسألة هروب الجمال ونظائرها.

فرع: إذا مضت مدة العدة، أو بعضها، ولم تطلب حق السكنى، سقط، ولم يصير ديناً في الذمة، نص عليه، ونص أن نفقة الزوجة لا تسقط بمضي الزمان، بل تصير ديناً في الذمة، فقل: قولان فيهما لتردهما بين الديون ونفقة القريب، والمذهب تقرير النصين، والفرق بأن النفقة بالتمكين، وقد وجد، والسكنى لصيانة مائه على موجب نظره، ولم يتحقق، وحكم السكنى في صلب النكاح كما ذكرنا في العدة.

فصل: إذا مات الزوج في خلال العدة، لم يسقط ما استحقته المبتوتة من السكنى، وإذا استحققت السكنى، أو مات عنها وهي زوجة وقلنا: تستحق السكنى، فإن كانت في مسكن مملوك للزوج، لم يقسمه الورثة حتى تنقضي العدة، ولو أرادوا التمييز بخطوط ترسم من غير نقض وبناء، جاز إن قلنا: القسمة إفراز، وإن قلنا: بيع، فحكم بيع مسكن العدة كما سبق، وقيل: إن قلنا: إفراز، فلهم القسمة كيف شاؤوا، والصحيح الأول. وإن كان في مسكن مستأجراً أو مستعاراً، واحتيج إلى نقلها، فعلى الوارث أن يستأجر لها من التركة، فإن لم يكن تركة، فليس على الوارث إسكانها. فلو تبرع به، لزمها الإجابة، وإذا لم يتبرع، ففي «التهذيب» أنه يستحب للسلطان أن يسكنها من بيت المال، لا سيما إن كانت تتهم بريبة، ولفظ الروياني في «البحر» أن السلطان لا يلزمه أن يكتري لها، إلا عند الريبة فيلزمه.

وإذا قلنا: لا تجب السكنى في عدة الوفاة، فالمذهب أن للورثة إسكانها حيث

أرادوا، وبهذا قطع الأصحاب. وحكى الغزالي وجهين: أحدهما: هذا، والثاني: أنه إنما تلزمها الإجابة، وإذا توقع شغل الرحم بالماء، فإن لم يتبرع الوارث بإسكانها، فللسلطان أن يحصنها بالإسكان. وفي «الوسيط» و«الوسيط»، أنه ليس للسلطان تعيين المسكن، بخلاف الوارث، والأول هو المذهب والمنصوص، وبه قطع الجماهير، وإذا لم يسكنها الوارث والسلطان، سكنت حيث شاءت، فلو أسكنها أجنبي متبرع، قال الروياني: إن لم يكن المتبرع ذا ريبة، فهو كالوارث، فعليها أن تسكن حيث يسكنها.

قلت: وفي هذا نظر. والله أعلم.

فرع: للواطىء بشبهة أو في نكاح فاسد إسكان المعتدة.

فصل: في مسائل تتعلق بالعدد

إحداها: إذا طلق الغائب، أو مات، فالعدة من حين الطلاق أو الموت، لا من بلوغ الخبر.

الثانية: لو نكحت المعتدة بعد مضي قرء، ووطئها الزوج الثاني، ثم جاء الأول ووطئها بشبهة، ثم فرق بينهما وبين الثاني، فتشتغل بالباقي من عدة الطلاق وهو قرءان، ويدخل فيه قرءان من عدة وطء الشبهة، ثم تعدت عن الثاني بثلاثة أقراء، ثم تعدت عن الأول بقرء لما بقي من عدة الشبهة، ذكره القفال في «الفتاوى».

الثالثة: مات زوج المعتدة، فقالت: انقضت عدتي قبل موته، لا يقبل قولها في ترك العدة، ولا ترث لإقرارها.

الرابعة: في فتاوى القفال: أن المعتدة لو أسقطت مؤنة السكنى عن الزوج، لم يصح الإسقاط، لأن السكنى تجب يوماً فيوماً، ولا يصح إسقاط ما لم يجب.

الخامسة: في فتاوى القفال: أن المنكوحة لو وطئت بشبهة، وصارت في العدة، فوطئها الزوج، لم يقطع وطؤه عدة الشبهة، لأن وطء الزوج لا يوجب عدة، فلا يقطعها كما لو زنت المعتدة.

الباب الخامس: في الاستبراء

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: فيما يتعلق بنفس الاستبراء، فإن كانت المستبرأة من ذوات الأقراء، استبرأت بقرء، وهو حيض على الجديد الأظهر، وفي قول: هو طهر. وفي وجه: أن استبراء أم الولد لموت السيد أو إعتاقه بطهر، والأمة التي يحدث ملكها بحيض، فإن قلنا: القرء هو الطهر، فصادف وجوب الاستبراء آخر الحيض، كان الطهر

الكامل بعده استبراءً. وهل يكفي ظهور الدم بعده، أم يعتبر يوم وليلة؟ فيه الخلاف السابق في العدة. وفي وجه: لا بد من مضي حيضة كاملة بعد ذلك الطهر، وهو ضعيف عند الغزالي وغيره، وصححه الروياني، وإن وجد سبب الاستبراء وهي طاهر، فهل يكفي بقية الطهر؟ وجهان: أحدهما: يكفي كما في العدة، وهذا هو الراجح في «البسيط»، وحكاها الماوردي عن البغداديين. والثاني: لا يكفي، ولا ينقضي الاستبراء حتى تحيض بعده ثم تطهر، وبه قطع البغوي، وحكاها الماوردي عن البصريين. وإذا قلنا: القرء الحيض، لم يكف بقية الحيض، بل يعتبر حيضة كاملة. فلو كانت حائضاً عند وجوب الاستبراء، لم ينقض الاستبراء حتى تطهر، ثم تحيض حيضة، ثم تطهر، وإذا تباعد حيض ذات الأقراء، فحكمها في التربص إلى سن اليأس حكم المعتدة.

فإن كانت المستبرأة من ذوات الأشهر، فهل تستبرئ بشهر، أم بثلاثة؟ قولان: أظهرهما عند الجمهور: بشهر، لأنه بدل قرء، ورجح صاحب «المذهب» وجماعة، الثلاثة، وإن كانت حاملاً، نظر، إن زال فراشه عن مستولدته، أو أمته الحامل، فاستبرأؤها بوضع الحمل. فإن ملك أمة، فقد أطلق المتولي، أن الحكم كذلك إن كان الحمل ثابت النسب من زوج، أو وطء بشبهة، والأصح التفصيل. فإن ملكها بسببي حصل الاستبراء بالوضع، وإن ملك بالشراء، فإن كانت حاملاً من زوج وهي في نكاحه أو عدته، أو من وطء شبهة وهي معتدة من ذلك الوطء، فسيأتي إن شاء الله تعالى أنه لا استبراء في الحال على المذهب. وفي وجوبه بعد العدة خلاف، وإذا كان كذلك، فليس الاستبراء بالوضع، لأنه إما غير واجب، وإما مؤخر عن الوضع. وذكر البغوي في حصول الاستبراء في الوضع قولين. ولو كان الحمل من زنا، ففي حصول الاستبراء بوضعه حيث يحصل في ثابت النسب، وجهان: أحدهما: الحصول، لإطلاق الحديث، ولحصول البراءة بخلاف العدة، فإنها مخصوصة بالتأكيد، ولهذا اشترط فيها التكرار. فإن قلنا: لا يحصل، ورأت دماً على الحمل، وقلنا: هو حيض، حصل الاستبراء بحيضة على الحمل على الأصح. وإن قلنا: ليس بحيض، أو لم تر دماً، فاستبرأؤها بحيضة بعد الوضع. ولو ارتابت المستبرأة بالحمل في مدة الاستبراء أو بعدها، فعلى ما ذكرناه في العدة.

الطرف الثاني: في سبب الاستبراء، وهو سببان:

السبب الأول: حصول الملك، فمن ملك جارية بإرث أو هبة، أو شراء أو وصية، أو سبي، أو عاد ملكه فيها بالرد بالعيب، أو التحالف، أو الإقالة، أو خيار الرؤية، أو الرجوع في الهبة، لزمه استبرأؤها، سواء في الإقالة ونحوها، ما قبل القبض وبعده، وسواء كان الانتقال إليه ممن يتصور اشتغال الرحم بمائه أو ممن لا

يتصور، كامرأة وصبي ونحوهما، وسواء كانت الأمة صغيرة، أو آيسة، أو غيرهما، بكراً، أو ثيباً، وسواء استبرأها البائع قبل البيع، أم لا. وعن ابن سريج تخريج في البكر: أنه لا يجب. وعن المزني: أنه إنما يجب استبراء الحامل والموطوءة. قال الروياني: وأنا أميل إلى هذا، واحتج الشافعي رحمه الله بإطلاق الأحاديث في سبايا أوطاس^(١)، مع العلم بأن فيهن الصغار، والأبكار، والآيسات. ولا يجب على بائع الأمة استبراؤها قبل البيع، سواء وطئها أم لا، لكنه يستحب إن كان وطئها ليكون على بصيرة منها. ولو أقرض جارية لمن لا تحل له، ثم استردّها قبل تصرف المقرض فيها، لزم المقرض استبراؤها إن قلنا: إن القرض يملك بالقبض، وإن قلنا: بالتصرف، لم يلزمه.

فرع: كاتّب جاريته، ثم فسخت الكتابة، أو عجزها السيد، لزمها الاستبراء.

فرع: لو حرمت على السيد بصلاة أو صوم، أو اعتكاف أو رهن، أو حيض أو نفاس، ثم زالت هذه الأشياء، حلت بغير استبراء.

فرع: ارتدت أمته ثم أسلمت، لزمه استبراؤها على الأصح، لأنه زال ملك الاستمتاع ثم عاد. قال البغوي: الوجهان مبنيان على الوجهين فيما لو اشترى مرتدة ثم أسلمت، هل يحسب حيضها في زمن الردة من الاستبراء؟ فإن قلنا: يحسب، لم يجب الاستبراء، وإلا وجب. ولو ارتد السيد ثم أسلم، فإن قلنا: يزول ملكه بالردة، لزمه الاستبراء قطعاً، وإلا فعلى الأصح كردة الأمة.

فرع: أحرمت ثم تحللت، فالمذهب وبه قطع الجمهور: أنه لا استبراء كما لو صامت ثم أفطرت. وقيل: وجهان كالردة.

فرع: زوّج أمته، فطلقت قبل الدخول، فهل على السيد استبراؤها؟ قولان يأتي بيانهما إن شاء الله تعالى.

فرع: باعها بشرط الخيار، فعادت إليه بالفسخ في مدة الخيار، ففي وجوب الاستبراء خلاف، المذهب منه أنه يجب إن قلنا: يزول ملك البائع بنفس العقد، وإلا فلا.

فرع: اشترى زوجته، فوجهان: الأصح المنصوص: أنه يدوم حل وطئها، ولا

(١) يشير إلى ما أخرجه أبو داود في سننه برقم (٢١٥٧) والدارمي في سننه (١٧١/٢) وأحمد في المسند (٦٢/٣) والحاكم في المستدرک (١٩٥/٢) والبيهقي في سننه (٤٤٩/٧) والدارقطني في سننه (ص ٤٧٢) من حديث أبي سعيد الخدري رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال في سبي أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع، ولا حائل حتى تستبرئ بحيضة». والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (١٨٧).

يجب الاستبراء، لكن يستحب، أما أنه لا يجب، فلا أنه لم يتجدد حل، ولأنه لا يؤدي إلى اختلاط ماء، وأما استحبابه، فلتمييز ولد النكاح عن ولد ملك اليمين، فإنه في النكاح ينعقد مملوكاً، ثم يعتق ولا تصير به أم ولد. وفي ملك اليمين ينعقد حراً وتصير أم ولد. والثاني: يجب الاستبراء لتجدد الملك. ولو اشتراها بشرط الخيار، فهل له وطؤها في مدة الخيار لأنها منكوحة أو مملوكة، أم لا للتردد في حالها؟ وجهان: قال البغوي: المنصوص أنه لا يحل. ولو طلقها ثم اشتراها في العدة، وجب الاستبراء قطعاً، لأنه ملكها وهي محرمة عليه. ولو اشترى زوجته ثم أراد تزويجها غيره، لم يجز إن كان دخل بها قبل الشراء إلا بعد قرءين، لأنه إذا انفسخ النكاح وجب أن تعتد منه، فلا تنكح غيره حتى تنقضي عدتها بقرءين. فلو مات عقب الشراء، لم يلزمها عدة الوفاة، بل تكمل عدة الانفساخ، كذا ذكره ابن الحداد، وحكى عن نصه في «الإملاء».

فرع: اشترى مزوجة أو معتدة عن زوج، أو وطء شبهة، والمشتري عالم بالحال أو جاهل، وأجاز البيع، فلا استبراء في الحال، لأنها مشغولة بحق غيره. فإن طلقت قبل الدخول أو بعده، وانقضت عدة الشبهة، فهل يلزم للمشتري الاستبراء؟ قولان: أظهرهما: نعم. وقد يقال: يجب الاستبراء، ويرد الخلاف إلى أنه هل تدخل في العدة؟ واستنبط القاضي حسين من القولين عبارتين يتخرج عليهما مسائل:

إحداهما: أن الموجب للاستبراء حدوث ملك الرقبة مع فراغ محل الاستمتاع.

والثانية: أن الموجب حدوث حل الاستمتاع في المملوكة بملك اليمين، فعلى العبارة الأولى: لا يجب الاستبراء عند انقضاء العدة، لأنه لم يحدث حينئذ ملك، وعند حدوثه لم يكن محل الاستمتاع فارغاً، وعلى الثانية: يجب. وخرج بعضهم عليهما الخلاف فيما لو اشترى مجوسية فحاضت ثم أسلمت، هل يلزم الاستبراء بعد الإسلام، أم يكفي ما سبق؟ وكذا الخلاف فيما لو زوج وطلقت قبل الدخول، هل على السيد استبراء؟ فعلى الأولى، لا. وعلى الثانية، نعم. ويجري الخلاف فيما لو زوجها وطلقت بعد الدخول وانقضت عدتها، أو وطئت بشبهة وانقضت عدتها.

وإذا قلنا: فيما إذا اشترى مزوجة وطلقت، لا يجب الاستبراء، فلمن يريد تعجيل الاستمتاع أن يتخذ ذلك حيلة في اندفاع الاستبراء، فيسأل البائع أن يزوجه ثم يشتريها، ثم يسأل الزوج أن يطلقها، فتحل في الحال، لكن لا يجوز تزويج الموطوءة إلا بعد الاستبراء، فإنما يحصل الغرض إذا لم تكن موطوءة، أو كان البائع قد استبرأها.

وإذا كانت الجارية كذلك، فلو أعتقها المشتري في الحال، وأراد أن يزوجه

البائع أو غيره، أو يتزوجها بنفسه، جاز على الأصح، ذكره البغوي وغيره. فعلى هذا، من يريد تعجيل الاستمتاع يمكنه أن يعتقها في الحال ويتزوجها، ولا يحتاج إلى سؤال البائع أن يزوجه أولاً إذا كان يسمح بفوات ماليتها.

فرع: إذا تم ملكه على جميع جارية كانت مشتركة بينه وبين غيره، لزمه الاستبراء، ولو أسلم في جارية وقبضها، فوجدها بغير الصفة المشروطة فردها، لزم المسلم إليه الاستبراء.

فرع: إذا كانت الجارية المشتراة محرماً للمشتري، أو اشترتها امرأة أو رجلان، فلا معنى للاستبراء إلا فيما يرجع إلى التزويج.

فرع: ظهر بالمشتراة حمل فقال البائع: هو مني، نظر، إن صدقه المشتري، فالبيع باطل باتفاقهما، والجارية مستولدة للبائع. وإن كذبه، نظر، إن لم يقر البائع بوطنها عند البيع ولا قبله، لم يقبل قوله، كما لو قال بعد البيع: كنت أعتقته، لكن يحلف المشتري، أنه لا يعلم كون الحمل منه. وفي ثبوت نسبه من البائع خلاف، لأنه يقطع إرث المشتري بالولاء، وإن كان أقر بوطنها، نظر، إن كان استبرأها ثم باعها، ثم ولدت لدون ستة أشهر من وقت استبراء المشتري، فالولد لاحق بالبائع، والجارية مستولدة له، والبيع باطل، وإن ولدت لسته أشهر فأكثر، لم يقبل قوله، ولم يلحقه الولد، لأنه لو كان ملكه، لم يلحقه، ثم ينظر، إن لم يطأها المشتري، أو وطئها وولدت لدون ستة أشهر من وقت وطئه، فالولد مملوكه. وإن ولدته لسته أشهر فأكثر من وطئه، فالولد لاحق بالمشتري، والجارية مستولدة له. وإن لم يستبرئها البائع قبل البيع، نظر، إن ولدت لأقل من ستة أشهر من وقت استبراء المشتري، أو لأكثر ولم يطأها المشتري، فالولد للبائع، والبيع باطل. وإن وطئها المشتري وأمكن أن يكون من هذا، وأن يكون من ذاك، عرض على القائف.

فرع: لا يجب في شراء الأمة التي كان البائع يطؤها إلا استبراء واحد، لحصول البراءة، فلو اشتراها من شريكين وطئها في طهر واحد، فهل يكفي استبراء لحصول البراءة، أم يجب استبراء كالعتدين من شخصين؟ وجهان: ويجريان فيما لو وطئها وأرادا تزويجها، فهل يكفي استبراء، أم يجب استبراءان. ولو وطئ أجنبيان أمة كل يظنها أمة، قال المتولي: وطئ كل واحد يقتضي استبراء بقرء. وفي تداخلهما وجهان: أحدهما: المنع.

فصل: من ملك أمة، لم يجز له وطئها حتى ينقضي الاستبراء. وأما الاستمتاع بالقبلة واللمس والنظر بشهوة ونحوها، فحرام إن ملكها بغير السبي، وإن ملكها بالسبي، فحلال على الأصح.

وإذا طهرت من الحيض وتم الاستبراء، بقي تحريم الوطء حتى تغتسل، ويحل الاستمتاع قبل الغسل على الصحيح.

فصل: وجب الاستبراء لا يمنع المالك من إثبات اليد على الجارية، بل هو مؤتمن فيه شرعاً، لأن سبائاً أو طاس لم ينزعن من أيدي أصحابهن، وسواء كانت حسناء أم قبيحة.

فصل: لو مضى زمن الاستبراء بعد الملك وقبل القبض، هل يعتد به؟ نظر، إن ملك بالإرث، اعتد به، وإن ملك بالهبة، فلا. وإن ملك بالشراء، اعتد به على الأصح، وفي الوصية، لا يعتد بما قبل القبول، ويعتد بما بعده على المذهب.

ولو وقع الحمل أو الحيض في زمن خيار الشرط في الشراء، فإن قلنا: الملك للبائع، لم يحصل الاستبراء. وإن قلنا: للمشتري، لم يحصل أيضاً على الأصح، لضعف الملك. وقيل: يحصل، وقيل: يحصل في صورة الحمل دون الحيض، لقوة الحمل.

فرع: لو اشترى مجوسية أو مرتدة، فمضت عليها حيضة، أو ولدت ثم أسلمت، فهل تعتد بالاستبراء في الكفر لوجود الملك، أم يجب بعد الإسلام ليستعقب حل الاستمتاع؟ وجهان: أصحهما الثاني.

فرع: إذا اشترى العبد المأذون له جارية، فللسيد وطؤها إن لم يكن على العبد دين، فإن كان، لم يجز، لثلا يحبلها. فإن انفكت عن الديون بقضاء أو إبراء، وقد جرى قبل الانفكاك ما يحصل به الاستبراء، فهل يعتد به، أم يشترط وقوع الاستبراء بعد الانفكاك؟ وجهان كالمجوسية، أصحهما: الثاني، وبه قطع العراقيون.

ولو رهنها قبل الاستبراء، ثم انفك الرهن، قال في «الشامل»: يجب استبراؤها، ولا يعتد بما جرى، وهي مرهونة، وغلظه الروياني.

فرع: لو وطئها قبل الاستبراء، أو استمتع بها، وقلنا بتحريمه، أثم، ولا ينقطع الاستبراء، لأن الملك لا يمنع الاحتساب، فكذا المعاشرة بخلاف العدة.

فلو أحبلها بالوطء في الحيض، فإن انقطع الدم، حلت له لتام الحيضة، وإن كانت طاهراً عند الإحبال، لم ينقض الاستبراء حتى تضع الحمل، هذا لفظه في «الوسيط» وبالله التوفيق.

السبب الثاني: زوال الفراش عن موطوءة بملك يمين، فإذا أعتق أمتة التي وطئها، أو مستولده، أو مات عنها، وليست في زوجية ولا عدة نكاح، لزمها الاستبراء، لأنه زال عنها الفراش، فأشبهت الحرة، ويكون استبراؤها بقرء، كالمملكة.

ولو مضت مدة الاستبراء على أم الولد، ثم أعتقها سيدها، أو مات عنها، فهل يكفي ذلك، أم يلزمها الاستبراء بعد العتق؟ وجهان: وقيل: قولان: أصحهما: الثاني، كما لا تعدد المنكوحة بما تقدم من الأقراء على ارتفاع النكاح، والخلاف مبني على أن أم الولد، هل تخرج عن كونها فراشاً بالاستبراء أو الولادة، وهل تعود فراشاً للسيد إذا مات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها، أم لا تعود ولا تحل له إلا بالاستبراء؟ ولو استبرأ الأمة الموطوءة، ثم أعتقها، قال الأصحاب: لا استبراء عليها، ولها أن تتزوج في الحال، ولم يتردوا فيها الخلاف الذي في المستولدة، لأن المستولدة يشبه فراشها فراش النكاح، ولو لم تكن الأمة موطوءة، لم تكن فراشاً، ولم يجب الاستبراء بإعتاقها.

فرع: لا يجوز تزويج الأمة الموطوءة قبل الاستبراء، بخلاف بيعها، لأن مقصود النكاح الوطء، فينبغي أن يستعقب الحل. وفي جواز تزويج أم الولد خلاف المذكور في «باب أمهات الأولاد» الأصح الصحة. فعلى هذا، لا تزوج حتى تستبرأ. ولو استبرأها، ثم أعتقها، فهل يجوز تزويجها في الحال، أم تحتاج إلى استبراء جديد؟ وجهان:

قلت: أصحهما. والله أعلم.

ولو اشترى أمة وأراد تزويجها قبل الاستبراء، فإن كان البائع وطئها، لم يجز إلا أن يزوجه به. وإن لم يكن وطئها البائع، أو وطئها واستبرأها قبل البيع، أو كان الانتقال من امرأة أو صبي، جاز تزويجها في الحال على الأصح، كما كان للبائع تزويجها بعد الاستبراء.

فرع: إذا أعتق مستولده، أو مات عنها وهي في نكاح أو عدة زوج، فلا استبراء عليها، لأنها ليست فراشاً للسيد. وخرج ابن سريج قولاً أنه يلزمها الاستبراء بعد فراغ عدة الزوج. وحكى السرخسي هذا قولاً قديماً، وحكى أيضاً عن الإصطخري، والمذهب الأول، وهو المنصوص، وبه قطع الجمهور. وقال الشيخ أبو علي: فعلى المذهب متى انقضت عدة الزوج، وكان السيد حياً، عادت فراشاً له، وعلى التخريج لا تعود فراشاً حتى يستبرئها. ولو أعتقها، أو مات عقب انقضاء عدة الزوج، فقيل: لا استبراء عليها، والصحيح المنصوص وجوبه. لكن هل يشترط لوجوبه أن يقع إعتاق السيد أو موته بعد انقضاء العدة بلحظة لتعود فيها فراشاً للسيد، أم لا لكون مصيرها فراشاً أمراً حكماً لا يحتاج إلى زمن حسي؟ وجهان: أرجحهما الثاني.

ولو انقضت عدتها ولم يمت السيد ولم يعتقها، فالمذهب والمنصوص في

الجديد: أنها تعود فراشاً للسيد، وتحل له بلا استبراء. وحكي قول قديم: أنها لا تحل له بلا استبراء، فعلى المذهب، لو مات السيد بعد ذلك، لزمها الاستبراء، وعلى القديم: لا استبراء. والخلاف في حل أم الولد إذا زال حق الزوج، كالاخلاف فيما إذا زال حق الزوج عن الأمة المزوجة، هل يحتاج السيد إلى استبرائها؟ لكن الراجح في الأمة الاحتياج. ونقله البندنجي عن النص، لأن فراش أم الولد أشبه بالنكاح، ولهذا ولد أم الولد يلحقه إذا ولدته بعد ستة أشهر من حين استبرائها، وولد الأمة لا يلحقه، كذا قاله الروياني.

ولو أعتق مستولده، أو مات عنها وهي في عدة وطء شبهة، فهل يلزمها الاستبراء تفريعاً على المنصوص فيما إذا كانت في عدة زوج؟ وجهان: أصحهما الوجوب.

فرع: أعتق مستولده، وأراد أن يتزوجها قبل تمام الاستبراء، جاز على الأصح، كما يتزوج المعتدة منه بنكاح أو وطء شبهة.

فرع: المستولدة المزوجة، إذا مات عنها سيدها وزوجها جميعاً، فلها أحوال: أحدها: أن يموت السيد أولاً، فقد مات وهي مزوجة، وقد ذكرنا أنه لا استبراء عليها على المذهب، فإذا مات الزوج بعده، اعتدت عدة حرة، وكذا لو طلقها.

الحال الثاني: أن يموت الزوج أولاً، فتعتمد عدة أمة شهرين وخمسة أيام، فإن مات السيد وهي في عدة الزوج، فقد عتقت في أثناء العدة، وقد سبق في أول كتاب العدد الخلاف، في أنها هل تكمل عدة حرة أم عدة أمة؟ والمذهب أنه لا استبراء عليها كما ذكرناه قريباً. وإن أوجبناه، فإن كانت من ذوات الأشهر، استبرأت بشهر بعد العدة، وإن كانت من ذوات الأقراء، استبرأت بحيضة بعد العدة إن لم تحض في العدة، فإن حاضت في العدة بعد ما عتقت، كفاها ذلك.

وإن مات السيد بعد خروجها من العدة، لزمه الاستبراء على الأصح تفريعاً على عودها فراشاً.

الحال الثالث: أن يموت السيد والزوج معاً، فلا استبراء، لأنها لم تعد إلى فراشه. ويجيء فيه الخلاف المذكور، فيما إذا عتقت وهي معتدة، وهل تعتد عدة أمة، أم عدة حرة؟ وجهان: أصحهما: عند الغزالي: عدة أمة، وقطع البغوي بعدة حرة احتياطاً.

الحال الرابع: أن يتقدم أحدهما ويشكل السابق، فله صور: إحداها: أن يعلم أنه لم يتخلل بين موتها شهران وخمسة أيام، فعليها أربعة

أشهر وعشر من موت آخرهما موتاً، لاحتمال أن السيد مات أولاً، ثم مات الزوج وهي حرة، ولا استبراء عليها على الصحيح، لأنها عند موت السيد زوجة أو معتدة. وإن أوجبنا الاستبراء، فحكمه كما نذكره إن شاء الله تعالى في الصورة الثانية.

ولو تخلل شهران وخمسة أيام بلا مزيد، فهل هو كما لو كان المتخلل أقل من هذه المدة، أم كما لو كان أكثر منها؟ فيه الوجهان السابقان.

الصورة الثانية: أن يعلم أنه تخلل بين الموتين أكثر من شهرين وخمسة أيام، فعليها الاعتداد بأربعة أشهر وعشرة أيام من موت آخرهما موتاً، ثم إن لم تحض في هذه المدة، فعليها أن تربص بعدها بحيضة لاحتمال أن الزوج مات أولاً، وانقضت عدتها، وعادت فراشاً للسيد، وإن حاضت في هذه المدة، فلا شيء عليها، وسواء كان الحيض في أول المدة أو آخرها. وقيل: يشترط كونه بعد شهرين وخمسة أيام من هذه المدة لثلاثي يقع الاستبراء وعدة الوفاة في وقت واحد. قال الأصحاب: هذا غلط، لأن الاستبراء إنما يجب على تقدير تأخر موت السيد، وحينئذ تكون عدة الوفاة منقضية بالمدة المتخللة، ولا يتصور الاجتماع سواء كان الحيض في أول هذه المدة أو آخرها. ولو كانت المستولدة ممن لا تحيض، كفاها أربعة أشهر وعشرة أيام.

الصورة الثالثة: أن لا يعلم كم المدة المتخللة، فعليها التربص كما ذكرناه في الصورة الثانية، أخذاً بالأحوط، ولا نورثها من الزوج إذا شككنا في أسبقتهما موتاً، فإن ادعت علم الورثة أنها كانت حرة يوم موت الزوج، فعليهم الحلف على نفي العلم.

فصل: متى قالت المستبرأة: حضت، صدقت بلا يمين.

ولو امتنعت على السيد فقال: قد أخبرتي بانقضاء الاستبراء، صدق السيد على الأصح، لأن الاستبراء مفوض إلى أمانة السيد، ولهذا لا يحال بينه وبينها، بخلاف المعتدة من وطء بشبهة، فإنه يحال بين الزوج وبينها. وهل لها تحليف السيد؟ وجهان: حقيقتهما: أنه هل للأمة المخاصمة؟ ويقرب منه ما إذا ورث جارية فادعت أن مورثها وطئها، وأنها حرمت عليه بوطئه، فلا يلزمه تصديقها. وطريق الورع لا يخفى. وهل لها تحليفه؟ فيه هذان الوجهان.

قلت: الأصح أن لها التحليف في صورتين، وعليها الامتناع من التمكين إذا تحققت بقاء شيء من زمن الاستبراء وإن أبحناها له في الظاهر. والله أعلم.

فصل: وطئ السيد أمتة في عدتها عن وفاة زوج، ثم مات السيد، فعليها إكمال عدة الوفاة، ثم تربص بحيضة لموت السيد. فلو مرت بها حيضة في بقية عدة الوفاة، لم يعتد بها، لأنهما واجبان لشخصين، فلا يتداخلان. ولو لم يمت السيد،

لكن أراد تزويجها، فكذا تكمل عدة الوفاة، ثم تتربص بحيضة، ثم يتزوجها، ولو أراد أن يطأها بعد عدة الوفاة، فالصحيح جوازه، ولا حاجة إلى الاستبراء، ولو كانت في عدة طلاق، فوطئها السيد، ثم مات، أكملت عدة الطلاق، ثم تربصت بحيضة لموت السيد، ولا تحسب المدة من وقت وطء السيد إلى موته إن كان يستفرشها، كما لو نكحت في العدة وكان الزوج الثاني يستفرشها جاهلاً، هذا كله إذا وطئها ولم يظهر بها حمل. أما إذا وطئها السيد في عدة الوفاة ومات، فظهر بها حمل وولدت لزمن يمكن أن يكون من الزوج، وأن يكون من السيد، عرض على القائف، فإن ألحقه بالزوج، انقضت عدتها بالوضع، وعليها حيضة بعد طهرها من النفاس، وإن ألحقه بالسيد، حصل الاستبراء بوضعه، وعليها بعدُ إتمام عدة الوفاة. فإن لم يكن قائف، فعليها إتمام بقية العدة بعد الوضع على تقدير كون الولد من السيد، وعلى تقدير كونه من الزوج، فعليها التربص بحيضة بعد الوضع، فيلزمها أطول المدتين، فإن وقعت الحيضة في بقية عدة الوفاة، كفاها ذلك.

ولو ظهر بها حمل والصورة في عدة الطلاق، فولدت لزمان يحتملها، فإن ألحق بالزوج، فعليها بعد الوضع حيضة، وإن ألحق بالسيد، فعليها بعده بقية العدة، وإن أشكل، فعليها بقية العدة، أو حيضة فتأخذ بأكثرهما.

فرع: اشترى مزوجة، فوطئها قبل العلم بأنها مزوجة، وظهر بها حمل، ومات الزوج، فإن ولدت لزمن يحتمل كونه منهما، بأن ولدت لستة أشهر فصاعداً من وطء السيد، ولأربع سنين فأقل من وطء الزوج، عرض على القائف. فإن ألحقه بالزوج، انقضت العدة بالوضع، وإن ألحقه بالسيد، لم تنقض بالوضع، وكذا لو لم يكن قائف، أو أشكل عليه، لم تنقض العدة بالوضع، لاحتمال كونه من السيد، وعليها إتمام عدة الوفاة شهرين وخمسة أيام، ولا تحسب مدة افتراش السيد من العدة.

وإن احتمل أن يكون الولد من السيد دون الزوج، فكذا الحكم، وإن احتمل كونه من الزوج دون السيد، انقضت العدة بوضعه، وهل على السيد الاستبراء بعد العدة؟ فيه الخلاف السابق، ولو لم يظهر بها حمل والتصوير كما ذكرنا، فإما أن يموت الزوج عقب الوطء، وإما بعده بمدة، فإن مات عقبه، اعتدت عدة الوفاة. وهل تحل بعدها للسيد، أم تحتاج إلى استبراء؟ فيه الخلاف. ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء بلا خلاف. وإن عاش بعد الوطء مدة، لزمه اعتزالها إذا علم الحال حتى تنقضي مدة الاستبراء، كالمنكوحة توطأ بالشبهة. وإذا مات بعد انقضائها، فليس عليها إلا عدة الوفاة، وتحل للسيد بعدها، وله تزويجها بلا استبراء جديد. ولو

استفرشها الزوج بعد وطء السيد جاهلاً ثم مات، فإذا قضت عدته، فهل تحل للسيد بغير استبراء؟ فيه الخلاف السابق. ولا يجوز تزويجها إلا بعد الاستبراء.

فرع: رجل له زوجة وأمة مزوجة، حنث في طلاق الزوجة، أو عتق الأمة ومات قبل البيان، ثم مات زوج الأمة، لزمها أن تعتد بأربعة أشهر وعشرة أيام من يوم مات الزوج، لاحتمال أن السيد حنث في عتقها، ويلزم امرأته الأكثر من أربعة أشهر وعشر، وثلاثة أقرءاء. فلو كان لزوج الأمة أمة أيضاً، وحنث أيضاً هو في عتقها، أو طلاق زوجته وأما قبل البيان، فعلى كل واحدة الأكثر من أربعة أشهر وعشر، وثلاثة أقرءاء.

الطرف الثالث: فيما تصير به الأمة فراشاً، فيه مسائل:

الأولى: لا تصير الأمة فراشاً بمجرد الملك، فلو كانت تحل له وخلا بها، فولدت ولداً يمكن كونه منه، لم يلحقه، بخلاف الزوجة، لأن مقصود النكاح الاستمتاع والولد، وإنما تصير الأمة فراشاً إذا وطئها، فإذا أتت بعد الوطء بولد لزمان يمكن أن يكون منه، لحقه ويعرف الوطء بإقراره أو بالبينة. فلو نفى الولد مع الاعتراف بالوطء، فإن ادعى الاستبراء بحيضة بعد الوطء، نظر، إن ولدته لدون ستة أشهر من وقت الاستبراء، فالاستبراء لغو فيلحقه الولد. فلو أراد نفيه باللعان، فقد سبق في «كتاب اللعان»، أن الصحيح جواز اللعان في هذه الصورة، وإن ولدته لسته أشهر إلى أربع سنين، فالمذهب والمنصوص أنه لا يلحقه، وقد سبق فيه خلاف وتخريج. فلو أنكرت الاستبراء، فهل يحلف السيد، أم يصدق بغير يمين؟ وجهان: الصحيح الذي عليه الجمهور، أنه يحلف. فعلى هذا، هل يكفي الحلف على الاستبراء، أم يضم إليه أن الولد ليس منه، أم يكفي الحلف أن الولد ليس منه من غير تعرض للاستبراء كما في نفي ولد الزوجة؟ فيه أوجه: أصحابها: الثالث، ويفهم منه، أنه لو علم أن الولد من غيره ولم يستبرئها، جاز له نفيه والحلف عليه، لا على سبيل اللعان. وإذا حلف على الاستبراء، فهل يقول: استبرأتها قبل ستة أشهر من ولادتها هذا الولد، أم يقول: ولدته بعد ستة أشهر بعد استبرائي؟ فيه وجهان: ولو نكل، فوجهان: أحدهما: يلحقه بنكوله. والثاني: تحلف الأمة، فإن نكلت توقفنا إلى بلوغ الصبي، فإن حلف بعد البلوغ، لحق به.

المسألة الثانية: ادعت الوطء وأمية الولد، وأنكر السيد أصل الوطء، فالصحيح أنه لا يحلف، وإنما حلف في الصورة السابقة، لأنه سبق منه الإقرار بما يقتضي ثبوت النسب، وقيل: يحلف، لأنه لو اعترف به ثبت النسب. وإذا لم يكن ولد، لم يحلف بلا خلاف.

المسألة الثالثة: أقر بالوطء فأنت بولد لأكثر من أربع سنين من وقت الوطء، لم يلحقه على الصحيح، وقيل: يلحقه كولد الزوجة، وهذا تفريع على أنه يلحقه بعد الاستبراء، ويقرب منه الخلاف فيما لو أتت بولد يلحق السيد، ثم ولدت آخر لسته أشهر فصاعداً، هل يلحقه الثاني، لأنها صارت فراشه فيلحقه أولادها كالزوجة، أم لا يلحقه؟ إلا أن يقر بوطء جديد، لأن هذا الفراش يبطل بالاستبراء، فبالولادة أولى.

أما لو أتت بالولد الثاني لدون ستة أشهر، فهما حمل واحد، فإذا لحقه الأول، لحقه الثاني بلا خلاف. وأصل الخلاف أن أم الولد، هل تعود فراشاً للسيد إذا انقطعت علة الزوج عنها نكاحاً وعدة؟ وفيه قولان: أحدهما: تعود حتى لو مات السيد، أو أعتقها بعد ذلك لزمها الاستبراء. ولو أتت بولد لسته أشهر فصاعداً من انقطاع علة الزوج، لحق السيد. والثاني: لا تعود فراشاً ما لم يطأها، فلو ولدت لدون أربع سنين من الطلاق، لحق بالزوج. لكن الأظهر، أن أم الولد تعود فراشاً، والأصح أنه لا يلحقه الولد الثاني إلا أن يقر بوطء جديد، لأن الولادة أقوى من الاستبراء.

المسألة الرابعة: قال: كنت أطأ وأعزل، لحقه الولد على الأصح، لأن الماء قد يسبق، ولأن أحكام الوطء لا يشترط فيها الإنزال. وقيل: ينتفي عنه كدعوى الاستبراء، ولو قال: كنت أطأ في الدبر، لم يلحقه الولد على الصحيح، ولو قال: كنت أصيبها فيما دون الفرج، لم يلحقه على الأصح.

فصل: لو اشترى زوجته، فولدت بعد الشراء، فقد سبق في «كتاب اللعان» بيان أنه متى يلحقه هذا الولد بالنكاح، ومتى يلحقه بملك اليمين، ومتى لا يلحقه؟ ولا يحكم بكونها أم ولد إذا احتتمل كونه من النكاح فلم يقر بالوطء بعد الشراء. وقيل: يلحق إذا أمكن كونه من وطء ملك اليمين وهو ضعيف، ولو أقر بالوطء بعد الشراء، ولحق الولد بملك اليمين، ولكن احتتمل كونه من النكاح، ثبتت أمومة الولد على الأصح، وأجري الوجهان فيما لو زوج أمته وطلقت قبل الدخول، وأقر السيد بوطئها فولدت لزم من يحتمل كونه منهما، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الرضاع^(١)

الرضاع يؤثر في تحريم النكاح، وثبوت المحرمية المفيدة لجواز النظر والخلوة دون سائر أحكام النسب، كالميراث، والنفقة، والعق بالملك، وسقوط القصاص، ورد الشهادة وغيرها، وهذا كله متفق عليه.
ثم في كتاب الرضاع أربعة أبواب:

الباب الأول: في أركانه وشروطه

أما الأركان فثلاثة:

الركن الأول: المرضع، وله ثلاثة شروط:

الشرط الأول: كونه امرأة، فلبن البهيمة لا يتعلق به تحريم، فلو شربه صغيران لم يثبت بينهما أخوة، ولا يحرم لبن الرجل أيضاً على الصحيح، وقال الكرايسي: يحرم، ولبن الخنثى لا يقتضي أنوثته على المذهب، فلو ارتضعه صغير، توقف في التحريم، فإن بان أنثى، حرم، وإلا، فلا.

الشرط الثاني: كونها حية، فلو ارتضع ميتة، أو حلب لبنها، وهي ميتة، لم يتعلق به تحريم، كما لا تثبت حرمة المصاهرة بوطء الميتة. ولو حلب لبن حية، وأوجر الصبي بعد موتها، حرم على الصحيح المنصوص.

الشرط الثالث: كونها محتملة للولادة، فلو ظهر لصغيرة دون تسع سنين لبن، لم يحرم، وإن كانت بنت تسع وإن لم يحكم ببلوغها، لأن احتمال البلوغ قائم، والرضاع كالنسب فكفى فيه الإحتمال.

فرع: سواء كانت المرضعة مزوجة، أم بكرة، أم بخلافهما، وقيل: لا يحرم لبن البكر، والصحيح الأول، ونص عليه في البويطي.

فرع: نص في البويطي أنه إذا نزل لرجل لبن، فارتضعته صبية، كره له نكاحها.

(١) الرضاع لغة: مص اللبن من الثدي أو شربه.

وشرعا: هو مص طفل دون الحولين لبنًا ثابت عن حمل أو شربه.

الركن الثاني: اللبن، ولا يشترط لثبوت التحريم بقاء اللبن على هيئته حالة انفصاله عن الثدي، فلو تغير بحموضة، أو انعقاد، أو إغلاء أو صار جنباً، أو أقطاً، أو زبدًا، أو مخيضاً، وأطعم الصبي، حرم لوصول اللبن إلى الجوف، وحصول التغذية. ولو ثرد فيه طعام ثبت التحريم. ولو عجن به دقيق، وخبز، تعلق به الحرمة على الصحيح. ولو خلط بمائع إما دواء، وإما غيره، حلال كالماء ولبن الشاة، أو حرام كالخمر، نظر إن كان اللبن غالباً تعلق الحرمة بالمخلوط، فلو شرب الصبي منه خمس مرات ثبت التحريم، وإن كان اللبن مغلوباً فقولان: أحدهما: لا يتعلق به تحريم كالنجاسة المستهلكة في الماء الكثير لا أثر لها، وكالخمر المستهلكة في غيرها لا يتعلق بها حد، وكالمحرم يأكل طعاماً استهلك فيه طيب، لا فدية عليه. وأظهرهما: يتعلق به التحريم لوصول عين اللبن في الجوف، وذلك هو المعتبر، ولهذا يؤثر كثير اللبن وقليله، وليس كالنجاسة، فإنها تجنب للاستقذار، وهو مندفع بالكثرة، ولا كالخمر، فإن الحد منوط بالشدة المزيلة للعقل، ولا كالمحرم، فإنه ممنوع من التطيب، وليس هذا بتطيب، فعلى هذا إن شرب جميع المخلوط، تعلق به التحريم، وإن شرب بعضه فوجهان: أحدهما: يثبت التحريم أيضاً إن شربه خمس دفعات، أو شرب منه دفعة بعد أن شرب اللبن الصرف أربعاً، وهذا اختيار الصيمري، والقاضي أبي الطيب، وأصحهما: وبه قال ابن سريج وأبو إسحاق والماوردي: لا يتعلق به تحريم، لأننا لم نتحقق وصول اللبن، وهذا الخلاف فيما إذا لم يتحقق وصول اللبن مثل أن وقعت قطرة في جب ماء وشرب بعضه، فإن تحققنا انتشاره في الخليط، وحصول بعضه في المشروب، أو كان الباقي من المخلوط أقل من قدر اللبن، ثبت التحريم قطعاً، ذكره الإمام وغيره.

وهل يشترط أن يكون اللبن قدراً يمكن أن يُسقى منه خمس دفعات لو انفرد عن الخليط؟ وجهان حكاهما السرخسي وقال: أصحهما: الاشتراط، هذا هو المذهب في بيان حكم اختلاط اللبن بالمائعات، وسواء فيه اختلاط اللبن بالماء وبغيره، وحكى الإمام طريقتاً آخر: أنه إن كان الخليط غير الماء، فعلى ما ذكرناه، وإن كان ماء واللبن مغلوب، فإن امتزج بما دون القلتين، وشرب الصبي كله، ففي ثبوت التحريم قولان، وإن شرب بعضه، فقولان مرتبان وأولى بأن لا يثبت. وإن امتزج بقلتين، فصاعداً، فإن لم يثبت التحريم بدون القلتين فهنا أولى، وإن أثبتنا، وتناول بعضه، لم يؤثر، وإن شربه كله، فقولان مرتبان، وأولى بأن لا يؤثر. وهذه الطريقة ضعيفة، وفي المراد بمصير اللبن مغلوباً وجهان: أحدهما: خروجه عن كونه مغذياً، والصحيح الذي قطع به الأكثرون أن الاعتبار بصفات اللبن الطعم واللون والرائحة،

فإن ظهر منها شيء في المخلوط، فاللبن غالب، وإلا فمغلوب. ونقل أبو الحسن العبادي في «الرقم» تفرعاً على هذا عن الحلبي ما يفهم منه أنه لو زايته الأوصاف الثلاثة، اعتبر قدر اللبن بما له لون قوي يستولي على الخليط، فإن كان ذلك القدر منه يظهر في الخليط ثبت التحريم، وإلا فلا، قال الحلبي: وهذا شيء استنبطته أنا وكان في قلبي منه شيء، فعرضته على القفال الشاشي وابنه القاسم، فارتضياه، فسكنت، ثم وجدته لابن سريج، فسكن قلبي إليه كل السكون، وقد سبق نظير هذا في اختلاط المائع بالماء.

فرع: لو وقعت قطرة في فمه، واختلطت بريقه، ثم وصل جوفه، فطريقان، أحدهما: يعتبر كونه غالباً أو مغلوباً على ما ذكرناه. والثاني: القطع بالتحريم. إذا اختلط لبن امرأة بلبن أخرى، وغلب أحدهما، فإن علقنا التحريم بالمغلوب، ثبتت الحرمة منهما، وإلا فيختص بغلبة اللبن. الركن الثالث: المحل وهو معدة الصبي الحي، أو ما في معنى المعدة، فهذه ثلاثة قيود:

القيد الأول: المعدة، فالوصول إليها يثبت التحريم، سواء ارتضع الصبي، أو حلب اللبن، وأوجر في حلقه حتى وصلها، ولو حقن باللبن، أو قطر في إحليله، فوصل مثانته، أو كان على بطنه جراحة، فصب اللبن فيها حتى وصل الجوف لم يثبت التحريم على الأظهر. ولو صب في أنفه فوصل دماغه ثبت التحريم على المذهب، وقيل: فيه القولان، قال البغوي: ولو صب في جراحة في بطنه فوصل المعدة لخرق الأمعاء، أو وصل الدماغ بالصب في مأومة ثبت التحريم بلا خلاف. ولو صب في أذنه، ففي «البحر» أنه يثبت التحريم، وفي «التهذيب» لا يثبت، إذ لا منفذ منها إلى الدماغ، ويشبه أن يكون كالحقنة. وأما الصب في العين، فلا يؤثر بحال، ولو ارتضع، وتقياً في الحال، حصل التحريم على الصحيح. وقيل: لا يحصل. وقيل: إن تقياً وقد تغير اللبن، ثبت التحريم وإلا فلا.

القيد الثاني: الصبي والمراد به من لم يبلغ حولين، فمن بلغ سنتين، فلا أثر لارتضاعه ويعتبر الحولان بالأهله، فإن انكسر الشهر الأول، اعتبر ثلاثة وعشرون شهراً بعده بالأهله ويكمل المنكسر ثلاثين من الشهر الخامس والعشرين، ويحسب ابتداء الحولين من وقت انفصال الولد بتمامه، وقال الروياني: لو خرج نصف الولد، ثم بعد مدة، خرج باقيه، فابتداء الحولين في الرضاع عند ابتداء خروجه. وحكى ابن كج فيه وجهين: وحكى وجهين فيما لو ارتضع قبل انفصال جميعه هل يتعلق به تحريم؟

القيد الثالث: الحي فلا أثر للوصول إلى معدة الميت.

فصل: في شرط الرضاع لا تثبت حرمة إلا بخمس رضعات هذا هو الصحيح المنصوص^(١). وقيل: تثبت برضعة واحدة، وقيل: بثلاث رضعات، وبه قال ابن المنذر، واختاره جماعة. فعلى المنصوص لو حكم حاكم بالتحريم برضعة، لم ينقض حكمه على الصحيح، وقال الإصطخري: ينقض. والرجوع في الرضعة والرضعات إلى العرف، وما تنزل عليه الأيمان في ذلك، ومتى تخلل فصل طويل تعدد. ولو ارتضع، ثم قطع إعراضاً، واشتغل بشيء آخر، ثم عاد وارتضع، فهما رضعتان، ولو قطعت المرضعة، ثم عادت إلى الإرضاع، فهما رضعتان على الأصح، كما لو قطع الصبي، ولا يحصل التعدد بأن يلفظ الثدي، ثم يعود إلى التقامه في الحال، ولا بأن يتحول من ثدي إلى ثدي، أو تحوله لنفاذ ما في الأول، ولا بأن يلهو عن الامتصاص والثدي في فمه، ولا بأن يقطع التنفس، ولا بأن يتخلل النوم الخفيفة، ولا بأن تقوم وتشغل بشغل خفيف، ثم تعود إلى الإرضاع، فكل ذلك رضعة واحدة.

قلت: قال ابراهيم المروذي: إن نام الصبي في حجرها وهو يرتضع نومة خفيفة، ثم انتبه ورضع ثانياً، فالجميع رضعة، وإن نام طويلاً، ثم انتبه وامتنص، فإن كان الثدي في فمه فهي رضعة، وإلا فريضعتان. والله أعلم.

قال الأصحاب: يعتبر ما نحن فيه بمرات الأكل، فإذا حلف لا يأكل في اليوم إلا مرة واحدة فأكل لقمة، ثم أعرض واشتغل بشغل طويل، ثم عاد وأكل، حنث، ولو أطل الأكل على المائدة وكان ينتقل من لون إلى لون ويتحدث في خلال الأكل، ويقوم، ويأتي بالخبز عند نفاذه، لم يحنث، لأن ذلك كله يعد في العرف أكلة واحدة، ولو ارتضع من ثدي امرأة ثم انتقل في الحال إلى ثدي آخر، ففيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى في الفصل الذي يليه.

فرع: لا يشترط وصول اللبن في المرات على صفة واحدة، بل لو ارتضع في بعضها، وأوجر في بعضها، وأسعط في بعضها حتى تم العدد، ثبت التحريم، وكذا الصب في الجراحة والحقنة إذا جعلناهما مؤثرين.

فرع: لو حلب لبن امرأة دفعة، وأوجره الصبي في خمس دفعات، فهل يحسب رضعة أم خمساً؟ قولان، أظهرهما: رضعة، وقيل: رضعة قطعاً. ولو حلب خمس

(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٤٥٢) وأبو داود في سننه برقم (٢٠٦٢) والترمذي في سننه برقم (١١٥٠) والنسائي في سننه برقم (٣٣٠٧) وابن ماجه في سننه برقم (١٩٤٢) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: كان فيما أنزل من القرآن: عشر رضعات معلومات يحرمن، ثم نسخ بخمس معلومات، فتوفي رسول الله ﷺ وهنّ فيما يُقرأ من القرآن.

دفعات، وأوجره دفعة، فالمذهب أنه رضعة، وقيل: على الطريقتين. ولو حلب خمس دفعات، وأوجر في خمس دفعات من غير خلط، فهو خمس رضعات قطعاً. وإن حلب خمس دفعات، وخلط، ثم فرق، وأوجر في خمس دفعات، فالمذهب أنه خمس رضعات، وبه قطع الجمهور، وقيل على قولين، لأنه بالخلط صار كالمحلوب دفعة. ولو حلب خمس نسوة في إناء، وأوجره الصبي دفعة واحدة حسب من كل واحدة رضعة، وإن أوجره في خمس دفعات، حسب من كل واحدة رضعة، وإن أوجره في خمس دفعات، حسب من كل واحدة رضعة على الأصح، وقيل: خمس رضعات.

فرع: لو شك هل أرضعته خمس رضعات، أم أقل، أو هل وصل اللبن جوفه أم لا؟ فلا تحريم ولا يخفى الورع. ولو شك هل أرضعته الخمس في الحولين، أم بعضها، أو كلها بعد الحولين، فلا تحريم على الأظهر أو الأصح، والتحريم محكي عن الصيمري، لأن الأصل بقاء المدة.

فصل: إذا كان لبن المرأة لرجل، فسيأتي إن شاء الله تعالى أن المرتضع يصير ابناً للرجل كما يصير ابناً للمرأة، واختار ابن بنت الشافعي أنه لا يصير، والصواب الأول. فإذا كان للرجل خمس مستولدات، أو أربع زوجات ومستولدة، فأرضعت كل واحدة طفلاً رضعة لم يصرن أمهاته، وهل يصير الرجل أباه؟ وجهان: قال الأنماطي وابن سريج وابن الحداد: لا، وأصحهما - وبه قال أبو إسحاق وابن القاص - : نعم، لأنه لبنه، وهن كالظروف له، فعلى هذا تحرم المرضعات على الطفل لا بالرضاع، بل لأنهن موطوءات أبيه، ولو كان تحته صغيرة وله خمس مستولدات، فأرضعتها كل واحدة رضعة بلبنه لم ينفسخ نكاح الصغيرة على الوجه الأول، وينفسخ على الثاني، وهو الأصح، ولا غرم عليهن، لأنه لا يثبت له دين على مملوكه، ولو أرضع نسوته الثلاث ومستولداته زوجته الصغيرة فانفساخ نكاح الصغيرة على الوجهين، وأما غرامة مهرها، فإن أرضعن مرتباً، فالانفساخ يتعلق بإرضاع الأخيرة فإن كانت مستولدة، فلا شيء عليها، وإن كانت زوجة، فعليها الغرم، وإن أرضعته معاً بأن أخذت كل واحدة لبنها في مسعط، وأوجرته معاً، فلا شيء على المستولتين وعلى النسوة ثلاثة أخماس الغرم، ولا ينفسخ نكاح النسوة لأنهن لم يصرن أمهات الصغيرة. ولو كان له أربع، فأرضعت إحداهن طفلاً رضعتين، وأرضعته الباقيات رضعة رضعة، أو كان له ثلاث مستولدات، فأرضعت إحداهن الطفل بلبنه ثلاث رضعات، والباقيتان رضعة رضعة، جرى الخلاف في مصيره أباً ولا يصرن أمهات، وعلى هذا قياس سائر نظائرها.

ولو كان لرجل أو امرأة خمس بنات أو أخوات، فأرضعت كل واحدة طفلاً رضعة، لم يصرن أمهاته، ولا أزواجهن آباءه، وكذا لا تثبت الحرمة بين الرضيع والرجل على المذهب، وقيل: بطرد الوجهين، فإن أثبتنا الحرمة، قال البيهقي: تحرم المرضعات على الرضيع لا لكونهن أمهات، بل لكون البنات أخواته وكون الأخوات عماته، ولك أن تقول: إنما يصح كون البنات أخواته والأخوات عماته لو كان الرجل أباً، والحرمة هنا إذا ثبتت إنما هي لكونه جدّاً لأم أو خالاً، وفيه وضع بعضهم الخلاف، فقال: في مصيره جدّاً لأم أو خالاً وجهان: فينبغي أن يقال: يحرم لكونهن كالأخالات، وذلك لأن بنت الجد للأم إذا لم تكن أمّاً، كانت خالة، وكذلك أخت الخال. ولو كان لرجل أم وبنت وأخت وبنت أخ لأب، وبنت أخت لأب، فارتضعت طفل من كل واحدة رضعة، فإن قلنا: لا يثبت التحريم في الصورة الثانية، فهنا أولى، وإلا فالأصح أيضاً أن لا تحريم، لأن هناك يمكن نسبة الرضيع إليه بكونه ابن ابن، ونسبته إلى الرضيع بكونه جدّاً، وهنا لا يمكن لاختلاف الجهات، ولا يجوز أن يكون بعضه أخاً وبعضه ولد بنت، وعن ابن القاص: إثبات الحرمة، فعلى هذا تحرم المرضعات على الرضيع لا بالأمومة بل بجهات، فأم الرجل كأنها زوجة أبيه، لأن لبنها من أبي الرجل، والرضيع كولده، وبنت الرجل بنت ابن أبيه، فتكون بنت أخيه، وأخت الرجل بنت أبيه، فتكون أخته، وبنت أخي الرجل بنت ابن أبيه، فتكون بنت أخيه، وبنت أخت الرجل بنت أخته أيضاً.

ولو كان بدل إحدى هؤلاء المرضعات زوجة أو جدة كان الحكم كما ذكرنا. ولو أرضعت كل واحدة من هؤلاء زوجة الرجل رضعة، فانفساخ نكاحه على الوجهين، فإن قلنا: ينفسخ، فإن أرضعن مرتباً، غرمت الأخيرة للزوج، وإن أرضعن معاً، اشتركن فيه، فإن اختلف عدد الرضعات بأن كن ثلاثاً فأرضعت واحدة رضعتين، وأخرى كذلك، والثالثة رضعة، فهل يغرمن أثلاثاً على عدد الرؤوس، أم أخماساً على عدد الرضعات؟ وجهان: وجميع ما ذكرناه هو فيما إذا أرضعت النسوة الخمس في أوقات متفاصلة، فإن أرضعن متوالياً، وحكمنا بالحرمة في المتفاصل فهنا وجهان: قال ابن القاص: لا يثبت، لأنهن كالمرأة الواحدة بالنسبة إلى الرجل وإرضاع المرأة إنما يحرم إذا تفرقت أوقاته، وأصحهما: التحريم لتعدد المرضعات، فعلى الأول لو أرضعن متوالياً، ثم أرضعته إحداهن أربع رضعات، صارت أمّاً له على الأصح، لأنه ارتضع منها خمساً متفاصلة، وقيل: لا، لأن تلك الرضعة لم تكن تامة، ويجري هذا الخلاف في انتقال الرضيع من ثدي امرأة إلى ثدي أخرى، فعلى وجه لا يحسب لواحدة منهما رضعة، وعلى الأصح: يحسب لكل واحدة رضعة، لأن

الاشتغال بالارتضاع من الأخرى قطع الارتضاع من الأولى، فصار كالاشتغال بشيء آخر، ويقرب منه خلاف فيما لو ارتضع في الحولين أربع رضعات، وتم الحولان في خلال الرضعة الخامسة، ففي وجه لا يثبت التحريم، لأنها لم تتم في الحولين، والأصح: ثبوته لأن ما يصل إلى الجوف في كل رضعة غير مقدر، وذكر ابن كج أنه لو كان يرتضع الرضعة الخامسة، فمات: أو ماتت المرضعة قبل أن يتمها، وجهين في ثبوت التحريم كالوجهين فيما لو قطعت المرضعة.

فرع: لزيد ابن وابن ابن وأب وجد وأخ ارتضعت صغيرة من زوجة كل واحد منهم رضعة، فلا تحرم على زيد على الأصح، وحرمها ابن القاص على زيد، فعلى هذا تحرم على أبيه دون الابن وابن الابن، لأنها بارتضاع لبن أخي زيد تكون بنت عم لابن، وبنت العم لا تحرم، ومتى كان في الخمسة من لا يقتضي لبنه تحريماً، فلا تحريم.

خمسة إخوة ارتضعت صغيرة من لبن زوجة كل واحد رضعة، ففي تحريم الصغيرة على الإخوة الوجهان، الأصح: المنع. امرأة لها بنت ابن، وبنت ابن ابن، وبنت ابن ابن ابن، أرضعت العليا طفلاً ثلاث رضعات، والأخريان رضعة رضعة، ففي مصير المرأة جدة للرضيع الوجهان، فإن قلنا: نعم، ففي تحريم المرضعات على الطفل وجهان: أحدهما: لا لعدم العدد، والثاني: أن الرضعات من الجهات تجمع، إن كانت كل واحدة منها بحيث لو تم العدد منها ثبت التحريم، فعلى هذا ينظر إن كانت الوسطى بنت أخي العليا، والسفلى بنت أخي الوسطى، حرمت العليا عليه، لأن إرضاعها لو تم لكان الطفل ابنها، وإرضاع الوسطى لو تم، لكان الرضيع ابن بنت أخي العليا، وإرضاع السفلى لو تم لكان للعليا ابن بنت ابن أخ. وهذه الجهات محرمة فتجمع ما فيها من عدد الرضعات. وإن كانت الوسطى بنت ابن عم العليا، والسفلى بنت ابن ابن عمها، لم تحرم العليا، لأن إرضاع الوسطى لو تم، لكان الرضيع للعليا ابن بنت ابن عم، وإرضاع السفلى لو تم، لكان لها ابن بنت ابن ابن العم، وذلك لا يقتضي التحريم، وأما الوسطى والسفلى، فلا تحرمان عليه بحال، لأن إرضاع العليا لو تم، لكان للوسطى ابن العم، وللسفلى ابن عمه الأب. ولو أرضعته إحداهن خمس رضعات، حرمت هي عليه، وحرمت التي فوقها إذا كانت المرضعة بنت أخي التي فوقها، لأنها تكون عمه أمه.

فرع: له زوجتان حلبت كل واحدة من لبنها دفعة، ثم خلطا، وشربه طفل دفعة، ثبت لكل واحدة رضعة، ولو شربه مرتين، فهل يحسب لكل واحدة رضعتان اعتباراً بوصول اللبن، أم رضعة اعتباراً بالحلب؟ وجهان: وهو كما سبق فيما لو

حلب لبن نسوة، وخلط، وشربه الطفل دفعة أو دفعات. وأما بين الرضيع والزوج، فإن لم نجمع في حق الزوج رضعات زوجاته، ثبت له رضعة واحدة، وإن جمعنا ونظرنا إلى الحلب، ثبت له رضعتان، وإن نظرنا إلى وصول اللبن ثبت أربع رضعات. **فرع:** كان له أربع نسوة وأمة موطوءات، أرضعت كل واحدة طفلة بلبن غيره رضعة، قال ابن القاص تفرعاً على ثبوت الأبوة: لو أرضعته بلبنه تحرم الطفلة عليه، لأنها ربيبته، وإن كان فيهن من لم يدخل بها، لم تحرم عليه، لما سبق أنه متى كان فيهن من لو انفردت بالرضعات الخمس، لم تثبت الحرمة، لا يثبت التحريم.

الباب الثاني: فيمن يحرم بالرضاع

تحريم الرضاع يتعلق بالمرضعة، والفحل الذي له اللبن، والطفل الرضيع، فهم الأصول في الباب، ثم تنتشر الحرمة منهم إلى غيرهم.

أما المرضعة فتنتشر الحرمة منها إلى آبائها من النسب والرضاع، فهم أجداد الرضيع، فإن كان الرضيع أنثى، حرم عليهم نكاحها. وإلى أمهاتها من النسب والرضاع، فهن جدات للرضيع، فيحرم عليه نكاحهن إن كان ذكراً، وإلى أولادها من النسب والرضاع، فهم إخوته وأخواته، وإلى إخوتها وأخواتها من النسب والرضاع، فهم أخواله وخالاته، ويكون أولاد أولادها أولاد إخوة وأولاد أخوات للرضيع، ولا تثبت الحرمة بين الرضيع، وأولاد إخوة المرضعة، وأولاد أخواتها، لأنهم أولاد أخواله وخالاته.

وأما الفحل، فكذلك تنتشر الحرمة منه إلى آبائه وأمهاته، فهم أجداد الرضيع وجداته، وإلى أولاده، فهم إخوة الرضيع وأخواته، وإلى إخوته وأخواته، فهم أعمام الرضيع وعماته.

وأما المرتضع فتنتشر الحرمة منه إلى أولاده من الرضاع، أو النسب، فهم أحفاد المرضعة أو الفحل، ولا تنتشر إلى آبائه وأمهاته وإخوته وأخواته، فيجوز لأبيه وأخيه أن ينكح المرضعة وبناتها وقد سبق في النكاح أن أربع نسوة يحرم من النسب ومثلهن قد لا يحرم من الرضاع، وجعلت تلك الصور مستثناة من قولنا: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» وقد يقال: الحرمة في تلك الصور من جهة المصاهرة، لا من جهة النسب.

فرع: إنما تثبت الحرمة بين الرضيع والفحل إذا كان منسوباً إلى الفحل بأن ينتسب إليه الولد الذي نزل عليه اللبن، أما اللبن النازل على ولد الزنا، فلا حرمة له، فلا يحرم على الزاني أن ينكح الصغيرة المرتضعة من ذلك اللبن، لكنه يكره وقد

حكينا في النكاح وجهاً أنه لا يجوز له نكاح بنت زناه التي تعلم أنها من مائه، فيشبه أن يجيء ذلك الوجه هنا، ولو نفى الزوج ولدًا باللعان، وارتضعت صغيرة بلبنه، لم تثبت الحرمة. ولو أرضعت به ثم لاعن، انتفى الرضيع عنه، كما ينتفي الولد. فلو استلحق الولد بعد ذلك، لحق الرضيع، ولم يذكروا هنا الوجهين المذكورين في نكاحه التي نفاها باللعان، ولا يبعد أن يسوى بينهما. ولو كان الولد من وطء شبهة، فاللبن النازل عليه ينسب إلى الواطئ، كما ينسب إليه الولد، هذا هو المشهور، وفي قول: لا تثبت الحرمة من جهة الفحل بلبن وطء الشبهة لأنه لا ضرورة إلى إثبات حرمة الرضاع بخلاف النسب.

فرع: إذا وطئت منكوحة بشبهة، أو وطئ رجلان امرأة بشبهة، أو نكح رجل امرأة في العدة جاهلاً، وأنت بولد، وأرضعت باللبن النازل عليه طفلاً، فهو تبع للولد، فإن لحق الولد أحدهما لانحصار الإمكان فيه، فالرضيع ولده من الرضاع، وإن لم يلحق واحداً منهما لامتناع الإمكان، فالرضيع مقطوع عنهما، وإن تحقق الإمكان فيهما، عرض الولد على القائف، فبأيهما ألحقه، تبعه الرضيع، فإن لم يكن قائف، أو نفاه عنهما، أو أشكل، توقفنا حتى يبلغ المولود، فينتسب إلى أحدهما، فإن بلغ مجنوناً، صبرنا حتى يفيق، فإذا انتسب، تبعه الرضيع، فإن مات قبل الانتساب وكان له ولد قام مقامه في الانتساب، فإن كان له أولاد فانتسب بعضهم إلى هذا، وبعضهم إلى هذا، استمر الإشكال، فإن لم يكن له ولد، وبقي الاشتباه، ففي الرضيع قولان، أحدهما: أنه ابنهما جميعاً، ويجوز أن يكون لواحد آباء من الرضاع بخلاف النسب، وأظهرهما: لا يكون ابنهما، لأنه تابع للولد فعلى الأول هل يكفي خمس رضعات، أم يحتاج إلى عشر؟ وجهان خرجهما الداركي، وذكر في «البسيط»: أن معنى هذا القول على ضعفه إثبات أبوتهما ظاهراً دون الباطن، وهذا خلاف ما قاله الأصحاب، وإن كان القول ضعيفاً بالاتفاق. وإذا قلنا: بالأظهر، فهل للرضيع أن ينتسب بنفسه؟ قولان نص عليهما في «الأم» أحدهما: لا كما لا يعرض على القائف، وأظهرهما: نعم كما للمولود.

والرضاع يؤثر في الأخلاق بخلاف العرض على القائف، فإن معظم اعتماده على الأشباه الظاهرة دون الأخلاق مع أن ابن كج نقل عن ابن القطان والقاضي أبي حامد وجهين في العرض على القائف وهو غريب، فإن قلنا: له الانتساب، فهل يجبر عليه كما يجبر المولود؟ وجهان: وقيل: قولان، أحدهما: لا، والفرق أن النسب تتعلق به حقوق له وعليه، كال ميراث والعق والشهادة وغيرها، فلا بد من رفع الإشكال، والذي يتعلق بالرضاع حرمة النكاح والامتناع منه سهل. وإذا انتسب إلى

أحدهما، كان ابنه، وانقطع عن الآخر، فله نكاح بنته، ولا يخفى الورع، وإن لم ينتسب، أو قلنا: ليس له الانتساب، فليس له أن ينكح بنتيهما جميعاً، لأن إحداهما أخته، وفي «الحاوي» وجه أنه يجوز، ويحكم بانقطاع الأبوة عنهما، وهذا غلط. وهل له أن ينكح بنت أحدهما؟ وجهان: أصحهما: لا لأن إحداهما أخته، فأشبه ما إذا اختلطت أخته بأجنبية. والثاني: يجوز وهو ظاهر ما نقله المزني، لأن الأصل الحل في كل واحدة، فصار كما لو اشتبه ماء طاهر بنجس بخلاف الأخت والأجنبية، فإن الأصل في الأخت التحريم، فصار كاشتبهاء الماء بالبول، فإنه يعرض عنهما، فإن جوزنا نكاح إحداهما فالصحيح الذي قطع به الجمهور أنه لا يحتاج إلى اجتهاد بخلاف الأواني المشتبهة، فإن فيها علامات ظاهرة، وذكر الفوراني أنه يجتهد في الرجلين أيهما الأب، ثم ينكح بنت من لا يراه أباً، وإذا نكح واحدة، ثم فارقتها، فهل له نكاح الأخرى؟ وجهان: قال أبو إسحاق: نعم، لأن التحريم غير متعين، فصار كمن صلى بالاجتهاد إلى جهة يجوز أن يصلي إلى جهة أخرى باجتهاد آخر. وقال ابن أبي هريرة: لا يجوز، واختاره القاضي أبو الطيب كالأواني.

فصل: طلق زوجته، أو مات عنها، ولها لبن منه، فأرضعت به طفلاً قبل أن تنكح، فالرضيع ابن المطلق والميت، ولا تنقطع نسبة اللبن بموته وطلاقه، سواء ارتضع في العدة أو بعدها، وسواء قصرت المدة أم طالت كعشر سنين وأكثر، وسواء انقطع اللبن ثم عاد، أم لم ينقطع لأنه لم يحدث ما يحال اللبن عليه، فهو على استمراره منسوب إليه، وقيل: إن انقطع وعاد بعد مضي أربع سنين من وقت الطلاق لم يكن منسوباً إليه كما لو أتت بولد بعد هذه المدة لا يلحقه، هكذا خصص البغوي هذا الوجه بما إذا انقطع وعاد، ومنهم من يشعر كلامه بطرده في صورة استمرار اللبن، وكيف كان، فالصحيح ما سبق. فلو نكحت بعد العدة زوجاً، وولدت منه، فاللبن بعد الولادة للثاني، سواء انقطع وعاد، أم لم ينقطع لأن اللبن تبع للولد، والولد للثاني. وأما قبل الولادة من الزوج الثاني، فإن لم يصبها أو أصابها ولم تحبل، أو حبلت ولم يدخل وقت حدوث اللبن لهذا الحمل، فاللبن للأول، سواء زاد على ما كان أم لا، وسواء انقطع، ثم عاد أم لا، ويقال: أقل مدة يحدث فيها اللبن للحمل أربعون يوماً.

وإن دخل وقت حدوث اللبن للحمل، فإذا أن ينقطع اللبن مدة طويلة، وإما أن لا يكون كذلك بأن لم ينقطع، أو انقطع مدة يسيرة، ففي الحالة الأولى ثلاثة أقوال، أظهرها: أنه لبن الأول، والثاني: أنه للثاني، والثالث: لهما. وفي الحالة الثانية ثلاثة أقوال أيضاً، المشهور أنه للأول، والثاني: لهما، والثالث: إن زاد اللبن

فلهما، وإلا فللأول. ولو نزل للبكر لبن، فنكحت، ولها لبن ثم حبلت من الزوج، فحيث قلنا فيما سبق: إن اللبن للثاني أو لهما، فهنا يكون للزوج، وحيث قلنا: هو للأول، فهو هنا للمرأة وحدها ولا أب للرضيع. ولو حبلت امرأة من الزنا وهي ذات لبن من زوج، فحيث قلنا هناك: اللبن للأول، أو لهما فهو للزوج. وحيث قلنا: هو للثاني، فلا أب للرضيع. ولو نكحت امرأة لا لبن لها، فحبلت ونزل لها لبن، قال المتولي في ثبوت الحرمة بين الرضيع والزوج وجهان بناء على الخلاف، إن جعلنا اللبن للأول لم يجعل الحمل مؤثراً ولا تثبت الحرمة حتى ينفصل الولد، وإن جعلناه للثاني أو لهما، ثبتت.

الباب الثالث: في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم

فيه طرفان:

الطرف الأول: في الغرم عند انقطاع النكاح. الرضاع الطارئ قد يقطع النكاح وإن لم يقتض حرمة مؤبدة، وستأتي أمثلته إن شاء الله تعالى، وقد يقطعه لاقتضائه حرمة مؤبدة، فكل امرأة يحرم عليه أن ينكح بنتها إذا أرضعت تلك المرأة زوجته الصغيرة خمس رضعات، ثبتت الحرمة المؤبدة، وانقطع النكاح. فإذا كان تحته صغيرة، فأرضعتها أمه من النسب أو الرضاع، أو جدته أو بنته أو حافدته منهما، أو زوجة أبيه، أو ابنه، أو أخيه بلبانهم خمس رضعات، انفسخ النكاح. فإن كان اللبن من غير الأب والابن والأخ لم يؤثر، لأن غايته أن تصير ربيبة أبيه أو ابنه أو أخيه، وليست بحرام. ولو أرضعتها زوجة أخرى له بلبنه، انفسخ النكاح، وثبتت الحرمة المؤبدة، لأنها بنته، وإن كان اللبن لغيره فسنذكره إن شاء الله تعالى، ثم الصغيرة التي ينفسخ نكاحها بالرضاع تستحق نصف المسمى إن كان صحيحاً، أو نصف مهر المثل إن كان فاسداً إلا أن يكون الانفساخ من جهتها بأن دبت، فرضعت من نائمة، فإنه لا شيء لها على المذهب، كما سنذكره إن شاء الله تعالى، ويجب على المرضعة الغرم للزوج، سواء قصدت بالإرضاع فسخ النكاح أم لا، وسواء وجب عليها الإرضاع بأن لا يكون هناك مرضعة غيرها أم لا، لأن غرامة الإلتلاف لا تختلف بهذه الأسباب، وفيما إذا لزمها الإرضاع احتمال للشيخ أبي حامد، ثم نص هنا أن على المرضعة نصف مهر المثل، ونص أن شهود الطلاق قبل الدخول إذا رجعوا يلزمهم جميع مهر المثل، فقليل: فيهما قولان نقلاً وتخريجاً، وقيل: بتقرير النصين، لأن فرقة الرضاع حقيقية، فلا توجب إلا النصف. وفي الشهادة النكاح باق في الحقيقة بزعم الزوج والشهود، لكنهما حالاً بينه وبين البضع، فغرماً قيمته، كالغاصب الحائل بين المالك

والمغصوب. فإن قلنا: بالقولين، فهل هما في كل المسمى ونصفه، أم في مهر المثل ونصفه؟ قولان، فحصل في الرضاع أربعة أقوال، أظهرها عند الجمهور: نصف مهر المثل. والثاني: جميعه، والثالث: نصف المسمى، والرابع: جميعه.

فرع: نكح العبد صغيرة، فأرضعتها أمه، وانفسخ النكاح، فللصغيرة نصف المسمى في كسبه، ولسيده الرجوع على أم العبد بالغرم، لأنه بدل البضع، فكان للسيد كعوض الخلع.

فرع: صغيرة مفوضة أرضعتها أم الزوج، فلها على الزوج المتعة، قال ابن الحداد: ويرجع الزوج على المرضعة بالمتعة، والأظهر: أنه يرجع بنصف مهر المثل هناك وكذا هنا، والصورة إذا كانت الصغيرة أمة، فزوجها السيد بلا مهر، لأن الصغيرة الحرة لا يتصور في حقها التفويض.

فرع: حلب أجنبي لبن أم الزوج، أو كان محلوباً، فأخذه، وأوجره الصغيرة فالغرم على الأجنبي، وفي قدره الأقوال الأربعة. ولو أوجرها خمسة أنفس، فعلى كل واحد خمس الغرم، ولو أوجرها واحد مرة، وآخران مرتين مرتين، فهل يوزع عليهم أثلاثاً أم على عدد الرضعات؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

فرع: أكرهت على الإرضاع، فهل الغرم عليها، أم على المكره؟ وجهان: أصحهما: عليها، قاله الروياني.

فرع: تحته صغيرة وكبيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة انفسخ نكاح الصغيرة قطعاً والكبيرة أيضاً على الأظهر. ولو أرضعتها جدة الكبيرة أو أختها أو بنت أختها فكذلك. ويجوز في الصور أن ينكح واحدة منهما بعد ذلك ولا يجمعهما. ولو أرضعتها بنت الكبيرة، فحكم الانفساخ كما ذكرنا، وتحرم الكبيرة على التأييد وكذا الصغيرة إن كانت الكبيرة مدخولاً بها لكونها ربييته، وحكم مهر الصغيرة على الزوج، والغرم على المرضعة كما سبق، وكذا القول في الكبيرة إذا قلنا: بانفساخ نكاحها ولم تكن ممسوسة، فإن كانت، فعلى الزوج مهرها المسمى، وهل تغرم المرضعة له؟ قولان، أحدهما: لا، لأن البضع بعد الدخول لا يتقوم للزوج، ولهذا لو انفسخ النكاح بردتها بعد المسيس لا غرم عليها، وأظهرهما: تغرم له مهر المثل، كما لو شهدوا بالطلاق بعد الدخول، ثم رجعوا يغرمون مهر المثل. وكما لو ادعى الزوج أنه راجعها قبل انقضاء العدة، فأنكرت، وصدقناها بيمينها، فنكحت ثم أقرت بالرجعة للأول لا يقبل إقرارها على الثاني، وتغرم للأول مهر مثلها، لأنها أتلقت بضعها عليه.

فرع: إنما يجب الغرم في الصور السابقة على أم الزوج ومن في معناها إذا

أرضعت أو مكنت الصغيرة من الإرضاع، ولا يؤثر مع إرضاعها ارتضاع الصغيرة، فلا يحال الانفساخ عليه، فلو كانت ذات اللبن نائمة، فدبت إليها الصغيرة، فارتضعت، وانفسخ النكاح، أحلنا الانفساخ على فعل الصغيرة، فلا غرم على صاحبة اللبن، لأنها لا فعل لها. وقال الداركي: عليها الغرم، والصحيح الأول، ولا مهر للصغيرة على الأصح، وقيل: لها نصف المسمى ولا أثر لفعلها، فعلى الأصح يرجع الزوج في مالها حيث ينفسخ نكاح الكبيرة، بنسبة ما يغرم لها من مهر مثلها، لأنها أتلفت عليه بضع الكبيرة، ولا فرق في غرامة المتلفات بين الكبيرة والصغيرة. ولو وصلت قطرة بتطير الريح إلى جوف الصغيرة، فلها نصف المهر ولا غرم على صاحبة اللبن، ويجيء فيه وجه الداركي، ولو ارتضعت منها وهي مستيقظة ساكنة، فهل يحال الرضاع على الكبيرة لرضاها به أم لا لعدم فعلها كالنائمة؟ وجهان حكاهما ابن كج.

قلت: الأصح: الثاني. والله أعلم.

ولو ارتضعت الصغيرة من أم الزوج رضعتين وهي نائمة، ثم أرضعتها الأم ثلاث رضعات ففيه الوجهان السابقان في أن الغرم يوزع على المرضعات، أو على الرضعات، إن قلنا: بالأول، سقط من نصف المسمى نصفه، ويجب على الزوج نصفه وهو الربع، وإن قلنا بالثاني، سقط من نصف المسمى خمسه، ويلزم الزوج ثلاثة أخماسه، هكذا قاله صاحب «المهذب» و«التهذيب» وهذا تفريع على الأظهر من الأقوال السابقة في أن الرجوع بنصف مهر المثل ولو أرضعتها الأم أربع رضعات، ثم ارتضعت الصغيرة منها وهي نائمة المرة الخامسة، قال المتولي: في نظيره لأصحابنا وجهان: وهو إذا طلقها ثلاثاً متعاقبات هل يتعلق التحريم بالثالثة وحدها، أم بالثلاث؟ إن علقنا بالثالثة يحال التحريم على الرضعة الأخيرة، وتكون كما لو ارتضعت الخمس وصاحبة اللبن نائمة، ولا غرم على الكبيرة، ويسقط مهر الصغيرة. وإن علقنا بالثلاث، تعلق التحريم هنا بالرضعات، وعلى هذا فقياس التوزيع على الرضعات أن يسقط من نصف المهر خمسه، ويجب على الزوج أربعة أخماسه، ويرجع على المرضعة بأربعة أخماس مهر المثل تفريعاً على الأظهر.

الطرف الثاني: في المصاهرة المتعلقة بالرضاع:

فمن نكح صغيرة، أو كبيرة، حرمت عليه مرضعتها، لأنها أم زوجته من الرضاع. ولو نكح صغيرة ثم طلقها، فأرضعتها امرأة، حرمت المرضعة على المطلق، لأنها صارت أم من كانت زوجته ولا نظر إلى التاريخ في ذلك. ولو كانت تحتة كبيرة فطلقها، فنكحت صغيراً وأرضعته بلبن المطلق، حرمت على المطلق أبداً كما تحرم

على الصغير، لأنها زوجة أبيه. ولو نكحت صغيراً ففسخت نكاحه بغيبة، ثم نكحت آخر، فأرضعت الأول بلبن الثاني، انفسخ نكاحها، وحرمت عليهما أبداً، لأن الأول صار ابناً للثاني، فهي زوجة ابن الثاني، وزوجة أبي الأول. ولو جاءت زوجة أخرى للثاني، وأرضعت الأول بلبن الثاني، انفسخ نكاح التي كانت زوجة الصغير. ولو زوج مستولده بعبده الصغير، فأرضعته بلبن السيد، حرمت على السيد والصغير معاً أبداً، وحكى ابن الحداد أن المزني نقل عن الشافعي أنها لا تحرم على السيد، وأن المزني أنكره على الشافعي، وعلى ذلك جرى ابن الحداد والأصحاب فجعلوا نقل المزني غلطاً، قال الشيخ أبو علي: لكن يمكن تخريج ما نقل على قول في العبد الصغير أنه لا يجوز إجباره على النكاح، أو على قول في أن أم الولد لا يجوز تزويجها بحال، أو على وجه ذكر أنه لا يجوز للسيد تزويج أمته بعبده بحال، فإنما إذا لم نصحح النكاح على أحد هذه الآراء لم تكن زوجة الابن، فلا تحرم على السيد. ولو أرضعته بلبن غير السيد، انفسخ نكاحه، لأنها أمة، ولا تحرم على السيد، لأنه لم يصير ابناً له، وكذا لو أرضعت المطلقة الصغير الذي نكحته بغير لبن الزوج، انفسخ النكاح، ولا تحرم هي على المطلق. ولو كان تحتها صغيرة، فأرضعتها أمة له قد وطئها بلبن غيره، بطل نكاح الصغيرة، وحرمتا أبداً.

ولو كان تحت زيد كبيرة، وتحت عمرو صغيرة، فطلق كل واحد زوجته ونكح زوجة الآخر، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة واللبن لغيرهما، حرمت الكبيرة عليهما أبداً، لأنها أم زوجتهما، فإن كانا دخلاً بالكبيرة، حرمت الصغيرة عليهما أبداً وإلا، فلا تحرم عليهما، ولا ينفسخ نكاحها، وكذا لو لم يدخل زيد بها حين كانت في نكاحه لا تحرم عليه الصغيرة، ولا ينفسخ نكاحها، وإذا انفسخ نكاحها، فعلى زوجها نصف المسمى، ويرجع بالغرم على الكبيرة، ولا يجب للكبيرة شيء على زوجها إن لم يدخل بها، لأن الانفساخ منها. ولو كان تحت زيد كبيرة وصغيرة، فطلقهما، فنكحهما عمرو، ثم أرضعت الكبيرة الصغيرة فحكم تحريمهما عليهما على ما فصلنا، وينفسخ نكاحهما وإن لم يدخل عمرو بالكبيرة لاجتماع الأم والبنت في نكاحه.

فصل: تحتها صغيرة وكبيرة أرضعتها الكبيرة، انفسخ نكاحهما، وحرمت الكبيرة مؤبداً، وكذا الصغيرة إن كانت الكبيرة أرضعتها بلبنه، أو كانت مدخولاً بها وإلا فلا، لأنها ربيبة لم يدخل بأمها، وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى، وفيما يرجع به على الكبيرة الأقوال الأربعة، ولا مهر للكبيرة إن لم يكن مدخولاً بها، فإن كانت فلها المهر، قال الأصحاب: ولا نقول: يرجع عليها بمهرها، لكونها أتلقت عليه بضعها، لأنه يؤدي إلى إخلاء نكاحها عن المهر. فلو كانت الكبيرة نائمة،

فارتضعت منها الصغيرة، فلا مهر للصغيرة، وللكبيرة نصف المسمى إن لم يدخل بها، وجميعه إن دخل، ويرجع بالغرم في مال الصغيرة كما سبق. ولو أرضعتها الكبيرة أربع رضعات، ثم ارتضعت الصغيرة منها الخامسة وهي نائمة قال المتولي: إن قلنا التحريم يتعلق بالرضعات ولم نحله على الرضعة الخامسة، سقط خمس مهر الصغيرة بفعلها، ونصفه بالفرقة قبل الدخول، ويجب على الزوج خمس ونصف، ويرجع على الكبيرة بثلاثة أعشار مهر المثل على الأظهر، وفي قول: بأربعة أخماسه، وأما الكبيرة، فيسقط أربعة أخماس مهرها بفعلها، والباقي بالفرقة قبل الدخول، لأن مقتضاها سقوط النصف والباقي دون النصف فيسقط، وقياس ما قدمناه عن «المهذب» و«التهذيب» أن يقال: يسقط الخمس من نصف مهر الصغيرة، ويجب أربعة أخماسه وهما خمسا الجملة، ويسقط أربعة أخماس نصف مهر الكبيرة ويجب خمسة. ولو كانت الكبيرة أمة نكحها، تعلق الغرم برقبته، وإن أرضعت الصغيرة أمتها، أو أم ولده، فلا غرم عليها للزوج، لأن السيد لا يستحق على مملوكه مالا. ولو كانت أمتها، أو أم ولده، فأرضعت الصغيرة، فعليها الغرم له، فإن عجزها سقطت المطالبة بالغرم. ولو كانت مستولداته الخمس فأرضعن زوجته الصغيرة رضعة رضعة، صارت بنتاً له على الأصح، فينسخ النكاح، ويرجع عليهن بالغرم إن أرضعن، وإلا فجميع الغرم على الخامسة، ويمكن أن يجيء فيه خلاف في حوالة التحريم على الرضعات، فتكون كما لو أرضعن معاً.

فرع: تحته كبيرة وثلاث صغائر، فأرضعتن بلبنه أو غيره، وهي مدخول بها، حرم الأربع مؤبداً، سواء أرضعتن معاً أو متعاقباً، وعليه المسمى للكبيرة، ونصف المسمى لكل صغيرة، وعلى الكبيرة الغرم. فإن لم يكن مدخولاً بها، وليس اللبن له، نظر إن أرضعتن معاً الرضعة الخامسة من لبنها المحلوب، أو ألقمت ثنتين ثديها، وأوجرت الثالثة من لبنها المحلوب انفسخ نكاح جميعهن، وحرمت الكبيرة مؤبداً، ولا تحرم الصغائر مؤبداً، بل له تجديد نكاح إحداهن، ولا يجمع ثنتين، لأنهن أخوات. وإن أرضعتن مرتباً، حرمت الكبيرة مؤبداً ولا تحرم الصغائر مؤبداً، ثم للترتيب أحوال:

أحدها: أن ترضع ثنتين معاً، ثم الثالثة، فينسخ نكاح الأوليين، ولا ينفسخ نكاح الثالثة لانفرادها ووقوع إرضاعها بعد اندفاع نكاح أمها وأختها.

الحال الثاني: أن ترضع واحدة أولاً، ثم ثنتين، فينسخ نكاح الأربع، أما الأولى والكبيرة فلا اجتماع الأم والبنت، وأما الأخريان، فلأنهما صارتا أختين.

الحال الثالث: أن ترضعن متعاقباً، فينسخ نكاح الأولى مع الكبيرة لما

ذكرنا، ولا تنفسخ الثانية بمجرد ارتضاعها، لأنها ليست محرمة، ولم تجتمع هي وأم ولا أخت، فإذا ارتضعت الثالثة، انفسخ نكاحها، لأنها صارت أختاً للثانية التي هي في نكاحه، وهل ينفسخ معها نكاح الثانية، أم يختص الانفساخ بالثالثة؟ قولان، وينسب الثاني إلى الجديد، ورجحه الشيخ أبو حامد، والأول إلى القديم، وهو الأظهر عند أكثر الأصحاب وبه قال أبو حنيفة وأحمد، واختاره المزني، فعلى هذا المسألة من المسائل التي رجع فيها القديم. ولو كان تحته كبيرة وصغيرة، فأرضعت أم الكبيرة الصغيرة، فقليل: ينفسخ نكاحهما قطعاً، والأصح انفساخ الصغيرة، وأن الكبيرة على القولين، وبه قال القاضي أبو الطيب. ولو كانت تحته صغيرتان أرضعتهم أجنبية، نظر إن أرضعتهم معاً انفسخ نكاحهما، لأنهما صارتا أختين معاً، وحرمت الأجنبية مؤبداً، لأنها أم زوجته، وله نكاح إحدى الصغيرتين. وإن أرضعتهم متعاقباً، لم تنفسخ الأولى بإرضاعها، فإذا أرضعت الثانية، انفسخت قطعاً، وفي انفساخ الأولى القولان، الأظهر الانفساخ.

فرع: تحته صغيرة وثلاث كباير، أرضعتها كل كبيرة خمساً، انفسخ نكاح الجميع، لأن الكباير أمهات زوجته، والصغيرة بنت زوجته، وحرمت الكباير مؤبداً، وكذا الصغيرة إن كان دخل بكبيرة، وإلا فله نكاحها.

فرع: تحته أربع صغائر أرضعتن أجنبية واحدة بعد واحدة، فلا أثر لرضاع الأولى في نكاح واحدة منهن، فإذا ارتضعت الثانية أختاً للأولى، فينفسخ نكاح الثانية، وفي الأولى القولان، فإن فسخناها، فإذا أرضعت الثالثة، لم ينفسخ نكاحها، فإذا أرضعت الرابعة انفسخ نكاحهما، وإن قلنا: لا ينفسخ نكاح الأولى، فإذا أرضعت الثالثة، انفسخ نكاحها، لأنها صارت أختاً للأولى وكذا الرابعة. ولو أرضعتن معاً، أو أرضعت ثنتين معاً، ثم ثنتين معاً، انفسخ الجميع.

فرع: تحته صغيرتان وكبيران أرضعت كل واحدة من الكبيرتين واحدة من الصغيرتين، حرمن كلهن مؤبداً إن دخل بالكبيرتين، أو لم يدخل بهما، حرمت الكبيرتان مؤبداً، وانفسخ نكاح الصغيرتين في الحال، وله تجديد نكاحهما، والجمع بينهما لعدم الأخوة. ولو أرضعتهم إحدى الكبيرتين مرتباً، انفسخ نكاح الأولى والمرضة، لاجتماع الأم والبنت، ولم تنفسخ الصغيرة الثانية، فإذا أرضعتهم الكبيرة الثانية بعد إرضاع الأولى على ترتيب الثانية الأولى، انفسخ نكاحها بإرضاع الصغيرة الأولى، ولم ينفسخ نكاح الصغيرة الثانية لأنه لم يحصل في حقها اجتماع أم وبنت في النكاح. وإن أرضعتهم على عكس ترتيب المربعة الأولى انفسخ نكاح الجميع، وله تجديد نكاح كل صغيرة إن لم يدخل بالكبيرتين، ولا يجوز الجمع بينهما.

فرع: تحته كبيرتان وصغيرة، فأرضعتها دفعة بأن أوجرتها لبنهما المحلوب المخلوط، انفسخ نكاح الثلاث، وحرمت الكبيرتان مؤبداً، وكذا الصغيرة إن دخل بكبيرة وإلا فلا تحرم مؤبداً، وعلى الزوج للصغيرة نصف المسمى، ويرجع على الكبيرتين بالغرم. وأما الكبيرتان، فإن كان دخل بهما، فعليه لكل واحدة منهما جميع المسمى، ويرجع على كل واحدة منهما بنصف مهر مثل صاحبتهما تفريراً على الأظهر، وهو إثبات الرجوع في غرم مهر الكبيرة الممسوسة، وذلك لأن انفساخ نكاح كل واحدة حصل بفعلها وفعل صاحبتهما، فسقط النصف لفعلها، ووجب النصف على صاحبتهما. وإن لم يدخل بواحدة منهما، فلكل واحدة منهما ربع المسمى، لأن الانفساخ حصل بفعلهما، فسقط بفعل كل واحدة نصف الشطر الواجب قبل الدخول، ووجب النصف الآخر، ويرجع الزوج على كل واحدة منهما بربع مهر مثل الأخرى تفريراً على الأظهر، وهو أن التغريم في حق غير الممسوسة يكون بنصف مهر المثل.

وإن كانت إحداهما مدخولاً بها دون الأخرى، فللمدخول بها تمام المسمى وللأخرى ربع مسماها، ويرجع الزوج على التي لم يدخل بها بنصف مهر مثل المدخول بها وعلى المدخول بها بربع مهر مثل التي لم يدخل بها. ولو كانت المسألة بحالها لكن أوجرتها اللبن المخلوط في المرة الخامسة إحدى الكبيرتين وحدها فحكم التحريم كما سبق، ويرجع الزوج بمهر الصغيرة على المرضعة في الخامسة وحدها، وفيما يرجع به الأقوال: وأما الكبيرتان فالتى لم توجر، إن كانت مدخولاً بها، فلها على الزوج تمام المسمى، ويرجع الزوج بمهر مثلها على الموجرة على الأظهر، وإن لم يكن مدخولاً بها، فلها على الزوج نصف المسمى، ويرجع بالغرم على الموجرة كما في الصغيرة، وأما الموجرة، فإن كانت مدخولاً بها، فلها جميع المهر، وإلا فلا شيء لها، لأنها سبب الفرقة، هذا كله إذا كان من غير الزوج، فإن كان لبنة - والتصوير كما سبق - صارت الصغيرة بنته، وحرمت مؤبداً، ولو تم التحريم في حق الزوج دون الكبيرتين بأن أرضعت هذه بعض الخمس وهذه بعضها، حصل التحريم في حقه على الأصح كما سبق وحرمت الصغيرة مؤبداً، لأنها بنته، ولا ينفسخ نكاح الكبيرتين، لأنه لم تصر واحدة منهن أمّاً، ثم إن حصلت الرضعات متفرقات بأن أرضعت هذه ثلاثاً، وتلك مرتين، فالغرم على التي أرضعت الخامسة كذا ذكره الشيخ أبو علي، وقد سبق ما يقتضي خلافاً فيه. وإن اشتركتا في الخامسة بأن أرضعت كل واحدة رضعتين، ثم أوجرتها لبنهما المخلوط دفعة، فالغرم عليهما بالسوية. ولو حلبت إحداهما لبنها ثلاث دفعات في ثلاثة أوعية، والأخرى دفعتين في إنائين، ثم جمع الجميع، وأوجرته الصغيرة، فإن أوجرتها إحداهما، فالغرم عليها، وإن

وأوجرتها، فهل تغرمان بالسوية، أم أخماساً؟ وجهان: أصحهما: بالسوية. ولو حلبت إحداهما أربعاً في أربعة أوعية، والأخرى ثلاثاً في ثلاثة، ثم خلط، وأوجرتها معاً، فتغرمان بالسوية أم أسباعاً؟ فيه الوجهان.

فرع: تحته ثلاثة صغائر، فجاءت ثلاث خالات للزوج من الأبوين وأرضعت كل واحدة صغيرة، لم يؤثر ذلك في نكاحهن، لأنه يجوز الجمع بين بنات الخالات. فلو جاءت أم أم الزوج بعد ذلك، وأرضعت زوجة صغيرة رابعة للزوج، حرمت الرابعة مؤبداً، لأنها صارت خالته وخالة الصغائر الثلاث، واجتمعت هي وهن في النكاح، وفي انفساخ نكاح الثلاث القولان السابقان. وكذا الحكم لو أرضعت الرابعة امرأة أبي أم الزوج بلبنه. ولو كانت الخالات متفرقات، وأرضعن الثلاث، ثم أرضعت الرابعة أم أم الزوج، انفسخ نكاحها، ولا ينفسخ نكاح الصغيرة التي أرضعتها الخالة للأب، وفي الآخرين القولان. ولو كن متفرقات وأرضعت الرابعة امرأة أبي الزوج، انفسخ نكاح الرابعة، ولا ينفسخ نكاح التي أرضعتها الخالة للأم، وفي الآخرين القولان. ولو أرضعت الصغائر ثلاث عمات للزوج من الأبوين، أو من الأب، ثم أرضعت الرابعة أم أبيه أو امرأة أبي أبيه بلبنه، فالحكم كما ذكرنا في الخالات.

فرع: تحته كبيرة وثلاث صغائر وللكبيرة ثلاث بنات، فأرضعت كل واحد منهن صغيرة، فإن كانت الكبيرة مدخولاً بها حرم من مؤبداً، سواء أرضعهن معاً أو مرتباً، وعلى الزوج مهر الكبيرة بتمامه، ويرجع بغرمه على الأظهر عليهن إن أرضعن معاً، وعلى الأولى إن أرضعن مرتباً، ولكل صغيرة على الزوج نصف المسمى، ويرجع بالغرم لكل صغيرة على مرضعتها. وإن لم تكن الكبيرة مدخولاً بها، فإن أرضعن معاً المرة الخامسة، انفسخ نكاحهن، لاجتماع الجدة والحفدة، وتحرم الكبيرة مؤبداً دون الصغائر، وعلى الزوج نصف المسمى للكبيرة ولكل صغيرة، ويرجع بغرم كل صغيرة على مرضعتها، وينصف مهر مثل الكبيرة، وعلى الثلاث على كل واحدة سدس، وإن أرضعن مرتباً، فبإرضاع الأولى تنفسخ الكبيرة وتلك الصغيرة، ولكل واحدة منهما نصف المسمى على الزوج، ويرجع بالغرم، ولا ينفسخ نكاح الآخرين، سواء أرضعتا معاً أو مرتباً، لأنهما لم تصيرا أختين، ولا اجتمعت الجدة وهما. ولو أرضعت اثنتان صغيرتين معاً، ثم أرضعت الثالثة، لم ينفسخ نكاح الثالثة وانفسخ نكاح الكبيرة والصغيرتين الأوليين وعلى الزوج نصف المسمى لكل واحدة منهن ويرجع بغرم كل صغيرة على مرضعتها وبغرم الكبيرة على المرضعتين جميعاً.

فرع: نكح صغير صغيرة هي بنت عمه، فأرضعت جدتهما أم أبي كل واحد منهما أحدهما، ثبتت الحرمة بينهما، وانفسخ النكاح، وكذا الحكم لو كانت أم أبي الصغير غير أم أبي الصغيرة بأن كان أبواهما أخوين لأب، فأرضعت إحدى الجدتين أحد الصغيرين بلبن جدهما، انفسخ النكاح. ولو نكح صغير بنت عمته الصغيرة، فجاءت الجدة التي هي أم أبي الصغير، وأم أم الصغيرة، فأرضعت أحدهما، انفسخ النكاح، وكذا لو كانت أم أبي الصغير غير أم أم الصغيرة، وأرضعت جدتهما أم أم كل واحد منهما أحدهما، انفسخ. ولو نكح صغير بنت خاله، فأرضعت جدتهما أم أم الصغير وأم أبي الصغيرة أحدهما، انفسخ، وتنزيلاتها ظاهرة، وبالله التوفيق.

الباب الرابع: في الاختلاف

فيه ثلاثة أطراف:

الطرف الأول: في دعوى الرضاع وحكمها:

فإذا قال: فلانة أختي أو بنتي من الرضاع، أو قال: فلان أخي أو ابني من الرضاع، واتفقا على ذلك، لم يحل النكاح بينهما بشرط الإمكان، فإن لم يمكن بأن قال: فلانة بنتي وهي أكبر سنًا منه، فهو لغو. وإذا صح الإقرار، ثم رجعا، أو رجع المقر، لم يقبل رجوعه، ولا يصح النكاح. ولو اتفق الزوجان على أن بينهما رضاعاً محرماً، فرق بينهما، وسقط المسمى، ويجب مهر المثل إن دخل بها، وإلا فلا شيء. وإن اختلف الزوجان في الرضاع ولا بينة، فإن ادعاه الزوج وأنكرته، قبل في حقه فقط، فيحكم ببطلان النكاح، ويفرق بينهما، ويجب لها نصف المسمى إن كان قبل الدخول، وجميعه إن كان بعده، وله تحليفها قبل الدخول وكذا بعده إن كان مهر المثل أقل من المسمى، فإن نكلت، حلف الزوج، ولا شيء لها قبل الدخول، ولا يجب أكثر من مهر المثل بعد الدخول. وإن ادعت الرضاع وأنكر، فقد سبق في كتاب النكاح أنه إن جرى التزويج برضاها، لم يقبل قولها، بل يصدق الزوج بيمينه. وإن جرى بغير رضاها فأيهما المصدق بيمينه؟ وجهان: ظاهر كلام الشافعي وبه أجاب العراقيون، وصححه الغزالي أنه المصدق، وذكرنا هناك أن الأصح عند الشيخ أبي علي وجماعة أنها المصدقة، وبه أجاب المتولي والبغوي، ونقله القفال عن النص. وإذا مكنت الزوج وقد زوجت بغير رضاها، فتمكينها كرضاها، والورع للزوج إذا ادعت الرضاع أن يدع نكاحها بتطبيقه لتحل لغيره إن كانت كاذبة، نص عليه الشافعي رحمته الله، وليس لها المطالبة بالمسمى إذا ادعت الرضاع، لأنها لا تستحقه بزعمها، ولها المطالبة بمهر المثل إن جرى دخول، فإن كان ذلك بعد دفع الزوج

الصدّاق، لم يتمكن من الإسترداد لزعمه، ويشبه أن يكون فيما يفعل بذلك المال الخلاف المذكور فيما إذا أقر لغيره بمال فأنكره المقر له .

فرع: أقرت أمة بأخوة الرضاع لغير سيدها، يقبل، فإذا اشتراها ذلك الغير، لم يحل له وطؤها، وإن أقرت لسيدها، لم يقبل بعد التمكين، وقبله وجهان:

الطرف الثاني: في كيفية الحلف في الرضاع:

من الأصول الممهدة أن الحالف على فعل غيره يحلف على البت إن كان إثباتاً، وعلى نفي العلم إن كان نفيّاً، والغرض هنا أن منكر الرضاع يحلف على نفي العلم، ومدعيه يحلف على البت يستوي فيه الرجل والمرأة، فلو نكلت عن اليمين، ورددناها على الزوج، أو نكل الزوج ورددناها عليها، فاليمين المردودة تكون على البت، لأنها مثبتة، وقال القفال على نفي العلم، وقيل: إن غير المنكر منهما على البت، وقيل: يمينه إذا أنكر على البت، ويمينها على نفي العلم، والمذهب الأول. ولو ادعت الرضاع فشك الزوج، فلم يقع في نفسه صدقها ولا كذبها، فإن قلنا: الحلف على نفي العلم، فله أن يحلف، وإن قلنا: على البت، فلا.

الطرف الثالث: في الشهادة على الرضاع فيه مسائل:

إحداها: يثبت الرضاع بشهادة رجلين، وبرجل وإمرأتين، وبأربع نسوة كالولادة، ولا يثبت بدون أربع نسوة، ولا يثبت الإقرار بالرضاع إلا برجلين، وفي «التتمة» أنه لو كان النزاع في شرب اللبن من ظرف، لم تقبل فيه شهادة النسوة المتمحضات، لأنه لا يختص باطلاع النساء، وإنما تقبل شهادتهن إذا كان النزاع في الارتضاع من الثدي، وأنه تقبل شهادتهن على أن اللبن الحاصل في الظرف لبن فلائنة، لأن الرجال لا يطلعون على الحلب غالباً.

المسألة الثانية: لو كان فيمن يشهد بالرضاع، أم المرأة، أو بنتها على حرمة الرضاع بينها وبين الزوج فإن كان الزوج مدعيّاً، والمرأة منكراً، قبلت شهادتها، وإن انعكس، فلا، قال الأصحاب: ولا يتصور أن تشهد على أمها أنها ارتضعت من أم الزوج، لأن الشهادة على الرضاع تعتبر فيها المشاهدة، لكن يتصور أن تشهد أنها أرضعت الزوج أو أرضعته أمها أو أختها، ولو شهدت الأم أو البنت من غير تقدم دعوى على سبيل الحسبة، قبلت وإن احتمل كون الزوجة مدعية، لأن الرضاع تقبل فيه شهادة الحسبة، وهذا كما لو شهد أبو الزوجة وابنها أو ابناها ابتداء أن زوجها طلقها، قبلت. ولو ادعت الطلاق، فشهدا، لم تقبل.

المسألة الثالثة: لا تقبل شهادة المرضعة وحدها، وهل تقبل شهادتها فيمن

يشهد إن ادعت أجرة الرضاع، لم تقبل، وفي وجه حكاها الماوردي عن أبي إسحاق: تقبل في ثبوت الحرمة دون الأجرة، والصحيح المنع فيهما، وإن لم تدع أجرة، نظر إن لم تتعرض لفعلها بأن شهدت بأخوة الرضاع بينهما، أو على أنهما ارتضعا منها، قبلت شهادتها، ولا نظر إلى ما يتعلق به من ثبوت المحرمية، وجواز الخلوة والمسافرة، فإن الشهادة لا ترد بمثل هذه الأغراض. ولهذا لو شهد رجلان أن زيدا طلق زوجته، أو أعتق أمته، قبل بلا خلاف، وإن استفادا حل مناكتها. وإن شهدت على فعل نفسها، فقالت: أرضعتهما، فوجهان: أحدهما: لا تقبل، كما لا تقبل شهادتها على ولادتها، ولا شهادة الحاكم على حكم نفسه بعد العزل، ولا القسم على القسمة. وأصحهما: تقبل، وبه قطع الأكثرون، لأنها لا تجر بها نفعاً ولا تدفع ضرراً بخلاف الولادة، فإنه يتعلق بها حق النفقة والإرث، وسقوط القصاص وغيرها، وتخالف شهادة الحاكم والقسم، فإن فعلهما مقصود، وفعل المرضعة غير مقصود، وإنما المعتبر وصول اللبن إلى الجوف، ولأن الشهادة بالحكم والقسمة تتضمن تزكية النفس.

فرع: إذا لم يتم نصاب الشهادة بأن شهدت المرضعة وحدها، أو امرأة أجنبية، أو امرأتان، أو ثلاث، فالورع أن يترك نكاحها، وأن يطلقها إن كان ذلك بعد النكاح.

فرع: لو شهد اثنان بالرضاع، وقالوا: تعمدا النظر إلى الثدي لا لتحمل الشهادة، لم تقبل شهادتهما لأنهما فاسقان بقولهما، وفي النظر إلى الثدي لتحمل الشهادة خلاف سبق في أول النكاح الأصح الجواز.

قلت: مجرد النظر معصية صغيرة لا ترد به الشهادة ما لم يصير عليه فاعله، ويشترط أيضاً أن لا تكون ظهرت توبته بعد ذلك. والله أعلم.

بينهما رضاعاً محرماً، أو حرمة الرضاع، أو أخوته، أو بنوته مقبولة.

المسألة الرابعة: أطلق جماعة منهم الإمام أن الشهادة المطلقة أن بينهما رضاعاً محرماً، أو حرمة الرضاع، أو أخوته، أو بنوته مقبولة، وقال الأكثرون: لا تقبل مطلقة، بل يشترط التفصيل والتعريض للشرائط، وهو ظاهر النص، قال البغوي: وهو الصحيح لاختلاف المذاهب في شروط الرضاع، فاشترط التفصيل ليعمل القاضي باجتهاده، ويحسن أن يتوسط فيقال: إن أطلق فقيه يوثق بمعرفته قبل وإلا فلا، وينزل الكلامان عليه، أو يخص الخلاف بغير الفقيه، وقد سبق مثله في الإخبار بنجاسة الماء. والمانعون من قبول المطلقة ذكروا وجهين في قبول الشهادة المطلقة على الإقرار بالرضاع. ولو قال: هي أختي من الرضاع، ففي «البحر» وغيره أنه لا يفتقر

إلى ذكر الشروط إن كان فقيهاً، وإلا فوجهان: وفرقوا بين الشهادة والإقرار بأن المقر يحتاط لنفسه، فلا يقر إلا عن تحقيق.

المسألة الخامسة: إذا شهد الشاهد على فعل الرضاع والإرتضاع، لم يكف، وكذلك في الإقرار، بل لا بد من التعرض للوقت والعدد بأن يشهد أنها أرضعته، أو ارتضع منها في الحولين خمس رضعات متفرقات، وفي اشتراط ذكر وصول اللبن إلى الجوف وجهان: أحدهما: نعم وبه قطع المتولي وغيره، كما يشترط ذكر الإيلاج في شهادة الزنى. والثاني: لا، لأنه لا يشاهد قال في «السيط»: ولا شك أن للقاضي أن يستفصله، ولو مات الشاهد قبل الاستفصال، هل للقاضي التوقف؟ وجهان:

فرع: الشاهد قد يستيقن وصول اللبن إلى الجوف بأن يعاين الحلب، وإيجار الصغير المحلوب وازدراده، وحينئذ يشهد به، ولا إشكال. وقد يشاهد القرائن الدالة عليه وهي التقام الثدي وامتصاصه، وحركة الحلق بالتجرع والازدرداد بعد العلم بأنها ذات لبن، وهذا يسلطه على الشهادة، ولا يجوز أن يشهد على الرضاع بأن يراها أخذت الطفل تحت ثيابها، وأدته منها كهيئة المرضعة، لأنها قد توجره لبن غيرها في شيء كهيئة الثدي، ولا بأن يسمع صوت الامتصاص فقد يمتص أصبعه أو أصبعها. ولو شاهد التقام الثدي والامتصاص وهيئة الازدرداد، ولم يعلم كونها ذات لبن، فهل له الشهادة لظاهر الحال أم لا، لأن الأصل عدم اللبن؟ وجهان: أحدهما: الثاني، ولا يكفي في أداء الشهادة حكاية القرائن بأن يشهد برؤية الالتقام والامتصاص والتجرع من غير تعرض لوصول اللبن إلى الجوف ولا للرضاع المحرم، وإن كان مستند علمه تلك القرائن، لأن معاينتها تطلع على ما لا تطلع عليه الحكاية، فإن اطلعته على وصول اللبن، فليجزم به على قاعدة الشهادات، وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب النفقات (١)

لوجوب النفقة ثلاثة أسباب: ملك النكاح، وملك اليمين، وقرابة البعضية، فالأولان يوجبان النفقة للمملوك على المالك ولا عكس، والثالث يوجبها لكل واحد من القريبين على الآخر لشمول البعضية والشفقة، ويشتمل الكتاب على ستة أبواب، أما نفقة الزوجة، فواجبة بالنصوص، والإجماع، وفيها ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في قدر الواجب وكيفيته

وفيه طرفان:

الطرف الأول: فيما يجب وهو ستة أنواع:

الأول: الطعام، أما قدره، فيختلف باختلاف حال الزوج باليسار والإعسار، ولا تعتبر فيه الكفاية، ولا ينظر إلى حال المرأة في الزهادة والرغبة، ولا إلى منصبها وشرفها، وتستوي فيه المسلمة والذمية، الحرة والأمة، فعلى الموسر مدان، والمعسر مد والمتوسط مد ونصف، والاعتبار بمد النبي ﷺ وهو مئة وثلاثة وسبعون درهماً وثلاث دراهم.

قلت: هذا تفريع منه على أن رطل بغداد مئة وثلاثون درهماً، والمختار أنه مئة وثمانية وعشرون درهماً وأربعة أسباع درهم، كما ذكرته في باب زكاة النبات. والله أعلم.

وحكى الشيخ أبو محمد قولاً أن نفقة الزوجة يعتبر فيها الكفاية كنفقة القريب، وحكى صاحب «التقريب» قولاً أن المعتبر ما يفرضه القاضي، وعليه أن يجتهد ويقدر، وهذان القولان شاذان. وحكى ابن كج عن ابن خيران وغيره أن المعتبر عرف الناس في البلد. والمذهب: التقدير كما سبق.

وفيما يضبط به اليسار والإعسار والتوسط أوجه: أحدها: العادة وتختلف

(١) النفقة لغة مأخوذة من الإنفاق، وهو في الأصل بمعنى الإخراج والنفاد ولا يستعمل الإنفاق إلا في الخير.

وشرعاً: كفاية من يمونه بالمعروف قوتاً وكسوة ومسكناً وتوابعها.

باختلاف الأحوال والبلاد، وبه قطع المتولي وغيره. والثاني: أن الموسر من يزيد دخله على خرجه، والمعسر عكسه، والمتوسط من تساوى خرجه ودخله، وبه قال القاضي حسين وحكاه البغوي. والثالث عن الماوردي أن الاعتبار بالكسب فمن قدر على نفقة الموسرين في حق نفسه ومن في نفقته من كسبه لا من أصل ماله، فهو موسر، ومن لا يقدر على أن ينفق من كسبه، فمعسر، ومن قدر أن ينفق من كسبه نفقة المتوسطين فمتوسط. والرابع وهو أحسنها وهو الذي ذكره الإمام والغزالي: أن من لا يملك شيئاً يخرج من استحقاق سهم المساكين فهو معسر، ومن يملكه ولا يتأثر بتكليف المدين موسر، ومن يملكه ويتأثر بتكليف المدين، ويرجع إلى حد المسكنة متوسط، ولا بد في ذلك من النظر الرخص والغلاء.

فرع: القدرة على الكسب الواسع لا تخرجه عن الإعسار في النفقة، وإن كانت تخرجه عن استحقاق سهم المساكين.

فرع: يعتبر في اليسار والإعسار طلوع الفجر، فإن كان موسراً حينئذ، فعليه نفقة الموسرين، وإن أعسر في أثناء النهار، وإن كان معسراً، لم تلزمه إلا نفقة المعسرين، وإن أيسر في أثناء النهار.

فرع: ليس على العبد إلا نفقة المعسر، وكذا المكاتب وإن أكثر ماله لضعف ملكه، وفيمن بعضه حر وجهان: الأصح: معسر وإن كثر ماله لنقص حاله. والثاني: أن عليه ببعضه الحر نفقة الموسر إذا كثر ماله، فعلى هذا إن كان نصفه حراً ونصفه رقيقاً فعليه مد ونصف.

فصل: وأما جنس الطعام فغالب قوت البلد من الحنطة أو الشعير أو الأرز أو التمر أو غيرها، حتى يجب الأقط في حق أهل البادية الذين يقتاتونه. وعن ابن سريج أن المعتبر ما يليق بحال الزوج إلحاقاً للجنس بالقدر، والصحيح: الأول: فإن اختلف قوت البلد، ولم يكن غالباً وجب ما يليق بحال الزوج.

الواجب الثاني: الأدم وجنسه غالب أدم البلد من الزيت والشيرج والسمن والتمر والخل والجبن وغيرها، ويختلف باختلاف الفصول، وقد تغلب الفواكه في أوقاتها فتجب، ويعود الوجه السابق في الطعام أن الاعتبار بما يليق بالزوج، وأما قدره، فقال الأصحاب: لا يتقدر بل هو إلى اجتهد القاضي، فينظر في جنس الأدم، ويقدر باجتهاده ما يحتاج إليه المد، فيفرضه على المعسر، وعلى الموسر مثليه، والمتوسط بينهما، ويجب عليه أن يطعمها اللحم وفي كلام الشافعي رحمه الله أنه يطعمها في كل أسبوع رطل لحم، وهو محمول على المعسر، وعلى الموسر رطلان والمتوسط رطل ونصف، واستحب أن يكون يوم الإعطاء يوم الجمعة، فإنه أولى

بالتوسيع فيه . ثم قال الأكثرون: إنما قال الشافعي رحمه الله هذا على عادة أهل مصر لعزة اللحم عندهم يومئذٍ، وأما حيث يكثر اللحم، فيزاد بحسب عادة البلد: وقال البغوي: يجب في وقت الرخص على الموسر في كل يوم رطل، وعلى المتوسط في كل يومين أو ثلاثة، وعلى المعسر في كل أسبوع، وفي وقت الغلاء يجب في أيام مرة على ما يراه الحاكم. وقال آخرون منهم القفال: لا مزيد على ما ذكره الشافعي في جميع البلاد لأن فيه كفاية لمن قنع، ويشبه أن يقال: لا يجب الأدم في اليوم الذي يعطيها اللحم ولم يتعرضوا له، ويحتمل أن يقال: إذا أوجبنا على الموسر اللحم كل يوم يلزمه الأدم أيضاً ليكون أحدهما غداء، والآخر عشاء على العادة.

فرع: لو تبرمت بالجنس الواحد من الأدم فوجهان: أحدهما: يلزم الزوج إبداله، إذ لا مشقة عليه، وأصحهما: لا يلزمه وتبدل هي إن شئت.

فرع: في أمالي السرخسي أنها لو صرفت شيئاً من الأدم إلى القوت أو بالعكس، أو أبدلت الجنس الذي قبضته من الأدم بجنس آخر، جاز، ولا اعتراض للزوج، وقيل: له المنع من إبدال الأشرف بالأخس.

فرع: لو كانت تقنع بالخبز، ولا تأكل الأدم، لم يسقط حقها منه، كما لا يسقط حقها من الطعام بأن لا تأكل بعضه، وعلى الوجه المجوز للزوج منعها من إبدال الأشرف له منعها من ترك التادم.

فرع: لها على الزوج آلات الطبخ والأكل والشرب، كالكوز والجرة والقدر والمغرفة والقصعة ونحوها، ويكفي كونها من خشب، أو حجر، أو خزف. قال الإمام وغيره: يحتمل أن لا يزداد في الجنس على ذلك، ويقال: الزيادة من رعونات الأنفس، ويجب أن يجب للشريفة الظروف النحاسية للعادة.

الواجب الثالث: الخادم. النساء صنفان، صنف لا يخدمن أنفسهن في عادة البلد، بل لهن من يخدمهن، فمن كانت منهن، فعلى الزوج إخدامها على المذهب وبه قطع الجمهور. وقيل: في وجوب الخادم قولان، وسواء في وجوب الإخدام كان الزوج معسراً أو موسراً أو مكاتباً أو عبداً، والاعتبار بالمرأة في بيت أبيها. فلو ارتفعت بالانتقال إلى الزوج الخادم، لم يجب، صرح به في تعليق الشيخ أبي حامد. والواجب خادم واحد وإن ارتفعت مرتبتها، ولا يلزمه تمليكها جارية، بل الواجب إخدامها بحرة أو أمة مستأجرة أو مملوكة، أو بالاتفاق على من صحبتها من حرة أو أمة، ويشترط كون الخادم امرأة أو صبياً، أو محرماً لها، وفي مملوكها والشيخ الهيم اختلاف، وفي الذمية وجهان: لأن النفس تعاف استخدامهما، ثم إن أخدمها بمستأجرة، فليس عليه إلا الأجرة، وإن أخدمها مملوكته، فعليه نفقتها بالملك، وإن

أخدمها بكفاية من صحبتها من حرة أو أمة فهذا موضع نفقة الخادم. والقول في جنس طعامها كهو في جنس طعام المخدومة، وأما قدره، فقليل: لا يختلف باختلاف حال الزوج، بل يجب مد مطلقاً. والصحيح أنه يختلف، فعلى المعسر مد، والموسر مد وثلاث، والمتوسط مد على الصحيح، وقيل: مد وثلاث، وقيل: مد وسدس. وفي استحقاق الخادم الأدم وجهان: أحدهما: لا ويكتفى بفضل المخدومة. والصحيح: نعم. فعلى هذا جنسه جنس أدم المخدومة، وفي نوعه وجهان: أحدهما كالمخدومة، وأصحهما: وهو نصه دون نوع أدم المخدومة، وطرده الوجهان في نوع الطعام، وفي استحقاق الخادم اللحم وجهان: ثم قدر أدمها بحسب الطعام.

فرع: قالت: أنا أخدم نفسي، وطلبت الأجرة، أو نفقة الخادم، لا يلزمه، وأشار الغزالي إلى خلاف فيه، فعلى المذهب، لو اتفقا على ذلك، قال المتولي: هو على الخلاف في الإعتياض عن النفقة، ولو قال الزوج: أنا أخدمها لتسقط مؤنة الخادم، فليس له ذلك على الأصح، لأنها تستحي منه، وتعير به، وقيل: له ذلك، وبه قال أبو إسحاق، واختاره الشيخ أبو حامد، وقال القفال وغيره: له ذلك فيما لا يستحي منه كغسل الثوب، واستقاء الماء، وكنس البيت والطبخ، دون ما يرجع إلى خدمة نفسها كصب الماء على يدها، وحمله إلى المستحم ونحوهما وفي هذا تصريح بأن هذين النوعين من وظيفة الخادم. وعلى هذا إذا تولى بنفسه ما لا يستحي منه، فقد تولى عمل الخادم، فهل تستحق تمام النفقة، أم شطرها، أم توزع على الأفعال؟ فيه أوجه: وهذا فيه كلامان، أحدهما: ذكر أبو الفرج الزاز أن الذي يجب على الزوج كفايته في حق المخدومة الشريفة الطبخ والغسل ونحوهما دون حمل الماء إليها للشرب وحمله إلى المستحم، لأن الترفع عن ذلك رعونة لا عبرة بها. الثاني: قال البغوي: يعني بالخدمة ما هو حاجتها، كحمل الماء إلى المستحم، وصبه على يدها، وغسل خرق الحيض ونحوها، فأما الطبخ والكنس والغسل، فلا يجب شيء منها على المرأة، ولا على خادمها، بل هو على الزوج إن شاء، فعلة بنفسه، وإن شاء بغيره، فالكلامان متفقان على أنه لا يتوظف النوعان على خادم المرأة، والاعتماد من الكلام على ما ذكره البغوي.

قلت: الذي أثبته الزاز من الطبخ والغسل ونحوهما هو فيما يختص بالمخدومة، والذي نفاه البغوي منهما هو فيما يختص بالزوج كغسل ثيابه، والطبخ لأكله ونحوه، والطرفان متفق عليهما، فلا خلاف بين الجميع في ذلك. والله أعلم.

فرع: تنازعا في تعيين الخادم التي تخدمها من جواريه أو من يستأجرها فهل المتبع اختيار المخدومة لأن الخدمة لها، وقد تكون التي عينتها أرفق بها وأسرع موافقة، أم

المتبع اختيار الزوج لأن الواجب كفايتها؟ فيه وجهان: الصحيح الثاني هذا في الابتداء، أما إذا أخدمها خادماً وألفتها، أو كانت حملت معها خادماً، فأراد إبدالها، فلا يجوز، لأنها تتضرر بقطع المألوف إلا إذا ظهرت ريبة أو خيانة، فله الإبدال.

فرع: لو أرادت استخدام ثانية وثالثة من مالها، فللزواج منعهن دخول داره، وكذا لو حملت معها أكثر من واحدة، فله أن يخرج من داره من زاد على واحدة، وله أن يمنع أبويها من الدخول عليها، وله أن يخرج ولدها من غيره إذا استصحبته.

فرع: إذا كانت المنكوحة رقيقة، لكنها جميلة تخدم في العادة، لم يجب إعدامها على المذهب، وبه قطع الأكثرون لنقصها، وقيل: وجهان: ثانيهما: يجب للعادة.

فرع: المبتوتة الحامل هل تستحق نفقة الخادم؟ وجهان بناهما ابن المربزان على أن نفقتها للحمل أم للحامل، إن قلنا: للحامل، وجبت وإلا فلا. الصنف الثاني من تخدم نفسها في العادة فينظر إن احتاجت إلى الخدمة لزمانة أو مرض، لزم الزوج إقامة من يخدمها ويمرضها، وإذا لم تحصل الكفاية بواحدة، لزمه الزيادة بحسب الحاجة، وسواء هنا كانت الزوجة حرة أو أمة، هذا ما أطلقه الشافعي وجمهور الأصحاب رحمهم الله في المرض، ومنهم من فصل فقال: إن كان المرض دائماً، وجب الإعدام، وإلا فلا، وعلى هذا جرى الآخذون عن الإمام، وإن لم يكن عذر محوج إلى الخدمة، فليس عليه الإعدام، ولو أرادت أن تتخذ خادماً من مالها فله منعه من دخول داره، قال المتولي: وعلى الزوج أن يكفيها حمل الطعام إليها، والماء إلى المنزل، وشبه ذلك.

الواجب الرابع: الكسوة، فتجب كسوتها على قدر الكفاية، وتختلف بطول المرأة وقصرها وهزالها وسمنها، وباختلاف البلاد في الحر والبرد، ولا يختلف عدد الكسوة بيسار الزوج وإعساره، ولكنهما يؤثران في الجودة والرداءة، وفي كلام السرخسي وإبراهيم المروذي أنه يعتبر في الكسوة حال الزوجين جميعاً، فيجب عليه ما يلبس مثله مثلها.

وأما عدد الكسوة، فيجب في الصيف قميص وسراويل وخمار وما تلبسه في الرجل من مكعب أو نعل، وفي الشتاء تزداد جبة محشوة، وقد يقام الإزار مقام السراويل، والفرو مقام الجبة إذا كانت العادة لبسهما، كذا قاله المتولي، وعن «المنهاج» للجويني أن السراويل لا تجب في الصيف، وإنما تجب في الشتاء، وفي «الحاوي» أن نساء أهل القرى إذا جرت عادتهن أن لا يلبسن في أرجلهن شيئاً في البيوت، لم يجب لأرجلهن شيء.

وأما جنس الكسوة، فقد قال الشافعي رحمته الله: يكسوها الموسر جميع ذلك من لين البصرة أو الكوفة، أو وسط بغداد، والمعسر من غليظها، والمتوسط ما بينهما، وأراد المتخذ من القطن، فإن جرت عادة البلد بالكتان أو الخز أو الحرير فوجهان: أحدهما عن الشيخ أبي محمد لا يلزم ذلك، وأصحهما: اللزوم، وتفاوت بين الموسر والمعسر في مراتب ذلك الجنس، قال الأصحاب: وإنما ذكر الشافعي ما ذكر على عادة ذلك الوقت، لكن لو كان عادة البلد لبس الثياب الرقيقة كالقصب الذي لا يصلح ساتراً، ولا تصح فيها الصلاة، لم يعطها منه، لكن من الصفيق الذي يقرب منه في الجودة كالديبقي والكتان المرتفع، قال السرخسي: وإذا لم تستغن في البلاد الباردة بالثياب عن الوقود يجب من الحطب أو الفحم بقدر الحاجة.

فرع: هذا المذكور حكم لباس البدن، وأما الفرش، فعلى الزوج أن يعطيها ما تفرشه للعود عليه، ويختلف ذلك باختلاف حال الزوج، قال المتولي: فعلى الموسر طنفسة في الشتاء، ونطع في الصيف، وعلى المتوسط زليّة، وعلى الفقير حصير في الصيف ولبد في الشتاء، وتشبه أن تكون الطنفسة والنطع بعد بسط زليّة أو حصير فإن الطنفسة والنطع لا يبسطان وحدهما، وهل عليه فراش تنام عليه؟ وجهان: أحدهما: لا وتنام على ما يفرشه نهاراً، وأصحهما: نعم للعادة، فعلى هذا يلزمه مضربة وثيرة أو قطيفة، ويجب لها مخدة ولحاف أو كساء في الشتاء، وفي البلاد الباردة بلا خلاف، ويكون كل ذلك لامرأة الموسر من المرتفع، ولامرأة المعسر من النازل، والمتوسط، وذكر الغزالي يجب أيضاً شعار، ولم يتعرض له الجمهور، والحكم في جميع ذلك مبني على العادة نوعاً وكيفية حتى قال الروياني في «البحر»: لو كانوا لا يعتادون في الصيف لنومهم غطاء غير لباسهم، لم يلزم شيء آخر.

فرع: تجب للخادم الكسوة كالنفقة، فلا بد من قميص، وفي السراويل وجهان: أحدهما: عند البغوي والروياني تجب، وكلام الجمهور يميل إلى عدم الوجوب، وأما المقنعة، فأطلق جماعة وجوبها، وقال المتولي: تجب في الشتاء وكذا في الصيف إن كانت حرة، فإن كانت أمة، لم تجب إن كانت عادة إماء البلد كشف الرأس.

قلت: الصحيح القطع بالوجوب مطلقاً. والله أعلم.

ويجب للخادم في الشتاء جبة أو فرو، ويجب الخف للخادم دون المخدومة، ويجب لها ما تلتحف به عند الخروج، وأما ما يفرش وتنام فيه، فقد قال المتولي: لا بد من شيء تجلس عليه كبارية في الصيف، وقطعة لبد في الشتاء، ولا بد من مخدة وشيء تتغطى به في الليل من كساء ونحوه، قال في «البحر»: ولا يجب لها

الفراش، بل يكتفى بالوسادة والكساء، وما وجب يجب مما يليق بالخادم جنساً ونوعاً، ويكون دون كسوة المخدومة.

فرع: قياس مسائل الباب أنه يجب زيادة على العجة الواحدة حيث يشتد البرد ولا تكفي الواحدة.

الواجب الخامس: آلات التنظف، فعلى الزوج للزوجة ما تنظف به، وتزيل الأوساخ التي تؤذيها وتؤدي بها كالمشط والدهن، وما تغسل به الرأس من سدر أو خطمي أو طين على عادة البقعة، والرجوع في قدرها إلى العادة، ويجب من الدهن ما يعتاد استعماله غالباً كالزيت والشيرج وغيرهما، وإذا اعتادوا التطيب بالورد، أو البنفسج، وجب المطيب، وأبدى الإمام وغيره احتمالاً في الدهن إذا قال الزوج: هو للتجمل وأنا لا أريده. والذي عليه الأصحاب القطع بالوجوب، وأما ما يقصد للتلذذ والاستمتاع كالكلحل والخضاب، فلا يلزم الزوج، بل ذلك إلى اختياره، فإن شاء هيأه لها، وإذا هيأ لها أسباب الخضاب، لزمها الاختضاب، ومن هذا القبيل الطيب، ولا يجب إلا ما يقصد به قطع السهوكة ويجب المرتك، أو ما في معناه لدفع الصَّنَان إذا لم ينقطع بالماء والتراب وفيه وجه ضعيف.

فرع: للزوج منعها من تعاطي الثوم، وما له رائحة مؤذية على الأظهر، وقد ذكرناه في كتاب النكاح، وله منعها من تناول السموم بلا خلاف، ولكل أحد المنع، وهل له منعها من أكل ما يخاف منه حدوث مرض؟ وجهان: أحدهما: نعم.

فرع: لا تستحق الزوجة الدواء للمرض، ولا أجره الطبيب والفساد والحجام والختان، لأن هذه الأمور لحفظ الأصل، فكانت عليها كما يكون على المكري ما يحفظ العين المكراة، ويلزم الزوج الطعام والأدم في أيام المرض، ولها صرف ما تأخذه إلى الدواء ونحوه.

فرع: هل على الزوج أجره الحمام لها؟ وجهان: أحدهما: لا تجب إلا إذا اشتد البرد، وعسر الغسل إلا في الحمام، واختاره الغزالي، وأصحهما - وبه قطع البغوي والرويانى وغيرهما - الوجوب إلا إذا كانت من قوم لا يعتادون دخوله، فإن أوجبناها، قال الماوردي: إنما تجب في كل شهر مرة.

فرع: إذا احتاجت إلى شراء الماء للغسل إن كانت تغتسل من الاحتلام، لم يلزم الزوج قطعاً وكذا إن اغتسلت عن الحيض على الأصح، وإن اغتسلت عن الجماع والنفاس، لزمه على الأصح، لأنه بسببه، وينظر على هذا القياس في ماء الوضوء إلى أن السبب منه كاللمس أم لا؟

فرع: لا يلزمه أن يضحى عن زوجته، نذرت التضحية أم لا.

فرع: لا يجب للخادمة آلات التنظيف، لأنها لا تتنظف له بخلاف المخدومة، بل اللائق بالخادمة أن تكون شعبة لثلاث تمتد إليها العين، لكن لو كثر الوسخ، وتأذت بالهوام، لزمه أن يعطيها ما تترفع به، كذا استدركه القفال واستحسنوه، وأطلق صاحب «العدة» وجهين في أنه هل يعطي الخادمة الدهن والمشط.

فرع: في وجوب تجهيز الزوجة الميتة وجهان سبقا في الجنائز، ويجريان في تجهيز الخادمة، ورأى المتولي ترتيبهما على الزوجة، لأن علقه النكاح تبقى في الغسل والإرث، وكذا في التجهيز.

الواجب السادس: الإسكان، فيجب لها مسكن يليق بها في العادة، وقال المتولي: يليق بالزوجين جميعاً، وله إسكانها في المملوك والمستأجر والمستعار بلا خلاف.

الطرف الثاني: في كيفية الإنفاق، في هذه الواجبات هي ضربان:

الضرب الأول: ما ينتفع به باستهلاكه كالطعام وفيه مسائل:

أحداها: يجب التملك في الطعام والأدم، وما يستهلك من آلة التنظيف كالدهن والطين، وإذا أخذت نفقتها فلها التصرف فيها بالإبدال والبيع والهبة وغيرها، لكن لو قترت على نفسها بما يضرها فله منعها. ونفقة الخادم يجب فيها التملك أيضاً، قاله الأصحاب، وقد سبق أن موضع وجوب نفقة الخادم إذا أخدمها بمملوكتها أو بحرة غير مستأجرة، فإن كانت مملوكتها، فيملكها نفقتها كما يملكها نفقة نفسها، وإن كانت حرة فيجوز أن يقال: يملكها نفقتها كما يملك الزوجة، وتستحق المرأة المطالبة بذلك لتوفر حق الخدمة، ويجوز أن يقال: يملك الزوجة لتدفعها إلى الخادمة وعلى هذا لها أن تتصرف في المأخوذ، وتكفي مؤنة الخادمة من مالها.

المسألة الثانية: لو قبضت الزوجة النفقة، فتلفت أو سرق، لا يلزمه إبدالها.

المسألة الثالثة: الذي يجب تملكه من الطعام الحب كما في الكفارة لا الخبز والدقيق، فلو طلبت غير الحب، لم يلزمه، ولو بذل غيره، لم يلزمها قبوله، وهل عليه مع الحب مؤنة طحنه وخبزه؟ أوجه: أحدها: لا كالکفارة، وبه قطع ابن كج. والثاني: إن كانت من أهل القرى الذين عادتهم الطحن والخبز بأنفسهم، فلا، وإلا فنعم، وبه قال الماوردي، وأصحها: الوجوب مطلقاً، لأنها في حبسه بخلاف الكفارة، وعلى هذا تجب مؤنة طبخ اللحم وما يطبخ به. ولو باعت الحب، أو أكلته حباً، ففي استحقاقها مؤنة إصلاحه احتمالان للإمام.

المسألة الرابعة: ليس له تكليفها الأكل معه لا مع التملك ولا دونه.

المسألة الخامسة: لو كانت تأكل معه على العادة، ففي سقوط نفقتها وجهان:

أقيسهما وهو الذي ذكره الروياني في «البحر»: لا تسقط وإن جريا على ذلك سنين، لأنه لم يؤد الواجب وتطوع بغيره. والثاني: تسقط فإنه اللائق بالباب. قال الغزالي: وهذا أحسنهما لجريان الناس عليه في الأعصار، واكتفاء الزوجات به، ولأنها لو طلبت النفقة للزمن الماضي والحالة هذه لاستنكر، وبنى بعضهم هذا على المعاطاة، إن جعلناها بيعاً برئت ذمته عن النفقة، وإلا فلا، وعليها غرامة ما أكلت، ثم الوجهان في الزوجة البالغة، أو صغيرة أكلت معه بإذن القيم، فأما إذا لم يأذن القيم، فالزوج متطوع، ولا تسقط نفقتها بلا خلاف.

قلت: الصحيح من الوجهين سقوط نفقتها إذا أكلت معه برضاها وهو الذي رجحه الرافعي في «المحرر» وعليه جرى الناس من رسول الله ﷺ وبعده من غير نزاع ولا إنكار ولا خلاف ولم ينقل أن امرأة طالبت بنفقة بعده، ولو كانت لا تسقط مع علم النبي ﷺ بإطباقتهم عليه لأعلمهم بذلك، واقتصه من تركه من مات ولم يوفه وهذا مما لا شك فيه. والله أعلم.

المسألة السادسة: لو تراضيا باعتياضها عن النفقة دراهم أو دنانير أو ثياباً ونحوها، جاز على الأصح. ولو اعتاضت خبزاً أو دقيقاً أو سويقاً فالمذهب أنه لا يجوز، وهو الذي رجحه العراقيون والروياني وغيره لأنه ربا، وقطع البغوي بالجواز لأنها تستحق الحب وإصلاحه وقد فعله، ولا يجوز الإعتياض عن نفقة زمن مستقبل، ولا بيع نفقة حالة لغير الزوج قبل قبضها قطعاً.

المسألة السابعة: النفقة تستحق يوماً فيوماً ولها المطالبة بها إذا طلع الفجر كل يوم كذا قاله الجمهور وفي «المهذب» إذا طلعت الشمس. ولو قبضت نفقة يوم، ثم ماتت، أو أبانها في أثناء النهار لم يكن له الاسترداد، بل المدفوع لورثتها لوجوبه بأول النهار. ولو ماتت أو أبانها في أثناء النهار ولم تكن قبضت نفقة يومها كانت ديناً عليه. وفي كتاب ابن كج له الاسترداد، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور. ولو نشزت في النهار، فله الاسترداد قطعاً، ولو قبضت نفقة أيام أو شهر فهل تملك الزيادة على نفقة اليوم؟ وجهان: أحدهما: لا للشك في استمرار الاستحقاق. وأصحهما: نعم كالأجرة والزكاة المعجلة، فعلى هذا لو نشزت، استرد نفقة المدة الباقية، وإن ماتت، أو أبانها، استرد أيضاً على الأصح كالزكاة المعجلة، وقيل: لا، لأنها صلة مقبوضة. وإذا قلنا: لا تملك إلا نفقة يوم، فكلما دخل يوم ملكت نفقته.

المسألة الثامنة: نفقة الخادم في وقت وجوب التسليم، وفي استرداد المدفوع إليها كنفقة المخدومة بلا فرق.

الضرب الثاني: ما تنتفع به مع بقاء عينه كالكسوة وفيها وجهان: أحدهما: لا

يجب تملكها، وبه قال ابن الحداد، واختاره القفال، بل يكون إمتاعاً كالمسكن والخادم. وأصحهما: وينسب إلى النص: يجب تملكها كالنفقة والأدم وكسوة الكفارة، ويجري الخلاف في كسوة الخادم وطرده البغوي في كل ما ينتفع به مع بقاء عينه كالفرش وظروف الطعام والشراب والمشط، وألحق الغزالي في «البيسط» الفرش والظروف بالمسكن. واعلم أن الكسوة تدفع إليها في كل ستة أشهر، ثم تجدد كسوة الصيف للصيف، والشتاء للشتاء، وأما ما يبقى سنة أو أكثر كالفرش والبسط والمشط، فإنما تجدد في وقت تجديده، وكذلك جبة الخز والإبريسم لا يجدد في كل شتوة، وعليه تطريتها على العادة، ويتفرع على الوجهين في وجوب تملك الكسوة صور.

منها: لو سلم إليها كسوة الصيف، فتلفت في يدها قبل مضي الصيف فلا تقصير، لزمه الإبدال إن قلنا: الكسوة إمتاع، وإلا فلا على الصحيح. ولو أتلفتها، أو تمزقت قبل أو ان التمزق لكثرة تردها فيها، وتحاملها عليها، فإن قلنا: الكسوة تملك، لم يلزم الإبدال، وإن قلنا: إمتاع، لزمها قيمة ما أتلفت، ولزمه الإبدال. ومنها: لو سلم إليها كسوة الصيف، فماتت في أثنائه، أو مات الزوج، أو أبانها، فله استردادها إن قلنا: إمتاع، وإلا فلا على الصحيح. ومنها: إذا لم يكسها مدة، صارت الكسوة ديناً عليه إن قلنا بالتمليك، وإلا فلا.

ومنها: إن قلنا: إمتاع، لم يجز الاعتياض عنها، كما لا يجوز للقريب أن يعتاض عن نفقته، وإن قلنا: تملك، ففي الاعتياض الخلاف السابق في الاعتياض عن النفقة.

ومنها: لو أعطاه كسوة الصيف فمضى الصيف، وهي باقية لرفقها بها، فعليه كسوة الشتاء، إن قلنا بالتمليك، وعلى الإمتاع لا يلزمه إلا ما يزداد للشتاء حتى يبلى ما عندها.

ومنها: له أن يأخذ المدفوع منها، ويعطيها غيره إن قلنا بالإمتاع، وإلا فلا إلا برضاها.

ومنها: لو ألبسها ثياباً مستعارة، أو مستأجرة، لم يجز على قولنا تملك، ويجوز على الإمتاع، فإن تلف المستعار، فالضمان على الزوج.

ومنها: ليس بيع المقبوض إن قلنا إمتاع، ويجوز على التملك كالقوت، فعلى هذا وجهان: أحدهما: ليس لها أن تلبس دون المقبوض كما في النفقة، وأصحهما: المنع، لأن للزوج غرضاً في تجملها.

فرع: ليس للزوج أن يدفع إليها ثمن الكسوة، بل يجب تسليم الثياب، وعليه مؤنة الخياطة.

الباب الثاني: في مسقطات النفقة

لللباب مقدمة وأصل:

أما المقدمة: فلا خلاف أن وقت وجوب تسليم النفقة صبيحة كل يوم، والكسوة أول كل صيف وشتاء كما سبق، وذلك بعد حصول التمكين، وأما وقت ثبوتها في الذمة، فللنفقة تعلق بالعقد والتمكين، فإنها لا تجب قبل العقد، ولكن تسقط بالنشوز، وفيما تجب به قولان، القديم: تجب بالعقد كالمهر، ولا تتوقف على التمكين بدليل وجوبها للمريضة والرتقاء، لكن لو نشزت سقطت فالعقد موجب، والنشوز مسقط، وإذا حصل التمكين، استقر الواجب يوماً فيوماً كالأجرة المعجلة، إلا أن الأجرة يجب تسليمها بالعقد جملة للعلم بها، والنفقة غير معلومة الجملة، والجديد الأظهر: أنها لا تجب بالعقد، بل بالتمكين يوماً فيوماً، فلو اختلفا، فقالت: مكنت من وقت كذا. وأنكر الزوج ولا بينة، فإن قلنا بالجديد، فالقول قول الزوج، وإلا فقولها، لأن الأصل بقاء ما وجب بالعقد، وقيل: القول قوله قطعاً. ولو اتفقا على التمكين، وقال: أدبت نفقة المدة الماضية، وأنكرت، فالقول قولها، سواء كان الزوج حاضراً عندها أم غائباً، ولو لم يطالبها الزوج بالزفاف، ولم تمتنع هي منه، ولا عرضت نفسها عليه، ومضت على ذلك مدة، فإن قلنا بالقديم، وجبت نفقة تلك المدة، وإن قلنا بالجديد، فلا. ولو توافقا على التمكين، وادعى أنها بعده نشزت، وأنكرت، فالصحيح أن القول قولها، لأن الأصل البراءة، قال الأصحاب: إذا سلمت نفسها إلى الزوج، فعليه النفقة من وقت التسليم. ولو بعثت إليه: إني مسلمة نفسي، فعليه النفقة من حين بلغه الخبر، فإن كان غائباً، رفعت الأمر إلى الحاكم، وأظهرت له التسليم والطاعة، ليكتب إلى حاكم بلد الزوج، فيحضره، ويعلمه الحال، فإن سار إليها عند إعلامه، أو بعث إليها وكيله فتسلمها، وجبت النفقة من حين التسليم، وإن لم يفعل ومضى زمن الوصول إليها، فرض القاضي نفقتها في ماله، وجعل كالمسلم، لأن الامتناع منه. قال المتولي: فإن لم يعرف موضعه، كتب الحاكم إلى حكام البلاد التي تردها القوافل من تلك البلدة في العادة ليطلب وينادي باسمه، فإن لم يظهر، فرض القاضي نفقتها في ماله الحاضر، وأخذ منها كفيلاً بما يصرف إليها لاحتمال وفاته وطلاقه، ومن الأصحاب من لم يتعرض للرفع إلى القاضي ولا لكتابه، وقال: تجب النفقة من حين وصله، ويمضي زمن إمكان القدوم

عليها، وكذا ذكره البغوي. أما إذا لم تعرض نفسها على الزوج الحاضر، أو الغائب، ولا بعثت إليه، فلا نفقة لها وإن طالت المدة تفريعاً على الجديد، ولا تؤثر غيبة الزوج بعد التسليم ما دامت مقيمة على الطاعة. وإن طالت المدة، هذا كله إذا كانت عاقلة بالغة، فأما المراهقة والمجنونة، فلا اعتبار بعرضهما، وبذلها الطاعة، وإنما الاعتبار فيهما بعرض الولي. ولو سلمت المراهقة نفسها، فتسلمها الزوج، ونقلها إلى داره، وجبت النفقة، وكذا لو سلمت الزوجة نفسها إلى الزوج المراهق بغير إذن الولي، وجبت النفقة بخلاف تسليم المبيع إلى المراهق، لأن المقصود هناك أن تصير اليد للمشتري، واليد في عقد المراهق للولي لا له.

فصل: وأما الأصل فبيان موانع النفقة وهي أربعة:

المانع الأول: النشوز، فلا نفقة لناشزة، وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً، فلو نشزت بعض النهار فوجهان: أحدهما: لا شيء لها. والثاني: لها بقسط زمن الطاعة إلا أن تسلم ليلاً وتنشز نهاراً، أو بالعكس، فلها نصف النفقة، ولا ينظر إلى طول الليل وقصره، وبالوجه الثاني قطع السرخسي، ومنهم من رجح الأول وهو أوفق لما سبق فيما إذا سلم السيد الأمة المزوجة ليلاً فقط، ونشوز المراهقة والمجنونة كالبالغة العاقلة.

فرع: امتناعها عن الوطاء والاستمتاع والزفاف بغير عذر نشوز، فلو قالت: سلم المهر لأسلم نفسي، فإن جرى دخول، أو كان المهر مؤجلاً، فهي ناشزة، إذ ليس لها الامتناع والحالة هذه، وإذا لم يجر دخول والمهر حال، فلها النفقة من حينئذٍ، هذا هو المذهب، وفيه خلاف سبق في كتاب الصداق. ولو حل المؤجل، فهل هو كالمؤجل أم كالحال؟ وجهان وبالأول قطع البغوي، لأن العقد لم يثبت هذا الامتناع. ولو كانت مريضة، أو كان بها قرح يضرها الوطاء، فهي معذورة في الامتناع عن الوطاء، وعليه النفقة إذا كانت عنده. وكذا لو كان الرجل عبلاً، وهو كبير الذكر بحيث لا تحتمله، فإن أنكر القرع المانع من الوطاء، فلها إثباته بقول النسوة، وهل يشترط أربع نسوة، لأنه شهادة يسقط بها حق الزوج، أم تكفي امرأة ويجعل إخباراً؟ وجهان: أصحهما: الأول، وبالثاني قال أبو إسحاق، وكذا لو أنكر الضرر بسبب العباله يرجع فيه إلى النسوة ولا بأس بنظرهن إليه عند اجتماعهما ليشهدن، وليس لها الامتناع من الزفاف بعذر عبالته كما سبق في أول كتاب الصداق، ولها الامتناع بعذر المرض، لأنه متوقع الزوال.

فرع: لو قالت: لا أمكن إلا في بيتي، أو في موضع كذا، أو بلد كذا، فهي ناشزة.

فرع: هربها وخروجها من بيت الزوج وسفرها بغير إذنه نشوز، ويستثنى عن الخروج ما إذا أشرف المنزل على الانهدام، أو كان المنزل لغير الزوج، فأخرجت، فإن سافرت بإذنه، فإن كان معه أو وحدها في حاجته، وجبت نفقتها، فإن كانت وحدها لحاجتها، فلا نفقة على الأظهر، وقيل: لا نفقة قطعاً، وعن ابن الوكيل طرد القولين فيما إذا كانت معه لحاجة نفسها، وقطع الجمهور في هذه الصورة بالوجوب.

فرع: تجب النفقة للمريضة والرتقاء والمضناة التي لا تحتمل الجماع، سواء حدثت هذه الأحوال بعد التسليم، أم قارنته، لأنها أعذار دائمة، وقد سلمت التسليم الممكن، وتمكن من الاستمتاع بها من بعض الوجوه، وكذا حكم أيام الحيض والنفاس، قال البغوي: ولو غصبت، فلا نفقة، وإن كانت معذورة لخروجها عن قبضته وفوات الاستمتاع بخلاف المريضة.

قلت: ولو حبست ظلماً أو بحق، فلا نفقة كما لو وطئت بشبهة، فاعتدت. والله أعلم.

فرع: نشزت، فغاب الزوج، فعادت إلى الطاعة، فهل يعود استحقاق النفقة؟ وجهان: وفي «التتمة» قولان، أصحهما: لا، فعلى هذا يرفع الأمر إلى القاضي، ليقضي بطاعتها ويخبر الزوج بذلك، فإذا عاد إليها، أو بعث وكيله، فاستأنف تسلمها، عادت النفقة، وإن مضى زمن إمكان العود ولم يعد، ولا بعث وكيله، عادت النفقة أيضاً.

فرع: خرجت في غيبة الزوج إلى بيت أبيها لزيارة أو عيادة، لا على وجه النشوز، لا تسقط نفقتها ذكره البغوي.

المانع الثاني: الصغر، فإذا كانت صغيرة وهو كبير أو صغير، فلا نفقة لها على الأظهر، وإن كانت كبيرة وهو صغير، وجبت النفقة على الأظهر، وقيل: قطعاً، وقيل: إن علمت صغره، فقولان: وإلا فتجب قطعاً. ثم موضع الخلاف ما إذا سلمت إلى الزوج، أو عرضت عليه، فإن لم يوجد تسليم ولا عرض، فالحكم كما سبق في الكبيرة، وفي «الوسيط» ما يقتضي خلافه، والمذهب الأول، وإذا كان الزوج صغيراً، كان العرض على وليه لا عليه، والمراد بالصغيرة والصغير من لا يتأتى جماعه، وبالكبير من يتأتى منه الجماع، ويدخل فيه المراهق.

المانع الثالث: العبادات، وفيه مسائل:

إحداها: إذا أحرمت بحج أو عمرة، فلها حالان:

أحدهما: أن تحرم بإذنه، فإذا خرجت، فقد سافرت في غرض نفسها، فإن كان الزوج معها لم تسقط على المذهب كما سبق، وإلا فتسقط على الأظهر، وسواء

خرجت بإذنه أم بغيرها، ولا أثر لنهيها عن الخروج لوجود الإذن في الإحرام، وعن القفال: أنه إذا نهاها عن الخروج فلا نفقة قطعاً، أما قبل الخروج، فوجهان: أحدهما: لا نفقة لفوات الاستمتاع، وأصحهما: وجوبها، لأنها في قبضته، وتفويت الاستمتاع بسبب إذن فيه.

الحال الثاني: أن تحرم بغير إذنه فقد سبق في الحج أن له أن يحللها من حج التطوع، وكذا من الفرض على الأظهر، فإن جوزنا له التحليل، فلم يحلل، فلها النفقة ما لم تخرج، لأنها في قبضته وهو قادر على تحليلها والاستمتاع، وقيل: لا نفقة، لأنها ناشئة بالإحرام، والناشئة لا تستحق نفقة وإن قدر الزوج على ردها إلى الطاعة قهراً، والصحيح الأول. فإذا خرجت بغير إذنه، فلا نفقة، فإن خرج معها، فعلى ما سبق، وإن أذن في الخروج، فعلى القولين في السفر بإذنه، وإن قلنا: ليس له التحليل، فهي ناشئة من وقت الإحرام، وقيل: لها النفقة ما دامت مقيمة، والصحيح الأول، وحكي وجه شاذ أن الإحرام لا يسقط النفقة مطلقاً، لأنها تسقط به فرضاً عليها.

المسألة الثانية: في الصوم، أما صوم رمضان، فلا تمنع منه، ولا تسقط النفقة بحال، وأما قضاء رمضان، فإن تعجل لتعديها بالإفطار لم تمنع منه، ولم تسقط به النفقة على الأصح، وإن فات الأداء بعذر، وضاق وقت القضاء، بأن لم يبق من شعبان إلا قدر القضاء، فهو كأداء رمضان، وإن كان الوقت واسعاً، فقطع الأكثرون بأن له منعها من المبادرة إليه كصوم التطوع، وقيل في جواز منعها وجهان: وفي جواز إلزامها الإفطار إذا شرعت فيه وجهان مخرجان من القولين في التحليل من الحج، فإن قلنا: لا يجوز، ففي سقوط النفقة وجهان: أحدهما: تسقط كالحج، والثاني: لا لقصر الزمان، وقدرته على الاستمتاع ليلاً.

قلت: الأصح السقوط. والله أعلم.

وأما صوم التطوع، فلا تشرع فيه بغير إذن الزوج، فإن أذن، لم تسقط به نفقتها، وإن شرعت فيه بلا إذن، فله منعها وقطعه، فإن أفطرت، فلها النفقة، وإن أبت، فلا نفقة على الأصح، وقيل: تجب، لأنها في داره وقبضته، وحاصل هذا الوجه أن صوم التطوع لا يؤثر في النفقة، وقيل: إن دعاها إلى الأكل، فأبت، لم تسقط نفقتها، وإن دعاها إلى الوطء، فأبت سقطت لمنعها حقه، وإذا قلنا بسقوط النفقة بامتناعها فعن «الحاوي» أن ذلك فيما إذا أمرها بالإفطار في صدر النهار، فلو اتفق في آخره لم تسقط لفوت الزمان، واستحسنه الروياني، ولم يتعرض الجمهور لهذا التفصيل. ولو نكحها وهي صائمة قال إبراهيم المروزي: لا يجبرها على الإفطار، وفي النفقة وجهان:

وأما صوم النذر، فإن كان نذراً مطلقاً، فللزواج منعها منه على الصحيح، لأنه موسع، وإن كانت أياماً معينة، نظر إن نذر بها قبل النكاح، أو بعده بإذنه، فليس له منعها، وإلا فله ذلك، وحيث قلنا: له المنع، فشرعت فيه، وأبت أن تفطر، فعلى ما ذكرنا في صوم التطوع. وأما صوم الكفارة، فهو على التراخي، فللزواج منعها منه، وعن الماوردي أنه إذا لم يمنعها حتى شرعت فيه، فهل له إجبارها على الخروج منه؟ وجهان: وحيث قلنا: تسقط النفقة بالصوم، فهل تسقط جميعها، أم نصفها للتمكن من الاستمتاع ليلاً؟ وجهان في «التهذيب».

قلت: أرجحهما سقوط الجميع وقد سبق قريباً نظيره فيمن سلمت ليلاً فقط، أو عكسه. والله أعلم.

المسألة الثالثة: فرائض الصلوات الخمس لا منع منها، ولا تؤثر في النفقة بحال، وهل له منعها من المبادرة بها في أول الوقت؟ وجهان: الأصح المنصوص ليس له، لأن زمنها لا يمتد بخلاف الحج، والتطوعات المطلقة كصوم التطوع، وفي السنن الراتبية وجهان: أحدهما: ليس له منعها لتأكدها، وله منعها من تطويلها، وصوم يوم عرفة وعاشوراء كرواتب الصلاة، وصوم الإثنين والخميس كالتطوع المطلق، فله منعها قطعاً، وله منعها من الخروج لصلاة العيدين والكسوفين، وليس له المنع من فعلها في المنزل، وقضاء الصلاة وفعل المندورة كمثلهما في الصوم.

المسألة الرابعة: الاعتكاف، إن خرجت له إلى المسجد بإذنه وهو معها لم تسقط نفقتها، وإن لم يكن معها، فعلى الخلاف في الخروج للحج، وقيل: إن لم تزد على يوم لم يؤثر قطعاً، فإن كان بغير إذنه، نظر إن كان تطوعاً، أو نذراً مطلقاً أو معيناً نذرته بعد النكاح، سقطت نفقتها، وإن كان معيناً نذرته قبل النكاح، فلا منع منه، ولا تسقط به النفقة.

فصل: أجرت نفسها قبل النكاح إجارة عين، قال المتولي: ليس للزوج منعها من العمل، ولا نفقة عليه، وعن «الحاوي» أن له الخيار إن كان جاهلاً بالحال لفوات الاستمتاع عليه بالنهار، وأنه لا يسقط خياره بأن يرضى المستأجر بالاستمتاع نهاراً، لأنه تبرع قد يرجع فيه.

المانع الرابع: العدة، المعتدة الرجعية تستحق النفقة والكسوة وسائر المؤن إلا آلة التنظف، سواء كانت أمة أو حرة، حاملاً أو حائلاً، ولا تسقط نفقتها إلا بما تسقط به نفقة الزوجة، وتستمر إلى انقضاء العدة بوضع الحمل أو غيره. ولو ظهر بها أمارات الحمل بعد الطلاق، لزم الزوج الإنفاق عليها، فإذا أنفق، ثم بان أنه لم يكن حمل، فله استرداد المدفوع إليها بعد انقضاء العدة، وتسأل عن قدر الأقراء، فإن

عينت قدرها، صدقناها باليمين إن كذبها الزوج، ولا يمين إن صدقها، وإن قالت: لا أعلم متى انقضت عدتي، سألناها عن عادة حيضها وطهرها، فإن ذكرت عادة مضبوطة، عملنا على قولها، وإن قالت: عادتي مختلفة، أخذنا بأقل عاداتها، ورجع الزوج فيما زاد، لأنه المستيقن، وهي لا تدعي زيادة عليه، وإن قالت: نسيت عادتي، فعن نص الشافعي رحمه الله أنه يرجع في نفقة ما زاد على ثلاثة أشهر أخذاً بغالب العادات، وقال الشيخ أبو حامد: يرجع فيما زاد على أقل ما يمكن انقضاء العدة فيه، وبهذا قطع أبو الفرج، وإن انقطع الولد الذي أتت به عن الزوج بأن ولدته لأكثر من أربع سنين، إما من وقت الطلاق، وإما من وقت انقضاء العدة على الخلاف السابق، سئلت عن حال الولد، فإن قالت: هو من زوج نكحته، أو وطء شبهة حصل بعد ثلاثة أقراء، فعليها رد المأخوذ بعد الثلاثة. وإن قالت: حصل ذلك في أثناء الأقراء، فقد انقطعت عدتها بوطء الثاني وإحباله فتعود بعد الوضع إلى ما بقي منها، وعليه النفقة في البقية، وأما في مدة الحمل، فتبنى على أنه هل للزوج الرجعة فيها؟ وفيه وجهان سبقا في الرجعة والعدة، إن قلنا: لا رجعة فلا نفقة، وإلا فوجهان: وقيل: إن قلنا له الرجعة، فلها النفقة، وإلا فوجهان: وكيف كان، فالمذهب أنه لا نفقة في مدة الحمل وبه قطع الأكثرون، فيسترجع ما أخذت لها. ولو قالت: وطئني الزوج، وأنكر، فهو المصدق بيمينه، وتسأل عن وقت وطئه، فإن قالت: بعد انقضاء الأقراء، ردت ما زاد، وإن قالت، عقب الطلاق، فقد بان أنها لم تقض عدته، فترد ما أخذت وتعتد بعد الوضع ثلاثة أقراء، ولها النفقة فيها، هكذا ذكره ابن الصباغ وغيره، وإنما يستمر ذلك على قولنا: إن العدتين المختلفتي الجنس من شخص لا تتداخلان.

فرع: ادعت الرجعية تباعد الحيض، وامتداد الطهر، فالصحيح أنها تصدق في استمرار النفقة إلى أن تفر بمضي العدة، كما تصدق في ثبوت الرجعة، وقيل: لا تصدق في النفقة، فإنها حقها بخلاف الرجعة.

فرع: وضعت حملاً، وطلقها، فقال: طلقته قبل وضعه، وانقضت عدتك، فلا نفقة الآن، وقالت: بل طلقته بعد الوضع، فلي النفقة، فعليها العدة، ولها النفقة، لأن الأصل بقاء النكاح ولا رجعة له، لأنها بائن بزعمه، ولو وطئها قبل الوضع في الزمن الذي يزعم هو أنها مطلقة فيه لم يلزمه مهر المثل، لأنها تزعم أن الوطء في النكاح. ولو اختلفا بالعكس، فقال: طلقته بعد الولادة، فلي الرجعة، وقالت: بل قبلها، وقد انقضت عدتي، فالقول قوله في بقاء العدة، وثبوت الرجعة، ولا نفقة لها لزعمها.

فصل: البائن بخلع، أو طلاق الثلاث لا نفقة لها ولا كسوة إن كانت حائلاً، وإن كانت حاملاً، فعلى الزوج نفقتها وكسوتها، وهل هي للحمل أم للحامل؟ قولان: أظهرهما للحامل بسبب الحمل، ويتفرع على القولين مسائل:

إحداها: المعتدة عن فرقة فسخ، في استحقاقها النفقة إذا كانت حاملاً طرق، أحدها: إن حصلت الفرقة بما لا مدخل لها فيه كردة الزوج، استحققت النفقة كالمطلقة، وإن كان لها مدخل كفسخها بالعق، أو بعيه، أو فسخه بعيها، فقولان: والثاني: في المعتدات عن جميع الفسوخ قولان، والثالث وهو الأصح وبه قال الجمهور: إن كان الفرقة بسبب عارض، كالرضاع والردة، فلها النفقة كالطلاق وإن استند إلى سبب قارن العقد كالعيب والغرور فقولان: والرابع وبه قطع المتولي: تستحق النفقة حيث تستحق السكنى وإلا فقولان: وقد سبق بيان السكنى. وأما المفارقة باللعان إذا كانت حاملاً ولم ينف حملها، ففيه الطرق، ولا يخفى على الطريق الثالث أن اللعان سبب عارض، وأما على الأول فقليل: هو مما لها فيه مدخل، لأنها أحوجته إليه، والأصح أنه كالطلاق، وإن نفى حملها لم تجب النفقة، سواء قلنا: هي للحمل أم للحامل، وتستحق السكنى على الأصح في هذه الحالة. ولو أبان زوجته بالطلاق، ثم ظهر بها حمل، وقلنا: له أن يلاعن لنفيه، فلا عن، سقطت النفقة، قال القاضي أبو الطيب: فإن أثبتنا للملاعنة السكنى، فهذه أولى، لأنها معتدة عن طلاق، وإلا فتحتمل وجهين: وإذا لاعن وهي حامل ونفاه ثم أكذب نفسه، واستلحق الولد، طولب بنفقة ما مضى، نص عليه فقليل: هو تفريع على أن النفقة للحامل. أما إذا قلنا: للحمل: فلا مطالبة، لأن نفقة القريب تسقط بمضي المدة، وقال الجمهور: تثبت المطالبة على القولين، وهو المذهب، لأنها وإن كانت للحمل، فهي مصروفة إلى الحامل وهي صاحبة حق فيها فتصير ديناً كنفقة الزوجة. ولو أكذب نفسه بعدما أرضعت الولد، رجعت عليه بأجرة الرضاع على الصحيح المنصوص في «الأم» ولو أنفقت على الولد مدة، ثم رجع، رجعت عليه بما أنفقت على الصحيح المنصوص، لأنها أنفقت على ظن وجوبه عليها، فإذا بان خلافه، ثبت الرجوع، كما لو ظن أن عليه ديناً فقضاه، فبان خلافه يرجع، وكما لو أنفق على أبيه على ظن إعساره، فبان موسراً، يرجع عليه بخلاف المتبرع.

المسألة الثانية: في وجوب نفقة الحامل المعتدة عن نكاح فاسد، أو وطء شبهة، وجهان: إن قلنا: للحمل وجبت، وإلا فلا. هذا إذا كانت الموطوءة بشبهة غير منكوحه، فإن كانت منكوحه وأوجبنا نفقتها على الواطئ، سقطت عن الزوج قطعاً، وإلا فعلى الأصح واستحسن في «الوسيط» أنها إن وطئت نائمة أو مكرهة،

فلها النفقة، وإن مكنت على ظن أنه زوجها، فلا نفقة، لأن الظن لا يؤثر في الغرامات.

المسألة الثالثة: المعتدة عن الوفاة لا نفقة لها، وإن كانت حاملاً، سواء قلنا للحامل أو للحمل، لأن نفقة القريب تسقط بالموت.

المسألة الرابعة: هل تتقدر النفقة الواجبة كنفقة صلب النكاح، أم تعتبر كفايتها، سواء زادت أم نقصت؟ فيه طريقان، المذهب، وبه قطع الجمهور أنها مقدرة، وشذ الإمام ومتابعوه فحكوا خلافاً.

المسألة الخامسة: إذا مات زوج البائن الحامل قبل الوضع، إن قلنا: النفقة للحمل، سقطت، لأن نفقة القريب تسقط بالموت، وإن قلنا: للحامل فوجهان: أحدهما: عند الإمام وبه قال ابن الحداد: تسقط أيضاً لأنها كالحاضنة للولد، ولا تجب نفقة الحاضنة بعد الموت، وقال الشيخ أبو علي: لا تسقط، لأنها لا تنتقل إلى عدة الوفاة، بل تتم عدة الطلاق، والطلاق موجب.

قلت: قال المتولي: وكما تستحق البائن الحامل النفقة، تستحق الأدم والكسوة سواء قلنا النفقة للحامل أو للحمل. والله أعلم.

فرع: لا يجب تسليم النفقة قبل ظهور الحمل، سواء قلنا: هي للحمل أم للحامل، فإذا ظهر هل يجب تسليمها يوماً بيوم، أم تؤخر إلى أن تضع، فتسلم الجميع دفعة واحدة؟ قولان، أظهرهما الأول لقول الله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ أُولَاتٍ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنَّ حَتَّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦] فإن قلنا: تؤخر، فقالت: وضعت، فكذبها، فعليها البينة. وإن قلنا بالتعجيل، فادعت ظهور الحمل، وأنكر فكذلك وتقبل فيهما شهادة النساء، وقيل: لا يعتمد قولهن إلا بعد مضي ستة أشهر، والصحيح الذي عليه الجمهور أن ذلك ليس بشرط. ولو كان ينفق على ظن الحمل، فبان أن لا حمل، فإن أوجبنا التعجيل، أو أمره به الحاكم، رجع عليها، وإلا فإن لم يذكر أن المدفوع نفقة معجلة لم يرجع، ويكون متطوعاً، وإن ذكره وشرط الرجوع رجع، وإلا فوجهان: أحدهما: يرجع، وخرج القفال من هذه المسألة أن الدلال إذا باع متاعاً لإنسان، فأعطاه المشتري شيئاً وقال: وهبته لك، أو قال له الدلال: وهبته لي، فقال: نعم، فإن علم المشتري أنه ليس عليه أن يعطيه شيئاً، فله قبوله، وإن ظن أنه يلزمه أن يعطيه، فلا، وللمشتري الرجوع فيه وأجرة الدلال على البائع الذي أمره بالبيع.

فرع: لو لم ينفق عليها حتى وضعت، أو لم ينفق في بعض المدة، فالمذهب أنه لا تسقط نفقة المدة الماضية، بل يلزمه دفعها إليها، وبهذا قطع الجمهور، وقيل: في سقوطها خلاف مبني على أنها للحمل أم للحامل.

فرع: لو كان زوج البائن الحامل رقيقاً، إن قلنا: النفقة للحامل لزمته، وإلا فلا، لأنه لا يلزمه نفقة القريب. ولو كان الحمل رقيقاً ففي وجوب النفقة على الزوج حراً كان أو عبداً قولان، إن قلنا: للحمل لم تجب، بل هي على المالك وإلا فتجب.

فرع: ذكر ابن كج أنه لو كان الحمل موسراً، وقلنا: النفقة للحمل وأنها تؤخر إلى أن تضع، فإذا وضعت سلمت النفقة من مال الولد إلى الأم، كما تنفق عليه في المستقبل من ماله، قال: ويحتمل عندي أن يكون ذلك على الأب، وإن قلنا: يجب التعجيل، لم تؤخذ من مال الحمل، بل ينفق الأب عليها، فإذا وضعت، ففي رجوعه في مال الولد وجهان:

فرع: اختلفا فقالت: وضعت اليوم، وطالبت بنفقة شهر قبله، وقال: بل وضعت من شهر قبله، فالقول قولها، لأن الأصل عدم الوضع وبقاء النفقة. ولو وقع هذا الاختلاف والزوجة رقيقة، فإن قلنا النفقة للحمل، فلا معنى لهذا الاختلاف، ولا شيء عليه قبل الوضع ولا بعده، وإن قلنا: للحامل، فهي كالحرّة. ولو وقع هذا الاختلاف بين موطوءة بشبهة، أو نكاح فاسد، وبين الواطيء، فإن أوجبنا نفقتها بناء على أن النفقة للحمل، فالقول قولها بيمينها، وإن لم نوجبها، فلا معنى للاختلاف، لكن لو اختلفا على العكس لنفقة الولد، فقالت: ولدت من شهر، فعليك نفقة الولد لشهر، وقال: بل ولدت أمس، بني على أن الأم إذا أنفقت على الولد أو استدانته للنفقة عليه، هل ترجع على الأب؟ وسيأتي بيانه إن شاء الله تعالى.

فرع: أبرأت الزوج من النفقة، قال المتولي: إن قلنا النفقة للحامل، سقطت، وإن قلنا: للحمل، فلا، ولها المطالبة بعد الإبراء، ولك أن تقول: إن كان الإبراء عن نفقة الزمن المستقبل، فقد سبق حكمه، وإن كان عما مضى، فالنفقة مصروفة إليها على القولين، وقد سبق أن الراجح أنها تصير ديناً لها حتى تصرف إليها بعد الوضع، فينبغي أن يصح إبرؤها على القولين.

فرع: ذكر المتولي أنه لو أعتق أم ولده وهي حامل منه، لزمه نفقتها إن قلنا: النفقة للحمل، وإن قلنا: للحامل فلا، وأنه لو مات، وترك أباه وامراته حبلى، لها مطالبة الجد بالنفقة إن قلنا: النفقة للحمل، وإن قلنا: للحامل فلا، وقطع البغوي بأنها لا تطالب الجد، ويقرب منه كلام الشيخ أبي علي.

فرع: نشزت الزوجة وهي حامل، حكى ابن كج تخريج سقوط النفقة على أنها للحمل أو للحامل، والمذهب القطع بسقوطها، وإنما الخلاف في البائن لا في الزوجة.

فرع: لو أنفق على من نكحها نكاحاً فاسداً مدة، ثم بان فساد النكاح وفرق بينهما، قال الأصحاب: لا يسترد ما أنفق عليها، بل يجعل ذلك في مقابلة استمتاعه، وسواء كانت حاملاً أو حائلاً. وبالله التوفيق.

الباب الثالث: في الإعسار بنفقة الزوجة

فيه أربعة أطراف:

الطرف الأول: في ثبوت الفسخ به، فإذا عجز الزوج عن القيام بمؤن الزوجة الموظفة عليه، فالذي نص عليه الشافعي رحمته الله في كتبه قديماً وجديداً أنها بالخيار إن شاءت صبرت، وأنفقت من مالها، أو اقترضت، وأنفقت على نفسها، ونفقتها في ذمته إلى أن يوسر، وإن شاءت طلبت فسخ النكاح، وقال في بعض كتبه بعد ذكر هذا: وقد قيل: لا خيار لها. وللاصحاب طريقان، أحدهما: القطع بأن لها حق الفسخ، وهذا أرجح عند ابن كج والرويانى، وأصحهما: إثبات قولين المشهور منهما أن لها الفسخ، والثاني: لا. فالمذهب ثبوت الفسخ، فأما إذا امتنع من دفع النفقة مع قدرته فوجهان: أحدهما: لها الفسخ لتضررها، وأصحهما: لا فسخ لتمكنها من تحصيل حقها بالسلطان، وكذا لو قدرت على شيء من ماله، أو غاب وهو موسر في غيبته، ولا يوفىها حقها، ففيه الوجهان، أصحهما: لا فسخ وكان المؤثر تغيبه لخراب ذمته، ولكن يبعث الحاكم إلى حاكم بلده، ليطالبه إن كان موضعه معلوماً، وعلى الوجه الآخر: يجوز الفسخ إذا تعذر تحصيلها، وهو اختيار القاضي الطبري وإليه مال ابن الصباغ، وذكر الرويانى وابن أخته صاحب «العدة»: أن المصلحة الفتوى به، وإذا لم نجوز الفسخ، والغائب موسر، فجهلنا يساره وإعساره، فكذلك الحكم، لأن السبب لم يتحقق، ومتى ثبت إعسار الغائب عند حاكم بلدها، فهل يجوز الفسخ، أم لا يفسخ حتى يبعث إليه فإن لم يحضر، ولم يبعث النفقة، فحينئذٍ يفسخ؟ فيه وجهان: أصحهما: الأول، وبه قطع المتولي. ولو كان الرجل حاضراً، وماله غائب، فإن كان على دون مسافة القصر، فلا فسخ، ويؤمر بتعجيل الإحضار، وإن كان على مسافة القصر، فلها الفسخ ولا يلزمها الصبر. ولو كان له دين مؤجل، فلها الفسخ إلا أن يكون الأجل قريباً، وينبغي أن يضبط القرب بمدة إحضار المال الغائب فيما دون مسافة القصر. وإن كان الدين حالاً وهو على معسر، فلها الخيار، وإن كان على موسر حاضر، فلا خيار، وإن كان غائباً فوجهان: ولو كان له دين على زوجته، فأمرها بالإنفاق منه، فإن كانت موسرة، فلا خيار لها، وإن كانت معسرة، فلها الفسخ، لأنها لا تصل إلى حقها، والمعسر منظر، وعلى قياس هذه الصور لو كان له

عقار ونحوه لا يرغب في شرائه ينبغي أن يكون لها الخيار، ومن عليه ديون تستغرق ماله لا خيار لزوجته حتى يصرف ماله إلى الديون.

لو تبرع رجل بأداء النفقة عن المعسر، لم يلزمها القبول، ولها الفسخ كما لو كان له دين على إنسان فتبرع غيره بقضائه، لا يلزمه القبول، لأن فيه منة للمتبرع، وحكى ابن كج وجهاً أنه لا خيار لها، لعدم تضررها بفوات النفقة، والصحيح الأول. قال المتولي: ولو كان بالنفقة ضامن، ولم نصح ضمان النفقة فالضامن كالمتبرع، وإن صححناه، فإن ضمن بإذن الزوج، فلا خيار، وبغير إذنه وجهان.

فرع: لو لم يعطها الموسر إلا نفقة المعسر، فلا فسخ، ويصير الباقي ديناً عليه.

فصل: القدرة بالكسب كالقدرة بالمال، فلو كان يكسب كل يوم قدر النفقة فلا خيار، ولو كان يكسب في يوم ما يكفي لثلاثة أيام، ثم لا يكسب يومين أو ثلاثة، ثم يكسب في يوم ما يكفي للأيام الماضية فلا خيار، لأنه غير معسر، ولا تشق الاستدانة لما يقع من التأخير اليسير. وكذا الحكم في النساج الذي ينسج في الأسبوع ثوباً تفي أجرته بنفقة الأسبوع، كذا قاله أبو إسحاق والماوردي وصاحباً «المهذب» و«التهذيب» وقد ذكرنا في المال الغائب على مسافة القصر أن لها الخيار، وقد يمكن إحضاره فيما دون أسبوع، والوجه التسوية.

قلت: المختار هنا أنه لا خيار كما ذكره هؤلاء الأئمة. والله أعلم.

وإذا عجز العامل عن العمل لمرض، فلا فسخ إن رجي زواله في نحو ثلاثة أيام، وإن كان يطول، فلها الفسخ، قال المتولي: ولو كان يكسب في بعض الأسبوع نفقة جميعه، فتعذر العمل في أسبوع لعارض فلها الخيار على الأصح، وإذا لم يستعمل البناء والنجار، وتعذرت النفقة كذلك، قال الماوردي: لا خيار إن كان ذلك نادراً، وإن كان يقع غالباً، فلها الخيار.

فرع: القادر على الكسب إذا امتنع كالموسر الممتنع إن أوجبنا الاكتساب لنفقة الزوجة، وفيه خلاف سنذكره إن شاء الله تعالى.

فصل: إنما يثبت الفسخ بالعجز عن نفقة المعسر، فلو عجز عن نفقة المتوسط، فلا خيار. ولو قدر كل يوم على دون نصف مد، أو يوماً مداً، ويوماً لا يجد شيئاً، فلها الخيار على الصحيح. ولو وجد بالغداة ما يغديها، وبالعشي ما يعشيها، فلا خيار على الأصح.

فصل: لو أعسر بالأدم، فلا خيار على الأصح عند الأكثرين، وقال الداركي:

يثبت. وقال الماوردي: إن كان القوت مما ينسأغ دائماً للفقراء بلا أدم فلا خيار، وإلا فيثبت.

فصل: يثبت الخيار بالإعسار بالكسوة على المذهب، وبالمسكن على الأصح، ولا يثبت بالإعسار بنفقة الخادم على الصحيح المنصوص، لأنه ليس ضرورياً.

فصل: الإعسار بالمهر فيه طرق منتشرة، المذهب منها عند الجمهور يثبت الفسخ إن كان قبل الدخول، ولا يثبت بعده، وقيل: يثبت فيهما قطعاً ورجحه البغوي وغيره، وقيل بالمنع قطعاً، وقيل قولان، وقيل: يثبت قبله وفي بعده قولان، وقيل: لا يثبت بعده، وفي قبله قولان، ولا خيار للمفوضة لأنها لا تستحق المهر بالعقد على الأظهر، لكن لها المطالبة بالفرض، فإذا فرض صار كالمسمى.

فصل: إذا لم ينفق على زوجته مدة، وعجز عن أدائها لم يكن لها الفسخ بسبب ما مضى حتى لو لم يفسخ في يوم جواز الفسخ، فوجد نفقة بعده، فلا فسخ لها بنفقة الأمس، وما قبله كسائر ديونها، وقيل: هو كالإعسار بالمهر بعد الدخول، وليس بشيء، ثم نفقة الماضي لا تسقط، بل تبقى ديناً في ذمته، سواء ترك الإنفاق بعذر أم لا، وسواء فرض القاضي نفقتها، أم لا، ويثبت الأدم في الذمة كالنفقة، وكذا نفقة الخادم على المشهور، وتثبت الكسوة إن قلنا: يجب فيها التملك. وإن قلنا: إمتاع فلا، ولا تثبت مؤنة السكنى على المذهب.

الطرف الثاني: في حقيقة هذه الفرقة، فإذا ثبت حق التفريق بسبب الإعسار، فلا بد من الرفع إلى القاضي، لأنه مجتهد فيه، وحكى المتولي وغيره وجهاً أن للمرأة أن تتولى الفسخ بنفسها من غير رفع إلى القاضي، كفسخ البيع بالعيب، والصحيح المنصوص الأول، وبه قطع الجمهور، وعلى هذا يتولى القاضي الفسخ بنفسه، أو يأذن لها فيه، وهو مخير فيهما. وقيل: إنما يستقل بالفسخ بعد ثبوت الإعسار عنده، والصحيح الأول. وتكون هذه الفرقة فسخاً على الصحيح المنصوص، وفي قول مخرج هي طلاق، فعلى هذا يأمره الحاكم بالتحمل في الإنفاق، فإن أبى، فهل يطلق الحاكم بنفسه، أم يحبس ليطلق؟ فيه القولان في المولى، فإن طلق، طلق طلق رجعية، فإن راجع، طلق ثانية وثالثة، أما إذا لم ترفع إلى القاضي، بل فسخت بنفسها لعلمها بعجزه، فلا ينفذ ظاهراً، وهل ينفذ باطناً حتى إذا ثبت إعساره متقدماً على الفسخ إما باعتراف الزوج، وإما ببينة يكتفى به وتحسب العدة منه؟ فيه وجهان: قال في «البسيط»: ولعل هذا فيما إذا قدرت على الرفع إلى القاضي، فإن لم يكن في الناحية قاضٍ ولا محكم، فالوجه إثبات الإستقلال بالفسخ.

الطرف الثالث: في وقت الفسخ قد سبق أنها تستحق تسلم النفقة كل يوم بطولوع الفجر، فإذا عجز، فهل ينجز الفسخ، أم يمهل ثلاثة أيام؟ قولان: أظهرهما: الإمهال، وقطع به جماعة وادعى ابن كج أنه طريقة الجمهور، فإن قلنا: لا يمهل ثلاثاً فوجهان: أحدهما: لها المبادرة إلى الفسخ في أول النهار، وأقربهما ليس لها المبادرة، فعلى هذا هل يؤخر الفسخ إلى نصف النهار، أم إلى آخره، أم إلى آخر الليلة بعده؟ فيه احتمالات، أرجحها عند الغزالي الثالث، ثم هذا إذا لم يتخذ ذلك عادة، فأما إن اعتاد إحضار الطعام ليلاً، فلها الفسخ، ويقرب من هذا ما ذكره صاحب «العدة» أنه لو لم يجد النفقة في أول النهار، وكان يجدها في آخره، فلها الفسخ على الأصح. فإذا قلنا: لا فسخ في أول النهار، فلو قال صبيحة اليوم: أنا عاجز لا أتوقع شيئاً، فهل لها الفسخ في الحال لتصريحه بالعجز، أم يلزم التأخير، فقد يرزق من حيث لا يحتسب؟ فيه احتمالان: أرجحهما: الثاني. أما المذهب وهو الإمهال ثلاثة أيام، فيتفرع عليه مسألتان.

إحداهما: إذا مضت الثلاثة فلها الفسخ صبيحة الرابع إن لم يسلم نفقته، وإن سلمها، لم ينجز الفسخ لما مضى، وليس لها أن تقول: آخذ هذا عن نفقة بعض الأيام الثلاثة، وأفسخ بتعذر نفقة اليوم، لأن الاعتبار في الأداء بقصد المؤدي، فلو توافقا على جعلها عما مضى، فيحتمل أن يقال: لها الفسخ، ويحتمل أن تجعل القدرة عليها مبطله للمهلة، ولو مضى يومان بلا نفقة، ووجد نفقة الثالث، وعجز في الرابع، فهل تستأنف المدة، أم يبني فتصير يوماً آخر فقط؟ وجهان: أحدهما: البناء، ولو لم يجد نفقة يوم ووجد نفقة الثاني، وعجز في الثالث، وقدر في الرابع، لفقت أيام العجز فإذا تمت مدة المهلة، فلها الفسخ، ولو مضت ثلاثة أيام في العجز، ووجد نفقة الرابع، وعجز في الخامس، فالأصح وبه قال الداركي: أن لها الفسخ، ويكفي الإمهال السابق، قال الروياني: وقيل: يمهل مرة أخرى إن لم تتكرر.

المسألة الثانية: يجوز لها الخروج في مدة الإمهال لتحصيل النفقة بكسب أو تجارة أو سؤال، وليس له منعها من الخروج، وقيل: له منعها، وقيل: إن قدرت على الإنفاق بمالها، أو كسب في بيتها كالخياطة والغزل، فله منعها، وإلا فلا، والصحيح المنصوص أنه ليس له منعها مطلقاً، لأنه إذا لم يوف ما عليه لا يملك الحجر. قال الروياني: وعليها أن تعود إلى منزله بالليل. ولو أراد الاستمتاع بها قال الروياني: ليس لها المنع، وقال البغوي: لها المنع وهو أقرب، ولا شك أنها إذا منعت نفسها منه لا تستحق نفقة مدة الامتناع، فلا تثبت ديناً عليه.

فرع: إذا قلنا بالإمهال، فمضت المدة، فرضيت بإعساره والمقام معه، أو لم

نقل بالإمهال، فرضيت ثم أرادت الفسخ، فلها الفسخ، لأن الضرر متجدد ولا أثر لقولها: رضيت بإعساره أبداً، لأنه وعد لا يلزم الوفاء به، ولو نكحته عالمة بإعساره، فلها الفسخ أيضاً، وإذا عادت إلى طلب الفسخ بعد الرضى، جدد الإمهال على قولنا: يمهل، ولا يعتد بالماضي، وفيه احتمال للإمام والروائي وهو ضعيف، وإذا اختارت المقام معه، لم يلزمها التمكين من الاستمتاع، ولها الخروج من المنزل ذكره البغوي وغيره، فإن لم تمنع نفسها منه، ثبت في ذمته ما يجب على المعسر من الطعام والأدم وغيرهما، وخروجها بالنهار للاكتساب لا يوجب نقصان ما يثبت في ذمته.

فرع: إذا أعسر بالمهر، ومكنها الحاكم من الفسخ، فرضيت بالمقام معه، ثم أرادت الفسخ، فليس لها، لأن الضرر لا يتجدد هكذا أطلقه الجمهور، وهو المذهب، وقال الماوردي: إن كانت المحاکمتان معاً قبل الدخول، أو بعده، فكذا، وإن كانت المحاکمة الأولى قبل الدخول، والأخرى بعده، فوجهان: وجه تجويز الفسخ أن بالدخول استقر ما لم يكن مستقراً، فالإعسار به يجدد خياراً، ولو نكحته عالمة بإعساره بالصداق، فليس لها الفسخ على الأصح، كما لو رضيت به في النكاح، ثم بدا لها، بخلاف النفقة، وليس لها الامتناع بعد الدخول إذا مكنها من الفسخ، واختارت المقام، ولا بد في الإعسار بالمهر من حكم القاضي كالنفقة، والخيار فيه بعد المرافعة على الفور، فلو أخرت الفسخ، سقط، ولو علمت إعساره، وأمسكت عن المحاکمة، فإن كان كذلك بعد طلبها المهر، كان رضى بالإعسار، وسقط خيارها، وإن كان قبل المطالبة، لم يسقط، فقد تؤخر المطالبة لتوقع اليسار ذكره الروائي.

الطرف الرابع: فيمن له حق الفسخ، وهو للزوجة إن شاءت، فسخت، وإن شاءت صبرت، ولا اعتراض للولي عليها، وليس له الفسخ بغير توكيلها، وليس لولي الصغيرة والمجنونة الفسخ، وإن كان فيه مصلحتهما، وينفق عليهما من مالهما، فإن لم يكن لهما مال فنفتتهما على من عليه نفقتهما لو كانتا خليتين، وتصير نفقة الزوجة ديناً عليه يطالب به إذا أيسر، وكذا لا يفسخ الولي بإعسار الزوج بالمهر إن جعلناه مثبتاً للخيار، ولو أعسر زوج الأمة بالنفقة فلها الفسخ كما تفسخ بجهه، ولأنها صاحبة حق في تناول النفقة، فإن أرادت الفسخ، لم يكن للسيد منعها، فإن ضمن النفقة، فهو كالأجنبي يضمنها، ولو رضيت بالمقام، أو كانت صغيرة أو مجنونة، فهل للسيد الفسخ؟ فيه أوجه: الأصح: ليس له، وبه قطع ابن الحداد والبغوي وجماعة، وعلى هذا لا يلزم السيد نفقة الكبيرة العاقلة، بل يقول: افسخي أو اصبري على الجوع، والثاني: له، والثالث: له في الصغيرة والمجنونة. وأما إذا أعسر زوجها بالمهر،

وقلنا: يثبت به الفسخ، فالفسخ للسيد، لأنه محض حقه لا تعلق للأمة به، ولا ضرر عليها في فواته، وقيل: ليس له الفسخ، وهو غلط.

فرع: قال الإمام والغزالي: تتعلق نفقة الأمة المزوجة بالأمة وبالسيد، أما السيد، فلأنها تدخل في ملكه، لأن الأمة لا تملك، لكنها بحكم النكاح مأذون لها في القبض، وبالعرف في تناول المقبوض. وأما الأمة فلها مطالبة الزوج، كما كانت تطالب السيد، وإذا أخذتها، فلها أن تتعلق بالمأخوذ ولا تسلم إلى السيد حتى تأخذ بدله، وله الإبدال لحق الملك. والحاصل أن له حق الملك ولها حق التوثق، ولا يجوز للسيد الإبراء من نفقتها، ولا بيع المأخوذ قبل تسليم البدل إليها، وفي «التتمة» ما يخالف بعض هذه الجملة، فإنه قال: حق الاستيفاء للسيد، فلو سلمها الزوج إليها بغير إذن السيد لم يبرأ، ولهذا لو قبض النفقة، وأنفق عليها من ماله، جاز، والأول أصح، وذكر البغوي أنها لو أبرأت الزوج عن نفقة اليوم، جاز، وليس لها الإبراء عما صار ديناً في ذمته، كما في الصداق، وقد تنازع قياس الملك في الإبراء من نفقة اليوم، لكن نفقة اليوم للحاجة الناجزة، وكان لا يثبت الملك للسيد إلا بعد الأخذ، وأما قبله فتمحض الحق لها، ولو اختلفت الأمة وزوجها في تسليم نفقة اليوم، أو أيام مستقبله، فالقول قولها بيمينها، ولا أثر لتصديق السيد الزوج، ولو اختلفا في النفقة الماضية، وصدق السيد الزوج، فوجهان: أحدهما: كان السيد شاهداً له، ولا يثبت المدعى بتصديقه، وأصحهما: يثبت، وتكون الخصومة في النفقة الماضية للسيد، لا لها كالمهر، وبهذا قطع المتولي، كما لو أقر السيد بأن العبد جنى خطأ، وأنكر العبد، لا يلتفت إلى إنكاره. ولو أقرت الأمة بالقبض، وأنكر السيد، فالصحيح المنصوص: أن القول قولها، لأن القبض إليها بحكم النكاح، أو صريح الإذن، وقيل: قول السيد، لأنه المالك.

فصل: جميع ما ذكرناه تفريع على المذهب، وهو ثبوت الفسخ بالإعسار بالنفقة، فإذا قلنا: لا يثبت، فلها الخروج من المسكن لطلب النفقة إن احتاجت إليه لتحصيلها، وكذا لو أمكنها أن تنفق من مالها في المسكن، أو أن تكسب بغزل ونحوه في المسكن على الأصح، ولها منعه من الوطء على الأصح، وشرط الغزالي فيه كونها لم تمكن من قبل، ولم يشترطه الأكثرون.

فصل: إذا مضت مدة لم ينفق فيها على الزوجة، فاختلفا، فقالت: كنت موسراً في تلك المدة، وقال: كنت معسراً، فإن عرف له مال، فالقول قولها، وإلا فقولها.

فصل: قد سبق أن نفقة زوجة العبد من أين تكون؟ وإذا لم يكن العبد مأذوناً

له في التجارة، ولا كسوباً فقد حكينا قولاً قديماً أن المهر على سيده، ويكون بالإذن في النكاح ضامناً. قال الخضري وغيره: وذلك القول يجيء في النفقة بطريق الأولى، لأن الحاجة إليها أمس. فلو كان العبد ينفق من كسبه، فعجز بزمانه وغيرها، فعلى القديم للزوجة مطالبة السيد، وعلى الأظهر لها أن تفسخ، أو تصير نفقتها ديناً في ذمة العبد.

فصل: إذا عجز عن نفقة أم ولده، فعن الشيخ أبي زيد أنه يجبر على عتقها، أو تزويجها إن وجد راغب فيها، وقال غيره: لا يجبر عليه بل يخليها لتكسب وتنفق على نفسها. قلت: هذا الثاني أصح، فإن تعذرت نفقتها بالكسب، فهي في بيت المال. والله أعلم.

فصل: قد سبق في كتاب الضمان، ضمان النفقة، وبالله التوفيق.

الباب الرابع: في نفقة الأقارب

سبق أن أحد أسباب وجوب النفقة والمؤن: القرابة، وفيه طرفان: الطرف الأول: في مناط هذه النفقة، وشرائط وجوبها وكيفيةها، وفيه مسائل: أحداها: إنما تجب النفقة بقرابة البعضية، فتجب للولد على الوالد وبالعكس، وسواء فيه الأب والأم والأجداد والجندات وإن علوا، والبنون والبنات والأحفاد وإن نزلوا، الذكر والأنثى والوارث وغيره والمسلم والكافر من الطرفين، وفي وجه: لا تجب على المسلم نفقة كافر، وفي وجه: لا تجب على الأم نفقة بحال، حكاها ابن كج، وهما شاذان ضعيفان، ولا يلحق بالأصول والفروع سائر الأقارب كالأخ والأخت، والعم والخال، والعمة والخالة وغيرهم.

الثانية: لا تجب نفقة القريب إلا على موسر، وهو من فضل عن قوته وقوت عياله في يوم وليلة ما يصرفه إلى القريب، فإن لم يفضل شيء، فلا شيء عليه، وفي «التهذيب» وغيره وجه: أنه لا يشترط يسار الوالد في نفقة الولد الصغير، فعلى هذا يستقرض عليه، ويؤمر بقضائه إذا أيسر، والصحيح: الأول. ويباع في نفقة القريب ما يباع في الدين من العقار وغيره، لأنها حق مالي لا بدل له، فأشبه الدين، وفي كيفية بيع العقار وجهان: حكاها ابن كج، أحدهما: يباع كل يوم جزء بقدر الحاجة. والثاني: أن ذلك يسبق، فيقترض عليه إلى أن يجمع ما يسهل بيع العقار له.

الثالثة: إذا لم يكن مال، لكنه كان ذا كسب يمكنه أن يكسب ما يفضل عنه، فهل يكلف الكسب لنفقة القريب؟ فيه أوجه: أحدهما: لا كما لا يكلف الكسب

لقضاء الديون. والثاني وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون، لأنه يلزمه إحياء نفسه بالكسب فكذا أصله وفرعه، ويخالف الدين، فإنه لا ينضبط والنفقة يسيرة. والثالث: يكلف للولد دون الوالد.

فرع: يجب الاكتساب لنفقة الزوجة على المذهب، ونقل الإمام وغيره فيه وجهين لالتحاقها بالديون.

الرابعة: من له مال يكفيهِ لنفقته، أو هو مكتسب لا تجب نفقته على القريب، سواء كان مجنوناً صغيراً زمنياً أو بخلافه، ومن لا مال له ولا هو مكتسب، ينظر، إن كان به نقص في الحكم كالصغير والمجنون، أو في الخلقة كالزمن والمريض والأعمى، لزم القريب نفقته، فإذا بلغ الصغير والمجنون حداً يمكن أن يعلم حرفة، أو يحمل على الكسب، فللولي أن يحمله عليه، وينفق عليه من كسبه، لكن لو هرب عن الحرفة، أو ترك الاكتساب في بعض الأيام، فعلى القريب نفقته، وكذا لو كان لا تليق به الحرفة، وإن لم يكن به نقص في الحكم ولا في الخلقة، لكنه كان لا يكتسب مع القدرة على الكسب، فإن كان من الفروع لم تجب نفقته على المذهب، سواء فيه الابن وال بنت، وإن كان من الأصول وجبت على الأظهر، لأن الله تعالى أمر بمصاحبتهم بالمعروف، وليس من المعروف تكليفهم الكسب مع كبر السن، وكما يجب الإعفاف، ويمتنع القصاص، ولحرمة الوالدين. هذه طريقة الجمهور، ولم يفرقوا بين اكتساب واكتساب، ومنهم من جعل الخلاف أولاً في اشتراط العجز عن كسب يليق به، ثم قالوا: إن شرط ذلك ففي اشتراط العجز عن كل كسب يليق به بالزمان، وجهان: ورأوا الأعدل الأقرب الاكتفاء بعجزه عما يليق به من الأكساب، وأوجبوا النفقة مع القدرة على الكسب وحمل القاذورات، وسائر ما لا يليق به، وهذا حسن.

الخامسة: نفقة القريب لا تتقدر، بل هي قدر الكفاية، وعن ابن خيران أنها تتقدر بقدر نفقة الزوجة، والصحيح الأول، لأنها تجب لترجية الوقت ودفع حاجته الناجزة، فتعتبر الحاجة وقدرها، حتى لو استغنى في بعض الأيام بضيافة وغيرها، لم تجب، وتعتبر حاله في سنه وزهاده ورغبته، فالرضيع تكفي حاجته بمؤنة الإرضاع في الحولين، والفطيم والشيخ ما يليق بهما، ولا يشترط انتهاء المتفق عليه إلى حد الضرورة، ولا يكفي ما يسد الرمق، بل يعطيه ما يستقل به، ويتمكن معه من التردد والتصرف، ويجب الأدم كما يجب القوت، وفي «التهذيب» نزاع في الأدم، وتجب الكسوة والسكنى على ما يليق بالحال، وإذا احتاج إلى الخدمة، وجبت مؤنة الخادم.

السادسة: تسقط نفقة القريب بمضي الزمان، ولا يصير ديناً في الذمة، سواء

تعدى بالامتناع من الإنفاق أم لا، وفي الصغير وجه، أنها تصير ديناً تبعاً لنفقة الزوجة، والصحيح الأول، لأنها مواساة، ولهذا قال الأصحاب: لا يجب فيها التملك، وإنما يجب الامتناع، ولو سلم النفقة إلى القريب، فتلفت في يده أو أتلفها، وجب الإبدال، لكن إذا أتلفها، لزمه ضمانها إذا أيسر، ويستثنى ما إذا أقرضها القاضي، أو أذن في الاقتراض لغية أو امتناع، فيصير ذلك ديناً في الذمة.

السابعة: قد سبق في النكاح أن الابن يلزمه إعفاف أبيه على المشهور، وأنه إذا أعفه بزوجة، أو ملكه جارية، لزمه نفقتها ومؤنتها حيث تلزمه نفقة الأب، فلو كان للأب أم ولد لزم الولد أيضاً نفقتها، ولو كان تحت زوجته فأكثر، لم يلزمه إلا نفقة واحدة، ويدفع تلك النفقة إلى الأب وهو يوزعها عليهما، ولكل واحدة الفسخ لفوات بعض حقها، فإن فسخت واحدة تمت النفقة للأخرى، وحكى الشيخ أبو علي وجهاً أنه إذا كان تحت الأب زوجتان فأكثر، لم يلزم الولد لهما شيئاً، لأن المستحقة لا تتعين، وهو شاذ ضعيف. ولو كان للأب أولاد فوجهان: قال المتولي: يلزم الابن الإنفاق عليهم، لأن نفقتهم على الأب، فيتحملها الابن عنه كنفقة الزوجة، والصحيح: أنه لا يجب، وبه قطع الشيخ أبو علي، ويخالف الزوجة، فإنها إن لم ينفق فسخت، فيتضرر الأب، ولأن نفقتها تجب على الأب وإن كان معسراً.

فرع: إذا كان الابن في نفقة أبيه، وله زوجة، فوجهان: حكاها القاضي أبو حامد وغيره، أحدهما: يلزم الأب نفقتها ونفقة كل قريب وجبت نفقته، لأنه من تمام الكفاية، وبهذا قطع صاحب «المهذب» وأصحهما: لا تلزمه لأنه لا يلزم الأب إعفاف الابن.

فرع: كما تجب على الابن نفقة زوجة الأب، تجب عليه كسوتها، قال البغوي: ولا يلزم الأدم، ولا نفقة الخادم لأن فقدتهما لا يثبت الخيار، لكن قياس ما ذكرنا أن الابن يتحمل ما لزم الأب وجوبهما لأنهما واجبان على الأب مع إعساره.

الثامنة: إذا امتنع الأب من الإنفاق على الولد الصغير، أو كان غائباً، أذن القاضي لأمه في الأخذ من ماله، أو الاستقراض عليه، والإنفاق على الصغير بشرط أهليتها لذلك، وهل تستقل بالأخذ من ماله؟ وجهان: أحدهما: نعم لقصة هند. والثاني: المنع، لأنها لا تتصرف في ماله، وتحمل قصة هند على أنه كان قضاء، أو إذناً لها لا إفتاء وحكماً عاماً، وفي استقلالها بالاقتراض عليه إذا لم تجد له مالاً، وجهان مرتبان وأولى بالمنع لخروجه عن صورة الحديث، ومخالفته القياس، وعن القفال تجويزه، فإن أثبتنا استقلالها، أو لم يكن في البلد قاض، وأشهدت، لزمه قضاء ما اقترضته، وإن لم تشهد، فوجهان: ولو أنفقت على الطفل الموسر من مال

نفسه بغير إذن الأب والقاضي، فوجهان: وأولى بالجواز، لأنها لا تتعدى مصلحة الطفل، ولا تتصرف في غير ماله. ولو أنفقت عليه من ماله بقصد الرجوع وأشهدت، رجعت، وإلا فوجهان:

التاسعة: إذا امتنع القريب من نفقة قريبه، فللمستحق أخذ الواجب من ماله إن وجد جنسه، وفي غير الجنس خلاف يأتي في الدعاوى إن شاء الله تعالى، وإن كان غائباً ولا مال له هناك، راجع القاضي ليقترض عليه، فإن لم يكن هناك قاض واقترض، نظر هل أشهد أم لا؟ على ما ذكرناه في اقتراض الأم للطفل.

العاشرة: إذا كان الأب الذي عليه الإنفاق غائباً، والجد حاضر، فإن تبرع بالإنفاق فذاك، وإلا بفقرض القاضي، أو يأذن للجد في الإنفاق، ليرجع على الأب، وفي «البحر» وجه ضعيف، أنه لا يرجع. ولو استقل الجد بالاقتراض، فإن أمكنه مراجعة القاضي فليس على الأب قضاؤه على الصحيح، وإلا فينظر في الإشهاد وعدمه.

الحادية عشرة: إذا وجبت نفقة الأب أو الجد على الصغير أو المجنون، أخذها من ماله بحكم الولاية، ولهما أن يؤجراهما لما يطيقه من الأعمال، ويأخذا من أجرته نفقة أنفسهما، والأم لا تأخذ إلا بإذن الحاكم، وكذا الابن إذا وجبت نفقته على الأب المجنون، فلو كان يصلح لصنعة، فللحاكم أن يولي ابنه إجارته، وأخذ نفقة نفسه من أجرته.

فصل: يجب على الأم أن ترضع ولدها اللبأ، ولها أن تأخذ عليه الأجرة إن كان لمثله أجرة، وفي وجه ذكره الماوردي: لا أجرة لها، لأنه متعين عليها، والصحيح الأول، كما يلزم بذل الطعام للمضطر ببذله، ثم إن لم يوجد بعد سقي اللبأ مرضعة غيرها، لزمها الإرضاع، وكذا لو لم يوجد إلا أجنبية، لزمها الإرضاع، وإن وجد غيرها وامتنعت الأم من الإرضاع، لم تجبر، سواء كانت في نكاح الأب أم بائة، وسواء كانت ممن يرضع مثلها الولد في العادة أم لا.

وإن رغبت الأم في الإرضاع، فلها حالان:

أحدهما: أن تكون في نكاح أبي الرضيع، فهل له منعها من إرضاعه؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن فيه إضراراً بالولد، وأصحهما: نعم، لأنه يستحق الاستمتاع بها في أوقات الإرضاع لكن يكره له المنع.

قلت: الأول أصح، وممن صححه البغوي والرويان في «الحلية» وقطع به الدارمي والقاضي أبو الطيب في «المجرد» والمحاملي والفوراني وصاحب «التنبيه» والجرجاني. والله أعلم.

فإن قلنا: ليس له المنع، أو توافقا على الإرضاع، فإن كانت متبرعة فذاك، وهل تزداد نفقتها للإرضاع؟ وجهان: أحدهما قاله أبو إسحاق والإصطخري: نعم، ويجهتد الحاكم في قدر الزيادة، لأنها تحتاج في الإرضاع إلى زيادة الغذاء. وأصحهما: لا، لأن قدر النفقة لا يختلف بحال المرأة وحاجتها، وإن طلبت أجره، بني على أن الزوج هل له استئجار زوجته لإرضاع ولده؟ فيه وجهان ذكرناهما في الإجارة، قال العراقيون: لا يجوز، وأصحهما: الجواز، فعلى هذا حكمها إذا طلبت الأجرة حكم البائن إذا طلبت الإرضاع بأجرة، وسنذكره إن شاء الله تعالى. وإذا أرضعت بالأجرة، فإن كان الإرضاع لا يمنع من الاستمتاع ولا ينقصه، فلها مع الأجرة النفقة، وإن كان يمنع، أو ينقص، فلا نفقة لها، كذا ذكره البغوي وغيره، ويشبه أن يجيء فيه الخلاف فيما لو سافرت لحاجتها بإذنه، وإن قلنا: لا يجوز الاستئجار، وأرضعت على طمع الأجرة، ففي استحقاقها أجرة المثل وجهان: قال ابن خيران: تستحق، لأنها لم تبذل منفعتها مجاناً، وقال الجمهور: لا تستحق.

الحال الثاني: أن تكون مفارقة، فإن تبرعت بالإرضاع، لم يكن للأب المنع، وإن طلبت أجرة، نظر، إن طلبت أكثر من أجرة المثل، لم يلزمه الإجابة، وكان له استرضاع أجنبية بأجرة المثل، وإن طلبت أجرة المثل، فهي أولى من الأجنبية بأجرة المثل، فإن وجد أجنبية تتبرع، أو ترضى بدون أجرة المثل، فهل للأب انتزاع الولد منها؟ فيه طريقان، أشهرهما على قولين، أظهرهما: له الانتزاع. والطريق الثاني: له الانتزاع قطعاً، وبه قال ابن سريج، وأبو إسحاق، وابن أبي هريرة، والإصطخري، فعلى المذهب لو اختلفا، فقال الأب: أجد متبرعة، وأنكرت، فهو المصدق بيمينه، لأنها تدعي عليه أجرة، الأصل عدمها، ولأنه تشق عليه البينة، وحيث أوجبنا الأجرة فهي في مال الطفل، فإن لم يكن له مال، فعلى الأب كالنفقة.

الطرف الثاني: في اجتماع أقارب المحتاج والأقارب المحتاجين، وفيه أربعة فصول:

الفصل الأول: في اجتماع الفروع الذين تلزمهم النفقة للأصل المحتاج، فإذا اجتمع اثنان من الأولاد، نظر إن استويا في القرب والوراثة أو عدمها، والذكورة والأنوثة، فالنفقة عليهما بالسوية، سواء استويا في اليسار، أم تفاوتا، وسواء أيسرا بالمال، أو الكسب، أو أحدهما بمال، والآخر بكسب، فإن كان أحدهما غائباً، أخذ قسطه من ماله، فإن لم يكن له مال، اقترض عليه. وإن اختلفا في شيء من ذلك، ففيه طريقان، أحدهما: النظر إلى القرب، فإن كان أحدهما أقرب، فالنفقة عليه سواء كان وارثاً أو غيره، ذكراً أو أنثى، فإن استويا في القرب، ففي التقديم

بالإرث وجهان: فإن قدمنا بالإرث، فكانا وارثين، فهل يستويان في قدر النفقة، أم تتوزع بحسب الإرث؟ وجهان: الطريق الثاني: النظر إلى الإرث، فإن كان أحدهما وارثاً دون الآخر، فالنفقة على الوارث، وإن كان الآخر أقرب، فإن تساوبا في الإرث، قدم الأقرب، فإن تساوبا في القرب، فالنفقة عليهما، ثم هل تستوي أم توزع بحسب الإرث؟ فيه الوجهان. وإذا استويا في المنظور إليه على اختلاف الطريقين، فهل يختص الذكر بالوجوب، أم يستويان؟ وجهان: وأصح الطريقين عند الإمام والغزالي والبغوي وغيرهم: الأول، دون اعتبار الإرث والذكورة، واختيار العراقيين يخالفهم في بعض الصور كما نذكره في الأمثلة إن شاء الله تعالى.

أمثلة: ابن وبنت، النفقة عليهما سواء، إن اعتبرنا القرب، أو أصل الإرث، وإن اعتبرنا مقدار الإرث، فهي عليهما أثلاثاً، وإن اعتبرنا الذكورة، فعلى الابن فقط، وهو اختيار العراقيين.

بنت وابن ابن، هي على البنت إن اعتبرنا القرب، وعليهما بالسوية إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن الابن إن اعتبرنا الذكورة، وهذا اختيار العراقيين.

بنت وبنت ابن، هي على البنت إن اعتبرنا القرب، وعليهما إن اعتبرنا الإرث. بنت وابن بنت، هي على البنت إن اعتبرنا القرب، أو الإرث، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة.

ابن ابن وابن بنت، عليهما إن اكتفينا بالقرب، وعلى الأول إن رجحنا الإرث. بنت ابن وابن بنت، هي على بنت الابن، إن اعتبرنا الإرث، وعلى ابن البنت إن اعتبرنا الذكورة، وعليهما إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة.

بنت بنت وبنت ابن ابن، هي على الأولى إن اعتبرنا القرب، وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث.

بنت بنت وبنت ابن، عليهما إن اكتفينا بالاستواء في الدرجة، وعلى الثانية إن اعتبرنا الإرث.

ابن وولد خنثى، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت، تكون عليهما، فكذا هنا، وإن قلنا: تكون على الابن، فهنا وجهان: أحدهما: على الابن نصفها، لأنه المستيقن، والنصف الآخر يقترضه الحاكم، فإن بان ذكراً، فالرجوع عليه، وإلا فعلى الابن، وأصحهما: يؤخذ الجميع من الابن، فإن بان الخنثى ذكراً، رجع عليه بالنصف.

بنت وولد خنثى، إن قلنا في اجتماع الابن والبنت: النفقة عليهما، فكذا هنا، وإن قلنا: على الابن، فوجهان: أحدهما: هي على الخنثى، فإن بان أنوثته،

رجعت على أختها بالنصف. والثاني: لا يؤخذ منه إلا النصف، لأنه اليقين، ويؤخذ النصف الآخر من البنت، فإن بانت ذكوره، رجعت عليه.

قلت: كان ينبغي أن يجيء وجه الافتراض، ولا يؤخذ من البنت شيء. والله أعلم.

الفصل الثاني: إذا اجتمع للمحتاج قريبان من أصوله، نظر، إن اجتمع أبوه وأمه، فإن كان الولد صغيراً، فالنفقة على الأب قطعاً، وإن كان كبيراً، فأوجه: الصحيح: أنها على الأب، والثاني: عليهما أثلاثاً كالإرث، والثالث: عليهما نصفين. وإن اجتمعت الأم وواحد من آباء الأب، فأوجه: الصحيح: أنها على الجد، والثاني: على الأم، والثالث: عليهما أثلاثاً، والرابع: عليهما نصفين. وإن اجتمع اثنان من الأجداد والجداً، نظر، إن كان أحدهما يدلي بالآخر، فالنفقة على القريب، وإلا ففيه خمسة أوجه أرجحها: اعتبار القرب، والثاني: الإرث، والثالث: وهو اختيار المسعودي: الاعتبار بولاية المال، فإن لم تكن لواحد منهما ولاية، وأحدهما يدلي بالولي، أو هو أقرب إدلاء بالولي، فالنفقة عليه، فإن استويا في الإدلاء به وجوداً وعدمًا، اعتبر فيه القرب، والمراد بالولاية على هذا الوجه: الجهة التي تفيدها، لا نفس الولاية التي قد يمنع منها مانع مع وجود الجهة. والرابع: الاعتبار بالذكورة، فالنفقة على الذكر، وإلا فعلى المدلي بذكر، فإن استويا، اعتبر القرب. والخامس: يعتبر الإرث والذكورة معاً، فإن اختص بهما أحدهما، فالنفقة عليه، وإن وجدا فيهما، أو لم يوجد، أو وجد أحدهما في أحدهما، والآخر في الآخر، اعتبر القرب، وعلى هذا الوجه، يجبر فقد كل واحد من المعنيين بالآخر.

الأمثلة: أبو الأب، وأبو الأم، إن اكتفينا بالقرب، سويناً بينهما، وإن اعتبرنا الإرث، أو الولاية، فالنفقة على أبي الأب.

أم أب وأم أم، إن اعتبرنا القرب أو الإرث، سويناً بينهما، وإن اعتبرنا الإدلاء بالولي أو بذكر، فهي على أم الأب.

أبو الأم، وأم الأب، إن اعتبرنا القرب، سويناً، وإن اعتبرنا الإرث، أو الإدلاء بالولي فهي على أم الأب، وعلى الوجه الخامس: يجبر فقدان الإرث فيه بالذكورة، وفقدان الذكورة فيها بالوراثة، فيستويان.

الفصل الثالث: إذا اجتمع للمحتاج واحد من أصوله، وآخر من فروعه، ففيه الأوجه الخمسة، فيقدم الأقرب في وجه، والوارث في وجه، والولي في وجه، والذكر في وجه، ويستوي الذكر والأنثى في وجه، وإذا وجبت النفقة على وارثن، جاء الخلاف في أن التوزيع بالسوية، أم بحسب الإرث؟ فلو كان له أب وابن، فهل

النفقة على الابن أم الأب أم عليهما؟ فيه أوجه: أصحها: الأول لأن عصبته أقوى، ولأنه أولى بالقيام بشأن الوالد، وتجري هذه الأوجه في أب وبنت، وفي جد وابن ابن، وتجري أيضاً في أم وبنت على المذهب، وقيل: يقطع بأنها على البنت، قاله القاضي أبو حامد وغيره. وفي أم وابن طريقان، أحدهما: طرد الأوجه الثلاثة، والثاني: القطع بتقديم الابن، لضعف الإناث عن تحمل المؤن، ويجري الطريقان في جد وابن، وفي أب وابن ابن، وقال البغوي: الأصح أنه لا نفقة على الأصول ما دام يوجد واحد من الفروع، قريباً كان أو بعيداً، ذكراً أو أنثى.

الفصل الرابع: في ازدحام الآخذين، فإذا اجتمع على الشخص الواحد محتاجون ممن تلزمه نفقتهم، نظر، إن وفي ماله أو كسبه بنفقتهم، فعليه نفقة الجميع، قريبهم وبعيدهم، وإن لم يفضل عن كفاية نفسه إلا نفقة واحد، قدم نفقة الزوجة على نفقة الأقارب، هذا أطبق عليه الأصحاب لأن نفقتها أكد، فإنها لا تسقط بمضي الزمان، ولا بالإعسار، ولأنها وجبت عوضاً، واعترض الإمام بأن نفقتها إذا كانت كذلك، كانت كالديون، ونفقة القريب في مال المفلس تقدم على الديون، وخرج لذلك احتمالاً في تقديم القريب، وأيده بالحديث أن رجلاً قال للنبي ﷺ: معي دينار؟ فقال: «أنفقه على نفسك» فقال: معي آخر؟ فقال: «أنفقه على ولدك»، فقال: معي آخر؟ فقال: «أنفقه على أهلك»^(١). فقدم نفقة الولد على الأهل، وفي «التممة» وجه أن نفقة الولد الطفل تقدم على نفقة الزوجة، وأما الذين ينفق عليهم بالقرابة، فتعود فيهم الأوجه في أنه يصرف الفاضل إلى الأقرب، أو الوارث، أو الولي، وعلى الوجه الرابع القائل هناك أنها على الذكر، يصرف الفاضل هنا إلى الأنثى لعجزها، ويسوى في الوجه الخامس بين الذكر والأنثى، وإذا صرف إلى وارثين، فهل يوزع بالسوية، أم بحسب الإرث؟ وجهان: قال الأكثرون بالسوية، ونوضح ذلك بصور:

ابنان أو بنتان، يصرف الموجود إليهما، فإن اختص أحدهما بمزيد عجز، بأن كان مريضاً، أو رضيعاً، قدم، ذكره الروياني.

ابن وبنت، الصحيح أنها كالابنين، وقيل: تقدم البنت لضعفها.

ابن بنت، وبنت ابن، ذكر الروياني أن بنت الابن تقدم لضعفها، ويشبه أن يجعلها كالابن والبنت.

أب وجد، أو ابن وابن ابن، قيل: هما سواء، والأصح: تقديم الأب والابن،

(١) أخرجه أبو داود في سننه برقم (١٦٩١) وأحمد في المسند (٢/ ٢٥١) وحسنه العلامة الألباني رحمه الله في صحيح سنن أبي داود (٤٦٩/١).

فإن كان الأبعد زمناً، ففي «التهذيب» أنه يقدم، وذكر أنه لو اجتمع جدان في درجة، وأحدهما عصبة، كأبي الأب مع أبي الأم، فالعصبة أولى، وأنه لو اختلفت الدرجة، واستويا في العصوبة أو عدمها، فالأقرب مقدم، وإن كان الأبعد عصبة، تعارض القرب والعصوبة، فيستويان.

أب وابن، إن كان الابن صغيراً، قدم، وإلا فهل يقدم الابن أم الأب، أم يستويان؟ فيه ثلاثة أوجه: ثالثها: اختيار القفال، وتجري الأوجه في الابن والأم، وفي الأب وال بنت، وفي الجد وابن الابن. وابن الابن.

أب وأم، تقدم الأم على الأصح، وقيل: الأب، وقيل: يستويان.

جد وابن، قيل: بطرد الأوجه، وقيل: يقدم الابن قطعاً، وعن القاضي أبي حامد إذا اجتمع جدتان لإحدهما ولادتان، وللأخرى ولادة، فإن كانتا في درجة، فذات الولادتين أولى، وإن كانت أبعد، فالأخرى أولى، وأنه لو اجتمعت بنت بنت بنت أبوها ابن ابن بنته وبنت بنت بنت ليس أبوها من أولاده، فإن كانتا في درجة، فصاحبة القربتين أولى، وإن كانت هي أبعد، فالأخرى أولى.

فرع: متى استوى اثنان، وزع الموجود عليهما، فلو كثروا بحيث لو وزع، لم يسد قسط كل واحد مسداً، أقرع بينهم.

فرع: إذا أوجبنا النفقة على أقرب القريبين، فمات أو أعسر، وجبت على الأبعد، فإن أيسر الأقرب بعد ذلك، لم يرجع الأبعد عليه بما أنفق.

ذكر الروياني أنه لو كان له ولدان، ولم يقدر إلا على نفقة أحدهما، وله أب موسر، لزم الأب نفقة الآخر، فإن اتفقا على الإنفاق بالشركة، أو على أن يختص كل واحد بواحد، فذاك، وإن اختلفا، عمل بقول من يدعو إلى الاشتراك. وأنه لو كان للأبوين المحتاجين ابن لا يقدر إلا على نفقة أحدهما، وللأبوين ابن موسر، فعلى ابن الابن باقي نفقتهم، فإن اتفقا على أن ينفقا عليهما بالشركة، أو يخص كل واحد بواحد، فذاك، وإن اختلفا، رجعنا إلى اختيار الأبوين إن استوت نفقتهم، وإن اختلفت، اختص أكثرهما نفقة بمن هو أكثر يساراً، وهذان الجوابان في الصورتين مختلفان، والقياس أن يسوى بينهما، بل ينبغي في الصورة الثانية أن يقال: تختص الأم بالابن تفرعاً على الأصح، وهو تقديم الأم على الأب، وإذا اختصت به، تعين الأب لإنفاق ابن الابن.

فصل: لا تلزم العبد نفقة ولده، بل إن كانت الأم حرة، فالولد حر وعليها نفقته، وإن كانت رقيقة، فهو رقيق نفقته على مالكة، وإن كان الولد حراً، وأبواه رقيقان، فنفقته في بيت المال، إلا أن يكون في فروعه من تلزمه نفقته، ولا يلزم

المكاتب نفقة ولده من زوجته، سواء كانت حرة أو أمة أو مكاتبة، بل لا يجوز له أن ينفق عليه صيانة لحق السيد، فإن كانت زوجته الأمة لسيدته أيضاً، جاز أن ينفق على ولده منها، وإن لم يجب، لأنه ملك السيد، وكذا لو كانت زوجته مكاتبة السيد، إن جعلنا الولد ملكاً للسيد، وإن قلنا: إنه يتكاتب عليها، لم يجز له أن ينفق عليه، لجواز أن تعتق المكاتبة والولد، ويعجز المكاتب، فيكون قد فوت مال سيده، هكذا أطلقوه، ولا يصح إطلاق بتجوز الإنفاق على ملكه بغير إذنه، ولو استولد المكاتب جارية نفسه، أو كنا لا نجوز له ذلك، فيتكاتب الولد عليه، وينفق المكاتب عليه من أكسابه، لأنه إن عتق، فقد أنفق ماله على ولده، وإن رق، رق الولد أيضاً، فيكون قد أنفق مال السيد على عبده.

فرع: هل تجب نفقة المكاتب على ولده الحر؟ عن «الحاوي» أنه يحتمل وجهين: أحدهما: لا، لبقاء أحكام الرق. والثاني: نعم، لانقطاع النفقة عن سيده. قلت: الأول أصح، لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم، فينفق من كسبه، فإن تعذر، عجز نفسه، والنفقة على سيده. والله أعلم.

من نصفه حر، ونصفه رقيق، قال في «البيوط»: الظاهر أنه تلزمه نفقة القريب، لأنها كالغرامات، وهل تلزمه نفقة تامة أم نصفها؟ وجهان: حكاها ابن كج. قلت: الأصح نفقة كاملة، لأنه كالحر كما في الكفارة. والله أعلم.

ولو كان من نصفه حر ونصفه رقيق محتاجاً، هل يلزمه قربه الحر نفقته بقدر ما فيه من الحرية؟ وجهان حكاها ابن كج.

قلت: الراجح الوجوب، ويمكن بناؤهما على أنه هل يورث؟ والأظهر أنه يورث كالأحرار. والله أعلم.

الباب الخامس: في الحضانة

هي القيام بحفظ من لا يميز ولا يستقل بأمره، وتربيته بما يصلحه، ووقايته عما يؤذيه، وهي نوع من ولاية وسلطنة، لكنها بالإناث أليق، لأنهن أشفق، وأهدى إلى التربية، وأصبر على القيام بها، وأشد ملازمة للأطفال. ومؤنة الحضانة على الأب، لأنها من أسباب الكفاية، كالنفقة، وحكى السرخسي وجهاً أنه ليس للأم طلب الأجرة بعد الفطام، والصحيح: الأول، وأما أجرة الرضاع فقد سبق بيانها، وفي الباب طرفان:

الطرف الأول: في صفات الحاضن والمجنون، فإن كان أبو الطفل على النكاح، فالطفل معهما يقومان بكفايته، الأب بالإنفاق، والأم بالحضانة والتربية،

وإن تفرقا بفسخ أو طلاق، فالحضانة للأم إن رغبت فيها، لكن لاستحقاقها شروط: أحدها: كونها مسلمة، إن كان الطفل مسلماً بإسلام أبيه، فلا حضانة لكافرة على مسلم، وقال الإصطخري: لها الحضانة، وقيل: الأم الذمية أحق بالحضانة من الأب المسلم إلى أن يبلغ الولد سبع سنين، ثم الأب بعد ذلك. قال الأصحاب: والصحيح الأول، فعلى هذا حضانتها لأقاربه المسلمين على ما يقتضيه الترتيب، فإن لم يوجد أحد منهم، فحضانتها على المسلمين، والمؤنة في ماله، فإن لم يكن له مال، فعلى أمه إن كانت موسرة، وإلا فهو من محاييج المسلمين، وولد الذميين في الحضانة كولد المسلمين، فالأم أحق بها، ولو وصف صبي منهم الإسلام، نزع من أهل الذمة، سواء صححنا إسلامه أم لا، ولا يمكنون من كفالته، والطفل الكافر والمجنون تثبت لقربيه المسلم حضانتها وكفالته على الصحيح، لأن فيه مصلحة له.

الشرط الثاني: كونها عاقلة، فلا حضانة لمجنونة، سواء كان جنونها مطبقاً، أو منقطعاً، إلا إذا كان لا يقع إلا نادراً، ولا تطول مدته، كيوم في سنين، فلا يبطل الحق به، كمرض يطرأ ويزول، والمرض الذي لا يرجى زواله، كالسل والفالج إن كان بحيث يؤلم أو يشغل الألم عن كفالته وتدبير أمره، سقط حق الحضانة، وإن كان تأثيره يعسر الحركة والتصرف، سقطت الحضانة في حق من يباشرها بنفسه دون من يشير بالأمر ويباشرها غيره.

الشرط الثالث: كونها حرة، فلا حضانة لرقيقة وإن أذن السيد، ثم إن كان الولد حراً، فحضانتها لمن له الحضانة بعد الأم من الأب وغيره، وإن كان رقيقاً، فحضانتها على السيد، وهل له نزعها من الأب وتسليمه إلى غيره؟ وجهان بناء على القولين في جواز التفريق، ولو كانت الأم حرة والولد رقيق، بأن سبي طفل ثم أسلمت أمه، أو قبلت الذمة، فحضانتها للسيد، وفي الانتزاع منها الوجهان، والمدبرة، والمكاتب، والمعتق بعضها، لا حضانة لهن، لكن ولد المكاتب، إذا قلنا: إنه لها تستعين به في الكتابة، سلم إليها، لا لأن لها حضانة، بل لأن الحق لها. وولد أم الولد من زوج أو زنى له حكمها، يعتق بموت السيد وحضانتها لسيدة مدة حياته، وهل لها حق الحضانة في ولدها من السيد؟ وجهان: الصحيح: لا حضانة لها لنقصها، وقال الشيخ أبو حامد: لها الحضانة إلى سبع سنين، ثم السيد أولى بالولد بعد السبع، ولو كان ولد نصفه حر، ونصفه رقيق، فنصف حضانتها لسيدة، ونصفها لمن يلي حضانتها من أقاربه الأحرار، فإن اتفقا على المهايأة، أو على استئجار حاضنة، أو رضي أحدهما بالآخر، فذاك، وإن تمانعا، استأجر الحاكم حاضنة، وأوجب المؤنة على السيد وعلى من يقتضي الحال الإيجاب عليه.

الشرط الرابع: كونها أمينة، فلا حضانة لفاسقة.

الشرط الخامس: كونها فارغة خلية، فلو نكحت أجنبياً، سقطت حضانتها لاشتغالها بحقوق الزوج، فلو رضي الزوج، لم يؤثر، كما لا يؤثر رضي السيد بحضانة الأمة، فقد يرجعان فيتضرر الولد، فلو نكحت عم الطفل، فوجهان: أصحهما: لا تبطل حضانتها لأن العم صاحب حق الحضانة، وشفقته تحمله على رعاية الطفل، فيتعاونان على كفالته بخلاف الأجنبي، وبهذا قطع القفال والغزالي والمتولي، ويقال: إن صاحب التلخيص خرّجه من نص الشافعي رحمه الله، أن الجدة إذا نكحت جد الطفل لا يبطل حقها من الحضانة، وكذا لو كانت في نكاحه، ثبت لها حق الحضانة بخلاف ما لو كانت في نكاح أجنبي، والثاني: يبطل حق الأم، وليس العم كالجد لأن الجد ولي تام الشفقة قائم مقام الأب، وهذان الوجهان في نكاح الأم العم، يطردان في كل من لها حضانتها، نكحت قريباً للطفل له حق في الحضانة، بأن نكحت أمه ابن عم الطفل، أو عم أبيه، أو نكحت خالته التي لها حضانة عم الطفل، أو نكحت عمته خاله، هكذا ذكره الشيخ أبو علي وغيره، ثم إنما يبقى الحق إذا نكحت الجدة جد الطفل، أو الأم عمه على الأصح إذا رضي الذي نكحته بحضانتها، فإن أبي، فله المنع، وعليها الامتناع.

فرع: إذا اجتمعت هذه الشروط فإنما تثبت لها الحضانة إذا كان الأبوان مقيمين في بلد، فإن سافر أحدهما، فسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى، وهل يشترط استحقاقها أن ترضع الولد إن كان رضيعاً؟ وجهان: أحدهما: لا، بل لها الحضانة وإن لم يكن لها لبن، أو امتنعت من الإرضاع، وعلى الأب أن يستأجر مرضعة ترضعه عند الإمام، وهذا أصح عند البغوي، والثاني وهو الصحيح وبه قطع الأكثرون: يشترط لعسر استئجار مرضعة تخلي بيتها، وتنتقل إلى مسكن الأم، وعلى هذا لا تمنع الأم من زيارته.

فرع: لو أسلمت الكافرة، أو أفاقت المجنونة، أو عتقت الأمة، أو رشدت الفاسقة، أو طلقت التي سقط حقها بالنكاح، تثبت لها الحضانة لزوال المانع، وسواء كان الطلاق رجعياً أو بائناً، هذا هو نص المذهب، وخرج ابن سريج قولاً أنه لا حضانة للرجعية حتى تنقضي العدة، وبه قال المزني لأن الرجعية زوجة، فعلى المذهب: إن اعتدت في بيت الزوج فإنما تثبت لها الحضانة إذا رضي الزوج بأن يدخل الولد بيته، فإن لم يرض، لم يكن لها أن تدخله بيته، وكذا في البائن، وإذا رضي، ثبت حقها بخلاف رضاه في صلب النكاح، لأن المنع هناك لاستحقاقه الاستمتاع، واستهلاك منافعها فيه، وهنا للمسكن، فإذا أذن صار معيراً.

فرع: إذا امتنعت الأم من الحضانة، أو غابت، فثلاثة أوجه: الصحيح: أنها تنتقل إلى الجدة، كما لو ماتت، أو جنت، والثاني: تنتقل إلى الأب، والثالث: إلى السلطان لبقاء أهلية الأم كما لو غاب الولي في النكاح، أو عضل، يزوج السلطان لا الأبعد، فعلى الصحيح متى امتنع الأقرب من الحضانة، كانت لمن يليه، لا للسلطان، لأنها للحفظ والقريب الأبعد أشفق من السلطان.

فصل: أما المجنون، فهو من لا يستقل بمراعاة نفسه، ولا يهتدي إلى مصالحه لصغر أو جنون، أو خبل وقلة تمييز، ومتى بلغ الغلام رشيداً، ولي أمر نفسه ولا يجبر على كونه عند الأبوين أو أحدهما، ولكن الأولى أن لا يفارقهما ليخدمهما ويصلهما بره، وإن بلغ عاقلاً غير رشيد، فقد أطلق جماعة أنه كالصبي، لا يفارق الأبوين، وتدام حضانته، وقال ابن كج: إن لم يحسن تدبير نفسه، فالحكم كذلك، وأما إن كان اختلال الرشيد لعدم الصلاح في الدين، فالصحيح أنه يسكن حيث يشاء، ولا يجبر أن يكون عند الأبوين، أو أحدهما، وقيل: تدام حضانته إلى ارتفاع الحجر عنه، وهذا التفصيل حسن. وأما الأنثى إذا بلغت، فإن كانت مزوجة، فهي عند زوجها، وإلا، فإن كانت بكرًا، فعند أبويها أو أحدهما إن افترقا، وتختار من شاءت منهما، وهل تجبر على ذلك؟ وجهان: أحدهما: نعم، وليس لها الإستقلال، والثاني: لا، بل لها السكنى حيث شاءت، لكن يكره لها مفارقتهما، وبهذا قطع العراقيون، وصحح ابن كج والإمام والغزالي الأول، ثم صرح الغزالي باختصاص هذه الولاية بالأب والجد، كولاية الإجماع في النكاح، وذكر البغوي في ثبوتها أيضاً للأخ والعم وجهين:

قلت: أرجحهما ثبوتها. والله أعلم.

وإن كانت ثيباً، فالأولى أن تكون عند الأبوين، أو أحدهما، ولا تجبر على ذلك باتفاق الأصحاب، لأنها صاحبة اختيار وممارسة، وبعيدة عن الخديعة، وهذا إذا لم تكن تهمة، ولم تذكر بريئة، فإن كان شيء من ذلك، فللأب والجد ومن يلي تزويجها من العصبات منعها من الانفراد، ثم المحرم منهم يضمها إلى نفسه إن رأى ذلك، وغير المحرم يسكنها موضعاً يليق بها، ويلاحظها دفعاً للعار عن النسب، كما يمنعونها نكاح غير الكفء، وأثبت البغوي للأم ضمها إليها عند الرية، كما أثبتها للعصبة، ولو فرضت التهمة في حق البكر، فهي أولى بالاحتياط، فتمنع من الانفراد بلا خلاف، ونقل في «العدة» عن الأصحاب أن الأمرد إذا خيف من انفراده فتنة، وانقدحت تهمة، منع من مفارقة الأبوين.

قلت: الجد كالأبوين في حق الأمرد، وكذا ينبغي أن يكون الأخ والعم ونحوهما لاشتراك الجميع في المعنى. والله أعلم.

فرع: إذا ادعى الولي ريبة، وأنكرت، فقد ذكر احتمالان، أحدهما: لا يقبل قوله لأن الحكم على الحرة العاقلة بمجرد الدعوى بعيد، وأصحهما: يقبل ويحتاط بلا بينة، لأن إسكانها في موضع البراءة أهون من الفضيحة لو أقام بينة.

فصل: إنما يحكم بأن الأم أحق بالحضانة من الأب في حق من لا تمييز له أصلاً، وهو الصغير في أول أمره، والمجنون، فأما إذا صار الصغير مميزاً، فيخير بين الأبوين إذا افترقا، ويكون عند من اختار منهما، وسواء في التخيير الابن والبنت، وسن التمييز غالباً سبع سنين، أو ثمان تقريباً، قال الأصحاب: وقد يتقدم التمييز عن السبع وقد يتأخر عن الثمان، ومدار الحكم على نفس التمييز، لا على سنه، وإنما يخير بين الأبوين إذا اجتمع فيهما شروط الحضانة، بأن يكونا مسلمين حرين عاقلين عدلين مقيمين في وطن واحد على ما سيأتي إن شاء الله تعالى، وأن تكون الأم خلية، فإن اختل في أحدهما بعض الشروط، فلا تخيير، والحضانة للآخر، فإن زال الخلل، أنشيء التخيير، ولو وجدت الشروط فيهما، واختص أحدهما بزيادة في الدين أو المال أو محبة الولد، فهل يختص به أم يجري التخيير؟ وجهان: أحدهما: الثاني، ويجري التخيير بين الأم والجد عند عدم الأب، ويجري أيضاً بينها وبين من على حاشية النسب، كالأخ والعم، على الأصح، وقيل: تختص به الأم، وفي ابن العم مع الأم هذان الوجهان، إن كان الولد ذكراً، فإن كان أنثى، فالأم أحق قطعاً، ويجري الخلاف أيضاً بين الأب والأخت والخالة إذا قدمناها عليه قبل التمييز كما سنذكره إن شاء الله تعالى، وإذا اختار أحد الأبوين، ثم اختار الآخر، حولناه إليه، فإن عاد واختار الأول، أعدناه إلى الأول، فإن أكثر التنقل بحيث يظن أن سببه نقصانه وقلة تمييزه، جعل عند الأم كما قبل التمييز، وكذا لو بلغ على نقصانه وخبله.

فرع: إذا اختار الأب وسلم إليه، فإن كان ذكراً، لم يمنعه الأب من زيارة أمه ولا يحوجها إلى الخروج لزيارته، وإن زارته، لم يمنعه من الدخول عليه، وله منع الأنثى من زيارة الأم، فإن شاءت الأم، خرجت إليها للزيارة، لأنها أولى بالخروج لسنها وخبرتها، ثم الزيارة تكون في الأيام على العادة، لا في كل يوم، وإذا دخلت، لا تطيل المكث، ولو مرض الولد ذكراً كان أو أنثى، فالأم أولى بتمريضه، فإنها أشفق وأهدى إليه، فإن رضي بأن تمرض في بيته، فذاك، وإلا فينقل الولد إلى بيت الأم، ويجب الاحتراز عن الخلوة إذا كانت تمرضه في بيت الأب، وكذا إذا زارت

الولد، فإن لم يكن هناك ثالث، خرج حتى تدخل، وإذا مات، لم تمنع من حضور غسله وتجهيزه إلى أن يدفن، وإن مرضت الأم، لم يكن للأب منع الولد من عيادتها، ذكراً كان أو أنثى، ولا يمرضها، قال الروياني: إلا إذا أحسنت الأنثى التمريض.

فرع: إذا اختار الأم، فإن كان ابناً، أوى إليها ليلاً، وكان عند الأب نهراً يؤديه ويعلمه أمور الدين والمعاش والحرفة، وإن كانت بنتاً، كانت عند الأم ليلاً ونهاراً، ويزورها الأب على العادة، ولا يطلب إحضارها عنده، وهكذا الحكم إذا كان الولد عند الأم قبل سن التخيير.

فرع: إذا اختار الأم، فليس للأب إهماله بمجرد ذلك، بل يلزمه القيام بتأديبه وتعليمه، إما بنفسه وإما بغيره ويتحمل مؤنته، وكذا المجنون الذي لا تستقل الأم بضبطه يلزم الأب رعايته، وإنما تقدم الأم فيما يتأتى منها وما هو شأنها.

قلت: تأديبه وتعليمه واجب على وليه أباً كان أو جداً أو وصياً أو قيمياً، وتكون أجره ذلك في مال الصبي، فإن لم يكن له مال، فعلى من تلزمه نفقته، وقيل: إن أجره ما لا يلزمه تعلمه بعد البلوغ تكون في مال الولي مع يسار الولد، والأول أصح، وقد سبق بعض هذا في أول كتاب الصلاة. والله أعلم.

فرع: لو خيرناه فاختارهما، أقرع بينهما، وإن لم يختار واحداً منهما، فوجهان: أحدهما: يقرع وبه قطع البغوي، وأصحهما: الأم أحق، لأنه لم يختار غيرها، وكانت الحضانة لها فيستصحب، وبه قطع في «البسيط».

قال الروياني: لو ترك أحد الأبوين في وقت التخيير كفالته للآخر، كان الآخر أحق به، ولا اعتراض للولد، فإن عاد وطلب الكفالة، عدنا إلى التخيير، قال: ولو تدافع الأبوان كفالته، وامتنعا منها، فإن كان بعدهما من يستحق الحضانة، كالجد والجدة، خير بينهما، وإلا فوجهان: أحدهما: يخير الولد، ويجبر من اختاره على كفالته، فعلى هذا لو امتنعا من الحضانة قبل سن التمييز، يقرع بينهما، ويجبر من خرجت قرعته على حضانته، والثاني: يجبر عليها من تلزمه نفقته.

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

فصل: ما سبق من أن الأم أولى من الأب قبل التمييز، وأنه يخير بينهما بعد تمييزه، هو فيما إذا كان الأبوان مقيمين في بلد واحد، فأما إذا أراد أحدهما سفراً، أو أرادا سفراً يختلف فيه بلدهما، فينظر، إن كان سفر حاجة، كحج وغزو وتجارة، لم يسافر بالولد، لما في السفر من الخطر والمشقة، بل يكون مع المقيم إلى أن يعود المسافر، سواء طالت مدة السفر أم قصرت، وعن الشيخ أبي محمد وجه أن للأب أن يسافر به إذا طال سفره، وإن كان سفر نقلة، نظر، إن كان ينتقل إلى مسافة القصر،

فلأب أن ينتزعه من الأم ويستصحبه معه، سواء كان المنتقل الأب أو الأم، أو أحدهما إلى بلد والآخر إلى آخر، احتياطاً للنسب، فإن النسب يتحفظ بالآباء، ولمصلحة التأديب والتعليم، وسهولة القيام بنفقته ومؤنته، وسواء نكحها في بلدها أو في الغربية، فلو رافقته الأم في طريقه، دام حقها، وكذا في المقصد، ولو عاد من سفر النقلة إلى بلدها، عاد حقها، ولو كان الطريق الذي يسلكه مخوفاً، أو البلد الذي يقصده غير مأمون لغارة ونحوها، لم يكن له انتزاع الولد، وإن كان الانتقال إلى دون مسافة القصر، فوجهان: أحدهما: لا يؤثر، ويكونان كالمقيمين في محلين من بلد، وأصحهما: أنه كمسافة القصر، ولو اختلفا، فقال: أريد الانتقال، فقالت: بل التجارة، فهو المصدق بيمينه، وقال القفال: يصدق بلا يمين، والأول أصح، فإن نكل، حلفت، وأمسكت الولد، وسائر العصابات من المحارم، كالجد والأخ والعم، بمنزلة الأب في انتزاع الولد ونقله إذا أرادوا الانتقال، احتياطاً للنسب، وكذا غير المحارم، كابن العم، إن كان الولد ذكراً، وإن كان أنثى، لم تسلم إليه، قال المتولي: إلا إذا لم تبلغ حداً يشتهى مثلها، وفي «الشامل» أنه لو كان له بنت ترافقه، سلمت إلى بنته، وأما المحرم الذي لا عصوبة له، كالخال والعم للأم، فليس له نقل الولد إذا انتقل، لأنه لاحق له في النسب.

فرع: إنما يثبت حق النقل للأب وغيره، إذا استجمع الصفات المعتمدة في الحضانة، قال المتولي: ولو كان للولد جد مقيم، وأراد الأب الانتقال، كان له أن ينقل الولد، ولم تمنع منه إقامة الجد، وكذا حكم الجد عند عدم الأب، ولا تمنعه إقامة الأخ أو العم، لكن لو لم يكن أب ولا جد، وأراد الأخ الانتقال، وهناك ابن أخ أو عم يقيمان، فليس للأخ انتزاعه من الأم لنقله، بخلاف الأب والجد، لكمال عنايتهما وتقارب عناية غيرهما من العصابات.

فرع: لو كان كل واحد من الأبوين يسافر لحاجة، واختلف طريقهما ومقصدتهما، فيشبه أن يدام حق الأم، ويحتمل أن يكون مع الذي مقصده أقرب، أو مدة سفره أقصر.

قلت: المختار أنه يدام مع الأم، وهو مقتضى كلام الأصحاب. والله أعلم.

الطرف الثاني: في ترتيب المستحقين للحضانة، فمتى اجتمع اثنان فصاعداً من مستحقي الحضانة، نظر، إن تراضوا بواحد، فذاك، وإن تدافعوا، وجبت على من عليه النفقة، وقيل: يقرع، وتجب على من خرجت قرعته، والصحيح الأول، وإن طلبها كل واحدة ممن فيه شروطها، فهم ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: محض الإناث، فأولاهن الأم، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، تقدم أقربهن، وتقدم البعدي منهن على القربى من أمهات الأب، ثم بعد أمهات الأم، قولان، الجديد: تقدم أم الأب، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، ثم أم أبي الأب، ثم أمهاتها المدليات بالإناث، ثم أم أبي الجد، ثم أمهاتها كذلك، وتقدم الأقرب منهن فالأقرب، ويتأخر عنهن الأخوات والخالات، ودليل هذا القول، أنهن جدات وارثات فقدمن على الأخوات والخالات، كأمهات الأم، ولأنهن أكثر شفقة، وأقوى قرابة، ولهذا يعتقن على الولد. والقديم: أنه تقدم الأخوات والخالات على هؤلاء الجدات، والقولان متفقان على تقديم جنس الأخوات على الخالات، وعلى أن الخالات يقدمن على بنات الأخوات، وبنات الإخوة، والعمات، لأنهن يشاركنهن في المحرمية والدرجة وعدم الإرث، ويتميزون بالإدلاء بقرابة الأم، وعن ابن سريج تقديم الخالة على الأخت للأب، وهو شاذ ضعيف، ثم الحضانة بعد الخالات لبنات الأخوات، وبنات الأخوة يقدمن على العمات، هكذا رتب الإمام الغزالي والبغوي، وحكى الروياني هذا وجهاً، وادعى أن الأصح تقديم العمات على بنات الإخوة وبنات الأخوات، ثم حكى وجهين فيمن يقدم بعد العمات، أحدهما: بنات الأخوات والإخوة، ثم بنات سائر العصابات بعد الإخوة، ثم بنات الخالات، ثم بنات العمات، ثم خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته. والثاني: تقدم بعد العمات خالات الأم، ثم خالات الأب، ثم عماته، ولا حضانة لعمات الأم لإدلائهن بذكر غير وارث، ثم خالات الجد، ثم عماته، وهكذا، فإن فقدن جميعاً، فالحضانة لبنات الأخوات والإخوة، وفي أي رتبة وقعن، تقدم بنات الأخوات على بنات الإخوة، كما تقدم الأخت على الأخ.

فرع: الأخت من الأبوين، تقدم على الأخت من الأب، وعلى الأخت من الأم، وأما الأخت من الأب، والأخت من الأم، فأيهما تقدم على صاحبتهما؟ وجهان: الصحيح المنصوص في الجديد والقديم: تقديم الأخت من الأب، وقال المزني وابن سريج: تقدم الأخت من الأم، وأما الخالة من الأب مع الخالة من الأم والعمة، فإن قدمنا الأخت للأم على الأخت للأب، فكذا هنا، وإن قدمنا الأخت للأب، فوجهان: أحدهما: تقدم الخالة للأم والعمة للأم، وأصحهما: تقديم التي هي لأب، وفي الخالة لأب وجه، أنها لا تستحق حضانة أصلاً، لأنها تدلي بأبي أم.

فرع: المنصوص أنه لا حضانة لكل جدة تسقط في الميراث، وهي من تدلي بذكر بين اثنين، وقيل: لهن الحضانة، لكن يتأخرن عن جميع المذكورات أولاً، وقيل: يتقدمن على الأخوات والخالات، لأنهن أصول، ويتأخرن عن الجدات

الوارثات، وفي معنى الجدة الساقطة، كل محرم يدلي بذكر لا يرث، كبنت ابن البنت وبنت العم للأم.

الأنثى التي ليست بمحرم، كبني الخالة والعمة، وبنتي الخال والعم، لهن الحضانة على الأصح، فإن كان الولد ذكراً، استمرت حضانتهم حتى يبلغ حداً يشتهي مثله، وتقدم بنات الخالات على بنات الأخوات، وبنات العمات على بنات الأعمام، وتقدم بنات الخؤولة على بنات العمومة.

فرع: لبنت المجنون حضانتها إذا لم يكن له أبوان، ذكره ابن كج، قال الروياني: ولو كان للمحزون زوجة كبيرة، وكان له بها استمتاع، أو لها به استمتاع، فهي أولى بكفالتها من جميع الأقارب، وإن لم يكن استمتاع، فالأقارب أولى، وكذا لو كان للمحزونة زوج كبير، وهناك استمتاع، فهو أولى، وإلا فالأقارب، فإن كان لها قرابة أيضاً، فهل يرجح بالزوجية؟ وجهان.

الضرب الثاني: محض الذكور، وهم أربعة أصناف:

الصنف الأول: محرم وارث، كالأب والجدة والأخ وابن الأخ والعم، فلهم الحضانة، وحكى البغوي وغيره وجهاً، أنه لا حضانة لغير الأب والجدة من الرجال، وقيل: لا حضانة للأخ من الأم خاصة لعدم العصوبة والولاية، والصحيح الأول، فيقدم الأب، ثم الجد وإن علا، يقدم منهم الأقرب فالأقرب، ثم الأخ للأبوين، ثم الأخ للأب، ثم الأخ للأم، ثم بنو الإخوة على هذا الترتيب، ثم العم للأبوين، ثم العم للأب، ثم عم الأب، ثم عم الجد، هذا هو المذهب، وفي وجه، يقدم الأخ للأم على الأخ للأب، وفي وجه، يتقدم العم على الأخ للأم لعصوبته، وفي وجه، يتقدم الأعمام على بني الإخوة من الأم.

الصنف الثاني: وارث غير محرم، كابن العم وابنه، وابن عم الأب والجدة، فلهم الحضانة على الصحيح، وفيهم الوجه الذي حكاه البغوي، ثم إن كان الولد ذكراً أو أنثى لا تشتهي، سلمت إليه، وإن بلغت حداً تشتهي، لم تسلم إليه، لكن له أن يطلب تسليمها إلى امرأة ثقة، وتعطى أجرتها، فإن كانت له بنت، سلمت إليه، وفي ثبوت الحضانة للمعتق، وجهان: أحدهما: نعم، كالإرث، وولاية النكاح، وتحمل الدية، وأصحهما: لا، لعدم القرابة التي هي مظنة الشفقة، فعلى هذا لو كانت له قرابة وهناك من هو أقرب منه، فهل يرجح لانضمام عصوبة القرابة إلى عصوبة الولاء؟ وجهان: حكاهما الروياني، مثاله: عم وعم أب معتق.

قلت: الأصح لا يرجح. والله أعلم.

الصنف الثالث: محرم غير وارث، كأبي الأم، والخال، والعم للأم، وابن

الأخت، وابن الأخ للأم، فلا حضانة لهم على الأصح، لضعف قرابتهم، فإن قلنا: لهم حضانة، تأخروا عن المحارم الوارثين، وعن الوارثين الذين لا محرمية لهم.

الصنف الرابع: من ليس بمحرم ولا وارث من الأقارب، كابن الخال والخالة والعمة، فلا حضانة لهم على المذهب، وقيل: وجهان: وإذا أثبتنا الحضانة لجميع المذكورين من الأصناف الأربعة، تفريعاً على المذهب في بعضهم، وعلى الضعيف في بعضهم، وتركنا التقسيم، قلنا: يقدم الأب، ثم أب الأب وإن علا، ثم الإخوة، ثم بنوهم، ثم الأعمام، ثم بنوهم، ثم أعمام الأب، ثم بنوهم، ثم أعمام الجد، ثم بنوهم، ثم الجد أبو الأم، وكل جد يدلي بذكر بين اثنين، يقدم الأقرب منهم فالأقرب، ثم الخال، ثم العم للأم، ثم ابن الخال، ثم ابن العم للأم، ثم الممتق، ثم عصباته، ومنهم من يقتضي كلامه تأخر بني العم عن أعمام الأب والجد، لأن لهم محرمية مع الإرث.

الضرب الثالث: في اجتماع الذكور والإناث، فتقدم الأم على جميعهم، حتى على الأب، ثم أم الأم وإن علت، تقدم على الأب وغيره، فلو نكحت الأم ورضي أبو الولد وزوجها بكونه عندها، سقط حق الجدة على الأصح، وإذا اجتمع الأب والجدة من جهته، قدم عليهن على الصحيح المنصوص، لأنهن يدلين به، وقيل: يتقدمه، لولادتهن وصلاحيتهن، وطرد هذا الخلاف في الأخت للأب مع الأب وإن كانت فرعاً له، لصلاحيته، وأما الأخت من الأبوين، أو من الأم والخالة، فإن قلنا بالقديم وقدمناهن على أمهات الأب، قدمناهن على الأب، وإن قدمنا أمهات الأب على الأخت والخالة، يقدم الأب هنا على الأصح المنصوص، وقيل: يتقدمان عليه لأنوثتهما وإدلائهما بالأم، فعلى هذا لو كانت مع الأب أو الأخت للأب، والخالة أم الأب، فوجهان: قال الإصطخري: الحضانة للأب، لأن الأخت تسقط بأم الأب، وهي تسقط بالأب، وقال الأكثرون: الحضانة للأخت، لأنها مقدمة على الأب على الوجه الذي تفرع عليه، وتسقط أم الأب بالأب. ولو اجتمع الأب والأخت للأب والأخت للأم، وقلنا بالصحيح: إن الأخت للأم مقدمة على الأخت للأب، فهل الحضانة للأب، أم للأخت للأم؟ فيه هذان الوجهان، فإذا قلنا بالصحيح في تقديم الأب على أمهاته، وبالأصح في تقديمه على الأخت للأم والخالة، فالمقدم بعد أمهات الأم الأب، ثم أمهاته المدليات بالإناث، ثم الجد أبو الأب، وفيه مع أمهاته ما في الأب، ثم أبو الجد وأمهاته كذلك، ويتقدمون جميعاً على الأقارب الواقعين على حواشي النسب، وأما الجدات الساقطات، فقد سبق الكلام في استحقاقهن، وفي زينتهن، وإذا لم يوجد مستحق للحضانة من الأجداد والجدات، فثلاثة أوجه:

أحدها: نساء القرابة وإن بعدن أولى من الذكور، وإن كانوا عصابات، لصلاحيتهن، فعلى هذا تقدم الأخوات والعمات والخالات وبناتهن على الإخوة والأعمام وبنينهم، والثاني: العصابات أولى، لقوة نسبهم وقيامهم بالتأديب، والثالث - وهو الأصح: لا يرجح واحد من الفريقين على الآخر، بل يقدم منهم الأقرب، فالأقرب، فإن استوى اثنان، قدم بالأنوثة، فعلى هذا تقدم بعد الآباء والأمهات، الإخوة والأخوات، وتقدم بنت الأخوات على الإخوة، ثم بعد الإخوة بنات الأخوات، ثم بنو الإخوة، وتقدم بنت الأخ على ابن الأخت اعتباراً من يحضن لا بمن يدلي به، فإن فقدوا كلهم، فالحضانة للخؤولة، ثم العمومة، وتقدم الخالات على الأخوال، والعمات على الأعمام، فإن فقدوا، فالحضانة لأولادهم على ما ذكرنا في أصولهم ثم لخؤولة الأبوين ثم لعمومتهم، على هذا الترتيب، وإذا استوى اثنان، كأخوين أو خاليتين، وتنازعا، أقرعنا، وإذا لم يوجد أحد من نساء القرابة ولا من العصابات، وهناك رجال من ذوي الأرحام، فحكمهم ما ذكرنا في الصنف الرابع.

فرع: الأخت مع الجد كهي مع الأب.

فرع: لو كان في أهل الحضانة خنثى، هل يتقدم على الذكر في موضع لو كان أنثى لتقدم لاحتمال الأنوثة، أم لا لعدم الحكم بها؟ وجهان:

قلت: الأصح: الثاني. والله أعلم.

وإذا أخبر عن ذكوره أو أنوثته، عمل بقوله في سقوط الحضانة، وهل يعمل بها في استحقاقها، أم لا يعمل للتهمة؟ وجهان: حكاهما الروياني.

قلت: أصحهما: يعمل وهو الجاري على قواعد المذهب في نظائره. والله أعلم.

الباب السادس: في نفقة المملوك

تجب على السيد نفقة رقيقه، قوتاً وأدماً، وكسوته، وسائر مؤناته^(١)، فأن كان أو مدبراً، أو أم ولد، سواء الصغير والكبير، والزمن والأعمى والسليم، والمرهون والمستأجر وغيرهم، فإن كان كسوباً، فكسبه لسيدته، فإن شاء أخذه وأنفق عليه من سائر أمواله، وإن شاء، أنفق عليه من كسبه، فإن لم يف بها، فالباقى على السيد،

(١) كما أخرج مسلم في صحيحه برقم (١٦٦٢) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ أنه قال: «للمملوك طعامه وكسوته، ولا يكلف من العمل إلا ما يطيق».

وإن زاد، فالزيادة للسيد، ولو اشترك جماعة في رقيق، فالنفقة عليهم بحسب أنصبتهم، ولا تجب نفقة المكاتب على سيده.

قلت: وهل يلزم السيد شراء الماء لطهارة رقيقه؟ وجهان: أحدهما: نعم، كفطرته، والثاني: لا، لأن له بدلاً وهو التيمم، كما لا يلزمه دم بتمتعه بل يصوم. والله أعلم.

فصل: لا تتقدر نفقة الرقيق، بل تعتبر الكفاية، وفيما تعتبر به الكفاية؟ أوجه: أحدها: تعتبر كفايته في نفسه، وتراعى رغبته وزهاده، وإن زاد ذلك على كفاية مثله غالباً، والثاني: يعتبر ما يكفي مثله في الغالب، ولا يعتبر نفسه، وعن صاحب «الحاوي» إن كان يؤثر فقد الزيادة في قوته وبدنه، لزم السيد، وإلا فلا، وينبغي أن تجيء هذه الأوجه في نفقة القريب.

فصل: وأما جنس نفقة الرقيق، فغالب القوت الذي يطعم منه المماليك في البلد، من الحنطة والشعير وغيرهما، وكذا الأدم الغالب، والكسوة من القطن والكتان والصوف وغيرها، وتراعى حال السيد في اليسار والإعسار، فيجب ما يليق بحاله من رفيع الجنس الغالب وخسيسه، ولا يجوز الإقتصار في الكسوة على ستر العورة، وإن كان لا يتأذى بحر ولا برد، ولو تنعم السيد في الطعام والأدم والكسوة، استحب أن يدفع إليه مثله، ولا يلزمه، بل له الإقتصار على الغالب، ولو كان السيد يأكل ويلبس دون المعتاد غالباً، إما بخلاً وإما رياضة، لزمه رعاية الغالب للرقيق على الصحيح، وقيل: له الإقتصار على ما اقتصر عليه لنفسه.

فصل: إذا كان له عبيد، يستحب أن يسوي بينهم في الطعام والكسوة، ويفضل النفيس على الخسيس، والصحيح: الأول، وفي الجواني وجهان: أحدهما: يسوي بينهما كالعبيد، وأحدهما: يفضل ذوات الجمال والفراشة للعادة، وهذا هو المنصوص، وسواء فيه السرية وغيرها، والمراد بالتسوية أنه يكره التفضيل، وبالتفضيل أنه مستحب لا واجب.

فصل: إذا ولي رقيقه معالجة طعامه، فجاء به، فينبغي أن يجلسه معه ليتناول منه، فإن لم يفعل السيد، أو امتنع الرقيق توقيراً للسيد، فينبغي أن يروغ له السيد لقمة أو لقمتين، ثم يناوله^(١)، والترويع: أن يرويها دسماً، وأشار الشافعي رحمته الله في ذلك

(١) كما أخرج البخاري في صحيحه برقم (٢٥٥٧، ٥٤٦٠) ومسلم في صحيحه برقم (١٦٦٣) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا صنع لأحدكم خادمه طعامه، ثم جاء به، وقد ولي حره ودخانه، فليقتعه معه، فليأكل، فإن كان الطعام مشفوهاً قليلاً، فليضع في يده منه أكلة أو أكلتين» يعني لقمة أو لقمتين.

إلى ثلاثة أقوال، أحدها: أنه يجب الترويع والمناولة، فإن أجلسه معه، فهو أفضل، والثاني: يجب أحدهما لا بعينه، وأظهرهما: لا يجب واحد منهما، والأمر بهما على الاستحباب ندباً إلى التواضع ومكارم الأخلاق، ومنهم من قطع بنفي الوجوب، وذكر قولين في أن الإجلال أفضل، أم هما متساويان، والمذهب الأول، وأصل هذا الاستحباب في مناولة الطعام اللذيذ، يشمل من عالجه وغيره، لكنه فيمن عالجه أكد، ورعايته في حق الحاضرين أهم، والخلاف في الوجوب مختص بمن عالجه، وليكن ما يناوله لقمة كبيرة تسد مسدداً، لا صغيرة تهيج الشهوة، ولا تقضي النهمة.

فصل: نفقة الرقيق لا تصير ديناً، بل تسقط بمضي الزمان، ولو دفع إليه طعاماً، ثم أراد إبداله، قال الروياني: ليس له ذلك عند الأكل، ويجوز قبله، وعن الماوردي: أنه إن تضمن الإبدال تأخر الأكل، لم يجز.

فصل: إذا ولدت أمته، أو أم ولده منه، فله أن يجبرها على إرضاعه، لأن لبنها ومنافعها له، ولو أراد تسليم الولد إلى غيرها، وأرادت هي إرضاعه، فوجهان: أحدهما: له ذلك لأنها ملكه، وقد يريد الاستمتاع بها واستخدامها، وأصحهما: ليس له، وبه قطع في «الوجيز» لأن فيه تفريقاً بين الوالدة وولدها، لكن له أن يضمه في أوقات الاستمتاع إلى غيرها، وليس له أن يكلفها إرضاع غير ولدها معه بأجرة ولا بغيرها، إلا أن يفضل لبنها عن ري ولدها، لقلة شربه، أو لكثرة اللبن، أو لاجتزائه بغير اللبن في أكثر الأوقات، ولو مات ولدها، أو استغنى عن اللبن، فله ذلك، وله إجبارها على فطامه قبل الحولين إذا اجتزأ الولد بغير اللبن، وعلى الإرضاع بعد الحولين، وإن كان يجتزئ بغير اللبن، إلا إذا تضررت به، وليس لها الاستقلال بالفطام ولا الإرضاع.

فرع: الحرة صاحبة حق في تربية الولد، فليس لواحد من الأبوين الاستقلال بالفطام قبل تمام الحولين، وعلى الأب الأجرة إذا امتنعت الأم من الفطام، إما لها وإما لغيرها، وذكر فيه احتمال إذا لم يتضرر به الولد، وإن اتفقا عليه، جاز، إذا لم يتضرر الولد، وأما بعد الحولين فيجوز لكل واحد منهما الفطام إذا اجتزأ بالطعام، ويجوز أن يزداد في الإرضاع على الحولين إذا اتفقا.

فرع: لو لم يكن ولد الأمة من السيد، بل مملوك له من زوج أو زنى، فحضنته على السيد، وحكم الإرضاع على ما ذكرنا، وإن كان الولد حراً، فله طلب الأجرة على الإرضاع، ولا يلزمه التبرع به كما لا يلزم الحرة التبرع، ولو رضي بأن ترضعه مجاناً، لم يكن لها الامتناع.

فصل: تجوز المخارجة وهي ضرب خراج معلوم على الرقيق يؤديه كل يوم أو

أسبوع مما يكتسبه، وليس للسيد إجبار العبد عليها، ولا للعبد إجبار السيد، كالكتابة، وحكي قول مخرج أن للسيد إجباره كما ينقل منافعه قهراً إلى غيره، وليس بشيء، وإذا تراضينا على خراج، فليكن له كسب دائم يفي بذلك الخراج، فاضلاً عن نفقته وكسوته، إن جعلهما في كسبه، وإذا وفى وزاد كسبه، فالزيادة بر من السيد لعبده، وتوسيع للنفقة عليه، وإذا ضرب عليه خراجاً أكثر مما يليق، وألزمه تأديته، منعه السلطان، ويجبر النقص في بعض الأيام بالزيادة في بعضها، والمخارجة غير لازمة.

فصل: لا يجوز للسيد أن يكلف رقيقه من العمل إلا ما يطبق الدوام عليه، فلا يجوز أن يكلفه عملاً يقدر عليه يوماً ويومين، ثم يعجز عنه، وإذا استعمله نهاراً، أراحه ليلاً، وكذا بالعكس، ويربحه في الصيف في وقت القيلولة، ويستعمله في الشتاء، النهار مع طرفي الليل، ويتبع في جميع ذلك العادة الغالبة، وعلى العبد بذل المجهود، وترك الكسل.

فصل: إذا امتنع من النفقة على مملوكه، باع الحاكم ماله في نفقته، وهل يبيع شيئاً فشيئاً، أم يستدين عليه، فإذا اجتمع عليه شيء صالح، باع؟ فيه وجهان: قلت: الثاني أصح. والله أعلم.

فإن لم يجد له مالاً، أمره بأن يبيعه، أو يؤجره، أو يعتقه، فإن لم يفعل، باعه الحاكم أو أجره، فإن لم يشتره أحد، أنفق عليه من بيت المال، فإن لم يكن فيه مال، فهو من محاييح المسلمين، فعليهم القيام بكفايته.

فصل: من ملك دابة، لزمه علفها، وسقيها، ويقوم مقام العلف والسقي تخليتها لترعى، وترد الماء إن كانت مما يرعى ويكتفى به لخصب الأرض ونحوه، ولم يكن مانع ثلج وغيره، فإن أجذبت الأرض ولم يكفها الرعي، لزمه أن يضيف إليه من العلف ما يكفيها، ويطرد هذا في كل حيوان محترم، وإذا امتنع المالك من ذلك، أجبره السلطان في المأكولة على بيعها أو صيانتها عن الهلاك بالعلف أو التخلية للرعي أو ذبحها، وفي غير المأكولة على البيع أو الصيانة، فإن لم يفعل، ناب الحاكم عنه في ذلك على ما يراه ويقتضيه الحال، وعن ابن القطان أنه لا يخليها لخوف الذئب وغيره، فإن لم يكن له مال، باع الحاكم الدابة، أو جزءاً منها، أو اكراها، فإن لم يرغب فيها لعمى أو زمانة، أنفق عليها بيت المال كالرقيق.

فرع: يجوز غصب العلف للدابة إذا لم يجد غيره، ولم يبعه صاحبه، وكذا غصب الخيط لجراحاتها، وفيهما وجه ضعيف.

فرع: يحرم تكليف الدابة ما لا تطيقه، من تثقيل الحمل، وإدامة السير وغيرهما.

قلت: يحرم تحميلها ما لا تطيق الدوام عليه، وإن كانت تطيقه يوماً ونحوه، كما سبق في الرقيق. والله أعلم.

فرع: لا يجوز نزع لبن الدابة بحيث يضر ولدها، وإنما يحلب ما فضل عن ري ولدها، قال الروياني: ويعني بالري: ما يقيمه حتى لا يموت، وقد يتوقف في الإكتفاء بهذا، قال المتولي: ولا يجوز الحلب إذا كان يضر البهيمة لقلّة العلف، قال: ويكره ترك الحلب إذا لم يكن فيه إضرار بها، لأنه تضييع للمال، قال: والمستحب أن لا يستقصي في الحلب، ويدع في الضرع شيئاً، وأن يقص الحالب أظفاره لئلا يؤذيها.

فرع: يبقى للنحل شيئاً من العسل في الكوارة، فإن كان أخذه العسل في الشتاء، وزمن تعذر خروج النحل، كان المتبقي أكثر، وإن أقام شيئاً مقام العسل لغذائها، لم يتعين إبقاء العسل.

فرع: دود القز يعيش بورق التوت، فعلى مالكة تخلّيته لأكله، فإن عز الورق، ولم يعتن المالك به، بيع ماله في تحصيل الورق لئلا يهلك من غير فائدة، فإذا جاء الوقت، جاز تجفيفه بالشمس، وإن كان يهلك لتحصل فائدته.

فرع: ما لا روح فيه كالعقار والقنى والزرع والثمار، لا يجب القيام بعمارته، ولا يكره ترك زراعة الأرض، لكن يكره ترك سقي الزرع والأشجار عند الإمكان لما فيه من إضاعة المال، قال المتولي: ويكره أيضاً ترك عمارة الدار إلى أن تخرب، ولا يكره عمارات الدور وسائر العقار للحاجة، والأولى ترك الزيادة، وربما قيل: تكره الزيادة وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كِتَابُ الْجَنَايَاتِ (١)

وهي القتل والقطع والجرح الذي لا يزهق ولا يبين، وقتل النفس بغير حق من أكبر الكبائر.

قلت: قال البغوي: هو أكبر الكبائر بعد الكفر، وكذا نص عليه الشافعي في كتاب الشهادات من «المختصر» وتقبل التوبة منه. ولو قتل مسلم، ثم مات قبل التوبة، لا يتحتم دخوله النار، بل هو في خطر المشيئة كسائر أصحاب الكبائر، فإن دخلها، لم يخلد فيها خلافاً للمعتزلة والخوارج. والله أعلم.

ويتعلق بالقتل الذي هو ليس مباحاً سوى عذاب الآخرة مؤاخذات في الدنيا: القصاص والدية والكفارة، لكن لا يجتمع القصاص والدية، لا وجوباً ولا استيفاء، وأما الكفارة فأعم منهما، فوجب مع كل واحد منهما، وقد تنفرد عنهما.

قلت: ويتعلق به أيضاً التعزير في صور منها: إذا قتل من نساء أهل الحرب أو صبيانهم. والله أعلم.

ثم القصاص لا يختص بالنفس، بل يجري في غير النفس من الأطراف وغيرها، والكلام فيه قسمان: أحدهما: في موجب القصاص، والثاني: في حكمه، استيفاء وعفواً، والأول نوعان، قصاص نفس وقصاص طرف وجراحات، فنذكر موجب القصاص وواجبه في النفس ثم في الطرف.

أما موجب القصاص في النفس فله ثلاثة أركان: القتل والقتيل والقاتل.

الركن الأول: القتل وهو كل فعل عمد محض مزهق للروح عدوان من حيث كونه مزهقاً، فهذا هو القتل الذي يتعلق به القصاص، وقولنا: كل فعل، ليشمل الجرح وغيره، وقولنا: عدوان، احتراز من القتل الجائز، وقولنا: من حيث كونه مزهقاً، احتراز عما إذا استحق حز رقبته قصاصاً ففقد نصفين، فإنه لا يتعلق به

(١) الجنایات جمع جنایة، وهي لغة: التعدي على بدن أو مال أو عرض، وقد جعل الفقهاء كتاب الجنایات خاصاً بالتعدي على البدن، وكتاب الحدود خاصاً بالتعدي على المال والعرض.

فالجنایة شرعاً: التعدي على البدن مما يوجب قصاصاً أو مالاً أو كفارة.

قصاص، وإن كان عدواناً، لأنه ليس بعدوان من حيث كونه مزهقاً، وإنما هو عدوان من حيث إنه عدل عن الطريق المستحق فيحتاج إلى بيان العمدية والمزهق، وتعلق القصاص بالمباشرة والسبب، وحكم اجتماع السبب والمباشرة، وبيان حكم اجتماع المباشرتين، وبيان اجتماع السببين، فأما اجتماع السببين، فمؤخر إلى كتاب الديات، وأما الأربعة الباقية، فنعتقد فيها أطرافاً:

الطرف الأول: في بيان العمدية، وتمييز العمد من الخطأ وشبه العمد، فإذا صدر منه فعل قتل غيره، نظر، إن لم يقصد أصل الفعل بأن زلق، فسقط على غيره، فمات به، أو تولد الهلاك من اضطراب يد المرتعش، أو لم يقصد الشخص وإن قصد الفعل، بأن رمى صيداً، فأصاب رجلاً، أو قصد رجلاً، فأصاب غيره، فهذا خطأ محض لا يتعلق به قصاص، وإن قصد الفعل والشخص معاً، فهذا قد يكون عمداً محضاً، وقد يكون شبه عمد، وفي التمييز بينهما عبارات للأصحاب يجمعها أربعة أوجه: أحدها: أنه إذا وجد القصدان وعلما حصول الموت بفعله، فهو عمد محض، سواء قصد الإهلاك، أم لا، وسواء كان الفعل مهلكاً غالباً، أم نادراً، كقطع الأنملة، وإن شككنا في حصول الموت به، فهو شبه عمد، والثاني: إن ضربه بجراح، فالحكم على ما ذكرنا، وإن ضربه بمثقل، اعتبر مع ذلك في كونه عمداً أن يكون مهلكاً غالباً، فإن لم يكن مهلكاً غالباً، فهو شبه عمد، واعترض الغزالي على الأول، بأنه لو ضرب كوعه بعضاً، فتورم الموضع، ودام الألم حتى مات، فقد علما حصول الموت به ولا قصاص فيه، بل تجب الدية، وعلى الثاني بأن العمدية أمر حسي لا يختلف بالجراح والمثقل، وكما يؤثر الجراح في الظاهر بالشق يؤثر المثقل في الباطن بالترضيض، وفي كلام الإمام نحو هذا، والوجه الثالث واختاره الغزالي: أن لإفضاء الفعل إلى الهلاك ثلاث مراتب: غالب وكثير ونادر، والكثير: هو المتوسط بين الغالب والنادر، ومثاله، الصحة والمرض والجذام، فالصحة هي الغالبة في الناس، والمرض كثير ليس بغالب، والجذام نادر، فإن ضربه بما يقتل غالباً، جارحاً كان أو مثقلاً، فعمد، وإن كان يقتل كثيراً فهو عمد إن كان جارحاً كالسكين الصغير، وإن كان مثقلاً، كالسوط والعصا، فشبه عمد، وإن كان يقتل نادراً، فلا قصاص، مثقلاً كان أو جارحاً، كغرز إبرة لا يعقبه ألم ولا ورم، والفرق بين الجراح والمثقل على هذا الوجه أن الجراحة لها أثر في الباطن قد يخفى، ولأن الجرح وهو طريق الإهلاك غالباً بخلاف المثقل، والوجه الرابع وهو الذي اقتصر عليه الجمهور، أنه إن ضربه بما يقتل غالباً، فعمد محض، وإن لم يقتل غالباً، فشبه عمد، فهذه عبارات الأصحاب في التمييز، والقصاص مختص بالعمد المحض دون الخطأ وشبه العمد.

فرع: جرحه بمحدد من حديد أو خشب أو حجر أو قصب أو زجاج أو نحاس أو غيرها، فمات في الحال أو بعد مدة بسراية تلك الجراحة وجب القصاص. والطعن بالسنان، وعرز المسلة كالضرب بالسيف، وهذا في الجراحات التي لها تأثير، فأما إبانة فلقة من اللحم خفيفة فهو كعرز الإبرة كذا ذكره الإمام، وإذا عرز إبرة فمات، نظر، إن عرزها في مقتل، كالدماع والعين وأصل الأذن والحلق وثغرة النحر والأخدع، وهو عرق العنق، والخاصرة والإحليل والأنثيين والمثانة والعجان، وهو ما بين الخصية والدبر، وجب القصاص، وإن عرزها في غير مقتل، نظر، إن ظهر أثر العرز بأن تورم الموضع، للإمعان في العرز، والتوغل في اللحم، وبقي متألماً إلى أن مات، وجب القصاص على المذهب، وحكى ابن كج وابن الصباغ فيه وجهين وإن لم يظهر أثر، ومات في الحال، فثلاثة أوجه: أصحابها: لا يجب القصاص، ولكنه شبه عمد، فيجب الدية، والثاني: يجب القصاص، والثالث: لا يجب قصاص ولا دية، وفي «الرقم» للعبادي أن العرز في بدن الصغير والشيخ الهيم ونضو الخلق، يوجب القصاص بكل حال، ولو عرز إبرة في جلدة العقب ونحوها، ولم يتألم به، فمات، فلا قصاص ولا دية، لعلمنا بأنه لم يمت به، والموت عقبه موافقة قدر، فهو كما لو ضربه بقلم، أو ألقى عليه خرقة، فمات في الحال.

فرع: لو ضربه بمثقل كبير يقتل غالباً كحجر، أو دبوس كبيرين، أو أحرقه، أو صلبه، أو هدم عليه حائطاً، أو سقفاً، أو أوطأه دابة، أو دفنه حياً، أو عصر خصيته عصراً شديداً، فمات، وجب القصاص، وإن ضربه بسوط، أو عصاً خفيفة، أو رماه بحجر صغير، نظر، إن والى به الضرب حتى مات، أو اشتد الألم، وبقي متألماً حتى مات، وجب القصاص، وإن لم يوال واقتصر على سوط أو سوطين، فإن كان في مقتل، أو في شدة الحر أو البرد المعينين على الهلاك، أو كان المضروب صغيراً أو ضعيفاً بأصل الخلقة أو بعارض، وجب القصاص، لأنه مهلك غالباً، وإن لم يكن شيء من ذلك، فهو شبه عمد، وإن خنقه، أو وضع على فمه يده، أو مخدة ونحوها حتى مات بانقطاع النفس، وجب القصاص، وإن خلاه وهو حي، وجب القصاص أيضاً إن انتهى إلى حركة المذبوح، أو ضعف وبقي متألماً حتى مات، وإن زال الضعف والألم، ثم مات، فقد انقطع أثر ذلك الفعل، فإن كانت مدة الإمساك على الفم قصيرة لا يموت مثله في مثلها غالباً، فهو شبه عمد.

فرع: لو ضربه اليوم ضربة، وغداً ضربة، وهكذا فرق الضربات حتى مات، فوجهان حكاهما ابن كج، لأن الغالب السلامة عند تفريق الضربات، وقال المسعودي: لو ضربه ضربة وقصد أن لا يزيد، فشتمه، فضربه ثانية، ثم شتمه، فضربه

ثالثة حتى قتله، فلا قصاص لعدم الموالاة، وينبغي أن لا ينظر إلى صورة الموالاة ولا تقدر مدة التفريق، بل يعتبر أثر الضربة السابقة والآلام الحاصلة بها، فإن بقيت ثم ضربه أخرى، فهو كما لو والى.

فرع: الضرب بجمع الكف، كالضرب بالعصا الخفيفة.

فرع: لو سقاه دواء أو سُمًّا لا يقتل غالباً، لكنه يقتل كثيراً، فهو كغرز الإبرة في غير مقتل، لأن في الباطن أغشية رقيقة تنقطع به، وفي إلحاقه بالمثل احتمال.

فرع: حبسه في بيت فمات جوعاً، أو عطشاً، نظر، إن كان عنده طعام وشراب فلم يتناوله خوفاً أو حزناً، أو أمكنه طلبه ولو بالسؤال، فلم يفعل، لم يجب على حابسه قصاص ولا ضمان، لأن المحبوس قتل نفسه، وإن منعه الطعام والشراب، ومنعه الطلب حتى مات، نظر، إن مضت مدة يموت مثله فيها غالباً بالجوع أو العطش، وجب القصاص، وتختلف المدة باختلاف حال المحبوس قوة وضعفاً، والزمان حراً وبرداً، وإن لم تمض هذه المدة، ومات، فإن لم يكن به جوع أو عطش سابق، فهو شبه عمد، وإن كان به بعض جوع أو عطش، ففي وجوب القصاص ثلاثة أقوال، أظهرها: أنه إن علم الحابس جوعه السابق، لزمه القصاص، وإلا فلا، والثاني: يجب القصاص في الحالين، والثالث: عكسه، وشبهوا الجاهل بمن دفع رجلاً دفعاً خفيفاً، فسقط على سكين وراءه، والدافع جاهل بها، لا قصاص عليه، فإن أوجبنا القصاص، وجبت دية عمد بكمالها إن كان عالماً، ودية شبه عمد إن كان جاهلاً، وإن لم نوجب القصاص، فقولان: أحدهما: تجب الدية بكمالها، وإنما سقط القصاص للشبهة، وأظهرهما: وبه قطع الأكثرون: تجب نصف دية العمد، أو شبه العمد. ولو منعه الشراب دون الطعام، فلم يأكل المحبوس خوفاً من العطش، فمات، فلا قصاص قطعاً، ولا ضمان أيضاً على الأصح، وبه قطع البغوي، لأنه المهلك نفسه، وقال القفال: يجب، ولو حبسه، وراعه بالطعام والشراب، فمات في الحبس، فإن كان عبداً، ضمنه باليد، وإن كان حراً، فلا ضمان أصلاً، سواء مات حتف أنفه، أو بانهدام سقف، أو جدار عليه، أو بلسع حية ونحوها. ولو حبسه وعراه حتى مات بالبرد، فهو كما لو حبسه، ومنعه الطعام والشراب، ذكره القاضي حسين. ولو أخذ طعامه، أو شرابه، أو ثيابه في مفازة، فمات جوعاً، أو عطشاً، أو برداً، فلا ضمان، لأنه لم يحدث فيه صنعاً.

فرع: لو سحر رجلاً، فمات، سألناه، فإن قال: قتلته بسحري، وسحري يقتل غالباً، لزمه القصاص، وإن قال: قد يقتل، والغالب أنه لا يقتل، فهو إقرار بشبهة العمد، وإن قال: قصدت غيره، فتأثر به لموافقة الاسم الاسم، فهو إقرار بالخطأ،

وفي الحالين دية شبه العمد، والخطأ يكون في ماله، ولا يلزم العاقلة إلا أن يصدقوه، وسيعود ذكر السحر إن شاء الله تعالى في كتاب الديات، ثم في كتاب دعوى الدم، ولنا وجه ضعيف مذكور هناك، أن السحر لا حقيقة له، فلا قصاص فيه.

الطرف الثاني: في بيان المزهق.

فالفعل الذي له مدخل في الزهوق، إما أن لا يؤثر في حصول الزهوق، ولا في حصول ما يؤثر في الزهوق، وإما أن يؤثر في الزهوق ويحصله، وإما أن يؤثر في حصول ما يؤثر في الزهوق، فأما الأول، فكحفر البئر مع التردى أو التردية، وكالإمساك مع القتل، وأما الثاني فكالقد، وحز الرقبة، والجراحات السارية، وأما الثالث، فكالإكراه المؤثر في القد، فالأول شرط، والثاني علة، والثالث سبب، ولا يتعلق القصاص بالشرط، ويتعلق بالعلة، وكذا بالسبب على تفصيل وخلاف سنراه إن شاء الله تعالى. ثم السبب ثلاثة أضرب:

الضرب الأول: ما يولد المباشرة توليداً حسيّاً، وهو الإكراه، فإذا أكرهه على قتل بغير حق، وجب القصاص على الأمر على الصحيح المنصوص، وبه قطع الجمهور، وعن ابن سريج أنه لا قصاص، لأنه متسبب، والمأمور مباشر آثم بفعله، والمباشرة مقدمة، وقد سبق بيان حقيقة الإكراه في كتاب الطلاق، والذي مال إليه المعتبرون هنا ورجحوه، أن الإكراه على القتل لا يحصل إلا بالتخويف بالقتل، أو ما يخاف منه التلف، كالقطع والجرح والضرب الشديد بخلاف الطلاق، وحكم الإكراه الصادر من الإمام أو نائبه أو المتغلب سواء فيما ذكرناه.

الضرب الثاني: ما يولدها شرعاً وهو الشهادة، فإذا شهدوا على رجل بما يوجب قتله قصاصاً، أو بردة، أو زنى وهو محصن، فحكم القاضي بشهادتهم وقتله بمقتضاها، ثم رجعوا وقالوا: تعمدنا وعلمنا أنه يقتل بشهادتنا، لزمهم القصاص، ولو شهدوا بما يوجب القطع قصاصاً، أو في سرقة، فقطع، ثم رجعوا وقالوا: تعمدنا، لزمهم القطع، وإن سرى فعليهم القصاص في النفس، وإن رجع الشهود وقالوا: لم نعلم أنه يقتل بقولنا، أو رجع المزكي أو القاضي أو الوالي وحده أو مع الشهود، فسيأتي بيان كل ذلك في كتاب الشهادات إن شاء الله تعالى. وإنما يجب القصاص على الشهود بالرجوع واعترافهم بالتعمد، لا بكذبهم، حتى لو تيقنا كذبهم بأن شاهدنا المشهود بقتله حياً، فلا قصاص عليهم لاحتمال أنهم لم يتعمدوا، ولا يلزمهم القصاص بالرجوع إلا إذا أخرجت شهادتهم مباشرة الولي عن كونها عدواناً، أما إذا

اعترف الولي بكونه عالماً بكذبهم، فلا قصاص عليهم، وعلى الولي القصاص، رجعوا أم لم يرجعوا .

الضرب الثالث: ما يولدها توليداً عرفياً، كتقديم الطعام المسموم، فإذا أوجروه سماً صرفاً، أو مخلوطاً وهو مما يقتل غالباً، سواء كان موحياً أو غير موح، فمات، لزمه القصاص، وإن كان لا يقتل غالباً وقد يقتل فهو شبه عمد، فلا قصاص على المشهور، وحكى ابن كج قولاً: إنه يجب القصاص، لأن للسّم نكاية في الباطن كالجرح، فعلى المشهور لو كان السّم لا يقتل غالباً، لكن أوجره ضعيفاً بمرض أو غيره ومثله يقتل مثله غالباً، وجب القصاص، ولو قال الموجر: كان مما لا يقتل غالباً، ونازعه الولي، فالقول قول الموجر بيمينه، فإن ساعدته بينة، فلا يمين عليه، وإن أقام الولي بينة على ما يقوله، وجب القصاص، ولو اتفقا على أنه كان من هذا السّم الحاضر، وشهد عدلان أنه يقتل غالباً، وجب القصاص، ولو قال: لم أعلم أنه سم، أو لم أعلم أنه يقتل غالباً، ونازعه الولي، فهل يصدق الموجر؟ قولان، قال الروياني: فيما إذا قال: لم أعلم كونه قاتلاً، أظهرهما: لا يصدق، فيجب القصاص، ولو لم يوجره السّم القاتل، لكن أكرهه على شربه، فشربه، قال الداركي وغيره: في وجوب القصاص قولان، أظهرهما: الوجوب، والوجه أن يكون هذا كإكراهه على قتل نفسه، وسيأتي إن شاء الله تعالى.

فرع: لو ناوله الطعام المسموم وقال: كله، أو قدمه إليه وضيفه به، فأكله، ومات به، فإن كان صيباً أو مجنوناً، لزمه القصاص، سواء قال لهما: هو مسموم أم لا، وذكروا مثله في الأعجمي الذي يعتقد أنه لا بد من الطاعة في كل ما يشار عليه به، ولم يفرقوا بين الصبي المميز وغيره، ولا نظروا إلى أن عمد الصبي عمد أم خطأ، وللنظرين محال، وإن كان بالغاً عاقلاً، فإن علم حال الطعام، فلا شيء على المناول والمقدم، بل الآكل هو المهلك نفسه، وإلا ففي القصاص قولان، وهما جاريان فيما لو غطى رأس بئر في دهليزه، ودعا إلى داره ضيفاً، وكان الغالب أنه يمر على ذلك الموضع إذا أتاه، فأتاه وهلك بها، أظهرهما: لا قصاص، وطرّد البغوي القولين فيما لو قال: كل، وفيه شيء من السّم، لكنه لا يضرّك، وفيما إذا جعل السّم في جرة ماء على الطريق فشرّب منه، ومات، ولتكن الصورة فيما إذا كان على طريق شخص معين، إما مطلقاً، وإما في ذلك الوقت، وإلا فلا تتحقق العمدية، فإذا قلنا: لا قصاص، وجبت الدية على الأظهر، فإن هذا أقوى من حفر البئر، وفي قول: لا تجب تغليباً للمباشرة، ولو دس السّم في طعام رجل، فأكله صاحبه جاهلاً بالحال، ومات، فطريقان، أحدهما: أنه على القولين، إذا كان الغالب أنه يأكل منه،

والثاني: القطع بالمنع، لأنه لم يوجد منه تغيير، ولا حمل على الأكل، وإنما وجد منه إتلاف طعامه، فعليه ضمانه، ولو دسه في طعام نفسه فدخل شخص داره بغير إذنه وأكله، فلا ضمان، فإن كان الرجل ممن يدخل داره، ويأكل انبساطاً، فهل يجري القولان في القصاص، أم يقطع بنفيه؟ طريقان:

فصل: فيما إذا جرى سبب وقدر المقصود على دفعه

وفيه مسائل:

إحداها: جرحه جراحة مهلكة، فلم يعالجها المجروح حتى مات، وجب القصاص على الجارح، لأن مجرد الجراحة مهلك، بخلاف ما لو حبسه والطعام عنده فلم يأكل حتى مات، لأن الحبس بمجرده ليس مهلكاً.

المسألة الثانية: غرقه في ماء، فإن أمسكه فيه حتى مات، أو تركه وفيه حياة، ولكن تألم به، وبقي متألماً حتى مات، فعليه القصاص، وإن ألقاه في الماء، فمات به، نظر إن كان الماء بحيث لا يتوقع الخلاص منه كلبحة البحر التي لا تنفع فيها السباحة، وجب القصاص، سواء كان الملقى يحسن السباحة أم لا، وإن كان يتوقع الخلاص منه، فإن كان قليلاً لا يعد مثله مغرقاً، بأن كان راكداً في موضع منبسط، فمكث الملقى فيه مضطجعا، أو مستلقياً حتى هلك، فلا قصاص ولا دية، فإنه المهلك نفسه، ومثله لو فصدته فلم يعصب نفسه حتى مات، لأن الدفع موثوق به، لكن لو كتفه وألقاه على هيئة لا يمكنه الخلاص، فعليه القصاص، وإن كان يعد مغرقاً كالأنهار الكبار التي لا يخلص منها إلا بالسباحة، فإن كان الملقى مكتوفاً، أو صبيّاً، أو زمنّاً، أو ضعيفاً، أو قوياً لا يحسن السباحة، وجب القصاص، وإن كان يحسنها، فمنعه منها عارض موج، أو ريح، فلا قصاص، ولكنه شبه عمد، وإن ترك السباحة بلا عذر، حزناً أو لجاجاً، ففي وجوب الدية وجهان: أو قولان، أحدهما: لا تجب، وقيل: لا تجب قطعاً، وقيل: عكسه، ولا قصاص على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: يجب إن أوجبنا الدية.

المسألة الثالثة: لو ألقاه في نار لا يمكنه الخلاص منها، لعظمها أو كونها في وهدة، أو كونه مكتوفاً، أو زمنّاً، أو صغيراً، فمات فيها، أو خرج منها متأثراً متألماً، وبقي متألماً إلى أن مات، فعليه القصاص، وإن أمكنه التخلص، فلم يفعل حتى هلك، فلا تجب الدية على الأظهر، ولا قصاص على الصحيح، ولكن يجب ضمان ما تأثر بالنار بأول الملاقاة قبل تقصيره في الخروج، سواء كان أرش عضو أو حكومة قطعاً.

فرع: قال الملقى: كان يمكنه الخروج مما ألقته فيه من ماء أو نار، فقصر، وقال الولي: لم يمكنه، فأيهما يصدق بيمينه؟ وجهان: ويقال: قولان، لتعارض براءة الذمة، مع أن الظاهر أنه لو تمكن لخرج.

قلت: الراجح تصديق الولي. والله أعلم.

فرع: كتفه وطرحه على الساحل، فزاد الماء وهلك به، إن كان في موضع يعلم زيادة الماء فيه، كالمد بالبصرة، وجب القصاص، وإن كان قد يزيد، وقد لا يزيد، فهو شبه عمد، وإن كان بحيث لا يتوقع زيادته، فاتفق سيل نادر، فخطأ محض.

الطرف الثالث: في اجتماع السبب والمباشرة، أو الشرط.

أما الشرط والمباشرة إذا اجتماعا، فالقصاص والدية يتعلقان بالمباشرة فقط، فلو حفر بئراً في محل عدوان أو غيره، فردى رجل فيها شخصاً، فالضمان على المردى دون الحافر، ولو أمسك رجلاً، فقتله آخر، فالضمان على القاتل، ولا شيء على الممسك، إلا أنه يأثم إذا أمسكه للقتل، ويعزر. هذا في الحر، أما لو كان المقتول عبداً، فيطالب الممسك بالضمان باليد والقرار على القاتل، ولو أمسك محرم صيداً، فقتله محرم آخر، فقرار الضمان على القاتل، وتتوجه المطالبة على الممسك، هذا هو المذهب، وفيه خلاف سبق في الحج. ولو قدم صبيّاً إلى هدف، فأصابه سهم كان أرسله الرامي قبل تقديم الصبي، فقتله، فالرامي كالحافر، والمقدم كالمردى، فعليه القصاص، أما إذا اجتمع السبب والمباشرة فهو ثلاثة أضرب:

أحدها: أن يغلب السبب المباشرة، بأن أخرجها عن كونها عدواناً مع توليده لها، مثل: أن شهدوا عليه بما يوجب الحد، فقتله القاضي، أو جلاده، أو بما يوجب القصاص، فقتله الولي أو وكيله، فالقصاص على الشهود، دون القاضي والولي ونائبهما.

الضرب الثاني: أن يصير السبب مغلوباً، بأن رماه من شاهق، فتلقيه رجل بسيف، فقد نصفين، أو ضرب رقبته قبل وصوله الأرض، فالقصاص على القاد، ولا شيء على الملقى، سواء عرف الحال أم لا، وفي وجه: يجب عليه الضمان بالمال، لا بالقصاص، والصحيح: الأول. ولو ألقاه في ماء مغرق، كلجة بحر، فالتقمه حوت، فعلى الملقى القصاص على الصحيح المنصوص، وخرج الربيع قولاً: إنه لا قصاص، لكن تجب دية مغلظة، وقيل: إن التقمه الحوت قبل الوصول إلى الماء، فلا قصاص، كمسألة القاد، وإلا فيجب، والصحيح أنه لا فرق، وفي كلام الشيخ أبي حامد وغيره من العراقيين، ما يشعر بأن القولين في الالتقام قبل وصوله الماء، والقطع بوجوب القصاص إذا كان بعده، وفرق الإمام بين مسألة القد والالتقام، بأن

القد قتل صدر من فاعل مختار بفعل وروية، فيقطع أثر السبب الأول، والحوث يلتقم بطبعه كالسبع الضاري، فلم يقطع أثر السبب الأول، ولذلك قلنا: لو أمسكه، فقتله آخر، فالقصاص على القاتل دون الممسك، ولو أمسكه وهَدَفَه لوثبة سبع ضار، فافترسه، فالقصاص على الممسك، لأن الحيوان الضاري يفعل بطبعه عند التمكن، وكأنه آلة لصاحب السبب الأول نازل منزلة ما لو ألقاه في بئر وكان في سفليها نصل منصوب فمات به، فالقصاص على الملقى، بخلاف ما إذا كان الطارىء فعل صاحب رأي، فإنه يبعد تنزيله منزلة الآلة، وبني على هذا أنه لو كان في سفلى البئر حية عادية بطبعها، أو نمر ضار، فقتله، وجب القصاص على المردى، ولو كان هناك مجنون ضار على طبع السباع، فكذلك، وإن لم يكن ضارياً، كان كالعاقل في إسقاط الضمان عن المردى، فلم يجعل الهلاك الحاصل بالسبع الضاري كالتلقي بالسيف، وأطلق البغوي نفى الضمان إذا افترسه السبع قبل أن يصل إلى الأرض، ولا فرق في مسألة القد، بين أن يكون القاد ممن يضمن أو ممن لا يضمن، كالحربي، ولو رفع الحوث رأسه، فألقمه فاه، لزمه القصاص بلا خلاف، ولو ألقاه في ماء غير مغرق، فالتقمه حوت، فلا قصاص قطعاً، لأنه لم يقصد إهلاكه، ولم يشعر بسبب الهلاك، فأشبه ما لو دفع رجلاً دفعاً خفيفاً، فألقاه، فجرحه بسكين كان هناك لم يعلم به الدافع، فلا قصاص، ولكن تجب في صورتين دية شبه العمد، كذا ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما، وحكاه ابن كج عن الأصحاب، ثم قال: ينبغي أن لا تتعلق به دية كما لا يتعلق به قصاص.

الضرب الثالث: أن يعتدل السبب والمباشرة، كالإكراه، فإذا أكره على القتل، وجب القصاص على الأمر، كما سبق، وفي المأمور قولان، أظهرهما: وجوب القصاص أيضاً، لأنه آثم بالاتفاق بخلاف قتل الصائل، وسواء في جريان القولين كان المكروه سلطاناً أو متغلباً، وقيل: هما في السلطان، فإن كان متغلباً، وجب القصاص قطعاً، فإن أوجبنا القصاص، فالأمر إلى الدية، فهي عليهما كالشريكين، وللولي أن يقتص من أحدهما، ويأخذ نصف الدية من الآخر، وإن لم نوجب القصاص على المأمور، ففي وجوب نصف الدية، وجهان: أحدهما: لا يجب، تنزيلاً له منزلة الآلة، وأصحهما: يجب وهو المنصوص، وبه قطع الأكثرون، فإن أوجبناه، وجبت الكفارة، وحرم الميراث، وهل تكون نصف الدية في ماله أم على عاقلته؟ فيه تردد للإمام.

قلت: الأرجح أنه في ماله. والله أعلم.

وإن قلنا: لا دية، وجبت الكفارة على الأصح، لأنه آثم، فإن أوجبنا الكفارة، حرم الإرث، وإلا فوجهان: أحدهما: الحرمان.

فرع: إذا أوجبنا القصاص على المكره والمكره جميعاً، وكان أحدهما مكافئاً للمقتول دون الآخر، وجب القصاص على المكافئ دون الآخر، كشريك الأب، فإذا أكره عبد حراً على قتل عبد، أو ذمي مسلماً على قتل ذمي، وجب القصاص على الأمر دون المأمور، ولو أكره حر عبداً على قتل عبد، أو مسلم ذمياً على قتل ذمي، فالقصاص على المأمور، ولو أكره الأب أجنبياً على قتل الولد، أو الأجنبي الأب، فالقصاص على الأجنبي.

فرع: إذا أكره بالغ صبيّاً مراهقاً على قتل، فلا قصاص على الصبي، وأما المكره، فيبنى على أن عمد الصبي عمد أم خطأ؟ فإن قلنا: عمد وهو الأظهر، فعليه القصاص، وإن قلنا: خطأ، فلا، لأنه شريك مخطيء، قال الإمام: هذا إذا قلنا: يجب القصاص على المكره والمكره، وجعلناهما كالشريكين، فأما إن قلنا: لا قصاص على المكره، ففي وجوب القصاص على المكره مع قولنا عمد الصبي خطأ، وجهان: وأما الدية، فجميعها على المكره إن لم نوجب على المكره شيئاً، وإن أوجبنا عليه نصفها، فنصفها على المكره، ونصفها في مال الصبي إن قلنا: عمده عمد، وإن قلنا: خطأ، فعلى عاقلته، ولو أكره مراهق بالغاً، فلا قصاص على المراهق، وفي البالغ: القولان، إن قلنا: عمد الصبي عمد، وإن قلنا: خطأ، فلا قصاص قطعاً، لأنه شريك مخطيء.

فرع: أكره رجل رجلاً على أن يرمي إلى طلل علم الأمر أنه إنسان، وظنه المأمور حجباً أو صيداً، أو على أن يرمي سترة وراءها إنسان، وعلمه الأمر دون المأمور، فلا قصاص على المأمور، ويجب على الأمر على الصحيح، فإنه آله له، ووجه المنع أنه شريك مخطيء، فإن آل الأمر إلى الدية، فوجهان: أحدهما: تجب كلها على الأمر واختاره البغوي، والثاني: عليه نصفها وعلى عاقلة المأمور نصفها، ولو أكرهه على أن يرمي إلى صيد، فرمى، وأصاب رجلاً فقتله، فلا قصاص على واحد منهما، لأنهما لم يتعمدا، وأما الدية فجميعها على عاقلة الأمر إن لم نضمن المكره، وإلا فعلى عاقلة كل واحد منهما نصفها، ولو أكرهه على صعود شجرة، أو نزول بئر، ففعل، فزلق وهلك، فالصحيح أنه شبه عمد، فلا قصاص، لأنه لا يقصد به القتل غالباً، وهذا هو الذي ذكره الفوراني والبغوي والرويانى، وقال الغزالي: يجب القصاص.

فرع: لو قال: اقتل نفسك وإلا قتلتك، فقتل نفسه، ففي وجوب القصاص، قولان، أظهرهما: لا يجب، فإن أوجبناه، فعفى عنه على مال، وجب جميع الدية، وإن لم نوجبه، فعليه نصف الدية إن أوجبنا الضمان على المكره، وجميعها إن لم

نوجبه، ويجري القولان، فيما لو أكرهه على شرب سم، فشربه وهو عالم به، وإن كان جاهلاً، فعلى المكره القصاص قطعاً، ولو قال: اقطع يدك وإلا قتلتك، فهو إكراه قطعاً، ذكره أبو الحسن العبادي.

فرع: قال: اقتلني وإلا قتلتك، فهذا إذن منه في القتل وإكراه، ولو تجرد الإذن، فقتله المأذون له، ففي وجوب الدية قولان مبنيان على أن الدية تجب للورثة ابتداء عقب هلاك المقتول، أم تجب للمقتول في آخر جزء من حياته ثم تنتقل إليهم؟ إن قلنا بالأول، وجبت ولم يؤثر إذنه، وإلا فلا، وهذا الثاني أظهر، كذا ذكره البغوي والغزالي وغيرهما، لأنه ينفذ منها ديونه ووصاياه، ولو كانت للورثة لم يكن كذلك، وأما القصاص، فلا يجب على المذهب، وبه قطع الجمهور، وعن سهل الصعلوكي طرد الخلاف فيه، ولو قال: اقطع يدي، فقطعها، فلا قصاص ولا دية قطعاً، لأنه إتلاف مأذون فيه، فصار كإتلاف ماله بإذنه، ولو أذن عبد في القتل، أو القطع، لم يسقط الضمان، وفي وجوب القصاص إذا كان المأذون له عبداً، وجهان: أما إذا انضم الإكراه إلى الإذن، فسقوط القصاص أقوى، وأما الدية، فإن لم نوجبها عند تجرد الإذن فمع الإكراه أولى، وإن أوجبناها، بني على أن المكره هل عليه نصف الدية؟ إن قلنا: نعم، فعليه نصفها، وإلا فلا.

واعلم أن الأئمة نقلوا أن المكره على قتله، يجوز له دفع الأمر والمأمور جميعاً، وأنه لا شيء عليه إذا قتلها، وأن للمأمور دفع الأمر، ولا شيء عليه إذا أتى الدفع على نفسه، فعلى هذا إذا قتله دفعاً ينبغي أن يحكم بأنه لا قصاص ولا دية بلا تفصيل ولا خلاف، وقد أشار إلى هذا أبو الحسن العبادي فقال: إذا قال: اقتلني وإلا قتلتك، فإن لم يقتله، فهو استسلام، وإن قتله، فهو دفع، ويمكن أن يقال: موضع التفصيل والخلاف ما إذا أمكنه الدفع بغير القتل، وإنما لا يلزمه شيء إذا لم يمكنه الدفع بغيره، ولو قال: اقذفني وإلا قتلتك، فقفذه، فقليل: لا حد، كما لو قال: اقطعني، قال البغوي: والصحيح وجوبه، لأنه قد يستعين بالغير في قتل نفسه وقطعه، ولا يستعان به في القذف، فجعل القاذف مبتدئاً.

قلت: هذا الذي قاله البغوي عجب، والصواب: أنه لا حد. والله أعلم.

فرع: لو قال: اقتل زيداً أو عمراً وإلا قتلتك، فهذا ليس بإكراه، بل تخيير، فمن قتله منهما كان مختاراً لقتله، وإنما المكره من حمل على قتل معين لا يجد عنه محيصاً، وفي «الرقم» وجه أنه إكراه، ونقله المتولي عن اختيار القاضي حسين، وليجىء مثله في الطلاق، والصحيح الأول، فعلى هذا من قتله منهما، لزمه القصاص، ولا شيء على الأمر غير الإثم.

فرع: لو أكره رجلاً على أن يكره ثالثاً على قتل رابع، ففعلاً، وجب القصاص على الأمر، وفي الثاني والثالث: القولان، لأنهما مكرهان.

فصل: إذا أمره السلطان بقتل رجل ظلماً، فقتله المأمور، نظر إن ظن المأمور أنه يقتله بحق، فلا شيء على المأمور، لأن الظاهر أنه لا يأمر إلا بحق، ولأن طاعة السلطان واجبة فيما لا يعلم أنه معصية، واستحب الشافعي رحمه الله أن يكفر لمباشرته القتل، وأما الأمر، فعليه القصاص، أو الدية والكفارة، وإن علم المأمور أنه يقتله ظلماً، فهل ينزل أمره منزلة الإكراه؟ وجهان: ويقال: قولان، أحدهما: لا، وإنما الإكراه بالتهديد صريحاً كما في غير السلطان، فعلى هذا لا شيء على الأمر سوى الإثم، ويلزم المأمور القصاص، أو الدية والكفارة، والثاني: ينزل منزلة الإكراه لعلتين، إحداهما: أن الغالب من حاله السطوة عند المخالفة، والثاني: أن طاعته واجبة في الجملة، فينتهض ذلك شبهة، فإذا نزلناه منزلة الإكراه، فعلى الأمر القصاص، وفي المأمور، القولان في المكره، ولو أمره صاحب الشوكة من البغاة، كان كأمر إمام العدل، لأن أحكامه نافذة، ولو أمره غير السلطان بالقتل بغير الحق، كالزعيم والمتغلب، فقليل: نظر، إن لم يخف من مخالفته المحذور، فعلى المأمور القصاص أو الدية والكفارة، وليس على الأمر إلا الإثم، ولا فرق بين أن يعتقده حقاً، أو يعرف كونه ظلماً، لأنه ليس بواجب الطاعة، وإن كان يخاف من مخالفته المحذور، بأن اعتيد منه ذلك، ففيه الخلاف المذكور في الإمام أن المعلوم هل يجعل كالمفوض به، والقياس جعله كالمفوض، وإلى ترجيحه مال الغزالي وغيره، وفي أمر السلطان مقتضى ما ذكره الجمهور تصريحاً ودلالة لا ينزل منزلة الإكراه، فحصل من هذا أن أمر السلطان من حيث هو سلطان لا أثر له، وإنما النظر إلى خوف المحذور.

فرع: لو أمر السيد عبده بقتل رجل ظلماً فقتله، فإن كان العبد مميزاً لا يرى طاعة السيد واجبة في كل ما يأمره به، فالقصاص على العبد، ولا شيء على السيد سوى الإثم، فإن عفا، أو كان مراهقاً، تعلق الضمان برقبته، وكذا لو أمره بإتلاف مال، فأتلفه، وإن كان صغيراً لا يميز، أو مجنوناً ضارياً، أو أعجمياً يرى طاعة السيد واجبة في كل شيء، فهو كالآلة، والقصاص أو الدية على السيد. وفي تعلق المال برقبة مثل هذا العبد، وجهان: أحدهما: نعم، لأنه متلف، وأصحهما: لا، لأنه كالآلة، فأشبهه ما لو أغرى بهيمته على إنسان فقتلته، لا يتعلق بها ضمان، ولو أمر عبد غيره، فكذلك الحكم إن كان العبد بحيث لا يفرق بين أمر سيده وغيره، ويسارع إلى ما يؤمر به، فإن قلنا: يتعلق الضمان برقبته، فبيع فيه، فعلى الأمر قيمته للسيد، وإذا لم تف قيمته بالواجب، فعلى الأمر الباقي، وكذا لو كان الأمر السيد،

وليس هذا التعلق كتعلق الأرش برقبة سائر العبيد، ولو أمر أجنبي هذا العبد بقتل نفسه، ففعل، فعلى الأمر الضمان إن كان صغيراً أو مجنوناً، ولا يجب إن كان أعجمياً، لأنه لا يعتقد وجوب الطاعة في قتل نفسه بحال، لكن لو أمره ببطّ جراحة أو فتح عرق على مقتل، وجب الضمان، لأنه لا يظنه قاتلاً، فيجوز أن يعتقد وجوب الطاعة، هكذا حكى عن النص، فإن كان الأجنبي الأمر عبداً، فليكن القصاص على هذا التفصيل، كما سيأتي نظيره إن شاء الله تعالى.

فرع: لو أمر رجل صبيّاً أو مجنوناً حراً بقتل شخص، فقتله، قال البغوي: إن كان لهما تمييز، فلا شيء على الأمر سوى الإثم، وتجب الدية في مال المأمور مغلظة، إن قلنا: عمدته عمد، وإن قلنا: خطأ، فعلى عاقلته مخففة، وإن لم يكن لهما تمييز، وكانا يسارعان إلى ما أغريا به، أو كان المجنون ضارياً، فالقصاص أو كمال الدية على الأمر، ولياً كان، أو أجنبياً، ولو أمر أحدهما بقتل نفسه، ففعل، فعلى الأمر القصاص، ولو أن مثل هذا الصبي أو المجنون قتل، أو أتلف مالا من غير أمر أحد، ففي تعلق الضمان بهما الخلاف السابق في التعلق برقبة العبد، لأنه يشبه إتلاف البهيمة العادية، ذكره الشيخ أبو محمد.

قلت: قال أصحابنا: لو أمر صبيّاً لا يميز بصعود شجرة، أو نزول بئر، ففعل، فسقط فهلك، فعلى عاقلة الأمر الدية. والله أعلم.

فرع: لو أكره رجل عبداً صغيراً مميّزاً على قتل، فقتل، فهل تتعلق الدية برقبته؟ قال الإمام: يبنى على أن المكروه الحر هل تلزمه الدية؟ إن قلنا: نعم، فنعم، وإلا ففي التعلق برقبته الخلاف السابق في التعلق برقبة العبد الأعجمي، لنزوله منزلة الآلة.

فرع: لو أمره الإمام بصعود شجرة، أو نزول بئر، فامتل، فهلك به، فإن قلنا: أمره ليس بإكراه، فلا ضمان، كما لو أمره أحد الرعية، وإن قلنا: إكراه، فإن كان يتعلق بمصلحة المسلمين، فالضمان على عاقلة الإمام، أو في بيت المال؟ فيه القولان المعروفان في نظائره، وإن تعلق به خاصة، فالضمان على عاقلته.

فصل: فيما يباح بالإكراه

الإكراه على القتل المحرم لا يبيحه، بل يآثم بالاتفاق إذا قتل، وكذا لا يباح الزنى بالإكراه، ويباح بالإكراه شرب الخمر والإفطار في رمضان، والخروج من صلاة الفرض، وإتلاف مال الغير، ويباح أيضاً كلمة الكفر، وفي وجوب التلفظ بهما وجهان: أحدهما: نعم حفظاً لنفسه، كما يجب أكل الميتة للضرورة، والثاني وهو

الصحيح: لا يجب للأحاديث الصحيحة في الحث على الصبر على الدين، واقتداء بالسلف، فعلى هذا الأفضل أن يثبت ولا يتلفظ، وإن قتل، وقيل: إن كان ممن يتوقع منه النكاية في العدو، أو القيام بأحكام الشرع، فالأفضل أن يتلفظ، وإلا، فالأفضل الامتناع، ولا يجب شرب الخمر عند الإكراه على الصحيح، ويمكن أن يجيء مثله في الإفطار في رمضان، ولا يكاد يجيء في الإكراه على إتلاف المال، ثم إذا أتلّف مال غيره بالإكراه، فللمالك مطالبة المكروه الأمر بالضمان، وفي مطالبة المأمور وجهان: أحدهما: لا يطالب، لأنه إتلاف مباح له بالإكراه، وأصحهما: يطالب، لكنه يرجع بالمغروم على الأمر، هذا هو المذهب، وقيل: إن الضمان على المأمور، ولا رجوع له، وقيل: يتقرر الضمان عليهما بالسوية، كالشريكين، والقول في جزاء الصيد إذا قتله المحرم مكرهاً، كالقول في ضمان المال.

فرع: ذكره الرافعي في مسائل منثورة قبل كتاب الديات. يجوز للمكروه على إتلاف مال، ولصاحب المال دفع المكروه بما أمكنهما، وليس لصاحب المال دفع المكروه، بل يلزمه أن يقي روحه بماله، كما يناول المضطر طعامه.

فصل: إذا أنهشه حية، أو ألدغه عقرباً يقتل غالباً، فقتلته، وجب القصاص، وإن لم يقتل غالباً، فهل هو عمد، أم شبه عمد؟ قولان، أظهرهما: الثاني، وإن لم ينهشها، ولكن ألقى الحية عليه، أو ألقاه عليها، أو قيده وطرحه في موضع فيه حيات وعقارب، فقتلته، فلا قصاص ولا ضمان، سواء كان الموضع واسعاً أو ضيقاً، لأنه لم يلجئها إلى قتله، بل هي قتلته باختيارها، فهو كالممسك مع القاتل. ولو عرضه لافتراس سبع يقتل غالباً، كالأسد والنمر والذئب، وهُدِّفَ له حتى صار السبع كالمضطر إلى قتله، لزمه القصاص، نص عليه، فإن كان السبع مما لا يقتل غالباً، فهو كالحية التي لا تقتل غالباً، وإن أرسل عليه السبع، أو أغرى به كلباً عقوراً في موضع واسع كالصحراء، فقتله، أو طرحه في مسبعة أو بين يدي سبع في الصحراء مكتوفاً، أو غير مكتوف، فقتله، فلا قصاص ولا ضمان، سواء كان المطروح صغيراً أو كبيراً، لأنه لم يلجئه إلى قتله، والذي وجد منه ليس بمهلك، وهو كالممسك مع القاتل، وفي الصبي وجه، أنه يجب الضمان، ولو أغراه به في موضع ضيق، أو حبسه معه في بئر، أو بيت، فقتله، وجب القصاص، مكتوفاً كان أو غير مكتوف، لأنه إلقاء السبع إلى قتله، وليس السبع كالحية، حيث لم يفرق فيها بين الموضع الواسع والضيق، لأن الحية تنفر من الأدمي، والسبع يقصده في المضيق ويتوثب، وفي الموضع الواسع لا يقصده قصده في المضيق، إنما يقصده دفعه ويمكن التحرز منه والفرار، فهذا هو المنصوص، والمذهب، وبه قطع الجمهور، وعن القاضي

حسين أن الحية إن كانت تقصد ولا تنفر، فهي كالسبع، وأنها أنواع مختلفة الطباع، وأن السبع إذا كان ضارياً شديداً العدو ولا يتأتى الهرب منه في الصحراء، وجب القصاص، وجعل الإمام هذا بياناً لما أطلقه الأصحاب واستدراكاً، وأما البغوي وغيره فجعلوا المسألة مختلفاً فيها، وحكى ابن كج قولاً أنه لو جمع بينه وبين حية في بيت، وجب القصاص كالسبع، وقولاً أنه لا يجب في السبع، وهما غريبان، وحيث أوجبنا القصاص في الحية والسبع فذلك إذا قتل في الحال، أو جرح جراحة تقتل غالباً، أما إذا جرحه جرحاً لا يقتل مثله غالباً، فهو شبه عمد، وكأن تلك الجراحة صدرت من المغري، وإذا أمكن المغري عليه الفرار، فلم يفر، قال الإمام: هو كترك السباحة، والمجنون الضاري في ذلك كالسبع، ولو ربط في داره كلباً عقوراً، ودعا إليها رجلاً، فافترسه الكلب، فلا قصاص ولا ضمان، ولم يجعل على الخلاف السابق في حفر البئر في الدهليز وتغطية رأسها، لأن الكلب يفترس باختياره، ولأنه ظاهر يمكن دفعه بعضاً وسلاح.

الطرف الرابع: في اجتماع مباشرتين.

فإذا صدر فعلاً من شخصين، نظر، إن وجدا معاً، فهما قاتلان، سواء كانا مذفين بأن حز أحدهما رقبته، وقده الآخر نصفين، أو لم يكونا، بأن أجاف كل منهما، أو قطعاً عضوين، ومات منهما، وإن كان أحدهما مذفناً دون الآخر، فقياس ما سنذكره إن شاء الله تعالى أن يكون المذنب هو القاتل، وإن طرأ فعل أحدهما على الآخر فله حالان:

أحدهما: أن يوجد فعل الثاني بعد انتهاء المجني عليه إلى حركة المذبوح، إما عقب الفعل الأول لكونه مذفناً، وإما لسرايته وتأثيره، فالقاتل هو الأول، ولا شيء على الثاني سوى التعزير، لأنه هتك حرمة ميت، فعزر، كما لو قطع عضو ميت، والمراد بحركة المذبوح الحالة التي لا يبقى معها الإبصار والإدراك، والنطق والحركة الاختياريان، وقد يُقد الشخص، وتترك أحشائه في النصف الأعلى فيتحرك ويتكلم بكلمات لكنها لا تنتظم، وإن انتظمت، فليست صادرة عن روية واختيار، والحالة المذكورة وهي التي تسمى حالة اليأس، لا يصح فيها الإسلام، ولا شيء من التصرفات، ويصير فيها المال للورثة، ولو مات قريب لمن انتهى إليها، لم يورث منه، ولو أسلم كافر، أو عتق رقيق فيها، لم يزاحم سائر الورثة، وكما لا يصح فيها الإسلام، لا تصح فيها الردة، هذا هو الصحيح، وبه قطع الأصحاب، وفي كتاب ابن كج: أنها تصح، لأن الكافر يوقن حينئذٍ، فأعراض المسلم قبيح، وهذا ليس بشيء، ومن قطع حلقومه ومريئه، أو أبينت حشوته من جوفه، فقد انتهى إلى حركة المذبوح،

ولو أصاب الحشوة حرق، أو قطع، وتيقن موته بعد يوم أو يومين، وجب القصاص على قاتله في ذلك الحال.

الحال الثاني: أن يوجد فعل الثاني قبل انتهائه إلى حركة المذبوح، فينظر، إن كان الثاني مذنباً بأن جرحه الأول، وحز الثاني رقبته، أو قده، فالقاتل هو الثاني، وأما الأول فليس عليه إلا القصاص في العضو المقطوع، أو المال على ما يقتضيه الحال، ولا فرق بين أن يتوقع البرء من الجرح السابق لو لم يطرأ الحز، وبين أن يستيقن الهلاك بعد يومين أو نحو ذلك، لأن حياته في الحال مستقرة، وتصرفاته نافذة، وإن لم يكن الثاني مذنباً أيضاً، ومات بسرأتيهما، بأن أجافاه، أو قطع الأول يده من الكوع، والثاني من المرفق، فمات، فهما قاتلان، لأن القطع الأول قد انتشرت سرايته وألمه ولو شك في الانتهاء إلى حركة المذبوحين، عمل فيه بقول أهل الخبرة.

فرع: المريض المشرف على الموت يجب القصاص على قاتله، قال القاضي وغيره: سواء انتهى إلى حالة النزاع أم لا، ولفظ الإمام: أن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت، وبدت أماراته، وتعشرت الأنفاس في الشراسيف، لا يحكم له بالموت، بل يلزم قاتله القصاص، وإن كان يظن أنه في مثل حال المقدود، وفرقوا بينهما بأن إنهاء المريض إلى تلك الحالة غير مقطوع به، وقد يظن به ذلك، ثم يشفى، بخلاف المقدود، ولأن المريض لم يسبق فعل بحال القتل وأحكامه عليه حتى يهدر الفعل الثاني والقدر ونحوه بخلافه.

فصل: فيما إذا قتل إنساناً يظنه على حال وكان بخلافه

وفيه مسائل:

الأولى: قتل من ظنه كافراً، بأن كان عليه زي الكفار، أو رآه يعظم آلهتهم، فبان مسلماً، نظر، إن كان ذلك في دار الحرب، فلا قصاص قطعاً، ولا دية على الأظهر، وتجب الكفارة قطعاً، وإن كان في دار الإسلام، وجبت الدية والكفارة قطعاً، وكذا القصاص على الأظهر، فإن لم نوجبه، فهل الدية مغلظة أم مخففة على العاقلة؟ قولان.

الثانية: قتل من ظنه مرتداً أو حربياً، فلم يكن، فعليه القصاص، فإن عهده مرتداً، أو ظن أنه لم يسلم وكان أسلم، فالنص وجوب القصاص، ونص فيما لو عهده ذمياً أو عبداً، فقتله ظاناً أنه لم يسلم، ولم يعتق، فبان خلافه، أنه لا قصاص، فقليل: في الجميع قولان، وقيل: بظاهر النصين، لأن المرتد يحبس فلا يخلى، فقاتله

مقصر بخلاف الذمي والعبد، وقيل: يجب القصاص في الجميع، لأنه ظن لا يبيح القتل، والمذهب وجوب القصاص في الجميع، وإن أثبتنا الخلاف، كما لو علم تحريم القتل، وجهل وجوب القصاص، ولو عهده حربياً فظن أنه لم يسلم، فقيل: كالمرتد، وقيل: لا قصاص قطعاً، لأن المرتد لا يخلو، والحربي يخلو بالمهادنة، ويخالف العبد والذمي، فإنه ظن لا يفيد الحل والإهدار، بخلاف الحربي، ولو ظنه قاتل أبيه، فقتله، فبان غيره، وجب القصاص على الأظهر، لأنه يلزمه التثبت، ولم يعهده قاتلاً حتى يستصحبه، ولو قال: تبينت أن أبي كان حياً حين قتلته، وجب القصاص قطعاً، وحيث قلنا: لا قصاص في هذه الصور، فقال: ظننته كافراً أو رقيقاً، فقال الولي: بل علمته مسلماً حراً، فالقول قول القاتل، لأنه أعرف، ونقل الغزالي في موضع القولين فيما إذا قال: ظننته قاتل أبي، طريقين، أحدهما: موضعهما إذا تنازعا، أما إذا صدقه الولي، فلا قصاص قطعاً، والثاني: طرد القولين في الحالين، لأنه ظن من غير مستند شرعي.

الثالثة: ضرب مريضاً ضرباً يقتل المريض دون الصحيح، فمات منه، فإن علم مرضه، فعليه القصاص قطعاً، وكذا إن جهله على الصحيح، لأن جهله لا يبيح الضرب.

الركن الثاني: القتل.

وشرط وجوب القصاص كونه معصوم بالاسلام، أو الجزية، أو الأمان، فالحربي مهدر، والمرتد مهدر في حق المسلم، وأما في حق ذمي ومرتد آخر، ففيه خلاف يأتي قريباً إن شاء الله تعالى، ومن عليه قصاص إذا قتله غير مستحقه، لزمه القصاص، والزاني المحصن إن قتله ذمي، فعليه القصاص، وإن قتله مسلم، فلا على الأصح المنصوص.

قلت: قال القاضي أبو الطيب في تعليقه: الخلاف إذا قتل قبل أن يأمر الإمام بقتله، فإن قتل بعد أمر الإمام بقتله، فلا قصاص قطعاً. والله أعلم.

فرع: في فتاوى القفال: أن من ترك الصلاة عمداً حتى خرج وقتها، وكان يؤمر بفعلها، فلا يفعلها، فقتله إنسان، فلا قصاص، وليكن هذا جواباً على الأصح المنصوص في الزاني المحصن، قال: فلو جن قبل فعلها، لم يقتل في حال الجنون، فلو قتله حينئذ رجل، لزمه القصاص، وكذا لو سكر، ولو جن المرتد، أو سكر، فقتله رجل، فلا قصاص لقيام الكفر.

الركن الثالث: القاتل.

وشروطه أن يكون ملتزماً للأحكام، فلا قصاص على صبي ولا مجنون^(١)، كما لا قصاص على النائم إذا انقلب على شخص، لأنه ليس لهما أهلية الالتزام، ومن يقطع جنونه له حكم المجنون في حال جنونه، وحكم العاقل في حال عقله، ومن لزمه قصاص بإقرار، أو بينة، ثم جن، استوفى منه حال جنونه، لأنه لا يقبل الرجوع بخلاف ما لو أقر بحد، ثم جن، لا يستوفى منه، والمذهب وجوب القصاص على السكران، ومن تعدى بشرب دواء مزيل للعقل، وفيه خلاف سبق في الطلاق.

فرع: لو قال القاتل: كنت يوم القتل صغيراً، وقال الولي: بل بالغاً، صدق القاتل بيمينه، لأن الأصل الصغر، وهذا بشرط الإمكان، ولو قال: أنا الآن صغير، صدق، ولا قصاص ولا يمين عليه، لأن اليمين لإثبات المحلوف عليه، ولو ثبت صباه، لبطلت يمينه، ولو قال: كنت مجنوناً عند القتل، وكان عهد له جنون، صدق، وإلا فلا، لأن الأصل السلامة، ولو اتفقا على أنه كان زائلاً للعقل، وقال القاتل: كنت مجنوناً، وقال الوارث: بل سكران، صدق القاتل، ولو أقام القاتل بينة أنه كان يوم القتل مجنوناً، وأقام الوارث بينة أنه كان حينئذ عاقلاً تعارضتا.

فرع: يجب القصاص على المرتد، والمعصوم، لالتزامه الأحكام، ولا يجب على الحربي، كما لا يضمن المال لعدم التزامه، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وقال الأستاذ أبو إسحاق الإسفراييني: يلزم الحربي ضمان النفس والمال، لأنه مخاطب بفروع الشرع، قال أبو الحسن العبادي: ويُعزى هذا إلى المزني في المنشور.

باب: ما يشترط مساواة القاتل القاتل فيه لوجوب القصاص وما لا يؤثر اختلافهما فيه

الخصال التي يفضل القاتل القاتل بها كثيرة، ولا يؤثر منها في منع القصاص إلا ثلاث وهي: الإسلام والحرية والولادة، فإن استوى القاتل والمقتول في عدم الثلاثة، أو وجود ما يمكن وجوده، جرى القصاص بينهما، وإلا قتل المفضل بالفاضل ولا عكس.

(١) لما أخرج أبو داود في سننه برقم (٤٣٩٨) والنسائي في سننه (١٠٠/٢) وابن ماجه في سننه برقم (٢٠٤١) والدارمي في سننه (١٧١/٢) وابن حبان في صحيحه برقم (١٤٩٦) وأحمد في المسند (١٠٠/٦، ١٠١، ١٤٤) والحاكم في المستدرک (٥٩/٢) من حديث عائشة رضي الله عنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق، وعن الصبي حتى يكبر». والحديث صححه العلامة الألباني رحمته الله في الإرواء برقم (٢٩٧).

الخصلة الأولى: الإسلام، فلا يقتل مسلم بكافر، حربياً كان أو ذمياً، أو معاهداً، ويقتل الذمي والمعاهد بالمسلم، ويقتل الذمي بالذمي وإن اختلفت ملّتهما، كيهودي ونصراني، ولو قتل ذمي ذمياً، ثم أسلم القاتل، اقتصر منه، ولو جرح ذمي ذمياً، أو معاهداً، وأسلم الجراح، ثم مات المجروح بالسراية، وجب القصاص على الأصح عند الجمهور، وقطع به جماعة، وهذا الخلاف في قصاص النفس، فإن جرح جرحاً يوجب قصاصاً، كقطع طرف، ثم أسلم القاطع، ثم سرى، وجب القصاص في الطرف قطعاً، ثم إذا طرأ إسلام القاتل بعد القتل، أو بعد قطع الطرف، استوفى الإمام القصاص بطلب الوارث، ولا يفوضه إليه حذاراً من تسليط الكافر على المسلم، إلا أن يسلم، فيفوضه إليه، ولو قتل مسلم ذمياً، ثم ارتد، أو جرحه، ثم ارتد، ثم مات المجروح، فلا قصاص، لعدم المكافأة حالة الجناية، ولو قتل ذمي مسلماً، ثم أسلم، لم يسقط عنه القصاص، ولو قتل عبد مسلم عبداً مسلماً لكافر، فهل يثبت القصاص، وجهان: أحدهما: وجوب القصاص، وبه قال الشيخ أبو حامد والماوردي، وأصحهما: عند المتأخرين، وهو اختيار القاضي أبي الطيب والقفال: لا قصاص، لأنه لا يقتل بجزء الحرية جزء الحرية، وبجزء الرق جزء الرق، بل يقتل جميعه بجميعه، ولهذا لو كان القتل خطأ، أو آل الأمر إلى المال، وأوجبنا نصف الدية ونصف القيمة مثلاً، لا نقول: نصف الدية في مال القاتل، ونصف القيمة في رقبته، بل يجب ربع الدية، وربع القيمة في ماله، وربع الدية وربع القيمة في رقبته، وهذا متفق عليه، ولو وقع الإستيفاء شائعاً، لزم قتل البعض الحر بالبعض الحر والرقيق معاً.

فرع: قتل عبد مسلم حراً ذمياً، أو حر ذمي عبداً مسلماً، أو قتل كافر ابنه المسلم، أو الابن المسلم أباه الكافر، لا قصاص، لأن الحر والمسلم والأب لا يقتل بمفضوله.

فرع: قتل المكاتب أباه وهو يملكه، فلا قصاص على الأصح، ولو قتل عبداً له غير أبيه، فلا قصاص على المذهب، وقيل: وجهان: لأن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم.

قلت: إذا أوجبنا القصاص، استوفاه سيد المكاتب، لأنهما عبدان للسيد، قتل أحدهما الآخر، فهو كما لو قتله أجنبي. والله أعلم.

الخصلة الثالثة: الولادة، فلا قصاص على والد يقتل ولده، والأم كالأب وكذلك الأجداد والجندات وإن علوا من قبل الأب والأم جميعاً، وحكى ابن القاص وابن سلمة قولاً في الأجداد والجندات، وهو شاذ منكر، قال الإمام: هذا لا يقبله

الأصحاب منصوصاً ولا مخرجاً، ولو حكم قاض بقتل الوالد بولده، قال ابن كج: ينقض حكمه، وليكن هذا فيما يوافقنا فيه مالك رحمه الله، فإنه روي عنه أنه إن أضجعه وذبحه، فعليه القصاص، وإن حذفه بالسيف، فلا، لاحتمال قصده التأديب، وعندنا: لا فرق.

فرع: يقتل الولد بالوالد، وكذا سائر المحارم بعضهم ببعض.

فرع: قتل الأب الرقيق عبد ابنه، فلا قصاص، لأن قصاصه لابنه، ولو قتل الابن الرقيق عبد أبيه، فلا لأب القصاص.

فرع: لو قتل من يرثه ولد القاتل، لم يجب القصاص، مثاله: قتل زوجة ابنه، أو زوجته وله منها ولد، أو قتلت أم الولد سيدها وله منها ولد، ولو ثبت عليه قصاص، فورث ولده القصاص، أو بعضه، بأن قتل أبا زوجته، ثم ماتت الزوجة، ولها منه ولد، أو قتل ابن عتيق ولده ثم مات العتيق وورثه الولد، فلا قصاص، وكذا لو ورث القاتل القصاص، بأن قتل أحد الابنين أباه، ثم مات الابن الآخر، فورثه القاتل.

فرع: تدعى رجلان مولوداً مجهولاً، ثم قتله أحدهما، أو قتلاه، فلا قصاص في الحال، فإن ألحقه القائف بأحدهما، وكانا مشتركين في القتل، فلا قصاص على الذي ألحق به، ويقتص من الآخر، وحكى ابن كج وجهاً شاذاً أنه لا يقتص من الآخر، لأن إلحاق القائف مبني على الأشباه، وهو ضعيف، فلا يرتب عليه القصاص الذي يسقط بالشبهات وإن كان القاتل أحدهما، فألحقه بالآخر، اقتص منه، وكذا لو ألحقه بغيرهما، ويعود فيه وجه ابن كج، وإن رجعا عن الدعوة، لم يقبل رجوعهما، لأنه صار ابناً لأحدهما، وفي رجوعه إبطال حق الولد، وإن رجع أحدهما، وأصر الآخر، فهو ابن الآخر، فيقتص من الراجع إن اشتركا في قتله، أو إن انفرد هو بقتله، هذا إذا لحق المولود أحدهما بالدعوة، أما إذا لحق بالفراش، بأن نكحت معتدة وأتت بولد يمكن كونه من الأول ومن الثاني، أو فرض وطء شبهة، فإنما يتعين أحدهما بإلحاق القائف، أو بانتساب المولود بعد بلوغه، فلو نفاه أحدهما، فهل يتعين للثاني، أم يبقى الإبهام حتى يعرض على القائف، أو ينتسب؟ قولان، أظهرهما: ثانيهما، فإذا ألحقه القائف بأحدهما، اقتص من الآخر إن انفرد بقتله، أو شارك فيه، وإن ألحقه بأحدهما، أو انتسب بعد البلوغ، فقتله الذي لحقه، لم يقتص منه، فإن أقام الآخر بينة بنسبه، لحقه واقتص من الأول.

فرع: أخوان لأب وأم، قتل أحدهما الأب والآخر الأم، فلهما حالان:

أحدهما: أن يقتل أحدهما معاً، والثاني: على التعاقب، والاعتبار في المعية والتعاقب بزهوق الروح لا بالجرح.

الحال الأول: أن يقتل أحدهما معاً، فكل واحد يستحق القصاص على الآخر، فإن عفا أحدهما، فللمعفو عنه أن يقتص من العافي، وإن لم يعف، قدم للقصاص من خرجت قرعته، وإذا استوفى أحدهما بقرعة، أو بالمبادرة بلا قرعة، فإن قلنا: القاتل بحق لا يحرم الميراث، ولم يكن المقتص محجوباً، سقط القصاص عنه، لأنه ورث القصاص المستحق على نفسه، أو بعضه، وإن قلنا: يحرم الميراث وهو المذهب، أو كان هناك من يحجبه، فلوارث المقتص منه أن يقتص من المبادر.

الحال الثاني: أن يتعاقب القتلان، فإن كانت الزوجية باقية بين الأب والأم، فلا قصاص على القاتل أولاً، ويجب على القاتل الثاني، فإذا اقتص القاتل الأول من الثاني، وقلنا: القاتل بحق يحرم الميراث، أو كان المقتص محجوباً، فلورثة المقتص منه نصيبه من دية القاتل الأول يطالبون به القاتل الأول، وإن لم تكن الزوجية باقية بين الأب والأم، فلكل واحد منهما حق القصاص على الآخر، وهل يقدم بالقرعة، أم يقتص من المبتدئ بالقتل؟ وجهان: ميل القاضي حسين والإمام إلى الأول، وبالثاني أجاب الروياني وغيره.

قلت: لم يعبر عن ترجيح الوجهين بما ينبغي، فقد قطع بالإقراع الشيخ أبو حامد والمحاملي وابن الصباغ وغيرهم، وقطع بالثاني القاضي أبو الطيب والبغوي وغيرهما، ونقله الإمام عن الأصحاب، مع أنه رجح الإقراع، والأرجح ما نقله عن الأصحاب. والله أعلم.

ولو بادر من أردنا الاقتصاص منه بالقرعة أو لابتدائه بالقتل، عاد النظر في أن القاتل هل يحرم الميراث وأنه هل خلف المقتول من يحجبه كما سبق، وحكى الروياني عن الأصحاب فيما إذا وقع القتلان معاً، وأقرعنا للابتداء، فخرجت القرعة لأحدهما، أنه لو وكل من خرجت قرعته وكيلاً، جاز، لأنه يقتص له في حياته، ولو وكل الآخر، لم يجز، لأنه يقتص له بعد قتله، ولا تبقى الوكالة حينئذٍ، قال: وعندي أن توكيله صحيح أيضاً، ولهذا لو بادر وكيله، فقتل، لم يلزمه شيء، لكن إذا قتل موكله، بطلت الوكالة.

قلت: ولو وكل كل واحد من الأخوين وكيلاً قبل الإقراع، صح، ثم يقرع بين الوكيلين، فإذا اقتص أحدهما، انعزل الآخر. والله أعلم.

فرع: أربعة إخوة، قتل الثاني أكبرهم، ثم الثالث أصغرهم، ولم يخلف

القتيلان غير القاتلين، فللثاني أن يقتص من الثالث، ويسقط عن الثاني القصاص، لأنه ورث ما كان الصغير يستحقه عليه.

فرع: قتل زيد ابناً لعمرو، وعمرو ابناً لزيد، وكل واحد من الأبوين متفرد بالإرث، فلكل واحد منهما القصاص على الآخر، وحكى ابن كج عن ابن أبي هريرة وابن القطان، أنه لا قصاص بينهما، بل يقع التقاص، والصحيح الأول، ولا بد من مجيء هذا الوجه في الأخوين.

قلت: قد صرح صاحب البيان بنقل الوجه في الأخوين عن ابن اللبان. والله أعلم.

فرع: لو شهد الابن على أبيه بما يوجب القتل، قبلت شهادته على الصحيح، ونقل ابن كج عن ابن أبي هريرة أنها لا تقبل.

فرع: يكره للجلاد قتل والده حداً وقصاصاً.

فصل: فيما لا يؤثر اختلاف القاتل والمقتول فيه

وفيه مسائل:

إحداها: يقتل الذمي بالمعاهد وبالعكس، كما يستويان في الدية، وفي الأول احتمال للإمام، ولو أسر الإمام حربياً بالغاً، فقتله ذمي قبل أن يرى الإمام إرقاقه أو غيره، فلا قصاص، لأنه على حكمه الذي كان حتى يرقه الإمام.

المسألة الثانية: يقتل الرجل بالمرأة، وبالخنثى، وبالعكس، كما يقتل العالم بالجاهل، والشريف بالخصيس، والشيخ بالصبي، والشاب وبالعكس.

فرع: فيما لو قطع ذكر خنثى مشكل وأنثياه وشفره. وهو مبني على أصليين، أحدهما: أنه هل يجب القصاص في شفري المرأة؟ فيه خلاف، والثاني: أن العضو الأصلي لا يقطع بزائد، ويقطع الزائد بالزائد إذا اتحد المحل، وسنذكر الأصليين إن شاء الله تعالى، فإذا قطع رجل ذكر خنثى مشكل وأنثييه وشفره، فلا قصاص في الحال، لاحتمال أنه امرأة، ثم إن صبر المقطوع إلى التبين، فذاك، فإن بان ذكراً اقتصر في الذكر والأنثيين، وأخذ حكومة الشفرين، وإن بان أنثى، فلا قصاص، وله دية الشفرين، وحكومة الذكر والأنثيين، وإن لم يصبر، نظر، إن قال: عفوت عن القصاص، وطلب حقه من المال، أعطي المستيقن، وهو دية الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين، ثم إن بان أنثى، فمعه حقه، وإن بان ذكراً، فله مائتان من الإبل عن الذكر والأنثيين، وله حكومة الشفرين، فيحسب ما كان معه ويعطى الباقي، وحكى الإمام وجهاً أنه إنما يعطى في الابتداء حكومة كل عضو، لأنه المتيقن في ذلك العضو، فلا

نوجب دية الشفرين، قال: وهذا ضعيف، لأن استحقاق القدر المذكور متيقن، وإن لم تتحقق جهته، وإنما يصح ذلك إذا تعدد الجاني، فقطع قاطع ذكره وأنثيه، وآخر شفرية، وعفا عن القصاص، فلا نوجب على كل واحد إلا حكومة ما قطعه، وأما إذا لم يعف عن القصاص وطلب ما يجب له من المال مع القصاص، فوجهان: أحدهما: لا نعطي شيئاً، قاله ابن أبي هريرة والقفال، لأننا لا ندري ما الواجب، وأصحها: يعطى المستيقن مع القصاص، وفي قدره ثلاثة أوجه: أحدها: أقل الحكومتين من حكومة الشفرين على تقدير الذكورة، وحكومة الذكر والأنثيين على تقدير الأنوثة، والثاني: حكومة العضو المقتطوع آخر، لأنه قطعه والدم سائل من الأول، فحكومته أقل، وأصحها: يعطى أقل الأمرين من حكومة الشفرين بتقدير الذكورة، وحكومة الذكر والأنثيين مع دية الشفرين، أما إذا قطعت امرأة ذكر الخنثى وأنثيه وشفرية، فإن صبر إلى التبين، توقفنا كما في الرجل، فإن بان ذكراً، فله ديتان للذكر والأنثيين وحكومة الشفرين، وإن بان أنثى، فلها حكومة الذكر والأنثيين والقصاص في الشفرين، إن أجرينا فيهما القصاص، وإلا فلها ديتهما أيضاً، وإن لم يصبر، بني على أن القصاص هل يجري في الشفرين؟ إن قلنا: نعم، قيست الصورة بما ذكرنا في الرجل، فإن عفا عن القصاص، سلم إليه دية الشفرين وحكومة الذكر والأنثيين، وإن لم يعف، ففي وجه، لا يعطى شيئاً، وفي وجه، يعطى أقل الحكومتين، وفي وجه، حكومة المقتطوع آخر، وفي وجه، حكومة الذكر والأنثيين ليوقع القصاص في الشفرين، وإن قلنا: لا يجري القصاص فيهما، فالحكم كما لو أجريناه، فعفا، ولو قطع رجل ذكره وأنثيه، وامرأة شفرية، ولم يعف، لم يطالب واحد منهما بمال لتوقع القصاص في حق كل واحد بناء على جريان القصاص في الشفرين، فإن منع، فلا يوقع فيهما، فتجب حكومتهم على المرأة، وإن قطع رجل شفرية، وامرأة ذكره وأنثيه، فلا مجال للقصاص، فيطالب كل واحد بحكومة ما قطع، ولو قطع مشكل جميع ذلك من مشكل، فلا قصاص في الحال، فإن باننا ذكرين، أو أنثيين، قطع الأصلي بالأصلي، والزائد بالزائد إن تساوى الزائدان، وإلا ففي الزائد الحكومة، وإن بان أحدهما ذكراً والآخر أنثى، فقد سبق حكمه، ولو عفا المقتطوع قبل التبين، دفع إليه المتيقن، وهو دية الشفرين، وحكومة الذكر والأنثيين، وإن لم يعف، فقد نقل الإمام وأبو الحسن العبادي: أنه يدفع إليه أقل الحكومتين، والصحيح أنه لا يدفع إليه شيء في الحال، لأن القصاص متوقع في الجميع، وبيان حال الخنثى قد يكون بشيء من العلامات الحسية، كالبول والمني ونحوهما، فحكمه كما ذكرنا، وقد يكون بالرجوع إلى قوله وإخباره عن ميله إلى الرجال أو النساء، فإن

أخبر عن حاله، ثم جني عليه، اعتمدنا قوله، فإذا قال: أنا رجل، ثم قطعه رجل، أوجبنا القصاص، وإن جني عليه، ثم قال: أنا رجل، فهل يقبل قوله لإيجاب القصاص وإيجاب دية الذكر والأنثيين؟ فيه وجهان: أحدهما: نعم، كما قبل الجناية، وأصحهما: على ما ذكره القفال والإمام: المنع، لأنه متهم، وشبهوا بما إذا شهد برؤية هلال شوال، فردت شهادته، ثم أكل، لا يعزر، ولو أكل ثم شهد، عزز للتهمة، وبما لو ثبت بشهادة رجل وامرأتين أنه غصب، ثم قال: إن كنت غصبت فامرأتي طالق، يقع الطلاق، ولو قال أولاً: إن غصبت فهي طالق، فشهد رجل وامرأتان بغصبه، لا تطلق على الأصح، ولو اختلف الجاني والمقطوع، فقال الجاني: أقررت بأنك امرأة، فلا قصاص لك، وقال: بل قلت: إني رجل، فقولان وأظهرهما: القول قول الجاني، لأن الأصل براءته من القصاص، وهذا نصه في مواضع، والثاني: قول المقطوع، لأنه أعرف بحاله.

فرع: لو قطع الخنثى المشكل ذكر رجل وأنثيه، وقف، فإن بان ذكراً، اقتص منه، وإن بان أنثى، فعليه ديتان ولا قصاص، فإن طلب منه مالا قبل التبين ولم يعف، لم يعط، لأن القصاص متوقع.

فرع: لو قطعت يد الخنثى، وجب القصاص، سواء قطعها رجل أو امرأة، فلو آل الأمر إلى المال، لم يؤخذ إلا اليقين، وهو نصف دية المرأة، وكذا لو قتل لا تؤخذ إلا دية امرأة.

المسألة الثالثة: إذا قتلت الجماعة واحداً، قتلوا به، سواء قتلوه بمحدد أو مثقل، أو ألقوه من شاهق، أو في بحر، أو جرحوه جراحات مجتمعة أو متفرقة، وأثبت ابن الوكيل قولاً أن الجماعة لا يقتلون بالواحد، ونقل الماسرجسي عن القفال قولاً قديماً أن الولي يقتل واحداً من الجماعة أيهم شاء، ويأخذ حصة الآخرين من الدية، ولا يقتل الجميع، ويكفي للزجر كون كل واحد منهم خائفاً من القتل، وهذان القولان شاذان واهيان، والمشهور قتل الجماعة بالواحد، ثم للولي أن يقتل جميعهم، وله أن يقتل بعضهم، ويأخذ حصة الباقيين من الدية، وله أن يقتصر على الدية، فتكون على جميعهم دية واحدة موزعة على عددهم، سواء كانت جراحة بعضهم أفحش أو عدد جراحات بعضهم أكثر، أم لم يكن شيء من ذلك، وسواء كان لجراحة بعضهم أرش مقدر، أم لم يكن، ثم إذا كانت الجماعة عشرة مثلاً، فالولي يستحق دم كل واحد بكماله، وعن الحلبي أنه إنما يستحق عشر دم كل واحد، لكنه يجوز قتله، لأنه لا يمكن استيفاءه إلا باستيفاء الباقي، والصواب الأول، وبه قطع الجمهور، قال الإمام: قول الحلبي بعيد، وكيف يريق تسعة أعشار دم غير مستحقة لتحصيل عشر.

المسألة الرابعة: إذا قتل واحد جماعة، يقتل بأحدهم ووجبت دية الباقيين في ماله، وسيأتي القول فيمن يقتل به في بابه إن شاء الله تعالى، ولو قطع أيدي جماعة، قطع بواحد، وللباقيين الدية، وحكى الروياني وجهاً أنه إذا وقعت الجنايات معاً، قتل، أو قطع بهم جميعاً، ويرجع كل واحد من المستحقين إلى حصته من الدية، وهذا شاذ ضعيف، هذا إذا كان القاتل حراً وقتل الجماعة في غير المحاربة، فإن كان عبداً، أو قتل في المحاربة، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: في اجتماع سببين مختلفين في اقتضاء القصاص

الجنايات الصادرة من جماعة الواردة على واحد المستعقبة موته إن كانت بحيث يجب القصاص لو انفردت كل واحدة، وجب القصاص على الشركاء كما سبق، وإلا فإما أن لا يجب القصاص بواحدة منها لتقاعد الفعل عن إيجاب القصاص بأن قتلوه خطأ، أو لعدم الكفاءة بأن قتل حران عبداً، فلا قصاص، وإما أن يجب القصاص ببعضها دون بعض، ولعدم الوجوب في حق البعض أسباب، أحدهما: أن تكون جناية بعضهم ضعيفة لا تؤثر في الزهوق كالخدشة الخفيفة فلا اعتبار بها، وكأنه لم توجد سوى الجنايات الباقية. الثاني: أن يغلب بعضها بقوته بحيث يقطع نسبة الزهوق إلى سائر الجنايات، بأن جرحه جماعة، ثم حز رقبتة آخر، فقصاص النفس على الحاز، وأما الأولون، فجارحون، يتعلق بفعلهم مقتضاه من قصاص أو دية مغلظة أو مخففة، وقد سبق بيانه في الطرف الرابع من الركن الأول، وعد من نظائره أن يصعد به على كرسي، ويربط في عنقه حبلاً، ويشده إلى فوق، فيجيء آخر فينحي ما تحت قدميه، فالقاتل هو المنحي. الثالث: أن تندمل بعض الجراحات، ثم يوجد الباقي، فعلى من اندملت جراحته ما تقتضيه جراحته ولا يلزمه قصاص النفس، لأن القتل هو الجراحة السارية، وإذا جرحه اثنان متعاقبان، وادعى الأول الاندمال، وأنكر الولي، فلا قصاص على الأول، وإذا عفا عن الثاني، لم يأخذ منه إلا نصف الدية، وإنما يأخذ منه كمال الدية إذا قامت بينة بالاندمال، الرابع: أن يكون فعل أحدهما خطأ، بأن جرحه أحدهما عمداً، والآخر خطأ، فلا قصاص على واحد منهما، وعلى عاقلة المخطئ نصف دية الخطأ، وفي مال العامد نصف دية العمد إن كانت جناية لا توجب قصاصاً، أو آل الأمر إلى الدية، فإن قطع طرفاً، فعليه قصاصه، وكذا لو جرح أحدهما عمداً، والآخر شبه عمد، لا قصاص على واحد منهما، وتجب نصف دية شبه العمد على عاقلة صاحبه، وحكى الروياني في «جمع الجوامع» أنه قيل: إن للشافعي رحمه الله قولاً أنه يجب القصاص على شريك المخطئ، ذكره المزني في

العقارب وتمنى الإمام أن يكون هذا قولاً في المذهب، والمشهور المنصوص في كتب الشافعي وقطع به الأصحاب، أنه لا قصاص. الخامس: أن يمتنع القصاص من بعضهم لمعنى فيه، فله حالان:

أحدهما: أن يكون فعل من لا قصاص عليه مضموناً، بأن شارك الأب أجنبياً في قتل الولد، فعلى الأجنبي القصاص، وعلى الأب نصف الدية المغلظة، ومثله لو شارك حر عبداً في قتل عبد أو مسلم ذمياً في قتل ذمي، لا قصاص على الحر والمسلم، ويجب على العبد والذمي، ولو جرح ذمي ذمياً، ثم أسلم المجروح، فجرحه مسلم، أو جرح عبد عبداً، ثم عتق المجروح، فجرحه حر ومات منهما، فعليهما القصاص، لأن كل واحد لو انفرد بجنائته لزمه القصاص.

الحال الثاني: أن لا يكون مضموناً، بأن جرح حربي ومسلم مسلماً، ومات منهما، أو قطعت يد إنسان في سرقة أو قصاص، ثم جرحه رجل عدواناً، أو جرح مسلم مرتداً أو حربياً، ثم أسلم، فجرحه غيره، أو جرح ذمي حربياً، ثم عقدت الذمة للمجروح، فجرحه ذمي آخر، أو جرح صائلاً، ثم جرحه غيره، ففي وجوب القصاص في الصور، قولان، أظهرهما: الوجوب كشريك الأب، والثاني: لا، بل عليه نصف الدية، ولو جرحه سبع، أو لدغته عقرب أو حية، وجرحه مع ذلك رجل، فطريقان، أشهرهما: طرد القولين، والثاني: القطع بأن لا قصاص، وهذا أصح عند القاضي حسين، والإمام والغزالي، وموضع الطريقين فيما يقتضيه كلام الإمام أن يقصد السبع الجراحة، فأما إذا وقع السبع عليه بلا قصد، فلا قصاص قطعاً، وقال البغوي: لا فرق بين أن يقصده السبع بالجرح أم لا، ففيه الطريقان، ثم الخلاف فيما إذا كان جرح السبع بحيث يحصل منه الموت غالباً، وإلا فشريكه شريك الجراح شبه عمد، ولو جرح رجل عبده، وجرحه عبد، أو عتق، فجرحه عبد، أو حر ثم مات منهما، ففي وجوب القصاص على شريك السيد طريقان، أشهرهما، طرد القولين، والثاني: القطع بالوجوب، لأن فعل السيد مضمون بالكفارة، فشريكه شريك عامد ضامن، كشريك الأب، ولو جرح نفسه، وجرحه غيره، بني على أن قاتل نفسه هل عليه كفارة؟ إن قلنا: نعم، فكشريك السيد، وإلا فكشريك الحربي، وكيف كان فالمذهب الوجوب، ولو رمى اثنان سهمين إلى مسلم في صف الكفار، وقد علم أحدهما أنه مسلم، ولم يعلم الآخر أن هناك مسلماً، فوجوب القصاص على العالم مبني على الخلاف في شريك السيد، لأن فعل الجاهل مضمون بالكفارة.

فرع: وجوب القصاص على شريك الصبي والمجنون العامدين، يبنى على أن عمدها عمد أم خطأ؟ إن قلنا: عمد وهو الأظهر، وجب، وإلا فلا، كذا أطلقه

مطلقون، وعن القفال وغيره أن الخلاف في صبي يعقل عقل مثله، وفي مجنون له نوع تمييز، فأما من لا تمييز له بحال، فعمده خطأ، وشريكه شريك مخطيء قطعاً، وعلى هذا جرى الأئمة، منهم البغوي.

فرع: إذا جرح شخص شخصاً جراحتين إحداهما: عمد، والأخرى: خطأ، فمات بهما، فلا قصاص في النفس، لأن الزهوق لم يحصل بعمد محض، وتجب نصف الدية المغلظة في ماله، ونصف المخففة على عاقلته، وقد يتعلق القصاص بجراحة العمد، بأن تكون قطع طرف، وكذا لو جرح حربياً أو مرتدّاً، فأسلم، فجرحه ثانياً، أو قطع يد إنسان قصاصاً، أو بسرقة، ثم جرحه، أو قطع يده الأخرى ظلماً، أو قطع الصائل دفعاً، فلما ولي، جرحه، أو قطع يده الأخرى، فلا قصاص في النفس، ويثبت موجب الجراحة الواقعة في حال العصمة من قصاص، أو دية مغلظة، وكذا لو جرح العادل الباغي في القتال، ثم جرحه بعده، أو السيد عبده ثم جرحه بعد عتق، أو جرح حربي مسلماً، ثم أسلم الجراح، وجرحه ثانياً، ولو قطع مسلم يد ذمي، فأسلم، فقطع يده الأخرى، أو حريد عبد، فعتق، فقطع يده الأخرى، ومات بالسراية، فلا قصاص في النفس، ويجب قصاص الطرف المقطوع بعد الإسلام والحرية، فإن اقتصر في الطرف، أخذ نصف الدية، وإن عفا، أخذ دية حر مسلم، ولو قطع ذمي يد ذمي، فأسلم القاطع، ثم قطع يده الأخرى، ومات بالسراية، فلا قصاص في النفس، ويجب قصاص الطرف المقطوع أولاً، فإن عفا المستحق، أخذ دية ذمي.

فرع: إذا داوى المجروح نفسه بسم قاتل، بأن شربه، أو وضعه على الجرح، فإن كان السم مذففاً، فالمجروح قاتل نفسه، وليس على الجراح قصاص في النفس، وإنما عليه أرش جراحته أو القصاص إن تعلق بها قصاص طرف، وإن كان السم مما لا يقتل غالباً، فالجراح شريك لصاحب شبه عمد، فلا قصاص عليه في النفس، بل عليه نصف الدية المغلظة، أو القصاص في الطرف إن اقتضته، وإن كان السم قاتلاً غالباً فإن لم يعلم المجروح ذلك، فهو كالحالة الثانية، وإن علمه، ففي وجوب القصاص على الجراح طريقان، أحدهما: أنه كشريك جراح نفسه، والثاني: لا يجب قطعاً، لأنه شريك مخطيء، لكونه قصد التداوي لا الإهلاك.

فرع: لو خاط جرحه في لحم ميت، لم يؤثر، لأنه لا يؤلم، وعلى الجراح القصاص، أو كمال الدية، وإن خاطه تداوياً في لحم حي، وكان ذلك مما يقتل غالباً، ففي وجوب القصاص على الجراح الطريقان في التداوي بالسم القاتل غالباً، وفي الصورتين لا فرق بين أن يفعل المجروح ذلك بنفسه، أو يأمر به، ولا شيء على

المأمور، ولو استقل به غيره، فهو والأول جارحان متعديان، ولو تولاه الإمام في مجروح، فإن كان بالغاً رشيداً، فكذلك، لأنه لا ولاية له عليه، وإن كان صغيراً أو مجنوناً، فداواه لمصلحته، فمات، ففي وجوب القصاص على الإمام قولان، كما لو قطع سلعة من صغير، أو مجنون، فمات منه، فإن قلنا: لا قصاص، وجب نصف دية مغلظة، وهل هي على عاقلة الإمام أم في بيت المال؟ فيه القولان المعروفان، وحكم الجارح يبني على الخلاف فيما إذا تولاه المجروح بنفسه، فإن جعلنا وجوب القصاص عليه على الخلاف في مشاركة العامد الذي لا يضمن، لم يجب هنا القصاص، لأنه شارك من فعله مضمون بالقصاص، أو الدية، وإن نزلنا المجروح منزلة المخطيء لقصده التداوي، ولم نوجب القصاص على شريكه، فكذا هنا، ولو قصد الخياطة في لحم ميت، فغلط وخاط في حي، فالجارح شريك مخطيء قطعاً، قال القفال: وكذا لو قصد الخياطة في الجلد فغلط وأصاب الإبرة اللحم، وأما الكي فكالخياطة، فينظر أقوى لحماً ميتاً أو حياً يؤلم وله سراية، ولا اعتبار بالمدواة بما لا يضر، ولا يخشى منه هلاك، ولا بما على المجروح من قروح، ولا بما به من مرض وضنى.

فرع: قطع أصبع رجل، فتآكل موضع القطع، فقطع المقطوع كفه خوفاً من السراية، نظر، إن لم يتآكل إلا موضع القطع، فليس على الجاني إلا القصاص في الأصبع، أو أرشها إن لم يسر إلى النفس، فإن سرى، ففي وجوب القصاص على الجاني في النفس، الخلاف المذكور في الخياطة، وإن سرت الجناية إلى الكف، ثم قطعها، نظر، أقطع في لحم ميت أم في حي، ويكون الحكم كما ذكرنا في الخياطة، ولو جرح عضواً، فداواه المجروح فتآكل العضو، فسقط، فإن كان ما داواه به لا يورث التآكل، فعلى الجارح ضمان العضو، وإن كان يورث التآكل فليس عليه إلا أرش الجراحة، فلو قال الجاني: داويت بما يحدث منه التآكل، وأنكر المجني عليه، صدق المجني عليه بيمينه، لأن الجناية معلومة، وغيرها من الأسباب غير معلوم، قال البغوي: ويحتمل أن يقال: المصدق الجاني بيمينه، لأن الأصل براءته، ولو قطع يد إنسان ومات المقطوع، فقال الوارث: مات بالسراية، وقال الجاني: بل قتل نفسه، فأيهما المصدق بيمينه؟ وجهان: أحدهما: الوارث، وهو نصه في «الأم».

فرع: ضرب جماعة رجلاً بسياط، أو عصى خفيفة حتى قتله، نظر، إن كانت ضربات كل واحد منهم قاتلة لو انفردت، فعليهم القصاص، وإن آل الأمر إلى الدية، فهل توزع عليهم على عدد الضربات، أم على عدد الرؤوس؟ قولان، أرجحهما الأول، لأن الضربات تلاقي ظاهر البدن، فلا يعظم فيها التفاوت بخلاف

الجراحات، وإن لم يكن ضرب كل واحد قاتلاً، بأن ضربه كل واحد من العدد الكثير ضربة، فمات، فثلاثة أوجه: أحدها: لا قصاص على واحد، والثاني: يجب على الجميع القصاص، لثلاثي ضربة إلى القتل، وأصحها: أنهم إن تواطؤوا على أن يضربوه تلك الضربات، فعليهم القصاص، وإن وقعت اتفاقاً، فلا، وإذا لم نوجب القصاص، وجبت الدية قطعاً، كذا قاله الإمام، وذكر البغوي أنه لو ضربه واحد سوطين، أو ثلاثة، وآخر خمسين سوطاً، أو مئة قبل زوال ألم الأول، ولا تواطؤ، فلا قصاص على واحد منهما، لأن ضرب الأول شبه عمد، والثاني شريك له، ويجب بضرب الأول نصف دية شبه العمد، وبضرب الثاني نصف دية العمد، وأنه لو ضربه واحد خمسين، ثم ضربه الآخر سوطين قبل زوال ألم الأول، فإن كان الثاني عالماً بضرب الأول، فعليهما القصاص لظهور قصد الإهلاك فيهما، وإن كان جاهلاً، فلا قصاص على واحد منهما، لأنه لم يظهر قصد الإهلاك من الثاني، والأول شريكه، ويجب بضرب الأول نصف دية العمد، وبضرب الثاني نصف دية شبه العمد، وفرق بينه وبين ما إذا ضرب مريضاً سوطين، جاهلاً مرضه، حيث يجب القصاص، بأن هناك لم يجد من يحيل عليه القتل سوى الضارب، وليكن الحكم بتنصيف الدية في صورتين تفريعاً على أن التوزيع على الرؤوس دون الضربات.

فرع: جرحه رجل، ونهشته حية، ومات منهما، فالجراح شريك الحية وقد سبق بيان القصاص، وإذا آل الأمر إلى المال، فعليه نصف الدية، ولو جرحه مع ذلك سبع، فوجهان: أصحهما: عليه ثلث الدية، والثاني: نصفها، ويجعل غير الآدمي جنساً.

باب: تغير حال المجروح بين الجرح والموت

للتغير أحوال:

أحدها: أن يطرأ المضمن وفيه مسائل:

إحداها: إذا جرح مرتداً أو حربياً بقطع يد أو غيره، ثم أسلم، أو عقدت للحربي ذمة، ثم مات من تلك الجراحة، فلا قصاص قطعاً، ولا دية على الصحيح المنصوص، وقيل: لا دية قطعاً، لأنه قطع غير مضمون، فلم تضمن سرايته، كسراية القصاص والسرقة.

الثانية: جرح حربي مسلماً، ثم أسلم، أو عقدت له ذمة، ثم مات المجروح، قطع البغوي بأنه لا ضمان، ونقل بعضهم لزوم الضمان، لأنه مضمون في الحالين. قلت: الصحيح: لا ضمان. والله أعلم.

الثالثة: جرح عبد نفسه، ثم أعتقه، فمات بالسراية، فلا ضمان على السيد على المذهب والمنصوص، وقيل: قولان، ثانيهما: وجوب الدية.

الرابعة: رمى مرتداً أو حربياً، فأسلم، ثم أصابه السهم، فلا قصاص لعدم الكفاءة في أول أجزاء الجناية، وتجب الدية على المذهب وهو المنصوص، وقيل: لا تجب، وقيل: تجب في المرتد دون الحربي، لأن المرتد لا يجوز لغير الإمام قتله، ولأن المرتد يقتل بالسيف ولا يرشق بالنشاب، فرشقه ممنوع، ويجري الخلاف فيما إذا رمى إلى قاتل أبيه، ثم عفا عنه قبل الإصابة، وهو أولى بالوجوب من المرتد، وفيما إذا رمى إلى عبد نفسه، ثم أعتقه قبل الإصابة، وهو أولى بالوجوب، لأن العبد معصوم مضمون بالكفارة.

الخامسة: حفر بئراً في محل عدوان، فتردى فيها مسلم كان مرتداً وقت الحفر، أو حر كان عبداً، وجبت الدية بلا خلاف، لأن الحفر ليس سبباً ظاهراً للإهلاك، ولا يتوجه نحو معين فلا يؤثر وجوده في زمن الإهدار بخلاف الرمي.

فرع: لو تغير حال الرامي، بأن رمى حربي إلى مسلم، ثم أسلم قبل الإصابة، ففي وجوب الضمان وجهان.

فرع: إذا قلنا بوجوب الضمان فيما إذا جرح حربياً، فأسلم ثم مات، وفيما إذا جرح عبد نفسه، ثم أعتقه فمات، فالواجب دية حر مسلم، وكذلك في مثلهما من صور الرمي. ثم الذي رأى الإمام القطع به وتابعه عليه الغزالي أن الدية في طريان الإسلام والعق بعد الجرح تكون مخففة، وعلى العاقلة، كما لو رمى إلى صيد، فأصاب آدمياً، وأما في طريانهما بعد الرمي، ففي الدية الواجبة خلاف مذكور في الديات.

الحال الثاني: أن يطرأ المهدر، فإذا جرح مسلماً، ثم ارتد، ثم مات بالسراية، أو ذمياً، فنقض العهد، ثم مات، فلا يجب قصاص النفس، ولا ديتها، ولا الكفارة، لأنها تلفت وهي مهدرة، وأما ما يتعلق بالجراحة، ففيه صورتان، إحداهما: أن تكون الجراحة مما يوجب القصاص، كالموضحة وقطع اليد، ففي وجوب القصاص في الموضحة والطرف، قولان، أظهرهما: الوجوب، فعلى هذا قال الشافعي رحمه الله في «المختصر»: لوليه المسلم أن يقتص، فقيل: أراد بالولي، السلطان، لأنه وارث للمرتد، وقال الجمهور: يستوفيه قريبه الذي كان يرثه لولا الردة، لأن القصاص للثفتي، وذلك يتعلق بالقريب دون السلطان، فعلى هذا لو كان القريب صغيراً أو مجنوناً انتظر بلوغه وإفاقته ليستوفي. الصورة الثانية: أن تكون الجراحة موجبة للمال دون القصاص، كالجائفة والهاشمة، أو من جنس ما يوجب القصاص، وقلنا: لا

قصاص، أو عفي عنه، فهل يجب المال؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: الوجوب، فعلى هذا فيما يجب وجهان: أصحهما: ويحكى عن النص: أنه يجب أقل الأمرين من الأرش الذي تقتضيه الجراحة ودية النفس، والثاني، وبه قال الإصطخري: يجب أرش الجراحات بالغاً ما بلغ، فيجب فيما إذا قطع يديه ورجليه ديتان، وعلى كل حال فالواجب فيء لا يأخذ القريب منه شيئاً، هذا إذا طرأت الردة بعد الجرح، فلو طرأت بعد الرمي وقبل الإصابة، فلا ضمان باتفاقهم.

فرع: قطع يده، ثم ارتد المقطوع، واندمل جرحه، فله قصاص اليد، فإن مات قبل أن يقتص، اقتص وليه، ومن الولي؟ فيه الخلاف السابق، فإن كانت الجناية توجب المال، قال البغوي: إن قلنا: ملكه باق، أخذه، وإن قلنا: زائل، وقف، فإن عاد إلى الإسلام، أخذه، وإلا، أخذه الإمام.

الحال الثالث: أن يتخلل المهدر بين الجرح والموت، فإذا جرح مسلم مسلماً، ثم ارتد المجروح، ثم أسلم ومات بالسراية، وجبت الكفارة قطعاً، وأما القصاص، فنص أنه لا يجب، ونص فيما إذا جرح ذمي ذمياً، أو مستأمنًا فنقض العهد، والتحق بدار الحرب، ثم جدد العهد، ومات بالسراية، أن في وجوب القصاص قولين، ولأصحاب طريقتان، أصحهما: في المسألتين، قولان، أحدهما: وجوب القصاص، لأنه مضمون بالقصاص في حالتي الجرح والموت، والثاني: لا، لتخلل حالة الإهدار، والطريق الثاني: تنزيل النصين على حالين، فحيث قال: لا قصاص، أراد إذا طالت مدة الإهدار، بحيث يظهر أثر السراية، وحيث قال: يجب، فذلك إذا قصرت المدة بحيث لا يظهر للسراية أثر، وإذا قلنا بطريقة القولين، ففي موضعهما طريقتان، أحدهما: تخصيصهما بما إذا قصرت المدة، فإن طالت، لم يجب القصاص قطعاً، والثاني: طردهما في الحالين قاله ابن سريج وابن سلمة وابن الوكيل، والأصح عند الجمهور: تخصيص القولين بقصر المدة، والأظهر منهما عند الجمهور، أنه لا قصاص، وأما الدية، ففيها أقوال، أظهرها عند الجمهور: يجب كمال الدية، والثاني: نصفها، والثالث: ثلثها، والرابع: أقل الأمرين من كل الدية وأرش الجراحة، وهذان الأخيران مخرجان، ثم قال الجمهور: تختص الأقوال بما إذا طالت مدة الإهدار، فإن قصرت، وجب كل الدية قطعاً، وقيل بطردها في الحالين، قال الإمام: وإذا أوجبنا القصاص، فالأمر إلى المال، ففيه هذا الخلاف، وقال البغوي: إذا أوجبنا القصاص، فعفي، وجب كمال الدية بلا خلاف، وإنما الخلاف إذا لم نوجب قصاصاً، وهذا أرجح.

فرع: رمى إلى مسلم فارتد وعاد إلى الإسلام، ثم أصابه السهم، فلا قصاص على المذهب، وبه قطع الجمهور، قال الإمام: ويجيء فيه قول.

الحال الرابع: أن يطرأ ما يغير قدر الدية، فيجب ما يقتضيه يوم الموت، لأن الضمان بدل التالف، فيعتبر وقت التلف، وقد يكون التغير من الأكثر إلى الأقل، وقد ينعكس، مثال الأول: جنى على نصراني، فتمجس ثم مات، فإن قلنا: يقر النصراني إذا تمجس على التمجس، فعلى الجاني دية مجوسي، وإن قلنا: لا يقر، فهو كما لو ارتد المجروح ومات، فعلى الأصح: يجب الأقل من أرش الجناية على نصراني ودية نفسه، وعلى قول الإصطخري: يجب الأرش بالغاً ما بلغ، ولو جرح نصرانياً، فنقض المجروح العهد، والتحق بالحرب، ثم سبي واسترق، ومات بالسراية، فلا قصاص في النفس، ويجب قصاص الطرف إن كانت الجناية بقطع طرف، وإن أراد المستحق المال، ففيما يجب، قولان، أحدهما: أقل الأمرين من أرش جنائته حراً، وكمال قيمته عبداً، وعلى هذا هو لورثته النصارى، سواء كانوا عندنا أم في دار الحرب، كذا حكاه ابن كج والرويانى، وفي قول غريب، يكون لبيت المال.

قلت: قد جزم البغوي على هذا القول بأنه لسيده، لأنه بدل روحه وكانت ملكه. والله أعلم.

وأظهرهما: أن الواجب قيمته بالغة ما بلغت، وعلى هذا إن كانت القيمة والأرش سواء، أو كانت القيمة أقل، فالواجب للوارث، وإن كان القيمة أكثر، فقدّر الأرش للوارث، والباقي للسيد، ولو أن الذي ملكه أعتقه، فمات حراً فقولان في أن الواجب أقل الأمرين من الأرش، ودية حر ذمي، وعلى القولين فالواجب لورثته، ولو أسلم وعتق ومات، ففي القصاص قولان، وفي المال الواجب قولان، هل هو دية حر مسلم، أم أقل الأمرين من الأرش ودية حر مسلم؟ وعلى القولين، فهو لورثته المسلمين. مثال العكس: جرح ذمياً، فأسلم، أو عبداً لغيره، فعتق، ثم مات، نظر، إن مات بعد الاندمال، وجب أرش الجناية، ويكون الواجب في العبد لسيده، فلو قطع يديه، أو فقأ عينيه، لزمه كمال قيمته، سواء كان العتق قبل الاندمال أم بعده، وقيل: إن كان الاندمال بعد العتق، فعليه دية حر، والصحيح الأول، وإن مات بالسراية، لم يجب قصاص النفس إذا كان جراح الذمي مسلماً، وجارح العبد حراً، وتجب فيه دية حر مسلم، لأنه كان مضموناً أولاً، وهو في الانتهاء حر مسلم، ولا فرق بين أن تكون القيمة أقل من الدية، أو أكثر، حتى لو فقأ عيني عبد قيمته تساوي مائتين من الإبل، أو قطع يديه، لم يجب إلا مئة، ثم إن كانت الدية مثل القيمة أو أقل، فالجميع للسيد، وإن كانت أكثر، فالزيادة على القيمة للورثة، لأنها وجبت

بالحرية، وقال المزماني: إذا كانت القيمة أكثر، وجبت بكمالها للسيد، ولو قطع إحدى يدي عبد، فعتق ومات بالسراية، أوجبنا كمال الدية، وفيما للسيد منها قولان، أحدهما: أقل الأمرين من كل الدية، وكل القيمة، وأظهرهما: أقل الأمرين من كل الدية، ونصف القيمة، وهو أرش الطرف المقطوع في ملكه.

فصل: قطع يد عبد، فعتق، ثم جاء آخر، فقطع يده الأخرى، أو رجله، نظر، إن اندملت الجراحتان، فلا قصاص على الأول إن كان حراً، وعليه نصف القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاص، أو نصف الدية، وإن مات منهما، فلا قصاص على الأول في النفس، ولا في الطرف إن كان حراً، وأما الثاني، فللوارث أن يقتص منه في الطرف، وكذا في النفس على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: لا قصاص، وقيل: قولان كشريك المبيع، وإذا أوجبنا القصاص، فعفا المستحق، فعليهما كل الدية للسيد، أقل من نصف الدية ونصف القيمة، ويكون حقه فيما يجب على الأول دون الثاني، وإن اقتص الوارث من الثاني، بقي على الأول نصف الدية، فإن كان قدر نصف القيمة أو أقل، أخذه السيد، وإن كان أكثر، فالزيادة للوارث ولو قطع حر يد عبد، فعتق، ثم قطع يده الأخرى، فمات منهما، فللوارث القصاص في الطرف الثاني ولا يجب قصاص النفس على الصحيح، فلو عفا المستحق عن قصاص الطرف، ففيهما الدية، وإن استوفاه، بقي نصف الدية، وحكم ما للسيد في الحالين على ما ذكرنا فيما إذا كان القاطع غيره، ولو قطع إصبع عبد، فعتق، ثم قطع آخر يده، ومات منهما، فعليهما الدية، وللسيد على أحد القولين: الأقل من نصف الدية، ونصف القيمة، وعلى الأظهر: الأقل من نصف الدية، وعشر القيمة.

فرع: قطع إحدى يدي عبد، فعتق، ثم جرحه رجلان، بأن قطع أحدهما يده الأخرى، والآخر رجله، ومات، فلا قصاص على الأول، لا في النفس ولا في الطرف إن كان حراً، وعلى الآخرين القصاص في الطرف، ويجب أيضاً في النفس على المذهب، وأما الدية، فتجب على الثلاثة أثلاثاً، ولا حق للسيد فيما يجب على الآخرين، وإنما يتعلق حقه بما على الأول، وفيما يستحقه القولان، فعلى القول الأول: أقل الأمرين من ثلث الدية، وثلث القيمة، وعلى الثاني: الأقل من ثلث الدية، وأرش الجناية في ملكه وهو نصف القيمة، فلو كانت الصورة بحالها، فعاد الأول وجرح بعد العتق جراحة أخرى ومات بسراية الجميع، فالدية عليهم أثلاثاً لما سبق أنا ننظر إلى عدد الجارحين، لا إلى الجراحات، ثم الثلث الواجب على الجاني الأول واجب عن جنائتيه، فتقابل الجناية الواقعة في الرق سدس الدية، فللسيد على القول الأول الأقل من سدس الدية الواجب بالجناية في ملكه، أو سدس القيمة،

وعلى الثاني الأقل من سدس الدية أو نصف القيمة وهو أرش الجناية في ملكه . ولو قطع يد عبد، فعتق، فجرحه آخر جراحة، فعاد الأول، فجرحه أخرى، فعليهما الدية نصفين، والنصف الواجب على الأول وجب بجنائتي الرق والحرية، فحصة الجناية الأولى ربع الدية، فللسيد في القول الأول الأقل من ربع الدية وربع القيمة، وعلى الثاني الأقل من ربع الدية، ونصف القيمة، وبه أجاب ابن الحداد في هذه الصورة، وذكر القاضي أبو الطيب أنه أظهر، ولو جنى اثنان على عبد معتق، ثم جنى عليه ثالث، ومات بالسراية، فعليهم الدية أثلاثاً، وللسيد في القول الأول الأقل من ثلثي الدية وثلثي القيمة، وفي الثاني الأقل من ثلثي الدية وأرش جنائتي الرق، ولو جنى عليه ثلاثة في الرق، فعتق، ثم جنى رابع ومات، فعليهم الدية أربعاً، وللسيد في القول الأول الأقل من ثلاثة أرباع الدية وثلاثة أرباع القيمة، وفي الثاني الأقل من ثلاثة أرباع الدية وأرش جنایات الرق.

ولو جنى اثنان في الرق، وثلاثة بعد ما عتق، فالدية عليهم أخماساً، للسيد في القول الأول الأقل من خمسي الدية وخمسي القيمة، وفي الثاني الأقل من خمسي الدية وأرش جنائتي الرق، ولو أوضح عبداً، فعتق، فقطع آخر يده، ومات منهما، فعليهما الدية، وللسيد على القول الأول أقل الأمرين من نصف الدية، ونصف القيمة، وعلى الثاني الأقل من نصف الدية ونصف عشر القيمة، وهو أرش الموضحة، ولو أوضحه، فعتق، فجاء تسعة فجرحوه ومات، فعليهم الدية أعشاراً، وللسيد على القول الأول الأقل من عشر الدية وعشر القيمة، وعلى الثاني الأقل من عشر الدية، ونصف عشر القيمة، وهو أرش الموضحة ولو جرحه الأول جرحاً آخر مع التسعة، فالدية عليهم كذلك للسيد، الأقل من نصف عشر الدية ونصف عشر القيمة على القولين، لأنه لم يجب بالجناية واقفة وسارية إلا نصف عشر الضمان، وهكذا يتفق القولان إذا اتفق قدر الضمان على التقديرين، كما إذا جنى خمسة في الرق، وأرش جنایاتهم نصف القيمة، وخمسة بعد العتق، فللسيد على القولين الأقل من نصف الدية ونصف القيمة.

فرع: قطع حر يد عبد، فعتق، فحز آخر رقبته، فقد أبطل الحز السراية، فعلى الأول نصف القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاص، أو كمال الدية للوارث، ولو قطع حر يد عبد، فعتق، ثم قطع آخر يده الأخرى، ثم حزت رقبته، فإن حزه ثالث، فقد بطلت سراية القطعين، فعلى الأول نصف القيمة للسيد، وعلى الثاني القصاص في الطرف، أو نصف الدية للوارث، وعلى الثالث القصاص في النفس، أو كمال الدية، وإن حزه الأول، نظر، إن حزه بعد اندمال قطعه، فعليه نصف القيمة للسيد،

والقصاص في النفس، أو كمال الدية للوارث، وعلى الثاني نصف الدية، وإن حزه قبل الاندمال، فعليه القصاص في النفس، ثم إن قلنا بالصحيح: إن بدل الطرف يدخل في النفس، فإن اقتصر الوارث، سقط حق السيد، وإن عفا، وجب كمال الدية للسيد منه الأقل من نصف الدية، ونصف القيمة على أحد القولين كما سبق، هذا هو الصحيح، وقال القاضي أبو الطيب: عندي يسقط حق السيد وإن عفا الوارث، لأنه إذا سقط حكم الطرف، صار الحكم للنفس، وكان المأخوذ بدل النفس المفوتة بعد زوال ملك السيد، وعلى قول ابن سريج والإصطخري: أن بدل الطرف لا يدخل في النفس، يكون للسيد عليه نصف القيمة، وللوارث القصاص في النفس، أو كمال الدية، وإن حز الثاني، بطلت سراية الأول، فعلى الأول نصف القيمة للسيد، والثاني قطع طرف حز ثم قتله، فإن قتله بعد الاندمال، فللوارث أن يقتص منه في الطرف والنفس، وله أن يأخذ نصف الدية للسيد، ودية كاملة للنفس، فإن شاء، اقتص فيهما، وإن شاء، أخذ بدلهما، وإن شاء، بدل أحدهما وقصاص الآخر، وإن قتله قبل الاندمال، فللوارث القصاص في النفس بقطع اليد، وله أخذ دية النفس فقط.

فرع: قد عرفت أن الواجب فيما إذا جنى على عبد، فعتق، وسرت الجناية إلى نفسه، إنما هو الدية، والدية الإبل، قال الأصحاب: تؤخذ الدية، وتصرف إلى السيد حصته على التفصيل السابق من الإبل، وليس للوارث أن يقول: أستوفي الإبل، وأدفع إليه ما يستحقه من الدراهم، أو الدنانير، زاعماً أنه إنما يستحق القيمة، والقيمة دراهم أو دنانير، لأن ما يستحقه يستحقه من عين الدية التي هي الواجبة وليست مرهونة بحقه، بخلاف الدين مع التركة، وليس للسيد أن يكلف الجاني تسليم الدراهم، ولو أتى الجاني بالدراهم، ففي إجبار السيد على قبولها وجهان: أرجحهما عند الإمام والغزالي: نعم، وحاصله تخيير الجاني بين تسليم الدية والدراهم، ولو أبرأ السيد الجاني عما يستحقه من الدية، بريء، وليس للورثة المطالبة به.

فرع: رمى إلى ذمي، فأسلم، أو عبد، فعتق قبل الإصابة، وجب دية حر مسلم، ولا قصاص إذا كان الرامي حراً مسلماً، وكذا لو رمى ذمي إلى ذمي، أو إلى عبد، ثم أسلم الرامي، أو عتق قبل الإصابة، لا قصاص، لأنه لا كفارة عند الإصابة.

فرع: قد يعبر عن مسائل الباب في تغير الحال بين الجرح والموت، وبين الرمي والإصابة، فيقال: كل جرح أوله غير مضمون لا ينقلب مضموناً بتغير الحال في الانتهاء، وإن كان مضموناً في الحالين، اعتبر في قدر الضمان الانتهاء، وفي القصاص تعتبر الكفاءة في الطرفين والوسط، وكذا إذا تبدل الحال بين الرمي

والإصابة، اعتبر في القصاص الكفاءة في الطرفين والوسط، وكذا يعتبر الطرفان والوسط في تحمل العاقلة وبالله التوفيق.

باب: القصاص في الأطراف

فيه فصول أربعة:

الأول في أركانه وهي ثلاثة: القطع والقاطع والمقطوع، وكما يعتبر في القتل أن يكون عمداً محضاً عدواناً يعتبر ذلك في الطرف، فلا يجب القصاص بالجراحات، وإبانة الأطراف إذا كانت خطأ، أو شبه عمد، ومن صور شبه العمد: أن يضرب رأسه بلطمة أو حجر لا يشج غالباً لصغره، فيتورم الموضع، ويتضح العظم، وقد يكون الضرب بالعصا الخفيفة، والحجر المحدد عمداً في الشجاج، لأنه يوضح غالباً، ويكون شبه عمد في النفس، لأنه لا يقتل غالباً، ولو أوضحه بما يوضح غالباً، ولا يقتل غالباً، فمات من تلك الموضحة، فعن الشيخ أبي حامد أنه يجب القصاص في الموضحة، ولا يجب في النفس، واستبعده ابن الصباغ وغيره، لأنه إذا كانت هذه الآلة توضح في الغالب كانت كالحديدية، وفقء العين بالأصبع عمد، لأنها في العين تعمل عمل السلاح ويعتبر في القاطع كونه مكلفاً ملتزماً للأحكام، وفي المقطوع كونه معصوماً كما ذكرنا في النفس، ومن قتل به الشخص، قطع به، ومن لا، فلا.

ولا يشترط في قصاص الطرف التساوي في البدل، فيقطع العبد بالعبد، والمرأة بالرجل وبالعكس، والذمي بالمسلم، والعبد بالحر، ولا عكس فيهما، وتقطع الجماعة بالواحد إذا اشتركوا بأن وضعوا السكين على اليد، وتحاملوا عليها دفعة واحدة حتى أبانوها، أو ضربوه ضربة اجتمعوا عليها، ولو تميز فعل الشركاء، بأن قطع هذا من جانب، وهذا من جانب حتى التقت الحديدتان، أو قطع أحدهما بعض اليد، وأبانها الآخر، فلا قصاص على واحد منهما، ويلزم كل واحد منهما حكومة تليق بجنايته، وينبغي أن يبلغ مجموع الحكومتين دية اليد، وعن صاحب «التقريب» حكاية قول: إنه يقطع من كل واحد منهما بقدر ما قطع إن أمكن ضبطه، والمشهور الأول، ولو جزأ حديدة جز المنشار، فقال الجمهور: هما فعلا ممتيزان، وقال ابن كج: هو اشتراك موجب للقصاص، قال الإمام: هذا يصور صورتين، إحداهما: إن يتعاونوا في كل جذبة وإرساله، فتكون من صور الاشتراك، والثانية: أن يجذب كل واحد إلى جهة نفسه، ويفتر عن الإرسال في جهة صاحبه، فيكون البعض مقطوع هذا، والبعض مقطوع ذاك، ويكون الحكم ما قاله الجمهور.

الفصل الثاني: فيما يوجب قصاص الطرف

الجنايات فيما دون النفس ثلاثة أنواع: جرح يشق، وقطع يبين، وإزالة منفعة بلا شق ولا إبانة.

النوع الأول: الجرح، ويتعلق به القصاص في الجملة، قال الله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحُ قِصَاصٌ﴾ [المائدة: ٤٥] ثم تنقسم إلى واقعة على الرأس والوجه، وإلى غيرها.

الضرب الأول: الواقعة على الرأس والوجه، وتسمى الشجاج، وهي عشر، إحداها: الحارصة وهي التي تشق الجلد قليلاً نحو الخدش، وتسمى الحرصة أيضاً، الثانية: الدامية: وهي التي تدمي موضعها من الشق والخدش، ولا يقطر منها دم، هكذا نص عليه الشافعي وأهل اللغة، قال أهل اللغة: فإن سال منها دم، فهي الدامعة بالعين المهملة، وذكر الإمام والغزالي في تفسيرها: سيلان الدم وهو خلاف الصواب، الثالثة: الباضعة وهي التي تبضع اللحم بعد الجلد، أي: تقطعه، الرابعة: المتلاحمة وهي التي تغوص في اللحم، ولا تبلغ الجلد بين اللحم والعظم، وتسمى اللاحمة أيضاً، الخامسة: السمحاق وهي التي تبلغ تلك الجلد، وتسمى تلك الجلد السمحاق، وقد تسمى هذه الشجة: المِلطى والملطاة واللاطئة، السادسة: الموضحة وهي التي تخرق السمحاق، وتوضح العظم، السابعة: الهاشمة وهي التي تهشم العظم، أي: تكسره، الثامنة: المنقلة وهي التي تنقل العظم من موضع إلى موضع، ويقال: هي التي تكسر وتنقل، ويقال: هي التي تكسر العظم حتى يخرج منها فراش العظام، والفراشة: كل عظم رقيق، وفراش الرأس: عظام رقق تلي القحف، التاسعة: المأمومة وهي التي تبلغ أم الرأس، وهي خريطة الدماغ المحيطة به، ويقال لها: الآمة أيضاً، العاشرة: الدامغة وهي التي تخرق الخريطة وتصل الدماغ وهي مذففة. فهذه العشرة هي المشهورة، وذكر فيها ألفاظ آخر تؤول إلى هذه، وجميع هذه الشجاج تتصور في الجبهة كما تتصور في الرأس، وكذلك تتصور ما عدا المأمومة والدماغ في الخد، وفي قسبة الأنف، واللحي الأسفل، إذا عرفت هذا، فالقصاص واجب في الموضحة، لتيسر ضبطها، واستيفاء مثلها، ولا قصاص فيما بعدها من الهاشمة والمنقلة وغيرهما، وأما ما قبلها، فلا قصاص في الحارصة قطعاً، ولا في الباضعة والمتلاحمة والسمحاق على المذهب، والدامية كالحارصة، وقيل: كالباضعة، فإن أوجبنا القصاص في المتلاحمة والباضعة، فإن كان على رأس كل واحد من الشجاج والمشجوج موضحة، تيسرت معرفة النسبة بهما، وإن لم تكن، راجعنا أهل الخبرة لينظروا في المقطوع والباقي، ويحكموا بأنه نصف، أو ثلث

بالاجتهاد بعد غمر رأس الشاج والمشجوج، ويحكمون أيضاً عند القصاص، ويعمل باجتهادهم، فإن شكوا في أن المقطوع نصف أو ثلث أخذ باليقين.

الضرب الثاني: الجراحات في سائر البدن، فما لا قصاص فيه إذا كان على الرأس والوجه لا قصاص فيه إذا كان على غيرهما، وأما الموضحة التي توضح عظم الصدر، أو العنق، أو الساعد أو الأصابع، ففي وجوب القصاص فيها وجهان: أحدهما: لا، كما لا يجب فيها أرش مقدر، وأصحهما: نعم، وهو ظاهر النص لتيسر استيفاء المثل، وإذا اختصرت، وأجبت في الجراحات في جميع البدن بالمختار، قلت: يجب القصاص في الجراحة على أي موضع كانت بشرط أن تنتهي إلى عظم ولا تكسره.

النوع الثاني: قطع الطرف، فيجب القصاص بقطع الطرف بشرط إمكان المماثلة، وأمن استيفاء الزيادة، ويحصل ذلك بطريقتين: أحدهما: أن يكون للعضو مفصل توضع عليه الحديدية وتبان، والمفصل موضع اتصال عضو بعضو على منقطع عظمين، وقد يكون ذلك بمجاورة محضة، وقد يكون مع دخول عضو في عضو، كالمرق والركبة، فمن المفاصل الأنامل والكوع والمرفق ومفصل القدم والركبة، فإذا وقع القطع على بعضها، اقتصر من الجاني، قال الإمام: وفي بعض التعاليق عن شيخي حكاية وجه بعيد في المرفق والركبة، قال: وأظنه غلطاً من المعلق، ومن المفاصل أصل الفخذ والمنكب، فإن أمكن القصاص بلا إجافة، اقتصر، وإلا فلا، سواء كان الجاني أجاف أم لا، لأن الجوائف لا تنضبط، وحكى الإمام وجهاً شاذاً أنه يجري القصاص إذا كان الجاني أجاف، وقال أهل البصر: يمكن أن يقطع، ويجاف مثل تلك الجائفة. الطريق الثاني: أن يكون للعضو حد مضبوط ينقاد لآلة الإبانة، فيجب القصاص في فقه العين، وفي الأذن، والجفن، والمارن، والذكر والأنثيين قطعاً، وفي الشفة واللسان على الصحيح، وفي الشُفرين والأليتين على الأصح عند الأكثرين، ولا قصاص في إطار الشفة بكسر الهمزة وتخفيف الطاء المهملة، وهو المحيط بها، لأنه ليس له حد مقدر، والكلام في قدر الشفتين والشفرين والأليتين يأتي في الديات إن شاء الله تعالى.

فرع: لو قطع بعض الأذن، أو بعض المارن من غير إبانة، وجب القصاص على الأظهر، لإحاطة الهواء بهما، وإمكان الاطلاع عليهما من الجانبين، ويقدر المقطوع بالجزئية، كالثلث والربع، لا بالمساحة، ولو قطع بعض الكوع، أو مفصل الساق والقدم، ولم يبين، فلا قصاص على الأظهر، لأنها تجمع العروق والأعصاب، وهي مختلفة الوضع تسفلًا وتصعدًا، فلا يوثق بالمماثلة فيها بخلاف المارن، ولو

قطع فلقة من الأذن، أو المارن، أو اللسان، أو الحشفة، أو الشفة، وأبائها، وجب القصاص على الصحيح، وتضبط بالجزئية، ولو أبان قطعة من الفخذ، فلا قصاص، كذا جزم به الغزالي، ويشبه أن يجيء فيه خلاف كالباضعة.

فرع: قطع يداً أو عضواً، وبقي المقطوع متعلقاً بجلده، وجب القصاص، أو كمال الدية، لأنه أبطل فائدة العضو، ثم إذا انتهى العضو في الاقتصاص إلى تلك الجلدة، فقد فصل القصاص، ويراجع الجاني أهل الخبرة في تلك الجلدة، ويفعل مصلحته من القطع والترك.

فرع: لا قصاص في كسر العظام، لعدم الوثوق بالمماثلة، لكن للمجني عليه أن يقطع أقرب مفصل إلى موضع الكسر، ويأخذ الحكومة للباقي، وله أن يعفو، ويعدل إلى المال، ولو أوضح رأسه مع الهشم، فللمجني عليه أن يقتصر في الموضحة، ويأخذ الهشم ما بين أرش الهاشمة والموضحة، وهو خمس من الإبل، ولو أوضح ونقل، فللمجني عليه أن يقتصر في الموضحة، ويأخذ ما بين الموضحة والمنقلة، وهو عشر من الإبل، ولو أوضح وأم، فله أن يوضح، ويأخذ ما بين الموضحة والمأمومة، وهو ثمانية وعشرون بغيراً وثلاث بغير، لأن في المأمومة ثلث الدية.

فرع: قطعه من الكوع، فأراد المجني عليه أن يلقط أصابعه، فليس له ذلك، فلو بادر وفعله، عزز، ولا غرم عليه، لأنه يستحق إتلاف الجملة، فلا يلزمه بإتلاف البعض غرم، كما أن مستحق قتل النفس لو قطع طرف الجاني، لا غرم عليه، قال البغوي: وهل له أن يعود ويقطع الكف؟ وجهان: أحدهما: نعم، كما أن مستحق النفس لو قطع يد الجاني له أن يعود ويحز رقبتة، ولو طلب حكومتها، لم يجب، لأن حكومة الكف تدخل في دية الأصابع وقد استوفى الأصابع المقابلة بالدية، ولو قطع يده من المرفق، فأراد أن يقطع من الكوع، أو يقطع أصبعاً، ويرضى بها قصاصاً ومالاً، لم يكن له ذلك، لأنه عدول عن محل الجناية مع القدرة عليه، وقيل: إن رضي بذلك بلا مال، جاز، والصحيح الأول، فلو خالفنا فقطع من الكوع، عزز ولا غرم لما سبق، ولو أراد بعد ذلك أن يقطع من المرفق، قال الإمام: لا يمكنه، وجعله البغوي على وجهين: ولو طلب حكومة الساعد لم نثبتها له، كذا نقله الإمام عن الأصحاب، ونقله البغوي أيضاً، ثم قال: وعندي أنها تثبت.

فرع: لو كسر عظم العضد، وأبان اليد منه، فللمجني عليه أن يقطع من المرفق، ويأخذ الحكومة لما بقي، وإن عفا، فله دية الكف، وحكومة للساعد، وحكومة للمقطوع من العضد، فلو أراد أن يترك المرفق، ويقطع من الكوع، فهل له

ذلك؟ وجهان: أرجحهما عند البغوي: يجوز، لعجزه عن محل الجناية، ومسامحته، وأرجحهما عند الروياني وغيره لا، لأنه عدول عما هو أقرب إلى محل الجناية ولو أراد التقاط الأصابع، لم يمكن قطعاً، ولو أراد أخذ أصبع واحدة، فلقياس أنه على الوجهين في قطع الكوع، فإذا قلنا: ليس له القطع من الكوع، فقطع، ثم أراد القطع من المرفق، لم يكن وليس له حكومة الساعد، وإن قلنا: له القطع من الكوع، فقطع، فله حكومة الساعد على الأصح، وتجب له حكومة المقطوع من العضد، هكذا جزم به الأصحاب، وحكى الغزالي فيه وجهين: والصواب الأول، لأن استيفاء تلك البقية متعذر شرعاً، ولم يوجد من المجني عليه فيها تقصير وعدول، ولم أجد هذين الوجهين لغير الغزالي.

فرع: لو قطعه من نصف الساعد، قطع من الكوع وأخذت حكومة نصف الساعد، فلو عفا، فله دية الكف، وحكومة لنصف الساعد، ولو أراد أن يلتقط أصابعه، لم يمكن، فلو فعل، لم يمكن من القطع من الكوع، قال البغوي: وليس له حكومة الكف، وله حكومة نصف الساعد، ويجيء في حكومة نصف الساعد الخلاف.

فرع: لو قطع يده من نصف الكف، لم يقتصر في الكف، وله التقاط الأصابع. وإن تعددت الجراحة، لأنه لا سبيل إلى إهماله، وليس بعد موضع الجراحة إلا مفاصل متعددة، وهل تجب مع قطعها حكومة نصف الكف، أم تدخل الحكومة في قطعها، كدخلها في استيفاء الدية؟ وجهان: أصحهما: الوجوب.

فرع: من «الأم»: لو شق كفه حتى انتهى إلى مفصل، ثم قطع من المفصل أو لم يقطع، اقتصر منه إن قال أهل الخبرة: يمكن أن يفعل به مثله.

النوع الثالث: إبطال المنافع وهي لا تباشر بالتفويت، وإنما تفوت تبعاً لمحلها، وقد ترد الجناية على غير محلها، وتفاوت هي بالسراية لارتباط بينها وبين محل الجناية، فلو أوضح رأسه، فذهب ضوء عينيه، فالنص أنه يجب القصاص في الضوء كما يجب في الموضحة، ونص فيما إذا قطع أصبعه فسرى إلى الكف، أو إلى أصبع أخرى بتآكل أو شلل، أنه لا يجب القصاص في محل السراية، فقليل: فيهما قولان، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن الضوء ونحوه من اللطائف لا تباشر بالجناية، وإنما تقصد بالجناية على محلها، أو محل آخره، وإذا أوجبت القصاص في الضوء بالسراية، فالذي صححه الإمام نقلاً ومعنى أن السمع كالبصر، وحكى فيما إذا أبطل بطش عضو بالسراية تردد الأصحاب، منهم من أحقه بالضوء، وبه قال صاحب «التقريب» ومنهم من رأى البطش عسر الإزالة، كالأجسام، وإليه ميل الشيخ أبي

محمد، وفي العقل أيضاً تردد لبعده عن التناول بالسراية، قال: ولا يبعد إلحاق الكلام بالبصر، ورتبها فجعل البصر والسمع في درجة، ويليهما الكلام، ويليه البطش، ويليه العقل، وذكر صاحب «المذهب» أنه لو جنى على رأسه، فذهب عقله، أو على أنفه، فذهب شمه، أو على أذنه، فذهب سمعه، فلا قصاص في العقل والشم والسمع، والأقرب منع القصاص في العقل، ووجوبه في الشم والبطش والذوق، لأن لها محال مضبوطة، ولأهل الخبرة طرق في إبطالها، وإذا ذهب الضوء بالموضحة، واقتصصنا في الموضحة، فلم يذهب ضوء الجاني، أذهب بأخف ما يمكن، كتقريب حديدة محمأة من عينيه، أو طرح كافور فيها ونحوهما، وإن ذهب ضوء الجاني، حصل القصاص، وفيه شيء يأتي إن شاء الله تعالى. ولو هشم رأسه، فذهب ضوءه، عولج بما يزيل الضوء ولا يقابل الهشم بالهشم، ولو لطمه، فذهب ضوءه واللطمة بحيث تذهب الضوء غالباً، فالمنقول عن نصه في «الأم» أنه يلطم مثل لطمته، فإن ذهب الضوء فعلى ما ذكرنا في الموضحة، وإلا أزيل بالمعالجة، وإن ابيضت الحدقة، أو شخصت، فعل به ما يفضي إليه إن أمكن، ونسب صاحب «المذهب» هذا المنقول عن النص إلى بعض الأصحاب، ثم قال: ويحتمل أن لا يقتص في اللطمة كما لا يقتص بالهاشمة، لأنه لا قصاص في اللطمة لو انفردت، وهذا حسن، وجعله صاحب «التهذيب» وجهاً، وقال: هو الأصح.

فرع: إذا قلنا: لا يجب القصاص في الأجسام بالسراية، فقطع أصبعه، فسرى القطع إلى الكف وسقطت، فلا يجب القصاص إلا في تلك الأصبع، وإذا اقتص في الأصبع، فسرى إلى الكف فالنص أن السراية لا تقع قصاصاً، بل يجب على الجاني دية باقي اليد، ونص فيما إذا أوضحه فذهب ضوءه وشعر رأسه، فاققتص في الموضحة، فذهب ضوء الجاني وشعر رأسه أيضاً، أنه يكون مستوفياً حقه، ولو لم يذهب ضوء الجاني، ونبت شعره، فعليه دية البصر وحكومة الشعر. وفي هذا النص إيقاع الشعر مقابلاً للشعر وهو من الأجسام، فاقترض وقوع السراية في الأجسام قصاصاً، فقليل: قولان في أن السراية في الضوء والكف هل تقع قصاصاً؟ وقيل: في الكف قولان، ويقع الضوء قطعاً، والمذهب أن السراية لا تقع قصاصاً في الكف ولا في الشعر، ولو عفا المجني عليه عن قصاص الأصبع، فله دية اليد، وإن اقتص، فلم يسر القطع إلى غير تلك الأصبع، أو سرى وقلنا: لا يقع قصاصاً، فله أربعة أخماس دية الكف للأصابع الأربع، ولا تجب لمنابتها من الكف حكومة، بل تدخل في ديتها، وفي دخول حكومة خمس الكف في قصاص الأصبع، وجهان سيعودان إن شاء الله تعالى، وما يجب من الدية يجب مغلظاً في مال الجاني، لأنه وجب بجناية عمد

موجبة للقدود، وقيل: على العاقلة، والصحيح الأول، وله المطالبة به عقب قطع الأصبع، وفي صورة الموضحة المذهبة للبصر، لو أوضحه، فلم يذهب ضوؤه في الحال، لا يطالب بالدية، بل ينتظر، فلعله يسري إلى البصر فيحصل الاقتصاص، وكذا في النفس، لو قطع أصبعه فسرى إلى نفسه، فقطع الولي أصبع الجاني، ينتظر السراية ولا يطالب بالدية في الحال.

فرع: له تعلق بالسراية. لو قتل مستحق القصاص الجاني خطأ، أو ضربه بسوط خفيف، فهل يصير مستوفياً؟ فيه خلاف، ومثله: لو وثب الصبي، أو المجنون على قاتل مورثه فقتله، هل يصير مستوفياً؟ وجهان: أحدهما: لا، فعلى هذا ينتقل حقه إلى الدية، وتجب الدية بقتل الجاني، وهل تكون عليه أم على عاقلته؟ يبني على الخلاف في أن عمدتهما عمد أم خطأ، ويجري فيما إذا ثبت قصاص لصبي أو مجنون، فوثب على القاطع فقطع طرفه، هل يكون مستوفياً لحقه؟ ثم موضع الخلاف إذا لم يكن من الجاني تمكين، فأما إذا أخرج يده إلى الصبي أو المجنون فقطعه، فلا يكون مستوفياً لحقه بلا خلاف، ويكون قطعه هدراً.

الفصل الثالث: في المماثلة

وهي معتبرة في وجوب القصاص في الطرف، كالكفاءة في النفس، فلا يقابل طرف بغير جنسه، كاليد بالرجل، وإذا اتحد الجنس، لم يؤثر التفاوت في الصغر والكبر، والطول والقصر، والقوة والضعف، والضخامة والنحافة، كما لا تعتبر مماثلة النفسين في هذه الأمور، وكذلك تقطع يد الصانع بيد الأخرق، كما يقتل العالم بالجاهل، وإنما يؤثر التفاوت في أمور:

أحدها: تفاوت المحل والقدر، أما المحل، فلا تقطع اليد اليمنى باليسرى، ولا اليسرى باليمنى، وكذا الرجل والعين والأذن، ولا يقطع من الجنس الأعلى بالأسفل، وكذا العكس، وكذا في الشفة، ولا أصبع ولا أنملة بغيرها، ولا أصبع زائدة بزائدة أخرى، إذا اختلف محلهما، بأن كانت زائدة بجانب الخنصر، وزائدة الجاني بجانب الإبهام.

وأما القدر، فالتفاوت في الحجم صغيراً وكبيراً، وطولاً وقصراً لا يؤثر في الأعضاء الأصلية قطعاً، وكذا في الزائدة على الأصح، فإن قلنا: تؤثر، وكانت زائدة الجاني أكبر، لم يقتصر منه، وإن كانت زائدة المجني عليه أكبر، اقتصر، وأخذ حكومة قدر النقصان، ثم الخلاف فيما رأى الإمام فيما إذا لم يؤثر تفاوت الحجم في الحكومة، فإن أثر، فلا قصاص، قال: والاختلاف في الكون وسائر الصفات لا يؤثر

بعد التساوي في الحكومة، وتقطع الزائدة بالأصلية إذا اتفق محلها، ولا شيء له لنقصان الزائدة، كما لو رضي بالشلاء عن السليمة.

فرع: نقلوا عن النص أنه لو كانت زائدة الجاني أتم، بأن كان لأصبعه الزائدة ثلاث مفاصل، ولزائدة المجني عليه مفصلان، لم تقطع بها، لأن هذا أعظم من تفاوت المحل.

فرع: الكلام في قصاص الموضحة يتعلق بالمساحة والمحل، أما المساحة، فمعتبرة طولاً وعرضاً، فلا تقابل ضيقة بواسعة، ولا يقنع بضيقة عن واسعة، فتذرع موضحة المشجوج بخشبة أو خيط، ويحلق ذلك الموضع من رأس الشاج، إن كان عليه شعر، ويخط عليه بسواد أو حمرة، ويضبط الشاج حتى لا يضطرب، ويوضح بحديدة حادة كالموسى، ولا يوضح بالسيف، وإن كان أوضح به، لأنه لا تؤمن الزيادة، وكذا لو أوضح بحجر، أو خشب، يقتص منه بالحديدة، كذا ذكره القفال وغيره، وتردد فيه الروياني، ثم يفعل ما هو أسهل عليه من الشق دفعه واحدة، أو شيئاً فشيئاً، ويرفق في موضع العلامة، ولا عبرة بتفاوت الشاج والمشجوج في غلط الجلد واللحم، وأما المحل، فإن أوضح جميع رأسه، ورأساهما متساويان في المساحة، أوضح جميع رأسه، وإن كان رأس الشاج أصغر، استوعبناه إيضاحاً، ولا يكفي به ولا ينزل لإتمام المساحة إلى الوجه، ولا إلى القفا، بل يؤخذ قسط ما بقي من الأرض إذا وزع على جميع الموضحة، وإن كان رأس الشاج أكبر، لم يوضح جميعه، بل بقدره بالمساحة والاختيار في موضعه إلى الجاني، وقيل: إلى المجني عليه، وقيل: يبتدىء من حيث بدأ الجاني، ويذهب به في الجهة التي ذهب إليها إلى أن يتم القدر، والصحيح الأول وبه قطع الأكثرون، فإن كان في رأس الجاني موضحة، والباقي بقدر ما فيه القصاص، تعين، وصار كأنه كل الرأس، ولو أراد أن يستوفي بعض حقه من مقدم الرأس، وبعضه من مؤخره، لم يكن له ذلك على الصحيح، لأنه يأخذ موضعيتين بدل موضحة، ولو أراد أن يستوفي البعض ويأخذ للباقي قسطه من الأرض مع تمكنه من استيفاء الباقي، لم يكن له ذلك على الأصح، بخلاف ما لو أوضح في موضعين، فإن له أن يقتص في أحدهما، ويأخذ أرض الآخر، لأنهما جنايتان، ولو أوضح الجاني بعض الرأس، كالقذال والناصية، أوضحنا ذلك القدر وتممناه من الرأس إن بقي من حقه شيء، وقيل: لا يجوز مجاوزة ذلك الموضع، والأول هو الصحيح المنصوص، ولو أوضح جبهته، وجبهة الجاني أصغر، لم يرتق إلى الرأس، وليجيء في مجاوزة موضع من الوجه إلى موضع يلاصقه الوجهان، وإذا أوجبنا القصاص في موضحة سائر البدن، فأوضح ساعده

وساعد الجاني أصغر، لم يجاوزه إلى العضد ولا إلى الكتف، كما في الوجه والرأس.

فرع: لو زاد المقتص في الموضحة على قدر حقه، نظر، إن زاد باضطراب الجاني، فلا غرم، وإن زاد عمداً، اقتص منه في الزيادة ولكن بعد اندمال الموضحة التي في رأسه، وإن آل الأمر إلى المال، أو أخطأ باضطراب يده، وجب الضمان، وفي قدره وجهان: أحدهما: يوزع الأرض عليهما، فيجب قسط الزيادة، وأصحهما: يجب أرش كامل، ولو قال المقتص: أخطأت بالزيادة، فقال المقتص منه: بل تعمدتها، صدق المقتص بيمينه، ولو قال: تولدت الزيادة باضطرابك، وأنكر، فأيهما يصدق؟ وجهان: لأن الأصل براءة الذمة وعدم الاضطراب.

فرع: اشترك جماعة في موضحة، بأن تحاملوا على الآلة وحزوها معاً، ففيه احتمالان للإمام، أحدهما: يوزع عليهم، ويوضح من كل واحد قدر حصته لإمكان التجزئة، بخلاف القتل، والثاني: يوضح من كل واحد مثل تلك الموضحة، كالشركاء في القطع، وبهذا قطع البغوي، ويجري الاحتمالان فيما لو آل الأمر إلى المال، هل يجب على كل واحد أرش كامل أم يوزع عليهم؟ قال الإمام: وهذا الثاني أقرب، وبالأول قطع البغوي.

فرع: ما ذكرنا أنه يحلق شعر رأس الشاج عند الاقتصاص، مفروض فيما إذا كان لكل منهما شعر، فإن لم يكن للشاج شعر، فلا حلق، وإن لم يكن على رأس المشجوج شعر، وكان على رأس الشاج شعر، لم يمكن من القصاص لما فيه من إتلاف شعر لم يتلفه، نص عليه في «الأم» ولا يضر التفاوت في خفة الشعر وكثافته.

فرع: لو شك هل أوضح بالشجة أم لا، لم يقتص مع الشك، ويبحث عن الحال بمسمار حتى يعرف، ويشهد به شاهدان، أو يعترف به الجاني، لأن حكم الإيضاح يتعلق بالانتهاء إلى العظم حتى لو غرز إبرة فانتهدت إلى العظم، كان ذلك موضحة، وإن كان لا يظهر العظم للنظر.

التفاوت الثاني: في الصفات التي يؤثر التفاوت فيها وفيه مسائل:

إحداها: مطلق التفاوت لا يؤثر، بل تقطع اليد البيضاء بالسوداء، والسليمة بالبرصاء، ويد الصانع بيد الأخرق.

الثانية: لا تقطع يد أو رجل صحيحة بشلاء وإن رضي به الجاني، وإنما الواجب في الطرف الأشل الحكومة، كما لا يقتل الحر بالعبد، والمسلم بالذمي وإن رضي الجاني، فلو خالف المجني عليه، وقطع الصحيحة، لم تقع قصاصاً، بل عليه نصف الدية، ولو سرى فعليه القصاص في النفس، فإن كان قطع بإذن الجاني، فلا

قصاص عند السراية، لأنه بإذنه، ثم ينظر، إن قال الجاني: اقطع يدي، وأطلق، جعل المجني عليه مستوفياً لحقه، ولم يلزمه شيء، وإن قال: اقطعها عوضاً عن يدك، أو قصاصاً، فوجهان: أحدهما وبه قطع البغوي: أن على المجني عليه نصف الدية، وعلى الجاني الحكومة، لأنه لم يبدلها مجاناً، والثاني: لا شيء على المجني عليه، وكأن الجاني أدى الجيد عن الرديء، وقبضه المستحق.

الثالثة: اليد الشلاء، والرجل الشلاء، هل تقطعان بالصحيحين؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الشرع لم يرد بالقصاص فيها، والثاني وهو الصحيح الذي عليه الأصحاب: أنه يراجع أهل البصر، فإن قالوا: لو قطعت لم ينسد فم العروق بالجسم، ولم ينقطع الدم، لم تقطع بها، وتجب دية يده، وإن قالوا: تنقطع، فله قطعها، وتقع قصاصاً، كقتل الذمي بالمسلم، وليس له أن يطلب بسبب الشلل أرساً.

الرابعة: هل تقطع الشلاء بالشلاء؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الشلل علة، والعلل يختلف تأثيرها في البدن، والثاني وهو الصحيح الذي قطع به الجمهور: أنهما إن استويا في الشلل، أو كان شلل يد القاطع أكثر، قطعت بها، والشرط أن لا يخاف نزف الدم كما ذكرنا، وإن كان الشلل في يد المقطوع أكثر، لم يقطع بها.

فرع: قال الشيخ أبو محمد: المراد بالشلل في اليد والرجل زوال الحس والحركة، وقال الإمام: لا يشترط زوال الحس بالكلية، وإنما الشلل بطلان العمل.

الخامسة: لا أثر لتفاوت البطش، بل تقطع يد القوي بيد الشيخ الذي ضعف بطشه، لكن لو كان النقص بجناية، بأن ضرب رجل يده فنقص بطشها، وألزمناه الحكومة، ثم قطع تلك اليد كاملة البطش، فقد حكى الإمام أنه لا قصاص، وأنه لا تجب دية كاملة على الأصح، وهذا كما سبق أن من صار إلى حالة المحتضر بلا جناية، لو حز إنسان رقبته، لزمه القصاص، ولو انتهى إلى تلك الحالة بجناية، فلا قصاص على حازه.

السادسة: تقطع يد السليم ورجله بيد الأعسم ورجل الأعرج، لأنه لا خلل في اليد والرجل، والعسم: تشنج في المرفق، أو قصر في الساعد أو العضد.

السابعة: لا اعتبار باضرار الأظفار واسودادها وزوال نضارتها، فإنها علة ومرض في الأظفار، والطرف السليم يستوفى بالعليل، وأما التي لا أظفار لها، فالصحيح الذي ذكره العراقيون وغيرهم: أنه لا تقطع بها سليمة الأظفار، وأنها تقطع بالسليمة، وكذا حكاه الإمام عنهم ونسبه إلى النص، لكن عن الشيخ أبي حامد وغيره، أنه تكمل فيها الدية، ولالإمام احتمال في جريان القصاص وإن عدمت

الأظفار، لأنها زوائد، ولو لم يجر القصاص لما تمت دية اليد والأصبع الساقط ظفرها، وقال البغوي: ينقص من الدية شيء.

الثامنة: لا تقطع يد صحيحة بيد فيها أصبع شلاء، ولا تقطع من الكوع يد مسبحتها شلاء بيد وسطاها شلاء، فإن استويا في الشلل، فهما كالشلاوين.

التاسعة: إذا قطع سليم اليد يداً شلاء، ثم شلت يده، فعن القفال أنه خرّج في الاقتصاص منه قولين، ثم رجع وقطع بالمنع، وهو الذي رآه الإمام مذهباً، والمذكور في «التهذيب» أنه يقتص منه، وكذا لو قطع يداً ناقصة أصبعاً، ثم سقطت تلك الأصبع من القاطع، بخلاف ما لو قطع حر ذمي يد عبد، ثم نقض العهد، وسبي واسترق لا يقطع، ولو قتله لا يقتل، وفرق بأن القصاص هناك سقط لعدم الكفاءة، والكفاءة تراعى حال الجنائية، والامتناع هنا لزيادة حسية في يد القاطع والاعتبار فيها بحال الاستيفاء، فإذا زالت، قطع، ولهذا لو قطع الأشل يداً شلاء، ثم صحت يد القاطع، لا يقتص منه لوجود الزيادة عند الاستيفاء، قال: وكذا اليد ذات الأظفار لا تقطع بما لا أظفار لها، فلو سقطت أظفار القاطع، قطعت بها، والتي لا أظفار لها تقطع بمثلها، فلو نبتت أظفار القاطع لم تقطع لحدوث الزيادة.

العاشرة: يجب في قطع الذكر، وفي قطع الأنثيين وإشلالها القصاص، سواء قطع الذكر والأنثيين معاً، أو قدم الذكر، أو الأنثيين، ولو دق خصيه، ففي «التهذيب» أنه يقتص بمثله إن أمكن، وإلا وجبت الدية، ويشبه أن يكون الدق ككسر العظام، ولو قطع، أو أشل إحدى الأنثيين وقال أهل البصر: يمكن القصاص من غير إتلاف الأخرى، اقتصر، وذكر الروياني أن الماسرجسي قال: إنه ممكن وإنه وقع في عهده لرجل من أهل فراوة. والقول في قطع الذكر الصحيح بالأشل وبالعكس، والأشل بالأشل على ما ذكرنا في اليد والرجل، وشلل الذكر أن يكون منقبضاً لا ينبسط، أو منبسطاً لا ينقبض، هذه عبارة الجمهور وقيل: هو الذي لا يتقلص في البرد ولا يسترسل في الحر، وهو بمعنى العبارة الأولى، ولا اعتبار بالانتشار وعدمه، ولا بالتفاوت في القوة والضعف، بل يقطع ذكر الفحل الشاب بذكر الخصي والشيخ والصبي والعين، لأنه لا خلل في نفس العضو وإنما تعذر الانتشار لضعف في القلب أو الدماغ وسواء الألف والمختون.

الحادية عشرة: تقطع أذن السميع بأذن الأصم وبالعكس، وهل تقطع الأذن الصحيحة بالمستحشفة؟ قولان، أظهرهما: نعم، لبقاء الجمال والمنفعة من جمع الصوت ورد الهوام بخلاف اليد الشلاء، وبيان الاستحشاف يأتي في الديات إن شاء الله تعالى، وسواء المثقوبة وغيرها إذا كان الثقب للزينة ولم يورث شيئاً ونقصاً، فإن

أورث نقصاً فلتكن المثقوبة كالمخرومة، ولا تقطع صحيحة بمخرومة، وهي التي قطع بعضها، ولكن يقطع منها بقدر ما كان بقي من المخرومة، وهذا إذا قلنا: يجب القصاص في بعض الأذن كما سبق، فإن شقت ولم يبين منها شيء، فنقل الإمام عن العراقيين أنه لا تقطع الصحيحة بها أيضاً، لفوات الجمال، قال: ولست أرى الأمر كذلك لبقاء الجرم بصفة الصحة.

قلت: هذا الذي قاله الإمام ضعيف. والله أعلم.

وتقطع المخرومة بالصحيحة ويؤخذ من الدية بقدر ما ذهب من المخرومة، وسواء في المثقوبة والمخرومة المرأة والرجل.

الثانية عشرة: يقطع أنف الصحيح بأنف الأخشم، لأن الشم ليس في جرم الأنف، وهل يقطع الأنف السليم بالمجذوم؟ قال البغوي: إن كان في حال الاحمرار، قطع به، وإن أسود، فلا قصاص، لأنه دخل في حد البلى، وإنما تجب فيه الحكومة، ولم يفرق الجمهور بين الاحمرار والاسوداد، وقالوا: يجب القصاص ما لم يسقط منه شيء، فإن سقط، لم يقطع به الصحيح، لكن يقطع منه ما كان بقي من المجني عليه إن أمكن، وإن كان بأنف الجاني نقص كنقص المجذوم جرى القصاص وفيه وجه، قال الإمام: هو غلط.

الثالثة عشرة: لا تؤخذ العين السليمة بالحدقة العمياء، والصورة القائمة من الحدقة كاليد الشلاء، وتؤخذ القائمة بالصحيحة إذا رضي المجني عليه، ويقطع جفن البصير بجفن الأعمى لتساوي الجرمين، وفقد البصر ليس في الجفن.

الرابعة عشرة: لا يقطع لسان ناطق بأخرس ويجوز العكس برضى المجني عليه، ويقطع لسان المتكلم بلسان الرضيع إن ظهر فيه أثر النطق بالتحريك عند البكاء وغيره، وإلا فلا، فإن بلغ أوان التكلم ولم يتكلم، لم يقطع به المتكلم.

فرع: قطع أذن شخص، فألصقها المجني عليه في حرارة الدم فالتصقت، لم يسقط القصاص ولا الدية عن الجاني، لأن الحكم يتعلق بالإبانة وقد وجدت، ثم ذكر الشافعي والأصحاب رحمهم الله أنه لا بد من قطع الملتصق لتصح صلاته وسببه نجاسة الأذن إن قلنا: ما بيان من الآدمي نجس، وإلا فسببه الدم الذي ظهر في محل القطع فقد ثبت له حكم النجاسة فلا تزول بالاستبطان ويجيء فيه ما سبق في كتاب الصلاة في الوصل بعظم نجس والتفصيل بين أن ينبت اللحم على موضع النجاسة، أو لا ينبت، وبين أن يخاف التلف من القطع أو لا يخاف، ولو قطعها قاطع، فلا قصاص عليه، لأنها مستحقة الإزالة، وإن لم يوجب إزالتها لخوف التلف مثلاً، فلو سرى قطع القاطع إلى النفس، حكى الإمام عن المحققين أن عليه القصاص، قال:

ولا يبعد خلافه، ثم هي وإن كانت مستحقة الإزالة فليس للجاني أن يقول: أزيلوها ثم اقطعوا أذني، لأن إزالتها من باب الأمر بالمعروف لا اختصاص له به، والنظر في مثله إلى الإمام، ولو اقتصر المجني عليه فالصق الجاني أذنه، فالقصاص حاصل بالإبانة، وأما قطع ما ألصق فلا يختص به المجني عليه، ولو قطع بعض أذنه ولم يبنه، ففي القصاص في ذلك القدر خلاف سبق، وذلك إذا بقي غير ملتصق، فأما إذا ألصقه المجني عليه، فالتصق، فيسقط القصاص والدية عن الجاني، ويرجع المجني عليه إلى الحكومة، كالإفضاء إذا اندمل يسقط الدية، ولذلك نقول: لو جاء رجل وقطع الأذن بعد الالتصاق، لزمه القصاص، أو الدية الكاملة، هذا هو الصحيح المنصوص، وقيل: لا يسقط القصاص في القدر المقطوع، كما لا يسقط قصاص الموضحة بالاندمال، ولا يجب قطع الملتصق قبل تمام الإبانة، وهكذا أطلقوه، وفيه نظر إن عللنا بظهور الدم، ولو استأصل أذنه، وبقيت معلقة بجلده، وجب القصاص بلا خلاف، فلو ألصقها المجني عليه، لم يجب قطعها، وفي سقوط القصاص عن الجاني هذا الخلاف، ولو أبان أذنه، ففقط المجني عليه بعض أذنه مقتصاً، فالصقه الجاني، فللمجني عليه أن يعود، ويقطعه لاستحقاقه الإبانة.

فرع: ربط السن المقلوعة في مكانها، وثبوتها، كالصاق الأذن المقطوعة فيما ذكرناه.

فصل: في السن القصاص، وإنما يجب إذا قلعها، فلو كسرهما، فلا قصاص، كذا ذكره البغوي وغيره، وحكى ابن كج عن نصه في «الأم» أنه إذا كسر بعض سنه يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: يمكن استيفائه بلا زيادة ولا صدع في الباقي، اقتصر منه، وبهذا قطع صاحب «المهذب» ولا تؤخذ السن الصحيحة بالمكسورة، وتؤخذ المكسورة بالصحيحة مع قسط الذهاب من الأرض، وتؤخذ الزائدة بالزائدة بالشرط السابق، ولو قلع سن رجل، وليس للجاني تلك السن، فلا قصاص، وتؤخذ الدية، فلو نبت بعد ذلك، فلا قصاص أيضاً، لأنها لم تكن موجودة حال الجنائية.

فرع: إذا قلع منغور وهو الذي سقطت روضه سن صبي لم يثغر، فلا قصاص في الحال ولا دية، لأنها تعود غالباً، فإن نبتت، فلا قصاص ولا دية، ولكن عليه الحكومة إن نبتت سوداء، أو معوجة، أو خارجة عن سمت الأسنان، أو بقي شين بعد النبات، وإن نبتت أطول مما كانت، أو نبت معها سن شاذية، فكذلك على الأصح، وإن نبتت أقصر مما كانت، وجب بقدر النقص من الأرض، وإن جاء وقت نباتها، بأن سقط سائر الأسنان، وعادت، ولم تنبت المقلوعة، أريناه أهل الخبرة، فإن قالوا: يتوقع نباتها إلى وقت كذا، توقفنا تلك المدة، فإن مضت ولم تنبت، أو

قالوا: فسد المنبت ولا يتوقع النبات، وجب القصاص على المذهب، وبه قطع الأصحاب، وحكى الغزالي فيه قولين، لأن سن الصغير ناقصة، ولم يذكر الخلاف غير الغزالي، ثم إذا أوجبنا القصاص، فلاستيفاء إنما يكون بعد البلوغ، فإن مات الصبي قبل بلوغه، اقتصر وارثه في الحال، أو أخذ الأرش، وإن مات قبل حصول اليأس، وقبل تبين الحال، فلا قصاص، وفي الأرش وجهان يأتيان في الديات إن شاء الله تعالى.

فرع: قلع مثغور سن مثغور، وجب القصاص، فلو نبت سن المجني عليه، ففي سقوط القصاص قولان، أحدهما: يسقط، لأن العائد قائم مقام الأول، كما في غير المثغور، وأظهرهما: لا يسقط، لأن هذا هبة جديدة من الله تعالى، وعلى القولين لا تنتظر العود، بل للمجني عليه أن يقتصر، أو يأخذ الدية في الحال، وقيل: يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: قد يعود إلى مدة كذا، انتظر تلك المدة، ويكون الحكم كما ذكرنا في غير المثغور، ولو التأمّت الموضحة والتحمت، لم تسقط الدية ولا القصاص، لأن العادة فيها الالتحام، وكذا حكم الجائفة، وعن صاحب «التقريب» وجه أنها إذا التحمت، زال حكمها، ورأى الإمام تخصيص هذا الوجه على ضعفه بما إذا نفذت الحديدية إلى الجوف، وحصل خرق من غير زوال لحم دون ما إذا زال شيء، ونبت لحم جديد، ورأى طرده في مثلها في الموضحة، ولو قطع لساناً فنبت، ففي سقوط القصاص طريقان، أحدهما: قولان كالسن، والمذهب القطع بالمنع، لأن عوده بعيد جداً، فهو هبة محضة، وجنس السن معتاد العود، التفرع على القولين في عود السن، فإذا اقتصر المجني عليه، أو أخذ الأرش، ثم نبت سنه، فليس للجاني قلعها، وهل يسترد الأرش إن كان المجني عليه أخذه؟ وجهان أو قولان، إن قلنا: العائد كالأول، استرد، وإن قلنا: هبة، فلا، وإن كان المجني عليه اقتصر، فهل يطالبه الجاني بأرش السن؟ يبنى على الخلاف، وقال ابن سلمة: لا يطالب هنا قطعاً لتعذر استرداد القصاص، وهذا ضعيف، ولو تعدى الجاني، فقلع العائد وقد اقتصر منه، فإن قلنا: العائد كالأول، لزمه الأرش بهذا القلع لتعذر القصاص وقد وجب له على المجني عليه الأرش بالعود ففيه الكلام في التقاص، وإن جعلناه هبة، لزمه الأرش بالقلع الثاني، وعلى هذا القول لو لم يقتصر منه أولاً وأخذ الأرش، فللمجني عليه أن يقتصر للقلع الثاني، فلو لم يكن اقتصر للأول ولا أخذ الأرش، لزمه قصاص وأرش، أو أرشان بلا قصاص، أما إذا اقتصنا من الجاني فعاد سنه دون المجني عليه، فإن قلنا: العائد كالأول، فهل للمجني عليه القلع ثانياً؟ وجهان: أحدهما: لا، لأنه قابل قلعاً بقلع فلا تثنى عليه

العقوبة، لكن له الأرش لخروج القلع الأول عن كونه قصاصاً، وكأنه تعذر القصاص بسبب، والثاني: نعم، لأن الجاني أفسد منبته، فيكرر عليه حتى يفسد منبته، وإن قلنا: هبة، فلا شيء للمجني عليه وقد استوفى حقه بما سبق، وهذا هو الأظهر، ولو اقتصر، فعاد سن الجاني والمجني عليه معاً، فلا شيء لواحد منهما على الآخر باتفاق القولين.

فرع: قلع غير مثغور سن مثغور، قال ابن كج: للمجني عليه أن يأخذ الأرش إن شاء، ويقتصر إن شاء، وليس له مع القصاص شيء آخر كما في أخذ الشلاء بالصحيحة، هذا إذا كان غير المثغور بالغاً، وإلا فلا قصاص، وفي أمالي أبي الفرج أنه يقال له: إن قلعت سنه الآن، فالظاهر منها العود، فاصبر إلى أن يصير مثغوراً، فإن استعجل، أوجب وشرط عليه أن لا حق له فيما يعود.

فرع: قلع غير مثغور سن غير مثغور، فلا قصاص في الحال، فإن نبتت، فلا قصاص ولا دية، وإن لم تنبت وقد دخل وقته، فالمجني عليه يأخذ الأرش أو يقتصر، فإن اقتصر ولم يعد سن الجاني فذاك، وإن عادت، فهل يقلع ثانياً؟ وجهان: أصحهما: نعم، قاله الإمام.

التفاوت الثالث: في العدد وفيه مسائل:

إحداها: قطع يداً كاملة الأصابع، ويد الجاني ناقصة أصبعاً، فللمجني عليه أن يأخذ دية اليد، وله أن يقطع اليد الناقصة، ويأخذ الأرش للأصبع، ولو كانت ناقصة أصبعين، فله قطع يده وأرش أصبعين، ولو قطع أصبعين وله أصبع واحدة، فللمجني عليه قطع الموجودة، وأرش المفقودة، ولو قطع أصبعاً صحيحة، وتلك الأصبع منه شلاء، فأراد المجني عليه قطع الشلاء وأخذ شيء للشلل، لم يكن له.

المسألة الثانية: إذا كان النقص في يد المجني عليه، بأن قطع السليم ناقصة بأصبع، فليس للمجني عليه قطع اليد الكاملة، لكن له أن يلتقط الأصابع الأربع، وله أخذ ديتها، فإن التقطها فقد ترك كف الجاني مع قطعه كفه، فله حكومة خمس الكف، وهو ما يقابل منبت أصبعه الباقية، وهل له حكومة أربعة أخماسها؟ وجهان: أحدهما: لا، بل تدخل تحت قصاص الأصابع، كما تدخل تحت ديتها، وأصحهما: نعم، لأن القصاص ليس من جنسها، ويجري الوجهان فيما إذا كانت يد الجاني زائدة بأصبع، ويد المجني عليه معتدلة، فلقط الخمس لتعذر القطع من الكوع بسبب الزائدة، وهل تدخل حكومة الكف تحت قصاص الخمس ولو أخذ دية الأصابع الأربع في الصورة الأولى، دخلت حكومة منابتها فيها على الصحيح، وقيل: لا تدخل، بل تختص قوة الاستتباع بالكل، وأما حكومة الخمس الباقي من الكف،

فتجب على الصحيح، وحكي وجه أن كل أصبع تستتبع الكف كما تستتبعها كل الأصابع.

المسألة الثالثة: إذا قطع كفاً لا أصابع لها، فلا قصاص إلا أن تكون كف القاطع مثلها، ولو قطع صاحب هذه الكف يد سليم، فله قطع كف يد الأصابع، حكاه ابن كج عن النص.

المسألة الرابعة: إذا كان على يد الجاني أصبعان شلاوان، ويد المجني عليه سليمة، فإن شاء قطع يده وقنع بها، وإن شاء لقط الثلاث السليمة وأخذ دية أصبعين، وفي استتباع الثلاث حكومة منابتها واستتباع دية الأصبعين حكومة منبتهما الخلافان السابقان، ولو كانت يد الجاني سليمة، ويد المجني عليه فيها أصبعان شلاوان، لم يجب القصاص من الكوع، ولكن للمجني عليه قطع الثلاث السليمة وحكومة الشلاوين، ويعود الخلاف في استتباع القصاص في الثلاث حكومة منابتها، وفي استتباع حكومة الشلاوين حكومة منبتها وجهان: أحدهما: عند الإمام والغزالي والبلغوي: المنع، وهو ظاهر نصه في «المختصر» والثاني: أنه يستتبع، وبه قطع العراقيون.

المسألة الخامسة: قطع كفاً لها أصبع فقط خطأ، وجبت دية تلك الأصبع، والصحيح أنه تدخل حكومة منبتها فيها، وأنه يجب حكومة باقي الكف، وعلى الوجه المحكي في آخر المسألة الثانية: لا حكومة أصلاً.

فرع: في «التهذيب» أنه لو كانت أصابع إحدى يديه وكفها أقصر من الأخرى، فلا قصاص في القصيرة، لأنها ناقصة، وفيها دية ناقصة بحكومة.

المسألة السادسة: سبق أن الزائد من الأعضاء يقطع بالزائد إذا اتحد المحل، وذكرنا خلافاً في اشتراط التساوي في الحجم، فلو فرض شخصان لكل منهما أصبع زائدة، قطع أحدهما زائدة الآخر، اقتصر منه إذا حصل شرطه، وكذا لو قطع أحدهما يد الآخر، ولو قطع المعتدل يداً لها أصبع زائدة، قطع، وأخذ منه حكومة للزائدة، سواء كانت معلومة بعينها أم لا، وإن شاء المجني عليه أخذ دية اليد وحكومة الزائدة، ولو قطع صاحب الأصابع الست يد معتدل، لم تقطع يده من الكوع إلا أن تكون الزائدة نابتة في الأصابع وللمجني عليه لقط الخمس الأصليات، ويعود الوجهان في استتباع قصاصها حكومة الكف، فإن كانت الزائدة بجنب أصلية بحيث لو قطعت الأصلية سقطت الزائدة، لم تقطع، بل يقتصر على قطع الأربع ويأخذ دية الخامسة، ولو كانت نابتة على أصبع وأمكن قطع بعضها مع الأربع بأن كانت نابتة

على الأنملة الوسطى من أنمله، قطعت الأنملة العليا مع الأربع، وأخذ ثلثا دية أصبع، هذا إذا كانت في الست زائدة معلومة بعينها، أما إذا كانت الست كلها أصلية، بأن انقسمت القوة في الست على ستة أجزاء متساوية في القوة والعمل بدلاً عن القسمة على خمسة أجزاء، فللمجني عليه أن يلتقط منها خمسا على الولاء من أي جانب شاء، هكذا أطلق، ولك أن تقول: إن لم تكن الست على تقطيع الخمس المعهودة فهذا قريب، وإن كانت على تقطيعها، فمعلوم أن صورة الإبهام من الخمس تباين صورة باقيها، فإن كانت التي تشبه الإبهام على طرف، فينبغي أن يلتقط الخمس من ذلك الجانب، وإن وقعت ثانية وكانت التي تليها على الطرف كالملاحقة بها، فينبغي أن يلتقط الخمس من الجانب الآخر، قال الإمام: ويختلج في النفس أن يقال: ليس له لقط الخمس لوقوع الست على نظم يخالف نظم الخمسة المعتدلة، ثم إنه لا يستكمل حقه بقطع الخمس، لأنها خمسة أسداس اليد، فله مع ذلك سدس الدية، لكن يحط من السدس شيء لأن الخمس الملقوطة وإن كانت خمسة أسداس، فهي في الصورة كالخمس المعتدلة، وتقدير المحطوط إلى رأي المجتهد، ولو بادر المقطوع فقطع الست، قال البغوي: يعزر ولا شيء عليه، ولو قيل: يلزمه شيء لزيادة الصورة، لم يبعد، ولو قطع صاحب الست أصبعاً لمعتدل، قطعت أصبعه، وأخذ ما بين خمس دية اليد وسدسها، وهو بعير وثلثا بعير، لأن خمسها عشرة، وسدسها ثمانية وثلث، وقياس ما سبق أن يقال: يحط من قدر التفاوت شيء، ولو قطع معتدل اليد اليد الموصوفة، قطعت يده، وأخذ منه شيء للزيادة المشاهدة، كذا حكاها الإمام وغيره، ولو قطع أصبعاً، لم يقتصر، لما فيه من استيفاء خمس سدس، ولكن يأخذ منه سدس دية اليد، ولو قطع أصبعين، قطع منه أصبع، وأخذ ما بين ثلث دية اليد وخمسها، وهو ستة أبعرة وثلثان، ولو قطع ثلاثاً، قطع منه أصبعان وأخذ ما بين نصف دية اليد وخمسها، وهو خمسة أبعرة، ولو بادر المجني عليه، وقطع بأصبعه المقطوعة أصبعاً منها، قال الإمام: هو كمن قطع يداً شلاء فابتدر المجني عليه، وقطع بها الصحيحة.

المسألة السابعة: إذا قطع صاحب الست يد معتدل، وقال أهل البصر: نعلم أن واحدة من الست زائدة، وهي ملتبسة، فليس للمجني عليه قطع الخمس، لأن الزائدة لا تقطع بالأصلية عند اختلاف المحل، ولا يؤمن أن تكون الزائدة هي إحدى المستوفيات، ولو بادر وقطع خمسا، عزز، ولا شيء له، ولا شيء عليه، لاحتمال أن المقطوعات أصليات، وإن بادر وقطع الكل، فعليه حكومة للزائدة، وإن قال أهل البصر: لا ندري أيها أصليات، أم خمس منها أصلية، وواحدة زائدة، فلا

قصاص أيضاً، فلو قطع جميعها أو خمساً منها، عزز، ولا شيء له، ولا عليه، لأنه إن قطع الكل، احتمل أنهن أصليات، وإن قطع خمساً احتمل أن الباقية زائدة.

المسألة الثامنة: في الزائدة من الأنامل قد أجرى الله سبحانه وتعالى العادة أن كل أصبع سوى الإبهام منقسمة ثلاثة أقسام وهي الأنامل الثلاث، فلو انقسمت على خلاف العادة أصبع بأربع أنامل، فلها حالان:

أحدهما: أن تكون الأربع أصلية عند أهل البصر، وقد يستدل عليه بأن تكون غير مفرطة الطول، وتناسب باقي الأصابع، فإذا قطع صاحبها أنملة لمعتدل، قطعت منه أنملة، لكن لا يتم بها حق المجني عليه، لأن أنملته ثلث الأصبع، وهذه ربعها، فيطالب بما بين الربع والثلث من دية أصبع، وهو خمس أسداس بغير، وإن قطع أنملتين، قطعنا منه أنملتين، وطالبناه بما بين نصف دية الأصبع وثلثها، وهو بغير وثلثا بغير، وإن قطع أصبع معتدل بتمامها، فهل يقطع أصبعه بها؟ وجهان: أحدهما: نعم، وبه قطع الغزالي والرويانى، وصححه الإمام، وأصحهما: عند البغوي: المنع، فعلى هذا يقطع ثلاث أنامل هي ثلاثة أرباع حصته، ويطالب بالتفاوت بين جميع الدية، وثلاثة أرباعها، وهو بغيران ونصف، ولو بادر المجني عليه، وقطع أصبعه، عزز ولا شيء عليه، ولو قطع معتدل أنملة من له هذه الأصبع، لم تقطع أنملته، لكن يؤخذ منه ربع دية أصبع، ولو قطع أنملتين، فللمجني عليه أن يقطع منه أنملة ويأخذ بغيراً وثلثين، ولو قطع ثلاث أنامل، فله أن يقطع أنملتين ويأخذ خمسة أسداس بغير، ولو قطع الأصبع بتمامها، قطعت أصبعه، ولم يلزمه شيء آخر، هكذا ذكره الإمام والرويانى.

الحال الثانى: أن تكون الأنملة العليا زائدة خارجة عن أصل الخلقة، فإن قطع صاحبها أصبع معتدل، لم يقطع أصبعه، لما فيها من الزيادة، وتؤخذ منه الدية، ولو قطعها معتدل، قطعت أصبعه، وأخذت منه حكومة للزائدة، وتختلف الحكومة بكون الزائدة عاملة أم لا، ولو قطع المعتدل أنملة منها، فلا قصاص، وعليه الحكومة، ولو قطع أنملتين، قطع منه أنملة وأخذت الحكومة للزائدة، ولو قطع ثلاثاً، قطعت منه أنملتان وأخذت الحكومة.

فرع: لو كان لأنملة طرفان، أحدهما أصلي عامل، والآخر زائد غير عامل، ففي الأصل القصاص والأرش الكامل، وفي الآخر الحكومة، ولو قطع صاحبها أنملة معتدل، قطع منه الأصلي إن أمكن إفراده، وإن كانا عاملين مشتدين، قال الإمام: القول فيهما قريب من القول في الأصابع الست الأصليات، وإن قطع المعتدل أحد الطرفين، لم تقطع أنملته، وإن قطعها معاً، قطعت أنملته، ولزمه

لزيادة الخلقة شيء، وإن قطع صاحبها أنملة معتدل، لم يقطع طرفاً أنملته، بل يختار المقطوع أحدهما فيقطعه، ويأخذ معه نصف الأرش، ويحط منه شيء، هذا كله إذا نبت طرفاً تلك الأنملة على رأس الأنملة الوسطى، فلو لقي رأسها عظم، ثم انشعب الطرفان من ذلك العظم، فإن لم يكن مفصل بين العظم وبينها، فليس ذلك موضع القصاص، وإن كان لكل طرف مفصل هناك، فالعظم الحائل بين الشعبتين والأنملة الوسطى أنملة أخرى، وهي أصبع لها أربع أنامل، والعليا منها ذات طرفين، ولو كان على الساعد كفان، أو على الساق قدمان، فحكمه كالأنملتين على رأس أصبع.

المسألة التاسعة: لو كانت أصبع ليس لها إلا أنملتان، وهي تناسب سائر الأصابع في الطول، فلإمام فيه احتمالان، أحدهما: ليست أصبعاً تامة، وإنما هي أنملتان، وأصحهما: أنها أصبع تامة، لكنها ذات قسمين، كما لو كان لها أربع أنامل كانت أصبعاً ذات أربع أقسام، ولو وجدت أصبع لا مفصل لها، قال الإمام: الأرجح عندي نقصان شيء من الدية، لأن الانثناء إذا زال، سقط معظم منافع الأصبع، وقد ينجر هذا إلى أن لا تقطع أصبع السليم بها.

المسألة العاشرة: سليم اليد قطع الأنملة الوسطى من فاقد العليا، فلا سبيل إلى الاقتصاص مع بقاء العليا، فإن سقطت بأفة أو جناية، اقتصر من الوسطى، وللقفال احتمال أنه لا يقتصر، ومثله لو قطع السليم كفاً لا أصابع لها، فحكمه ما ذكرنا، فلو بادر المجني عليه فقطع الوسطى مع العليا، فقد تعدى، وعليه أرش العليا، ولو أراد طلب أرش الوسطى في الحال للحيلولة، فليس له ذلك على الصحيح إلا أن يعفو، ولو كانت العليا مستحقة القطع قصاصاً، فليس له أيضاً طلب أرش الوسطى من غير عفو على الأصح، وقيل: له، لأن استيفاء القصاص مرتقب، ومن صور استحقاق العليا بالقصاص ما نص عليه في «المختصر» وهو أن تقطع الأنملة العليا من رجل، والوسطى من آخر فاقد للعليا، فلصاحب العليا القصاص فيها أولاً، وإن كان قطعه متأخراً، فإن طلب القصاص، اقتصر، ويمكن مستحق الوسطى من استيفائها، قال أبو بكر الطوسي: ولو اتفقا على وضع الحديد على مفصل الوسطى واستوفيا الأنملتين بقطعة واحدة، جاز، وقد هونا الأمر عليه، وإن لم يطلب صاحب العليا القصاص، صبر صاحب الوسطى أو عفا.

فرع: قطع الأنملة العليا لرجل، والعليا والوسطى لغيره، نظر، إن سبق قطع الأنملة، فلصاحبها الاقتصاص فيها، ويتخير الآخر بين أن تقطع الوسطى، ويأخذ دية العليا، وبين أن يعفو ويأخذ ديتهما، ولو بادر صاحب الأنملتين فقطعهما، كان مستوفياً لحقه، ويأخذ الآخر دية العليا من الجاني.

الفصل الرابع: في وقت الاقتصاص في الجروح

المستحب في قصاص الجروح والأطراف التأخير إلى الاندمال، فلو طلب المستحق الاقتصاص في الحال، مكن منه على المذهب والمنصوص، ولو طلب الأرش، لم يمكن منه على المذهب والمنصوص، لأن القصاص في تلك الجراحة ثابت وإن سرت إلى النفس، أو شاركه غيره في الجرح، وأما المال، فلا يتقدر، فقد تعود الديتان في اليدين والرجلين إلى واحدة بالسراية إلى النفس، وقد يشاركه جماعة، فيقل واجبه، وقيل: في التعجيل في المال والقصاص قولان، فإن قلنا: يعجل المال، ففي قدر المعجل وجهان: أحدهما: تعجل أروش الجراحات وديات الأطراف وإن كثرت، فإن حصلت سراية، استرد، والثاني: لا يعجل إلا دية نفس، لاحتمال السراية.

قلت: الثاني الأصح. والله أعلم.

باب: اختلاف الجاني ومستحق الدم

فيه مسائل:

إحداها: قد ملفوفاً في ثوب نصفين وقال: كان ميتاً، وقال الولي: كان حياً، فأيهما يصدق؟ قولان، أظهرهما: الولي، وقيل: يفرق بين أن يكون ملفوفاً على هيئة التكفين، أو في ثياب الأحياء، قال الإمام: وهذا لا أصل له، ويجري القولان فيما لو هدم عليه بيتاً وادعى أنه كان ميتاً، وأنكر الولي، وسواء قلنا: المصدق الولي، أو الجاني، فللولي أن يقيم بينة بحياته ويعمل بها، وللشهود أن يشهدوا بالحياة إذا كانوا رأوه يتلف في الثوب، ويدخل البيت، وإن لم يتيقنوا حياته حالة القد والانهدام استصحاباً لما كان، ولكن لا يجوز أن يقتصروا على أنهم رأوه يدخل البيت ويتلف في الثوب، ذكره البغوي وغيره.

قلت: وإذا صدقنا الولي بلا بينة، فالواجب الدية دون القصاص، ذكره المحاملي والبغوي، وقال المتولي: هو على الخلاف في استحقاق القود بالقسامة. والله أعلم.

الثانية: قتل شخصاً، وادعى رقه، وقال قريبه: كان حراً، فالنص أن القول قول القريب، ونص أنه لو ادعى رق المقدوف، فالقول قول القاذف، فقليل بظاهر النصين، والأصح أن فيهما قولين، أظهرهما: تصديق القريب، لأن الغالب والظاهر الحرية، ولهذا حكمنا بحرية اللقيط المجهول.

الثالثة: قطع طرفه، وادعى نقصه بشلل في اليد أو الرجل أو الذكر، أو فقد

أصبح أو بخرس أو عمى، وأنكره المجني عليه، ففيه نصوص وطرق مختصرها أربعة أقوال، أحدها: يصدق المجني عليه، والثاني: الجاني، والثالث: يصدق المجني عليه إن ادعى السلامة من الأصل، وإن ادعى زوال النقص بعد وجوده، صدق الجاني، والرابع وهو المذهب: يصدق المجني عليه إلا في العضو الظاهر عند إنكار أصل السلامة، لأنه يمكن إقامة البينة، والمراد بالعضو الباطن ما يعتاد ستره مروءة، وقيل: ما يجب وهو العورة، وبالظاهر ما سواه، وإذا صدقنا الجاني، احتاج المجني عليه إلى بينة بالسلامة، ثم الأصح أنه يكفي قول الشهود: كان صحيحاً، ولا يشترط تعرضهم لوقت الجناية، وقيل: إن شهدوا بالسلامة عند الجناية، كفى ولا يحتاج معها إلى يمين، وإن شهدوا أنه كان سليماً، احتاج معها إلى اليمين لجواز حدوث النقص، ثم تجوز الشهادة بسلامة العين إذا رأوه يتبع بصره الشيء زمناً طويلاً ويتوقى المهالك، ولا يجوز بأن يرويه يتبعه بصره زمناً يسيراً، لأنه قد يوجد من الأعمى، وكذلك تجوز الشهادة بسلامة اليد والذكر برؤية الانقباض والانبساط.

فرع: إذا اختلفا في أصل العضو، فقليل بإطلاق الخلاف في أن المصدق أيهما؟ وأنكر الإمام هذا، وقال: من أنكر أصل العضو، أنكر الجناية عليه، فيقطع بتصديقه، وإنما الخلاف إذا اختلفا في صحته، ومنه ما إذا قطع كفه، واختلفا في نقص أصبع، وليس منه ما إذا ادعى المقطوع قطع الذكر والأنثيين، وقال الجاني: لم أقطع إلا أحدهما.

الرابعة: قطع يديه ورجليه ومات، فقال الجاني: مات بالسراية، فعلي دية، وقال الولي: بل مات بعد الاندمال، فعليك ديتان، نظر، إن لم يمكن الاندمال في تلك المدة لقصرها كيوم ويومين، فالقول قول الجاني بلا يمين، وقيل: بيمين، قاله الشيخ أبو حامد، لاحتمال الموت بعارض، كحبة وسم مذفف، والصحيح الأول، لأن الاختلاف في الاندمال فقط، فلا ينظر إلى غيره، وإن أمكن الاندمال في تلك المدة، ففيه أوجه: أصحها: أن القول قول الولي بيمينه، وبهذا قطع الأكثرون، والثاني: إن مضت مدة طويلة لا يمكن أن تبقى الجراحة فيها غير مندملة، صدق الولي بلا يمين، وإلا فيمين، قطع به ابن الصباغ والرويانى، والثالث: إن كان احتمال الاندمال مع إمكانه بعيداً، صدق الجاني بيمينه، وإلا فالولي، وادعى الإمام اتفاق الأصحاب عليه، وليس كما ادعى، ولو اختلفا في مضي زمن الاندمال، صدق الجاني، لأن الأصل أنه لم يمض. ولو قال الجاني: مات بالسراية، أو قتله أنا قبل الاندمال، وقال الولي: بل مات بسبب آخر، بأن قال: قتل نفسه، أو قتله آخر، أو شرب سماً موحياً، فأيهما يصدق؟ وجهان: أحدهما: الولي، لأن الأصل بقاء

الديتين بالجنايتين، والأصل عدم السبب الآخر، ولو اقتصر الولي على أنه مات بسبب آخر ولم يعينه، قال الصيدلاني: لا يلتفت إلى قوله إن قصر الزمان ولم يمكن فيه الاندمال، فإن أمكن، فإن صدقناه بيمينه ولم نحوجه إلى بيته، قبل قوله، وحلف أنه مات بسبب آخر، وإن لم نصدق وأحوجناه إلى البيته، فلا بد من التعيين لتصور إقامة البيته، قال الإمام: ولا يبعد طرد الوجهين، وإن لم يمكن الاندمال، ولو اتفقا على أن الجاني قتله، لكن قال: قتلته قبل الاندمال، فعلى دية، وقال الولي: بل بعده، فعليك ثلاث ديات، والزمان محتمل للاندمال، صدق الولي في بقاء الديتين، والجاني في نفي الثالثة، ويجيء وجه أنه يصدق الجاني مطلقاً.

فرع: لو قطع إحدى يديه ومات، فقال الجاني: مات بسبب آخر، فعلي نصف الدية، وقال الولي: مات بالسراية، فعليك دية، فأيهما يصدق؟ وجهان: أحدهما: الولي، ولو قال الجاني: مات بعد الاندمال فعلي نصف دية، وقال الولي: مات بالسراية، والزمن محتمل للاندمال، فالمصدق الجاني على الأصح، ولو اختلفا في مضي زمن الإمكان، فالمصدق الولي، لأن الأصل عدم المضي، ولو قتله الجاني بعد القطع، وقال: قتلته قبل الاندمال، فعلي دية، وقال الولي: بعده، فعليك دية ونصف، فالمصدق الجاني.

فرع: جرحه بقطع يد أو غيره، فمات، فقال الجاني: حز آخر رقبتة، فليس علي قصاص النفس، وقال الولي: بل مات بسراية جرحك، فأيهما يصدق؟ وجهان: أحدهما: الولي، وبه قطع الداركي. ولو قال الولي: مات بالسراية، وقال الجاني: مات بعد الاندمال، قال الإمام: إن طالت المدة، وكان الظاهر الاندمال، صدق الجاني بيمينه، وإن قصرت المدة، وبعد احتمال الاندمال، فالمصدق الولي، وقيل: في المصدق قولان مطلقاً متى كانت المدة محتملة، وإن لم تحتمل المدة الاندمال، صدق الولي بلا يمين، وإن لم تحتمل بقاء الجرح، صدق الجاني بلا يمين.

فرع: حيث صدقنا مدعي الاندمال، فأقام الآخر بيته بأن المجروح لم يزل متألماً من الجراحة حتى مات، رجعنا إلى تصديقه.

الخامسة: أوضحه موضحتين، ثم رفع الحاجز بينهما وقال: رفعته قبل الاندمال، فليس علي إلا أرش واحد، وقال المجني عليه: بل بعده، فعليك أرش ثلاث موضحات، قال الأصحاب: إن قصر الزمان، صدق الجاني بيمينه، وإن طال، صدق المجني عليه، وإذا حلف المجني عليه، ثبت الأرشان، ولا يثبت الثالث على الأصح، ولو وجدنا الحاجز مرتفعاً، وقال الجاني: رفعته أنا، أو ارتفع بالسراية، وقال المجني عليه: بل رفعه آخر، أو رفعته أنا، فالظاهر تصديق المجني عليه، ولو

كان الموجود موضحة واحدة، فقال الجاني: هكذا أوضحت، وقال المجني عليه: بل أوضحت موضحتين، وأنا رفعت الحاجز بينهما، صدق الجاني.

قلت: باب الاختلاف واسع، وإنما أشار هنا إلى مسائل منه، وباقيةا مفرق في مواضعه، ومنها: لو قطع أصبعه، فداوى جرحه وسقطت الكف، فقال الجاني: تآكل بالدواء، وقال المجني عليه: بل تآكل بسبب القطع، قال المتولي: نسأل أهل الخبرة، فإن قالوا: هذا الدواء يأكل اللحم الحي والميت، صدق الجاني، وإن قالوا: لا يأكل الحي، صدق المجني عليه، وإن اشتبه الحال، صدق المجني عليه، لأنه أعرف به، ولا يتداوى في العادة بما يأكل. والله أعلم.

باب: استيفاء القصاص

فيه أطراف:

الطرف الأول: فيمن له ولاية الاستيفاء، أما القصاص، فيستحقه جميع الورثة على فرائض الله تعالى، وفي وجه تستحقه العصابة خاصة، وفي وجه يستحقه الوارثون بالنسب دون السبب، حكاهما ابن الصباغ، وهما شاذان، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور، ولو قيل: من ليس له وارث خاص، فهل للسلطان أن يقتص من قاتله، أم يتعين، أخذ الدية؟ فيه قولان سبقا في كتاب اللقيط، وإن خلف بنتاً، أو جدة، أو أخاً لأم، فإن قلنا: للسلطان الاستيفاء إذا لم يكن وارث، استوفاه مع صاحب الفرض، وإلا فالرجوع إلى الدية.

فرع: لو كان في الورثة غائب، أو صبي، أو مجنون، انتظر حضور الغائب أو إذنه، وبلوغ الصبي، وإفاقة المجنون، وليس للآخرين الانفراد بالاستيفاء.

فرع: إذا انفرد صبي، أو مجنون باستحقاق القصاص، لم يستوفه وليه سواء فيه قصاص النفس والطرف، وأما أخذ الولي له الدية، وجواز رد المستحق لها إذا كمل واقتصاصه، فقد ذكرناه في كتابي الحجر واللقيط، ويحبس القاتل إلى أن يبلغ الصبي ويفيق المجنون، ولا يخلى بالكفيل، فقد يهرب، ويفوت الحق، وكذلك يحبس إلى أن يقدم الغائب، كما لو وجد الحاكم مال ميت مغصوباً، والوارث غائب، فإنه يأخذه حفظاً لحق الميت، وذكر ابن الصباغ أنه لا يحبس في قصاص الطرف إلى قدوم الغائب، لأن الحاكم لا ولاية له على الغائب المكلف، كما لا يأخذ ماله المغصوب، وفي كلام الإمام وغيره ما ينازع فيه ويشعر بأنه يأخذ مال الغائب ويحفظه له، وأنه يحبس لقصاص الطرف، وفي أمالي السرخسي أن الشيخ أبا علي قال: لا يحبس القاتل، لأنه عقوبة زائدة، وحمل الحبس في كلام الشافعي

رحمه الله على التوقف للانتظار، والصحيح الأول، وبه قطع الجماهير قال الأصحاب: وحسبه أهون عليه من تعجيل القتل، ولا طريق إلى حفظ الحق سواه.

فصل: إذا كان القصاص لجماعة حضور كاملين، فليس لهم أن يجتمعوا على مباشرة قتله، لأن فيه تعذيباً، ولكن يتفقون على واحد يستوفيه، أو يוכלون أجنبياً، فإن طلب كل واحد أن يستوفيه بنفسه، أقرع، فمن خرجت قرعته، تولاه بإذن الباقيين، فلو أخرجوا لم يكن له الاستيفاء بخلاف ما إذا تنازعوا في التزويج، فخرجت قرعة واحد، فإنه يزوج، ولا يحتاج إلى إذن الباقيين، لأن القصاص مبني على الإسقاط ولجميعهم ول بعضهم وتأخير كإسقاطه، والنكاح لا يجوز تأخير، هذا هو الصحيح، وعن القفال تفريعاً أنه لا يفرع بينهم إلا بإذنتهم بخلاف القرعة في القسمة وبين الأولياء، وحكى الإمام وغيره وجهاً أنه لا حاجة بعد خروج القرعة إلى إذن الباقيين، لتظهر فائدة القرعة، وإلا فاتفقهم على واحد مغن عن القرعة، ولا شك أنه لو منع بعضهم من خرجت له القرعة من الاستيفاء، لم يكن له الاستيفاء، وهل يدخل في القرعة العاجز عن الاستيفاء، كالشيخ والمرأة؟ وجهان: وقيل: قولان، أصحهما: عند الأكثرين: لا، لأنه ليس أهلاً للاستيفاء، والقرعة إنما تكون بين المستوين في الأهلية، والثاني: نعم، فإن خرجت القرعة له، وكل، فإن قلنا: لا يدخل، فخرجت القرعة لقادر، فعجز، أعيدت بين الباقيين، وإن قلنا: يدخل، لا تعاد، لكن يستنب، هذا كله إذا كان المستحق القصاص في النفس لحز الرقبة، فأما قصاص الطرف، وقصاص النفس المستحق بقطع الطرف ونحوه، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

فصل: من عليه قصاص إذا قتله أجنبي، لزمه القصاص كما سبق، ويكون هذا القصاص لورثته، لا لمن كان يستحق القصاص عليه، قال البغوي: فلو عفا ورثته عن القصاص على الدية، فالدية للورثة على الصحيح، وقيل: لمن له القصاص، كما إذا قتل المرهون تكون قيمته مرهونة، وهو ضعيف، وأما إذا بادر أحد ابني المقتول الحائزين، فقتل الجاني بغير إذن الآخر، فينظر أوقع ذلك قبل عفو أخيه أم بعده؟ الحالة الأولى: إذا قتله قبل العفو، ففي وجوب القصاص عليه، قولان، أظهرهما: لا يجب، لأن له حقاً في قتله، فصار شبهة، والقولان فيما إذا قتله عالماً بالتحريم، فإن جهل، فلا قصاص بلا خلاف، الحالة الثانية: أن يقتله بعد العفو، فإن علم العفو، وحكم الحاكم بسقوط القصاص عن الجاني، لزمه القصاص قطعاً، وإن لم يحكم به، لزمه أيضاً على المذهب، وقيل: لا، لشبهة اختلاف العلماء، وإن جهله، فإن قلنا: لا قصاص إذا علمه، فهنا أولى، وإلا فوجهان: ولو قتله العافي، أو عفوا، ثم قتله أحدهما، لزمه القصاص قطعاً.

التفريع على الحالة الأولى، فإذا أوجبنا القصاص على الابن المبادر، وجبت دية الأب في تركة الجاني، كما لو قتله أجنبي، فإن اقتصر وارث الجاني من المبادر، أخذ وارث المبادر والابن الآخر الدية من تركة الجاني، وكانت بينهما نصفين، وإن عفا مجاناً، أو أطلق العفو، قلنا: العفو المطلق لا يوجب الدية، أخذها الأخوان، وإن عفا على الدية، أو أطلق وجعلنا المطلق موجباً للدية، فلأخ الذي لم يقتل نصف الدية في تركة الجاني، وللمبادر النصف وعليه دية الجاني بتمامها، ويقع الكلام في التقاص، وقد يصير النصف بالنصف قصاصاً، ويأخذ وارث الجاني النصف الآخر، وقد يختلف القدر بأن يكون المقتول أولاً رجلاً، والجاني امرأة، وإذا قلنا بالأظهر، ولم نوجب القصاص على المبادر، فلأخيه نصف الدية، وممن يأخذها؟ قولان، أحدهما: من أخيه المبادر، وأظهرهما: من تركة الجاني، فإذا قلنا: يأخذ من أخيه، فأبرأ أخاه، برىء، وإن أبرأ وارث الجاني، لم يصح، لأنه لا حق له عليه، ولو أبرأ وارث الجاني المبادر عن الدية، لم يسقط النصف الثابت عليه لأخيه، وأما النصف الثابت للوارث، فيبنى على التقاص في الدينين، هل يحصل بنفس الوجوب؟ إن قلنا: نعم، فالعفو لغو، وبمجرد وجوبهما، سقطا، وإن قلنا: لا يحصل حتى يتراضيا، صح الإبراء، وسقط ما ثبت للوارث على المبادر، ويبقى للمبادر النصف في تركة الجاني، وإن قلنا: حق الذي لم يقتل في تركة الجاني لا على أخيه، فلوارث الجاني على المبادر دية تامة، وللمبادر نصف الدية في تركة الجاني، فيقع النصف تقاصاً، ويأخذ وارث الجاني منه النصف الآخر، فلو أبرأ الذي لم يقتل أخاه، فإبرأه لغو إذ لا شيء له عليه، ولو أبرأ وارث الجاني، صح، ولو أسقط وارث الجاني الدية عن المبادر، فإن قلنا: يقع التقاص بنفس الوجوب، فقد سقط النصف بالنصف، ويؤثر الإسقاط في النصف الآخر، فلا يبقى لأحدهما على الآخر شيء، وإن قلنا: لا يقع التقاص إلا بالتراضي، سقط حق الوارث بإسقاطه، وبقي للمبادر نصف الدية في تركة الجاني، وإذا كان المبادر جاهلاً بالتحريم، وجبت الدية بقتله.

وهل يكون في ماله لقصده القتل، أم على عاقلته، لأن الجهل كالخطأ؟ قولان، فإن قلنا: في ماله، فالابن الذي لم يقتل يأخذ نصف الدية من أخيه، أو من تركة الجاني، فيه القولان، وإن قلنا: على العاقلة، أخذ الابن الدية من تركة الجاني في الحال، ووارث الجاني يأخذ ديته من عاقلة المبادر، كما تؤخذ الدية من العواقل، هذا تفريع الحالة الأولى، أما إذا قتله بعد عفو أخيه، فإن أوجبنا القصاص، واقتصر وارث الجاني، فلورثة المقتص منه نصف الدية في تركة الجاني، وأما العافي، فلا

شيء له إن عفا مجاناً، وإن عفا على نصف الدية، عاد الخلاف في أنه ممن يأخذه، وإن لم يقتص منه الوارث، بل عفا، نظر في حال العفوين وما يقتضيان من وجوب المال وعدمه، وإن لم نوجب القصاص، فإن كان الآخر عفا على الدية، أو مطلقاً، وقلنا: المطلق يقتضي الدية، فللابنين دية أبيهما، وعلى المبادر دية الجاني، فيقع ما له وما عليه في التقاص، ويأخذ الآخر النصف من أخيه، أو من تركة الجاني على الخلاف، وإن عفا مجاناً أو مطلقاً وقلنا: لا يوجب المال، فلا شيء للعافي، وللمبادر نصف دية أبيه، وعليه جميع دية الجاني، وما ذكرناه في المسألة من صور مجيء الخلاف في التقاص كذا أطلقه الأصحاب وفيه نظر، لأن شرط التقاص استواء الديتين في الجنس والصفة حتى لا يجري إذا كان أحدهما مؤجلاً والآخر حالاً واختلف أجلهما، وهنا أحد الديتين في ذمة الابن المبادر لورثة الجاني، والآخر يتعلق بتركة الجاني ولا يثبت في ذمة أحد، وهذا الاختلاف أشد من اختلاف قدر الأجل.

فصل: الواحد إذا قتل جماعة، قتل بأحدهم وللباقين الديات، وكذا لو قطع أطراف جماعة كما سبق، وفي البيان وجه أنه يقتل بالجميع وليس بشيء، فلو رضي الأولياء بأن يقتل بهم جميعاً ويرجع كل واحد إلى ما يبقى له من الدية عند توزيع القصاص عليهم، لم يجابوا إليه بلا خلاف، قاله الإمام، ثم ينظر إن قتلهم مرتباً، قتل بالأول، فإن عفا ولي الأول، قتل بالثاني وهكذا يراعى الترتيب، وإن لم يعف ولي الأول ولا اقتص، فلا اعتراض عليه، وليس لولي الثاني المبادرة بقتله، فلو فعل، عزز ولا غرم، بل يقع قتله عن القصاص المستحق له، وينقل الأول إلى الدية، وفي وجه يغرم للأول دية قتله، ويأخذ من تركة الجاني دية قتل نفسه، وليس بشيء، ولو كان ولي القتل الأول غائباً أو صيباً أو مجنوناً، حبس القاتل حتى يحضر الولي، أو تكمل حاله، وحكى الفوراني قولاً عن رواية حرملة أن للثاني الاقتصاص، ويصير الحضور والكمال مرجحاً، والمشهور الأول، وأما إذا قتلهم معاً، بأن هدم عليهم جداراً أو جرحهم وماتوا معاً، فيقرع بينهم، فمن خرجت قرعته، قتل به، فإن خرجت لواحد، فعفا وليه، أعيدت القرعة بين الباقين، وكذا لو عفا، بأن خرجت قرعته، وهذا الإقراع واجب على مقتضى كلام الجمهور، وحكى أبو الفياض وغيره أنه مستحب للإمام أن يقتله بمن شاء منهم، قال الروياني: وهو الأصح، وعليه جرى ابن كج وغيره، وحكوا عن نص الشافعي رحمه الله أنه قال: أحببت أن يقرع بينهم، ولو رضوا بتقديم واحد بلا قرعة، جاز، فإن بدا لهم، ردوا إلى القرعة، ذكره الإمام، ولو كان ولي بعض القتلى غائباً أو صيباً أو مجنوناً، فالمذهب الانتظار إذا أوجبنا

الإقراع، وفي «الوسيط» عن رواية حرملة أن للحاضر والكامل الاقتصاص، وإذا أشكل الحال، فلم يدر أقتلهم دفعة أو مرتباً، أقرع بينهم، فإن أقر بسبق قتل بعضهم، اقتص منه وليه، ولولي غيره تحليفه إن كذبه.

فرع: إذا قتل مرتباً، فجاء ولي الثاني يطلب القصاص، ولم يجيء الأول، فعن نص الشافعي رحمته الله قال: أحببت أن يبعث الإمام إلى ولي الأول، ليعرف أهو طالب أو عاف، فإن لم يبعث وقتله بالثاني، كرهته ولا شيء عليه، لأن لكلهم عليه حق القود، ويشبه أن تكون الكراهة كراهة تحريم، ويؤيده أنه قال في «الأم»: فقد أساء.

فرع: قتل جماعة جماعة، فالقاتلون كشخص، فإن قتلوه مرتباً، قتلوا بالأول، وإلا فيقرع، فمن خرجت قرعته، قتلوا به، وللباقين الديات في تركات القتالين.

فرع: إذا قتل عبد جماعة أحراراً أو عبيداً، فوجهان: أحدهما: يقتل بجميعهم، لأن في تخصيص بعضهم تضييع حق الآخرين، ولأن العبد لو قتلهم خطأ، تضاربوا في رقبته، فكذا في قصاصه بخلاف الحر، وأصحهما: عند الأكثرين: لا يقتل بجميعهم، بل يكون كالحرم المعسر، يقتل بواحد، وللباقين الديات في ذمته يلقي الله تعالى بها، فعلى هذا إن قتلهم مرتباً، قتل بالأول، وإن قتلهم معاً، أقرع، وقتل بمن خرجت قرعته، ولو عفا ولي الأول، أو ولي من خرجت قرعته على مال، تعلق المال برقبته، وللثاني قتله وإن بطل حق الأول، لأن تعلق المال لا يمنع القصاص، كجناية المرهون، وإن عفا الثاني أيضاً على مال، تعلق المالان برقبته ولا يرجح بالتقدم، كما لو أتلّف أموالاً لجماعة في أزمته.

فرع: إذا تملاً على الجاني أولياء القتل، فقتلوه جميعاً، فثلاثة أوجه: أحدها: يقع القتل موزعاً على جميعهم، ويرجع كل واحد بقسط ما بقي من ديته، والثاني: يقرع ويجعل القتل واقعاً بمن خرجت قرعته، وللباقين الديات، والثالث قاله الحلبي: يكتفى به عن جميعهم، ولا رجوع إلى شيء من الدية.

فرع: قتل رجلاً، وقطع طرف آخر، وحضر المستحقان، يقطع طرفه، ثم يقتل، سواء تقدم قتله، أم قطعه ليجمع بين الحقيين، وإن قطع يمين زيد، ثم أصبغاً من يمين عمرو، وحضرا، قطعت يمينه لزيد ويأخذ عمرو دية الأصبع، فإن عفا زيد، قطعت أصبعه لعمرو، وإن كان قطع الأصبع أولاً، قطعت أصبعه للأول، ويأخذ الثاني دية اليد، وإن شاء، قطع ما بقي من يد الجاني، وأخذ دية الأصبع، وإن وقع القطعان معاً، أقرع، فمن خرجت قرعته مكانه يقدم قطعه.

فصل: ليس لمستحق القصاص استيفاءه إلا بإذن الإمام أو نائبه، وعن أبي إسحاق ومنصور التميمي أن المستحق يستقل بالاستيفاء كالأخذ بالشفعة وسائر الحقوق، والصحيح المنصوص الأول، وسواء فيه قصاص النفس والطرف، وإذا استقل به عزز، لكنه لا غرم عليه، ويقع عن القصاص، ولو استقل المقذوف باستيفاء حد القذف بإذن القاذف، أو بغير إذنه، ففي الاعتداد به وجهان: فإن قلنا: لا يعتد به، ترك حتى يبرأ ثم يحد، ولو مات منه، وجب القصاص إن جلده بغير إذنه، وإن كان بإذنه، فلا قصاص، وفي الدية خلاف، كما لو قتله بإذنه، ثم إذا طلب المستحق أن يستوفي القصاص بنفسه، فإن لم يره أهلاً له كالشيخ والزمن والمرأة، لم يجبه، وأمره أن يستنيب، وإن رآه أهلاً له، فإن كان المطلوب قصاص النفس، والطالب الولي، فوضه إليه بخلاف الجلد في القذف لا يفوض إلى المقذوف، لأن تفويت النفس مضبوط، والجلدات يختلف موقعها، والتعزير كحد القذف، وإن كان المطلوب قصاص الطرف، والطالب المجني عليه، فوجهان: أحدهما: يفوضه إليه كالنفس، لأن إبانة الطرف مضبوطة، وأصحهما: المنع، لأنه لا يؤمن أن يردد الحديد، ويزيد في الإيلام.

فرع: يستحب للإمام أن يحضر الاقتصاص عدلين متيقظين، ليشهدا إن أنكر المقتص، ولا يحتاج إلى القضاء بعلمه إن كان الترافع إليه.

فرع: يتفقد الإمام السيف، ويقتص بصارم لا كال، فلو كان الجاني قتل بكال، فهل يقتص بكال أم يتعين الصارم؟ وجهان: أحدهما: الأول، وإذا لم نجوز بالكال، فبان بعد الاستيفاء كلاله، عزز المستوفي.

فرع: يضبط الجاني في قصاص الطرف، لئلا يضطرب، فيؤدي إلى استيفاء زيادة.

فرع: إذا أذن للولي في ضرب الرقبة، فأصاب غيرها، واعترف بأنه تعمد، عزز، وكذا لو ادعى الخطأ فيما لا يقع الخطأ بمثله، بأن ضرب رجله أو وسطه، لكن لا يمنع من الاستيفاء، ولا يعزل، لأنه أهل له، وإن تعدى بفعله، كما لو جرحه قبل الارتفاع إلى الحاكم، لا يمنع من الاستيفاء، وفيه وجه، أو قول ضعيف: أنه يعزل، ويؤمر بالاستنابة، لأنه لا يؤمن أن يتعدى ثانياً، ولو ادعى الخطأ فيما يمكن فيه الخطأ، بأن ضرب كتفه، أو رأسه مما يلي الرقبة، حلف، ولا يعزر إذا حلف، لكن يعزل، لأن حاله يشعر بعجزه وخرقه، وحكي قول، أو وجه: إنه يعذر بالخطأ ولا يعزل، قال الإمام: وهذا الوجه ينبغي أن يكون مخصوصاً بما إذا لم يتكرر الخطأ

منه، ولم يظهر خرقه، فإن ظهر فليمنع بلا خلاف، قال: وعزله على الصحيح ينبغي أن يكون مخصوصاً بمن لم تعرف مهارته في ضرب الرقاب، فأما الماهر فينبغي أن لا يعزل بخطأ اتفق له بلا خلاف.

فرع: هل يمنع من الاستيفاء بالسيف المسموم، وجهان: الصحيح: المنع، هكذا أطلقهما مطلقون، وخصهما الإمام بما إذا كان تأثير السم في التقطع، واكتفيت بتأخر عن الدفن، فإن كان يؤثر قبل الدفن، منع بلا خلاف لما فيه من هتك الحرمة وعسر الغسل والدفن، وحيث يمنع، فلو بان بعد القطع أنه كان مسموماً، عزز، وأما في قصاص الطرف، فيمنع من المسموم بلا خلاف، فلو استوفاه بمسموم، فمات المقتص منه، فلا قصاص، لأنه مات من مستحق وغيره، وتجب نصف الدية، وهل تكون على المستوفي، أم على عاقلته؟ وجهان: أصحهما: الأول، وحكى ابن كج وجهاً غريباً أنه يجب القصاص، قال: ولو كان السم موحياً، وجب القصاص بلا خلاف.

فرع: لينصب الإمام من يقيم الحدود ويستوفي القصاص بإذن المستحقين له، ويرزقه من خمس خمس الفية والغنيمة المرصد للمصالح، فإن لم يكن عنده من سهم المصالح شيء، أو كان واحتاج إليه لأهم منه، فأجرة الاقتصاص على المقتص منه، لأنها مؤنة حق لزمه أداؤه، وقيل: على المقتص، والصحيح المنصوص الأول، وبه قطع الجمهور، وفي أجرة الجلاد في الحدود، والقاطع في السرقة، وجهان: أصحهما: على المجلود والسارق، لأنها تنتمى الحد الواجب عليه، والثاني: في بيت المال، ومنهم من خص الإيجاب في بيت المال بما إذا لم يكن للجاني مال، وأجرة الجلاد في القذف كأجرة الاقتصاص، وإذا قلنا: تجب في بيت المال، فلم يكن فيه ما يمكن صرفه إليه، اقترض الإمام على بيت المال إلى أن يجد سعة، قال الروياني: أو يستأجر بأجرة مؤجلة، أو يسخر من يقوم به على ما يراه، والاستئجار قريب والتسخير بعيد، وبتقدير جوازه يجوز أن يأخذ الأجرة ممن يراه من الأغنياء ويستأجر بها، ولو قال الجاني: أنا أقتص من نفسي، ولا أؤدي الأجرة، فهل يقبل منه؟ وجهان: قال الداركي: نعم، وأصحهما: لا، فعلى هذا لو قتل نفسه، أو قطع طرفه بإذن المستحق، ففي الاعتداد به عن القصاص وجهان: أحدهما: لا، كما لو جلد نفسه في الزنى بإذن الإمام، وفي القذف بإذن المقدوف، لا يسقط الحد عنه، وكما لو قبض المبيع من نفسه بإذن المشتري، لا يعتد به، والثاني: نعم، لحصول الزهوق، وإزالة الطرف، بخلاف الجلد فإنه قد لا يؤلم نفسه، ويوهم الإيلام، فلا يتحقق حصول المقصود، وفي البيع المقصود إزالة يد البائع، ولم تزل، قال البغوي: ولو

قطع السارق يد نفسه بإذن الإمام اعتد به عن الحد، وهل يمكنه إذا قال: أقطع بنفسني؟ وجهان: أقربهما: نعم، لأن الغرض التنكيل، ويحصل بذلك.

الطرف الثاني: في وقت الاقتصاص

لمستحق القصاص استيفاؤه على الفور إذا أمكن، فلو التجأ الجاني إلى الحرم، جاز استيفاؤه منه في الحرم، سواء فيه قصاص النفس والطرف، ولو التجأ إلى المسجد الحرام، قال الإمام: أو غيره من المساجد، أخرج منه وقتل، لأن هذا تأخير يسير، وفيه صيانة للمسجد، وفيه وجه ضعيف أنه تبسط الأنطاع، ويقتل في المسجد تعجلاً لتوفية الحق وإقامة الهيبة.

قلت: ولو التجأ إلى الكعبة، أو إلى ملك إنسان، أخرج قطعاً. والله أعلم.

فصل: لو قطع طرفه، فمات بالسراية، فسيأتي إن شاء الله تعالى أن القصاص يستوفى بمثله، فإذا قطع طرف الجاني، فله أن يحز رقبتة في الحال، وله أن يؤخر، فإن مات بالسراية، فذاك، وإلا حز رقبتة، لأنه استحق إزهاق روحه، فإن شاء عجل، وإن شاء أخر.

فصل: لا يؤخر قصاص الطرف لشدة الحر والبرد، ولا بسبب المرض وإن كان مخطرراً، وكذا لا يؤخر الجلد في القذف بخلاف قطع السرقة والجلد في حدود الله تعالى، لأن حقوق الله تعالى مبنية على التخفيف، هكذا قطع به الغزالي والبغوي وغيرهما، وفي «جمع الجوامع» للرويانى أنه نص في «الأم» على أنه يؤخر قصاص الطرف بهذه الأسباب، ولو قطع أطراف رجل، فللمجني عليه أن يقتص في الجميع متوالياً سواء قطعها الجاني متواليه أم متفرقة، وقيل: يفرق مطلقاً، وقيل: يفرق إن فرق، ويوالي إن والى، والصحيح الأول، لأنها حقوق واجبة في الحال.

فصل: المرأة الحامل لا يقتص منها في نفس ولا طرف، ولا تحد للقذف، ولا في حدود الله تعالى قبل الوضع، سواء الحامل من زنى أو غيره، وسواء وجبت العقوبة قبل الحمل أم بعده، حتى إن المرتدة لو حبلت من زنى بعد الردة، لا تقتل حتى تضع، وإذا وضعت لا تستوفى العقوبة حتى تسقي الولد اللبن، ومال القاضي أبو الطيب إلى أنها لا تمهل لإرضاعه اللبن، لأنه قد يعيش بدونه، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، لأن الغالب أنه لا يعيش بدونه مع أنه تأخير يسير، ثم إذا أرضعته اللبن، فإن لم يكن هناك من يرضعه، ولا ما يعيش به الولد من لبن بهيمة وغيره، فوجهان: قال ابن خيران: يقتص منها، ولا يبالي بالطفل، والصحيح الذي عليه الجمهور: أنه يجب التأخير إلى أن توجد مرضعة أو ما يعيش به، أو ترضعه هي حولين وتفظمه، لأنه إذا وجب تأخير العقوبة احتياطاً للحمل، فوجوبه بعد وجود

الولد، وتيقن حياته أولى، فلو بادر مستحق القصاص والحالة هذه فقتلها، فمات الطفل، فالصحيح أنه قاتل للطفل عمداً، فيلزمه قوده، كما لو حبس رجلاً في بيت ومنعه الطعام، وبهذا قطع الشيخ أبو حامد، ونقله ابن كج عن النص، وعن الماسرجسي قال: سمعت ابن أبي هريرة يقول: عليه دية الولد، فقلت له: أليس لو غصب طعام رجل في البادية أو كسوته، فمات جوعاً أو برداً، لا ضمان عليه، فتوقف، فلما عاد إلى الدرس قال: لا ضمان فيهما، أما إذا أمكن تربية الولد بمراضع يتناوبن عليه، أو بلبن شاة ونحوه، ولم توجد مرضعة راتبة، فيستحب للمستحق أن يصبر لترضعه هي لئلا يفسد خلقه ونشوؤه بالألبان المختلفة ولبن البهيمة، فإن لم يصبر وطلب القصاص، أجيب إليه، ولو وجدت مرضعة راتبة، فله الاقتصاص في الحال، ولو وجد مراضع وامتنعن، أجبر الحاكم من يرى منهن بالأجرة. والجلد في القذف كالقصاص، وأما الرجم وسائر حدود الله تعالى، فلا تستوفى وإن وجدت مرضعة، بل ترضعه هي، وإذا انقضى الإرضاع لم يستوف أيضاً حتى يوجد للطفل كافل، والفرق بين الحدود والقصاص أنها على المساهلة كما سبق.

فرع: تحبس الحامل في القصاص إلى أن يمكن الاستيفاء كما ذكرنا فيما إذا كان في المستحقين صبي، ولو كان عليها رجم، أو غيره من حدود الله تعالى، لم تحبس على الصحيح، لأنه على التخفيف، وقيل: تحبس، كالقصاص، قال الإمام: وإطلاق هذا الوجه بعيد، والأقرب أنه مخصوص بما إذا ثبت بالبينة، فإن ثبت بالإقرار، فلا معنى للحبس مع أنه بعرض السقوط بالرجوع.

فرع: جميع ما ذكرناه إذا ثبت الحمل بإقرار المستحق، أو شهادة النسوة، فلو ادعت الجانية الحمل، هل يمتنع عنها بمجرد دعواها؟ وجهان: قال الإصطخري: لا، وقال الجمهور: نعم وهو الصحيح، قال الإمام: ولا أدري أيقول هؤلاء بالصبر إلى انقضاء مدة الحمل أم إلى ظهور المخايل، والأرجح الثاني، فإن التأخير أربع سنين من غير ثبت بعيد، قال الغزالي: فعلى قول الإصطخري: لا يمكن الاقتصاص من منكوحة يخالطها زوجها، وهذا إن أراد به إذا ادعت الحمل، فهو كذلك، وإن أراد الامتناع بمجرد المخالطة والوطء بغير دعواها، فليس كذلك، لأن الأصل عدم الحمل.

فرع: إذا قتلت الحامل على خلاف ما أمرنا به، نظر، إن بادر إليه الولي مستقلاً، أثم ووجبت غرة الجنين إن انفصل ميتاً، وتكون على عاقلة الولي، وإن انفصل حياً متألماً فمات، وجبت الدية، وإن أذن له الإمام في قتلها، فقتلها، فتتكلم

في ثلاثة أشياء، أحدها: الإثم وهو تبع للعلم فإن علم الولي والإمام بالحمل، أثماً، وإن جهلاً، فلا، وإن علم أحدهما، اختص بالإثم. الثاني: الضمان، فإن لم انفصل الجنين، فلا ضمان، وإن انفصل ميتاً، ففيه الغرة والكفارة، وإن انفصل حياً متألماً فمات به، ففيه دية وكفارة، وإن انفصل سليماً، ثم مات، لم يجب فيه شيء. الثالث: فيمن عليه الضمان، فإن كان الإمام والولي عالمين أو جاهلين، فالصحيح المنصوص أن الضمان على الإمام، لأن البحث عليه، وهو الأمر به، وقيل: على الولي، لأنه المباشر، وقيل: عليهما بالسوية، وإن كان الإمام عالماً، والولي جاهلاً، فإن أوجبنا الضمان إذا علما على الإمام، فهنا أولى، وإلا فوجهان: وإن كان الولي عالماً والإمام جاهلاً، فالصحيح أن الضمان على الولي، وقيل: على الإمام لتقصيره، وحيث ضمنا الولي، فالغرة على عاقلته، والكفارة في ماله، وحيث ضمنا الإمام، فإن كان عالماً ففي ماله، وإن كان جاهلاً، فعلى القولين في أن ما يجب بخطأ الإمام في الاجتهاد، هل هو على عاقلته أم في بيت المال؟ أظهرهما وهو المنصوص هنا: أنه على عاقلته، وبه قطع ابن سلمة وأبو علي الطبري، وإذا قلنا: الدية والغرة في بيت المال، ففي الكفارة وجهان: لقربها من القربات، وبعدها من التحمل، ولو باشر القتل نائب الإمام، أو جلاده دون الولي، فإن كان جاهلاً، فلا ضمان عليه بحال، لأنه سيف الإمام، وإن كان عالماً، فخلافاً مرتب على ما إذا أذن الإمام للولي وعلم الولي، وأولى بأن لا ضمان، لأنه آلة الإمام، ولهذا لا كفارة عليه إذا جرى على يده قتل بغير حق، وهل يؤثر على الولي مع الجلاد؟ وجهان: أصحهما: نعم، حتى إذا كانوا عالمين، ضمنوا أثلاثاً، هذا كله في ضمان الجنين، أما الأم فلا يجب ضمانها، لأنها تلفت في حد أو عقوبة عليها، قال البغوي: هذا إذا ماتت بالأم الضرب، فإن ماتت بالأم الولادة، وجبت ديته، وإن ماتت منهما، وجب نصف ديته والمراد إذا ضربها في الحد، فأفضى إلى الإجهاض وماتت.

فرع: إذا لم يعلم الإمام الحمل فأذن للولي في القتل، ثم علم، فرجع عن الإذن، ولم يعلم الولي رجوعه، فقتل، فعلى من الضمان؟ يبنى ذلك على ما إذا عفا الموكل عن القصاص ولم يعلم الوكيل، وسيأتي ذلك إن شاء الله تعالى.

فرع: ليس المراد مما أطلقناه من العلم بالحمل وعدمه، حقيقة العلم، بل المراد ظن مؤكد بمخايله وبالله التوفيق.

الطرف الثالث: في كيفية المماثلة:

وهي مشترطة في استيفاء القصاص، فإذا قتله قتلاً موحياً بمحدد، كسيف وغيره، أو بمثقل، أو خنقه، أو غرقه في ماء، أو ألقاه في نار، أو جوعه حتى مات،

أو رماه من شاهق، فللولي أن يقتله بمثل ما قتل به، ويستثنى عن هذه القاعدة ثلاث صور، إحداها: إذا قتله بسحر، اقتصر منه بالسيف، لأن عمل السحر حرام ولا ينضبط، الثانية: إذا قتله باللواط، وهو مما يقتل غالباً، بأن لاط بصغير، فالصحيح أنه يقتل بالسيف كمسألة السحر، والثاني: تدس في دبره خشبة قريبة من آله ويقتل بها، قاله أبو إسحاق والإصطخري، قال المتولي: هذا إن توقع موته بالخشبة، وإلا فالسيف، والثالث: لا يجب به القصاص، لأنه لا يقصد به الإهلاك، فيكون القتل به خطأ، أو شبه عمد، وهو غريب ضعيف، الثالثة: إذا أوجره خمرًا حتى مات، فثلاثة أوجه: الصحيح: أنه يقتل بالسيف، والثاني: يوجر مائعاً، كخل أو ماء أو شيء مر، والثالث: لا قصاص، لأنه لا يقصد به القتل وهو غريب ضعيف، ولو سقاه بولاً، فكالخمر، وقيل: يستقى بولاً، لأنه يباح عند الضرورة بخلاف الخمر، ولو أوجره ماء نجساً، أو جر ماء طاهراً.

فرع: كما ترعى المماثلة في طريق القتل، ترعى في الكيفية والمقدار، ففي التجويع يحبس مثل تلك المدة ويمنع الطعام، وفي الإلقاء في الماء والنار يلقي في ماء ونار مثلهما، ويترك تلك المدة، وتشد قوائمه عند الإلقاء في الماء إن كان يحسن السباحة، وفي التخنيق يخنق بمثل ما خنق مثل تلك المدة، وفي الإلقاء من الشاهق يلقي من مثله وتراعى صلابة الموضع، وفي الضرب بالمثل يرعى الحجم وعدد الضربات، وإذا تعذر الوقوف على قدر الحجر، أو قدر النار، أو عدد الضربات فعن القفال أنه يقتل بالسيف، وعن بعضهم يؤخذ باليقين.

قلت: هذا الثاني أصح. والله أعلم.

فرع: متى عدل المستحق من غير السيف إلى السيف، مكن منه، لأنه أوحى وأسهل، قال البغوي: وهو الأولى، وأشار الإمام إلى وجه أنه لا يعدل من الخنق إلى السيف، والمذهب: الأول.

فرع: إذا جوع الجاني مدة تجويعه، أو ألقي في النار مثل مدته، أو ضرب بالسوط والحجر كضربه، فلم يمت، فقولان: أحدهما: يزداد في ذلك الجنس حتى يموت، والثاني: يقتل بالسيف، وفرق جماعة فقالوا: يفعل الأهون منهما، وهذا أقرب، والأول: أظهر عند البغوي، وقيل: يعدل في السوط والحجر إلى السيف، قال الإمام: ولو قتل نحيفاً بضربات تقتل مثله غالباً، وعلمنا أو ظننا ظناً مؤكداً أن الجاني لا يموت بتلك الضربات لقوة جثته، فالوجه القطع بأنه لا يضرب، ثم قال: وفيه احتمال.

فرع: هذا الذي ذكرناه في الاقتصاص بالقتل الموحى، فأما غير الموحى من

القتل، كالجروح وقطع الأطراف إذا سرت إلى النفس، فله حالان، أحدهما: أن تكون الجراحة بحيث يقتص فيها لو وقفت، كالموضحة وقطع الكف، فللمستحق أن يحز رقبتة، وله أن يوضحه أو يقطع كفه، ثم إن شاء حز رقبتة في الحال، وليس للجاني أن يقول: أمهلوني مدة بقاء المجني عليه بعد جنايتي، لأن القصاص ثابت في الحال، وعن ابن القطان أن له ذلك، والصحيح الأول، وإن شاء أمهله إلى السراية كما سبق، وليس للجاني أن يقول: أريحوني بالقتل أو العفو، بل الخيرة للمستحق، وإذا اقتصر في موضحة الجناية، أو قطع العضو المقطوع مثله، لم يكن له أن يوضح موضعاً آخر، ولا أن يقطع عضواً آخر بلا خلاف، بل ليس له إلا حز الرقبة.

الحال الثاني: أن تكون الجراحة بحيث لا يقتص فيها لو وقفت، كالجائفة وقطع اليد من نصف الساعد، فهل يجوز استيفاء القصاص بهذا الطريق تحقيقاً للمماثلة، أم يجب العدول إلى حز الرقبة؟ قولان، أظهرهما عند الأكثرين: الأول، فعلى هذا لو أجافه كجائفته، فلم يمت، فهل يزداد في الجوائف، وجهان: أصحهما: لا، قال البغوي: وإذا قلنا: يجوز الاقتصاص بطريق الجائفة، فقال: أجيفه، ثم أعفو عنه إن لم يمت، لم يمكن منه، إنما يمكن إذا قال: أجيفه، ثم أحز رقبتة، وكذا لو قال: أرميه من الشاهق ثم أعفو، قال: ولو أجافه ثم عفا عنه، عزر على ما فعل، ولم يجبر على قتله، فإن مات، بان بطلان العفو، والقولان في أنه هل يستوفى القصاص بالجائفة ونحوها؟ يجريان فيما قطع يداً شلاء، ويد القاطع صحيحة، أو ساعداً ممن لا كف له، والقاطع سليم، هل يستوفى القصاص بقطع اليد والساعد؟

فرع: المماثلة مرعية في قصاص الطرف، كما هي مرعية في قصاص النفس بشرط إمكان رعايتها، فلو أبان طرفاً من أطرافه بمثل، لم يقتص إلا بالسيف، ولو أوضح رأسه بالسيف، لم يوضح بالسيف، بل يوضح بحديدة خفيفة، فإن كان الطريق موثقاً به مضبوطاً، قوبل بمثله، كفء العين بالأصبع.

فرع: قطعه رجل من الكوع، ثم قطع آخر ساعده من المرفق قبل اندمال القطع الأول، فمات بالسراية، فالقصاص عليهما، وطريق استيفائه من الأول أن تقطع يده من الكوع، فإن لم يمت، حزت رقبتة، وأما الثاني، فإن كان له ساعد بلا كف، اقتصر منه بقطع مرفقه، ثم يقتل، وإن كانت يده سليمة، فهل تقطع من المرفق ثم تحز رقبتة، أم يقتصر على الحز؟ قولان، ويقال: وجهان: أظهرهما: الأول، وهو نصه في «المختصر» لترد الحديد على موردها في الجناية، ولا عبرة بزيادة الكف الهالكة بهلاك النفس، ولو أراد الولي العفو عن الأول بعد أن قطعه من الكوع، قال الأصحاب: لا يجوز أن يعفو على مال، لأن الواجب عليه نصف الدية، فإنه أحد

القاتلين، وقد استوفى النصف باليد التي قطعها، وإن أراد أن يعفو عن الثاني على مال، فله نصف الدية إلا قدر أرش الساعد، فإنه لم يستوف منه إلا الساعد.

فرع: إذا اقتص من قاطع اليد، ثم مات المجني عليه بالسراية، فللولي أن يحز رقبة، وله أن يعفو ويأخذ نصف الدية، واليد المستوفاة مقابلة بالنصف، فإن مات الجاني، أو قتل ظلماً، أو في قصاص آخر، تعين أخذ نصف الدية من تركته، ولو قطع يدي رجل، فقطعت يده قصاصاً، ثم مات المجني عليه بالسراية، فللولي حز رقبة الجاني، فلو عفا، فلا مال له، لأنه استوفى ما يقابل الدية، وهذه صورة يستحق فيها القصاص ولا تستحق الدية بالعفو عليها، ولو اقتص من قاطع اليد، فمات بالسراية، فلا شيء على المقتص، ولو ماتا جميعاً بالسراية بعد الاقتصاص في اليد، نظر، إن مات المجني عليه أولاً، أو ماتا معاً، فوجهان: الصحيح الذي عليه الجمهور: أنه لا شيء على الجاني، والثاني: أن في تركته نصف الدية، نقله ابن كج عن عامة الأصحاب، وإن مات الجاني أولاً، فهل يجب في تركته نصف الدية، أم لا شيء؟ وجهان: أحدهما: الأول، فلو كان ذلك في الموضحة، وجب تسعة أعشار الدية ونصف عشرها، وقد أخذ بقصاص الموضحة نصف العشر.

فرع: قطعه، فحز المقطوع رقبة الجاني، فإن مات المقطوع بالسراية، صار قصاصاً، وإن اندمل، قتل قصاصاً، وفي تركة الجاني نصف الدية لقطعه اليد، هكذا ذكره البغوي.

فرع: قطع يد رجل وقتل آخر ثم مات المقطوع بالسراية فقد قتل شخصين، نقل صاحب «الشامل» عن الأصحاب أنه يقتل بالمقتول دون المقطوع، لأن قصاص المقطوع وجب بالسراية وهي متأخرة عن وجوبه للمقتول، لكن لولي المقطوع أن يقطع يده، فإذا قتله الآخر، أخذ نصف الدية من تركته، وتوقف في تخصيص الاقتصاص في النفس بالمقتول، ولو أنه بعد ما قطع واحداً، وقتل آخر قطعت يده قصاصاً، ومات بالسراية، فللولي المقتول الدية في تركته، وإن قطع قصاصاً ثم قتل قصاصاً، ثم مات المقطوع الأول، فلولي نصف الدية في تركة الجاني.

فصل: سبق أنه لا تقطع يمين يسار ولا عكسه، ولو وجب القصاص في يمين واتفقا على قطع يسار بدلها، لم يكن بدلاً، كما لو قتل غير القاتل برضاه بدلاً، لا يقع بدلاً، ولكن لا قصاص في اليسار لشبهة البذل وتجب ديتها، ومن علم منهما فساد هذه المصاححة، أثم بقطع اليسار، وهل يسقط قصاص اليمين بما جرى؟ وجهان: أحدهما: نعم، ولو قال مستحق قصاص اليمين للجاني: أخرج يمينك،

فأخرج يساره، فقطعها المستحق، فللمخرج أحوال، أحدهما: أن يعلم أن اليسار لا تجزىء عن اليمين، وأنه يخرج اليسار ويقصد بإخراجها الإباحة للمقتص، فلا قصاص في اليسار ولا دية، نص عليه الشافعي، واتفق عليه الأصحاب، وقالوا: قد بذلها صاحبها مجاناً، وإن لم يتلفظ بإباحة قالوا: والفعل بعد السؤال كالإذن في المسؤول، حتى لو قال لأجنبي: أخرج يدك لأقطعها، أو قال: ملكني قطعها، فأخرجها، كان ذلك إباحة، ولو قال: ناولني متاعك لألقيه في البحر، فناوله كان كما لو نطق بالإذن فيه، فلا يجب ضمانه إذا ألقاه في البحر، ولو قدم طعاماً إلى من استدعاه، كان كما لو قال له: كل، وحكى ابن القطان وجهاً أنه يجب ضمان اليسار إذا لم يتلفظ المخرج بالإذن في القطع، وحمل نص الشافعي على ما إذا أذن لفظاً، والصحيح الأول، وبه قطع الأصحاب، وسواء علم القاطع أنها اليسار، وأنها لا تجزىء أم لا، لكن إذا علم، عزز، وعن ابن سلمة احتمال في وجوب القصاص إذا كان عالماً، ولو قصد شخص قطع يد رجل ظلماً، فلم يدفعه المقصود وسكت حتى قطع، فهل يكون سكوته إهداراً؟ وجهان: الصحيح: لا، لأنه لم يوجد منه لفظ ولا فعل، فصار كسكوته عن إتلاف ماله، والثاني: نعم، لأنه سكوت محرم، فدل على الرضى، ولو سرى قطع اليسار إلى نفس المخرج، ففي وجوب الدية الخلاف السابق فيما إذا قال: اقتلني، فقتله، وبني وجوب الكفارة على المقطوع يساره على الخلاف في أن قاتل نفسه هل تلزمه الكفارة؟ هذا حكم قطع اليسار في هذه الحالة، وأما قصاص اليمين، فيبقى كما كان، لكن إذا سرى قطع اليسار إلى النفس، فات القصاص، فيعدل إلى دية اليد، فلو قال القاطع: قطعت اليسار على ظن أنها تجزىء عن اليمين فوجهان: أحدهما: لا يسقط قصاصه في اليمين، لأنه لم يسقطه ولا اعتاض عنه، وأصحهما: وبه قطع البغوي واختاره الشيخ أبو حامد والقاضي حسين: يسقط، لأنه رضي بسقوطه اكتفاء باليسار، فعلى هذا يعدل إلى دية اليمين، لأن اليسار وقعت هدرًا، وطرد الوجهان فيما لو جاء الجاني بالدية وطلب من مستحق القطع متضرعاً إليه أن يأخذها ويترك القصاص، فأخذها، فهل يجعل الأخذ عفوًا، ولو قال القاطع: علمت أن اليسار لا تجزىء عن اليمين شرعاً، لكن جعلتها عوضاً عنها، اطردهم الخلاف، وجعل الإمام هذه الصورة أولى بالسقوط.

الحال الثاني: أن يقول: قصدت بإخراج اليسار إيقاعها عن اليمين لظني أنها تقوم مقامها، فنسأل المقتص لم قطع؟ وله في جوابه ألفاظ أحدها أن يقول: ظننت أنه أباحها بالإخراج، فلا قصاص عليه في اليسار، وفيه احتمال للإمام، ويبقى قصاص اليمين كما كان قطعاً، الثاني: أن يقول: علمت أنها اليسار، وأنها لا تجزىء

ولا تجعل بدلاً، ففي وجوب القصاص وجهان: أحدهما: لا يجب، لكن تجب الدية، وعلى الوجهين يبقى قصاص اليمين، الثالث: أن يقول: قطعها عوضاً عن اليمين، وظننتها تجزئ كما ظنه المخرج، فالصحيح أنه لا قصاص في اليسار، وأنه يسقط قصاص اليمين، ولكل واحد منهما دية ما قطعه الآخر، الرابع: أن يقول: ظننت المخرجة اليمين، فلا قصاص في اليسار على المذهب، وفي «التهذيب» فيه وجهان: كما لو قتل رجلاً وقال: ظننته قاتل أبي فلم يكن، فإن لم نوجب القصاص، وجبت الدية على الأصح، لأنه لم يبذلها مجاناً ويبقى قصاص اليمين على المذهب، ويجيء فيه الخلاف السابق.

الحال الثالث: أن يقول المخرج: دهشت فأخرجت اليسار، وظني أنني أخرج اليمين، فيسأل المقتص عن قصده في قطعه اليسار، وله في جوابه صيغ، إحداها: أن يقول: ظننت أن المخرج قصد الإباحة، فقياس مثله في الحال الثاني أن لا يجب القصاص في اليسار، والذي ذكره البغوي أنه يجب القصاص كمن قتل رجلاً وقال: ظننت أنه أذن لي في القتل، وهذا يوافق الاحتمال المذكور هناك وهو المتوجه في الموضوعين. الثانية: أن يقول: علمت أنها اليسار وأنها لا تجزئ، فيجب القصاص على الأصح، لأنه لم يوجد من المخرج بذل. الثالثة: أن يقول: ظننت اليسار تجزئ، قال الأصحاب: لا قصاص فيه، وفيه احتمال للإمام. الرابعة: أن يقول: ظننتها اليمين، فلا قصاص على المذهب، وفي جميع هذه الصيغ يبقى قصاص اليمين إلا إذا قال: ظننت أن اليسار تجزئ، فإن الأصح سقوطه، وإذا سقط القصاص من الطرفين، فلكل واحد منهما الدية على الآخر، ولو قال القاطع: دهشت فلم أدر ما قطعت، قال الإمام: لا يقبل منه ويلزمه القصاص في اليسار، لأن الدهشة لا تليق بحال القاطع، وفي كتب الأصحاب لا سيما العراقيين، أن المخرج لو قال: لم أسمع من المقتص: أخرج يمينك، وإنما وقع في سمعي: أخرج يسارك، فأخرجتها، فالحكم فيه كقوله: دهشت، فأخرجت وأنا أظنها اليمين، لكن مقتضى ما سبق أن الفعل المطابق للسؤال كالإذن لفظاً أن يلحق ذلك بصورة الإباحة.

فرع: جميع ما ذكرناه في القصاص، فأما إذا وجب قطع يمينه في السرقة، فقال الجلال للसारق: أخرج يمينك، فأخرج يساره، فقطعها، فقولان: أحدهما ويقال: إنه قديم، ويقال: مخرج: إن الحكم كما ذكرنا في القصاص، والثاني وهو المشهور: أنه يقع قطع اليسار عن الحد، فيسقط قطع اليمين، لأن المقصود التنكيل وقد حصل، ولأن الحد مبني على التخفيف، واستدرك القاضي حسين، فحمل ما أطلقه الأصحاب على الحاليين الأخيرين من الأحوال الثلاثة، وقال في الحال الأول

وهو الإخراج بقصد الإباحة: ينبغي أن لا يسقط قطع اليمين، كما لو قطع السارق يسار نفسه، أو قطعها غيره بعد وجوب قطع اليمين.

فرع: لو كان المقتص منه مجنوناً، فهو كما لو أخرج اليسار مدهوشاً، ولا يتحقق منه البدل، ولو كان المقتص منه عاقلاً، والمستحق مجنوناً، فقطع يمين المقتص منه مكرهاً له، فهل يكون مستوفياً لحقه؟ فيه خلاف سبق، فإن قلنا: لا يصير مستوفياً وهو الصحيح، انتقل حقه إلى الدية، ويجب للجاني دية يده، فإن جعلنا عمدته عمداً، فالدية في ماله، والصورة من صور التقاص، وإن جعلناه خطأ، فدية اليسار على عاقلته ولا تقاص، ولو قال لمن عليه القصاص: أخرج يمينك، فأخرجها، فقطعها المجنون، قال الأصحاب: لا يصح استيفاءه، وينتقل حقه إلى الدية، ولا ضمان عليه، لأنه أتلّفها ببذله وتسليطه، وإن أخرج يساره، فقطعها، فهي مهذرة ويبقى حقه في قصاص اليمين.

فرع: حيث أوجبنا دية اليسار في الصور السابقة، فهي في ماله، لأنه قطع متعمداً، وعن نصه في «الأم» أنها تجب على العاقلة.

فرع: حيث قلنا: يبقى القصاص في اليمين، لا يستوفى حتى يندمل قطع اليسار لما في توالي القطعين من خطر الهلاك، نص عليه، ولو قطع طرفي رجل معاً، اقتص فيهما معاً، ولا يلزمه التفريق، نص عليه، فقليل: فيهما قولان، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن خطر الموالاة في الصورة الأولى يحصل من قطع مستحق وغير مستحق.

فرع: قال المخرج: قصدت بالإخراج إيقاعها عن اليمين، وقال القاطع: أخرجتها بقصد الإباحة، فالمصدق المخرج لأنه أعرف بقصده.

فرع: ثبت له القصاص في أنملة، فقطع من الجاني أنملتين، سئل، فإن اعترف بالتعمد، قطعت منه الأنملة الثانية، وإن قال: أخطأت وتوهمت أني أقطع أنملة واحدة، صدق بيمينه، ووجب أرش الأنملة الزائدة، وهل هي في ماله أم على عاقلته؟ قولان، أو وجهان: أحدهما: في ماله.

باب: العفو عن القصاص

هو مستحب، فإن عفا بعض المستحقين، سقط القصاص وإن كره الباقي، ولو عفا عن عضو من الجاني، سقط القصاص كله، ولو أقت العفو، تأبد، ويشتمل الباب على طرفين:

أحدهما: في حكم العفو، وهو مبني على أن موجب العمد في النفس والطرف

ماذا؟ وفيه قولان، أظهرهما عند الأكثرين: أنه القود المحض، وإنما الدية بدل منه عند سقوطه، والثاني: أنه القصاص أو الدية، أحدهما لا بعينه، وعلى القولين للولي أن يعفو على الدية بغير رضى الجاني، ولو مات أو سقط الطرف المستحق، وجبت الدية، وحكي قول قديم أنه لا يعدل إلى المال إلا برضى الجاني، وأنه لو مات الجاني، سقطت الدية وليس بشيء، فإذا قلنا: الواجب أحدهما لا بعينه، فعفا عن القصاص والدية جميعاً، فلا مطالبة بواحد منهما، ولو قال: عفوت عما وجب لي بهذه الجناية، أو عن حقي الثابت عليك وما أشبهه، فلا مطالبة أيضاً بشيء، نقله ابن كج عن النص، ولو قال: عفوت على أن لا مال لي، فوجهان: أحدهما: أنه كعفوه عنهما، والثاني: لا تسقط المطالبة بالمال، لأنه لم يسقطه، وإنما شرط انتفائه، وإلى هذا مال الصيدلاني، ولو عفا عن القصاص، تعينت الدية، ولو عفا عن الدية، فله أن يقتص، فلو مات الجاني بعد ذلك، فله الدية لفوات القصاص بغير اختياره، ونقل ابن كج قولاً أنه لا مال له، والمشهور الأول.

وهل له أن يعفو بعد هذا عن القصاص ويرجع إلى الدية؟ فيه ثلاثة أوجه: أحدهما: وهو محكي عن النص: لا، فعلى هذا لو عفا مطلقاً، لم يجب شيء، والثاني: نعم، وحاصل هذا الوجه أن العفو عن الدية لغو، والولي على خيرته كما كان، والثالث: إن عفا على الدية، وجبت، وإن عفا مطلقاً، فلا، فإن قلنا: لا رجوع إلى الدية استقلالاً، فلو تراضيا بمال من جنس الدية أو غيره بقدرها، أو أقل، أو أكثر، فوجهان: أحدهما: لا يجوز كما لا تجوز المصالحة عن حد القذف على عوض، والصحيح الجواز، لأن الدم متقوم شرعاً، كالبضع بخلاف العرض، ولو جرى الصلح مع أجنبي، جاز أيضاً على الأصح، كاختلاع الأجنبي وأولى، لأن حقن الدم مرغّب فيه، ولو عفا، أو صالح عن القصاص على مال قبل أن يعفو عن الدية، فإن كان المصالح عليه من غير جنس الدية، جاز، سواء كانت قيمته بقدر الدية، أم أقل، أو أكثر، وإن كان من جنسه، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

ويجري الخلاف فيما لو ثبت القصاص بلا دية، وصورته ما إذا قطع يديه، فسرى إلى النفس، فقطعت يد الجاني قصاصاً، أو قطعت يده قصاصاً، ثم سرت الجناية إلى نفس المجني عليه، فإنه يجوز حز رقبته، ولا يجوز العفو على الدية كما سبق، ولو قال: عفوت عنك ولم يذكر القصاص ولا الدية، أو قال: عفوت عن أحدهما، ولم يعين، فوجهان: أحدهما: يحمل على القصاص ويحكم بسقوطه، وأصحهما: يرجع إليه، فإذا بين ما نواه، ترتب عليه حكمه، فعلى هذا لو قال: لم تكن لي نية، فوجهان: أحدهما: يحمل على القصاص، وأصحهما: يقال له: اصرف

الآن إلى ما شئت منهما، ولو قال: اخترت الدية، سقط القصاص ووجبت الدية، ويكون كقوله: عفوت عن القصاص، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وعن القفال أن اختياره أحدهما لا يسقط حقه من الثاني، بل يبقى خياره كما كان، ولو قال: اخترت القصاص، فقياس القفال ظاهر، وأما على الصحيح، فهل له الرجوع إلى الدية لأنها أخف، أم لا كعكسه؟ وجهان: أحدهما: الثاني، قاله البغوي، هذا كله تفريع على قولنا: الواجب أحدهما، أما إذا قلنا: الواجب القصاص بعينه، فلو عفا عنه على الدية، وجبت، وإن عفا عنه على مال آخر، فإن كان من جنس الدية، فسيأتي إن شاء الله تعالى.

وإن عفا، أو صالح على غير جنسها، وقبل الجاني، ثبت المال، وسقط القود، وإن لم يقبل الجاني، لم يثبت المال قطعاً، ولم يسقط القصاص على الأصح، فإن قلنا: يسقط القصاص، فهل تثبت الدية؟ قال البغوي: هو كما لو عفا مطلقاً، ولو عفا عن القود على نصف الدية، قال القاضي حسين: هذه معضلة أسهرت الجلة، قال غيره: هو كعفوه عن القود ونصف الدية، فيسقط القود، ونصف الدية، ولو عفا عن القود مطلقاً ولم يتعرض للدية، لم تجب دية على المذهب، لأن القتل لم يوجبها على هذا القول، والعفو إسقاط ثابت لا إثبات معدوم، فإن قلنا: لا تثبت الدية بنفس العفو، فاختارها بعد العفو، قال ابن كج: تثبت الدية، ويكون اختيارها بعد العفو كالعفو عليها، وحكي عن النص أن هذا الاختيار يكون عقب العفو، وعن بعض الأصحاب أنه يجوز فيه التراخي، ولو عفا عن الدية، فهو لغو على هذا القول، فله بعد ذلك العفو عن القود على الدية، فلو عفا مطلقاً، عاد الخلاف في وجوب الدية.

فصل: لو كان مستحق القصاص محجوراً عليه، نظر، إن كان مسلوب العبارة، كالصبي والمجنون، فعفوه لغو، وإلا فإن كان الحجر عليه لحق غيره، كالحجر بالفلس، فله أن يقتص، ولو عفا عن القصاص، سقط، وأما الدية، فإن قلنا: موجب القتل أحد الأمرين، فليس له العفو عن المال، وإذا تعين المال بالعفو عن القصاص، دفع إلى غرمائه، ولا يكلفه تعجيل القصاص، أو العفو ليصرف المال إليهم، وإن قلنا: موجب القتل القصاص، فعفا على مال، ثبت المال، وإن عفا مطلقاً، ثبتت الدية إن قلنا: المطلق يوجب الدية، وإن قلنا: لا يوجبها، لم تثبت، وإن قال: عفوت على أن لا مال، فإن لم يوجب مطلق عفوه المال، فالمعتد بالنفي أولى، وإلا فوجهان: أحدهما: لا يوجب، لئلا يكلف المفلس الاكتساب، وعفو المريض مرض الموت، وعفو الورثة عن القصاص مع نفي المال إذا كان على التركة دين أو وصية، كعفو المفلس، وأما المحجور عليه لسفه، فيصح منه إسقاط القصاص

واستيفائه، وفيما يرجع إلى الدية حكمه حكم المفلس على الأصح، وبه قطع الجمهور، وقيل: لا يصح عفو عن المال بحال، كالصبي، وعفو المكاتب عن الدية تبرع، فلا يصح بغير إذن سيده، وبإذنه قولان.

فصل: لو صالح من القصاص على أكثر من الدية من جنسها، بأن صالح على مائتين من الإبل، فإن قلنا: الواجب أحد الأمرين، لم يصح، كالصلح من ألف على ألفين، وإن قلنا: الواجب القود بعينه، صح على الأصح، وثبت المال المصالح عليه.

فصل: إذا سقط القصاص بعفو بعض المستحقين، فللباقين الدية بالحصة، وأما العافي، فإن عفا على حصته من الدية، ثبتت، وإن نفى المال، لم تثبت، وإن أطلق، فإن قلنا: موجب القتل أحد الأمرين: ثبتت، وإلا فعلى الخلاف في أن مطلق العفو، هل يوجب الدية؟

الطرف الثاني: في العفو الصحيح والفاقد وألفاظه وفيه مسائل:

إحداها: إذا قال لغيره: اقطع يدي، والقاتل مالك لأمره، فقطع المأذون له يده، فلا قصاص ولا دية، كما لو أذن في إتلاف ماله، فلا ضمان بإتلافه، فلو سرى القطع، أو قال: اقتلني، فقتله، فقد سبق في فصل الإكراه أنه لا قصاص على المذهب، ولا دية على الأظهر، فإن قلنا: لا دية، وجبت الكفارة على الأصح ولا تؤثر فيها الاباحة، وقيل: تسقط تبعاً.

المسألة الثانية: قطع عضو زيد، كيده أو أصبعه، فعفا عن موجب الجناية قوداً أو أرشاً، فللجنائية أحوال، أحداها: أن تندمل، فلا قصاص ولا أرش، وقال المزني: يجب أرشه، وسواء اقتصر على قوله: عفوت عن موجبها، أو قال: وعما يحدث منها، لأنه لم يحدث شيء، ولو قال: عفوت عن هذه الجناية، ولم يزد، نص في «الأم» أنه عفو عن القصاص، وعن الأصحاب أنه تفريع على قولنا: موجب العمد القود فإن قلنا: أحد الأمرين، ففي بقاء الدية احتمالان للروائي، الثاني: أن يسري القطع إلى النفس، فلا قصاص في النفس، كما لا قصاص في الطرف، وعن ابن سريج وابن سلمة وجوب قصاص النفس، لأنه لم يدخل في العفو، فعلى هذا إن عفا عن القصاص، فله نصف الدية فقط، لسقوط نصفها بالعفو عن اليد، والصحيح الأول، وأما المال، فهو قسمان، أرش اليد والزيادة عليه إلى تمام الدية، فأما أرش اليد، فينظر، إن جرى لفظ الوصية بأن قال: أوصيت له بأرش هذه الجناية، فهي وصية للقاتل، وفيها القولان، فإن أبطلناها، لزمه أرش اليد، وإن صححناها، سقط الأرش إن خرج من الثلث، وإلا سقط منه قدر الثلث.

وإن جرى لفظ العفو أو الإبراء أو الإسقاط، بأن قال: عفوت عن أرش هذه الجناية، أو أبرأته، أو أسقطته، فقل: هو كالوصية للاتفاق على أنه يعتبر من الثلث، فيكون على القولين، والمذهب أنه يسقط قطعاً، لأنه إسقاط ناجز، والوصية ما تعلق بالموت، وأما الزيادة فهي واجبة إن اقتصر على العفو عن موجب الجناية ولم يقل: وما يحدث منها، فإن قال: وما يحدث، نظر، إن قاله بلفظ الوصية، كقوله: أوصيت له بأرش هذه الجناية وأرش ما يحدث منها، أو يتولد، أو يسري إليه، بني على القولين في الوصية للقاتل، ويجيء في جميع الدية ما ذكرناه في أرش اليد، وإن قال: عفوت عنه، أو أبرأته من ضمان ما يحدث، أو أسقطته، لم يؤثر فيما يحدث على الأظهر، فيلزمه ضمانه، لأنه إسقاط قبل الثبوت، والثاني: يؤثر، فلا يلزمه شيء، هذا كله إذا كان الأرش دون الدية، فأما إذا قطع يديه، فعفا عن أرش الجناية وما يحدث منها، فإن لم نصحح الوصية، وجبت الدية بكمالها، وإن صححناها، سقطت بكمالها إن وفى بها الثلث، سواء صححنا الإبراء عما لم يجب، أم لم نصححه. الثالث: أن يسري إلى عضو آخر، بأن قطع أصبعه فتآكل باقي الكف بها، ثم اندمل، فلا قصاص، ويمكن أن يجيء فيه خلاف، وأما الدية، فتسقط دية العضو المقطوع بالعفو، ولا يسقط ضمان السراية على الأصح، فإن قال: عفوت عن هذه الجناية وما يحدث منها، فإن لم نوجب الضمان إذا أطلق، فهنا أولى، وإلا فعلى الخلاف في الإبراء عما لم يجب وجرى سبب وجوبه.

المسألة الثالثة: جنى عبد جنانية توجب المال، وعفا المجني عليه عن أرشها، ثم مات بالسراية، أو اندمل الجرح، وعفا في مرض الموت، فإذا أن يطلق العفو، وإذا أن يضيفه إلى السيد، أو إلى العبد، فإن أطلقه، انبت صحته على أن أرش جنانية العبد يتعلق برقبته فقط أم بها وبالذمة حتى يطالب بما فضل بعد العتق؟ وفيه قولان المذكوران في الديات، فإن قلنا: يتعلق بالرقبة فقط، صح العفو، لأنه تبرع على غير القاتل وهو السيد، وإن قلنا: يتعلق بالذمة أيضاً، ففائدة العفو تعود إلى العبد، فيبنى على الوصية للقاتل، إن صححناها، صح العفو، وإلا فلا، وحكى الإمام وجهين إذا قلنا بالتعلق بالذمة في أن المجني عليه هل يملك فك الرقبة عن التعلق، وجعل الحق في الذمة خاصة كما يملك فك المرهون؟ قال: وعلى الوجهين يبقى تعلق الأرش بالرقبة إذا أبطلنا العفو، وأما إذا أضاف العفو إلى السيد، فقال: عفوت عنك، فيصح إن علقنا الأرش بالرقبة فقط، وإلا فلا، وإن أضافه إلى العبد، فإن قلنا: يتعلق بالرقبة فقط، لم يصح، وإلا فعلى القولين في الوصية للقاتل، أما إذا كانت الجناية موجبة للقصاص، فالعفو عن العبد صحيح، فإنه عليه بكل حال.

المسألة الرابعة: جرح حر رجلاً خطأ، فعفا عنه، ثم سرت الجناية إلى النفس، بني على أن الدية في قتل الخطأ تجب على العاقلة ابتداء، أم على القاتل، ثم تتحملها العاقلة، وفيه خلاف مذكور في بابه، فإن قال: عفوت عن العاقلة، أو أسقطت الدية عنهم، أو قال: عفوت عن الدية، فهذا تبرع على غير القاتل، فينفذ إذا وفى الثلث به، ويبرؤون، سواء جعلناهم متأصلين أم متحملين، وإن قال للجاني: عفوت عنك، لم يصح، وقيل: إن قلنا: يلاقيه الوجوب ثم يحمل عنه، صح، والمذهب الأول، لأنه بمجرد الوجوب ينتقل عنه، فيصافه العفو، ولا شيء عليه، هذا إذا ثبتت الجناية بالبينة، أو باعتراف العاقلة، فأما إذا أقر القاتل، وأنكرت العاقلة، فالدية على القاتل، ويكون العفو تبرعاً على القاتل، ففيه الخلاف، ولو عفا الوارث بعد موت المجني عليه عن العاقلة، أو مطلقاً، صح، ولو عفا عن الجاني، لم يصح، لأنه لا شيء عليه، فإن ثبت بإقراره، صح.

فرع: لو كان الجاني ذمياً وعاقلته مسلمين أو حربيين، فالدية في ماله، فإن عفا عنها، فهي وصية للقاتل، وفيها القولان.

المسألة الخامسة: جنى عليه جناية توجب القصاص لو اندملت، كقطع يد، فعفا على الدية، ثم سرت إلى النفس، لم يجب القصاص في النفس، وفيه الوجه المنسوب إلى ابن سريج وابن سلمة، ولو جنى بما لا قصاص فيه، كالجائفة وكسر الذراع، فأخذ المجني عليه الأرض، ثم سرت إلى النفس، وجب القصاص، وفيه احتمال للإمام، ولو كان المجني عليه قد قال والحالة هذه: عفوت عن القصاص، فهو لغو، لأن هذه الجناية لا قصاص فيها، ولو عفا المجني عليه عن قطع اليد ونحوها على الدية، ثم عاد الجاني فحز رقبتة، نظر، إن حز بعد الاندمال، فعليه القصاص في النفس ودية اليد، وإن حز قبل الاندمال، فوجهان: أحدهما: لا قصاص، لأنه عفا عن بعض النفس، لكن له الباقي من الدية، وأصحهما: يجب القصاص، فعلى هذا لو عفا عن القصاص، فهل له دية كاملة، أم الباقي من الدية؟ وجهان: أحصهما: الثاني.

المسألة السادسة: عفا الوارث بعد موت المجني عليه، صح، ولو وجب على الجاني قصاص طرف إنسان ونفسه، نظر، إن كان مستحق هذا غير مستحق ذاك، فلا شك أن عفو أحدهما لا يسقط حق الآخر، ومن صورته أن يقطع عبد يد عبد، فيعتق المجني عليه، ثم يسري إلى نفسه، فالقصاص في اليد للسيد، وفي النفس لورثة العتيق، وإن استحقهما واحد، فعفا عن النفس، وأراد القصاص في الطرف، فله ذلك على المذهب، وانفرد الغزالي بحكاية وجه فيه، وإن عفا عن الطرف، لم يسقط

قصاص النفس على الأصح، ولو استحق قصاص النفس بقطع الطرف، بأن كان الجاني قد قطع المجني عليه، ومات بالسراية، ثم عفا الولي عن قصاص النفس، فليس له قطع الطرف، لأن المستحق هو القتل، والقطع طريقته، وقد عفا عن المستحق، وإن عفا عن القطع، فله حز رقبته على الأصح، ولو قطع يد رجل ثم حز رقبته قبل الاندمال، فغفو الولي عن القطع لا يسقط حز الرقبة، وكذا عفوه عن النفس لا يسقط القطع.

المسألة السابعة: إذا قتل رجلاً بالقطع الساري، فقطعه الولي، ثم عفا عن النفس مجاناً، فإن سرى القطع، بان بطلان العفو، وإن وقف، صح العفو، ولم يلزمه لقطع اليد شيء، وكذا لو كان قتله بغير القطع، وقطع الولي يده متعدياً، ثم عفا عنه، لا ضمان عليه، ولو رمى الولي إلى الجاني ثم عفا عنه قبل الإصابة، ففي نفوذه وجهان: أحدهما: لا ينفذ لخروج الأمر عن اختياره، وأصحهما: أنه كقطع اليد، فإن لم يصب السهم، فالعفو صحيح مفيد، وإن أصابه وقتله، تبيناً بطلان العفو، وفي وجوب الدية على العافي وجهان سبقا في باب تغير الحال بين الجرح والموت، أصحهما: الوجوب، لأنه محقون الدم عند الإصابة.

المسألة الثامنة: قطع ذمي يد مسلم، فاقتص منه، أو يد ذمي، فاقتص منه، ثم أسلم المقطوع، ثم مات بالسراية، فللولي القصاص في النفس، فإن عفا على مال، فهل له نصف الدية، أم خمسة أسداس دية مسلم؟ وجهان: أصحهما: الثاني، لأنه يستحق دية مسلم سقط منها ما استوفاه وهو يد ذمي بسدس دية مسلم، ولو قطع ذمي يد مسلم، فاقتص منه، ومات المسلم بالسراية، فعفا الولي، فعلى الوجه الأول لا شيء له، وعلى الأصح له ثلثا دية المسلم، لأنه استوفى ما يقابل ثلث دية المسلم، ولو قطعت امرأة يد رجل، فاقتص منها، ثم مات الرجل بالسراية، وعفا الولي فعلى الوجه الأول، له نصف الدية، وعلى الأصح، ثلاثة أرباعها، ولو قطعت المرأة يدي رجل، فاقتص منها، ثم مات المجني عليه بالسراية، وعفا الولي، فلا شيء له على الوجه الأول، وعلى الأصح، له نصف الدية، ولو قطع يد حر، فاقتص منه، ثم عتق العبد، ومات المجني عليه بالسراية، ففي وجه يسقط نصف الدية، وعلى السيد أقل الأمرين من نصف دية الحر وكمال قيمة العبد، لأنه صار مختاراً للفداء، وفي وجه يسقط من دية الحر بقدر نصف قيمة العبد، وعلى السيد الأقل من باقي الدية، وكمال قيمة العبد.

المسألة التاسعة: سبق في كتاب الوكالة أن التوكيل في استيفاء القصاص جائز في حضرة الموكل، وكذا في غيبته على المذهب، وحد القذف كالقصاص، وسواء

جوزناه أم لا، فإذا استوفاه الوكيل، صار حق الموكل مستوفى، كما لو وكله في بيع سلعة توكيلاً فاسداً، فباع الوكيل، صح البيع. إذا عرفت هذا، فإذا وكل وغاب، أو تنحى الوكيل بالجاني ليقترض منه، فعفا الموكل، نظر، إن لم يعلم أكان العفو قبل القتل أم بعده، فلا شيء على الوكيل، وإن عفا بعد قتله، فهو لغو، وإن عفا، ثم قتل الوكيل، فإن كان عالماً بالعفو، فعلى الوكيل القصاص، وإن كان جاهلاً به، فلا قصاص على المذهب والمنصوص وبه قطع الأصحاب، وحكى الشيخ أبو محمد في «السلسلة» قولاً مخرجاً: أنه يجب القصاص، وليس بشيء، فإن ادعى على الوكيل العلم بالعفو، فأنكر، صدق بيمينه، فإن نكل، حلف الوارث واستحق القصاص، وفي وجوب الدية إذا قتله جاهلاً قولان: أظهرهما: تجب، لأنه بان أنه قتله بغير حق، ولو عزله، فقتله الوكيل جاهلاً العزل، ففي وجوب الدية القولان، فإن لم نوجب الدية، وجبت الكفارة على الأصح، وإذا أوجبنا الدية، فهي مغلظة على المشهور، وفي قول مخففة، فإن قلنا: مخففة، فهي على العاقلة، وإن قلنا: مغلظة، فهي على الوكيل على الأصح، لأنه متعمد، وإنما سقط القصاص للشبهة، وقيل: على العاقلة، لأنه جاهل بالحال، فأشبهه المخطيء، فإن قلنا: على الوكيل، فهل هي حالة أم مؤجلة؟ وجهان: حكاهما الإمام. قلت: أصحهما: حالة. والله أعلم.

ثم الدية هنا تكون لورثة الجاني لا تعلق للموكل بها بخلاف ما إذا ثبت القصاص لابنين، وبادر أحدهما، وقتل الجاني، يجب عليه نصف الدية للآخر على أحد القولين، والفرق أن القاتل هناك أتلف حق أخيه، فتعلق الأخ ببذله، والوكيل هنا قتل بعد سقوط حق الموكل، ونقل ابن كج عن بعضهم جعله على الخلاف، ثم إذا غرم الوكيل، أو عاقلته الدية، فهل يرجع الغارم على العافي؟ فيه أوجه: أصحها: لا، لأن العافي محسن بالعفو غير مغرر بخلاف الغاصب إذا قدم الطعام المغصوب إلى الضيف، والثاني: نعم، والثالث: يرجع على الوكيل دون العاقلة، فإذا قلنا بالرجوع، فهل لولي الجاني أن يأخذ الدية ابتداء من العافي؟ وجهان: وأما الكفارة فلا يرجع بها على الأصح، كما لا تضرب على العاقلة، وهل للموكل العافي دية قتيله؟ ينظر، إن عفا مجاناً أو مطلقاً، وقلنا: المطلق لا يوجب الدية، فلا شيء له، وإن عفا على مال، أو مطلقاً، وقلنا: يوجب المال، فله الدية في تركة الجاني مغلظة إن أوجبنا بقتل الوكيل، الدية، وإن لم نوجبها به، فلا دية للموكل لخروج العفو على هذا التقدير عن الفائدة. وبالله التوفيق.

باب: في مسائل منثورة

إذا جنى عبد على حر جنائية، تعلق الأرض برقبته، فاشتره بالأرض، فإن جهل أحد المتبايعين عدد الإبل الواجبة أو سنّها، لم يصح البيع، وإن علما ذلك، ولم يبق إلا الجهل بأوصافها، ففي صحة البيع الوجهان، أو القولان في صحة الصلح من إبل الدية على مال، وقد سبق في كتاب الصلح، وإن كانت الجنائية موجبة للقصاص، فاشتره بالأرض، فهو اختيار للمال، وإسقاط للقصاص، وحيث صححنا البيع، فوجد المشتري بالعبد عيباً، فله الرد، فإذا رد، بقي الأرض متعلقاً بالرقبة، ولا يكون السيد ملتزماً للفداء، بل له الخيار بين الفداء، وتسليمه للبيع، ولو اشتراه المجني عليه بمال غير الأرض، صح ولم يسقط القصاص، فلو صالح عن القود على مال، جاز وإن كانت الدية مجهولة، فإن تلفت عين المال المصالح عليه، أو استحقت، أو ردها بعيب، فلا رجوع إلى القصاص، فهل يرجع بقيمة العين، أم بضمان الجنائية؟ قولان بناء على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أم ضمان اليد، وقد ذكرناه في كتاب البيع، فإن قلنا: يرجع بضمان الجنائية، فهو على السيد لاختياره الفداء ببذل المال، وهل عليه أرض الجنائية بالغاً ما بلغ، أم الأقل من الأرض بقيمة العبد؟ قولان يذكران في موضعهما إن شاء الله تعالى، ولو كانت الجنائية موجبة للمال، وصالح من الإبل على مال، ففي صحته الخلاف، فإن صححناه، فهلك المصالح عليه قبل القبض، أو خرج مستحقاً، أو رده بعيب، فالرجوع إلى الأرض بلا خلاف، لأن الصلح هنا عن المال، ويكون السيد مختاراً للفداء، وهل يلزمه الأرض أم الأقل؟ فيه القولان.

فرع: جنى حر على حر جنائية توجب القصاص، فصالحه على عين، كعبد وثوب، جاز وإن لم تكن الدية معلومة لهما، فإن تلفت العين قبل القبض، أو خرجت مستحقة، أو ردها بعيب، فلا رجوع إلى القصاص، فهل يرجع بقيمة العين أم بأرض الجنائية؟ يبني على أن بدل الصلح عن الدم مضمون ضمان العقد أم ضمان اليد؟ وإن كانت الجنائية موجبة للدية، فصالح عنها على عين، أو اشترى بها عيناً، إما من العاقلة في الخطأ، وإما من الجاني في العمد، نظر، أعلمنا عدد الإبل وأسنانها أم لا، وحكمه ما بينا، وإذا صح، فتلف المصالح عليه، أو رده بعيب، رجع إلى الأرض بلا خلاف، لأنه يمكن الرجوع إلى المصالح عنه، لأنه مال بخلاف القصاص.

فرع: جنت حرة على رجل، فتزوجها على القصاص، أو تزوجها وارثه على القصاص، جاز، وسقط القصاص، وإن طلقها قبل الدخول، فهل يرجع بنصف أرض

الجنایة، أم بنصف مهر المثل؟ قولان، أظهرهما: الأول، وإن كانت الجنایة موجبة للدية، فنكحها عليها، صح النكاح، وفي صحة الصداق ما سبق في الاعتياض عن إبل الدية.

فرع: إذا أوجبت الجنایة مالاً معلوم القدر والوصف، بأن أنلف مالاً أو قتل عبداً، ووجبت قيمته، فصالحه المستحق على عين وهما يعلمان، صح الصلح بلا خلاف، فإن تلفت قبل القبض، أو ردت بعيب، فالرجوع بالأرث بلا خلاف، وإن كان الجاني والحالة هذه عبداً، كان السيد مختاراً للفداء، فإن صالح على رقبته، ثم رده بعيب، لم يكن مختاراً، بل الأرث في رقبته كما كان حتى لو مات سقط حق المجني عليه.

فصل: قطع يدي رجل ورجليه، فمات، فقطع الولي يدي الجاني وعفا عن الباقي على الدية، لم تكن له الدية، لأنه استوفى ما يقابلها، ولو عفا على غير جنسها، فوجهان: أحدهما: لا يجب كالدية، والثاني: يجب ويكون عوضاً عن القصاص الذي تركه، ولو قطع إحدى يديه، وعفا عن الباقي على الدية، فله نصف الدية فقط.

فصل: قتل مسلم ذمياً، فقتل ولي الذمي القاتل بغير حكم حاكم، فعليه القصاص، نقله الروياني عن والده.

فصل: أكره رجلاً على أن يرمي صيداً، فرماه، فأصاب آدمياً فقتله، فهما قاتلان خطأ، فعلى كل منهما كفارة، وعلى عاقلة كل واحد نصف الدية، وهل لعاقلة المكره الرجوع بما يغرمون على المكره؟ نقل الروياني عن والده أنه يحتمل أن لا يرجعوا وإن كان متعدياً، كما لا يرجعون في شبه العمد على القاتل، قال: ويحتمل أن لا يجب شيء على المكره وعاقلته، لأنه لم يتلف ما أكرهه عليه.

فصل: قطع يديه عمداً، فمات بالسراية، فقطع الوارث إحدى يدي الجاني، فمات قبل قطعه الأخرى، فلا شيء للوارث في تركة الجاني، لأنه إذا سرت الجراحة إلى النفس سقط حكم الأطراف وصارت النفس بالنفس، وقد قتله فصار كحز الرقبة، ولو قطع يدي رجل، فاندملتا، فقطع إحدى يدي الجاني، فمات، فله دية اليد الأخرى من تركته، لأنه استحق قصاصها وقد فات بما لا ضمان عليه فأشبه سقوطها بآفة، ولو قطع إحدى يدي الجاني، وعفا عن الأخرى على ديته وقبضها، ثم انتقضت جراحة المجني عليه، ومات بها، فلا قصاص لورثته، لأنه مات من جراحتين إحداها معفو عنها، ولا شيء لهم من الدية، لأنه استوفى نصف الدية، واليد المقابلة بالنصف.

فصل: في فتاوى البغوي: أنه لو قتل أحد عبدي الرجل الآخر، فللسيد القصاص، ولا يثبت له مال على عبده، فلو أعتقه، لم يسقط القصاص، ولو عفا بعد العتق مطلقاً، لم يثبت المال، لأن القتل لم يقتضه، وإن عفا بعد العتق على مال، ثبت المال، وأنه لو قطع يدي رجل، إحداهما عمداً، والأخرى خطأ، فمات منهما، فلا قصاص في النفس وتجب الدية، نصفها في مال الجاني ونصفها على عاقلته، فإن استوفى الولي قصاص اليد المقطوعة عمداً، فمات الجاني منه، كان مستوفياً لحقه ولا يبقى له شيء على العاقلة، كما لو قتل من له عليه القصاص خطأ، فإنه يكون مستوفياً حقه، وأنه إذا وجب القصاص على مرتد، فقتله الولي عن جهة الردة، نظر، إن كان ولي القصاص هو الإمام، فله الدية في تركة المرتد، لأن للإمام قتله عن الجهتين، وإن كان غير الإمام، وقع قتله عن القصاص ولا دية له، لأن غير الإمام لا يملك قتله عن الردة، قال: وكذا لو اشترى عبداً مرتداً، وقتله المشتري قبل القبض عن جهة الردة، ينفسخ العقد إن كان المشتري هو الإمام، وإن كان غيره صار قابضاً، كما لو قتله ظلماً محضاً، وأنه لو ضرب زوجته بالسوط عشر ضربات فصاعداً متوالية، فماتت، فإن قصد في الابتداء العدد المهلك، وجب القصاص، وإن قصد تأديبها بسوطين أو ثلاثة، ثم بدا له فجاوز، لم يجب القصاص، لأنه اختلط العمد بشبه العمد، وأن الوكيل باستيفاء القصاص إذا قال: قتلته بشهوة نفسي لا عن جهة الموكل، لزمه القصاص وينتقل حق الموكل إلى التركة، وأنه لو ضرب سنه، فزلزلها، ثم سقطت بعد ذلك، وجب القصاص وكذا لو ضرب يده، فاضطربت أو تورمت، ثم سقطت بعد أيام، وأنه لو أشكلت الحادثة على القاضي، فتوقف، فروى شخص خبراً عن النبي ﷺ فيها، وقتل القاضي بها رجلاً، ثم رجع الراوي وقال: كذبت وتعمدت، ينبغي أن يجب القصاص كالشاهد إذا رجع والذي ذكره القفال في الفتاوى، والإمام أنه لا قصاص بخلاف الشهادة فإنها تتعلق بالحادثة، والخبر لا يختص بها.

فصل: في فتاوى الغزالي: لو افتصد فمنعه رجل من أن يعصب العرق حتى مات، أو عصبه فحله رجل ومنعه من إعادة العصابة حتى مات، وجب القصاص.

فصل: في «التتمة» أنه لو قتله بالدخان، بأن حبسه في بيت وسد منافذ البيت، فاجتمع فيه الدخان وضاق نفسه، فمات، وجب القصاص، وأنه لو رمى إلى شخصين أو جماعة وقصد إصابة أي واحد منهم كان، فأصاب واحداً، ففي القصاص وجهان: لأنه لم يقصد عينه.

قلت: الأرجح وجوبه. والله أعلم.

وأن حلمة الرجل تقطع بحلمة الرجل، وحلمة المرأة تقطع بحلمة المرأة،
والثدي بالثدي، وفيما إذا لم يتدل وجه ضعيف، لأنه لا يتميز عن لحم الصدر، وفي
قطع حلمة المرأة بحلمة الرجل وجهان بناء على وجوب الدية في حلمة الرجل،
وتقطع حلمة الرجل بحلمة المرأة بلا خلاف وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب الديات (١)

فيه ستة أبواب:

الباب الأول: في دية النفس

فيجب بقتل الحر المسلم مئة من الإبل، فإن كان القتل خطأ، وجبت خمسة: عشرون بنت مخاض، وعشرون بنت لبون، وعشرون ابن لبون، وعشرون حقة، وعشرون جذعة، وأبدل ابن المنذر بني اللبون ببني مخاض. ثم قد يعرض ما تغلظ به الدية وما تنقص به، أما المغلظات فأربعة أسباب:

أحدها: أن يقع القتل في حرم مكة، فتغلظ به دية الخطأ، سواء كان القاتل والمقتول في الحرم، أو كان فيه أحدهما، كجزاء الصيد، ولا تغلظ بحرم المدينة ولا بالقتل في الإحرام على الأصح فيهما.

الثاني: أن يقتل في الأشهر الحرم وهي: ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب، ولا يلحق بها رمضان قطعاً.

الثالث: أن يقتل قريباً له محرماً، فإن كان قريباً غير محرم، فلا تغليظ على الصحيح وبه قال الأكثر، ولا أثر لمحرمية الرضاع والمصاهرة قطعاً.

الرابع: أن يكون القتل عمداً أو شبه عمد.

فرع: إذا قتل في دار الحرب مسلماً وجده على زي الكفار، فظنه كافراً، فقد سبق أن أظهر أنه لا دية فيه، فإن أوجبناها، فهل هي دية عمد، أم شبه عمد أم خطأ؟ فيه أوجه: ولو رمى إلى مرتد أو حربي، فأسلم، ثم أصابه السهم ومات، فقد سبق أن الأصح وجوب الدية، وفي كيفيتها هذه الأوجه، وهذا أولى بأن تكون دية خطأ، وهو الأرجح، ورجح ابن كج كون الدية في ماله، ولو رمى إلى شيء يظنه شجرة أو صيداً، فكان إنساناً، فالصحيح أنه خطأ محض، كما لو رمى إلى صيد،

(١) الدية لغة: من ودَّيت القتل أديه دية، إذا أعطيت ديته.

وشرعاً: هي المال المؤدى للمجني عليه أو لوليه بسبب الجناية.

فعرض في الطريق رجل، أو مرق منه السهم، فأصاب رجلاً، قال الغزالي: وتجري هذه الأوجه في كل قتل عمد محض صدر عن ظن في حال القتل.

فصل: الدية تتغلظ في قتل العمد من ثلاثة أوجه: فتجب على الجاني، ولا تحملها العاقلة، وتجب حالة، ومثلثة، ثلثهن حقة، وثلثهن جذعة، وأربعون خلفه، والخليفة: الحامل، ويسمى هذا الثالث تغليظاً بالسن، وسواء كان العمد موجباً للقصاص، فعفي على الدية، أو لم يوجب، كقتل الوالد ولده، وتتنخفض دية الخطأ من ثلاثة أوجه: فتجب على العاقلة خمسة مؤجلة في ثلاث سنين، ودية شبه العمد تنخفض من وجهين: فتجب على العاقلة مؤجلة، وتتغلظ من وجه، فتجب مثلثة، وحكي وجه وقول مخرج أن شبه العمد لا تحمله العاقلة، وليس بشيء، وقتل الخطأ في الحرم، أو الأشهر الحرم، أو المصادف لذي الرحم المحرم، ديته كدية شبه العمد، فتجب على العاقلة مؤجلة مثلثة، والدية الخمسة إنما تتفاوت أقسامها بالسن إلا في بنات اللبون وبنات اللبون، فإن تفاوتهما في الذكورة، ثم التخميس حاصل في هذه الدية بأقسام متعادلة، والتثليث في الدية المثلثة غير حاصل على التعديل، بل نسبتها المخففة بالأعشار، ثلاثة أعشار حقاق، وثلاثة أعشار جذاع، وأربعة أعشار خلفات، ثم هذه النسبة في المخففة والمغلظة تعتبر في دية المرأة والأطراف والجروح، ودية اليهودي والنصراني والمجوسي وأطرافهم وجروحهم، فتجب في قتل المرأة خطأ، عشر بنات مخاض وعشر بنات لبون وهكذا إلى آخر الأقسام، وفي قتلها عمداً وشبه عمد خمس عشرة حقة، وخمس عشرة جذعة، وعشرون خلفه، وكذا حكم دية اليد، وفي الموضحة إذا كانت خطأ بنت مخاض، وبنت لبون، وابن لبون، وحقة وجذعة، إذا كانت عمداً أو شبه عمد حقة ونصف، وجذعة ونصف، وخلفتان، وفي قطع الأصبع خطأ بنتا مخاض، وبنتا لبون، وابنا لبون، وحقتان وجذعتان، وإذا كانت عمداً أو شبه عمد ثلاث حقاق، وثلاث جذاع، وأربع خلفات، وعلى هذا القياس.

فرع: بدل العبد الدراهم والدنانير، فلا مدخل للتغليظ فيه كسائر الأموال.

فصل: وأما المنقصات فأربعة:

أحدها: الأنوثة، فدية المرأة نصف دية الرجل، ودية الخنثى كذلك، لأنه اليقين، ودية أطرافها أو جروحها نصف ذلك من الرجل، وفي القديم قول، إنها تساوي الرجل في الأطراف إلى ثلث الدية، فإذا زاد الواجب على الثلث، صارت على النصف، فعلى هذا في أصبعها عشر من الإبل، وفي أصبعين عشرون، وفي ثلاث ثلاثون، وفي أربع عشرون، وهو نصف ما في أصابع الرجل الأربع، والمشهور الأول وهو نصه في الجديد.

الثاني: الاجتنان، ففي الجنين غرة، وسيأتي إيضاحه في باب إن شاء الله تعالى.

الثالث: الرق، ففي قتل العبد قيمته، سواء زادت على الدية، أم نقصت، سواء قتله عمداً أم خطأ، وأما جروح العبد وأطرافه، فسيأتي بيانها في بابها إن شاء الله تعالى.

الرابع: الكفر، والكفار أصناف، أحدها: اليهودي والنصراني، فديته ثلث دية المسلم، وأما السامرة من اليهود، والصابئون من النصارى، فإن كانوا ملاحدة في دينهم، كفره عندهم، فحكمهم حكم من لا كتاب له من الكفار، وإن كانوا لا يكفرونهم فهم كسائر فرقهم وقد سبق في مناكحتهم طريق ضعيف بإطلاق قولين، ولا بد من مجيئه هنا، الثاني: المجوسي، وديته ثلثا عشر دية المسلم، ودية المجوسية نصف دية المجوسي، وقيل: كديته، وطرد هذا الوجه في سائر الكفار الذين تجب فيهم دية مجوسي، والصحيح الأول، ويراعى في ديات هؤلاء التغليظ والتخفيف، فإن قتل يهودي عمداً أو شبه عمد، وجب فيه عشر حقاق وعشر جذاع وثلث عشرة خلفه وثلث، وإذا لم يوجد مغلظ، وجب ست بنات مخاض وثلثا السابعة، وكذا من بنات اللبون وسائر الأخماس، وفي المجوسي عند التغليظ حقتان وجذعتان وخلفتان وثلثا خلفه، وعند التخفيف بنت مخاض وثلث وبنت لبون وثلث وكذا من الباقي، ولا يخفى أن الدية إنما تجب في الصنفين إذا كان لهم عصمة بذمة، أو عهد أو أمان. الصنف الثالث: كافر لا كتاب له، ولا شبهة كتاب، كعابد الوثن والشمس والقمر والزندق والمرتد، فهؤلاء لا يتصور لهم عقد ذمة، لكن قد يكون لهم أمان، بأن دخل بعضهم رسولا، فقتل، ففيه دية مجوسي، إلا المرتد فلا شيء فيه، فإنه مقتول بكل حال، وليس من أهل الأمان، قال الإمام: ولو تحزبت طائفة من المرتدين ومست الحاجة إلى سماع رسالتهم، فجاء رسولهم فقد قيل: لا يتعرض لهم، لكن لو قتل، فلا ضمان، وتردد الشيخ أبو محمد في إلحاق الزندق بالمرتد، والصحيح إلحاقه بالوثني، وأما من لاعهد له ولا أمان من الكفار، فلا ضمان في قتله على أي دين كان.

قلت: قد سبق خلاف في الذمي والمرتد إذا قتل مرتداً هل تجب الدية؟ فإن أوجبناها فهي دية مجوسي، ذكره البغوي. والله أعلم.

وجميع ما ذكرناه في كافر بلغته دعوتنا وخبر نبينا ﷺ، أما من لم تبلغه دعوتنا، فلا يجوز قتله قبل الإعلام والدعاء إلى الإسلام، فلو قتل، كان مضموناً قطعاً، وكيف يضمن. أما الكفارة فتجب بلا تفصيل، ثم له ثلاثة أحوال، أحدها: أن لا تكون بلغته

دعوة نبي أصلاً، فلا قصاص على الصحيح، وأوجه القفال، وأما الدية، فهل تجب دية مجوسي أم مسلم؟ وجهان: أو قولان، أصحهما: الأول وبه قطع جماعة، الثاني: أن يكون متمسكاً بدين ولم يبدل ولم يبلغه ما يخالفه، فلا قصاص على الأصح، فعلى هذا هل تجب دية مسلم أم دية أهل ذلك الدين؟ وجهان: أصحهما: الثاني، الثالث: أن يكون متمسكاً بدين لحقه التبديل لكن لم يبلغه ما يخالفه، فلا قصاص قطعاً، وهل تجب دية مجوسي أم دية أهل دينه أم لا يجب شيء؟ فيه أوجه: أصحها: الأول.

فرع: من أسلم في دار الحرب ولم يهاجر مع التمكن أو دون، إذا قتله مسلم، تعلق بقتله القصاص والدية، لأن العصمة بالإسلام.

فصل: لا يجزىء في الدية مريض ولا معيب بعيب يثبت الرد في البيع إلا برضى المستحق، سواء كانت إبل من عليه سليمة أم معيبة.

فرع: الغالب أن الناقة لا تحمل حتى يكون لها خمس سنين وهي الثنية، فلو حملت قبل ذلك، فهل يلزمه قبولها في الخلفات؟ قولان، أظهرهما: نعم، وإذا تنازعا في كونها خلفات، عمل بقول عدلين من أهل الخبرة، وإذا أخذت بقول العدلين، أو بتصديق المستحق، فماتت عند المستحق وتنازعا في الحمل، شق جوفها لتعرف، فإن بان أنها لم تكن حاملاً، غرمها المستحق وأخذ بدلها خلفه، وفي وجه يأخذ أرش النقص فقط، والصحيح الأول، ولو صادفنا الناقة المأخوذة حائلاً، فقال المستحق: لم يكن بها حمل، وقال الدافع: أسقطت عندك، فإن لم يحتمل الزمان الإسقاط، ردت، وطولب بخلفه، وإن احتمل، نظر، إن أخذت بقول الجاني فقط، صدق المستحق بيمينه، وإن أخذت بقول أهل الخبرة، فأيهما يصدق؟ وجهان: أصحهما: الدافع.

فرع: من لزمته الدية من الجاني أو العاقلة له حالان، الأولى: أن لا يملك إبلاً، فيلزمه تحصيل الواجب من غالب إبل البلدة أو القبيلة إن كانوا أهل بادية ينتقلون، فإن تفرقت العاقلة في البلدان أو في القبائل، أخذت حصة كل واحد من غالب إبل بلده أو قبيلته، فإن لم يكن في البلد أو القبيلة إبل، أو كانت بعيدة عن البلد، اعتبر إبل أقرب البلاد، ويلزمه النقل إن قربت المسافة، فإن بعدت وعظمت المؤنة والمشقة، لم يلزمه، وسقطت المطالبة بالإبل، وأشار بعضهم إلى ضبط البعيد بمسافة القصر، وقال الإمام: لو زادت مؤنة إحضارها على قيمتها في موضع العزة، لم يلزمه تحصيلها، وإلا فيلزم. الحالة الثانية: أن يملك إبلاً، فإن كانت من غالب إبل البلدة أو القبيلة، فذاك، وإن كانت من صنف آخر، أخذت أيضاً من أي صنف

كانت، هذا هو الصحيح، وبه قطع الأكثرون من العراقيين وغيرهم، وهو ظاهر نصه في «المختصر» وفي وجه حكاة الإمام عن محققي المراوزة واختاره أنه يجب غالب إبل البلد، ومتى تعين نوع، فلا عدول إلى ما فوقه أو دونه إلا بالتراضي، وإذا كان الاعتبار بإبل البلد، أو القبيلة، فكانت نوعين فأكثر، ولا غالب فيها، فالخبرة إلى الدافع، وإذا اعتبرنا إبل من عليه، فتنوعت، فوجهان: أحدهما: تؤخذ من الأكثر، فإن استويا، دفع ما شاء، والثاني: تؤخذ من كل بقسطه إلا أن يتبرع، فيعطي الجميع من الأشرف، ولو دفع نوعاً غير ما في يده، أجبر المستحق على قبوله إذا كان من غالب إبل البلد والقبيلة كذلك، وإذا كانت الإبل تباع بأكثر من ثمن المثل فهي كالمعدومة فلا يلزم تحصيلها.

فرع: إذا كانت الإبل موجودة وعدل من عليه الدية ومستحقها إلى القيمة أو غيرها بالتراضي، جاز، كما لو أتلّف مثلياً وتراضيا على أخذ القيمة مع وجود المثل، جاز، قال صاحب البيان: هكذا أطلقوه، وليكن ذلك مبنياً على جواز الصلح عن إبل الدية، ولو أراد أحدهما العدول عن الإبل، لم يجبر الآخر عليه، وحكي وجه عن ابن سلمة وغيره أن الجاني يتخير بين الإبل والدرهم والدنانير المقدرة على القول القديم تفرعاً على القديم، والمذهب الأول، فإن لم توجد الإبل في الموضع الذي يجب تحصيلها منه، أو وجدت بأكثر من ثمن المثل، فقولان: الجديد الأظهر: أن الواجب قيمة الإبل بالغة ما بلغت، والقديم: يجب ألف دينار، أو اثنا عشر ألف درهم، وفي وجه مخرج على القديم عشرة آلاف درهم، والاعتبار بالدرهم والدنانير المضروبة الخالصة، وذكر الإمام أن الدافع يتخير بين الدرهم والدنانير، وقال الجمهور: على أهل الذهب ذهب، وعلى أهل الورق ورق، فإن كان الواجب دية مغلظة، فهل يزداد للتغليظ شيء؟ وجهان: أحدهما: لا، والثاني: يزداد ثلث المقدّر، فعلى هذا لو تعدد سبب التغليظ بأن قتل محرماً في الحرم، فهل يتكرر التغليظ؟ وجهان: أحدهما: لا فلا يزداد على الثلث، كما لو قتل المحرم صيداً حرمياً، يلزمه جزاء فقط، والثاني: يزداد لكل سبب ثلث دية، فعلى هذا لو قتل ذا رحم محرماً في الحرم والأشهر الحرم عمداً، وجب ثمانية وعشرون ألف درهم، وأما إذا قلنا بالجديد، فتقوم الإبل بغالب نقد البلد وتراعى صفتها في التغليظ إن كانت مغلظة، قال الإمام: فإن غلب نقدان في البلد، يخير الجاني منهما، وتقوم الإبل التي لو كانت موجودة وجب تسليمها، فإن لم يكن هناك إبل، قومت من صنف أقرب البلاد إليهم، وهل تعتبر قيمة موضع الوجود، أم موضع الإعواز لو كانت فيه إبل؟ وجهان: أحدهما: الثاني، وتعتبر قيمتها يوم وجوب التسليم، هذا هو المفهوم من كلام

الأصحاب، وقال الروياني: إن وجبت الدية والإبل مفقودة، اعتبرت قيمتها يوم الوجوب، وإن وجبت وهي موجودة فلم تؤد حتى أعوزت وجبت قيمتها يوم الإعواز، وإن وجد بعض الإبل الواجبة، أخذ الموجود وقيمة الباقي.

فرع: قال الإمام: لو قال المستحق عند إعواز الإبل: لا أطالب الآن بشيء، وأصبر إلى أن يوجد، فالظاهر أن الأمر إليه، لأن الأصل هو الإبل، ويحتمل أن يقال لمن عليه أن يكلفه قبض ما عليه لتبراً ذمته، قال: ولم يصبر أحد من الأصحاب إلى أنه لو أخذ الدراهم، ثم وجدت الإبل يرد الدراهم، ويرجع إلى الإبل، بخلاف ما إذا غرم قيمة المثلي لإعواز المثل، ثم وجد، ففي الرجوع إلى المثل خلاف. وبالله التوفيق.

الباب الثاني: في دية ما دون النفس

هي ثلاثة أقسام: جرح، وإبانة طرف، وإزالة منفعة. القسم الأول: الجروح، وهي نوعان: جائفة وغيرها. النوع الأول: غير الجائفة، وهي ضربان: جراحات الرأس والوجه، وجراحات سائر البدن.

الضرب الأول: جراحات الرأس والوجه، ففي الموضحة: خمس من الإبل، سواء كانت على الهامة والناصية أو القذال، وهو جماع مؤخر الرأس، أو الخشاء، وهي العظم الذي خلف الأذن، أو منحدر القمّحْدُوَّة إلى الرقبة، وهي ما خلف الرأس، وذكر في العظم الواصل بين عمود الرقبة وكرة الرأس وجه أنه ليس محلاً للموضحة، كالرقبة، ويشبه أن تكون هي المنحدر المذكور، أو تكون منه.

وأما الوجه، فالجبهة منه والجبينان، والخدان، وقصبة الأنف، واللحيان، كلها محل الإيضاح، سواء المقبل من اللحين الذي تقع به المواجهة، وما تحت المقبل خارجاً عن حد المغسول في الوضوء، لأن اسم الموضحة يشمل جميعها، وإنما يجب في الموضحة خمس من الإبل في حق من تجب الدية الكاملة بقتله، وهو الحر المسلم الذكر، وهذا المبلغ نصف عشر ديته، فتراعى هذه النسبة في حق غيره، فتجب في موضحة اليهودي نصف عشر ديته، وهو بعير وثلثان، وفي موضحة المرأة بعيران ونصف، وفي موضحة المجوسي ثلثا بعير، وعن الإصطخري وأبي محمد الفارسي أن في موضحة الوجه أكثر الأمرين من خمس من الإبل والحكومة، وهذا شاذ مردود ولا تفرع عليه.

فرع: إذا هشم العظم مع الإيضاح، وجب عشر من الإبل، وإن نقل مع ذلك

وجب خمسة عشر بعيراً، وحكى السرخسي قولاً قديماً أن في الهاشمة خمساً من الإبل وحكومة، وليس بشيء.

فرع: في المأمومة ثلث الدية، وفي الدامغة أيضاً ثلث الدية على الصحيح المنصوص، وقال الماوردي: ثلث الدية وحكومة، وحكى الفوراني وجماعة أن فيها الدية بكما لها، لأنها تدفع، وبهذا قال الإمام، وكأن الأولين يمنعون تدفيعها.

فرع: هشم العظم ولم يوضح، وجب خمس من الإبل على الأصح المنصوص، وقال ابن أبي هريرة: تجب حكومة ككسر سائر العظام، ولو نقل العظم من غير إيضاح، فهل يجب عشر من الإبل أم حكومة؟ فيه هذان الوجهان، وفي «الرقم» وغيره أن موضع الوجهين ما إذا لم يحوج الهشم إلى بط وشق لإخراج العظم أو تقويمه، فإن أحوج إليه، فالذي أتى به هاشمة تجب فيها عشر من الإبل.

فرع: أوضح واحد، وهشم آخر، ونقل ثالث، وأم رابع، فعلى الأول القصاص، أو خمس من الإبل، وعلى الثاني خمس، وعلى الثالث خمس، وعلى الرابع ما بين المنقلة والمأمومة، وهو ثمانية عشر بعيراً وثلث بعير، وقيل: يجب على الجميع ثلث الدية أرباعاً، والصحيح الأول، فلو خرق خامس خريطة الدماغ، ففي «التهذيب» أن عليه تمام دية النفس، كمن حز رقبة إنسان بعدما قطعت أطرافه، وهذا على طريقة من قال: الدامغة مذففة.

فرع: ما قبل الموضحة من الشجاج كالدامية والحارصة والباسعة والمتلاحمة ليس فيها أرش مقدر وفي واجبها وجهان: أحدهما: الحكومة، ولا يبلغ بحكومتها أرش موضحة، والثاني وبه قال الأكثرون: إن لم يمكن معرفة قدرها من الموضحة فكذلك، وإن أمكن بأن كان على رأسه موضحة إذا قيس بها الباسعة مثلاً، عرف أن المقطوع ثلث أو نصف في عمق اللحم وجب قسطه من أرش الموضحة، فإن شككنا في قدرها من الموضحة، أوجبنا التعين، قال الأصحاب: وتعتبر مع ذلك الحكومة، فيجب أكثر الأمرين من الحكومة، وما يقتضيه التقسيط، لأنه وجد سبب كل واحد منهما.

الضرب الثاني: جراحات سائر البدن، فليس في إيضاح عظامه ولا هشمها ولا تنقيتها، أرش مقدر النوع.

النوع الثاني: الجائفة، وفيها ثلث الدية، وهي الجراحة الواصلة إلى الجوف الأعظم من البطن أو الصدر، أو ثغرة النحر، أو الجنبين، أو الخاصرة، أو الورك، أو العجان إلى الشرج وقد سبق أن العجان ما بين الفمحة والخصية، وكذا الجراحة النافذة إلى الحلق من الففا، أو الجانب المقبل من الرقبة، والنافذة من العانة إلى

المثانة، وفي النافذة من الذكر إلى ممر البول وجهان: أحدهما: ليست بجائفة، ولو نفذت إلى داخل الفم بهشم الخد أو اللحي، أو بخرق الشفة، أو الشدق، أو إلى داخل الأنف بهشم القصبه، أو بخرق المارن، فليست بجائفة على الأظهر، ويقال: الأصح، لأنهما ليسا من الأجواف الباطنة ولهذا لا ينظر بالواصل إليهما، ولأنه لا يعظم فيهما الخطر بخلاف ما يصل إلى جوف الرأس والبطن، فعلى هذا يجب في صورة الهشم أرش هاشمة أو منقطة، وتجب معه حكومة للنفوذ إلى الفم والأنف، لأنها جناية أخرى، ولو نفذت الجراحة من الجفن إلى بيضة العين، فهل هي جائفة أم لا تجب إلا حكومة؟ وجهان: أحدهما: الثاني، ولو وضع السكين على الكتف أو الفخذ وجرها حتى بلغ البطن، فأجاف، لزمه أرش الجائفة وحكومة لجراحة الكتف والفخذ، لأنها في غير محل الجائفة بخلاف ما لو وضعها على صدره، وجرها حتى أجاف في البطن أو في ثغرة النحر، فإنه يجب أرش الجائفة بلا حكومة، لأن جميعه محل الجائفة.

فرع: لا فرق بين أن يجيف بحديدة أو خشبة محددة، ولا بين أن تكون الجائفة واسعة أو ضيقة، حتى لو غرز فيه إبرة فوصلت إلى الجوف فهي جائفة، وقيل: إنما تكون جائفة إذا قال أهل الخبرة: إنه يخاف منه الهلاك، وليس بشيء.

فصل: لا فرق في الموضحة بين الصغيرة والكبيرة، والبارزة والمستورة بالشعر، والتي يتولد منها شين فاحش والتي لا يتولد، فلا يجب في الجميع إلا خمس من الإبل، فإن تعددت الموضحة، تعدد الأرش، وتعددها يكون بأسباب:

السبب الأول: اختلاف الصورة، بأن أوضحه في موضعين من رأسه، وبقي اللحم والجلد بينهما، فيجب أرشان، سواء رفع الحديد عن موضحة ثم وضعها على موضع آخر فأوضحه، أو جرها على الرأس من موضع الإيضاح إلى أن تحامل عليها في موضع آخر فأوضحه، وبقي اللحم والجلد بينهما سليمين، وحكى الإمام في الصورة الثانية وجهاً ضعيفاً أن الحاصل موضحة واحدة لاتحاد الفعل، ولو كثرت الموضحات، تعدد الأرش بحسبها ولا ضبط، وقيل: إذا كثرت وصارت بحيث لو أوجبنا لكل موضحة خمساً من الإبل، لزاد المبلغ على دية نفس، لم يوجب أكثر من دية نفس، والصحيح الأول، ولو لم يبق الحاجز بين موضعي الإيضاح بكماله، بل بقي جلد دون اللحم أو عكسه، فأربعة أوجه: أحدها: أن الحاصل موضحة، والثاني: موضحتان، والثالث: إن بقي الجلد، فموضحة، وإن بقي اللحم، فموضحتان، والرابع: عكسه، فعلى الأول، لو أوضح في موضعين ثم أوغل الحديد، ونفذهما من إحدهما إلى الأخرى في الداخل ثم سلها، فهل يتحدان؟

وجهان: ولو عاد الجاني، فرفع الحاجز بين موضحته قبل الاندمال، فالصحيح أنه لا يلزمه إلا أرش واحد، وقيل: أرشان، وقيل: ثلاثة، ولو تآكل الحاجز بينهما، كان كما لو رفعه الجاني، لأن الحاصل بسراية فعله منسوب إليه، ولو رفع الجلد أو اللحم، أو تآكل أحدهما دون الآخر، ففيه الأوجه الأربعة، ولو رفع الحاجز غير الجاني، فعليه أرش موضحة، وعلى الأول: أرشان، ولو رفعه المجني عليه، ففعله هدر، ولا يسقط به شيء مما وجب على الجاني، ولو أوضحه رجلان، فتآكل الحاجز بين موضحتيهما، عادت إلى واحدة، فعلى كل واحد نصف الأرش، ولو اشتركا في موضحتين، ثم رفع أحدهما الحاجز بينهما، فعلى الرافع نصف أرش وعلى الآخر أرش كامل.

فرع: شجه شجة، بعضها موضحة، وبعضها متلاحمة، أو سمحاق، فالواجب في الجميع أرش موضحة ويدخل فيها حكومة المتلاحمة والسمحاق، لأنها لو كانت كلها موضحة لم يجب إلا أرش، فهنا أولى، فلو اقتص فيما فيها من الموضحة، فهل له الحكومة لما حولها من المتلاحمة والسمحاق؟ قال البغوي: يحتمل أن يكون فيه وجهان: كما لو قطع يده من نصف الكف، فاقتص من الأصابع، هل له حكومة نصف الكف؟ وجهان.

السبب الثاني: اختلاف المحل، فلو نزل في الإيضاح من الرأس إلى الجبهة إما لشمول الإيضاح، وإما بأن أوضح شيئاً من الرأس وشيئاً من الوجه، وجرح بينهما جراحة دون الموضحة، فوجهان: أحدهما: الحاصل موضحة، لأن الجبهة والرأس محل الإيضاح، وأصحهما: موضحتان لاختلاف المحل، ولو شملت الموضحة الجبهة والوجنة، قال الإمام: في التعدد تردد، والمذهب الاتحاد تنزيلاً لأجزاء الوجه منزلة أجزاء الرأس، ولو جر السكين من موضحة الرأس إلى القفا، وجرح القفا مع إيضاحه أو بغير إيضاحه، لزمه مع أرش الموضحة حكومة لجرح القفا، لأنه ليس محل الإيضاح، فلم تدخل حكومته في الأرش، ولو جر السكين من موضحة الرأس إلى الجبهة، وجرحها جراحة متلاحمة، فإن قلنا: لو أوضح في الجبهة أيضاً، كان الحاصل موضحة، دخلت حكومة جراحة الجبهة في أرش الموضحة، وإن قلنا: الحاصل موضحتان، وجب مع الأرش حكومة.

السبب الثالث: تعدد الفاعل، بأن أوضح رجلاً، فوسع آخر تلك الموضحة، أو أوضح قطعة متصلة بموضحة الأول، فعلى كل واحد منهما أرش كامل، ولو وسع الأول موضحته، لزمه أرش واحد على الصحيح، وقيل: أرشان.

السبب الرابع: اختلاف الحكم، بأن أوضحه موضحة واحدة هو في بعضها

مخطيء، وفي بعضها متعمد، أو في بعضها مقتص وفي بعضها متعدد، فهل الحاصل موضحة لاتحاد الصورة والجاني والمحل، أم موضحتان لاختلافهما؟ وجهان: أصحهما: موضحتان، فإن قلنا: موضحة، وزع الأرض على البعضين، وإن قلنا: موضحتان، وجب أرش كامل لما تعدى به، ولو أوضح موضحتين عمداً ورفع الحاجز بينهما خطأ، وقلنا بالصحيح: أنه لو رفعه عمداً تداخل الأرشان، فهل يلزمه أرش ثالث أم لا يلزمه إلا أرش واحد؟ وجهان: قلت: أرجحهما: أرش فقط. والله أعلم.

فرع: يتعدد أرش الجائفة بتعدددها، فلو أجاف جائفتين، ثم رفع الحاجز بينهما، أو تأكل ما بينهما، أو رفعه غير الجاني، فعلى ما ذكرناه في الموضحة. وتتعدد الجائفة بتعدد الصورة، بأن يجرحه جراحتين نافذتين إلى الجوف، فإن بقي بينهما الجلد الظاهرة، أو انخرق ما تحتها، أو بالعكس، فيشبه أن يكون حكمه كما ذكرنا في الموضحة، وتتعدد بتعدد المحل، بأن ينفذ جراحتين إلى جوفين ويتعدد الفاعل، بأن يوسع جائفة غيره، وفصله الأصحاب فقالوا: إن أدخل السكين في جائفة غيره ولم يقطع شيئاً، فلا ضمان عليه ويعزر، وإن قطع شيئاً من الظاهر دون الباطن أو بالعكس، فعليه حكومة، وإن قطع شيئاً من الظاهر ومن جانب بعض الباطن، قال المتولي: ينظر في ثخانة اللحم والجلد ويسقط أرش الجائفة على المقطوع من الجائفتين، وقد يقتضي التقسيط تمام الأرش، بأن يقطع نصف الظاهر من جانب، ونصف الباطن من جانب، ولو لم يقطع من أطراف الجائفة شيئاً، ولكن زاد في غورها، أو كان قد ظهر عضو باطن، كالكبذ، فغرز السكين فيه، فعليه الحكومة، ولو عاد الجاني فوسع الجائفة، أو زاد في غورها، لم يزد الواجب وكان كما لو أجاف ابتداءً كذلك. ويمكن أن يعود فيه الوجه السابق في توسيع الموضحة، ويجيء في اختلاف حكم الجائفة وانقسامها إلى عمد وخطأ ما سبق في الموضحة، ولو ضربه بسنان، أو مشقص له رأسان، فنفذ إلى جوفه والحاجز بينهما سليم، فهما جائفتان، ولو طعنه بسنان في بطنه، فأنفذه من ظهره، أو من أحد الجنبين إلى الآخر، فهل هما جائفتان أم جائفة؟ وجهان: ويقال: قولان: أصحهما: جائفتان، فإن قلنا: جائفة، وجب معها حكومة على الأصح، وقيل: لا حكومة.

فصل: إذا أوضحه، فاندملت أطراف الجراحة، وبقي شيء من العظم بارزاً، لم يسقط شيء من الأرش قطعاً، وإن التحم الموضع ولم يبق شيء من العظم بارزاً، فكذلك على الصحيح، وقيل: إن لم يبق شين، سقط الأرش ولا حكومة، وإن بقي، سقط الأرش، ووجبت حكومة، وليس بشيء، وإذا اندملت الجائفة، لم يسقط شيء

من الأرش على المذهب، وقيل: يعود إلى الحكومة، وقيل: في سقوطه قولان، كعود السن.

فرع: إذا التحمت الجائفة، أو الموضحة، فجاء جان إما الأول وإما غيره، فأوضح في ذلك الموضع، أو أجاف، فعليه أرش آخر إن كان الالتحام قد تم سواء نبت عليه الشعر أم لا، وسواء كان متغير اللون مشيناً أم لا، وإن لم يتم الالتحام، ففتقه، فعليه الحكومة فقط، ولو نزع الخيط الذي خيطت الجائفة به قبل أن يلتحم، فعليه التعزير، وأجرة مثل الخياط، وضمان الخيط إن تلف، ولا أرش ولا حكومة، وإن التحمت ظاهراً وباطناً فانفتحت، فهي جائفة جديدة، وكذا لو انفتح جانب منها بعد تمام التحامه، فإن التحم ظاهرها دون باطنها، أو بالعكس، فعليه الحكومة دون الأرش، ولا يجب مع الأرش أو الحكومة أجرة الخياط، لكن يجب ضمان الخيط إن تلف.

فرع: في مسائل مثورة تتعلق بما سبق:

إحداهما: غرز إبرة في رأس رجل حتى انتهت إلى العظم وسلها، فهي موضحة على المذهب وبه قطع الجمهور، وخرجه الإمام على وجهين:

الثانية: موضحة هشم في بعضها فقط، ليس فيها إلا أرش هاشمة.

الثالثة: أوضح وهشم في موضعين واتصل الهشم بينهما في الباطن، فالصحيح أنهما هاشمتان، وقيل: هاشمة.

الرابعة: أوضح في مواضع متفرقة، وهشم في كل واحد منها، فهي هاشمتان على الصحيح، وقيل: موضحتان وهاشمة واحدة.

الخامسة: أدخل في دبره شيئاً خرق به حاجزاً في الباطن، هل عليه أرش جائفة؟ وجهان:

السادسة: شجه متلاحمة، فأوضحه آخر في ذلك الموضع بقطع اللحم الباقي، فعلى كل منهما حكومة.

السابعة: أجافة ونكأ في بعض الأعضاء الباطنة، كالأمعاء، فعليه مع أرش الجائفة حكومة.

القسم الثاني: إبانة الأطراف.

والمقدر بدله من الأعضاء ستة عشر عضواً.

العضو الأول: الأذنان وفي استئصالهما قطعاً أو قلعاً كمال الدية، وحكي قول أو وجه مخرج أن فيهما الحكومة، والمذهب الأول، وفي إحداها نصف الدية، وفي بعضها بقسطه، وتقدر بالمساحة، وسواء أذن السميع والأصم، لأن السمع ليس في

نفس الأذن، ولو ضرب أذنه، فاستحشفت، أي: يبست كشلل اليد، فقولان: أظهرهما: تجب ديتها، كما لو ضرب يده، فشلت، والثاني: لا تجب إلا الحكومة، لأن منفعتها لا تبطل بالاستحشاف بخلاف الشلل. ولو قطع أذنًا مستحشفة، بني على هذا الخلاف، إن قلنا هناك: تجب الدية، وجب هنا حكومة، كمن قطع يداً شلاء، وإن قلنا: تجب الحكومة، وجب هنا الدية، وعن الشيخ أبي حامد: هذه الحكومة مع الحكومة الواجبة بالجناية التي حصل بها الاستحشاف عن كمال الدية وجهان.

فرع: لو لم يقتصر على استئصال الشاخص، بل أوضح معه العظم، وجب دية الأذن، وأرش الموضحة ولا تتبعها، لأنه لا يتبع مقدر مقدراً.

العضو الثاني: العينان، ففي فقههما كمال الدية، وفي إحداها: نصفها، وعين الأعور السليمة لا يجب فيها إلا نصف الدية عندنا، كما أن يد الأقطع ليس فيها إلا نصف الدية، ولو فقاً الأعور مثل عينه المبصرة، اقتصر منه، وتكمل الدية في عين الأحول والأعمش، والأعمش: ضعف الرؤية مع سيلان الدمع في أكثر الأوقات، ويقال: إن خلل الأعمش في الأجفان، وفي عين الأعشى، وهو الذي لا يبصر ليلاً، ويبصر نهاراً، والأخفش، وهو صغير العين ضعيف البصر، وقيل: هو من يبصر بالليل دون النهار، لأن المنفعة باقية في أعين هؤلاء، ومقدار المنفعة لا ينظر إليه، ولو كان في العين بياض لا ينقص الضوء لم يمنع القصاص ولا كمال الدية، سواء كان على بياض الحدقة أو سوادها، وكذا لو كان على الناظر إلا أنه رقيق لا يمنع الإبصار ولا ينقص الضوء، وإن كان ينقص الضوء، نظر، إن أمكن ضبط النقص بالاعتبار بالصحيحة التي لا بياض فيها، سقط من الدية قسط ما نقص، وإلا فالواجب الحكومة.

العضو الثالث: الأجفان الأربعة، وفيها كمال الدية، وفي كل جفن ربعها، وفي بعض الجفن قسطه من الربع، وسواء الجفن الأعلى والأسفل، وجفن الأعمى والأعمش وغيرهما، ولا دية في الجفن المستحشف، وإنما فيه الحكومة، ولو ضرب الجفن، فاستحشف، لزمه الدية قطعاً، ولو قلع الأجفان والعينان، لزمه ديتان.

فرع: إزالة الأهداب وسائر الشعور، كشعر الرأس واللحية، بالحلق وغيره من غير إفساد المنبت لا يوجب إلا التعزير، فإن أفسد المنبت، لزمه الحكومة فإذا لم يكن على الأجفان أهداب فالواجب بقطعها الدية، فإن قطعت وعليها أهداب، فهل تجب مع الدية حكومة الأهداب، أم تدخل في الدية؟ وجهان: أحدهما: الدخول، وتدخل حكومة الشعر على محل الموضحة في أرش الموضحة على المذهب، وقيل: فيه وجهان:

العضو الرابع: الأنف، ففي قطع المارن، وهو مالان من الأنف وخلا من العظم كمال الدية، والمارن: ثلاث طبقات، الطرفان، والوترة الحاجزة بينهما، وفي كيفية توزيع الدية، وجهان: أحدهما - وبه قال أبو علي الطبري، ورجحه القاضيان الطبري والرويانى -، توزع على الثلاث، فعلى هذا إن رفع الحاجز وحده، وجب ثلث الدية، ولو قطع أحد الطرفين، فكذلك، ولو قطعهما دون الحاجز، أو أحدهما مع الحاجز، وجب ثلثا الدية، ولو قطع أحدهما، ونصف الحاجز، وجب نصف الدية، والوجه الثاني، وهو المنصوص، ويحكى عن ابن سريج، وأبي إسحاق، وصححه البغوي: أن الدية تتعلق بالطرفين، وليس في الحاجز إلا الحكومة، فعلى هذا في الحاجز وحده الحكومة، وفي أحد الطرفين، نصف الدية، وفي قطعهما دون الحاجز كمال الدية، وفي أحدهما مع الحاجز أو بعضه نصف الدية وحكومة، ولو سقط بعض أنف المجذوم، فقطع رجل الباقي، وجب قسطه من الدية، وأنف الأخشم كأنف الأشم، ولو ضرب أنفه فاستحشف، أو قطع أنفاً مستحشفاً، فعلى الخلاف المذكور في الأذن، ولو شق مارنه، فذهب بعضه ولم يلتئم، فعليه من الدية قسط الذاهب، وإن لم يذهب منه شيء، فعليه الحكومة، سواء التأم أم لا، ولو انجبرت القصبة بعد الكسر، فعليه الحكومة، فإن بقي معوجاً، كانت الحكومة أكثر.

العضو الخامس: الشفتان، ففي استيعابهما كمال الدية، سواء كانتا غليظتين أم دقيقتين، كبيرتين أم صغيرتين، وفي إحداهما نصفها، سواء التأم أم لا، ولو انجبرت القصبة بعد الكسر، فعليه الحكومة، إلى الشدقين، وفي ضبطه في الطول أربعة أوجه: أصحها: وهو المنصوص وبه قطع الأكثرون: أن الشفة من جوف الفم إلى الموضع الذي يستر اللثة، والثاني: أنها المتجافي إلى محل الارتقاق، والثالث: الذي ينتأ عند إطباق الفم، والرابع: الذي لو قطع لم تنطبق الشفة الأخرى على الباقي، ولو ضرب شفته، فأشلها فصارت منقبضة لا تسترسل، أو مسترسلة لا تنقبض، فعليه كمال الدية، وفي الشفة الشلاء الحكومة، ولو شق شفتيه ولم يبق منهما شيء، لزمه حكومة، ولو قطع شفة مشقوقة، فعليه دية ناقصة بقدر حكومة الشق، ولو قطع بعض الشفة، وتقلص الباقي حتى بقيت كالمقطوع جميعها، فهل يجب كمال الدية، أو تتوزع على المقطوع والباقي؟ وجهان. وهل تتبع حكومة الشارب دية الشفة؟ وجهان.

العضو السادس: اللسان، ففيه دية، ولسان الألكن، والمبرسم الذي ثقل كلامه، والألثغ كغيره، وفي لسان الأخرس حكومة، سواء كان خرسه أصلياً أم عارضاً، وفي وجوب الدية فيه احتمال لابن سلمة، والمذهب الأول، وهذا إذا لم يذهب الذوق بقطع الأخرس، أو كان قد ذهب ذوقه قبله، فأما إذا قطع لسانه، فذهب

ذوقه، ففيه الدية، ولو تعذر النطق لا لخلل في اللسان، ولكنه ولد أصم، فلم يحسن الكلام، لأنه لم يسمع شيئاً، فهل تجب فيه الدية أم الحكومة، وجهان يجيء ذكرهما إن شاء الله تعالى، ولو قطع لسان طفل، نظر، إن نطق بابا ودادا ونحوهما، أو كان يحركه عند البكاء والضحك والامتصاص تحريكاً صحيحاً، وجبت الدية لظهور آثار الكلام فيه، وإن لم يوجد نطق وتحريك، فإن كان بلغ وقت النطق والتحريك، فالواجب حكومة، وإلا فالمذهب وجوب الدية أخذاً بظاهر السلامة، كما تجب الدية في رجله ويده، وإن لم يكن في الحال بطش، وبهذا قطع جماهير الأصحاب في طرقهم، ونقل الإمام عن الأصحاب، أن الواجب الحكومة، ونقل ابن القطان فيه قولين، وإذا قطع بعض لسانه طفل واقتضى الحال إيجاب الحكومة، فأخذناها، ثم نطق ببعض الحروف وعرفنا سلامة لسانه أوجبنا تمام القدر الذي يقتضيه القطع من الدية، ولو كان لسانه طرفان، نظر، إن استويا في الخلقة، فهو لسان مشقوق، فيجب بقطعهما الدية، وبقطع أحدهما قسطه من الدية، وإن كان أحدهما تام الخلقة أصلياً، والآخر ناقص الخلقة زائداً، ففي قطعهما دية وحكومة، وفي الأصلي دية، وفي الزائد حكومة، ولا يبلغ بحكومته دية قدره من اللسان من ثلث وربع ونحوهما، وفي قطع اللهاة الحكومة.

العضو السابع: الأسنان، فيجب في كل سن من الذكر الحر المسلم، خمس من الإبل، سواء قلعتها، أو قطعها، أو كسرها ولو اقتلعتها، فبقيت معلقة بعروق، ثم عادت إلى ما كانت فليس عليه إلا حكومة، ذكره الروياني، وتستوي الأسنان في الدية وإن اختلفت منافعها، وتكمل دية السن بقلع كل سن أصلية تامة مشغورة غير متقلقلة، فهذه أربعة قيود:

القيد الأول: كونها أصلية، ففي الشاغية الحكومة لا الدية، ولو سقطت سنه فاتخذ سنّاً من ذهب أو حديد أو عظم طاهر، فلا دية في قلعتها، وأما الحكومة، فإن قلعت قبل الالتحام، لم تجب، لكن يعزر القالع، وإن قلعت بعد تشبث اللحم بها، واستعدادها للمضغ والقطع، فلا حكومة أيضاً على الأظهر.

القيد الثاني: كونها تامة، وتكمل دية السن بكسر ما ظهر من السن، وإن بقي السِّنْخ بحاله، ولو قلع السن من السِّنْخ، وجب أرش السن فقط على المذهب، وقيل في وجوب الحكومة معه وجهان: ولو كسر الظاهر رجل، وقلع السِّنْخ آخر، فعلى الأول دية سن، وعلى الثاني حكومة قطعاً، ولو عاد الأول وقلعه بعد الاندمال، فعليه حكومة مع الدية، وإن قلعه قبل الاندمال، فكذلك على الأصح، وقيل: لا حكومة، وطرد مثل هذا في قطع الكف بعد قطع الأصابع من القاطع أو غيره، ولو قطع بعض

الظاهر، فعليه قسطه من الأرش وينسب المقطوع إلى الباقي من الظاهر، ولا يعتبر السنخ على المذهب، وبه قطع الجمهور، وقيل: وجهان: ثانيهما يوزع عليه وعلى السنخ، وفي معنى هذا صور منها: أن الدية تكمل في قطع الحشفة، فلو استؤصل الذكر، فهل يفرد بقية الذكر بحكومة أم تدخل حكومتها في دية الحشفة؟ فيه طريقتان، أحدهما: نعم، والثاني: على وجهين.

ومنها: حلمة الثدي فيها كمال الدية، فلو استؤصل الثدي ففيه الطريقتان، والمذهب فيهما الاندراج.

ومنها: في المارن الدية، فلو قطعه مع القصبة، فهل تدرج حكومة القصبة في دية المارن؟ وجهان: الصحيح الاندراج.

واعلم أنا قدمنا أن قصبة الأنف محل الموضحة في الوجه، وكذا هي محل الهاشمة والمنقلة، وإبانة القصبة أعظم من المنقلة، فيجب أن تجب فيها مع دية المارن أرش المنقلة، وإبانة القصبة أعظم من المنقلة، فيجب أن يجب فيها مع دية المارن أرش المنقلة، وقد حكى ابن كج هذا عن النص، لكن لم أجد لغيره تعرضاً له.

وإذا قلنا بالاندراج في هذه الصور، فقطع بعض الحشفة أو الحلمة أو المارن، فهل ينسب المقطوع إلى الحشفة أم جميع الذكر، وإلى الحلمة أم جميع الثدي، وإلى المارن أم إليه مع القصبة؟ فيه الطريقتان اللذان في بعض ظاهر السن، والمذهب التوزيع على الحشفة والحلمة والمارن فقط، فإذا اختلفا في قدر المكسور من ظاهر السن، فالمصدق الجاني، لأن الأصل براءته.

فرع: كسر واحد بعض ظاهر السن، ثم كسر غيره الباقي من الظاهر، فعلى كل منهما قسط ما كسره من الأرش، ولو قلع الثاني الباقي مع السنخ، فطريقتان، أحدهما على وجهين: أحدهما: عليه أرش الباقي وحكومة السنخ، والثاني: عليه الأرش فقط، والطريق الثاني - وهو الأصح وبه قطع الأكثرون - ينظر في جناية الأول، فإن كسر بعض السن في العرض، وبقي الأسفل بحاله، فليس على الثاني حكومة السنخ، بل يدخل في أرش الباقي، وإن كسر بعضها في الطول، فحكومة السنخ بقدر ما يجب الباقي من السن يدخل في أرشه، وما لا شيء فوقه تلزمه حكومته.

فرع: لو ظهر بعض السنخ بخلل أصاب اللثة، لم يلحق ذلك بالظاهر، بل تكمل الدية فيما كان ظاهراً في الأصل.

فرع: لو تناثر بعض السن، أو تأكل، ففي قلعها قسط ما بقي من الدية، فإن اختلفا في قدر المتناثر والمتآكل، صدق المجني عليه بيمينه.

فرع: لو كانت أسنانه من الأعلى طويلة، ومن الأسفل قصيرة، أو بالعكس، لم يؤثر ذلك، ووجب لكل واحدة كمال الأرض، والغالب أن الثنايا من الأسنان تكون أطول من الرباعيات بقليل، فلو كانت ثناياه كرباعياته أو أقصر منها، فوجهان: أحدهما حكاة الإمام عن الأكثرين: لا يجب فيها تمام الأرض بل ينقص منه بحسب نقصانها، وبهذا قطع الروباني، والثاني: يجب كمال الأرض، وبه قطع البغوي، ولو كانت إحدى الثنيتين من الأعلى أو الأسفل أقصر من أختها، فقلعت الصغيرة، نقص من ديتها بقدر نقصانها، لأن الغالب أنهما لا تختلفان، فإذا اختلفتا، كانت القصيرة ناقصة، ولو أنهى صغر السن إلى أن بطلت منفعته ولم يصلح للمضغ، ففي قلعتها الحكومة دون الدية، كاليد الشلاء.

القيد الثالث: كونها مثغورة، فلو قلع سن صغير لم يثغر، فقد سبق في كتاب الجنائيات أنه لا يستوفى في الحال قصاص ولا دية، لأن الغالب عودها، فهي كالشعر يحلق، لكن ينتظر عودها فإن عادت، فلا قصاص ولا دية، وتجب الحكومة إن بقي شين، وإلا فهل يعتبر حال الجناية وقيام الألم أم لا يجب شيء؟ فيه خلاف يأتي في باب الحكومات إن شاء الله تعالى، وإن مضت المدة التي يتوقع فيها العود ولم تعد، وفسد المنبت، استوفي القصاص أو الدية، فإن مات الصبي قبل بيان الحال، ففي وجوب الأرض وجهان. وقيل: قولان، أحدهما: يجب لتحقيق الجناية والأصل عدم العود، وأصحهما: لا، لأن الأصل البراءة، والظاهر العود لو عاش، فعلى هذا تجب الحكومة، قال المتولي: هذا على طريقة من يعتبر حال الجناية والألم، ولو قلع رجل سن الصغير، وجنى آخر على منبته جناية أبطلت النبات، قال الإمام: لا وجه لإيجاب الأرض على الثاني ولا عليهما، أما الأول فيجوز أن يقال بوجوبه عليه، ويجوز أن يقتصر على الحكومة، ولو سقطت سنه بنفسها، ثم جنى جان وأفسد المنبت، فيجوز أن يقال بوجوب الأرض على الثاني، لأنه أفسد المنبت، ولم تسبقه جناية بحال عليها.

فرع: لو قلع سن مثغور، فأخذ منه الأرض، فعادت السن على الندور، لم يسترد الأرض على الأظهر، ولو التحمت الموضحة أو الجائفة بعد أخذ أرضها، لم يسترد على الصحيح، ولو جنى على يده فذهب بطشها، أو على عينه فذهب بصرها، فأخذنا ديتهمما لظن زوال البطش والبصر، ثم قويت اليد والعين فصار يبطش ويبصر، استردت الدية قطعاً، لأن الشلل والعمى المحققين لا يزولان، وكذا الحكم في السمع وسائر المعاني.

فرع: قلع سن صغير، فطلع بعضها ومات الصغير قبل أن يتم نباتها، فعليه من

الدية قسط ما لم ينبت إن قلنا بوجوب الدية فيما إذا مات قبل النبات، والحكومة إن قلنا: لا تجب هناك الدية، نص عليه الشافعي رحمه الله، ولو قلعها قبل تمام الطلوع آخر، فعن النص انتظار نباتها، فإن لم تنبت، فعليه الدية، وإن نبتت، لزمه حكومة هي أكثر من حكومة المرة الأولى.

القيد الرابع: كونها ثابتة غير متقلقلة، فإن كانت متحركة حركة يسيرة لا تنقص المنافع، لم يؤثر تحركها في قصاص ولا دية، وإن كان بها اضطراب شديد بهرم أو مرض ونحوهما، نظر، إن بطلت منفعتها، ففيها الحكومة، وإن نقصت، فهل يجب الأرض أم الحكومة؟ قولان، أظهرهما: الأرض، وقال الإمام: إن كان الغالب على الظن نباتها، وجب الأرض قطعاً، وإن كان الغالب على الظن سقوطها، فهو موضع القولين، ولو ضرب سن رجل فتزلزلت وتحركت، نظر، إن سقطت بعد ذلك، لزمه الأرض، وإن عادت كما كانت، فلا أرض، وفي وجوب الحكومة وجهان: كما إذا لم يبق في الجراحة نقص ولا شين، وإن بقيت كذلك ناقصة المنفعة، فهل يجب الأرض أم الحكومة؟ فيه القولان، فإن قلعها آخر، فعليه الأرض إن أوجبنا على الأول الحكومة، والحكومة إن أوجبنا على الأول الأرض، قال الشيخ أبو حامد: إن قلنا: تجب الحكومة، فهي دون حكومة السن المتحركة بهرم ومرض، لأن النقص الذي فيها قد غرمه الجاني الأول بخلاف الهرم، وقطع المتولي بأنه ليس على الثاني إلا حكومة بخلاف ما لو كان الاضطراب بهرم ومرض، لأن خلل الجناية يخالفهما، ولهذا لو قتل مشرفاً على الموت في آخر رمق بالمرض، وجب القصاص، ولو كان في هذا الحال بجناية، فلا قصاص، ولو جنى على سن، فاضطربت ونقصت منفعتها، وقلنا: الواجب عليه الحكومة، فعاد وقلعها قبل أن يضمن الحكومة، فعليه الأرض بكماله.

فرع: قلع سنّاً سوداء كاملة المنفعة، نظر، إن كانت سوداء قبل أن يثغر وبعده، لزمه كمال الأرض، وإن كانت في الأصل بيضاء، فلما ثغر نبتت سوداء، أو نبتت بيضاء ثم اسودت، فعن نص الشافعي رحمه الله أنه يراجع أهل الخبرة، فإن قالوا: لا يكون ذلك إلا لعلّة حادثة، ففي قلعها الحكومة، وإن قالوا: لم يحدث ذلك لعلّة، أو قالوا: مثل هذا قد يكون لعلّة ومرض، وقد يكون لغيره، وجب كمال الأرض، والرد إلى الحكومة للمرض مع كمال المنفعة خلاف القياس، وإن ضرب سنّاً فاسودت، فهل يجب الأرض أم الحكومة؟ نقل المزيّن اختلاف نص فيه، فقيل: قولان والمذهب وما قطع به الجمهور تنزيل النصين على حالين، إن فاتت المنفعة مع الاسوداد، وجب الأرض، وإلا فالحكومة، ولو اخضرت السن بجناية أو اصفرت، وجبت الحكومة، وحكومة الاخضرار أقل من الاسوداد، وحكومة الاصفرار أقل من الاخضرار.

فصل: الأسنان في غالب الفطرة اثنتان وثلاثون، منها أربع ثنانيا وهي الواقعة في مقدم الفم، ثنتان من أعلى وثنيتان من أسفل، ويليهما أربع من أعلى وأسفل يقال لها: الرباعيات بفتح الراء وتخفيف الباء، ثم أربع ضواحك، ثم أربعة أنياب وأربعة نواجذ، واثنا عشر ضرساً، ويقال لها: الطواحن، ففي كل سن منها خمس من الإبل كما سبق ما لم يجاوز عشرين سنّاً، فإن جاوزها، فقولان: أحدهما: لا يجب إلا مئة من الإبل، وأظهرهما: وقطع به جماعة: يجب لكل سن خمس، فلو كانت ثنتين وثلثين، فقلعها، وجب مئة وستون بغيراً، وهذا الخلاف إذا اتحد الجاني والجناية، فإن تعدد الجاني، بأن قلع عشرين سنّاً، وقلع غيره الباقي، فعلى الأول مئة بغير، وعلى الثاني ستون قطعاً، وإن اتحد الجاني، وتعددت الجناية، نظر، إن تخلل الاندمال بأن قلع سنّاً وتركه حتى برأت اللثة، وزال الألم، ثم قلع أخرى وهكذا إلى استيعاب الأسنان، لزمه لكل سن خمس قطعاً، وإن لم يتخلل الاندمال، فعلى القولين، وقيل: يتعدد قطعاً، وصورة الجناية الواحدة أن يسقطها كلها بضربة أو يسقيه دواء يسقطها.

فرع: قد تزيد الأسنان على ثنتين وثلثين، فإن زادت، فهل يجب لكل سن خمس، أم لا يجب في الزائد على ذلك إلا الحكومة كالأصبع الزائد؟ وجهان: العضو الثامن: اللحيان، وهما العظمان اللذان عليهما منبت الأسنان السفلى وملتقاهما الذقن، وفيهما كمال الدية، وفي أحدهما إن ثبت الآخر نصفها، فلو كان على اللحين أسنان كما هو الغالب، فوجهان: أحدهما: لا يجب إلا دية اللحين ويدخل فيها أروش الأسنان، وأصحهما: تجب دية اللحين وأروش الأسنان.

العضو التاسع: اليدان، وفيهما كمال الدية، وفي إحداهما نصفها، وتكمل الدية بلبق الأصابع، ولو قطع من الكوع، فالواجب ما يجب في الأصابع وتدخل حكومة الكف في ديتها، ولو قطع من بعض الساعد، أو المرفق، أو المنكب، وجبت حكومتها مع الدية بخلاف الكف، لأن الكف مع الأصابع كالعضو الواحد، وقال ابن حربويه من أصحابنا: نهاية اليد التي يجب فيها الدية: الإبط والمنكب، ويجب فيما دون ذلك قسطه من الدية، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، وفي كل أصبع عشر من الإبل، تستوي فيه جميع الأصابع، وفي كل أنملة من الإبهام خمس من الإبل، وفي كل أنملة من غيرها ثلاثة أبعرة وثلث، ولو انقسمت أصبع بأربع أنامل متساوية، ففي كل واحدة بغيران ونصف.

فرع: ما ذكرناه من اندراج حكومة الكف تحت دية الأصابع هو فيما إذا قطع من الكوع، وأبان الكف والأصابع بجناية واحدة، فأما إذا قطع واحد الأصابع، وآخر

الكف، أو قطع واحد الأصابع ثم الكف قبل الاندمال أو بعده، فعلى ما ذكرناه في الأسنان.

فرع: إذا كان على معصم إنسان كفان مع الأصابع، أو على العضد ذراعان وكفان، أو على المنكب عضدان وذراعان وكفان مع الأصابع، نظر إن لم يبطش بواحد منهما، فليس فيهما قصاص ولا دية، وإنما يجب فيهما الحكومة كاليد الشلاء، وإن كان فيهما بطش، نظر، إن كانت إحداهما أصلية والأخرى زائدة، ففي الأصلية القصاص والدية، وفي الزائدة الحكومة، وطريق معرفة الزائدة أن ينظر، فإن اختصت إحداهما ببطش أو قوة بطش، فهي الأصلية، وسواء كانت الباطشة أو التي هي أقوى بطشاً على استواء الذراع، أو منحرفة عنه، فإن كانت إحداهما مستوية، والأخرى منحرفة، فالمستوية هي الأصلية، وإن كانت إحداهما معتدلة الأصابع والأخرى زائدة، فوجهان: قال القاضي حسين: المعتدلة هي الأصلية، لأن الزيادة على الكمال نقصان، وقال الأكثرون: لا يؤثر ذلك في التمييز، لأن اليد الأصلية كثيراً ما تشتمل على الأصبع الزائدة، ولو كانت إحداهما ناقصة بأصبع، ولكنها مستوية، والأخرى كاملة الاصابع منحرفة، فأيتهما الأصلية؟ فيه احتمال للإمام، وأما إذا لم تميز الأصلية عن الزائدة بشيء، فهما كيد واحدة، فيجب في قطعهما القصاص أو كمال الدية، ويجب مع القصاص أو الدية حكومة لزيادة الصورة، وعن المزني أنه لا قصاص لنقصهما بتشوه الخلقة، ولو قطعت إحداهما لم يجب القصاص، ويجب فيها نصف دية وزيادة حكومة، وقيل: لا تجب الحكومة، وهو غريب، والصحيح الأول، فعلى هذا في الأصبع منها نصف دية إصبع وحكومة، وفي الأنملة نصف دية أنملة وحكومة، ولو عاد الجاني بعد أخذ الأرش والحكومة منه، فقطع اليد الأخرى، وأراد المجني عليه القصاص ورد ما أخذه غير قدر الحكومة، هل له ذلك، وجهان: أحدهما: لا، لأنه أسقط بعض القصاص فلا عود إليه، والثاني: نعم، لأن القصاص لم يكن ممكناً، وإنما أخذ الأرش لتعذره لا لإسقاطه.

فرع: لو قطع صاحب اليدين الباطشتين يد معتدل لم تقطع يده للزيادة، وللمجني عليه أن يقطع إحداهما، ويأخذ نصف دية اليد ناقصاً بشيء، فلو بادر وقطعهما، عزر، وأخذت منه حكومة للزيادة، وإن كانت إحدى يدي القاطع زائدة، وأمكن أفراد الأصلية بالقطع، قطعت ولم يلزم شيء آخر، وإن علم أن إحداهما زائدة ولم تعلم عينها، لم تقطع واحدة منهما.

فرع: كانت إحدى يمينيه باطشة دون الأخرى، فقطعت الباطشة، فاستوفى ديتهما، فصارت الأخرى باطشة، أو كانت ناقصة البطش، فقوي، فقد تبينا أن الثانية

أصلية حتى لو قطعها قاطع لزمه القصاص، أو كمال الدية، وهل يسترد القاطع أولاً الأرش ويُرد إلى مقدار الحكومة؟ وجهان: أصحابهما: لا، فلا يغير ما مضى، وهذه نعمة من الله تعالى، ولو كانتا باطشتين على السواء، فغرمنا قاطع إحداهما نصف دية اليد وزيادة حكومة، فازدادت قوة الباقية، واشتد بطشها، فهل يسترد من أرش الأولى ما يرده إلى قدر الحكومة؟ فيه الوجهان، وإن ضعفت الثانية لما قطعت الأولى، وبطل بطشها، عرفنا أن الأصلية هي المقطوعة، فعلى قاطعها القصاص أو كمال الدية، قال ابن كج: ويحتمل أن لا قصاص.

العضو العاشر: الرجلان، ففيهما كمال الدية، وفي إحداهما نصفها، ورجل الأعرج كرجل الصحيح، لأنه لا خلل في العضو، ولو قطع رجلاً تعطل مشيها بكسر الفجار، فوجهان: أحدهما: الواجب الحكومة، كاليد الشلاء، وأصحابهما: الدية، لأن الرجل صحيحة، والخلل في غيرها، وتكمل دية الرجلين بالتقاط أصابعهما، والقدم كال كف، والساق كالساعد، والفخذ كالعضد، وأنامل أصابع الرجل كأنامل أصابع اليد، وقدمان على ساق، وساقان على ركبة ككفين على معصم، وساعدين على عضد، وقد سبق بيان الجميع، وكذا يقاس بما تقدم حكم الرجل الشلاء، وحصول الشلل بالجناية عليها.

العضو الحادي عشر: حَلَمَتَا المرأة، وفيهما كمال ديتها، وفي إحداهما نصفها، والحَلَمَة: المجتمع نابتاً على رأس الثدي، قال الإمام: ولون الحلمة يخالف لون الثدي غالباً، وحواليها دارة على لونها، وهي من الثدي لا من الحلمة، ولو قطع الثدي مع الحلمة، لم يجب إلا الدية، وتدخل فيها حكومة الثدي، وفيه وجه قدمناه، وعن الماسرجسي نقله قولاً، ولو قطع مع الثدي جلدة الصدر، وجبت حكومة الجلدة مع الدية قطعاً، وإن وصلت الجراحة إلى الباطن، وجب مع دية الحلمة أرش الجائفة، وهل يجب في قطع حلمة الرجل دية أم حكومة؟ قولان، أظهرهما: حكومة، وقيل: حكومة قطعاً، ولو قطع مع حلمة الرجل الشندوة، أفردت الشندوة بحكومة على المذهب، وقيل: إذا أوجبنا في حلمته دية، دخلت فيها حكومة الشندوة، والشندوة: لحمة تحت الحلمة إذا لم يكن الرجل مهزولاً.

فرع: تقطع حلمة المرأة بحلمة المرأة، وفي «التتمة» وجه أنه إذا لم يتدل الثدي، فلا قصاص، لاتصالها بلحم الصدر، وتعدر التمييز، والصحيح الأول، قال البغوي: ولا قصاص في الثدي، لأنه لا يمكن المماثلة، وللمجني عليها أن تقتص في الحلمة، وتأخذ حكومة الثدي، ولك أن تقول: المماثلة ممكنة، فإن الثدي هذا الشاخص، وهو أقرب إلى الضبط من الشفتين والأليتين ونحوهما، وتقطع حلمة

الرجل بحلمة الرجل إن أوجبنا فيها الحكومة أو الدية، وتقطع حلمة الرجل بحلمة المرأة وبالعكس، إن أوجبنا في حلمة الرجل الدية، فإن أوجبنا الحكومة، لم تقطع حلمتها بحلمته وإن رضيت، كما لا تقطع صحيحة بشلاء، وتقطع حلمته بحلمتها إن رضيت، كما تقطع الشلاء بالصحيحة إذا رضي المستحق.

فرع: هل يستدل بنهود الثدي وتدليها على أنوثة الخنثى؟ وجهان سبقا في الطهارة، قال أبو علي الطبري: نعم، والجمهور: لا، فإن قطعاً، فعلى قول الطبري: تجب دية امرأة، وعلى قول الجمهور، إن قلنا: في حلمة الرجل الدية، وجب هنا دية امرأة أخذاً باليقين، وإن قلنا: الحكومة، وجب هنا حكومة.

فرع: ضرب ثدي المرأة، فشل، فعليه الدية، ولو كانت ناهداً، فاسترسل ثديها، لم تجب إلا الحكومة، لأن الفأث مجرد الجمال، ولو استرسل بالضرب ثدي الخنثى ولم يجعل الثدي أمارة الأنوثة، فلا حكومة في الحال، لجواز كونه رجلاً، فلا يلحقه نقص بالاسترسال، ولا يفوت جماله، فإن بانت امرأة، وجبت الحكومة.

العضو الثاني عشر: الذكر، وفيه كمال الدية، سواء ذكر الشيخ والشاب والصغير والعنين والخصي وغيرهم، وفي الأشل حكومة، ولو ضرب ذكراً فشل، فعليه كمال الدية، ولو خرج عن أن يمكن به الجماع من غير شلل ولا تعذر انقباض وانسباط، فعليه الحكومة، لأن العضو ومنفعته باقيان، والخلل في غيرهما، فلو قطعه قاطع بعد ذلك، فعليه القصاص أو الدية، هكذا ذكره ابن الصباغ والبغوي وغيرهما، وفيه نظر، وتكمل الدية بقطع الحشفة وفي بعض الحشفة قسطه من الدية، وهل يكون التقسيط على الحشفة فقط أم على جملة الذكر؟ فيه خلاف سبق في فصل الأسنان، والمذهب أولهما، قال المتولي: هذا إذا لم يختل مجرى البول، بأن قطع بعض الذكر طولاً، فإن اختل، فعليه أكثر الأمرين من قسطه من الدية، وحكومة فساد المجرى قال: ولو قطع جزءاً من الذكر مما تحت الحشفة، فإن انتهت الجراحة إلى مجرى البول، فقد سبق خلاف في كونها جائفة، وإن لم ينته، فإن قلنا: في قطع بعض الحشفة يقسط على الحشفة فقط، فعليه هنا حكومة، وإن قسطنا على الذكر، فعليه قسط المقطوع من الدية، وإن لم يبين شيئاً من الذكر، لكن شقه طولاً، وزالت منفعته بذلك، وجبت الدية كالشلل، وتجب في بقية الذكر وحدها الحكومة، وإذا استأصل الذكر، وجبت الدية بلا حكومة على المذهب، وقيل: تجب مع الدية حكومة.

العضو الثالث عشر: الأنثيان، وفيهما كمال الدية، وفي إحداها نصفها.

العضو الرابع عشر: الأليان، وفيهما كمال الدية، وفي إحداها نصفها، والألية الناتئ المشرف على استواء الظهر والفخذ، ولا يشترط في وجوب الدية قرع

العظم، واتصال الحديدية إليه، ولو قطع بعض إحداهما، وجب قسط المقطوع إن عرف قدره وضبطه، وإلا فالحكومة، وسواء في هذا العضو الرجل والمرأة، ولا نظر إلى اختلاف القدر الناتئ، واختلاف الناس فيه كاختلافهم في سائر الأعضاء. ولو قطع ألبته، فنبتت، والتحم الموضع، قال البغوي: لا تسقط الدية على المذهب.

الخامس عشر: الشفران للمرأة: هما اللحمان المشرفان على المنفذ، وفيهما كمال الدية، وفي إحداهما نصفها، سواء فيه السمينة والمهزولة، والبكر والثيب، والرتقاء والقرناء، إذ لا خلل في نفس شفرهما، وسواء المختونة وغيرها، ولو ضرب شفرها فشلاً، وجب كمال الدية، ولو قطع مع الشفرين الركب بفتح الراء والكاف وهو عانة المرأة، وجب حكومة مع الدية، وكذا لو قطع شيئاً من عانة الرجل مع الذكر، ولو قطع شفري بكر، وأزال بالجناية بكارتها، وجب مع دية الشفرين أرش البكارة، ولو قطع شفرها، فجرح موضعهما آخر بقطع لحم وغيره، لزم الثاني حكومة.

السادس عشر: الجلد، فإذا سلخ جلده، وجب كمال الدية، قال الأئمة: وسلخ جميعه قاتل، لكن قد يفرض حياة مستقرة بعد، فتظهر فائدة إيجاب الدية فيه لو حز غيره رقبته، وحكى الإمام عن الشيخ أبي علي أنه لو قطعت يداه بعد سلخ الجلد، توزع مساحة الجلد على جميع البدن، فما يخص اليدين يحط من دية اليدين ويجب الباقي، وعلى هذا القياس لو قطع يد رجل، ثم جاء آخر، فسلخ جلده، لزم السالخ دية الجلد إلا قسط اليدين.

فصل: الترقوة: هي العظم المتصل بين المنكب وتغرة النحر، ولكل شخص ترقوتان، فالمشهور من نصوص الشافعي رحمه الله في «الأم» وغيره أن في الترقوتين حكومة، ونص في «اختلاف الحديث» وغيره أن فيه جملاً، فقيل: قولان، القديم جمل، والجديد حكومة، وقطع الجمهور بالحكومة وهو المذهب، كالضلع وسائر العظام.

القسم الثالث: إزالة المنافع وهي ثلاثة عشر شيئاً:

الأول: العقل، فتجب بإزالته كمال الدية، ولا يجب فيه قصاص لعدم الإمكان، ولو نقص عقله ولم تستقم أحواله، نظر، إن أمكن الضبط، وجب قسط الزائل، والضبط قد يتأتى بالزمان بأن يجن يوماً، ويفيق يوماً، فتجب نصف الدية، أو يوماً ويفيق يومين، فيجب الثلث، وقد يتأتى بغير الزمان، بأن يقابل صواب قوله، ومنظوم فعله بالخطأ المطروح منهما، وتعرف النسبة بينهما، فيجب قسط الزائل، وإن لم يمكن الضبط، بأن كان يفزع أحياناً مما يفزع، أو يستوحش إذا خلا، وجبت

حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده، وذكر المتولي أن الدية إنما تجب عند تحقق الزوال بأن يقول أهل الخبرة: لا يزول العارض الحادث، أما إذا توقعوا زواله، فيتوقف في الدية، فإن مات قبل الاستقامة، ففي الدية وجهان: كما لو قلع سن مشغور، فمات قبل عودها.

فرع: ينظر في الجناية التي ذهب بها العقل، فإن لم يكن لها أرش، بأن ضرب رأسه، أو لطمه، فذهب عقله، وجبت دية العقل، وإن كان لها أرش مقدر، كالموضحة واليد والرجل أو غير مقدر كالجراحة الموجبة للحكومة، فقولان: القديم: أنه يدخل الأقل في الأكثر، فإن كانت دية العقل أكثر بأن أوضحه فزال عقله، دخل فيها أرش الموضحة، وإن كان أرش الجناية أكثر، بأن قطع يديه ورجليه، أو يديه مع بعض الذراع فزال عقله، دخل فيه دية العقل، والجديد الأظهر: لا تدخل، بل يجب دية العقل وأرش الجناية، فعلى هذا لو قطع يديه ورجليه فزال عقله، وجب ثلاث ديات، وعلى القديم تجب ديتان، وقيل: إن كان أرش الجناية بقدر الدية أو أكثر، وجب دية العقل معها قطعاً، وإلا فعلى القولين، وقيل: إن لم يكن أرش الجناية مقدراً، لم يدخل في دية العقل قطعاً.

فرع: أنكر الجاني زوال العقل ونسبه إلى التجانن، راقبناه في الخلوات والغفلات، فإن لم تنتظم أفعاله وأقواله، أوجبنا الدية ولا نحلفه، لأنه يتجانن في الجواب، ولأن يمينه تثبت جنونه، والمجنون لا يحلف، وإن وجدناها منظومة، صدق الجاني بيمينه، وإنما حلفناه، لاحتمال صدورها منه اتفاقاً وجرياً على العادة.

الثاني: السمع، وفي إبطاله كمال الدية، ولو أبطله من إحدى الأذنين، وجب نصف الدية على الصحيح وبه قطع الجمهور، وقيل: يجب بقسط ما نقص من السمع من الدية، ولو قطع الأذن، وبطل السمع، وجب ديتان، لأن السمع ليس في الأذن، ولو جنى عليه، فصار لا يسمع في الحال، لكن قال أهل الخبرة: يتوقع عوده، نظر، إن قدروا مدة، انتظرناها، فإن لم يعد، أخذت الدية، واستثنى الإمام ما إذا قدروا مدة يغلب على الظن انقراض العمر قبل فراغها، وقال: الوجه أن تؤخذ الدية ولا ينتظر هذه المدة، وإن لم يقدرها مدة: أخذت الدية في الحال، فإن عاد، ردت، لأنه بان أنه لم يزل، وإن قال أهل الخبرة: لطيفة السمع باقية في مقرها، ولكن ارتتق داخل الأذن بالجناية وامتنع نفوذ الصوت، ولم يتوقعوا زوال الارتقاق، فالواجب الحكومة على الأصح، وقيل: الدية، ويجري الوجهان فيما لو أذهب سمع صبي فتعطل لذلك نطقه، فإن الطفل يتدرج إلى النطق تلقياً مما يسمع أنه هل تجب دية للنطق مضمومة إلى دية السمع؟

فرع: أنكر الجاني زوال السمع، امتحن المجني عليه، بأن يصاح به في نومه وحال غفلته صياحاً منكراً، وبأن يتأمل حاله عند صوت الرعد الشديد، فإن ظهر منه انزعاج واضطراب، علمنا كذبه، ومع ذلك يحلف الجاني لاحتمال أن الانزعاج بسبب آخر اتفاقي، وإن لم يظهر عليه أثر، علمنا صدقه ومع ذلك يحلف لاحتمال أنه يتجلد، وإن ادعى ذهاب سمع إحدى الأذنين، حشيت السليمة وامتحن في الأخرى على ما ذكرناه.

فرع: نقص سمعه من الأذنين، نظر، إن عرف قدر ما نقص، بأن علم أنه كان يسمع من موضع فصار يسمع من دونه، ضبط ما نقص، ووجب قسطه من الدية، وإن لم يعلم ولكن نقص سمعه، وثقلت أذنه، قال الأكثرون: تجب فيه حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده، وذكر الإمام وغيره، أنه يقدر بالاعتبار بسليم السمع في مثل سنه وصحته، بأن يجلس بجانب المجني عليه، ويؤمر من يرفع صوته، ويناديهما من مسافة بعيدة لا يسمعه واحد منهما، ثم يقرب المنادي شيئاً فشيئاً إلى أن يقول السليم: سمعت، فيعرف الموضع، ثم يديم المنادي ذلك الحد من رفع الصوت ويقرب إلى أن يقول المجني عليه: سمعت، فيضبط ما بينهما من التفاوت، وإن نقص سمعه من إحدى الأذنين، صممت العليلة، وضبط منتهى سماع الصحيحة، ثم تصمم الصحيحة، ويضبط منتهى سماع العليلة، ويجب من الدية بقسط التفاوت، وإن كذبه الجاني في دعوى انتقاص السمع، فالمصدق المجني عليه يمينه، سواء ادعى نقصه من الأذنين أو إحداهما، لأنه لا يعرف إلا من جهته.

الثالث: البصر. ففي إذهابه من العينين كمال الدية، ومن إحداها نصفها، سواء ضعيف البصر بالعمش وغيره، والأحول والأخفش وغيرهم، ولو فقاً عينيه، لم تجب إلا دية، كقطع يديه بخلاف ما لو قطع أذنيه، وذهب سمعه، لما سبق أنه ليس السمع في الأذنين، ولو قال عدلان: إن البصر يعود، فرق بين أن يقدروا مدة، أو لا يقدروا، ويكون حكمه ما سبق في الأذنين، ولو مات المجني عليه قبل مضي تلك المدة، فلا قصاص للشبهة، وفي الدية طريقتان، أحدهما: على الوجهين فيمن قلع سن غير مثغور، ومات قبل أوان النبات، والمذهب القطع بوجوبها، لأن الظاهر في السن العود لو عاش بخلاف البصر، ولو قال الجاني: مات بعد عود السمع أو البصر، وقال الوارث: قبله، صدق الوارث.

فرع: ادعى المجني عليه زوال البصر، وأنكر الجاني، فوجهان: أحدهما وهو نصه في «الأم»: يراجع أهل الخبرة، فإنهم إذا وقفوا الشخص في مقابلة عين الشمس، ونظروا في عينيه، عرفوا أن الضوء ذاهب أم موجود، بخلاف السمع لا

يراجعون فيه إذ لا طريق لهم إليه، والثاني: يمتحن بتقريب حية، أو عقرب منه، أو حديدة من حدقته مغافصة^(١)، فإن انزعج، فالقول قول الجاني بيمينه، وإلا فقول المجني عليه بيمينه، قال المتولي: الأمر إلى خبرة الحاكم، إن أراد مراجعتهم، فعل، وإن أراد امتحانه فعل، وإذا روجع أهل الخبرة، فشهدوا بذهاب البصر، فلا حاجة إلى التحليف، وتؤخذ الدية بخلاف الامتحان، فإنه لا بد من التحليف بعده، ولا يقبل في ذهاب البصر إن كانت الجناية عمداً إلا شهادة رجلين، وإن كانت خطأ، قبل رجل وامرأتان، وإذا ادعى ذهاب بصر إحدى العينين، روجع أهل الخبرة، أو امتحن كما ذكرنا في العينين.

فرع: إذا نقص ضوء العينين ولم يذهب، فإن عرف قدره، بأن كان يرى الشخص من مسافة، فصار لا يراه إلا من بعضها، وجب من الدية قسط الذاهب، وإن لم يعرف، فعلى الخلاف في السمع، قال الأكثرون: تجب حكومة يقدرها الحاكم باجتهاده، ولا يعتبر تغييره لاختلاف الناس في الإدراك. عن الماسرجسي قال: رأيت صياداً يرى الصيد على فرسخين. وإن نقص ضوء إحدى العينين، عصبت العلية، وأطلقت الصحيحة، ووقف شخص في موضع يراه، ويؤمر أن يتباعد حتى يقول: لا أراه، فتعرف المسافة، ثم تعصب الصحيحة وتطلق العلية، ويؤمر الشخص بأن يقرب راجعاً إلى أن يراه، فيضبط ما بين المسافتين، ويجب قسطه من الدية، ثم إنه متهم في هذا الضبط بالزيادة في الصحيحة، وبالنقص في العلية، فلا يؤمن كذبه، فيمتحن في قوله أبصر في الصحيحة، بأن تغير ثياب الشخص الذي يبعد ويقرب، ويسأل عنها، فينظر، أيصيب أم لا، وأما في العلية فقليل: يحلف أنه لا يبصر فوق ذلك، وقال الأكثرون: يمتحن بأن تضبط تلك الغاية ويؤمر الشخص بأن ينتقل إلى سائر الجهات والمجني عليه بأن يدور، فإن توافقت الغاية من الجهات صدقناه، وإلا كذبناه، ويجري مثل هذا الامتحان في نقصان سمع إحدى الأذنين، فيمتحن في قوله: أسمع بالصحيحة، بأن يغير المنادي نداءه وكلامه، وينظر، هل يقف عليه المجني عليه، وفي قوله: لا أسمع بالعليلة، بأن ينتقل المنادي إلى سائر الجهات، وإذا عرف تفاوت مسافتي الإبصار، فالواجب القسط، فإن أبصر بالصحيحة من مائتي ذراع، وبالعليلة من مئة ذراع، فموجبه التنصيف، لكن لو قال أهل الخبرة: إن المائة الثانية تحتاج إلى مثلي ما تحتاج إليه المائة الأولى لقرب الأولى وبعد الثانية، وجب ثلثا دية العلية، قال الشافعي رحمه الله: وما أرى ذلك يضبط.

(١) أي مفاجأة.

فرع: الأعشى الذي يبصر بالنهار دون الليل فيه كمال الدية، وفي «التهذيب» أنه لو جني عليه، فصار أعشى، لزمه نصف الدية، ولو عشى إحدى عينيه بالجناية، لزمه ربع الدية، ومقتضى هذا إيجاب نصف الدية إذا جنى على الأعشى، فأذهب بصره، وكذا من يبصر بالليل دون النهار.

فرع: شخصت عينه بجناية، أو صار أعمش أو أحول، وجبت حكومة.

فرع: ذهب ضوء عينه بجناية، وقلع آخر الحذقة، فقال: قلعت قبل عود الضوء، وقال الأول: بل بعده، صدق الثاني، فلو صدق المجني عليه الأول، برىء الأول، ويحلف الثاني وعليه حكومة.

الرابع: الشم، وفي إزالته بالجناية على الرأس وغيره كمال الدية على الصحيح المشهور، وحكي وجه وقول أن واجبه الحكومة، وهو ضعيف، فلو أذهب شم أحد المنخرين، فنصف الدية، ولو سد المنفذ فلم يدرك الروائح، وقال أهل الخبرة: القوة باقية: فليكن كما سبق في السمع، وإذا أنكر الجاني ذهاب الشم، امتحن المجني عليه بتقريب ماله رائحة حادة منه، طيبة وخبيثة، فإن هش للطيبة وعبس للمتن، صدق الجاني بيمينه، وإن لم يظهر عليه أثر، صدق المجني عليه بيمينه، وإن نقص الشم، نظر، إن علم قدر الذاهب، وجب قسطه من الدية، وإن لم يعلم، وجبت حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد، ولم يذكروا هنا الامتحان بمن هو في مثل شمه، ولا يبعد طرده هنا، وإن نقص شم أحد المنخرين، فيمكن أن يعتبر بالجانب الآخر، ولم يذكروه، ولعلمهم اكتفوا بالمذكور في السمع والبصر، وإذا ادعى النقص وأنكر الجاني، صدق المجني عليه بيمينه، لأنه لا يعرف إلا منه. قال الإمام: وينبغي أن يعين المجني عليه قدرًا يطالب به، وإلا فهو مدع مجهولاً، وطريقه في نفسه أن يطلب الأقل المتيقن، ولو أخذ دية الشم وعاد، وجب ردها، ولو وضع يده على أنفه عند رائحة منكرة، فقال الجاني: فعلت ذلك لعود شمك، وأنكر المجني عليه، صدق المجني عليه بيمينه، لأنه قد يفعله اتفاقاً، ولا متخاط، وبفكر ورعاف وغيرها.

الخامس: النطق، فإذا جنى على لسانه فأبطل كلامه، وجب كمال الدية، وإنما تؤخذ الدية إذا قال أهل الخبرة: لا يعود نطقه، فإن أخذت فعاد، استردت، ولو ادعى ذهاب النطق، وأنكر الجاني، قال المتولي: يفزع في أوقات الخلوة، وينظر، هل يصدر منه ما يعرف به كذبه، فإن لم يظهر شيء، حلف كما يحلف الأخرس، ووجبت الدية، ولو بطل بالجناية بعض الحروف، وزعت الدية عليها، سواء ما خف منها على اللسان وما ثقل، والحروف مختلفة في اللغات، فكل من تكلم بلغة، فالنظر عند التوزيع إلى حروف تلك اللغة، فلو تكلم بلغتين، فبطل بالجناية حروف من هذه

وحروف من تلك، فهل توزع على أكثرهما حروفاً أم على أقلهما؟ وجهان. ثم في الحروف الموزع عليها وجهان: أصحهما: وبه قال الأكثرون، وهو ظاهر النص: أن التوزيع يكون على جميعها، وهي ثمانية وعشرون حرفاً في اللغة العربية، فإن ذهب نصفها، وجب نصف الدية، وإن ذهب حرف فأكثر، وجب لكل حرف سبع ربع الدية، والثاني قاله الإصطخري: لا يدخل في التوزيع الحروف الشفهية، وهي الباء والفاء والميم والواو، ولا الحلقية وهي الهاء والهمزة، والعين والحاء، والغين والحاء، وإنما التوزيع على الحروف الخارجة من اللسان وهي ما عدا المذكورات، هذا إذا ذهب بعض الحروف، وبقي في البقية كلام مفهوم، فأما إذا لم يبق في البقية كلام مفهوم، فوجهان: أحدهما: يجب كمال الدية، قاله أبو إسحاق والقفال، وجزم به البغوي، وذكر الروياني أنه المذهب، والثاني: لا يلزمه إلا قسط الحروف الفائتة، قال المتولي: وهو المشهور، ونصه في «الأم»: ولو ضرب شفتيه، فأذهب الحروف الشفهية، أو رقبته، فأذهب الحروف الحلقية، قال المتولي: إن قلنا بقول الإصطخري، وجبت الحكومة فقط، وإن قلنا بقول الأكثرين، وجب قسط الذاهب من جميع الحروف، وذكر ابن كج أنه لو قطع شفتيه، فأذهب الباء والميم، فقال الإصطخري: يجب مع دية الشفتين أرش الحرفين، وقال ابن الوكيل: لا يجب غير الدية، كما لو قطع لسانه فذهب كلامه، لا يجب إلا الدية.

فرع: جنى على لسانه فصار يبدل حرفاً بحرف، وجب قسط الحرف الذي أبطله، ولو ثقل لسانه بالجنائية، أو حدث في كلامه عجلة، أو تمتمة، أو فأفأة، أو كان ألثغ، فزادت لثغته، فالواجب الحكومة لبقاء المنفعة.

فرع: من لا يحسن بعض الحروف كالأرت والألثغ الذي لا يتكلم إلا بعشرين حرفاً مثلاً، إذا أذهب كلامه وجهان: أصحهما: يجب كمال الدية، فعلى هذا لو أذهب بعض الحروف، وزع على ما يحسنه، لا على الجميع، والثاني: لا يجب إلا قسطها من جميع الحروف، وفي بعضها بقسطه من الجميع، فعلى هذا لو كان يقدر على التعبير عن جميع مقاصده لفطنته واستمداده من اللغة، لم تكمل الدية أيضاً على الأصح، لأن قدرته لحذقه لا بالكلام، هذا إذا كان نقص حروفه خلقة، أو حدث بأفة سماوية، فلو حدث بجنائية، فالمذهب أنه لا تكمل الدية، لثلا يتضاعف الغرم في القدر الذي أبطله الجاني الأول.

فرع: في الجنائية على محل ناقص المنفعة أو الجرم، أما المنافع التي لا تتقدر تقدر النطق بالحروف كالبطش والبصر، فإن كان النقص فيها بأفة، فلا اعتبار به، ويجب على من أبطلها الدية الكاملة، وكذا من قطع العضو الذي هو محل تلك المنفعة، لأنه

لا ينضبظ ضعفها وقوتها، وإن كان النقص بجناية، فأوجه: أصحابها: لا تكمل الدية بل يحط منها قدر الحكومة التي غرمها الأول عن مبطل المنفعة وقاطع العضو جميعاً حذاراً من تضعف الغرامة، والثاني: يجب كمال الدية، والثالث: لا يحط عن قاطع الجرم، ويحط عن مبطل المنفعة الناقصة لتجانس جنايته وجناية الأول، وأما الإجماع، فإن كان لما نقص أرش مقدر لزم الثاني دية يحط منها أرش ما نقص، سواء حصل النقص بأفة أم بجناية، فلو سقطت أصبعه، أو أنملته بأفة، ثم قطعت يده، حط من دية اليد أرش الأصبع أو الأنملة، ولو جرح رأسه متلاحمة، فجعلها آخر موضحة، لزم الثاني أرش موضحة يحط منه واجب المتلاحمة، سواء قدرنا واجبها، أم أوجبنا فيها الحكومة، ولو التأممت المتلاحمة، واكتسى موضعها بالجلد لكن بقي غائراً، فأوضح فيه آخر، فالصحيح أن حكم ذلك الجرح قد سقط، وعلى من أوضح أرش كامل، أما إذا لم يكن لما نقص أرش مقدر، كفلقه تنفصل من لحم الأنملة، فإن لم تؤثر في المنفعة، لم تنقص به الدية، وإن وجب فيه حكومة للشين، وسواء حصل ذلك بأفة أم بجناية وإن أثر في المنفعة، فإن حصل بأفة لم تنقص الدية، وإن حصل بجناية، ففيه احتمالان للإمام، أقربهما: يحط عن الثاني قدر حكومة الأول.

فصل: نزل العلماء النطق في اللسان منزلة البطش في اليد والرجل، فقالوا: إذا استأصل لسانه بالقطع وأبطل كلامه، لم يلزمه إلا دية واحدة، ولو قطع عذبة اللسان، وبطل الكلام، فكذلك، كما لو قطع أصبعاً من اليد فشلت، ولو قطع بعض اللسان، فذهب بعض الكلام، نظر، إن تساوت نسبة جرم اللسان والكلام، بأن قطع نصف لسانه، فذهب نصف كلامه، وجب نصف الدية، وإن اختلفت بأن قطع الربع فذهب نصف الكلام أو عكسه، وجب نصف الدية قطعاً، واختلفوا في علته، فقال الجمهور: اللسان مضمون بالدية ومنفعته أيضاً كذلك، فوجب أكثرهما، وقال أبو إسحاق: الاعتبار بالجرم، لأنه الأصل وفيه تقع الجناية، قال: وإنما وجب نصف الدية في قطع رבעه إذا ذهب نصف الكلام، لأنه قطع ربعاً، وأشل ربعاً، وتظهر فائدة الخلاف في صور، إحداها: قطع نصفه، فذهب ربع الكلام، واستأصل آخر الباقي، فعلى قول الأكثرين يلزم الثاني ثلاثة أرباع الدية، وعلى قول أبي إسحاق نصفها، الثانية: قطع رבעه، فذهب نصف الكلام، واستأصله آخر، فعند الأكثرين يلزم الثاني ثلاثة أرباع الدية، وعند أبي إسحاق نصف الدية وحكومة، لأنه قطع نصفاً صحيحاً وربعاً أشل، الثالثة: ذهب نصف الكلام بجناية على اللسان من غير قطع منه، ثم قطعه آخر، فيلزم الثاني عند الأكثرين دية كاملة، وعنده نصفها وحكومة، لأن نصف اللسان صحيح ونصفه أشل لذهاب نصف الكلام.

فرع: رجلان قطع من أحدهما نصف لسانه وذهب ربع كلامه، ومن الآخر نصف لسانه وذهب نصف كلامه، فقطع الأول النصف الباقي من الثاني، لا يقتص منه، وإن أجرينا القصاص في بعض اللسان لنقص المجني عليه.

فرع: قطع نصف لسانه، فذهب نصف كلامه، فاقتص من الجاني، فلم يذهب إلا ربع كلامه، فللمجني عليه ربع الدية ليتم حقه، وإن ذهب من المقتص منه ثلاثة أرباع كلامه، فلا شيء على المجني عليه، لأن سراية القود مهدرة.

فرع: عود الكلام بعد أخذ الدية، كعود السمع.

فرع: من لا يتكلم بحرف إذا ضرب لسانه فنطق بذلك الحرف وفات حرف آخر، يجب قسط الفأث ولا ينجر، وهل يوزع على الحروف وفيها الحرف المستفاد أم عليها قبل الجناية؟ قال الإمام: هذا موضع نظر، ولك أن تقول: ليبن على الخلاف فيمن يحسن بعض الحروف وله كلام مفهوم إذا أبطل بالجناية بعض ما يحسنه، هل التوزيع على ما يحسنه أم على الجميع؟ فإن قلنا بالثاني، دخل المستفاد، وإلا فلا.

فرع: في لسانه عجلة واضطراب، فضرب فاستقام، فلا شيء على الضارب.

فرع: قطع بعض لسانه، ولم يبطل به شيء من كلامه، هل تجب الحكومة أم قسط المقطوع من الدية؟ وجهان: أحدهما: الحكومة، إذ لو وجب القسط للزم إيجاب الدية الكاملة في لسان الأخرس.

السادس: الصوت، فإذا جنى على شخص، فأبطل صوته، وبقي اللسان على اعتداله، ويمكنه من التقطيع والترديد، لزمه لإبطال الصوت كمال الدية، فإن أبطل معه حركة اللسان حتى عجز عن التقطيع والترديد، فوجهان: أرجحهما: يجب ديتان، لأنهما منفعتان في كل واحدة إذا أفردت كمال الدية، والثاني: يجب دية فقط، فإن قلنا: ديتان، وكانت حركة اللسان باقية فقد تعطل النطق بسبب فوات الصوت، فيجيء الخلاف السابق في أن تعطل المنفعة هل هو كزوالها؟ فإن قلنا: نعم، وجب ديتان، وإلا فدية.

السابع: الذوق، وفي إبطاله كمال الدية، وقد يبطل بجناية على اللسان أو الرقبة أو غيرهما، والمدرك بالذوق خمسة أشياء: الحلاوة والحموضة والمرارة والملوحة والعذوبة، والدية تتوزع عليها، فإذا أبطل إدراك واحد، وجب خمس الدية، ولو نقص الإحساس فلم يدرك الطعوم على كمالها، فالواجب الحكومة، وإذا اختلفا في ذهاب الذوق، جرب بالأشياء المرة أو الحامضة الحادة، فإن ظهر منه تعبس وكراهة، صدقنا الجاني بيمينه، وإلا فالمجني عليه، ولو ضربه ضربة زال بها ذوقه ونطقه، وجب ديتان.

الثامن: المضغ، وفي إبطاله كمال الدية، ولإبطاله طريقان، أحدهما: أن يصلب مغرس اللحيين حتى تمتنع حركتهما مجيئاً وذهاباً، والثاني: أن يجني على الأسنان، فيصبيهما خدر، وتبطل صلاحيتهما للمضغ.

التاسع والعاشر والحادي عشر: الإماء والإحبال والجماع، فإذا كسر صلبه، فأبطل قوة إماءته، وجب كمال الدية، ولو قطع انثيه، فذهب ماؤه، لزمه ديتان، وكذا لو أبطل من المرأة قوة الإحبال، لزمه ديتها، ولو جنى على ثديها، فانقطع لبنها، لزمه حكومة، فإن نقص، وجبت حكومة تليق به، وإن لم يكن لها لبن عند الجناية، ثم ولدت ولم يدر لها لبن، وامتنع به الإرضاع، وجبت حكومة إذا قال أهل الخبرة: إن الانقطاع بجنائته، أو جوزوا أن يكون هو سببها، ولالإمام احتمال أنه تجب الدية بإبطال الإرضاع، ولو جنى على صلبه، فذهب جماعه، وجبت الدية، لأن المجامعة من المنافع المقصودة، ولو ادعى ذهابه، فأنكر الجاني، صدق المجني عليه بيمينه، لأنه لا يعرف إلا منه، ثم إنهم صوروا ذهاب الجماع فيما إذا لم ينقطع ماؤه وبقي ذكره سليماً، وذكروا أنه لو كسر صلبه، وأشل ذكره، فعليه دية الذكر وحكومة لكسر الصلب، وإذا كان الذكر سليماً، كان الشخص قادراً على الجماع حساً، فأشعر ذلك بأنهم أرادوا بذهاب الجماع بطلان الالتذاذ به والرغبة فيه، ولذلك صور الإمام والغزالي المسألة في إبطال شهوة الجماع مع أن الإمام استبعد ذهاب الشهوة مع بقاء المنى.

فرع: لو جنى على عنقه، فلم يمكنه ابتلاع الطعام إلا بمشقة لالتواء العنق أو غيره، لزمه حكومة، فلو لم ينفذ الطعام والشراب أصلاً لانسداد المنفذ، فلا يعيش المجني عليه والحالة هذه ولم تزد طائفة من الأصحاب على أنه إن ساع الطعام والشراب، فحكومة، وإن مات، فالدية، ونقل الإمام والغزالي أن نفس الجناية المفضية إلى الانسداد توجب الدية حتى لو حز غيره رقبتة وفيه حياة مستقرة، لزم الأول دية، ولو مات بامتناع نفوذ الطعام والشراب، قال الإمام: إن قلنا: من قطع يدي رجل ورجليه ثم حز رقبتة، تلزمه دية فقط، فكذا هنا، وإن قلنا: هناك ديتان، فيحتمل هنا دية ويحتمل ديتان.

الثاني عشر: إفشاء المرأة، وفيه كمال دية، وهو رفع الحاجز بين مسلك الجماع والدبر على الأصح، وقيل: رفع الحاجز بين مسلك الجماع ومخرج البول، قال المتولي: الصحيح أن كل واحد منهما إفشاء موجب للدية، لأن الاستمتاع يختل بكل واحد منهما، ولأن كل واحد منهما يمنع إمساك الخارج من أحد السبيلين، فعلى هذا لو أزال الحاجزين، لزمه ديتان، وتختلف الدية الواجبة بالإفشاء خفة وغلظاً

باختلاف حال الإفضاء، فقد يكون عمداً محضاً، بأن تكون المرأة ضعيفة أو نحيفة، والغالب إفضاء وطؤها إلى الإفضاء، وقد يكون عمداً خطأ، بأن لا يتضمن وطؤها الإفضاء غالباً، وقد يكون خطأ محضاً، بأن يجد امرأة على فراشه، فيظنها امرأته التي عهداها، فيطؤها فيفضيها، هذا إذا حصل الإفضاء بالوطء، ولا فرق في الدية بينه وبين أن يحصل بأصبع أو خشبة أو شيء محدد، وإذا أفضاها، فصار بولها يسترسل ولا يستمسك، لزمه مع الدية حكومة الشين، وقيل: لا حكومة وهو ضعيف، وسواء في وجوب الدية بالإفضاء الحاصل بالوطء، الزوج والواطىء بشبهة والزاني، ويستقر المهر على الزوج بالوطء المتضمن للإفضاء، ويجب به مهر المثل على الواطىء بشبهة، وكذا على الزاني إن كانت مكرهة وعليه الحد.

فصل: لبكارة المرأة حالان:

أحدهما: أن يزيلها من لا يستحق افتضاها، فإن أزالها بغير آلة الجماع، كالأصبع والخشبة، لزمه أرش البكارة، والمراد الحكومة المأخوذة من تقدير الرق كما سيأتي في بيان الحكومة إن شاء الله تعالى، وهل يكون جنس الواجب من الإبل، أم من نقد البلد؟ وجهان: أحدهما: الإبل على قاعدة الجناية على الأحرار، ولو أزال بكراً بكرة أخرى، اقتضت منها، وإن أزالها بآلة الجماع، فإن طاعته المرأة فلا أرش كما لا مهر، وإن كانت مكرهة أو كان هناك شبهة نكاح فاسد أو غيره فوجهان: أحدهما: وهو المنصوص: أنه يجب مهر مثلها ثيباً وأرش البكارة، والثاني: يجب مهر مثلها بكراً، فإن أفردنا الأرش عاد الوجهان في أن جنسه الإبل أم النقد.

الحال الثاني: أن يزيلها مستحق الافتضا، وهو الزوج، فإن أزالها بآلة الجماع، فقد استوفى حقه، وإن أزالها بغيره، فوجهان: أحدهما: لا شيء عليه، لأنه حقه وإن أخطأ في طريقه، والثاني: يلزمه الأرش، ثم من افتض، وألزمناه أرش البكارة، فلو أفضاها مع الافتضا، ففي دخول أرش البكارة في دية الإفضاء وجهان: أحدهما: الدخول، لأن الدية والأرش تجبان للإتلاف، فدخل أقلهما في أكثرهما بخلاف المهر، فإنه يجب للاستمتاع، فلا يدخل في بدل الإتلاف، كما لو تحامل على الموطوءة، فكسر رجلها، لا يدخل المهر في دية الرجل.

فصل: إذا كانت الزوجة لا تحتمل الوطء إلا بالإفضاء، لم يجز للزوج وطؤها، ولا يلزمها تمكينه، ثم قال الغزالي: إن كان سببه ضيق المنفذ بحيث يخالف العادة، فللزوجة خيار الفسخ، كالرتق، وإن كان سببه كبر آلتها بحيث يخالف العادة، فلها الخيار، كما في الجب، والذي قاله الأصحاب: إنه لا فسخ بذلك مطلقاً بخلاف

الجب والرتق، فإنهما يمنعان الوطاء مطلقاً، ويشبه أن يفصل فيقال: إن كانت نحيفة لو وطئها الزوج لأفضاها، لكن لو وطئها نحيف احتملته، فلا فسح، وإن كان ضيق المنفذ بحيث يفضيها أي شخص وطئها، فهذا كالرتق، وينزل ما قاله الأصحاب على الأول، وما قاله الغزالي على الثاني.

فرع: إذا التأم الجرح بعد الإفضاء، سقطت الدية وعليه الحكومة إن بقي أثر، كما لو عاد ضوء العين، وفي وجه لا تسقط، كما لو التحمت الجائفة.

فرع: لو أفضى الخنثى المشكل، قال في «البيان»: إن قلنا: الإفضاء رفع الحاجز بين منفذ البول ومدخل الذكر، لم تجب الدية، وإن قلنا: رفع الحاجز بين القبل والدبر، فوجهان: ولو أزيلت البكارة من فرج المشكل وجبت حكومة جراحة، ولا تعتبر البكارة، لأننا لا نتحقق كونه فرجاً.

الثالث عشر: البطش والمشي، ففي كل واحد منهما كمال الدية، فإذا ضرب يديه فشلتا، لزمه الدية، ولو ضرب أصبعه فشلت، لزمه دية أصبع، ولو ضرب صلبه فبطل مشيه ورجله سليمة، وجبت الدية، ولا تؤخذ الدية حتى تندمل، فإن انجبر وعاد مشيه كما كان، فلا دية وتجب الحكومة إن بقي أثر، وكذا إن نقص مشيه، بأن احتاج إلى عصا، أو صار يمشي محدودباً، ولو كسر صلبه، وشلت رجله، قال المتولي: يلزمه دية لفوات المشي، وحكومة لكسر الظهر، بخلاف ما إذا كانت الرجل سليمة لا يجب مع الدية حكومة، لأن المشي منفعة في الرجل، فإذا شلت الرجل ففوات المنفعة لشلل الرجل، فأفرد كسر الصلب بحكومة، أما إذا كانت سليمة، ففوات المشي لخلل الصلب، فلا يفرد بحكومة، ويوافق هذا ما ذكره ابن الصباغ، أنه لو كسر صلبه فشل ذكره، تجب حكومة الكسر ودية الشلل الذكر، وفي هذا تصريح بأن مجرد الكسر لا يوجب الدية، وإنما تجب الدية إذا فات به المشي، أو الماء أو الجماع كما سبق، وإذا ادعى ذهاب المشي، فكذبه الجاني، امتحن، بأن يقصد بالسيف في غفلته، فإن تحرك ومشى، علمنا كذبه، وإلا فيحلف ويأخذ الدية، ولو أذهب كسر الصلب مشيه ومنيه، أو مشيه وجماعه، وجبت ديتان على الأصح، وقيل: دية.

فصل: قد ذكرنا الديات في الجروح والأعضاء والمنافع مفصلة، فيجوز أن تجتمع في شخص ديات كثيرة، بأن تزال منه أعضاء ومنافع، ولا يسري إلى النفس، بل تندمل، وهذا بيان الديات. الأذنان، أو إبطال إحساسهما، العينان أو البصر، الأنفان، المارن، الشفتان، اللسان أو النطق، الأسنان، اللحيان، اليدان، الرجلان، الذكر، الأنثيان أو الحلمتان والشفران، الأليان، العقل، السمع، الشم،

الصوت، الذوق، المضغ، الإمناء أو الإحبال، إبطال لذة الجماع، إبطال لذة الطعام، الإفضاء في المرأة، البطش، المشي، وقد يضاف إليها الموضح وسائر الشجات، والجوائف والحكومات، فيجتمع شيء كثير لا ينحصر، فإذا اندملت هذه الجراحات، وجب جميع هذه الديات، وإن سرت فمات منها، وجب دية واحدة بلا خلاف، ولو عاد الجاني، فحز رقبة المجروح. أو قده نصفين، فإن كان ذلك بعد الاندمال، وجبت دية الأطراف ودية النفس لاستقرار دية الأطراف بالاندمال، وإن كان قبل الاندمال، فوجهان: الأصح المنصوص: أنه لا يجب إلا دية النفس، كالسرية، والثاني خرجه ابن سريج، وبه قال الإصطخري، واختاره الإمام: تجب ديات الأطراف مع دية النفس، هذا إذا اتفقت الجناية على النفس والأطراف في العمد أو الخطأ، فأما إذا كانت إحداهما عمداً، والأخرى خطأ، وقلنا بالتداخل عند الاتفاق، فهنا وجهان: أحدهما: التداخل أيضاً، وأصحهما: لا، لاختلافهما واختلاف من يجنيان عليه، فلو قطع يده خطأ، ثم حز رقبته قبل الاندمال عمداً، فللولي قتله قصاصاً وليس له قطع يده، فإن قتله قصاصاً، فإن قلنا بالتداخل، وجعلنا الحكم للنفس، فلا شيء له من الدية، وإن قلنا: لا تداخل، أخذ نصف الدية من العاقلة للبد، وإن عفا عن القصاص، فإن قلنا بالتداخل، فوجهان: أحدهما: يجب دية نصفها مخففة على العاقلة، ونصفها مغلظة على الجاني، وينسب هذا إلى النص، وأصحهما: وبه قطع البغوي: يجب دية مغلظة على الجاني، لأن معنى التداخل إسقاط بدل الطرف والاقتصار على بدل النفس لمصير الجناية نفساً، وإن قلنا: لا تداخل، وجب نصف دية مخففة على العاقلة، ودية مغلظة عليه، وإن قطع يده عمداً، ثم حز رقبته خطأ قبل الاندمال، فللولي قطع يده، وإذا قطعها إن قلنا بالتداخل، فله نصف الدية المخففة، لأنه أخذ بالقطع نصف بدل النفس، وإن قلنا: لا تداخل، فله كمال الدية المخففة، وإن عفا عن القطع، فإن قلنا بالتداخل، فعلى الوجهين، على النص يجب نصف دية مخففة، ونصف مغلظة للبد، وعلى الآخر دية مخففة للنفس، قال الإمام: ولو قطع يديه أو يديه ورجليه أو أصبعه عمداً، ثم حز رقبته قبل الاندمال خطأ أو بالعكس، وقلنا: تراعى صفة الجنائيتين على القول بالتداخل، تنصفت تخفيفاً وتغليظاً، ولا نظر إلى أقدار أروش الأطراف، لأن الحكم بالتداخل مبني على أن الحز بعد قطع الأطراف كسرارية الأطراف، فكان الحز مع الجراحات السابقة، كجراحات مؤثرة في الزهوق انقسمت عمداً وخطأ، وحينئذ تنصف الدية تخفيفاً وتغليظاً ولا نظر إلى أقدار الأروش.

الباب الثالث: في بيان الحكومات والجناية على الرقيق

فيه طرفان:

الطرف الأول: في الحكومة، وهي جزء من الدية نسبتبه إليها نسبة ما تقتضيه الجناية من قيمة المجني عليه على تقدير تقويمه رقيقاً، فيقوم المجني عليه بصفاته التي هو عليها لو كان عبداً، وينظر كم نقصت الجناية من قيمته، فإن قوم بعشرة دون الجناية، وبتسعة بعد الجناية، فالتفاوت العشر، فيجب عشر دية النفس، وقيل: عشر دية العضو الذي جني عليه، والصواب الأول وبه قطع الجمهور، وتكون الحكومة من جنس الإبل، ثم إن كانت الجناية على عضو له أرش مقدر، نظر، إن لم تبلغ الحكومة أرش ذلك العضو، وجبت بكمالها، وإن بلغت، نقص الحاكم شيئاً منه بالاجتهاد، قال الإمام: ولا يكفي حط أقل ما يتمول فحكومة الأنملة العليا بجرحها، أو قلع ظفرها ينقص عن أرش الأنملة، والجناية على الأصبع إذا أتت على طولها لا تبلغ حكومتها أرش الأصبع، وعلى الرأس لا تبلغ حكومتها أرش الموضحة، وعلى البطن لا تبلغ أرش الجائفة، وحكومة جرح الكف لا تبلغ دية الأصابع الخمس، وكذا حكومة قطع الكف التي لا أصبع عليها، وكذا حكم القدم، وهل يجوز أن تبلغ حكومة الكف دية أصبع؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن منفعتها دفعا واحتواء تزيد على منفعة أصبع، وكما أن دية اليد الشلاء لا تبلغ دية اليد، ويجوز أن تبلغ دية أصبع، وأن تزيد عليها، أما إذا كانت الجراحة على عضو ليس له أرش مقدر، كالظهر والكتف والفخذ، فيجوز أن تبلغ حكومتها دية عضو مقدر، كاليد والرجل، وأن تزداد عليه، وإنما تنقص عن دية النفس، وعد المتولي والبغوي من هذا القبيل الساعد والعضد، فيجوز أن تبلغ حكومة جرح أحدهما دية الأصابع الخمس، وأن يزداد عليها، وسوى الغزالي بينهما وبين الكف، والأول أصح، فإن الكف هي التي تتبع الأصابع دون الساعد والعضد.

فصل: إنما يقوم لمعرفة الحكومة بعد اندمال الجراحة، ونقصان القيمة حينئذ قد يكون لضعف ونقص في المنفعة، وقد يكون لنقص الجمال باعوجاج، أو أثر قبيح، أو شين من سواد وغيره، فلو اندملت الجراحة ولم يبق نقص في منفعة ولا في جمال ولم تنقص القيمة، فوجهان أحدهما وينسب إلى ابن سريج: لا شيء عليه سوى التعزير، كما لو لطمه، أو ضربه بمثقل، فزال الألم، ولم ينقص منفعة ولا جمال، وأصحهما: عند الأكثرين، وبه قال أبو إسحاق، وهو ظاهر النص: أنه لا بد من وجوب شيء، فعلى هذا وجهان: أحدهما: يقدر الحاكم شيئاً باجتهاده بأن ينظر إلى

خفة الجناية وفحشها في المنظر سعة أو غوصاً وقدر الآلام المتولدة، وأصحهما: أنه ينظر إلى ما قبل الاندمال من الأحوال التي تؤثر في نقص القيمة ويعتبر أقربها إلى الاندمال، فإن لم يظهر نقص إلا في حال سيلان الدم، ترقبنا واعتبرنا القيمة والجراحة السائلة، فإن فرضت الجراحة خفيفة لا تؤثر في تلك الحالة أيضاً، ففي «الوسيط» أنا نلحقها باللطم والضرب للضرورة، وفي «التتمة» أن الحاكم يوجب شيئاً بالاجتهاد، ولو قطع أصبعاً أو سنّاً زائدة أو أثلف لحية امرأة، وأفسد منبتها، ولم تنقص القيمة بذلك، وربما زادت لزوال الشين، فهل يجب شيء؟ فيه الوجهان في أصل المسألة، فإن أوجبنا، فهو الأصح، فقل: يجتهد الحاكم فيه، والأصح: أنه يعتبر في قطع الأصبع الزائدة أقرب أحوال النقص من الاندمال كما سبق، وفي السن يقوم وله سن زائدة نابتة فوق الأسنان ولا أصلية خلفها، ثم يقوم مقلوع تلك الزائدة، ويظهر التفاوت، لأن الزائدة تسد الفرجة ويحصل بها نوع جمال، وفي لحية المرأة تقدر كونها لحية عبد كبير يتزين باللحية، ولو قطع أنملة لها شعبتان، أصلية وزائدة، قدر الحاكم للزائدة شيئاً بالاجتهاد، ولو ضربه بسوط أو غيره أو لطمه ولم يظهر أثر، لم يتعلق به ضمان، فإن أسود أو اخضر وبقي الأثر بعد الاندمال، وجبت الحكومة، فإن زال الأثر بعد أخذ الحكومة، وجب ردها وضبطت هذه الصور بأن قيل: إذا بقي أثر الجناية من ضعف أو شين، وجبت الحكومة، وإن لم يبق أثر والجناية ضرب ونحوه، فلا شيء، وإن كانت جرحاً، فوجهان.

فرع: كسر عظماً في غير الرأس والوجه، وعاد بعد الكسر مستقيماً، فإن بقي فيه ضعف وخلل وهو الغالب، وجبت الحكومة، وإلا فعلى الوجهين، وإذا كان مع الضعف اعوجاج، كانت الحكومة أكثر، وليس للجاني كسره ثانياً ليَجبر مستقيماً، ولو فعل، لم تسقط الحكومة الأولى، وتجب للكسر الثاني حكومة أخرى، لأنها جناية جديدة.

فرع: إزالة الشعور من الرأس وغيره، بحلق أو غيره، من غير إفساد المنبت، لا يجب بها حكومة أصلاً بلا خلاف، لأن الشعر يعود.

فصل: إذا كان للجراحة أرش مقدر، كالموضحة، فالشين حوالها يتبعها ولا يفرد بحكومة، هذا إذا كان الشين في محل الإيضاح، فلو أوضح رأسه، واتسع الشين حتى انتهى إلى القفا، فوجهان لتعديده محل الإيضاح وهل المتلاحمة كالموضحة في استتباع الشين، إذا قدرنا أرشها بالنسبة إلى الموضحة؟ وجهان: أصحهما: نعم، وإن لم يكن للجراحة أرش مقدر، فقد سبق أن ما دون الموضحة من جراحات الرأس إذا أمكن تقديرها موضحة على الرأس يجب فيها أكثر الأمرين من قسط أرش الموضحة

والحكومة على قول الأكثرين، والجراحات على البدن إن أمكن تقديرها بالجائفة، بأن كان بقربها جائفة، هل تقدر بها كالتقدير بالموضحة أم الواجب فيها الحكومة لا غير؟ وجهان: أرجحهما: الأول، وإذا عرف ذلك، فإن قدرت الجراحة بالنسبة إلى جراحة مقدرة الأرش، وأوجبنا ما يقتضيه التقسيط لكونه أكثر من الحكومة، فالشين تابع له لا يفرد بحكومة كالموضحة، وإن كانت الحكومة أكثر فأوجبناها فقد وفينا حق الشين.

فرع: أوضح جبينه، وأزال حاجبه، فعليه الأكثر من أرش الموضحة وحكومة الشين وإزالة الحاجب، قاله المتولي.

الطرف الثاني: في الجناية على الرقيق: قد سبق أن الواجب بقتل الرقيق قيمته بالغة ما بلغت، يستوي فيه القن والمدبر والمكاتب وأم الولد، وأما الجناية عليه فيما دون النفس، فينظر، إن كانت مما يوجب في الحر بدلاً مقدراً، كالموضحة وقطع الأطراف، فقولان: أظهرهما: أن الواجب فيها جزء من القيمة، نسبته إلى القيمة كنسبة الواجب في الحر إلى الدية، والثاني: الواجب ما نقص من قيمته، ومن الأصحاب من أنكر القول الثاني وقطع بالأول، والجمهور على إثباتهما، ثم منهم من يقول: الأول منصوص، والثاني خرجه ابن سريج من قوله: لا تحمل العاقلة عبداً، فإنه جعله كالبهيمة، ومنهم من يقول: هما منصومان، الأول جديد، والثاني قديم، وإن كانت الجناية لا توجب مقدراً في الحر، فواجبها في العبد ما نقص من القيمة بلا خلاف. إذا عرف هذا فعلى الأظهر في يد العبد نصف قيمته، وفي يديه قيمته، وفي أصبعه عشرها، وفي أناملته ثلث عشرها، وفي موضحته نصف عشرها، وعلى هذا القياس.

ولو قطع ذكره وأنثيه، فعليه قيمتان، وعلى القول الآخر الواجب فيها كلها ما نقص، فإن لم تنقص القيمة بقطع الذكر والأنثيين، أو زادت، فوجهان: أصحهما: لا يجب شيء، والثاني: تجب حكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد، أو يعتبر بما قبل الاندمال، كالوجهين فيما إذا اندملت الجراحة ولم يبق شين ولا أثر، ومنهم من قطع بالوجه الأول، ولو قطع يد عبد قيمته ألف، فعادت إلى مائتين، فعلى الأظهر يجب خمسمائة، وعلى القديم ثمانمائة، ولو عادت إلى ثمانمائة وجب على الأظهر خمسمائة، وعلى القديم مائتان، ولو جنى على العبد اثنان، فقطع أحدهما يده، والآخر يده الأخرى، نظر، إن وقعت الجنائتان معاً، فعليهما قيمته، وإن تعاقبتا وكانت القيمة عند قطع الثاني ناقصة بسبب القطع الأول، فإن مات منهما، ففي الواجب عليهما أوجه سبقت في كتاب الصيد والذبائح، وإن وقف القطعان، نظر، إن

كان قطع الثاني بعد اندمال الأول، لزم كل واحد منهما نصف قيمته قبل جنايته، فإن كانت قيمته ألفاً، فصارت بالقطع الأول ثمانمائة، وبالثاني ستمائة، لزم الأول خمسمائة، والثاني أربعمائة، وإن قطع الثاني قبل الاندمال الأول، لزم الثاني نصف ما أوجبنا على الأول وهو مائتان وخمسون، لأن الجناية الأولى لم تستقر وقد أوجبنا نصف القيمة فكأنه انتقص نصف القيمة، فلو قطع الواحد يدي العبد ولم يسر، فالحكم كما لو قطعه اثنان، هذا كله تفريع على الأظهر، وعلى الثاني يلزم كل قاطع ما نقص بجنايته، وإذا قطعت أطراف عبد، ثم حزر رقبته، لزمه قيمة العبد ذاهب الأطراف، وبالله التوفيق.

الباب الرابع: في موجب الدية وحكم السحر

فيه خمسة أطراف:

الطرف الأول: السبب، والواجب في إهلاك النفس وما دونها، كما يجب بالمباشرة يجب بالنسب، وقد سبق أن مراتب الشيء الذي له أثر في الهلاك ثلاث، وهي: العلة والسبب والشرط، وضابطه أن يقال: ما يحصل الهلاك عنده أو عقبه إن كان هو المؤثر في الهلاك، فهو علة للهلاك، وتتعلق به الدية لا محالة، وإن لم يكن هو المؤثر، فإن توقف تأثير المؤثر عليه، كالحفر مع التردى تعلقت به الدية أيضاً، وإن لم يتوقف، لم تتعلق به الدية، بل الموت عنده اتفاقي، ثم فيه مسائل: إحداها: صفعه صفقة خفيفة، فمات، فلا ضمان للعلم بأنه لا أثر لها في الهلاك، الثانية: صاح على صبي غير مميز على طرف سطح أو بئر أو نهر، فارتعد وسقط ومات منه، وجبت الدية قطعاً، ولا قصاص على الأصح، وقيل: الأظهر، ومن أوجب يدعي أن التأثير به غالب، ولو كان الصبي على وجه الأرض، فمات من الصيحة، فقليل: هو كالسقوط من سطح، والأصح أنه لا ضمان، لأن الموت به في غاية البعد، ولو صاح على بالغ على طرف سطح ونحوه، فسقط ومات فلا قصاص.

وفي الضمان أوجه: أصحها: لا يجب، والثاني: يجب، والثالث: إن غافسه من ورائه، وجب، وإن صاح به من وجهه، فلا، ولو صاح على صغير فزال عقله، وجب الضمان، وإن كان بالغاً، فعلى الأوجه الثلاثة، والمجنون والمعتوه، والذي تعثر به الوسوس والنائم والمرأة الضعيفة، كالصبي الذي لا يميز، والمراهق المتيقظ كالبالغ، وشهر السلاح والتهديد الشديد كالصياح، ولو صاح على صيد، فاضطرب منه الصبي على طرف السطح، وسقط، وجب الضمان، لكن الدية والحالة هذه تكون مخففة على العاقلة، وفيما إذا قصد الصبي نفسه تكون مغلظة على العاقلة، وقياس من

يوجب القصاص أن تجب مغلظة على الجاني، وعن صاحب «التلخيص» أن الصائح إن كان محرماً أو في الحرم تعلق بصيحته الضمان لتعديه، وإلا فلا، وذكر على قياسه أنه لو صاح على صبي في ملكه، لم يجب الضمان تشبيهاً بما لو حفر بئراً في ملكه، فسقط فيها رجل، والأصح أنه لا فرق.

فرع: إذا بعث السلطان إلى امرأة ذكرت عنده بسوء، وأمر بإحضارها، فأجهضت جنيناً فرعاً منه، وجب ضمان الجنين، ولو كذب رجل، فأمرها على لسان الإمام بالحضور، فأجهضت، فالضمان على عاقلة الرجل، ولو هدها غير الإمام حاملاً، وأجهضت فرعاً، فليكن كالإمام، لأن إكراهه كإكراه الإمام، ولو ماتت الحامل المبعوث إليها، أو بعث الإمام إلى رجل ذكر بسوء وهده ومات، فلا ضمان على الصحيح، لأنه لا يفضي إلى الموت، وفي «النهاية» أنه يجب.

فرع: لو فرع إنساناً، فأحدث في ثيابه فأفسدها، فلا ضمان.

الطرف الثاني: فيما يغلب إذا اجتمعت العلة والسبب أو الشرط، فحفر البئر شرط أو سبب، والتردي علة، فإذا اجتمعاً، نظر، إن كانت العلة عدواناً، بأن حفر بئراً، فردى فيها غيره إنساناً، فالقصاص والضمان يتعلقان بالتردية، ولا اعتبار بالحفر معها، وإن لم تكن العلة عدواناً، بأن تخطى شخص الموضع جاهلاً، فتردى فيها وهلك، فإن كان الحفر عدواناً، تعلق الضمان به، وإلا فلا ضمان.

فرع: وضع صبيّاً في مسبعة، فافتترسه سبع، نظر، إن كان يقدر على الحركة والانتقال عن موضع الهلاك فلم يفعل، فلا ضمان على الواضع، كما لو فتح عرقه فلم يعصبه حتى مات، وإن كان لا يقدر على الانتقال، فلا ضمان أيضاً على الأصح، وبه قطع الأكثرون، لأن الوضع ليس بإهلاك ولم يوجد منه ما يلجئ السبع إليه، فإن كان الموضوع بالغاً، فلا ضمان قطعاً، ويشبه أن يقال: الحكم منوط بالقوة والضعف، لا بالصغر والكبر.

فرع: لو اتبع إنساناً بسيف، فولى المطلوب هارباً، فألقى نفسه في نار أو ماء، أو من شاهر، أو من سطح عال أو في بئر، فهلك، فلا ضمان، لأنه باشر إهلاك نفسه قصداً، والمباشرة مقدمة على السبب، فلو لم يعلم بالمهلك، فوقع من غير قصد في النار أو الماء، أو من الشاهر والسطح بأن كان أعمى، أو في ظلمة الليل، أو في موضع مظلم، أو في بئر مغطاة، وجب على المتبع الضمان، ولو استقبله سبع في طريقه، فافتترسه، أو لص فقتله، فلا ضمان على المتبع، بصيراً كان المطلوب أو أعمى، لأنه لم يوجد من المتبع إهلاك، ومباشرة السبع العارضة كعروض القتل على إمساك الممسك، لكن لو ألجأه إليه في مضيق، وجب الضمان على المتبع، ولو

انخسف به سقف في هربه، وجب الضمان على الأصح المنصوص، وهو الذي أورده العراقيون، ولو ألقى نفسه على السقف من علو، فانخسف به لثقله، فهو كما لو ألقى نفسه في ماء أو نار وما ذكرناه من سقوط الضمان عن المتبع إذا ألقى المطلوب نفسه في ماء، أو نار أو من سطح قصداً، أردنا به العاقل البالغ، أما إذا كان المطلوب صبيّاً أو مجنوناً، فيبنى على أن عمدتهما عمد أم خطأ؟ إن قلنا: خطأ، ضمن، وإلا فلا.

فرع: سلم صبي إلى سباح ليعلمه السباحة، فغرق، وجبت فيه دية شبه العمد على الصحيح، كما لو ضرب المعلم الصبي للتأديب، فهلك، وقيل: لا ضمان، كما لو وضعه في مسبعة، ويجري الخلاف فيما لو كان الولي يعلمه السباحة بنفسه فغرق، ولو أدخله الماء ليعبره به، فالحكم كما لو ختته أو قطع يده من أكلة، فمات منه، كذا ذكره المتولي، ولو سلم بالغ نفسه، ليعلمه السباحة، ففي «الوسيط» أنه إن خاض معه اعتماداً على يده، فأهمله، احتمل أن يجب الضمان، والذي ذكره العراقيون والبغوي أنه لا ضمان، لأنه مستقل وعليه أن يحتاط لنفسه، ولا يغتر بقول السباح.

فصل: في بيان الحفر الذي هو في محل عدوان وغيره، والحفر يقع في مواضع، أحدها: إذا حفر في ملك نفسه، فلا عدوان، فلو دخل ملكه داخل بإذنه، وتردى فيه، لم يجب ضمانه إذا عرفه المالك أن هناك بئراً، أو كانت مكشوفة والداخل متمكن من التحرز، فأما إذا لم يعرفه، والداخل أعمى، أو الموضع مظلم، ففي «التممة» أنه كما لو دعاه لطعام مسموم، فأكله، ولو حفر بئراً في دهليز داره، ودعا إليها رجلاً، فتردى فيها، ففي الضمان قولان سبقا في أول الجنايات، أظهرهما: الوجوب، وقيل: إن كان الطريق واسعاً وعن البئر معدل، فقولان: وإن كان ضيقاً، فقولان مرتبان، وأولى الوجوب، وعلى هذا قياس تقديم الطعام المسموم وأطعمة فيها طعام مسموم. الموضوع الثاني: إذا حفر في موات للملك أو للارتفاق بالاستقاء منها، فلا ضمان، لأنه جائز كالحفر في ملكه. وعلى هذا يحمل قوله ﷺ في الحديث الصحيح: «البئر جبار»^(١).

الطرف الثالث: إذا حفر في ملك غيره، نظر إن حفر بإذن المالك فهو كحفره في ملكه، وإن حفر بغير إذنه، تعلق به الضمان، لكونه عدواناً، وتكون الدية على العاقلة، ولو هلك به دابة، أو مال آخر، وجب الضمان في ماله، وهل يجعل رضى

(١) أخرجه البخاري في صحيحه برقم (٦٩١٢) ومسلم في صحيحه برقم (١٧١٠) من حديث أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله ﷺ قال: «العجماء جرحها جبار، والبئر جبار، والمعدن جبار، وفي الركاز الخمس».

المالك ببقاء البئر المحفورة كرضاه بالحفر؟ وجهان سبقا في الغصب، أصحابهما: نعم، ولو كان الحافر عبداً، فالضمان يتعلق برقبتة، فلو أعتقه السيد، فضمان من يتردى بعد العتق يتعلق بالعتيق، ولو حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذن الشريك، تعلق به الضمان أيضاً، لأنه لا يجوز الحفر في المشترك، وإذا حفر في ملك الغير متعدياً، ودخله رجل بغير إذن، فتردى فيها، ففي تعلق الضمان بالحافر وجهان: قال في «البيان»: لو قال المالك: حفر بإذني، لم يصدق.

الطرف الرابع: إذا حفر في شارع، نظر، إن كان ضيقاً يتضرر الناس بالبئر فيه، وجب ضمان ما هلك بها، سواء أذن الإمام أم لا، وليس للإمام الإذن فيما يضر، وإن كان لا يتضرر بها لسعة الشارع، أو انعطاف موضع البئر، نظر، إن كان الحفر لمصلحة عامة، كالحفر للاستقاء، أو لاجتماع ماء المطر، فإن أذن فيه الوالي، فلا ضمان، وإلا فالأظهر الجديد أنه لا ضمان، وأشار في القديم إلى وجوبه، وإن حفر لغرض نفسه، فإن كان بغير إذن الإمام، ضمن، وإلا فلا على الأصح، وبه قطع العراقيون والمتولي والرويانى، وهذا جار على ما سبق في إحياء الموات أن الأصح الذي عليه الأكثرون أنه يجوز أن يقطع الإمام من الشوارع ما لا ضرر فيه، وأن للمقطع أن يبنى فيه.

فرع: الحفر في المسجد كالحفر في الشارع، فلو بنى مسجداً في شارع لا يتضرر به المارون، جاز، فلو تعثر به إنسان أو بهيمة، أو سقط جداره على إنسان، أو مال، فأهلكه، فلا ضمان إن كان بإذن الإمام، وكذا إن لم يكن بإذنه على الأظهر الجديد، ولو بنى سقف مسجد أو نصب فيه عماداً، أو طين جداره أو علق فيه قنديلاً، فسقط على إنسان أو مال، فأهلكه، أو فرش فيه حصيراً، أو حشيشاً، فزلق به إنسان، فهلك، أو دخلت شوكة منه في عينه، فذهب بها بصره، فإن جرى ذلك بإذن الإمام أو متولي أمر المسجد، فلا ضمان، وإلا فلا ضمان أيضاً على الجديد الأظهر ونقل البغوي عن أبي إسحاق أنه إن لم يأذن أهل المحلة ضمن.

قلت: قال البغوي: ومثل هذا لو وضع دناً على بابه ليشرب الناس منه، فإن وضعه بإذن الإمام، لم يضمن ما تلف به، وإلا فوجهان: يعني أصحابهما: لا ضمان بخلاف ما لو بنى دكة على باب داره فهلك بها شيء، فإنه يضمن، لأنه فعله لمصلحة نفسه. والله أعلم.

فصل: في مسائل تتعلق بالتصرف في الشارع، وفي ملك نفسه، والقول في التصرف في الشارع سبق بعضه في الصلح وفي إحياء الموات، ويذكر هنا بقيته إن شاء الله تعالى:

المسألة الأولى: لا يجوز إشراع الأجنحة التي تضر بالمارة إلى الشارع، فلو فعل، منع وما يتولد منه من هلاك يكون مضموناً، فإن كان الجناح عالياً غير مضر، فلا منع من إشراعه، وكذا بناء الساباط العالي، لكن لو تولد منه هلاك إنسان، فهو مضمون بالدية على العاقلة، وإن هلك به مال، وجب الضمان في ماله، ولم يفرقوا بين أن يأذن الإمام أم لا، ولو أشرع جناحاً إلى درب منسد بغير إذن أهله، ضمن المتولد منه، وبإذن أهله لا ضمان، كالحفرة في دار الغير بإذنه.

المسألة الثانية: يتصرف كل واحد في ملكه بالمعروف، ولا ضمان فيما يتولد منه بشرط جريانه على العادة واجتناب الإسراف، فلو وضع حجراً في ملكه أو نصب شبكة، أو سكيناً، وتعثر به إنسان فهلك، أو على طرف سطحه، فوقع على شخص، أو على مال، أو وضع عليه جرة ماء، فألقته الريح، أو ابتل موضعها، فسقطت، فلا ضمان، وكذا لو وقف دابة في ملكه فرفست إنساناً أو بالت فأفسدت به ثوباً أو غيره مما هو خارج الملك، أو كان يكسر الحطب في ملكه، فأصاب شيء منه عين إنسان فأبطل ضوءها، فلا ضمان، وكذا لو حفر بئراً في ملكه فتندى جدار جاره فانهدم، أو غار ماء بئره أو حفر بالوعة فتغير ماء بئر الجار، فلا شيء عليه، لأن الملاك لا يستغنون عن مثل هذا بخلاف الإشراع إلى الشارع فإنه يستغنى عنه، ولو قصر فخالف العادة في سعة البئر، ضمن، فإنه إهلاك، وليكن كذلك إذا قرب الحفرة من الجدار على خلاف العادة، ويمنع من وضع السرجين في أصل حائط الجار، ولو أوقد ناراً في ملكه، أو على سطحه، فطار الشرر إلى ملك الغير، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة في قدر النار الموقدة، أو يوقد في يوم ريح عاصفة، فيكون ذلك كطرح النار في دار غيره، فيضمن، فإن عصفت الريح بغتة بعدما أوقد، فهو معذور، ولو سقى أرضه، فخرج الماء من جحر فأرة، أو شق، فدخل أرض غيره، فأفسده زرع، فلا ضمان إلا أن يخالف العادة في قدر الماء، أو كان عالماً بالجحر أو الشق، فلم يحتط. ولو حفر البئر في أرض خوارة ولم يطوها، ومثلها تنهار إذا لم تطو، كان مقصراً، كما ذكرنا في سعة البئر، ولا بد من هذا الاحتياط حيث جوزنا حفر البئر في الشارع.

المسألة الثالثة: يجوز إخراج الميزاب إلى الشارع، وليكن عالياً، كالجناح، فلو سقط منه شيء، فهلك به إنسان أو مال، فقولان: القديم: لا ضمان، والجديد الأظهر: يضمن، فعلى هذا إن كان الميزاب كله خارجاً بأن سمر عليه، تعلق به جميع الضمان، وإن كان بعضه في الجدار، وبعضه خارجاً، فإن انكسر، فسقط الخارج، أو بعضه، تعلق به جميع الضمان أيضاً، وإن انقلع من أصله، فوجهان أو قولان،

أصحهما: يجب نصف الضمان، والثاني: يجب بقسط الخارج، ويكون التقسيط بالوزن، وقيل: بالمساحة، وسواء أصابه الطرف الداخل أو الخارج، لأن الهلاك يحصل بثقل الجميع، والحكم في كيفية التضمنين إذا حصل الهلاك بجناح مشروع، إما بالخارج منه، وإما بالخارج والداخل جميعاً كما ذكرنا في الميزاب بلا فرق.

فرع: ذكر البغوي أنه لو رش ماء الميزاب على ثوب إنسان، ضمن ما ينقص.

المسألة الرابعة: الجدار الملاصق للشارع إن بناه صاحبه مستوياً، فسقط من غير ميل ولا استهدام وتولد منه هلاك، فلا ضمان، ولو بناه مائلاً إلى ملكه، أو مال إليه بعد البناء وسقط، فلا ضمان أيضاً، وإن بناه مائلاً إلى الشارع، وجب ضمان ما تولد من سقوطه، وإن بناه مستوياً ثم مال إلى الشارع وسقط، فإن لم يتمكن من هدمه وإصلاحه، فلا ضمان قطعاً، وكذا إن تمكن على الأصح عند الجمهور، ويجري الوجهان فيما لو سقط إلى الشارع، فلم يرفعه حتى هلك به إنسان، أو مال. ولا فرق بين أن يطالبه الوالي، أو غيره بالنقض، وبين أن لا يطالب، لأنه بنى في ملكه بلا ميل، والهلاك حصل بغير فعله، وإذا وجب ضمان في البناء المائل ابتداءً أو دواماً، فلو مال بعضه، نظر، هل حصل التلف برأسه المائل، أم بالباقي على الاستواء، أم بالجميع، ويكون حكمه كما ذكرنا في الميزاب.

فرع: إذا باع ناصب الميزاب، أو باني الجدار المائل الدار، لم يبرأ من الضمان، حتى لو سقط على إنسان فهلك به، يجب الضمان على عاقلة البائع، هكذا ذكره البغوي.

فرع: لو أراد الجار أن يبني جداره الخالص أو المشترك مائلاً إلى ملك الجار، فله المنع، وإن مال فله المطالبة بالنقص، كما إذا انتشرت أغصان شجرته إلى هواء غيره، فله المطالبة بإزالتها، فلو تولد منه هلاك، فالضمان على ما ذكرنا فيما إذا مال إلى الشارع.

فرع: لو استهدم الجدار ولم يمل، قال الإصطخري: لا يطالب بنقضه، لأنه لم يجاوز ملكه، وفي «التتمة» وجه آخر أن للجار وللماراة المطالبة به لما يخاف من ضرره، وأورد ابن الصباغ هذا احتمالاً على الأول لا ضمان فيما تولد منه، وعلى الثاني هو كما لو مال، فلم ينقضه.

المسألة الخامسة: قمامة البيت، وقشور البطيخ، والرمان، والباقلاء إذا طرحها في ملكه أو في موات، فزلق بها إنسان، فهلك، أو تلف بها مال، فلا ضمان، وإن طرحها في الطريق فحصل بها تلف، وجب الضمان على الصحيح وبه قطع الجمهور، وقيل: لا ضمان لاطراد العرف بالمسامحة به مع الحاجة، وقيل: إن ألقاها في متن

الطريق، ضمن، وإن ألقاها في منعطف وطرف لا ينتهي إليه المارة غالباً، فلا. قال الإمام: والوجه القطع بالضمان بالإلقاء في متن الطريق، وتخصيص الخلاف بالإلقاء على الطرف ولك أن تقول: قد يوجد بين العمارات مواضع معدة للإلقاء فيها تسمى تلك المواضع السباطات والمزابل، وتعد من المرافق المشتركة بين سكان البقعة، فيشبه أن يقطع بنفي الضمان إذا كان الإلقاء فيها، فإنه استيفاء منفعة مستحقة ويخص الخلاف بغيرها وإذا أوجبنا الضمان، فذلك إذا كان المتعثر بها جاهلاً، أما إذا مشى عليها قصداً، فلا ضمان كما لو نزل البئر فسقط.

فرع: لو رش الماء في الطريق، فزلق به إنسان أو بهيمة، فإن رش لمصلحة عامة، كدفع الغبار عن المارة فليكن كحفر البئر للمصلحة العامة، وإن كان لمصلحة نفسه، وجب الضمان، ويمكن أن يجيء فيه الوجه المذكور في طرح القشور، ولو جاوز القدر المعتاد في الرش، قال المتولي: وجب الضمان قطعاً، كما لو بل الطين في الطريق، فإنه يضمن ما تلف به.

فرع: لو بنى على باب داره دكة فتلف بها إنسان أو دابة، وجب الضمان، وكذا الطواف إذا وضع متاعه في الطريق، فتلف به شيء، لزمه الضمان بخلاف ما لو وضع على طرف حانوته

فرع: لو بالت دابته، أو راثت، فزلق به رجل أو دابة، أو تطاير منه شيء إلى طعام إنسان فنحسه، نظر، إن كانت الدابة في ملكه، فلا ضمان، وإن كانت في الطريق، أو ربطها في الطريق فأتلقت، فحكمه سيأتي إن شاء الله تعالى في آخر كتاب موجبات الضمان، ولو مشى قصداً على موضع الرش أو البول، فلا ضمان.

المسألة السادسة: أسند خشبه إلى جدار، فسقط الجدار على شيء فأتلفه، إن كان الجدار لغير المسند ولم يأذن له فعليه ضمان الجدار وما سقط عليه، سواء سقط عقب الإسناد أم متأخراً عنه، وإن كان الجدار للمسند أو لغيره، وقد أذن له في الإسناد، لم يجب ضمان الجدار، وفي ضمان ما سقط عليه وجهان. قال ابن القاص وأبو زيد: إن سقط في الحال، ضمن، كما لو أسقط جداراً على مال رجل، وإن سقط بعد زمان، لم يضمن، كما لو حفر بئراً في ملكه، وعن القفال أنه لا يضمن في الحالين، كما لا يضمن ما سقط في البئر في الحالين، فإن ضمنه إذا سقط في الحال، فلم يسقط، لكنه مال في الحال إلى الشارع، ثم سقط بعد مدة، وجب الضمان، كما لو بنى الجدار مائلاً، لأنه مال بفعله بخلاف ما لو مال في الدوام بنفسه.

المسألة السابعة: نخس دابة أو ضربها مغافصة فقفزت ورمت راكبها، فمات أو

أُتلفت مالا، وجب الضمان، قال البغوي: فإن كان النخس بإذن المالك فالضمان عليه، ولو غلبته دابته، فاستقبلها رجل، وردّها، فأُتلفت في انصرافها، فالضمان على الراد.

فرع: رجل حمل رجلاً، فجاء فقرص الحامل، أو ضربه، فتحرك، فسقط المحمول عن ظهره، قال المتولي: هو كما لو أكره الحامل على إلقائه عن ظهره.

الطرف الثالث: في اجتماع سبيين، فمتى اجتمع سببا هلاك، قدم الأول منهما، لأنه المهلك، إما بنفسه، وإما بوساطة الثاني، فأشبه التردية مع الحفر، فإذا حفر بئراً في محل عدوان، أو نصب سكيناً، ووضع آخر حجراً، فتعثر بالحجر، فوقع على مؤخر السكين، أو في مقدم البئر، فمات فالضمان يتعلق بواضع الحجر، وقال أبو الفياض من أصحابنا: يتعلق بناصب السكين إذا كانت قاطعة موحية، والصحيح الأول، وبه قطع الجمهور، لأن التعثر بالحجر هو الذي ألجأ إلى الوقوع في البئر، أو على السكين، وكأنه أخذه فرداه، وصار كما لو كان في يده سكين، فألقى عليه رجل إنساناً، وجب القصاص والضمان على الملقى، ولو أهوى إليه من في يده سكين ووجهه نحوه حين ألقيه الملقى كان القصاص على صاحب السكين، هذا إذا كانا متعديين، فلو حفر بئراً، أو نصب سكيناً في ملكه، ووضع متعدياً حجراً فعثر رجل بالحجر، ووقع في البئر، أو على السكين، فالضمان أيضاً على واضع الحجر، ولو وضع حجراً في ملكه، وحفر متعدياً هناك بئراً، أو نصب سكيناً، فعثر رجل بالحجر، ووقع في البئر أو على السكين، فالمنقول أنه يتعلق الضمان بالحافر وناصب السكين، فإنه المتعدي، وينبغي أن يقال: لا يتعلق بالحافر وناصب ضمان، كما سنذكره قريباً في مسألة السيل إن شاء الله تعالى، ويدل عليه أن المتولي قال: لو حفر بئراً في ملكه، ونصب غيره فيها حديدة، فوقع رجل في البئر فجرحته الحديدة ومات، فلا ضمان على واحد منهما.

فرع: حفر بئراً في محل عدوان، وحصل حجر على طرف البئر بحمل السيل، أو بوضع حربي أو سبع، فعثر رجل بالحجر، فوقع في البئر، فهلك، فلا ضمان على أحد، كما لو ألقيه الحربي، أو السبع في البئر، وقيل: يجب الضمان على عاقلة الحافر وهو ضعيف، ولو حفر بئراً عدواناً، ونصب آخر في أسفلها سكيناً فالضمان على عاقلة الحافر على الصحيح، وقيل: على ناصب السكين.

فرع: حفر بئراً قريبة العمق، فعمقها غيره، فوجهان: أحدهما: يختص الأول بضمان التالف فيها، وأصحهما: يتعلق بهما، وعلى هذا هل يتنصف، أم يوزع على الأذرع التي حفراها؟ وجهان:

قلت: الأصح: التنصيف، كالجراحات. والله أعلم.

ولو حفر بئراً وطمها، فأخرج غيره ما طمت به، فهل يتعلق ضمان التالف فيها بالأول، لأنه المبتدئ، أم بالثاني لانقطاع أثر الأول بالطم؟ وجهان:

قلت: أصحهما: الثاني. والله أعلم.

فرع: وضع زيد حجراً في طريق، وآخران حجراً بجنبه، فتعثر بهما إنسان ومات، فالأصح تعلق الضمان بهما أثلاثاً، كالجراحات المختلفة، وقيل: يتعلق بزيد نصفه، وبالأخرين نصفه.

فصل: وضع الحجر كحفر البئر يتعلق الضمان به إذا عثر به من لم يره كما سبق، فلو وضع حجراً في طريق، فعثر به رجل ودحرجه، ثم عثر به ثان، فهلك، فضمان الثاني يتعلق بالمدحرج، لأن الحجر إنما حصل هناك بفعله.

فرع: من قعد في موضع، أو نام، أو وقف، فعثر به ماش، وماتا أو مات أحدهما، نظر، إن كان قعوده في ملكه، ودخله الماشي بلا إذن، فالماشي مهدر، وعلى عاقلته دية القاعد والواقف، وكذا لو قعد، أو وقف في موات أو طريق واسع لا يتضرر به المارة، وسواء كان القاعد أو الواقف بصيراً أو أعمى، كما لو قتل شخصاً أمكنه الدفع عن نفسه، وإن قعد أو نام في طريق ضيق يتضرر به المارة فعثر به الماشي وماتا، ففيه طرق: المذهب منها وهو المنصوص: أن دم القاعد والنائم مهدر، وعلى عاقلتها دية الماشي، وأنه إذا عثر بالواقف، كان دم الماشي مهدرًا وعلى عاقلته دية الواقف، لأن الإنسان قد يحتاج إلى الوقوف لكلال، أو انتظار رفيق، أو سماع كلام، فالوقوف من مرافق الطريق كالمشي، لكن الهلاك حصل بحركة الماشي، فخص بالضمان، والقعود والنوم ليسا من مرافق الطريق، فمن فعلهما فقد تعدى وعرض نفسه للهلاك، والثاني: وجوب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر مطلقاً، والثالث: يهدر دم القاعد والنائم والواقف، وتجب دية الماشي على عاقلتهم، والرابع: يهدر دم الماشي، وتجب دية هؤلاء على عاقلته، لأن القتل حصل بحركته، كما لو تردد الأعمى في الطريق بلا قائد فأتلف يلزمه الضمان، هذا كله إذا لم يوجد من الواقف فعل، فإن وجدنا بأن انحرف إلى الماشي لما قرب منه، فأصابه في انحرافه، فماتا، فهما كماشيين اصطدما، وسيأتي حكمه إن شاء الله تعالى. ولو انحرف عنه، فأصابه في انحرافه، أو انصرف إليه، فأصابه بعد تمام انحرافه، فالحكم كما لو كان واقفاً لا يتحرك، ولو جلس في مسجد، فعثر به إنسان وماتا، فعلى عاقلة الماشي دية الجالس، ويهدر دم الماشي، كما لو جلس في ملكه، فعثر به ماش، ولو

نام في المسجد معتكفاً، فكذلك، ولو جلس لأمر ينزه المسجد عنه، أو نام غير معتكف، فهو كما لو نام في الطريق، هكذا ذكره البغوي.

فرع: حيث أطلق الضمان في هذه الصور وما قبلها، وقيل: إنه على الحافر، أو واضع الحجر، أو القاعد، وناصب الميزاب والجناح، وملقي القمامة، وقشر البطيخ ونحوهم، فالمراد أنه يتعلق الضمان بهم، ومعناه: أنه يجب على عاقلتهم.

فصل: وقع في البئر واحد خلف واحد، فهلكوا، أو هلك بعضهم، فله حالان:

الحالة الأولى: أن يقع الثاني بغير جذب الأول، فإن مات الأول، فالثاني ضامن، فإن تعمد إلقاء نفسه عليه، ومثله يقتل مثله غالباً لضخامته وعمق البئر وضيقها، لزمه القصاص، وإن تعمد، لكنه لا يقتل غالباً، فهو شبه عمد، وإن لم يتعمد ووقع في البئر بغير اختياره، أو لم يعلم وقوع الأول، فهو خطأ محض، ثم أطلق مطلقون أنه إذا آل الأمر إلى المال، وجبت دية كاملة، وقال آخرون: إنما على الثاني نصف الدية، لأن الأول مات بوقوعه في البئر وبوقوع الثاني عليه، ويكون النصف الآخر على الحافر، إن كان الحفر عدواناً، وإلا فمهدر وهذا أصح عند المتولي وغيره، لكن لو نزل الأول إلى البئر ولم ينصدم، فوقع عليه الثاني، تعلق بوقوعه كل الدية، وأما إذا مات الثاني، فإن تعمد إلقاء النفس فيها، أو لم يكن الحفر عدواناً، فهو هدر، وإلا تعلق الضمان بعاقلة الحافر، وإن ماتا معاً، فالحكم في حق كل واحد ما ذكرنا، ولو تردى في البئر ثلاثة، واحد بعد واحد فوجهان: أحدهما: تجب دية الأول على عاقلة الثاني والثالث، قاله الشيخ أبو حامد، والثاني: يجب على عاقلتهما ثلثا الدية، والثلث الباقي على عاقلة الحافر إن كان متعدياً، وإلا فهو هدر، قاله القاضي أبو الطيب واختاره ابن الصباغ.

الحالة الثانية: أن يقع الثاني في البئر بجذب الأول، فإذا تزلق على طرف بئر، فجذب غيره، ووقع في البئر، ووقع الثاني فوقه فماتا، فالثاني هلك بجذب الأول، فكأنه أخذه وألقاه في البئر إلا أنه قصد الاستمسك والتحرز عن الوقوع، فكان مخطئاً، فيجب ضمان الثاني على عاقلة الأول، وأما الأول، فإن كان الحفر عدواناً، فوجهان: أحدهما يحكى عن الخضرى: أنه مهدر، وأصحهما: تجب نصف دية على عاقلة الحافر ويهدر النصف، لأنه مات بسببين: صدمة البئر وثقل الثاني منسوب إليه، وإن لم يكن الحفر عدواناً، فالأول مهدر بلا خلاف، وليحمل على هذه الحالة إطلاق من أطلق إهدار الأول، وقد أطلقه كثيرون.

ولو كانت الصورة كما ذكرنا، وجذب الثاني ثالثاً، وماتوا جميعاً فأما الأول

ففيه وجهان: أحدهما: تهدر نصف ديته لجذبه الثاني، ويجب نصفها على عاقلة الثاني لجذبه الثالث، وهذا تفريع على أنه لا أثر للحفر مع الجذب، وأصحهما: أنه مات بثلاثة أسباب: صدمة البئر وثقل الثاني والثالث، فهدر ثلث الدية لجذبه الثاني، ثم ينظر إن كان الحفر عدواناً، وجب ثلثها على عاقلة الحافر، وثلثها على عاقلة الثاني بجذبه الثالث، وإن لم يكن الحفر عدواناً، أهدر ثلث آخر ووجب ثلث على عاقلة الثاني، وقال ابن الحداد: مات بالوقوع في البئر وبجذبة الثاني، فيهدر نصف دية، ويجب نصفها على عاقلة الحافر، وأعرض عن تأثيره بثقل الثالث، وهذا ضعيف عند الأصحاب، وأما الثاني، فمات بجذب الأول، وبثقل الثالث، وثقل الثالث حصل بفعله، فيهدر نصف ويجب نصف على عاقلة الأول، وأما الثالث فتجب جميع ديته على الثاني على الأصح، وقيل: على الأول والثاني، والمراد عاقلتهما، ولو كانت الصورة بحالها وجذب الثالث رابعاً وماتوا، وجب جميع دية الرابع بلا خلاف، وهل تتعلق بالثالث وحده أم بالثلاثة؟ وجهان: أصحهما: الأول.

وأما ديات الثلاثة ففيها أوجه: أصحها: أن الأول مات بأربعة أسباب: صدمة البئر، وثقل الثلاثة، فيهدر ربع ديته لجذبه الثاني، ويجب الربع على عاقلة الحافر إن كان الحفر عدواناً، وإن لم يكن عدواناً، أهدر أيضاً، ويجب ربع على عاقلة الثاني، وربع على عاقلة الثالث، وأما الثاني، فلا أثر للحفر في حقه وقد مات بجذب الأول، وثقل الثالث والرابع، فيهدر ثلث ديته، ويجب ثلثها على عاقلة الأول وثلثها على عاقلة الثالث، وأما الثالث فمات بجذب الثاني وثقل الرابع، فيهدر نصف ديته، ويجب نصفها على عاقلة الثاني، والوجه الثاني لا يجب للأول شيء لأنه باشر قتل نفسه بجذب الثاني وما تولد منه، وأما الثاني فيهدر نصف ديته ويجب نصفها على عاقلة الأول، وأما الثالث، فيهدر نصف ديته، ويجب نصفها على عاقلة الثاني، ومقتضى هذا الوجه أن لا يجب للأول في صورة الثلاثة شيء أصلاً وإن لم يذكره هناك، والوجه الثالث أنه تجعل دية الثلاثة أثلاثاً، فيهدر ثلث دية كل واحد ويجب الثلثان من دية الأول على عاقلتي الثاني والثالث، والثلثان من دية الثاني على عاقلتي الأول والثالث، والثلثان من دية الثالث على عاقلتي الأول والثاني، والوجه الرابع حكاه المتولي: يجب للأول ربع الدية إن كان الحافر متعدياً، وللثاني الثلث، وللثالث النصف للقصة المروية من قضاء علي رضي الله عنه بهذا وإمضاء النبي ﷺ لذلك، لكنه حديث ضعيف وجميع ما ذكرناه إذا وقع الثلاثة أو الأربعة بعضهم فوق بعض، أما إذا كانت البئر واسعة وجذب بعضهم بعضاً لكن وقع كل واحد في ناحية، فدية كل مجذوب على عاقلة جاذبه ودية الأول على عاقلة الحافر إن كان متعدياً، ومن

وجبت في هذه الصور دية بعضهم أو بعضها على عاقلته، لزمه الكفارة في ماله، ويقع النظر في أنها هل تتجزأ؟ ومن أهدر دمه أو شيء منه لفعله، ففي وجوب الكفارة عليه الخلاف في أن قاتل نفسه هل عليه كفارة؟

الطرف الرابع: في اجتماع سببين متقاومين وفيه مسائل:

إحداها: إذا اصطدم حران ماشيان، فوقعا وماتا، فكل واحد مات بفعله وفعل صاحبه، فهو شريك في القتلين، ففعله هدر في حق نفسه مضمون في حق صاحبه، فالصحيح أن في تركة كل واحد منهما كفارتين بناء على أن الكفارة لا تتجزأ، وأن قاتل نفسه عليه كفارة، وأما الدية، فتسقط نصف دية كل واحد، ويجب نصفها، ثم إن لم يقصدا الاصطدام بأن كانا أعميين، أو في ظلمة، أو مدبرين، أو غافلين، فهو خطأ محض، فعلى عاقلة كل واحد نصف دية الآخر، وإن تعمدوا الاصطدام، فوجهان: أحدهما: أن الحاصل عمد محض، ويجب في مال كل واحد نصف دية الآخر، قاله أبو إسحاق، واختاره الإمام والغزالي، وأصحهما: عند الأكثرين وهو نصه في «الأم»: أن الحاصل شبه عمد، لأن الغالب أن الاصطدام لا يفضي إلى الموت، فلا يتحقق فيه العمد المحض، ولذلك لا يتعلق القصاص إذا مات أحدهما دون الآخر، فيجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر مغلظة.

الثانية: إذا كان المصطدمان راكبين، فحكم الدية والكفارة كما ذكرنا، فلو تلفت الدابتان، ففي تركة كل واحد نصف قيمة دابة صاحبه، ولو غلبتهما الدابتان، فجرى الاصطدام والراكبان مغلوبان، فالمذهب أن المغلوب كغير المغلوب كما سبق، وفي قول أنكره جماعة أن هلاكهما وهلاك الدابتين هدر، إذ لا صنع لهما، ولا اختيار، فصار كالهلاك بأفة سماوية، ويجري الخلاف فيما لو غلبت الدابة راكبها أو سائقها، وأتلفت مالا، هل يسقط الضمان عنه؟

فرع: سواء في اصطدام الراكبين اتفق جنس المركوبين وقوتهما، أم اختلف، كراكب فرس، أو بعير مع راكب بغل أو حمار، وسواء في اصطدام الرجلين اتفق سيرهما، أو اختلف، بأن كان أحدهما يمشي والآخر يعدو، وسواء كانا مقبلين، أم مدبرين، أو أحدهما مقبلاً والآخر مدبراً، قال الإمام: لكن لو كانت إحدى الدابتين ضعيفة بحيث يقطع بأنه لا أثر لحركتها مع قوة الدابة الأخرى، لم يتعلق بحركتها حكم، كغرز الإبرة في جلدة العقب مع الجراحات العظيمة، وسواء وقع المصطدمان مقبلين أو مستلقين، أو أحدهما مستلقياً والآخر مكباً، وعن المزني أنه إذا وقع أحدهما مكباً والآخر مستلقياً، فالمكب مهدر وعلى عاقلته ضمان المستلقي، وعن

ابن القاص مثله تخريجاً، وعنه أن المكبين مهدران، والمذهب الأول، وبه قطع الجمهور، ولو اصطدم ماش وراكب لطول الماشي وهلكا، فالحكم ما سبق.

فرع: تجاذب رجلان حبلاً، فانقطع، فسقطا وماتا، وجب على عاقلة كل واحد نصف دية الآخر ويهدر النصف، سواء وقعا مكبين أو مستلقين، أو أحدهما هكذا والآخر كذاك، لكن قال البغوي: إن أكب أحدهما، واستلقى الآخر، فعلى عاقلة المستلقي نصف دية المكب مغلظة، وعلى عاقلة المكب نصف دية المستلقي مخففة، وهذا إن صح اقتضى أن يقال مثله في الاصطدام، هذا إذا كان الحبل لهما أو مغصوباً، فإن كان لأحدهما والآخر ظالم، فدم الظالم هدر، وعلى عاقلته نصف دية المالك، ولو أرخى أحد المتجاذبين، فسقط الآخر، ومات فنصف دية على عاقلة المرخي ويهدر نصفها، ولو قطع الحبل قاطع، فسقطا وماتا، فديتهما جميعاً على عاقلة القاطع.

فرع: ما ذكرنا أنه يهدر نصف قيمة الدابة ويجب النصف الآخر هو فيما إذا كانت الدابة للراكب، فإن كانت مستعارة أو مستأجرة لم يهدر منها شيء، لأن العارية مضمونة، وكذا المستأجر إذا أتلفه المستأجر.

الثالثة: إذا اصطدم صبيان أو مجنونان، نظر، إن كانا ماشيين، أو راكبين ركبا بأنفسهما، فهما كالبالغين إلا أنا إذا أوجبنا هناك دية مغلظة، فهي هنا مخففة إلا إذا قلنا: عمد الصبي والمجنون عمد، وإن أركبهما من لا ولاية له عليهما، لم يهدر شيء من ديتهما، ولا من قيمة الدابتين، ولا شيء على الصبيين، ولا على عاقلتهما، بل إن كان المركب واحداً، فعليه قيمة الدابتين، وعلى عاقلته دية الصبيين، وإن أركب هذا واحداً وذاك آخر، فعلى كل واحد نصف قيمة كل دابة، وكذا يضمن ما أتلفته دابة من أركبه بيدها أو رجلها، وعلى عاقلة كل واحد نصف ديتي الصبيين، هذا هو الصحيح المعروف الذي قطع به الأصحاب، وقال الداركي وابن المرزبان: يلزم عاقلة كل مركب دية من أركبه، قال الشيخ أبو حامد: هذا غلط، قال في «الوسيط»: فلو تعمد الصبي والحالة هذه، احتمل أن يحال الهلاك عليه إذا قلنا: عمدته عمد، لأن المباشرة مقدمة على التسبب، وهذا احتمال حسن، فإن قيل به، فحكمه كما لو ركبا بأنفسهما، والاعتذار عنه تكلف، ولو وقع الصبي، فمات، فقد أطلق الشيخ أبو حامد أنه يتعلق بالمركب الضمان، وقال المتولي: إن كان مثله لا يستمسك على الدابة ولم يشده، وجب الضمان، وإن كان يستمسك، فإن كان ينقله من موضع إلى موضع، فلا ضمان، سواء أركبه الولي أو غيره، لأنه لا يخاف منه الهلاك غالباً، وإن أركبه ليتعلم الفروسية، فهو كما لو تلف في يد السباح، وفي كل واحد من الإطلاق

والتفصيل نظر، أما إذا أركبهما ولياهما لمصلحتهما فوجهان: أصحهما: لا ضمان على الولي، كما لو ركبا بأنفسهما إذ لا تقصير، والثاني قاله القفال: يجب الضمان، لأن في الإركاب خطراً، هكذا أطلق جماعة الوجهين، وخصهما الإمام بالإركاب لزينة أو حاجة غير مهمة، قال: فأما إذا مست حاجة أرهقت إلى إركابه للانتقال إلى مكان، فلا ضمان قطعاً، ثم الوجهان مخصوصان بما إذا ظهر ظن السلامة، فأما إذا أركبه الولي دابة شرسة جموحاً، فلا شك في أنه يتعلق به الضمان.

الرابعة: اصطدم المرأتين كالرجلين، فإن اصطدم حاملان فماتتا ومات جنيناهما، وجب في تركة كل واحدة منهما أربع كفارات على الصحيح، وهو إيجاب الكفارة على قاتل نفسه، وعدم تجزئة الكفارة، فإن لم نوجبها على قاتل نفسه، وجب ثلاث كفارات، وإن قلنا بالتجزئة، وجب ثلاثة أنصاف كفارة وعلى عاقلة كل واحدة نصف دية صاحبته ونصف غرة كل جنين.

الخامسة: اصطدم عبدان، فمات أحدهما، وجب نصف قيمته متعلقاً برقبة الحي، وإن ماتا فمهدران، لأن ضمان جنائية العبد تتعلق برقبته، سواء اتفقت قيمتهما، أم اختلفت، وإن اصطدم حر وعبد ومات العبد، فنصفه هدر، وتجب نصف قيمته، وهل تكون على الحر أم على عاقلته؟ فيه الخلاف في تحمل العاقلة قيمة العبد، وإن مات الحر، وجب نصف دية متعلقاً برقبة العبد، وإن ماتا معاً، فإن قلنا: قيمة العبد لا تحملها العاقلة، وجب نصفها في تركة الحر، ويتعلق به نصف دية الحر، لأنه بدل رقبته، وإن قلنا: تحمل العاقلة القيمة، فنصف قيمة العبد على عاقلة الحر، ويتعلق به نصف دية الحر، فيأخذ السيد من العاقلة نصف القيمة، ويدفع نصف الدية إلى ورثة الحر، إما من عين المأخوذ وإما من غيره، قال الإمام: والوجه أن يثبت لورثة الحر مطالبة عاقلته بنصف القيمة، وإن كان ملكه السيد ليتوثقوا به وكذا إذا تعلق أرش برقبة عبد، فقتله أجنبي، ثبت للمجني عليه مطالبة قاتل الجاني بالقيمة، ويثبت للمرتهن مطالبة قاتل المرهون بالقيمة ليتوثق بها، وليكن هذا مبنياً على أن المرتهن هل له أن يخاصم الجاني؟ وفيه خلاف سبق، الأصح: المنع وبتقدير أن يخاصم ويأخذ، فإن لم يصر المأخوذ ملكاً للراهن، لم يصح التوثق، وإن صار، فجعل المرتهن نائباً عنه قهراً بعيد.

السادس: اصطدم مستولدتان لرجلين فماتتا، أهدر نصف قيمة كل منهما ووجب نصف قيمة كل واحدة على سيد الأخرى، لأن ضمان جنائية المستولدة على سيدها، كما سيأتي في بابها إن شاء الله تعالى، والمذهب أنه يضمن أقل الأمرين من أرش الجنائية وقيمة مستولده، وإن كانتا حاملين، فماتتا، وأجهضتا جنينهما، فحكم

القيمة ما ذكرنا، وأما ضمان الجنينين، فإن كانا رقيقين، فعلى سيد كل واحدة مع نصف قيمة الأخرى نصف عشر قيمتها لنصف جنينها، وإن كانتا حاملين بحرين من شبهة، فعلى كل سيد مع نصف قيمة الأخرى نصف غرة لجنين مستولده، ونصف غرة لجنين الأخرى، وإن كانتا حاملين بحرين من السيدين، فنصف كل جنين هدر، لأن المستولدة إذا جنت على نفسها، وألقت جنيناً، كان هدرًا، وعلى كل واحد من السيدين نصف غرة جنين الأخرى، وتصير الصورة من صور التقاص، وإذا فضل لأحدهما شيء أخذه، وإن كانت إحداهما حاملًا، فألقت جنينها ميتًا، فنصف الغرة على سيد الحامل، فإن كان للجنين أم أم وارثة، فلها نصف سدس الغرة، والباقي لسيد الحامل، وعليه للجدة نصف سدس أيضاً ليكمل لها سدس الغرة.

السابعة: إذا اصطدم سفينتان، وغرقتا بما فيهما، فإما أن يحصل الاصطدام بفعلهما، وإما لا، فهما حالان:

الحال الأول بفعلهما، فينظر إن كانت السفينتان وما فيهما ملكاً للملاحين المجريين لهما، فنصف قيمة كل سفينة وما فيهما مهدر، ونصف قيمتها ونصف قيمة ما فيها على صاحب الأخرى، فإن هلك الملاحان أيضاً، فهما كالفارسين يموتان بالاصطدام، وإن كانت السفينتان لهما وحملًا الأموال والأنفس تبرعاً أو بأجرة، نظر إن تعمدوا الاصطدام بما يعده أهل الخبرة مفضياً إلى الهلاك، تعلق بفعلهما القصاص حتى إذا كان في كل سفينة عشرة أنفس مثلاً يقرع بينهم لموتهم معاً، فمن خرجت قرعته، قتل به الملاحان، وفي مال كل واحد منهما نصف ديات الباقيين، فيكون على كل واحد تسع ديات ونصف مع القصاص، وفي مال كل واحد من الكفارات بعدد من في السفينتين من الأحرار والعبيد، وعلى كل واحد منهما نصف قيمة ما في السفينتين لا يهدر منه شيء، ونصف قيمة سفينة صاحبه، ويهدر نصفها، ويجري التقاص في القدر الذي يشتركان فيه، وإن تعمدوا الاصطدام بما لا يفضي إلى الهلاك غالباً وقد يُفضي إليه، فهو شبه عمد، والحكم كما ذكرنا، إلا أنه لا يتعلق به قصاص، وتكون الدية على العاقلة مغلظة، وإن لم يتعمدا الاصطدام بل ظنا أنهما يجريان على الريح فأخطأ أو لم يعلم واحد منهما أن بقرب سفينته سفينة الآخر، فالدية على العاقلة، وإن كانت السفينتان لغير الملاحين، وكانا أجيرين للمالك، أو أمينين، لم يسقط شيء من ضمان السفينتين بل على كل واحد منهما نصف قيمة كل سفينة، وكل واحد من المالكين مخير بين أن يأخذ جميع قيمة سفينته من أمينه، ثم هو يرجع بنصفها على أمين الآخر، وبين أن يأخذ نصفها منه ونصفها من أمين الآخر، وإن كان المجريان عبيدين، فالضمان يتعلق برقبتهما.

الحال الثاني: أن يحصل الاصطدام لا بفعلهما، فإن وجد منهما تقصير بأن توانيا في الضبط، فلم يعدلاهما عن صوب الاصطدام مع إمكانه، أو سيرا في ربح شديدة لا تسير في مثلها السفن، أو لم يكملا عدتهما من الرجال والآلات، وجب الضمان على ما ذكرنا، وإن لم يوجد منهما تقصير، وحصل الهلاك بغلبة الرياح وهيجان الأمواج، ففي وجوب الضمان قولان، أحدهما: نعم كالفارسين إذا غلبتهما دابتهما، وأصحهما: لا، لعدم تقصيرهما، كما لو حصل الهلاك بصاعقة بخلاف غلبة الدابة، فإن ضبطها ممكن باللجام، وقيل: القولان إذا لم يكن منهما فعل، بأن كانت السفينة مربوطة بالشط أو مرساة في موضع، فهاجت ربح فسيرتها فأما إذا سيراهما، ثم غلبت الرياح، وعجزا عن ضبطهما، فيجب الضمان قطعاً، والمذهب طرد القولين في الحالين، فإن قلنا: يجب الضمان، فهو كما لو فرطاً، ولكن لم يقصدا الاصطدام، وإن قلنا بالأظهر: لم يجب ضمان الأحرار، ولا ضمان الودائع والأمانات فيهما ولا ضمان الأموال المحمولة بالأجرة إن كان مالكة أو عبده معها يحفظها، وإن استقل المجريان باليد، فعلى القولين في أن يد الأجير المشترك هل هي يد ضمان؟ وإن كان فيهما عبيد، فإن كانوا أعواناً أو حفاظاً للمال لم يجب ضمانهم، وإلا فهم كسائر الأموال، وعلى هذا لو اختلف صاحب المال والملاحان، فقال صاحب المال: كان الاصطدام بفعلكما، وقالوا: بل بغلبة الرياح، صدقا بيمينهما، ومتى كان أحدهما مفرطاً أو عامداً دون الآخر، خص كل واحد منهما بالحكم الذي يقتضيه حاله على ما ذكرنا، ولو صدمت سفينة السفينة المربوطة بالشط فكسرتها، فالضمان على مجري السفينة الصادمة.

فرع: إذا خرق واحد سفينة، فغرق ما فيها من نفس ومال، وجب ضمانه، ثم إن تعمد الخرق بما يفضي إلى الهلاك غالباً كالخرق الواسع الذي لا مدفع، وجب القصاص والدية المغلظة في ماله، وإن تعمد به بما لا يحصل به الهلاك غالباً، فهو شبه عمد، وكذا لو قصد إصلاح السفينة، فنفذت الآلة في موضع الإصلاح فغرقت به السفينة، وإن أصابت الآلة غير موضع الإصلاح، أو سقط من يده حجر، أو غيره، فخرقت السفينة، فهو خطأ محض.

فرع: لو كانت السفينة مثقلة بتسعة أعدال، فوضع آخر فيها عدلاً آخر عدواناً، فغرقت، فهل يغرم جميع الأعدال التسعة أم بعضها؟ وجهان: أحدهما: جميعها، لأن الهلاك ترتب على فعله، وأصحهما: البعض، وفيه وجهان: أحدهما: النصف، والثاني: قسطه إذا وزع على جميع الأعدال، وهو كالخلاف في الجلاذ إذا زاد على الحد المشروع، وله نظائر متقدمة.

فصل: إذا أشرفت السفينة على الغرق، جاز إلقاء بعض أمتعتها في البحر، ويجب الإلقاء رجاء نجاة الراكبين إذا خيف الهلاك، ويجب إلقاء ما لا روح فيه لتخليص ذي الروح، ولا يجوز إلقاء الدواب إذا أمكن دفع الغرق بغير الحيوان، وإذا مست الحاجة إلى إلقاء الدواب، أُلقيت لإبقاء الأدميين، والعبيد كالأحرار، وإذا قصر من عليه الإلقاء حتى غرقت السفينة، فعليه الإثم ولا ضمان كما لو لم يطعم صاحب الطعام المضطر حتى مات، يعصي ولا يضمنه، ولا يجوز إلقاء المال في البحر من غير خوف، لأنه إضاعة للمال، وإذا ألقى متاع نفسه أو متاع غيره بإذنه رجاء السلامة، فلا ضمان على أحد، ولو ألقى متاع غيره بغير إذنه، وجب الضمان، وقيل: إذا ألقى من لا خوف عليه متاع نفسه لإنقاذ غيره، ففي رجوعه عليه وجهان: كمن أطعم المضطر قهراً والمذهب الأول، ولو قال لغيره: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو على أي ضامن، أو على أي أضمن قيمته، فألقاه فعلى الملتمس ضمانه، وقال أبو ثور وبعض الأصحاب: لا يجب ضمانه، لأنه ضمان ما لم يجب، والصحيح الأول وبه قطع الجمهور، لأنه التماس إتلاف بعوض له فيه غرض صحيح، فصار كقوله: أعتق عبدك على كذا، فأعتق، قال الأصحاب: وليس هذا على حقيقة الضمان وإن سمي ضماناً، ولكنه بذل مال للتخليص عن الهلاك، فهو كما لو قال: أطلق هذا الأسير ولك علي كذا، فأطلقه، يجب الضمان، وبنى القاضي حسين عليه أنه لو قال لمن له القصاص: اعف ولك كذا، أو قال لرجل: أطعم هذا الجائع ولك علي كذا، فأجاب، يستحق المسمى، أما إذا اقتصر على قوله: ألق متاعك في البحر، ولم يقل: وعلي ضمانه، فألقاه فقليل في وجوب الضمان خلاف، كقوله: أد ديني، وقطع الجمهور بأنه لا ضمان، لأن قضاء الدين ينفعه قطعاً وهذا قد لا ينفعه، قال البغوي: وتعتبر قيمة الملقى قبل هيجان الأمواج، فإنه لا قيمة للمال في تلك الحال، فلا تجعل قيمة المال في البحر وهو على خطر الهلاك كقيمة البر، ثم إنما يجب الضمان على الملتمس بشرطين:

أحدهما: أن يكون الالتماس عند خوف الغرق، فأما في غير حال الخوف فلا يقتضي الالتماس ضماناً، سواء قال: على أي ضامن، أو لم يقل، كما لو قال: اهدم دارك، ففعل.

الشرط الثاني: أن لا تختص فائدة الإلقاء بصاحب المتاع، واعلم أن فائدة التخليص بإلقاء المتاع تتصور في صور:

إحداها: أن يختص بصاحب المتاع، فإذا كان في السفينة المشرفة راكب ومتاعه، فقال له رجل من الشط، أو من زورق بقربها: ألق متاعك في البحر وعلي

ضمانه، فألقى، لا يجب الضمان، ولا يحل له أخذ الضمان، لأنه فعل ما هو واجب عليه لغرض نفسه، فلا يستحق عوضاً، كما لو قال للمضطر: كل طعامك وأنا ضامنك لك، فأكله، لا شيء على الملتمس.

الثانية: أن يختص بالملتمس، بأن أشرفت سفينة على الغرق وفيها متاع رجل وهو خارج عنها، فقال للخارج: ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه، فألقى، وجب الضمان كما ذكرنا سواء حصلت السلامة أم لا، حتى لو هلك الملتمس وجب الضمان في تركته.

الثالثة: أن يختص بغيرهما، بأن كان الملتمس وصاحب المتاع خارجين عن السفينة وفيها جماعة مشرفون على الغرق، وجب الضمان على الملتمس أيضاً، لأنه غرض صحيح.

الرابعة: أن تعود المصلحة إلى ملقي المتاع وغيره دون الملتمس، فوجهان: أحدهما: يجب ضمان جميع المتاع، والثاني: بقسط الملقى على مالكه وسائر من فيها، فيسقط قسط المالك ويجب الباقي، فإن كان معه واحد، وجب نصف الضمان، وإن كان معه تسعة، وجب تسعة أعشاره.

الخامسة: أن يكون في الإلقاء تخليص الملتمس وغيره، بأن التمس بعض ركاب السفينة من بعض، فيجب الضمان على الملتمس، قال الإمام: ويجيء الوجهان في أنه هل تسقط حصة المالك؟

فرع: إذا قال: ألق متاعك في البحر وأنا وركاب السفينة ضامنون، كل واحد منا على الكمال، أو على أي ضامن وكل واحد منهم ضامن، فعليه ضمان الجميع، ولو قال: أنا وهم ضامنون كل واحد منا بالحصة، لزمه ما يخصه، وكذا لو قال: أنا وهم ضامنون، واقتصر عليه، ولو قال: وأنا ضامن وركاب السفينة، أو على أن أضمنه أنا والركاب، أو قال: وأنا ضامن وهم ضامنون، لزمه ضمان الجميع على الأصح، وقيل: على القسط، ثم قوله: هم ضامنون، إما للجميع، وإما للحصة، إن أراد به الإخبار عن ضمان سبق منهم، واعترفوا به، لزمهم، وإن أنكروا، فهم المصدقون، وإن قال: أردت إنشاء الضمان عنهم، فقليل: إن رضوا به، ثبت المال عليهم، والصحيح أنه لا يثبت، لأن العقود لا توقف، وإن قال: وأنا وهم ضامنون وضمنت عنهم بإذنهم، طوب هو بالجميع بقوله، وإذا أنكروا الإذن، فهم المصدقون حتى لا يرجع عليهم، ولو قال: أنا وهم ضامنون، وأصححه من مالهم، فقد نقل الأئمة لا سيما العراقيون، أنه يطالب بالجميع أيضاً، وكذا لو قال: أنا أحصله من مالهم كما لو قال: اخلعها على ألف أصححها لك من مالها، أو أضمنها لك من

مالها، يلزمه الألف، ولو قال: ألقى متاعك في البحر على أني وهم ضمناء، فأذن له في الإلقاء، فألقاه، فهل تلزمه الحصة أم الجميع، لأنه باشر الإتلاف؟ وجهان:

فرع: قال: ألق متاعك وعلي نصف الضمان، وعلى فلان الثلث، وعلى فلان السدس، لزمه النصف.

فرع: قال لرجل: ألق متاع زيد وعلي ضمانه إن طالبك، فالضمان على الملقى دون الأمر.

فرع: قال الإمام: المتاع الملقى لا يخرج عن ملك مالكة حتى لو لفظه البحر على الساحل، وظفرنا به، فهو لمالكه، ويسترد الضامن المبذول، وهل للمالك أن يمسك ما أخذه، ويرد بدله؟ فيه خلاف كالخلاف في العين المقرضة إذا كانت باقية، فهل للمقترض إمساكها ورد بدلها؟

المسألة الثامنة: إذا عاد حجر المنجنيق على الرامين، فقتل أحدهم، فقد مات بفعله وفعل شركائه، وحكمه كالاصطدام، فإن كانوا عشرة، سقط عشر ديته، ووجب على عاقلة كل واحد من التسعة عشرها، ولو قتل اثنين منهم، فصاعداً فكذلك، فلو قتل العشرة، أهدر من دية كل واحد عشرها، ووجب على عاقلة كل واحد من الباقيين عشرها، ولو أصاب الحجر غيرهم، نظر، إن لم يقصدوا واحداً أو أصاب غير من قصدوه، بأن عاد فقتل بعض النظارة، فهذا خطأ يوجب الدية المخففة على العاقلة، وإن قصدوا شخصاً أو جماعة بأعيانهم فأصابوا من قصدوه، فوجهان: قطع العراقيون بأنه شبه عمد، لأنه لا يتحقق قصد معين بالمنجنيق، والثاني وبه قطع الصيدلاني، والإمام والغزالي والمتولي، ورجحه البغوي والرويانى: أنه عمد إذا كانوا حاذقين تتأتى لهم الإصابة، والغالب الإصابة.

قلت: هذا الثاني هو الذي صححه في «المحرر». والله أعلم.

وإن قصدوا واحداً أو جماعة، والغالب أنه لا يصيب من قصدوه وقد يصيب، فهو شبه عمد، والعلم بأنه يصيب أحدهم لا بعينه، أو جماعة منهم لا بأعيانهم، لا يحقق العمدية، ولا يوجب القصاص، لأن العمدية تعتمد قصد عين الشخص ولهذا لو قال: اقتل أحد هؤلاء وإلا قتلتك، فقتل أحدهم، لا قصاص على الأمر، لأنه لم يقصد عين أحدهم، ثم قال الغزالي: يكون هذا خطأ في حق ذلك الواحد، وقال البغوي: يكون شبه عمد تجب به دية مغلظة على العاقلة وهذا هو الصحيح إذا قصدوا واحداً أو جماعة لا بأعيانهم، وكذا لو رمى سهماً إلى جماعة، ولم يعين أحدهم، ثم استدرك الإمام فقال: قولنا لا يجب القصاص مفروض فيمن قصد إصابة واحد لا بعينه، أو جماعة لا بأعيانهم وأصاب الحجر بعضهم، فأما إذا كان القوم محصورين

في موضع وعلم الحاذق أنه إذا سدد عليهم الحجر أصاب جميعهم وحقق قصده، فأتى عليهم، فالذي أراه وجوب القصاص.

التاسعة: جرح مرتدًا بقطع يده أو غيرها، فأسلم، ثم جرحه الأول، ثم جرحه ثلاثة آخرون فمات، نظر، إن وقعت الجراحات الأربع بعد اندمال الأولى، لزمهم الدية أرباعاً، وإن وقعت قبل اندمالها ومات من الجراحات الخمس، ففيما عليهم وجهان: أحدهما: وبه قال ابن الحداد: توزع الدية على عدد الجارحين وهم أربعة، فيجب على كل واحد ربعها، ثم يعود ما على الجراح في الردة إلى الثمن، لأن جراحة الردة مهددة، والثاني: توزع الدية على الجراحات، فيسقط خمسها للردة، ويجب على كل واحد من الأربعة خمسها، كما لو جرحه واحد في الردة وأربعة بعد الإسلام، فإنه يلزم كل واحد من الأربعة خمس الدية، ولو جرحه ثلاثة في الردة، ثم جرحوه مع رابع في الإسلام، ومات بالجراحات، فعلى قول ابن الحداد توزع الدية على الأربعة وقد جرح ثلاثة منهم جراحتين، إحداهما في الردة، فيعود ما على كل منهم إلى الثمن، ويبقى على الرابع الربع، وعلى الوجه الآخر: الجراحات سبع، فيسقط ثلاثة أسباع الدية بجراحات الردة، ويجب على كل واحد سبعة، ولو جرحه في الردة أربعة، ثم جرحه أحدهم مع ثلاثة في الإسلام، فعلى قول ابن الحداد: الجارحون سبعة فعلى كل واحد من الذين لم يجرحوا إلا في الإسلام سبع الدية، ولا شيء على الجارحين في الردة فقط، وعلى الجراح في الحاليين نصف سبع، وعلى الوجه الآخر مات بثمان جراحات، أربع في الإهدار، فعلى كل واحد من الجارحين في الإسلام ثمن الدية. ولو جرحه أربعة في الردة، ثم جرحه أحدهم وحده في الإسلام، فعلى قول ابن الحداد: الجارحون أربعة، يلزم الجراح في الإسلام الثمن، لأن حصته الربع، فيسقط نصفه بجراحة الردة، ولا شيء على الباقيين، وعلى الوجه الآخر يلزمه خمس الدية، ويسقط أربعة أخماسها، ولو جرحه ثلاثة في الردة، ثم جرحه أحدهم في الإسلام، فهل عليه سدس الدية أم ربعها؟ فيه الوجهان، ولو جرحه اثنان في الردة، ثم جرحه أحدهما مع ثالث في الإسلام، فعلى قول ابن الحداد، لا شيء على الذين لم يجرح إلا في الردة، وعلى الجراح في الحاليين سدس، وعلى الآخر ثلث، وعلى الوجه الآخر، يلزم الجراح في الحاليين ربع الدية، وكذا الجراح في الإسلام. ولو جرحه اثنان في الردة، ثم في الإسلام، لزم كل واحد منهما ربع الدية باتفاق الوجهين، ولو جرحه ثلاثة في الردة ثم في الإسلام، لزم كل واحد سدس الدية باتفاق الوجهين، وكذا يتفقان متى لم يختلف عدد الجراحات ولا الجارحين في الحاليين.

فرع: إذا اختلفت جنايات رجل عمداً وخطأً، وشاركه غيره بأن جرح خطأً، ثم عاد مع آخر، فجرحا عمداً، فالتوزيع لمعرفة ما يؤخذ منه وما يضرب على عاقلته كما سبق فيما إذا جنى في الردة والإسلام.

العاشرة: جنى عبد على زيد بإيضاخ، أو قطع يد، أو أصبع أو غيرها، ثم قطع عمرو يد العبد، ثم جنى العبد على بكر، ومات زيد وبكر بالجراحة أو لم يموتا، ومات العبد بالقطع، لزم عمراً قيمة العبد، فحصة اليد منها يخص بها زيد، ويتضارب زيد وبكر أو ورثتهما في الباقي: زيد بما بقي بعد أخذ حصة اليد، وبكر بالجميع، لأنه جنى على زيد بتمام بدنه، وجنى على بكر ولا يد له، ولا حق له في بدلها، وأما حصة اليد، فالصحيح أنها ما نقص من قيمته بقطع اليد، قال الشيخ أبو علي: ومن الأصحاب من يغلط، فيعتبر أرشها وهو نصف القيمة، قال: وهذا فاسد من وجهين: أحدهما: أنه لو قطع يدي زيد ينبغي أن يختص بجميع القيمة، ولا يجوز أن يجني على اثنين، ثم تكون قيمته لأحدهما، والثاني: أن الجراحة إذا صارت نفساً، سقط اعتبار بدل الطرف.

فرع: في مسائل من فتاوى البغوي ذكرها الرافعي في آخر باب العاقلة، منها: حفر بئراً عدواناً، ثم أحكم رأسها، ثم جاء آخر وفتحها، فوقع فيها شخص، فمات فالضمان على فاتح الرأس، ولو أحكم رأسها آخر ففتحها ثالث، تعلق الضمان بالثالث، ولو وقعت بهيمة في بئر عدوان فلم تتأثر بالصدمة وبقيت فيها أياماً، فماتت جوعاً أو عطشاً، فلا ضمان على الحافر لحدوث سبب آخر، كما لو افترسها سبع في البئر، ولو تقاتل رجلان فرمى أحدهما صاحبه، فسقط بصولته، وتلف، فلا ضمان، وإن سقط بصولته، وضربة صاحبه، وجب نصف الضمان، ولو شد عنق أحد بغيره بالآخر، وتركهما بالمسرح، فدخل بغير رجل بينهما فتلف من جذبة الحبل أحد البعيرين، فلا ضمان إلا أن يكون ذلك البعير معروفاً بالإفساد.

الطرف الخامس: في حكم السحر:

اعلم أن حكم السحر وقع بعضه في أول الجنايات، وبعضه هنا، ومعظمه في آخر كتاب دعوى الدم وقد رأيت تقديم هذا الأخير إلى هنا، فالساحر قد يأتي بفعل أو قول يتغير به حال المسحور، فيمرض ويموت منه، وقد يكون ذلك بوصول شيء إلى بدنه من دخان وغيره، وقد يكون دونه. وقال أبو جعفر الاستربادي من أصحابنا: لا حقيقة للسحر وإنما هو تخيل، والصحيح أن له حقيقة كما قدمناه، وبه قطع الجمهور، وعليه عامة العلماء ويدل عليه الكتاب والسنة الصحيحة المشهورة. ويحرم فعل السحر بالإجماع، ومن اعتقد إباحته، فهو كافر، وإذا قال إنسان: تعلمت

السحر، أو أحسنه، استوصف، فإن وصفه بما هو كفر فهو كافر، بأن يعتقد التقرب إلى الكواكب السبعة، قال القفال: ولو قال: أفعل بالسحر بقدرتي دون قدرة الله تعالى، فهو كافر، وإن وصفه بما ليس بكفر، فليس بكافر.

وأما تعلم السحر وتعليمه ففيه ثلاثة أوجه: الصحيح الذي قطع به الجمهور: أنهما حرامان، والثاني: مكروهان، والثالث: مباحان، وهذا إذا لم يحتج في تعليمه إلى تقديم اعتقاد هو كفر.

قلت: قال إمام الحرمين في كتابه «الإرشاد»: لا يظهر السحر إلا على فاسق، ولا تظهر الكرامة على فاسق، وليس ذلك بمقتضى العقل، ولكنه مستفاد من إجماع الأمة، وذكر المتولي في كتابه «الغنية» نحو هذا. والله أعلم.

واعلم أن التكهن، وإتيان الكهان، وتعلم الكهانة والتنجيم والضرب بالرمل وبالشعير والحصى، وتعليم هذه كلها حرام، وأخذ العوض عليها حرام بالنص الصحيح في حلوان الكاهن، والباقي بمعناه، وقد أوضحت هذا الفصل في «تهذيب الأسماء واللغات» عند ذكر الحلوان والكهانة، ونبهت فيه على النصوص، وأقوال العلماء في تحريمه، ولا يغتر بجهالة من يتعاطى الرمل وإن نسب نفسه، أو نسبه الناس إلى علم، كما لا يفتر به فيما يعرفه من حاله من تساهله في الشبهات، وبعض المحرمات وأما الحديث الصحيح: «كان نبي من الأنبياء يخط، فمن وافق خطه، فذاك» فمعناه: من علمتم موافقته له، فلا بأس، ونحن لا نعلم الموافقة، فلا يجوز، لأن الجواز معلق بمعرفة الموافقة. والله أعلم.

فصل: القتل بالسحر لا يثبت بالبينة، لأن الشاهد لا يعلم قصد الساحر، ولا يشاهد تأثير السحر، وإنما يثبت ذلك بإقرار الساحر، وقد سبق في الجنائيات أنه إذا قال: قتلته بسحري، وسحري يقتل غالباً، فقد أقر بقتل العمد، وإن قال: وهو يقتل نادراً، فهو إقرار بشبه العمد، وإن قال: أخطأت من اسم غيره إلى اسمه، فهو إقرار بالخطأ، ثم ديه شبه العمد، ودية الخطأ المخففة كلاهما في مال الساحر، ولا تطالب العاقلة بشيء إلا أن يصدقوه، لأن إقراره عليهم لا يقبل، كما سيأتي في باب العاقلة إن شاء الله تعالى، وقوله في «الوجيز» هي على العاقلة خطأ وسبق قلم، لم يذكره غيره، ولا هو في «الوسيط».

فرع: قال الشافعي رحمه الله في «الأم»: لو قال: أمرض بسحري ولا أقتل، وأنا سحرت فلاناً فأمرضته، عزر، قال: ولو قال: لا أمرض به، ولكن أؤذي، نهى عنه، فإن عاد، عزر، لأن السحر كله حرام.

فرع: إذا قال: أمرضته بسحري ولم يمت به، بل بسبب آخر، نص الشافعي

رحمه الله في «المختصر» أنه لوث يقسم به الولي، ويأخذ الدية، قال الإمام: وفيه قول مخرج: إنه ليس بلوث، والمذهب والمنصوص في «الأم» وما عليه الجمهور، أنه إن بقي متألماً إلى أن مات، حلف الولي، وأخذ الدية، وذلك قد يثبت بالبينة، وقد يثبت باعتراف الساحر، وإن ادعى الساحر البرء من ذلك المرض وقد مضت مدة يحتمل البرء فيها، فالقول قوله بيمينه، وعلى هذا يحمل نص «المختصر».

فرع: قال: قتلت بسحري جماعة، ولم يعين أحداً، فلا قصاص ولا يقتل حداً، خلافاً لأبي حنيفة رحمه الله.

فرع: إذا أصاب غيره بالعين، واعترف بأنه قتله بالعين، فلا قصاص، وإن كانت العين حقاً، لأنه لا يفضي إلى القتل غالباً، ولا يعد مهلكاً.

قلت: ولا دية فيه أيضاً ولا كفارة، ويستحب للعائن أن يدعو للمعين بالبركة، فيقول: اللهم بارك فيه ولا تضره، وأن يقول: ما شاء الله لا قوة إلا بالله، وفي صحيح مسلم: أن رسول الله ﷺ قال: «العين حق، وإذا استغسلتم فاغسلوا» قال العلماء: الاستغسال أن يقال للعائن: اغسل داخله إزارك مما يلي الجلد بماء، ثم يصب على المعين، وعن عائشة رضي الله عنها قالت: كان يؤمر العائن أن يتوضأ، ثم يغتسل منه المعين. وقد جاء في هذه المسألة أحاديث في الصحيح وغيره وغيرها أوضحتها في أواخر كتاب «الأذكار». والله أعلم.

الباب الخامس: في العاقلة ومن عليه الدية، وفي جناية الرقيق

قد سبق عند ذكر جهات تخفيف الدية وتغليظها، أن الدية في العمد على الجاني، وفي شبه العمد والخطأ على العاقلة، وسواء في العمد كان موجباً للدية ابتداء كقتل الأب الابن، أم كان موجباً للقصاص، ثم عفي على الدية، ولا تحمل العاقلة أيضاً دية الأطراف في جناية العمد، ثم بدل العمد يجب حالاً على قياس أبدال المتلفات، وبديل شبه العمد والخطأ، يجب مؤجلاً، وفي الباب أطراف:

الأول في بيان العاقلة، والثاني: في صفتهم، والثالث: في كيفية الضرب عليهم، وهذه الأطراف مختصة بجناية الحر، والرابع: في جناية الرقيق.

الطرف الأول: أما العاقلة فجهاً التحمل ثلاث: القرابة والولاء وبيت المال، وليست المحالفة والمواودة من جهات التحمل، ولا يتحمل الحليف ولا العديد الذي لا عشيرة له، فيدخل نفسه في قبيلة ليعد منها، ولا يتحمل أيضاً أهل الديوان بعضهم عن بعض بمجرد ذلك، أما جهة القرابة فإنما يتحمل منها من كان على حاشية النسب وهم الإخوة وبنوهم والأعمام وبنوهم، وأما أبو الجاني وأجداده وبنوه وبنو

بنيه، فلا يتحملون، لأنهم أبعاضه وأصوله، فلم يتحملوه، كما لا يتحمل الجاني، وفي الحديث الصحيح أن النبي ﷺ قضى بدية مقتولة على عاقلة القاتلة، وبرأ زوجها والولد، وفي الحديث الآخر قال لرجل معه ابنه: «لا يجني عليك ولا تجني عليه» أي: لا يلزمك موجب جنايته، ولا يلزمه موجب جنايتك، فلو جنت امرأة ولها ابن هو ابن ابن عمها، لم يتحمل على الأصح، لأن البنوة مانعة.

فرع: يقدم أقرب العصابات فأقربهم، ومعنى التقديم: أن ينظر في الواجب عند آخر الحول، وفي الأقربين فإن كان فيهم وفاء إذا وزع الواجب عليهم لقاء الواجب أو لكثرتهم، وزع عليهم ولا يشاركهم من بعدهم وإلا فيشاركهم في التحمل من بعدهم ثم الذين يلونهم. والمقدم من العاقلة الإخوة ثم بنوهم وإن سفلوا، ثم الأعمام ثم بنوهم، ثم أعمام الأب ثم بنوهم، ثم أعمام الجد ثم بنوهم على ما سبق في الميراث، وهل يقدم من يدلي من هؤلاء بالأبوين على المدلي بالأب كالأخ من الأبوين مع الأخ من الأب أم يستويان؟ قولان، الجديد الأظهر تقديمه.

فرع: ذوو الأرحام لا يتحملون، قال المتولي: إلا إذا قلنا بتوريثهم فيتحملون عند عدم العصابات كما يرثون عند عدمهم، ولا تحمل بالزوجة بحال.

الجهة الثانية: الولاء، فإذا لم يكن للجاني عصابة نسب، أو كانوا ولم يف التوزيع عليهم يحمل معتقه، فإن لم يكن، أو فضل عنه شيء، تحمل عصبته من النسب، فإن لم يكونوا، أو فضل شيء، تحمل معتق المعتق، ثم عصباته، ولا يدخل في عصابة المعتق ابنه وأبوه على الأصح، وقيل: يدخل لفقد البعضية بينه وبين الجاني، ويجري الوجهان في ابن معتق المعتق وأبيه، فإن لم يوجد من له نعمة الولاء على الأب الجاني ولا أحد من عصباته، تحمل معتق الأب ثم عصباته، ثم معتق معتق الأب ثم عصباته، فإن لم يوجد من له نعمة الولاء على الأب، تحمل معتق الجد ثم عصباته كذلك إلى حيث ينتهي، واللقيط الذي لا يعرف نسبه لو ادعاه رجل، أو بلغ وانتسب إلى ميت واعترف به ورثته، يثبت نسبه، وتؤخذ دية جنايته من عصباته، فإن قامت بينة بأنه من قبيلة أخرى، فالحكم للبيئة.

فصل: سيأتي إن شاء الله تعالى أن المرأة لا تتحمل العقل بحال، فلو أعتقت عبداً لم تحمل عقله، وإنما يحمله من يحمل دية جنايتها، كما يزوج عتيقها من يزوجه.

فرع: أعتق جماعة عبداً، فجنى خطأ، حملوا عنه حمل شخص واحد، لأن الولاء لجميعهم لا لكل واحد، فإن كانوا أغنياء فالمضروب على جميعهم نصف دينار، وإن كانوا متوسطين، فربع، وإن كانوا بعضاً وبعضاً، فعلى الغني حصته من

النصف وعلى المتوسط حصته من الربع، ولو كان المعتق واحداً ومات عن إخوة مثلاً، ضرب على كل واحد حصته تامة من نصف دينار أو ربعه، ولا يقال: يوزع عليهم ما كان الميت يحمله، لأن الولاء لا يتوزع عليهم توزعه على الشركاء، ولا يرثون الولاء من الميت، بل يرثون به، ولو مات واحد من الشركاء المعتقين، أو جميعهم، حمل كل واحد من عصباته مثل ما كان يحمله الميت وهو حصته من نصف أو ربع، لأن غايته نزوله منزلة ذلك الشريك.

فرع: إذا ضربنا على المعتق، فبقي شيء من الواجب، فهل يضرب على عصباته في حياته؟ نقل الإمام والغزالي المنع إذ لا حق لهم في الولاء ولا بالولاء في حياته، وتردد الإمام فيما لو لم يبق المعتق وضربنا على عصبته، فهل يخص بالأقربين، لأنهم أهل الولاء والإرث، أم يتعدى إلى الأبعد كعصبة الجاني؟ ورجح الاحتمال الثاني، وجزم به الغزالي، وصرح صاحباً «الشامل» و«التتمة» وغيرهما بالضرب عليهم.

فصل: في تحمل العتيق عن المعتق قولان، أظهرهما: المنع إذ لا إرث، والثاني: نعم، ويتأخر عن المعتق، ولا يضرب على عصبته بحال، قال في «البيان»: مقتضى المذهب أن يكون في عتيق العتيق القولان، لأن الجاني يتحمل عنه.

فصل: سيأتي إن شاء الله تعالى في كتاب العتق أن من لم يمسه رق قد يثبت عليه ولاء لمعتق أبيه أو جده أو أمه، وإن أمه إذا كانت عتيقة والأب رقيق، فعليه الولاء لمعتقها، فإن أعتق الأب، انجر ولاء الولد إلى مولى الأب، وتحمل عقله مفرع على الولاء، فيتحمله من له الولاء، فلو جنى متولد من عتيقة ورقيق، فالدية على مولى الأم، ولو جرح رجلاً، فأعتق أبوه، ثم مات المجروح فأرث الجراحة على مولى الأم، والباقي على الجاني، لأنه لا يمكن إيجابه على معتق الأم، لزوال استحقاقه الولاء، ولا على معتق الأب، لأنه وجب بسراية وجدت قبل انجرار الولاء إليه، ولا على بيت المال لوجود جهة الولاء، هكذا قاله ابن الحداد والأصحاب، ولالإمام والغزالي احتمال في بيت المال، لأن تعذر الولاء كعدمه، وللمسألة نظائر منها: متولد من عتيقة ورقيق حفر بئراً عدواناً، أو أشرع جناحاً أو ميزاباً، فمات به رجل، فالدية على مولى الأم، فإن أعتق أبوه، ثم حصل الهلاك، فالدية في ماله، ولو حفر العبد بئراً، ثم عتق، ثم تردى فيها شخص، أو رمى إلى صيد، فعتق، ثم أصاب السهم شخصاً، فالدية في ماله، ولو قطع يد إنسان خطأ، فأعتقه سيده، ثم سرت إلى النفس، صار السيد بإعتاقه مختاراً للفداء، فعليه الأقل من نصف الدية وكمال قيمة

العبد، ويجب في مال الجاني نصف الدية، قال البغوي: ويجيء وجه أن السيد يفديه بالأقل من كل الدية وكل القيمة، لأن الجناية وجدت في الرق.

ومنها: رمى ذمي صيداً، فأسلم، ثم أصاب إنساناً، فالدية في ماله لا على عاقلة الذمي ولا المسلم، لأن الدية إنما يحملها من كان عاقلة في حالتي الرمي والإصابة، ولو رمى يهودي صيداً، ثم تنصر، ثم أصاب شخصاً، قال الأصحاب: إن قلنا: لا يقر عليه، فهو مرتد لا عاقلة له، فالدية في ماله، وإن قلنا: يقر، فالدية على عاقلته، على أي دين كانوا، وليكن تحملهم على خلاف نذكره إن شاء الله تعالى متصلاً به، ولو جرح ذمي رجلاً خطأ، وأسلم، ثم مات المجروح، فأرش الجرح على عاقلته الذميين، والباقي في ماله، فإن زاد أرش الجرح على دية بأن قطع يديه ورجليه، فالواجب دية النفس على عاقلته الذميين، قاله ابن الحداد، ووافقه الجمهور، وفيه وجه قطع به في «المهذب» أن الأرش والزائد على العاقلة الذميين اعتباراً بحال الجرح، ولو عاد بعد الإسلام وجنى على المجني عليه جناية أخرى خطأ، ومات منهما، فنصف الدية على عاقلته المسلمين.

وأما الذميون، فإن كان أرش الجرح نصف الدية أو أكثر، فعليهم النصف أيضاً، وإن كان أقل كأرش موضحة، فهو على الذميين، وما زاد إلى تمام النصف، فعلى الجاني، وإن كان الجرح بعد الإسلام مذنباً قال الشيخ أبو علي وغيره: أرش الجرح الواقع في الكفر على الذميين، والباقي إلى تمام الدية على المسلمين، وفي «النهاية» و«البيان» إن هذا تفريع على قول ابن سريج فيمن جرح ثم قتل أنه لا يدخل أرش جرحه في الدية، وأما على الصحيح وهو الدخول، فجميع الدية على المسلمين، ولو عاد بعد الإسلام، فجرحه مع آخر خطأ، بني على الخلاف السابق أن الدية توزع على الجارحين أم على الجراحات؟ إن قلنا: على الجارحين وهو الأصح، فعليه نصف الدية وهو واجب بالجرحين، فحصة جرح الإسلام وهي الربع على عاقلته المسلمين، وأما جرح الكفر، فإن كان أرشه كربع الدية أو أكثر، فعلى الذميين الربع أيضاً، وإن كان دون الربع، فعليهم قدر الأرش، والزيادة إلى تمام الربع في مال الجاني، وإن وزعنا على الجراحات، فثلث الدية وهو حصة جرح الإسلام على عاقلته المسلمين، وجرح الكفر إن كان أرشه كثلث الدية أو أكثر، فعلى الذميين الثلث، وإن كان أقل، فعليهم الأرش، والباقي إلى تمام الثلث في مال الجاني.

ومنها: لو جرح شخصاً خطأ، ثم ارتد، ثم مات المجروح بالسراية، فأرش الجرح على عاقلته المسلمين، والباقي إلى تمام الدية في مال الجاني، فإن كان الأرش كالدية، أو أكثر بأن قطع يديه ورجليه، فقدر الدية وهو الواجب يلزم العاقلة،

ولو جرح وهو مرتد، ثم أسلم، ثم مات المجروح، فالدية في ماله إذ لا عاقلة للمرتد، ولو جرحه وهو مسلم، فارتد الجرح، ثم أسلم، ثم مات المجروح، فهل على عاقلته جميع الدية اعتباراً بالطرفين، أم عليهم أرش الجرح وما زاد في مال الجاني؟ قال الشيخ أبو علي: فيه قولان، وجزم آخرون بوجوب الجميع عليهم إن قصر زمان الردة المتخللة، وخصوا القولين بطول زمانها، قال البغوي: ويجيء وجه أن على العاقلة ثلثي الدية لوجود الإسلام في حالين، ولو رمى سهماً إلى صيد وارتد، فأصاب شخصاً، أو رمى المرتد صيداً فأسلم، فأصاب السهم، فالدية في ماله، لأنه تبدل حاله رمياً وإصابة، ولو تخللت الردة بين الرمي والإصابة، فكذا الجواب في «التهذيب» وذكر أبو علي أنهم خرجوها على قولين، أحدهما: تجب الدية على عاقلته المسلمين، والثاني: في ماله.

الجهة الثالثة: بيت المال، فيتحمل جناية من لا عصابة له بنسب ولا ولاء، أو له عصابة معسرون، أو فضل عنهم شيء من الواجب، فيجب الباقي في بيت المال إن كان الجاني مسلماً، فإن كان مستأمناً أو ذمياً، فلا، بل الدية في ماله على المذهب، وقيل: قولان، كمسلم لا عاقلة له ولا بيت مال، وهل يتحمل أبوه وابنه؟ وجهان كالوجهين في المسلم إذا لم يكن له عاقلة ولا بيت مال، وقلنا: تجب عليه الدية، هل يلزم أباه وابنه؟ وأما المرتد، فلا عاقلة له، فدية قتله خطأ في ماله مؤجلة، فإن مات، سقط الأجل.

الطرف الثاني: في صفات العاقلة وهي خمس: الأولى: التكليف، فلا يعقل صبي ولا معتوه، الثانية: الذكورة، فلا تعقل امرأة ولا خنثى، فإن بان ذكراً، فهل يغرم حصته التي أداها غيره؟ وجهان:

قلت: لعل أحصهما: نعم. والله أعلم.

الثالثة: اتفاق الدين، فلا يعقل مسلم عن ذمي وعكسه، وفي عقل يهودي عن نصراني وعكسه قولان.

قلت: أظهرهما: نعم. والله أعلم.

ولو كان لذمي أقارب حريون، فلا قدرة عليهم، فهم كالعدم، قال المتولي: فإن قدر الإمام على الضرب عليهم، بني على أن اختلاف الدار يمنع التوارث، إن قلنا: نعم، فلا ضرب، وإلا فوجهان: والمعاهد كالذمي، فيعقل عنه الذمي، ويعقل هو عن الذمي إن زادت مدة العهد على أجل الدية ولم ينقطع قبل مضي الأجل، الرابعة: الحرية، فلا يعقل مكاتب، الخامسة: أن يكون غنياً أو متوسطاً لا فقيراً

معتملاً، ولا يمنع العقل مطلق المرض والكبر والزمانة والعمى والهرم، وفي الزمن والأعمى والهرم وجه، لضعفهم عن النصرة.

فصل: يضرب على الغني نصف دينار، وعلى المتوسط ربع دينار، وهل النصف والربع حصة كل سنة أم لا يجب في السنين الثلاث إلا النصف أو الربع؟ وجهان: أصحهما: الأول، قال البغوي: يضبط الغنى والتوسط بالعادة، ويختلف باختلاف البلدان والأزمان، ورأي الإمام أن الأقرب اعتبار ذلك بالزكاة، فإن ملك عشرين ديناراً آخر الحول، فغني، وإن ملك دون ذلك فاضلاً عن حاجاته، فمتوسط، ويشترط أن يملك شيئاً فوق المأخوذ منه وهو الربع لئلا يصير فقيراً، وشرطهما أن يكون ما يملكانه فاضلاً عن مسكن وثياب وسائر ما لا يكلف بيعه في الكفارة.

فرع: الاعتبار فيما يؤخذ كل حول بآخر ذلك الحول في أمور، أحدها: إذا تم حول وهناك إبل، جمعت العاقلة ما عليهم من نصف وربع، فاشتروا به إبلاً، فإن لم توجد الإبل، فعلى القولين في أن الواجب حينئذ القيمة أم بدل مقدر، فلو تأخر الأداء بعد الحول فوجدت، لزمهم الإبل، وإن وجدت بعد أخذ البدل، لم يؤثر، الثاني: إذا لم يف التوزيع على العاقلة بواجب الحول، أخذ الباقي من بيت المال ولا ينتظر مضي الأحوال الثلاثة، الثالث: يعتبر غناه وتوسطه في آخر الحول، فلو كان معسراً آخر الحول، لم يلزمه شيء من واجب ذلك الحول، وإن كان موسراً من قبل، أو أيسر بعد، ولو كان موسراً آخر الحول، لزمه، فلو أعسر بعده، فهو دين عليه، ولو كان بعضهم في أول الحول كافراً أو رقيقاً أو صبيّاً أو مجنوناً، وصار في آخره بصفة الكمال، فهل تؤخذ منه حصته من واجب تلك السنة وما بعدها؟ فيه أوجه: أصحها: لا، والثاني: نعم، والثالث: لا تؤخذ حصة تلك السنة ويؤخذ ما بعدها.

فرع: يشبه أن يكون المرعي في وجوب النصف والربع قدرهما، لا أنه يلزم العاقلة بذل الدنانير بأعيانهما، لأن الإبل هي الواجب في الدية، وما يؤخذ يصرف إلى الإبل، وللمستحق أن لا يقبل غيرها، يوضحه أن المتولي قال: عليه نصف دينار، أو ستة دراهم.

الطرف الثالث: في كيفية الضرب على العاقلة، قد سبق بيان ترتيب العصابات والجهات، وقدر الواجب، فإذا انتهى التحمل إلى بيت المال، فلم يكن فيه مال، فهل يؤخذ الواجب من الجاني؟ وجهان بناء على أن الدية تجب على العاقلة أولاً، أم على الجاني، ثم تحملها العاقلة؟ وفيه وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: تؤخذ من الجاني، فإن قلنا: لا تؤخذ، ففي وجه تجب الدية على جماعة المسلمين كنفقة الفقراء، ولم يذكر الجمهور هذا، لكن لو حدث في بيت المال مال، هل يؤخذ منه

الواجب؟ وجهان: حكاهما القاضي حسين وغيره، أحدهما: لا، كما لا يطالب فقير العاقلة لغناه بعد الحول، وإن قلنا: تؤخذ من الجاني، فهي مؤجلة عليه كالعاقلة، وهل تجب على أبيه وابنه؟ وجهان: أصحهما: لا، والثاني: نعم، ويقدمان على القاتل.

فرع: إذا اعترف الجاني بالخطأ أو شبه العمد، وصدقته العاقلة، فعليهم الدية، وإن كذبوه، لم يقبل إقراره عليهم ولا على بيت المال، لكن يحلفون على نفي العلم، فإذا حلفوا، فالدية على المقر قطعاً، وعن المزني: أنه لا شيء عليه إن قلنا: تجب الدية أولاً على العاقلة، قال الإمام: ولا يبعد هذا عن القياس، والذي قطع به الأصحاب هو الأول، وتتأجل الدية عليه كالعاقلة، لكنه يؤخذ منه في آخر كل حول ثلث الدية بخلاف الواحد من العاقلة، فلو مات، فهل تحل الدية؟ وجهان: أحدهما: لا، لأن الأجل يلزم دية الخطأ، وأصحهما: نعم، كسائر الديون المؤجلة بخلاف ما لو مات أحد العاقلة في أثناء الحول، لا تؤخذ من تركته، لأن سبيله المواساة، والوجوب على الجاني سبيله صيانة الحق عن الضياع، فلا يسقط، فلو مات معسراً، قال البغوي: يحتمل أن تؤخذ الدية من بيت المال، كمن لا عاقلة له، ويحتمل المنع كما لو كان حياً معسراً.

قلت: هذا الثاني أرجح. والله أعلم.

ولو غرم الجاني ثم اعترفت العاقلة، فإن قلنا: الوجوب يلاقيه، لم يرد الولي ما قبض، بل يرجع الجاني على العاقلة، وإن قلنا: هي على العاقلة أولاً، رد الولي ما أخذ، وابتدأ بمطالبة العاقلة، وفي «التهذيب» أنه لو ادعى عليه قتل خطأ، أو شبه عمد ولا بينة ونكل المدعى عليه عن اليمين، فحلف المدعي، فإن قلنا: اليمين المردودة كإقرار المدعى عليه، وجبت الدية على المدعى عليه إن كذبت العاقلة المدعي، وإن قلنا: كالبينة، فهل الدية على العاقلة، أم على المدعى عليه ذهاباً إلى أنها لا تكون كالبينة إلا في حق المتداعيين؟ فيه وجهان:

فصل: بدل الأطراف وأروش الجراحات والحكومات قليلها وكثيرها يضرب على العاقلة على المشهور كدية النفس، وحكي عن القديم قول أنها لا تضرب عليهم، لأن الضرب على خلاف القياس لكن ورد الشرع به في النفس، فيقتصر عليها، ولهذا لا كفارة ولا قسامة في الطرف، وقول آخر: إن ما دون ثلث الدية لا يضرب، لأنه لا يعظم اجحافه بالجاني.

فرع: لو كان الأرش نصف دينار مثلاً، والعاقلة جماعات، فوجهان: أصحهما: يوزع النصف عليهم، والثاني: يعين له القاضي واحداً، أو جماعة

باجتهاده كي لا يعسر التوزيع، وهذا كالخلاف فيما لو كثرت العاقلة في درجة بحيث لو وزع الواجب، لأصاب كل غني دون نصف، وكل متوسط دون ربع، فقولان: المشهور: ضربه على الجميع، والثاني: يخص الإمام جماعة يضرب على أغنيائهم النصف، ومتوسطهم الربع، وعلى هذا وجهان: الصحيح: أنه يخص جماعة باجتهاده، والثاني: يجعلهم فريقين أو ثلاثة كما يقتضيه الحال ويقرر.

فصل: لا خلاف أن ما يضرب على العاقلة يضرب مؤجلاً وأن الأجل لا ينقص عن سنة، وأن دية النفس الكاملة تؤجل إلى ثلاث سنين، يؤخذ في كل سنة ثلثها، واختلف الأصحاب في علته، فراعى طائفة كونها بدل نفس محترمة، وراعى آخرون قدر الواجب واعتبروا التأجيل به، وهذا أصح، وتظهر فائدة الخلاف في صور:

إحداها: بدل العبد أو طرفه إذا جني عليه خطأ، أو شبه عمد، هل تحمله العاقلة أم هو في مال الجاني؟ قولان، أظهرهما: الأول وهو الجديد، لأنه بدل آدمي ويتعلق به قصاص وكفارة، فعلى هذا لو اختلف السيد والعاقلة في قيمته، صدقوا بأيمانهم، فلو صدقه الجاني لم يقبل عليهم بل الزيادة على ما اعترفت به العاقلة في ماله، وعلى هذا القول لو كانت قيمة العبد قدر دية حر ضربت في ثلاث سنين، ولو كانت قدر ديتين، فهل تضرب في ثلاث سنين لكونها بدل نفس، أم في ست سنين في كل سنة قدر ثلث دية نظراً إلى القدر؟ وجهان: أصحهما: الثاني.

الثانية: في دية النفس الناقصة، كامراً وذمي وغرة جنين، وجهان: أحدهما: في ثلاث سنين، لأنها نفس، وأصحهما: ينظر إلى القدر، فدية اليهودي والنصراني والمجوسي والجنين في سنة، فإنها لا تزيد على الثلث، ودية المرأة في سنتين، في آخر الأولى ثلث دية الرجل، وفي آخر الثانية الباقي.

الثالثة: قتل جماعة كثلاثة رجال مثلاً، فهل تضرب دياتهم على عاقلته في ثلاث سنين أم في تسع؟ وجهان أصحهما: الأول، ولو قتل ثلاثة واحداً، فعلى عاقلة كل واحد ثلث ديته، مؤجل عليهم في ثلاث سنين على الصحيح، وقيل: في سنة.

الرابعة: دية الأطراف وأروش الجراح والحكومات، قيل: تضرب في سنة قلت أم كثرت، والصحيح: التفضيل، فإن لم يزد الواجب على ثلث الدية، ضرب في سنة، وإن زاد عليه ولم يجاوز الثلثين، ففي سنتين في آخر الأولى ثلث دية وفي آخر الثانية الباقي، وإن زاد على الثلثين ولم يجاوز الدية، ففي ثلاث سنين، وإن زاد كقطع يديه ورجليه، فالمذهب أنه في ست سنين، وقيل: في ثلاث، ويد المرأة في سنة ويدها كنفسها.

فصل: مات بعض العاقلة في أثناء السنة لا يؤخذ شيء من تركته، كالزكاة، ولو مات بعد الحول والوجوب عليه، وجب في تركته.

فصل: إن كانت العاقلة حاضرين في بلد الجناية، فالدية عليهم، وإن كانوا غائبين، لم يستحضرُوا ولا ينتظر حضورهم بل إن كان لهم هناك مال أخذ منه، وإلا فيحكم القاضي عليهم بالدية على ترتيبهم، ويكتب بذلك إلى قاضي بلدهم ليأخذها، وإن شاء حكم بالقتل وكتب إلى قاضي بلدهم ليحكم عليهم بالدية، ويأخذها منهم، وإن غاب بعضهم وحضر بعضهم، نظر، إن استؤوا في الدرجة، فقولان: أحدهما: يقدم من حضر لقرب داره وإمكان النصرة منه، وأظهرهما: تضرب على الجميع، ويكون كما لو حضروا كلهم أو غابوا، وعلى الأول إن لم يكن في الحاضرين وفاة، ضرب الباقي على الغائبين، وطريقه كتاب القاضي كما سبق، وإن اختلفت دارهم، قدم الأقرب داراً فالأقرب، هكذا ذكر القولين الجمهور، وجعلهما المتولي في أنه هل يجوز تخصيص الحاضرين وإن اختلفت درجاتهم، فإن كان الحاضرون أقرب، وزع عليهم، فإن لم يفوا بالواجب كتب القاضي لما بقي، وإن كانوا أبعد ففي تخصيص الحاضرين طريقان، أحدهما: طرد الخلاف، والثاني: القطع بالضرب على الأقربين وإن بعدت دارهم، وبه قطع الشيخ أبو حامد والعراقيون.

فصل: ابتداء المدة في دية النفس من وقت الزهوق، سواء قتله بجرح مذف أو بسرابة جرح ولا خلاف فيما ذكرناه في كتب الأصحاب في جميع الطرق، وأما قول الغزالي: إن ابتداء المدة من وقت الرفع إلى القاضي، فلا يعرف لغيره، وقد نقله صاحب «البيان» عن الخراسانيين، ويمكن أنه أراد به الغزالي، وأما أرش ما دون لنفس، فإن لم يسر واندملت، فابتداء مدتها من وقت الجناية على الصحيح، وقال أبو الفياض: من الاندمال، فعلى الأول، لو مضت سنة ولم تندمل، ففي مطالبة العاقلة بالأرش الخلاف السابق في مطالبة الجاني العامد قبل الاندمال، وإن سرت من عضو إلى عضو، بأن قطع أصبعه، فسرت إلى كفه، فهل ابتداء المدة من سقوط الكف أم من الاندمال، أم أرش الأصبع من يوم القطع، وأرش الكف من يوم سقوطها؟ فيه ثلاثة أوجه: وبالأول قطع البغوي، وبالثاني الشيخ أبو حامد وأصحابه، والثالث اختاره القفال والإمام والغزالي والرويان.

فصل: في مسائل مثورة:

القاتل خطأ لا يحمل شيئاً من الدية، ومن قتل نفسه أو قطع طرفه خطأ أو عمداً فهدر. جناية الصبي والمجنون محمولة إن كانت خطأ أو شبه عمد أو عمداً، وقتلنا: عمدهما خطأ. لو حل نجم ولا إبل في البلد، قومت يومئذ، وأخذت قيمتها، ولا

تعتبر بعض النجوم ببعض، وفي فتاوي البغوي أن من نصفه حر، ونصفه رقيق إذا قتل خطأ تجب نصف الدية على عاقلته.

الطرف الرابع: في جناية العبد وأم الولد، فإذا جنى عبد جناية توجب مالا أو قصاصاً، وعفي على مال، تعلق برقبته فتؤدى منها، وهل تتعلق مع ذلك بذمته؟ فيه قولان مستنبطان من قواعد الشافعي رحمه الله تعالى، ويقال: وجهان: أحدهما: نعم، فتكون الرقبة مرهونة به، وأظهرهما: عند الجمهور: لا، وينسب إلى الجديد، فإن قلنا بالذمة، فبقي شيء بعد صرف ثمنه إلى الأرض، اتبع به بعد العتق، وكذا لو ضاع الثمن قبل صرفه إلى المجني عليه يطالب بالجميع، وهل يجوز ضمانه؟ وجهان: أحدهما: لا، لعدم استقراره في الحال، وأصحهما: نعم، كضمان المعسر وأولى لتوقع يساره، وضمان ما يلزم ذمته بدين المعاملة أولى بالصحة. ولا خلاف أنه يصح ضمان ما تعلق بكسبه، كالمهر في نكاح صحيح، ولو ضمنه السيد فمرتب على ضمان الأجنبي وأولى بالصحة لتعلقه بملكه، ثم العبد المتعلق برقبته مال لا يصير ملكاً للمجني عليه، بل سيده بالخيار بين أن يبيعه بنفسه، أو يسلمه للبيع، وبين أن يبقيه لنفسه ويفديه، ويكون المال الذي بذله فداء كالثمن الذي يشتريه به أجنبي، وإذا سلمه للبيع، فإن كان الأرض يستغرق قيمته، بيع كله، وإلا فقدّر الحاجة إلا أن يأذن سيده في بيع الجميع، فيؤدى الأرض ويكون الباقي له، وكذا الحكم لو لم يوجد من يشتري بعضه، وإن أراد سيده فداء، فبكم يفديه؟ قولان، أظهرهما باتفاق الأصحاب وهو الجديد: بأقل الأمرين من قيمته وأرّش الجناية، والقديم: بالأرّش بالغاً ما بلغ، فعلى الجديد قال البغوي: النص أنه تعتبر قيمته يوم الجناية، وقال القفال: ينبغي أن تعتبر قيمته يوم الجناية، وقال القفال: ينبغي أن تعتبر قيمته يوم الجناية، وحمل النص على ما إذا سبق من السيد منع من بيعه حالة الجناية، ثم نقصت قيمته، ولو جنى، ففداء، ثم جنى، فإما أن يسلمه لبيع، وإما أن يفديه ثانياً، فإن كانت الجناية الثانية قبل الفداء، فإن سلمه للبيع، بيع ووزع الثمن على أرّش الجنائيتين، وإن اختار الفداء، ففاده على الجديد: بأقل الأمرين من القيمة والأرّشين، وعلى القديم: بالأرّشين، وكذا الحكم لو كان سلمه للبيع، فجنى ثانياً قبل البيع، ولو قتل السيد عبده الجاني أو أعتقه أو باعه، وقلنا بنفوذهما، أو استولد الجانية، لزمه الفداء، وفي قدره طريقان، أحدهما: طرد القولين، وأصحهما: القطع بأقل الأمرين لتعذر البيع وبطلان توقع زيادة راغب. ولو مات الجاني أو هرب قبل أن يطالب السيد بتسليمه، فلا شيء على السيد، وكذا لو طولب ولم يمنعه، فلو منعه، صار مختاراً للفداء، قال البغوي: ولو قتل الجاني، فللسيد أن يقتص، وعليه الفداء

للمجني عليه، ويجوز أن ينظر في وجوب الفداء عليه إلى أن موجب العمد القصاص، أو أحد الأمرين، فإن كان القتل موجباً للمال، تعلق حق المجني عليه بقيمته، وإذا أخذت، يخير السيد في تسليم عينها أو بدلها من سائر أمواله، وإذا لزم الفداء بعد موت العبد أو قبله، ففيما يفديه به؟ الطريقان فيمن قتل العبد أو أعتقه لحصول اليأس من بيعه بما يزيد على قيمته، ولو قال السيد: اخترت الفداء، أو قال: أنا أفديه، فوجهان: أحدهما: يلزمه الفداء ولا يقبل رجوعه، والصحيح: أنه لا يلزمه بل يبقى خياره كما كان، وموضع الخلاف ما إذا كان العبد حياً، فإن مات فلا رجوع له بحال.

فصل: إذا جنت مستولدة على نفس أو مال، وجب على سيدها الفداء، وفيما يفديها به طريقان، المذهب أنه بأقل الأمرين من قيمتها والأرش، والثاني: على قولين، كالقن، والفرق أنها غير قابلة للبيع، وهل تعتبر قيمة يوم الجناية، أم يوم الاستيلاء، وجهان: أصحهما: الأول، ولو جنت جنائتين، وقلنا: يفدي بالأرش، لزم السيد الأروش بالغة ما بلغت، وإن قلنا بالمذهب: إن الواجب أقل الأمرين، فإن كان أرش الجناية الأولى دون القيمة وفداها به وكان الباقي من قيمتها يفي بأرش الجناية الثانية، فداها بأرشها أيضاً، وإن كان أرش الأولى كالقيمة أو أكثر أو أقل، والباقي من القيمة لا يفي بأرش الجناية الثانية، فثلاثة أقوال، أظهرها: أن الجنایات كلها كواحدة، فيلزمه البيع فداء واحد، والثاني: يلزمه لكل جناية فداء، والثالث: إن فدى الأولى قبل جنائتها الثانية، لزمه فداء آخر، وإلا فواحد، وإذا ألزمناه فداء واحداً، اشترك فيه المجني عليهما أو عليهما على قدر جنایاتهما، فلو كانت قيمة المستولدة ألفاً وأرش كل واحدة من الجنائتين ألفاً، فلكل منهما خمسمائة، فإن كان الأول قبض ألف، استرد الثاني منه خمسمائة، فإن كانت قيمتها ألفاً وأرش الأولى ألف والثانية خمسمائة، يرجع الثاني على الأول بثلاث الألف ولو كانت الأولى خمسمائة والثانية ألفاً، أخذ الثاني من السيد خمسمائة تمام القيمة، ورجع على الأول بثلاث خمس المائة التي قبضها ليصير معه ثلاثاً الألف، ومع الأول ثلثه، ثم قيل: الخلاف عند تخلل الفداء فيما إذا دفع السيد الفداء إلى المجني عليه الأول باختياره، أما إذا دفعه بقضاء القاضي فلا يلزمه شيء آخر قطعاً، وعن ابن أبي هريرة أنه لا فرق، وتجري الأقوال في الجناية الثالثة والرابعة وإلى ما لا نهاية له، ومهما زادت الجناية، زاد الاسترداد، وشبه ذلك بما إذا قسمت تركة إنسان على غرمائه أو ورثته وكان حفر بئر عدوان، فهلك بها شيء، زاحم المستحق الغرماء والورثة، واسترد منهم حصته، فلو هلك آخر، زاد الاسترداد.

فرع: جنى القن، فمنع السيد بيعه، واختار الفداء، ثم جنى، ففعل مثل ذلك، لزمه لكل جنائية الأقل من أرشها وقيمتها، ولو جنى جنائيات ثم قتله السيد أو أعتقه، لا يلزمه إلا فداء واحد.

فرع: وطىء الجنائية، فوجهان: أحدهما: أنه اختيار للفداء، كما أن وطء البائع في زمن الخيار فسخ، ووطء المشتري إجازة، والصحيح: المنع، لأن الوطء لا دلالة له على الالتزام، مع أنه لو التزم لم يلزمه على الأصح كما سبق ويخالف الخيار، فإنه ثبت بفعله فسقط به، وخيار السيد هنا ثبت بالشرع، فلا يسقط بفعله.

فرع: جنت جارية لها ولد، أو ولدت بعد الجنائية، من كان موجوداً حال الجنائية، أو حدث بعدها لا يتعلق به الأرش، فإن لم يجوز التفريق، بيع معها وصرفت حصة الأم إلى الأرش، وحصة الولد للسيد، وهل تباع حاملاً بحمل كان يوم الجنائية أو حدث؟ إن قلنا: الحمل لا يعرف، يبيع، كما لو زيدت زيادة متصلة، وإلا، فلا تباع حتى تضع، لأنه لا يمكن إجبار السيد على بيع الحمل، ولا يمكن استثنائه.

فرع: لو لم يفد السيد الجاني ولا سلمه للبيع، باعه القاضي، وصرف الثمن إلى المجني عليه، ولو باعه بالأرش، جاز إن كان نقداً، وكذا إن كان إبلاً وقلنا: يجوز الصلح عنها.

الباب السادس: في الجنين

فيه أطراف:

الطرف الأول: الموجب وهو جنائية توجب انفصال الجنين ميتاً، فهذه قيود، الأول: الجنائية وهي ما يؤثر في الجنين من ضرب، وإيجار دواء ونحوهما، ولا أثر للطمّة خفيفة ونحوها، كما لا يؤثر في الدية. الثاني: الانفصال، فلو ماتت الأم ولم ينفصل جنين، لم يجب على الضارب شيء، وكذا لو كانت منتفخة البطن، فضربها شخص فزال الانتفاخ، أو كانت تجد حركة في بطنها فزال، لجواز أنه كان ريحاً فانفشت، ثم هل يعتبر انكشاف الجنين بظهور شيء منه أم الانفصال التام؟ وجهان: أحدهما: الأول لتحقق وجوده، ويتفرع عليهما ما لو ضرب بطنها، فخرج رأس الجنين مثلاً، وماتت الأم كذلك، ولم ينفصل، أو خرج رأسه ثم جنى عليها فماتت، فعلى الأصح تجب الغرة لتيقن وجوده، وعلى الثاني لا، ولو قدت نصفين، وشوهد الجنين في بطنها ولم ينفصل، ففيه الوجهان، ولو خرج رأسه وصاح فحز رجل رقبته، فعلى الأصح يجب القصاص والدية، لأننا تيقنا بالصياح حياته، وإن اعتبرنا

الانفصال، فلا قصاص ولا دية، ولو صاح ومات، فوجوب الدية على الخلاف. الثالث: كون المنفصل ميتاً، فلو انفصل حياً، نظر، إن بقي زماناً سالماً غير متألم ثم مات، فلا ضمان على الضارب لأن الظاهر أنه مات بسبب آخر، وإن مات عند خروجه أو بقي متألماً حتى مات، وجبت فيه دية كاملة، لأننا تيقنا حياته، فأشبهه سائر الأحياء، وسواء استهل، أو وجد ما يدل على حياته، كتنفس وامتصاص لبن وحركة قوية، كقبض يد وبسطها، ولا عبرة بمجرد الاختلاج على المشهور، وإذا علمت الحياة، فسواء كان انتهى إلى حركة المذبوح أم لم ينته، وبقي يوماً ويومين ثم مات، لأننا تيقنا الحياة في الحالين، والجنانية عليه، والظاهر موته بها، وسواء انفصل لوقت يعيش فيه، أو لوقت لا يتوقع أن يعيش، بأن انفصل لدون ستة أشهر، وقال المزملي: إن لم يتوقع أن يعيش أو كان انتهى إلى حركة المذبوح، ففيه الغرة دون الدية، ولو قتل شخص هذا الجنين بعد انفصاليه، فإن انفصل لا بجنانية، فعلى القاتل القصاص، كما لو قتل مريضاً مشرفاً على الموت، وإن انفصل بجنانية، فإن كان فيه حياة مستقرة فكذلك، وإلا فلا شيء على الثاني، والقاتل هو الأول، ولو انفصل ميتاً بعد موت الأم من الضرب، وجبت الغرة كما لو انفصل في حياتها، لأنه شخص مستقل، فلا يدخل في ضمانها.

فرع: سواء في وجوب الغرة كان الجنين ذكراً أو أنثى، ثابت النسب أو غيره، تام الأعضاء أو ناقصها، ولو اشترك اثنان في الضرب، فالغرة عليهما، ولو ألفت جنينين، وجب غرتان، ولو ألفت حياً وميتاً، ومات الحي، وجب دية وغرة، ولو ضرب بطن ميتة فانفصل منها جنين ميت، فلا غرة، كذا قاله البغوي، قال القاضي الطبري: يجب لأن الجنين قد يبقى في جوفها حياً، والأصل بقاء الحياة.

فرع: ألفت المضروبة يداً أو رجلاً وماتت، ولم انفصل الجنين بتمامه، فالصحيح وجوب الغرة، وهو نصه في «المختصر» وفي وجه يجب نصف غرة، لأن اليد تضمن بنصف الجملة، وهو تفرع على أن الجنين لا يضمن حتى انفصل كله، ولو ألفت يدين أو رجلين، أو يداً ورجلاً، وجبت غرة قطعاً، ولو ألفت من الأيدي والأرجل ثلاثاً، أو أربعاً، أو رأسين، فغرة على الصحيح، وقيل: غرتان، ولو ألفت بدنين، فغرتان، لأن الشخص الواحد لا يكون له بدنان بحال، كذا ذكره الإمام والغزالي والبغوي وغيرهم، وحكى الروياني من نص الشافعي رحمه الله خلافه وجوز بدنين لرأس، كراسين لبدن، ولو ألفت عضواً، كيد أو رجل، ثم ألفت جنيناً، فله حالان:

أحدهما: أن يكون الجنين فقيد ذلك العضو، فينظر، إن ألقته قبل الاندمال،

وزوال ألم الضرب، فإن كان ميتاً، لم تجب إلا غرة، وبقدر العضو مبناً منه بالجنانية، وإن انفصل حياً، ثم مات من الجنانية، وجب دية ودخل فيها أرش اليد، وإن عاش، فقد أطلق البغوي وجوب نصف الدية على عاقلة الضارب، ونقل ابن الصباغ وغيره أنه تراجع القوابل، فإن قلن: إنها يد من خلق فيه حياة، وجب نصف الدية، وكذا إن علمنا انفصال اليد منه بعد خلق الحياة، بأن ألقته ثم انفصل الجنين عقب الضرب، وإن شككنا في حاله، وجب نصف الغرة عملاً باليقين، وليكن إطلاق البغوي محمولاً على ذا التفصيل، وإن ألقته بعد الاندمال، لم يضمن الجنين، حياً كان أو ميتاً، لزوال الألم الحاصل بفعله، وأما اليد، فإن خرج ميتاً، فعليه نصف غرة لها، وإن خرج حياً ومات أو عاش، فقليل: يجب نصف غرة، كما لو قطع يد شخص فاندمل ثم مات، وقيل: تراجع القوابل كما سبق، ولو ضرب بطنها فألقت يداً، ثم ضربها آخر فألقت جنيناً لا يد له، فإن ضرب الثاني قبل الاندمال وانفصل الجنين ميتاً، فالغرة عليهما، وإن انفصل حياً، فإن عاش، فعلى الأول نصف الدية، وليس على الثاني سوى التعزير، وإن مات فعليهما الدية، وإن ضرب الثاني بعد الاندمال، فإن انفصل ميتاً، فعلى الأول نصف الغرة، وعلى الثاني غرة كاملة، كما لو قطع يد رجل فاندمل، ثم قتله آخر، فعلى الأول نصف دية، وعلى الثاني دية، وإن خرج حياً، فعلى الأول نصف الدية، ثم إن عاش فليس على الثاني إلا التعزير، وإن مات، فعليه دية كاملة.

الحال الثاني: أن ينفصل الجنين كامل الأطراف، فينظر، إن انفصل قبل الاندمال، فمقتضى ما سبق فيمن ألفت ثلاث أيد، أن يقال: إن انفصل ميتاً، لم يجب إلا غرة واحدة، لاحتمال أن التي ألفتها كانت يداً زائدة، وإن انفصل حياً ومات، فالواجب غرة، وإن عاش، لم يجب إلا حكومة، وبهذا التفصيل جزم الغزالي، وفي «التتمة» و«التهذيب» أنه إن انفصل ميتاً وجب غرتان، إحداهما لليد، والأخرى للجنين، وإن خرج حياً ومات، وجب دية وغرة، ولو ألفت أولاً جنيناً كاملاً، ثم يداً، فالحكم كذلك، وإن انفصل الجنين بعد الاندمال، لم يجب بسبب الجنين شيء، ولو ضربها رجل، فألقت اليد، ثم ضربها آخر، فألقت الجنين، ففي «التهذيب» أن ضمان الجنين على الثاني، سواء ضرب بعد اندمال الأول، أو قبله، فإن خرج ميتاً، وجب فيه غرة، وإن خرج حياً فمات، فدية، وقياس ما سبق أن يقال: إن ضرب الثاني قبل الاندمال وانفصل ميتاً، وجبت الغرة عليهما، وإن انفصل حياً وعاش، فعلى الأول حكومة، وليس على الثاني إلا التعزير، وإن مات، فعليهما الدية.

الطرف الثاني: في الجنين الذي تجب فيه الغرة:

قد سبق في كتاب العدة أن الغرة تجب إذا سقطت بالجناية ما ظهر فيه صورة آدمي، كعين أو أذن أو يد ونحوها، ويكفي الظهور في طرف ولا يشترط في كلها، ولو لم يظهر شيء من ذلك، فشهد القوابل أن فيه صورة خفية يختص بمعرفتها أهل الخبرة، وجبت الغرة أيضاً، وإن قلن: ليس فيه صورة خفية، لكنه أصل آدمي ولو بقي لتصور، لم تجب الغرة على المذهب، وإن شككن هل هو أصل آدمي، لم تجب قطعاً.

فصل: إنما تجب الغرة الكاملة في جنين محكوم بإسلامه تبعاً لأبويه أو أحدهما، وبحريته، فأما الجنين المحكوم بأنه يهودي أو نصراني تبعاً لأبويه، ففيه أوجه: أحدها: لا يجب فيه شيء أصلاً، والثاني: تجب غرة كالمسلم، وأصحها: وبه قطع الجمهور: يجب ثلث غرة المسلم، فعلى هذا في الجنين المجوسي ثلثا عشر غرة المسلم، وهو ثلث بعير، ثم قيل: يؤخذ هذا القدر من الدية ويدفع إلى المستحق، ولا يصرف في غرة، وقيل: يدفع هذا القدر، أو غرة بقيمته، والأصح المنصوص: أنه يشتري به غرة إلا أن لا توجد فيعدل حينئذ إلى الإبل أو الدراهم، ولو كان أحد أبوي الجنين يهودياً أو نصرانياً، والآخر مجوسياً، فهل يجب فيه ما يجب في الجنين النصراني أم المجوسي، أم يعتبر بالأب؟ فيه أوجه: الأصح المنصوص هو الأول، ولو كان أحد أبويه ذمياً، والآخر وثنياً لا أمان له، فعلى الأصح يجب ما يجب فيمن أبواه ذميان، وعلى الثاني: لا شيء فيه، وعلى الثالث: يعتبر جانب الأب، والجنين المتولد من مستأمنين كجنين الذميين، ولو اشترك مسلم وذمي في وطء ذمية بشبهة فحبلت وأجهضت جنيناً بجناية، يعرض الجنين على القائف وله حكم من الحق به، وإن أشكل الأمر أخذ الأقل ووقف إلى أن ينكشف الحال أو يصطلحوا، قال في «البيان»: ولا يجوز أن يصطلح الذمي والذمية في قدر الثلث منه لجواز أن يكون الجميع للمسلم لا حق لهما فيه، ويجوز أن يصطلح في الثلث المسلم والذمية، لأنه لا حق للذمي فيه، ولا يخرج استحقاقه عنهما، والمسألة مفرعة على أن الميت يعرض على القائف وهو الصحيح، ولو جنى على مرتدة حبلى، فأجهضت، نظر، إن ارتدت بعد الحبل، وجبت غرة، لأن الجنين محكوم بإسلامه، وإن حبلت بعد الردة من مرتد، بني على المتولد من مرتدين مسلم أم كافر؟ إن قلنا: مسلم، وجب غرة، وإلا فلا شيء فيه على الصحيح، كجنين الحربيين، وبه قطع الشيخ أبو علي وغيره، وفي «التهذيب» أن فيه دية جنين مجوسي لعلاقة الإسلام.

فرع: جنى على ذمية حبلى من ذمي، فأسلم أحدهما، ثم أجهضت، وجبت

غرة كاملة، لأن الاعتبار في الضمان بآخر الأمر، وكذا حكم من جنى على أمة حبلى، فعتقت ثم ماتت، وفيما يستحقه سيدها من ذلك وجهان: أو قولان، الصحيح: الأقل من عشر قيمة الأمة ومن الغرة، والثاني: لا يستحق السيد بحكم الملك شيئاً، قاله القاضي أبو الطيب والقفال، لأن الإجهاض حصل حال الحرية، فصار كحر تردى في بئر كان عند حفرها رقيقاً، لا شيء لسيدة من الضمان.

فرع: جنى على حربية، فأسلمت ثم أجهضت، فالأصح وبه قال ابن الحداد: لا يجب شيء، وقيل: يجب غرة.

قلت: قال البغوي: يجري الوجهان فيما لو جنى السيد على أمته الحامل من غيره، فعتقت، ثم ألفت الجنين. والله أعلم.

فرع: الجنين الرقيق فيه عشر قيمة الأم، ذكراً كان أو أنثى، قنة كانت أمه أو مدبرة ومكاتبة ومستولدة، ولو ألفت جنيناً ميتاً، فعتقت، ثم ألفت آخر ميتاً، فالواجب في الأول عشر قيمة الأم، وفي الثاني الغرة، وفي القيمة المعتمدة وجهان: أحدهما: قيمة يوم الإجهاض، والأصح المنصوص تعتبر القيمة أكثر ما كانت من الجنانية إلى الإجهاض، فلو كان الجنين سليماً والأم مقطوعة الأطراف أو بالعكس، فوجهان: أحدهما: تقوم مقطوعة، وأصحهما: سليمة، كما لو كانت كافرة والجنين مسلم، يقدر فيها الإسلام وتقوم مسلمة، وكما لو كان الجنين رقيقاً وهي حرة، بأن كانت لرجل والجنين لآخر فأعتقها صاحبها، وبقي الجنين رقيقاً لصاحبه، تقدر الأم رقيقة، ويجب في الجنين عشر قيمتها.

فرع: جارية مشتركة بينهما نصفين، حبلت من زوج أو زنى، وجنى عليها رجل فألفت جنيناً ميتاً، لزمه عشر قيمة الأم للسيد، فلو جنى عليها أحدهما، فألفت ميتاً، لزمه نصف عشر قيمة الأم لشريكه، ولو أعتقها بعدما جنى، ثم ألقته، نظر، إن كان معسراً عتق نصيبه من الأم والجنين وعليه نصف عشر قيمة الأم لشريكه، وهل يلزمه نصف الغرة للنصف الحر؟ وجهان: قال ابن الحداد: لا، لأنه وقت الجنانية كان ملكه، وقال آخرون: نعم، وهو نصه في «الأم» لأن الجنانية على الجنين إنما تتحقق عند الإلقاء، وهو حر حينئذ، والخلاف مبني على أن الموجب للغرة الضرب أو الإجهاض، وفيه وجهان: وأكثر الناقلين يميلون إلى ترجيح وجوب نصف الغرة والأصح ما رجحه الشيخ أبو علي وجماعة أنه لا يجب، وأن الموجب الضرب لتأثيره، فإن أوجبنا، بني على أن من بعضه رقيق هل يورث، إن قلنا: نعم، فهو لورثته غير سيده وأمه، لأنه قاتل وبعضها رقيق، وإن قلنا: لا، فهل هو لبيت المال أم

للمالك نصفه؟ فيه الخلاف السابق في الفرائض، أما إذا كان المعتق موسراً، فإن قلنا: تحصل السراية بنفس الإعتاق أو بأداء القيمة وأداها قبل الإجهاض، فعلى الجاني الغرة وتصرف إلى ورثة الجنين، وإن قلنا: تحصل بأداء القيمة ولم يؤدها حتى أجهضت، فحكمه كما ذكرنا فيما لو كان معسراً، وإن قلنا: العتق موقوف، فإن أدى القيمة تبين حصول العتق من وقت اللفظ، ويكون حكمه كما إذا قلنا: تحصل بنفس الإعتاق، وإن لم يؤد، فكما ذكرنا لو كان معسراً، ولو كانت المسألة بحالها لكن أعتق أحدهما نصيبه ثم جنى عليها جان، فألقت جنيئاً ميتاً، فالجاني المعتق أو شريكه أو أجنبي، فإن كان المعتق، نظر، إن كان معسراً، بقي نصيب الشريك ملكاً له، فعليه له نصف عشر قيمة الأم، وعليه للنصف الذي عتق نصف الغرة بلا خلاف، ولمن يكون ذلك؟ يبنى على الخلاف فيمن بعضه حر، هل يورث كما سبق، وإن كان موسراً، فإن قلنا: تحصل السراية بأداء القيمة، أو قلنا: بالوقف، وأدى القيمة، غرم لشريكه نصف قيمة الأمة حاملاً ولا يفرد الجنين بقيمته، بل يتبع الأم في التقويم، كما يتبعها في البيع، ويلزمه بالجناية الغرة، لأن الجنين حر، وترث الأم منها، لأنها حرة، والباقي منها لعصبته ولا شيء للمعتق، لأنه قاتل، وإن جنى الشريك الآخر، فإن كان المعتق معسراً، فنصف الجنين مملوك للجاني، فيلزمه نصف غرة للنصف الحر، ويعود الخلاف في أنه لمن هو، وإن كان موسراً، فإن قلنا: لا تحصل السراية إلا بأداء القيمة، أو قلنا: بالوقف، ولم يؤد القيمة، فالحكم كما لو كان معسراً، وإن قلنا: يعتق باللفظ أو بالتوقف، وأدى القيمة، فللجاني على المعتق نصف قيمتها حاملاً وعلى الجاني الغرة، وترثها الأم والعصبة، وإن كان الجاني أجنبياً، فإن كان المعتق معسراً، فقد أُلِفَ الأجنبي جنيئاً نصفه حر، ونصفه رقيق، فعليه نصف غرة، ونصف عشر قيمة الأم، وإن كان المعتق موسراً، وعتق كله، فقد أُلِفَ الأجنبي جنيئاً حراً ففيه غرة، ولو جنى عليها الشريكان معاً، فأجهضت جنيئاً، فعلى كل واحد منهما للآخر ربع عشر قيمة الأم، لأن كل واحد منهما جنى على ملك نفسه وملك صاحبه، ونصيب كل واحد تلف بفعليهما، فهدر جنايته على ملكه والحقان من جنس واحد، فيكون على خلاف التقاص.

وإن أعتقها معاً بعدما جنى، أو وكلا رجلاً، فأعتقها بكلمة، ثم أجهضت، فقد عتق الجنين مع الأم قبل الإجهاض، فيضمن بالغرة، وفيما يجب على كل واحد منهما وجهان: قال ابن الحداد: ربع الغرة اعتباراً بحال الجناية، وقال غيره: نصفها اعتباراً بحال الإجهاض، وللأم ثلث الواجب والباقي للعصبة، ولا يرث السيدان منها شيئاً، لأنهما قاتلان، ولو جنى عليها أحدهما، ثم أعتقها، ثم أجهضت، فعلى قول

ابن الحداد: على الجاني نصف الغرة، ولشريكه الأقل من نصفها ونصف عشر قيمة الأم، وعلى قول غيره: عليه غرة كاملة اعتباراً بيوم الإجهاض.

فرع: وطىء شريكان مشتركة، فحبلت، فجنى، فألقت ميتاً، فإن كانا موسرين، فالجنين حر وعلى الجاني غرة، وهي لمن يلحقه الجنين، وإن كانا معسرين، فهل كل الولد حر أم نصفه؟ قولان، أظهرهما: الثاني، فعلى هذا على الجاني نصف الغرة، ونصف عشر قيمة الأم، فنصف الغرة لمن يلحقه، ونصف عشر القيمة للآخر.

فرع: جنت مستولدة حامل من سيدها على نفسها، فألقت جنيناً ميتاً، فلا ضمان إن لم يكن للجنين وارث سوى السيد، وإن كان له أم أم حرة، غرم السيد لها الأقل من قيمة المستولدة وسدس الغرة، قال الشيخ أبو علي: ويجيء قول: إن عليه سدس الغرة بالغاً ما بلغ على أن أرش جناية المستولدة يلزم السيد بالغاً ما بلغ.

فرع: مات عن زوجة حامل وأخ لأب، وفي التركة عبد، فضرب بطنها، فألقت الجنين ميتاً، تعلقت الغرة برقبة العبد وللأم ثلثها، وللعلم ثلثاها، والعبد ملكهما، والمالك لا يستحق على ملكه شيئاً فيقابل ما يرثه كل واحد بما يملكه، فالأخ يملك ثلاثة أرباع العبد، فيتعلق به ثلاثة أرباع الغرة، وله ثلثا الغرة، يذهب الثلثان بالثلثين يبقى نصف سدس الغرة متعلقاً بحصته من العبد، والزوجة تملك ربع العبد، فيتعلق به ربع الغرة، ولها ثلث الغرة، يذهب ربع ربع، يبقى لها نصف سدس الغرة متعلقاً بنصيب الأخ، وهو ثلاثة أرباع العبد، فيفديه بأن يدفع نصف سدس الغرة إلى الزوجة.

فرع: جنى حر أبوه رقيق وأمه عتيقة على امرأة حامل، ثم أعتق أبوه، انجر ولاؤه من معتق أمه إلى معتق أبيه، ثم أجهضت الحامل، قال ابن الصباغ: على قياس ابن الحداد يتحمل بدل الجنين مولى الأم اعتباراً بحال الجناية، وعلى قياس غيره، يتحمل مولى الأب اعتباراً بحال الإجهاض.

فرع: أحبل مكاتب أمته، فجنى عليها، فأجهضت، وجب في الجنين عشر قيمة الأم، لأنها رقيقة بعد.

الطرف الثالث: في صفة الغرة:

هي رقيق سليم من عيب، يثبت رد المبيع، له سن مخصوص، فيجبر المستحق على قبولها من أي نوع كانت، وسواء الذكر والأنثى، ولا يجبر على قبول خصي وخنثى وكافر، ولو رضي بقبول المعيب، جاز، ولا يجبر على قبول من لم يبلغ سبع سنين، وفي لفظ الشافعي رحمه الله، لا يقبل دون سبع أو ثمان، فقليل: معناه ما

ذكرنا، ويمكن أن المراد لا يقبل دون سن التمييز وهو سبع أو ثمان، ويختلف باختلاف الصبيان، ولا يقبل من ضعف بالهرم، وخرج عن الاستقلال، ويقبل دونه، وقيل: لا يقبل بعد عشرين سنة، غلاماً كان أو جارية، وقيل: لا تقبل الجارية بعد عشرين، ولا الغلام بعد خمس عشرة، وصحح جماعة هذا، والأول أصح، وحكوه عن النص.

قلت: كذا ضبطوه على الوجه الثالث بخمس عشرة سنة وعللوه بأنه لا يدخل على النساء، وكان ينبغي أن يضبط بالبلوغ، فلا يقبل من بلغ لدون هذا السن. والله أعلم.

وهل تتقدر قيمة الغرة؟ وجهان: أحدهما: الإبل إذا وجدت السلامة والسن، وجب القبول وإن قلت قيمتها، وأصحهما: وبه قطع الجمهور: يشترط أن تبلغ قيمتها نصف عشر الدية، وهو خمس من الإبل، ومتى وجدت الغرة بصفاتها لم يجبر على قبول غيرها، والاعتياض عنها كالاغتياض عن إبل الدية، وإن لم توجد الغرة، فطريقان، أحدهما: على قولين، أظهرهما: يجب خمس من الإبل، والثاني: قيمة الغرة، والطريق الثاني: خمس من الإبل قطعاً، فإذا أوجبنا الإبل، ففقدت، فهو كفقدها في الدية، فعلى الجديد: تجب قيمتها، وعلى القديم: يجب خمسون ديناراً، أو ستمائة درهم.

الطرف الرابع: في مستحق الغرة ومن تجب عليه:

أما المستحق، فورثة الجنين، فلو جنت الحامل على نفسها بشرب دواء أو غيره، فلا شيء لها من الغرة المأخوذة من عاقلتها، لأنها قاتلة، وهي لسائر ورثة الجنين.

وأما من تجب عليه الغرة، فالجناية على الجنين قد تكون خطأ محضاً، بأن يقصد غير الحامل فيصيبها، وقد تكون شبه عمد، بأن يقصد ضربها بما يؤدي إلى الإجهاض غالباً، فتجهض، ولا تكون عمداً محضاً، لأنه لا يتحقق وجوده وحياته حتى يقصد، هذا هو الصحيح، وبه قطع الجمهور، وفي «المهذب» أنه يكون عمداً محضاً إذا قصد الإجهاض، وقال ابن الصباغ: قال أبو إسحاق: وإن قصدها بالضرب يكون خطأ محضاً في حق الجنين، فعلى الصحيح، سواء كانت خطأ، أو شبه عمد، فالغرة على العاقلة، قال ابن الصباغ: والغرة بدل نفس، فلا يجيء فيها القول القديم في أن العاقلة لا تحمل ما دون النفس، وفي «جمع الجوامع» للرويان أن بعضهم أثبت فيها القديم، وليس بشيء، وإذا فقدت الغرة وقلنا: تنتقل إلى خمس من الإبل، غلظنا إن كانت الجناية شبه عمد، بأن تؤخذ حقة ونصف، وجذعة ونصف،

وخلفتان، قاله الأصحاب، ولم يتكلموا في التغليظ عند وجود الغرة، لكن قال الروياني: ينبغي أن يقال: تجب غرة قيمتها نصف عشر الدية المغلظة، وهذا حسن، أما بدل الجنين الرقيق فلسيده، وهل تحمله العاقلة؟ فيه القولان في بدل العبد.

فرع: قطع طرف حامل أو جرحها، فألقت جنيناً ميتاً، يجب مع ضمان الجنين ضمان الجنانية، حكومة كان أو أرشاً مقدراً، ويكون ضمان الجنانية لها، ولو تألمت بالضرب، وألقت جنيناً، فإن لم يبق شين، لم يجب للألم شيء، وإن بقي، وجبت له حكومة في الأصح.

فصل: سقط جنين ميت، وادعى وارثه على رجل أنه سقط بجنانيته، فأنكر أصل الجنانية، صدق بيمينه، ولا يقبل قول المدعي إلا بشهادة رجلين، فإن أقر بالجنانية، وأنكر الإسقاط وقال: السقط ملتقط، فهو المصدق أيضاً، وعلى المدعي البينة، وتقبل شهادة النساء، لأن الإسقاط ولادة، وإن أقر بالجنانية والإسقاط، وأنكر كون الإسقاط بسبب جنانيته، نظر، إن أسقطت عقب الجنانية، فهي المصدقة باليمين، سواء قال: إنها شربت دواء، أو ضرب بطنها آخر، أو قال: انفصل الجنين لوقت الولادة، لأن الجنانية سبب ظاهر، وإن أسقطت بعد مدة من وقت الجنانية، صدق بيمينه، لأن الظاهر معه إلا أن تقوم بينة على أنها لم تزال متألمة حتى أسقطت، ولا تقبل هذه الشهادة إلا من رجلين، وضبط المتولي المدة المتخللة بما يزول فيه ألم الجنانية وأثرها غالباً، وإن اتفقا على سقوطه بجنانيته، فقال الجاني: سقط ميتاً، فالواجب الغرة، وقال الوارث: بل حياً، ثم مات، والواجب الدية، فعلى الوارث البينة لما يدعيه من استهلال وغيره، وتقبل فيه شهادة النساء، لأن الاستهلال حينئذ لا يطلع عليه غالباً إلا النساء، وعن رواية الربيع أنه يشترط رجلان.

ولو أقام كل بينة لما يقوله، فبينة الوارث أولى، لأن معها زيادة علم، ولو اتفقا على أنه انفصل حياً بجنانيته، وقال الوارث: مات بالجنانية، وقال الجاني: بل مات بسبب آخر، فإن لم يمتد الزمان، فالمصدق الوارث بيمينه، وإن امتد، وإن امتد، صدق الجاني بيمينه، إلا أن يقيم الوارث بينة أنه لم يزل متألماً إلى أن مات، ولو ألقت جنينين، وادعى الوارث حياتهما، وأنكر الجاني حياتهما، فأقام الوارث بينة باستهلال أحدهما، قال المتولي: الشهادة مسموعة، ثم إن كانا ذكراً، وجب دية رجل وغرة، وإن كانا أنثيين، فدية امرأة وغرة، وإن كانا ذكراً وأنثى، وجب اليقين وهو دية امرأة وغرة، ولو صدق الوارث في حياة أحدهما، وكانا ذكراً وأنثى، فقال الوارث: الحي هو الذكر، وقال الجاني: بل الأنثى، صدق الجاني بيمينه، ويحلف على نفي العلم بحياة الذكر، وتجب دية امرأة وغرة، ولو صدقه الجاني في حياة

الذكر، وكذبتة العاقلة، فعلى العاقلة دية أنثى وحكومة، والباقي في مال الجاني، ولو ألفت جنينين حين وماتا، وماتت الأم بينهما، ورثت الأم من الأول، وورث الثاني من الأم، ولو قال وارث الجنين: ماتت الأم أولاً فورثها الجنين، ثم مات، فورثته أنا، وقال وارث الأم: بل مات الجنين أولاً، فورثته الأم، ثم ماتت، فورثها، فإن كان بينة، حكم بها، وإلا فإن حلف أحدهما ونكل الآخر، قضى للحالف، وإن حلفا أو نكلا، لم يورث أحدهما من الآخر، لأنه عمي موتهما كالغرقى، وما تركه كل واحد لورثته الأحياء.

باب: كفارة القتل

هي عتق رقبة مؤمنة، فإن لم يجد، فصيام شهرين متتابعين، فإن لم يستطع، فهل عليه إطعام ستين مسكيناً؟ قولان، وقال القفال: وجهان: وأنكر على صاحب «التلخيص» رواية القولين، أظهرهما: لا، فعلى هذا لو مات قبل الصوم أخرج من تركته لكل يوم مد طعام، كفوات صوم رمضان، والقول في صفة الرقبة والصيام والإطعام إن أوجبناه، وما يجوز النزول من درجة إلى درجة، على ما سبق في الكفارات.

فصل: قتل العمد، وشبه العمد والخطأ يوجب الكفارة، وقال ابن المنذر: لا تجب في العمد، وحكى الروياني وجهاً ضعيفاً عن رواية أبي علي بن أبي هريرة والطبري أنه إذا اقتصر من المتعمد، فلا كفارة في ماله، فعلى هذا إنما يجب إخراج الكفارة إذا لم يقتصر منه، بأن مات أو عفي عنه، وتجب الكفارة في القتل بالسبب كما في المباشرة، فتجب على حافر البئر عدواناً، ومن نصب شبكة، فهلك بهما شخص، وعلى المكره وشاهد الزور، ولا تجب في القتل المباح، كقتل مستحق القصاص الجاني، وكقتل الصائل والباغي، ونعني بالمباح ما أذن فيه، والخطأ لا يوصف بكونه مباحاً ولا حراماً، بل المخطيء غير مكلف فيما هو مخطيء فيه.

فصل: تجب الكفارة على الذمي والعبد وفي مال الصبي والمجنون إذا قتلا، ولا تجب بوطئه في صوم رمضان لأنه غير متعمد، والتعدي شرط في وجوب تلك الكفارة، وإذا وجبت الكفارة بقتل الصبي والمجنون، أعتق الولي من مالهما، كما يخرج الزكاة والفطرة منه، ولا يصوم عنهما بحال، ولو صام الصبي في صغر، فهل يجزئ؟ وجهان: كما لو قضى في صغره حجة أفسدها، وإذا أدخلنا الإطعام في هذه الكفارة، أطعم الولي إن كانا من أهله، وينبغي أن يقال: إن اكتفينا بصوم الصبي لم يجز العدول إلى الإطعام، وإلا فيجوز كالمجنون، ولو أعتق الولي من مال نفسه

عنهما، أو أطعم، قال البغوي: إن كان أباً أو جدّاً، جاز، وكأنه ملكهما، ثم ناب عنهما في الإعتاق والإطعام، وإن كان وصياً أو قيمياً، لم يجز، حتى يقبل القاضي لهما التملك، ولا كفارة على حربي، لأنه غير ملتزم، وهل تجب على من قتل نفسه؟ وجهان: أصحهما: نعم، لأنه قتل محرم، فتخرج من تركته، ويجري الخلاف فيمن حفر بئراً عدواناً فهلك بها رجل بعد موته، ووجه المنع أن في الكفارة معنى العبادة، فيبعد وجوبها على ميت ابتداء، ولو اشترك جماعة في قتل، فهل على كل واحد كفارة، أم على الجميع كفارة واحد؟ وجهان: أصحهما: الأول.

فصل: شرط القتل الذي تجب بقتله الكفارة أن يكون آدمياً معصوماً بإيمان أو أمان، فتجب على من قتل عاقلاً أو مجنوناً أو صبيّاً أو جنيناً أو ذمياً أو معاهداً أو عبداً، وعلى السيد في قتل عبده، ولا تجب بقتل حربي ومترد، وقاطع طريق، وزان محصن، ولا بقتل نساء أهل الحرب وأولادهم وإن كان قتلهم محرماً، لأن تحريمه ليس لحرمتهم، بل لمصلحة المسلمين، لئلا يفوتهم الإرتفاق بهم.

فرع: إذا قتل مسلماً في دار الحرب، وجبت الكفارة بكل حال، قال الله تعالى: ﴿إِنْ كَانَ مِنْ قَوْمٍ عَدُوٍّ لَكُمْ وَهُوَ مُؤْمِنٌ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُؤْمِنَةٍ﴾ معناه عند الشافعي وغيره رحمهم الله: وإن كان من قوم عدوكم. وأما القصاص والدية، فإن ظنه القاتل كافراً، لكونه بزي الكفار، فلا قصاص، وفي الدية قولان، أظهرهما: لا تجب، وإلا فإن عرف مكانه، فهو كما لو قتله في دار الإسلام، حتى إذا قصد قتله، يجب القصاص أو الدية المغلظة في ماله مع الكفارة، وإن لم يعرف مكانه، ورمى سهماً إلى صف الكفار في دار الحرب، سواء علم في الدار مسلماً أم لا، نظر، إن لم يعين شخصاً أو عين كافراً فأخطأ، وأصاب مسلماً، فلا قصاص ولا دية، وكذا لو قتله في بيات أو غارة ولم يعرفه، وإن عين شخصاً فأصابه وكان مسلماً، فلا قصاص، وفي الدية قولان، ويشبه أن يكونا هما القولين فيمن ظنه كافراً، ولو دخل الكفار دار الإسلام، فرمى إلى صفهم، فأصاب مسلماً، فهو كما لو رمى إلى صفهم في دار الحرب. وبالله التوفيق.



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

كتاب دعوى الدم والقسامة^(١) والشهادة على الدم

فيه ثلاثة أبواب:

الباب الأول: في الدعوى

ولها خمسة شروط:

أحدها: تعيين المدعى عليه، بأن ادعى القتل على شخص أو جماعة معينين، فهي مسموعة، وإذا ذكرهم للقاضي، وطلب إحضارهم، أجابه، إلا إذا ذكر جماعة لا يتصور اجتماعهم على القتل، فلا يحضرهم، ولا يبالي بقوله، فإنه دعوى محال، ولو قال: قتل أبي أحد هذين، أو واحد من هؤلاء العشرة، وطلب من القاضي أن يسألهم، ويحلف كل واحد منهم، فهل يجيبه؟ وجهان: أحدهما: لا، وبه قطع جماعة للإبهام، كمن ادعى ديناً على أحد رجلين، والثاني: نعم، للحاجة ولا ضرر عليهم في يمين صادقة، ويجري الخلاف في دعوى الغصب والإتلاف والسرقة، وأخذ الضالة على أحد رجلين أو رجال، ولا يجري في دعوى قرض وبيع وسائر المعاملات، لأنها تنشأ باختيار المتعاقدين، وشأنها أن يضبط كل واحد منهما صاحبه، هذا هو المذهب في الصورتين، وقيل بطرد الخلاف في المعاملات، وقيل بقصره على دعوى الدم لعظم خطرهما، فلو لم يكن الجماعة التي ادعى عليهم القتل حاضرين، وطلب إحضارهم، ففي إجابته الوجهان، ولو قال: قتله أحدهم، ولم يطلب إحضارهم، ليسألوا، ويعرض عليهم اليمين، لم يحضرهم القاضي، ولم يبالي بكلامه، هكذا ذكره المتولي، وذكر أن الوجهين فيما إذا تعلقت الدعوى بواحد من جماعة محصورين، فأما إذا قال: قتله واحد من أهل القرية، أو المحلة وهم لا

(١) القسامة هي الأيمان المكررة في دعوى القتل المعصوم، سميت بذلك لأن الأيمان تقسم على أولياء القتل فيحلفون خمسين يميناً أن المدعى عليه قتل صاحبه، وصورتها: أن يوجد قاتل لا يعرف قاتله، فتجري القسامة على الجماعة التي ينحصر فيها إمكان قتله.

ينحصر، وطلب إحضارهم، فلا يجاب، لأنه يطول فيه العناء على القاضي، ويتعطل زمانه في خصومة واحدة، وتتأخر حقوق الناس.

الشرط الثاني: أن تكون الدعوى مفصلة، أقتله عمداً أم خطأ، أم شبه عمد، منفرداً أم مشارك غيره، لأن الأحكام تختلف بهذه الأحوال، ويتوجه الواجب تارة على العاقلة، وتارة على القاتل، فلا يعرف من يطالب إلا بالتفصيل، وفيه وجه سنذكره إن شاء الله تعالى، أنه يجوز كون الدعوى مجهولة، فعلى الصحيح لو أجمل الولي فوجهان: أحدهما: يعرض القاضي عنه، ولا يستفصل، لأنه ضرب من التلقين، والثاني وهو الصحيح المنصوص، وبه قطع الجمهور: يستفصل، وربما وجد في كلام الأئمة ما يشعر بوجوب الاستفصال، وإليه أشار الروياني، وقال الماسرجسي: لا يلزم الحاكم أن يصحح دعواه، ولا يلزمه أن يستمع إلا إلى دعوى محررة، وهذا أصح، ثم إذا قال: قتله منفرداً أو عمداً ووصف العمد أو خطأ، وطالب المدعى عليه بالجواب، وإن قال: قتله بشركة، سئل عمن شاركه، فإن ذكر جماعة لا يمكن اجتماعهم على القتل، لغا قوله ودعواه، وإن ذكر جماعة يتصور اجتماعهم، ولم يحضرهم، أو قال: لا أعرف عددهم، فإن ادعى قتلاً يوجب الدية بأن قال: قتله خطأ، أو شبه عمد، أو تعمد وفي شركائه مخطيء، لم تسمع دعواه لأن حصة المدعى عليه من الدية لا تعلم إلا بحصر الشركاء، فلو قال: لا أعلم عددهم تحقيقاً، ولكن أعلم أنهم لا يزيدون على عشرة، سمعت دعواه، وطالب بعشر الدية، وإن ادعى ما يوجب القود بأن قال: قتل عمداً مع شركاء عامدين، فوجهان: أحدهما: تسمع دعواه، ويطلب بالقصاص، لأنه لا يختلف بعدد الشركاء، والثاني: لا، لأنه قد يختار الدية فلا يعلم حقه منها، وأشير إلى وجه ثالث: أنا إن قلنا: موجب العمد القود، سمعت، وإن قلنا: أحدهما، فلا.

الشرط الثالث: أن يكون المدعي مكلفاً ملتزماً، فلا تسمع دعوى صبي ومجنون وحربي، ولا يضر كون المدعي صبيّاً أو مجنوناً، أو جينياً حالة القتل إذا كان بصفة الكمال عند الدعوى، لأنه قد يعلم الحال بالتسامع، ويمكنه أن يحلف في مظنة الحلف إذا عرف ما يحلف عليه بإقرار الجاني، أو سماع ممن يثق به، كما لو اشترى عيناً وقبضها، فادعى رجل ملكها، فله أن يحلف أنه لا يلزمه التسليم إليه اعتماداً على قول البائع، وأما المحجور عليه بسفه، فتسمع دعواه الدم، وله أن يحلف ويحلف، ويستوفي القصاص، وإذا آل الأمر إلى المال أخذه الولي، كما في دعوى المال، يدعي السفیه ويحلف، والولي يأخذ المال.

الشرط الرابع: أن يكون المدعى عليه مكلفاً، فلا يدعي على صبي ومجنون،

فلو ادعى على محجور عليه بسفه، نظر، إن كان هناك لوث، سمعت الدعوى، سواء ادعى عمداً، أو خطأ، أو شبه عمد، ويقسم المدعي، ويكون الحكم كما في غير السفه، وإذا كان اللوث قول عدل واحد، حلف المدعي معه، ويثبت المال بالشاهد واليمين، وإن لم يكن لوث، فإن ادعى قتلاً يوجب القصاص، سمعت الدعوى، لأن إقراره بما يوجب القصاص مقبول، فإن أقر، أمضى حكمه عليه، وإن نكل، حلف المدعي، وكان له أن يقتص، وإن ادعى خطأ، أو شبه عمد، فهذا مبني على أن إقرار المحجور عليه بالإتلاف هل يقبل؟ وفيه وجهان سبقا في الحجر، وسواء قبلناه، أم لا، فتسمع أصل الدعوى، أما إذا قبلنا إقراره، فليمض عليه الحكم إن أقر، وليقم البينة عليه إن أنكر، وأما إذا لم نقبل وهو الأصح، فليقم البينة عليه إن أنكر، ثم إذا أنكر هل يحلف؟ يبني على أن يكون المدعى عليه مع يمين المدعي كبينة يقيمها المدعي أم كإقرار المدعى عليه إن قلنا: كالبينة، حلف، فربما نكل، وإن قلنا: كالإقرار، لم يحلف على الأصح، وقيل: يحلف لتقطع الخصومة في الحال.

فرع: تسمع دعوى القتل على المحجور عليه بفلس، فإن كان بينة، أو لوث، وأقسم المدعي، فهو كغيره، ويزاحم المستحق الغرماء بالمال، وإن لم تكن بينة ولا لوث، حلف المفلس، فإن نكل، حلف المدعي، واستحق القصاص إن ادعى قتلاً يوجب القصاص، قال الروياني: فإن عفا عن القصاص على مال ثبت، وهل يشارك به الغرماء؟ يبني على أن اليمين المردودة كالبينة أم كالإقرار، إن قلنا: كالبينة، فنعم، وإلا فقولان: كما لو أقر بعين في يده، أو بمال نسبه إلى ما قبل الحجر، وإن كان المدعي قتل خطأ، أو شبه عمد، ثبت باليمين المردودة الدية، وتكون على العاقلة إن قلنا: كالبينة، وإن قلنا: كالإقرار كانت على الجاني، وفي مزاحمة المدعي الغرماء بها القولان.

فرع: ادعى مثلاً على عبد إن كان لوث، سمعت، وأقسم المدعي واقتص إن ادعى عمداً وأوجبنا القصاص بالقسامة، وإلا فتعلق الدية برقبة العبد، وإن لم يكن لوث، فدعوى القتل الموجب للقصاص تكون على العبد، ودعوى الموجب للمال على السيد، وتمام المسألة يأتي في الدعوى والبيّنات إن شاء الله تعالى.

الشرط الخامس: أن لا تتناقض دعواه، فلو ادعى على شخص تفرد بالقتل، ثم على آخر تفرد بالقتل أو مشاركته، لم تسمع الثانية، ولو لم يقسم على الأول، ولم يمض حكم، فلا يمكن من العود إليه، لأن الثانية تكذبها، ولو صدقه الثاني في دعواه الثانية فوجهان: أحدهما، ليس له مؤاخذته، لأن في الدعوى على الأول اعترافاً ببراءة غيره، وأصحهما: له مؤاخذته، لأن الحق لا يعدوهما، ويحتمل كذبه

في الأولى وصدقه في الثانية، ولو ادعى قتلاً عمداً فاستفصل، فوصفه بما ليس بعمد، نقل المزمي أنه لا يقسم، والربيع أنه يقسم، قال الأكثرون: في المسألة قولان، أحدهما: تبطل الدعوى ولا يقسم لأن في دعوى العمد اعترافاً ببراءة العاملة، فلا يمكن من مطالبتهم بعده ولأن فيه اعترافاً بأنه ليس بمخطيء فلا يقبل رجوعه عنه، وأظهرهما: لا تبطل، لأنه قد يظن الخطأ عمداً، فعلى هذا يعتمد تفسيره ويمضي حكمه، ومنهم من قطع بهذا وتأول نقل المزمي على أنه لا يقسم على العمد. ويجري الطريقتان فيمن ادعى خطأ، وفسر بعمد، وكذا فيمن ادعى شبه عمد، وفسر بخطأ، وقيل: يقبل تفسيره قطعاً، لأن فيه تخفيفاً عن العاقلة ورجوعاً عن زيادة ادعاها عليهم.

فرع: ادعى قتلاً، فأخذ المال، ثم قال: ظلمته بالأخذ، وأخذته باطلاً، أو ما أخذته حرام علي، سئل، فإن قال: كذبت في الدعوى وليس هو قاتلاً، استرد المال منه، وإن قال: أردت أنني حنفي لا أعتقد أخذ المال بيمين المدعي، لم يسترد، لأن النظر إلى رأي الحاكم واجتهاده، لا إلى مذهب الخصمين، وذكروا للمسألة نظائر:

منها: مات شخص، فقال ابنه: لست أرثه، لأنه كان كافراً، فسئل عن كفره، فقال: كان معتزلياً أو رافضياً، فيقال له: لك ميراثه وأنت مخطيء في اعتقادك، لأن الإعتزال والرفض ليس بكفر، هكذا قاله القفال والبغوي والرويان وغيرهم.

قال الفوراني: ومن شيوخنا من يكفر أهل الأهواء، فعلى هذا يحرم الميراث.

قلت: هذا الوجه خطأ، والصواب المنصوص والذي قطع به الجمهور: أنا لا نكفرهم.

ومنها: قضى حنفي لشافعي بشفعة الجوار، فأخذ الشقص، ثم قال: أخذته باطلاً، لأنني لا أرى شفعة الجوار، لا يسترد منه.

ومنها: مات عن جارية أو لدها بنكاح، فقال وارثه: لا أتملكها، لأنها صارت أم ولد له بذلك، وعتقت بموته، فيقال له: هي مملوكتك ولا تصير أم ولد بالنكاح.

واعلم أن جميع هذا فيما يتعلق بظاهر الحكم، أما الحل باطناً إذا حكم القاضي في مواضع الخلاف لشخص على خلاف اعتقاده، كحكم حنفي لشافعي بشفعة جوار، ففي ثبوته خلاف، وميل الأئمة هنا إلى ثبوته، وسنذكره إن شاء الله تعالى في كتاب الأقضية. ولو قال: أردت بقولي، حرام أنه مغضوب، فإن عين المغضوب منه، لزمه تسليمه إليه، ولا رجوع له على المأخوذ منه، لأن قوله لا يقبل عليه، وإن لم يعين أحداً، فهو مال ضائع، وفي مثله خلاف مشهور، والجواب في

«الشامل» أنه لا يلزمه رفع يده عنه، ولو قال بعد ما أقسم: ندمت على الأيمان، لم يلزمه بهذا شيء.

فرع: ادعى القتل على رجل، وحلف وأخذ المال، فجاء رجل وقال: أنا قتلت مورثك، ولم يقتله الذي حلف عليه، فإن لم يصدقه الوارث، لم يؤثر قوله فيما جرى، وإن صدقه، لزمه رد ما أخذ، وهل له الدعوى على الثاني ومطالبته؟ فيه قولان، وهما نظير الوجهين السابقين في أول هذا الشرط.

الباب الثاني: في القسامة

هي الأيمان في الدماء، وصورتها: أن يوجد قتيل بموضع لا يعرف من قتله، ولا بينة، ويدعي وليه قتله على شخص أو جماعة، وتوجد قرينة تشعر بصدقه، ويقال له: اللوث، فيحلف على ما يدعيه، ويحكم له بما سنذكره إن شاء الله تعالى، وفي الباب أربعة أطراف:

الطرف الأول: في محل القسامة، وهو قتل الحر في محل اللوث، فهذه ثلاثة قيود:

القيود الأول: القتل، فلا قسامة في إتلاف المال، ولا فيما دون النفس من الجروح والأطراف، بل القول فيها قول المدعى عليه بيمينه، وإن كان هناك لوث، لأن النص ورد في النفس، وهي أعظم من الأطراف، ولهذا اختصت بالكفارة، فلا تلحق بها الأطراف، وحكى الروياني وجهاً في الأطراف، وغلط قائله، فعلى الصحيح لو جرح مسلم، فارتد، ثم مات بالسراية، فلا قسامة، فلو عاد إلى الإسلام، جرت القسامة، سواء أوجبنا كمال الدية أم لا، لأن الواجب هنا بدل النفس، وكذا الحكم فيما لو جرح ذمي، فنقض عهده، ثم مات، أو جدد العهد ثم مات.

القيود الثاني: كون القتيل حراً، فلو قتل العبد، وهناك لوث، فادعى السيد على عبد، أو حر أنه قتله، فهل يقسم السيد؟ فيه طريقان، أشهرهما: على القولين في أن بدل العبد هل تحمله العاقلة؟ إن قلنا: لا، فقد ألحقناه بالبهيمة، فلا قسامة، وإن قلنا: نعم وهو الأظهر، أقسم السيد وهو المنصوص، والثاني: يقسم قطعاً، لأن القسامة تحفظ الدماء، وهذه الحاجة تشمل العبد، كالقصاص والكفارة، والممدبر والمكاتب وأم الولد في هذا كالقن، فإذا أقسم السيد، فإن كانت الدعوى على حر، أخذ الدية من ماله في الحال إن ادعى عمداً محضاً، وإن ادعى خطأ، أو شبه عمد، أخذها من عاقلته في ثلاث سنين، وإن كانت الدعوى على عبد، فإن ادعى العمد،

ففي القصاص القولان في ثبوته بالقسامة، فإن منعناه وهو الأظهر، أو ادعى خطأ، أو شبه عمد، تعلقت القيمة برقبته.

القيد الثالث: كونه في محل اللوث، فإن لم يكن لوث، لم يبدأ بيمين المدعي، واللوث قرينة تثير الظن وتوقع في القلب صدق المدعي وله طرق:

منها: أن يوجد قتيل في قبيلة، أو حصن، أو قرية صغيرة، أو محلة منفصلة عن البلد الكبير، وبين القتل وبين أهلها عداوة ظاهرة فهو لوث في حقهم، فإذا ادعى عليه القتل عليهم، أو على بعضهم، كان له أن يقسم، ويشترط أن لا يساكنهم غيرهم، وقيل: يشترط أن لا يخالطهم غيرهم، حتى لو كانت القرية بقارة طريق يطرقتها التجار والمجتازون وغيرهم، فلا لوث، والصحيح أن هذا ليس بشرط.

ومنها: لو تفرق جماعة عن قتيل في دار دخلها عليهم ضيفاً، أو دخل معهم لحاجة، أو في مسجد أو بستان أو طريق أو صحراء، فهو لوث، وكذا لو ازدحم قوم على بئر، أو باب الكعبة، أو في الطواف، أو في مضيق، ثم تفرقوا عن قتيل، ولا يشترط في هذا أن تكون بينه وبينهم عداوة.

ومنها: لو تقابل صفان، فتقاتلا، وانكشفا عن قتيل من أحدهما، فإن اختلطوا، أو وصل سلاح أحدهما إلى الآخرين رمياً أو طعناً أو ضرباً، فهو لوث في حق الصف الآخر، وإن لم يصل سلاح، فهو لوث في حق أهل صفه.

ومنها: إذا وجد قتيل في صحراء، وعنده رجل معه سلاح متلطيخ بدم، أو على ثوبه أثر دم، فهو لوث، وإن كان بقربه سبع، أو رجل آخر مول ظهره، أو وجد أثر قدم، أو ترشيش دم في غير الجهة التي فيها صاحب السلاح، فليس بلوث في حقه، ولو رأينا من بعد رجلاً يحرك يده كما يفعل من يضرب بسيف أو سكين ثم وجدنا في الموضع قتيلاً، فهو لوث في حق ذلك الرجل.

ومنها: لو شهد عدل بأن زيداً قتل فلاناً، فلوث على المذهب، سواء تقدمت شهادته على الدعوى أو تأخرت، ولو شهد جماعة تقبل روايتهم، كعبيد ونسوة، فإن جاؤوا متفرقين، فلوث، وكذا لو جاؤوا دفعة على الأصح، وفي «التهذيب» أن شهادة عبيدين، أو امرأتين كشهادة الجمع، وفي «الوجيز» أن القياس أن قول واحد منهم لوث، وفيمن لا تقبل روايتهم، كصبيان أو فسقة أو ذميين، أوجه: أصحابها: قولهم لوث، والثاني: لا، والثالث: لوث من غير الكفار، ولو قال المجروح: جرحني فلان، أو قتلني، أو دمي عنده، فليس بلوث، لأنه مدع، ولو تفرق عنه جماعة لا يتصور اجتماعهم على القتل، لم تسمع الدعوى عليهم ولا قسامة كما سبق، ولو ازدحم قوم لا يتصور اجتماعهم على القتل في مضيق، وتفرقوا عن قتيل، فادعى

الولي القتل على عدد منهم يتصور اجتماعهم، فينبغي أن تقبل ويمكن من القسامة، كما لو ثبت اللوث في جماعة محصورين فادعى الولي القتل على بعضهم.

فرع: قال البغوي: لو وقع في السنة العام والخاص أن زيداً قتل فلاناً، فهو لوث في حقه، وسواء في القسامة ادعى كافر على مسلم، أو مسلم على كافر، قال الإمام: لو عاين القاضي ما هو لوث، فله اعتماده ولا يخرج على الخلاف في قضائه بعلمه، لأنه يقضي بالآيمان، قال المتولي: إذا وجد قليل قريب من قرية، وليس هناك عمارة أخرى، ولا من يقيم بالصحراء، ثبت اللوث في حقهم، يعني إذا وجدت العداوة، وكنا نحكم باللوث لو وجد فيها، قال: ولو وجد بين قريتين، أو قبيلتين، ولم يعرف بينه وبين إحداهما عداوة، لم يجعل قربه من إحداهما لوثاً.

فصل: قد يعارض القرينة ما يمنع كونها لوثاً، ويعارض اللوث ما يسقط أثره، ويبطل الظن الحاصل به، وذلك خمسة أنواع:

أحدها: أن يتعذر إثباته، وإذا ظهر لوث في حق جماعة، فللولي أن يعين واحداً أو أكثر ويدعي عليه ويقسم، فلو قال: القاتل أحدهم ولا أعرفه، فلا قسامة، وله تحليفهم، فإن حلفوا إلا واحداً، فنكوله يشعر بأنه القاتل، ويكون لوثاً في حقه، فإذا طلب المدعي أن يقسم عليه، مكن منه، ولو نكل الجميع، ثم عين الولي أحدهم وقال: قد بان لي أنه القاتل، وأراد أن يقسم عليه، مكن منه على الأصح.

الثاني: إذا ظهر لوث في أصل القتل دون كونه خطأ أو عمداً، فهل يتمكن الولي من القسامة على أصل القتل؟ وجهان: أصحهما: لا، قال البغوي: لو ادعى على رجل أنه قتل أباه، ولم يقل عمداً ولا خطأ، وشهد له شاهد، لم يكن ذلك لوثاً، لأنه لا يمكنه أن يحلف مع شاهده، ولو حلف، لا يمكن الحكم به، لأنه لا يعلم صفة القتل حتى يستوفي موجهه.

واعلم أن هذا المذكور يدل على أن القسامة على قتل موصوف يستدعي ظهور اللوث في قتل موصوف، وقد يفهم من إطلاق الأصحاب أنه إذا ظهر اللوث في أصل القتل، كفى ذلك في تمكن الولي من القسامة على القتل الموصوف، وليس هذا ببعيد، ألا ترى أنه لو ثبت اللوث في حق جماعة وادعى الولي على بعضهم، جاز، ويمكن من القسامة، فكما لا يعتبر ظهور اللوث فيما يرجع إلى الانفراد والاشتراك لا يعتبر في صفة العمد والخطأ.

الثالث: أن ينكر المدعى عليه اللوث في حقه، بأن قال: لم أكن مع القوم المتفرقين عن القتل، أو قال: لست أنا الذي رأيته مع السكين المتلطف على رأسه، أو لست أنا المرئي من بعيد، فعلى المدعي البينة على الأمانة التي ادعاها، فإن لم

يكن بينة، حلف المدعى عليه على نفيها، وسقط اللوث، وبقي مجرد الدعوى، ولو قال: كنت غائباً يوم القتل، أو ادعى على جمع، فقال أحدهم: كنت غائباً، صدق بيمينه، لأن الأصل براءته، وعلى المدعي البينة على حضوره يومئذ، أو إقراره بالحضور، فإن أقام بينة بحضوره، وأقام المدعى عليه بينة بغيبته، ففي «الوسيط»: أنهما تتساقطان، وفي «التهذيب»: تقدم بينة الغيبة، لأن معها زيادة علم، هذا إذا اتفقا أنه كان حاضراً من قبل، ويعتبر في بينة الغيبة أن يقولوا: كان غائباً في موضع كذا، فلو اقتصرنا على أنه لم يكن هنا، فهذا نفي محض لا تسمع الشهادة عليه، ولو أقسم المدعي، وحكم القاضي بموجب القسامة، ثم أقام المدعى عليه بينة على غيبته يوم القتل، أو أقر بها المدعي، نقض الحكم واسترد المال، وكذا لو قامت بينة على أن القتال غيره، ولو قال الشهود: لم يقتله هذا، واقتصرنا عليه، لم تقبل شهادتهم، ولو كان محبوساً أو مريضاً يوم القتل، فهل هما كالغيبة حتى يسقط اللوث إذا ثبت الحال بإقرار المدعي، أو بينة؟ وجهان: وموضعها إذا أمكن كونه قاتلاً بحيلة ولو في صورة بعيدة، أصحهما: هما كالغيبة.

الرابع: شهد عدل أو عدلان أن زيداً قتل أحد هذين القتيلين، فليس بلوث، ولو شهد أو شهدا أن زيداً قتله أحد هذين، ثبت اللوث في حقهما على الصحيح، فإذا عين الولي أحدهما وادعى عليه، فله أن يقسم، كما لو تفرق جماعة عن قتيل، وقيل: لا لو، كالصورة الأولى.

الخامس: تكذيب بعض الورثة، فإذا كان للميت ابنان، فقال أحدهما: قتل زيد أبانا، وقد ظهر عليه اللوث، وقال الآخر: لم يقتله، بل كان غائباً يوم القتل، وإنما قتله فلان، أو اقتصر على نفي القتل عنه، أو قال: برأ من الجراحة، أو مات حتف أنفه، فهل يبطل تكذيبه اللوث، ويمنع الأول القسامة؟ فيه قولان، أظهرهما: نعم، وسواء كان المكذب عدلاً أو فاسقاً، وقيل: لا تبطل بالفاسق قطعاً، والمنصوص الأصح: أنه لا فرق، فإن قلنا: لا تبطل، حلف المدعي خمسين يميناً، وأخذ حقه من الدية، ولو قال أحدهما: قتل أبانا زيد، وقال الآخر: بل قتله عمرو، وقلنا: لا يبطل اللوث بالتكاذب، أقسم كل واحد على من عينه، وأخذ نصف الدية، وإن قلنا: لا يبطل، فلا قسامة، ويحلف كل واحد من عينه، ولو قال أحدهما: قتل أبانا زيد ورجل لا أعرفه، وقال الآخر: قتله عمرو، ورجل لا أعرفه، فلا تكاذب، فيقسم كل واحد على من عينه، ويأخذ منه ربع الدية، فإن عادا، وقال كل واحد منهما: قد بان لي أن المبهم هو الذي عينه أخي، فلكل واحد أن يقسم على الآخر، ويأخذ منه ربع الدية، وهل يحلف كل واحد خمسين يميناً، أم خمساً وعشرين؟ فيه خلاف يأتي في

نظائره إن شاء الله تعالى، وإن قال كل واحد: المبهم غير الذي عينه أخي، حصل التكاذب، فإن قلنا: تبطل القسامة، رد كل واحد ما أخذ بها، وإلا فيقسم كل واحد على من عينه ثانياً، ويأخذ منه ربع الدية، ولو قال الذي عين زيداً: تبين أن الذي أبهمت ذكره عمرو الذي عينه أخي، وقال الذي عين عمرواً: تبين أن الذي أبهمت ذكره غير زيد، فالذي عين عمرواً لا يكذبه أخوه، فله أن يقسم على عمرو، ويأخذ منه ربع الدية، والذي عين زيداً، كذبه أخوه، فإن قلنا: تبطل القسامة، رد ما أخذ، وحلف المدعى عليه، وإلا أقسم على من عينه، وأخذ منه ربع الدية، ولو قال أحدهما: قتل أبانا زيد وحده، وقال الآخر: قتله زيد وعمرو، فإن قلنا: التكاذب لا يبطل القسامة، أقسم الأول على زيد، وأخذ منه نصف الدية، ويقسم الثاني عليهما، ويأخذ من كل واحد ربع الدية، وإن قلنا: يبطل، فالتكاذب هنا في النصف، وفي بطلان القسامة في كل وجهان: أصحهما: لا تبطل، فيقسم الأول على زيد، ويأخذ منه ربع الدية، وكذا يقسم الثاني عليه ويأخذ ربعها، ولا يقسم الثاني على عمرو، لأن أخاه كذبه في الشركة، وللأول تحليف زيد، لما بطلت فيه القسامة، وللثاني تحليف عمرو، ولو قال أحدهما: قتل أبانا زيد وعمرو، وقال الآخر: قتله بكر وخالد، فإن أبطلنا القسامة بالتكذيب، لم يقسم واحد منهما، ولكل واحد تحليف اللذين عينهما، وإن لم يبطلها، أقسم كل واحد على اللذين عينهما، وأخذ من كل منهما ربع الدية.

فرع: لا يشترط في اللوث والقسامة ظهور دم ولا جرح، لأن القتل يحصل بالخنق، وعصر الخصية، وغيرهما، فإذا ظهر أثره، قام مقام الدم، فلو لم يوجد أثر أصلاً، فلا قسامة على الصحيح، وبه قطع الصيدلاني والمتولي، فلا بد أن يعلم أنه قتل، ليبحث عن القاتل، ولو وجد بعضه في محلة وتحقق موته، ثبتت القسامة، سواء وجد رأسه أو بدنه، أقله أو أكثره، وإذا وجد بعضه في محلة وبعضه في أخرى، فللولي أن يعين ويقسم.

الطرف الثاني: في كيفية القسامة وفيه مسائل:

إحداها: أيانها خمسون يميناً، وكيفية اليمين كسائر الدعاوى، ويقول في يمينه: لقد قتل هذا، ويشير إليه، أو لقد قتل فلان ابن فلان، ويرفع في نسبه، أو يعرفه بما يمتاز به من قبيلة أو صنعة، أو لقب فلان ابن فلان، ويعرفه كذلك منفرداً بقتله، وإن ادعى على اثنين، قال: قتلاه منفردين بقتله، نص الشافعي رحمه الله على ذكر الانفراد، فقيل: هو تأكيد، لأن قوله: قتله، يقتضي الانفراد، وقيل: شرط، لاحتمال الانفراد صورة والاشتراك حكماً، كالمكره مع المكره، ويتعرض لكونه عمداً

أو خطأ، وذكر الشافعي رحمه الله أن الجاني لو ادعى أنه برىء من الجرح، زاد في اليمين: وما برىء من جرحه حتى مات منه.

الثانية: يستحب للقاضي أن يحذر المدعي إذا أراد أن يحلف، ويعظه ويقول: اتق الله، ولا تحلف إلا عن تحقق، ويقرأ عليه: ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَشْتَرُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَأَيْمَنِهِمْ ثَمَنًا قَلِيلًا﴾ الآية [آل عمران: ٧٧]، والقول في التغليظ في اليمين زماناً ومكاناً ولفظاً منه ما سبق في اللعان، ومنه ما هو مؤخر إلى الدعوى والبيّنات.

الثالثة: لا تشترط موالة الأيمان على المذهب، وقيل: وجهان: فعلى المذهب: لو حلف الخمسين في خمسين يوماً، جاز.

الرابعة: جُنَّ المدعي في خلال الأيمان، أو أغمي عليه، ثم أفاق، يبني عليها، ولو عزل القاضي، أو مات في خلالها، فالأصح أن القاضي الثاني يستأنف منه الأيمان، وحكي عن نصه في «الأم» أنه يكفيه البناء، قال الروياني: وهو الأصح، لكن المتولي حمل النص على ما إذا حلف المدعى عليه بعض الأيمان تفرعاً على تعدد يمينه، فمات القاضي، أو عزل وولي غيره، يعتد بالأيمان السابقة، وفرق بأن يمين المدعى عليه النفي فتنفذ بنفسها، ويمين المدعي للإثبات فتوقف على حكم القاضي، والقاضي لا يحكم بحجة أقيمت عند الأول، قال: وعزل القاضي وموته بعد تمام الأيمان، كالعزل في أثنائها في الطرفين، قال: ولو عزل القاضي في أثناء الأيمان من جانب المدعي أو المدعى عليه، ثم تولى ثانياً، فيبني على أن الحاكم هل يحكم بعلمه؟ إن قلنا: لا، استأنف، وإلا بنى، ولو مات الولي المقسم في أثنائها، نص في «المختصر» أن وارثه يستأنف الأيمان، وقال الخضري: يبني عليها، والصحيح الأول، ولو مات بعد تمامها، حكم لوارثه، كما لو أقام بينة ثم مات ولو مات المدعى عليه في أثناء الأيمان، إذا حلفناه في غير صورة اللوث، أو فيها، لنكول المدعي، بنى وارثه على أيمانه.

الخامسة: في جواز القسامة في غيبة المدعى عليه وجهان: أصحهما: نعم، كالبينة، والثاني: لا، لضعف القسامة، ولا يمنع من القسامة كون المدعي كان غائباً عن موضع القتل، كما لا يمنع كونه صبيّاً أو جنيناً، لأنه قد يعرف الحال بإقرار المدعى عليه، أو بسماع ممن يثق به.

السادسة: ما يستحق بالقسامة يستحق بخمسين يميناً، فإن كان الوارث واحداً وهو جائز، حلف خمسين وأخذ الدية، وإن لم يكن جائزاً، حلف أيضاً خمسين، لأنه لا يمكنه أخذ شيء إلا بعد تمام الحجة، فإذا حلف أخذ قدر حقه ولا يثبت الباقي بيمينه، بل حكمه حكم من مات ولا وارث له وسيأتي إن شاء الله تعالى، وإن

كان للقتيل وارثان فأكثر، فقولان: أحدهما: يحلف كل واحد خمسين يمينا، وأظهرهما: يوزع الخمسون عليهم على قدر مواريتهم، ومنهم من قطع بهذا، فعلى هذا إن وقع كسر، تممنا المنكسر، فإذا كان ثلاثة بنين، حلف كل ابن سبع عشرة، وإن خلف أمّاً وابناً، حلفت تسعاً وحلف اثنتين وأربعين، وإن خلف زوجة وبنات جعلت الأيمان بينهما أخماساً، فتحلف الزوجة عشراً، والبنات أربعين، وفي زوج وبنات، تجعل أثلاثاً، وإذا خلف أكثر من خمسين ابناً أو أخاً، حلف كل واحد يمينا، وإن كانوا تسعة وأربعين، حلف كل واحد يمينين، وفي صورة الجد والإخوة تقسم الأيمان، كقسم المال، وفي المعادة لا يحلف ولد الأب إن لم يأخذ شيئاً، فإن أخذ، حلف بقدر حقه، فإذا خلف جدّاً وأخاً لأبوين وأخاً لأب، حلف الجد سبع عشرة والأخ للأبوين أربعاً وثلاثين، ولا يحلف الأخ للأب وعلى التوزيع لو نكل بعضهم عن جميع حصته، أو بعضها، فلا يستحق الآخر شيئاً حتى يحلف خمسين ولو غاب بعضهم، فالحاضر بالخيار بين أن يصبر حتى يحضر الغائب، فيحلف كل واحد قدر حصته، وبين أن يحلف في الحال خمسين، ويأخذ قدر حقه، فلو كان الورثة ثلاثة بنين أحدهم حاضر، فأراد أن يحلف، حلف خمسين يمينا، وأخذ ثلث الدية، فإذا قدم ثان، حلف نصف الخمسين، وأخذ الثلث فإذا قدم الثالث، حلف سبع عشرة، وأخذ ثلث الدية، ولو كانوا أربعة، حلف الحاضر خمسين، وأخذ ربع الدية، فإذا قدم ثان، حلف خمسا وعشرين، وأخذ ربعها، وثالث يحلف سبع عشرة والرابع ثلاث عشرة، ولو قال الحاضر: لا أحلف إلا بقدر حصتي لا يبطل حقه من القسامة حتى إذا قدم الغائب حلف معه بخلاف ما إذا قال الشفيع الحاضر: لا آخذ إلا قدر حصتي، فإنه يبطل حقه، لأن الشفعة إذا أمكن أخذها، فالتأخير تقصير مفوت، واليمين في القسامة لا تبطل بالتأخير، ولو كان في الورثة صغير، أو مجنون، فالبالغ العاقل كالحاضر، والصبي والمجنون كالغائب في جميع ما ذكرناه، ولو حلف الحاضر، أو البالغ خمسين، ثم مات الغائب أو الصبي، وورث الحالف، لم يأخذ نصيبه إلا بعد أن يحلف حصته ولا يحسب ما مضى، لأنه لم يكن مستحقاً له يومئذ.

فرع: كان في الورثة خنثى مشكل، أخذ بالاحتياط واليقين في الأيمان والميراث، فإن خلف ولداً خنثى، حلف خمسين لاحتمال أنه ذكر، ولا يأخذ إلا نصف المال، ثم إن لم يكن معه عصبه، لم يأخذ القاضي الباقي من المدعى عليه بل يوقف حتى يبين الخنثى، فإن بان ذكراً أخذه، وإن بان أنثى حلف القاضي المدعى عليه للباقي، وإن كان معه عصبه كأخ، فإن شاء صبر إلى وضوح الخنثى، وإن شاء حلف، فإن صبر توقفنا، وإن حلف حلف خمسا وعشرين، وأخذ القاضي النصف

الآخر، ووقفه بين الأخ والخنثى، فإذا بان المستحق منهما، دفعه إليه باليمين السابقة، ولو خلف ولدين خنثيين، حلف كل واحد منهما ثلثي الأيمان مع الجبر وهي أربع وثلاثون يميناً، لاحتمال أنه ذكر، والآخر أنثى، ولا يأخذان إلا الثلثين لاحتمال أنهما أنثيان، ولو خلف ابناً وخنثى، حلف الابن ثلثي الأيمان، وأخذ نصف الدية، وحلف الخنثى نصفها، وأخذ ثلث الدية، ووقف السدس بينهما، ولو خلف بنتاً وخنثى، حلفت نصف الأيمان، والخنثى ثلثيها، وأخذ ثلثي الدية، ولا يؤخذ الباقي من المدعى عليه حتى يظهر الخنثى، وهنا صور آخر في الخنثائي تعلم من الضابط والمثال المذكور حذفها اختصاراً ولعدم الفائدة فيها وتعدر وقوعها.

فرع: مات بعض الورثة المدعين الدم، قام وارثه مقامه في الأيمان، فإن تعددوا، عاد القولان، فإن قلنا: يحلف كل وارث خمسين، فكذا ورثة الورثة، وإن قلنا: بالتوزيع، وزعت حصة ذلك الوارث على ورثته، فلو كان للقتيل ابنان، مات أحدهما عن ابنين، حلف كل منهما ثلاث عشرة، فلو حلف أحدهما ثلاث عشرة، فمات أخوه قبل أن يحلف، ولم يترك سوى هذا الحالف، حلف أيضاً ثلاث عشرة بقدر ما كان يحلف الميت، ولا يكفيه إتمام خمس وعشرين، ولو مات وارث القتل بعد حلفه، أخذ وارثه ما كان له من الدية، وإن مات بعد نكوله، لم يكن لوارثه أن يحلف، لأنه بطل حقه من القسامة بنكوله، لكن لوارثه تحليف المدعى عليه.

فرع: للقتيل ابنان، حلف أحدهما، ومات الآخر قبل أن يحلف عن ابنين، فحلف أحدهما حصته، وهي ثلاث عشرة ونكل الآخر، وزع الربع الذي نكل عنه على أخيه وعمه على نسبة ما يأخذان من الدية، فيخص الأخ أربع وسدس يضم ذلك إلى حصته في الأصل، وهي اثنتا عشرة ونصف، فتبلغ ست عشرة وثلثين فتكمل، وقد حلف ثلاث عشرة، فيحلف الآن أربعاً، ويخص العم ثمان وثلث، فيحلف تسعاً فيكمل له أربع وثلاثون.

فرع: جميع ما سبق في أيمان القسامة من جهة المدعي، أما إذا ادعى القتل بغير لوث وتوجهت اليمين على المدعى عليه، فهل يغلظ عليه بالعدد؟ قولان، أظهرهما: نعم، لأنها يمين دم، فإن نكل المدعى عليه رد على المدعي ما توجه على المدعى عليه على اختلاف القولين، ويجري القولان في يمين المدعي مع الشاهد الواحد، ولو كانت الدعوى في محل اللوث، ونكل المدعي عن القسامة، غلظت اليمين على المدعى عليه بالعدد قطعاً، وقيل: بطرد القولين، فإن قلنا: بالتعدد، وكانت الدعوى على جماعة مع لوث أو مع عدمه، فهل يقسط الخمسون عليهم بعدد الرؤوس، أم يحلف كل واحد خمسين؟ قولان، أظهرهما: الثاني، فإن قسطنا فكانت

الدعوى على اثنين، حاضر وغائب، حلف الحاضر خمسين، فإذا حضر الغائب وأنكر، حلف خمساً وعشرين، وإن كانا حاضرين، فنكل أحدهما، حلف الآخر خمسين، لأن البراءة عن الدم لا تحصل بدونها على قول التعدد، ويحلف المدعي على الناكل خمسين، ولو نكل المدعى عليه عن اليمين والمدعون جماعة وقلنا: بالتعدد، فهل توزع الأيمان على قدر مواريتهم أم يحلف كل واحد خمسين؟ فيه القولان السابقان.

فرع: هذا الذي سبق حكم الأيمان في دعوى النفس، فأما دعوى الطرف والجرح، فقد سبق أنه لا قسامة فيها، ولا اعتبار باللوث، ولكن يحلف المدعى عليه، وهل تتعدد اليمين؟ يبنى على أن يمين المدعى عليه في دعوى النفس هل تتعدد؟ إن قلنا: لا، فهنا أولى، وإلا فقولان أو وجهان: أشبههما بالترجيح التعدد، قال ابن الصباغ: هذا الخلاف في دعوى العمد المحض، أما في الخطأ وشبه العمد فتتحد فيه اليمين بلا خلاف، ولم يفرق الأكثرون كما في النفس، وإذا قلنا: بالتعدد، فذلك إذا كان الواجب فيما يدعيه قدر الدية، فإن نقص كبذل اليد والحكومة، فقولان: أظهرهما: يحلف المدعى عليه خمسين يميناً أيضاً، والثاني: توزع الخمسون على الأبدال، ففي اليد خمس وعشرون، وفي الموضحة ثلاث، ولو زاد الواجب على دية نفس، فهل يزداد في قدر الأيمان بزيادة قدر الأروش؟ طرد الإمام حكاية الخلاف فيه، ولو كانت الدعوى في الطرف على جماعة، فهل يحلف كل واحد منهم بقدر ما يحلف المنفرد، أم يوزع على رؤوسهم؟ فيه قولان كما سبق، ومتى نكل المدعى عليه عن اليمين المعروضة عليه، ردت على المدعي، وحلف بقدر ما كان يحلف المدعى عليه، فإن تعدد المدعون، فهل توزع عليهم بقدر الإرث، أم يحلف كل واحد كما يحلف المنفرد؟ فيه القولان السابقان.

فرع: كان مع المدعي شاهد، فأراد أن يحلف معه، فإن قلنا: تتحد اليمين مع الشاهد في دعوى الدم، نظر، إن جاء بصيغة الإخبار أو شهد على اللوث، حلف معه خمسين يميناً، وإن جاء بلفظ الشهادة وحافظ على شرطها، حلف معه يميناً واحدة، قال الإمام: ويثبت المال إن كان القتل خطأ، وإن كان المدعى قتل عمد، فلا قصاص قطعاً، وفي المال خلاف يأتي نظيره إن شاء الله تعالى، وإذا قلنا: تعدد اليمين مع الشاهد، فلا بد من خمسين يميناً بكل حال.

الطرف الثالث: في حكم القسامة:

فإذا أقسم الولي في محل اللوث، فإن كان ادعى قتل خطأ أو شبه عمد. وجبت الدية على عاقلة المحلوف عليه، مخففة في الخطأ، ومغلظة في شبه العمد، وإن

ادعى قتلاً عمداً والمدعى عليه ممن يقتل بذلك القتل، فهل يجب القصاص بالقسامة؟ قولان، القديم: نعم، والجديد الأظهر: لا، فعلى الجديد تجب الدية في مال القاتل حالة، وعلى القديم لا فرق بين أن تكون الدعوى على واحد، أو جماعة كالبينة، وخرج ابن سريج على القديم أن الولي يختار واحداً منهم، فيقتله قصاصاً، ولا يقتل الجميع، وقيل: على هذا يأخذ من الباقي حصتهم من الدية، وهو ضعيف، وإذا ادعى القتل على ثلاثة في محل اللوث. والحاضر منهم واحد، فإن قال: تعمدوا جميعاً، أقسم على الحاضر خمسين يمينا، وأخذ ثلث الدية من ماله على الجديد، وعلى القديم له القصاص، فإذا قدم أحد الغائبين، فإن أقر، اقتص منه، وإن أنكر، أقسم عليه المدعي، وهل يقسم خمسين أم خمساً وعشرين؟ وجهان: ويقال: قولان، أصحهما: الأول، هكذا أطلقوه، وينبغي أن يكون هذا على الخلاف السابق في جواز القسامة في غيبة المدعى عليه، فإن جوزناها وذكره في الأيمان السابقة اكتفى بها، ثم إذا حلف عليه، عاد القولان، الجديد والقديم، فإذا قدم الثالث وأنكر فكم يحلف عليه؟ فيه الخلاف السابق، وإن قال: تعمد هذا الحاضر، وكان الغائبان مخطئين، أقسم على الحاضر ويقتص منه قطعاً، فإذا حضر الغائبان وأنكرا، فكم يحلف عليهما؟ فيه الخلاف، وإن أقر وصدقتهما العاقلة، فالدية على العاقلة، وإلا ففي مالهما مخففة، وإن قال: تعمد الحاضر ولا أدري أتعمد الغائبان أم أخطأ، أقسم على الحاضر خمسين وأخذ منه ثلث الدية على الجديد، وعلى القديم يوقف الأمر حتى يحضرا، فإن حضرا واعترفا بالتعمد، اقتص منهما ويقتص من الأول أيضاً في القديم، وإن اعترفا بالخطأ، وجبت الدية المخففة عليهما إن كذبتهما العاقلة، وإلا فعلى العاقلة، وإن أنكرا أصل القتل، فهل يقسم المدعي؟ فيه الوجهان السابقان فيما إذا ادعى القتل وظهر اللوث فيه ولم يذكر أنه عمد أم خطأ، الأصح: لا يقسم، فإن قلنا: يقسم، فأقسم، حبسا حتى يصفى القتل، وكم يقسم؟ فيه الخلاف، ولو ادعى القتل على شخصين، وعلى أحدهما لوث دون الآخر، أقسم المدعي على الذي عليه لوث خمسين، وفي الاقتصاص منه القولان، وحلف الذي لا لوث عليه.

فرع: إذا نكل المدعي عن القسامة في محل اللوث، حلف المدعى عليه كما سبق، فإن نكل، فهل ترد اليمين على المدعي؟ ينظر إن ادعى قتلاً يوجب القصاص، وقلنا: القسامة لا توجب القصاص، ردت اليمين قطعاً، لأنه يستفيد بها ما لا يستفيد بالقسامة، وهو القصاص، وإن كان قتلاً لا يوجب القصاص، أو يوجبه وقلنا: القسامة توجبه، فقولان: أحدهما: لا ترد، لأنه نكل عن اليمين في هذه الخصومة، وأظهرهما: الرد، لأنه إنما نكل عن يمين القسامة، وهذه غيرها، والسبب الممكن

من تلك هو اللوث، ومن هذه نكول المدعى عليه، ولو كانت الدعوى في غير صورة اللوث، ونكل المدعى عليه عن اليمين، والمدعى عن اليمين المردودة، ثم ظهر لوث وأراد المدعى أن يقسم فقد أجروا القولين في تمكينه منه، ولو أقام المدعى شاهداً في دعوى بمال، ونكل عن الحلف معه، ونكل المدعى عليه عن اليمين المعروضة عليه، فأراد المدعى أن يحلف اليمين المردودة، عاد القولان هكذا أطلقوه، ومقتضى ما ذكرنا في أول المسألة أن يقال: إن جرى ذلك في دعوى قتل يوجب قصاصاً، حلف اليمين المردودة قطعاً، لأنه لا يستفيد باليمين مع الشاهد القصاص، ويستفيد باليمين المردودة.

فرع: إذا حلف المدعى عليه تخلص عن المطالبة، ولا يطالب أهل الموضع الذي وجد فيه القتل، ولا يأتي ذلك الموضع ولا عاقلته ولا عاقله الحالف ولا غيرهم سواء كان المدعى قتلاً عمداً أم خطأ، وإذا حلف المدعى عند نكول المدعى عليه، فإن كان المدعى قتلاً عمداً، ثبت القصاص، لأن اليمين المردودة كالإقرار، أو كالبينة، والقصاص يثبت بكل منهما، وإن كان المدعى خطأ، أو شبه عمد، وجبت الدية، ثم قيل: إن قلنا: اليمين المردودة كالبينة، فهي على عاقلته، وإن قلنا: كالإقرار، ففي ماله، وقيل: في ماله مطلقاً، لأنها إنما تكون كالبينة في حق المتداعيين.

الطرف الرابع: فيمن يحلف في القسامة:

وهو كل من يستحق بدل الدم، فيدخل فيه السيد، فإنه إذا قتل عبده، أقسم على المذهب كما سبق، وعلى هذا يقسم المكاتب إذا قتل عبده، ولا يقسم سيده، بخلاف ما إذا قتل عبد المأذون له فإن السيد يقسم دون المأذون له، لأنه لا حق له، بخلاف المكاتب، فإن عجز قبل أن يقسم، وتعرض عليه اليمين، أقسم السيد، وإن عجز بعد عرض اليمين ونكوله، لم يقسم السيد، لبطلان الحق بنكوله، كما لا يقسم الوارث إذا نكل المورث، ولكن يحلف المدعى عليه، وإن عجز بعد ما أقسم، أخذ السيد القيمة، كما لو مات الولي بعد ما أقسم.

فرع: ملك عبده عبداً، فقتل وهناك لوث، فإن قلنا: العبد لا يملك بتمليك السيد، أقسم السيد، لأن المقتول عبده، فإن أقسم، كانت القيمة له ولورثته بعده، وإن قلنا: يملك بالتمليك، بني ذلك على أن من ملك عبده شيئاً فأتلف، هل ينقطع حق العبد منه وتكون القيمة للسيد، أم ينتقل حقه إلى القيمة؟ وفيه وجهان: أحدهما: الانقطاع، لضعف ملكه ولأنه لو أعتق أو انتقل من ملك السيد، انقلب ما ملكه إلى ملك سيده، فإن قلنا: ينقطع، أقسم السيد، وإلا فوجهان: أحدهما: يقسم العبد

كالمكاتب، والثاني: لا، لضعف ملكه، فعلى هذا لا يقسم السيد أيضاً، لأنه لا ملك له، ولو استرجع السيد الملك، وأعاد القيمة إلى ملكه، لم يقسم السيد أيضاً، لأنها لم تثبت للعبد، فكيف يخلفه السيد فيها، وإن قلنا: يقسم العبد، فقد قيل: لا يقسم السيد أيضاً، لأن العبد لم يكن له حين قتل، ولا صارت القيمة له حينئذ، وإنما يملك بالاسترجاع، قال الإمام: ويجوز أن يجعل السيد خلفاً عن العبد كالوارث مع مورثه، ولو ملك مستولده عبداً كان كما لو ملك عبده القن في جميع ما ذكرنا، وإن عتقت بموت السيد، ولو أوصى لمستولده بعد، فقتل وهناك لوث، أقسم السيد وأخذ القيمة وبطلت الوصية، ولو أوصى لها بقيمة عبده بعدما قتل، أو أوصى لها بقيمة عبده فلان إن قتل، صحت الوصية، لأن القيمة له ولا يقدح فيها الخطر، لأن الوصية تحتل الإخطار، وليست الوصية للمستولدة كالوصية للقن، لأنها تعتق بالموت وهو وقت استحقاق الوصية، والقن ينتقل إلى الوارث، فلا يمكن تصحيح الوصية له، قال الروياني: وعلى هذا لو أوصى لعبد نفسه، ثم أعتقه قبل موته، صحت الوصية، وعن القاضي أبي الطيب، أنه لو باعه بعد الوصية، صحت الوصية، ويثبت الاستحقاق للمشتري، وإذا صحت الوصية لها، فإن أقسم السيد، ثم مات، فالقيمة لها، وإن لم يقسم حتى مات ولم يوجد منه نكول، أقسم الورثة، وتكون القيمة لها بالوصية، وإنما أقسم الورثة، وإن كانت القيمة للمستولدة، لأن العبد يوم القتل كان للسيد، والقسامة من الحقوق المعلقة بالقتل، فيرثونها كسائر الحقوق، وتثبت القيمة له، ثم يصرفونها إلى المستولدة بموجب وصيته، ولهم غرض ظاهر في تنفيذ وصيته، وتحقيق مراده، وهذا كما أنهم يقضون دينه، وليس سبيلهم فيه سبيل سائر الناس، حتى لو مات من عليه دين ولا تركه له، فقضاه الورثة من مالهم، لزم المستحق قبوله بخلاف ما لو تبرع به أجنبي، قال الإمام: وغالب ظني أنني رأيت فيه خلافاً، قال: ولو أوصى لإنسان بمال ومات، فجاء من ادعى استحقاقه هل يحلف الوارث لتنفيذ الوصية؟ فيه احتمالان، والفرق أن القسامة تثبت على خلاف القياس احتياطاً للدماء. ولو نكل الورثة عن القسامة، فهل للمستولدة أن تقسم وتأخذ القيمة؟ قولان، أحدهما: نعم، لأن الحق لها، وأظهرهما: لا، لأن القسامة لإثبات القيمة، وهي تثبت للسيد ثم تنتقل بالوصية إليها، ولا يقوم مقام السيد إلا وارثه، ويجري القولان في المديون إذا لم يقسم ورثته، هل يقسم غرماؤه؟ ولا خلاف أن للورثة الدعوى، وطلب اليمين من المدعى عليه إذا لم يقسموا، وأما المتسولدة، فهل لها الدعوى وطلب اليمين؟ قيل: إن قلنا: لها أن تقسم، فلها ذلك، وإلا فلا، والمذهب والمنصوص أن لها ذلك، وإن قلنا: لا تقسم، لأنها صاحبة القيمة، وأما القسامة فللورثة، فلو نكل الخصم

ردت اليمين عليها، قال الإمام: وعلى هذا لا يفتقر طلبها ودعواها إلى إعراض الورثة عن الطلب.

واعلم أن الورثة وإن كان لهم القسامة، لا تجب عليهم وإن كانوا متيقنين، فالأيمان لا تجب قط.

فرع: لو قطعت يد عبد، فعتق ومات بالسراية، فقد سبق أن الواجب فيه الدية، وذكرنا قولين، أظهرهما: للسيد أقل الأمرين من نصف قيمة العبد وكمال الدية، والثاني: أنه أقل الأمرين من كمال القيمة وكمال الدية، فلو وقعت هذه الجناية في محل لوث وكان الواجب قدر ما يأخذه السيد ولا يفضل شيء للورثة، فهل يقسم؟ يبنى على ما لو مات رقيقاً، إن قلنا: يقسم، فهنا أولى، وإلا فوجهان: أحدهما: يقسم أيضاً، لأن القتل حر، والواجب دية، وإن كان يفضل عن الواجب شيء للورثة، أقسم الورثة قطعاً، وفي قسامة السيد الخلاف، إن قلنا: لا يقسم، أقسم الورثة خمسين يميناً، وإلا فالسيد مع الوارث كالوارثين، فيعود القولان في أن كل واحد يحلف خمسين يميناً، أم توزع الأيمان عليهما بحسب ما يأخذان.

فرع: إذا ارتد ولي القتل بعد ما أقسم، فالدية ثابتة، ولها حكم سائر أمواله التي ارتد عليها، وإن ارتد قبل أن يقسم، قال الأصحاب: الأولى أن لا يعرض الحاكم القسامة عليه، لأنه لا يتورع عن اليمين الكاذبة، فإذا عاد إلى الإسلام، أقسم، ولو أقسم في الردة، فالمذهب صحة القسامة، واستحقاق الدية بها، وهي كمال كسبه بعد الردة باحتطاب واصطياد ونحوهما، ولو ارتد الولي قبل موت المجروح، ومات المجروح والولي مرتد، لم يقسم، لأنه لا يرث بخلاف ما إذا قتل العبد، وارتد السيد، لا يفرق بين أن يرتد قبل موت العبد أم بعده، بل يقسم إذا قلنا بالقسامة في بدل العبد، لأن استحقاقه بالملك لا بالإرث.

فرع: قتل من لا وارث له بجهة خاصة وهناك لوث، فلا قسامة لعدم المستحق المعين، لكن ينصب القاضي من يدعي عليه ويحلفه، فإن نكل، فهل يقضي عليه بنكوله؟ فيه خلاف يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى.

فصل: في مسائل منثورة

ينبغي للقاضي أن لا يحلف السكران مدعياً كان ولا مدعى عليه، حتى يعلم ما يقول، وما يقال له، وينزجر عن اليمين الكاذبة، فإن حلفه في السكر، فعلى الخلاف في أن السكران كالصاحي أم كالمجنون. والأصح: الأول، ولو قتل رجل وكان اللوث على عبده، فأراد وارثه أن يقسم عليه، فله ذلك إن أوجبنا القصاص بالقسامة

ليقتص منه، وإلا فلا يقسم، لأنه لا يثبت له في رقبة عبده مال إلا أن يكون مرهوناً، فيستفيد بالقسامة فك الرهن وبيعه، وقسمة ثمنه على الغرماء، ولو ادعى على رجل أنه قتل أباه عمداً، فقال المدعى عليه: قتلته ولكن خطأ، أو شبه عمد، فإن لم يكن لوث، صدق المدعى عليه بيمينه، وإن كان بأن شهد عبيد أو نسوة على إقراره بالعمدية، فأيهما يصدق؟ وجهان: أحدهما: المدعي، وبه قطع الإمام والمتولي، فإن حُلف المدعى عليه، فلم يحلف؟ يبنى على ما لو أنكر أصل القتل إن قلنا: يميناً واحدة، فكذا هنا وإن قلنا: خمسين، فكذا هنا على الأصح، وقيل: يميناً، لأن إنكار الصفة أخف من إنكار الأصل، وإذا حلف المدعى عليه، فهل للمدعي طلب الدية؟ فيه وجهان بناء على أن الدية في الخطأ تجب على العاقلة ابتداءً أم تجب على الجاني وهم يحملون، إن قلنا بالأول، ليس له الطلب، لأنه ادعى حقاً على المدعى عليه، وهو اعترف بوجوبه على غيره، وإن قلنا بالثاني، بني على أن الخلف في الصفة هل هو كالخلف في الموصوف؟ وفيه قولان سبقا في مسائل خيار النكاح، إن قلنا: نعم، فكأنه ادعى مالاً فاعترف بمال آخر لا يدعيه، وإن قلنا: لا، طالب بالدية وهو المذهب وعليه اقتصر الأكثرون، وتكون الدية على المدعى عليه مخففة مؤجلة إلا أن تصدقه العاقلة، فتكون عليهم، ولو ادعى أنه قتل أباه خطأ، فقال: قتلته عمداً، فلا قصاص، وهل له المطالبة بدية مخففة؟ قال المتولي: فيه الوجهان، ولو نكل المدعى عليه في الصورة الأولى، حلف المدعي أنه كان عمداً ويكون عدد يمينه بعدد يمين المدعى عليه، ويثبت له بيمينه القصاص أو الدية المغلظة في ماله.

فرع: دعى جرحاً لا يوجب قصاصاً كجائفة، وأقام بها شاهداً، وحلف معه يميناً واحدة ليستحق المال، ثم مات المجروح بالسراية، قال ابن الحداد: لا يعطى الورثة شيئاً إلا بخمسين يميناً، لأنها صارت نفساً، قال القاضي أبو الطيب: تصوير ابن الحداد مبني على أن دعوى الجرح والبيئة به تسمعان قبل اندماله، وفيه خلاف، ومفرع على أن الأيمان لا تتعدد في الجراحات، فإن قلنا: تتعدد، وحلف مع شاهده خمسين، وإن قلنا: بالتوزيع على قدر الدية، حلف للجائفة مع الشاهد ثلث الخمسين، ثم إذا مات المجروح، وصارت الجراحة نفساً، أقسم الورثة واللوث حاصل بشهادة الشاهد الذي أقامه مورثهم، ولا تحسب يمينه لهم، وقال الخضرى: تحسب حتى لو حلف خمسين على قولنا بالتكميل، فلا يمين على الورثة، والصحيح: الأول.

الباب الثالث: في الشهادة على الدم

صفات الشهود، ونصب الشهادات، وشروطها تستوفى في كتاب الشهادات، لكن ذكر الشافعي رحمه الله مسائل تتعلق بالشهادة على الجناية، فراعى معظم الأصحاب ترتيبه، فكل قتل أو جرح يوجب القصاص، لا يثبت إلا بشهادة رجلين يشهدان على نفس القتل أو الجرح، أو إقرار الجاني به، وما لا يوجب إلا الدية، كالخطأ وشبه العمد، وجناية الصبي والمجنون، ومسلم على ذمي، وحر على عبد، وأب على ابن، يثبت بشهادة رجل وامرأتين، وبرجل ويمين، ولو كانت الجناية المدعاة بحيث توجب القصاص، وقال المدعي: عفوت عن القصاص فقبلوا مني رجلاً وامرأتين، أو شاهداً ويميناً لأخذ المال، فهل يقبل ويثبت المال؟ وجهان: الأصح المنصوص: المنع، لأنها في نفسها موجبة للقصاص، ومنهم من قطع بهذا، ومن القسم الأول، موضحة توجب القصاص، ومن الثاني، هاشمة ومأمومة وجائفة تجردت عن الإيضاح، فلو كانت هاشمة مسبوقة بإيضاح، فهل يثبت أرش الهاشمة برجل وامرأتين، وبشاهد ويمين؟ النص أنه لا يثبت، ونص فيما لو رمى سهماً إلى زيد، فمرق منه إلى غيره، أنه يثبت الخطأ الوارد على الثاني برجل وامرأتين، وبشاهد ويمين، وفيهما طريقان، أحدهما: على قولين، ثبوت الهشم والجناية على الثاني برجل وامرأتين، وبشاهد ويمين، والثاني: المنع، والمذهب تقرير النصين، والفرق أن الهشم المشتمل على الإيضاح جنائية واحدة، وإذا اشتملت الجناية على ما يوجب القصاص، احتيط لها، ولم يثبت إلا بحجة كاملة، وفي صورة مروق السهم حصل جنايتان لا تتعلق إحداها بالأخرى، قال الإمام: ولو قال المدعي: أصاب سهمه الرجل الذي قصده، ونفذ منه إلى أبي فقتله، ولم تكن الجناية الأولى متعلق حق المدعي، وجب القطع بثبوت الخطأ بالبينة الناقصة، ومحل الخلاف ما إذا كانت الجناية الأولى متعلق حق المدعي، قال: وفيه احتمال، قال: ولو ادعى أنه أوضح رأسه، ثم عاد وهشمه، ينبغي أن يثبت أرش الهاشمة برجل وامرأتين، لأنها لم تتصل بالموضحة، ولم تتحد الجناية، قال: ولو ادعى القصاص مالا من جهة لا تتعلق بالقصاص، وأقام على الدعوتين رجلاً وامرأتين، فالمذهب ثبوت المال، وبه قطع الجمهور، وأبعد بعضهم فخالف فيه، وفي «الوسيط» أنه لا خلاف أنه لو ادعى قتل عمرو خطأ، فشهدوا، وذكروا مروق السهم إليه من زيد لا يقدر في الشهادة، لأن زيدا ليس مقصوداً بها، فإذا أثبتنا الهاشمة المسبوقة بإيضاح، وأوجبنا أرشها، قال صاحب «التقريب»: في وجوب القصاص في الموضحة وجهان: وجه الوجوب التبعية

للهاشمة، وقال الشيخ أبو علي والأئمة: لا قصاص في الموضحة، وفي أرشها وجهان: لأننا وجدنا متعلقاً لثبوت المال، فلا يبعد أن يستتبع مال مالا.

فصل: لتكن الشهادة على الجناية مفسرة مصرحة بالغرض، فيشترط أن يضيف الهلاك إلى فعل المشهود عليه، فلو قال: ضربه بالسيف، لم يثبت به شيء، ولو قال: ضربه فأنهر الدم، أو قال: جرحه أو ضربه بالسيف فأنهر الدم، أو فمات، لم يثبت به شيء أيضاً لاحتمال الموت بسبب آخر، ولو قال: جرحه، فقتله، أو فمات من جراحته، أو أنهر دمه فمات بسبب ذلك، ثبت القتل، وفي معناه قوله: جرحه أو ضربه بالسيف فأنهر دمه ومات مكانه، نص عليه في «المحتصر» وجعل قوله: ومات مكانه، كقوله: ومات من جراحته، وفي لفظ الإمام ما يشعر بنزاع فيه، ثم الشاهد يعرف حصول القتل بقرائن يشاهدها، فإن لم ير إلا الجرح وإنهار الدم، وحصول الموت، فللإمام تردد في جواز تحمل الشهادة به، قال: والوجه: المنع، ولو قال: ضرب رأسه فأدماه، أو أسال دمه، ثبتت الدامية فمال دمه، لم يثبت، لاحتمال حصول السيلا بغيره، ولو قال: ضربه بسيف، فأوضح رأسه، أو فاتضح من ضربه أو بجرحه، ثبتت الموضحة، ولو قال: ضربه، فوجدنا رأسه موضحاً، أو فاتضح، لم تثبت، وحكى الإمام والغزالي أنه يشترط التعرض لوضوح العظم، ولا يكفي إطلاق الموضحة، فإنها من الإيضاح، وليست مخصوصة بإيضاح العظم، وتنزيل لفظ الشاهد على ألقاب اصطلاح الفقهاء عليها لا وجه له، فلو كان الشاهد فقيهاً، وعلم القاضي أنه لا يطلق الموضحة إلا على ما يوضح العظم، ففيه تردد للإمام، قال: يجوز أن يكتفى به، لفهم المقصود، ويجوز أن يعتبر الكشف لفظاً، لأن للشرع تعديلاً في لفظ الشهادات وإن أفهم غيرها المقصود، ولا بد من تعيين محل الموضحة وبيان مساحتها ليجب القصاص، فلو كان على رأسه مواضع، وعجزوا عن تعيين موضحة المشهود عليه، فلا قصاص، ولو لم يكن على رأسه إلا موضحة، وشهدوا أنه أوضح رأسه، فلا قصاص أيضاً، لجواز أنها كانت موضحة صغيرة فوسعها، وإنما يجب القصاص إذا قالوا: أوضح هذه الموضحة، وهل يجب الأرش إذا أطلقوا أنه أوضح موضحة، وعجزوا عن تعيينها؟ وجهان: أحدهما: نعم، لأن الأرش لا يختلف باختلاف محلها وقدرها، وإنما تعذر القصاص لتعذر المماثلة، ويدل عليه نصه في «الأم» أنهما لو شهدا أنه قطع يد فلان، ولم يعينها، والمشهود له مقطوع اليدين، لا يجب القصاص، وتجب الدية، ولو كان مقطوع يد واحدة والصورة هذه، فهل تنزل شهادتهم هذه على ما نشاهدها مقطوعة أم يشترط تنصيبهم؟ يجوز أن يقدر فيه خلاف.

قلت: الصواب الجزم هنا بالتنزيل على المقطوعة. والله أعلم.
ولو شهدا بموضحة شهادة صحيحة، ورأينا رأس المشجوج سليماً لا أثر عليه،
والعهد قريب بالشهادة، فالشهادة مردودة.

فصل: سيأتي في الشهادات إن شاء الله تعالى أنه من شرط الشاهد أن ينفك
عن التهمة، ومن التهمة أن يجر إلى نفسه نفعاً، أو يدفع ضرراً، ومن صور الجر أن
يشهد على جرح مورثه، فإذا ادعى على شخص أنه جرحه، وشهد للمدعي وارثه،
نظر، إن كان من الأصول أو الفروع، لم تقبل شهادته للبعضية، وإن كان من غيرهم
وشهد بعد الاندمال، قبلت شهادته، وإن شهد قبله، فلا، وإن شهد بمال آخر لمورثه
المريض مرض الموت، قبلت شهادته على الأصح عند الجمهور، ولو شهد بالجرح
محبوبان، ثم صاروا وارثين، فالشهادة في الأصل مقبولة، فإن صاروا وارثين قبل
قضاء القاضي بشهادتهما، لم يقض، وإن كان بعد قضائه، لم ينقض القضاء، كما لو
شهد الشاهد ثم فسق، وقيل: في المسألة قولان، أحدهما: هذا، والثاني: الاعتبار
بحال الشهادة، ولو شهد وارثان ظاهراً، ثم ولد ابن يحجبهما، فالشهادة مردودة
للتهمة عند أدائها، وقيل بطرد القولين، ولو شهد بجرحه وارثاه فبرأ، فالصحيح أنه لا
تثبت الجراحة للتهمة عند الأداء. ومن صور دفع الضرر: أن تقوم بينة بقتل خطأ،
فيشهد اثنان من العاقلة الذين يتحملون الدية على فسق بينة القتل، فلا تقبل
شهادتهما، لأنهما يدفعان عنهما، فلو كان الشاهدان من فقراء العاقلة، فالنص أنه لا
تقبل شهادتهما، وإن كانا من الأباة، وفي عدد الأقربين وفاء بالواجب، فالنص
قبول شهادتهما، فقيل: قولان، والمذهب عند الجمهور تقرير النصين، والفرق أن
المال غاد ورائح، فالغنى غير مستبعد، فتحصل التهمة، وموت القريب كالمستبعد في
الاعتقاد، فلا تتحقق فيه تهمة، وتقبل شهادة العاقلة على فسق بينة قتل العمدة وبينة
الإقرار بالخطأ، لأن الدية لا تلزمهم، فلا تهمة.

فرع: شهد رجلان على رجلين أنهما قتلاً زيداً، فشهد المشهود عليهما على
الأولين أنهما قتلاه، قال الشافعي والأصحاب رحمهم الله: يسأل الولي، فإن صدق
الأولين دون الآخرين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدق الآخرين دون الأولين،
أو صدق الجميع، أو كذب الجميع، بطلت شهادة الجميع، لأن الآخرين يدفعان عن
أنفسهما ضرراً، ولأنهما عدوان للأولين، واعترض على تصوير المسألة بأن الشهادة
لا تسمع إلا بعد تقدم دعوى على معين، وأجيب بأوجه، أحدها عن أبي إسحاق: إن
تقدم الدعوى إنما يشترط إذا كان المدعي يعبر عن نفسه، وتجاوز الشهادة قبل الدعوى
لمن لا يعبر، كصبي ومجنون، والشهادة هنا للقتيل، ولهذا تقضى منها ديونه

ووصاياه، وهذا ذهاب إلى قبول شهادة الحسبة في الدماء، وهو وجه ضعيف. الثاني عن الماسرجسي والأستاذ أبي طاهر: أن صورتها إذا لم يعلم الولي القاتل، وتسمع الشهادة قبل الدعوى والحالة هذه، وهذا وجه ضعيف أن شهادة الحسبة تقبل إن لم يعلم بها المستحق. الثالث قاله الجمهور تفريعاً على أن الشهادة لا تقبل إلا بعد تقديم الدعوى، وهو المذهب، وصورتها أن يدعي الولي القتل على رجلين، ويشهد له شاهدان، فيبادر المشهود عليهما، ويشهدان على الشاهدين بأنهما القاتلان، وذلك يورث ريبة للحاكم، فيراجع الولي، ويسأله احتياطاً.

ولو كان المدعي وكيل الولي، نظر، إن كان عين الآخرين وأمره بالدعوى عليهما، ففعل، وأقام بها شاهدين، فشهد المشهود عليهما على الشاهدين، فإن استمر الوكيل على تصديق الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدقهم جميعاً، أو صدق الآخرين، انعزل عن الوكالة، ولا تبطل دعوى الموكل على الآخرين، وإن لم يعين الوكيل أحداً، بل قال: ثأري عند اثنين من هؤلاء الجماعة، فادّع عليهما واطلب ثأري منهما، ففي صحة التوكيل هكذا وجهان: قال البغوي: وعلى تصحيحه عمل الحكام، وعلى الصحيح ينطبق ما ذكره صاحب «التقريب» وأبو يعقوب الأبيوردي أن المسألة من أصلها فيمن وكل اثنين في الدم فادعى أحدهما على رجلين، والآخر على آخرين، وشهد كل اثنين على الآخرين، ولو عين الوكيل شخصين، والتوكيل منهم كما صورنا، وأقام عليهما شاهدين، فشهد المشهود عليهما على الشاهدين، واستمر الوكيل على تصديق الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدق الآخرين، جاز، أو صدق الجميع، انعزل عن الوكالة، ثم إن صدق الموكل الأولين، ثبت القتل على الآخرين، وإن صدق الآخرين، جاز، وله الدعوى على الأولين إذا لم يتقدم منه ما يناقض ذلك، لكن لا تقبل شهادة الآخرين، وإذا قلنا: تقبل الشهادة قبل الدعوى، فابتدر أربعة إلى مجلس القاضي، فشهد اثنان منهم على الآخرين أنهما قتلاً فلاناً، وشهد الآخران على الأولين أنهما القاتلان، فوجهان: أحدهما: تبطل الشهادتان لتضادهما، والثاني: يسأل الولي، فإن لم يصدقهم، بطلت شهادتهم، وإن صدق اثنين، تأيدت شهادتهما بالتصديق، فيقضي بها، وقيل: يعمل بشهادة الأولين، وترد شهادة الآخرين، لأنهما عدوان ودافعان.

فرع: شهد رجلان على رجلين بالقتل، فشهد المشهود عليهما بذلك القتل على أجنبي أو أجنب، فالنظر في كون الشهادة واقعة بعد الدعوى أو قبلها، وفي تصديق الولي الصنفين أو أحدهما على ما سبق، ولو كان المدعي وكيل الولي، ولم يكن الولي عين أحداً، ثم إنه صدق الآخرين، كان له أن يدعي على الأولين، لأنه لم

يسبق منه ما يناقضه، ولا تقبل شهادة الآخرين، لأنهما متهمان بالدفع، وعن الصيدلاني أنه يحتمل أن لا يجعلهما متهمين.

فرع: شهد رجلان على رجلين على التصوير المتقدم، فشهد أجنبيان على الشاهدين أنهما القاتلان، عاد التفصيل، فإن كان الولي ادعى بنفسه وكذب الأجنبيين، بطلت شهادتهما، ولو صدقهما، أو صدق الجميع، بطلت الشهادات للتناقض، وإن كان المدعي الوكيل، ولم يعين الموكل أحداً، فللموكل الدعوى على الأولين، والأجنبيان ليسا دافعين، ولكنهما مبادران إلى الشهادة قبل الاستشهاد، فإن ادعى عليهما، وشهد الأجنبيان، فعلى الخلاف في قبول الشهادة المعادة من المبادر، وقال البغوي: إن ادعى، وأعاد الشهادة في مجلس آخر، قبلت قطعاً، وإن ادعى، وشهدا في ذلك المجلس، فوجهان.

فرع: ادعى على اثنين ألفاً، وشهد به شاهدان، ثم شهد المشهود عليهما، أو أجنبيان بأن للمدعي على الشاهدين ألفاً، وصدق المدعي الآخرين أيضاً، لم تبطل دعواه الأولى ولا شهادة الأولين على الآخرين، وله أن يدعي على الآخرين أيضاً، لإمكان اجتماع الألفين، وشهادة الآخرين على الأولين شهادة قبل الدعوى والاستشهاد، قال البغوي: فلو ادعى، وشهدا في مجلس آخر، قبلت، وإن جرى في ذلك المجلس، فوجهان.

فصل: أقر بعض الورثة بعفو أحدهم عن القصاص، وعينه أو لم يعينه، سقط القصاص، وأما الدية، فإن لم يعين العافي، فللورثة كلهم الدية، وإن عينه، وأنكر، فكذلك، ويصدق بيمينه في كونه لم يعف، وإن أقر بالعفو، فلغير العافي حقهم من الدية، والعافي وإن عفا على الدية، فكذلك، وإن أطلق العفو، فعلى القولين في وجوب الدية بالعفو المطلق، ولو شهد بعض الورثة بعفو أحدهم، فإن كان فاسقاً أو لم يعين العافي، فحكمه حكم الإقرار، وإن كان عدلاً وعين العافي، وشهد بأنه عفا عن القصاص والدية جميعاً، فللجاني أن يحلف معه، ويسقط القصاص والدية، أما القصاص، فبالإقرار الذي تضمنته الشهادة، وأما الدية، فلأن العفو عن المال يثبت بشاهد ويمين، وكذا الحكم لو شهد رجل وامرأتان من الورثة. وإذا حلف الجاني، فيحلف: لقد عفا عن الدية، وقيل: يحلف: لقد عفا عن القصاص والدية، وهو ظاهر النص، وهو ضعيف، والنص مؤول، لأن القصاص سقط بالإقرار، وإذا ادعى الجاني على الورثة أو بعضهم العفو عن القصاص على الدية، فأنكروه، فهم المصدقون باليمين، فإن نكلوا، حلف، وثبت العفو بيمين الرد، وإن أقام بينة على العفو، لم يقبل إلا رجلان، ولو آل الأمر إلى المال، فادعى على بعضهم عفوه عن حصته من

الدية فله اثباته برجل وامرأتين، وشاهد ويمين.

فصل: إذا اختلف شاهدوا القتل في زمان، بأن قال أحدهما: قتله بكرة، وقال الآخر: عشية، أو مكان، فقال أحدهما: في البيت، والآخر: في السوق، أو آلة، فقال أحدهما: قتله بسيف، والآخر: برمح أو عصاً، أو هيئة، فقال أحدهما: حزه، والآخر: قده، لم يثبت القتل، وهكذا حكم ما يشهدان به، ويختلفان فيه من الأفعال والألفاظ المنشأة، ولا يكون ذلك لوثاً على المذهب، ولو شهد أحدهما أنه أقر بالقتل عمداً، أو خطأ يوم السبت، والآخر أنه أقر به يوم الأحد، ثبت القتل، لأنه لا اختلاف في القتل وصفته، ولو قال أحدهما: أقر أنه قتله بمكة يوم كذا، وقال الآخر: أقر أنه قتله بمصر ذلك اليوم، سقط قولهما، ولو شهد أحدهما أنه قتله، والآخر أنه أقر بقتله، لم يثبت القتل، ولكنه لوث، فإن كان المدعى قتل عمداً، وأقسم الولي، ترتب على القسامة حكمها، وإن كان قتل خطأ، حلف مع أي الشاهدين شاء، وتعدد اليمين واتحادها على ما سبق، فإن حلف مع شاهد القتل، فالدية على العاقلة، وإن حلف مع شاهد الإقرار، ففي مال الجاني، وإن ادعى قتل عمداً، فشهد أحدهما على إقراره بقتل عمداً، والآخر على إقراره بقتل مطلق أو أحدهما بقتل عمداً، والآخر بقتل مطلق، ثبت أصل القتل، لاتفاقهما عليه، حتى لا يقبل من المدعى عليه إنكاره، ويسأل عن صفة القتل، فإن أصر على إنكار أصله، قال له الحاكم: إن لم تبين صفته، جعلتك ناكلاً، ورددت اليمين على المدعي أنك قتلت عمداً، وحكمت عليك بالقصاص، فإن بين صفته، فقال: قتله عمداً، أجري عليه حكمه، وإن قال: قتله خطأ، وكذبه الولي، فأطلق مطلقون أنه يصدق في نفي العمدية، فيحلف وتجب دية خطأ في ماله، لأنها تثبت بإقراره، وإن نكل، حلف، ووجب القصاص، واستدرك الإمام والغزالي، فقالا: يصدق في نفي العمدية إن لم يكن هناك لوث، فإن كان، أقسم المدعي ويشبه أن يكون المراد لوث العمدية، وإلا فأصل اللوث حاصل بأصل القتل لاتفاق الشاهدين، وقد سبق خلاف في أنه لو ظهر لوث بأصل القتل دون كونه خطأ أو عمداً، هل تثبت القسامة؟ وهذا نازع إليه.

فرع: شهد أحدهما أنه قتله عمداً، والآخر أنه قتله خطأ، والدعوى بقتل عمداً، ففي ثبوت أصل القتل وجهان: أحدهما: يثبت، فإن قلنا: لا يثبت، فحكمه كما سبق في صور التكاذب، وإن قلنا: يثبت، سئل الجاني، فإن أقر بالعمد، ثبت، أو بخطأ وصدقه الولي، ثبت، وإن كذبه، فللولي أن يقسم، لأن معه شاهداً، وذلك لوث هنا قطعاً، فإن أقسم الولي، حكم بمقتضى القسامة، وإلا فيحلف الجاني، فإن حلف، فالدية مخففة في ماله، وإن نكل، ففي رد اليمين على المدعي قولان سبقا،

فإن ردت، وحلف، ثبت موجب العمد، فإن لم ترد، أو ردت، وامتنع من الحلف، تثبت دية الخطأ في ماله، وقال البغوي: إن كان المدعى قتل عمد، فشهادة الخطأ لغو، ويحلف الولي مع شاهد العمد خمسين يمينا، ويثبت مقتضى القسامة، وإن كان قتل خطأ، فشهادة العمد لغو، ويحلف مع شاهد الخطأ، وتجب دية على العاقلة، قال: ولو شهد أحدهما أنه أقر بقتله عمداً، والآخر أنه أقر بقتله خطأ، فالحكم كذلك إلا أنه إذا حلف مع شاهد الخطأ، فالدية على الجاني إلا أن تصدقه العاقلة.

فرع: شهدا أنه ضرب ملفوفاً في ثوب، فقد ه نصفين، ولم يتعرضا لحياته وقت الضرب، لم يثبت القتل بشهادتهما، فلو اختلف الولي و الجاني في حياته حينئذ، فأيهما يصدق؟ فيه قولان سبقا، أظهرهما: الولي، وفي موضع القولين ثلاث طرق، أصحهما: إطلاقهما، والثاني قاله أبو إسحاق: ينظر إلى الدم السائل، فإن قال أهل الخبرة: هو دم حي، صدق الولي، وإن قالوا: دم ميت، صدق الجاني، وإن اشتبه، ففيه القولان، والثالث قاله أبو الحسن الطيبي، بكسر الطاء وبالباء الموحدة: أنه إن كان ملفوفاً في ثياب الأحياء، صدق الولي، وإن كان في الكفن، صدق الجاني، وإن اشتبه، ففيه القولان، فإن صدقنا الجاني، فحلف، برىء، وإن صدقنا الولي، فله الدية، وفي القصاص وجهان: قال الشيخ أبو حامد: لا، للشبهة، وقال الماسرجسي والقاضي أبو الطيب وغيرهما: يجب القصاص، لأنه مقتضى تصديقه.

فرع: شهد رجل على رجل أنه قتل زيدا، وشهد آخر أنه قتل عمراً، حصل اللوث في حقهما جميعاً، فيقسم الوليان، نص عليه في «الأم» رحمته الله وبالله التوفيق.



فهرس المحتويات

٥	كتاب الخلع
٦	الباب الأول: في حقيقة الخلع
٨	فرع: فيما يلحق به الخلع من الأصول
١٠	الباب الثاني: في أركان الخلع
١٧	فرع: في فتاوى البغوي
٢٢	الباب الثالث: في بيان الألفاظ الملزمة ومقتضاها
٢٩	الباب الرابع: في سؤال المرأة الطلاق بمال، واختلاع الأجنبي
٣٩	الباب الخامس: في الاختلاف
٤٢	فصل: في مسائل منثورة تتعلق بالخلع
٤٣	فصل: لابن الحداد
٤٥	كتاب الطلاق
٤٥	الباب الأول: في الطلاق السني والبدعي وغيرهما
٥٥	فرع: في ضبط ما يُدَيَّن فيه، وما يقبل ظاهراً
٥٧	الباب الثاني: في أركان الطلاق
٦٣	فصل: في مسائل منثورة متعلقة بالصريح والكناية
٧٩	فصل: في بيان الإكراه
٨٧	فرع: سبق في التحليل
٨٩	الباب الثالث: في تعدد الطلاق
٩٥	فرع: عن أبي العباس الروياني
٩٩	الباب الرابع: في الاستثناء
١٠٥	الباب الخامس: في الشك في الطلاق
١١٤	الباب السادس: في تعليق الطلاق

١٢٧	فصل: في التعليق بنفي التطبيق
١٥٨	فصل: في مسائل تجري في مخاصمة الزوجين ومشاطمتهم
١٧٧	كتاب الرجعة
١٧٧	الباب الأول: في أركانها
١٨١	الباب الثاني: في أحكام الرجعية والرجعة
١٨٣	فصل: في الاختلاف
١٨٧	كتاب الإيلاء
١٨٧	الباب الأول: في أركانه
١٨٩	فرع: في مسائل تتفرع على الجديد
٢٠٢	الباب الثاني: في أحكام الإيلاء
٢٠٢	فصل: فيما يمنع احتساب المدة ابتداء أو دواماً
٢٠٨	كتاب الظهار
٢٠٨	الباب الأول: في أركانه
٢١٣	الباب الثاني: في حكم الظهار
٢٢٠	كتاب الكفارات
٢٣٤	فصل: في بيان حكم صوم الكفارة المرتبة
٢٤١	كتاب اللعان والقذف
٢٤١	الباب الأول: في ألفاظ القذف وأحكامه العامة
٢٥١	الباب الثاني: في قذف الزوجة خاصة
٢٥٤	الباب الثالث: في ثمره اللعان، وشروطه، وصفته، وأحكامه
٢٧٠	فصل: في نفي الولد
٢٧٤	فصل: في مسائل منثورة من اللعان
٢٧٧	كتاب العِدِّد
	الباب الأول: في عدة الطلاق وما في معناه من اللعان،
٢٧٧	وسائر الفسوخ، ووطء الشبهة
٢٩٠	الباب الثاني: في اجتماع عدتين
٢٩٩	فصل: في مسائل تتعلق بالباب

٣٠٠	الباب الثالث: في عدة الوفاة والمفقود
٣٠٥	فرع: في كيفية الإحداد
٣٠٧	الباب الرابع: في السكنى
٣١٧	فصل: في مسائل تتعلق بالعدد
٣١٧	الباب الخامس: في الاستبراء
٣٢٩	كتاب الرضاع
٣٢٩	الباب الأول: في أركانه وشروطه
٣٣٦	الباب الثاني: فيمن يحرم بالرضاع
٣٣٩	الباب الثالث: في الرضاع القاطع للنكاح وحكم الغرم
٣٤٧	الباب الرابع: في الاختلاف
٣٥١	كتاب النفقات
٣٥١	الباب الأول: في قدر الواجب وكيفيته
٣٦١	الباب الثاني: في مسقطات النفقة
٣٧٠	الباب الثالث: في الإعسار بنفقة الزوجة
٣٧٦	الباب الرابع: في نفقة الأقارب
٣٨٥	الباب الخامس: في الحضانة
٣٩٥	الباب السادس: في نفقة المملوك
٤٠٠	كتاب الجنایات
٤٠٦	فصل: فيما إذا جرى سبب وقدر المقصود على دفعه
٤١٢	فصل: فيما يباح بالإكراه
٤١٥	فصل: فيما إذا قتل إنساناً يظنه على حال وكان بخلافه
	باب: ما يشترط مساواة القاتل فيه لوجوب القصاص وما لا يؤثر
٤١٧	اختلافهما فيه
٤٢١	فصل: فيما لا يؤثر اختلاف القاتل والمقتول فيه
٤٢٤	فصل: في اجتماع سببين مختلفين في اقتضاء القصاص
٤٢٨	باب: تغير حال المجروح بين الجرح والموت
٤٣٥	باب: القصاص في الأطراف

٤٣٦	 الفصل الثاني: فيما يوجب قصاص الطرف
٤٤١	 الفصل الثالث: في المماثلة
٤٥٤	 الفصل الرابع: في وقت الاقتصاص في الجروح
٤٥٤	 باب: اختلاف الجاني ومستحق الدم
٤٥٧	 باب: استيفاء القصاص
٤٧٢	 باب: العفو عن القصاص
٤٨٠	 باب: في مسائل منثورة
٤٨٤	 كتاب الدييات
٤٨٤	 الباب الأول: في دية النفس
٤٨٩	 الباب الثاني: في دية ما دون النفس
٥١٧	 الباب الثالث: في بيان الحكومات والجناية على الرقيق
٥٢٠	 الباب الرابع: في موجب الدية وحكم السحر
٥٤٢	 الباب الخامس: في العاقلة ومن عليه الدية، وفي جناية الرقيق
٥٥٣	 الباب السادس: في الجنين
٥٦٢	 باب: كفارة القتل
٥٦٤	 كتاب دعوى الدم والقسامة والشهادة على الدم
٥٦٤	 الباب الأول: في الدعوى
٥٦٨	 الباب الثاني: في القسامة
٥٨٠	 فصل: في مسائل منثورة
٥٨٢	 الباب الثالث: في الشهادة على الدم
٥٨٩	 فهرس المحتويات

روضة الطالبين

روضة الطالبين بروقة ثانية ٢٠١٠/١/١٢

